



Abteilung I
A-1246/2011

Urteil vom 23. Juli 2012

Besetzung

Richter Michael Beusch (Vorsitz),
Richter Daniel Riedo, Richterin Salome Zimmermann,
Gerichtsschreiber Stefano Bernasconi.

Parteien

A. _____, ...,
vertreten durch ...,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Hauptabteilung
Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabga-
ben, Eigerstrasse 65, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verrechnungssteuer.

Sachverhalt:

A.

Die dänische A._____ (A._____ oder Beschwerdeführerin) mit Sitz in Kopenhagen ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der B._____, [...], einem [...] Finanzkonzern. Allein in Dänemark beschäftigt die A._____ nach eigenen Angaben rund [...] Personen und sie sei somit eine der bedeutsamsten Gesellschaften der B._____ -Gruppe.

B.

B.a Die A._____ stellte bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) verschiedene Anträge auf Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer für Fälligkeiten aus den Jahren 2006 und 2007. Folgende dieser Anträge wurden von der ESTV **genehmigt**:

- für Fälligkeiten 2006:

Antrag Formular 89 Nr. 14720 in der Höhe von CHF [...] (Eingang bei der ESTV: 4. April 2006; unter Abzug der Erträge 2005). Die Auszahlung erfolgte mit Valuta-Datum vom 3. August 2006;

Antrag Formular 89 Nr. 14721 in der Höhe von CHF [...] (Eingang bei der ESTV: 17. Juli 2006). Die Auszahlung erfolgte mit Datum vom 2. August 2006;

Antrag Formular 89 Nr. 14916 in der Höhe von CHF [...] (Eingang bei der ESTV: 22. September 2006). Die Auszahlung erfolgte mit Datum vom 17. Oktober 2006;

- für Fälligkeiten 2007:

Antrag Formular 89 Nr. 22889 in der Höhe von CHF [...] (Eingang bei der ESTV: 28. März 2007). Die Auszahlung erfolgte mit Datum vom 4. Mai 2007.

Demgegenüber hat die ESTV folgende Anträge für Fälligkeiten für das Jahr 2007 **verweigert**:

Antrag Formular 89 Nr. 22898 in der Höhe von CHF [...] (Eingang bei der ESTV: 5. Juni 2007);

Antrag Formular 89 Nr. 56451 in der Höhe von CHF [...] (Eingang bei der ESTV: 22. Oktober 2007);

Antrag Formular 89 Nr. 56452 in der Höhe von CHF [...] (Eingang bei der ESTV: 22. Oktober 2007).

B.b Auf entsprechende Anfrage vom 23. August 2007 hin liess die A._____ der ESTV am 19. September 2007 (act. 9) einen Auszug ihrer Marktaktivität zukommen und erklärte, dass die Rückerstattungsanträge für die gesamte ("hole") A._____, für sechs verschiedene Konten, gestellt worden seien. Sie handle hauptsächlich mit "Index-Futures" und "ADR's" (wohl: American Depositary Receipt).

Hinsichtlich der Aktienpositionen im Rückerstattungsantrag gemäss Formular 89 Nr. 22898 vom 3. Mai 2007, zu welchen die ESTV nähere Angaben erbeten hatte, führte die A._____ aus, dass sie diese Aktien grösstenteils zur Absicherung der von ihr verkauften "SMI Futures" erworben habe. Mit den Futures habe sie ein Arbitragegeschäft gemacht. Üblicherweise habe sie entweder bei Verfall der Futures den Aktienbestand saldiert (closed) oder die Aktien im eigenen Bestand behalten und die Futures für drei Monate gegen Entgelt verlängert (rolled). Einige Basiswerte habe sie sogar bis zu einem Jahr in ihrem Bestand gehalten. Bei den "ADR's" habe sie ebenfalls ein Arbitragegeschäft gemacht. Dabei habe sie in keinem Fall bilaterale Vereinbarungen über Preisrisiken oder Dividenden abgeschlossen. Zwischen ihr und den Future-Gegenparteien habe kein Aktienhandel stattgefunden. Sie habe auch keine Dividenden weitergeleitet, sondern diese für die Gewinnerzielung einbehalten. Diese Haltung liess die A._____ mit Schreiben vom 2. Juni 2008 (act. 14) im Wesentlichen bestätigen, wobei ihre damalige Rechtsvertreterin – im Widerspruch zur Aussage im vorerwähnten Schreiben vom 19. September 2007 – neu ausführte, die Aktien-Long-Positionen seien durch den Verkauf von SMI Futures abgesichert worden.

B.c Mit E-Mail vom 18. Juli 2008 (act. 16) machte die A._____ geltend, dass die X._____ Ltd., [...] (X._____), bei den aufgeführten Kauf- und Verkaufstransaktionen der Aktien ihr gegenüber als tatsächliche Gegenpartei ("Prinzipal"), und nicht nur als Agent, aufgetreten sei. Die erwähnten Futures seien an der EUREX gehandelt worden, und es habe sich daher nicht um "OTC-Produkte" [Over-the-counter = ausserbörslicher Handel zwischen Finanzteilnehmern] gehandelt. Anlässlich einer Besprechung zwischen der ESTV und der A._____ am 7. Oktober 2008 wurde vereinbart, dass die A._____ der ESTV ein Transaktionsjournal der EUREX zustelle, um den Nachweis zu erbringen, dass es sich bei den SMI-Index-Future-Transaktionen nicht um OTC-Geschäfte gehandelt hatte.

B.d Mit E-Mail vom 16. Dezember 2008 (act. 19) erklärte die damalige Vertreterin der A._____ der ESTV, dass die EUREX keinerlei Bestätigung

für Nicht-EUREX-Mitglieder ausstelle. Da die A. _____ kein Mitglied der EUREX sei, habe letztere lediglich in einer (angehängten) E-Mail festgehalten, dass Futures – wie sie von der A. _____ verkauft worden seien – standardisierte EUREX-Kontrakte seien, die an der EUREX gehandelt werden könnten. Solche Kontrakte würden die gleichen Spezifikationen aufweisen wie die am Handelsbildschirm aufgeführten Futures, obwohl es sich in casu um einen "Block-Trade" gehandelt habe. Im angehängten Handelsjournal der EUREX wurden die Transaktionen laut ESTV indes klar als "OTC-Type" qualifiziert. Der E-Mail war auch ein Schreiben der Y. _____ Group, [...] (Y. _____; ausführender Broker der A. _____ bezüglich der Future-Verkäufe), beigefügt, in welchem diese bestätigte, dass die Future-Transaktionen an der EUREX als Block-Trades vorgenommen worden seien, und es sich dabei nicht um OTC-Geschäfte gehandelt habe. Ferner habe sie (die Y. _____) die A. _____ nicht über die Gegenparteien der Future-Transaktionen informiert. Die Bezeichnung "OTC" auf dem Handelsjournal sei lediglich eine Bezeichnung für einen spezifischen Handelstyp, die Anzeige, dass sie (die Y. _____) flüssige Mittel gefunden habe, ohne dass sie das Geschäft habe ins Auftragsbuch eingeben müssen. Daher sei der Handel als Blocktransaktion eingegeben worden.

C.

C.a Mit Schreiben vom 16. Februar 2009 teilte die ESTV der damals beauftragten Vertreterin der A. _____ mit, dass sie bei der Bestimmung des Anspruchs auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht nur darauf abstelle, ob die jeweilige Antragstellerin eine juristische Person und in Dänemark ansässig sei. Vielmehr erstreckte sich die Prüfung auch auf das Vorliegen einer allfälligen Steuerumgehung im Sinn eines Abkommensmissbrauchs. Sie habe festgestellt, dass die A. _____ Aktien im Wert von CHF [...] in Blocktransaktionen erworben habe und diese gleichentags durch den Verkauf von Futures abgesichert worden seien. Ferner habe sowohl die Y. _____ als auch die EUREX bestätigt, dass es sich bei diesen Transaktionen um "Typ OTC" gehandelt habe. Aufgrund des Umfangs (zumal Transaktionen dieser Grösse nicht nur bekannte Gegenparteien voraussetzten, sondern auch klare Abmachungen) und der zeitlichen Ausgestaltung (d.h. die zeitliche Nähe zwischen dem Kauf der Wertschriften und den Ertragsfälligkeiten) erachte die ESTV diese Transaktionen als höchst ungewöhnlich. Die Ansicht, wonach die A. _____ bei diesen Transaktionen im Risiko gestanden habe, teile sie (die ESTV) nicht. Dies nicht zuletzt darum, weil es sich um Blocktransaktionen "Typ OTC" gehandelt habe, bei welchen die Gegenparteien bekannt seien und der Ertrag somit bereits vor Abschluss der Transaktion berechenbar sei. Überdies habe sie – so die

ESTV weiter – festgestellt, dass nur ein kleiner Teil der Dividendenerträge in Form von Gewinn bei der A._____ verblieben sei. Gestützt auf die tatsächliche Gestaltung der Rechtsverhältnisse und gestützt auf das Vorgehen der Beteiligten ginge sie nicht nur von einem Abkommensmissbrauch aus, sondern spreche der A._____ auch das Recht zur Nutzung an den Wertschriftenerträgen ab. Aus diesen Gründen komme sie (die ESTV) zum Schluss, dass für die Durchführung der Transaktion der Standortvorteil der A._____, verbunden mit einer vollen Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer ausschlaggebend gewesen sei.

C.b Anlässlich einer telefonischen Besprechung vom 28. April 2009 wurde die A._____ von der ESTV gebeten, die Gegenparteien der Verkäufer der Wertschriften an die X._____ bekannt zu geben. Am 19. Mai 2009 (act. 24) informierte die inzwischen neu und auch im vorliegenden Verfahren mandatierte Vertreterin der A._____ die ESTV, dass die Wertschriften-Transaktionen mit acht Gegenparteien aus drei verschiedenen Ländern (Schweden, USA und Niederlande) abgewickelt worden seien. X._____ wolle die Identität dieser Gegenparteien jedoch nicht offen legen.

C.c Bezug nehmend auf das besagte Schreiben vom 16. Februar 2009 teilte die A._____ der ESTV mit Schreiben vom 29. Mai 2009 mit, dass sie deren Ansicht nicht teile. Sie bat die ESTV daher, einen direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Entscheid zu erlassen.

C.d Einen solchen erliess die ESTV am 15. Januar 2010. Darin bestätigte sie ihre bisherige Auffassung und wies den Antrag auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer nach Formular 89 Nr. 22898, 56451 und 56452 im gesamten Umfang von CHF [...] ab. Gleichzeitig forderte die ESTV die ihrer Ansicht nach zu Unrecht erfolgten Rückerstattungen nach Formular 89 Nr. 14720, 14721, 14916 und 22889 im Gesamtvolumen von CHF [...] zurück. Auf den zurückgeforderten Beträgen machte sie zudem einen Verzugszins ab dem Datum der Rückerstattung durch sie bis zum Tage der Wiedereinzahlung in der Höhe von 5 % geltend. Dem Ersuchen der Vertreterin der A._____, einen direkt bei der Beschwerdeinstanz anfechtbaren Entscheid zu erlassen, kam die ESTV indessen nicht nach. Dies hatte die ESTV der A._____ bereits mit Schreiben vom 1. Juli 2009 angekündigt.

D.

Gegen diesen Entscheid liess die A._____ am 15. Februar 2010 Einsprache erheben. Sie beantragte, es seien die Anträge auf Rückerstattung

der Verrechnungssteuer nach Formular 89 Nr. 22898, 56451 und 56452 im gesamten Umfang von CHF [...] vollumfänglich gutzuheissen und die Beträge zu überweisen. Zudem sei festzustellen, dass die bereits erfolgte Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Betrag von CHF [...] (Formular 89 Nr. 14720, 14721, 14916 und 22889) zu Recht erfolgt sei und die Beträge weder zurückbezahlt werden müssten noch einen Vergütungszins darauf geschuldet sei. Dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für die ESTV. Diese Einsprache leitete die ESTV in der Folge am 22. Februar 2011 zuständigkeitshalber an das Bundesverwaltungsgericht weiter. Dieses hatte mit Zwischenverfügung vom 11. Januar 2011 im Verfahren A-6537/2010 entschieden, dass Entscheide der ESTV im Bereich des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Dänemark direkt der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterlägen (vgl. dazu E. 1.1).

Zur Begründung wies die A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) zunächst auf ihre Tätigkeit als sog. "Broker Dealer" hin. Sie sei überdies im Eigenhandel und im Market Making mit verschiedenen Derivaten und Underlyings tätig. Diese Eigenhandels- und Market Making-Aktivitäten seien durchaus üblich. Im Bereich des Handels mit Aktien und Aktienderivaten habe die B. _____ Gruppe insgesamt einen Umsatz (aggregierte Prämien) von rund EUR [...] Mia. erzielt. Der Umsatz setze sich dabei hauptsächlich aus Aktien mit EUR [...] Mia. und aus Futures/Forwards-Kontrakten mit EUR [...] Mia. zusammen. Im Vergleich dazu habe der Umsatz mit Schweizer Papieren rund CHF [...] Mia., also bloss rund 3.5 % des Umsatzes mit Aktien, betragen. In Anbetracht der hohen Börsenkapitalisierung schweizerischer Gesellschaften sei somit der Umsatz mit schweizerischen Titeln keineswegs überproportional hoch. Wie viele andere Banken und Investmentbanken nutze auch sie – so die Beschwerdeführerin weiter – Preisunterschiede zwischen verschiedenen Märkten und Instrumenten aus, um Hedging und Risk Management für Positionen von Kunden zu optimieren. Falls die Händler eine solche Arbitragemöglichkeit wahrnehmen, würden sie diese entsprechend ausführen. Dabei müsse beachtet werden, dass die Preise und Geschäfte, die überwacht werden, allen Marktteilnehmern zugänglich seien (z.B. über Bloomberg oder Reuters) und sie (die Beschwerdeführerin) in keiner Weise in einer Exklusivposition sei, auf dem Schweizer Aktienmarkt, dem EUREX oder irgendeinem anderen Markt solche Geschäfte zu tätigen.

Die Beschwerdeführerin führte des Weiteren aus, sie handle im Rahmen des Eigenhandels und der Portfolioabsicherung täglich hohe Volumen an

Aktien und Derivaten. Der Handel werde meist nicht durch die Börse abgewickelt, sondern über spezialisierte Interbankenhändler (sog. Liquidity Brokers), welche die Handelsaufträge von Banken und anderen institutionellen Anlegern aggregieren und zusammenführen würden. Die Liquidity Brokers würden nicht nur als "Broker", sondern auch als "Principal" auftreten und brächten Marktpositionen zueinander, ohne die Gegenparteien einander offenzulegen. Für hohe Volumen sei der Handel über die Liquidity Brokers effizienter als über die Börse, wo die Banken die Preise offenlegen müssten. Die X. _____, die Gegenpartei des Aktienkaufs, sei der [...] Liquidity Broker mit einem täglichen Handelsvolumen von über USD [...] Mia. Als Liquidity Broker stelle X. _____ die Liquidität im Interbankenmarkt, d.h. zwischen den Banken, sicher. Auch die Z. _____ SA, [...] (Z. _____; heute: Y. _____), über welche die SMI-Futures verkauft worden seien, sei ein Liquidity Broker.

Ferner wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass es sich entgegen den Ausführungen der ESTV im angefochtenen Entscheid bei den vorliegend abgeschlossenen Geschäften nicht um risikofreie Geschäfte gehandelt habe. Vielmehr trage sie (die Beschwerdeführerin) das Dividendenrisiko, das Liquiditätsrisiko im Spot- und im Future-Markt, das Kursverlaufsrisiko und das Zins- und Finanzierungsrisiko.

In rechtlicher Hinsicht führte die Beschwerdeführerin aus, eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 10 Abs. 1 des Abkommens vom 23. November 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Dänemark zu Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (SR 0.672.931.41, in der Fassung vom 23. November 1973, AS 1974 1720 [DBA-DK]) setze – im Gegensatz zu den meisten anderen DBA der Schweiz – gerade keine "Nutzungsberechtigung" des Empfängers voraus. Die im angefochtenen Entscheid zitierte gegenteilige Praxis der ESTV sei mit dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 DBA-DK nicht vereinbar und somit völkerrechtswidrig.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 26. April 2011 schloss die ESTV auf kostenfällige Abweisung der als Beschwerde überwiesenen Einsprache vom 15. Februar 2010. Zur Begründung machte sie hauptsächlich geltend, vorliegend würden die eingereichten Zahlen auf jeden Fall klar belegen, dass der Beschwerdeführerin kaum etwas aus dem Kapitalertrag verblieben sei, sie diesen folglich habe weiterleiten müssen und ihr daher das Recht zur

Nutzung für diese Future-Transaktionen abgesprochen werden müsse. Mangels dieses Nutzungsrechts erübrige sich eine weitere Prüfung, ob allenfalls ein Abkommensmissbrauch vorliege. Sollte das Gericht jedoch wider Erwarten zu einem anderen Schluss kommen, so wäre in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob ein solcher Missbrauch vorliege.

Dasselbe gelte auch bezüglich der Rückforderung der bereits zurückerstatteten Verrechnungssteuer, zumal ungerechtfertigte Leistungen zurückzugeben seien. Dieser Grundsatz sei im Schweizer Rechtssystem allgemein anerkannt und komme dementsprechend in verschiedenen Gesetzen explizit zum Ausdruck. Der systemimmanente Grundsatz verpflichte die ESTV – nebst den bereits erwähnten Gründen – Art. 51 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (VStG, SR 642.21) analog anzuwenden und die zu Unrecht gewährte Rückerstattung zurückzufordern. Eine weitere Rechtsgrundlage für die vorliegende Rückforderung der bereits an die Beschwerdeführerin zurückerstatteten Verrechnungssteuern fände sich übrigens auch in Art. 12 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0). Die Beschwerdeführerin habe die Rückerstattung in den Jahren 2006 und 2007 dadurch erwirkt, dass sie sich gegenüber der ESTV als Nutzungsberechtigte an den entsprechenden Ertragsfälligkeiten ausgegeben habe, obwohl dies nicht der Fall gewesen sei.

F.

In ihrer Replik vom 16. Juni 2011 bestätigte die Beschwerdeführerin ihre Anträge und verwies mit Bezug auf die Begründung auf ihre Einsprache/Beschwerde vom 15. Februar 2010. Ergänzend stellte die Beschwerdeführerin nochmals klar, dass sie den Verkauf von SMI Futures (Hauptgeschäft) mit dem Kauf der SMI-Titel abgesichert habe (Sicherungsgeschäft). Des Weiteren nahm sie eine Klärung der Begriffe "Block Trade", "OTC" und Transaktionen nach "OTC-Type" vor.

Mit Duplik vom 15. August 2011 hielt die ESTV an ihrem Antrag auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde fest.

G.

Nach Eingang und Zustellung der Triplik vom 20. September 2011 teilte die ESTV dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 13. Oktober 2011 mit, dass sie auf die Einreichung einer Quadruplik verzichte. Sie hielt indes an ihrem bisherigen Antrag auf Abweisung der Beschwerde unter

Kostenfolge fest und verwies im Übrigen vollumfänglich auf die Ausführungen in ihrer Vernehmlassung vom 26. April 2011 sowie ihrer Duplik vom 15. August 2011.

H.

Auf die weiteren Begründungen der Parteien wird – soweit entscheidewesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (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). Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören auch Entschiede der ESTV betreffend die Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer von Dividenden und Zinsen an ausländische Antragsteller (Art. 32 VGG e contrario, Art. 33 Bst. d VGG i.V.m. Art. 3 Abs. 4 der Verordnung zum schweizerisch-dänischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 18. Dezember 1974 [SR 672.931.41, Vo DBA-DK]). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der Beschwerde ist somit gegeben (vgl. so bereits Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-6537/2010 vom 11. Januar 2011). Soweit das VGG nichts anderes bestimmt, richtet sich gemäss dessen Art. 37 das Verfahren nach dem VwVG.

1.2. Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse nachweist. Laut konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung subsidiär gegenüber rechtsgestaltenden Verfügungen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [nachfolgend: Praxiskommentar], Zürich/Basel/Genf 2009, N 20 zu Art. 25).

Die Beschwerdeführerin erfüllt die Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis nach Art. 48 Abs. 1 VwVG. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.3. Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen. Der Beschwerdeführer kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. c VwVG; vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, Rz. 2.149). Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist demzufolge verpflichtet, auf den – unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten – festgestellten Sachverhalt die richtige Rechtsnorm, d.h. 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) und eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen kann (vgl. BVGE 2009/61 E. 6.1 mit Verweis auf BVGE 2007/41 E. 2 mit Hinweisen).

1.4. Ist der Sachverhalt unklar und daher zu beweisen, endet die Beweiswürdigung mit dem richterlichen Entscheid darüber, ob eine rechtserhebliche Tatsache als erwiesen zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat (vgl. ausführlich Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-629/2010 vom 29. April 2011 E. 3.2). Gelangt die Entscheidungsinstanz nicht zum Ergebnis, dass sich der in Frage stehende Umstand verwirklicht hat, so fragt sich, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Nach der objektiven Beweislastregel ist bei Beweislosigkeit zu Ungunsten desjenigen zu urteilen, der die Beweislast trägt (BGE 130 III 321 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.269/2005 vom 16. November 2006 E. 6.2.2; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1983, S. 280 ff.; MARTIN ZWEIFEL, *Die Sachverhaltsermittlung im Steuerveranlagungsverfahren*, Zürich 1989, S. 108 ff.). Diese Beweislastregel greift freilich erst dann, wenn es sich unter Berücksichtigung des Untersuchungsgrundsatzes und des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung als unmöglich erweist, den Sachverhalt zu ermitteln (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-629/2010 vom 29. April 2011 E. 3.3).

Für die Beweislast gilt auch im Bereich des öffentlichen Rechts Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) als allgemeiner Rechtsgrundsatz (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, N 6 zu Art. 12). Demnach hat jene Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (BGE 133 V 216 E. 5.5). Im Steuerrecht gilt der allgemein anerkannte Grundsatz, wonach die Steuerbehörde die Beweislast für steuerbegründende und steuererhöhende Tatsachen trägt, während der Steuerpflichtige für die steueraufhebenden und steuermindernden Tatsachen beweisbelastet ist (vgl. dazu etwa [anstelle zahlreicher] das Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2005, veröffentlicht in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht [ASA] 75 S. 495 ff. E. 5.4; BVGE 2009/60 E. 2.1.3 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-629/2010 vom 29. April 2011 E. 3.3).

Liegen Beweisschwierigkeiten vor, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten, werden Beweiserleichterungen vorgesehen. Diese so genannte "Beweisnot" liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (BGE 130 III 321 E. 3.2 mit Hinweisen). Beweisnotstand führt keinesfalls zu einer Umkehr der Beweislast (BGE 130 III 321 E. 3.2 mit Hinweisen; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1819/2011 vom 29. August 2011 E. 4.2, A-7570/2009 und A-7572/2009 vom 22. Juni 2011 E. 2.3.2; TARKAN GÖKSU, in: Amstutz et. al [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 22 zu Art. 8 ZGB).

2.

2.1. Der Bund erhebt eine Verrechnungssteuer auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens (Art. 132 Abs. 2 der der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 1 Abs. 1 VStG). Gegenstand dieser Steuer sind u.a. die Zinsen, Renten, Gewinnanteile und die sonstigen Erträge auf den von einem Inländer ausgegebenen Aktien (Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG). Steuerpflichtig ist der Schuldner der steuerbaren Leistung (Art. 10 Abs. 1 VStG) und damit im Falle von Aktien erträgen die Dividenden ausschüttende Gesellschaft. Die steuerbare Leistung ist bei der Auszahlung, Überweisung, Gutschrift oder

Verrechnung ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers um den Steuerbetrag zu kürzen, bei Kapitalerträgen um 35 % (Art. 13 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 14 Abs. 1 VStG).

2.2. Nach Art. 24 Abs. 2 VStG haben juristische Personen Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer, wenn sie bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung ihren Sitz im *Inland* hatten. Gemäss Art. 21 Abs. 1 Bst. a VStG hat ein nach Art. 22 bis 28 VStG Berechtigter Anspruch auf Rückerstattung der ihm vom Schuldner abgezogenen Verrechnungssteuer, wenn er bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes besass. Nach Art. 21 Abs. 2 VStG ist die Rückerstattung in allen Fällen unzulässig, in denen sie zu einer Steuerumgehung führen würde.

2.3. Während ein Inländer die auf Erträgen aus beweglichem Kapitalvermögen erhobene Verrechnungssteuer zurückfordern kann, wenn er bei deren Fälligkeit das Recht zur Nutzung hatte und die Rückerstattung nicht zu einer Steuerumgehung führt (E. 2.2), gelten für ausländische Leistungsempfänger andere Voraussetzungen. Einen Anspruch auf Entlastung haben sie nur dann, wenn dies ein zwischen der Schweiz und dem entsprechenden Ansässigkeitsstaat abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) vorsieht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-813/2010 vom 7. September 2011 E. 3.1; MAJA BAUER-BALMELLI, in: Zweifel/Athanas/Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/2, Basel 2005 [hiernach: Kommentar VStG], N 55 zu Art. 21 VStG mit Hinweisen; DIESELBE, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten, Diss. Zürich 2001 [hiernach: Sicherungszweck], S. 167 ff.; Urteil des Bundesgerichts 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 2.2 mit Hinweis). Der Grund für die unterschiedliche Behandlung liegt darin, dass die Verrechnungssteuer bezüglich ausländischen Empfängern nicht einen Sicherungszweck, sondern einen Fiskal- oder Belastungszweck hat (BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, S. 107). Dementsprechend findet im internationalen Verhältnis Art. 21 Abs. 2 VStG (Vorbehalt der Steuerumgehung) keine (bzw. keine direkte) Anwendung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2744/2008 vom 23. März 2010 E. 3.3; vgl. in der Aussage noch deutlicher: Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission [SRK] 2003-159 vom 3. März 2005 E. 3e/bb; diese Frage offen lassend: Urteil des Bundesgerichts 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.3.3; vgl. ferner BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, S. 174, die den direkten Zugriff auf Art. 21 Abs. 2 VStG schlechthin als unzulässig erachtet).

Bei ausländischen Leistungsempfängern kann es sich nämlich – aus den eben dargelegten Gründen – nie um eine Frage der Rückerstattung der Verrechnungssteuer im originären Sinn handeln; vielmehr geht es um die quantitative Abgrenzung der Besteuerungsbefugnisse zweier Staaten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2744/2008 vom 23. März 2010 E. 3.3, unter Verweis auf MAIJA BAUER-BALMELLI, Altreservenpraxis – ein rechtliches Argumentarium, in: Forum für Steuerrecht [FStR] 2004 [hiernach: Altreservenpraxis], S. 204 und 208). Weil Art. 21 Abs. 2 VStG für die Rückerstattung an Personen mit Sitz im Inland Geltung hat (vgl. oben E. 2.2), sich also auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im originären Sinn bezieht, bleibt ein (direkter) Rückgriff auf diese Steuerumgehungsklausel zur Verweigerung eines in einem DBA-statuierten Rückerstattungsanspruchs ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass das DBA – als Teil des Völkerrechts – grundsätzlich dem VStG vorgeht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2744/2008 vom 23. März 2010 E. 1.4; Entscheid der SRK 2003-159 vom 3. März 2005 E. 3e/bb; BAUER-BALMELLI, Kommentar VStG, N 58 zu Art. 21 VStG; DIESELBE, Sicherungszweck, S. 281; GEORG LUTZ, Abkommensmissbrauch – Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, Zürich 2005, S. 98).

2.4. Die Schweiz verfolgt als Kapitalexporthaus die Politik, die Besteuerungsbefugnis des Quellenstaates möglichst einzuschränken (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-813/2010 vom 7. September 2011 E. 3.1; RENÉ MATTEOTTI, "Treaty Shopping" und seine Grenzen in der schweizerischen Rechtsprechung, in: Zeitschrift für schweizerisches und internationales Steuerrecht [zsis] vom 24. Oktober 2008, Zürich 2008 [nachfolgend: Treaty Shopping 2008], Ziff. 1 [Einleitung]). Entsprechende Verträge kommen zustande, weil sich die Vertragsstaaten auf der Basis der Reziprozität gegenseitig bereit erklären, auf einen Teil des nach internem Recht steuerbaren Einkommens und Vermögens zugunsten der anderen Vertragspartei zu verzichten (MATTEOTTI, Treaty Shopping 2008, Ziff. 4.2; DERSELBE, Die Verweigerung der Entlastung von der Verrechnungssteuer wegen Treaty Shoppings, in: ASA 75 S. 767 ff. [hiernach: Treaty Shopping 2007], S. 794; GERHARD KRAFT, Die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, Heidelberg 1991, S. 3).

3.

3.1. Gemäss Art. 1 DBA-DK gilt das Abkommen für Personen, die entweder in Dänemark oder in der Schweiz oder in beiden Vertragsstaaten an-

sässig sind. Der Begriff der Ansässigkeit ist in Art. 4 Abs. 1 DBA-DK definiert. Danach ist mit dem Ausdruck "eine in einem Vertragsstaat ansässige Person", eine Person gemeint, die nach dem Recht dieses Staates dort aufgrund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthaltes, des Ortes ihrer Geschäftsleistung oder eines anderen, ähnlichen Merkmals steuerpflichtig ist (vgl. Entscheid der SRK 2003-159 vom 3. März 2005 E. 3a).

3.2. Gemäss Art. 10 Abs. 1 DBA-DK (in der vorliegend relevanten Fassung vom 23. November 1973, AS 1974 1720) können Dividenden, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Gesellschaft an eine in dem anderen Vertragsstaat ansässige Person zahlt, nur in dem anderen Staat besteuert werden. Demnach unterliegen die von einer in der Schweiz ansässigen Gesellschaft an eine in Dänemark ansässige Person gezahlten Dividenden nur in Dänemark der Besteuerung. Zwar kann die Schweiz gemäss Art. 26 Abs. 1 DBA-DK zunächst Steuern von Dividenden im Abzugswege (an der Quelle) erheben. Allerdings ist die derart einbehaltene Steuer auf Antrag zu erstatten, soweit ihre Erhebung durch das Abkommen eingeschränkt wird (Art. 26 Abs. 2 DBA-DK). Das wird in Art. 1 Vo DBA-DK dadurch präzisiert, dass dort ausgeführt wird, die in Art. 10 DBA-DK vorgesehene Entlastung von Steuern von Dividenden und Zinsen werde von schweizerischer Seite durch die volle Erstattung der Verrechnungssteuer gewährt. Gemäss Art. 26 Abs. 4 DBA-DK müssen die Anträge auf Erstattung stets eine amtliche Bescheinigung des Staates, in dem der Steuerpflichtige ansässig ist, über die Erfüllung der Voraussetzungen für die unbeschränkte Steuerpflicht in diesem Staat enthalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 2.3).

3.3. Als völkerrechtlicher Vertrag im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (Wiener Übereinkommen, Vertragsrechtskonvention, VRK, SR 0.111; in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990) ist das DBA-DK – unter Vorbehalt speziellerer Regeln (BVGE 2010/7 E. 3.6.1; BVGE 2010/64 E. 4.2) – gemäss den Auslegungsregeln der VRK auszulegen. Weil die VRK im Bereich der Auslegungsregeln Völkergewohnheitsrecht kodifiziert hat, können diese Regeln auch für Abkommen angewendet werden, welche vor Inkrafttreten der VRK geschlossen wurden (BGE 122 II 234 E. 4c) bzw. von Staaten angewendet werden, welche die VRK nicht ratifiziert haben. Die Auslegung nach Art. 31 VRK ist ein einheitlicher Vorgang und stützt sich auf den Wortlaut der vertraglichen Bestimmung gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung, Ziel und Zweck des Vertrags, Treu und Glauben sowie den Zu-

sammenhang. Dabei haben die einzelnen Auslegungselemente den gleichen Stellenwert (BVGE 2010/7 E. 3.5 mit zahlreichen weiteren Hinweisen; JEAN-MARC SOREL/VALÉRIE BORÉ EVENO, in: *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, edited by Olivier Corten/Pierre Klein, 2 Bände, Oxford/New York 2011, N. 8 zu Art. 31 VRK 1969). Ergänzende Auslegungsmittel sind die Vertragsmaterialien und die Umstände des Vertragsabschlusses, welche – nur, aber immerhin – zur Bestätigung oder bei einem unklaren oder widersprüchlichen Auslegungsergebnis heranzuziehen sind (Art. 32 VRK). Der Grundsatz von Treu und Glauben ist als leitender Grundsatz der Staatsvertragsauslegung während des gesamten Auslegungsvorgangs zu beachten (vgl. zur ganzen Erwägung auch [anstelle zahlreicher] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4911/2010 vom 30. November 2010 E. 4.1 mit zahlreichen weiteren Hinweisen; DANIEL DE VRIES REILINGH, *Manuel de droit fiscal international*, Bern 2012, N. 109 ff.).

3.3.1. Den Ausgangspunkt der Auslegung 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 jedoch in Übereinstimmung mit ihrem Zusammenhang sowie dem Ziel und Zweck des Vertrags gemäss Treu und Glauben zu eruieren. Vorbehalten bleibt nach Art. 31 Abs. 4 VRK eine klar manifestierte einvernehmliche Absicht der Parteien, einen Ausdruck nicht im üblichen, sondern in einem besonderen Sinn zu verwenden (BVGE 2010/7 E. 3.5.1; [anstelle zahlreicher] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 E. 4.6.2 mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

3.3.2. Was unter dem Zusammenhang einer Bestimmung zu verstehen ist, wird in Art. 31 Abs. 2 VRK definiert. Der Begriff des Zusammenhangs im Sinn von Art. 31 Abs. 2 VRK ist eng auszulegen. Er erstreckt sich insbesondere weder auf die Umstände anlässlich des Vertragsabschlusses (welche in Form der vorbereitenden Arbeiten etwa als Hilfsmittel gemäss Art. 32 VRK ausschliesslich subsidiär zur Auslegung herangezogen werden können; BVGE 2010/7 E. 3.5.2) noch auf Elemente ausserhalb des Textes. Art. 31 Abs. 3 VRK definiert sodann diejenigen Elemente, welche als so genannter "contexte externe" gleich wie der Zusammenhang bei der Auslegung zu berücksichtigen sind. Gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. c VRK ist in diesem Sinn auch jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz in die Auslegung einzubeziehen. Es existiert somit keine Hierarchie zwischen Art. 31 Abs. 2 und 3 VRK (BVGE 2010/7 E. 3.5.4 mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

3.3.3. Ziel und Zweck eines Vertrags sind diejenigen Objekte, welche die Parteien mit dem Vertrag erreichen wollen. Art. 31 VRK spricht sich nicht darüber aus, welchen Quellen Ziel und Zweck eines Vertrags entnommen werden können. Die Lehre unterstreicht diesbezüglich allgemein die Bedeutung des Titels und der Präambel des Vertrags (BVGE 2010/7 E. 3.5.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6053/2010 vom 10. Januar 2011 E. 5.1.3; ferner XAVIER OBERSON, Précis de droit fiscal international, 3. Aufl., Bern 2009 [hiernach: Précis], N. 93).

3.3.4. Bestehen in einem DBA dem OECD-MA nachgebildete Regeln, so ist in der schweizerischen Lehre und in der Rechtsprechung unbestritten, dass dem OECD-MA und seinen offiziellen Kommentierungen bei der Auslegung des DBA eine wichtige Bedeutung zukommen (PETER LOCHER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2005 [nachfolgend: Einführung], S. 130; OBERSON, Précis, N. 96-98; Urteil des Bundesgerichts 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.4.5 und 3.6; Urteil des Bundesgerichts 2C_276/2007 vom 6. Mai 2008, veröffentlicht in Steuerentscheid 2008 A 32 Nr. 10, E. 5.6). Dabei unterliegen allerdings auch das OECD-MA und seine Kommentare den Auslegungsregeln von Art. 31 ff. VRK (JACQUES SASSEVILLE, Court Decisions and the Commentary to the OECD Model Convention, in: Courts and Tax Treaty Law, S. 189 ff., 194; KLAUS VOGEL, in: Vogel/Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen, 5. Auflage, München 2008, Einleitung N. 125). Entsprechend kann etwa ein in einem DBA selbst definierter Begriff – im Bedarfsfall – vertragsautonom gemäss den Regeln der Art. 31 ff. VRK ausgelegt und können im Rahmen dieser Auslegung das OECD-MA und seine Kommentare berücksichtigt werden. Zu beachten ist hierbei freilich, dass eine Berücksichtigung des OECD-MA und seiner Kommentare als ergänzende Hilfsmittel im Sinn von Art. 32 VRK die subsidiäre Bedeutung dieser Auslegungshilfen zur Folge hat. Angesichts der Adressaten des OECD-MA und des entsprechenden Kommentars, nämlich der Regierungen der OECD-Mitgliedstaaten, vermögen diese Regelwerke weder für die Gerichte der Mitgliedstaaten noch für ihre Steuerpflichtigen irgendeine und damit auch keine abgeschwächte Bindungswirkung zu erzielen (BVGE 2011/6 E. 7.3.1; BVGE 2010/7 E. 3.6.2; VOGEL, a.a.O., Einleitung N. 124b; SASSEVILLE, a.a.O., S. 192 f.; MARKUS REICH/ROBERT WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2005 [Teil I], veröffentlicht in IFF Forum für Steuerrecht [FStR] 2006, S. 222 ff., 233 f.).

4.

4.1. Dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 DBA-DK, wonach Dividenden, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Gesellschaft an eine in dem anderen Vertragsstaat ansässige Person zahlt, nur in dem anderen Staat besteuert werden können, lässt sich nicht entnehmen, was damit gemeint ist, dass die Zahlung an eine in dem anderen Vertragsstaat ansässige Person geht. Die Bestimmung enthält insbesondere keine Hinweise darauf, welche Eigenschaften diese Person aufweisen muss. Auch aus der Entstehungsgeschichte des DBA-DK, welche allenfalls subsidiär in Anwendung von Art. 32 VRK herangezogen werden könnte (E. 3.3.2), ergeben sich keine weiteren einschlägigen Hinweise (vgl. Entscheidung der SRK vom 3. März 2005 [SRK 2003-159] E. 3d/aa). Das DBA-DK von 1973 folgt in seiner Formulierung des Art. 10 Abs. 1 derjenigen des OECD-MA in der Fassung von 1963. Diese enthält – worauf die Beschwerdeführerin zu Recht hinweist – noch keine explizite Nennung des Konzepts des Nutzungsberechtigten (bzw. "beneficial owner"). Dieses wurde erst mit dem OECD-MA von 1977 in dessen Art. 10 Abs. 2 OECD-MA eingeführt (vgl. BVGE 2011/6 E. 7.3.1; vgl. etwa auch [anstelle vieler] JESSICA SALOM, *L'attribution du revenu en droit fiscal suisse et international*, Genève etc. 2010, S. 185; zum Ganzen und auch zum Nachfolgenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6537/2010 vom 7. März 2012 E. 3.3).

4.2. In der Lehre wird grossmehrheitlich vertreten, das Erfordernis der Nutzungsberechtigung sei implizit in jedem DBA enthalten (so namentlich LOCHER, Einführung, S. 152; ROBERT DANON, *Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE*, FStR 2007, S. 40). Betreffend das DBA-DK kann Entsprechendes sodann dem bereits erwähnten Entscheid der SRK entnommen werden (vgl. Entscheidung der SRK vom 3. März 2005 [SRK 2003-159] E. 3d, insbesondere 3d/cc+dd+ee). Diese Auffassung stützt sich nicht unwesentlich auf das OECD-MA und seine Kommentare, wobei ausgeführt wird, die einschlägigen Passagen im Kommentar seien lediglich ergänzt worden, um diesen einen Punkt zu verdeutlichen, welcher der ständigen Auffassung aller Mitgliedstaaten entsprochen habe. Inwieweit nun dem massgebenden DBA-Text zeitlich nachgehende Bestandteile des OECD-MA oder gar diese betreffende Kommentarstellen zur Auslegung eines vorbestehenden konkreten DBA-Textes beitragen können, ist in der Lehre umstritten (BEAT BAUMGARTNER, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, Zürich 2010, S. 25 ff.; DE VRIES REILINGH, a.a.O., N. 159 ff.; MICHAEL LANG, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Wien 2010, N. 92 ff.; STEFAN O-ESTERHELT, *Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen*, ASA 80, S. 380 ff.; STEFFEN LAMPERT,

Doppelbesteuerungsrecht und Lastengleichheit, Baden-Baden 2010, S. 82 ff. mit zahlreichen weiteren Hinweisen; HARALD SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., Köln 2011, Rz. 16.77 mit FN 9). Die Frage, ob das Erfordernis der Nutzungsberechtigung trotz fehlender expliziter Erwähnung auch im DBA-DK enthalten ist, braucht vorliegend freilich – wie nachstehend zu zeigen sein wird (E. 4.3 und E. 7) – ebensowenig beantwortet zu werden wie diejenige, welcher Auffassung das Bundesverwaltungsgericht beizutreten vermöchte. Unterbleiben können damit ohne weiteres Ausführungen zu den entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin.

4.3.

4.3.1. Beim Konzept des "beneficial owner" in den Verteilungsnormen des OECD-MA in Bezug auf Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren, handelt es sich um eine Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung von Abkommensvorteilen, mit welchen eine allfällige Doppelbesteuerung vermieden werden soll (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 222 ff. insbesondere S. 223). Der Begriff dient dazu, die Intensität der Beziehung zwischen einem Steuersubjekt und einem Steuerobjekt aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen. Das Konzept des "beneficial owner" bezieht sich anhand einer sog. "substance over form"-Betrachtung auf die wirtschaftliche Realität und stellt nicht auf die (zivilrechtliche) Form ab (BVG 2011/6 E. 7.3.2; BAUMGARTNER, a.a.O., S. 102). Es stellt als Anspruchsvoraussetzung auf den Umfang der Entscheidungsbefugnisse des Steuersubjekts hinsichtlich der Verwendung der Einkünfte als massgebliches Objekt ab, wodurch eine nur als für Rechnung der interessierenden Partei handelnde Treuhänderin oder Verwalterin von den Abkommensvorteilen ausgeschlossen werden soll (vgl. BVGE 2011/6 E. 7.3.2; BAUMGARTNER, a.a.O., S. 115 ff., insbesondere S. 117 und die hier verwiesene Literatur; zum Ganzen und auch zum Folgenden: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6537/2010 vom 7. März 2012 E. 3.3.3). Von der Zielsetzung des Konzepts des Nutzungsberechtigten zu unterscheiden ist seine Umsetzung. Wer als "Empfänger" der "Zahlung" – auf dessen Abkommensberechtigung es ankommt – im Sinn von Art. 10 Abs. 2 OECD-MA anzusehen ist (so TISCHBIREK, in: Vogel/Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen, 5. Auflage, München 2008, N. 42 zu Art. 10 und VOGEL, a.a.O., N. 20 zu Vor Art. 10 - 12), bestimmt sich nicht nach formalen, sondern nach wirtschaftlichen Kriterien ("substance over form"-Betrachtung) (VOGEL, a.a.O., N. 17 zu Vor Art. 10 - 12). Das Konzept des Nutzungsberechtigten verankert diesbezüglich somit eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 93; VOGEL, a.a.O., N. 17 zu Vor Art. 10 - 12; vgl. zum Ganzen auch ROBERT

DANON, Cession transfrontalière de droit de participations. Distinction entre évation fiscale, treaty et rule shopping, in: Pierre-Marie Glauser [éd.], *Evation fiscale*, Genève etc. 2010 [nachfolgend: *Distinction*], S. 140 ff.).

4.3.2. Ist eine Person verpflichtet, Einkünfte an eine andere Person weiterzuleiten, zeigt dies, dass ihre Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verwendung dieser Einkünfte eingeschränkt ist. Ist die Weiterleitungspflicht vertraglich begründet, kann dies für die Qualifikation als Nutzungsberechtigte schädlich sein (DANON, a.a.O., FStR 2007, S. 45; BAUMGARTNER, a.a.O., S. 130 f.). Im Weiteren kann auch eine aus den faktischen Umständen ergebende Pflicht zur Weiterleitung die Entscheidungsbefugnis in einem solchen Ausmass einschränken, dass die betreffende Person nicht mehr als Nutzungsberechtigte gelten kann (vgl. VOGEL, a.a.O., vor Art. 10-12 N 19; MICHAEL LANG, Schweizer Grundsatzurteil zum Beneficial Owner nach DBA-Recht, *Steuer und Wirtschaft International [SWI]* 2012, S. 228 f. [nachfolgend: *LANG, Beneficial Owner*]). Die Entscheidungsbefugnis ist umso schwächer, je stärker eine gegenseitige oder wechselseitige Abhängigkeit bzw. Interdependenz zwischen den Einkünften und der Pflicht zu deren Weiterleitung besteht. Im Vordergrund steht die Abhängigkeit der Erzielung von Einkünften von der Pflicht zur Weiterleitung dieser Einkünfte. Daneben ist die Abhängigkeit der Pflicht zur Weiterleitung der Einkünfte von der Erzielung dieser Einkünfte zu berücksichtigen (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 139 ff.). Im Weiteren ist die Übernahme der mit den Einkünften verbundenen Risiken ein Indiz für die Qualifikation als Nutzungsberechtigter (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 124 und 146 ff., auch zum Nachfolgenden). Massgebend ist in diesem Zusammenhang insbesondere, wer das Risiko trägt, dass die Unternehmung allenfalls keine Dividende ausrichtet. Zur Beurteilung der Nutzungsberechtigung ist in zeitlicher Hinsicht auf den Zeitpunkt der Zahlung der Einkünfte abzustellen. Eine unter Umständen nur sehr kurze Haltedauer steht der Nutzungsberechtigung deshalb nicht entgegen (JONAS MISTELI, *Dividenden-Stripping*, Bern 2001, S. 132 Rn. 385). Im Weiteren enthält das Konzept des Nutzungsberechtigten keine subjektiven Elemente wie z.B. dasjenige der Missbrauchsabsicht. Die Motive für die Wahl einer bestimmten Struktur sind deshalb für die Frage der Nutzungsberechtigung unwesentlich (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 128 f.).

4.3.3. Das Konzept der Nutzungsberechtigung wurde zwar letztlich zwecks Verhinderung von "Treaty Shopping" in das OECD-MA aufgenommen (vgl. dazu die Übersicht bei VERN KRISHNA, *Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties*, in: *Canadian Current Tax, Au-*

gust 2009, S. 129 ff., 131 f.). Verhindert werden sollte letztlich die Möglichkeit, dass sich nicht abkommensberechtigte Personen die Vorteile eines DBA über Mittelspersonen bzw. zwischengeschaltete Strukturen verschaffen (anstatt vieler XAVIER OBERSON, *La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international*, in: Subilia-Rouge/Mollard/Tissot Benedetto [Hrsg.], *Festschrift SRK*, Lausanne 2004, S. 213 ff., 225 [nachfolgend: *Notion*]; VOGEL, a.a.O., N. 12 zu Vor Art. 10 - 12; DANON/GLAUSER, a.a.O., S. 517).

Nach richtiger Auffassung stellt es jedoch – wie z.B. auch das Konzept der Ansässigkeit – eine Anspruchsvoraussetzung, und nicht eine eigentliche Missbrauchsklausel dar (vgl. MAJA BAUER-BALMELLI, *Der Begriff "Nutzungsberechtigter" im DBA Schweiz-Luxemburg*, SWI 2002 S. 563 ff., 569; BAUMGARTNER, a.a.O., S. 222 ff.; LANG, *Beneficial Owner*, S. 228). Erst wenn alle Anspruchsvoraussetzungen eines DBA erfüllt sind (einschliesslich der Nutzungsberechtigung), stellt sich die Frage eines allfälligen Abkommensmissbrauchs. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die klar zwischen dem Konzept der Nutzungsberechtigung und dem Rechtsmissbrauch unterscheidet (Urteil des Bundesgerichts 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.5.3).

5.

5.1. Der Begriff des *Abkommensmissbrauchs* weist international keine einheitlichen Konturen auf. In der schweizerischen Lehre wird – ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach (auch auf internationaler Ebene) ein Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (u.a. BGE 127 II 49 E. 5a) – die Auffassung vertreten, dass zwar die Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen für abkommensfremde Zwecke, jedoch nicht alle zwecks Verhinderung einer unerwünschten Inanspruchnahme eines DBA in die Abkommen aufgenommen verpönten Verhaltensweisen (sog. "abkommensrechtliche Missbrauchsbestimmungen") als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren seien (LUTZ, a.a.O., S. 7 ff.).

5.2. Die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage, ob Abkommen einen ungeschriebenen Missbrauchsvorbehalt enthalten (vgl. dazu anstatt vieler LUTZ, a.a.O., S. 100 f.; VOGEL, a.a.O., Einleitung N. 190), wurde durch das Bundesgericht auf dem Weg der Auslegung beantwortet. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein DBA gemäss den Art. 31 ff. VRK

und damit auch nach Treu und Glauben auszulegen (Urteil des Bundesgerichts 2A.416/2005 vom 4. April 2006 E. 3.1). Somit kann jeder Vertragsstaat vom anderen erwarten, dass dieser den Vertrag nach Treu und Glauben und in Übereinstimmung mit dessen Zielsetzung auslegt, was einen Rechtsmissbrauch – d.h. die Verwendung eines Rechtsinstituts für Zwecke, welche dieses nicht schützen will – ausschliesst (Urteil des Bundesgerichts 2A.416/2005 vom 4. April 2006 E. 3.1). Das Rechtsmissbrauchsverbot ist somit als Teilgehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben anzusehen und bei jeder Anwendung von internationalen Abkommen zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.4.3).

5.3. Wenn es in einem Abkommen an einer ausdrücklichen Missbrauchsklausel fehlt, so ist ein Abkommensmissbrauch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nur dann anzunehmen, wenn die betreffende Gesellschaft – im vorliegenden Zusammenhang die Dividendenempfängerin – zusätzlich keine echte wirtschaftliche bzw. aktive Geschäftstätigkeit ausübt (Urteil des Bundesgerichts 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.6.3). Für die Ausübung einer solchen aktiven Tätigkeit sind Räumlichkeiten, Personal und Einrichtungen erforderlich, wobei der Grad der notwendigen Infrastruktur von den zu erbringenden Leistungen abhängt (vgl. MATTEOTTI, Treaty Shopping 2007, S. 795).

6.

Im vorliegenden Fall ist nicht umstritten, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine in Dänemark ansässige Gesellschaft handelt, welche die Voraussetzungen für die unbeschränkte Steuerpflicht in diesem Staat erfüllt. Im Weiteren hat die Beschwerdeführerin die Rückerstattungsanträge unbestrittenermassen im Sinn von Art. 26 Abs. 4 DBA-DK formell korrekt gestellt. Sie hat demnach grundsätzlich Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer nach Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 26 Abs. 4 DBA-DK sowie Art. 1 Abs. 1 Vo DBA-DK. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Beschwerdeführerin – wenn im DBA-DK die Nutzungsberechtigung des Dividendenempfängers als Voraussetzung für die Anwendbarkeit implizit enthalten sein sollte (E. 4.1 und E. 4.2) – als Nutzungsberechtigte (E. 7) der erhaltenen Dividenden zu qualifizieren ist. Bejahendenfalls ist alsdann zu prüfen, ob eine missbräuchliche Inanspruchnahme des DBA-DK vorliegt (E. 8).

7.

7.1. Mit Bezug auf ihre Geschäftstätigkeit macht die Beschwerdeführerin geltend, sie führe für ihre Kunden Handelsgeschäfte aus. Ferner sei sie im Eigenhandel (Proprietary Trading) tätig und habe überdies sicherzustellen, dass für alle von ihr ausgegebenen Derivate jederzeit verbindliche An- und Verkaufspreise gestellt würden (Market Making). Aus Risiko/Rendite-Aspekten würden die von der B. _____-Gruppe gehaltenen Aktien und Aktienderivate aktiv bewirtschaftet. Sie (die Beschwerdeführerin) handle regelmässig hohe Volumen an Aktien und Derivaten auf eigene Rechnung und auf Rechnung von Kunden. Mit Aktien und Aktienderivaten seien von der B. _____-Gruppe im Jahr 2007 ein "Umsatz (aggregierte Prämien)" bzw. ein "Erlös" (Wortlaut gemäss Einsprache vom 15. Februar 2010 bzw. gemäss Replik vom 16. Juni 2011) von rund EUR [...] Mio. erzielt worden, wobei EUR [...] Mio. auf Aktien und EUR [...] Mio. auf Futures/Forwards-Kontrakte entfallen seien. Der Bestand an Derivaten habe per Ende 2008 rund EUR [...] Mia. (per Ende 2007: rund EUR [...] Mia.) betragen.

Einen wesentlichen Bestandteil des Eigenhandels stelle – so die Beschwerdeführerin weiter – das sog. Arbitragegeschäft dar. Dabei würden ihre Händler festgestellte Preisunterschiede zwischen verschiedenen Märkten und Instrumenten ausnützen. So stellten ihre Händler im Rahmen ihrer Tätigkeit fest, dass gemäss ihrer Berechnungen der Future, der den SMI-Index abbilde (Derivat), im Markt höher bewertet sei als die im SMI enthaltenen Aktien (Underlying) selber. Um von dieser Preisdifferenz zu profitieren, habe sie (die Beschwerdeführerin) am 19. Februar 2007 die (gemäss ihrer Einschätzung) überbewerteten Futures-Kontrakte verkauft. Der Verkauf der Futures sei zum Marktpreis börslich via einen "Broker" an einen ihr (der Beschwerdeführerin) unbekanntem Käufer erfolgt. Da ein "Broker" die Gegenpartei nicht offenlege, habe sie (die Beschwerdeführerin) nicht wissen können, wer die Futures gekauft habe. Sie wisse nicht, wie viele Käufer auf der Gegenseite gestanden seien. Entsprechend habe die Transaktion vollständig anonym abgewickelt werden können. Diese Anonymität sei zusätzlich durch die Clearingstelle garantiert worden, über welche das Clearing der Transaktionen (d.h. das Verrechnen der gegenseitigen Forderungen) erfolgt sei.

Um einen Teil der mit dem Verkauf (d.h. dem Aufbau dieser Short-Position an SMI-Futures) verbundenen Risiken abzusichern, habe sie (die Beschwerdeführerin) SMI-Aktien in der entsprechenden Höhe gekauft. Sie habe also zunächst das Derivat verkauft und sich mit dem Kauf der SMI-Aktien (Underlying) abgesichert. Diese Absicherung mit Aktien sei ein typischer Vorgang beim Arbitragegeschäft. Der Kauf der Aktien sei, gleich wie

der Verkauf der Futures, zum Marktpreis börslich über einen "Broker" erfolgt, weshalb sie (die Beschwerdeführerin) nicht habe wissen können, von wem sie die Aktien erworben habe. Zu erwähnen bleibe, dass der Kauf der Aktien über einen anderen "Broker" erfolgt sei als der Verkauf der Future-Kontrakte. Zudem seien die Futures- und Aktien-Transaktionen je über eine andere Börse erfolgt: die Futures seien über die Börse EUREX gehandelt worden, während die Käufe und Verkäufe der Aktien über die Börse virt-x getätigt worden seien.

Die am 19. Februar 2007 verkauften Future-Kontrakte seien am 15. März 2007 ausgelaufen. Weil die SMI-Futures nach Ansicht der Beschwerdeführerin gegenüber dem Underlying in diesem Zeitpunkt noch immer überbewertet waren, habe sie (die Beschwerdeführerin) die März-Futures zurück gekauft und eine gleiche Anzahl Juni-Futures (erneut) verkauft (d.h. die März-Futures seien durch Juni-Futures abgelöst worden; sog. Rolling). Am 15. Juni 2007 seien auch diese Futures ausgelaufen. Da sich die Preise zwischen Derivat (Future) und Underlying (Aktie) im Juni 2007 wieder angenähert hatten und ein Arbitragegeschäft nicht mehr länger lukrativ erschienen sei, habe sie (die Beschwerdeführerin) entschieden, dass kein erneutes Rolling stattfinden solle. Vielmehr habe sie die Futures beim Auslaufen am 15. Juni 2007 wieder zurückgekauft. In der Folge habe sie (die Beschwerdeführerin) auch die am 19. Februar 2007 erworbenen Aktien am 15. Juni 2007 wieder verkauft, zumal nach dem Rückkauf der Futures eine Absicherung durch Aktien überflüssig geworden sei. Dieser Verkauf sei ebenfalls zum Marktpreis börslich über einen "Broker" erfolgt, weshalb sie (die Beschwerdeführerin) auch bei diesem Geschäft keine Kenntnis vom Käufer (bzw. den Käufern) der Aktien gehabt hätte.

Weil sie – so die Beschwerdeführerin schliesslich – in der Periode vom 19. Februar 2007 bis am 15. Juni 2007 Aktien sämtlicher SMI-Gesellschaften gehalten habe, habe sie die von den Gesellschaften während dieser Periode ausbezahlten Dividenden vereinnahmt. Die an der Quelle in Abzug gebrachte Verrechnungssteuer habe sie sodann gestützt auf das DBA Schweiz-Dänemark zurückgefordert.

7.2. Die ESTV weist darauf hin, dass die Frage, ob eine Person das Recht zur Nutzung an einem Kapitalertrag habe, also der "beneficial owner" sei, gestützt auf die wirtschaftliche Realität unter Beachtung der Gesamtumstände beurteilt werden müsse. Nach eigenen Angaben sei der Beschwerdeführerin aus dem gesamten Future-Geschäft im März 2007 gerade einmal CHF [...], also nur 9 % des Dividendenertrags von CHF [...] verblieben.

Im Juni 2007 habe sie (die Beschwerdeführerin) einen Gewinn von CHF [...] des gesamten Future-Geschäfts selber behalten, was gar nur 5,6 % des Dividendenertrags von CHF [...] entspreche. Offensichtlich habe die Beschwerdeführerin den grössten Teil des Kapitalertrags aus den von ihr gehaltenen Aktien nicht selber behalten können. Der Dividendenertrag sei bei der Beschwerdeführerin grösstenteils wieder abgeflossen; damit müsse der Ertrag im Rahmen von vertraglichen Verpflichtungen (gegenüber der B. _____-Gruppe, den Käufern der Futures und den Verkäufern und Käufern der Wertschriften) ab- bzw. weitergeleitet worden sein. In welcher Form die Weiterleitung erfolgt sei, sei für die Ab- oder Zusicherung des Rechts zur Nutzung nicht relevant.

7.3. Massgebend zur Beantwortung der Frage nach der Nutzungsberechtigung ist, in welchem Umfang die Beschwerdeführerin die Entscheidungsbefugnis über die Verwendung der ihr ausgeschütteten Dividenden innehatte (E. 4.3.1 und 4.3.2). Der Beschwerdeführerin ist zunächst darin zuzustimmen, dass allein die Konzernmitgliedschaft den Verlust des Nutzungsrechts zugunsten der Muttergesellschaft noch nicht zu begründen vermag. Daran ändert auch die 100 %-ige Beherrschung durch die [...] B. _____ grundsätzlich nichts. Die ESTV behauptet vorliegend zu Recht nicht, dass im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft eine "Direct Conduit-Struktur" vorgelegen hätte. Solches ergibt sich denn auch nicht aus den Akten.

7.3.1. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, ob die Beschwerdeführerin zur Weiterleitung der Dividenden verpflichtet war. Im Rahmen der Future-Kontrakte hat sich die Beschwerdeführerin nach eigenen, unwidersprochen gebliebenen Aussagen lediglich dazu verpflichtet, beim Auslaufen der Futures die mit den Futures verbundenen Verpflichtungen finanziell (durch Barausgleich) zu erfüllen (Replik, S. 35 mit Hinweis u.a. auf ERNST MÜLLER-MÖHL, Optionen und Futures, 5. Aufl., Zürich 2002, S. 41). Weder ergibt sich aus den Akten, noch vermag die ESTV hinreichend darzulegen (E. 1.4), dass die Beschwerdeführerin rechtlich dazu verpflichtet gewesen wäre, sich infolge der Future-Kontrakte mittels Aktienkäufen abzusichern.

Zu prüfen ist hiernach, ob eine sich aus den faktischen Umständen ergebende Pflicht zur Weiterleitung der Dividenden bestand. Wie gesehen, kann auch eine solche Pflicht die Entscheidungsbefugnis in einem Ausmass einschränken, dass die betreffende Person nicht mehr als Nutzungsberechtigte gelten kann (E. 4.3.2). Es ist insoweit also eine "substance over form"- bzw. eine wirtschaftliche Betrachtung massgebend (E. 4.3.1 und

4.3.2), wie dies von der ESTV geltend gemacht wird. Auch wenn die Finanzierung der Aktienkäufe eingestandenermassen gruppenintern und damit teilweise durch die Muttergesellschaft erfolgte, ist damit noch nicht gesagt, dass die Beschwerdeführerin zur Begleichung des daraus resultierenden Zinsaufwands die vereinnahmten Dividenden an die Muttergesellschaft hätte weiter leiten müssen. Kommt hinzu, dass der Zinsaufwand unabhängig davon zu begleichen war, ob ein Dividendenertrag generiert wurde oder nicht. Insofern trifft es zu, dass die Beschwerdeführerin sowohl das Dividendenrisiko als auch das Zins- und Finanzierungsrisiko trug. Bereits dies und die fehlenden Interdependenzen zwischen den Einkünften und deren (teilweisen) Weiterleitung zeigen, dass der Beschwerdeführerin die Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der Verwendung der vereinnahmten Dividenden zukamen (E. 4.3.2). Die Beschwerdeführerin hatte demnach auch keine sich aus den faktischen Umständen ergebende Pflicht zur Weiterleitung der Dividenden. Vielmehr konnte sie über diese frei verfügen und dementsprechend auch für andere Zwecke verwenden.

Der Einwand der ESTV, die Beschwerdeführerin könne nicht als Nutzungsberechtigte gelten, da der Dividendenertrag grösstenteils nicht ihr verblieben sei, ist nicht stichhaltig. Massgebend zur Beurteilung der Entscheidungsbefugnis über die Verwendung der ausgeschütteten Dividenden kann nicht eine reine Ex-Post Betrachtung sein, ob die Dividenden bei der Beschwerdeführerin verblieben sind. Vielmehr ist für die Frage der Nutzungsberechtigung in zeitlicher Hinsicht auf die Zahlung der Einkünfte, d.h. vorliegend auf die Dividendenausschüttung, abzustellen (oben E. 4.3.2). Mit Bezug auf diesen Zeitpunkt ist die Entscheidungsbefugnis der Beschwerdeführerin zu beurteilen, indem die aufgezeigten Interdependenzen (s. vorstehenden Absatz) untersucht werden (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6537/2010 vom 7. März 2012 E. 6.2.1).

Im Übrigen liegt hier auch kein Fall vor, in welchem die Beschwerdeführerin als in Dänemark ansässige Gesellschaft systematisch gegen Kredit von einer oder mehreren anderen Gesellschaften mit Sitz ausserhalb von Dänemark mehr oder weniger kurz vor Couponverfall schweizerische Wertpapiere gekauft hätte, um sie nach Couponverfall wiederum an Gesellschaften mit Sitz ausserhalb von Dänemark zu veräussern und den dabei erzielten Erlös zur Rückzahlung des Kredits zu verwenden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.660/2006 vom 8. Juni 2007 E. 4.2 mit Hinweisen).

7.3.2. Die ESTV bezieht sich sodann auf die Aussage der Beschwerdeführerin, wonach eine schädliche Weiterleitung von Dividenden ein "Kreisgeschäft" voraussetze, was gar nicht möglich gewesen sei, da sie (die Beschwerdeführerin) ihre Transaktionen einerseits anonym über "Broker" getätigt habe und überdies die Derivate und die Aktien nicht beim selben "Broker" gehandelt habe (vgl. oben E. 7.1). Dies schliesse dennoch – so die Ansicht der ESTV (mit Verweis auf MISTELI, a.a.O., S. 57, 137, 140) – die theoretisch denkbare Möglichkeit nicht aus, dass zwei Parteien vereinbaren würden, vor und nach der Dividendenfälligkeit zu ganz bestimmten Zeitpunkten gegenläufige, aufeinander abgestimmte Order für eine bestimmte Aktiengattung ins System einzugeben. Für eine solche Betrachtungsweise gibt es allerdings keine konkreten Anhaltspunkte (vgl. oben E. 1.4). Zudem gibt es – wie die Beschwerdeführerin (ebenfalls mit Verweis auf MISTELI, a.a.O., S. 57 Fn. 265) zu Recht einwendet – bisher keinen Beweis dafür, dass das theoretische Kreisgeschäft auch in einem sonst anonymen Markt jemals in die Tat umgesetzt worden wäre. Aus einer E-Mail vom 15. Mai 2009 bzw. dessen Anhang des Liquidity Brokers X. _____ (bf. Beilage 6) ergibt sich einzig, dass Kaufs- und Verkaufstransaktionen für die Beschwerdeführerin mit Investoren aus den USA, Holland und Schweden erfolgt seien. Damit ist aber nicht gleichzeitig gesagt, worauf die Beschwerdeführerin zu Recht hinweist, dass Aktien, die von Investoren aus einem dieser drei Länder gekauft worden waren, später wieder in dieses Land zurückverkauft wurden; ebenso gut hätten aufgrund der Aktenlage alle Käufe mit Verkäufen aus den USA und alle Verkäufe mit Käufen aus Holland und Schweden getätigt worden sein können. Annahmen seitens der ESTV reichen nicht aus (E. 1.4), um der Beschwerdeführerin das Nutzungsrecht an den fraglichen Vermögenserträgen abzuerkennen.

7.4. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass – selbst wenn das Erfordernis der Nutzungsberechtigung trotz fehlender expliziter Erwähnung im DBA-DK enthalten wäre (E. 4.2) – die Beschwerdeführerin als Nutzungsberechtigte der erhaltenen Dividenden zu qualifizieren wäre.

8.

8.1. Im DBA-DK fehlt eine ausdrückliche Missbrauchsklausel. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Rechtsmissbrauchsverbot jedoch Teilgehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben, der bei jeder Anwendung von internationalen Abkommen zu berücksichtigen ist (E. 5.2). Auch das DBA-DK steht deshalb unter dem Vorbehalt des Abkommensmissbrauchs. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch zu beachten, dass bei Fehlen einer ausdrücklichen Missbrauchsklausel im

DBA ein Abkommensmissbrauch nur dann anzunehmen ist, wenn die betreffende Gesellschaft zusätzlich keine echte wirtschaftliche bzw. aktive Geschäftstätigkeit ausübt (E. 5.3). Zu prüfen ist deshalb zunächst, ob die Beschwerdeführerin eine aktive Geschäftstätigkeit ausgeübt hat.

8.2. Die Beschwerdeführerin ist nach eigenen Angaben eine selbständig operierende Finanzgesellschaft, welche allein in Dänemark rund [...] Personen beschäftigt. Unter anderem werde der grösste Trading Floor mit etwa [...] Plätzen und dem gesamten Trading im Fixed-Income-Bereich, der gesamte internationale Aktienhandel und der überwiegende Teil des Derivathandels der B._____-Group bei ihr (der Beschwerdeführerin) konzentriert. So werde auch der Handel mit Aktien und Derivaten von Dänemark aus betrieben. Für diesen Zweck verfüge sie – so die Beschwerdeführerin – über die nötige Handelsinfrastruktur für Eurex-Transaktionen (Know-How, Derivat- und Handelsspezialisten, Analysten, Clearing Accounts mit UBS, IT-Systeme für das Risikomanagement und Back-Office-Infrastruktur). Diese Ausführungen blieben von der ESTV unwidersprochen. Im Weiteren verfügt die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen über Räumlichkeiten (u.a. auch) an ihrem Sitz in Kopenhagen. Die Beschwerdeführerin übt demnach eine effektive Geschäftstätigkeit aus. Infolgedessen kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die zu hinterfragen dem Bundesverwaltungsgericht in der vorliegenden Konstellation angesichts der Deutlichkeit der einschlägigen bundesgerichtlichen Erwägungen nicht zusteht, bereits aus diesem Grund kein Abkommensmissbrauch gegeben sein (E. 5.3). Weitere Abklärungen diesbezüglich erübrigen sich damit.

9.

Da nach dem Gesagten die Beschwerdeführerin als Nutzungsberechtigte der vereinnahmten Dividenden bezeichnet werden kann (E. 7.3 und E. 7.4) und überdies kein Abkommensmissbrauch vorliegt (E. 8.2), hat sie Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer. Den folgenden Rückerstattungsanträgen ist demnach stattzugeben: Nr. 22898 über CHF [...], Nr. 56451 über CHF [...] und Nr. 56452 über CHF [...]. Zudem erweist sich aus denselben Gründen die Rückforderung der ESTV betreffend die bereits gewährte Rückerstattung in der Höhe von CHF [...] als unbegründet. Auf die weiteren Einwendungen der Beschwerdeführerin bezüglich der Rückforderung der ESTV muss demnach nicht mehr eingegangen werden.

10.

Dem Gesagten zufolge ist die Beschwerde vollumfänglich gutzuheissen und der Entscheid der ESTV vom 15. Januar 2010 aufzuheben. Die ESTV wird angewiesen, der Beschwerdeführerin folgende Verrechnungssteuerbeträge antragsgemäss zurückzuerstatten: CHF [...] (Antrag Nr. 22898), CHF [...] (Antrag Nr. 56451) und CHF [...] (Antrag Nr. 56452).

10.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin nach Art. 63 Abs. 1 VwVG keine Verfahrenskosten zu übernehmen. Der Kostenvorschuss von CHF [...] ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der ESTV als Vorinstanz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

10.2. Die ESTV hat der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Parteikosten gelten dann als notwendig, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unerlässlich erscheinen (BGE 131 II 200 E. 7.2). Die Parteientschädigung ist aufgrund der eingereichten detaillierten Kostennote festzusetzen (Art. 14 VGKE). Bei Fehlen einer (detaillierten) Kostennote wird die Entschädigung aufgrund der Akten festgesetzt (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anwendung von Art. 14 Abs. 2 VGKE muss vorliegend über die Entschädigung aufgrund der Akten entschieden werden, zumal angesichts der erwähnten klaren reglementarischen Grundlagen auf eine Aufforderung zur Einreichung einer Kostennote verzichtet werden kann (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1594/2006 vom 4. Oktober 2010 mit Verweis auf den Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-1481/2006 vom 23. Juli 2007). Unter diesen Umständen ist die Parteientschädigung ermessensweise festzusetzen. Aufgrund des vollständigen Obsiegens hat die ESTV der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF [...] (Auslagen inbegriffen) auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 15. Januar 2010 aufgehoben. Die Eidgenös-

sische Steuerverwaltung wird angewiesen, der Beschwerdeführerin folgende Verrechnungssteuerbeträge antragsgemäss zurückzuerstatten: CHF [...] (Antrag Nr. 22898), CHF [...] (Antrag Nr. 56451) und CHF [...] (Antrag Nr. 56452).

Es wird zudem festgestellt, dass die bereits erfolgte Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Betrag von insgesamt CHF [...] (Antrag Nrn. 14720, 14721, 14916 und 22889) zu Recht erfolgt ist.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF [...] wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF [...] zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Michael Beusch

Stefano Bernasconi

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: