

0054

S 2401 A.-012

Wiesbaden, den 21. Oktober 2005

**Abwicklung von Aktiengeschäften in zeitlicher Nähe zum Ausschüttungstermin;
Produktion von KapSt-Bescheinigungen durch sog. Leerverkäufe
zu Top 5 der ESt-Referatsleitersitzung VI/05**

1:

Vermerk

Interne Anmerkung:

Die o. g. Thematik wurde bereits vor einigen Jahren auf Bund-Länder-Ebene erörtert (AZ: S 2846 A 4/4 - [REDACTED]). Damals bezog sich die doppelte Bescheinigungserstellung sowohl auf die Anrechnung der Kapitalertragsteuer als auch der Körperschaftsteuer. Durch die Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens hat sich die unrechtmäßige Bescheinigung hinsichtlich der Körperschaftsteuer insofern erledigt.

Sachverhalt:

Die nachfolgend beschriebene Problematik der doppelten Bescheinigungserstellung beim sog. Leerverkauf von Aktien beruht auf den börsenrechtlichen Vorschriften und der banktechnischen Abwicklung des betreffenden Aktiengeschäfts.

Dabei werden ein Tag vor dem Dividendenstichtag Aktien verkauft, die der Verkäufer an diesem Tag nicht im eigenen Depot führt, sondern die er sich selbst am Aktienmarkt erst noch beschaffen muss. Der Verkäufer verpflichtet sich jedoch durch schuldrechtlichen Vertrag die Aktien "cum Dividende" an den Käufer zu liefern, also einschließlich der Dividende und des damit verbundenen Steuererstattungsanspruchs. Im Zeitpunkt der Dividendenzahlung befindet sich der Aktienbestand jedoch noch im rechtlichen Eigentum eines Dritten, an den die Nettodividende vom Emittenten ausgeschüttet wird und der auch den originären Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruch erhält. Der Emittent führt den Steuerabzug an das Finanzamt ab.

Die Erfüllung des Leerverkaufsgeschäfts erfolgt entsprechend den Börsenübancen erst zwei Tage nach Vertragsabschluss. Dies bedeutet, dass die Lieferung auf einen Zeitpunkt nach der Hauptversammlung festgelegt ist und somit bereits der "Dividendenabschlag" in Form der Abtrennung der Gewinncoupons von den Aktien vorgenommen wurde und die ursprüngliche Aktie nur noch "ex Dividende" existiert. Börsenrechtlich erlangt aber der Erwerber zum Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses alle Rechte und Pflichten aus dem Aktiengeschäft und wird als "wirtschaftlicher"/dividendenberechtigter Eigentümer der gekauften Aktien qualifiziert. Dementsprechend hat er hinsichtlich der erworbenen Aktien einen Anspruch auf die Nettodividende und die entsprechende Steuererstattungsbescheinigung. Zur Erfüllung dieses Anspruchs erhält er daher einen Ausgleichsanspruch in Höhe der Nettodivi-

dende mit Steuerbescheinigung. Damit wird bei dem Leerverkauf die Steuerbescheinigung zum zweiten Mal ausgestellt, obwohl die Steuer für die betreffende Aktie bislang nur einmal abgezogen und abgeführt wurde. Die Bescheinigung wird also sowohl für den Käufer, der als wirtschaftlicher Eigentümer ab dem Vertragsabschluss angesehen wird, als auch für den Dritten, in dessen Depotbestand sich die Aktie am Tag der Hauptversammlung befindet und der rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer ist, ausgestellt. Sie bezieht sich einmal auf die "echte" Dividende und zum zweiten Mal auf die "künstliche" Dividende.

Zur Erläuterung weitergehender Einzelheiten dieser Geschäftsabwicklung verweise ich auf die Ausführungen des Bundesverbands deutscher Banken mit Schreiben vom 20.12.2002.

Zielsetzung der vorgeschlagenen gesetzlichen Änderung:

Die vorgestellte gesetzliche Änderung soll entsprechend der zweifachen Steuerbescheinigung auch eine zweifache Abführung der Kapitalertragsteuer sicherstellen. Dazu soll eine Brutto-Dividenden-Regulierung gegenüber dem Leerverkäufer eingeführt werden: Diese sieht neben dem mit der Ausschüttung verbundenen Kapitalertragsteuerabzug zusätzlich den Einbehalt und die Abführung eines Ausgleichsbetrags an den Fiskus in Höhe der Kapitalertragsteuer vor. Die Leistung soll durch die Bank, die den Verkaufsauftrag des Kunden über den Leerverkauf ausführt, zu Lasten des Leerverkäufers und für Rechnung des Erwerbers vorgenommen werden. Auf diese Weise sollen alle von der Verkäuferbank identifizierten Leerverkäufe erfasst werden und dem Fiskus die Kapitalertragsteuer zur Verfügung gestellt werden, die dem Erstattungsanspruch des Käufers entspricht.

Die dazu notwendige steuergesetzliche Regelung wird in dem vorgelegten Formulierungsentwurf spezifiziert.

Stellungnahme:

In der Vergangenheit wurden zu der Problematik doppelter Steuerbescheinigungen unterschiedliche Vorgehensweisen diskutiert. Der Lösungsansatz wurde eher in der Vermeidung einer doppelten Bescheinigungsausstellung gesehen. So wurde z.B. vorgeschlagen, die Ausstellung von der Vorlage des Dividendenscheins abhängig zu machen oder die grundsätzlich zulässigen Leerverkäufe kennzeichnungspflichtig zu machen.

Die geschilderte Abwicklung des Leerverkaufs basiert auf der Zugrundelegung börsenrechtlicher Usancen für die Annahme des Übergangs wirtschaftlichen Eigentums des Aktienkäufers im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses. Der Käufer wird so gestellt, als habe er zu diesem Zeitpunkt das Eigentum an den Aktien erworben. Dies entspricht jedoch nicht den zivilrechtlichen Verhältnissen. Die Praxis wird jedoch durch das Börsenrecht bestimmt (Nr.1 Abs.2 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte), das sich in steuerlicher Hinsicht durch die höchstrichterliche Finanzrechtsprechung bestätigt fühlt.

wahre Ursache des Problems

Der BFH hat sich mit einem richtungweisenden Urteil zu der Thematik geäußert. Mit Urteil zum sog. Dividendenstripping vom 15.12.1999 hat er bei "schwebenden", d.h. noch zu liefernden und zu bezahlenden Ankäufen von Aktien mit Dividendenberechtigung ein wirtschaftliches Eigentum beim Erwerber bejaht, obwohl dieser weder Besitz noch Verfügungsmacht am Papier erhalten hat. Alleiniges Kriterium ist für den BFH die nicht mehr entziehbar Position des Käufers an einer Dividendenausgleichszahlung (Dividendenkompensation)

Diese von Clearstream (ehemals Kassenverein) vorgenommene Dividendenregulierung erfolgt jedoch nicht für Rechnung des ausschüttenden Emittenten, sondern für Rechnung des Veräußerers der Papiere. Der BFH ignoriert, dass nach den Vertragsbedingungen tatsächlich nur noch Papiere "ex Dividende" geliefert werden können. Die BFH-Entscheidung bezog sich jedoch auf den sog. Grundfall von Aktiengeschäften in zeitlicher Nähe zum Ausschüttungstermin, d.h. auf den Fall, in dem der Verkäufer auch rechtlicher Eigentümer der Aktien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist. Der Fall des Leerverkaufs ist nicht ausdrücklich mit einbezogen.

Schaden
"ersetzt"
"dafür d
Lieferung
ex Dividende"

Die Auffassung des BFH, dass der Aktienkäufer schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wirtschaftlicher Eigentümer wird, wird von Teilen der Literatur und der Finanzverwaltung bislang nicht geteilt. Es erging ein Nichtanwendungserlass zu dem Urteil. Vielmehr wird dem Erwerber lediglich ein schuldrechtlicher (Eigentums-) Übertragungsanspruch auf die Papiere zugesprochen. In der Dividendenregulierung, die er erhält, wird eine Ausgleichszahlung für die ihm entstehende (zukünftige) Vermögensminderung durch den Dividendenabschlag gesehen.

Folgt man der Auffassung des BFH zum Übergang wirtschaftlichen Eigentums, ist im Übrigen die Gefahr der doppelten Erstellung von Steuerbescheinigungen nach den Erfahrungen aus der Praxis der Betriebsprüfung nicht nur auf den Bereich der festgestellten Leerverkäufe beschränkt. Da außerbörsliche Käufe („OTC Geschäfte“) oder der Erwerb von Papieren im Wege von Sachdarlehen nicht der zweitägigen Erfüllungsfrist unterliegen - sondern tagesgleich abgeschlossen und erfüllt werden können - ist es problemlos möglich, ein Börsen(verkaufs-)geschäft über den Dividendentermin, das "cum Dividende" abgeschlossen wurde, mit Papieren aus diesen (kürzeren Erfüllungsfristen unterliegenden) Erwerbsgeschäften zu beliefern; also mit Papieren, für die der Verkäufer oder dessen Vorgänger bereits eine Steuergutschrift in Anspruch genommen hat.

Meines Erachtens ist die o.g. Auffassung des BFH nicht zutreffend und auch für den zu beurteilenden Fall des Leerverkaufs nicht maßgebend. Beim Leerverkauf ist der Verkäufer im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses nicht Eigentümer der Aktien. Er kann also zu diesem Zeitpunkt weder rechtliches noch wirtschaftliches Eigentum auf den Erwerber übertragen. Daher entspricht die börsenrechtliche Konstruktion der Abwicklung des Leerverkaufs nicht den zivilrechtlichen Gegebenheiten. Zivilrechtliches Eigentum wie auch Besitz am Papier liegen noch bei dem Dritten, von dem sich der Leerverkäufer die Aktie erst noch beschaffen muss, um seine Verpflichtung zu erfüllen. Diese Auffassung wird auch vom Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen geteilt (siehe Schreiben vom 18.10.2005).

Die Schlussfolgerung des Bundesverbands deutscher Banken, dass aus den rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten auch die steuerrechtliche Qualifizierung des Erwerbers als wirtschaftlicher Eigentümer folge (Seite 2 des o.g. Schreibens), ist somit bedenklich. Zivilrechtlich steht dem Erwerber kein Anspruch auf Lieferung einer Aktie cum Dividende zu. Die steuerrechtliche Beurteilung ist nicht eindeutig geklärt.

Behandlung ähnlich -> Zahlung als künstlich
Dividende und nicht als Schadenersatz

Es stellt sich die Frage, ob es sachgerecht ist, die börsenrechtlich zulässige, aber rechtlich bedenkliche Abwicklung des Leerverkaufsgeschäfts nunmehr durch steuerrechtliche Vorschriften zu legalisieren. Meines Erachtens führt dies im Grunde genommen dazu, eine bislang ungerechtfertigte zweifache Steuerbescheinigung nun durch steuerrechtliche Gesetzesänderungen zu bestätigen, d.h. das Gesetz würde sich der Praxis anpassen. Auch die BFH-Rechtsprechung würde damit von der Finanzverwaltung anerkannt werden. Nordrhein-

Westfalen vertritt zu der vorgeschlagenen Gesetzesänderung eine eindeutig ablehnende Haltung, lässt jedoch bei seinen Ausführungen die höchstrichterliche Finanzrechtsprechung völlig außer Acht. Auch werden keine anderweitigen Vorschläge zur Regulierung der derzeitigen Praxis gemacht. Dass der tatsächliche Verfahrensablauf jedoch problematisch ist und sich in hohem Maße steuerschädigend auswirkt, ist ohne Zweifel.

Meines Erachtens müsste in erster Linie eine Lösung gefunden werden, mit welcher die doppelte Bescheinigungserteilung verhindert wird. Das in der börsenrechtlichen und banktechnischen Ausgestaltung liegende Problem müsste auf Seiten der Banken gelöst werden. Nach den Ausführungen der Bankenverbände besteht jedoch keine Möglichkeit, bankintern eine doppelte Steuerbescheinigungsausstellung zu verhindern, da die Leerverkäufe, insbesondere bei Beteiligung ausländischer Banken, nicht als solche zu erkennen sind. Die börsenrechtliche Geschäftsabwicklung lässt bei der Belieferung nach dem Tag der Hauptversammlung nicht mehr erkennen, ob es sich um den ordnungsgemäßen Bezug dividendenberechtigter Papiere gehandelt hat.

Ausgehend von diesem Informationsstand, dass die bankinternen Abläufe nicht geändert werden können, stellt die vorgeschlagene Gesetzesänderung die einzige Möglichkeit dar, um erhaltene Steueransprüche zu verhindern. Aus diesen Erwägungen müssen die zivilrechtlichen Bedenken zurücktreten. Der Vorschlag zur gesetzlichen Änderung wird daher befürwortet. Die Ansicht wird von Seiten der OFD Frankfurt geteilt.

Votum:

Zustimmung unter Vorbehalt, dass eine bankinterne Ablaufänderung nicht möglich ist

2. [redacted] mit der Bitte um Kenntnisnahme [redacted]

3. ~~an Reg. II~~ an Reg. II: Bitte Vorgang anlegen 01.5-

4. WV sofort an [redacted]