



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR FINANZEN UND WIRTSCHAFT

Ministerium für Finanzen und Wirtschaft
 Baden-Württemberg • Pf. 10 14 53 • 70013 Stuttgart

Bundesministerium der Finanzen
 11016 Berlin

nachrichtlich

Oberste Finanzbehörden
 der Länder

Bayern
 Berlin
 Brandenburg
 Bremen
 Hamburg
 Hessen
 Mecklenburg-Vorpommern
 Niedersachsen
 Nordrhein-Westfalen
 Rheinland-Pfalz
 Saarland
 Sachsen
 Sachsen-Anhalt
 Schleswig-Holstein
 Thüringen

nur per E-Mail

Stuttgart 7. Juli 2015
 Name [REDACTED]
 Telefon 0711 123- [REDACTED]
 Telefax 0711 123- [REDACTED]
 E-Mail [REDACTED]@mfw.bwl.de
 Aktenzeichen 3-S225.2/178

(Bitte bei Antwort angeben!)

Umgehung der Dividendenbesteuerung (Cum/Cum-Transaktionen)

Ihr Schreiben vom 8. Juni 2015; IV C 1 - S 1980-1/14/10001 :014

1.

Aus hiesiger Sicht wird die Auffassung geteilt, dass in der beschriebenen Art Cum/Cum-Transaktionen vorgenommen werden, um dem Steuerausländer wirtschaftlich eine nicht qua Kapitalertragsteuer geschmälernte Dividende zukommen zu lassen. Vor dem Hintergrund, dass eine bedeutende Anzahl inländischer DAX-Konzerne überwiegend in ausländischem Anteilsbesitz sind, haben diese Transaktionen und damit auch das fragliche KEST-Volumen ein bedeutendes wirtschaftliches Gewicht.

Soweit bei diesen Transaktionen eine Bank als anteilsankaufender inländischer Akteur auftritt, wird dieses Vorgehen derzeit offenbar noch durch die Möglichkeit der zinsgünstigen Refinanzierung der Banken durch die EZB begünstigt. Dies ändert nichts daran, dass auch Nichtbanken als anteilsankaufender inländischer Akteur tätig sind. Auch Sondervermögen in der Form von Spezialfonds kommen als solche inländischen Akteure in Betracht, und zwar auch nach der Neukonzeption. Die geplante originäre Steuerpflicht des Spezialfonds von 15 % lässt den zu erzielenden Vorteil eines ausländischen institutionellen Anteilseigners von derzeit 25 % der Dividende nicht entfallen, sondern lediglich auf 10 % der Dividende schrumpfen.

Vor diesem Hintergrund begrüße und unterstütze ich nachdrücklich Maßnahmen, die diese Cum/Cum-Transaktionen unterbinden, mindestens aber weitgehend vermeiden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass es nahezu ausgeschlossen ist, die fraglichen Cum/Cum-Transaktionen von Seiten der Finanzverwaltung zu identifizieren. Dies kann auch im Rahmen einer Außenprüfung der Bank kaum gelingen - zu groß ist die Anzahl der Transaktionen und zu gering ist die Chance, den Umstand zu erkennen, dass im Zeitpunkt der Anteilsveräußerung der Rückkauf einschl. Rückkaufspreis bereits vereinbart wird. Hinzu kommt, dass diese Geschäfte inzwischen offenbar oftmals nicht mehr in der Grundstruktur erfolgen, wie sie im Bezugsschreiben des BMF beschrieben ist. Vielmehr sind zwischen dem Steuerausländer und dem inländischen Akteur, der dann die Dividende bezieht ein, zwei oder mehr Stationen zwischengeschaltet, sodass das Erkennen der Transaktion zusätzlich erschwert ist.

2.

Aus hiesiger Sicht wird die australische und damit eine gesetzgeberische Lösung präferiert. Die Berechtigung zur KEST-Anrechnung ist Ausfluss der Dividendenberechtigung. Die Dividendenberechtigung korrespondiert wirtschaftlich mit dem Kursrisiko: Zum Dividendenbezug und damit zur KEST-Anrechnung berechtigt ist nur, wer ein gewisses Kursrisiko trägt. Die Regelung zur Zurechnung des Anteils in § 20 Abs. 5 Satz 2 EStG könnte deshalb organisch im Sinne der australischen Regelung gesetzgeberisch konkretisiert werden.

3.

Eine Adaption der australischen Regelung würde es zwar nicht unmöglich machen, eine Aktie vor dem Dividendenbezug an ein inländisches Vehikel zu veräußern und nach dem Dividendenbezug mit dem Dividendenabschlag zurückzukaufen. Aber angesichts einer Mindesthaltedauer von 45 Tagen mit Kursrisiko geht der wirtschaftliche Anreiz für die Transaktion weitgehend verloren. Im Übrigen streitet im Falle der

KEST-Anrechnung die Darlegungs- und Beweislast für den Fiskus: Der die KEST-Anrechnung begehrende inländische Anteilsaufkäufer hat die Voraussetzungen des § 20 Abs. 5 Satz 2 EStG - mithin die 45 Tage Haltedauer unter Einschluss des Kursrisikos - darzulegen und zu beweisen.

4.

Für den Fall, dass die gesetzliche Regelung nicht realisiert wird, rege ich bereits jetzt vorsorglich den Erlass einer Verwaltungsanweisung an. Denn zur Dividendensaison 2016 müssen Gegenmaßnahmen greifen.

Mit einer solchen Verwaltungsanweisung wäre zu bestimmen, dass bei einem Aktienverkauf und anschließendem Rückkauf mit

- o kurzer Haltedauer,
- o im Vorhinein bestimmtem Rückkaufspreis und
- o Kurssicherungsvereinbarung

bedeutende Anhaltspunkte für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums an der Aktie seitens des ausländischen Investors vorliegen, ersatzweise für eine missbräuchliche Gestaltung.

In beiden Fällen kann es für den inländischen Ankäufer steuerstrafrechtliche Konsequenzen haben, wenn er in Ansehung einer veröffentlichten Verwaltungsanweisung, mit der für Cum/Cum-Transaktionen auf das Risiko des wirtschaftlichen Eigentums oder der missbräuchlichen Gestaltung hingewiesen wird, im Einzelfall vorliegende Anzeichen für ein solches Risiko gegenüber der Steuerverwaltung nicht aufdeckt.

5.

Vorbild für eine solche Verwaltungsanweisung könnten die Entscheidung des BFH vom 16.04.2014 - I R 2/12 sowie die Verfügung der OFD Frankfurt/M. vom 16.07.1998 sein (Az.: S 2293 A-81-St II 25). Mit seiner Entscheidung vom 16.04.2014 verneint der BFH wirtschaftliches Eigentum des Erwerbers bei einem standardisierten Vertragsgeflecht, das vor allem einen im Voraus bestimmten Rückkaufspreis sowie einen Ausschluss des Kursrisikos beinhaltet.

Die OFD-Verfügung nimmt für kurzfristiges Halten einer Aktie über den Dividendentag hinweg bei vorher vereinbartem Rückkaufspreis einen Fall des § 42 AO an. Denn diese Gestaltung erfolge allein aus steuerlichen Gründen. Diese Verfügung wurde mit Verfügung der OFD Frankfurt/M. vom 27.05.2013 (Erlass des Hessischen Ministeriums der Finanzen vom 21.05.2013) zwar aufgehoben. Dies aber beruht allein auf Folgendem:

Mit Urteil vom 15.12.1999 - I R 29/97 hatte der BFH im Falle eines Inhaberverkaufs, wie er auch Gegenstand der im Bezugsschreiben dargestellten Cum/Cum-Geschäfte ist, wirtschaftliches Eigentums des Aktienerwerbers angenommen. Dem Erwerber wurde die KEST-Anrechnung letztlich aber deshalb gewährt, weil der BFH die seinerzeitige Börsenklausel in § 50c Abs. 8 Satz 2 EStG 1987/1990 weit auslegte. Da er die Anteile über die Börse erworben hatte, konnte dem Kläger damit ausnahmsweise die KEST-Anrechnung gewährt werden.

Mit BMF-Schreiben vom 06.10.2000 wurde diese Entscheidung mit einem Nichtanwendungserlass belegt (BStBl. 2000 I S. 1392). Nachdem der BFH dann mit Beschluss vom 20.11.2007 - I R 85/05 die Entscheidung vom 15.12.1999 bestätigte, wurde der Nichtanwendungserlass aufgehoben.

In der entsprechenden Verfügung der OFD Frankfurt/M. vom 27.05.2013 (Erlass des Hessischen Ministeriums der Finanzen vom 21.05.2013) wird aber zugleich darauf hingewiesen, dass der Nichtanwendungserlass die Fälle des Anrechnungsverfahrens betraf und § 50c EStG im Halb-/Teileinkünfteverfahren grundsätzlich keine Anwendung mehr findet. Deshalb seien aktuelle Fälle des Dividendenstripings anhand des § 42 AO zu prüfen.

Der Hinweis auf § 42 AO greift somit die Grundüberlegung der o.g. Verfügung der OFD Frankfurt/M. vom 16.07.1998 auf und bestätigt sie.

Es mag eingewendet werden, dass die Annahme von § 42 AO nichts daran ändert, dass die fraglichen Fallgestaltungen von Seiten der Steuerverwaltung nicht identifiziert werden können.

Dessen ungeachtet gilt aber: Der inländische anteilsaufkaufende Akteur begehrt den KEST-Abzug und hat hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Hierzu gehört die Darlegung sämtlicher für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der KEST-Anrechnung relevanter Umstände. Mit einer Verwaltungsanweisung, die abstrakt die Grenze des § 42 AO beschreibt, wird deutlich gemacht, dass bei Verschweigen von Umständen, die die substantiierte Möglichkeit der Annahme von § 42 AO eröffnen, eine Strafbarkeit von § 370 AO zu prüfen ist. Damit erhöht sich das Risiko für die Abwicklung solcher Transaktionen. Es ist zu erwarten, dass dies genügt, um das Volumen dieser Transaktionen deutlich zurückgehen zu lassen.

