

Finanzamt Frankfurt/M. V-Höchst
Betriebsprüfung (Bankenprüfung)
6.2.2003

Stellungnahme zur vorgesehenen Einfügung des § 20 Absatz 1 Nr. 1 Satz 4 EStG

A. Zu den Revisionsverfahren beim BFH

1. Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei girosammelverwahrten Aktien – aktuelle Situation

Die Bestimmung des Zeitpunktes des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums bei girosammelverwahrten Aktien ist schon seit einigen Jahren in der Diskussion. Besonders beim Wertpapierhandel um den Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses (Dividendentermin) besteht aufgrund der damit verbundenen Steueranrechnungsberechtigung eine besondere Problematik.

Die in den Wertpapierhandel direkt eingebundenen Parteien, das sind in der Regel Kreditinstitute und Makler (Kreditwirtschaft) berufen sich in dieser Frage bei über die Börse abgeschlossenen Geschäften auf § 29 der Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse. Hiernach sind mangels anderweitiger Vereinbarungen oder Regelungen Wertpapiere mit den Rechten und Pflichten zu liefern, die bei Geschäftsabschluss bestanden. Diese Vorschrift gilt sowohl für den Präsenz- als auch für den elektronischen Handel.

Die Kreditwirtschaft folgert daraus, dass das wirtschaftliche Eigentum daher für diese Geschäfte bereits mit Abschluss des Handelsgeschäftes auf den Erwerber der Aktien übergeht. Das zivilrechtliche Eigentum geht erst mit der Depotübertragung durch den Girosammelverwahrer über, das ist für in Deutschland verwahrte Aktien Clearstream (früher Kassenverein und dann auch Deutsche Börse Clearing). Dieser richtet sich nach den Anweisungen seiner Mitglieder (das sind hier die Depotbanken), die Übertragung vorzunehmen. Bei einem Aktienverkauf ist das die Depotbank der veräußernden Partei.

Für die Belieferung von Börsengeschäften gilt § 15 Abs. 1 der Börsenbedingungen. Hiernach sind Börsengeschäfte am zweiten Tag nach dem Tag des Geschäftsabschlusses zu erfüllen.

Aufgrund dieser Besonderheit und dem Verfahren der Trennung der Gewinncoupons durch Clearstream kann daher ein Börsengeschäft, das einen Tag vor oder am Tag der des Gewinnverteilungsbeschlusses „cum Dividende“ abgeschlossen wurde, nur noch „ex Dividende“ beliefert werden. Zu den Details von Coupontrennung, Dividendenbezug und Dividendenregulierung (im Fachjargon Dividendenkompensation genannt) Hinweis auf BB 2000, 1113.

Für außerbörsliche Geschäfte („OTC Geschäfte“) gelten die Bedingungen der Wertpapierbörse nicht. Die Abläufe bei der Girosammelverwahrung sind identisch.

2. Vom Urteil des Bundesfinanzhofes zur Revision durch die hessische Finanzverwaltung

Der BFH hat mit Urteil vom 15.12.1999, I R 29/97 (BStBl II 2000, 527) die Rechtsauffassung der Kreditwirtschaft bestätigt. Die dem Urteil zugrunde liegenden Geschäftsabläufe, allgemein als „Dividendenstripping“ bezeichnet, sind mit ihrer Ankaufphase der Papiere durch den Steueranrechnenden mit den in Nr. 1 geschilderten Sachverhalten identisch. Es handelt sich um Geschäfte die einen Tag vor oder am Hauptversammlungstag abgeschlossen wurden und nur noch „ex Dividende“ beliefert werden konnten.

Das Urteil des BFH ist von der Finanzverwaltung global mit einem Nichtanwendungserlass belegt worden. Die Annahme des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber im Vorgriff auf die zum Übergang des zivilrechtlichen Eigentums führende Depotübertragung durch den Sammelverwahrer (ohne gleichzeitige

Rückveräußerung über junge Aktien) wird von ihr öffentlich nicht problematisiert.

Nach mir aus Bankenkreisen zugeleiteten Informationen vermitteln (zum Teil ehemals) dem I. Senat angehörige Richter auf Seminaren oder bei Vorträgen den Eindruck, an der in dieser Entscheidung geäußerten Rechtsauffassung festhalten zu wollen.

Unter diesem Eindruck sind die Revisionsbemühungen der Finanzverwaltung regelmäßig zurückgewiesen worden (u. a. BFH vom 27.08.2003, I B 186/02, BFH NV 2003, 1581; Hessisches FG vom 17.01.2001, EFG 2001, 898; Finanzgericht Düsseldorf vom 4.3.2002, EFG 2002, 693).

Erst der XI. Senat des BFH hat ein Verfahren aus Nordrhein Westfalen zur Revision zugelassen. Unter diesem Eindruck hat auch der IV. Senat des Hessischen Finanzgerichts mit Urteil vom 30.08.2005, 4 K 2557/99 dem Revisionsbegehren der Verwaltung entsprochen (Rev. Az. I R 85/05).

Alle vor dem BFH anhängigen Verfahren werden inzwischen vor dem I. Senat verhandelt.

3. Das Urteil des BFH vom 15.12.1999

Reduziert man die Anforderungen, die der BFH tatsächlich an den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums stellt, auf seine Kernaussagen, kommt man zu folgenden Voraussetzungen:

- a. dem Erwerber konnten nach den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden,
- b. er trug mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages bereits ein Kursrisiko und
- c. die vergleichbare letztlich unentziehbare Position (an Gewinnbezug und Übertragungsrecht) wurde in Erwartung des Eigentumserwerbs eingeräumt.

Die Beschränkung auf diese drei Thesen berücksichtigt, das der Senat einige andere Voraussetzungen (Besitzübergang, Besitzkonstitut u.a m.), von denen er zunächst ausgeht, letztendlich wieder als nicht ausschlaggebend relativiert.

4. Die Revision der hessischen Finanzverwaltung

In der Revision trägt die hessische Finanzverwaltung vor, dass mit einem Wertpapier regelmäßig verbundene Kursrisiken und -chancen, die mit einem Kauf auf den Erwerber übergehen, als Reflex einer tatsächlichen Verfügungsmacht am Wirtschaftsgut (hier Stammrecht) entstanden sein müssen. Ansonsten wäre mit dem Abschluss jedes Termingeschäftes der sofortige Übergang des wirtschaftlichen Eigentums verbunden.

Sie tritt der Rechtsauffassung des BFH u.a. mit folgenden Argumenten entgegen:

- a.) Der Erwerber ist nicht zivilrechtlicher Eigentümer der Papiere.
- b.) Der Erwerber hat weder Besitz erlangt, noch gibt es eine Rechtsgrundlage für die Annahme eines Besitzkonstituts.
- c.) Er erhält die Dividende nicht für Rechnung des ausschüttenden Emittenten, sondern für Rechnung des Veräußerers der Papiere.
- d.) Es verbietet sich, die Bedingungen (§ 29 der Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse) dem Steuerrecht zu unterlegen, da sie nicht für den gesamten Markt im Aktienhandel gelten. Außerbörsliche Käufe („OTC Geschäfte“) unterliegen nicht der zweitägigen Erfüllungsfrist. Sie können tagesgleich abgeschlossen und erfüllt werden oder haben längere Erfüllungsfristen. Die Belieferungen von Aktiengeschäften von Börsen- und Nichtbörsengeschäften überschneiden sich allerdings. So ist es problemlos möglich, ein Börsen(verkaufs-)geschäft über den Dividendentermin, das „cum Dividende“ abgeschlossen wurde, mit Papieren aus diesen (kürzeren Erfüllungsfristen unterliegenden) Erwerbsgeschäften zu beliefern, also mit Papieren, für die der Verkäufer oder dessen Vorgänger bereits eine Steuergutschrift in Anspruch genommen hat (vgl. auch BB 2004, 1600).

e.) Der Erwerber hat keine Rechte am Wertpapier erhalten. Die mitgliedschaftlichen Rechte (wie die Teilnahme an der Hauptversammlung) und die vermögensmäßigen Nutzungen stehen noch dem Verkäufer der Wertpapiere zu.

f.) Der Erwerber erfüllt nicht die Voraussetzungen des Bezugs von Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Er hatte im Zeitpunkt des Gewinnausschüttungsbeschlusses weder Fruchtziehungsrechte nach § 101 BGB erlangt noch Vermögen zur Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen eingesetzt. Auch ist ihm aus diesem Grunde ein dem typischen gewerblichen Dividendenbezug gegenüberstehender Refinanzierungsaufwand nicht entstanden. Indem beide Handelsparteien schuldrechtlich die Erfüllung beider Wertpapiergeschäfte auf einen Zeitpunkt nach dem Hauptversammlungstag und somit nach der Coupontrennung festgelegt haben, stand auch eine Kaufpreientrichtung im Zeitpunkt des Gewinnausschüttungsbeschlusses noch nicht an; das Vermögen war insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen über die kaufmännische Bindung von zukünftig einzusetzendem Vermögen noch zinsinduziert (unterlag einer Zinsbindung).

Die weiteren Argumente der hessischen Finanzverwaltung richten sich auf die besondere Ausgestaltung der „Rückveräußerungsbedingungen“.

Wie wichtig und aktuell die Klärung dieser oben angeführten Punkte ist, werde ich am Ende meiner Stellungnahme gesondert anführen. Dort geht es um aktuelle Prüfungsfeststellungen bei der Ausgestaltung von Terminpreisen bei Aktientermingeschäften im Zusammenhang mit dem Übergang vom Anrechnungs- in das Halbeinkünfteverfahren.

B. Zu den vorgesehenen Gesetzesänderungen

Zur Einfügung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG

1. Ausgangslage

Die Einfügung dieser Vorschrift wird notwendig, wenn die hessische Finanzverwaltung im Revisionsverfahren beim BFH unterliegt. Damit ist nach meiner Auffassung zu rechnen.

2. Die von der Gesetzesänderung zu erfassenden Sachverhalte

Um Steuerausfälle durch mehrfache Steueranrechnung zu vermeiden, muss jeder Fall, bei dem die Papiere über den Gewinnverteilungsbeschluss gehandelt werden (an diese Stelle tritt bei der Girosammelverwahrung der Zeitpunkt der Coupontrennung durch Clearstream) bei dem nicht sichergestellt ist, dass es keine weitere Steuerbescheinigung gibt, erfasst werden.

Das sind

1. Leerverkäufe
2. Fails
3. mit Sachdarlehen „ex Dividende“ belieferte Geschäfte
4. Termingeschäfte „cum Dividende“ mit Fälligkeit nach dem Dividendetermin
5. mit Derivaten / strukturierten Produkten verbundene Aktiengeschäfte.

Diese Formen des Aktienhandels findet man meistens in zwischengeschalteten Handelsketten, während das letzte - zur Steueranrechnung führende - Geschäft meist als normales Börsengeschäft ausgestaltet wird.

Besonders häufig begegnet man dem Sachverhalt Nr. 3. Den von den Bankenverbänden in der Stellungnahme vom 23.1.2006 unter „zu 1:“ geschilderten Sachverhalt halte ich im übrigen für nicht praxisbezogen.

Er stellt meiner Auffassung nach auch kein Beispiel für einen Leerverkauf dar.

Bei einem Leerverkauf muss der Veräußerer eines Wertpapiers im Zeitpunkt des Eingehens seiner schuldrechtlichen Verpflichtung noch (schuldrechtlich) Papiere der gleichen Wertpapierkennnummer erwerben, die seine Wertpapierlieferposition decken. Ein Leerverkauf aus der Sicht des § 20 Abs. 1, Nr. 1 EStG liegt dann vor, wenn diese Position im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses noch besteht.

Im geschilderten Sachverhalt hat sich der Verkäufer Aktien „cum Dividende“ im Wege eines Wertpapierdarlehens geliehen und war zum Zeitpunkt der Coupontrennung zur Zahlung eines Dividendenausgleichs an den Verleiher verpflichtet. Das bedeutet, dass er zum Dividendentermin als Entleiher zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien war und die Papiere sich in seinem Depot befanden. Er hatte lediglich eine Verpflichtung gegenüber dem Verleiher, nach Ablauf der Leihperiode diesem die Papiere zurückzuübertragen. Die Deckung seines Verkaufs mit diesen Papieren bleibt hiervon unberührt. Hier handelt es sich nicht um einen Leerverkauf „cum Dividende“.

Das die Kompensationszahlung an den Verleiher nicht unter § 20 EStG fällt, wird im übrigen allgemein nicht bestritten.

Die Sachverhalte, die man in der Praxis antrifft, sind die Belieferung von Aktienverkäufen „cum Dividende“ mit über Wertpapierdarlehen erworbene Papiere „ex Dividende“. Diesem Instrument bedienen sich meistens die Abwicklungsabteilungen der Banken wenn sie feststellen, dass kein Lieferbestand vorhanden ist. Aktien aus Wertpapierdarlehen können taggleich erworben und beliefert werden.

In diesen genannten Fällen hängt es ausschließlich von der Qualität der Mitarbeiter und der Organisation der Abteilung ab, ob die kontrahierende Stelle benachrichtigt wird. Die empfangende Depotstelle eines Börsenkaufs wird keinen Verdacht schöpfen, wenn die Papiere pünktlich am zweiten Handelstag in ihr Depot eingebucht werden. Die tatsächliche Quelle des Bezugs kann sie nicht erkennen.

(Werden die Papiere verspätet in das Depot der beziehenden Bank eingebucht, würde ich allerdings auch nicht "die Hände dafür ins Feuer legen", dass in keinem Fall eine Steuerbescheinigung erstellt wird.)

Zur Organisation der Wertpapierabwicklungsabteilungen ist zu sagen, dass diese als „Back Office“ gelten und einem großen Kostendruck bis hin zu Ausgliederungsplanungen (Outsourcing) unterliegen. Besonders bei den Auslandsbanken ist eine nicht unerhebliche Personalfuktuation festzustellen.

3. Eigener Formulierungsvorschlag

Um sämtliche o.a. Sachverhalte zu erfassen sollte der Wirkungsbereich des Satzes 4 so weit wie möglich gefasst werden.

Die Regelung sollte allerdings methodisch nicht in Absatz 1, sondern durch die Einfügung eines Absatzes 1a erfolgen, da Absatz 1 die Anteilseigerschaft nach § 39 AO voraussetzt (§ 20 Absatz 2a EStG). Diese liegt in den zu regelnden Sachverhalten regelmäßig jedoch nicht vor.

Zum Begriff der „künstlichen Dividende“ hatte ich bereits ausgeführt, dass mir dieser Terminus in meiner gesamten Prüfungspraxis nicht begegnet ist.

Vorschlag:

„Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören außerdem Einnahmen, die an Stelle der in Absatz 1 Nr. 1 Satz 1 genannten Bezüge gezahlt werden, wenn die Aktien über den Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses hinaus mit Dividendenberechtigung erworben, jedoch ohne Dividendenanspruch geliefert werden“.

In der Gesetzesbegründung könnte dann - wie bisher - klargestellt werden, dass Dividendenausgleichszahlungen aus Wertpapierdarlehen nicht von dieser Vorschrift erfasst werden sollen.

Dagegen ist die Gesetzesbegründung in ihrer Annahme, dass das wirtschaftliche Eigentums bereits im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses übergeht, im Hinblick auf die beim BFH geführten Revisionsverfahren kontraproduktiv. Vielleicht sollte die Notwendigkeit der gesetzlichen Änderung eher mit den unterschiedlichen Usancen bzw. Regulierungspraktiken von Wertpapierhandel und Wertpapierabwicklung in der Kreditwirtschaft begründet werden.

C. Eigene Schlussbemerkung

Ich hatte in meiner seinerzeitigen Stellungnahme an mein Ministerium vom 4.1.2006 angeraten, den Ausgang der Verfahren vor dem BFH abzuwarten. Mir ist bewusst, dass die jetzige Situation zu Steuerausfällen führt. Diese werden sich aber auch nach Einfügung des Satzes 4 (oder eines Absatzes 1a) nicht vermeiden lassen. Ich verzichte auf eine Begründung hierfür, um die Stellungnahme nicht noch umfangreicher zu gestalten. Die sicherste Lösung wäre, den BFH umstimmen zu können. Dann gäbe es weder Leerverkäufe noch Fails mit Steueranrechnungsproblemen. Es ist jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht mit einem Urteil zugunsten der Finanzverwaltung zu rechnen.

Damit ist die Sache aber nicht vorbei.

Mit den in Nr. A 3. aufgeführten Entscheidungskriterien des BFH geht meines Erachtens bei sämtlichen Termingeschäften, die vertraglich die Regulierung der Dividende zwischen den Parteien und den sofortigen Übergang des Kursrisikos auf den Erwerber vereinbaren, das wirtschaftliche Eigentum dann auch bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der schuldrechtlichen Vereinbarungen über.

Das wird besonders für den Übergang vom Anrechnungs- in das Halbeinkünfteverfahren von Bedeutung sein, in dem im Jahr 2001 mit Wirkung zum 1.1.2002 die Papiere „auf Termin“ verkauft wurden, um die Realisation für IAS Zwecke in 2001 und Steuerbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG in 2002 zu erlangen.

Diese Sachverhalte haben im Verhältnis zu den Börsengeschäften vor dem BFH sogar noch die zusätzliche Besonderheit, dass der Verkäufer bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung die volle Verzinsung seiner Kaufpreisforderung erhält und im Gegenzug der Erwerber bereits eine Refinanzierungsposition eingenommen hat. Deutlicher lässt sich der Erhalt wirtschaftlichen Eigentums – bei Anwendung der Voraussetzungen des BFH Urteils - nicht dokumentieren.

Es dürfte Steuerfälle geben, die sich betragslich in größeren Dimensionen bewegen. Ich habe einen Fall davon in der laufenden Prüfung.

██████████

Anlage

