

Finanzministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Finanzministerium Nordrhein-Westfalen, 40190 Düsseldorf

Nur per E-Mail:Bundesministerium der Finanzen
11016 BerlinNachrichtlich:

Oberste Finanzbehörden der Länder

20.07.2015

Seite 1 von 4

Aktenzeichen
S 2400-49/2-V B 2
bei Antwort bitte angebenReferat V B 2
Telefon 0211 4972-
Fax 0211 4972-
@fm.nrw.de

Umgehung der Dividendenbesteuerung

Ihr Schreiben vom 08.06.2015 – IV C 1 – S1980-1/14/10001 :014
[DOK 2015/0476213];Schreiben des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft Baden-
Württemberg vom 07.07.2015 – 3 – S 225.2/178;Schreiben des Ministeriums der Finanzen Rheinland-Pfalz vom
16.07.2015 – S 1980 A – 15-003 - 441

Zu den von Ihnen gestellten Fragen nehme ich wie folgt Stellung:

Frage 1**Welche Erkenntnisse liegen Ihnen zu Cum/Cum-Transaktionen in Ihrem
Zuständigkeitsbereich vor?****Die Geschäfte werden vorrangig bei Banken, Versicherungen und Finanz-
unternehmen zu finden sein und können neben dem Grundgeschäft z. B.
auch Wertpapierleihgeschäfte oder auch Optionsgeschäfte betreffen.****Bitte nehmen Sie insbesondere zu Art und Umfang derartiger Transaktio-
nen Stellung.**In Nordrhein-Westfalen sind zwei Modelle bekannt geworden, die mit den in
Ihrem Bezugsschreiben vom 08.06.2015 dargestellten Transaktionsgeschäften
vergleichbar sind.

Einzelheiten sind in den beigefügten Anlagen 1 und 2 dargestellt.

Zu dem Modell 2 habe ich die OFD Nordrhein-Westfalen gebeten, den Fall
einer intensiven und umfangreichen weiteren Prüfung zu unterziehen.Dienstgebäude und Lieferan-
schrift:
Jägerhofstraße 6
40479 Düsseldorf
Telefon 0211 4972-0
Telefax 0211 4972-1217
poststelle@fm.nrw.de
www.fm.nrw.deÖffentliche Verkehrsmittel:
U74 bis U79
Haltestelle:
Heinrich-Heine-Allee

Finanzministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Frage 2

Sehen Sie Bedarf für eine gesetzliche Regelung, mit der die Möglichkeiten zur Umgehung der Dividendenbesteuerung zumindest eingeschränkt werden? 20.07.2015
Seite 2 von 4

Allein die Dimension der bislang aus Nordrhein-Westfalen bekannten Fälle zeigt den Bedarf für eine gesetzliche Regelung zur Einschränkung der Umgehung der Dividendenbesteuerung durch Cum/Cum-Transaktionen.

Zwar bietet ggf. auch die bisherige rechtliche Lage Instrumente, um auf die Umgehung der Dividendenbesteuerung zu reagieren. Diese dürften allein jedoch nicht ausreichend sein, um eine angemessene Rechtssicherheit in der Praxis zu gewährleisten, zumal sich – worauf auch Rheinland-Pfalz bereits hingewiesen hat – die Nachforderung der Kapitalertragsteuer von Steuerausländern schwierig gestaltet.

Anknüpfend an die Ausführungen des BFH in seinem Urteil I R 2/12 vom 16.04.2014 wäre zu prüfen, ob die jeweilige Bank überhaupt **wirtschaftlicher Eigentümer** der Aktien geworden ist und somit bei ihr Kapitaleinkünfte i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 20 Abs. 5 S. 1 und 2 EStG vorliegen oder solches vielmehr beim Verkäufer zu verbuchen ist. Die rechtliche Bewertung dieser Frage hängt allerdings stark vom Einzelfall ab und wird teilweise aufgrund der Komplexität der getätigten Geschäfte schwer zu beurteilen sein.

— Sofern zu bejahen ist, dass die Bank wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien geworden ist und diese infolgedessen auch grundsätzlich zur Anrechnung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer berechtigt ist, könnten Cum/Cum-Transaktionen als **Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO** beim Verkäufer und / oder der Bank zu werten sein.

Der Verkäufer der Aktien erzielt einen steuerlichen Vorteil, da seine Dividende in Deutschland der Kapitalertragsteuer unterliegen würde, ein realisierter Anteilsveräußerungsgewinn hingegen in Deutschland grundsätzlich nicht steuerbar ist. Damit liegt durch den Verkauf ein Steuervorteil vor, der nicht entstanden wäre, wenn die Aktien vor dem Dividendenstichtag nicht veräußert worden wären. Grundsätzlich ist eine solche Umwandlung eines (in Deutschland) steuerpflichtigen Kapitalertrags in einen nicht steuerbaren Veräußerungsgewinn steuerrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der beschränkt steuerpflichtige Anteilinhaber sich auch tatsächlich von seinen Aktien trennt. Indes kann das Halten der Aktien im Rahmen einer Cum/Cum-Transaktion jedoch eine unangemessene steuerliche Gestaltung sein, wenn man den Verkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag und dem zu diesem Zeitpunkt schon beabsichtigten Rückkauf der Aktien – was insbesondere durch den parallelen Abschluss von Futures belegt werden kann – von vornherein plante und der Erwerber keinerlei Kursrisiko zu tragen hatte. Der gesetzlich nicht vorgesehene Steuervorteil liegt hier in der Anwendung der steuerlich günstigeren Regelungen über die Anteilsveräußerungsgewinne gegenüber der Besteuerung der Dividenden, obwohl – wirtschaftlich gesehen – sich der ausländische Verkäufer gar nicht von seinen Aktien getrennt und durch entsprechende Maßnahmen (vorher festgelegter

Finanzministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Rückkaufspreis, Kurssicherungsmaßnahmen des Erwerbers) das Kursrisiko weiterhin selbst getragen hat.

20.07.2015

Seite 3 von 4

Die Rechtsprechung des BFH im Urteil vom 15.12.1999 – I R 29/97 (BStBl II 2000, S. 527) steht einer Anwendung des § 42 AO m. E. nicht entgegen. Denn der BFH berief sich seinerzeit ausdrücklich auf die Sperrwirkung der (besonderen) Missbrauchsvorschrift des § 50c EStG, die die (allgemeine) Missbrauchsvorschrift des § 42 AO verdrängt (vgl. den 3. Leitsatz). § 50c EStG ist indes seit 2001 abgeschafft!

Weiter stellt sich die Frage, ob außersteuerliche Gründe, wie beispielsweise die Vermeidung von Kosten für das Erstattungsverfahren nach § 50d EStG oder die Erzielung von Liquiditätsvorteilen, für die Gestaltung geltend gemacht werden können.¹ Hierbei ist m. E. allerdings zu berücksichtigen, dass die gewählten Umgehungsstrukturen die Kapitalertragsteuer fast in vollem Umfang (ca. 95 bis 97 %) vermeiden, der beschränkt Steuerpflichtige im Regelfall bei Streubesitzanteilen nach den DBA jedoch nur einen Anspruch auf Absenkung der Kapitalertragsteuer um 10 %-Punkte auf 15 % hat.

Ob die Voraussetzungen des § 42 AO tatsächlich vorliegen, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Es kann auch nicht mit Sicherheit prognostiziert werden, wie die Gerichte die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen des § 42 AO – insbesondere auch in Bezug auf mögliche außersteuerliche Gründe für die Gestaltung – in Bezug auf Cum/Cum-Transaktionen bewerten.

Frage 3

Wie bewerten Sie die dargestellten ausländischen Vorschriften zur Verhinderung/Reduzierung der Umgehung?

USA / Australien

Die US-amerikanische und die australische Regelung sind in ihrer Rechtsfolge vergleichbar und sehen in den Fällen von Steuerarbitrage-Transaktionen jeweils einen Ausschluss vom Anrechnungsverfahren bei Dividendenzahlungen vor. M. E. ist dies ein möglicher Weg zur Vermeidung bzw. Eindämmung dieser Art von Geschäften. Eine zu schaffende deutsche Regelung könnte sich daher an der US-amerikanischen und australischen Regelung orientieren. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Verweigerung des Steuerabzugs unterscheiden sich die beiden Regelungen marginal, z.B. bei der Dauer der Haltefristen. Hier wäre im Detail zu schauen, welche Art der Ausgestaltung besser auf das deutsche Rechtssystem übertragbar ist. Zu prüfen bleibt, ob die konkrete Ausgestaltung möglichst auf die in Rede stehenden Gestaltungsmodelle beschränkt werden kann.

¹ Vgl. Desens, Arbitragen und Gestaltungsmissbräuche durch Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag (Teil II), FR 2014, S. 305, 306.

Finanzministerium
des Landes Nordrhein-WestfalenSchweiz

Bei der in der Schweiz getroffenen Regelung zur Vermeidung von Arbitragegeschäften handelt es sich um eine Generalklausel, die ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe enthält. Da derartige Begriffe zumeist erst durch die Rechtsprechung konkretisiert werden, wird das Ziel, eine Regelung zu schaffen, die Cum/Cum-Transaktionen verhindert bzw. schmälert und dabei gleichzeitig die notwendige Rechtssicherheit herstellt, nicht erreicht. Die schweizerische Regelung sollte daher m. E. nicht modellhaft sein für eine deutsche.

20.07.2015

Seite 4 von 4

Niederlande

Die niederländische Regelung stellt auf eine konkretisierte Variante des Begriffs des wirtschaftlichen Eigentümers ab und verlagert das wirtschaftliche Eigentum zurück auf den ursprünglichen Inhaberverkäufer. In Einzelfällen könnten Cum/Cum-Gestaltungen damit verhindert werden. Eine derartige Regelung wird jedoch voraussichtlich zu Gerichtsverfahren führen, in denen darüber zu entscheiden ist, welcher Partei das wirtschaftliche Eigentum bei dem jeweiligen Cum/Cum-Geschäft zuzuordnen ist. Auch vor dem Hintergrund des BFH-Urteils I R 2/12 vom 16.04.2014 ist nicht sicher prognostizierbar, wie die Gerichte jeweils entscheiden werden. Eine Orientierung am niederländischen Recht bei der Einführung einer deutschen Regelung zur Vermeidung von Cum/Cum-Gestaltungen halte ich daher ebenfalls nicht für zielführend.

Frage 4

Sehen Sie andere Lösungen zur Verhinderung/Reduzierung derartiger Gestaltungen?

Eine andere Lösung zur Verhinderung bzw. Reduzierung von Cum/Cum-Gestaltungen kommt zunächst auf der Basis der bisherigen rechtlichen Regelungen in Betracht.

Wie zu Frage 2 ausgeführt, dürfte diese allein aber nicht ausreichen, um angemessen auf die Cum/Cum-Geschäfte zu reagieren. Ich favorisiere daher eine gesetzliche Lösung.

Sofern sich eine derartige gesetzliche Regelung nicht bzw. nicht zeitnah realisieren lässt, unterstütze ich grundsätzlich den Vorschlag des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft Baden-Württemberg, bereits jetzt vorsorglich eine entsprechende Verwaltungsanweisung zu erlassen, die deutlich macht, dass sich die Finanzverwaltung eine Prüfung der Anwendung des § 42 AO in diesen Fallgestaltungen vorbehält.



Anlage 1 zum Schreiben FM NRW vom 20.07.2015 – S 2400 – 49/2 – V B 2**Modell 1:**

In den Jahren 2008 bis 2010 wurden zwischen der A - Bank mit Sitz in London (A) bzw. der B - Bank mit Sitz in Luxemburg (B) und der deutschen C - Bank (C) in größerem Umfang Wertpapierpensionsgeschäfte (Repo-Geschäfte) über deutsche Aktien mit Dividendenbezugsrecht (Abwicklung „cum Dividende“) geschlossen.

Zur Umsetzung dieser Geschäfte wurden verschiedene Rahmenverträge zwischen den Beteiligten abgeschlossen.

Die C hat die Aktien dem Handelsbuch zugeordnet. Die Dividenden sind damit gemäß § 8b Abs. 7 KStG steuerpflichtig und die an A bzw. B geleisteten Ausgleichszahlungen fallen nicht unter § 8b Abs. 10 KStG.

In den Jahren 2008 bis 2010 wurden Steuerabzugsbeträge in folgender Höhe angerechnet:

VZ	Betrag (KapESt und SolZ)
2008	93,6 Mio. €
2009	139,1 Mio. €
2010	143,2 Mio. €

Nach den mitgeteilten vertraglichen Vereinbarungen ergibt sich folgendes Geschäftsmodell:

1. C erwirbt Aktien von A bzw. B vor dem Dividendenstichtag zum vereinbarten Kaufpreis, der sich am aktuellen Börsenkurs orientiert.
2. C erhält die Gewinnausschüttungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Es handelt sich um Kapitalerträge, die gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG a.F. dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen. C ist unter Vorlage der Bescheinigung nach § 45a EStG zur Anrechnung der Steuerabzugsbeträge gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG berechtigt.
3. C leitet die erhaltene Nettodividende unmittelbar nach Erhalt als Ausgleichszahlung an A bzw. B weiter. Diese Ausgleichszahlung stellt keine Zahlung im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG dar und unterliegt nicht dem Kapitalertragsteuerabzug nach §§ 43 ff. EStG.
4. A bzw. B erhalten darüber hinaus weitere Ausgleichszahlungen in Höhe der einbehaltenen Steuern.
5. C erhält von A bzw. B eine prozentuale Vergütung (Marge der Bruttodividende) zwischen 3,5% und 4%.
6. C erhält von A bzw. B einen Zinsertrag, der sich nach dem vereinbarten (marktüblichen) Zinssatz, dem jeweiligen Kaufpreis der Aktien und der individuellen Haltedauer bemisst.
7. C veräußert die Aktien wenige Tage nach dem Gewinnverteilungsbeschluss zum ursprünglichen Kaufpreis an A bzw. B zurück. Die unter 4. bis 6. aufgeführten Vergütungen werden mit dem Kaufpreisanspruch verrechnet.

Anlage 1 zum Schreiben FM NRW vom 20.07.2015 – S 2400 – 49/2 – V B 2

A hat der C bestätigt, dass kein Unternehmen des A/B-Konzerns einen steuerlichen Vorteil aus Deutschland erhalten oder sonst wie (von Deutschland) steuerlich profitiert hätte. Insbesondere habe kein Unternehmen des A/B-Konzerns eine Gutschrift oder eine Erstattung für zugrundeliegende Dividendenabzugssteuern, die während des Repo-Zeitraums in Deutschland gezahlt wurden, erhalten.

Für die VZ 2008 bis 2010 sind die Prüfungen des zuständigen GKBP-FA abgeschlossen. Diese stellte fest, dass die C in allen Fällen im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien war. Die Gewinnausschüttungen wurden bei der C als Einnahmen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gewertet, so dass C zur Anrechnung der Steuerabzugsbeträge berechtigt war.

In den VZ 2011 bis 2013 wurden keine Steuerabzugsbeträge aus dem o .g. Modell beantragt.

Modell 2:

Die X-Bank (X-B) ist in die Umsetzung von „Cum/Cum-Transaktionen eingebunden. Nach aktuellem Kenntnisstand betrieb sie in den Jahren 2013 und 2014 Modelle, die sie als „Dividendenarbitrage-Geschäfte“ bezeichnet. Dieses Konzept erläutert die X-B in ihrer Produktbeschreibung wie folgt:

Aktien deutscher Emittenten werden vor dem Dividendentermin von ausländischen Investoren (vornehmlich aus dem angloamerikanischen Raum) in den Eigenbestand der Bank erworben. Vor der Dividendenfeststellung werden die Aktien cum Dividende in die Eigenhandelsdepots der Bank eingebucht.

Die Ausschüttung und Vereinnahmung der Dividende erfolgt im Anschluss brutto zu Gunsten der Bank und diese führt Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag ab, die im Inland angerechnet wird.

Einige Tage nach dem Ex-Tag erwirbt der ursprüngliche ausländische Investor die Aktien wieder zurück.

Der Aktienwerb durch die X-B und der Rückerwerb durch den Investor sind so ausgestaltet, dass sich hieraus eine Marge für die Bank ergibt.

Der Erwerb der Aktien durch die X-B erfolgt entweder im Rahmen einer Wertpapierleihe oder durch einen Kassa-Kauf der Aktienposition.

Bei der Wertpapierleihe leiht die X-B die Aktien vom ausländischen Investor und stellt für die Dauer der Leihe Wertausgleich in Form von Cash. Am Ex-Tag ist die X-B verpflichtet, die erhaltene Dividende an den Investor (nach dessen Anforderungen) zu kompensieren. Einige Tage nach dem Dividendentermin wird die Wertpapierleihe durch Rückübertragung der Aktien und der Wertausgleichsleistung beendet. Die X-B zahlt dem Investor einen vor Geschäftsabschluss vereinbarten Darlehenszins, der monatlich vom Investor abgerechnet wird. Eine positive Marge für die X-B entsteht hier dadurch, dass die von der Bank zu zahlende Summe aus Kompensationszahlung und Darlehenszins je Aktiegattung niedriger ist als die erhaltene Bruttodividende.

Im Rahmen der Kassa-Kauf-Variante kauft die X-B die Aktien vom Investor. Zur Absicherung von Marktrisiken werden zeitgleich mit dem Kauf „Single-Stock-Futures“ der jeweiligen Aktiegattung aufgebaut. Die X-B führte zu diesem speziellen Zweck das Produkt „Aktienfutures für Dividendenarbitrage-Geschäfte“ ein. Dabei ist der Verkäufer der Aktien auch der Vertragspartner des entgegenstehenden Hedge-Derivats. Nach dem Dividendentermin werden die Aktien wieder an den Investor verkauft und die verkaufte Future-Position wird zeitgleich geschlossen. Hier entsteht die positive Marge für die X-B dadurch, dass die Kurse der Wertpapier- und Future-Käufe und -Verkäufe entsprechend vereinbart werden.

Nach bisherigem Stand wurden durch diese Geschäfte im Jahr 2013 Gewinnausschüttungen in Höhe von ca. 320 Mio. € vereinnahmt. Die anrechenbare Kapitalertragsteuer beträgt ca. 80 Mio. €. Von den vereinnahmten Dividenden wurden zwischen 95 und 97 % als Ausgleichszahlungen an die ausländischen Verleiher bzw. Verkäufer zurückgezahlt, so dass bei der X-B letztlich ein Ertrag von 3 % bis 5 % des Dividendenaufkommens verblieb. Für das Jahr 2014 liegen zum jetzigen Zeitpunkt keine Zahlen vor.

