

BGE 151 II 494

Bundesgericht (BGE), 2024-10-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151 II 494](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_II_494)

FR: ATF 151 II 494

IT: DTF 151 II 494

Regeste

Regeste Art. 31 und 32 VRK; Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK; Nutzungsberechtigung an Zinsen; Rechtsmissbrauch im Völkerrecht. Die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK ergibt, dass nur gesetzliche und vertragliche Weiterleitungsverpflichtungen die Nutzungsberechtigung eines Empfängers von Anleihezinseinkünften infrage stellen können (E. 4-8). Eine vertragliche Verpflichtung, eine Zinseinkunft weiterzuleiten, besteht nur dann, wenn die Weiterleitungszahlung oder zumindest ihre Höhe davon abhängt, dass der Empfänger die Zinseinkunft erzielt (E. 9). Weil es sich beim Rechtsmissbrauchsverbot um einen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts handelt, kann die Schweiz die Erfüllung eines völkervertraglichen Entlastungsanspruchs verweigern, wenn ein Abkommensmissbrauch vorliegt (E. 11-14). Ein Abkommensmissbrauch ist nur zurückhaltend anzunehmen; er setzt voraus, dass eine Abkommensnorm zweckfremd verwendet wird und die Verweigerung der Erfüllung der abkommensrechtlichen Pflicht mit Treu und Glauben vereinbar ist. Die Verweigerung des Abkommensvorteils ist mit Treu und Glauben regelmässig nicht zu vereinbaren, wenn der Vertragsstaat einer ihm zugehörigen Person in einer vergleichbaren Situation denselben Steuervorteil gewähren würde (E. 15). Rückweisung an die Vorinstanz zur näheren Prüfung des Abkommensmissbrauchs (E. 16 und 17).

Erwägungen

E. 3

Der vorliegende Streit betrifft die Rückerstattung der Verrechnungssteuer, die der Bund unter anderem auf Zinsen aus von Inländern ausgegebenen Obligationen erhebt (Art. 4 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer [VStG; SR 642.21]).

E. 3.1

Bei ausländischen Empfängern führt die Verrechnungssteuer grundsätzlich zu einer endgültigen, an der Quelle erhobenen steuerlichen Belastung (Art. 22 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 VStG). Im Ausland ansässige Personen können aber Entlastung verlangen, soweit ihnen das Völkerrecht - namentlich ein Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) - Anspruch hierauf vermittelt (vgl. zur analogen Situation bei Dividenden BGE 141 II 447 E. 2.2 mit Hinweisen; Urteile 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 2.1; 2C_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 146 I 105).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr aus dem Abkommen vom 23. November 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Dänemark zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und

vom Vermögen (DBA CH-DK; SR 0.672.931.41) ein solcher Entlastungsanspruch zustehe. Gemäss Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK können Zinsen, die aus einem Vertragsstaat (Quellenstaat) stammen und deren Nutzungsberechtigte eine im anderen Vertragsstaat (Ansässigkeitsstaat) ansässige Person ist, nur im Ansässigkeitsstaat besteuert werden. Die Erhebung der Verrechnungssteuer ist unter diesen abkommensrechtlichen Voraussetzungen also zumindest nach Art. 26 DBA CH-DK rückgängig zu machen, indem die Steuer zurückerstattet wird, sofern nicht bereits die Voraussetzungen für eine Entlastung an der Quelle erfüllt sind (vgl. dazu etwa Art. 1 Abs. 2 der Verordnung vom 22. Dezember 2004 über die Steuerentlastung schweizerischer Dividenden aus wesentlichen Beteiligungen ausländischer Gesellschaften [SR 672.203]). BGE 151 II 494 S. 500

E. 3.3

Die Vorinstanz und die ESTV verneinen einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Entlastung von der Verrechnungssteuer. Sie ziehen nicht in Zweifel, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine in Dänemark ansässige Person handelt. Streitig ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin die Nutzungsberechtigte ("beneficial owner") der Zinsen aus den Bundesanleihen war. Diese Frage ist auf dem Wege der Auslegung des DBA CH-DK zu klären. Falls sie - entgegen der Vorinstanz - zu bejahen ist, muss ausserdem beantwortet werden, ob die Rückerstattung wegen Abkommensmissbrauch zu verweigern ist und welche Konsequenzen die Verletzung der Mitwirkungspflicht, welche die ESTV der Beschwerdeführerin vorwirft, nach sich zieht. III. Abkommensrechtlicher Entlastungsanspruch

E. 4.1

Die Auslegung von DBA und anderen völkerrechtlichen Verträgen richtet sich nach dem Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK; SR 0.111), insbesondere den Auslegungsregeln von Art. 31 ff. VRK (BGE 149 II 400 E. 7.1; BGE 147 V 402 E. 9.2.1, BGE 147 V 387 E. 3.3). Jedenfalls soweit vorliegend relevant, stellen die Grundsätze des Wiener Übereinkommens zur Vertragsauslegung kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht dar (BGE 149 II 400 E. 7.1; BGE 147 V 387 E. 3.3; BGE 146 II 150 E. 5.3.1; Gutachten des Internationalen Gerichtshofs [IGH] vom 9. Juli 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. Recueil 2004 S. 174 § 94).

E. 4.2

Elemente der allgemeinen Auslegungsregel von Art. 31 Abs. 1 VRK sind der Wortlaut der vertraglichen Bestimmung gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung, Ziel und Zweck des Vertrags, Treu und Glauben sowie der Zusammenhang. Gemäss der Rechtsprechung sind diese vier Elemente gleichrangig (BGE 149 II 400 E. 7.2; BGE 147 V 387 E. 3.3). Den Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut der vertraglichen Bestimmung. Der Text der Vertragsbestimmung ist demnach aus sich selbst heraus gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung zu interpretieren. Diese gewöhnliche Bedeutung ist in Übereinstimmung mit ihrem Zusammenhang, dem Ziel und Zweck des Vertrags und gemäss Treu und Glauben zu eruieren (BGE 149 II 400 E. 7.2; BGE 147 V 387 E. 3.3 m.w.H.). Ziel und Zweck des Vertrags ist dabei, was mit dem Vertrag erreicht werden sollte (BGE 149 II 400 E. 7.2; BGE 147 V 387 E. 3.3; BGE 147 II 13 E. 3.3; BGE 146 II 150 BGE 151 II 494 S. 501 E. 5.3.2). Auf den Vertragswillen der Vertragspartner stellen die völkerrechtlichen Auslegungsregeln nur insoweit ab, als dieser seinen Niederschlag im Abkommen selbst

gefunden hat. Vorbehalten bleibt freilich 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 (BGE 149 II 400 E. 7.2; BGE 147 V 387 E. 3.3 m.w.H.). Die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses sind nach Art. 32 VRK sodann ergänzende Auslegungsmittel und können - nur, aber immerhin - herangezogen werden, um die nach Art. 31 VRK ermittelte Bedeutung zu bestätigen oder diese zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Art. 31 VRK die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt (Art. 32 Bst. a VRK) oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt (Art. 32 Bst. b VRK; vgl. BGE 149 II 400 E. 7.2; BGE 147 V 387 E. 3.3; BGE 147 II 13 E. 3.3; BGE 146 II 150 E. 5.3.2). Diesfalls ist der auszulegenden Bestimmung unter mehreren möglichen Interpretationen derjenige Sinn beizumessen, welcher ihre effektive Anwendung gewährleistet und nicht zu einem Ergebnis führt, das dem Ziel und Zweck der eingegangenen Verpflichtungen widerspricht ("effet utile"; vgl. BGE 149 II 400 E. 7.2; BGE 147 V 387 E. 3.3; BGE 147 II 13 E. 3.3; BGE 146 II 150 E. 5.3.2).

E. 4.3

Nach ständiger Praxis berücksichtigt das Bundesgericht das Musterabkommen der OECD (OECD-MA) und den zugehörigen Kommentar (OECD-MK) bei der Auslegung von DBA, soweit sie auf diesem Standard beruhen (vgl. BGE 149 II 400 E. 7.3; BGE 144 II 130 E. 8.2.3; BGE 143 II 257 E. 6.5; BGE 141 II 447 E. 4.4.3). Da DBA grundsätzlich statisch auszulegen sind, hat das Bundesgericht kürzlich seine Praxis dahingehend präzisiert, dass grundsätzlich nur diejenige Fassung des OECD-MK, die den Vertragsparteien bei Abschluss des DBA vorgelegen hat, die gewöhnliche oder allenfalls eine besondere Bedeutung einer DBA-Bestimmung nach Art. 31 Abs. 1 und 4 VRK zum Ausdruck bringen kann. Eine Ausnahme von dieser Regel kommt in Betracht, wenn in einem DBA offene Begriffe verwendet werden, deren Bedeutung für die Parteien erkennbar einem zeitlichen Wandel unterliegen wird. Eine solche dynamische Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags birgt jedoch die Gefahr, dass sich die Rechtsanwendung vom Konsens der Vertragsstaaten entfernt und der Wille der Vertragsstaaten untergraben wird. Deshalb ist auf jeden Fall nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen, dass die Vertragsstaaten einen bestimmten Begriff dynamisch ausgelegt BGE 151 II 494 S. 502 sehen wollten. Sind die Voraussetzungen für eine dynamische Auslegung nicht erfüllt, können spätere Fassungen des OECD-MK zwar immer noch als Auslegungshilfen konsultiert werden. Sie haben dann aber nicht den Status eines wichtigen Auslegungsmittels im Sinne von Art. 31 VRK und können - ähnlich wie anderes Schrifttum oder Gerichtsurteile (vgl. dazu Art. 38 Abs. 1 Bst. d des Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 [SR 0.193.501; nachfolgend: IGH-Statut]) - nur aus der Stichhaltigkeit ihrer Argumentation Überzeugungskraft gewinnen (vgl. BGE 149 II 400 E. 7.4, 9.4.3 und 9.5 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. dazu auch MICHAEL LANG, Schweizer Bundesgericht zur Bedeutung des OECD-Kommentars, *Steuer und Wirtschaft International* [SWI] 2023 S. 423 f., der darauf hinweist, dass die OECD ihre Standpunkte im OECD-MK regelmässig nicht näher begründe, was den Wert von späteren Fassungen des OECD-MK als Auslegungshilfe unterminiere; ihm zustimmend DANIEL BLUM, *Die Bedeutung des OECD-Musterkommentars für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen*, *Internationales Steuerrecht* [ISr] 2023 S. 929; OESTERHELT/OPEL, *Rechtsprechung im Steuerrecht* 2023/4, *IFF Forum für Steuerrecht* [FStR] 2023 S. 364).

E. 5

Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung bereits verschiedentlich mit dem Begriff des Nutzungsberechtigten (bzw. "bénéficiaire effectif" und "beneficial owner") beschäftigt.

E. 5.1

In BGE 141 II 447 erwog das Bundesgericht mit Bezug auf Art. 10 DBA CH-DK, dass als Nutzungsberechtigter einer Dividende gilt, wer die Dividende voll verwenden kann und daran vollen Genuss hat. Ist der Empfänger 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 abzuspochen. 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).

E. 5.2

Später präzisierte das Bundesgericht in einem Urteil betreffend Art. 10 Abs. 2 Bst. b des Abkommens vom 8. Dezember 1977 BGE 151 II 494 S. 503 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) seine Rechtsprechung dahingehend, dass nur rechtliche - d.h. vertragliche oder gesetzliche - Weiterleitungspflichten die abkommensrechtliche Nutzungsberechtigung beeinträchtigen können. Rein faktische bzw. ökonomische Zwänge, aufgrund derer die Empfängerin eine Dividende ganz oder weitestgehend weiterleitet ("faktische" oder "tatsächliche Weiterleitungsverpflichtungen"; vgl. BGE 141 II 447 E. 5.2.2, 6.3 und 6.4.2; vgl. dazu auch NORDIN/SCHUDEL, Finanzprodukte und Verrechnungssteuerrückerstattung - ausgewählte Aspekte, FStR 2016 S. 50 f.), lassen die Nutzungsberechtigung nicht entfallen. Allerdings hielt das Bundesgericht unter Berücksichtigung der aktuellen Fassung des OECD-MK zu Art. 10 OECD-MA (d.h. die Fassung gem. Änderung vom 15. Juli 2014) dafür, dass nicht nur aus Vertragsdokumenten, sondern auch aus den Umständen - einschliesslich ökonomischer und tatsächlicher Zwänge - auf eine vertragliche oder gesetzliche Weiterleitungspflicht geschlossen werden kann, weswegen es keine "sachliche Differenz" zwischen BGE 141 II 447 und der aktuellen Fassung des OECD-MK erkannte (Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.4). Die Berücksichtigung der aktuellen Fassung des OECD-MK begründete das Bundesgericht damit, dass der Begriff des "bénéficiaire effectif" bzw. "beneficial owner" zum Zeitpunkt des Abschlusses des DBA CH-GB Ende der 1970er-Jahre neu und für die Vertragsstaaten schon damals erkennbar war, dass seine Bedeutung in den nachfolgenden Jahren einem Wandel unterliegen würde, der sich insbesondere in den Arbeiten der OECD widerspiegeln würde. Daraus schloss das Bundesgericht, dass eine dynamische Auslegung gerechtfertigt war (vgl. Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.1).

E. 6

Für die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK ist vorab zu klären, welche Sprachfassungen dieser Bestimmung massgeblich sind (Art. 33 VRK).

E. 6.1

Authentische Abkommenssprachen des DBA CH-DK sind zwar grundsätzlich nur Deutsch und Dänisch (vgl. Schlussformel des DBA CH-DK). Den Begriff des Nutzungsberechtigten (bzw. "retmæssige ejer") haben die Vertragsstaaten jedoch erst mit der Änderung vom 21. August 2009 in den Vertragstext aufgenommen BGE 151 II 494 S. 504 (vgl. Art. I Abs. 1 und Art. II Abs. 1 und 3 des Protokolls vom 21. August 2009 [AS 2010 5939]; in Kraft seit dem 22. November 2010; vgl. aber BGE 141 II 447 E. 5.1, wonach die "effektive Nutzungsberechtigung" bereits vor dieser Änderung eine ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung von Abkommensvorteilen [betreffend Dividenden] gewesen war). Das betreffende Änderungsprotokoll ist zusätzlich in englischer Sprache abgefasst. Die englische Fassung ist nicht nur gleichermassen verbindlich, sondern geht der deutschen und der dänischen Fassung im Konfliktfall vor (vgl. Schlussformel des Protokolls vom 21. August 2009; Art. 33 Abs. 1 VRK). Es sind demnach auch Auslegungshilfen zu Rate zu ziehen, die Aufschlüsse über die Bedeutung des englischen Begriffs des "beneficial owner" und der Wendung "beneficially owned" (vgl. Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK in der englischen Fassung gem. Protokoll vom 21. August 2009) geben.

E. 6.2

Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK lautet in den drei authentischen Sprachfassungen wie folgt (vgl. ESTV, Medienmitteilung vom 21. August 2009, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-28555.html> [besucht am 24. Oktober 2024]): "Zinsen, die aus einem Vertragsstaat stammen und deren Nutzungsberechtigte eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person ist, können nur in diesem anderen Staat besteuert werden." "Interest arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State." "Renter, der hidrører fra én af de kontraherende stater, og hvis retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan kun beskattes i denne anden stat."

E. 7

In Anbetracht der jüngsten Rechtsprechung, wo das Bundesgericht den Grundsatz der statischen Auslegung von DBA betont hat (vgl. oben E. 4.3; BGE 149 II 400 E. 9.5), kann man sich fragen, ob bei der Auslegung des Begriffs des Nutzungsberechtigten - wie im Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 - auf die anwendungszeitliche Bedeutung dieses Begriffs abgestellt werden kann. Diese Frage akzentuiert sich im speziellen Fall des DBA CH-DK, weil die Vertragsstaaten diesen Begriff erst 2009 und damit rund drei Jahrzehnte nach seiner erstmaligen Verwendung im OECD-MA in den Vertragstext aufgenommen haben. Sie kann gleichwohl offenbleiben, weil ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung anhand der Kommentierungen im OECD-MK zeigt, dass sich die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs des Nutzungsberechtigten (bzw. "beneficial BGE 151 II 494 S. 505 owner" und "retmæssige ejer") jedenfalls seit der Änderung des DBA CH-DK im Jahr 2009 nicht mehr verändert hat.

E. 7.1

Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK (i.d.F. des Protokolls vom 21. August 2009) auf Art. 11 Abs. 1 und 2 OECD-MA beruht. Der abweichende Wortlaut ist darauf zurückzuführen, dass die Vertragsstaaten das Besteuerungsrecht des Quellenstaats offenkundig nicht bloss beschränken, sondern ganz ausschliessen wollten, wenn die Entlastungsvoraussetzungen gegeben waren (vgl. OECD-MK, N. 3 zu Art. 11 OECD-MA

[i.d.F. seit 11. April 1977]).

E. 7.2

In der Fassung des OECD-MK von 1977 zu den Artikeln über Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren, die erstmals das Erfordernis der Nutzungsberechtigung enthielten, hielt die OECD fest, dass der Abkommensvorteil nicht erhältlich sein solle, wenn eine Mittelsperson, wie ein Vertreter oder sonstiger Beauftragter (engl. "agent" oder "nominee"; frz. "agent" oder "autre mandataire"), zwischen die begünstigte Person geschaltet werde, ausser wenn der Nutzungsberechtigte im anderen Vertragsstaat ansässig sei (OECD-MK, N. 12 zu Art. 10, N. 8 zu Art. 11 und N. 4 zu Art. 12 OECD-MA [i.d.F. vom 19. Oktober 1977]). Wie in der Literatur herausgearbeitet worden ist, geht diese Ergänzung zumindest zum Teil auf Bemühungen des Vereinigten Königreichs zurück, das in einigen seiner DBA dieses Erfordernis bereits vorgesehen hatte. Es wollte damit Abkommensvorteile ausschliessen für Vertreter und andere Beauftragte, die nach internem Recht zwar subjektiv steuerpflichtig und damit grundsätzlich abkommensberechtigt, aber bei denen Zuflüsse zugunsten ausländischer Begünstigter von der Steuer ausgenommen waren (vgl. JOHN F. AVERY JONES UND ANDERE, *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, *Bulletin for International Taxation* 2006 S. 246 ff.; RICHARD COLLIER, *Clarity, Opacity and Beneficial Ownership*, *British Tax Review* 2011 S. 686 ff.; BLAZEJ KUZNIACKI, *Beneficial Ownership in International Taxation and Biosemantics - Why a Redundant, Paradoxical and Harmful Concept Can Be a Potent Weapon in the Hands of the Tax Authorities* [nachfolgend: *Beneficial Ownership*], *Bulletin for International Taxation* 2023 S. 44 f.; ANGELIKA MEINDL-RINGLER, *Beneficial Ownership in International Tax Law*, 2016, S. 26 ff.; CHARL DU TOIT, *The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation over the Past 45 Years*, *Bulletin for International Taxation* 2010 Ziff. 3.3; RICHARD VANN, *Beneficial Ownership: What Does History [and Maybe Policy] Tell Us*, in: *Beneficial Ownership: Recent Trends*, 2013, S. 285). Es ist nicht völlig klar, ob die Voraussetzung der Nutzungsberechtigung die Einkünftezurechnung (vor allem in Bezug auf angelsächsische Trusts) regeln sollte oder gegen den Abkommensmissbrauch gerichtet war, wobei jüngere Studien auf der Basis der historischen Materialien eher auf ersteres deuten (vgl. BLAZEJ KUZNIACKI, *Beneficial Ownership in International Taxation*, 2022, Rz. 3.034; ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ, *Beneficial Ownership: Current Trends*, *World Tax Journal* 2010 S. 52 f.; MEINDL-RINGLER, a.a.O., S. 31 f.; VANN, a.a.O., S. 287 f. und 296).

E. 7.3

Die Kommentierung im OECD-MK vom 28. Januar 2003 betonte demgegenüber, dass der Begriff des Nutzungsberechtigten im OECD-MA nicht in einem "engen technischen Sinn", sondern vielmehr in seinem Zusammenhang und im Lichte von Ziel und Zweck des DBA (darunter die Vermeidung der Doppelbesteuerung und die Verhinderung von Steuerhinterziehung und -umgehung) zu verstehen sei. Unter Bezugnahme auf einen Bericht aus dem Jahr 1986 über den Gebrauch von Durchleitungsgesellschaften ("conduit companies"; "sociétés de relais") erwog die OECD, dass nicht nur "Agenten" und andere Beauftragte, sondern auch andere Personen nicht als Nutzungsberechtigte anzusehen seien, wenn sie Verträge abschlossen oder Verpflichtungen eingingen, aufgrund derer sie eine ähnliche Funktion einnahmen. Deshalb könne eine Durchleitungsgesellschaft normalerweise nicht als Nutzungsberechtigte betrachtet werden, wenn sie, trotz formeller

Berechtigung an bestimmten Vermögenswerten, nur über sehr beschränkte Befugnisse verfüge, die sie als eine bloße Treuhänderin oder Verwalterin erscheinen liessen, die auf Rechnung der interessierten Parteien tätig werde (vgl. OECD-MK, N. 8 und 8.1 zu Art. 11 OECD-MA [i.d.F. vom 28. Januar 2003]; OECD, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, 1986, Rz. 14b).

E. 7.4

Diese Änderung des OECD-MK sorgte in der Praxis für einige Ungewissheit (vgl. COLLIER, a.a.O., S. 690; JOHANN HATTINGH, The Relevance of BEPS Materials for Tax Treaty Interpretation, Bulletin for International Taxation 2020 S. 188 f.). Jedenfalls fällt auf, dass in der Rechtsprechung der verschiedenen Staaten bis zum Ende der 2000er-Jahre variierende Verständnisse des Begriffs "beneficial owner" zu Tage traten. Dasselbe galt für das nationale und internationale Schrifttum. Grob liessen sich dabei zwei Lager unterscheiden: BGE 151 II 494 S. 507

E. 7.4.1

Eines davon verstand die "beneficial ownership" eher als (zivil-)rechtliches Konzept. Nach dieser Auffassung richtete sich die Beurteilung, ob der Empfänger einer Zahlung ihr "beneficial owner" ist, also primär danach, welche rechtlichen Verpflichtungen der Empfänger in Bezug auf die Zahlung eingegangen war (vgl. in diese Richtung Urteile des Tax Court of Canada vom 22. April 2008, *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2008 TCC 231 Rz. 103 ff. [bestätigt durch Urteil des kanadischen Federal Court of Appeal vom 26. Februar 2009, *Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57]; des holländischen Hoge Raad vom 6. April 1994, BNB 1994/217 Rz. 3.2 [vgl. dazu DANIEL S. SMIT, The Concept of Beneficial Ownership and Possible Alternative Remedies in Netherlands Case Law, in: *Beneficial Ownership: Recent Trends*, 2013, S. 65 ff.]; aus der Literatur etwa LUC DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, S. 686 ff. und 720 f.; COLLIER, a.a.O., S. 690 und 699; MARTÍN JIMÉNEZ, a.a.O., S. 51 ff.; RENÉ MATTEOTTI, *Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht* [nachfolgend: Diss.], 2003, S. 278 f.; DU TOIT, a.a.O., Ziff. 3.2.5 und 4).

E. 7.4.2

Andere Gerichte und Autoren begriffen die "beneficial ownership" eher als wirtschaftliches Konzept. Sie hielten nicht so sehr die rechtliche Stellung des Empfängers im Rahmen einer Gestaltung oder Transaktion für massgebend, sondern vor allem die wirtschaftliche Substanz. Dabei wurde nicht immer trennscharf zwischen diesem Konzept und dem allgemeineren Konzept des Abkommensmissbrauchs unterschieden und es wurden zuweilen auch subjektive Elemente (Absicht der Steuerersparnis u.Ä.) in die Beurteilung miteinbezogen (vgl. in diese Richtung etwa Urteile des Court of Appeal of England and Wales [Civil Division] vom 2. März 2006, *Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, [2006] EWCA Civ 158 Rz. 42 ff.; des französischen Conseil d'État vom 29. Dezember 2006, *Royal Bank of Scotland*, Nr. 283314; vgl. aus der Literatur allen voran KLAUS VOGEL, in: *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*, 5. Aufl. 2008, N. 17 ff. zu Vor Art. 10-12 OECD-MA; diesem Autor folgend BEAT BAUMGARTNER, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, 2010, S. 150; ROBERT DANON, *Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE*, FStR 2007 S. 43 f. und 48 f.; XAVIER OBERSON, *La notion*

bénéficiaire effectif en droit BGE 151 II 494 S. 508 fiscal international, in: Festschrift SRK, 2004, S. 226 f.; vgl. ausserdem die Hinweise auf die Gerichts- und Verwaltungspraxis in diversen Ländern bei COLLIER, a.a.O., S. 693 ff. und MEINDL-RINGLER, a.a.O., S. 95 ff. und 288).

E. 7.4.3

Auch das Bundesgericht beschäftigte sich in den 2000er-Jahren mit einem Fall, in welchem die Frage der Nutzungsberechtigung aufgeworfen worden war. Konkret ging es um einen Antrag einer dänischen Gesellschaft auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer nach dem DBA CH-DK. Nachdem die Eidgenössische Steuerrekurskommission die Nutzungsberechtigung der dänischen Gesellschaft noch bejaht hatte, liess das Bundesgericht die Frage allerdings offen, weil der Antrag auch bei Annahme der Nutzungsberechtigung wegen Abkommensmissbrauchs abzuweisen war (Urteil 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.2 und 3.5.3, in: StR 61/2006 S. 217).

E. 7.5

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass der OECD-MK in der Fassung vom 28. Januar 2003 in Bezug auf den Begriff der Nutzungsberechtigung unklar war, aber schon zum Zeitpunkt der Änderung von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK mit dem Protokoll vom 21. August 2009 das engere, rechtliche Verständnis der Nutzungsberechtigung, das anschliessend in der Änderung des OECD-MK vom 15. Juli 2014 Niederschlag fand und dem sich das Bundesgericht spätestens mit dem Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 angeschlossen hat, in der ausländischen Rechtsprechung und der Literatur jedenfalls prominent - wenn auch nicht ausschliesslich - vertreten worden war. Es handelt sich dabei also nicht um eine neue respektive gewandelte Bedeutung des Begriffs der Nutzungsberechtigung, die sich erst nach 2009 entwickelt hätte. Im Gegenteil geht dieses Verständnis sogar eher auf die Bedeutung zurück, die dem Begriff ursprünglich beigemessen worden war. Vor diesem Hintergrund erscheint die Änderung des OECD-MK vom 15. Juli 2014 jedenfalls nicht als Weiterentwicklung des Begriffs der Nutzungsberechtigung, sondern eher als der Versuch einer Klarstellung (vgl. zum Entstehungsprozess der Änderung COLLIER, a.a.O., S. 699 ff.; ROBERT DANON, Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention - Comment on the April 2011 Discussion Draft, Bulletin for International Taxation 2011 S. 438 ff.).

E. 8

Da sich die anwendungszeitliche nicht von der Bedeutung unterscheidet, die dem Begriff der Nutzungsberechtigung zum Zeitpunkt der Änderung des DBA CH-DK im Jahr 2009 zukam, ist vorliegend BGE 151 II 494 S. 509 auf jeden Fall daran festzuhalten, dass nur eine vertragliche oder gesetzliche Weiterleitungsverpflichtung, nicht aber rein faktische Anreize oder Zwänge die Nutzungsberechtigung des Empfängers an einer verrechnungssteuerbelasteten Einkunft infrage stellen können.

E. 8.1

Für dieses engere, rechtliche Konzept spricht zunächst zumindest in der Tendenz die gewöhnliche Bedeutung der Begriffe "beneficially owned" und "Nutzungsberechtigter" in Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK. Auch wenn der Begriff laut OECD nicht in einem engen technischen Sinn verstanden werden sollte (OECD-MK, N. 8 zu Art. 11 OECD-MA [i.d.F. vom 28. Januar 2003]), ist doch mit Blick auf die Entstehungsgeschichte (vgl. insb. oben E.

7.2) nicht völlig unerheblich, dass die "beneficial ownership" ihre Wurzeln im angelsächsischen Rechtskreis hat. Dort umschreibt sie die Situation, in der eine Person zwar nicht formelles Eigentum ("title"), aber das Recht zum Gebrauch und zum Genuss der Früchte hat, das sie gerichtlich durchsetzen kann. Ein typisches Beispiel ist etwa die Rechtsstellung der Begünstigten gewisser Trusts (vgl. DU TOIT, a.a.O., Ziff. 3.2.2-3.2.5, mit Hinweisen auf Urteile der englischen und US-amerikanischen Höchstgerichte und auf Black's Law Dictionary; vgl. jüngst auch Urteil des Court of Appeal of England and Wales vom 15. April 2024, Hargreaves Property Holding Ltd v Revenue and Customs, [2024] EWCA Civ 365 Rz. 49 ff.). Auch der deutsche Begriff "Nutzungsberechtigung" impliziert, dass die betreffende Person ein Recht zur Nutzung hat und sie nicht auf bloss tatsächliche Anreize und Zwänge angewiesen ist, um in den Genuss der Einkunft zu gelangen. Daraus kann geschlossen werden, dass der Empfänger einer Einkunft nach gewöhnlichem Sprachgebrauch solange als ihr Nutzungsberechtigter zu betrachten ist, als er nicht selbst vertraglich oder gesetzlich zur Herausgabe oder Ablieferung dieser Einkunft an eine andere Person verpflichtet ist.

E. 8.2

Hinzu kommt, dass ein extensives wirtschaftliches Verständnis der Nutzungsberechtigung Gefahr läuft, in der Gerichts- und Verwaltungspraxis Ergebnisse zu produzieren, die mit dem Abkommensziel der Vermeidung der Doppelbesteuerung kaum mehr in Einklang stehen (vgl. COLLIER, a.a.O., S. 693 ff. und 703; vgl. aus der jüngeren Literatur auch ROBERT DANON UND ANDERE, The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases, Intertax 49/2021 S. 514 f.; KUZNIACKI, Beneficial Ownership, a.a.O., S. 53). Dies gilt ganz besonders in Bezug auf komplexe Finanztransaktionen, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen. BGE 151 II 494 S. 510

E. 8.3

Am Vorstehenden ändert nichts, dass der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und ihm folgend das dänische Höchstgericht kürzlich eine eher wirtschaftliche Konzeption der Nutzungsberechtigung vertreten haben. Urteile des dänischen Höchstgerichts und des EuGH, jedenfalls soweit sie Dänemark in der Anwendung seiner DBA binden oder beeinflussen (vgl. zu dieser Frage VALENTIN BENDLINGER, Der Einfluss von Unionsrecht auf Abkommensmissbrauch, SWI 2024 S. 490 ff.; DANON UND ANDERE, a.a.O., S. 489), können zwar bei der Auslegung des DBA CH-DK berücksichtigt werden, um eine möglichst einheitliche Anwendung durch die Vertragspartner sicherzustellen und Konflikte zu minimieren (sog. Entscheidungsharmonie; vgl. Urteile 2C_354/2018 vom 20. April 2020 E. 3.4.1; 2C_344/2018 vom 4. Februar 2020 E. 3.4.5; 2C_707/2016 vom 23. März 2018 E. 2.4.3; MICHAEL BEUSCH, Entscheidungsharmonie im internationalen Steuerrecht aus einer schweizerischen Perspektive, in: altgriechischer Text - gehorche den Gesetzen, Liber amicorum für Hansjörg Seiler, 2022, S. 95 ff.; vgl. zum Rang dieser Urteile im Gefüge von Art. 31 Abs. 3 Bst. b und Art. 32 VRK UN-Völkerrechtskommission, Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs [UN Doc. A/73/10], 2018, N. 19 zu Conclusion 7; GUGLIELMO MAISTO, Interpretation of Tax Treaties and the Decisions of Foreign Tax Courts as a "Subsequent Practice" under Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties [1969], Bulletin for International Taxation 2021 S. 677). Die erwähnten Urteile betrafen indessen die Nutzungsberechtigung von Durchleitungsgesellschaften, bei denen zumindest auch der Vorwurf im Raum stand, dass sie von Fonds,

Konzernobergesellschaften oder anderen Personen kontrolliert und künstlich zwischen diese und die zinspflichtigen dänischen Gesellschaften geschaltet worden seien, um bestimmte Abkommensvorteile bzw. Vorteile aus dem Unionsrecht zu erlangen (vgl. Urteil des EuGH vom 26. Februar 2019 C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 N Luxembourg 1 und andere , ECLI:EU:C:2019:134 Randnrn. 30 ff.; Urteil des dänischen Højesterets dom Nr. 116/2021 und 117/2021 vom 4. Mai 2023, Takeda A/S und NTC Parent S.à.r.l. S. 3 ff.). Die hier zu beurteilende Situation eines grossen Finanzinstituts unterscheidet sich in Bezug auf die Frage der Nutzungsberechtigung erheblich von der Situation einer blossen Durchleitungsgesellschaft, die künstlich zwischen den Zinsschuldner und eine Drittperson geschaltet wird, über keine BGE 151 II 494 S. 511 Entscheidungsautonomie verfügt und bei der vorbestimmt ist, dass sie die Einkunft an die sie kontrollierende Drittperson weiterleiten wird. Hinzu kommt, dass das dänische Höchstgericht und der EuGH in ihren Urteilsbegründungen nicht streng zwischen den Konzepten der Nutzungsberechtigung und des Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchs bzw. des Missbrauchs des Unionsrechts unterschieden und auch subjektive Elemente berücksichtigt haben. Deshalb wird aus diesen Urteilen nicht vollkommen klar, ob nach der Auffassung dieser beiden Gerichte die Vorteile aus dem Abkommens- bzw. aus dem Unionsrecht auch zu versagen wären, falls erstellt wäre, dass der Gestaltung keine missbräuchlichen Motive zugrunde lagen (vgl. Urteil des EuGH vom 26. Februar 2019 C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 N Luxembourg 1 und andere , ECLI:EU:C:2019:134 Randnrn. 95 ff., insb. 132 und 143; Urteil des dänischen Højesterets dom Nr. 116/2021 und 117/2021 vom 4. Mai 2023, Takeda A/S und NTC Parent S.à.r.l. S. 13 ff.; vgl. anders noch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 1. März 2018 C-115/16 N Luxembourg 1 gegen Skatteministeriet , ECLI:EU:C:2018:143 Randnr. 60, die klar zwischen Nutzungsberechtigung und Missbrauch unterschieden hatte).

E. 9.1

Die Vorinstanz hat ihrer Beurteilung im Wesentlichen das engere, rechtliche Verständnis der Nutzungsberechtigung zugrunde gelegt, wie es im Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 zum Ausdruck gekommen war und an dem hier nach dem Gesagten festzuhalten ist. Sie hat sich aber stellenweise gleichwohl auf eine "faktische Weiterleitungspflicht" berufen. Sie hat alsdann aus den "Umständen" - namentlich aus den in der Vertragsdokumentation genannten Beträgen, die exakt mit den Kaufpreisen, Zins- und Kapitalzahlungen aus den Bundesanleihen übereinstimmten - darauf geschlossen, dass die Beschwerdeführerin einer "(indirekten) rechtlichen Pflicht" zur Weiterleitung der Zinszahlungen aus den Bundesanleihen unterstanden habe. Diese Verpflichtung war nach Ansicht der Vorinstanz der Nutzungsberechtigung der Beschwerdeführerin schädlich, weil zum einen die Erzielung von Einkünften von der Pflicht zu deren Weiterleitung abhängig gewesen sei und zum anderen die Pflicht zur Weiterleitung von der Erzielung dieser Einkünfte abgehängt habe (gegenseitige Abhängigkeit bzw. Interdependenz; vgl. hierzu auch BAUMGARTNER, a.a.O., S. 145). Dass die Pflicht zur Weiterleitung der Zinseinkünfte aus den Bundesanleihen von ihrer Erzielung abhing, leitete die BGE 151 II 494 S. 512 Vorinstanz aus einer Analyse der Risikoverteilung zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Gegenparteien unter den Swap-Verträgen ab. Die Swap-Verträge hätten die Beschwerdeführerin vom Zinsänderungsrisiko und von Währungs- und Wechselkursrisiken auf den Bundesanleihen entbunden, während das Ausfallrisiko angesichts der ausgezeichneten Bonität der Eidgenossenschaft von vornherein "äusserst gering und nur theoretischer Natur" gewesen sei.

E. 9.2

Wie bereits erwähnt (vgl. oben E. 5.2), hat das Bundesgericht im Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 erwogen, dass vertragliche und gesetzliche Weiterleitungspflichten nicht nur durch die schriftliche Vertragsdokumentation, sondern allenfalls auch durch Indizien wie faktische Zwänge belegt werden können (vgl. Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.4 und 4.5; vgl. in Anlehnung an den OECD-MK ähnlich auch Urteil der italienischen Corte Suprema di Cassazione Nr. 14756/2020 vom 10. Juli 2020 E. 1.10). In ähnlicher Weise hatte es in einem früheren Urteil Umstände ausserhalb des Vertragstexts berücksichtigt, um auf eine schädliche Weiterleitungsverpflichtung zu schliessen (z.B. kurze Haltedauer der Wertpapiere; vgl. Urteil 2C_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 8.5).

E. 9.2.1

In der Literatur ist hierzu vorgebracht worden, dass die Grenze zwischen einem eher rechtlichen und einem eher wirtschaftlichen Verständnis der Nutzungsberechtigung in der Praxis verschwimme, wenn auch aus den Umständen auf eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung geschlossen werden könne (vgl. DANON UND ANDERE, a.a.O., S. 510 f.). Unabhängig davon, ob diese Einschätzung im Allgemeinen zutrifft, ist auf jeden Fall zu beachten, dass es eine Frage einerseits des Sachverhalts und andererseits des konkret anwendbaren Vertragsrechts ist, ob zwischen dem Empfänger einer Einkunft und einer anderen Partei eine bestimmte vertragliche Pflicht besteht. Demgegenüber bestimmt das anwendbare DBA, ob eine bestimmte vertragliche Pflicht allein oder im Zusammenspiel mit weiteren vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten als Weiterleitungsverpflichtung des Empfängers zu charakterisieren ist, die ihn der Nutzungsberechtigung beraubt. Nur für diese zweite abkommensrechtliche Frage kann der OECD-MK überhaupt als eigentliche Auslegungshilfe beigezogen werden. Wenn sich aus der (abschliessenden) schriftlichen Vertragsdokumentation keine Weiterleitungsverpflichtung ergibt, kommt der Schluss auf eine vertragliche Weiterleitungsverpflichtung nur in Betracht, wenn das anwendbare Vertragsrecht die Begründung oder Ergänzung vertraglicher Pflichten in anderer als Schriftform zulässt (so z.B. Art. 11 Abs. 1 OR). BGE 151 II 494 S. 513

E. 9.2.2

Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 zwar scheinbar die Feststellung vertraglicher Pflichten auf der alleinigen Basis der Umstände ohne diese Einschränkung in Betracht gezogen, anschliessend aber gleichwohl nur die Vertragsdokumente und die daraus resultierenden Anreize und Zwänge gewürdigt (vgl. Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.5.2; ähnlich auch schon Urteil 2C_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.4.3, nicht publ. in: BGE 146 I 105). Soweit sich diesem Urteil und früheren Urteilen eine eigentliche Praxis zum Stellenwert der Umstände für die Begründung einer vertraglichen Pflicht entnehmen lässt, wäre sie im vorgenannten Sinn zu präzisieren.

E. 9.3

Ob das zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Gegenparteien anwendbare Vertragsrecht die Begründung einer vertraglichen Weiterleitungspflicht ausserhalb des Vertragstexts zulies, hat die Vorinstanz nicht untersucht. Dies brauchte sie hier letztlich aber auch gar nicht zu tun, weil sie ihrer Würdigung bei genauer Betrachtung (ähnlich wie das Bundesgericht im Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.5.2) nicht die Umstände ausserhalb der schriftlichen Vertragsdokumentation, sondern nur den Text der

Vertragsdokumentation zugrunde gelegt hat.

E. 9.4

Die abkommensrechtliche Qualifikation der Vertragsposition der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz vermag indessen nicht zu überzeugen.

E. 9.4.1

Vorab ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Vertragsdokumente die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht wörtlich dazu verpflichteten, die Zinseinkünfte aus den Bundesanleihen an eine andere Person - namentlich die Gegenparteien - abzuliefern bzw. weiterzuleiten. Dies schliesst aber nicht aus, dass die vertraglichen Pflichten der Beschwerdeführerin nach ihrem Gehalt respektive in ihrem Zusammenspiel abkommensrechtlich als schädliche Weiterleitungsverpflichtung charakterisiert werden könnten (vgl. BGE 141 II 447 E. 6.4 [mit etwas anderer Terminologie]; vgl. auch MARTÍN JIMÉNEZ, a.a.O., S. 51).

E. 9.4.2

Wie die Vorinstanz hat auch das Bundesgericht in BGE 141 II 447 das Konzept der Interdependenz erwähnt. Bei einem engeren, rechtlichen Verständnis der Nutzungsberechtigung ist indessen fraglich, ob es für die Nutzungsberechtigung wirklich darauf ankommen kann, ob der Empfänger die verrechnungssteuerbelastete Einkunft auch dann erzielt hätte, wenn er die fragliche Zahlungspflicht BGE 151 II 494 S. 514 nicht eingegangen wäre. Das Bundesgericht hat sich denn in seiner jüngeren Rechtsprechung zur Nutzungsberechtigung auch nicht mehr auf diese erste Abhängigkeit (vgl. oben E. 9.1) berufen (vgl. Urteile 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.5.1; 2C_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.4.3, nicht publ. in: BGE 146 I 105). Für die Nutzungsberechtigung wesentlich bleibt aber die zweite Abhängigkeit: Zahlungspflichten des Empfängers können nur dann eine für die Nutzungsberechtigung schädliche Verpflichtung zur Weiterleitung einer verrechnungssteuerbelasteten Einkunft darstellen, wenn die Zahlung oder zumindest ihre Höhe davon abhängt, dass der Empfänger die verrechnungssteuerbelastete Einkunft erzielt (vgl. BGE 141 II 447 E. 5.3; Urteile 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.5.1; 2C_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.4.3, nicht publ. in: BGE 146 I 105). Auch der OECD-MK stellt jedenfalls seit der Änderung vom 15. Juli 2014 auf diese zweite Abhängigkeit ab. Er bezeichnet Verpflichtungen, die nicht vom Empfang der quellensteuerbelasteten Einkunft abhängen, ausdrücklich als unschädlich und nennt als Beispiel Verpflichtungen, die der Empfänger als Schuldner oder Partei einer Finanztransaktion trägt (OECD-MK, N. 10.2 zu Art. 11 OECD-MK [i.d.F. vom 21. November 2017; insoweit unverändert seit dem 15. Juli 2014]).

E. 9.4.3

Gewisse Autoren haben sich konkret mit der Frage beschäftigt, ob Verpflichtungen aus Zins- und Währungsswaps schädliche Weiterleitungsverpflichtungen darstellen. BAUMGARTNER, auf den sich das Bundesgericht in seiner einschlägigen Rechtsprechung (vgl. z.B. BGE 141 II 447 E. 5.2.2 und 5.3) und die Vorinstanz wiederholt berufen haben, hält fest, dass bei Zinsswaps die Zahlungspflicht nicht von den Zinseinkünften auf dem Basiswert abhängt; es liege keine schädliche Weiterleitungsverpflichtung vor (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 373). Zum selben Schluss gelangen NORDIN/SCHUDEL, die jedoch darauf hinweisen, dass solche Geschäfte unter dem Aspekt des Abkommensmissbrauchs zu prüfen seien (NORDIN/SCHUDEL, a.a.O., S. 609; ähnlich

jüngst auch NILS HARBEKE, Zur Debatte "Nutzungsberechtigung und Finanzinstrumente", FStR 2024 S. 163 f.).

E. 9.4.4

Unter den streitbetroffenen Swap-Verträgen wäre die Beschwerdeführerin auch dann zur Zahlung an ihre Gegenparteien verpflichtet gewesen, wenn die Eidgenossenschaft ihre Zinspflichten auf den Bundesanleihen nicht oder nicht vollständig erfüllt hätte. Wenn die BGE 151 II 494 S. 515 Empfängerin einer Zinszahlung zumindest dieses anlagespezifische Ausfall- bzw. Kreditrisiko trägt, lässt die Übertragung des Zinsänderungs-, des Währungs- bzw. Wechselkursrisikos und anderer Marktrisiken die Zahlungspflicht gegenüber der Gegenpartei noch nicht als schädliche Weiterleitungsverpflichtung erscheinen, woran auch die sehr hohe Bonität der Eidgenossenschaft nichts ändert. Es besteht in diesem Punkt ein wesentlicher Unterschied zwischen den hier streitbetroffenen Swap-Verträgen und den vom Bundesgericht beurteilten Finanztransaktionen (bestimmte Total Return Swaps und ähnliche Geschäfte sowie Securities Lending), bei denen der Empfänger bei Ausfall der verrechnungssteuerbelasteten Einkunft jeweils keine Zahlung geschuldet hätte (vgl. BGE 141 II 447 E. 6.4.1; Urteil 2C_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.4.3, nicht publ. in: BGE 146 I 105) oder die Höhe der Zahlung ausdrücklich von der Rückerstattung der Verrechnungssteuer abhing, die ihrerseits den effektiven Empfang der belasteten Einkunft voraussetzte (vgl. Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.5.1).

E. 9.5

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerdeführerin keiner Weiterleitungsverpflichtung unterlag, die ihre Nutzungsberechtigung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK ausgeschlossen hätte. Damit erfüllt die Beschwerdeführerin alle Voraussetzungen für die Entlastung nach Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK, die im Abkommenstext zum Ausdruck kommen. Jedenfalls bei einer an der gewöhnlichen Bedeutung orientierten Auslegung der Abkommensnorm ist der Entlastungsanspruch der Beschwerdeführerin also ausgewiesen.

E. 10

An diesem Auslegungs- und Subsumtionsergebnis ändern auch Ziel und Zweck des Abkommens nichts.

E. 10.1

Mit dem Abschluss des DBA CH-DK bezweckten die Vertragsstaaten gemäss Titel und Präambel dieses Abkommens, die Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und Vermögen zu vermeiden (vgl. zu Ziel und Zweck von DBA im Allgemeinen OECD-MK, N. 54 zu Art. 1 OECD-MA [i.d.F. vom 21. November 2017]). Konkret bezogen auf Zinseinkünfte haben die Vertragsstaaten vorgesehen, dass Doppelbelastungen von abkommensberechtigten Personen mit einer Quellensteuer im Quellenstaat und der Gewinn- oder Einkommenssteuer im Ansässigkeitsstaat vermieden werden, indem dem Ansässigkeitsstaat das alleinige Besteuerungsrecht zugewiesen wird. Während Ziel und Zweck des Abkommens nicht unbedingt voraussetzen, dass der Ansässigkeitsstaat BGE 151 II 494 S. 516 die Zinseinkunft effektiv besteuert, so müsste er doch wenigstens die Möglichkeit zur Besteuerung haben. Daran fehlt es insbesondere dann, wenn die Zinseinkunft - einschliesslich des Abkommensvorteils in Form der nicht erhobenen Quellensteuer oder der (antizipierten) Quellensteuerrückerstattung - an eine Person weitergeleitet wird, die selbst nicht abkommensberechtigt ist (vgl. auch OECD-MK, N. 10 zu Art. 11 OECD-MA [i.d.F. vom 17. Juli 2008, die den Vertragsstaaten bei

Änderung von Art. 11 DBA CH-DK vorlag]).

E. 10.2

Die Zahlungen, welche die Beschwerdeführerin unter den Swaps versprach und sodann auch effektiv leistete, standen mit den Zinseinkünften aus den Bundesanleihen in tatsächlicher Hinsicht offensichtlich in einem engen Zusammenhang, auch wenn sich die Beschwerdeführerin nicht zur Weiterleitung verpflichtet hatte. Dieser Zusammenhang folgt bereits daraus, dass die Zahlungen der Beschwerdeführerin exakt den Bruttozinseinkünften entsprachen, die sie aus den Bundesanleihen erhalten würde, falls ihr die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gewährt würde. Der Zusammenhang wurde denn auch von der Beschwerdeführerin nie bestritten. Die Zahlungen unter den Swaps stellten also nicht eine rein zufällige Verwendung der Zinseinkünfte dar, sondern sind als effektive Weiterleitung der Anleihezinseinkünfte einschliesslich der antizipierten Verrechnungssteuerrückerstattungen zu betrachten. Die unmittelbaren Empfänger dieser Weiterleitung waren Investmentbanken, die nicht in Dänemark ansässig waren. Es ist zwar wahrscheinlich, dass die Investmentbanken die Zinsen und die damit zusammenhängenden Abkommensvorteile ihrerseits wiederum weiterleiteten, doch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Letztempfänger in Dänemark ansässig und ihrerseits abkommensberechtigt gewesen sein könnten.

E. 10.3

Damit steht fest, dass die Gewährung der Abkommensvorteile vorliegend nicht im Einklang mit der Zielsetzung des Abkommens steht. Es ginge jedoch zu weit, neben der Nutzungsberechtigung zusätzliche Voraussetzungen in diese Abkommensnorm hinein zu interpretieren, die in ihrem Wortlaut keinen Niederschlag gefunden haben. Wenn die tatsächliche Weiterleitung der Zinseinkünfte (inklusive antizipierter Verrechnungssteuerrückerstattungen) alleine nach dem Gesagten noch nicht genügt, um der Beschwerdeführerin die Nutzungsberechtigung abzusprechen, geht es nicht an, die Nicht-Weiterleitung im Rahmen einer vom Abkommenstext losgelösten teleologischen Vertragsauslegung zu einer eigenständigen, ungeschriebenen Voraussetzung zu erklären. BGE 151 II 494 S. 517 IV. Völkerrechtliches Rechtsmissbrauchsverbot

E. 11

Wenn der Beschwerdeführerin die Nutzungsberechtigung nicht abgesprochen werden kann und sie die Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK für die Entlastung von der Verrechnungssteuer damit erfüllt, bedeutet dies indessen noch nicht, dass die Schweiz völkerrechtlich absolut verpflichtet ist, der Beschwerdeführerin die beantragte Entlastung von der Verrechnungssteuer zu gewähren. Es stellt sich nämlich die Frage, ob die Entlastung wegen eines Abkommensmissbrauchs zu verweigern ist. Die Vorinstanz hat diese Frage offengelassen.

E. 12.1

Wie bereits erwähnt (vgl. oben E. 7.4.3), hat das Bundesgericht im Jahr 2005 entschieden, dass Vorteile aus dem DBA CH-DK unter einem allgemeinen Missbrauchsvorbehalt stehen (Urteil 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.4.6, in: StR 61/2006 S. 217; vgl. auch Urteil 2C_354/2018 vom 20. April 2020 E. 4.3.1). Es stützte sich dabei insbesondere auf den völkergewohnheitsrechtlichen, in Art. 26 VRK kodifizierten Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. dazu BGE 146 II 150 E. 7.1; BGE 143 II 224 E. 6.2; je mit Hinweisen), der auch bei der Vertragsauslegung zu beachten ist (vgl. Art. 31 Abs. 1 VRK ; Urteil

2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.4.3, in: StR 61/2006 S. 217). Aus diesem Urteil wird jedoch nicht völlig klar, ob dieser allgemeine Vorbehalt des Abkommensmissbrauchs jedem DBA inhärent ist und sich aus der (teleologischen) Auslegung ergibt oder es sich dabei um eine Einrede im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes des Völkerrechts (Art. 38 Abs. 1 Bst. c IGH-Statut) oder des Völkergewohnheitsrechts (Art. 38 Abs. 1 Bst. b IGH-Statut) handelt, auf den sich die völkervertraglich verpflichtete Partei erst auf der Ebene der Anwendung des DBA im Einzelfall berufen kann (vgl. Urteil 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.4.6, in: StR 61/2006 S. 217; vgl. auch Urteil 2C_354/2018 vom 20. April 2020 E. 4.3.1). Auch in der zuvor ergangenen Rechtsprechung im Bereich des internationalen Steuerrechts hatte das Bundesgericht nicht klar zwischen den Ebenen der Vertragsauslegung und seiner Anwendung unterschieden, was den Vorbehalt des Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchs angeht (vgl. BGE 113 Ib 195 E. 4c; BGE 94 I 659 E. 4; vgl. dazu MATTEOTTI/KRENGER, in: Internationales Steuerrecht, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 2015, N. 342 ff. zu Art. 1 OECD-MA). BGE 151 II 494 S. 518

E. 12.2

In der hiesigen Literatur ist der Vorbehalt des Abkommensmissbrauchs gemäss Urteil 2A.239/2005 vom 28. November 2005 teils als Auslegungsgrundsatz (vgl. etwa MARCEL R. JUNG, Trends und Entwicklungen bei der Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs im internationalen Steuerrecht der Schweiz, StR 66/2011 S. 20 f.; RENÉ MATTEOTTI, Die Verweigerung der Entlastung von der Verrechnungssteuer wegen Treaty Shoppings, ASA 75 S. 791 ff.; MATTEOTTI/KRENGER, a.a.O., N. 351 ff. zu Art. 1 OECD-MA; XAVIER OBERSON, Précis de droit fiscal international, 5. Aufl. 2022, S. 306 f.; vgl. auch OECD-MK, N. 9.3 zu Art. 1 OECD-MA [i.d.F. vom 28. Januar 2003]), teils als allgemeiner Rechtsgrundsatz nach Art. 38 Abs. 1 Bst. c IGH-Statut gedeutet worden (vgl. etwa OESTERHELT/WINZAP, Dänemark-Entscheid zum Treaty-Shopping, Schweizer Treuhänder 2006 S. 3 f.; vgl. auch PETER HONGLER, Justice in International Tax Law, 2019, S. 198 f.). In der internationalen Literatur zum Abkommensmissbrauch gehen manche Autoren davon aus, dass dem Missbrauch mittels teleologischer Auslegung genügend beigegeben werden könne (vgl. etwa MICHAEL LANG, The Signalling Function of Article 29[9] of the OECD Model - The "Principal Purpose Test", Bulletin for International Taxation 2020 S. 265), während andere Autoren im Abkommenstext eine Grenze sehen, die mittels teleologischer Auslegung nicht überschritten werden dürfe, weswegen für die Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs ein zusätzliches Korrektiv erforderlich sei (vgl. etwa DANON UND ANDERE, a.a.O., S. 488; FRANK ENGELN, Interpretation of Tax Treaties under International Law, 2004, S. 427 und 429; WOLFGANG SCHÖN, The Role of "Commercial Reasons" and "Economic Reality" in the Principal Purpose Test under Article 29[9] of the 2017 OECD Model, in: Building Global International Tax Law: Essays in Honour of Guglielmo Maisto, 2022, S. 253 f.).

E. 13

Vor kurzem hat das Bundesgericht im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit das Rechtsmissbrauchsverbot nicht nur als Teil des schweizerischen Ordre Public bezeichnet (so bereits BGE 138 III 322 E. 4; BGE 132 III 389 E. 2.2.1; vgl. auch BGE 143 III 666 E. 4.2), sondern darin zudem einen international anerkannten allgemeinen Grundsatz ("un principe général reconnu internationalement"; BGE 148 III 330 E. 5.2.2; BGE 146 III 142 E. 3.4.2.8; Urteil 4A_492/2021 vom 24. August 2022 E. 8.1, nicht publ. in: BGE 149 III

131) respektive einen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts, wenn nicht sogar eine Regel des Völkergewohnheitsrechts gesehen BGE 151 II 494 S. 519 ("un principe général du droit international, voire une règle du droit international coutumier"; Urteil 4A_80/2018 vom 7. Februar 2020 E. 4.8). Es hat das völkerrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot in diesen Urteilen auch im Verhältnis zu Investoren für anwendbar gehalten, obschon diese selbst regelmässig keine Staaten und nicht Partei des angerufenen Investitionsschutzabkommens sind.

E. 14

Es gibt keinen überzeugenden Grund, hier von dieser publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit abzuweichen und sie nicht auch für das internationale Steuerrecht zu übernehmen.

E. 14.1

Aus allgemeiner völkerrechtlicher Sicht spricht für oder zumindest nicht gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass jüngst auch der Internationale Gerichtshof die Einrede des Rechtsmissbrauchs in Betracht gezogen hat, falls überzeugende Beweise dafür vorgelegt werden, dass die angeblich missbräuchlich handelnde Partei ein völkervertraglich eingeräumtes Recht zweckfremd und zum Nachteil der anderen Partei auszuüben sucht (vgl. Urteil des IGH vom 30. März 2023 *Certains actifs iraniens* [Islamische Republik Iran gegen USA], § 88 ff. und 93 ["La Cour ne pourrait retenir en l'espèce le moyen de défense au fond tiré de l'abus de droit que s'il était démontré par le défendeur, sur la base de preuves convaincantes, que le demandeur revendique l'exercice des droits qui lui sont conférés par le traité d'amitié à des fins différentes de celles pour lesquelles les droits en cause ont été établis, et ce au détriment du défendeur."]; vgl. auch die Dissenting Opinion des Richters Sebutinde [Rz. 8] und die Separate Opinion der ad hoc Richter Barkett [Rz. 3 ff.] in derselben Sache). Auch früher schon hatten der Internationale Gerichtshof und seine Vorgängerinstitution, der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH), das Rechtsmissbrauchsverbot zumindest ansatzweise als Teil des ungeschriebenen Völkerrechts behandelt (vgl. Urteil des IGH vom 17. Juli 2019 *Jadhav* [Indien gegen Pakistan], C.I.J. Recueil 2019 S. 418 § 121 ff.; Zwischenentscheid des IGH vom 6. Juni 2018 *Immunités et procédures pénales* [Äquatorialguinea gegen Frankreich], C.I.J. Recueil 2018 S. 292, S. 335 ff. § 144 ff.; Urteile des StIGH vom 7. Juni 1932 *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* [Schweiz gegen Frankreich], 1932 C.P.I.J. Recueil [Série A/B] Nr. 46, S. 167; 25. Mai 1926 *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* [Deutschland gegen Polen], 1925 C.P.I.J. Recueil [Série A] Nr. 7, S. 30). Im Einklang hiermit wird das BGE 151 II 494 S. 520 Rechtsmissbrauchsverbot in der allgemeinen völkerrechtlichen Literatur heute wohl überwiegend als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts charakterisiert, der in den Rechtsordnungen der meisten Staaten verankert und eng mit dem Grundsatz von Treu und Glauben verbunden sei (vgl. insbesondere ROBERT KOLB, *Good Faith in International Law*, 2017, S. 133 ff. mit Hinweisen auf Argumente der Gegenseite; vgl. auch SAMANTHA BESSON, *Droit international public*, 2. Aufl. 2024, Rz. 1279; ALEXANDRE KISS, *Abuse of Rights*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [MPEPIL], 2006, Rz. 8 ff.; HERSCH LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, 1958 [Nachdruck 2010], S. 164; VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984 [Nachdruck 2010], § 62 und 461; kritisch dagegen etwa RUPERT K. NEUHAUS, *Das Rechtsmissbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht*, 1984, S. 35 ff.; tendenziell auch JAMES CRAWFORD, *Brownlie's*

Principles of Public International Law, 9. Aufl. 2019, S. 544 ff.).

E. 14.2

Was sodann das Steuerrecht im Speziellen angeht, hat sich der Grundsatz, wonach steuerliche Vorteile bei Missbrauch nicht gewährt werden müssen, in den meisten, wenn nicht sogar in allen nationalen und supranationalen Steuerrechtsordnungen und zwischenzeitlich auch auf internationaler Ebene niedergeschlagen.

E. 14.2.1

Manchenorts hat der nationale Gesetzgeber allgemeine Anti-Missbrauchs- und Anti-Umgehungsvorschriften ("General Anti-Avoidance [z.T. auch: Anti-Abuse] Rules" [GAARs]) kodifiziert, andernorts haben die Gerichte Regeln und Grundsätze aufgestellt, um Missbrauch und Umgehung zu begegnen (vgl. etwa DE BROE, a.a.O., S. 309 f.; RICHARD KREVER, General Report, in: GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World, 2016, S. 1 ff.; CHRISTINE OSTERLOH-KONRAD, Die Steuerumgehung, 2019, S. 1 ff. und 690 f. [mit Fokus auf Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und USA]; ROSENBLATT/TRON, General Report, in: Anti-avoidance measures of general nature and scope - GAAR and other rules, Cahiers de droit fiscal international [CDFI] 103a/2018 S. 31 ff.; vgl. zur Rechtslage in der Europäischen Union Urteil des EuGH vom 26. Februar 2019 C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 N Luxembourg 1 und andere, ECLI:EU:C:2019:134 Randnrn. 117 f.; Art. 6 der Richtlinie [EU] 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts ["Anti Tax Avoidance Directive", ATAD 1], ABl. L 193 vom 19. Juli BGE 151 II 494 S. 521 2016 S. 1; vgl. zur Rechtslage in Dänemark SUSI BAERENTZEN, The Effectiveness of General Anti-Avoidance Rules, 2022, S. 234 f.; MADSEN/NØRGAARD LAURSEN, Denmark, CDFI 103a/2018 S. 282 ff.).

E. 14.2.2

Diverse Staaten setzen ihre landesrechtlichen Missbrauchsabwehrdispositive auch ein, um den Missbrauch von DBA zu bekämpfen (vgl. OECD-MK, N. 9.1-9.3 zu Art. 1 OECD-MA [i.d.F. vom 28. Januar 2003]; United Nations, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries [UN-MA], 2017 Update, Kommentar [UN-MK], N. 19, 38 und 41 ff. zu Art. 1 UN-MA; Urteil des Supreme Court of Canada vom 26. November 2021, Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 2021 SCC 49 Rz. 30 und 37; ROSENBLATT/TRON, a.a.O., S. 30 f.; STEF VAN WEEGHEL, General Report, in: Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions, CDFI 95a/2010 S. 22 und 26 ff.; kritisch zur Anwendung landesrechtlicher Missbrauchsabwehrdispositiven im DBA-Kontext VIKRAM CHAND, The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties, 2018, Rz. 819). Demgegenüber ist es eher unüblich, dass Gerichte die Verweigerung von Abkommensvorteilen bei Missbrauch ausdrücklich auf das Völkerrecht und insbesondere auf das völkerrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot stützen (vgl. VAN WEEGHEL, a.a.O., S. 35). In dualistischen Rechtsordnungen ist dies oft gar nicht erforderlich, weil die Gerichte landesrechtlichen Anti-Missbrauchsregelungen etwa gestützt auf den Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" den Vorzug vor den ebenfalls landesrechtlichen DBA-Umsetzungsvorschriften geben können bzw. müssen (vgl. Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts 2 BvL 1/12 vom 15. Dezember 2015 Rz. 50 ff., in: BVerfGE

141, 1; zu sog. Treaty Overrides in dualistischen Rechtsordnungen auch DOUMA/ELLIFFE, General Report, in: Good faith in domestic and international law, CDFI 107b/2023 S. 16 und 22). Ausserdem ist es nach der Ansicht der OECD zumindest in der Tendenz mit den Abkommensverpflichtungen vereinbar, wenn ein Staat einen Sachverhalt gestützt auf eine innerstaatliche Anti-Missbrauchsregelung umqualifiziert, weil die Abkommensbestimmungen dann erst auf den fingierten Sachverhalt anzuwenden seien (vgl. OECD-MK, N. 79 zu Art. 1 OECD-MA [i.d.F. vom 21. November 2017] sowie N. 22.1 zu Art. 1 OECD-MA [i.d.F. vom 28. Januar 2003]; vgl. aber den ursprünglichen Vorbehalt der Schweiz hierzu in N. 27.9 zu Art. 1 OECD-MA [i.d.F. vom 28. Januar 2003]; kritisch auch ANDRÉS BÁEZ MORENO, GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the BGE 151 II 494 S. 522 Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6, Intertax 45/2017 S. 433 f.; DE BROE, a.a.O., S. 387; JONATHAN SCHWARZ, Schwarz on Tax Treaties, 6. Aufl. 2021, S. 479).

E. 14.2.3

Ungeachtet der teilweise unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen zeugen die vorstehenden Ausführungen von einer global weitgehend übereinstimmenden Praxis, steuerliche Vorteile zu verweigern, wenn Gestaltungen und Transaktionen als missbräuchlich erkannt werden, und dies auch und gerade dann, wenn die Voraussetzungen des Gesetzes oder des Abkommens für die Gewährung des steuerlichen Vorteils eigentlich erfüllt wären. Dieser internationale Konsens hat sich im Übrigen auch im 2013 initiierten und 2015 abgeschlossenen BEPS-Projekt (Base Erosion and Profit Shifting; Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung) der OECD und der G20 manifestiert. In dessen Rahmen haben sich die beteiligten Staaten im Sinne eines Mindeststandards verpflichtet, "ein Mindestmass an Schutz vor Treaty-Shopping zu schaffen" (vgl. OECD, Verhinderung der Gewährung von Abkommensvergünstigungen in unangemessenen Fällen, Aktionspunkt 6 - Abschlussbericht 2015, 2018, S. 10). Mit Blick auf diese Einigung und den daraus hervorgegangenen Art. 29 Abs. 9 OECD-MA ("principal purpose test"; i.d.F. vom 21. November 2017) sowie Art. 7 Abs. 1 des Multilateralen Übereinkommens vom 24. November 2016 zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Massnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (SR 0.671.1; nachfolgend: MLI) ist in der Literatur bereits die Meinung geäussert worden, der Missbrauchsvorbehalt habe sich zu einer Regel des Völkergewohnheitsrechts im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Bst. b IGH-Statut verfestigt (vgl. IRMA JOHANNA MOSQUERA VALDERRAMA, BEPS principal purpose test and customary international law, Leiden Journal of International Law 33/2020 S. 758 ff.).

E. 14.3

Unabhängig von diesen jüngsten Entwicklungen auf internationaler Ebene rechtfertigt sich in Anbetracht der tiefen Verankerung von Rechtsmissbrauchsverbot und Umgehungsvorbehalten in den meisten Steuerrechtsordnungen auf jeden Fall die Annahme eines allgemeinen Grundsatzes, dass sich auch im internationalen Steuerrecht nicht auf eine völkerrechtliche Rechtsposition berufen kann, wer sie zweckfremd und zum Nachteil der verpflichteten Partei ausüben sucht (vgl. in diesem Sinn bereits vor Jahrzehnten KLAUS VOGEL, Abkommensbindung und Missbrauchsabwehr, in: Steuerrecht, Festschrift Höhn, 1995, S. 472; DAVID A. WARD, Abuse of Tax BGE 151 II 494 S. 523 Treaties, Intertax 23/1995 S. 180 f.; jüngst auch HONGLER, a.a.O., S. 201 und 498; eher kritisch dagegen etwa DE BROE, a.a.O., S. 315; MATTEOTTI, Diss., a.a.O., S. 296 ff.).

E. 14.4

Gleich wie im Bereich des internationalen Investmentrechts (vgl. oben E. 13) gibt es sodann auch im internationalen Steuerrecht keinen überzeugenden Grund dafür, die Einrede aus dem Völkerrecht dem aus einem DBA verpflichteten Vertragsstaat zu verwehren, bloss weil sich nicht der andere Vertragsstaat selbst, sondern eine ihm zugehörige Person auf das Recht aus dem völkerrechtlichen Vertrag beruft. Denn einerseits hat das Bundesgericht nicht nur das Völkervertragsrecht, sondern das gesamte Völkerrecht zu beachten und anzuwenden, einschliesslich des Völkergewohnheitsrechts und der allgemeinen Regeln des Völkerrechts (vgl. BGE 133 II 450 E. 6.1; Urteil 2C_203/2023 vom 1. Juli 2024 E. 3.2). Andererseits ist nicht einzusehen, weswegen der allgemeine völkerrechtliche Grundsatz des Rechtsmissbrauchsverbots nur gegenüber Staaten und nicht gegenüber jedermann gelten sollte, der sich missbräuchlich auf eine völkerrechtliche Rechtsposition beruft. Deshalb spielt es hier auch keine Rolle, ob in Anbetracht der neuerdings vorgesehenen völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen in DBA (vgl. etwa Art. 25 Abs. 5 DBA CH-DK) aus den DBA-Entlastungsnormen völkerrechtliche Individualrechte gereift sind oder sich die Rechtsposition der einzelnen Person alleine von jener ihres Ansässigkeitsstaats ableitet, sie also völkerrechtlich nur begünstigt und nicht berechtigt ist (vgl. zu dieser Unterscheidung VERDROSS/SIMMA, a.a.O., § 423; vgl. auch BESSON, a.a.O., Rz. 697 ff.; VOLKER EPPING, in: Völkerrecht, 8. Aufl. 2024, § 9 Rz. 3). In beiden Fällen hat die im anderen Vertragsstaat ansässige Person die Einrede des Rechtsmissbrauchs gegen sich gelten zu lassen (vgl. auch VOGEL, a.a.O., N. 190 zu Einleitung; kritisch DE BROE, a.a.O., S. 307, allerdings primär mit Bezug auf Art. 26 VRK, der nur die Vertragsstaaten binden könne).

E. 15

Wenn also die Einrede des Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchs einem Anspruch auf Entlastung aus einem DBA entgegen gehalten werden kann, müssen die Voraussetzungen dieser Einrede definiert werden.

E. 15.1

Sowohl das Bundesgericht im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als auch der Internationale Gerichtshof und der Ständige Internationale Gerichtshof haben stets betont, dass es sich bei BGE 151 II 494 S. 524 der Einrede des Rechtsmissbrauchs um ein Ausnahmekorrektiv handelt. Es ist deshalb nur zurückhaltend von einem Rechtsmissbrauch auszugehen (vgl. zum internen Recht gleichermassen auch BGE 144 III 407 E. 4.2.3; BGE 143 III 279 E. 3.1). Ein solcher kann nicht leichthin angenommen werden; es obliegt der Partei, die sich auf den Rechtsmissbrauch beruft, die Voraussetzungen der Einrede zu beweisen (vgl. BGE 148 III 330 E. 5.2.4; Urteile des IGH vom 30. März 2023 *Certains actifs iraniens* [Islamische Republik Iran gegen USA], § 92 f.; des StIGH vom 25. Mai 1926 *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* [Deutschland gegen Polen], 1925 C.P.I.J. Recueil [Série A] Nr. 7, S. 30). Die Einrede des Rechtsmissbrauchs kommt laut dem Internationalen Gerichtshof nur in Betracht, wenn eine Partei versucht, Rechte zu anderen Zwecken als denjenigen auszuüben, für welche die fraglichen Rechte begründet wurden, und dass sie dies zum Nachteil der verpflichteten Partei tut (Urteil des IGH vom 30. März 2023 *Certains actifs iraniens* [Islamische Republik Iran gegen USA], § 93). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Missbrauch eines Investitionsschutzabkommens zu vermuten, wenn ein Investor durch eine Umstrukturierung seiner Investition in den Anwendungsbereich des Abkommens gelangt und zum Zeitpunkt

der Umstrukturierung für einen vernünftigen Investor in der gleichen Situation der Rechtsstreit bereits vorhersehbar war (vgl. BGE 148 III 330 E. 5.2.4).

E. 15.2

Laut dem OECD-MK ist ein Abkommensmissbrauch auch im internationalen Steuerrecht nicht leichthin anzunehmen, wobei sich die Ausführungen im OECD-MK seiner Funktion gemäss eher auf die Auslegung des OECD-MA bzw. der darauf basierenden DBA beziehen. Ein Leitprinzip ("guiding principle"; "principe directeur") soll dabei sein, dass Abkommensvorteile nicht verfügbar sein sollen, wenn das Erlangen einer steuergünstigeren Position einer der Hauptzwecke der betroffenen Transaktion oder Gestaltung war und die Gewährung des Abkommensvorteils Ziel und Zweck der einschlägigen Bestimmungen zuwiderlaufen würde (vgl. OECD-MK, N. 61 [i.d.F. vom 21. November 2017] bzw. N. 9.5 [i.d.F. vom 28. Januar 2003] zu Art. 1 OECD-MA; vgl. auch Art. 29 Abs. 9 OECD-MA [i.d.F. vom 21. November 2017] und Art. 7 Abs. 1 MLI).

E. 15.3

Nationale allgemeine Anti-Missbrauchsregelungen setzen unterschiedliche Kriterien ein, um die zu korrigierenden Missbräuche zu identifizieren. Gewisse Staaten stützen darauf ab, ob eine Gestaltung oder Transaktion objektiv als künstlich oder ungewöhnlich BGE 151 II 494 S. 525 erscheint, während andere stattdessen oder zusätzlich berücksichtigen, ob die involvierten Personen ausschliesslich oder hauptsächlich steuerlich motiviert waren. Ein essenzieller Bestandteil jeder allgemeinen Anti-Missbrauchsregelung ist sodann der steuerliche Vorteil, der aus der Gestaltung oder Transaktion resultiert und der üblicherweise mit einem Vergleich der steuerlichen Position mit und ohne die missbräuchliche Gestaltung und Transaktion ermittelt wird (vgl. ROSENBLATT/TRON, a.a.O., S. 18 ff.; vgl. auch KREVER, a.a.O., S. 4 ff.).

E. 15.4

Wie OSTERLOH-KONRAD mit Bezug auf vier repräsentative Rechtsordnungen (Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und USA) aufgezeigt hat, haben allgemeine Anti-Missbrauchsregelungen im Kern regelmässig zweierlei gemeinsam: Erstens zielen sie auf Gestaltungen und Transaktionen, welche die auslegungsweise ermittelten Voraussetzungen einer gesetzlichen oder völkerrechtlichen Norm für einen steuerlichen Vorteil erfüllen, obgleich die Gewährung dieses Vorteils mit dem Normzweck nicht vereinbar ist (vgl. OSTERLOH-KONRAD, a.a.O., S. 580 f. und 644 ff., die von einer Divergenz zwischen Wortsinn und Telos bzw. Normzweck spricht und den Gestaltungsmissbrauch bzw. die Steuerumgehung dementsprechend als Divergenzphänomen bezeichnet). Zweitens begnügen sich allgemeine Anti-Missbrauchsregelungen regelmässig nicht mit der Divergenz zwischen Wortsinn und Normzweck alleine, sondern fordern für eine Korrektur das Hinzutreten besonderer Merkmale (z.B. besonders grosse Abweichung zum Normzweck, Künstlichkeit der Gestaltung, steuerliche Motivation; vgl. OSTERLOH-KONRAD, a.a.O., S. 650 ff.).

E. 15.5

Dieses Muster lässt sich auch in den vorstehenden Umschreibungen der Voraussetzungen des völkerrechtlichen Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchsverbots erkennen, die zusätzlich zur zweckfremden Ausübung einer Rechtsposition vor allem auf die Motivation der berechtigten Partei abstellen und bei der Annahme eines Rechtsmissbrauchs zur Zurückhaltung mahnen. Überall geht es letztlich darum sicherzustellen, dass die aus dem

Gesetzes- oder Vertragstext fliessenden Erwartungen auch bei einer zweckfremden Berufung auf die Norm nur aus qualifizierten Gründen enttäuscht werden sollen, mithin um eine Abwägung der Interessen an der Rechtssicherheit einerseits und an der zweckkonformen Durchsetzung der Norm andererseits (vgl. auch OSTERLOH-KONRAD, a.a.O., S. 613). Diese zwei Elemente kommen denn auch in der Definition zum Ausdruck, die das Bundesgericht dem Abkommensmissbrauch in BGE 151 II 494 S. 526 seiner publizierten Rechtsprechung zum internationalen Steuerrecht gegeben hat: Es hat den Abkommensmissbrauch als Situation definiert, in welcher a) der begehrte Abkommensvorteil einer nicht abkommensberechtigten Person unter Umständen zugute kommt, unter denen die Staatsvertragsparteien die Entlastung von der Quellensteuer nicht vereinbaren wollten und b) der Ansässigkeitsstaat nach dem Grundsatz von Treu und Glauben diese Entlastung von seinem Vertragspartner nicht erwarten darf (vgl. BGE 113 Ib 195 E. 4c; vgl. auch BGE 94 I 659 E. 4). Erforderlich ist danach also regelmässig einerseits eine zweckfremde Verwendung der Entlastungsnorm, insbesondere die Weiterleitung von Abkommensvorteilen an Personen, die nicht vom Abkommen profitieren sollen (vgl. auch BGE 94 I 659 E. 4). Andererseits muss die Verweigerung der Erfüllung der völkerrechtlichen Pflicht mit Treu und Glauben vereinbar sein, wobei diese zweite Bedingung im Lichte der Funktion der Rechtsmissbrauchseinrede als ultima ratio streng zu handhaben ist.

E. 15.6

Im Rahmen der Auslegung von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK hat sich gezeigt, dass die Gewährung der Abkommensvorteile im vorliegenden Fall der Zielsetzung des Abkommens im Allgemeinen und der konkreten Entlastungsnorm im Besonderen fremd wäre (vgl. oben E. 10.2). Dies erlaubt der Schweiz als verpflichteter Partei indes nach dem Gesagten noch nicht, den Abkommensvorteil gestützt auf die Einrede des Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchs zu verweigern. Erforderlich ist zusätzlich, dass die Verweigerung des Abkommensvorteils mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Einklang steht. Mit diesem Grundsatz wäre es namentlich regelmässig nicht vereinbar, wenn der völkervertraglich verpflichtete Vertragsstaat - hier die Schweiz - einer ihm zugehörigen Person in einer vergleichbaren Situation den gleichen steuerlichen Vorteil gewähren würde, also insbesondere eine vergleichbare Gestaltung oder Transaktion einer ansässigen Person nicht für missbräuchlich halten würde. Denn in diesem Fall könnte der verpflichtete Vertragsstaat seinerseits gegenüber dem berechtigten Vertragsstaat und der ihm zugehörigen Person nicht in guten Treuen geltend machen, deren Berufung auf die Entlastungsnorm eines DBA sei rechtsmissbräuchlich. Eine solche Prüfung des internationalen Sachverhalts anhand der innerstaatlichen Anti-Missbrauchsregelungen stimmt im Übrigen auch mit der Praxis vieler Staaten überein, auch wenn die dogmatischen Grundlagen dafür variieren (vgl. dazu oben E. 14.2.2). BGE 151 II 494 S. 527

E. 16

Die Gestaltung oder Transaktion ist also darauf zu prüfen, inwieweit ihr nach den innerstaatlichen Anti-Missbrauchsregelungen der steuerliche Vorteil versagt bliebe. Als solche Regelung kommt hier das Verbot der Steuerumgehung in Betracht.

E. 16.1

Dieses Verbot ist im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ausdrücklich in Art. 21 Abs. 2 VStG niedergelegt (vgl. zuvor ebenso bereits Art. 7 Abs. 2

des Bundesratsbeschlusses vom 1. September 1943 über die Verrechnungssteuer [BS 6 326]), findet aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz im ganzen Steuerrecht auch ohne ausdrückliche Vorschrift Anwendung (vgl. BGE 149 II 462 E. 2.2.4 [Emissionsabgabe], BGE 149 II 53 E. 3.6.3 [Mehrwertsteuer]; BGE 148 II 189 E. 3.4.5 [direkte Bundessteuer]). Soweit mit dem Völkerrecht vereinbar, ist er auch auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im internationalen Verhältnis anwendbar (vgl. zur Kongruenz des allgemeinen Rechtsgrundsatzes mit Art. 21 Abs. 2 VStG Urteil 2C_354/2018 vom 20. April 2020 E. 4.2.1; vgl. auch JUNG, a.a.O., S. 17 f. und 20 f.).

E. 16.2

Eine Steuerumgehung liegt vor, wenn (a) eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich ("insolite"), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint (sog. objektives Element), wenn zudem (b) anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären (sog. subjektives Element), und wenn (c) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingenommen würde (sog. effektives Element). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Sind die Voraussetzungen der Steuerumgehung erfüllt, so ist der Besteuerung diejenige Rechtsgestaltung zugrunde zu legen, die sachgerecht gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen. Eine Steuerumgehung kommt nur in ganz ausserordentlichen Situationen infrage, namentlich wenn die gewählte Rechtsgestaltung (objektives Element) - abgesehen von den steuerlichen Aspekten - jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegt. Das subjektive Element erweist sich insofern als entscheidend, als die Annahme einer Steuerumgehung ausgeschlossen bleibt, wenn andere als blosse Steuerersparnisgründe bei der Rechtsgestaltung eine relevante Rolle spielen (BGE 149 II 53 E. 5.2.1; BGE 148 II 233 E. 5.2; BGE 146 II 97 E. 2.6.2). BGE 151 II 494 S. 528

E. 16.3.1

Die hier zu beurteilende Gestaltung erfüllt jedenfalls das effektive Element der Steuerumgehung. Die von der Beschwerdeführerin beantragte vollständige Rückerstattung der Verrechnungssteuer würde begriffsnotwendig eine erhebliche Steuerersparnis bedeuten, wenn die Rückerstattung bei einer anderen, sachgerechten Rechtsgestaltung nicht erhältlich gewesen wäre (vgl. auch Art. 21 Abs. 2 VStG).

E. 16.3.2

Weniger klar ist die Situation hingegen in Bezug auf die anderen beiden Elemente, zumal die Vorinstanz die Frage des Abkommensmissbrauchs nicht geprüft hat. Aus ihren Feststellungen zur Nutzungsberechtigung und den Akten (Art. 105 Abs. 2 BGG) ergeben sich immerhin gewisse Anhaltspunkte dafür, dass die streitbetroffenen Gestaltungen ungewöhnlich und durch die Steuerersparnis bzw. durch den Abkommensvorteil motiviert gewesen sein könnten.

E. 16.3.3

Es wurde bereits festgehalten, dass die Zahlungen unter den Swaps eng mit den Zinseinkünften aus den Bundesanleihen zusammenhängen (vgl. oben E. 10.2). Ob die Gestaltungen ungewöhnlich waren, ist folglich anhand einer Gesamtbetrachtung zu prüfen.

E. 16.3.4

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Zahlungen in Schweizer Franken, welche die Beschwerdeführerin von den Gegenparteien zu Beginn der Laufzeit der Swap-Verträge erhielt, den Erwerb der Bundesanleihen im Umfang der Aufschlagszahlungen (Differenz zwischen dem Nominalwert der erworbenen Anleihenstranche und ihrem Marktwert zuzüglich Marchzins; vgl. Sachverhalt Bst. A.a) finanzierten. Es ist zumindest wahrscheinlich, dass sich die Zinsänderungs- und Wechselkursrisiken auf den Bundesanleihen auch anders - d.h. ohne diese Bevorschussung - hätten absichern lassen. Jedenfalls weckt die teilweise Finanzierung Zweifel daran, dass es der Beschwerdeführerin wirklich um die Anlage überschüssiger Liquidität ging und sie die einzelnen Anleihenstranchen - und damit die verrechnungssteuerbelasteten Zinseinkünfte einschliesslich des allfälligen Steuerrückerstattungsanspruchs - auch ohne den korrespondierenden, möglicherweise ungewöhnlich vorteilhaften Swap-Vertrag erworben hätte.

E. 16.3.5

Nach der Darstellung der Beschwerdeführerin soll die Höhe des Spreads, den die Beschwerdeführerin von den Gegenparteien zusätzlich zum USD-Libor-Zins erhielt, praktisch ausschliesslich auf BGE 151 II 494 S. 529 die damals besonders hohe Liquidität des Schweizer Frankens im Markt zurückzuführen sein. Die Beschwerdeführerin setzt sich damit jedoch in Widerspruch zu den Erläuterungen einer dänischen Bank, die sie selbst eingeholt hat und auf die sie in ihrer Beschwerde verweist. Diese hat sinngemäss ausgeführt, dass die Liquidität der Währungen bzw. Angebot und Nachfrage danach im Markt das Pricing bei einem reinen Währungsswap bestimme. Bei einem Zinsswap hänge der Spread derweil nicht zuletzt vom Coupon ab. Bei kombinierten Cross-Currency Rate Swaps, wie sie hier im Streit liegen, werde der Spread von beiden (und weiteren) Faktoren beeinflusst. Vor dem Hintergrund dieser Erläuterungen ist es zumindest wahrscheinlich, dass die Spreads anders - d.h. für die Beschwerdeführerin weniger günstig - ausgefallen wären, wenn beispielsweise nicht mit dem Brutto-, sondern mit dem Netto-Coupon (d.h. unter Abzug der Verrechnungssteuer) gerechnet worden wäre, die antizipierten Abkommensvorteile also nicht weitergeleitet worden wären.

E. 16.3.6

Für die Annahme der Steuerumgehung ist es aber ohnehin nicht zwingend erforderlich, dass die Beschwerdeführerin selbst aus der ungewöhnlichen Gestaltung einen direkten Vorteil gezogen bzw. angestrebt hat. Bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ist es geradezu typisch, dass der vermeintliche Rückerstattungsbeneficiär bzw. der Antragsteller nicht der alleinige und selten der hauptsächliche Profiteur der Umgehung ist (vgl. BGE 147 II 338 E. 3.3; Urteile 2C_359/2022 vom 13. September 2022 E. 6.2; 2C_470/2018 vom 5. Oktober 2018 E. 6.3.2). Folglich kann es nicht alleine auf seine Motivationslage ankommen. Das ergibt sich im Übrigen auch aus dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 2 VStG. Dieser stellt nicht auf die Umgehungsabsicht des Rückerstattungsbeneficiärs ab, sondern schliesst die Rückerstattung generell aus, wenn "sie zu einer Steuerumgehung führen würde" (noch strenger die romanischen Sprachfassungen: "[...] il pourrait permettre d'éluder un impôt"; "[...] la sua concessione consentirebbe d'eludere un'imposta"). Vor diesem Hintergrund würde es hier für die Annahme des subjektiven Merkmals der Steuerumgehung bereits genügen, wenn der Steuervorteil - die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK - wenigstens diejenige Person zur Mitwirkung an

der Gestaltung motiviert hatte, der er schliesslich indirekt via die Swap-Gegenparteien zugeflossen ist. Der Beschwerdeführerin als Antragstellerin kann die Steuerumgehung jedenfalls dann entgegen gehalten werden, wenn sie in relevanter Weise davon Kenntnis hatte oder BGE 151 II 494 S. 530 daran mitgewirkt hat (vgl. Urteil 2A.660/2006 vom 8. Juni 2007 E. 5.3, 5.4.3 und 5.6, in: ASA 77 S. 554, StR 63/2008 S. 643).

E. 16.4

Trotz dieser Anhaltspunkte lassen die Feststellungen der Vorinstanz und die Akten insgesamt noch keine abschliessende Beurteilung der Frage der Steuerumgehung zu. Es sind dafür weitere Abklärungen erforderlich, namentlich zu folgenden Punkten.

E. 16.4.1

In Bezug auf das objektive Merkmal der Steuerumgehung (Ungewöhnlichkeit der Gestaltung) ist näher zu untersuchen, ob die Konditionen der Swaps im Marktvergleich untypisch bzw. besonders günstig waren und sie von den Konditionen abwichen, die von Anbietern erhältlich gewesen wären, die erstens selbst zur vollen Rückerstattung berechtigt gewesen wären und zweitens die Zinsen aus den Bundesanleihen nicht erneut weitergeleitet hätten. Ferner ist zu klären, welchen wirtschaftlichen Nutzen die Beschwerdeführerin aus der Anlage in die Bundesanleihen zog, ob sie diesen oder einen ähnlichen Nutzen auch auf andere Weise hätte erzielen können und ob sie die durch den Erwerb der Bundesanleihen eingegangenen Risiken so hätte absichern können, dass es nicht zu einer Weiterleitung der (antizipierten) Abkommensvorteile gekommen wäre.

E. 16.4.2

Für die Frage der Umgehungsabsicht ist es sodann von Interesse, ob die Gegenparteien der Swaps ihrerseits die Zahlungsströme aus den Bundesanleihen und insbesondere die antizipierten Abkommensvorteile weitergeleitet haben und ob die allfälligen Endempfänger der Zahlungsströme mit den Personen identisch sind, von denen die Beschwerdeführerin über den bzw. über die Broker die fünf Tranchen an den Bundesanleihen gekauft hatte. Zudem sind die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten geschäftlichen Gründe für den Erwerb der Bundesanleihen näher zu prüfen.

E. 16.4.3

Im Hinblick auf diese Untersuchungen ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht betreffend das DBA CH-DK bislang offengelassen hat, ob eine Verletzung der Mitwirkungspflicht die Verwirkung des Rückerstattungsanspruchs analog Art. 48 Abs. 2 VStG nach sich zieht, obschon die Verordnung vom 18. Dezember 1974 zum schweizerisch-dänischen Doppelbesteuerungsabkommen (VO DBA CH-DK; SR 672.931.41) diese Rechtsfolge nicht vorsieht (vgl. zu anderen DBA Urteile 2C_936/2017 vom 22. August 2019 E. 8.4 und 9.10; 2C_964/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4 und 6.3). Immerhin hat es das Bundesgericht aber für zulässig gehalten, die Nichtoffenlegung der Gegenparteien zum Nachteil der Antragstellerin zu BGE 151 II 494 S. 531 würdigen. Dass der Broker die Herausgabe der Information verweigerte, hatte sich die Antragstellerin selbst zuzuschreiben, da sie selbst den Broker dazwischen geschaltet hatte (Urteil 2C_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 8.3.3, 8.3.4 und 8.4.3). Die ungenügende Mitwirkung im Rückerstattungsverfahren dürfte zwar für sich genommen unter gewöhnlichen Umständen nur selten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Schluss zulassen, dass die fragliche Gestaltung oder Transaktion von einer Umgehungsabsicht getragen war. Allerdings ist die Beweisführung über diesen Punkt für die Steuerbehörde bei komplexen

Finanzstrukturen erfahrungsgemäss besonders schwierig. Es würde vorliegend deshalb bereits genügen, wenn die steuerliche Motivation in Anbetracht der gesamten Umstände - einschliesslich der Mitwirkung im Rückerstattungsverfahren - als überwiegend wahrscheinlich erscheint (vgl. BGE 150 II 321 E. 3.6.4).

E. 17

Zusammengefasst lässt sich anhand der Feststellungen der Vorinstanz nicht abschliessend beurteilen, ob die Gestaltung die Voraussetzungen der Steuerumgehung erfüllt. Es ist absehbar, dass die Untersuchung und Beantwortung dieser Fragen einen gewissen Aufwand verursachen wird. Möglicherweise müssen gewisse der aufgeworfenen Fragen von einer Finanzexpertin oder einem Finanzexperten begutachtet werden, damit die Vorinstanz abschliessend feststellen kann, ob die Gestaltung absonderlich und von einer Umgehungs- bzw. Missbrauchsabsicht getragen war. Die Sache ist folglich an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die erforderlichen Untersuchungen vornimmt (Art. 107 Abs. 2 BGG). Falls die Vorinstanz zum Schluss kommt, dass die Voraussetzungen der Steuerumgehung nicht erfüllt sind, könnte die Schweiz der Beschwerdeführerin nicht in guten Treuen einen Rechts- bzw. Abkommensmissbrauch vorwerfen und müsste die beantragte Rückerstattung folglich gewährt werden. Falls die Voraussetzungen der Steuerumgehung hingegen erfüllt sein sollten, müsste sodann im Lichte der Funktion des Rechtsmissbrauchsverbots als ultima ratio geprüft werden, ob sich etwa aus dem Verhalten der Vertragsstaaten oder der Motivation der Beschwerdeführerin andere Gründe ergeben, welche die Rechtsmissbrauchseinrede der Schweiz ausschliessen könnten. Obschon das Institut der Steuerumgehung zumindest einen Grossteil der Voraussetzungen abdeckt, unter denen Staaten gemeinhin Abkommensvorteile verweigern (vgl. oben E. 15.3), ist nicht a priori ausgeschlossen, dass es im Einzelfall weitere Argumente geben könnte, welche BGE 151 II 494 S. 532 die Einrede des Rechtsmissbrauchs entkräften könnten, beispielsweise indem sie die Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot seitens der Schweiz als treuwidrig erscheinen lassen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.