

RücklaufMAT-A-BMF-8-1-1
Ordner 28 von 107

2867

20

2015/0742785
26. August 2015

IV C 1 - S 2252/09/10003 :033

PSSt M lag vor
über
St JG
auf dem Dienstweg
mit der Bitte um Kenntnisnahme

(vorab per Mail an P)

Gestaltungsmodelle mit Leerverkäufen über den Dividendenstichtag (sog. Cum/Ex-Geschäfte);

TV-Interview der ARD mit PSSt M zum Thema „Cum/Ex“ am 1. September 2015

I. Sachverhalt

Sie baten um eine Vorbereitungsunterlage für ein TV-Interview am 1. September 2015 mit der ARD zum Thema „Cum/Ex“. Das Interview wird in einer Dokumentation ausgestrahlt werden, die die Hintergründe der Gestaltungsmodelle mit Cum/Ex Geschäften ausgehend vom Urteil des Bundesfinanzhofes zum Dividendenstripping aus dem Jahr 1999, den Hinweisen des Bundesverbandes deutscher Banken im Jahre 2002 bis zu den Gesetzgebungsverfahren zum JStG 2007 und zum OGAW-IV Umsetzungsgesetz im Jahr 2011 beschreiben soll. Gegenstand soll außerdem die Einschätzung des BMF zu den Geschäften, die Reaktion auf Hinweise, die dem BMF gegeben wurden und die aktuelle Aufarbeitung der Geschäfte sein. Außerdem soll die Rolle der Landesbanken beleuchtet werden, die Strafbarkeit der Gestaltungen thematisiert und die Frage erörtert werden, wie generell Steuervermeidungs- und Gestaltungsstrategien rechtzeitig verhindert werden können.

Eingang im Büro

01. Sep. 2015

St Geismann

Eingang im Büro

31. Aug. 2015

St Geismann

Nach einer Beschreibung des Grundmodells sind in der Reihenfolge der Interviewthemen Kernaussagen aufgeführt. Weiterhin wurden mögliche Fragen zu den Interviewthemen dargestellt.

Eine Zusammenfassung der Kernaussagen ist diesem Schreiben als Anlage beigelegt.

II. Stellungnahme

1. Beschreibung des Gestaltungsmodells

Bei den Leerverkaufsgestaltungen wurde das bis Ende 2011 geltende Auseinanderfallen der Personen, die die Kapitalertragsteuer erheben (ausschüttende AG) und die Kapitalertragsteuer bescheinigen (depotführende Bank des Aktionärs) ausgenutzt, um eine Anrechnung oder Erstattung tatsächlich nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer zu erreichen.

Der Leerverkäufer verkauft am Dividendenstichtag Aktien. Er erwirbt am Tag danach die Aktien bei einem Dritten zu einem um die Dividende reduzierten Preis (sog. Dividendenabschlag). Der Dritte hat zu diesem Zeitpunkt bereits die Netto-Dividende und eine Bescheinigung über die einbehaltene Kapitalertragsteuer von seiner Bank erhalten. Der Erwerb gegenüber dem Dritten wird nicht über die Börse, sondern im außerbörslichen Handel (sog. OTC-Geschäfte) abgewickelt, bei denen die Lieferfrist frei vereinbart werden kann und auch eine taggleiche Erfüllung möglich ist. Mit diesen nach dem Dividendenstichtag „schneller“ erworbenen Aktien erfüllt der Leerverkäufer seine Lieferverpflichtung gegenüber dem (Leer-)Käufer. Außerdem muss der Leerverkäufer eine **Kompensationszahlung (= künstliche Dividende)** in Höhe der Netto-Dividende leisten.

Inländische Banken müssen bei Leerverkäufen Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlungen erheben. Daher werden die Leerverkaufsgestaltungen über ausländische Banken abgewickelt. Die ausländische Bank des Leerverkäufers überweist daher nur die Kompensationszahlung in Höhe der Netto-Dividende an den deutschen Zentralverwahrer, der sie wiederum an die Bank des (Leer-)Käufers weiterleitet. Für die Bank des (Leer-)Käufers ist nicht erkennbar, ob es sich um eine „echte“ Dividendenzahlung oder nur um eine Kompensationszahlung handelt und ob tatsächlich Kapitalertragsteuer erhoben wurde oder nicht. Die Bank des (Leer-)Käufers geht daher immer davon aus, dass Kapitalertragsteuer ordnungsgemäß erhoben wurde und bescheinigt diese.

Beispiel:

Leerverkäufer L verkauft am Dividendenstichtag die A-Aktie zu einem Preis von 50 € an K. Es wird eine Dividende von 4 € ausgeschüttet, so dass die Aktie am nächsten Tag nur noch 46 € Wert ist. L erwirbt die Aktie zum Preis von 46 € bei einem Dritten und beliefert den K. Außer-

dem leistet er an den K eine Kompensationszahlung in Höhe von 3 € (= Brutto-Dividende abzüglich Kapitalertragsteuer). Der K erhält zudem von seiner Bank eine Steuerbescheinigung über 1 €.

L		K	
erzielt aus dem Leerverkauf	+ 50 €	zahlt für die Aktie	- 50 €
erwirbt Aktie für	- 46 €	erhält Aktie im Wert von	+ 46 €
leistet Kompensation	- 3 €	erhält Netto-Dividende	+ 3 €
zahlt <u>keine</u> KapEST	- 0 €	erhält Steuerbescheinigung im Wert von	+ 1 €
Profit	= 1 €	wirtschaftliches Ergebnis	= 0 €

An dem Profit von 1 € wird der K nach den bislang bekannten Abläufen durch ein Termingeschäft beteiligt, mit dem der K die Aktien zu einem etwas über dem Marktwert liegenden Preis (z.B. 46,2 €) an den L zurück verkauft.

2. Rechtliche Würdigung des BMF

Frage: Wie ist die Einschätzung des BMF zu den Cum/Ex Gestaltungen?

- Bei Cum/Ex Gestaltungen besteht generell kein Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch des Leerkäufers.
- Es ist ein **Grundprinzip** des steuerlichen Erstattungsverfahrens, dass die anrechnungs- und erstattungsfähige Kapitalertragsteuer der zuvor erhobenen Kapitalertragsteuer entspricht. Ein mehrfacher Anspruch auf Erstattung oder Anrechnung tatsächlich nur einmal abgeführter Kapitalertragsteuer ist ausgeschlossen. Eine andere Auffassung hat das BMF nie vertreten.
- Durch komplexe Gestaltungen wurde eine **Systemschwäche** in der Abwicklung von Dividendenzahlungen ausgenutzt und durch Vorlage falscher Steuerbescheinigungen die mehrfache Erstattung tatsächlich nur einmal abgeführter Kapitalertragsteuer erreicht.
- Aufgrund der ab 2012 geltenden Rechtsänderung sind derartige Modelle nicht mehr möglich. Es geht jetzt um die rechtliche Aufarbeitung der Fälle aus der Vergangenheit.

3. Chronologie der Gestaltungsmodelle

3.1 Urteil des Bundesfinanzhofes vom 15.12.1999

Frage: Sind die Cum/Ex Gestaltungen auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes nicht als unbedenklich einzuordnen?

- Zur Begründung der Rechtmäßigkeit dieser Gestaltungen berufen sich die Initiatoren der Cum/Ex Gestaltungen auf ein Urteil des Bundesfinanzhofes aus dem Jahr 1999 (BFH v. 15.12.1999, I R 29/97), das mit Urteil aus dem Jahr 2007 bestätigt wurde. Der Bundesfinanzhof hat in diesem Urteil zum „**sog. Dividendenstripping**“ entschieden, dass die enge zeitliche Folge der Geschäfte zwischen den Beteiligten dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber nicht entgegensteht.
- „Dividendenstripping“ nutzen Aktionäre ohne Berechtigung zur Ermäßigung der Kapitalertragsteuer, um über die kurzfristige Verlagerung der Aktien auf Erwerber mit Berechtigung zur Ermäßigung der Kapitalertragsteuer einen Steuervorteil zu erzielen.
- Die Finanzverwaltung wandte die Grundsätze dieses Urteils zunächst nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus an (BMF v. 6.10.2000, BStBl I 2000, 1392), der BFH bestätigte seine Auffassung in späteren Entscheidungen (BFH v. 20.11.2007, I R 85/05).
- Das Dividendenstripping unterscheidet sich grundlegend von den **Leerverkaufsgestaltungen**, denn ein Leerverkäufer besitzt die Aktien im entscheidenden Zeitpunkt (Abschluss des Kaufvertrages) nicht. Die durch den BFH entschiedenen Fälle hatten aber **Inhaberverkäufe** von Aktionären zum Gegenstand.
- Eine Entscheidung zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Leerverkäufen hat der BFH nicht getroffen.

3.2 Maßnahmen zur Verhinderung der Leerverkaufsgestaltungen

a. Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken vom 20. Dezember 2002

Frage: Warum wurden nach Erhalt des Schreibens des Bundesverbandes deutscher Banken im Jahr 2002 nicht umgehend Gegenmaßnahmen ergriffen?

- Der Bundesverband deutscher Banken hat sich in einem Schreiben vom 20. Dezember 2002 an das BMF gewandt und auf die Möglichkeit hingewiesen, dass es aufgrund der **bank- und börsentechnischen Abwicklungssysteme** bei Leerverkäufen um den Dividendenstichtag zur Ausstellung von Steuerbescheinigungen kommen könnte, ohne dass insoweit ein Steuereinbehalt vorgenommen wurde.
- In diesem Schreiben war aber lediglich die **abstrakte Möglichkeit** beschrieben, dass es zur Ausstellung von Steuerbescheinigungen ohne Steuereinbehalt kommen könnte. Die Gefahr, dass diese **Systemschwäche** gezielt ausgenutzt würde oder dass dies zu erwarten sei, wurde nicht erörtert.

b. JStG 2007

Frage: Wurde durch das JStG 2007 nicht erst die Grundlage dafür geschaffen, dass ein Leerkäufer die Anrechnung zuvor nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer geltend machen kann?

- Die Vorschläge des Bundesverbandes deutscher Banken aufgreifend, wurden durch das Jahressteuergesetz 2007 **inländische Kreditinstitute** verpflichtet, bei Leerverkäufen Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen abzuführen. Dadurch war sichergestellt, dass Leerverkäufe im Inland nicht zu einem Schaden für den Fiskus führen können.
- Es waren aber auch zum damaligen Zeitpunkt keine **konkreten Gestaltungen** bekannt und es wurde nur eine **abstrakte Gefahr** in Zusammenhang mit Leerverkaufsgestaltungen gesehen.
- Die Gesetzesbegründung vom JStG 2007 wird in der Literatur kritisiert und von den Gestaltern als Beleg für endgültige Legalisierung der „Cum-Ex Gestaltungen“ über ausländische Banken verwendet.
- Die Gesetzesbegründung hat weite Teile aus einem Gesetzgebungsvorschlag des Bundesverbandes deutscher Banken übernommen. Die Gesetzesbegründung beschreibt eine aus der **Abwicklungspraxis** der Aktiengeschäfte resultierende **Risikolage** und sollte deutlich machen, dass mit der neuen Regelung nicht alle abstrakt bestehenden Gefahren bei Einschaltung ausländischer Banken für das Steueraufkommen beseitigt werden, die sich aus der tatsächlichen Abwicklungspraxis der Kreditinstitute ergeben.
- Insbesondere ergibt sich aus der **gesetzlichen Regelung**, dass der Leerkäufer gerade keine Dividendenzahlung verbunden mit einem Anrechnungsanspruch auf die Kapitalertragsteuer erhält.

c. OGAW-IV Umsetzungsgesetz

Frage: Warum trat die gesetzliche Neuregelung erst zum 1. Januar 2012 in Kraft obwohl Hinweise auf Cum/Ex Gestaltungen bereits 2009 eingingen?

- Nachdem im Jahr 2009 aufgrund von **Hinweisen aus der Banken- und Beraterbranche** bekannt wurde, dass in Reaktion auf das JStG 2007 verstärkt Leerverkäufe über ausländische Banken abgewickelt wurden, die durch den deutschen Gesetzgeber nicht zum Steuereinbehalt auf die Kompensationszahlung verpflichtet werden konnten, wurde **umgehend** reagiert.
- Über BMF Schreiben (BMF Schreiben vom 5.5.2009 (BStBl. I 2009, 631) vom 21.9.2010 (BStBl. I 2010, 753)) wurden **verschärfte Anforderungen an Steuerbescheinigungen** gestellt, um Cum/Ex Geschäfte zu identifizieren.
- Die Verwaltungsauffassung zu Cum/Ex Gestaltungen, wonach ein mehrfaches wirtschaftliches Eigentum und die damit verbundene mehrfache Anrechnung und Erstattung nur einmal abgeführter Kapitalertragsteuer ausgeschlossen ist, war **hinreichend bekannt und publiziert**. Heute ist bekannt, dass Berater und Marktteilnehmer das

BMF-Schreibern ignorierten und stattdessen aufwändigere Methoden der Verschleierung ihrer Geschäfte praktizierten.

- Um die **Systemschwäche an der Wurzel zu packen** wurde durch das OGAW-IV Umsetzungsgesetz die Abwicklung des Steuereinbehaltes auf Dividendenzahlungen insgesamt verändert.
- Im Frühjahr 2010 wurde nach intensiver Beratung mit den obersten Finanzbehörden der Länder **eine Lösung für eine umfassende gesetzliche Neuregelung konzipiert**. Diese wurde mit Vertretern der Länder am 13. April 2010 erörtert und am 1. Juni 2010 vorgestellt und abgestimmt. Nach Billigung der Formulierungshilfe Anfang August wurde am 16. August 2010 mit der endgültigen Abstimmung der gesetzlichen Regelungen begonnen. Die Regelungen wurden schließlich in das OGAW IV Umsetzungsgesetz aufgenommen. Nach Versendung des Referentenentwurfs am 12.11.2010 erfolgte die abschließende Kabinettsentscheidung am 15.12.2010.
- Den Leerverkäufen wurde auf diesem Weg, die **abwicklungstechnische Grundlage** entzogen. Der zeitliche Vorlauf war erforderlich, da die Abwicklung der Dividendentermine komplett verändert wurde und dies mit beträchtlichem technischem Umsetzungsaufwand verbunden war.

[Reaktiv:]

Reaktion des BMF auf Hinweise:

a. Stellungnahme des BMJ vom November 2010

Frage: Das BMJ bekundete in einer Stellungnahme zum Referentenentwurf zum OGAW IV – Umsetzungsgesetz vom November 2010, dass die Cum/Ex Geschäfte nicht mit letzter Sicherheit als nach damaliger Rechtslage rechtswidrig eingestuft werden können. Wie verhält sich die Auffassung des BMF zu dieser Bewertung?

Zum einen bezog sich das BMJ in seiner Stellungnahme auf eine besondere Sachverhaltskonstellation im Investmentsteuergesetz (die Änderungen zu § 18 InvStG). Zum anderen verwies das BMJ lediglich darauf, dass es eine abweichende Literaturmeinung zu der vom BMF vertretenen Auffassung gab. Die vertretene Auffassung in der Literatur, dass es sich bei Cum/Ex Geschäften um legale Gestaltungen handele, ist bekannt. Andere Autoren vertraten die Gegenauffassung. Auch die Finanzverwaltung und bisher mit Cum/Ex Gestaltungen befasste Finanz-, Straf- und Zivilgerichte haben eine andere Auffassung vertreten.

b. E-Mail des Jürgen Schmidt (Tarnname) vom 15. November 2010:

Sachverhalt:

Am 15. November 2010 wandte sich ein Absender unter dem Pseudonym „Jürgen Schmidt“ per E-Mail an BMF und bot Informationen zu Cum/Ex Gestaltungen über Investmentfonds

an. Die Informationen aus der E-Mail waren allgemeiner Natur ohne Bezugnahme zu einem konkreten Sachverhalt. Die Mail wurde am 16. November 2010 an das hessische Finanzministerium weitergeleitet. Von dort wurde Kontakt zum Absender aufgenommen. Er forderte für die konkreten Informationen 1,5 Mio Euro. Nach rechtlicher Prüfung unter Beteiligung der Generalstaatsanwaltschaft kaufte Hessen die Informationen nicht an. Der Absender soll daraufhin die Gestalter selbst erpresst und 1 Mio Schweigegeld erhalten haben. Der Journalist [REDACTED] von der Süddeutschen Zeitung hat von diesem Sachverhalt aus Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Kenntnis erlangt. Es ist nicht auszuschließen, dass der Vorgang thematisiert wird.

Frage: Warum hat das BMF keinen Kontakt zu „Jürgen Schmitt“ aufgenommen?

Das BMF hat keine Instrumente, um zu überprüfen, ob angebotene Daten werthaltig sind. Es ist dem BMF daher auch nicht möglich abstrakt zu bewerten, ob ein Ankauf sinnvoll ist. Nach der zwischen Bund und Ländern vereinbarten Verfahrensweise zum Umgang mit anonymen Daten liegt deshalb die Entscheidung über den Ankauf von Daten auf Ebene der Länder, die auch das Verfahren in eigener Zuständigkeit und Verantwortung führen.

c. Anregungen der Länder für Alternativvorschläge zur Gesetzgebung nach OGAW-IV

Frage: Wäre bei Aufgreifen alternativer Gesetzgebungsvorschläge der Länder, beispielsweise dem Vorschlag des Finanzministeriums Nordrhein-Westfalen nicht ein schnelleres Eingreifen möglich gewesen?

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum OGAW-IV Umsetzungsgesetz wurden verschiedene Optionen geprüft. Allerdings hätte die Systemschwäche mit keiner anderen diskutierten Option schneller und gleich effektiv behoben werden können.

d. Informationen zu Gestaltungen über Investmentfonds in den Jahren 2010 und 2011

Frage: Angehörige der Finanzverwaltungen der Länder erhielten Informationen zu Fondsstrukturen, über die Cum/Ex Deals abgewickelt wurden. Wäre nicht ein schnelleres Handeln notwendig gewesen?

Durch das OGAW IV Umsetzungsgesetz wurde die Möglichkeit der mehrfachen Anrechnung tatsächlich nur einmal abgeführter Steuer generell verhindert. Dafür war eine komplette Systemumstellung der Abwicklung von Dividendenzahlungen erforderlich. Diese Umstellung war nur mit entsprechendem zeitlichem Vorlauf möglich. Die Arbeiten zur Gesetzgebung waren in 2010 und 2011 in vollem Gange. Die Informationen zu Gestaltungen wurden aufgegriffen und geprüft und die Verwaltung hat mit BMF Schreiben adäquat reagiert. Im Übrigen war

der Branche das Grundprinzip bekannt, dass nur Kapitalertragsteuer erstattet oder angerechnet werden kann, die tatsächlich einbehalten wurde.

4. Größenordnung der Geschäfte

- Das geprüfte Erstattungsvolumen in Bund und Ländern liegt derzeit bei 3,3 Mrd. Euro. Diese Zahl kann nur eine sehr grobe Orientierung geben, da sich die Summe im Rahmen der laufenden Verfahren verringern oder erhöhen kann.
- Die im Zusammenhang mit Cum/Ex Gestaltungen notwendigen Ermittlungen sind wegen der Komplexität und dem Auslandsbezug äußerst aufwändig und zeitintensiv. Die Finanzbehörden des Bundes und der Länder arbeiten mit Nachdruck an der Aufarbeitung der Gestaltungen.

5. Rolle der Landesbanken

- Der Bundesregierung liegen keine Angaben über den Gesamtumfang der Beteiligungen öffentlich-rechtlicher Institute an Cum/Ex Gestaltungen vor. Presseberichten zufolge soll die LBBW, die HSH Nordbank und die ehemalige WestLB an den Cum-Ex-Geschäften beteiligt gewesen sein.

6. Frage der Strafbarkeit

- Die Beteiligten an Cum/Ex Gestaltungen können sich nicht darauf berufen, die gesetzlichen Regelungen hätten zu irgendeinem Zeitpunkt eine Anrechnung bzw. Erstattung tatsächlich nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer erlaubt. Die strafrechtliche Verantwortung der Beteiligten wird durch die Strafgerichte zu klären sein.

7. Möglichkeiten, Steuervermeidungsstrategien wirksam entgegen zu treten

- Die Cum/Ex-Gestaltungen waren gerade darauf angelegt, nicht entdeckt zu werden. Nach den bisherigen Erkenntnissen wurde die Verschleierung der Geschäfte mit großem Aufwand betrieben. In den Fachpublikationen wurden die Cum/Ex-Modelle nicht beschrieben. Die Cum/Ex-Modelle sollten niemals Gegenstand einer öffentlichen Auseinandersetzung werden. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich nach Auffassung der Bundesregierung bei den Cum/Ex-Gestaltungen nicht um das Nutzen von „Steuerschlupflöchern“, sondern um illegale Modelle. Angesichts der bereits geschilderten Umstände ist nicht ersichtlich, wie diese schneller hätten verhindert werden können.

8. Rechtsprechung zu Cum/Ex Gestaltungen

- Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 16. April 2014 entschieden, dass kein Anrechnungsanspruch bzw. Erstattungsanspruch auf Kapitalertragsteuer besteht, wenn der Erwerber die Aktien aus einer Leerverkaufsgestaltung nach einem vorgefertigten Konzept erworben hat und als Glied in der Gestaltungskette anzusehen ist. Das BMF

war dem Verfahren beigetreten. In den Urteilsgründen führte der BFH aus, dass in dem zu entscheidenden Einzelfall aufgrund des Vorgehens nach dem vorgefertigten Vertragskonzept ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zu verneinen sei und deshalb kein Anrechnungsanspruch der Kapitalertragsteuer bestehe. Der BFH ging davon aus, dass die **Voraussetzungen** auch in der **weithin üblichen Gestaltungspraxis** erfüllt sind.

- Zuvor hat das hessische Finanzgericht in einem anderen Verfahren, ebenfalls die Berechtigung zur Erstattung von Kapitalertragsteuer im Zusammenhang mit Cum/Ex Gestaltungen verneint. Für die Finanzverwaltung besteht die Schwierigkeit, diese Gestaltungsketten und die Leerverkäufe nachzuweisen.
- Die 6. Große Strafkammer des Landgerichts Köln hat in einem Beschluss vom 16. Juli 2015 ausgeführt, die Vorstellung der Initiatoren dieser Modelle, dass sich die auf die Dividendenzahlung der Emittentin an den zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien „erhobene“ Steuer gleichzeitig auch auf eine zwischen unbekanntem Dritten geschuldete Dividendenkompensationszahlung beziehen könnte, sei fernliegend und entbehre einer gesetzlichen Grundlage.
- Auch das OLG Köln und das Landgericht Frankfurt sind in Amtshaftungsprozessen gegen Angehörige der Finanzverwaltung der Rechtsauffassung der Finanzverwaltung gefolgt.

Die Referate IV A 3 und IV A 4 haben mitgezeichnet.

