

IV C 2 - S 2750-a/09/10002 :006

/ 2012/0811079 /

September 2012

Fax: [REDACTED]

b.H.
- Bedeutung f. d. KStG
(Befreiung) generell
für solche Geschäfte?

Cum-Ex-Geschäfte;
Erfahrungsaustausch: 27./28.08.2012

OFD Frankfurt am Main

I. Aktenvermerk über die Tagung

Es wurden folgende Themen im Zusammenhang mit cum/ex-Geschäften angesprochen:

I. Einführung in die Grundproblematik der cum/ex-Geschäfte

➤ Wertpapiersammelbank: Clearstream Banking AG

Die Clearstream Banking AG ist die einzige Wertpapiersammelbank Deutschlands. Ihre Aufgaben bestehen hauptsächlich in der Sammelverwahrung von Aktien. Das wirtschaftliche Eigentum geht bei der Sammelverwahrung über. Der ursprüngliche Eigentümer hat Anspruch auf Rückgabe von Aktien gleicher Art und Gattung.

Gem. § 20 der Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Börse werden Geschäfte regelmäßig „cum Dividende“ erfüllt.

Bei OTC-Geschäften gilt ein 25-tägiger Abrechnungszeitraum.

Die Zahlstelle haftet nach § 45a Absatz 7 EStG.

II. Anhaltspunkte, die das Vorliegen einer cum/ex-Gestaltung nahelegen

➤ Aus Sicht des Innendienstes

Verweis auf ESt-Kartei zu § 45a EStG, K 9 N

+ OTC = Over The Counter

- 2 -

Praxis: Die Deutsche Bank stellt beispielsweise Steuerbescheinigungen aus und weist darauf hin, dass die Zahlung an eine ausländische Bank erfolgt ist (lt. OFD Rheinland, BZSt: meist australische oder niederländische Banken).

Es wurde überlegt, ob es möglich ist, die Handlungsvolumina über Xetra (= Börsenhandel) festzustellen (=> ggf. Frage an Eurex, Deutsche Börse am 28.08.2012).

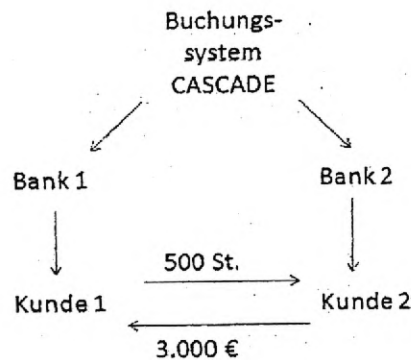
Auch OTC-Geschäfte können über Xetra und Eurex Clearing abgewickelt werden.

- Aus Sicht des Außendienstes
- Hohe Erstattungen werden geltend gemacht
- Ab 2009 Kennzeichnungspflicht „cum/ex“ auf Steuerbescheinigung
- Berufsträgerbescheinigung

Ein „Muss“ in der steuerlichen Betriebsprüfung ist die Überprüfung der Gesamtrendite. Im Rahmen der Wertpapierleihe werden hier meist Barsicherheiten gegeben.

III. Prüfungsstrategien im Zusammenhang mit cum/ex-Gestaltungen

Wie funktioniert ein Settlement?



Lieferinstruktionen: Bank 1 -500 St an Bank 2 +500 St
Bank 2 +500 St an Bank 1 -500 St

Die Geschäfte werden erkannt und abgewickelt. Die Buchung erfolgt jeweils auf sog. „Target2-Konten“ bei der Bundesbank, die beide Banken vorweisen müssen.

Sofern Kunde 1 und Kunde 2 bei der gleichen Bank sind, erfolgt das Settlement bereits auf Ebene der Bank. Es bedarf dann keiner Buchung über das Buchungssystem Cascade.

Definition der Regulierung: Buchung in Geld und Stücken.

- 3 -

Es erfolgt immer ein Bestands- und Liquiditätscheck bei den Target2 Konten, die nicht negativ werden können. Zuerst werden alle Eingänge, dann alle Ausgänge berücksichtigt.

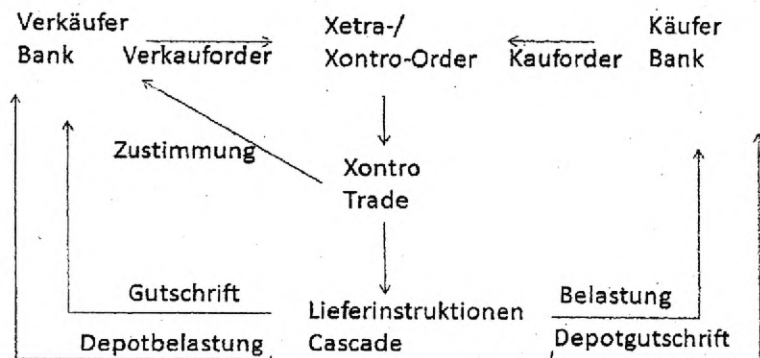
Wie funktionieren OTC-Geschäfte?

Die Verkäufer Bank und die Käufer Bank haben eine Geschäftsvereinbarung. In den Cascade PC erfolgt eine direkte Eingabe der Lieferinstruktionen. Was passiert?

1. Lieferinstruktionen
2. Abgleich/ Matching
3. Bestätigung an Käufer
4. Freigabe durch Verkäufer
5. Eingang nächster Verarbeitungslauf
6. Geld- und Stückerbuchung

Der CBF-Depotbuch (Monatskontoauszug = MoKo) kann bei den Banken angefordert werden.

Abwicklung bei (Regional)Börsen



Clearing: Auf- und Verrechnung von Forderungen und Verbindlichkeiten

CCP-Konto (Central Counterpart) = 8501

- 100% Anonymität (keine Nachverfolgbarkeit)
- Multilaterale Aufrechnung (netting) möglich; weniger Transaktionskosten; nur die „Lieferspitzen“ werden noch ausgeglichen.

Auch OTC-Geschäfte sind bei Xontro-Trade möglich (über den CCP).

Wertpapierhandel:

Handel (Trade) → Verrechnung (Clearing) → Erfüllung (Settlement)

- 4 -

Dividendenregulierung

Über die Ordnernummer des CCP kann nachgefragt werden, d.h. es kann bei CCP (Eurex Clearing AG) die Lieferspitze sowie ggf. Gegengeschäfte ermittelt werden.

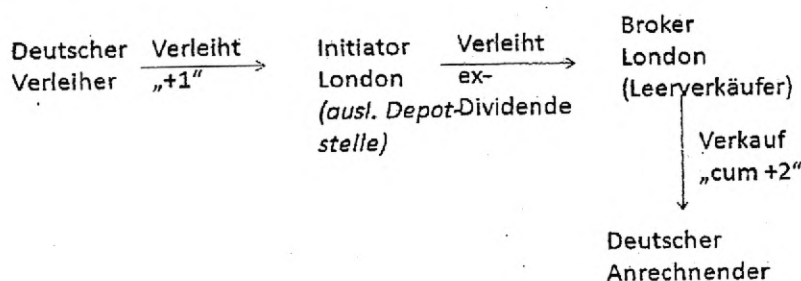
Pro Konto gibt es eine Abrechnung für KD 110 (normale Geschäfte) und für KD 111 (cum/ex-Geschäfte).

CCP-Geschäfte werden in der Regel nur einmal täglich abgerechnet:

- Bis 24 Uhr: cum-Geschäft
- Ab 24 Uhr: ex-Geschäft

Die KD-Reports sind im Archiv gespeichert. Eine Reproduktion ist problemlos möglich. Im KD-Report 111 ist nicht erkennbar, ob es sich um eine „manufactured dividend“ oder normale Dividende handelt.

Das Eindeckungsgeschäft ist in der Regel über den CCP nicht mehr nachzuvollziehen.

LeerverkäufeErmittlung Terminverkaufspreis einer Aktie

Kurswert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

./. Dividenden

+ Verzinsung Kaufpreis auf Terminfälligkeit

./. Wertpapier-Leihgebühr

= Terminpreis

⇒ Verkäufer der Papiere ist aus dem Kursrisiko raus und erhält auch keine Dividenden (entspricht wirtschaftlich einem Sofortverkauf)

Prüfungserfahrungen im Zusammenhang mit Finanzunternehmen

Mäntel der GmbHs werden für diese Zwecke erworben (Vorratsgesellschaften)

- Geschäftszweck: An- und Verkauf von Aktien großer deutscher Aktiengesellschaften; Finanzunternehmen im Sinne des § 8b Absatz 7 Satz 2 KStG

- 5 -

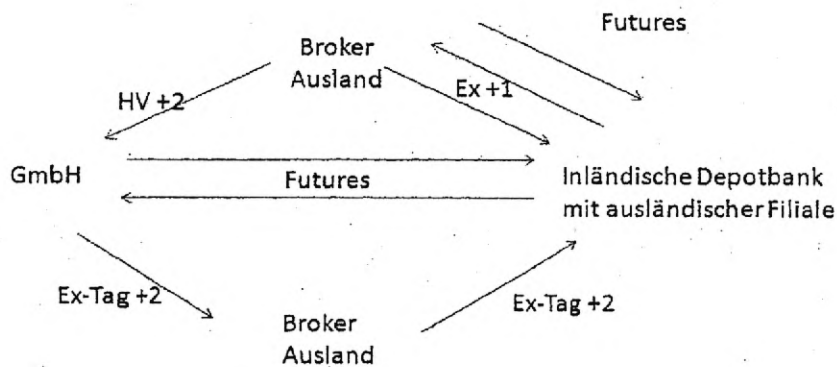
- Aktienkäufer erwirbt die Aktien „cum“, Belieferung erfolgt „ex“ (Folge: „manufactured dividends“)
- OTC
- Absicherung über Futures
- Sehr hohe Kapitalertragsteuer-Anrechnungsguthaben beantragt/ erstattet (bis 100 Mio. €)
- Problem: Mitwirkungspflichten
- Auskunftersuchen an ausländische Broker und Depotbanken (vgl. FG-Urteil 4 K 96/10, NZB unzulässig)

Anzufordernde Unterlagen

- Konto- und Depotauszüge (Clearstream Kontoauszüge zwingend notwendig)
- Verträge mit der Depotbank
- Verträge mit den Beratern
- Orders zu den Aktienkäufen und -verkäufen
- Trade Ticket
- Schriftverkehr Mails
- Clearstream Kontoauszüge
- Kreditorenbelege
- Auftrag zur Ausführung der Wertpapier- und Derivatgeschäfte
- Steuerbescheinigung
- Buchführung

Zivilrechtliches Eigentum ist im Zeitpunkt der Übertragung nicht gegeben!

Hinweis: Nach Rücksprache mit den Betriebsprüfern, die ihren Fall vorgestellt haben, ist es für die Fallkonstellation nicht notwendig, dass es sich bei dem betrachteten Unternehmen um ein Finanzunternehmen im Sinne des § 8b Absatz 7 Satz 2 KStG handelt.

Handelsströme

- 6 -

Handelsplattform: London International Financial Futures Exchange (LIFFE)
Teilweise: Auch OTC-Future Handel

Es ist möglich, ein Auskunftsersuchen über JITSIC zu stellen (Standorte: London und Washington).

- Besonderheiten beim Investmentvermögen:
 - Bis 31.12.2009: Sammelerstattungsanträge an das BZSt
 - 2010 und 2011: Depotbank erstattet Kapitalertragsteuer an das Investmentvermögen
 - 2011: Erstattung nur, wenn zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum vorliegt
 - 2012: Abstandnahme vom Kapitalertragsteuer-Abzug bei Sammel- oder Streifbandverwahrung sowie bei Zielfondserträgen

BZSt [REDACTED]: ca. 800 Mio. € an Erstattungsvolumina

In der Regel werden keine Steuerbescheinigungen vorgelegt, sondern Dividendenabrechnungen.

Vortrag externer Gäste

[REDACTED] (Clearing Banking)

[REDACTED] (Deutsche Börse AG)

[REDACTED] (Eurex Clearing AG)

Es wurde die Frage gestellt, ob Lieferverzögerungen aufgrund technischer Probleme (Argumentation der Steuerpflichtigen) möglich seien? Die Frage wurde verneint.

Ansonsten gibt es aber nachfolgende Gründe für Lieferverzögerungen:

- Ein Beteiligter in der Kette liefert nicht.
- Es liegt ein Leerverkauf vor.
- Die Lieferbedingungen (international) sind T+2 oder T+3.
- Unterschiedlich Zeitzonen

Es wurden ab 2010 Strafen für sog. „Late deliveries“ um den Dividendenstichtag eingeführt, die 35,8% der Dividenden ausmachen. Seit Einführung dieser Strafen gehen die Lieferverzögerungen gegen Null!

Bei den Late deliveries belastet Eurex die Strafe direkt.

Es wurde eine Anfrage an die BaFin gestellt, um herauszufinden, wie diszipliniert der Markt ist und welche Lieferverzögerungen noch vorhanden sind.

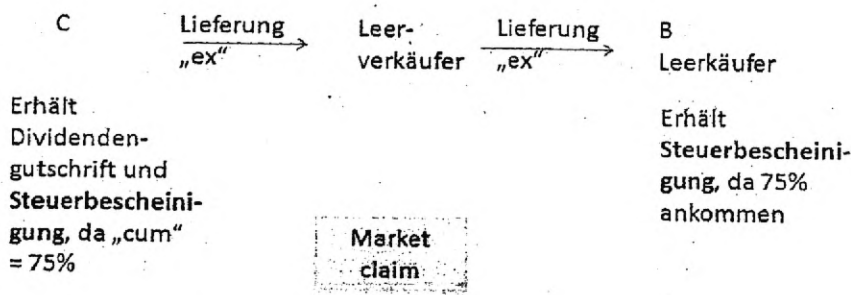
Bei OTC-Geschäften kann ein zentraler Kontrahent (CCP) zwischengeschaltet werden. Dies ist seit 2003 in Frankfurt möglich.

- 7 -

Die Vertreter wurden gefragt, ob es möglich ist, die Volumina der geleisteten Dividendenkompensationszahlungen festzustellen. Darauf antwortete der Vertreter der Clearstream Banking, dass bei ihnen Werte aufwändig ermittelt werden können, aber bei Clearstream nur die Lieferspitzen noch abgewickelt werden, so dass ein Großteil der Geschäfte somit unberücksichtigt bleibt.

Leerverkäufe:

Alte Regelung



Vor OGAW-Gesetz konnte nur das Institut des Leerverkäufers sehen, dass „ex“ geliefert wird. Nach dem OGAW-Gesetz erhält das Institut des Leerverkäufers die Zahlung brutto (100%) und führt Kapitalertragsteuer ab, so dass der Leerverkäufer Kapitalertragsteuer zahlt!

IV. Rechtliche Einzelaspekte

1. Auslegung des Tatbestandsmerkmals „erhoben“ nach § 36 Absatz 2 Nr. 2 EStG

Problem: Es wird nur darauf abgestellt, dass die Kapitalertragsteuer „erhoben“ wird. Unklar ist, ob das auch bedeutet, dass darunter „einbehalten und abgeführt“ verstanden wird. Im InvStG hingegen wird darauf abgestellt, dass die Kapitalertragsteuer „erhoben und abgeführt“ wurde.

Es ist zu überlegen, ob der § 36 Absatz 2 Nr. 2 EStG geändert werden muss.

2. Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Leerverkäufen: Urteil des FG Hamburg vom 24.11.2011 (6 K 22/11)

Fails sind „Pannen“ bei der Lieferung. Die Regelungen gelten nach den Börsenusancen entsprechend wie bei den Leerverkäufen (BFH geht davon aus, dass die originäre Dividende nicht mehr entzogen werden kann, der Leerkäufer erhält Dividendenkompensationszahlung).

Bei OTC-Geschäften gelten die Börsenusancen regelmäßig nicht. Es kann so zu einer Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums durch unterschiedliche Lieferbedingungen kommen.

- 8 -

Bei der Wertpapierleihe handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag, der sofort mit Einigung wirksam wird. Es müssten danach die Grundsätze der Kaufverträge über Wertpapiere gelten. Das FG Hamburg hat entschieden, dass der Abschluss der zivilrechtlichen Vereinbarung maßgebend ist. Nach Auffassung Hamburg liegt wirtschaftliches Eigentum erst mit Depoteinbuchung vor.

Zu welchem Zeitpunkt geht das wirtschaftliche und zivilrechtliche Eigentum bei börslichen Geschäften über?

Mit Depoteinbuchung bei Clearstream ist ein mittelbarer Besitz des Eigentümers (zivilrechtliches Eigentum) gegeben.

Zum Urteil des FG Hamburg vom 24.11.2011 (6 K 22/10) – derzeit in Revision BFH I R 2/12 Die Erklärung 2008 wurde zeitnah abgegeben und eine schnelle Veranlagung war gewünscht. Es handelt sich um ein Finanzunternehmen im Sinne des § 8b Absatz 7 Satz 2 KStG, welches eine Kapitalertragsteuer-Erstattung in Höhe von 2,8 Mio. € beantragte. Es erfolgten außerbörsliche Aktienerwerbe um den Dividendenstichtag zur Erzielung eines kurzfristigen Eigenhandelserfolgs.

Argumentation des Finanzamts: Zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum lag im Zeitpunkt des Dividendenausschüttungsbeschlusses nicht vor. Es wurde ein NV-Bescheid erlassen, da es an einer originären Einkunftsquelle fehle.

Das FG Hamburg entschied, dass wegen der bestehenden unbeschränkten Steuerpflicht ein Freistellungsbescheid anstelle eines NV-Bescheides zu erlassen sei. Es argumentierte, dass § 20 EStG nicht gilt, da die GmbH gem. § 8 Abs. 2 KStG nur Einkünfte im Sinne des § 15 EStG erziele. Das wirtschaftliche Eigentum sei wegen der Wertpapierleihe nicht übergegangen. Die Wertpapierleihe (T-1) wurde einen Tag vor dem Tag der Beschlussfassung abgeschlossen. Der Entleiher sei damit bereits wirtschaftlicher Eigentümer geworden.

Bei der Frage des zivilrechtlichen Eigentums wurde kein Unterschied zwischen OTC- und Börsengeschäften gemacht.

3. Auslegung des § 20 Absatz 1 Nr. 1 Satz 4 EStG

Zielsetzung der Finanzverwaltung war das Negieren des sofortigen Erhalts wirtschaftlichen Eigentums dividendenberechtigter Aktien ab 2007 bei Erwerben OTC „+ 1 oder 2“, Lieferverzögerungen und ausländische Terminbörsen „+ 3ff“.

Mangels wirtschaftlichen Eigentums lagen bis 2006 keine Einkünfte im Sinne des § 20 Absatz 1 Nr. 1 EStG, sondern sonstige Einnahmen vor.

„+2“ bei OTC-Geschäften:

Anerkennung des wirtschaftlichen Eigentums bei Vertragsabschluss führt zu einer Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums.

- 9 -

Beispiel:

Verkauf 14 Uhr: -1.000.000 €

Wertpapierleihe um 9 Uhr über 6.000.000 € (Eingang 14 Uhr), um Verkauf zu decken.

Rückübertragung von 6.000.000 € um 16:38 Uhr (Ausgang)

Es kommt zu einer Duplizierung des wirtschaftlichen Eigentums, da der Verkauf um 14 Uhr ist und die Annahme, dass Übergang Nutzen und Lasten mit Vertragsabschluss gegeben ist, gilt.

Ab 2007 existiert der § 20 Absatz 1 Nr. 1 S. 4 EStG

⇒ Vfg. der OFD Frankfurt vom 27.06.2012; S 2252 A – 118 – St 219

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG fungiert kein wirtschaftliches Eigentum. Der Leerkäufer erzielt Einkünfte aus Kapitalvermögen, selbst wenn er nicht wirtschaftlicher Eigentümer ist.

4. Bescheinigungspflicht der Depotbank (§ 45a Abs. 3 EStG); Haftung der Depotbank (§ 45a Abs. 7 EStG)

5. Rücknahme der Anrechnungsverfügung (§ 130 Abs. 2 Nr. 3 AO)

Die Änderung der Anrechnungsverfügung kann auf § 130 Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 4 AO gestützt werden.

Sofern die Änderung nach § 130 Abs. 3 AO erfolgt, ist die Jahresfrist, die ab Kenntnis zu laufen beginnt, zu beachten.

6. Verjährungsproblematik

Fallbeispiel: Die ESt 2005 wurde in 2006 veranlagt. In 2012 erfolgt eine BP, bei der ein Leerverkauf festgestellt wird.

Die Zahlungsverjährung von 5 Jahren nach § 228 AO ist zu beachten. Sie beginnt gem. § 229 Absatz 1 AO mit der erstmaligen Fälligkeit (§ 36 Abs. 4 EStG i. V. m. § 220 Abs. 1 AO).

Die Anrechnungsverfügung ist nach Ablauf von fünf Jahren nicht mehr änderbar!

AEAO zu § 231, Nr. 2: Zahlungsverjährung kann auch durch rechtswidrige Geltendmachung des Anspruchs unterbrochen werden.

Es ist ein Änderungsbescheid mit Leistungsgebot zu erlassen, um eine neue 5-Jahresfrist in Lauf zu setzen.

⇒ Kontroverse Diskussion mit BP-Referat des BZSt, die nicht von einer Zahlungsverjährung ausgehen!

7. Probleme der steuerlichen Sitzverlegung

Es soll die abgebende Behörde weiterhin zuständig sein (§§ 26, 27 AO).

- 10 -

8. Sonderaspekte bei Investmentvermögen

Neuregelung ab 2010: § 44b Abs. 6 EStG i. V. m. § 11 Abs. 2 S. 2 InvStG

Welche Auswirkungen hat die Neuregelung auf das Steuerschuldverhältnis (§ 37 Abs. 1 AO)?

█: Die Depotbank ist Leistungsempfänger, so dass Ansprüche gegen das Investmentvermögen nicht bestehen. Die BP hat kein Prüfungsrecht mangels Erheblichkeit auf Ebene des Investmentvermögens (§ 200 Abs. 1 S. 1 AO)

Auffassung der BP: Leistungsempfänger ist weiterhin das Investmentvermögen und die Depotbank ist nur Verwaltungshelferin (Haftungsschuldnerin im Sinne des § 37 Abs. 2 AO)
Das Prüfungsrecht ergibt sich aus § 11 Abs. 3 InvStG (Fondseingangsseite) und § 50b EStG

FG Hessen vom 07.08.2012 (4 V 3084/11): Der AdV-Antrag gegen die Prüfungsanordnung wurde abgelehnt.

Möglichkeit der Kapitalertragsteuer-Rückforderung (ab 2010)

- Rückforderungsanspruch entsteht, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine Erstattung nicht gegeben sind.
- Ggf. auch Änderung der Kapitalertragsteuer-Anmeldung
- § 44b Abs. 6 S. 1 EStG (Vorlage „NV“-Bescheinigung oder Berufsträgerbescheinigung)

Adressat bei Rückforderung bei Auflösung des Investmentvermögens

- Verwaltungsrecht zur Abwicklung geht auf die Depotbank über

IV. Schlüsselaussprache und Ausblick

- Es ist zu überlegen, ob noch ein BMF-Schreiben hinsichtlich der Gesamtproblematik ergehen soll (=> Referat IV C 1).
- Die Thematik der Genussscheine wurde nicht angesprochen, ist aber im JStG 2013 für Zeiträume ab dem 01.01.2013 vorgesehen.
- Die Vortragsunterlagen werden allen Teilnehmern zur Verfügung gestellt.

2. Keine weitere Veranlassung in Bezug auf Thematik „Wertpapierleihe“

3. █ z. K.

Ca. 17/312 Bz 2113

4. zdA

Ca. 12.09.2012