

**BUNDESAMT
FÜR
FINANZEN**

Bundesamt für Finanzen, 53221 Bonn

MAT-A-BZSt-4-1

Großkundenadresse: 53221 Bonn
 Hausadresse: 53225 Bonn-Beuel, Friedhofstraße
 Ordner 7 von 11

Telefon (0228) 406-0
 Telefax (0228) 406- [REDACTED]

Gleitende Arbeitszeit
 Kernzeit:
 Mo-Do 8.15-15.15
 Fr 8.00-14.00

Durchwahl: 406- [REDACTED]

000003

Geschäftszeichen - bitte bei Antwort angeben -:

- Bp II 4 - S 2189 - 3/98 -

21. April 1998

Bundesministerium
 der Finanzen

- Referat IV B 7 -

nachrichtlich:

- Referat IV B 2 -

- Referat IV A 8 -

Dividendenstripping

Auslegung von § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG und § 50 c EStG
 BMF-Schreiben vom 3. März 1998 - IV B 7 - S 2189 - 5/98

BE: [REDACTED]

BV: [REDACTED]

Im folgenden nehme ich zu Fragen des Dividendenstrippings aus der Prüfungstätigkeit und Prüfungsmitwirkung bei Kreditinstituten, insbesondere unter dem Aspekt von Gestaltungen unter Nutzung von Finanzinnovationen, Stellung. Die Ausführungen geben den derzeitigen Kenntnisstand der Bp wieder und können wegen der Schnellebigkeit von Innovationen auch auf diesem Sektor keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

Danach setze ich mich mit der Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken vom 19.12.1996 zur Auslegung der §§ 50c und 36 EStG auseinander.

I.

1. Zweifelsfragen aus der Prüfungstätigkeit

Für die nachfolgend dargestellten Problemfälle liegen gleichbleibende Grundvoraussetzungen vor:

- Veräußerer ist in allen Fällen ein inländischer Anrechnungsberechtigter.
- Erwerber ist ein inländischer Anrechnungsberechtigter; der Erwerb erfolgt über die Börse.

Im Rahmen der Mitwirkung an Prüfungen bei Kreditinstituten, teilweise auch nur anlässlich der Mitwirkung, sind folgende Fallgestaltungen bekanntgeworden. Dabei ist zwischen den sog. klassischen Fallgestaltungen und solchen in Verbindung mit Finanzinnovationen zu unterscheiden:

Klassische Fallgestaltungen

1.1 „Luftgeschäft“ in der Form eines beabsichtigten Leerverkaufs

Der Veräußerer verkauft Aktien einer Wertpapiergattung kurz vor dem Dividendenstichtag „cum“ Dividende. Gleichzeitig verpflichtet sich der Erwerber zur Rücklieferung per Termin „ex“ Dividende oder in Form „junger“ Aktien.

Durch eine Positionsprüfung des Veräußerers kann aus der Gestaltung der Transaktionen nachgewiesen werden, daß dieser die Altaktien selbst nicht im Bestand hatte und sich, um die Erfüllung der Lieferverpflichtung buchungstechnisch abwickeln zu können, einer Verrechnung mit einem gegenläufigen Geschäft bedienen mußte.

Rechtsproblem:

Wenn beide Parteien Kenntnis von der fehlenden Existenz der Wertpapiere hatten, haben sie zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, ein wirksames zivilrechtliches Kaufvertragsverhältnis einzugehen und zu erfüllen. Sie haben ein Scheingeschäft oder eine Scheinhandlung nach § 41 Abs. 2 AO vollzogen. Scheingeschäfte und Scheinhandlungen sind für die Besteuerung unmaßgeblich. Der Veräußerungsgewinn des Veräußerers und der Veräußerungsverlust des Erwerbers sind steuerlich zu eliminieren. Der Erwerber, der bisher die Steueranrechnung geltendmacht, hat mit steuerlicher Wirkung keine Wertpapiere erworben, die ihn im Zeitpunkt der Hauptversammlung zu einer Ausübung von Gesellschaftsrechten berechtigten. Er erzielt somit weder Einkünfte aus Kapitalvermögen, noch ist er zur Steueranrechnung berechtigt (§ 20 Abs. 2a, § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG).

Kann ihm die Kenntnis von der fehlenden Existenz der Aktienbestände nicht nachgewiesen werden, müßte er einen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Veräußerer hinsichtlich des Anrechnungsguthabens geltendmachen.

1.2 „Luftgeschäft“ in der Form eines versentlichten Leerverkaufs

Der Veräußerer verkauft Aktien einer Wertpapiergattung am Hauptversammlungstag vor Ende der Versammlung „cum“ Dividende mit zwei Handelstagen Erfüllungsfrist. Es kann nachgewiesen werden, daß der Veräußerer die Wertpapiere nicht hatte, sie nur „ex“ Dividende besorgen konnte und mit diesen seine Lieferverpflichtung erfüllt hat. (versentlichter Leerverkauf).

Rechtsproblem:

Der Kaufvertrag zwischen den Parteien ist zivilrechtlich wirksam. Der Erwerber hat die Wertpapiere allerdings nicht mit der Ausstattung „Gewinnbezugsrecht“ erworben; er kann kein Steuerguthaben versteuern bzw. zur Anrechnung geltendmachen (§ 20 Abs. 2a, § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG).

Gegenüber dem Veräußerer hat er hinsichtlich des Anrechnungsguthaben einen Anspruch auf Schadenersatz.

Fallgestaltungen im Zusammenhang mit Finanzinnovationen

1.3 Verbindung von Leerverkauf und Wertpapierleihe

Der Veräußerer hat die Wertpapiere nicht in seinem Besitz, er deckt seine Leerposition durch eine Wertpapierleihe von einem Nichtanrechnungsberechtigten, leistet diesem eine Dividendenausgleichszahlung und liefert „ex“ Dividende erworbene Papiere nach Ablauf der Leihfrist zurück. Mit den geliehenen Papieren beliefert er den inländischen Erwerber.

Rechtsproblem:

a.) bis einschl. 1993:

Der Erwerber sieht als Kontrahenten nur den inländischen anrechnungsberechtigten Veräußerer. Ihm kann weder aufgrund eines Mißbrauchstatbestandes nach § 42 AO noch aufgrund einer anderen Gesetzesvorschrift die Anrechnung versagt werden. In diesem Zusammenhang können die Grundsätze der Wertpapierleihe und deren Abgrenzung zum Wertpapierpensionsgeschäft nicht im einzelnen erörtert werden. Die Bp hält es allerdings für geboten, die Konsequenzen aus der Leihe, nämlich die regelmäßige Zurechnung beim Entleiher und die Nichtaufdeckung der Reserven beim Verleiher, neu zu überdenken. Mit einer solchen Änderung wären Wertpapierleihgeschäfte für Dividendenstripping weniger attraktiv. Es wird außerdem auf 1.7 dieses Abschnitts verwiesen.

b.) ab 1994:

Der Kontrahent des Nichtanrechnungsberechtigten, der Veräußerer, weist keine über § 50c EStG zu regulierende ausschüttungsbedingte Gewinnminderung aus; er hat im Gegenteil einen Handelsgewinn erzielt. Der das Steuerguthaben anrechnende Erwerber hat als Kontrahent den inländischen Veräußerer; somit gilt weder § 50 c Abs. 1 noch § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG. Da sich der inländische Veräußerer nur eines Sachdarlehens zur Erfüllung seiner originären Lieferverpflichtung bedient, ist er formell nicht als Zwischenveräußerer i.S. von § 50 c Abs. 10 EStG anzusehen. Das Geschäft ist für den Erwerber auch nicht kursgesichert i.S. von § 50 c Abs. 10 Buchstabe b EStG. Die Rechtslage könnte sich durch die Überprüfung und Änderung der steuerlichen Behandlung der Wertpapierleihe wandeln.

1.4 Geschäfte unter Verrechnung gegenläufiger Lieferverpflichtungen

Es sind verschiedene Variationen, etwa effektive Lieferung, kompensatorisches Gegengeschäft, Optionen, denkbar.

- Der Veräußerer der Altaktien hat die Wertpapiere selbst von einem Nichtanrechnungsberechtigten erworben und diesem eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt. Unter einer gesicherten Rechtsposition wird der Nachweis für die Festschreibung der Rückerwerbskonditionen im gesamten Ringverkauf verstanden. Er veräußert diese Wertpapiere an den Erwerber. Gleichzeitig vereinbart er die Rücklieferung auf Termin, wenige Tage nach dem Zahltag. Es kommt zu einer effektiven Belieferung „cum“ und „ex“.
- Der Veräußerer der Altaktien hat die Wertpapiere selbst von einem Nichtanrechnungsberechtigten erworben und diesem eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt. Der Veräußerer verkauft diese Wertpapiere an den Erwerber. Gleichzeitig vereinbart er die Rücklieferung auf Termin, wenige Tage nach dem Zahltag. Um eine tatsächliche Bewegung der Wertpapiere zwischen Veräußerer und Erwerber zu vermeiden, wird die Rücklieferung der Papiere durch ein kompensatorisches Gegengeschäft (z.B. „Alt“ gegen „Jung“) zur Erfüllung vereinbart. Aufgrund der Höhe der gehandelten Tranchen (z. B. gehandeltes „Jungvolumen“ übersteigt emittierten Gesamtbetrag) und des vereinbarten Rücklieferungszeitpunktes ist nachweisbar, daß sich der Erwerber, um die Erfüllung der Rücklieferungsverpflichtung abwickeln zu können, einer Verrechnung mit dem gegenläufigen Geschäft bedienen mußte.
- Der Veräußerer der Altaktien hat die Wertpapiere selbst von einem Nichtanrechnungsberechtigten erworben und diesem eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt. Er veräußert diese Wertpapiere im Wege eines Kassageschäftes an den Erwerber. Gleichzeitig schließt der Erwerber ein kompensatorisches Gegengeschäft über die Deutsche Terminbörse (DTB) ab, z.B. Kauf tranchengleicher „Put“ - Optionen „deep in the money“ oder Verkauf einer „Call“ - Option. Er übt diese Option unmittelbar nach dem Zahltag aus bzw. wird als Stillhalter in Anspruch genommen.

Rechtsproblem:

Die Verträge sind zivilrechtlich wirksam.

a.) bis einschließlich 1993:

Annahme: Die Finanzverwaltung kann nachweisen, daß nach den Vereinbarungen und auch tatsächlich dem Nichtanrechnungsberechtigten sämtliche Vorteile und Risiken an den Papieren verbleiben und der Erwerber hinsichtlich der gehandelten Aktien weder an der Hauptversammlung teilgenommen noch Gesellschafterrechte ausgeübt hat.

Folge: Der Nichtanrechnungsberechtigte ist damit wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO geblieben. Voraussetzung für die Inanspruchnahme einer Steueranrechnung ist die Erzielung von Kapitaleinkünften im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Die sachliche Besteuerung nach dieser Vorschrift erfaßt Entgelte aus der Verwendung eigenen Vermögens zu einer befristeten Nutzung. Dividendenerträge setzen eine Anteilseignerschaft nach § 39 AO voraus. Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Der wirtschaftliche Gehalt des von den Parteien gewählten Verfahrensweges liegt nicht in der Einräumung von Anteilsrechten;

sondern in der entgeltlichen Übertragung eines Gewinnanspruchs. Eine derartige Veräußerung führt bei dem Erwerber jedoch nicht zu anrechnungsberechtigenden Kapitaleinkünften, sondern lediglich zu Erträgen aus der Einziehung des Dividendscheins. Diese berechtigen nicht zur Steueranrechnung.

Annahme: Der Verbleib des wirtschaftlichen Eigentums beim Nichtanrechnungsberechtigten kann durch die Finanzbehörde nicht nachgewiesen werden.

Folge: Mit der Gesetzesregelung des § 50 c wollte der Gesetzgeber - im Umkehrschluß zur Vermeidung der doppelten Besteuerung von Dividendenerträgen durch das Anrechnungsverfahren - systemkonform - die Einmalbesteuerung dieser Erträge gewährleisten. Mit der Ausnahmeregelung der Börsenkaufel sollte einem Marktverhalten entgegengekommen werden, dem man Manipulationsfreiheit unterstellte. Diese Voraussetzung hat der Markt nicht erfüllt.

Kann man die unveränderte Rechtsposition des Nichtanrechnungsberechtigten nachweisen, ist er als „Ausgangsveräußerer“ anzusehen. Das Börsengeschäft des Zwischenhandels ist somit nur Kulisse. § 42 AO findet Anwendung mit dem Ziel, die mißbräuchliche Gestaltung zu beseitigen und eine Besteuerung entsprechend dem „tatsächlich“ verwirklichten Sachverhalt zu gewährleisten.

Derartige Geschäfte werden über § 50 c Abs. 1 EStG geregelt. Dieser Weg zeigt auch die vom Gesetzgeber gewählte Reaktion auf den Problembereich „Dividendenstripping“, in dem er die §§ 36 und 50 c EStG wechselnd als Regulatoren eingesetzt hat. Die Ausnahmegesetzgebung des § 50 c EStG wäre insoweit teleologisch zu reduzieren.

Das Ergebnis wäre das Ausscheiden des Veräußerungsverlustes, soweit dieser nur auf die Gewinnausschüttung zurückzuführen ist und die Versteuerung des „unverminderten“ Brutto-dividendenertrages.

b.) ab 1994:

Es gelten §§ 36 Abs.2 Nr. 3 S. 4 , 50 c Abs.10 EStG. Insoweit wird auf die Ausführungen in Teil II (Seite 11ff dieses Berichtes) verwiesen.

1.5 Call-Optionen mit ausländischen Konzerngesellschaften

Derartige Geschäfte machen die Steueranrechnung konzernweit nutzbar.

Ein unbeschränkt Steuerpflichtiger kauft von einem Ausländer Aktien deutscher Unternehmer kurz vor dem Dividendenstichtag. Das Geschäft wird formal über die Börse abgewickelt.

Zugleich verkauft der Inländer entsprechende OTC-Call-Optionen an seine ausländische Muttergesellschaft, die die Option nach dem Dividendentermin ausübt und die Aktien an den ursprünglichen Besitzer zurückgibt, und zwar zu einem günstigeren Kurs als beim Ankauf der Papiere durch den Inländer. In dieser Kursdifferenz wird ein Teil der Steuergutschrift vergütet. Um möglichst keinen Zusammenhang zwischen Kassa- und Optionsgeschäft erkennen zu lassen, verkauft der Inländer die ursprünglich erworbenen Anteile über die Börse. Gleichzeitig

kauft er jedoch entsprechende Aktien über die Börse, um den Short-Call bedienen zu können. Die Entwicklung der Börsenkurse während der Laufzeit der gesamten Transaktion ist unerheblich, da Verkauf und Eindeckungsgeschäft zusammengenommen lediglich ein durchlaufender Posten sind. Ein solches Geschäft läßt sich durchaus zu marktüblichen Preisen für den Call darstellen, denn die Call-Konstruktion betrifft nur das Innenverhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Entscheidend ist, daß der Inländer das Steuerguthaben nutzen kann, das über den Kurs beim Rückkauf der Papiere zwischen Auslandsmuttergesellschaft und dem ursprünglichen Besitzer aufgeteilt wird.

1.6 DTB-Geschäfte

Es sind verschiedene Variationen, z. B. Verlosung bei der DTB, Cross-Trade an der DTB und Handel mit DTB-Optionen, denkbar.

- Im Grundfall hat der Veräußerer der Altaktien die Wertpapiere selbst von einem Nichtanrechnungsberechtigten erworben und diesem eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt. Zum gleichem Zeitpunkt erwirbt er eine Put - Option („Deep in the money“) oder veräußert einen Call über die Deutsche Terminbörse. Der Erwerber nimmt die kontrahierende Position ein und übt die Option aus bzw. wird in Anspruch genommen. Gleichzeitig schließt er ein kompensatorisches Gegengeschäft z.B. über die DTB ab durch Erwerb tranchengleicher „Put“ - Optionen „Deep in the money“ oder Verkauf einer „Call“ - Option. Er übt diese Option direkt nach dem Zahltag aus bzw. wird in Anspruch genommen. Die Aktien werden im Wege der „Verlosung“ (Zufallsverfahren der DTB) hin- und rückgeliefert.
- Vom Grundfall abweichend fungiert der Erwerber als Clearing Mitglied für den Veräußerer und gibt die Optionsgeschäfte im Wege eines „Cross“- Trades ein. Die Folge ist, daß durch die DTB die gegenläufigen Transaktionen direkt einander zugeordnet und bei Ausübung die Papiere nicht „verlost“ werden, sondern sich die Optionskontrakte verrechnen. Die effektive Lieferung der Papiere erfolgt im Interbankenhandel.
- Der Erwerber kann schließlich unterschiedlichste Instrumente an der DTB handeln. Eine Analyse seiner Aktienoptionsgeschäfte ergibt, daß er wechselseitig über den Dividendentichtag „Long Call“ zu „Long Put“ oder „Short Put“ zu „Short Call“ Positionen aufbauen kann. Er erwirbt die Aktien durch Optionsausübung bzw. aus der Stillhalterposition und veräußert diese auf gleichem Weg. Die Konditionen der Optionen zwingen den jeweiligen Kontrahenten zur Ausübung. Die Aktien werden im Wege der „Verlosung“ (Zufallsverfahren der DTB) hin- und rückgeliefert.

Rechtsprobleme:

Es treten die gleichen Rechtsfolgen, wie unter 1.4 beschrieben, ein.

Die DTB unterliegt wie die Wertpapierbörse dem Börsengesetz. Insoweit gelten für den Erwerb die gleichen Grundsätze.

Erwerb der Option und der Wertpapiere stellen zwei selbständige Kaufverträge dar. Wird der Kauf der Aktien nicht von der DTB abgewickelt, ist der Kaufauftrag nicht durch ein Kreditinstitut über die Börse erteilt worden bzw. handelt es sich nicht um ein Börsengeschäft.

Sollte es sich in Abwandlung des Sachverhaltes bei dem Veräußerer z.B. um ein ausländisches Kreditinstitut handeln, wäre § 50c Abs. 1 EStG direkt anwendbar.

§ 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 EStG enthält keine Börsenklausel i. Sinne des § 50 c Abs. 10 EStG. Eine Anwendung auf DTB-Geschäfte als Börsengeschäfte scheidet daher aus.

1.7 Wertpapierleihe

Der Erwerber leiht sich Wertpapiere von einem Nichtanrechnungsberechtigten in seinen Bestand. Er leitet die Dividende an den Nichtanrechnungsberechtigten im Wege einer Ausgleichszahlung weiter.

Rechtsprobleme:

Überzeugen die vom Erwerber vorgetragene wirtschaftlichen Gründe, bleiben die Geschäfte bis einschließlich 1993 unbeanstandet. Ab 1994 gilt § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG jedoch wohl nur hinsichtlich des Eigenbestandes.

Ansonsten liegt keine ausschüttungsbedingte Gewinnminderung vor. Mangels gesetzlicher Spezialregelungen ist die Gestaltung als mißbräuchlich einzustufen mit der Folge, daß die Steueranrechnung über § 42 AO versagen ist.

Auch ist der Hinweis auf die Überprüfung der steuerlichen Grundsätze der Wertpapierleihe angebracht.

1.8 Ketten-Wertpapier-Leihe

Ein Ausländer kann inländische Aktien über den Dividendenstichtag hinaus an einen unbeschränkt steuerpflichtigen Inländer verleihen. Dieser kann die Steuerguthaben geltend machen und sie teilweise über die Leihgebühr an den Ausländer weitergeben. In dieser einfachen Form würde allerdings die bei der Dividendenzahlung einbehaltene Körperschaftsteuer gemäß § 36 EStG nicht auf die Steuerschuld des Inländers angerechnet, weil bei ihm den Einnahmen (Bruttodividende) Aufwendungen (Leihgebühr) gegenüberstünden, die beim Empfänger (Ausländer) nicht der deutschen Besteuerung unterlägen. Anders - jedenfalls formal - stellt sich der Fall dar, wenn der inländische Entleiher die Aktien über den Dividendenterrn hinaus an einen anderen ebenfalls unbeschränkt Steuerpflichtigen weiterverleiht. Der Zweitverleiher bezieht dann die Dividende, die Leihgebühr zahlt er jedoch an den inländischen Erst-Erwerber und nicht an einen Ausländer.

Rechtproblem:

§ 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG ist auf solche Kettengeschäfte nicht anwendbar, da der Zweiterwerber, der die Dividende anrechnen kann Zahlungen nur an den unbeschränkt

steuerpflichtigen Ersterwerber leistet. Dieser leistet zwar seinerseits Zahlungen, die nicht der inländischen Besteuerung unterliegen versteuert aber selbst keine Dividendeneinnahmen.

1.9 OTC-Equity-Swap

Auch mit einem Equity-Swap können Aktien vorübergehend auf einen Inländer übertragen werden, um die Steuergutschrift zu sichern. Dabei kann sich, wie der folgende Fall zeigt, das Stripping sogar auf einen Aktienkorb beziehen, z. B. indem ein Inländer im Rahmen eines Swappgeschäfts früh im Jahr einen Aktienkorb von einem Ausländer erwirbt und nach Abschluß der Dividendensaison zurücküberträgt. Die Dividende (einschließlich teilweiser Steuererstattungsansprüche) kommt dem Ausländer nicht in Form eines Kursabschlages beim Rückkauf zugute. Vielmehr wird die Bardividende vom Inländer zum Erwerb weiterer Korbanteile verwendet und die beim Inländer entstandenen Steuererstattungsansprüche werden über die Swap-Prämie aufgeteilt.

1.10 Kurssicherung durch DTB-Futures

Das Kreditinstitut hält größere Mengen verschiedener Aktien in seinem Wertpapierportfolio. Es steuert sein Kursrisiko durch ein konzernweit entwickeltes Konzept, welches die ursprünglichen Volatilitäten der im Portfolio gehaltenen Papiere speichert und daraus statistisch einen aus dem Markt erzielbaren größtmöglichen Verlust ermittelt. Um dieses Risiko abzusichern, hat sie DAX-Futures erworben. Einzelne Prüfer der Hessischen Finanzverwaltung verfügen bereits heute über Erfahrungen.

Rechtsproblem:

Problematisch ist, ob die Kurssicherung durch Futures den Tatbestand des § 50 c Abs. 10 b EStG erfüllt.

Fraglich ist insbesondere, ob die der Tatbestand der „Rückveräußerung“ erfüllt ist. Ergänzend wird auf 1.2 des Abschnitts II. verwiesen.

Unabhängig von der in der Literatur vertretenen Auffassung, der Gesetzgeber habe mit „Rückveräußerung“ „Weiterveräußerung“ gemeint und damit sei jede Form des Weiterveräußerns zu verstehen, ist es der Bp bisher in einigen Fällen auch gelungen, die Rückveräußerung im eng verstandenen Sinne nachzuweisen.

Werden Papiere im „Ibishandel“ erworben, müssen - soweit die kontrahierenden Depotstellen nicht mit den Handelspartnern identisch sind - die Rückveräußerungskontrahenten ermittelt werden. Die Bp könnte mit diesen Feststellungen zeitlich überfordert sein.

Es bleibt ferner das Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren oder mittelbaren Rückveräußerung zu Kursen, die allein oder im Zusammenhang mit anderen Vereinbarungen dazu führen, daß das Kursrisiko begrenzt ist, zu prüfen (§ 50 c Abs. 10 Buchstabe b EStG)

- Die Bp sieht sich durch das Handelssystem der DTB außerstande, die Handelskontra-
henten der Futurekontrakte mit Ausnahme der „Cross-Trades“ festzustellen.
- Die durch Glattstellung der Futurekontrakte erzielten Kurssicherungserträge stehen in kei-
nem formalen Zusammenhang mit der - zu Börsenkonditionen erfolgten - Rückveräußerung;
sie können bereits vor Veräußerung der Papiere durch Glattstellung und Neupositionierung
realisiert worden sein.
- Unterstellt man der Formulierung des Gesetzgebers, daß er einen (ggf. mittelbaren) Aus-
strahlungseffekt der anderen Vereinbarungen auf die Konditionen der „Rück“veräußerung
verlangt (gedacht wurde an Kurssicherung durch Optionen), wird man diese Voraussetzung
ggf. negieren müssen (Dötsch in DB 1993 S.1842, der von einem „vom Börsenkurs abwei-
chenden Preis“ oder, im Fall des lediglich formellen Geschäftsabschlusses über die Börse,
von einem „konstruierten“ Handel spricht).

Auslegung oder Rechtsfortbildung:

Überlegenswert wäre eine weite Auslegung der gerade nicht auf den Dividendenabschlag ge-
richteten Begriffe „mittelbare Vereinbarung“ und „Kursbegrenzung“, auf die Person des Ver-
äußerers bezogen, oder eine teleologische Reduktion der Begünstigungswirkungen des § 50 c
Abs. 10 EStG zu bedenken.

Die Kreditwirtschaft hält § 50 c Abs. 10 EStG für nicht anwendbar. Sie verneint die Rückver-
äußerung i.S. dieser Vorschrift, begründet ihre Auffassung u.a. mit einer fehlenden Rückver-
äußerungsvereinbarung und hält Kurssicherungen nach § 50 c Abs. 10 EStG nur für individuell
auf eine Aktiengattung ausgerichtete Produkte für relevant.

1.11 Sondervermögen i.S. d. KAGG

Fondsinhaber eines Sondervermögen sind ausschließlich Nichtanrechnungsberechtigte. Dieses
Sondervermögen verkauft „alte“ Aktien unmittelbar vor dem Dividendenstichtag cum Divi-
dende und kauft zeitgleich „junge“ Aktien derselben Gattung und Stückzahl ohne Dividenden-
berechtigung.

Rechtsproblem:

§ 50 c EStG ist seinem Wortlaut nach hier nicht anwendbar.

Die Gestaltung ist jedoch rechtsmißbräuchlich i.S. von § 42 AO. Sie wurde ausschließlich ge-
wählt, um Dividendenerträge - vor dem Hintergrund des Ausschlusses der KSt-Anrechnung
nach § 51 KStG beim Fondsinhaber - in Veräußerungsgewinne umzuqualifizieren. Dem Fond-
sinhaber können jetzt Veräußerungsgewinne ohne KSt-belastung zugewendet werden.

1.12 „Treaty Shopping“

Als neue Gestaltungsform ist in jüngster Zeit von Mitarbeitern der Landeszentralbank in Hes-
sen eine abgewandelte Form des Dividendenstripping, das sogenannte „Treaty Shopping“ oder
vielleicht besser „Quellensteuerstripping“ festgestellt worden. Das „Treaty Shopping“ hat

zum Inhalt, auch die in vielen ausländischen Staaten auf den Ausschüttungen lastende nichtan-rechenbare Quellensteuer von der Besteuerung „entlasten“ zu wollen. Die Ausführungen der Mitarbeiter der Landeszentralbank stellen dabei, soweit erkennbar, ausschließlich darauf ab, daß der ursprüngliche Anteilseigner in einem Nicht-DBA-Land ansässig ist. Diese Annahme ist m. E. nicht zutreffend, denn auch wenn der Anteilseigner in einem Dritt-DBA-Land ansässig ist, kann das Quellensteuerstripping steuerlich vorteilhaft sein, sofern die steuerpflichtigen Dividenden in - auch in dem Drittstaat - steuerfreie Kursgewinne im Privatvermögen verwandelt werden.

Grundlegend unterscheiden sich das klassische Dividendenstripping und das Quellensteuerstripping in dem für Nichtanrechnungsberechtigte verlorenen Steuerbetrag. Beim Dividendenstripping beträgt das Gestaltungspotential das 2,7 fache des Gestaltungsvolumens beim Quellensteuerstripping. Für den Steuerausländer mit einem Anteilsbesitz von deutschen Aktien besteht deshalb eine wesentlich höhere Motivation zum Stripping als bei einem Anteilsbesitz in ausländischen Aktien.

Weiterhin wird deutlich, daß auch für die bei der Gestaltung notwendig beteiligten Makler und/oder Kreditinstitute ein höheres Risikoentgelt für Stripping mit deutschen Papieren als mit ausländischen Papieren erzielbar sein müßte. Dies vorausgesetzt, müßte das Quellensteuerstripping für kleinere Anleger bzw. kleine Stückzahlen von Aktien unwahrscheinlich sein. Ein nur kurzfristiger Erwerb größerer Stückzahlen und die Anrechnung der Quellensteuern durch den Erwerber dürfte nur für größere und größte Unternehmen im Besteuerungsverfahren unauffällig sein.

Der Erwerb großer Stückzahlen auch ausländischer Aktien könnte im Bereich der Spezialfonds problemlos darstellbar sein. Sofern also Quellensteuerstripping durchgeführt worden sein sollte, läge m. E. bei Spezialfonds die größte Wahrscheinlichkeit des Auffindens.

Rechtsproblem:

Anders als beim Dividendenstripping ist beim Quellensteuerstripping § 50 c EStG nicht anzuwenden. Das Quellensteuerstripping ist daher nur unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs im Sinne des § 42 AO und dem Aspekt des nicht erlangten wirtschaftlichen Eigentum des § 39 Abs. 2 AO zu beurteilen.

II.

Im folgenden gehe ich auf die sich aus der Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken vom 19.12.1996 ergebenden Rechtsfragen zur Auslegung der §§ 50c und 36 EStG ein.

1. Auslegungsfragen zu § 50 c Abs. 1, 8 und 10 EStG

1.1 Gewinnminderungen im Sinne des § 50 c Abs. 1 EStG

Vor seiner Änderung durch das Standortsicherungsgesetz vom 13.09.1993 (BGBl I, S. 1569) war § 50 c Abs. 1 Nr. 2 EStG so gefaßt, daß er Verlusten aus der Veräußerung oder aus Ent-

nahmen des von einem Nichtanrechnungsberechtigten erworbenen Anteils die steuerliche Anerkennung versagte.

Das Gesetz schließt nunmehr „Gewinnminderungen“, nicht allein „Verluste“ (z.B. Veräußerungs-/ Liquidationsverluste), von der steuerlichen Berücksichtigung aus. Damit wird klar gestellt, daß die Gewinnminderung nicht zu einem Verlust der sie erleidenden Anrechnungskörperschaft führen muß. Der steuerliche Ansatz der Gewinnminderung ist auch dann ausgeschlossen, wenn die steuerpflichtige Anrechnungskörperschaft insgesamt Gewinn erzielt hat, die Gewinnminderung nicht zu einem Ausweis eines Verlustes geführt hat.

Der Einwand des Bundesverbandes ist damit unzutreffend.

1.2 Rückveräußerung des § 50 c Abs. 10 Buchstabe b EStG

Das Wort „rückveräußern“ ist im Sinne von „weiterveräußern“ zu verstehen. Dies ergibt sich aus der Gesamtkonzeption der Vorschrift, die auch auf der Erwerberseite den mittelbaren Erwerb dem unmittelbaren gleichstellt. Auch verlangt die Vorschrift nicht die Rückgabe der körperlich gleichen, sondern greift auch bei gleichartigen Anteilen.

Eine enger an den Gesetzeswortlaut angelehnte Lesart wäre, als Rückveräußerung nur die unmittelbare Veräußerung an denjenigen anzusehen, von dem die Anteile zuvor gekauft worden sind. In diesem Fall wäre insbesondere die Veräußerung durch Ausübung bzw. Inanspruchnahme einer DTB-Option nicht als schädliche Rückveräußerung zu behandeln, weil unmittelbarer Vertragspartner an der DTB zwingend ein anrechnungsberechtigter Inländer ist.

Ausreichend für die Anwendung der Vorschrift muß jedoch sein, wenn festgestellt werden kann, daß die Papiere aus dem Nichtanrechnungsbereich gekauft und in den Nichtanrechnungsbereich zurückveräußert werden. Eine Personenidentität zwischen Veräußerer und „Rückerwerber“ braucht dann nicht vorzuliegen.

Die Regelung des § 50 c Abs. 10 Buchstabe b EStG erstreckt sich auf den Verkauf gleicher oder gleichartiger Anteile, da es dem nichtanrechnungsberechtigten Veräußerer in der Regel gleichgültig ist, ob er dieselben oder gleichartige Papiere zurückerhält. Zur Vermeidung von Umgehungen durch Zwischenschaltung Dritter werden zu Recht und ausdrücklich auch mittelbare Rückveräußerungen erfaßt.

1.3 Mittelbarer Erwerb gemäß § 50 c Abs. 8, Abs. 10 EStG

Außer beim Erwerber (Ersterwerber) selbst ist das Verbot der Gewinnminderung auch bei dessen Rechtsnachfolgern (Zweit-/Dritt-Erwerbern usw.) zu beachten (§ 50 c Abs. 8 EStG). Dies bedeutet, daß die Rechtsfolgen des § 50 c EStG am Anteil haften und nicht an der Person desjenigen, der erstmals den Tatbestand des § 50 c EStG erfüllt. Ohne diese Ausdehnung wäre die Regelung des § 50 c EStG unvollständig; sie könnte durch eine zweite Anteilsveräußerung zwischen Anrechnungsberechtigten wirkungslos gemacht werden, weil der Zweiterwerber dann nicht mehr von einem Nichtanrechnungsberechtigten erworben hätte. Auch ein Nichtanrechnungsberechtigter kann Rechtsnachfolger im Sinne des § 50 c Abs. 8 EStG sein.

000014

Die Vorschrift des § 50 c Abs. 10 EStG bezieht sich auf sämtliche Anteilserwerbe über die Börse, gleichgültig, ob der jeweilige Vorbesitzer/Veräußerer anrechnungsberechtigt oder nichtanrechnungsberechtigt ist. Dabei wird es dem Erwerber aufgegeben, durch sein dem Erwerb nachfolgendes Verhalten die Anwendung des § 50 c EStG nicht eintreten zu lassen, indem er die Anteile nicht innerhalb der 10 -Tage-Frist veräußert, keine gleichartigen Anteile rückveräußert bzw. keine Gegenlieferung in jungen Aktien vornimmt. Er kann die Anwendung des § 50 c Abs. 10 EStG jedoch ausschließen, wenn er glaubhaft macht, daß er die Anteile von einem anrechnungsberechtigten Veräußerer erworben hat.

Der Bankenverband sieht den Börsenhandel als ausnahmslos anonymen Handel und führt an, daß es objektiv nicht möglich ist, die Kette der Anrechnungsberechtigten lückenlos nachzuvollziehen.

Diesem Argument ist entgegenzuhalten, daß § 50 c Abs. 10 letzter Halbsatz EStG die Fallgruppen treffen will, bei denen Veräußerer- und Erwerbergruppen gezielt miteinander Aktiengeschäfte betreiben. Die Sanktionen des § 50 c Abs. 10 greifen erst dann, wenn der Erwerber nicht glaubhaft machen kann, daß bei mittelbarem Erwerb über zwischengeschaltete Veräußerer jeder Veräußerer anrechnungsberechtigt ist.

Die vom Bundesverband angesprochene Kontaminierung der gesamten Bestände einer Gattung ist zunächst systembedingt gewollt, da sie Ausfluß der banküblichen Girosammelverwahrung ist. Bereits zur eigenen Sicherheit haben die Kreditinstitute daher besondere weitere Aufzeichnungen zu führen, die es erlauben, die einzelnen Papiere und Tranchen zu identifizieren (Identitätsnachweis für § 50 c EStG) und bei der Veräußerung ggf. als Information dem Erwerber zu überlassen. Darüber hinaus kann auch eine Aufzeichnung der Erwerbskosten hilfreich sein.

1.4 Beweislastumkehr in § 50 c Abs. 10 EStG

Nach § 50 c Abs. 10 EStG sind die Absätze 1 bis 9 des § 50 c EStG beim Aktienerwerb über die Börse nur anzuwenden, soweit nicht § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG greift. Für die Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG ist jedoch die Beweislast der Finanzverwaltung und nicht dem Steuerpflichtigen auferlegt. Falls der Finanzverwaltung der für die Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG erforderliche Nachweis, daß der Vertragspartner ein Nichtanrechnungsberechtigter ist, nicht gelingen sollte, wirkt der Vorrang des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG nicht mehr. Der Sachverhalt fällt gewissermaßen in den § 50 c Abs. 10 EStG zurück. Dies bedeutet, daß es doch wieder zur Beweispflicht für den Steuerpflichtigen kommt.

Die Sanktionen des § 50 c EStG greifen nach seinem Absatz 10 nicht, wenn der Erwerber glaubhaft macht, daß der Veräußerer, beim mittelbarem Erwerb über zwischengeschaltete Veräußerer jeder Veräußerer, anrechnungsberechtigt ist. Bei einem Anteilserwerb über die Börse trägt danach der Erwerber die Beweislast dafür, daß der Veräußerer anrechnungsberechtigt ist. Diese Regelung bezweckt zum einen, daß Erwerber, denen vor dem Hintergrund der Anonymität des Börsenhandels der Nachweis der Anrechnungsberechtigung des Veräußerers gelingt, nicht unter die Sanktionen des § 50 c EStG fallen, und zum anderen, daß dem Börsenhandel die Möglichkeit zur Anpassung seiner Geschäftsabläufe gegeben wird.

Damit wird gerade der Kritikpunkt des Bundesverbandes aufgenommen und deutlich herausgestellt, daß § 50 c Abs. 10 EStG für die Anteilserwerbe im Börsenhandel eine Beweislastumkehr deshalb beabsichtigt, weil nach den bisherigen Erfahrungen auch im Börsenhandel Veräußerer und Erwerbergruppen gezielt („mißbräuchlich“) Aktienhandel miteinander betreiben können.

§ 50 c Abs. 10 EStG enthält eine Rechtsfolgen- und nicht eine Rechtsgrundverweisung. Kann nämlich der Erwerber nicht glaubhaft machen, daß er von einem anrechnungsberechtigten Veräußerer erworben hat, führt dies nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht automatisch dazu, daß jetzt umgekehrt die Finanzverwaltung nach § 50 c Abs. 1 EStG den Nachweis führen muß, daß der Anteilsveräußerer nichtanrechnungsberechtigt ist. Letzteres wird bei Nichtführung des Gegenbeweises unterstellt.

2. Auslegungsfragen zu § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG

2.1 Verhältnis zu § 50 c EStG

Durch das Standorticherungsgesetz vom 13.09.1993 (BGBl I, 1569) wurde in den den § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 ein neuer Buchstabe g eingefügt. Danach darf die Körperschaftsteuer (anteilig) nicht angerechnet werden, „wenn sie auf Einnahmen aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 EStG entfällt, soweit diese nicht zur Festsetzung einer Einkommensteuer führen, weil ihnen damit zusammenhängende abziehbare Aufwendungen mit Ausnahme marktüblicher Kreditkosten gegenüberstehen, die bei dem Empfänger nicht der deutschen Besteuerung unterliegen.“

Mit dieser neuen Regelung setzt der Gesetzgeber neben § 50 c EStG eine zweite Vorschrift, die das gleiche Ziel verfolgt, nämlich die Sicherstellung der Einmalbesteuerung der im Inland erzielten Gewinne von Kapitalgesellschaften.

§ 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG erreicht dieses Ziel durch Versagung der Steueranrechnung.

In diesen Fällen wird dem Nichtanrechnungsberechtigten das Körperschaftsteuerguthaben durch höhere Provisionen bzw. Kompensationszahlungen für ein WertpapierLeihgeschäft oder Wertpapier-Pensionsgeschäft oder durch die Zahlung einer Optionsprämie (z. B.: Erwerb einer Put-Option) zugewendet. Diese Zahlungen an den Nichtanrechnungsberechtigten unterliegen nicht der deutschen Besteuerung. Sie stellen aber beim inländischen Dividendenempfänger abziehbare Aufwendungen dar.

2.2 Abziehbare Aufwendungen

Wird aus Aktien einer bestimmten Gattung eine Dividende vereinnahmt und stehen diesen Einnahmen abziehbare Aufwendungen im Rahmen von Optionsgeschäften, Wertpapier-Leihgeschäften oder Wertpapier-Pensionsgeschäften über Aktien der gleichen Gattung gegenüber, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 EStG erfüllt. Ein personenbezogener Zusammenhang ist nicht erforderlich.

000016

Eine Beschränkung der Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 EStG auf Geschäfte zwischen identischen Markpartnern läßt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht herleiten. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist im Gegenteil zu folgern, daß sie gerade auch für Börsengeschäfte gilt mit der Folge, daß ein Nachweis über die Identität zwischen Aktienverkäufer und „Aufwandsempfänger“ gerade nicht erforderlich und nachzuweisen ist (so auch Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, Die Körperschaftsteuer, 27 Erg.-Lfg. Mai 1996, § 36 EStG Tz. 152a, 154a).

Die Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG setzt voraus, daß dem Dividendenempfänger bekannt ist, daß der Vertragspartner, an den die Aufwendungen gezahlt werden, nicht der deutschen Besteuerung unterliegt, also ein Nichtanrechnungsberechtigter ist. Wie vom Bundesverband ausgeführt, kennen sich insbesondere bei anonymen Geschäften über die DTB die Vertragspartner nicht. Nach den Bestimmungen der DTB ist im Gegenteil die DTB selbst Geschäftspartner mit der Folge, daß eine Verbindung zu einem Nichtanrechnungsberechtigten nicht mehr herstellbar sein dürfte. Anders als in § 50 c Abs. 10 EStG legt der Gesetzgeber bei der Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG die Beweislast dafür, daß der Empfänger der Zahlung anrechnungs- bzw. nichtanrechnungsberechtigt ist, nicht dem Dividendenempfänger auf, sondern gibt die Feststellungslast an den Fiskus ab.

Gelingt dem Fiskus jedoch der für die Anwendung des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG erforderliche Nachweis nicht, greift der Vorrang des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG vor dem § 50 c Abs. 10 EStG nicht. Aus diesem Grund fällt der Sachverhalt in den § 50 c Abs. 10 EStG zurück, wobei dort die Beweislast umgekehrt geregelt ist. Zur Anwendung kommt § 50 c EStG allerdings hier nicht, weil beim Anteilserwerber keine ausschüttungsbedingte Gewinnminderung vorliegt. Mithin bleiben diese DTB-Geschäfte ausschließlich einer Überprüfung nach § 42 AO vorbehalten.

Um den Umfang der unter § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG fallenden Ausgaben zu bestimmen, ist zunächst der Begriff der „abziehbaren Aufwendungen“ zu definieren. Dies ist insbesondere erforderlich, weil die Behandlung der zunächst zu aktivierenden Optionsprämien durch den Bundesverband deutscher Banken problematisiert worden ist.

Der Begriff der Aufwendungen umfaßt zum einen sowohl Betriebsausgaben als auch Werbungskosten und zum anderen in Abgrenzung zur Betriebsausgaben-Definition auch Wertabgänge ohne Zahlung, wie z. B. den Ausfall einer Darlehensforderung und damit auch die Ausbuchung einer bisher aktivierten Optionsprämie (Schmid/Heinicke EStG § 4 Anm. 91). Auch ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Anfall der Dividendenerträge und den Ausgaben muß nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht vorliegen.

Abziehbare Aufwendungen im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG sind damit nicht nur Aufwendungen, die mit den Dividendenerträgen unmittelbar zusammenhängen (Zinsen, Provisionen), sondern z. B. auch Kompensationszahlungen (Ausgleichszahlungen) bei der Wertpapierleihe und beim Wertpapierpensionsgeschäft. Zu den abziehbaren Aufwendungen gehören weiterhin Depotgebühren, wenn sie für die Verwahrung und Verwaltung der Papiere angefallen sind, und Optionsprämien, die zur Erhöhung des Aufwands oder Verlustes aus dem Gegengeschäft führen.

2.3 Zusammenhang zwischen abziehbaren Aufwendungen und Dividendeneinnahmen

000017

Der Bankenverband geht in seiner Stellungnahme davon aus, daß ein „konkreter Zusammenhang“ zwischen Dividendeneinnahmen und Aufwendungen immer nur dann vorliegt, wenn das Aktiengeschäft und das Derivatgeschäft zwischen identischen Markt-partnern zustande gekommen ist, worauf die Anleger bei Börsengeschäften keinen Einfluß haben.

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden, da der Gesetzeswortlaut davon spricht, daß den Dividendenerträgen damit zusammenhängende abziehbare Aufwendungen gegenüberstehen müssen. Der Wortlaut des § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG ist mit Blick auf das Regelungsziel der Vorschrift auszulegen. Regelungsziel ist die Versagung der KSt-Anrechnung, wenn die steuerpflichtigen Einnahmen aus Dividenden durch ein Gegen-/ Parallelgeschäft, aus dem der Dividendenempfänger einen Verlust erleidet, im Ergebnis auf Null gestellt werden. Deshalb sind die Worte „damit zusammenhängende abziehbare Aufwendungen“ nicht im Sinne eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Dividendenzahlung und Aufwendung zu verstehen, sondern in dem Sinne, daß Aufwendungen aus dem Gegengeschäft gemeint sind. Wenn der Dividendenempfänger im Zusammenhang mit dem Aktienwerb z. B. ein Optionsgeschäft abschließt, um mit den Verlusten daraus Dividendeneinnahmen auszugleichen, steht ihm die KSt-Anrechnung nicht zu.

3. Verhältnis zu § 42 AO

Ebensowenig wie § 50 c EStG setzt auch § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG § 42 AO außer Kraft. Das bedeutet, daß in allen Fällen der Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu prüfen bleibt.

Abschließend wäre ich Ihnen dankbar, wenn Sie das Bundesamt für Finanzen an dem weiteren Verfahren beteiligen würden. Ich würde es begrüßen, wenn Sie Vertreter des Amtes in die von Ihnen geplante Arbeitsgruppe berufen würden.



