

Gz. | VCA-S2252/13/10005:003

Dok.-Nr. 2015/069/982 | Nas

[REDACTED] (Pool IV)

**Von:** [REDACTED] (IV C 1)  
**Gesendet:** Montag, 3. August 2015 14:34  
**An:** IV C 1 - BSB  
**Betreff:** WG: Stellungnahme zum BMF-Schreiben vom 24.6.2015 zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien  
**Anlagen:** 2015-07-20-Übergang des wirtschaftlichen Eigentums.pdf

Reg. IV C 1:

- Import bei IV C 1 - S 2252/13/10005 :003
- Ausdruck E-Mail
- Betreff Stellungnahme BdB vom 20.07.2015
- hier:
- zda

Gruß

**Von:** [REDACTED] (IV C 1)  
**Gesendet:** Montag, 20. Juli 2015 15:17  
**An:** [REDACTED] (IV C 1); [REDACTED] (IV C 1)  
**Cc:** [REDACTED] (IV C 1); [REDACTED] (IV C 1); [REDACTED] (IV C 1)  
**Betreff:** WG: Stellungnahme zum BMF-Schreiben vom 24.6.2015 zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien

**Von:** [REDACTED]@bdb.de [mailto:[REDACTED]@bdb.de]  
**Gesendet:** Montag, 20. Juli 2015 15:13  
**An:** [REDACTED] (IV B); [REDACTED] (IV C 1)  
**Cc:** [REDACTED]@bdb.de; [REDACTED]@bdb.de; [REDACTED]@bdb.de; Postfach.Steuern@bdb.de  
**Betreff:** Stellungnahme zum BMF-Schreiben vom 24.6.2015 zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien

ST.01.03.04 - [REDACTED]

Sehr geehrte Herren,

anbei übersende ich Ihnen die gemeinsame Stellungnahme der kreditwirtschaftlichen Verbände zum BMF-Schreiben vom 24.6.2015 zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]  
[REDACTED]  
Geschäftsbereich Steuern

Bundesverband deutscher Banken e.V.  
Burgstraße 28  
10178 Berlin

Telefon: +49 30 1663-  
Fax: +49 30 1663-  
E-Mail: @bdb.de

Bundesverband deutscher Banken e.V.  
Burgstr. 28, 10178 Berlin, Germany

<https://bankenverband.de>

Gesetzliche Pflichtangaben/ Mandatory Information: <http://www.bankenverband.de/impressum>

Diese E-Mail enthält vertrauliche und/oder rechtlich geschützte Informationen. Wenn Sie nicht der richtige Adressat sind oder diese E-Mail irrtümlich erhalten haben, informieren Sie bitte sofort den Absender und vernichten Sie diese E-Mail. Das unerlaubte Kopieren sowie die unbefugte Weitergabe dieser E-Mail ist nicht gestattet.  
This email contains confidential and/or legally privileged information. If you are not the intended recipient or have received this email in error, please notify the sender immediately and destroy this email. Any unauthorised copying or dissemination of this email is strictly prohibited.

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN  
VOLKSBANKEN UND RAIFFEISEN-  
BANKEN E.V., BERLIN

BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN E.V., BERLIN

BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER  
BANKEN DEUTSCHLANDS E.V., BERLIN

DEUTSCHER SPARKASSEN- UND  
GIROVERBAND E.V., BERLIN

VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEF-  
BANKEN E.V., BERLIN

BUNDESVERBAND  
INVESTMENT UND ASSET  
MANAGEMENT E.V., FRANKFURT

Bundesministerium der Finanzen  
Herrn MD Martin Kreienbaum  
Unterabteilungsleiter IV B  
[REDACTED]

Wilhelmstraße 97  
10117 Berlin

20. Juli 2015  
ST.01.03.04 - [REDACTED]

**BMF-Schreiben vom 24.6.2015 zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim  
Handel mit Aktien**

Sehr geehrter Herr Kreienbaum,  
sehr geehrter [REDACTED]

wir bedanken uns für die Möglichkeit, zu dem oben genannten BMF-Schreiben Stellung  
zu nehmen und die daraus in der Praxis resultierenden Unklarheiten und Probleme  
darzulegen.

Wie bereits telefonisch erläutert, ändert das BMF-Schreiben, in das weder die Kredit-  
institute noch Börsenvertreter einbezogen worden sind, die geltenden Grundsätze für den  
Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Wertpapierveräußerungsgeschäften  
grundlegend. Es hat daher weitreichende Änderungen über den Bereich der anvisierten

- 2 -

Zielgruppe der Aktiengeschäfte um den Dividendentermin (sog. Cum-/Ex-Geschäfte) hinaus, wirft zahlreiche ungelöste Fragestellungen zum Anwendungszeitpunkt auf und führt zu erheblichem Umstellungsaufwand bei den Prozessen für die Abwicklung der Kapitalertragsteuer in der Kreditwirtschaft.

### **Auswirkungen im Steuerabzugsverfahren und auf die Abwicklung von Wertpapiergeschäften**

Bis zur Veröffentlichung des aktuellen BMF-Schreibens ist man auf Grund der existierenden Regelungen in diversen in der Zeit vor und nach dem Inkrafttreten der Abgeltungsteuer veröffentlichten BMF-Schreiben<sup>1</sup>, die auf der Rechtsprechung des BFH basieren, einhellig davon ausgegangen, dass das wirtschaftliche Eigentum bei Veräußerungsgeschäften mit Wertpapieren (generell und nicht nur mit Aktien) am sog. Schlusstag übergeht. D. h. es wurde maßgeblich auf den Tag abgestellt, an dem das schuldrechtliche Geschäft über den Verkauf / Kauf des Wertpapiers abgeschlossen wird. Auf diesen Grundsätzen sind die Systeme der Kreditinstitute zur Vornahme des Kapitalertragsteuerabzugs im Rahmen der Abgeltungsteuer und zur Ausstellung einer Steuerbescheinigung ausgerichtet, und zwar nicht nur im Hinblick auf die steuerliche Zurechnung der Dividenden, sondern auch in Bezug auf die Bestimmung des Veräußerungs-/Erwerbszeitpunkts bei Wertpapiergeschäften.

Nach dem aktuellen BMF-Schreiben soll der Grundsatz des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums mit Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags ausdrücklich nur noch bei Erwerben im Privatkundengeschäft über die Börse gelten. Außerhalb des Privatkundengeschäfts würden hingegen die notwendigen Sicherungsmechanismen fehlen, so dass kein wirtschaftliches Eigentum mit Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags erlangt werden könne. Außerdem soll bei OTC-Geschäften das wirtschaftliche Eigentum nur dann am Schlusstag übergehen, wenn von dem Käufer der Nachweis erbracht wird, dass der Erwerb durch eine Verfügungssperre des Depotbestands des Verkäufers gesichert war oder der Depotbestand in sonstiger Weise von der Verfügungsmöglichkeit des Verkäufers entzogen war. Bei sog. Leerverkäufen soll der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums erst bei Belieferung erfolgen. Dies alles macht zum einen erhebliche Anpassungen der IT-Systeme für die Abwicklung der Abgeltungsteuer notwendig. Darüber hinaus wäre eine maschinelle Abwicklung von Wertpapiergeschäften nicht mehr möglich, sondern bei allen außerbörslichen Wertpapiergeschäften wäre transaktionsbezogen und unter Einbeziehung von Kunden und an den Transaktionen beteiligten Instituten / Brokern eine Einzelfallprüfung des Zufluss- bzw. Veräußerungs-/Erwerbszeitpunkts vorzunehmen. Dies wäre bei einem Massenverfahren, wie dem

<sup>1</sup> BMF-Schreiben v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034, Tz. 1 und 4; v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953, Rz. 317.

- 3 -

Kapitalertragsteuerabzug, nicht möglich. Denn ein Massenverfahren kann nur dann funktionieren, wenn die für den Steuerabzug entscheidenden Faktoren im Zuflusszeitpunkt feststehen und maschinell abgefragt werden können. Dies war bisher Konsens zwischen Kreditwirtschaft und Finanzverwaltung und war auch die Grundlage für die zahlreichen Anpassungen beim Kapitalertragsteuerabzugsverfahren im Rahmen der Abgeltungsteuer.

### **Gravierende weitere Auswirkungen und Unklarheiten**

Die Umsetzung des BMF-Schreibens hätte auch elementare Auswirkungen auf die Kompensationslogik beim Zentralen Kontrahenten (=Eurex Clearing AG) und würde – wie bereits ausgeführt – erhebliche Anpassungen bei den Clearingmitgliedern (CM), also den Banken, mit sich bringen. Der Eintritt des Zentralen Kontrahenten in die Geschäfte führt zu zwei losgelösten Rechtsbeziehungen: der Beziehung Verkäufer-CM zu Eurex Clearing einerseits und der Beziehung Eurex Clearing zu Käufer-CM andererseits. Die Eurex Clearing AG kann darüber hinaus die im BMF-Schreiben dargestellten Kriterien zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht prüfen und muss grundsätzlich davon ausgehen, dass immer verfügbare Bestände übertragen werden. Eine Berücksichtigung von internen Buchungskriterien eines Clearingmitglieds im System des Zentralen Kontrahenten (z.B. ein Kriterium zur Differenzierung zwischen Beständen, die mit einer Verfügungssperre belegt sind, und solchen ohne eine Sperre) ist nicht vorgesehen. Aus Sicht des zentralen Kontrahenten kann keine Differenzierung zwischen "verfügungsgesperren" und "freien" Beständen durchgeführt werden.

Zudem stellt sich die Frage, ob der Eintritt des Zentralen Kontrahenten in die Geschäfte der CMs und die hieraus resultierende Beziehung zum Käufer-CM als Leerverkauf zu qualifizieren wäre, mit der Folge, dass auch für Erwerbe im Privatkundengeschäft über die Börse unter Einbeziehung eines Zentralen Kontrahenten kein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses angenommen werden könnte. Ein unterschiedlicher Zeitpunkt für den wirtschaftlichen Eigentumsübergang danach, ob das Börsengeschäft unter Einschaltung eines Zentralen Kontrahenten (dann Leerverkauf und Übergang erst bei Lieferung) oder ohne (dann Übergang beim Abschluss des Handelsgeschäfts) erfolgt, erscheint jedoch ebenfalls nicht sachgerecht.

Ferner strahlen Aussagen zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ggf. auf andere Rechtsgebiete aus. Nach § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB sind Vermögensgegenstände dem wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen. Nach der Gesetzesbegründung zum BilMoG („Diese Wertung entspricht § 39 AO. Die Vorschrift beschreibt typische Beispielfälle, die ein Abweichen von der Regelvermutung des § 39 Abs. 1 AO erlauben, füllt also

- 4 -

ebenfalls die wirtschaftliche Zurechnung – mithin die Frage nach der Verteilung der wesentlichen Chancen und Risiken – inhaltlich aus.“) besteht insofern ein Gleichlauf zwischen Steuerrecht und Handelsrecht (vgl. BT-Drucks. 16/10067, S. 47). Damit könnte die Bilanzierung auf der Anlegerebene von den neuen Aussagen zur Erlangung des wirtschaftlichen Eigentums betroffen sein. Nach § 5 Abs. 1 KARBV, der auf die formellen GoB verweist, sind Vermögensgegenstände einem Investmentvermögen ebenfalls mit Erlangung des wirtschaftlichen Eigentums zuzurechnen. Damit könnte auch die Fondsrechnungslegung betroffen sein. Abgesehen von immensen IT-Kosten, die eine Umstellung von Buchhaltungssystemen zur Folge hätte, drohen weitere Konflikte mit dem KAGB. Lediglich Hedge-Fonds (§ 283 KAGB) dürfen Leerverkäufe tätigen. Würde ein Investmentfonds eine Aktie über die Börse ordern und diese am selben Tag wieder veräußern, dann wäre dies ggf. ein unzulässiger Leerverkauf, wenn kein wirtschaftliches Eigentum mit der Kauf-Order erlangt würde.

Die Berechnung der Kennzahlen nach Basel III wie LCR (Liquidity Coverage Ratio) und NSF (Net Stable Funding Ratio) werden zudem auf Basis des Geschäftstages berechnet. Wenn nun der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums erst am Settlementtag stattfindet, die Kennzahlen aber auf Basis des Geschäftstages zu berechnen sind, existiert ein Mismatch. Die Liquiditätskennzahlen müssen also schon eingehalten werden, obwohl es noch keinen Eigentumsübergang an dem Wertpapier gibt.

Auch die Bilanzen der Kreditinstitute würden sich ändern, da diese auf Basis des Geschäftstages aufgestellt werden. Sehr viele Banken kaufen und verkaufen noch Wertpapiere vor Jahresende um gewisse Kennziffern zu erfüllen. Hier ließe sich künftig der – sicherlich ungewollte – Effekt erzielen, dass Aktien von einem Ausländer zum 31. Dezember gekauft werden und diese in der auf dem Geschäftstag basierten Bilanz des Ausländers nicht mehr erscheinen, jedoch auch nicht in der auf der tatsächlichen Lieferung basierten Bilanz des deutschen Käufers.

Auch die Bankenabgabe bemisst sich auf Basis des Eigentumsübergangs am Geschäftstag und müsste neu berechnet werden.

Ferner stehen die Ausführungen des BMF-Schreibens im Widerspruch zu bankenaufsichtsrechtlichen Risikogrundsätzen, da nach diesen der Gefahrenübergang verbindlich am Geschäftstag ist. Die Geschäfte sind nicht unverbindlich bis zum Settlement.

Das BMF-Schreiben hätte darüber hinaus auch Auswirkungen auf den Handel. So wären notwendige Hedgingaktivitäten der Kreditinstitute nicht mehr möglich, da das Kreditinstitut bis zur tatsächlichen Lieferung der Wertpapiere voll im Risiko wäre.

- 5 -

Hierdurch würden auch die Anforderungen an die Eigenkapitalhinterlegung massiv ansteigen. Auch der Intraday-Handel würde zum Erliegen kommen, da ein taggleicher Kauf und Verkauf von Wertpapieren nach den Grundsätzen der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums am Tag der Lieferung nicht mehr möglich wäre. Intraday-Aktivitäten sind jedoch für das Herstellen einer Marktliquidität zwingend notwendig. Wären diese Geschäfte nicht mehr möglich, hätte dies eine Abnahme der Marktliquidität zur Folge, was wiederum die Gefahr der Marktmanipulationen durch die ungewollte Entwicklung der Kurse in eine bestimmte Richtung birgt.

Auch eine weitere wichtige Aufgabe der Kreditinstitute, das Market Making, wäre zukünftig nicht mehr möglich, da die Bank ein solches nur unter Eingehen von hohen Risiken bis zur tatsächlichen Lieferung durchführen könnte, was wiederum zu einer zusätzlichen (hohen) Eigenkapitalunterlegung führen würde. Im Bereich der ETFs müssten die Anteile zudem erst geschaffen werden, bevor ein Verkauf möglich wäre. Das ist innerhalb eines Tages unmöglich. Umgekehrt müssten die Anteile erst zurückgegeben werden, bevor ein Verkauf der Aktien möglich ist. Auch das ist innerhalb eines Tages unmöglich. Dies hat zur Folge, dass die Marktliquidität bei ETFs dramatisch einbricht.

#### **Anwendungszeitpunkt**

Zudem enthält das BMF-Schreiben keine Regelung zum Anwendungszeitpunkt.

Daher stellt sich darüber hinaus die Frage, auf welche Sachverhalte die Regelungen anwendbar sein sollen, d. h. soll es für alle noch offenen Fälle gelten?

Eine rückwirkende Korrektur des Steuerabzugs, für die wir keine Rechtsgrundlage sehen, kommt jedenfalls nicht in Betracht. Hierzu müssten sämtliche Veräußerungsgewinne und Ertragszuflüsse (im Dividenden- und Zinsbereich) bei OTC-Geschäften mit Wertpapieren (und nicht nur Aktiengeschäften um den Ausschüttungstermin) nachträglich überprüft und korrigiert werden sowie ggf. auch neue Steuerbescheinigungen an die „zutreffenden“ Gläubiger der Kapitalerträge ausgestellt werden.

Wie ist das Verhältnis zu Rz. 317 des BMF-Schreibens vom 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953, wo geregelt ist, dass der Erwerb den Tatbestand des „rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrags oder gleichstehenden Rechtsaktes“ beinhaltet? Wie ist das Verhältnis zu den BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009, BStBl. I 2009, 631, vom 21. September 2010, BStBl. I 2010, 752, und vom 3. März 2011, das die Regelung enthält, dass ab 1. Januar 2010 beim Erwerb von Aktien mit Dividendenanspruch und Lieferung ohne Dividendenanspruch die in der Steuerbescheinigung nach § 44a EStG ausgewiesene Kapitalertragsteuer bei Vorlage einer sog. Berufsträgerbescheinigung erstattet wird?

- 6 -

Sollen die neuen Grundsätze auch für die Zeit nach dem Übergang der Verpflichtung zum Steuerabzug von dem Schuldner auf die auszahlende Stelle durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz (ab 2012) gelten, durch den die Voraussetzungen für sog. Cum-/Ex-Geschäfte beseitigt wurden? Mit der Umstellung des Verfahrens ist sichergestellt, dass Steuerbescheinigungen nur ausgestellt werden, wenn auch Kapitalertragsteuer einbehalten wurde (vgl. die beigefügte Kundenmitteilung Steuern der Clearstream Banking AG vom 29. Juli 2011 - **Anlage**), so dass keine Notwendigkeit mehr besteht, die Grundsätze des BMF-Schreibens auf die Zeit ab dem 1. Januar 2012 anzuwenden.

### Zu den Fragen des BMF

Zu den zusätzlichen Anforderungen bei OTC-Geschäften, wonach das wirtschaftliche Eigentum nur dann am Schlusstag übergehen soll, wenn von dem Käufer der Nachweis erbracht wird, dass der Erwerb durch eine Verfügungssperre des Depotbestands des Verkäufers gesichert war oder der Depotbestand in sonstiger Weise von der Verfügungsmöglichkeit des Verkäufers entzogen war, ist in Beantwortung der von dem Fachreferat gestellten Fragen folgendes anzumerken:

Frage 1 des BMF:

*„Sofern die Annahme zutreffend ist, dass bei OTC Geschäften in der Praxis überhaupt keine Sperrvermerke gesetzt werden, wäre zur Vermeidung der Abwicklungsprobleme ein Ansatz gegeben, dies zukünftig sicher zu stellen. Die beschriebenen Probleme der Zuordnung der Dividendenzahlung beim Erwerber bzw. Veräußerer ergeben sich, solange das wirtschaftliche Eigentum noch nicht auf den Erwerber übergegangen ist. Wenn in den Abwicklungssystemen durch das frühe Setzen von Sperrvermerken entsprechende Vorkehrungen getroffen sind, können die Steuerbescheinigungen ohne die beschriebenen Probleme erteilt werden. Ich bitte Sie daher um Auskunft, ob ihre Mitgliedsunternehmen bei OTC Geschäften Sperrvermerke gesetzt oder sonstige Vorkehrungen getroffen haben, mit denen eine Weiterverfügung des OTC-Verkäufers ausgeschlossen wurden. Wenn ja, bitte ich eine Nennung des Mitgliedsunternehmens, um dort klären zu können, wie dies in der Praxis durchgeführt wurde.“*

In der Praxis werden – wie bereits im Rahmen der 2009 geführten Gespräche mit Vertretern Ihres Hauses dargelegt – von den depotführenden Kreditinstituten des Verkäufers sog. Sperrvermerke gesetzt, allerdings nur bei Börsengeschäften und bei der Entgegennahme einer Order. Erhält das depotführende Kreditinstitut allerdings – wie im OTC Bereich durchaus üblich – keine Order, sondern lediglich eine Lieferinstruktion



- 7 -

seines Kunden, ist das Setzen eines solchen Sperrvermerks (mangels Kenntnis des Handelsgeschäfts) nicht möglich und auch nicht erforderlich. Denn der Sperrvermerk dient nicht dazu, den Erwerb für den Käufer sicherzustellen, sondern dazu, dass das Institut nicht eine weitere Verkaufsoorder des Kunden für den bereits verkauften Bestand zur Ausführung bringt.

So genannte Sperrvermerke werden daher im Zusammenhang mit dem Handelsgeschäft gesetzt. Dies erfolgt bei Privatkunden insbesondere, um die Orderausführung bei nicht ausreichender Deckung/Bestand verweigern zu können, was auch in den Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte (Nr. 4) geregelt ist. In solch einem Fall unterbliebe das Kausalgeschäft/die Orderausführung und damit zwangsläufig auch die Belieferung. Im Geschäft mit institutionellen Kunden erscheint eine solche Praxis zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, Voraussetzung ist allerdings, dass das depotführende Institut auch verkaufsoorderausführende Bank ist.

Im OTC-Bereich ist dies jedoch regelmäßig nicht der Fall: Hier erhält das depotführende Institut (wie auch zutreffend auf den Seiten 3 und 4 des aktuellen BMF-Schreibens ausgeführt) lediglich eine Weisung des Verkäufers zur Lieferung bestimmter Wertpapiere, über die der Verkäufer bereits ein Handelsgeschäft – ohne Einbindung des depotführenden Instituts – abgeschlossen hat. Daher wird auch kein Sperrvermerk gesetzt, sondern die entsprechende Lieferinstruktion wird in das Wertpapierliefersystem eingestellt. Ist der Bestand des Verkäufers zum Zeitpunkt des Settlement vorhanden, so wird die Lieferung durchgeführt. Ist kein Bestand vorhanden, so kann die Lieferung nicht durchgeführt werden. Ob und inwieweit der Verkäufer weitere Handelsgeschäfte über die betreffende Gattung abschließt, die zu weiteren Verfügungen und Lieferinstruktionen führen, kann das Institut nicht beeinflussen und daher auch nicht (z.B. durch einen Sperrvermerk) verhindern. Oftmals ist der Verkäufer nicht einmal der Kunde des abwickelnden Instituts, sondern z.B. Kunde des Kunden (Lieferkette). Bei einem segregierten Konto des Kunden wäre zudem ein Sperrvermerk bzw. Kennzeichnung zur Lieferung auch nicht einmal unter dem Gesichtspunkt angebracht, dass ein Zugriff auf Fremdbestände auf dem gleichen Konto unterbunden werden sollte.

Denkbar ist im Übrigen auch, dass der Verkäufer dem abwickelnden Institut eine Lieferweisung erteilt, obwohl im gleichen Zeitpunkt gar kein Bestand auf dem Konto beim abwickelnden Institut vorhanden ist (der z.B. gesperrt werden könnte). Hierbei handelt es sich nicht zwangsläufig um einen Leerverkauf, denn der Bestand des Verkäufers kann auf einem Konto bei einem anderen Institut liegen und vor dem Settlement auf das Konto beim abwickelnden Institut übertragen werden.

- 8 -

Im **Ergebnis** bedeutet dies, dass bei OTC-Geschäften regelmäßig keine Sperrvermerke gesetzt werden und auch nicht gesetzt werden können. Ein Sperrvermerk wäre nur dort möglich und sinnvoll, wo für ein bestätigtes Handelsgeschäft zur Sicherstellung der Belieferung der betreffenden Bestand für die Lieferung gekennzeichnet werden soll.

Im Übrigen möchten wir folgendes anmerken:

Wie unter Tz. 1 zum Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien zutreffend ausgeführt wird, hat der BFH in den Urteilen vom 15. Dezember 1999<sup>2</sup> und vom 20. November 2007<sup>3</sup> festgestellt, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei einem Aktienkauf auch dann am Schlusstag übergehen soll, wenn dem Erwerber der Besitz an den Wertpapieren oder die vergleichbare letztlich unentziehbare Position in Erwartung des Eigentumserwerbs eingeräumt wird.

Der sich daran anschließende Schluss, dass beim Erwerber zusätzlich zu dem schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung der Wertpapiere auch ein „Herrschaftselement“ gegeben sein muss, das gesondert festzustellen ist, lässt sich den betreffenden BFH-Urteilen jedoch nicht entnehmen. In dem Urteil vom 15. Dezember 1999 wird anschließend lediglich ausgeführt, dass dem Erwerber „nach den einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen“ – die auch bei OTC-Geschäften Anwendung finden! – die mit den Ansprüchen verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden konnten. In dem Urteil vom 20. November 2007 lässt sich sogar lesen, dass es für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums unerheblich ist, dass mehr Aktien geschuldet wurden, als an dem relevanten Tag gehandelt worden sind, und dass dies keinen (negativen) Einfluss auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums hat. Vielmehr stellt der BFH auch in diesem Fall allein darauf ab, dass dem Erwerber die Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können, was er anschließend bejaht.

Diese Rechtsprechung ruft der BFH in dem Urteil vom 16. April 2014<sup>4</sup> auf, bestätigt sie ausdrücklich und weist darauf hin, dass sie sowohl für börsliche als auch für außerbörsliche Erwerbe gilt. Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums wird in dieser Entscheidung auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls (und mehr unter dem Blickwinkel des § 42 AO, ohne diesen ausdrücklich zu erwähnen) verneint, nicht aber, weil die allgemeinen Voraussetzungen für einen Eigentumsübergang als nicht erfüllt angesehen werden.

<sup>2</sup> BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527.

<sup>3</sup> BFH v. 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, 287.

<sup>4</sup> BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813.

- 9 -

Frage 2 des BMF:

*„Außerdem besteht eine Diskrepanz zwischen der Abwicklung von Dividendenzahlungen und den Ausführungen einiger Marktteilnehmer zur Rolle eines „Settlement Agent“ im Falle von Leerverkäufen.*

*Bsp.: A verkauft am 1. Juni 1000 B-Aktien, die er bei der C-Bank im Depot hält, an D OTC. Dividendenstichtag ist der 1. Juni. Am 2. Juni gibt A der C-Bank die Settlementinstruktion: Lieferung an D, Settlementtag 3. Juni, Handelstag 1. Juni.*

*Das System erkennt, dass eine Übertragung Cum-Dividende an den Erwerber erfolgen soll. A erhält deshalb – obwohl bei der C-Bank die Originaldividende ankommt – keine Steuerbescheinigung, denn systemseitig wird dem A das wirtschaftliche Eigentum an der Aktie nicht mehr zugerechnet. A wird mit einer Kompensationszahlung belastet, die an D weitergeleitet wird.*

*In diesem Fall geht das Abwicklungssystem davon aus, dass das wirtschaftliche Eigentum auf den Erwerber übergegangen ist und sich die steuerrechtliche Zuordnung der Dividendenzahlung geändert hat. Ist das Beispiel so zutreffend?*

*Unterscheiden die Kreditinstitute bei OTC-Geschäften dahingehend, ob das Kreditinstitut in den Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts eingebunden war oder nicht? Anders ausgedrückt: Wurde die Originaldividende auch dann nicht an den A ausgezahlt, wenn das Kreditinstitut nicht in an dem Zustandekommen des schuldrechtlichen Geschäfts zwischen A und D eingebunden war?*

*In der Frage, ob ein „sogenannter Settlement-Agent“ zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung bei Leerverkäufen verpflichtet ist, wird vorgetragen, ein Settlement-Agent, der bloße Lieferinstruktionen erhält, könne gar keine Prüfung der steuerlichen Verhältnisse vornehmen und sei deshalb auch nicht zum Steuereinbehalt verpflichtet. Obwohl der „Settlement Agent“ auch hier erkennt, dass eine Übertragung stattgefunden hat und er mangels Bestand den Leerverkäufer mit einer Geldzahlung belasten muss, wird argumentiert, der „Settlement Agent“ könne aus der bloßen Abwicklung keine Rückschlüsse auf die Pflicht zur Einbehaltung von Kapitalertragsteuer ziehen.*

*In einem Fall, wird aufgrund der Systemmeldungen eine steuerliche Zuordnung vorgenommen und im anderen nicht, dies erscheint nicht konsequent.“*

- 10 -

Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei dem genannten Beispiel um den Standardfall einer Veräußerung handelt und nicht um einen Leerverkauf, da A die Aktien im Zeitpunkt des Verkaufs an D im Depot bei der C-Bank hält. Wesentliche Elemente fehlen jedoch, um verschiedene Fallkonstellationen zu bilden. So kann in dem Beispiel die C-Bank verkaufsausführendes Institut sein, das von A die Verkaufsoorder erhält. Denkbar ist aber auch, dass A einem anderen Institut, z.B. der Z-Bank, die Verkaufsoorder erteilt. In diesem Fall wäre die C-Bank „Settlement Agent“. Sodann ist denkbar, dass A die B-Aktien nicht bei der C-Bank, sondern bei der Y-Bank hält, aber dennoch die C-Bank den Lieferauftrag erhält. Oder A hält die Aktien im Zeitpunkt des Verkaufs gar nicht, sondern hat mit dem X ein Wertpapierdarlehen vereinbart. In all diesen Fällen kann die C-Bank verkaufsausführende Bank oder Settlement Agent sein. Diese unterschiedlichen Fälle müssen jeweils einer unterschiedlichen Betrachtung zugeführt werden.

Da A erst am Ex-Tag die Settlementinstruktion an das depotführende Kreditinstitut (in diesem Fall vermutlich Settlement Agent) erteilt und dieses erst an diesem Tag von dem Verkauf erfährt, kann es keinen Sperrvermerk setzen. A erhält daher zunächst die Dividende gutgeschrieben und bekommt über einen vorgenommenen Steuerabzug eine Steuerbescheinigung. Da das depotführende Institut mit Erteilung der Settlementinstruktion erfährt, dass A nicht dividendenberechtigt gewesen ist, storniert es die Dividendengutschrift und fordert die Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 6 Satz 1 EStG in der Regel von A zurück. Die Nettodividende wird dem Erwerber gutgeschrieben. Andere Abwicklungsvorgänge sind möglich und üblich.

In Bezug auf die Aussage „Obwohl der „Settlement Agent“ auch hier erkennt, dass eine Übertragung stattgefunden hat und er mangels Bestand den Leerverkäufer mit einer Geldzahlung belasten muss“ möchten wir Sie darauf aufmerksam machen, dass der „Settlement-Agent“ seinen Kunden ausschließlich basierend auf den übermittelten Lieferinstruktionen belastet. Sobald eine abgewickelte Lieferinstruktion einen Schlusstag (Handelstag) vor dem Ex-Tag und einen Settlementtag nach dem Ex-Tag ausweist, wird der liefernden Partei die entsprechende Nettodividende belastet und der empfangenden Partei gutgeschrieben. Dies erfolgt automatisiert und völlig unabhängig vom vorhandenen Bestand.

Die Aussage, dass ein Kreditinstitut in der Funktion des reinen „Settlement Agent“ bei bloßer Lieferinstruktion keine Prüfung der steuerlichen Verhältnisse vornehmen könne, ist unseres Erachtens weiterhin gültig. Der „Settlement Agent“ wickelt lediglich die von seinem Kunden übermittelten Lieferinstruktionen ab. Dies gilt sowohl für die Fälle, in denen der Kunde des „Settlement Agent“ selbst der Verkäufer ist, als auch in den Fällen, in denen der „Settlement Agent“ Teil einer Lieferkette ist und der weisende Kunde des „Settlement Agent“ dann nicht der Verkäufer der Aktien ist.

- 11 -

Vielmehr wird ausschließlich ein (inländisches) Kreditinstitut in der Funktion als verkaufsausführendes Institut mit dem entsprechenden Überblick über den Handelsbestand seines Kunden in der Lage sein, diese Prüfung vorzunehmen, und tut dies seit dem 1. Januar 2007, da es im Fall eines Leerverkaufs gemäß §§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2, 44 Abs. 1 Satz 3 EStG zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer verpflichtet ist.

Bereits die vorstehenden Ausführungen zu dem aktuellen BMF-Schreiben, die lediglich beispielhaft sind und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, machen deutlich, dass das BMF-Schreiben aufgrund der Vielzahl der damit verbundenen ungelösten Fragestellungen in der Praxis nicht umsetzbar ist. Vor diesem Hintergrund bitten wir Sie nachdrücklich, derzeit von einer Veröffentlichung des BMF-Schreibens im Bundessteuerblatt abzusehen und mit der Kreditwirtschaft in einen Dialog zu treten um die Zielrichtung des BMF-Schreibens und den Anwendungszeitraum für die u.E. seit 2012 nicht mehr bestehende Problematik klarzustellen.

Mit freundlichen Grüßen  
Für die vorbezeichneten Verbände  
Bundesverband deutscher Banken



