



Universität St.Gallen

Institut für Law and Economics

Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

Peter Brülisauer

Sitz versus Verwaltung im interkantonalen und im internationalen Verhältnis

Unter besonderer Berücksichtigung der Sitzverlegung einer «klassischen» Sitzgesellschaft im internationalen Konzern

Livio Bucher

Anrechnung von ausländischen Quellensteuern unter Pillar 2

Nils Harbeke

Zur Debatte «Nutzungsberechtigung und Finanzinstrumente»

Was folgt auf BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023?

Peter Hongler/

Simon Kempny/

Matthias Valta

Thesen zur gleichheitsgrundrechtlichen Bedeutung des Leistungsfähigkeitsprinzips

Eine gemeinsame Anregung zur verfassungsrechtsdogmatischen Rückbesinnung von bundesdeutscher und schweizerischer Warte

Stefan Oesterhelt/

Andrea Opel

Rechtsprechung 2024/2

Henk Fenners/

Heinz Baumgartner/

Pascal Duss

Gesetzgebungs-Agenda 2024/2

2024/2

Zur Debatte «Nutzungsberechtigung und Finanzinstrumente»

Was folgt auf BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023?

Nils Harbeke



*Nils Harbeke, Rechtsanwalt,
dipl. Steuerexperte,
Partner bei Pestalozzi
Rechtsanwälte AG**

Der Begriff der Nutzungsberechtigung ist praxisgemäss nach Massgabe einer «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» («substance over form») auszulegen.

Im Entscheid BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023 hat sich das Bundesverwaltungsgericht abermals mit der Frage der Nutzungsberechtigung im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten (einem Zins- und Währungsswap mit Bezug auf eine schweizerische Bundesanleihe) befasst.

Dieser Beitrag fragt nach der künftigen Ausformung des Kriteriums der Nutzungsberechtigung – vorliegend spezifisch im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten. Inwiefern kann oder sollte das Kriterium der Nutzungsberechtigung allenfalls («nur») als eine Säule eines Antimissbrauchskonzepts verstanden werden?

Im Spezialfall der Auslegungsmethodik in der Form der «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» liegt – auch – eine Antimissbrauchsbetrachtung zugrunde. Auf solcher Grundlage blieben wohl nur wenige Fälle, in denen eine Prüfung des Kriteriums der Nutzungsberechtigung ganz ohne Bezug zum Missbrauchsvorbehalt (Steuerumgehungsvorbehalt) erfolgen könnte.

La notion de droit de jouissance doit être interprétée, conformément à la pratique, selon une «approche économique» («substance over form»).

Dans son arrêt A-2121/2020 du 4.9.2023, le Tribunal administratif fédéral s'est à nouveau penché sur la question du droit de jouissance en relation avec des instruments financiers (un swap de taux d'intérêt et de devises portant sur un emprunt de la Confédération suisse).

La présente contribution s'interroge sur la forme que prendra à l'avenir le critère du droit de jouissance, en particulier dans le contexte des instruments financiers. Dans quelle mesure le critère du droit de jouissance peut-il ou doit-il éventuellement («seulement») être compris comme le fondement d'un concept anti-abus?

Dans le cas d'espèce, l'approche anti-abus constitue (aussi) la base de la méthode d'interprétation selon «l'approche économique». Il ne resterait donc que peu de cas dans lesquels un examen du critère du droit de jouissance pourrait être effectué sans aucun lien avec la réserve de l'abus (réserve de l'évasion fiscale).

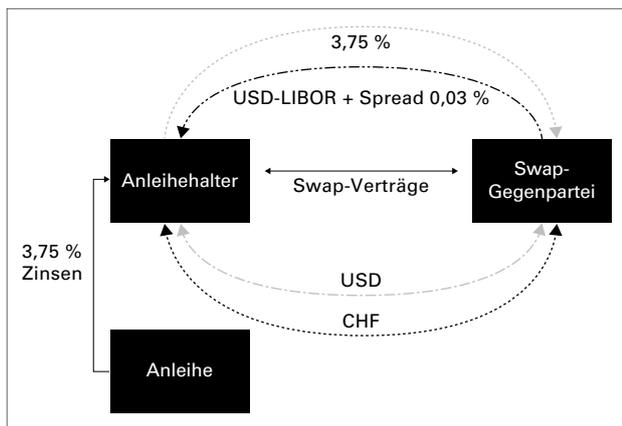
* Der Autor dankt Karen Gisler, MLaw, Associate, und Dr. iur. Búsra Beceren, Rechtsanwältin, Associate, beide Pestalozzi Rechtsanwälte AG, für juristische Recherchen und Redaktion.

Inhalt

1	Worum ging es im Fall BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023?	155
2	Weshalb halten Anleger Anleihe-Swap-Kombinationen?	156
3	Was ist «Nutzungsberechtigung»?	156
3.1	Allgemein-abstrakte Definition	156
3.2	«Wirtschaftliche Betrachtungsweise»	156
3.3	Rechtliche Wertung	157
4	Aspekte zum Sachverhalt BVGer A-2121/2020	158
4.1	Relativität von Risiko (und Absicherung)	158
4.2	Yield to Maturity	159
4.3	Anleihespezifische Risiken	161
4.4	«Finanzierungscharakter» einer Transaktion	162
5	Schlussbemerkung	163
	Literatur	165
	Materialien	165

1 Worum ging es im Fall BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023?

Dem Entscheid¹ BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023 lag vereinfacht folgender Sachverhalt zugrunde:²



Grafik 1: BVGer 4.9.2023, A-2121/2020

Ein in Dänemark ansässiges Finanzinstitut suchte eine Anlagemöglichkeit für Liquidität in US-Dollar. Das dänische Finanzinstitut erwarb ausserbörslich («OTC») im Sekundärmarkt festverzinsliche schweizerische CHF-Bundesanleihen. Aufgrund des damaligen Marktumfelds lag der Marktpreis der Bundesanleihen über deren Nominalwert; zudem waren Marchzinsen aufgelaufen.³ Zum Erwerb der Bundesanleihen tauschte das dänische Finanzinstitut USD-Liquidität in Schweizer Franken. Das dänische Finanzinstitut wollte die gesamten Geldflüsse aus der Anlage in die Bundesanleihen bis zur vollständigen Rückzahlung gegen Währungsschwankungen des Schweizer Francs gegenüber dem US-Dollar absichern. Ausserdem sollte in Bezug auf den Festzins der Bundesanleihen eine Absicherung des Zinsänderungsrisikos erfolgen. Um dies zu erreichen, schloss das dänische Finanzinstitut Swap-Verträge ab (Currency und Interest Swap), die in der Terminierung auf den Erwerb und die Haltedauer (die der Restlaufzeit der Anleihen entsprach, «hold to maturity»)⁴ inklusive Rückzahlung der jeweiligen Anleihe abgestimmt waren.

In seinem Entscheid BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Sichtweise der ESTV, wonach die Swap-Verträge zu einer «schädlichen Weiterleitung» der Zinserträge aus der Bundesanleihe führten, sodass die Halterin der Bundesanleihen hinsichtlich der Zinserträge nicht «Nutzungsberechtigte» (iSv Art. 11 Abs. 1 DBA-DK) sei.⁵ Der Fall ist zwischenzeitlich vor Bundesgericht hängig.

1 Dem Entscheid BVGer A-2121/2020 vom 4.9.2023 war eine Reihe anderer Entscheide zu Sachverhalten vorausgegangen, die ebenfalls den Einsatz von Finanzinstrumenten betrafen: BGE 141 II 447 (Total Return Swap im DBA-Kontext); BGer 5.5.2015, 2C_895/2012 (SMI-Futures im DBA-Kontext); BGer 2.10.2015, 2C_383/2013 (SMI-Futures im Inland-Kontext); BGer 19.5.2020, 2C_880/2018 (Derivate im DBA-Kontext); zu dieser Rechtsprechung NORDIN/SCHUDEL, Finanzprodukte und Verrechnungssteuerrückerstattung – ausgewählte Aspekte, 43 ff.
 2 BVGer 4.9.2023, A-2121/2020, E. 3.3.1.1, 3.3.2 f.; AEBI/MANY, Entscheidübersicht 6-2023, 899 f. Details zu den Swap-Konditionen sind im Entscheid nicht wiedergegeben. Spreads werden erwähnt (BVGer 4.9.2023, A-2121/2020, E. 3.1.1.1, 3.1.2.2, 3.3.5.2 a.), USD-LIBOR Spreads als Teil der Tatsachenzusammenfassung des Bundesverwaltungsgerichts (E. 3.3.2), jedoch nicht erklärt. Es wird erwähnt, dass die ESTV vorbrachte, mit den Anleihe-Swap-Kombinationen habe eine Duration mit einem Wert von null resultiert (E. 3.3.5.2 a.).

3 BVGer 4.9.2023, A-2121/2020, E. 3.3.2.
 4 Vgl. BVGer 4.9.2023, A-2121/2020, E. 3.3.5.2 a.
 5 BVGer 4.9.2023, A-2121/2020, E. 3.3.5 f.