

**BUNDESAMT
FÜR
FINANZEN**

Bundesamt für Finanzen, 53221 Bonn

Bundesministerium
der Finanzen

- Referat IV C 6 -

nachrichtlich:

- Referat IV C 2 -
- Referat IV D 6 -

"Dividenden-Stripping";
Institut der Wertpapierleihe

BMF-Schreiben vom 14.5.1999 - IV C 2 - S 1910 - 413/99

BE: [REDACTED]
BV: [REDACTED]

1. Anlaß des Berichtes

Das Referat IV C 2 hatte das Bundesamt für Finanzen gebeten, zur steuerlichen Behandlung der Wertpapierleihe und ähnlicher Transaktionen vor dem Hintergrund der Einführung des § 6 Abs. 6 S. 1 EStG durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 zu berichten.

Eine kritische Betrachtung der Wertpapierleihe sollte sich aber nicht auf deren bilanzielle Einordnung beschränken. Ich nehme deshalb die Berichtsaufforderung des Referates IV C 2 zum Anlaß, mich vorab schon mit der Wertpapierleihe als "Vehikel" beim Dividenden-Stripping auseinanderzusetzen. Mein Bericht zu den Bilanzierungsfragen folgt in Kürze.

In der Praxis der Bankenprüfung des BfF mehren sich die Fälle, in denen Wertpapierleihgeschäfte im Rahmen des sog. Dividenden-Stripping Einsatz finden.

Zum "Dividenden-Stripping" hatte ich bereits im Bericht vom 21.04.1998 (Bp II 4 - S 2189 - 3/98) in den Tz. 1.3, 1.7 und 1.8. Stellung genommen. In diesem Bericht sollen die neueren Entwicklungen beleuchtet werden.

Kopie für Bp II 42

MAT-A-BZSt-4-1

Ordner 7 von 11

Großkundenadresse: 53221 Bonn
Hausadresse: 53225 Bonn-Beuel, Friedhofstraße 1

Telefon (0228) 406-0
Telefax (0228) 406- [REDACTED]

Gleitende Arbeitszeit
Kernzeit:
Mo-Do 8.15-15.15 Uhr
Fr 8.00-14.00 Uhr

000019

X.400: C=DE; A=BUND400; P=DFINV; O=BFF; S=POSTSTELLE

Durchwahl: 406- [REDACTED]

Geschäftszeichen - bitte bei Antwort angeben -:

- Bp II 4 - S 2189 - 2/99 -

29. Juli 1999

000020

2. Bedeutung der Wertpapierleihe am Finanzplatz Deutschland

Wertpapierleihgeschäfte haben seit der Einführung der Deutschen Termin Börse (DTB) und der Einrichtung eines Wertpapierleihsystemes durch den Deutschen Kassenverein (jetzt Deutsche Börse Clearing AG) verstärkt an Bedeutung gewonnen.

An diesem Wertpapierleihsystem können sich nur Kreditinstitute beteiligen. Vertragsbeziehungen entstehen dabei ausschließlich zwischen der Deutschen Börse Clearing AG und dem verleihenden bzw. entleihenden Kreditinstitut.

Zwischen dem Inhaber der Wertpapiere und seiner am Leihsystem teilnehmenden Depotbank besteht ein Kommissionsverhältnis gem. §§ 383, 406 HGB, welches sich aus den Sonderbedingungen für Wertpapierleihgeschäfte als AGB ergibt.

Voraussetzung für die Teilnahme am Leihsystem ist das Erbringen einer Sicherheitsleistung gegenüber der Deutschen Börse Clearing.

Diese institutionalisierte und standardisierte Leihe ist auf sechs Monate begrenzt und sieht vor, daß die Wertpapiere grundsätzlich vor dem Dividendenstichtag zurückgegeben werden. Für den Fall, daß dieser Termin nicht eingehalten wird, ist der Entleiher zur Leistung einer Ausgleichszahlung in Höhe der erhaltenen Dividende verpflichtet.

Neben der beschriebenen standardisierten Wertpapierleihe im System der Deutschen Börse Clearing gibt es eine individuelle Leihe, die sog. OTC-Leihe (Over the Counter-Leihe), bei der zwischen Verleiher und Entleiher direkte Vertragsbeziehungen entstehen. Sie ist oftmals mit der Gestellung von Sicherheiten durch den Entleiher verbunden; im Rahmen internationaler Leihverträge ist das Erbringen von Sicherheiten die Regel.

Die Motive zum Abschluß von Wertpapierleihgeschäften sind insbesondere der Wunsch des Verleihers,

- die Rendite seines sonst ruhenden Wertpapierbestandes zu steigern,
- sich Liquidität zu beschaffen und
- Bilanzkennzahlen zu verändern,

sowie auf seiten des Entleihers die Möglichkeit

- der Überbrückung von technischen Lieferverzögerungen bei eigenen Wertpapiergeschäften mit Dritten,
- der Deckung von Leerverkäufen (short sale),
- der Arbitrage zwischen Kassa- und Terminmarkt,
- der Deckung der Lieferverpflichtung des Stillhalters in Wertpapieren oder Kurssicherung des Stillhalters in Geld bei Optionsgeschäften,

000021

- der Deckung der Lieferverpflichtung in Wertpapieren oder Kurssicherung des Käufers bei Future- oder Forward-Geschäften,
- eines Sicherungsgeschäftes für den Verkäufer einer Verkaufsoption durch den Verkauf der Papiere im Kassamarkt vor Ausübung der Option,

- der Spekulation, indem entliehene Wertpapiere in der Erwartung veräußert werden, daß die Eindeckung zur Erfüllung der Rückgabeverpflichtung zu gesunkenen Kursen möglich sein wird.

3. Wesen der Wertpapierleihe

Bei der Wertpapierleihe handelt es sich zivilrechtlich nicht um eine Leihe, sondern um ein Sachdarlehen i. S. d. § 607 BGB. Gegenstand eines Darlehens kann jede vertretbare Sache sein. Da es sich bei börsennotierten Wertpapieren um vertretbare Sachen handelt, können über diese Darlehensgeschäfte abgeschlossen werden. Durch den Wertpapierdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer Wertpapiere der vereinbarten Gattung und Menge darlehensweise zu übertragen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darlehensgeber am Ende der vereinbarten Laufzeit des Wertpapierdarlehens Wertpapiere gleicher Art und Güte wie die erhaltenen zurückzuübertragen. Als Vergütung für die darlehensweise Überlassung schuldet der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber ein auf die Laufzeit des Darlehens bemessenes Entgelt. Im Einzelfall kann vereinbart werden, (zwingend bei Wertpapierdarlehen deutscher Kapitalanlagegesellschaften als Darlehensgeber, vgl. § 9b KAGG), daß der Darlehensnehmer Sicherheiten zu bestellen hat. Als solche Sicherheiten kommen hauptsächlich Barmittel (Geldguthaben), Wertpapiere oder Garantien in Betracht.

Während der Dauer der Überlassung hat der Entleiher die uneingeschränkte Verfügungsmacht über die entliehenen Wertpapiere. Hierzu gehört namentlich die Möglichkeit, die Wertpapiere an einen Dritten zu veräußern. Jedoch ist regelmäßig zwischen den Parteien vereinbart, daß die während der Darlehenszeit auf die Papiere bei Darlehensnehmer oder bei dessen Nacherwerber anfallenden Zinsen, Dividenden und sonstigen Erträge dem Darlehensgeber zu vergüten sind; ggf. hat der Darlehensnehmer entsprechende Kompensationszahlungen an den Darlehensgeber zu leisten.

4. Abgrenzung von ähnlichen Wertpapiergeschäften

Abzugrenzen ist die Wertpapierleihe vom Wertpapierpensionsgeschäft (4.1) und den sog. Repo-Geschäften (4.2).

4.1 Wertpapierpensionsgeschäfte

Die Überlassung von Wertpapieren kann auch dergestalt erfolgen, daß eine Partei der anderen im Rahmen eines einheitlichen Gesamtgeschäfts Wertpapiere per Kasse verkauft und die Parteien gleichzeitig vereinbaren, daß der Verkäufer per Termin die Wertpapiere zurückkauft. Solche Geschäfte werden als Wertpapierpensionsgeschäfte bezeichnet. Nach der Definition in § 340b Abs. 1 HGB handelt es sich bei Wertpapierpensionsgeschäften um Verträge, durch die ein Kreditinstitut oder der Kunde eines Kreditinstituts (Pensionsgeber) ihm gehörende Vermö-

000022

gensgegenstände einem anderen Kreditinstitut oder einem seiner Kunden (Pensionsnehmer) gegen Zahlung eines Betrags überträgt und in denen gleichzeitig vereinbart wird, daß die Vermögensgegenstände später gegen Entrichtung des empfangenen oder eines im voraus vereinbarten anderen Betrags an den Pensionsgeber zurückübertragen werden müssen oder können.

Ist der Pensionsnehmer verpflichtet ("müssen"), die Vermögensgegenstände zurückzuübertragen, handelt es sich um ein echtes Pensionsgeschäft; ist er lediglich berechtigt ("können"), die Vermögensgegenstände zurückzuübertragen, spricht man von einem unechten Pensionsgeschäft. Echte Wertpapierpensionsgeschäfte sind dadurch gekennzeichnet, daß eine Partei (Pensionsgeber) der anderen (Pensionsnehmer) Wertpapiere gegen Entrichtung eines Kaufpreises per Kasse verkauft und gleichzeitig und in unbedingter Abhängigkeit von dem Verkauf vereinbart wird, daß der Pensionsnehmer diese oder gleichartige Wertpapiere zu einem späteren Zeitpunkt (per Termin) an den Pensionsgeber gegen Entrichtung des Rückkaufpreises zurückverkauft. Rechtlich liegt ein mit einem Terminrückkauf zu einem einheitlichen Geschäft verbundener Verkauf vor.

Der Kaufpreis für die hingegebenen Wertpapiere entspricht dem Marktpreis unter rechnerischer Berücksichtigung evtl. aufgelaufener Stückzinsen. Der Rückkaufpreis setzt sich aus dem Kaufpreis und der Pensionsgebühr zusammen. Die Pensionsgebühr wird bei Abschluß des Geschäftes vereinbart. Sie orientiert sich an dem Entgelt, das der Pensionsgeber für eine Überlassung der Wertpapiere auf Zeit anderweitig beanspruchen könnte, und den Zinsen, die der Pensionsnehmer aus einem anderweitigen Einsatz des als Kaufpreis überlassenen Kapitals am Geldmarkt erzielen würde. Die Pensionsgebühr entspricht dem Saldo dieser beiden kalkulatorischen Größen. Im Einzelfall kann vereinbart werden (z.B. wenn der Pensionsnehmer kein Sicherungsbedürfnis hat), daß der vom Pensionsnehmer zu entrichtende Kaufpreis bis zum Rückkauftermin gestundet und mit dem Rückkaufpreis verrechnet wird.

4.2 Abgrenzung zum Repo-Geschäft

Zunehmende praktische Bedeutung erhält das Repurchase Agreement oder Repo-Geschäft. Es ähnelt dem echten Wertpapierpensionsgeschäft.

Bei den Repo-Geschäften erfolgen ein Kassaverkauf und ein Terminrückkauf. Wird ein Kassaverkauf unmittelbar mit einer Rückkaufvereinbarung verbunden (Repurchase Agreement), regelmäßig in Form standardisierter Abwicklung auf der Basis eines Rahmenvertrags, entspricht dies (zumindest wirtschaftlich) den bekannten oben beschriebenen Pensionsgeschäften. Aus dem Blickwinkel des Pensionsgebers handelt es sich um einen Repo, aus dem des Pensionsnehmers um einen Reverse Repo.

Beide Geschäfte sind allerdings i. d. R. nicht Teil eines einheitlichen Gesamtgeschäfts wie beim Pensionsgeschäft. Vielmehr werden Repos häufig in zwei getrennten Geschäften außerhalb von Rahmenverträgen als separater Kassaverkauf und Terminrückkauf (Buy/Sell-Transaktion) vereinbart, so daß der wirtschaftliche Zusammenhang beider Geschäfte später zumeist nicht mehr erkennbar ist. Auch in der Abwicklung entsprechen solche Geschäfte normalen Wertpapierhandelsgeschäften.

Der Kassapreis für das verkaufte Wertpapier entspricht dem Marktpreis incl. evtl. aufgelaufener Stückzinsen. Der Terminpreis basiert auf dem Kassapreis zuzüglich der Stückzinsen und

dem vereinbarten Repo-Satz. Im Gegensatz zum echten Pensionsgeschäft und der Wertpapierleihe hat der Käufer während der Laufzeit des Terminkaufs auf die Papiere anfallende Zinsen, Dividenden und sonstige Erträge nicht gesondert an den Verkäufer zu vergüten. Statt dessen wird der Terminkaufpreis entsprechend ermäßigt.

Auf den internationalen Märkten wird die Bezeichnung „sell/ buy back“ auch für Drei- oder Mehrecksgeschäfte verwendet, bei denen der „seller“ den Verkauf und den Terminrückkauf nicht mit derselben Vertragspartei, sondern mit unterschiedlichen Vertragsparteien vereinbart.

Die Grenze zwischen einem Repo-Geschäft und einer Wertpapierleihe ist fließend, zumal die Motive von Verleiher und Pensionsgeber einerseits und Entleiher und Pensionsnehmer andererseits zumeist identisch sind.

5. Wertpapierleihe und Dividenden-Stripping

Wie die Abgrenzung unter 4 erkennen läßt, sind Wertpapierleihe, Wertpapierpensionsgeschäft und Repos nicht deckungsgleich, haben aber verwandte Strukturen. Nach den Erkenntnissen der Mitwirkung an Bankenprüfungen werden Wertpapierleihgeschäfte vermehrt eingesetzt, um "Dividenden-Stripping" zu betreiben. Auf sie als "Vehikel" soll im folgenden eingegangen werden.

5.1 Ablauf

Voraussetzung für ein "Dividenden-Stripping" im Wertpapierleihsystem der Deutschen Börse Clearing wäre, daß die Leihe über den Dividendenstichtag fortgesetzt wird. Da aber nach den Grundsätzen der Deutschen Börse Clearing AG der Entleiher dem Verleiher in diesem Fall die Nettodividende zu vergüten sowie eine Barzahlung in Höhe des Steuerguthabens zu leisten hat, wird die gesamte Dividende wirtschaftlich zu einem durchlaufenden Posten für den Entleiher.

In der Praxis wird daher für das "Dividenden-Stripping" häufig die OTC-Leihe verwendet. Hierbei verleiht ein Nichtanrechnungsberechtigter die Wertpapiere an einen Anrechnungsberechtigten. Da der Entleiher sowohl zivilrechtlicher als auch wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere wird, sind diesem die Erträge zuzurechnen. Der Entleiher ist zur Anrechnung auf seine Steuerschuld berechtigt (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG). Die anrechenbare Körperschaftsteuer erhöht seine Einnahmen (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG). Er zahlt dem nichtanrechnungsberechtigten Verleiher einen Ausgleich in Höhe der erhaltenen Nettodividende sowie eines Teils der hierauf entfallenden Kapitalertragsteuer und des Körperschaftsteuerguthabens. Hierdurch wird das Anrechnungsguthaben zwischen dem Entleiher und dem nicht anrechnungsberechtigten Verleiher aufgeteilt. Der Kreis mit dem Ziel der Verlagerung vom anrechnungsberechtigten Inländer auf den nichtanrechnungsberechtigten Ausländer ist geschlossen.

5.2 Gesetzgeberische Maßnahmen gegen das "Dividenden-Stripping"

Das "Dividenden-Stripping" muß sich wegen eines eventuellen Mißbrauches rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten an der Generalnorm des § 42 AO messen lassen. Darüber hinaus ist der Gesetzgeber dem "Dividenden-Stripping" durch Einführung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 g EStG bzw. des § 50 c EStG entgegengetreten. Im folgenden soll zunächst auf diese Spezialvorschriften eingegangen werden.

000024

5.2.1 § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG

Durch das Standortsicherungsgesetz vom 13.09.1993 wurde § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g in das EStG eingefügt.

5.2.1.1 Wirkung der Vorschrift

Eine Anrechnung der Körperschaftsteuer scheidet nunmehr für den Fall aus, daß sie auf Einnahmen aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 EStG entfällt, soweit diese nicht zur Festsetzung einer Einkommensteuer führen, weil ihnen damit zusammenhängende abziehbare Aufwendungen mit Ausnahme marktüblicher Kreditkosten gegenüberstehen, die bei dem Empfänger nicht der deutschen Besteuerung unterliegen. Diese Vorschrift soll wie § 50 c EStG der Bekämpfung von Konstruktionen dienen, die die in § 50 Abs. 5 S. 1 und 2 EStG festgelegte endgültige Besteuerung von ausländischen Anteilshabern zu umgehen versuchen. Sie wurde geschaffen, um insbesondere jenen Varianten des "Dividenden-Stripping" zu begegnen, die sich der Techniken des Wertpapierleihgeschäftes bedienen.

Anknüpfungspunkt der Vorschrift ist nicht die steuerliche Gewinnermittlung, sondern die Anrechnung des Körperschaftsteuerguthabens. Die Wirkung dieser Regelung besteht im Versagen der Anrechnungsberechtigung bei dem zwischengeschalteten inländischen Bezieher der Dividende, soweit diesem Aufwendungen entstehen, die die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG erfüllen.

5.2.1.2 Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG auf Wertpapierleihgeschäfte

Im Rahmen von Wertpapierleihgeschäften entstehen dem Entleiher abziehbare Aufwendungen in Form der an den Verleiher zu zahlenden Nutzungsvergütung und der Ersatzzahlung für die vom Entleiher vereinnahmte Dividende.

Die Nutzungsvergütung unterliegt im Falle eines ausländischen Verleihers bei diesem nicht der deutschen Besteuerung, da es sich nach Auffassung der Verwaltung um Einkünfte i. S. d. § 22 Nr. 3 EStG handelt, für die die Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG nicht vorliegen. Im Falle der Dividendenersatzleistung liegen keine Einnahmen aus Kapitalvermögen vor, da diese nur vom Anteilseigner erzielt werden können (§ 20 Abs. 2 a EStG). Da es sich um den Ersatz von entgangenen Kapitaleinnahmen handelt, stellen diese Zahlungen nach § 24 Nr. 1 a i. V. m. § 2 Abs. 1 EStG sonstige Einnahmen i. S. d. § 22 Nr. 3 EStG dar, die nach § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG nicht der deutschen Steuer unterliegen. Damit tritt beim Entleiher die Rechtsfolge des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG ein, er darf die anteilige Körperschaftsteuer nicht anrechnen.

5.2.1.3 Nachteile der Vorschrift

5.2.1.3.1 Zeitlicher Anwendungsbereich

Diese Vorschrift ist gem. § 52 Abs. 27 EStG erstmals auf Ausschüttung anzuwenden, die nach dem 31.12.1993 erfolgten. Damit kann bis einschließlich 1993 dem "Dividenden-Stripping" mittels Wertpapierleihgeschäften nicht durch Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG begegnet werden.

5.2.1.3.2 Reihengeschäfte

Ein weiterer Nachteil ist der Anknüpfungspunkt des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG, der auf die Steuerpflicht der mit den Einnahmen aus Kapitalvermögen zusammenhängenden Aufwendungen bei deren Empfänger abstellt: Unterliegen die Zahlungen beim Empfänger nicht der deutschen Besteuerung, folgt hieraus ein anteiliges Anrechnungsverbot beim Zahlenden. Diese Konstruktion läuft bei Geschäften, bei denen mehrere Wertpapierleihgeschäfte hintereinander geschaltet werden (sog. Kettenleihe), ins Leere. Hier verleiht ein Nichtanrechnungsberechtigter die Wertpapiere an einen Inländer, der seinerseits die entliehenen Wertpapiere wieder weiter verleiht oder verkauft. Dieser Vorgang ist beliebig oft wiederholbar.

Die Erfassung der Dividende und des Anrechnungsguthabens als Einnahmen sowie die Anrechnung des Körperschaft- und Kapitalertragsteuerguthabens auf die Steuerschuld erfolgen beim letzten Entleiher in der Kette, da dieser zum Dividendenstichtag unstreitig wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere ist. Bei ihm tritt die Rechtsfolge des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG nicht ein, da die Nutzungsvergütung sowie die Dividendenersatzzahlung an einen Inländer gezahlt werden und bei diesem der deutschen Besteuerung unterliegen. Der erste Entleiher in der Kette zahlt zwar Aufwendungen an einen Empfänger, die bei diesem nicht der deutschen Besteuerung unterliegen, er hat jedoch weder Einnahmen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 noch kommt es bei ihm zu einer Anrechnung des Steuerguthabens. Durch Gestaltungen wie die vorstehend beschriebene Kettenleihe kann die Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG gezielt vermieden werden.

5.2.1.3.3 Beweislastverteilung

Ein weiterer Problembereich bei der Anwendung dieser Vorschrift ist die Verteilung der Beweislast. Sie liegt bei der Finanzbehörde. Ein Nachweis, daß der Empfänger der Aufwendungen nicht der deutschen Besteuerung unterliegt, ist jedoch nur schwer und unter großem Ermittlungsaufwand zu führen.

Bei Geschäften, die an der Börse getätigt werden, ist zudem zu beachten, daß Vertragsbeziehung nicht zwischen Verleiher und Entleiher zustande kommen, sondern nach den Bestimmungen der DTB diese als Geschäftspartner auftritt. Vertragsbeziehungen entstehen damit nur zwischen Verleiher und DTB sowie zwischen DTB und Entleiher.

5.2.2 § 50 c EStG

Diese Vorschrift tritt bei einem Erwerb über die Börse hinter § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG zurück (§ 50 c Abs. 10 S. 1 EStG). D. h.: Löst ein Sachverhalt die Rechtsfolge beider Vorschriften aus, ist vorrangig § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG anzuwenden. Können die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG im Einzelfall durch die Finanzbehörde nicht nachgewiesen werden, führt dies zur Anwendbarkeit des § 50 c EStG (Dötsch in Dötsch, Jost, Eversberg, Witt, Körperschaftssteuer, § 36 EStG Tz. 158 a).

Die Anwendung des § 50 c EStG setzt voraus, daß es beim anrechnungsberechtigten Inhaber der Anteile zu ausschüttungsbedingten Gewinnminderungen kommt. Dies ist im Falle von Wertpapierleihgeschäften nicht erfüllt. Die Wertpapiere werden beim Entleiher zum Kurswert bilanziert und nach Ablauf der Leihfrist zum Buchwert ausgebucht. Der Aktivierung der entliehenen Wertpapiere steht die Passivierung der Rückgabeverpflichtung in gleicher Höhe ge-

genüber. Eine Dividendenzahlung kann daher beim Entleiher nicht zum Ansatz eines niedrigeren Teilwertes führen. Damit scheidet die Anwendung des § 50 c EStG auf Wertpapierleihgeschäfte aus.

5.2.3 Dividenden-Stripping als Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten

Dem Dividenden-Stripping mittels Wertpapierleihgeschäften bis zur Einführung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG kann m. E. nur mit § 42 AO begegnet werden.

Für Veranlagungszeiträume nach Einführung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG vertrete ich die Auffassung, daß diese spezielle Vorschrift neben die generelle Mißbrauchsnorm des § 42 AO getreten ist (vgl. unten unter 5.2.4). Diese Vorschrift setzt voraus, daß es keinerlei sinnvolle außersteuerliche Gründe gibt, die für die gewählte Gestaltung maßgebend gewesen sein können.

Wie unter 2 dargestellt, kann es sehr wohl wirtschaftlich bedeutsame Gründe geben, die den Entleiher zum Abschluß des Leihgeschäftes bewegen können.

Ist einer von diesen einschlägig, kann eine Versagung der Anrechnung nicht auf § 42 AO gestützt werden. Für die Fälle, in denen der Entleiher die entliehenen Wertpapiere seinem Bestand zugeführt hat, lassen sich keine außersteuerlichen Gründe für die gewählte Gestaltung erkennen. Hier kann m. E. die Anrechnung des Steuerguthabens unter Hinweis auf die mißbräuchliche Gestaltung versagt werden. Doch stellt die dazu erforderliche Sachverhaltsermittlung die Finanzbehörden vor enorme Schwierigkeiten.

5.2.4 Verhältnis von § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 EStG und § 42 AO

Nach bisher gängiger Auffassung sind beide Vorschriften nebeneinander anwendbar, d. h. die Spezialnorm hat die Generalvorschrift des § 42 AO nicht verdrängt, so z. B. Dötsch in Dötsch, Jost, Eversberg, Witt, Körperschaftssteuer, § 36 EStG Tz. 149.

Ich halte diese Auffassung für zutreffend. Es gibt keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die eine Rangfolge beider Vorschriften aufstellt. Eine höchstrichterliche Entscheidung dieser Frage fehlt ebenfalls. Entschieden scheint aber die Frage des Verhältnisses von § 50 c EStG und § 42 AO. Hier wird von der Verwaltung bislang die Ansicht vertreten, daß beide Normen nebeneinander anwendbar sind. Das Hessische Finanzgericht hat im Urteil vom 02.12.1996 (EFG 1997 S. 825) jedoch entschieden, daß der § 50 c EStG eine dem § 42 AO vorgehende Spezialvorschrift sei. Gegen dieses Urteil wurde Revision eingelegt (Az. beim BFH I R 29/97). Im Revisionsverfahren erging ein Gerichtsbescheid. Da mündliche Verhandlung beantragt wurde, gilt der Gerichtsbescheid als nicht ergangen.

Der BFH hat sich in dem Gerichtsbescheid der Meinung des Finanzgerichts angeschlossen und die Frage nach dem Verhältnis beider Normen zugunsten der alleinigen und abschließenden Anwendung des § 50 c EStG beantwortet. Gesetzeslücken könnten nicht durch § 42 AO geschlossen werden. Sie müßten innerhalb des § 50 c EStG durch Nachbesserung des Gesetzgebers beseitigt werden. Das BMF ist dem Verfahren beigetreten. Es wird in Kürze gerade diese Frage aufgreifen und in der mündlichen Verhandlung zur Sprache bringen.

Bereits im Urteil vom 23.10.1996 (BStBl. II 1998 S. 90) findet sich der Hinweis, daß Finanzverwaltung und Finanzgerichte den Gesetzesbefehl des § 50 c EStG nicht durch extensive Anwendung des § 42 AO in sein Gegenteil verkehren können. Die zum o. a. Urteil ergangene Anwendungsregelung im BMF-Schreiben vom 03.02.1998 - IV B 7 - S 2810 - 4/98 (BStBl. I 1998 S. 207) macht keine Ausführungen zum Verhältnis von § 50 c EStG und § 42 AO, da dieses im Urteilsfall ohne Bedeutung bleibt.

Im Urteil vom 10.06.1992 (BStBl. II 1992 S. 1029) nahm der BFH zu einem vergleichbaren Problem Stellung. Er hatte zu entscheiden, ob § 42 AO den §§ 7 ff. AStG vorgehe und führt hierzu aus: „Die logisch vorrangige Anwendung des § 42 AO 1977 (§ 6 StAnpG) setzt allerdings weiter voraus, daß die tatsächlich gewählte Gestaltung auch bei einer Bewertung am Gesetzeszweck der §§ 7 ff. AStG sich noch als ein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts darstellt. Ist die gewählte Gestaltung typischer- und vom Gesetzgeber gewollterweise nach §§ 7 ff. AStG zu besteuern, so hebt die vom Gesetzgeber mit den Vorschriften verfolgte Regelungsabsicht das Mißbrauchsverdikt auf.“

Der BFH hat damit in jenen Fällen, in denen neben § 42 AO eine spezielle Mißbrauchs-Bekämpfungsvorschrift geschaffen wurde, bisher dahingehend entschieden, daß die Generalnorm hinter die Spezialvorschrift zurücktritt. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Spezialvorschrift in einzelnen Punkten nicht erfüllt, wird folglich § 42 AO nicht zu einer Auffangvorschrift. Damit ist die Finanzverwaltung gegenüber der Ausnutzung einer Regelungslücke in einer der Spezialvorschriften machtlos.

Es bleibt abzuwarten, ob der BFH auch hinsichtlich der Konkurrenz von § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG und § 42 AO dieser Linie folgen und an seiner Auffassung im Gerichtsbescheid (a.a.O.) festhalten wird. Dies hätte zur Folge, daß ausschließlich § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG anzuwenden wäre.

Ist das im Einzelfall nicht möglich (siehe unter 5.2.1.3), - insbesondere ist hier an die Fälle zu denken, in denen der Finanzbehörde der Beweis mißlingt, daß die Tatbestandsmerkmale sämtlich erfüllt sind -, hilft beim Dividenden-Stripping auch die Mißbrauchsbekämpfungsvorschrift des § 42 AO nicht mehr weiter.

6. Ergebnis

- Die Mitwirkungsfälle des BfF lassen erhebliche Steuerausfälle durch "Dividenden-Stripping" mittels Wertpapierleihe befürchten.
- "Steuerarbitrage"-Geschäfte sind Gegenstand des Wertpapierhandels.
- Das "Dividenden-Stripping" kann mit den hierfür vorgesehenen gesetzlichen Mitteln erkennbar nicht wirksam bekämpft werden kann. Es ist ein Problem, das sich letztlich direkt aus dem System des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens ergibt.
- Auch neue Versuche, das Dividenden-Stripping durch Einführung von Vorschriften, die den Mißbrauch des Anrechnungsverfahrens unterbinden sollen, werden nicht den gewünschten Erfolg haben.

Die Ausgleichszahlung bei der Wertpapierleihe über den HV-Termin hinaus qualifiziert die

000028

Verwaltung als Einkünfte i. S. von § 22 Nr. 3 EStG. Ohne Gesetzesänderung sehe ich keine Chance, die Ausgleichszahlung im Wege der Auslegung als Einkünfte i. S. von § 20 Abs. 2 EStG umzuqualifizieren.

- Eine andere Alternative ist, das System der körperschaftsteuerlichen Vollarrechnung zugunsten anderer Modelle aufzugeben. Die vorstehend beschriebenen Schwierigkeiten würden dann nur noch bis zur Abschaffung des Vollarrechnungsverfahrens bestehen.
- Angesichts der Probleme bei der Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 g EStG und der restriktiven Rechtsprechung des BFH zur der Anwendbarkeit des § 42 AO sollten die Regelungslücken dieser Spezialvorschrift für die verbleibende Dauer des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens geschlossen oder es müßte eindeutig gesetzlich festgelegt werden, daß beide Vorschriften kumulativ anwendbar sind.
- Durch die geplante Einführung des Halbeinkünfteverfahrens würde das Dividenden-Stripping in der beschriebenen Form für die Zukunft beseitigt. Ich schließe allerdings nicht aus, daß andere Formen zum Gegenstand von "Steuerarbitrage"-Geschäften (z. B. bei der Kapitalertragsteuer) im Wertpapierhandel werden.

