



## **Urteil vom 22. August 2018**

---

Besetzung

Richter Michael Beusch (Vorsitz),  
Richter Daniel Riedo, Richter Pascal Mollard,  
Gerichtsschreiberin Susanne Raas.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_, ...,  
vertreten durch  
Dr. Thomas Meister, Rechtsanwalt, ...,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV,**  
Hauptabteilung Direkte Bundessteuer,  
Verrechnungssteuer, Stempelabgaben,  
Eigerstrasse 65, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rückerstattung der Verrechnungssteuer (DBA-GB).

**Sachverhalt:****A.**

Die X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Bank) ist eine Bank mit Sitz in Grossbritannien. Sie gehört zur Investmentbankengruppe Y. \_\_\_\_\_ mit Hauptsitz in [...].

**B.**

[Im Frühjahr] 2008 wurde der Bank (aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung [einer börsenkotierten AG] vom [Frühjahr] 2008) eine Dividende von brutto insgesamt Fr. 101'805'782.50 für 40'722'313 Aktien der [börsenkotierten AG] (nachfolgend: Z-Aktien) ausgeschüttet, von der die Verrechnungssteuer von 35 % abgezogen worden war. Am 30. September 2008 reichte die Bank bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (nachfolgend: ESTV oder Vorinstanz) einen Antrag auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang von 20 % der Bruttodividende im Betrag von Fr. 20'361'156.50 auf dem Formular 86 ein (Rückerstattungsantrag Nr. ...).

**C.**

Mit Schreiben vom 30. Januar 2009 wies die Vorinstanz darauf hin, dass diesbezüglich Dokumente, die sie anlässlich einer Sitzung vom 21. Oktober 2008 verlangt hatte, noch nicht eingereicht worden seien. Sie bat um eine detaillierte Erklärung zu den wirtschaftlichen Gründen, die zum Aktienkauf geführt hätten.

**D.**

Die Bank antwortete am 27. Februar 2009, der Grund sei das «Hedging» eines besonderen Derivat-Arrangements gewesen, das die Bank mit einem Klienten eingegangen sei. Der Klient sei im Sommer 2007 auf die Bank zugekommen und habe nach einer «leveraged economic exposure» für einen Korb mit US-amerikanischen und Europäischen Wertschriften gefragt, der Z-Aktien beinhaltet habe. Das Geschäft sei als Teil der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Bank, die Finanzierungslösungen für ihre weltweite Kundschaft anbiete, eingegangen worden. Gemäss den Vertragsbedingungen habe die Bank dem Klienten eine Wertsteigerung der Z-Aktien vergüten müssen, der Klient der Bank hingegen einen Wertverlust. Zusätzlich habe der Klient der Bank eine Finanzierungssumme («charge») für die Absicherung («hedging») bezahlen müssen. Der wirtschaftliche Effekt sei, dass der Klient dem Marktrisiko für die Z-Aktien auf einer mit Hebelwirkung versehenen («leveraged») Basis ausgesetzt sei, was es dem Klienten erlaube, den Preisbewegungen eines notionalen Werts («notional value»,

also eines basierend auf echten Werten «gedachten» Wertes) zusätzlich zum Kapitaleinsatz ausgesetzt zu sein. Die Gegenpartei sei nur den Preisbewegungen der Z-Aktien ausgesetzt. Sie verfüge darüber hinaus über keine Rechte. Die Laufzeit habe zwei Jahre betragen. Der Derivatvertrag sei unter einem Standard ISDA-Mastervertrag dokumentiert worden. Um sich abzusichern, habe die Bank Z-Aktien erworben und gehalten. Als die Werte weltweiter Wertschriften im Oktober 2008 stark gefallen seien, habe die Bank einen «margin call» gemacht (also die Vertragspartnerin aufgefordert, zusätzliche Mittel zur Verfügung zu stellen), dem der Klient leider nicht entsprochen habe. Aufgrund dieser Vertragsverletzung habe die Bank den Vertrag gekündigt und damit begonnen, die Positionen, die sie zur Sicherungszwecken erworben habe, zu veräussern, was auch beinhaltet habe, die Z-Aktien auf eigenes Risiko im Oktober 2008 am Markt zu verkaufen.

Im [Frühjahr] 2008 habe die [börsenkotierte AG] eine Dividende (nachfolgend auch als «Z-Dividende» oder nur «Dividende» bezeichnet) ausgerichtet. In den Monaten vor dem Stichtag seien keine Z-Aktien gekauft worden. Die Bank habe im Gegenteil fast 3.9 Millionen Aktien im Monat vor dem Stichtag verkauft. Die Aktien seien [mehrere] Monate nach dem Dividendenstichtag im Oktober 2008 verkauft worden, nachdem der Klient seiner vertraglichen Verpflichtung nicht nachgekommen sei.

Die Aktien seien nicht vor dem Dividendenstichtag von Gegenparteien gekauft und danach diesen verkauft worden. Mit den Gegenparteien der Aktienkäufe sei keine derivative Transaktion eingegangen worden.

Die Dividende auf den Z-Aktien sei von der Bank als alleiniger rechtlicher und wirtschaftlicher Inhaberin der Z-Aktien vereinnahmt worden. Die Dividende sei weder weitergeleitet worden noch sei eine solche Weiterleitung an irgendeine Partei vorgesehen (gewesen).

Die Bank bat die ESTV, vor dem Hintergrund des Volumens der von ihr (der Bank) gehandelten Titel und des damit verbundenen internen Aufwands genauer darzulegen, welche Informationen sie (die ESTV) benötige.

#### **E.**

Am 30. Oktober 2009 antwortete die ESTV, im Quellenstaat (hier also der Schweiz) werde die Steuer nicht reduziert, wenn die Dividende nicht dem wirtschaftlich Berechtigten entrichtet werde. In Bezug auf den vorliegenden Rückerstattungsantrag bat sie um Visualisierung sämtliche Transaktionen

betreffend die 40'722'313 Z-Aktien sowie um Zustellung des ISDA-Mastervertrages und detaillierter Kontoauszüge der Käufe und Verkäufe (Kaufvertragsinformationen). Am 22. Januar 2010 erinnerte die ESTV die Bank an noch ausstehende Informationen.

#### F.

Mit Brief vom 22. Februar 2010 teilte die Bank der Vorinstanz mit, sie benötige Zeit, um die Informationen zusammenzutragen. In Bezug auf den vorliegend relevanten Rückerstattungsantrag teilte sie weiter die Zusammensetzung des notionalen Aktienkorbes mit. An schweizerischen Wertschriften enthalte er nur Z-Aktien. Es seien im Laufe der Transaktionen vier Derivatverträge mit drei Gesellschaften eingegangen worden, die vom gleichen Klienten kontrolliert seien. Weitere Angaben zu diesen Gesellschaften dürfe sie nicht machen. Sie könne aber bestätigen, dass der Klient eine in Europa domizilierte Investmentgruppe sei, die in Investmentvehikel investiere. Zwei dieser Vehikel seien in Nicht-EU Offshore-Gebieten domiziliert, die dritte in der EU. Neben dem Risiko der Wertminderung der Aktien habe der Kunde auch das Währungsrisiko unter einigen der Derivatverträge getragen. Alle Verträge hätten nur durch Zahlung («cash settlement») erfüllt werden können. Es habe keine Vertragserfüllung durch physische Erfüllung (also Übertragung der Aktien) gegeben. Die Bank habe dem Kunden die Finanzierungsgebühren gemäss dem anwendbaren «overnight» Zins (z.B. CHF-LIBOR-BBA oder EONIA) plus eine Marge, basierend auf dem vollen notionalen Wert des zugrundeliegenden Aktienkorbes in Rechnung gestellt. Sie (die Bank) habe dem Klienten Beträge bezahlt, die auf Grund der für den Aktienkorb ausgerichteten Dividenden berechnet worden seien. Gemäss den Verträgen habe der Klient ein Geldpfand («cash collateral») von bis zu 25 % des notionalen Wertes des zugrundeliegenden Aktienkorbes zur Verfügung gestellt, wobei sie (die Bank) darauf Zinsen zum anwendbaren «overnight» oder eine «term rate» plus Marge bezahlt habe. Innerhalb des Korbes habe der Klient die Anteile («stocks») erhöhen oder vermindern können. Die Aktien seien während der Dauer der Derivatverträge vom 8. Juni 2007 bis 8. Oktober 2008 gekauft und verkauft worden.

Sie (die Bank) habe einen signifikanten Verlust beim Verkauf des Aktienkorbes erlitten, der zur Absicherung der Derivatverträge gehalten worden sei. Die Werte des Aktienkorbes seien im Oktober 2008 stark gefallen. Es handle sich um einen realen Verlust, der nicht durch den mittels Derivatverträgen erzielten Gewinn wettgemacht worden sei und nicht dem Klienten hätte überbunden werden können. Dies sei ein weiteres Indiz dafür, dass die Bank rechtlich und wirtschaftlich Eigentümerin und Begünstigte

des Aktienkorbs und der aus diesem erhaltenen Dividenden sei. Bei den Z-Aktien habe es sich um *eine* Aktienart unter 25 im Korb enthaltenen gehandelt. Die Aktien hätten aus solchen bestanden, für die Dividenden bezahlt worden seien, und solchen, für die keine Dividenden bezahlt worden seien. Für die Z-Aktien sei einmal im [Frühjahr] 2008 – und damit fast elf Monate nach Abschluss der Derivatverträge – eine Dividende bezahlt worden.

Der Umstand, dass sich die Bank verpflichtet habe, Wertsteigerungen auf den Werten im Aktienkorb zu vergüten, habe auch eine Anpassung der Zahlungsverpflichtungen beinhaltet, damit diese angekündigte Beiträge auf den referenzierten Aktien im Korb reflektiert hätten. In Bezug auf die Z-Dividende seien unter den Derivatverträgen Zahlungen in Höhe von 65 % der Bruttodividende geleistet worden. In Bezug auf die Z-Aktien seien weder weitere Zahlungen gemacht worden noch würden solche zukünftig gemacht. 337'025 Aktien, welche im Formular 86 angegeben gewesen seien, seien für mit den Derivatverträgen nicht in Zusammenhang stehende Positionen gehalten worden. Bezüglich der Z-Aktien habe die Bank mehr als 65'000 verschiedene Kaufverträge ausgeführt.

#### **G.**

Die ESTV bedankte sich am 26. Januar 2011 für die Unterlagen und hielt kurz fest, eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer sei nicht möglich, da die Zahlung der Dividende nicht an den wirtschaftlich Berechtigten erfolgt sei. Die Aktien seien treuhänderisch gehalten worden.

#### **H.**

Die Bank antwortete am 20. Mai 2011. Sie fasste kurz ihre Geschäftstätigkeit, insbesondere im Zusammenhang mit Wertschriftenkäufen und -verkäufen, zusammen. Sie erklärte, wenn sie Positionen absichere, würde sie entweder Derivatverträge abschliessen oder Schweizer Wertschriften kaufen. Soweit Wertschriften gekauft würden, bildeten diese Teil ihres Nettoinventarbestandes («net inventory pool»), der auf die bestmögliche Weise aktiv bewirtschaftet würde. Mit den gesamthaft gehaltenen Wertschriftenpositionen würden diverse Handelsstrategien abgesichert. Es sei schwierig, eine bestimmte Anzahl von Aktien einem bestimmten Derivatvertrag zuzuordnen. Dennoch habe sie eine Liste mit rund 33'000 Transaktionen der Z-Aktien zusammengestellt. Die Transaktionen hätten nicht dem «Dividendenstripping» gedient. Die Aktien seien im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs gehandelt worden. Die Schweizer Aktien wären unabhängig davon, ob auf ihnen Dividenden ausbezahlt worden seien, akquiriert worden. Die Bank sei die Derivatverträge auf eigenes Risiko eingegangen. Sie

trage das Risiko der Preisbewegungen der zugrundeliegenden Wertschriften und das Risiko als Vertragspartnerin («counterparty»). Die Dividenden seien nicht weitergeleitet worden und würden dies auch künftig nicht. Gewinne, Verluste und Dividenden seien in den Büchern ausgewiesen. Sie seien der britischen Gesellschaftssteuer unterworfen. Schliesslich bat die Bank um ein Treffen.

#### **I.**

Das Treffen fand am 16. November 2011 statt. Mit Schreiben vom 25. November 2011 verlangte die ESTV weitere Informationen. Die Bank antwortete in Bezug auf den vorliegenden Rückerstattungsantrag am 5. Dezember 2011.

#### **J.**

Mit Brief vom 8. März 2012 wurde ein Verständigungsverfahren gestützt auf Art. 24 Abs. 1 des Abkommens vom 8. Dezember 1977 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen (SR 0.672.936.712, DBA-GB) zwischen dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) und dem britischen Her Majesty's Revenue and Customs (HMRC) eingeleitet. Der HMRC stellte sich zumindest vorläufig auf den Standpunkt, die Zahlung an die Gegenpartei erfolge ungeachtet dessen, ob die Bank tatsächlich Z-Dividenden erhalte. Die Bank werde nicht als Stroh- oder Durchlaufgesellschaft benutzt und ihr komme das Nutzungsrecht an den Dividenden zu.

Da weiterhin Gespräche zwischen der Bank und der ESTV stattfanden, schlug der HMRC am 2. Januar 2013 vor, das Verständigungsverfahren zu sistieren. Die ESTV schloss sich dem am 18. Januar 2013 an und kündigte an, die Frage der Nutzungsberechtigung am Rande des nächsten Treffens der «Working Party 1» der OECD zu diskutieren. Ob es zu einer Diskussion kam, ist den Akten nicht zu entnehmen.

#### **K.**

Am 28. Mai 2014 fand eine Telefonkonferenz statt. Da die ESTV eine Rückerstattung verweigerte, verlangte die Bank am 23. Juni 2014 eine anfechtbare Verfügung.

**L.**

Nachdem die Bank mehrfach bei der ESTV nachgefragt hatte, wann mit dem Erlass der Verfügung zu rechnen sei, erliess die ESTV am 28. Februar 2017 die Verfügung Nr. .... Sie kam darin zum Schluss, den Rückerstattungsantrag zu verweigern. Sie begründete das insbesondere mit der fehlenden Nutzungsberechtigung der Bank an den Z-Aktien.

**M.**

Am 31. März 2017 erhob die Bank (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die genannte Verfügung der ESTV Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die genannte Verfügung aufzuheben (Antrag 1) und ihr (der Beschwerdeführerin) die Verrechnungssteuer gemäss dem Formular 86 Nr. ... im Betrag von Fr. 20'361'156.50 zurückzuerstatten, samt Zins zu 5 % seit dem 20. Mai 2011, eventualiter seit dem 23. Juni 2014. Eventualiter sei ihr Antrag im Umfang von Fr. 168'512.50 (wiederum inkl. Zins) gutzuheissen (Antrag 2) – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Insbesondere hält sie dafür, ihr komme das Nutzungsrecht an den Z-Aktien zu.

**N.**

Nachdem mit Zwischenverfügung vom 23. Mai 2017 Deutsch als Verfahrenssprache festgelegt worden war, reichte die ESTV am 6. Juli 2017 eine Vernehmlassung ein. Sie beantragt die teilweise Gutheissung der Beschwerde. Der Rückerstattung der Verrechnungssteuer in Höhe von Fr. 168'512.50 sei stattzugeben, allerdings ohne die verlangten Zinsen. Im Übrigen sei die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen.

**O.**

Die Beschwerdeführerin antwortete mit Replik vom 6. September 2017, die Vorinstanz mit Duplik vom 26. Oktober 2017. Beide hielten an ihren jeweiligen Anträgen fest. Am 9. November 2017 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme ein, die der ESTV mit Verfügung vom 13. November 2017 zugestellt wurde.

**P.**

Mit Schreiben vom 17. April 2018 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass der von der Vorinstanz anerkannte Rückerstattungsbetrag (Bst. N) am 15. März 2018 überwiesen worden sei. Sie formulierte demgemäss ihr zweites Rechtsbegehren neu: Ihr Antrag vom 30. September 2008 auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer sei im Restbetrag von

Fr. 20'192'644 gutzuheissen, samt Zins (für den noch ausstehenden Betrag von Fr. 20'192'644) zu 5 % seit dem 20. Mai 2011, eventuell sei dem 23. Juni 2014 sowie samt Zins (für den bereits zurückerstatteten Betrag von Fr. 168'512.50) zu 5 % seit dem 20. Mai 2011, eventuell seit dem 23. Juni 2014 oder subeventualiter seit dem 6. Juli 2017 bis zum 14. März 2018.

#### **Q.**

In ihrer Stellungnahme vom 25. April 2018 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest. Insbesondere sei für den Rückerstattungsbetrag von Fr. 168'512.50, in Bezug auf den die Gutheissung der Beschwerde beantragt worden sei (vgl. Bst. N), kein Vergütungszins geschuldet.

Auf die Vorbringen der Parteien in ihren Eingaben wird – soweit sie entscheidungswesentlich sind – im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören auch Entscheide der ESTV betreffend die Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer auf Dividenden und Zinsen an ausländische Antragsteller (Art. 32 VGG e contrario, Art. 33 Bst. d VGG). Unzulässig ist eine Beschwerde jedoch gegen Verfügungen, die nach einem anderen Bundesgesetz durch Einsprache oder durch Beschwerde an eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. c – f VGG anfechtbar sind (Art. 32 Abs. 2 Bst. a VGG; Urteil des BVGer A-457/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.1).

#### **1.2**

**1.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Unter den Begriff der Zuständigkeit im Sinn von Art. 7 Abs. 1 VwVG fällt auch die funktionelle Zuständigkeit, mithin die Frage, welche Instanz im Rahmen eines Instanzenzuges zur Behandlung

einer Beschwerde zuständig ist (Urteil des BVGer A-457/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.2; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 14).

**1.2.2** Gemäss Art. 1 DBA-GB gilt das Abkommen für Personen, die entweder in Grossbritannien und Nordirland oder in der Schweiz oder in beiden Vertragsstaaten ansässig sind. Der Begriff der Ansässigkeit ist in Art. 4 Abs. 1 DBA-GB definiert. Danach ist mit dem Ausdruck «eine in einem Vertragsstaat ansässige Person», eine Person gemeint, die nach dem Recht dieses Staates dort auf Grund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthaltes, des Ortes ihrer Geschäftsleitung oder eines anderen ähnlichen Merkmals steuerpflichtig ist. Nicht umfasst sind Personen, die in diesem Staat nur mit Einkünften aus Quellen in diesem Staat steuerpflichtig sind.

Die Beschwerdeführerin stützt ihren Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer, welche von der Schweiz erhoben wurde, auf das DBA-GB. Sie hat ihren Sitz in Grossbritannien, weshalb das Abkommen anwendbar ist.

**1.2.3** Gemäss Art. 10 Abs. 2 letzter Satz DBA-GB regeln die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten in gegenseitigem Einvernehmen, wie die in diesem Artikel genannten Begrenzungsbestimmungen durchzuführen sind. Genauer in Bezug auf das innerstaatliche Verfahren ist dem Abkommen jedoch nicht zu entnehmen. Auch Art. 27 Abs. 7 DBA-GB ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Dieser hält nur fest, dass, wenn ein Vertragsstaat eine Steuer an der Quelle zum vollen Satz einbehalten hat, er aber eine (teilweise) Steuerentlastung zu gewähren hat, die Steuerbehörden dieses Staates bei gegebenen Voraussetzungen für eine entsprechende Rückzahlung der Steuer zu sorgen haben.

**1.2.4** Die Verordnung vom 15. Oktober 2008 zum schweizerisch-britischen Doppelbesteuerungsabkommen (SR 672.936.71; nachfolgend: VO DBA-GB) beschäftigt sich ausschliesslich mit dem Verfahren, welches im Zusammenhang mit dem Austausch von Informationen zur Anwendung gelangt. Für verfahrensrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Anrechnung einer ausländischen Steuer oder der Rückerstattung von Verrechnungssteuern gestützt auf das DBA-GB enthält sie keine Bestimmungen.

**1.2.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat für die Doppelbesteuerungsabkommen mit Frankreich (Abkommen vom 9. September 1966 zwischen der

Schweiz und Frankreich zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und zur Vermeidung von Steuerbetrug und Steuerflucht [SR 0.672.934.91]), den USA (Abkommen vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen [SR 0.672.933.61; DBA-US]), Italien (Abkommen vom 9. März 1976 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Regelung einiger anderer Fragen auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen [SR 0.672.945.41]) und Luxemburg (Abkommen vom 21. Januar 1993 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Grossherzogtum von Luxemburg zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen [SR 0.672.951.81; nachfolgend: DBA-LUX]) entschieden, es sei, auch wenn keine explizite Regel anwendbar ist, die vom Bundesrat in Bezug auf andere Doppelbesteuerungsabkommen gewählte Regel zu übernehmen, dass nämlich die Verfügung der ESTV direkt und ohne vorgängiges Einspracheverfahren beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar ist. So könne ein einheitliches Verfahren in Bezug auf die das internationale Recht betreffenden Fälle hergestellt werden. Diese Lösung entspreche auch dem Umstand, dass Verfügungen der Verwaltungsbehörden des Bundes in der Regel, sofern kein Bundesgesetz eine Ausnahme vorsieht, direkt vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind (vgl. Art. 33 Abs. 2 Bst. a VGG). Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im internationalen Bereich weiche auch klar von jener im nationalen Bereich ab. Der komplexe Sachverhalt führe dazu, dass der Sachverhalt vor Erlass der Verfügung ausgiebig untersucht werde und bereits die erste Verfügung ausführlich begründet sei. Zudem hätten die Parteien regelmässig ein Interesse an der raschen Beurteilung der Verfahren (Urteile des BVGer A-3061/2015 vom 25. September 2017 E. 1.3, A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 1.2, s.a. A-457/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.4, A-1462/2016 vom 24. August 2017 E. 1, A-4689/2013 und A-4693/2013 beide vom 25. Juni 2014 je E. 1.2).

**1.2.6** Diese Rechtsprechung ist auf das vorliegende Verfahren anzuwenden. Damit ist die funktionelle Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben.

**1.3** Als Adressatin der Verfügung und durch sie beschwerte Person ist die Beschwerdeführerin zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

**1.4** Mittlerweile hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Verrechnungssteuer im Betrag von Fr. 168'512.50 zurückerstattet. Diesbezüglich ist das Verfahren gegenstandslos geworden und abzuschreiben. Im Streit liegt somit noch die Verzinsung dieses Rückerstattungsbetrags sowie die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang von Fr. 20'192'644.-- und deren Verzinsung.

## **2.**

**2.1** Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht – einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) –, die unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) sowie auch die Unangemessenheit der vorinstanzlichen Verfügung (Art. 49 Bst. c VwVG) gerügt werden. Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen.

**2.2** Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist demzufolge verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist. Aus der Rechtsanwendung von Amtes wegen folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (allenfalls auch nur teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution; BGE 139 V 127 E. 1.2, 131 II 205 E. 4.2, 119 V 349 E. 1a; BVGE 2009/61 E. 6.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 1.54; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, Bd. II, 2011, Ziff. 2.2.6.5, S. 300 f.).

### **3.**

#### **3.1**

**3.1.1** Der Bund erhebt eine Verrechnungssteuer unter anderem auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens (Art. 132 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer [VStG, SR 642.21]). Gegenstand der Verrechnungssteuer auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens sind unter anderem die Zinsen, Renten, Gewinnanteile und sonstigen Erträge der von einem Inländer ausgegebenen Aktien, Stammanteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaftsanteile, Partizipationsscheine und Genussscheine (Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG).

**3.1.2** Steuerbarer Ertrag von Aktien (Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG) ist jede geldwerte Leistung der Gesellschaft oder Genossenschaft an die Inhaber der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsrechte oder an ihnen nahestehende Dritte, die sich nicht als Rückzahlung der im Zeitpunkt der Leistung bestehenden Anteile am einbezahlten Grund- oder Stammkapital darstellt (Dividenden, Boni, Gratisaktien, Gratis-Partizipationsscheine, Liquidationsüberschüsse und dergleichen; Art. 20 Abs. 1 Verordnung vom 19. Dezember 1966 über die Verrechnungssteuer [VStV, SR 642.211]). Die Steuer beträgt 35 % der steuerbaren Leistung (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VStG).

**3.1.3** Während ein Inländer die auf Erträgen aus beweglichem Kapitalvermögen erhobene Verrechnungssteuer zurückfordern kann, wenn er bei deren Fälligkeit unter anderem das Recht zur Nutzung hatte und die Rückerstattung nicht zu einer Steuerumgehung führt (Art. 21 ff. VStG), gelten für ausländische Leistungsempfänger andere Voraussetzungen. Bei ihnen führt die Verrechnungssteuer grundsätzlich zu einer endgültigen, an der Quelle erhobenen steuerlichen Belastung (Art. 22 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 VStG e contrario). Einen Anspruch auf Entlastung haben sie nur dann, wenn dies ein zwischen der Schweiz und dem entsprechenden Ansässigkeitsstaat abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) – oder ein anderer Staatsvertrag – vorsieht (BGE 141 II 447 E. 2.2; Urteile des BGer 2C\_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 2; Urteile des BVGer A-457/2017 vom 31. Januar 2018 E. 3.2, A-1462/2016 vom 24. August 2017 E. 4.2, A-2122/2016 vom 31. Januar 2017 E. 3.3, A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 3.2; MAJA BAUER-BALMELLI/MARKUS REICH, in: Zweifel/Beusch/ Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Aufl. 2012 [nachfolgend: VStG-Kommentar], Vorbemerkungen N. 71; MAJA BAUER-BALMELLI,

in: VSTG-Kommentar, Art. 21 N. 55; MARKUS REICH, Steuerrecht, 2. Aufl. 2012, § 28 N. 6; HANS PETER HOCHREUTENER, Die Eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer, 2013, Teil II § 3 N. 11 ff.).

## **3.2**

**3.2.1** Bei der Auslegung und Anwendung eines Doppelbesteuerungsabkommens sind die sich aus dem Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111, nachfolgend: VRK) ergebenden Grundsätze zu beachten (BGE 144 II 130 E. 8.2.1, 143 II 136 E. 5.2.1, 139 II 404 E. 7.2.1). Da es sich – zumindest in Bezug auf die hier relevanten Art. 31 und 32 VRK – um kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht handelt, sind die darin enthaltenen Grundsätze auch auf Verträge anwendbar, die vor Inkrafttreten der VRK abgeschlossen wurden (vgl. BVGE 2010/7 E. 3.5; Urteile des BVGer A-6306/2015 vom 15. Mai 2017 E. 3.2, A-8400/2015 vom 21. März 2016 E. 2.1.1; OLIVER DÖRR, in: Dörr/Schmalenbach [Hrsg.], Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Berlin/Heidelberg 2012, Art. 31 VRK N. 6 f.; konkret für das Vereinigte Königreich: JONATHAN SCHWARZ, Schwarz on Tax Treaties, Kingston upon Thames/Alphen aan den Rijn, 5. Aufl. 2018, S. 108, 112 ff. auch zum Folgenden). Gemäss Art. 26 VRK bindet ein Abkommen die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen. Somit haben die Vertragsstaaten eine zwischenstaatliche Übereinkunft nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 31 Abs. 1 und 2 VRK). Gemäss Art. 31 Abs. 3 VRK sind, ausser dem Zusammenhang, in gleicher Weise zu berücksichtigen jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen (Bst. a), jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht (Bst. b), sowie jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz (Bst. c). Insbesondere die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses können als ergänzende Auslegungsmittel herangezogen werden (vgl. Art. 32 VRK).

**3.2.2** Den Ausgangspunkt der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen bildet der Wortlaut der vertraglichen Bestimmung. Der Text der Vertragsbestimmung ist aus sich selbst heraus gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung zu interpretieren. Diese gewöhnliche Bedeutung ist in Übereinstimmung mit ihrem Zusammenhang, dem Ziel und Zweck des Vertrags –

bzw. der auszulegenden Vertragsbestimmung – und gemäss Treu und Glauben zu eruieren. Ziel und Zweck des Vertrags ist dabei, was die Parteien mit dem Vertrag erreichen wollen. Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben garantiert die teleologische Auslegung den «effet utile» des Vertrags (BGE 144 II 130 E. 8.2.1, 143 II 136 E. 5.2.2; OLIVER DÖRR, in: Dörr/Schmalenbach [Hrsg.], Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Berlin/Heidelberg 2012, Art. 31 VRK N. 3, 35 und 38 ff.; JEAN-MARC SOREL/VALÉRIE BORÉ EVENO, in: Corten/Klein [Hrsg.], The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A Commentary, Bd. I, Brüssel 2011, Art. 31 VRK N. 27 und 51 ff.; MARK E. VILLIGER, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden/Boston 2009, Art. 31 VRK N. 9 ff.). Der auszulegenden Bestimmung eines Doppelbesteuerungsabkommens ist unter mehreren möglichen Interpretationen demnach derjenige Sinn beizumessen, welcher ihre effektive Anwendung gewährleistet und nicht zu einem Ergebnis führt, das dem Ziel und Zweck der eingegangenen Verpflichtungen widerspricht (BGE 143 II 136 E. 5.2.2, 142 II 161 E. 2.1.3). Ein Vertragsstaat hat jedes Verhalten und jede Auslegung zu vermeiden, die dazu führt, dass er seinen internationalen Pflichten nicht nachkommt oder den Vertrag seines Sinns und Zwecks entleert (BGE 143 II 202 E. 6.3.1, 142 II 161 E. 2.1.3).

**3.2.3** Die vorbereitenden Arbeiten und Umstände des Vertragsschlusses sind (lediglich) subsidiäre Auslegungsmittel und können herangezogen werden, um die sich in Anwendung von Art. 31 VRK ergebende Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn diese Auslegung die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt (Art. 32 Bst. a VRK) oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt (Art. 32 Bst. b VRK; vgl. MICHAEL BEUSCH, Der Einfluss «fremder» Richter – Schweizer Verwaltungsrechtspflege im internationalen Kontext, in Schweizer Juristen-Zeitung [SJZ] 109/2013 S. 349 ff., S. 351 f.). Nebst den vorbereitenden Arbeiten können subsidiär auch weitere Auslegungselemente berücksichtigt werden. So ist in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre unbestritten, dass der offizielle OECD-Kommentar ein wichtiges (ergänzendes) Hilfsmittel im Sinne von Art. 32 VRK bei der Auslegung von DBA-Bestimmungen darstellt, die dem OECD-MA nachgebildet sind (BGE 144 II 130 E. 8.2.2 f. m.Hw., 143 II 136 E. 5.2.3; vgl. RENÉ MATTEOTTI/NICOLE ELISHA KRENGER, in: Zweifel/Beusch/Matteotti [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, 2015 [nachfolgend: IStR-Kommentar], Einleitung N. 159 ff. m.Hw.; ausführlich zur Bedeutung des OECD-Kommentars und mit kritischer Würdigung: ANDREA OPEL, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in

Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Bern 2015 [nachfolgend: Neuausrichtung], S. 70 ff., insb. 77 ff., die eher auf einen Beizug des Kommentars gestützt auf Art. 31 Abs. 1 oder 4 VRK plädiert; für das Vereinigte Königreich: SCHWARZ, a.a.O., S. 132). Das Bundesgericht weist in einem seiner neueren Urteile darauf hin, dass dem OECD-Kommentar in Bezug auf Bestimmungen, die dem OECD-MA nachgebildet seien, eine dynamische Auslegung («interprétation évolutive») gegeben werden könne, die dem neuesten, von den OECD-Mitgliedstaaten anerkannten Standard entspreche (BGE 144 II 130 E. 8.2.3; betreffend Gerichtsentscheide im Vereinigten Königreich: SCHWARZ, a.a.O., S. 135 f.).

**3.2.4** Die Auslegungsregeln der VRK kommen nur zur Anwendung, wenn diesen keine spezielleren Regeln vorgehen. Dies entspricht dem auch auf völkerrechtliche Verträge anwendbaren Grundsatz des Vorrangs der *lex specialis* (zu letzterer vgl. BGE 133 V 233 E. 4.1). Art. 3 Abs. 2 DBA-GB erklärt, bei der Anwendung des Abkommens durch einen Vertragsstaat habe, wenn der Zusammenhang nichts anderes erfordere (MATTEOTTI/KRENGER, in: IStR-Kommentar, Art. 3 N. 66), jeder im Abkommen nicht definierte Ausdruck die Bedeutung, die ihm nach dem Recht dieses Staats über die Steuern zukomme, für die das Abkommen gelte. Auch dieser Artikel ist wieder gemäss VRK auszulegen (Urteile des BVGer A-737/2012 vom 5. April 2012 E. 4.5, A-7789/2009 vom 21. Januar 2010 [auszugsweise publiziert in: BVGE 2010/7] E. 5.3 [beide in Bezug den ähnlich lautenden Art. 3 Abs. 2 DBA-US]). Art. 3 Abs. 2 DBA-GB regelt nur die Auslegung jener Ausdrücke, die das Abkommen selbst verwendet (vgl. DANIEL DÜRRSCHMIDT, in: Vogel/Lehner [Hrsg.], Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen, Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 6. Aufl., München 2015 [nachfolgend: Vogel/Lehner 2015], Art. 3 N. 101 f.). Art. 3 Abs. 2 DBA-GB wird jedenfalls nur dann relevant, wenn ein Begriff im Abkommen selbst nicht definiert ist. Dann hat die Auslegung dieses Begriffs zunächst abkommensautonom zu erfolgen (vgl. BGE 141 II 447 E. 5), wobei dazu auf die VRK abzustellen ist. Art. 3 Abs. 2 DBA-GB rechtfertigt es demnach nicht, allgemeine Rechtsgedanken des jeweiligen nationalen Rechts zur Auslegung oder zum Schliessen einer Vertragslücke heranzuziehen (vgl. GERD ERHARD, in: Flick/Wassermeyer/Kempermann [Hrsg.], Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland – Schweiz, Kommentar, Köln, 46. Lieferung, Juli 2017, Art. 3 N. 155). Art. 3 Abs. 2 DBA-GB verhindert, dass ein Begriff «definitionslos» bleibt. Die Verweisung stammt aus der angloamerikanischen Vertragspraxis und mag ihre Erklärung im Absi-

cherungsinteresse der Vertragsstaaten finden, ihrem Bestreben, die eigene Souveränität auch im Rahmen einer Abkommensbindung noch, soweit möglich, zu wahren (zum Ganzen: Urteil des BVGer A-7789/2009 vom 21. Januar 2010 [auszugsweise publiziert in: BVLGE 2010/7] E. 5.3; DÜRRSCHMIDT, in: Vogel/ Lehner 2015, Art. 3 N. 100; MATTEOTTI/KRENGER, in: IStR-Kommentar, Art. 3 N. 69; zur Anwendung von Art. 3 Abs. 2 OECD-MA nachgebildeten Abkommensbestimmungen im Vereinigten Königreich: SCHWARZ, a.a.O., S. 146).

**3.3** Der sogenannte Methodenartikel (Art. 22 Abs. 1 Bst. a DBA-GB) bezieht sich nur auf den Ansässigkeitsstaat (XAVIER OBERSON, Précis de droit fiscal international, 4. Aufl. 2014, § 9 N. 681). Die Vermeidung der Doppelbesteuerung durch den Quellenstaat ergibt sich dagegen unmittelbar aus den Verteilungsnormen (MADELEINE SIMONEK, in: IStR-Kommentar, Art. 23 N. 2).

**3.4** Gemäss Art. 10 Abs. 1 DBA-GB können Dividenden, die aus einem Vertragsstaat stammen und an eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person gezahlt werden, im anderen Vertragsstaat besteuert werden. Das DBA-GB lässt aber auch eine Besteuerung im Quellenstaat zu, beschränkt indessen in Art. 10 Abs. 2 Bst. b DBA-GB – Bst. a ist vorliegend nicht einschlägig – die Steuerhoheit des Quellenstaates auf 15 % des Bruttoertrages (sog. Sockelsteuer). Bedingung ist, dass der Nutzungsberechtigte im anderen Vertragsstaat ansässig ist. Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten regeln in gegenseitigem Einvernehmen, wie diese Begrenzungsbestimmungen durchzuführen sind (Art. 10 Abs. 2 letzter Satz DBA-GB). Art. 10 Abs. 6 DBA-GB hält fest, dass die vorgenannten Bestimmungen nicht auf Dividenden anwendbar sind, die auf der Grundlage einer Gewinndurchlaufregelung oder als Teil einer solchen bezahlt werden.

### **3.5**

**3.5.1** Art. 27 Abs. 7 DBA-GB lautet: «Wird im Abkommen bestimmt, dass die Steuerentlastung für irgendwelche Einkünfte in dem Vertragsstaat erfolgt, aus dem die Einkünfte stammen, so bedeutet eine solche Bestimmung nicht, dass die Steuer an der Quelle nicht zum vollen Satz abgezogen werden darf. Ist von diesen Einkünften eine Steuer an der Quelle einbehalten worden, so sorgen die Steuerbehörden des Staates, der die Steuerentlastung zu gewähren hat, für eine entsprechende Rückzahlung der Steuer, wenn ihnen der nutzungsberechtigte Empfänger der Einkünfte in- nert der in diesem Staat geltenden Fristen zufriedenstellend nachweist, dass er auf die Entlastung Anspruch hat.» Damit ergibt sich bereits aus

Art. 10 Abs. 2 Bst. b sowie Art. 27 Abs. 7 DBA-GB, dass die Nutzungsbe-  
rechtigung Voraussetzung für die Quellensteuerentlastung ist. Da dem  
Quellenstaat nachzuweisen ist, dass auf die Entlastung ein Anspruch be-  
steht, entscheidet dieser im Prinzip auch in Übereinstimmung mit Art. 3  
Abs. 2 DBA-GB, wie der Begriff der «Nutzungsbechtigung» in einem sol-  
chen Fall auszulegen ist (E. 3.2.4; dies entspricht wohl auch der Auffas-  
sung im Vereinigten Königreich: SCHWARZ, a.a.O., S. 494). Allerdings hält  
der OECD-Kommentar (Ziff. 12.1 zu Art. 10) fest, dass der Begriff des «be-  
neficial owner» eingeführt worden sei, um möglichen Problemen zu bege-  
gen, die sich aus dem Wortlaut «an eine [...] ansässige Person zahlt» er-  
geben. Auch sei er nicht in einem engen Sinn zu verstehen, den die Ver-  
tragsstaaten allenfalls beimessen würden. Daher wird in der Lehre vorge-  
bracht, der Begriff sei autonom auszulegen, wenn Vertragsstaaten den Be-  
griff in ihrem innerstaatlichen Steuerrecht nicht oder erst seit kurzem ken-  
nen würden (WOLFGANG TISCHBIREK, in: Vogel/Lehner 2015, Vor Art. 10-12  
N. 15; vgl. zur Auslegung des Begriffs der Nutzungsbechtigung auch:  
MAJA BAUER-BALMELLI/MATTHIAS ERIK VOCK, in: IStR-Kommentar, Vor  
Art. 10-12 N. 20 ff., 33 und 43; vgl. Urteil des BVGer A-5765/2016 vom  
19. März 2018 E. 5.4.1; s.a. E. 3.2.3 f.).

**3.5.2** Das Bundesgericht hat in Bezug auf das DBA-LUX und das Abkom-  
men vom 23. November 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenos-  
senschaft und dem Königreich Dänemark zur Vermeidung der Doppelbe-  
steuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermö-  
gen (SR 0.672.931.41, nachfolgend: DBA-DK) entschieden, dass nur der  
«effektiv Nutzungsbechtigte» («beneficial owner») die Rückerstattung  
der Verrechnungssteuer verlangen kann und dass der im DBA-LUX ver-  
wendete Begriff «Nutzungsbechtigter» mit jenem des «effektiven Nut-  
zungsbechtigten» gleichzusetzen ist. Im DBA-DK sei der Begriff auch  
ohne konkrete Erwähnung implizit enthalten (BGE 141 II 447 insb. E. 4;  
Urteil des BGer 2C\_752/2014 vom 27. November 2015 E. 3.3.3 f.; Urteile  
des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2, A-1245/2011 vom  
26. Mai 2016 E. 3.2; BEAT BAUMGARTNER, Beneficial ownership und Divi-  
dendenarbitrage, in: SteuerRevue [StR] 2015 S. 924 ff. [nachfolgend:  
Baumgartner 2015], S. 932 f.). Gleiches hat auch für das DBA-GB zu gel-  
ten.

**3.5.3** Der Begriff der «effektiven Nutzungsbechtigung» dient dazu, die In-  
tensität der Beziehung zwischen einem Steuersubjekt und einem Steuer-  
objekt gemäss dem Umfang der Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der

Verwendung der Einkünfte zu beurteilen. Es geht um Merkmale des Eigentums und der wirtschaftlichen Kontrolle bzw. der tatsächlich ausgeübten Befugnisse, und zwar nicht in einem engen technischen bzw. formaljuristischen Sinn, sondern unter Einbezug der wirtschaftlichen Umstände («substance over form»). Das Beurteilungskriterium soll verhindern, dass eine Person oder Gesellschaft mit nur beschränkten Befugnissen zwischengeschaltet wird, um in den Genuss der Vorteile des Doppelbesteuerungsabkommens zu kommen (Urteil des BGER 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 4.1; vgl. auch BGE 141 II 447 E. 5.1 und 5.2.5; Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.2, A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.3.2, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.3; vgl. BAUER-BALMELLI/VOCK, IStR-Kommentar, Vor Art. 10-12 N. 29, 45 f. und 57). Die Frage der Verfügungsberechtigung ist damit in einer (wirtschaftlichen) Gesamtbeurteilung der konkreten Umstände zu prüfen (BGE 141 II 447 E. 5.2.5).

**3.5.4** Das Kriterium der Entscheidungsbefugnis ist von zentraler Bedeutung. Es ist eine notwendige Bedingung dafür, dass einer Person die Nutzungsberechtigung zukommt. So ist die Nutzungsberechtigung grundsätzlich zu bejahen, wenn die Empfängerin der massgeblichen Einkünfte im Zeitpunkt ihrer Zahlung nicht nur sehr begrenzte Entscheidungen, sondern zumindest gewisse Entscheidungen selbständig treffen kann (Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.3, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.3.1 beide m.Hw.a. BEAT BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz, 2010 [BAUMGARTNER 2010], S. 119 ff., BAUMGARTNER 2015, S. 933 f.). Es geht bei der Frage der Nutzungsberechtigung im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer um die Nutzungsberechtigung an den Erträgen und nicht an den entsprechenden Vermögenswerten (vgl. BAUER-BALMELLI/VOCK, in: IStR-Kommentar, Vor Art. 10-12 N. 44).

**3.5.5** Der «effektiv Nutzungsberechtigte» einer von einer Gesellschaft im Quellenstaat ausgeschütteten Dividende ist in erster Linie derjenige, dem die Verfügungsberechtigung hinsichtlich dieser Dividende zukommt. Somit ist der Dividenden-Empfänger dann effektiv nutzungsberechtigt, wenn er die Dividende voll verwenden kann und in deren vollen Genuss kommt, ohne durch eine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung in dieser Verwendung eingeschränkt zu sein. Nutzungsberechtigte ist die Person, welche über die Hingabe des Kapitals oder Wirtschaftsgutes zur Nutzung oder über die Verwendung der Nutzungen, gegebenenfalls über beides, entscheiden kann (BGE 141 II 447 E. 5.2.1 m.Hw.a. KLAUS VOGEL, in: Vogel/

Lehner [Hrsg.], Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 5. Aufl., München 2008, Vor Art. 10-12 N. 18 [diese Formulierung findet sich in der 6. Aufl. 2015 nicht mehr] und w.Hw.; Urteile des BGer 2C\_964/2016 vom 5. April 2017 E. 4.3, 2C\_752/2014 vom 27. November 2015 E. 4.1; Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.1, A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.3.1; BAUER-BALMELLI/VOCK, IStR-Kommentar, Vor Art. 10-12 N. 34 und 46).

**3.5.6** Entscheidend ist die Situation, wie sie sich im Zeitpunkt der Dividendenzahlung darstellt (vgl. BGE 141 II 447 E. 5.2.2 und 5.2.5). Der Begriff der effektiven Nutzungsberechtigung bedeutet daher noch nicht, dass die Wertschriften für eine lange Zeit gehalten worden sein müssen (Urteil des BVGer A-4693/2013 vom 25. Juni 2014 E. 6.4; JONAS MISTELI, Dividenden-Stripping, Bern 2001, S. 132 Ziff. 385). Darüber hinaus enthält dieses Konzept im Gegensatz zur Steuerumgehung keine subjektive Komponente. Die Motive, die zur Wahl einer bestimmten juristischen Struktur geführt haben, sind hier ohne Bedeutung (Urteile des BVGer A-4693/2013 vom 25. Juni 2014 E. 6.4, A-1246/2011 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.2; BAUMGARTNER 2010, S. 128 f.). Ebenfalls nicht notwendig ist, dass die Zwischenschaltung tatsächlich zu einer Steuererleichterung führt (BGE 141 II 447 E. 5.2.1; Urteil des BGer 2C\_964/2016 vom 5. April 2017 E. 4.3; Urteil des BVGer A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.3.3).

**3.5.7** Muss eine Person die Einkünfte aufgrund von bereits im Zeitpunkt der Zahlung bestehenden vertraglichen Leistungsverpflichtungen weiterleiten, ist ihr in diesen sogenannten «Weiterleitungsfällen» die Entscheidungsbefugnis abzusprechen. Auch eine rein tatsächliche Einschränkung der Entscheidungsbefugnis aufgrund einer faktischen Pflicht zur Weiterleitung kann dazu führen, dass eine Person über keine oder nur sehr begrenzte Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der Verwendung der massgeblichen Einkünfte verfügt (vgl. BAUMGARTNER 2010, S. 130 f. und S. 133; auf den ersten Blick a.M. in Bezug auf die faktische Pflicht: TISCHBIREK, in: Vogel/Lehner 2015, Vor Art. 10-12 N. 19).

Eine – die Entscheidungsbefugnis einschränkende – Abhängigkeit zwischen Einnahme der Einkünfte und deren Weiterleitung besteht daher nicht nur dann, wenn eine (direkte) rechtliche Pflicht zur Weiterleitung der streitigen Beträge besteht, sondern auch bei einer «faktischen Verpflichtung»

zur Weiterleitung. Bei der zweitgenannten geht es regelmässig um wirtschaftliche Indizien, aus denen auf eine (indirekte) rechtliche (insb. vertragliche) Pflicht zur Weiterleitung zu schliessen ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Weiterleitungsverpflichtung nicht direkt als solche stipuliert wird, sich jedoch aus den tatsächlichen Gegebenheiten ergibt. Gemäss Lehre ist die Verfügungsberechtigung zumindest dort nicht gegeben, wo – unter Berücksichtigung der rechtlichen wie auch der tatsächlichen und wirtschaftlichen Dimension – die ausgeschüttete Dividende in einer Form und in einem Ausmass aus dem Ansässigkeitsstaat wieder abgeleitet wird, die es nicht (mehr) rechtfertigen, dass der Quellenstaat seine Besteuerungshoheit zugunsten des anderen Staates einschränkt oder aufgibt (zum Ganzen: BGE 141 II 447 E. 5.2.2; Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.4.1, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.3.2.1; BAUMGARTNER 2010, S. 130 ff.).

**3.5.8** Nicht jede Weiterleitungsverpflichtung bedeutet hingegen, dass der betroffenen Person die Nutzungsberechtigung abzusprechen ist. Eine schädliche Weiterleitung setzt in kausaler Hinsicht voraus, dass zwischen der Erzielung von Einkünften und der Pflicht zur Weiterleitung ein enger Zusammenhang oder Konnex bzw. eine gegenseitige Abhängigkeit besteht (vgl. BAUMGARTNER 2010, S. 137). Hierzu muss zum einen die Erzielung von Einkünften von der Pflicht zu deren Weiterleitung abhängig sein (erste Abhängigkeit). Dies ist zu bejahen, wenn die Einkünfte nicht erzielt worden wären, sofern keine Pflicht zur Weiterleitung dieser Einkünfte bestanden hätte. Wären die Einkünfte demgegenüber auch ohne Pflicht zur Weiterleitung erzielt worden, liegt keine Abhängigkeit vor. Zum anderen muss die Pflicht zur Weiterleitung von Einkünften von der Erzielung dieser Einkünfte abhängen (zweite Abhängigkeit). Dies ist zu bejahen, wenn keine effektive Pflicht zur Weiterleitung besteht, sofern keine Einkünfte erzielt werden. Besteht eine effektive Pflicht zur Weiterleitung auch dann, wenn keine Einkünfte erzielt werden, liegt keine Abhängigkeit vor (BGE 141 II 447 E. 5.2.2; Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.4.2, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.3.2.2; vgl. auch Urteil des BVGer A-1103/2011 vom 7. Juli 2016 E. 3.3; BAUMGARTNER 2010, S. 139 ff., insb. S. 150; BAUMGARTNER 2015, S. 934 f.). Die beiden Abhängigkeiten werden auch als doppelte Interdependenz bezeichnet.

**3.5.9** Die zweite Abhängigkeit, wonach die Weiterleitung der vereinnahmten Beträge von deren Erzielung abhängen muss, soll insbesondere die sachgerechte Differenzierung in Konzernverhältnissen ermöglichen. Nicht

jede Finanzierungstätigkeit im Konzern kann dazu führen, dass der finanzierten Gesellschaft per se die Nutzungsberechtigung – für durch andere Konzerngesellschaften finanzierte Ertragsquellen – abzusprechen ist. Problematisch sind lediglich diejenigen Konstellationen, in welchen die Gegenleistung für die Finanzierung abhängig davon zu erbringen ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Dividendenerträge vereinnahmt werden. Damit wird die Frage angesprochen, wer die mit den Aktiengeschäften verbundenen Risiken zu tragen hat (BGE 141 II 447 E. 5.3; Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.4.2, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.3.2.2; BAUMGARTNER 2010, S. 123 ff. und 146 ff.).

Neben dem Dividenden-Risiko sind auch anderen Risiko-Faktoren (insb. das Kreditrisiko oder dasjenige eines Kursverlustes) daraufhin zu prüfen, ob Zahlungen selbst dann zu leisten sind, wenn in Wirklichkeit gar nichts eingenommen wurde, womit es sich gerade nicht um eine «Weiterleitung» vereinnahmter Beträge handeln würde. Weiter ist der Hypothese, dass die Weiterleitungspflicht sich nur auf tatsächlich vereinnahmte Beträge beschränkt, der Fall gleichzustellen, dass ein bestimmtes Risiko im Voraus in einem als zumindest genügend gedachten Ausmass abgegolten wird (BGE 141 II 447 E. 5.3; Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.4.2, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.3.2.2). Es wird auch vorgebracht, von einer schädlichen Weiterleitung sei schon dann auszugehen, wenn die von der Weiterleitung profitierende Person in jeder Beziehung das wirtschaftliche oder gar rechtliche Risiko trage, den fraglichen Ertrag nicht zu erhalten, bedeute dies doch, dass der Antragsteller wirtschaftlich betrachtet gar keine Entscheidungsbefugnis habe oder überhaupt zu haben brauche (HANS PETER HOCHREUTENER, Ergänzungsband zu «Die Eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer», 2017, Teil V, Rz.335).

**3.5.10** Auch Anforderungen in quantitativer Hinsicht (Ausmass der Weiterleitung) sind bei der Beurteilung einer Weiterleitung relevant. Gemäss Bundesgericht kann – entgegen der Auffassung gewisser Autoren (vgl. BAUMGARTNER 2010, S. 142 ff.) – die Nutzungsberechtigung nicht bereits bejaht werden, wenn der Ansässige nicht die uneingeschränkte Gesamtheit der von ihm aus dem Quellenstaat vereinnahmten Erträge an einen Nichtansässigen weiterüberträgt. Auch eine Weiterleitung von weniger als 100 % kann schädlich sein. Das gilt insbesondere dann, wenn ein kleiner, nicht weitergeleiteter Prozentsatz gerade als Vergütung oder Entlohnung für die Weiterleitung eingestuft werden muss (BGE 141 II 447 E. 5.2.4; Urteile des

BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2.5, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.3.3).

**3.6** Die Forderung der effektiven Nutzungsberechtigung dient zwar dazu, die unrechtmässige Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen zu verhindern, doch handelt es sich formell gesehen um eine Bedingung, die erfüllt sein muss, damit das Abkommen Anwendung findet und nicht um eine Missbrauchsklausel (vgl. Urteile des BVGer A-4693/2011 vom 25. Juni 2014 E. 6.6, A-1246/2011 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.3; BAUMGARTNER 2010, S. 222 ff.). Eine solche Klausel ist erst dann zu prüfen, wenn sämtliche Voraussetzungen für die Anwendung des Abkommens erfüllt sind, darunter auch jene der effektiven Nutzungsberechtigung. Dieses Verfahren folgt auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche klar zwischen dem Begriff der effektiven Nutzungsberechtigung und dem Rechtsmissbrauch unterscheidet (vgl. Urteil des BGer 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.5.3; Urteile des BVGer A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.3.3, A-4693/2013 vom 25. Juni 2014 E. 6.6), auch wenn diese Unterscheidung in den jüngeren Urteilen nicht so deutlich ausgefallen ist (BGE 141 II 447 E. 4.5; vgl. Urteile des BVGer A-1426/2011 vom 20. Dezember 2016 E. 3.3, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 3.4; vgl. auch MICHAEL NORDIN/JÖRG SCHUDEL, Finanzprodukte und Verrechnungssteuerrückstattung – ausgewählte Aspekte, in: IFF Forum für Steuerrecht 2016, S. 37 ff., S. 54 f.).

### **3.7**

**3.7.1** Wenn auf die allfällige Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer an einen im Ausland ansässigen Leistungsempfänger ein Doppelbesteuerungsabkommen anwendbar ist, so ist die Frage der Auskunft- und Mitwirkungspflicht des Antragsstellers grundsätzlich ebenfalls vom betreffenden Abkommen zu regeln (vgl. HOCHREUTENER, a.a.O., Teil II § 3 N. 1588).

**3.7.2** Das DBA-GB enthält keine Bestimmungen zum Verfahren, in dem die Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu erfolgen hat. Insbesondere wird nicht bestimmt, wie die Nutzungsberechtigung festzustellen ist. Unter diesen Umständen sind die innerstaatlichen Regeln anzuwenden und jeder Staat ist frei, sein eigenes System festzulegen (vgl. Urteile des BGer 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 5.1 ff., 2C\_585/2012 vom 6. März 2014 [in BGE 140 II 157 nicht publizierte] E. 2.4; Urteile des BVGer A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.5.1, A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 4.1 ff.;

MICHAEL BEUSCH, in: IStR-Kommentar, Einleitung N. 235 ff.; HOCHREUTENER, a.a.O., Teil II § 3 N.1193, N. 1590 f.).

**3.7.3** Gemäss Art. 48 Abs. 1 VStG, der in Fällen mit DBA-Bezug nicht direkt, wohl aber analog anwendbar ist (E. 3.7.2, vgl. auch E. 3.1.3), hat derjenige, der die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangt, der zuständigen Behörde über alle Tatsachen, die für den Rückerstattungsanspruch von Bedeutung sein können, nach bestem Wissen und Gewissen Auskunft zu erteilen. Insbesondere muss er die Antragsformulare und Fragebogen vollständig und genau ausfüllen (Bst. a; MARKUS KÜPFER/EVA OESCH-BANGERTER, in: VStG-Kommentar, Art. 48 N. 6 ff.) und auf Verlangen Steuerabzugsbescheinigungen beschaffen und Geschäftsbücher, Belege und andere Urkunden beibringen (Bst. b; KÜPFER/OESCH-BANGERTER, in: VStG-Kommentar, Art. 48 N. 14 ff.). Art. 48 Abs. 2 VStG hält fest, dass der Antrag abgewiesen wird, wenn der Antragsteller seinen Auskunftspflichten nicht nachkommt und der Rückerstattungsanspruch ohne die von der Behörde verlangten Auskünfte nicht abgeklärt werden kann (Urteile des BGer 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 5.3, 2A.242/2005 vom 17. März 2006 E. 4; Urteil des BVGer A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.5.2; KÜPFER/OESCH-BANGERTER, in: VStG-Kommentar, Art. 48 N. 19). Es geht also darum, dass der Antragssteller mit seinem pflichtwidrigen Verhalten einen Untersuchungsnotstand und eine nicht mehr zu behebende Ungewissheit bezüglich des rechtserheblichen Sachverhalts schafft. Die von Art. 48 Abs. 2 VStG vorgesehenen Rechtsfolgen stehen im Einklang mit dem allgemeinen Grundsatz, dass dem Steuerpflichtigen aus seiner mangelhaften Mitwirkung keine Vorteile erwachsen dürfen (Urteil des BGer 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 5.3, 2C\_819/2009 vom 28. September 2010 [publiziert in: Revue de droit administratif et de droit fiscal {RDAF} 2010 II S. 605 ff.] E. 3.4; siehe auch DANIEL SCHÄR, Normentheorie und mitwirkungsorientierte Beweislastverteilung in gemischten Steuerveranlagungsverfahren, in: Archiv für schweizerisches Abgaberecht [ASA] 67 [1998/1999], S. 433 ff., 452, 456).

**3.7.4** Die Mitwirkungspflicht nach Art. 48 VStG umfasst nicht nur Umstände, für die der Steuerpflichtige die Beweislast trägt, sondern auch solche, für die die Steuerbehörde beweisbelastet ist (Urteile des BVGer A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.5.3, A-4216/2007 vom 24. Juli 2009 E. 3.2.2.4.2; KÜPFER/OESCH-BANGERTER, in: VStG-Kommentar, Art. 48 N. 2 und 5). Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht mit der Folge einer Beweisnot der Steuerbehörde kann gegebenenfalls zu einer Umkehr der Beweislast führen (ausführlich dazu: Urteil des BVGer A-629/2010 vom

29. April 2011 E. 3.1, E. 3.4 und E. 4.3.2.2, teilweise publiziert in: BVGE 2011/45). Diese Folge wird letztlich für das Verrechnungssteuerrecht in Art. 48 Abs. 2 festgehalten (E. 3.7.3).

**3.7.5** Die Prüfungs- und Untersuchungspflicht der Rückerstattungsbehörde findet demnach ihre Grenze in der Auskunft- bzw. Mitwirkungspflicht des Antragsstellers (vgl. zum Verhältnis zwischen Untersuchungs- und Mitwirkungspflicht allgemein: Urteile des BGer 2C\_678/2012 vom 17. Mai 2013 [publiziert in: ASA 82 {2013/2014} S. 311 ff.] E. 3.5; 2C\_835/2012 und 2C\_836/2012 vom 1. April 2013 [publiziert in: RDAF 2013 II S. 399 ff.] E. 7.2.3 mit weiteren Hinweisen). Bei der Überprüfung der Rückerstattungsanträge kommt der ESTV ein Ermessensspielraum zu, der aber pflichtgemäss auszuüben ist (Urteile des BGer 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 5.2.1, 2C\_732/2013 vom 7. März 2014 [publiziert in: StR 69/2014 S. 386 ff.] E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

**3.7.6** Seine Mitwirkungspflichten verletzt, wer rechtmässig zur Mitwirkung aufgefordert wurde und sich dieser Aufforderung pflichtwidrig und in schuldhafter Weise widersetzt. Zudem muss die geforderte Mitwirkungshandlung einerseits möglich und andererseits verhältnismässig sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV), das heisst zum Beweis der in Frage stehenden Tatsache geeignet und notwendig sowie dem Steuerpflichtigen zumutbar (Urteil des BGer 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 5.2.2; Urteile des BVGer A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.5.2, A-7956/2015 vom 30. Juni 2016 E. 2.5.2, A-629/2010 vom 29. April 2011 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen; vgl. KÜPFER, VStG-Kommentar, Art. 39 Rz. 4; KÜPFER/OESCH-BANGERTER, in: VStG-Kommentar, Art. 48 N. 3).

**3.7.7** Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Weigerung, Informationen betreffend die Gegenparteien mitzuteilen eine Verletzung der Mitwirkungspflicht der beschwerdeführenden Gesellschaft darstelle. Auch wenn nicht verlangt werden könne, dass die Gesellschaft Bestimmungen des ausländischen Rechts verletzt, müsse sie dennoch die Konsequenzen ihrer Weigerung, die verlangten Informationen herauszugeben, gegenüber den schweizerischen Behörden tragen. Ausserdem werde die Person, die die Rückerstattung der Steuer verlangt, nicht automatisch von ihrer Pflicht, Informationen zu erteilen, befreit, nur weil die Herausgabe der Informationen von einer dritten Person abhängt (Urteil des BGer 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 8.3.3 m.w.Hw.; Urteil des BVGer A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.5.3).

**3.7.8** Fordert eine juristische Person die Verrechnungssteuer zurück, muss sie auf Aufforderung der ESTV hin den Namen und die Adresse des Käufers der Aktien mitteilen, wenn sich die Rückforderung auf den Ertrag aus einem Beteiligungsrecht bezieht, welches sie kürzlich erworben hat, und von dem nicht ausgeschlossen ist, dass – im Nachgang der Übertragung des Beteiligungsrechts – die von einer ausländischen Person geschuldete Steuer umgangen worden sein könnte. Diese Informationen sind notwendig, damit die Vorinstanz den effektiven Nutzungsberechtigten der steuerbaren Leistung identifizieren und so die Rückerstattungsberechtigung prüfen kann. Erfüllt der Gesuchsteller seine Mitwirkungspflicht nicht, wird das Gesuch um Rückerstattung der Verrechnungssteuer abgewiesen (E. 3.7.3 f.; Urteile des BVerG A-2902/2014 vom 29. August 2016 E. 4.5.3, A-5042/2012 vom 23. Juli 2013 E. 2.6.1).

### **3.8**

**3.8.1** Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gilt mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung oder eines qualifizierten Schweigens als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen die Pflicht, Verzugszins zu bezahlen, wenn der Schuldner im Verzug ist. Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) einerseits die Fälligkeit der Forderung, andererseits die Mahnung durch den Gläubiger (BGE 143 II 37 E. 5.2.1 f. m.w.Hw.). Weder dem DBA-GB noch der VO DBA-GB ist zu entnehmen, in welchem Verfahren die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im internationalen Bereich vorzunehmen ist. Wie bereits bei der funktionalen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (E. 1.2.5) ist die in Bezug auf andere Doppelbesteuerungsabkommen gewählte Regel zu übernehmen. Gemäss Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verordnung vom 18. Dezember 1974 zum schweizerisch-dänischen Doppelbesteuerungsabkommen (SR 672.931.41; nachfolgend: Vo DBA-DK) hat die ESTV die gegebenenfalls zurückzuerstehenden Verrechnungssteuern mit einem Entscheid bzw. einer Verfügung festzulegen. Die ESTV kann in der Folge mit der betreffenden Zahlung erst dann in Verzug sein, wenn ihre Rückerstattungspflicht in einer in Rechtskraft erwachsenen Verfügung festgelegt worden ist. Eine solche Verfügung kann entweder von der ESTV selber oder von einer ihr übergeordneten Instanz (Bundesverwaltungsgericht bzw. Bundesgericht) erlassen worden sein (vgl. Art. 3 Abs. 4 Vo DBA-DK). Für die Zeit vor Rechtskraft der betreffenden Verfügung kann die ESTV nur dann einen Zins auf von ihr zurückzuerstehende Verrechnungssteuern schulden, falls ein Vergütungszins vorgesehen ist (Urteil des BVerG A-6537/2010 vom 7. März 2012 E. 8.2).

**3.8.2** Im Unterschied zum Verzugszins setzt der Vergütungszins keinen Verzug der ESTV voraus. Der Vergütungszins ist auf zu viel bezahlten und deshalb zurückzuerstattenden Beträgen geschuldet. Er ist ab dem Zeitpunkt zu entrichten, in dem die Rückerstattung richtigerweise hätte erfolgen sollen. Vergütungszinse sind aber grundsätzlich nur geschuldet, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist (BGE 143 II 37 E. 5.3; Urteil des BGer 2C\_410/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.2, 2C\_191/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3.2; Urteil des BVGer A-6971/2008 vom 8. Juni 2009 E. 5.5 mit Hinweisen). Das DBA-GB sieht keinen Vergütungszins vor. Art. 31 Abs. 4 VStG legt für die Rückerstattung im Inlandverhältnis explizit fest, dass zu Recht erhobene zurückzuerstattende Beträge nicht verzinst werden. Es besteht kein Grund für die vorliegende Rückerstattung aufgrund des DBA-GB anders zu entscheiden. Es fehlt somit an einer gesetzlichen Grundlage, um einen Vergütungszins zu bezahlen.

#### **4.**

Im Folgenden wird zuerst auf die Verfahrensdauer (E. 4.1.1) und die Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin (E. 4.1.2) eingegangen. Daran anschliessend werden die von der Beschwerdeführerin eingegangenen Swap-Verträge dargestellt (E. 4.2). Dann wird beurteilt, ob die Beschwerdeführerin die Verrechnungssteuer, wie von ihr verlangt, zurückerstattet erhält oder nicht (E. 4.3 f.). In E. 4.3 werden jeweils zu verschiedenen Fragen die Parteistandpunkte dargestellt, bevor eine Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht erfolgt. Schliesslich wird in E. 4.4 konkret auf die doppelte Interdependenz eingegangen.

#### **4.1**

**4.1.1** Beide Parteien äussern sich ausführlich zur Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens. Während die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Verzögerung des Verfahrens und längere Perioden der Untätigkeit vorwirft, hält Letztere der Beschwerdeführerin mehrfache Fristerstreckungsgesuche sowie die Einleitung eines Verständigungsverfahrens entgegen.

Vorab ist festzuhalten, dass die Frage der Verfahrensdauer für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht relevant ist. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin keine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde eingereicht. In der gebotenen Kürze kann dennoch festgehalten werden, dass den Akten keine gehäuften Fristerstreckungsgesuche der Beschwerdeführerin in Bezug auf den vorliegend relevanten Rückerstattungsantrag zu entnehmen sind – obwohl gelegentlich eine gewisse Zeit

verstrich, bis Unterlagen eingereicht werden konnten. Auch hat das Verständigungsverfahren bis zu seiner Sistierung nur rund zehn Monate in Anspruch genommen. Ohnehin hätte das Rückerstattungsverfahren in dieser Zeit weitergeführt werden können. Die Verfahrensdauer ist damit nicht in erster Linie von der Beschwerdeführerin zu verantworten. Sie erweist sich auch unter Berücksichtigung der Komplexität des vorliegenden Verfahrens als eher lang.

**4.1.2** Weiter hält die Vorinstanz dafür, die Beschwerdeführerin habe ihre Mitwirkungspflicht verletzt, indem sie die Gegenparteien der Swap-Geschäfte erst vor Bundesverwaltungsgericht, den dahinterstehenden Investor gar nicht offengelegt habe. Die Beschwerdeführerin habe aber offenzulegen, in welchem Verhältnis ihre Swap-Vertragspartner zueinander stünden und von wem sie beherrscht würden. Auch seien Angaben zur Identität des in der Beschwerde erwähnten Investors und zu dessen steuerlicher Ansässigkeit vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin hält dagegen, sie habe die Gegenparteien offengelegt. Da es keinen Hinweis auf ein Kreisgeschäft (also: Kauf der Aktien von der Gegenpartei und späterer Verkauf der Aktien wiederum an die Gegenpartei) gegeben habe, sei sie eigentlich nicht verpflichtet gewesen, ihre Gegenparteien offenzulegen. Den einschlägigen Bundesgerichtsurteilen sei auch keine generelle Pflicht zur Offenlegung der Gegenparteien zu entnehmen. Auch könne sie Dritte, zu denen sie in keiner Bankbeziehung stehe, deren Identität sie aber aus regulatorischen Gründen kennen müsse (nämlich den Investor), nicht einfach offenlegen. Die Identität des Investors spiele auch keine Rolle.

Die Mitwirkungspflicht ist kein Selbstzweck. Sie hat verhältnismässig zu sein (E. 3.7.6). Da das VStG zudem keine Art. 174 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11) entsprechende Bestimmung enthält, wonach eine Verletzung von Verfahrenspflichten, darunter der Mitwirkungspflicht, bestraft werden könnte (was, da es um die Rückerstattung, nicht die Veranlagung von Steuern geht, folgerichtig ist), ist eine allfällige Verletzung der Mitwirkungspflicht ohnehin nur, aber immerhin im Rahmen der Beweislastverteilung zu beachten (E. 3.7.3 f.). Sollte sich herausstellen, dass insbesondere Angaben zur Identität des Investors notwendig wären, wäre darauf weiter unten einzugehen.

**4.2** Damit ist die Ausgestaltung der Swap-Geschäfte darzustellen, soweit diese vorliegend von Bedeutung ist.

**4.2.1** Bei einem (Total-Return-)Swap handelt es sich um einen Tausch der gesamten Erträge eines Aktivums (oder Portfolios) gegen einen festgelegten Zahlungsstrom; es werden zukünftige Cashflows zwischen den Vertragspartnern ausgetauscht (Urteil des BVGer A-1245/2011 vom 26. Mai 2016 E. 5.5.1 m.Hw.a. STEFAN JAEGER, in: Boemle/Gsell/Jetzer/Nyffeler/Thalmann [Hrsg.], Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, 2002, S. 1001 f. «Swap-Geschäft»).

**4.2.2** Im konkreten Fall waren in einem notionalen (also nur «gedachten») Aktienkorb 25 europäische und US-amerikanische Aktien grosser Unternehmen («blue chip Gesellschaften») enthalten. Die Z-Aktien waren die einzigen schweizerischen Aktien in diesem Korb. Der Vertrag, ein so genannter «cash-settled OTC [over the counter; also ausserbörslicher] equity derivative contract», ein Aktien (Equity) Swap Kontrakt, war auf eine Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen, wobei er nach 16 Monaten vorzeitig aufgelöst wurde. Während der Laufzeit wurde der Vertrag ein paar Mal auf verschiedene Gegenparteien aufgeteilt und wieder zusammengelegt (siehe E. 4.2.3).

Die Beschwerdeführerin verpflichtete sich, der Gegenpartei basierend auf dem gesamten notionalen Wert des Aktienkorbes eine allfällige Wertsteigerung zu vergüten. Demgegenüber verpflichtete sich die Gegenpartei, der Beschwerdeführerin eine allfällige Wertverminderung des entsprechenden notionalen Aktienkorbes zu vergüten. Weiter hat sich die Beschwerdeführerin verpflichtet, der Gegenpartei auf Berechnungsbasis der sich auf den im notionalen Aktienkorb erfassten Titeln ausgeschütteten Dividenden eine entsprechende Ausgleichszahlung zu entrichten, wobei die Ausgleichszahlung im Umfang der Nettodividende, d.h. nach Abzug rechtmässig zurückbehaltener Quellensteuern, geschuldet war. Soweit eine Rückerstattung von Quellensteuern erfolgte, war die Ausgleichszahlung entsprechend anzupassen, wobei sie höchstens 80 % der Bruttodividende betrug (Dividendenquote bzw. «dividend ratio»). Zur Finanzierung belastete die Beschwerdeführerin der jeweiligen Gegenpartei quartalsweise einen Zins nach Massgabe der anwendbaren «overnight rate» (d.h. EUR-LIBOR-BBA bzw. CHF-LIBOR-BBA oder EONIA) plus einer Marge («Spread») basierend auf dem notionalen Wert des entsprechenden notionalen Aktienkorbes. Die Gegenpartei leistete für ihre Verpflichtungen Sicherheiten in Form eines Bardepots («collateral») von bis zu 25 % des notionalen Wertes des entsprechenden notionalen Aktienkorbes. Das «collateral» war von der Be-

schwerdeführerin zum vereinbarten Zinssatz plus einer Marge zu verzinsen bzw. reduzierte es entsprechend die den Gegenparteien in Rechnung gestellten Gesamtfinanzierungskosten.

Zusammengefasst erhielt die Gegenpartei von der Beschwerdeführerin damit folgende Zahlungen:

- Zahlung in Höhe der Wertsteigerung der notionalen Titel;
- Ausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende (bzw. bei Rückerstattung der Verrechnungssteuer: bis zu 80 % der Bruttodividende;
- Verzinsung von «collateral» und Marge bzw. entsprechende Reduktion der Finanzierungskosten.

Die Beschwerdeführerin erhielt von der Gegenpartei folgende Zahlungen:

- Zahlung in Höhe der Wertminderung der notionalen Titel;
- Zins (overnight rate);
- Marge basierend auf dem Wert des notionalen Korbes;
- «collateral» (rückzahlbar), der bis zu 25 % des Werts der zugrundeliegenden Titel betrug.

Das Währungsrisiko wurde von der jeweiligen Gegenpartei getragen.

Die Verträge konnten nur durch Zahlung («cash settlement»), nicht durch physische Übergabe der Aktien («physical settlement») erfüllt werden.

**4.2.3** Bei den Gegenparteien handelte es sich um die A.\_\_\_\_\_ mit Sitz auf den Cayman Islands ([...]), die B.\_\_\_\_\_ mit Sitz auf den British Virgin Islands ([...]) und die C.\_\_\_\_\_ mit Sitz auf Zypern ([...]). Alle drei Gesellschaften wurden vom selben Investor beherrscht. Per 8. Juni 2007 (dem in den Akten liegenden Vertrag ist kein Abschlussdatum zu entnehmen; «Trade Date» war der 1. Juni 2007, wobei dieses Datum auch auf dem Vertrag aufgebracht ist, «Effective Date» der 5. Juni 2007) schloss die Beschwerdeführerin mit der B.\_\_\_\_\_ einen Swap-Vertrag ab (Vertragsreferenz: \*\*\*1). Am 21. November desselben Jahres (der Vertrag trägt das Datum vom 21. Dezember 2007, «Trade Date» war aber der 21. November 2007) wurde der Vertrag teilweise in einen Vertrag mit der C.\_\_\_\_\_ überführt (Vertragsreferenz: \*\*\*2). Am 21. Dezember 2007 wurde der noch im Vertrag \*\*\*1 verbleibende Rest auf einen weiteren Vertrag, dieses Mal mit der A.\_\_\_\_\_ (Vertragsreferenz \*\*\*3) übertragen. Gleichzeitig wurde der Vertrag \*\*\*1 aufgehoben. Am 28. Dezember 2007 wurde mit der C.\_\_\_\_\_ ein neuer Vertrag geschlossen (Vertragsreferenz \*\*\*4) und ein Teil aus dem Vertrag \*\*\*3 auf diesen Vertrag übertragen. Am 21. Juli 2008 schliesslich wurden die Bestände aus den Verträgen \*\*\*2 und \*\*\*4 auf den

Vertrag \*\*\*3 übertragen. Dieser Vertrag wurde am 17. Oktober 2008 vorzeitig aufgelöst. Insgesamt ergibt sich folgender Zeitablauf (siehe folgende Seite):

	2007				2008	
Vertragsreferenz	08.06.2007	21.11.2007	21.12.2007	28.12.2007	21.07.2008	17.10.2008
***1 B.____	Beginn	Bestand (Teil in ***2)	Ende (Rest in ***3)			
***2 C.____		Beginn (aus ***1)	Bestand	Bestand	Ende (in ***3)	
***3 A.____			Beginn (aus ***1)	Bestand (Teil an ***4)	Bestand (aus ***2 und ***4)	Ende
***4 C.____				Beginn (aus ***3)	Ende (in ***3)	

**4.2.4** Die Aktien-Swap-Verträge \*\*\*1 und \*\*\*3 waren so ausgestaltet, dass das Unterschreiten eines vordefinierten Verhältnisses der Sicherheit zum Kurswert des entsprechenden notionalen Aktienkorbes («required ratio») die Leistung weiterer Sicherheitszahlungen an die Beschwerdeführerin auslöste («counterparty trigger event» oder sog. «margin call») und ein Überschreiten eines bestimmten Schwellenwertes der «required ratio» wiederum Zahlungen der Beschwerdeführerin an die Gegenpartei zur Folge hatte («bank trigger event»). Bei Eintritt eines der beiden Events war somit jeweils eine neue Abrechnung über die Höhe der erforderlichen Sicherheiten vorzunehmen. Durch die starken Kursschwankungen im notionalen Aktienkorb bedurfte es regelmässiger Anpassungen und entsprechender Ausgleichszahlungen. Allerdings sollte nicht jede Kursschwankung zu sofortigen Ausgleichszahlungen führen, sondern nur Schwankungen jenseits von bestimmten Schwellenwerten, der soeben genannten «required ratio».

**4.2.5** Zwischen Juni und Dezember 2007 erwarb die Beschwerdeführerin unter anderem rund 40 Mio. Z-Aktien. Diese wurden vorwiegend auf dem Schweizer Aktienmarkt (LCH und X-Clear) und teilweise von Kunden, Brokern und Aktienhändlern zum damaligen Marktpreis erworben.

### **4.3**

**4.3.1** Nachdem der Vertrag bzw. die Verträge beschrieben wurden, ist nun auf die Frage der Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin an der Z-Dividende einzugehen. Dazu werden zuerst ein paar allgemeine Feststellungen gemacht, bevor auf die Parteistandpunkte eingegangen wird.

**4.3.1.1** Es geht im Folgenden um die Frage, ob der Beschwerdeführerin an der Dividende das Nutzungsrecht zusteht. Anwendbar ist das DBA-GB (E. 1.2.2). Nicht beantwortet werden muss hingegen die Frage, ob ihr an den Z-Aktien das Nutzungsrecht zusteht (E. 3.5.4), weshalb auf Vorbringen der Parteien, die das Nutzungsrecht an den Aktien betreffen, wie insbesondere die Ausübung des Stimmrechts, nicht eingegangen wird. Auch ist der Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Aktien nicht aus «strategischen» Überlegungen gehalten hat (die Parteien meinen damit, dass eine Unternehmensübernahme nicht im Zentrum stand), von geringer Bedeutung, ist es doch durchaus üblich, Aktien zu Finanzierungszwecken zu halten.

**4.3.1.2** Auch kann festgehalten werden, dass die Gegenparteien – wird den Vorbringen der Beschwerdeführerin gefolgt – nicht abkommensberechtigt waren: Zum Zeitpunkt der Ausschüttung der Dividende bestanden Verträge mit der C.\_\_\_\_\_ (Sitz auf Zypern) und der A.\_\_\_\_\_ (Sitz auf den Cayman Islands); mit den Cayman Islands hat die Schweiz nach wie vor kein Abkommen geschlossen, jenes mit Zypern trat erst im Jahr 2015 in Kraft. Im Zeitpunkt der Ausschüttung der Z-Dividende waren somit beide Vertragspartnerinnen der Beschwerdeführerin nicht abkommensberechtigt. Ob allenfalls der Investor abkommensberechtigt gewesen wäre, ist nicht bekannt, für die zu beantwortende Frage aber auch nicht wesentlich, zumal nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zu prüfen ist, wer als nutzungsberechtigt angesehen wird, falls der Beschwerdeführerin das effektive Nutzungsrecht abzusprechen ist (BGE 141 II 447 E. 7.4). Ohnehin würde die Frage der Abkommensberechtigung vor allem dann eine Rolle spielen, wenn es darauf ankäme, ob das gewählte Vorgehen vorwiegend steuerlich motiviert war. Dies ist jedoch in Bezug auf die Frage der Nutzungsberechtigung nicht relevant (E. 3.5.6).

**4.3.1.3** Wie gerade erwähnt, ist die Frage, ob das Vorgehen der Beschwerdeführerin und ihrer Vertragspartner steuerlich motiviert war, bei der Frage nach der Nutzungsberechtigung nicht von Bedeutung. Auf die entsprechenden Vorgehen der Parteien ist dann – im Rahmen der Prüfung eines allfälligen Abkommensmissbrauchs – einzugehen, wenn die Frage der Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin an den Z-Dividenden bejaht wird.

**4.3.1.4** In diesem Zusammenhang ist kurz auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die ESTV habe festgehalten, es gehe nicht um Missbrauchsvorwürfe, einzugehen. Der Beschwerdeführerin, die ausführt, die Vorinstanz könne nicht einfach die Meinung ändern, ist entgegenzuhalten, dass die Vorinstanz ihre Meinung im Verlauf des Verfahrens ändern darf und dies sogar tun muss, wenn sie zu einer besseren Erkenntnis gelangt. Sollte also die Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin bejaht werden, wäre anschliessend ein allfälliger Abkommensmissbrauch zu prüfen; dies unabhängig von der Auffassung der Vorinstanz, da das Bundesverwaltungsgericht das Recht von Amtes wegen anwendet (E. 2.2).

**4.3.1.5** Wie das Bundesgericht erkannt hat, ist jeder Fall, in dem die Nutzungsberechtigung der Inhaberin der Aktien an den darauf ausgeschütteten Dividenden fraglich ist, einzeln anzuschauen (E. 3.5.3). Dabei ist zu beachten, dass Sinn und Zweck von Doppelbesteuerungsabkommen in erster Linie die Verhinderung der Doppelbesteuerung ist (RENÉ MATTEOTTI/CHRISTINE HORN, in: IStR-Kommentar, Einleitung, N. 12 m.Hw.). Immanent ist einem solchen Abkommen auch, dass sein Missbrauch verhindert werden soll (MATTEOTTI/HORN, in: IStR-Kommentar, Einleitung, N. 14).

**4.3.1.6** Schliesslich ist weder entscheidend, ob die Einnahmen aus der Z-Dividende in Grossbritannien von der Beschwerdeführerin zu versteuern sind, noch die (vorläufige) Einschätzung der Situation des HMRS im Rahmen des Verständigungsverfahrens. Letzteres wurde sistiert, so dass – soweit ersichtlich – keine definitive Sichtweise des HMRS bekannt ist und insbesondere keine Verständigung erreicht wurde (Sachverhalt Bst. J).

#### **4.3.2** *Weiterleitung*

**4.3.2.1** Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, es fehle an einer Nutzungsberechtigung, vorab auf den Umstand, dass die Beschwerdeführerin die vereinnahmte Z-Dividende zu mehr als der Hälfte – 100 % der Nettodivi-

dende (welche nach Abzug der Verrechnungssteuer 65 % der Bruttodividende beträgt) bis zu 80 % der Bruttodividende – habe an die Gegenparteien weiterleiten müssen. Das Bundesgericht habe die Vornahme der Weiterleitung der Wertschriftenerträge als ausschlaggebend für die Beurteilung der effektiven Nutzungsberechtigung betrachtet, auch wenn ein kleiner Prozentsatz als Vergütung oder Entlohnung für die Weiterleitung zurückbehalten werde. Aus den abgeschlossenen Swap-Verträgen gehe die Abhängigkeit zwischen der Vereinnahmung der Z-Dividende durch die Beschwerdeführerin einerseits und deren Weiterleitung an ihre Swap-Vertragsparteien andererseits klar hervor. Bereits deshalb fehle es an der Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin an der Dividende. Nicht massgeblich sei, dass zivilrechtlich nicht genau die von der Beschwerdeführerin vereinnahmte Dividende, sondern Beträge in entsprechender Höhe weitergeleitet worden seien. Bei der Würdigung der Umstände des Einzelfalles sei die Nutzungsberechtigung nicht in einem engen technischen bzw. formaljuristischen Sinn, sondern unter Einbezug der wirtschaftlichen Umstände zu verstehen. Rein vertragsrechtlich möge zutreffen, dass die Beschwerdeführerin keine Verpflichtung zur Absicherung ihrer Risiken gehabt habe. In faktischer Hinsicht habe jedoch eine Verbindung zum Basiswert geschaffen werden müssen, um die entsprechenden Erträge zu vereinnahmen und an den Kursgewinnen und -verlusten zu partizipieren. Weiter habe die Beschwerdeführerin als Bank auch aus regulatorischen Gründen ihre Risiken absichern müssen. Eine die Entscheidungsbefugnis einschränkende Abhängigkeit zwischen Einnahme der Einkünfte und deren Weiterleitung bestehe nicht nur dann, wenn eine direkte rechtliche Pflicht zur Weiterleitung bestehe, sondern auch bei einer faktischen Verpflichtung zur Weiterleitung aufgrund wirtschaftlicher Indizien. Ausschlaggebend sei, dass die Aktien-Absicherungsgeschäfte zeitgleich und in gleichem Umfang mit den Swap-Verträgen getätigt worden seien. Durch die Ausgestaltung der Swap-Verträge sei vorliegend der Abschluss der Aktien-Transaktionen nahegelegt und erst konkret ermöglicht worden. In solchen Fällen sei das Vorliegen einer massgeblichen Interdependenz zwischen der Finanzierung und dem Erwerb der Basiswerte zu bejahen. Faktisch liege in solchen Fällen eine Abhängigkeit der Aktien-Transaktionen und damit auch der dort vereinnahmten Leistungen gegenüber den Swap-Verträgen vor. Daraus folge, dass auch ohne Vorliegen einer vertraglichen Verpflichtung zum Erwerb der Basiswerte durch die Beschwerdeführerin der Zusammenhang zwischen dem Abschluss der Swap-Verträge und dem Erwerb der Basiswerte und damit einhergehend der Weiterleitung der dazugehörigen Erträge auf der Hand liege. Die Vertragsstaaten hätten nicht beabsichtigt, bei Ge-

schäften, wie sie vorliegend zu beurteilen seien, die effektive Nutzungsbe-  
rechtigung gestützt auf eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise unter  
Ausblendung jeglicher Weiterleitung der Dividende festzulegen. Die vorge-  
nommene Weiterleitung entspreche der vertraglich vereinbarten Vorge-  
hensweise und ergebe damit ein schlüssiges Bild.

Der Umstand, dass sämtliche Swap-Verträge der Beschwerdeführerin mit  
ihren Gegenparteien auf eine Weiterleitung von höchstens 80 % der ent-  
sprechenden Bruttodividende beschränkt gewesen seien, könne nur mit  
der erhofften Gewährung einer Rückerstattung der Verrechnungssteuer  
durch die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung des Sockels von  
15 % der Bruttodividende sowie eines Anteils von 5 % der Bruttodividende  
zu Gunsten der Beschwerdeführerin erklärt werden.

Das Vorliegen eines Kreisgeschäfts sei nicht zwingend. Eine schädliche  
Weiterleitung der Dividende sei gemäss der jüngeren Rechtsprechung  
auch zu bejahen, wenn der herangezogene Basiswert am Markt von ver-  
schiedenen, völlig unbeteiligten Dritten gekauft und an ebensolche wieder  
verkauft werde.

**4.3.2.2** Die Beschwerdeführerin führt zur Weiterleitung der Dividende aus,  
das Bundesgericht habe im «Swap-Entscheid» (BGE 141 II 447) festge-  
halten, zum blossen Umstand der Weiterleitung müssten weitere Merkmale  
hinzutreten, die der Inanspruchnahme des Doppelbesteuerungsabkom-  
mens abträglich seien. Gemäss Vorinstanz sei eine schädliche Weiterlei-  
tung nicht nur bei Kreisgeschäften gegeben, sondern auch bei Derivaten,  
bei denen die Basiswerte am Markt von völlig unbeteiligten Dritten gekauft  
und an ebensolche wieder verkauft würden. Diese pauschale Aussage  
treffe aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu. Es sei  
höchst fraglich, ob bei einer Auszahlung von etwas mehr als 50 % der Brut-  
toerträge von einer schädlichen Weiterleitung gesprochen werden könne,  
da es in einem solchen Fall an der bei Swap-Geschäften üblichen synthe-  
tischen Abbildung der Chancen und Risiken mangle. Würde nur auf die  
Weiterleitung abgestellt, könnten Pensionskassen nie eine Rückerstattung  
geltend machen.

Die Aktien seien von Personen gekauft und an solche verkauft worden, die  
mit den Aktien Swap-Gegenparteien und dem dahinterstehenden Investor  
nicht identisch gewesen seien. Sie (die Beschwerdeführerin) habe die Ak-  
tien über eine längere Aufbauzeit erworben. Die insgesamt gehaltenen Ak-  
tien hätten sich aus dem gesamten Handel ergeben, was dazu geführt

habe, dass die zugrunde liegenden Wertschriften über verschiedene long- und short-Positionen gehalten worden seien. Dadurch könne das Halten der zugrunde liegenden Aktien nicht einer bestimmten (long) Transaktion zugeordnet werden. Oft würden weniger Wertschriften gehalten, als in den notionalen Körben vorhanden seien. Würde angenommen, die Nutzungsberechtigung gehe an die Swap-Gegenparteien über, gebe es womöglich mehr Nutzungsberechtigte als Dividenden ausgeschüttet worden seien. Daher sei es angemessen, auf das physische Halten der Wertschriften abzustellen anstatt auf notionale Anrechte.

**4.3.2.3** Was die Weiterleitung von Wertschriftenerträgen anbelangt, hat das Bundesgericht zunächst auf die doppelte Interdependenz zwischen dem Erwerb der zugrundeliegenden Wertschriften und der Weiterleitung der Wertschriftenerträge abgestellt (E. 3.5.8) und zudem – wie dies die Beschwerdeführerin festhält – auf die Notwendigkeit, jeden Fall einzeln zu betrachten, hingewiesen (E. 3.5.3). Eine vertragliche Pflicht, die Dividende weiterzuleiten, würde deutlich auf die fehlende Nutzungsberechtigung hinweisen. Die Swap-Verträge sprechen jedoch nicht von Weiterleitung der Dividende, sondern von einer Zahlung in Höhe der Wertschriftenerträge. Auch war die Beschwerdeführerin nicht verpflichtet, die Z-Aktien zu kaufen. Sie war hingegen zur Sicherung der Swap-Geschäfte verpflichtet. Auch war festgelegt, dass der gesamte Korb teilweise durch den Kauf der zugrundeliegenden Werte abzusichern war. Um welche Titel es sich dabei handelte, war – da sich die Verträge darüber ausschweigen – der Beschwerdeführerin überlassen. Wie sie darüber hinaus die Absicherung vornahm, war ebenfalls ihr selbst überlassen. Soweit die Vorinstanz daher geltend macht, die Weiterleitung entspreche der vertraglich vereinbarten Vorgehensweise, kann ihr nicht gefolgt werden. An anderer Stelle spricht die Vorinstanz denn auch von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und einer faktischen Weiterleitung. Auch wirtschaftlich gesehen genügt es aber nicht, wenn die Beschwerdeführerin Dividenden vereinnahmt und Zahlungen in gleicher oder ähnlicher Höhe an eine Drittpartei tätigt. Wie das Bundesgericht festhält, bedarf es der doppelten Interdependenz (E. 3.5.8). Darauf wird noch einzugehen sein (E. 4.4).

Die Vorinstanz bringt vor, die Beschwerdeführerin habe die entsprechenden Erträge vereinnahmen und an den Kursgewinnen und -verlusten partizipieren müssen. Auch habe sie aus regulatorischen Gründen ihre Risiken absichern müssen. Für die Vorinstanz war der Kauf der zugrundeliegenden Werte die nächstliegende Variante.

Würde davon ausgegangen, dass bereits der Umstand, dass die Bank ein Geschäft (zeitgleich) absichert bzw. absichern muss, dazu führen, dass ihr die Rückerstattung der Verrechnungssteuer versagt bliebe, könnte eine Bank wohl kaum noch Swap-Geschäfte (oder andere Geschäfte) in grösserem Umfang abschliessen, wäre doch das Risiko, das sie damit einginge, zu gross. Das Bundesgericht wollte aber die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei solchen Geschäften wohl nicht grundsätzlich verhindern, sondern mit dem Hinweis auf die doppelte Interdependenz sowie die Umstände des Einzelfalls die Tür für die Rückerstattung bei bestimmten Geschäften offenlassen (E. 3.5.3 und 3.5.8). Zwar hat es keine «Ausweichsklausel» statuiert, wie die Beschwerdeführerin sich ausdrückt, doch hat es nicht jede Art von Swap-Geschäft, bei dem regelmässig Geldflüsse getauscht worden, als von der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ausgeschlossen bezeichnet (zur Frage der Absicherung im vorliegenden Fall siehe aber auch E. 4.3.5.3).

Vorliegend ist im Übrigen zu konstatieren, dass zwischen dem Abschluss des Swap-Geschäfts und dessen Absicherung keine völlige Gleichzeitigkeit bestand. So wurden die Z-Aktien nach und nach erworben und auch nicht gleichzeitig verkauft (E. 4.3.5).

Die Vorinstanz macht sinngemäss geltend, eine allfällige (teilweise) Rückerstattung der Verrechnungssteuer sei in die Swap-Geschäfte einbezogen worden, indem bei Rückerstattung der Verrechnungssteuer 80 % der Bruttoerträge und nicht nur die Nettoerträge weiterzugeben gewesen seien. Bevor später konkret auf die doppelte Interdependenz eingegangen wird, kann festgehalten werden, dass nur dann, wenn die Wertschriften tatsächlich gehalten und die Dividenden tatsächlich vereinnahmt werden, ersichtlich ist, ob im konkreten Fall die Verrechnungssteuer zurückerstattet wird. So steht denn in den Verträgen auch, dass die Verrechnungssteuer nur dann (teilweise) weiterzuleiten ist, wenn sie tatsächlich zurückerstattet wurde. Dies kann nur bei jenen Titeln der Fall sein, die gehalten wurden. Eine Verpflichtung, die Titel zu halten, lässt sich daraus aber nicht ableiten.

Eine schädliche Weiterleitung kann auch dann vorliegen, wenn kein Kreisgeschäft geschlossen wurde. Wie festgehalten, ist jeder Fall einzeln zu betrachten (E. 3.5.3). Dabei wäre das Vorliegen eines Kreisgeschäfts als (wohl starkes) Indiz für eine schädliche Weiterleitung zu betrachten. Sein Fehlen schliesst aber eine solche Weiterleitung nicht aus.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es sei möglich, dass in den notionalen Körben mehr Aktien «vorhanden» seien, als physisch gehalten würden. Das ändert aber nichts daran, dass bei jenen Aktien, die gehalten wurden, eine schädliche Weiterleitung auf den darauf ausgeschütteten Dividenden vorliegen kann. In Bezug auf diese Dividenden ist zu prüfen, ob die doppelte Interdependenz vorliegt.

Was die Zuordnung der Wertschriften anbelangt, war eine solche der Beschwerdeführerin offensichtlich möglich. So konnte auch eine bestimmte Anzahl Z-Aktien ermittelt werden, die mit dem Swap-Geschäft in keinem Zusammenhang stehen und für die mittlerweile die Verrechnungssteuer zurückerstattet wurde (E. 1.4). Unbestritten dürfte sein, dass es einfacher wäre, bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer darauf abzustellen, wer die Aktien hält, auf denen die Erträge erzielt wurden. Wie bereits ausgeführt, ist aber staatsvertraglich vorgesehen, dass die Rückerstattung an die am Ertrag nutzungsberechtigte Person erfolgt.

#### **4.3.3 Risikotragung**

**4.3.3.1** Zur Frage, wer das Risiko trage, führt die Vorinstanz aus, wirtschaftlich seien die Gegenparteien der Beschwerdeführerin gestützt auf die Swap-Verträge vollständig dem Marktrisiko der Z-Aktien ausgesetzt gewesen. Die Beschwerdeführerin wiederum habe im Hinblick auf die wirtschaftlichen Risiken aufgrund der von ihr abgeschlossenen Swap-Verträge eine entsprechende Anzahl an Z-Aktien erworben und sich so abgesichert. Gestützt auf die Swap-Verträge sei sichergestellt worden, dass die Gegenparteien wirtschaftlich so gestellt worden seien, als ob sie selber diese Z-Aktien gehalten hätten. Den Gegenparteien hätten obligatorische Ansprüche auf einen Ausgleich für eingetretene Wertgewinne auf den Z-Aktien zugestanden. Umgekehrt habe der Beschwerdeführerin ein obligatorischer Anspruch auf Ausgleich für eingetretene Wertverluste auf den Z-Aktien zugestanden. Bei Aktien-Swaps werde der erwartete wirtschaftliche Ertrag eines Basiswerts, das heisse insbesondere Kursänderungen und Dividenden, gegen einen Zins getauscht. Übertragen würde dabei das wirtschaftliche Risiko am Basiswert. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrer Gegenpartei mittels Swap-Verträgen vereinbart, dass alle Chancen und Risiken betreffend eine bestimmte Anzahl Z-Aktien auf die Gegenpartei übergehen sollten.

Rein hypothetischer Natur sei schliesslich der Verweis auf das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Kursrisiko von 75 % an den von ihr

gehaltenen Z-Aktien für den Fall eines Kurssturzes auf null und dem gleichzeitigen Ausfall der obligatorischen Ansprüche gegenüber ihren Swap-Vertragsparteien. Bereits die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Swap-Verträge abgeschlossen habe, diene als genügender Beleg, dass auch sie selber einen solchen Ausgang als höchst unwahrscheinlich erachtet habe. Abgesehen davon sei auch in diesem Zusammenhang in Erinnerung zu rufen, dass das «collateral» bloss eine zusätzliche Sicherheit zugunsten der Beschwerdeführerin darstelle.

**4.3.3.2** Die Beschwerdeführerin erklärt, sie sei wirtschaftlich gesehen das Risiko einer Wertsteigerung des entsprechenden notionalen Aktienkorbes eingegangen, während die Gegenpartei das Risiko eines Wertverlusts übernommen habe. Zudem habe die Gegenpartei das Währungsrisiko unter einigen der abgeschlossenen Derivatkontrakten getragen. Sämtliche zwischen den Parteien abgeschlossenen Derivatkontrakte hätten eine blosser Barentschädigung («cash settlement») und nicht die Möglichkeit einer physischen Titellieferung («physical settlement») vorgesehen.

Bei den Gegenparteien habe es sich um Investitionsvehikel mit zur Risikoabschottung beschränkter Mittelausstattung gehandelt. Die Finanzierung der Transaktionen (gemeint ist der Kauf der Aktien) sei nur teilweise über das «collateral» möglich und somit eine Verrechnung von Ansprüchen mit der jeweiligen Gegenpartei zur vollständigen Tilgung von gegenseitigen Forderungen ausgeschlossen gewesen. Die vorhandenen Mittel hätten sich typischerweise auf das jeweils erforderliche «collateral» beschränkt.

Durch das eingetretene «worst case»-Szenario werde klar, wem die Aktien tatsächlich gehört hätten und wer die Letzt- und Restrisiken aus den Aktien und deren Finanzierung getragen habe.

Erhalte sie (die Beschwerdeführerin) die Verrechnungssteuer zurückerstattet, könne sie ihre Verluste um diesen Betrag (der teilweise zurückerstatteten Verrechnungssteuer) verringern. An eine Weiterleitung des allfälligen Rückerstattungsbetrags in irgendeiner Form an die Gegenparteien oder diesen nahestehende Dritte wäre aufgrund der von den Gegenparteien ihr gegenüber nicht erfüllten vertraglichen Pflichten, ihrer unbefriedigten Ansprüche auf Nachschuss von Sicherheiten und der letztlich vereinbarten Saldoklausel bei Schliessung des letzten Swap-Kontraktes nicht zu denken.

**4.3.3.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, beim Eintritt eines «worst-case»-Szenarios habe ihr ein 100 %-iger Verlust gedroht. Dem Argument der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei nicht vom Eintritt eines solchen Ereignisses ausgegangen, hätte sie doch sonst das Geschäft nicht abgeschlossen, kommt keine Bedeutung zu. Niemand würde mehr Geschäfte abschliessen, wenn angenommen würde, es trete der schlechteste Fall ein. Risiken werden genau deswegen eingegangen, weil damit gerechnet oder zumindest darauf gehofft wird, dass sie nicht eintreten. Von einer Erwartung oder Hoffnung kann die Beurteilung des vorliegenden Falls nicht abhängen. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin allfällige Risiken als genügend abgegolten ansah.

Die ESTV bringt weiter vor, die Beschwerdeführerin habe die Finanzierungskosten für den Erwerb der Z-Aktien auf die Swap-Vertragsparteien überwälzen können. Da die Beschwerdeführerin von der Gegenpartei eine Zahlung in der Höhe der Wertminderung der notionalen Titel erhielt, ihrerseits eine Zahlung in der Höhe der Wertsteigerung dieser Titel der Gegenpartei zu bezahlen hatte, konnte sie tatsächlich die Titel – sofern der Vertrag wie vereinbart erfüllt wurde – ohne Risiko kaufen. Ein allfälliger niedrigerer Verkaufspreis wäre durch die Gegenpartei ausgeglichen worden, sofern der Verkauf beim Vertragsende erfolgt wäre, waren Wertminderungen – des notionalen Korbes – doch von der Gegenpartei zu bezahlen. Wertminderungen nach Vertragsende hatte die Beschwerdeführerin dagegen selbst zu tragen. Wäre der Verkaufspreis höher ausgefallen, hätte die Beschwerdeführerin den «Gewinn» bzw. eine Zahlung in dieser Höhe an die Gegenpartei abliefern müssen. Insofern war die Beschwerdeführerin gleich gestellt, unabhängig davon, ob sie die Titel hielt oder nicht. Dagegen wurde die Gegenpartei so gestellt, als hätte sie die Titel gekauft und dann wieder verkauft. Gewinn und Verlust der Titel wurden so via die Ausgleichszahlungen letztlich bei der Gegenpartei realisiert.

Das von der Beschwerdeführerin wortreich beschriebene Risiko war letztlich davon abhängig, ob die Gegenpartei in der Lage war, ihren Teil des Vertrages zu erfüllen. Dieses Risiko kann aber für die Frage, ob einer Weiterleitung der Z-Dividende vorgenommen wurde, nicht entscheidend sein.

Der Verlust, den die Beschwerdeführerin erlitt, entstand also, weil die Gegenpartei nicht in der Lage war, den Vertrag ordnungsgemäss zu erfüllen. Die Beschwerdeführerin trug damit das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei. Der erlittene Verlust bedeutet aber nicht, dass der Beschwerdeführerin das Nutzungsrecht an der Z-Dividende zukommen würde. Hätte

sich die Beschwerdeführerin verpflichtet, die Aktien zu halten und die Dividende an die Gegenpartei weiterzuleiten, wäre ihr bei Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei derselbe Verlust entstanden. Hätte dagegen die Gegenpartei den Kauf der Aktien vollständig finanziert, würde die Einschaltung der Beschwerdeführerin (abgesehen von steuerlichen Erwägungen) wirtschaftlich keinen Sinn ergeben. Selbst ein Kreisgeschäft zwischen den Parteien – von dem vorliegend nicht ausgegangen wird – hätte die Beschwerdeführerin bei Insolvenz der Gegenpartei nicht vor einem Verlust bewahren können.

Damit ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin das Risiko von Kursgewinnen und -verlusten vertraglich vollständig auf die Gegenpartei übertrug. Dass der Vertrag nicht erfüllt wurde, ist für die vorliegend einzig interessierende Frage unerheblich. Die Übertragung der Risiken weist auf eine fehlende Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin hin.

#### **4.3.4 Haltedauer**

**4.3.4.1** Bezüglich der Haltedauer der Wertschriften bringt die Vorinstanz vor, dass eine kurze Haltedauer über den Dividendenstichtag ein zusätzliches Indiz für das Fehlen der Nutzungsberechtigung sei. Wenn vorliegend bestimmte Sachverhaltsmerkmale – wie eine kurze Laufzeit – nicht gegeben seien, bedeute dies keineswegs, dass deshalb automatisch in jedem Fall die Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu gewähren sei.

**4.3.4.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, ein langfristiges Swap-Geschäft unterscheide sich stark von einem kurzfristigen. Ein langfristiges eigne sich von vornherein nicht für Dividenden- oder Steuerarbitragen. Der notionale Aktienkorb sei über eine solch lange Laufzeit zudem naturgemäss stärkeren Schwankungen als bei einer kurzen Laufzeit unterworfen. Bei langen Laufzeiten könnten hohe Kursschwankungen oder die Illiquidität auf den Märkten nicht ausgeschlossen werden. Entsprechend habe sie (die Beschwerdeführerin) aufgrund der langen Laufzeit des Swap-Geschäftes ohne vorvereinbarter Rückabwicklung auch signifikant höhere Risiken getragen als es bei einem kurzfristigen Geschäft mit bereits unter den Parteien abgesprochener Rückabwicklung der Fall gewesen wäre.

Bei einem Aktien Swap Kontrakt mit einer Laufzeit von mehreren Monaten respektive Jahren spiele eine allfällig eingesparte Verrechnungssteuer auf allfälligen Dividenden im Vergleich zur Volatilität der entsprechenden Basiswerte eine völlig untergeordnete Rolle.

**4.3.4.3** Eine kurze Haltedauer über den Dividendenstichtag wäre tatsächlich ein starkes Indiz für eine Weiterleitungspflicht der Dividende. Eine längere Haltedauer sowie vertragliche Konditionen, die vom konkreten Dividendenstichtag unabhängig erscheinen, deuten zwar darauf hin, dass keine steuerlichen Überlegungen im Vordergrund standen, sondern Finanzgeschäfte. Die Frage einer allenfalls steuerlichen Motivation ist aber (wie oben erwähnt, E. 3.5.6) für die Frage der Nutzungsberechtigung nicht relevant.

In Bezug auf das Risiko (dazu E. 4.3.3.3) ist daher höchstens das Risiko eines Konkurses der Gegenpartei höher als bei kurzfristigen Geschäften. Die längere Haltedauer spricht in der vorliegenden Konstellation damit noch nicht gegen die fehlende Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin.

#### **4.3.5 Zwingender Charakter des Aktienerwerbs**

**4.3.5.1** Die Vorinstanz hält dafür, der Erwerb der Z-Aktien sei auch aufgrund des Volumens des abgeschlossenen Geschäfts zwingend gewesen. Die Beschwerdeführerin habe über den Dividentermin Z-Aktien im Umfang von 3.66 % der verfügbaren Titel gehalten. Der Investor sei an einer starken Hebelwirkung interessiert gewesen. Die Beschwerdeführerin habe – so die Vorinstanz – ihren Swap-Vertragsparteien jeweils einen Libor-Zins zuzüglich einer Marge basierend auf dem notionalen Wert der entsprechenden Z-Aktien belastet. So habe die Beschwerdeführerin die Finanzierungskosten des Erwerbs der Z-Aktien auf ihre Swap-Vertragsparteien überwältigt. Damit sei erwiesen, dass vorliegend durch die Ausgestaltung der Swap-Verträge der Erwerb der streitbetroffenen Z-Aktien durch die Beschwerdeführerin zwingend nahegelegt worden sei. Somit habe eine massgebliche Interdependenz zwischen der Finanzierung und dem Erwerb der Basiswerte vorgelegen. Das hohe Volumen der Swap-Kontrakte und die Interdependenzen betreffend den Abschluss der Swap-Kontrakte, dem Erwerb der Z-Aktien und der Finanzierung dieses Erwerbs sprächen zusätzlich gegen die effektive Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin an der von ihr zunächst vereinnahmten Z-Dividende.

**4.3.5.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, ob eine vollständige oder teilweise Absicherung der mit ihren Kunden geschlossenen Geschäfte durch das physische Halten von Aktien oder auf synthetische Weise durch den Abschluss von weiteren (gleich- oder gegenläufigen) Derivatgeschäften er-

folgt sei, sei von ihrem freien Ermessen und den sich ihr bietenden Möglichkeiten abhängig gewesen. Sie habe einen grossen Teil der Z-Aktien erworben und während der Laufzeit der Swap-Verträge gehalten, um sich in dem Mass abzusichern, in dem sie sich nicht anders – nämlich durch Verträge mit anderen Klienten – habe absichern können.

**4.3.5.3** Da der Investor die Aktien selbst nicht halten musste, sondern mittels Swap-Kontrakt in den Genuss eines allfälligen Kursgewinns sowie der Erträge kam – allerdings auch das Risiko eines Kursverlustes trug – musste er keine Mittel für den Erwerb der Titel selbst aufbringen, sondern «nur» das vertragsmässig festgelegte «collateral» und die Zinsen. Somit konnte er mehr Mittel in den Swap-Vertrag investieren. Weshalb der Investor in der Lage war, eine beträchtliche Summe einzusetzen – beide Parteien äussern sich dazu, dass er eine günstige Kapital- und Vermögenslage aufgewiesen habe –, ist jedoch nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr die von der Vorinstanz aufgeworfene Frage, ob die Beschwerdeführerin (auch) aufgrund des grossen Volumens faktisch gezwungen war, die Z-Aktien zu erwerben oder ob der Erwerb – wie die Beschwerdeführerin vorbringt – freiwillig erfolgte. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, deutet der schiere Umfang des Vertrages darauf hin, dass es für die Beschwerdeführerin naheliegend war, die Aktien zu erwerben. Dafür spricht auch unabhängig vom Volumen, dass sie durch den Erwerb gemäss Vertrag kein Risiko einging, hätten doch Verluste durch die Gegenpartei getragen werden sollen. Zwar ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen, dass sie gemäss dem Vertrag die Zahlungen auch anders, zum Beispiel mittels gegenläufiger Derivatgeschäfte, hätte absichern können, doch erscheint der Erwerb der Aktien eine wesentlich einfachere Form gewesen zu sein. Einerseits hätte die Beschwerdeführerin für ein gegenläufiges Derivatgeschäft einen oder mehrere Kunden finden müssen, die solche Geschäfte abschliessen wollten, und andererseits hätte sie dann nicht nur das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei im vorliegenden Verfahren getragen, sondern zusätzlich jenes des bzw. der anderen Kunden. Darauf wird bei der Prüfung der doppelten Interdependenz zurückzukommen sein (E. 4.4).

#### **4.3.6** *Zeitpunkt des Verkaufs und diesbezügliches Risiko*

**4.3.6.1** Die Vorinstanz macht gelten, der Umstand, dass die Beschwerdeführerin die von ihr gehaltenen Z-Aktien habe verkaufen wollen, als die Gegenpartei keine weiteren Sicherheiten habe liefern können, sei ein weiteres Indiz für das wirtschaftliche Eigentum der Swap-Vertragsparteien an den

streitbetroffenen Z-Aktien. Daraus sei der Schluss zu ziehen, dass das zivilrechtliche Eigentum der Beschwerdeführerin an den Z-Aktien in wirtschaftlicher Hinsicht völlig ausgehöhlt gewesen sei. Die wirtschaftlichen Chancen und Risiken im Zeitpunkt des Dividendenbeschlusses und der Ausschüttung seien nicht bei der Beschwerdeführerin gelegen.

Im Zeitpunkt der Auflösung des verbliebenen Swap-Vertrages seien 65 % der Bruttodividende bereits weitergeleitet worden, so dass der Umstand, dass keine weiteren Zahlungen erfolgen würden, nicht ausschlaggebend für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens sein könne. Das verbleibende Risiko der Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei der Beschwerdeführerin könne nicht dazu führen, dass ihr darum die Rückerstattung gewährt werde.

Es sei unklar, ob die Beschwerdeführerin die Z-Aktien rechtzeitig verkauft habe und ob das von den Swap-Vertragsparteien der Beschwerdeführerin geleistete «collateral» bei einem rechtzeitigen Verkauf der Z-Aktien allenfalls die eingetretenen Kursverluste hätte abdecken können.

**4.3.6.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, nachdem als Folge der Finanzkrise im Oktober 2008 die Aktienkurse weltweit rasant eingebrochen seien und die Gegenpartei ihrer Aufforderung («margin call») zur Leistung weiterer Sicherheiten (zusätzlicher «collateral») für ihre Verpflichtungen unter dem damals einzig noch bestehenden Swap-Vertrag \*\*\*3 nicht Folge habe leisten können, hätten die Parteien am 8. Oktober 2008 von ihrem vorzeitigen Kündigungsrecht Gebrauch gemacht, worauf dieser Swap-Kontrakt rund acht Monate vor Ende der von den Parteien ursprünglich vereinbarten zweijährigen Laufzeit beendet worden sei. Sie (die Beschwerdeführerin) habe am 8. Oktober 2008 begonnen, die von ihr zur Absicherung ihrer Verpflichtungen gehaltenen Basiswerte, einschliesslich der Z-Aktien, in grossen Tranchen zu veräussern. Die Finanzkrise und der rasche Verkauf der Z-Aktien hätten zu einem Kurszerfall geführt, der durch das noch vorhandene «collateral» nicht habe aufgefangen werden können. In der Folge habe die Beschwerdeführerin ganz erhebliche Verluste erlitten, welche die Finanzierungsentschädigung bei weitem übertroffen hätten.

Das von der Beschwerdeführerin getragene Kursrisiko zeige, dass sie an den Aktien und den darauf ausgeschütteten Dividenden nutzungsberechtigt gewesen sei. Im Zeitpunkt der Auflösung der Swap-Verträge sei die Beschwerdeführerin nicht verpflichtet gewesen, die Aktien zu verkaufen.

Sie habe diese aber für Absicherungszwecke nicht mehr benötigt und wirtschaftlich sei es aufgrund der Volatilität der Märkte naheliegend gewesen, die Titel zu veräußern.

**4.3.6.3** In diesem Zusammenhang führt die Vorinstanz aus, der Umstand, dass die Z-Aktien verkauft worden seien, nachdem die Gegenpartei keine weiteren Sicherheiten hätte leisten können, sei ein weiteres Indiz dafür, dass das wirtschaftliche Eigentum und das effektive Nutzungsrecht an den Z-Aktien bei der Gegenpartei gelegen sei. Dazu ist festzuhalten, dass vorliegend grundsätzlich unerheblich ist, wem das Nutzungsrecht an den Aktien zukommt. Es geht – wie bereits mehrfach ausgeführt – um das Nutzungsrecht an der Dividende (E. 3.5.4). Dass die Beschwerdeführerin die Aktien verkaufte, als die Gegenpartei keine weiteren Sicherheiten liefern konnte, ist aber ein Hinweis darauf, dass sie diese Aktien tatsächlich nur hielt, weil bzw. solange sie die Finanzierungskosten dafür (teilweise) von der Gegenpartei erhielt.

Der Vorinstanz ist zuzustimmen, wenn sie vorbringt, dass faktisch keine weiteren Zahlungen einer eventuell zurückerstatteten Verrechnungssteuer durch die Beschwerdeführerin an die Vertragspartei stattgefunden haben/ stattfinden werden, könne nicht ausschlaggebend für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens sein. Entscheidend für die Frage der Rückerstattung sind die Umstände, wie sie sich im Zeitpunkt der Ausschüttung der Dividende darstellten (E. 3.5.6). Wie es sich mit der Nutzungsberechtigung vor oder nach diesem Zeitpunkt verhält, ist in der Tat nicht relevant.

Die Ausführungen der Vorinstanz zur Frage, ob die Beschwerdeführerin gegenüber der Gegenpartei Ansprüche geltend machen können, sowie das Vorbringen, die Beschwerdeführerin habe ihr entstandenen Schaden nicht beziffert, haben keinen Einfluss auf die Frage der Nutzungsberechtigung, weshalb sie hier nicht dargestellt werden. Es kann jedoch festgehalten werden, dass aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin ihre Forderungen mit jener der Gegenpartei verrechnete, nicht geschlossen werden kann, die Beschwerdeführerin sei vollständig befriedigt worden.

#### **4.3.7 Exkurs: Steuerliche Motivation**

**4.3.7.1** Die Vorinstanz geht davon aus, das Vorgehen der Beschwerdeführerin und ihrer Gegenparteien sei in erster Linie steuerlich motiviert gewesen.

**4.3.7.2** Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dies sei nicht der Fall. Unter den im notionalen Korb enthaltenen Aktien hätten sich zahlreiche befunden, auf welchen in der relevanten Zeitperiode entweder gar keine oder quartalsweise Dividenden ausgeschüttet worden seien (US-amerikanische Titel) oder wo allfällige Dividenden gar keiner Quellensteuer unterlegen seien (englische Titel). Die Swap-Kontrakte seien einen Monat nach Ausschüttung der letzten Z-Dividende abgeschlossen worden. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Volatilität der sich im Aktienkorb befindenden Aktien sei der Ertrag der nach elf Monaten Laufzeit vereinnahmten Z-Nettodividende und einer allenfalls teilweise zurückerstattbaren Verrechnungssteuer vernachlässigbar. Der Wert der zur Absicherung der Swap-Kontrakte gehaltenen Z-Aktien habe sich über die 16 Monate Laufzeit bis zur vorzeitigen Beendigung des zuletzt verbliebenen Swap-Kontrakts in etwa halbiert und sowohl die Gegenparteien (Kursverlust und damit einhergehender Verlust des gesamten «collateral») als auch die Beschwerdeführerin (nicht erfüllte «margin calls» und nicht mögliche Vollstreckung ihrer Ansprüche infolge ungenügender Sicherheiten und nicht vorhandener weiterer Mittel bei den Gegenparteien) in der Folge hohe Verluste erlitten. Zudem sei sie (die Beschwerdeführerin) im Zeitpunkt der vorzeitigen Auflösung des noch verbliebenen Swap-Kontraktes auf einem Restbestand von rund 12.5 Mio. Z-Aktien sitzen geblieben.

**4.3.7.3** Die Frage nach einer allfälligen steuerlichen Motivation wäre erst im Rahmen eines allfälligen Abkommensmissbrauchs zu prüfen (vgl. E. 3.5.6). Für die Frage nach der Nutzungsberechtigung an der Z-Dividende ist sie nicht entscheidend. Es kann hier aber festgehalten werden, dass das Swap-Geschäft gesamthaft gesehen kaum der Steueroptimierung diene.

#### **4.3.8 Weitere Vorbringen der Beschwerdeführerin**

##### **4.3.8.1 Standard-Verträge**

Die Beschwerdeführerin führt aus, den Swap-Geschäften hätten standardisierte Finanzkontrakte zugrunde gelegen, welche bestimmten, wie Zahlungen zu berechnen und Laufzeiten oder Fälligkeiten auszugestalten seien.

Daraus kann die Beschwerdeführerin aber nichts zu ihren Gunsten ableiten. Einerseits wurden die Standardverträge jeweils konkretisiert und andererseits kann auch in einem standardisierten Vertrag eine Weiterleitung der Wertschriftenerträge vorgesehen sein.

#### **4.3.8.2 OECD-Kommentar**

Die Beschwerdeführerin verweist weiter auf den OECD-Kommentar. Die Zusprechung der Nutzungsberechtigung an die Beschwerdeführerin entspreche im vorliegenden Swap-Geschäft Ziff. 12.4 des Updates 2014 des Kommentars zu Art. 10 des OECD-MA. Da es sich bei dieser Kommentarstelle um eine bloße Klarstellung oder Präzisierung zum Begriff der «Nutzungsberechtigung» handle, gebiete es sich, vorliegend auf die aktuellste Fassung abzustellen (siehe hierzu: NORDIN/SCHUDEL, a.a.O., 43; vgl. auch E. 3.2.3).

Die am 15. Juli 2014 eingefügte Ziff. 12.4 des OECD-Kommentars zu Art. 10 OECD-MA lautet:

«12.4 Dans ces différents exemples (agent, mandataire, société relais agissant en qualité de fiduciaire ou d'administrateur), le récipiendaire direct du dividende n'est pas le «bénéficiaire effectif» parce que le droit du récipiendaire d'utiliser le dividende et d'en jouir est limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne. Cette obligation découle habituellement de documents juridiques pertinents, mais peut également exister en raison de faits et de circonstances qui montrent que, fondamentalement, le récipiendaire n'a de toute évidence pas le droit d'utiliser le dividende et d'en jouir sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne. Ce type d'obligation ne comprend pas les obligations contractuelles ou légales qui ne dépendent pas de la réception du paiement par le récipiendaire direct, comme les obligations qui ne dépendent pas de la réception du paiement et que le récipiendaire direct peut avoir en qualité de débiteur ou de partie à des transactions financières, ou les obligations générales de distribution des régimes de retraite et des organismes de placement collectif pouvant prétendre aux avantages de la Convention en vertu des principes énoncés aux paragraphes 6.8 à 6.34 des Commentaires sur l'article 1. Lorsque le récipiendaire d'un dividende a effectivement le droit d'utiliser le dividende et d'en jouir sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne, il est le « bénéficiaire effectif » de ce dividende. Il convient de souligner que l'article 10 fait référence au bénéficiaire effectif d'un dividende par opposition au propriétaire des actions, qui peuvent être deux personnes différentes dans certains cas.»

Hier wird festgehalten, dass die Verpflichtung, die Erträge einer anderen Person abzutreten, in der Regel aus den juristischen Dokumenten hervorgeht. Die Verpflichtung zur Weiterleitung könne sich aber auch aus Fakten und Umständen ergeben, die zeigen, dass der Empfänger der Dividende nicht das Recht hat, über die Dividende zu verfügen und sie ohne Einschränkung zu verwenden. Der Kommentar fährt fort, dass darunter keine vertraglichen oder rechtlichen Verpflichtungen fallen, die nicht vom Erhalt der Dividende durch den direkten Empfänger derselben abhängen, wie Verpflichtungen, die nicht vom Erhalt der Zahlung abhängen und die der Empfänger der Dividende als Schuldner oder Partei von Finanztransaktionen haben kann, oder allgemeine Verteilungsverpflichtungen von Pensionsplänen oder kollektiven Kapitalanlagen, die von Abkommensvorteilen profitieren können.

Bei den von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Verträgen handelt es sich weder um Pensionspläne noch um eine kollektive Kapitalanlage. Im Übrigen hält der Kommentar fest, dass der Umstand, dass jemand nicht mit dem Wertschriftenertrag in Zusammenhang stehende Schulden hat und die Dividende zur Begleichung dieser Schulden einsetzt, nicht dazu führt, dass dem Empfänger der Dividende das Nutzungsrecht an derselben abgesprochen wird. Solche Schulden müssen so oder anders beglichen werden, unabhängig davon, ob der Schuldner eine Dividende erhält.

Im vorliegenden Fall ist der Zusammenhang zwischen der Ausschüttung der Dividende und der Ausgleichszahlung an die Gegenpartei deutlich enger: Nur, wenn überhaupt eine Dividende ausgeschüttet wurde, war die Ausgleichszahlung zu leisten, auch wenn die Dividende nicht der Beschwerdeführerin ausgeschüttet werden musste (E. 4.2.2). Die Beschwerdeführerin kann daher aus dem OECD-Kommentar von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten.

#### ***4.4 Doppelte Interdependenz***

Nachdem nun einzelne Elemente des Vertrages sowie die Vorbringen der Parteien beleuchtet wurden, ist die Frage zu beantworten, ob im hier zu beurteilenden Fall eine doppelte Interdependenz im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegt.

**4.4.1** Wie gesehen (E. 3.5.7), ist von einer Weiterleitungspflicht nicht nur dann auszugehen, wenn sie sich aus Recht oder Vertrag, sondern auch dann, wenn sie sich aus den tatsächlichen Gegebenheiten ergibt. Die erste

Abhängigkeit besteht nun darin, dass die Erzielung der Einkünfte von der Pflicht zu deren Weiterleitung abhängig ist, dass also die Einkünfte nicht erzielt worden wären, sofern keine Pflicht zur Weiterleitung dieser Einkünfte bestanden hätte (E. 3.5.8).

Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, sie sei nicht verpflichtet gewesen, die Z-Aktien zu halten und die darauf ausgeschütteten Dividenden zu vereinnahmen. Sie war aber verpflichtet, die Swap-Geschäfte abzusichern (E. 4.3.2.3). Sie hat sich nun dafür entschieden, dies durch Kauf der Titel, und nicht durch den Abschluss gegenläufiger Derivatgeschäfte zu tun. Dabei handelte es sich um die nächstliegende Möglichkeit, die Swap-Geschäfte abzusichern (E. 4.3.5.3). Damit lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin die Titel nur hielt und auch die Dividenden nur vereinnahmte, weil sie sich verpflichtet hatte, unter anderem eine Zahlung in Höhe der Nettodividende an die Gegenpartei(en) weiterzuleiten. Ohne eine solche Verpflichtung hätte sie die Z-Aktien zumindest nicht in entsprechender Zahl gehalten. Zwar erfolgten Kauf und Verkauf der Aktien gestaffelt (E. 4.2.5). Dies ändert aber nichts daran, dass der eigentliche Grund für den Kauf die Absicherung der Swap-Verträge war. Ein gestaffelter Kauf war auch wirtschaftlich sinnvoll, hätte doch der Kauf eines derart hohen Anteils an Z-Aktien wahrscheinlich deren Preis kurzfristig in die Höhe getrieben.

Dass die Aktien nicht kurz vor dem Dividendenstichtag gekauft und kurz nachher wieder verkauft (also nicht nur über den Dividendenstichtag gehalten) wurden, ergibt Sinn, waren doch nicht nur allfällige Dividenden, sondern auch allfällige Kursgewinne weiterzuleiten bzw. Kursverluste weiterzugeben. Durch den Kauf konnten auch diese abgesichert werden, wobei die Beschwerdeführerin das Risiko für allfällige Verluste nicht trug, waren doch diese von der Gegenpartei zu begleichen. Zwar würde eine kurze Haltedauer über den Dividendenstichtag auf die fehlenden Nutzungsberechtigung an der Dividende hindeuten, doch führt eine längere Haltedauer, wie sie hier vorliegt, noch nicht dazu, dass die Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin an den Z-Dividenden anzunehmen wäre (E. 4.3.4.3).

Den Umstand, dass sie 3.9 Mio. Z-Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag 2008 (und eben nicht danach) verkaufte, möchte die Beschwerdeführerin zu ihren Gunsten auslegen. Wie sie selber ausführt, ist jedoch nicht bekannt, warum sie die Aktien zu diesem Zeitpunkt veräußerte. Sollte der Verkauf mit einer Änderung der Zusammensetzung des notionalen Aktienkorbes zusammenhängen, würde dies ebenfalls ein klarer Hinweis darauf

sein, dass die Aktien allein aufgrund der Swap-Geschäfte gehalten wurden. So oder anders handelte es sich bei den 3.9 Mio. Aktien nur um knapp 1/10 der von der Beschwerdeführerin gehaltenen Z-Aktien (Sachverhalt Bst. B).

Damit ist festzuhalten, dass die erste Abhängigkeit vorliegend gegeben ist.

**4.4.2** Gemäss der zweiten Abhängigkeit muss die Pflicht zur Weiterleitung von Einkünften von der Erzielung dieser Einkünfte abhängen. Derlei ist dann der Fall, wenn keine effektive Pflicht zur Weiterleitung besteht, sofern keine Einkünfte erzielt werden. Besteht eine effektive Pflicht zur Weiterleitung auch dann, wenn keine Einkünfte erzielt werden, liegt die zweite Abhängigkeit nicht vor (E. 3.5.8). Damit wird die Frage angesprochen, wer die mit den Aktiengeschäften verbundenen Risiken zu tragen hat (E. 3.5.9).

Die zweite Abhängigkeit erweist sich als schwieriger zu beurteilen. Vertraglich musste die Beschwerdeführerin nämlich eine Zahlung in Höhe der von der [börsenkotierten AG] ausgeschütteten Dividende leisten (nur diese ist vorliegend relevant), auch wenn sie tatsächlich keine Dividende erhielt, weil sie etwa die entsprechenden Aktien im Dividendenzeitpunkt nicht hielt. Auf den ersten Blick bestand damit eine effektive Pflicht zur «Weiterleitung» (eigentlich kann nicht von einer Weiterleitung gesprochen werden, wenn die Einkünfte tatsächlich nicht erzielt wurden) auch dann, wenn keine entsprechenden Einkünfte erzielt wurden, was dazu führen würde, dass die zweite Abhängigkeit nicht gegeben wäre.

Es ist aber zu prüfen, ob die Umstände so liegen, dass die Beschwerdeführerin faktisch verpflichtet war, dafür zu sorgen, dass sie die Erträge, auf denen die Ausgleichszahlung beruhte, tatsächlich vereinnahmte (E. 3.5.7).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Swap-Verträge absichern musste. Sie musste also mit anderen Worten sicherstellen, dass sie in der Lage war, ihre Verpflichtungen zu erfüllen. Auch wenn die Art und Weise, wie dies zu geschehen hatte, nur sehr rudimentär vorgeschrieben war, war, wie bereits zuvor festgehalten, der Kauf der Aktien die einfachste und nächstliegende Möglichkeit dazu (E. 4.3.5.3). Zwar schrieben die Swap-Verträge der Beschwerdeführerin somit den Kauf der Aktien und damit die tatsächliche Vereinnahmung der Dividenden nicht vor, doch bestand insbesondere aufgrund des Volumens der Swap-Geschäfte und der daher nur begrenzten Alternativen sowie der Begrenzung des Risikos für die Beschwerdeführerin faktisch ein starker Anreiz bzw. Zwang für die Beschwerdeführerin, dies zu tun.

Hier ist daher auch darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Erwerb der Aktien kein nennenswertes Risiko einging (E. 3.5.9 und 4.3.3.3). Das Risiko, welches sie einging und welches sich zumindest teilweise verwirklichte, war das Eingehen des Swap-Vertrages an sich und damit die mögliche Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei(en) (E. 4.3.3.3). Dafür erhielt sie einen Zins und eine Marge sowie das «collateral» (vgl. BGE 141 II 447 E. 6.3.4 am Ende).

Damit sie die Ausgleichszahlungen leisten konnte, war die Beschwerdeführerin faktisch gezwungen, die Z-Aktien zu erwerben und die darauf ausgerichteten Dividenden zu vereinnahmen. Dies führt nun aber dazu, dass sie Ausgleichszahlungen nur zu leisten hatte, wenn ihr tatsächlich Dividenden gezahlt wurden.

Damit ist festzuhalten, dass auch die zweite Abhängigkeit vorliegt.

**4.5** Die Frage nach einem möglichen Abkommensmissbrauch erübrigt sich.

## **5.**

Demnach ist die Beschwerde in Bezug auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer in Höhe von Fr. 168'512.50 gegenstandslos geworden und abzuschreiben (E. 1.4). Der Antrag auf Verzinsung dieses Betrages ist jedoch abzuweisen (E. 3.8). Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## **6.**

**6.1** Die Verfahrenskosten von Fr. 50'000.-- sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gegenstandslosigkeit betrifft einen Betrag, der nicht einmal 1 % des Streitwertes ausmacht, und wirkt sich daher nicht auf die Verfahrenskosten aus. Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

**6.2** Der unterliegenden Beschwerdeführerin und der Vorinstanz sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE sowie Art. 7 Abs. 3 VGKE).

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Umfang von Fr. 168'512.50 als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 50'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref.-Nr. ...; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Beusch

Susanne Raas

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: