

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**2C\_880/2018**

**Urteil vom 19. Mai 2020**

## **II. öffentlich-rechtliche Abteilung**

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Zünd,  
Bundesrichterin Aubry Girardin,  
Bundesrichter Stadelmann,  
Bundesrichterin Hänni,  
Gerichtsschreiber Seiler.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_ Plc,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Thomas Meister und/oder Robert Desax,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung direkte Bundessteuer, Abteilung Recht, Eigerstrasse 65,  
3003 Bern.

Gegenstand

Rückerstattung Verrechnungssteuer (DBA CH-GB),

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 22. August 2018  
(A-1951/2017).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

**A.a.** Die A. \_\_\_\_\_ Plc (nachfolgend: A. \_\_\_\_\_ Plc) ist eine Bank mit Sitz in Grossbritannien. Sie gehört zur Investmentbankengruppe A. \_\_\_\_\_ mit Hauptsitz in New York, USA. Am 2. Mai 2008 wurde der A. \_\_\_\_\_ Plc eine Dividende von brutto insgesamt Fr. 101'805'782.50 für 40'722'313 Aktien der B. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: B. \_\_\_\_\_ -Aktien) ausgeschüttet, von der die Verrechnungssteuer von 35% abgezogen worden war. Am 30. September 2008 reichte die A. \_\_\_\_\_ Plc bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) 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. xxx).

**A.b.** Im Rahmen einer mehrjährigen Korrespondenz, welche die ESTV und die A. \_\_\_\_\_ Plc hinsichtlich des vorgenannten Rückerstattungsantrags führten, machte die A. \_\_\_\_\_ Plc unter anderem folgende Angaben:

- Gefragt nach den wirtschaftlichen Gründen hinter dem Aktienkauf erklärte die A. \_\_\_\_\_ Plc, der wirtschaftliche Grund für den Aktienkauf sei das "Hedging" eines besonderen Derivat-Arrangements gewesen, das die A. \_\_\_\_\_ Plc mit einem Klienten eingegangen sei. Der Klient sei im Sommer 2007 auf die A. \_\_\_\_\_ Plc zugekommen und habe nach einer "leveraged economic exposure" für einen Korb mit US-amerikanischen und europäischen Wertschriften gefragt, der B. \_\_\_\_\_ -Aktien beinhaltet habe. Das Geschäft sei als Teil der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der A. \_\_\_\_\_ Plc, die Finanzierungslösungen

für ihre weltweite Kundschaft anbiete, eingegangen worden. Gemäss den Vertragsbedingungen habe die A. \_\_\_\_\_ Plc dem Klienten eine Wertsteigerung der B. \_\_\_\_\_-Aktien vergüten müssen, während der Klient der A. \_\_\_\_\_ Plc Wertverluste ausgleichen musste. Zusätzlich habe der Klient der A. \_\_\_\_\_ Plc eine Finanzierungssumme ("charge") für die Absicherung ("hedging") bezahlen müssen. Der wirtschaftliche Effekt sei, dass der Klient dem Marktrisiko für die B. \_\_\_\_\_-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 B. \_\_\_\_\_-Aktien ausgesetzt. Sie verfüge darüber hinaus über keine Rechte. Die Laufzeit habe zwei Jahre betragen. Der Derivatvertrag sei unter einem Standard ISDA-Mastervvertrag dokumentiert worden. Um sich abzusichern, habe die A. \_\_\_\_\_ Plc B. \_\_\_\_\_-Aktien erworben und gehalten.

- Die A. \_\_\_\_\_ Plc erklärte weiter, dass es zu ihrer Geschäftstätigkeit gehöre, Positionen abzusichern. Sie tue dies, indem sie entweder Derivatverträge abschliesse oder - wie in Bezug auf die B. \_\_\_\_\_-Aktien - Wertschriften kaufe. 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.

- Ferner teilte die A. \_\_\_\_\_ Plc in Bezug auf den vorliegend relevanten Rückerstattungsantrag die Zusammensetzung des notionalen Aktienkorbes mit, der den Derivatverträgen zugrundegelegt hatte. An schweizerischen Wertschriften hatte dieser Aktienkorb nur B. \_\_\_\_\_-Aktien enthalten. Die übrigen 24 Aktienarten seien ausländischen Gesellschaften zuzuordnen. Im Laufe der Transaktionen seien vier Derivatverträge mit drei Gesellschaften eingegangen worden, die vom gleichen Klienten kontrolliert würden. Der Klient sei eine in Europa domizilierte Investmentgruppe, die in Anlagevehikel investiere. Zwei der drei Gesellschaften seien in Nicht-EU Offshore-Gebieten domiziliert, während die Dritte in der EU domiziliert sei. Neben dem Risiko der Wertverminderung 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 Übertragung von Aktien zur Vertragserfüllung ("physical settlement") gegeben. Die A. \_\_\_\_\_ Plc 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. Die A. \_\_\_\_\_ Plc habe dem Klienten Beträge bezahlt, die aufgrund 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 die A. \_\_\_\_\_ Plc 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 oder verkauft worden.

- Die Dividende im Mai 2008 auf den B. \_\_\_\_\_-Aktien sei erst fast elf Monate nach Abschluss der Derivatverträge ausgerichtet worden. In den Monaten vor dem Stichtag seien keine B. \_\_\_\_\_-Aktien gekauft worden. Die A. \_\_\_\_\_ Plc habe im Gegenteil fast 3.9 Mio. Aktien im Monat vor dem Stichtag verkauft. Die Aktien seien mehr als fünf 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 seien keine derivative Transaktionen eingegangen worden. Die Dividende auf den B. \_\_\_\_\_-Aktien sei von der A. \_\_\_\_\_ Plc als alleinige rechtliche und wirtschaftliche Inhaberin der B. \_\_\_\_\_-Aktien vereinnahmt worden. In Bezug auf die Dividende seien unter den Derivatverträgen Zahlungen in Höhe von 65% der Bruttodividende geleistet worden. Dessen ungeachtet brachte die A. \_\_\_\_\_ Plc vor, dass die Dividende weder weitergeleitet worden, noch eine solche Weiterleitung an irgendeine Partei vorgesehen (gewesen) sei.

- Als die Werte weltweiter Wertschriften im Oktober 2008 stark gefallen seien, habe die A. \_\_\_\_\_ Plc 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 A. \_\_\_\_\_ Plc den Vertrag gekündigt und damit begonnen, die Positionen, die sie zu Sicherungszwecken erworben hätte, zu veräussern, was auch beinhaltet habe, die B. \_\_\_\_\_-Aktien auf eigenes Risiko im Oktober 2008 am Markt zu verkaufen. Infolge des Verkaufs des Aktienkorbes, der zur Absicherung der Derivatverträge gehalten worden sei, habe die A. \_\_\_\_\_ Plc einen signifikanten Verlust erlitten, da die Werte der enthaltenen Aktien im Oktober 2008 stark gefallen seien. Es handle sich dabei um einen realen Verlust, der nicht durch den mittels der Derivatverträge erzielten Gewinn wettgemacht worden sei und nicht dem Klienten hätte überbunden werden können.

**A.c.** 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 (DBA CH-GB; SR 0.672.936.712) zwischen dem Staatssekretariat für Finanzfragen (SIF) und der britischen Steuerbehörde Her Majesty's Revenue and Customs (HMRC) eingeleitet. Die HMRC stellte sich zumindest vorläufig auf den Standpunkt, die Zahlung an die Gegenpartei erfolge ungeachtet dessen, ob die A. \_\_\_\_\_ Plc tatsächlich B. \_\_\_\_\_-Dividenden erhalte. Die A. \_\_\_\_\_ Plc werde nicht als Stroh- oder Durchlaufgesellschaft benutzt und ihr komme das Nutzungsrecht an den Dividenden zu. Da weiterhin Gespräche zwischen der A. \_\_\_\_\_ Plc und der ESTV stattfanden, wurde das Verständigungsverfahren Anfang 2013 auf Vorschlag der HMRC sistiert. Am 23. Juni 2014 verlangte die A. \_\_\_\_\_ Plc von der ESTV eine anfechtbare Verfügung.

**B.**

**B.a.** Mit Verfügung vom 28. Februar 2017 wies die ESTV den Rückerstattungsantrag ab. Die A. \_\_\_\_\_ Plc erhob hiergegen am 31. März 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Da die ESTV in ihrer Beschwerdeantwort teilweise Gutheissung und Rückerstattung in Höhe von Fr. 168'512.50 beantragt und diesen Betrag in der Folge an die Beschwerdeführerin überwiesen hatte, formulierte diese mit Eingabe vom 17. April 2018 ihr Rechtsbegehren um und reduzierte den geforderten Betrag entsprechend.

**B.b.** Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht legte die Beschwerdeführerin die drei Gegenparteien in den vier Derivatverträgen offen. Es handelte sich um die C. \_\_\_\_\_ LP mit Sitz auf den Cayman Islands, die C. \_\_\_\_\_ Limited mit Sitz auf den British Virgin Islands und die D. \_\_\_\_\_ Limited mit Sitz in Zypern. Ferner stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die A. \_\_\_\_\_ Plc per 8. Juni 2007 mit der C. \_\_\_\_\_ Limited einen Swap-Vertrag abgeschlossen hatte. Am 21. November 2007 sei der Vertrag teilweise in einen Vertrag mit der D. \_\_\_\_\_ Limited überführt worden. Am 21. Dezember 2007 sei der im Vertrag mit der C. \_\_\_\_\_ Limited verbleibende Rest auf einen Vertrag mit der C. \_\_\_\_\_ LP übertragen worden. Gleichzeitig sei der Vertrag mit der C. \_\_\_\_\_ Limited aufgehoben worden. Am 28. Dezember 2007 sei mit der D. \_\_\_\_\_ Limited ein neuer Vertrag geschlossen und ein Teil aus dem Vertrag mit der C. \_\_\_\_\_ LP auf diesen Vertrag übertragen worden. Am 21. Juli 2008 seien die Bestände aus den zwei Verträgen mit der D. \_\_\_\_\_ Limited auf den Vertrag mit der C. \_\_\_\_\_ LP übertragen worden. Der Vertrag mit der C. \_\_\_\_\_ LP sei schliesslich am 17. Oktober 2008 vorzeitig aufgelöst worden. Laut den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts richtete die A. \_\_\_\_\_ Plc unter den verschiedenen Derivatverträgen der jeweiligen Gegenpartei die folgenden Zahlungen aus:

- Zahlung in Höhe der Wertsteigerung der notionalen Titel;
  - Ausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende;
  - Ausgleichszahlung in Höhe der Dividendenquellensteuern (z.B. Verrechnungssteuer), soweit diese der A. \_\_\_\_\_ Plc zurückerstattet wurden, aber insgesamt nicht mehr als 80% der Bruttodividende;
  - Verzinsung von "collateral" und Marge bzw. entsprechende Reduktion der Finanzierungskosten.
- Die A. \_\_\_\_\_ Plc erhielt von den Gegenparteien folgende Zahlungen:

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

**B.c.** Mit Urteil vom 22. August 2018 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren im Umfang von Fr. 168'512.50 ab, da es insoweit gegenstandslos geworden war. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab.

**C.**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 26. September 2018 beantragt die A. \_\_\_\_\_ Plc die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zwecks neuer Entscheidung. Eventualiter beantragt sie, dass ihr Antrag vom 30. September 2008 auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer Nr. 726.301 (Formular 86) im Betrag von Fr. 20'361'156.50 gutzuheissen sei.

Die ESTV schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz verweist auf ihr Urteil und reicht ergänzend zwei Dokumente ein, auf welche sie ihre Feststellung gestützt habe, dass die A. \_\_\_\_\_ Plc zur Absicherung der Swap-Geschäfte verpflichtet gewesen sei.

**Erwägungen:****1.**

**1.1.** Angefochten ist ein Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in einem Verrechnungssteuerstreit, mithin in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig, zumal keine Ausschlussgründe nach Art. 83 BGG vorliegen. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG) der nach Art. 89 Abs. 1 BGG legitimierten Beschwerdeführerin ist einzutreten.

**1.2.** Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist daher weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Motivsubstitution; **BGE 141 V 234** E. 1 S. 236; **139 II 404** E. 3 S. 415). Unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) prüft das Bundesgericht grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 142 I 135** E. 1.5 S. 144; **138 I 274** E. 1.6 S. 280;

**133 II 249** E. 1.4.1 S. 254). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; **BGE 139 I 229** E. 2.2 S. 232; **134 II 244** E. 2.2 S. 246).

**1.3.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 140 III 115** E. 2 S. 117). Die beschwerdeführende Partei kann die Feststellung des Sachverhalts unter den gleichen Voraussetzungen beanstanden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Eine entsprechende Rüge ist substantiiert vorzubringen; andernfalls bleibt es beim vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 S. 18; **137 II 353** E. 5.1 S. 356; **136 II 304** E. 2.5 S. 314).

## 2.

Der zu beurteilende Streit dreht sich um die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf einer Dividende aus einer Schweizer Aktie, welche die Beschwerdeführerin begehrt und welche ihr die ESTV und die Vorinstanz verweigert haben.

**2.1.** Die Verrechnungssteuer führt bei ausländischen Empfängern schweizerischer Dividenden wie der Beschwerdeführerin grundsätzlich zu einer endgültigen, an der Quelle erhobenen steuerlichen Belastung (Art. 22 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer [VStG; SR 642.21]). Die Beschwerdeführerin kann aber Entlastung verlangen, soweit ihr das Völkerrecht - namentlich ein Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) - Anspruch hierauf vermittelt (vgl. **BGE 141 II 447** E. 2.2 S. 450 mit Hinweisen; Urteile 2C\_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.1; 2C\_936/2017 vom 22. August 2019 E. 5.1). Sie macht geltend, dass ihr aus dem DBA CH-GB - namentlich aus dessen Art. 10 Abs. 2 lit. b - ein solcher Anspruch zustehe. Ob dies zutrifft, ist auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln.

**2.1.1.** Bei der Auslegung und Anwendung von DBA sind die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze zu beachten, wie sie namentlich das Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK; SR 0.111) vorgibt (Urteil 2C\_306/2017 vom 3. Juli 2019 E. 4.4.1, zur Publikation vorgesehen; **BGE 144 II 130** E. 8.2 S. 139; **143 II 136** E. 5.2.1 S. 148; **143 II 202** E. 6.3.1 S. 207 f.; **142 II 161** E. 2.1.3 S. 167; **139 II 404** E. 7.2.1 S. 422). Sie finden als kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht auch Anwendung auf völkerrechtliche Verträge mit Nicht-Konventionsstaaten (vgl. Urteile 2C\_653/2018 vom 26. Juli 2019 E. 5.3.1, zur Publikation vorgesehen; 2C\_306/2017 vom 3. Juli 2019 E. 4.4.1, zur Publikation vorgesehen) und auf völkerrechtliche Verträge, die vor Inkrafttreten des Wiener Übereinkommens für die betroffenen Vertragsstaaten abgeschlossen wurden (Art. 4 VRK; vgl. Urteil 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.4.1, in: StR 61/2006 S. 217 mit Hinweisen). Nach Art. 31 Abs. 1 VRK haben die Vertragsstaaten eine zwischenstaatliche Übereinkunft nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, ihren Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte ihres Ziels und Zwecks auszulegen. Neben dem Zusammenhang sind gemäss Art. 31 Abs. 3 VRK in gleicher Weise jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen (lit. a), jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht (lit. b), sowie jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz (lit. c) zu berücksichtigen. Die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses sind nach Art. 32 VRK ergänzende Auslegungsmittel und können herangezogen werden, um die nach Art. 31 VRK ermittelte Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Art. 31 VRK die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt (Art. 32 lit. a VRK) oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt (Art. 32 lit. b VRK; vgl. Urteile 2C\_653/2018 vom 26. Juli 2019 E. 5.3.2, zur Publikation vorgesehen; 2C\_306/2017 vom 3. Juli 2019 E. 4.4.2, zur Publikation vorgesehen; **BGE 144 II 130** E. 8.2 S. 139; **143 II 136** E. 5.2; je mit Hinweisen).

**2.1.2.** Art. 31 Abs. 1 VRK bestimmt eine Reihenfolge der Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungselemente, ohne dabei eine feste Rangordnung unter ihnen festzulegen. Den Ausgangspunkt der Auslegung völkerrechtlicher Verträge bildet jedoch die gewöhnliche Bedeutung ihrer Bestimmungen (**BGE 144 II 130** E. 8.2.1 S. 130; **143 II 202** E. 6.3.1 S. 208; **143 II 136** E. 5.2.2 S. 148). Diese gewöhnliche Bedeutung ist nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs und des Ziels und Zwecks des Vertrags zu bestimmen (Urteil 2C\_653/2018 vom 26. Juli 2019 E. 5.3.2, zur Publikation vorgesehen; **BGE 144 II 130** E. 8.2.1 S. 139; **143 II 202** E. 6.3.1 S. 208; **143 II 136** E. 5.2.2 S. 148). Ziel und Zweck des Vertrags ist dabei, was mit dem Vertrag erreicht werden sollte. Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben stellt die teleologische Auslegung den "effet utile" des Vertrags sicher (Urteil 2C\_653/2018 vom 26. Juli 2019 E. 5.3.2, zur Publikation vorgesehen; **BGE 144 II 130** E. 8.2.1 S. 139; **143 II 136** E. 5.2.2 S. 148; **142 II 161** E. 2.1.3 S. 167; **141 III 495** E. 3.5.1 S. 503). Der auszulegenden Bestimmung eines DBA 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 (Urteil 2C\_653/2018 vom 26. Juli 2019 E. 5.3.2, zur Publikation vorgesehen; **BGE 143 II 136** E. 5.2.2 S. 149; **142 II 161** E. 2.1.3 S. 167). Ausserdem sind die Vertragsstaaten nach Treu und Glauben gehalten, jedes Verhalten und jede Auslegung zu unterlassen, mittels welcher sie ihre vertraglichen Pflichten umgehen oder den Vertrag seines Ziels und

Zwecks entleeren würden (Urteil 2C\_653/2018 vom 26. Juli 2019 E. 5.3.2, zur Publikation vorgesehen; **BGE 144 II 130** E. 8.2.1 S. 139; **143 II 202** E. 6.3.1 S. 208; **142 II 161** E. 2.1.3 S. 167).

**2.2.** Neben Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB, auf den die Beschwerdeführerin ihren Anspruch auf Entlastung stützt, sind vorliegend auch Art. 10 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 1 lit. I DBA CH-GB in der Fassung des Revisionsprotokolls zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland zur Änderung des Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen, unterzeichnet in London am 8. Dezember 1977, in der Fassung gemäss dem Protokoll, das in London am 5. März 1981 unterzeichnet worden ist, und gemäss dem Protokoll, das in Bern am 17. Dezember 1993 unterzeichnet worden ist, vom 26. Juni 2007 (Protokoll 2007; AS 2009 843) sowie Art. 27 Abs. 7 DBA CH-GB von Bedeutung. Diese Bestimmungen sind nachfolgend kurz darzustellen.

**2.2.1.** Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB lautet wie folgt (deutsche Übersetzung der französischen und englischen Originaltexte gem. SR 0.672.936.712)

"b) [Dividenden, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Gesellschaft an eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person zahlt,] können mit Ausnahme der Fälle nach Buchstabe a auch im Vertragsstaat, in dem die die Dividenden zahlende Gesellschaft ansässig ist, nach dem Recht dieses Vertragsstaats besteuert werden; die Steuer darf aber 15 Prozent des Bruttobetrag der Dividenden nicht übersteigen, wenn der Nutzungsberechtigte im anderen Vertragsstaat ansässig ist."

**2.2.2.** Mit dem Protokoll 2007 wurde Art. 10 DBA CH-GB um einen Abs. 6 ergänzt, der die Entlastung für Dividenden ausschloss, die auf der Grundlage einer Gewinndurchlaufregelung (frz. "système de relais", engl. "conduit arrangement") oder als Teil einer solchen bezahlt wurden (Art. III lit. D Protokoll 2007). Was unter einer Gewinndurchlaufregelung zu verstehen ist, wurde in Art. 3 Abs. 1 lit. I DBA CH-GB näher geregelt. Danach "bedeutet der Ausdruck 'Gewinndurchlaufregelung' ein Geschäft oder eine Abfolge von Geschäften, das oder die so ausgestaltet ist, dass eine in einem Vertragsstaat ansässige, abkommensberechtigte Person Einkünfte aus dem anderen Vertragsstaat bezieht und diese Einkünfte ganz oder nahezu ganz (zu irgendeinem Zeitpunkt oder in irgendeiner Form) unmittelbar oder mittelbar an eine andere Person zahlt, die in keinem der Vertragsstaaten ansässig ist, und diese andere Person, wenn sie die Einkünfte unmittelbar aus dem anderen Vertragsstaat erhielte, nicht nach einem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen ihrem Ansässigkeitsstaat und dem Staat, aus dem die Einkünfte stammen, oder auf andere Weise zu Vorteilen mit Bezug auf diese Einkünfte berechtigt wäre, die gleichwertig oder günstiger sind als die einer in einem Vertragsstaat ansässigen Person nach dem vorliegenden Abkommen zustehenden Vorteile, und der Hauptzweck der gewählten Ausgestaltung im Erlangen der Vorteile nach diesem Abkommen besteht."

Nachdem die Bundesversammlung die Änderung am 16. Dezember 2008 genehmigt hatte, trat sie am 22. Dezember 2008 in Kraft.

**2.2.3.** Im Zuge der Anpassung des DBA CH-GB an die Ergebnisse des Projekts der OECD zur Bekämpfung der Gewinnverkürzung und -verlagerung (Base Erosion and Profit Shifting; BEPS) und der Einführung einer generellen Anti-Missbrauchsbestimmung in Art. 27a DBA CH-GB wurden Art. 3 Abs. 1 lit. I und Art. 10 Abs. 6 DBA CH-GB mit dem Protokoll zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland zur Änderung des Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen, unterzeichnet in London am 8. Dezember 1977, in der Fassung gemäss den am 5. März 1981 in London, am 17. Dezember 1993 in Bern, am 26. Juni 2007 in London und am 7. September 2009 in London unterzeichneten Protokollen vom 30. November 2017 (Protokoll 2017; AS 2019 3295) aufgehoben (Art. II und IV Protokoll 2017; vgl. Botschaft zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich vom 22. August 2018, BBl 2018 S. 5512). Diese (letzte) Anpassung des DBA CH-GB trat am 19. Juli 2019 in Kraft und gilt hinsichtlich der Verrechnungssteuer für Einkünfte, die am oder nach dem 1. Januar 2020 gezahlt oder gutgeschrieben werden (vgl. Art. XI Ziff. 2 lit. b (i) Protokoll 2017).

**2.2.4.** Art. 27 Abs. 7 DBA CH-GB stellt schliesslich klar, dass der Quellenstaat nicht verpflichtet ist, die Einkünfte entlastungsberechtigter Personen an der Quelle freizustellen. Vielmehr steht es ihm frei, stattdessen die Entlastung in Form einer Rückzahlung der Steuer zu gewähren. Er und seine Steuerbehörden dürfen dabei voraussetzen, dass "der Nutzungsberechtigte Empfänger der Einkünfte innert der in diesem Staat geltenden Fristen zufriedenstellend nachweist, dass er auf die Entlastung Anspruch hat."

### 3.

Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB ergibt (vgl. oben E. 2.2.1), wird das Besteuerungsrecht des Quellenstaats von dieser Bestimmung nur eingeschränkt, wenn der Nutzungsberechtigte im anderen Staat ansässig ist.

**3.1.** Das Bundesgericht hat zur Bedeutung des Begriffs des Nutzungsberechtigten (frz. "bénéficiaire effectif", engl. "beneficial owner") im Zusammenhang mit Art. 10 des Abkommens vom 23. November 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Dänemark zur Vermeidung der

Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Nachlass- und Erbschaftssteuern (DBA CH-DK; SR 0.672.931.42) eine Praxis entwickelt (vgl. **BGE 141 II 447** E. 5 S. 458 ff.; Urteil 2C\_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 4), die es in der Folge auch für andere Doppelbesteuerungsabkommen übernommen hat (vgl. Urteile 2C\_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.3 und 3.4.3; 2C\_936/2017 vom 22. August 2019 E. 5.3; 2C\_964/2016 vom 5. April 2017 E. 4.3; 2C\_752/2014 vom 27. November 2015 E. 4.1). Danach gilt als Nutzungsberechtigter, wer die Dividende voll verwenden kann und daran vollen Genuss hat. Ist der Empfänger hingegen durch eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung in dieser Verwendung eingeschränkt, weil er die Dividende von Vertrags oder Gesetzes wegen an eine andere Person weiterleiten muss, ist er nicht Nutzungsberechtigter. Je grösser der Anteil der Dividende ist, den der im DBA-Staat ansässige Empfänger weiterleiten muss, desto eher ist ihm die Nutzungsberechtigung abzusprechen. Die Nutzungsberechtigung kann bereits verloren gehen, wenn der Empfänger zwar nicht die uneingeschränkte Gesamtheit der Dividende weiterleiten muss, aber lediglich einen kleinen Prozentsatz davon behalten darf, der als Vergütung oder Entlohnung für die Weiterleitung einzustufen ist (**BGE 141 II 447** E. 5.2.4 S. 462).

**3.2.** Nach dem Leiturtel kann der Empfänger seine Stellung als Nutzungsberechtigter auch verlieren, wenn er dazu gezwungen ist, die Aktien zu erwerben und die vereinnahmten Dividenden weiterzuleiten, mithin also einer "faktischen Weiterleitungspflicht" unterliegt. Als Weiterleitung gilt in diesem Zusammenhang die Zahlung eines zur Dividende grundsätzlich äquivalenten Betrags. Dabei genügt es, wenn der Betrag der Dividende kalkulatorisch in einem Gesamtbetrag enthalten ist, der neben der Dividende auch noch andere Risiken (z.B. Kursschwankungen auf den Aktien) und Leistungen (z.B. Ausführung der Weiterleitung) berücksichtigt bzw. entschädigt (vgl. **BGE 141 II 447** E. 6.4 S. 467 ff.). Die Beurteilung ist anhand der konkreten Umstände im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung vorzunehmen ("substance over form"), wobei auch die spätere Weiterleitung der (Dividenden-) Erträge zu berücksichtigen ist, zumindest wenn diese Weiterleitung schon vor der Fälligkeit der Erträge vereinbart worden war (**BGE 141 II 447** E. 5.2 S. 458 ff.).

#### 4.

Die Vorinstanz hat dafür gehalten, dass die Beschwerdeführerin einer faktischen Weiterleitungspflicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterlegen habe. Sie hat in diesem Zusammenhang auch auf die aktuelle Auffassung der OECD verwiesen. Die Beschwerdeführerin rügt, dass es nicht angehe, blosse ökonomische Zwänge einer Pflicht zur Weiterleitung gleichzustellen. Überhaupt sei es irreführend, in diesem Zusammenhang von einer "faktischen Pflicht" zu sprechen, da Pflichten stets normativer Natur seien. Ferner rügt sie diverse tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz in diesem Zusammenhang als offensichtlich unrichtig.

Da sich Rechts- und Tatfragen beim Begriff der Nutzungsberechtigung kaum auseinanderhalten lassen, wird die Würdigung der Vorinstanz nachfolgend gesamthaft überprüft (vgl. so implizit bereits **BGE 141 II 447** E. 5 und 6 S. 358 ff.). Wo sich Tatfragen isolieren lassen, gilt der Prüfmasstab gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG (vgl. oben E. 1.3).

**4.1.** Nach ständiger Praxis berücksichtigt das Bundesgericht das Musterabkommen der OECD (OECD-MA) und den zugehörigen Kommentar bei der Auslegung von DBA, soweit sie auf diesem Standard beruhen (vgl. **BGE 144 II 130** E. 8.2.3 S. 140; **143 II 257** E. 6.5 S. 264; **141 II 447** E. 4.4.3 S. 457). Die Vertragsstaaten orientierten sich im Hinblick auf Art. 10 DBA CH-GB am OECD-MA, das 1977 gerade neu verabschiedet worden war und erstmals den Begriff des Nutzungsberechtigten verwendete (vgl. Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Grossbritannien vom 11. Januar 1978, BBl 1978 I S. 216). Im zugehörigen Kommentar hatte die OECD zum Ausdruck gebracht, dass das Konzept des Nutzungsberechtigten von den Vertragsstaaten bei Bedarf in den bilateralen Verhandlungen näher konkretisiert werden könne, es sich mithin also um einen offenen Begriff handelt (vgl. Kommentar der OECD, N. 13 zu Art. 10 OECD-MA i.d.F. von 1977). Vor diesem Hintergrund mussten die Vertragsstaaten des DBA CH-GB bereits anlässlich des Vertragsschlusses erkennen, dass die Bedeutung des damals für das internationale Steuerrecht neuen Begriffs des Nutzungsberechtigten in den nachfolgenden Jahren einem Wandel unterliegen würde, der sich insbesondere in den Arbeiten der OECD widerspiegeln würde. Deshalb rechtfertigt sich hier eine dynamische Auslegung des völkerrechtlichen Vertrags (vgl. dazu Urteil des Internationalen Gerichtshofs vom 13. Juli 2009 *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes [Costa Rica gegen Nicaragua]*, C.I.J. Recueil 2009, S. 243 § 66; vgl. auch JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of International Law*, 9. Aufl. 2019, S. 365 f.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 649; DUPUY/KERBRAT, *Droit international public*, 14. Aufl. 2018, § 314; RICHARD GARDINER, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 467 ff.; VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 782). Es ist folglich für die Auslegung des Begriffs des Nutzungsberechtigten in Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB auf die aktuelle Fassung des Kommentars der OECD zurückzugreifen (vgl. **BGE 144 II 130** E. 8.2.3 S. 140; vgl. auch **BGE 141 II 447** E. 4.4.3 S. 457, wo das Bundesgericht für die Auslegung des - im einschlägigen DBA CH-DK allerdings bloss implizit enthaltenen - Begriffs des Nutzungsberechtigten ebenfalls auf eine spätere Fassung des Kommentars der OECD zurückgriff; STEFFEN LAMPERT, *Die dynamische Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen unter besonderer Beachtung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen*, iStR 2012, S. 514 f.; LINDERFALK/ HILLING, *The Use of OECD Commentaries as Interpretative Aids - The Static/Ambulatory-Approaches Debate Considered from the Perspective of International Law*, *Nordic Tax Journal* 2015 S. 54 ff.; a.M. MICHAEL LANG, *Die Bedeutung des OECD-Kommentars und der Reservations, Observations und Positions für die DBA-Auslegung*, in: *Festschrift Gosch*, 2016, S. 238 ff.; STEFAN OESTERHELT, *Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen*, ASA 80 S. 380

ff.).

**4.2.** Die OECD hat die Kommentierung zum Begriff des Nutzungsberechtigten in Art. 10 OECD-MA zuletzt am 15. Juli 2014 angepasst. Danach sind Personen, die Dividenden als Vertreter oder Beauftragte vereinnahmen, sowie Durchlaufgesellschaften, deren Entscheidungsbefugnisse derart eng sind, dass sie in Bezug auf die Dividendeneinkünfte als blosse Treuhänderin oder als im Interesse der betroffenen Parteien handelnde Verwalterin erscheinen, keine Nutzungsberechtigte, da ihr Recht auf Verwendung und Genuss der Dividende durch eine vertragliche und gesetzliche Verpflichtung zur Weiterleitung der Dividende an eine andere Person beschränkt ist. Obschon sich eine solche Beschränkung üblicherweise aus den Vertragsdokumenten ergeben wird, hält es die OECD für zulässig, aus den Umständen auf das Vorliegen einer solchen rechtlichen Verpflichtung zu schliessen. Unschädlich sind hingegen vertragliche oder gesetzliche Verpflichtungen, die nicht vom Empfang der Dividende durch den Empfänger abhängen. Hierunter fallen etwa Verpflichtungen, die nicht vom Empfang der Dividende abhängen und die den Dividendenempfänger als Darlehensnehmer, als Partei einer Finanztransaktion oder als abkommensberechtigte ausschüttende kollektive Kapitalanlage treffen (Kommentar der OECD zum OECD-MA, N. 12.1-12.4 zu Art. 10 OECD-MA i.d.F. vom 15. Juli 2014; vgl. auch ROBERT DANON, Clarification de la notion de bénéficiaire effectif - Remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011, StR 66/2011 S. 584; WOLFGANG TISCHBIREK, in: Vogel/Lehner [Hrsg.], DBA, 6. Aufl. 2015, N. 19 zu Vor Art. 10-12 OECD-MA).

Wenn der Dividendenempfänger als Nutzungsberechtigter erscheint, bedeutet dies nach Ansicht der OECD aber nicht, dass ihm die Entlastung nach Art. 10 OECD-MA unter allen Umständen zu gewähren ist. Denn die Entlastung kann verweigert werden, wenn ein Abkommensmissbrauch vorliegt, der vom Konzept des Nutzungsberechtigten gemäss Art. 10 OECD-MA nicht abgedeckt wird (Kommentar der OECD zum OECD-MA, N. 12.5 zu Art. 10 OECD-MA i.d.F. vom 15. Juli 2014).

**4.3.** Nach der aktuellen Fassung des Kommentars der OECD muss die Weiterleitungspflicht demnach rechtlicher Natur sein, d.h. ihren Grund in einem Vertrag oder einem Gesetz haben. Ob eine solche rechtliche Weiterleitungspflicht bestanden hat, kann sich nicht nur aus Vertragsdokumenten, sondern auch aus den Umständen ergeben. Rein "faktische Weiterleitungspflichten" genügen hingegen nicht, um dem Empfänger einer Dividende die Nutzungsberechtigung abzusprechen (vgl. auch ERIC C.C.M. KEMMEREN, in: Reimer/Rust [Hrsg.], Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4. Aufl. 2015, N. 37 zu Pre Arts 10-12 OECD-MC; WOLFGANG TISCHBIREK, in: Vogel/Lehner [Hrsg.], DBA, 6. Aufl. 2015, N. 19 zu Vor Art. 10-12 OECD-MA; OKTAVIA WEIDMANN, Beneficial Ownership and Derivatives: An Analysis of the Decision of the Swiss Federal Supreme Court Concerning Total Return Swaps (Swiss Swaps Case), INTERTAX 44/2016 S. 630).

**4.4.** Einzelne Stellen des Leiturteils **BGE 141 II 447** könnten bei isolierter Betrachtung so verstanden werden, dass "faktische Weiterleitungspflichten" - d.h. rein tatsächliche Zwänge zur Weiterleitung - die Nutzungsberechtigung selbst dann infrage stellen, wenn die Dividendenempfängerin nachgewiesenermassen keiner vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht zur Weiterleitung der Dividende unterlag (vgl. **BGE 141 II 447** E. 6.4.2 S. 468 f.). Aus anderen Stellen dieses Urteils geht jedoch hervor, dass das Bundesgericht faktische Zwänge als Indizien betrachtet, aus denen auf das Bestehen einer vertraglichen oder gesetzlichen Weiterleitungspflicht geschlossen werden darf (vgl. **BGE 141 II 447** E. 5.2.2 S. 460). Auch die OECD hält es für zulässig, aus den Umständen auf die vertragliche Weiterleitungspflicht zu schliessen (vgl. oben E. 4.2; Kommentar der OECD zum OECD-MA, N. 12.4 zu Art. 10 OECD-MA i.d.F. vom 15. Juli 2014). Richtig verstanden besteht also zwischen der Praxis des Bundesgerichts und der aktuellen Fassung des Kommentars der OECD zum OECD-MA keine sachliche Differenz.

**4.5.** Näher zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführerin als unmittelbarer Empfängerin der streitbetroffenen Dividende die Nutzungsberechtigung abzusprechen ist, weil sie einer schädlichen vertraglichen oder gesetzlichen Weiterleitungspflicht unterlegen hat. Dabei können neben dem Text der Vertragsdokumente auch die Umstände als Indizien berücksichtigt werden.

**4.5.1.** Unbestritten ist zunächst, dass die Beschwerdeführerin vertraglich verpflichtet war, den Gegenparteien die Dividenden auf den im notionalen Aktienkorb befindlichen Titeln auszugleichen. Zwar trifft es zu, dass solche Ausgleichszahlungen in Bezug auf die Nettodividende nach dem Wortlaut der Derivatverträge selbst dann zu leisten waren, wenn die Beschwerdeführerin die zugrundeliegenden Aktien nicht gehalten und selbst keine Dividende empfangen hatte. Anders verhielt es sich unter den Derivatverträgen aber mit den Beträgen, die von der Bruttodividende zur Begleichung der Verrechnungssteuer (bzw. ausländischer Dividendenquellensteuern) abgezogen wurden. Dergestalt zurückbehaltenen Quellensteuern musste die Beschwerdeführerin nur ausgleichen, soweit sie ihr zurückerstattet wurden und die Nettodividende zuzüglich der zurückerstatteten Quellensteuern 80% der Bruttodividende nicht überstieg. Um Aussicht auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu haben, musste die Beschwerdeführerin die betreffenden Aktien im Zeitpunkt der Ausschüttung selbst halten. Hinsichtlich der Dividenden auf den Schweizer Aktien im notionalen Aktienkorb hingen die Zahlungspflichten der Beschwerdeführerin unter den Derivatverträgen folglich im Umfang von 15% der Bruttodividende direkt davon ab, dass sie die Aktien erwarb. Es ergibt sich also unmittelbar aus dem Text der Vertragsdokumente, dass die Beschwerdeführerin zur Weiterleitung jedenfalls eines Teils der Dividende verpflichtet war. Vor diesem Hintergrund kann keine Rede davon sein, dass die Ausgleichspflicht insgesamt - d.h. einschliesslich der zusätzlichen Zahlung bei Rückerstattung der Verrechnungssteuer - vom Zufluss der

Dividende bei der Beschwerdeführerin unabhängig war (vgl. zu diesem Kriterium Kommentar der OECD zum OECD-MA, N. 12.4 zu Art. 10 OECD-MA i.d.F. vom 15. Juli 2014).

**4.5.2.** Für die Beurteilung, ob die Ausgleichspflicht nicht nur im Umfang von 15%, sondern insgesamt als vertragliche Weiterleitungspflicht charakterisiert werden muss, sind auch die Umstände - darunter die Anreize und Zwänge, denen die Beschwerdeführerin und ihre Gegenparteien unterlagen - zu berücksichtigen. Nach der Praxis des Bundesgerichts und der Auffassung der OECD lassen die Umstände namentlich dann auf eine rechtliche Weiterleitungspflicht schliessen, wenn sie die Dividendenempfängerin als blosser Durchlaufgesellschaft (engl. conduit company, frz. société relais) erscheinen lassen (vgl. **BGE 141 II 447** E. 5.2.3 S. 461; Kommentar der OECD zum OECD-MA, N. 12.3 zu Art. 10 OECD-MA, i.d.F. vom 15. Juli 2014). Für die hier interessierende Konstellation liegt es auf der Hand, den Begriff der Durchlaufgesellschaft anhand der Definition von Gewinndurchlaufregelungen (engl. conduit arrangement, frz. système de relais) zu konkretisieren, die das DBA CH-GB ab dem 22. Dezember 2008 enthielt (vgl. Art. 10 Abs. 6 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. I DBA CH-GB i.d.F. des Protokolls 2007; vgl. für Wortlaut oben E. 2.2.2). Gemäss Art. XIV Ziff. 2 lit. a Protokoll 2007 sollten das Protokoll 2007 und die darin enthaltenen Änderungen des DBA CH-GB zwar erst für Dividenden ab dem 1. Januar 2009 gelten. Da aber schon Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB seit jeher die Nutzungsberechtigung vorausgesetzt hatte, bedeuteten die Bestimmungen über Gewinndurchlaufregelungen im Protokoll 2007 keine Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung der ohnehin geltenden Rechtslage. Folglich kann das Protokoll 2007 als Übereinkunft im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. a VRK bei der Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB berücksichtigt werden (vgl. RICHARD GARDINER, Treaty Interpretation, 2. Aufl. 2015, S. 250 ff.; vgl. auch Urteil des U.S. Supreme Court vom 12. Januar 1999 *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999) S. 174 f.).

**4.5.3.** Mit den Derivatverträgen und dem Erwerb der betroffenen Schweizer Aktien ging die in Grossbritannien ansässige Beschwerdeführerin Geschäfte ein, die so ausgestaltet waren, dass sie die streitbetroffene Dividende und gegebenenfalls weitere Dividendeneinkünfte aus der Schweiz bezog, die sie in der Folge unter Abzug der Verrechnungssteuer an ihre Gegenparteien bezahlte. Falls ihr die Verrechnungssteuer (teilweise) zurückerstattet wurde, war die Beschwerdeführerin vertraglich verpflichtet, weitere 15% der Bruttodividende bzw. 75% des zurückerstatteten Betrags an ihre Gegenparteien zu bezahlen; sie durfte also 5% der Bruttodividende bzw. 25% des zurückerstatteten Betrags einbehalten. Die Gegenparteien waren ihrerseits weder in einem Vertragsstaat des DBA CH-GB, noch in einem anderen Staat ansässig, in welchem sie dank eines DBA oder auf andere Weise Anspruch auf mindestens gleichwertige Vorteile gehabt hätten. Die objektiven Voraussetzungen einer Gewinndurchlaufregelung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. I DBA CH-GB (i.d.F. des Protokolls 2007) sind somit offenkundig erfüllt (vgl. oben E. 2.2.2).

**4.5.4.** In subjektiver Hinsicht sind Gewinndurchlaufregelungen dadurch gekennzeichnet, dass das Erlangen von Abkommensvorteilen den Hauptzweck der gewählten Ausgestaltung darstellt (Art. 3 Abs. 1 lit. I DBA CH-GB i.d.F. des Protokolls 2007; dazu ATHANASSOGLU/BRAUCHLI ROHRER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, 2015, N. 306 zu Art. 1 OECD-MA). Nach Art. 27 Abs. 7 DBA CH-GB obliegt es der Beschwerdeführerin, zufriedenstellend nachzuweisen, dass sie Anspruch auf die Entlastung von der Verrechnungssteuer hat (vgl. oben E. 2.2.4). Es darf deshalb von ihr erwartet werden, dass sie aufzeigt, welche wirtschaftlichen Gründe die gewählte Ausgestaltung motivierten, wenn diese die objektiven Merkmale einer Gewinndurchlaufregelung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. I DBA CH-GB (i.d.F. des Protokolls 2007) trägt. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zwar festgehalten, dass "das Swap-Geschäft gesamthaft gesehen kaum der Steueroptimierung" gedient habe (vgl. E. 4.3.7.3 des angefochtenen Urteils). Hingegen lassen sich dem angefochtenen Urteil keine Feststellungen darüber entnehmen, aus welchem Grund die Beschwerdeführerin ihren Gegenparteien versprochen hatte, neben der Nettodividende im Falle der (teilweisen) Rückerstattung der Verrechnungssteuer 75% des zurückerstatteten Betrags bzw. zusätzliche 15% der Bruttodividende weiterzuleiten und selbst (nur) 5% der Bruttodividende einzubehalten. Für diese Ausgestaltung wird auch aus den Eingaben der Beschwerdeführerin keine andere Erklärung ersichtlich, als dass die Gegenparteien dadurch in den Genuss von Vorteilen aus dem DBA CH-GB gebracht werden sollten, die ihnen nicht zustanden. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Hauptzweck der gewählten Ausgestaltung im Erlangen von Abkommensvorteilen bestand.

**4.5.5.** Die von der Beschwerdeführerin und ihren Gegenparteien gewählte Ausgestaltung trägt in objektiver und in subjektiver Hinsicht die Merkmale einer Gewinndurchlaufregelung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. I DBA CH-GB (i.d.F. des Protokolls 2007). Der mit der gewählten vertraglichen Ausgestaltung beabsichtigte Abkommensvorteil - die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB - war nur erhältlich, wenn die Beschwerdeführerin zur Absicherung der Ausgleichspflicht aus den Derivatverträgen die zugrundeliegenden Aktien erwerben und diese Position nicht über andere Derivatkontrakte absichern würde. Dies ist als starkes Indiz dafür zu werten, dass die Beschwerdeführerin nach übereinstimmendem Parteiwillen die Schweizer Aktien erwerben sollte.

**4.5.6.** Auch die finanziellen Anreize, welche die Derivatverträge für die Beschwerdeführerin und ihre Gegenparteien setzten, legen einen solchen Konsens nahe. Für die Gegenparteien der Beschwerdeführerin war es weitaus lukrativer, wenn die Beschwerdeführerin ihre Ausgleichspflicht mittels Aktienerwerbs absichern würde, durften sie doch nur in diesem Fall mit einer zusätzlichen Zahlung von 15% der Bruttodividenden rechnen. Dasselbe galt für die Beschwerdeführerin: Nur wenn sie die Schweizer Aktien



tatsächlich erwarb und in der Folge die Verrechnungssteuer zurückerstattet erhielt, durfte sie 5% der Bruttodividende für sich einbehalten. Die Höhe der streitbetreffenden Dividende dürfte zwar zum Zeitpunkt des Abschlusses jedenfalls der ältesten Derivatverträge noch nicht bekannt gewesen sein. Jedoch war bereits zu jenem Zeitpunkt aufgrund des Volumens des Aktienkorbes offensichtlich, dass - selbst unter Berücksichtigung des Risikos der Verweigerung der Verrechnungssteuerrückerstattung - der Rückbehalt von 5% der Bruttodividende den zusätzlichen Aufwand, den der Aktienerwerb zusammen mit den Bemühungen um die Verrechnungssteuerrückerstattung im Vergleich zu einer Absicherung mit derivativen Instrumenten generieren mochte, bei Weitem übersteigen würde. Als gewinnstrebiger, nach kaufmännischen Prinzipien geführter Gesellschaft blieb der Beschwerdeführerin angesichts dieses finanziellen Anreizes gar nichts anderes übrig, als die Aktien zu erwerben.

Die Feststellung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin zum Erwerb der Aktien nicht rechtlich verpflichtet, sondern (bloss) faktisch gezwungen gewesen sei, und die Behauptung der Beschwerdeführerin, weder zum Erwerb der Aktien noch zur Absicherung insgesamt verpflichtet gewesen zu sein, sind vor diesem Hintergrund zu relativieren. Zwar mögen die Gegenparteien keine Möglichkeit gehabt haben, die Beschwerdeführerin mittels rechtlicher Durchsetzung zum Erwerb der Aktien zu zwingen. Der Rückbehalt von 5% der Bruttodividende stand aber als Rabatt, den die Gegenparteien der Beschwerdeführerin auf der Ausgleichungspflicht gewährten, in einem Austauschverhältnis mit der Weiterleitung der zurückerstatteten Verrechnungssteuer. Von dieser Rabattpflicht wurden die Gegenparteien frei, wenn die Beschwerdeführerin die Aktien nicht erwarb und die Verrechnungssteuer nicht zurückerstattet erhielt. Drohte der Beschwerdeführerin der Verlust ihres Anspruchs auf 5% der Bruttodividende, wenn sie es unterliess, die Aktien zu erwerben, war sie zumindest im Sinne einer Obliegenheit vertraglich zum Erwerb der Aktien verpflichtet.

**4.6.** Bestand zwischen den Parteien Konsens, dass die Beschwerdeführerin die Schweizer Aktien erwerben würde, um den Gegenparteien ihr zustehende Vorteile aus dem DBA CH-GB zuzuhalten, und war durch einen erheblichen finanziellen Anreiz gewährleistet, dass sich die Beschwerdeführerin an diesen Konsens halten würde, ist die Ausgleichungspflicht der Beschwerdeführerin als vertragliche Pflicht zur Weiterleitung der streitbetreffenden Dividende zu charakterisieren. Diese vertragliche Weiterleitungspflicht beraubte die Beschwerdeführerin ihrer Verfügungsfreiheit über die streitbetreffende Dividende und damit der Nutzungsberechtigung gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-GB. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin die Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu Recht verweigert.

#### **5.**

Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen. Die Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es ist keine Parteientschädigung geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

##### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

##### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 50'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

##### **3.**

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Eidgenössischen Steuerverwaltung und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Mai 2020

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Seiler