

2009/02262<sup>68</sup>2

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN  
VOLKSBANKEN UND RAIFFEISEN-  
BANKEN E.V., BERLIN

BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN E.V., BERLIN

BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER  
BANKEN DEUTSCHLANDS E.V., BERLIN

DEUTSCHER SPARKASSEN- UND  
GIROVERBAND E.V., BERLIN

VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEF-  
BANKEN E.V., BERLIN

BUNDESVERBAND  
INVESTMENT UND ASSET  
MANAGEMENT E.V., FRANKFURT

Bundesministerium der Finanzen  
Wilhelmstraße 97  
10117 Berlin

30. März 2009  
N 1.3.3 - [REDACTED]

**Maßnahmen zur Beseitigung der Gefahr von Steuermindereinnahmen bei der  
Erstattung von Kapitalertragsteuer durch Gestaltungen im Zusammenhang von  
Leerverkäufen um den Dividendenstichtag**

hier: Entwurf eines BMF-Schreibens  
Ihr Schreiben vom 20. März 2009  
Gz: IV C 1 – S 2252/09/10003  
Dok: 2009/0191639

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 20. März 2009 und danken Ihnen für die  
Gelegenheit zur Stellungnahme. Wir nehmen diese gerne wahr, müssen uns aber  
angesichts der äußerst knapp bemessenen Rückäußerungsfrist (27. März 2009) weitere  
Stellungnahmen zu einem späteren Zeitpunkt vorbehalten.

Sie kritisieren in Ihrem Schreiben bestimmte Fälle von Leerverkäufen, die kurz vor dem  
Dividendenstichtag im Ausland getätigt werden und zur Ausstellung von zwei Steuer-  
bescheinigungen führen, während nur einmal Kapitalertragsteuer abgeführt werde. In  
diesen Fällen soll der inländischen erwerbenden Körperschaft die Anrechnung bzw.

- 2 -

Erstattung der Kapitalertragsteuer versagt werden. Die zur Aufklärung derartiger Fälle vorgesehenen Maßnahmen (Ausstellung einer „besonderen“ Steuerbescheinigung durch das inländische Käuferinstitut, Widerlegung eines „wirtschaftlichen Zusammenhangs“ zu einem Leerverkauf durch den Käufer, Nichtdurchführung der Erstattung, insbesondere des Sammelantragsverfahrens) führen weit über diese Zielsetzung hinaus und gefährden ernsthaft die weitere Durchführung anderer, auch von Seiten der Finanzverwaltung als unproblematisch angesehener Geschäfte. Wir möchten dies im Folgenden darlegen:

## 1. Regulierung von Dividenden

Nach den bestehenden Mechanismen der Wertpapierabwicklung gestaltet sich die Regulierung der Dividendenzahlung wie folgt:

Wenn eine Dividende ausgeschüttet wird, verteilt die Clearingstelle die Nettodividende entsprechend den aktuellen Wertpapierbeständen an die Inhaber der Aktien. Bei einem Verkauf über den Dividendenstichtag (T<sub>0</sub>) würde der Verkäufer die Dividende zwar zunächst erhalten, da sich die Aktie zu diesem Zeitpunkt noch in seinem Depot befindet. Da jedoch aufgrund der Börsenbräuche dem Käufer bei einem Kauf bis einschließlich Dividendenstichtag die Dividende zusteht, berücksichtigt die Clearingstelle die noch offenen Lieferverpflichtungen bei der Dividendenregulierung. Der Verpflichtete (Verkäufer von Aktien über den Dividendenstichtag) wird mit der Nettodividende belastet. Der Inhaber eines Lieferanspruchs (Käufer von Aktien über den Dividendenstichtag) bekommt die Nettodividende gutgeschrieben. Beim Verkäufer der Aktie saldieren sich Gutschrift und Belastung. Bei einem Leerverkauf würde der Verkäufer dagegen mit der Nettodividende belastet. Soweit sich die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle im Inland befindet, wird der Verkäufer zudem mit einem Betrag in Höhe der Kapitalertragsteuer einschl. Solidaritätszuschlag belastet und der Steuereinbehalt an das Finanzamt abgeführt.

Die Regulierung der Dividende erfolgt unabhängig von der Lieferung der Aktien. In der Praxis schreibt die Depotbank des Käufers dem Käufer die Nettodividende am Dividendenzahltag gut, unabhängig davon, wann die Aktie geliefert wird. Die Gutschrift der Nettodividende erfolgt deshalb, weil die Bank die Nettodividende bereits von der Clearingstelle erhalten hat.

## 2. Folgerungen

Wenn T<sub>0</sub> der Tag der Hauptversammlung ist, dann ist T+1 der Ex-Tag. Aktien werden in T+1 ex-Dividende gehandelt. Dies bedeutet, dass bei Kauf der Aktien z.B. in T-1 und Lieferung in T+1 die Aktien immer ex-Dividende geliefert werden.

- 3 -

Allein an der Aktie ist nicht erkennbar, ob der Verkäufer zum Zeitpunkt des Verkaufes eine entsprechende Aktie im Depot gehabt hat. Dies war der Grund für die Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG und der Verpflichtung zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass selbst bei einem Leerverkauf dem Erwerber die Aktien am Dividendenstichtag zuzurechnen sind (BT-Ds 16/2712, S. 46 ff.). Da der Käufer die Steuer anrechnen kann, wurde gleichzeitig die inländische Bank des Leerverkäufers verpflichtet, einen entsprechenden Steuereinbehalt vorzunehmen. Ein Steuereinbehalt ist aber bei Einschaltung einer ausländischen Depotbank auf Seiten des Verkäufers nicht vorzunehmen.

Bei einem Verkauf über den Dividendenstichtag ergeben sich daher folgende Fälle (Entsprechendes gilt für einen Verkauf in T0):

- (1) Der Verkäufer hat die Aktien in T-1 im Depot.
- (2) Der Verkäufer hat die Aktien in T-1 nicht im Depot, sich die Aktien jedoch bereits vor Dividendenstichtag besorgt und sichergestellt, dass keine doppelte Steueranrechnung erfolgt (unechter Leerverkauf).
- (3) Der Verkäufer hat die Aktien nicht im Depot, jedoch eine inländische Bank eingeschaltet (echter Leerverkauf, bei dem eine Kapitalertragsteuer einschl. Solidaritätszuschlag einbehalten und an das Finanzamt abgeführt wird)
- (4) Der Verkäufer hat die Aktien nicht im Depot, jedoch eine ausländische Bank eingeschaltet (echter Leerverkauf, bei dem keine Kapitalertragsteuer einschl. Solidaritätszuschlag einbehalten wird)

Dabei ist zu bedenken, dass bei allen vier Fallgruppen stets ein Betrag in Höhe der Nettodividende verrechnet wird, so dass aus dieser Tatsache keinerlei Rückschlüsse auf die Art des Verkaufsgeschäfts gezogen werden können.

Aus Sicht des Fiskus ist nur der letzte Fall (4) problematisch. Dennoch verlangt der Entwurf des BMF-Schreibens in allen Fällen, in denen sich die den Verkaufsauftrag ausführende Bank im Ausland befindet und die Aktien cum veräußert, aber ex Dividende beliefert werden, den Nachweis, dass kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit einem Leerverkauf besteht. Ein derartiger Nachweis durch den Käufer kann tatsächlich nicht geführt werden. Dem Käufer bzw. der Käuferbank ist nicht ersichtlich, ob von einem (echten) Leerverkäufer gekauft wurde. Wie oben dargelegt, ist das Merkmal „Lieferung in T+1 ex-Dividende oder cum-Dividende“ nicht zielführend, da in T+1 bzw. T+2 die Aktien immer ex-Dividende geliefert werden. Es ist für die Käuferbank nicht ersichtlich, ob der an den Käufer weiterzugebende Betrag in Höhe der Nettodividende aus einem cum-Bestand resultiert oder aus einem ex-Bestand und der Leerverkäufer wegen des fehlenden Kupons mit der Nettodividende belastet wurde. Konsequenz wäre dann, dass auch in den unproblematischen Fällen (1) bis (3) eine Steueranrechnung bzw.

- 4 -

Steuererstattung (insbesondere im Sammelantragsverfahren) versagt würde. Dies belastet viele Käufer in unzulässiger Weise. Da ein Nachweis auf Seiten des Käufers nicht geführt werden kann, ist die geforderte Bestätigung eines StB/WP oder eine eigene Prüfung der Finanzverwaltung auch nicht möglich.

Richtigerweise dürfen nur die Fälle erfasst werden, in denen der Käufer erkennen kann, dass Fallgruppe (4) gegeben ist. Dies ist allenfalls bei nicht über die Börse abgewickelten Geschäften (OTC-Geschäften) der Fall. Hier könnte erwogen werden, den Käufer zu verpflichten, sich über die steuerliche Behandlung beim Verkäufer Gewissheit zu verschaffen. Anders ist es dagegen bei Börsengeschäften. Diese Fälle müssen wie früher bereits in § 50 c Abs. 9 EStG (sog. Börsenklausel) von einer besonderen Bescheinigungs- und Nachweispflicht ausgenommen sein, denn bei einem Kauf in T-1 bzw. T0 und Abwicklung über die Börse ist dem Käufer der Verkäufer – wie beschrieben – tatsächlich nie bekannt.

Eine eingeschränkte Anwendung nur für OTC-Geschäfte hat folgende Konsequenzen: Die Erteilung einer erweiterten Steuerbescheinigung im OTC-Bereich, wenn Stücke cum veräußert, aber ex beliefert werden, jedenfalls für die Zukunft (s. unten letzter Absatz). Da der Käuferbank eine Identifizierung der kritischen Leerverkaufsfälle (Fall 4) nicht gelingt, wird in allen Fällen, in denen sich die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle im Ausland befindet und die Aktien cum veräußert, aber ex Dividende beliefert werden (einschließlich der Fälle 1 und 2), eine erweiterte Steuerbescheinigung ausgestellt werden. Damit wird das Problem des Nachweises, auch in Fällen 1 und 2, die steuerlich objektiv nicht zu beanstanden sind, auf den Käufer verlagert.

Für die Bank äußerst problematisch ist Versagung der Erstattung der Kapitalertragsteuer und damit die Nichtdurchführung des Sammelantragsverfahrens insbesondere in NV-Fällen (z. B. bei institutionellen Anlegern einschließlich inländischer Fonds) bzw. der Abstandnahme vom Steuerabzug. In diesen Fällen wäre die Bank in der Prüfungspflicht und damit in der Verlegenheit, die Verhältnisse auf Verkäuferseite anlässlich der Dividendenzahlung „zeitpunktgenau“ aufzuklären (Identifizierung Fall 4). Da dies der Käuferbank nicht möglich ist, wäre aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten generell in OTC-Fällen, in denen sich die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle im Ausland befindet und die Aktien cum veräußert, aber ex beliefert werden (einschließlich der Fälle 1 und 2), die Erstattung bzw. Abstandnahme auszuschließen. Dies erscheint unverhältnismäßig, da es für die Fälle 1 und 2 objektiv nicht gerechtfertigt und zudem nicht erkennbar ist, wie ein Kunde die im BMF-Entwurf vorgesehenen Nachweise zur Vermeidung dieser Liquiditätsbelastung rechtzeitig vorlegen könnte.

- 5 -

In Anbetracht dessen darf selbst eine eingeschränkte Anwendung der vorgesehenen Maßnahmen auf Geschäfte außerhalb der Börse unbedingt erst mit Wirkung für die Zukunft erfolgen. Die Kreditinstitute müssen Gelegenheit haben, die organisatorischen Vorkehrungen dafür zu treffen, die angesprochenen (und nicht weiter eingrenzbaeren) OTC-Fälle zu erkennen, um sicherzustellen, dass entsprechend modifizierte Steuerbescheinigungen erstellt werden bzw. das Sammelantragsverfahren in diesen Fällen nicht durchgeführt wird. Ein rückwirkendes „Herausfiltern“ der noch zu klärenden Sachverhalte aus einer Unzahl bereits abgewickelter Dividendenabrechnungen würde einen enormen Verwaltungsaufwand auf Ebene der Kreditinstitute erforderlich machen. Aber auch die betroffenen Käufer würden nachträglich einer geänderten Rechtsauffassung und Anforderungen der Finanzverwaltung ausgesetzt, mit denen sie bei Abschluss der Geschäfte nicht rechnen konnten und daher auch nicht in der Lage waren, sich zu vergewissern, ob ihren Käufen Leerverkäufe gegenüberstanden. Eine solche rückwirkende Anwendung einer Beweislastregel erscheint äußerst problematisch. Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG eine legislative Entscheidung getroffen. Eine sogar rückwirkende Änderung der Rechtslage kann nicht durch ein BMF-Schreiben erfolgen.

Für weitere Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen  
Für die vorbezeichneten Verbände  
Bundesverband deutscher Banken



