

Jonas Misteli,

Dividenden-Stripping

Steuerrechtliche Aspekte einer Verschiebung von Aktien über den Dividendenstichtag mittels börslicher Kassageschäfte, Sell/Buy-Back, Repo und Securities-Lending

Diss. St.Gallen, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Band 93, Bern 2001

Rezensent: Lic. iur. Fritz Müller*

Inhalt

- 1 **Wesentliche Fragen**
- 2 **Börsliches Dividenden-Stripping**
- 3 **Bilaterales Dividenden-Stripping**
- 4 **DBA-rechtliche Aspekte**
- 5 **Schlussfolgerungen**

1 Wesentliche Fragen

«Theorie ist, wenn man alles weiss und nichts klappt; Praxis ist, wenn alles klappt und man weiss nicht warum.» Dieses, von Jonas Misteli an den Anfang seiner Dissertation über die steuerlichen Aspekte einer Verschiebung von Aktien über den Dividendenstichtag mittels börslicher Kassageschäfte, Sell/Buy-Back, Repo und Securities-Lending gestellte Bonmot beschreibt bis zu einem gewissen Grad zutreffend die Situation im Markt der Dividenden-Stripping-Transaktionen. Aber eben nur bis zu einem gewissen Grad.

Bei der Einführung des Repomarktes in der Schweiz hatte eine aus Vertretern der ESTV und der Banken zusammengesetzte Arbeitsgruppe die Aufgabe, die «Spielregeln», die nach der Einführung des Repomarktes in der Schweiz von den Marktteilnehmern einzuhalten sein würden, auszuarbeiten. Die wichtigste Vorgabe war, zu verhindern, dass durch Repotransaktionen mit Schweizer Wertpapieren der Fiskus im Bereich der Verrechnungssteuer geschädigt würde. Dies, weil zum einen mit solchen Transaktionen Rückerstattungsansprüche von nicht berechtigten Personen auf (scheinbar?) berechnete verschoben werden können, zum andern, weil das Risiko besteht, dass die auf einer Dividenden- oder Zinszahlung abgelieferte Verrechnungssteuer mehrfach zurückgefordert wird. Nun, hält die getroffene Lösung einer näheren Betrachtung stand?

Jonas Misteli gibt die Antwort. Was an der Dissertation sehr gefällt, ist die umfassende, im Aufbau logische und klare Darstellung des untersuchten Sachverhalts. Dabei wird unterschieden zwischen dem börslichen Dividenden-Stripping, d.h. der Kombination eines Verkaufs und eines nach dem Dividendetermin vorgenommenen Rückkaufs von Aktien über die Börse, und dem bilateralen Dividenden-Stripping mittels Sell/Buy-Back, Repo und Securities-Lending. Bei der börslichen Variante kennen sich die Parteien nicht, bei den bilateralen Varianten kommt es zwischen den Parteien direkt zu einer oder mehreren vertraglichen Vereinbarungen. Etwas ge-

* Managing Director Tax, Credit Suisse Group, Zürich

wöhnungsbedürftig ist, dass bei allen Gestaltungsmodellen der ursprüngliche Anteilseigner, der eine Aktie vor dem Dividendentermin «hingibt», immer als Lender, derjenige, der sich den Titel «beschafft», immer als Borrower bezeichnet wird. Liest man die Arbeit in einem Zug, macht diese vereinheitlichte, an sich nur im Securities-Lending verwendete Terminologie sehr viel Sinn; wird allerdings nur nach einem Teilaspekt aus dem Bereich Securities-Lending gesucht, ist Vorsicht geboten.

Was ebenfalls gefällt, ist der theoretisch wertneutrale Grundansatz. Es wird zwar einleitend unmissverständlich festgehalten, dass die Hauptproblematik im Umstand liegt, «dass sich mittels Dividenden-Stripping das auf der Dividende lastende Steuersubstrat eines oder mehrerer Staaten verkürzen lässt». Es wird aber auch deutlich gesagt, dass bei den in Frage stehenden Transaktionen keineswegs von vornherein anzunehmen ist, dass damit eine Steuerumgehung bzw. ein Abkommensmissbrauch verbunden ist. Die Arbeit analysiert deshalb nicht typisierte Umgehungstatbestände, sondern untersucht, «inwieweit aus schweizerischer Sicht ein Steuerverkürzungspotential besteht und ob die im schweizerischen Recht bereits vorhandenen Abwehrmechanismen gegen einen missbräuchlichen Einsatz der betrachteten Gestaltungsmodelle in theoretischer und auch praktischer Hinsicht zu genügen vermögen».

Die steuerliche Beurteilung der beschriebenen Geschäfte umfasst die Einkommens- und Gewinnsteuer, die Verrechnungssteuer sowie die DBA-rechtlichen Aspekte. Die wesentlichen Fragen, die untersucht werden, sind:

- Wem ist die anfallende Dividende steuerlich zuzurechnen?
- Wem steht ein allfälliger Beteiligungsabzug zu?
- Wer ist im Sinne der Verrechnungssteuer wirtschaftlich berechtigt?
- Wer ist DBA-rechtlich wirtschaftlich berechtigt?

Es wird jeweils die Situation beim Lender, beim Borrower und bei einem allfälligen Drittkäufer untersucht. Das bestehende Steuerverkürzungspotential wird anhand von vier Grundmodellen dargestellt.

2 Börsliches Dividenden-Stripping

Das Ergebnis der Untersuchung des börslichen Dividenden-Strippings bringt keine Überraschungen. Der Autor kommt für die Einkommenssteuer zum Schluss, dass die Dividende dem Borrower (Käufer) zuzurechnen ist. Praktisch interessanter ist die Frage, ob beim Lender (Verkäufer), der durch diese Transaktion an Stelle einer steuerbaren Dividende einen steuerfreien Kapitalgewinn erzielt, allenfalls eine missbräuchliche Steuerumgehung vorliegt. Wegen den für den Verkäufer bestehenden

Kursrisiken wird dies verneint, wenn Verkauf und Rückkauf an zwei verschiedenen Handelstagen erfolgen. Bei der Gewinnsteuer wird zum einen festgehalten, dass beim Borrower der Abzug des durch die Kauf-/Verkaufstransaktionen erlittenen Kapitalverlusts und damit de facto die Neutralisierung des während der Haltedauer angefallenen Dividendenertrags anzuerkennen sei. Auch die Frage, ob dem Borrower auf dem Dividendenertrag der Beteiligungsabzug zusteht, wird bejaht, und zwar selbst dann, wenn die quantitativen Voraussetzungen für den Abzug nur unter Miteinbezug der kurzfristig beschafften Aktien erfüllt werden.

Sehr lesenswert sind die Ausführungen zur Verrechnungssteuer, insbesondere zur Frage der Nutzungsberechtigung. Dem Ergebnis, dass der Borrower nutzungsberechtigt ist, und dass beim börslichen Dividenden-Stripping wegen der Anonymität des börslichen Handels – die einen gezielten Erwerb von Aktien von nicht rückforderungsberechtigten Personen ausschliesst – auch keine Steuerumgehung vorliegt, ist zuzustimmen.

Die DBA-rechtlichen Aspekte werden aus systematischen Gründen bereits im Kapitel über das börsliche Dividenden-Stripping ausführlich dargelegt. Echt virulent sind zumindest in der Praxis die diesbezüglichen Fragen allerdings bei den bilateralen Geschäften. So soll hier auch nur das Ergebnis festgehalten werden: Der Borrower ist im DBA-rechtlichen Sinne als Nutzungsberechtigter an den Dividenden anzusehen, und das Vorliegen eines Abkommensmissbrauchs wird verneint.

3 Bilaterales Dividenden-Stripping

Wie nicht anders zu erwarten, wird die Geschichte beim bilateralen Dividenden-Stripping echt spannend. Hier bekommt auch die Missbrauchsproblematik eine andere Dimension, da zum einen die Parteien sich kennen oder zumindest indirekt zusammenwirken können und zum andern im internationalen Markt die Wege bekannt sind, wie tatsächlich vorhandene «Lücken» im System ausgenützt werden können.

Um was geht es? Beim Sell/Buy-Back und beim Repo handelt es sich (aus Sicht des Lenders/Verkäufers) um einen Kassaverkauf in Verbindung mit einem Kauf auf Termin mit einer bestimmten Gegenpartei, wobei beim Sell/Buy-Back eine allfällige, dem Lender entgehende Dividende durch die Differenz zwischen Verkaufs- und Kaufpreis ausgeglichen wird, während dies beim Repo durch eine vom Borrower zu leistende Kompensationszahlung geschieht. Beim Securities-Lending (SLB) werden Wertschriften darlehensweise hingegeben, wobei das Eigentum übertragen wird. Bei Beendigung des Geschäfts ist der Borrower verpflichtet, dem Lender Titel

der gleichen Art und Güte zurückzuerstatten. Wie beim Repo wird beim SLB eine während der Laufzeit des Vertrags anfallende Dividende dem Lender durch eine Kompensationszahlung ausgeglichen.

Bei allen drei Formen ist weiter zu unterscheiden, ob der Borrower die erworbenen Titel weiterveräussert oder nicht, d.h. ob die während der Vertragsdauer anfallende Dividende ihm oder einem Dritten zufließt. Im ersten Fall finanziert der Borrower den Dividendenausgleich durch die ihm zufließende Dividende, im zweiten Fall aus der Kursdifferenz zwischen Verkaufs- und Kaufpreis. Insbesondere beim Repo und SLB, bei denen der «Dividendenersatz» in Form einer separaten Zahlung erfolgt, herrscht bei der Benennung dieser Zahlung ein zuweilen irreführender Begriffswirrwarr. Jonas Misteli bezeichnet den Dividendenersatz als «passed-on dividend», wenn er aus der echten Dividende finanziert wird, im anderen Fall als «manufactured dividend». Insbesondere im SLB wird demgegenüber häufig dann von einer manufactured dividend gesprochen, wenn die Zahlung «formal» wie eine Originaldividende aussieht, d.h. wenn eine echte Couponsabrechnung erstellt wird. Erfolgt die Zahlung ohne Couponsabrechnung, wird sie oft als «substitute payment» bezeichnet.

Damit sind wir zumindest aus der Sicht der Praxis beim Kernpunkt von Jonas Mistelis Dissertation angelangt: Steht die in der Schweiz in den vergangenen Jahren entwickelte Vorgehensweise bei Repo- und Securities-Lending-Geschäften – insbesondere mit Schweizer Aktien – mit der gesetzlichen Ordnung im Einklang?

Mistelis Analyse der gesetzlichen Ordnung lautet zusammengefasst wie folgt:

Für die Einkommenssteuer ist die echte Dividende als Beteiligungsertrag dem Borrower bzw., falls die Titel weiterveräussert wurden, dem Dritten zuzurechnen. Realisiert der Borrower die echte Dividende, kann er die an den Lender zu zahlende passed-on dividend als Gewinnungskosten in Abzug bringen. Eine manufactured dividend ist demgegenüber nicht abziehbar. Bei der heiklen Frage nach der Natur von in der Form von separaten Zahlungen erbrachten Entschädigungen kommt der Autor zum Ergebnis, der Lender erziele einen dividendenähnlichen Ertrag aus Guthaben. Die elegante Begründung für diese Auffassung: Das Aktieguthaben des Lenders gegenüber dem Borrower stelle eine synthetische Aktie dar. Eine Qualifikation als Beteiligungsertrag wird mit dem Argument abgelehnt, dass die Zahlung nicht auf einem beteiligungsrechtlichen Verhältnis zur ausschüttenden Gesellschaft beruht, sondern auf der vertraglichen Abmachung zwischen Lender und Borrower.

Auf dem Gebiet der Gewinnsteuer wird die einkassierte Dividende durch den Aufwand für die Dividendenentschädigung beim Borrower ganz oder weitgehend neutralisiert. Da der Finanzierungsaufwand für die Ersatzzahlung direkt dem Ertrag zugeordnet werden kann, wird die Möglichkeit, dass der Borrower auf der «echten» Dividende den Beteiligungsabzug geltend machen kann, verneint. Beim Lender, der die Entschädigung erfolgswirksam zu verbuchen hat, wird der Beteiligungsabzug dann bejaht, wenn es sich bei der Zahlung nachweislich um eine passed-on dividend handelt.

Bei der Verrechnungssteuer hat der in der Schweiz ansässige Borrower mangels Nutzungsberechtigung keinen Anspruch auf Entlastung von der durch die ausschüttende Gesellschaft abgelieferten Steuer. Nutzungs- und damit grundsätzlich rückerstattungsberechtigt ist bei einer passed-on dividend der Lender, ansonsten der Dritte. Die vom Borrower bezahlte Dividendenentschädigung, sei es eine passed-on dividend oder eine manufactured dividend, unterliegt nicht der Verrechnungssteuer.

Spätestens an dieser Stelle wird jeder, der mit der Schweizer Praxis vertraut ist, leer schlucken. Die Verwaltungspraxis sieht fundamental anders aus, und wohl nicht zuletzt, weil sie sich stark oder, wie unser Autor sagt, zu stark von der Geschäftspraxis (der Banken) einerseits und dem Wunsch der ESTV, Steuerverkürzungen bei der Verrechnungssteuer zu vermeiden, hat leiten lassen. Ein Blick auf die «Praxis» ist hier wohl angezeigt:

Bei der Einkommens- und Gewinnsteuer besteht die wesentliche Abweichung zur Auffassung Mistelis beim Beteiligungsabzug. Übereinstimmung besteht darin, dass dem Borrower der Abzug nicht zusteht. Nach der Praxis der ESTV wird jedoch dem Lender bei Repo-Geschäften der Beteiligungsabzug gewährt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine passed-on dividend oder um eine manufactured dividend handelt; bei SLB-Transaktionen wird der Abzug generell verweigert. M.E. ist hier der von Misteli vertretenen, abweichenden Auffassung zuzustimmen.

Der gravierende Unterschied besteht jedoch bei der Verrechnungssteuer. Das auffälligste Merkmal des Schweizer Verfahrens besteht darin, dass grundsätzlich der Borrower, der eine Ersatzzahlung leistet, auf dieser eine zweite Verrechnungssteuer (berechnet auf dem Bruttoertrag der Originaldividende) abzuliefern hat. Dort, wo die Ablieferung durch den Borrower nicht sichergestellt werden kann, d.h. insbesondere bei ausländischen Parteien oder bei Parteien ohne Bankenstatus, ist der inländische Lender zur Ablieferung verpflichtet. Die logische Konsequenz aus dieser doppelten (oder bei Kettentransaktionen mehrfachen) Ablieferung ist, dass sowohl dem

Borrower als auch dem Lender ein Entlastungsanspruch zusteht. Die zur Ablieferung der zweiten Verrechnungssteuer verpflichtete Partei kann diese Pflicht durch Verrechnung mit einem gleichwertigen Rückerstattungsanspruch aus derselben Transaktion erfüllen.

Was ist von dieser Lösung zu halten? Bei den bilateralen Dividenden-Stripping-Transaktionen ist immer die Problematik gegeben, dass allenfalls gar nicht abgelieferte Quellensteuern zurückgefordert werden können oder dass eine Berechtigung zur Rückforderung erst durch die Transaktion geschaffen wird. Zur Vermeidung von Missbräuchen bestehen zwei unterschiedliche Lösungsansätze:

Der eine geht von der Idee aus, dass jeder, der in einer SLB-Transaktion als Borrower dem Lender gegenüber eine Ersatzzahlung leistet, sich so zu verhalten hat, wie wenn er der Schuldner der Originalzahlung wäre. Er hat also die Ersatzzahlung hinsichtlich Quellensteuer so zu behandeln, wie wenn er als Gesellschaft (bzw. deren Zahlstelle) die Originaldividende ausschütten würde. Ein typischer Vertreter dieser Idee sind die USA. Nach den amerikanischen Vorschriften hat sich grundsätzlich jeder, der eine sich auf eine Dividende einer US-Gesellschaft beziehende Ersatzzahlung tätigt, wie der US withholding agent der Originalzahlung zu verhalten, egal, ob es sich um einen In- oder einen Ausländer handelt und egal, ob er eine Bank ist oder nicht. (Ich verzichte hier darauf, auf die diversen Details der US-Regelung einzugehen.) Das Wesensmerkmal dieses Ansatzes ist, dass jedem bescheinigten Quellensteuerabzug, insbesondere jedem, der zu einer Rückforderung berechtigt, auch eine effektive Ablieferung der Steuer zugrunde liegt.

Der andere Ansatz verlangt, dass im Grundsatz nur die effektive Originaldividende als Dividende bescheinigt wird. Demgegenüber sollten Ersatzzahlungen als solche erkennbar sein. Hier kommt es also nur zu einer einzigen Quellensteuerablieferung, und es wird auch nur ein Beleg erstellt, auf dem eine Quellensteuerbelastung ausgewiesen wird.

Die Schweizer Lösung orientiert sich also am ersten Modell. Konkret gehen die Schweizer Banken bei Securities-Lending-Transaktionen mit Schweizer Aktien wie folgt vor: Ist die Bank in der Rolle des Borrowers (was sie typischerweise ihrem Depotkunden gegenüber ist), zahlt sie dem in- oder ausländischen Lender 65 % und liefert 35 % Verrechnungssteuer ab. Sie erstellt für die Ersatzzahlung eine «Originaldividendenabrechnung», auf der die von ihr abgezogene Verrechnungssteuer ausgewiesen ist und die als Beleg für eine Rückforderung verwendet werden kann. Insbesondere ein im Ausland domiziliertes Lender kann also seine Position hinsichtlich der Verrechnungssteuer nicht verbessern. (Handelt

es sich beim Schweizer Borrower nicht um eine Bank, müssten, wie Jonas Misteli nachweist, die gleichen Regeln gelten, obwohl in den Publikationen der ESTV und der Bankiervereinigung zum Securities-Lending meistens nur von Banken die Rede ist. Dass sie von Nichtbanken befolgt werden, muss aber wohl bezweifelt werden.) Das System der doppelten Ablieferung der Verrechnungssteuer verhindert also ein missbräuchliches «dividend washing». Wie sieht aber die Sache aus, wenn der Borrower nicht in der Schweiz domiziliert ist? Würde die Schweiz dem Beispiel der USA folgen, würde sie vom ausländischen Borrower verlangen, dass er auf der Ersatzzahlung die Schweizer Verrechnungssteuer abzieht und nach Bern überweist. Man braucht nicht ein übertriebener Pessimist zu sein, um sich vorstellen zu können, dass die betreffende Kasse vermutlich keinen grösseren Saldo aufweisen würde. Die Schweizer Lösung nimmt deshalb einen Systembruch in Kauf und verlangt vom Schweizer Lender, der Titel einem Ausländer ausleiht, dass er von diesem eine Ersatzzahlung in Höhe von 100 % der Dividende einzufordern hat. Die Steuerablieferung erfolgt dann durch den Schweizer Lender. Dass diese Lösung de facto dazu führt, dass ausländische Borrower von Schweizer Lendern keine Titel ausleihen, muss in Kauf genommen werden. Bei Repo-Geschäften hat die Ablieferung durch den Schweizer Lender nicht nur bei ausländischen Gegenparteien zu erfolgen, sondern auch dann, wenn es sich beim Borrower um eine Schweizer Partei ohne Bankenstatus handelt.

Jonas Misteli räumt zwar ein, dass mit diesem System für die Aspekte der Verrechnungssteuer eine praktikable Lösung geschaffen wurde, gefallen will sie ihm aber nicht. Und seine Einwände sind gewichtig. Da ist einmal die Frage der Rechtsgrundlage für die zweite Ablieferung der Verrechnungssteuer. Dass er sie nicht eruieren konnte, ist kein Zufall. Sodann kommt er nach eingehender Analyse zum Ergebnis, dass im Rahmen der gesetzmässigen Ordnung dem Borrower mangels Nutzungsrecht kein Anspruch auf Rückerstattung der auf der Originaldividende abgelieferten Steuer zusteht. Beim Lender wird die Rückerstattung nur dann bejaht, wenn es sich bei der an ihn erfolgten Zahlung um eine passed-on dividend handelt. Das System der Zwei- oder Mehrfachablieferung verlangt aber zwingend, dass diesen Personen die Rückerstattung (falls die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind) zusteht.

Der Schweizer Lösung kann man sicher vorwerfen, sie stehe auf einer gar wackligen Rechtsgrundlage (was korrigiert werden könnte); die Missbrauchsproblematik löst sie bei der Verrechnungssteuer jedoch zumindest dann, wenn eine Schweizer Bank an der Transaktion beteiligt ist. Beim zweiten Modell – nur eine Steuerablieferung, nur ein Beleg – wird dieses Ziel ebenfalls erreicht. Dafür

steht man vor einem anderen praktischen Problem: Wie soll der Beleg, der die Steuerablieferung nachweist, in die Hände der «richtigen», d.h. der rückforderungsberechtigten Person gelangen? Konkret: Wie z.B. soll der gegenüber dem Borrower ausgestellte Beleg über die Originaldividende zum rückforderungsberechtigten Lender gelangen, und zwar insbesondere dann, wenn es sich beim Borrower um eine Nichtbank handelt? Hier sind Zweifel, dass dies praktisch funktionieren könnte, wohl angebracht.

Ein weiterer heikler Punkt der Schweizer Lösung liegt ausserhalb der Verrechnungssteuer. Wie gesehen, bescheinigt der Schweizer Borrower (oder wohl präziser: die Schweizer Bank als Borrower) die Ersatzzahlung als «echte» Dividende, und zwar unabhängig davon, ob er eine von ihm als Halter der Aktien einkassierte Originaldividende «weiterleitet», ob er sie aus einer Kursdifferenz finanziert oder ob er selbst eine Ersatzzahlung erhalten hat. Es lohnt sich nachzulesen, warum diese Bescheinigungspraxis auch unter aussersteuerlichen Gesichtspunkten nicht ganz harmlos ist.

Meines Erachtens kann jedoch das latente Missbrauchspotential, das durch das Vorhandensein von zwei oder mehreren bescheinigten «Originaldividenden» pro Aktie im Bereich der Einkommens- und Gewinnsteuern vorhanden ist, zumindest im innerstaatlichen Bereich durch entsprechende Regelungen entschärft werden.

4 DBA-rechtliche Aspekte

Auch bei der Analyse der abkommensrechtlichen Behandlung der fraglichen Transaktionen kommt Misteli zum Ergebnis, dass sowohl die Schweizer Lösung als auch in andern Ländern angewendete Verfahren mangelhaft sind. So weist er zum Beispiel nach, dass die Dividendenersatzzahlungen abkommensrechtlich als Unternehmenseinkünfte bzw. «andere Einkünfte» zu behandeln wären. Internationale Praxis ist hingegen, die Zahlung unter den Dividendenartikel zu subsumieren. Da die Behandlung als Dividende sicher die sachgerechteren Ergebnisse liefert, wäre dieser Mangel m.E. allenfalls durch eine Anpassung der Rechtsgrundlage in den DBA zu beheben.

Der Hauptkritikpunkt betrifft jedoch die in der Schweiz etablierte Praxis der quellensteuerlichen Behandlung der SLB-Geschäfte mit ausländischen Wertpapieren, die auch für den Repo-Bereich übernommen wurde. Es würde den Rahmen sprengen, auf alle Kritikpunkte einzugehen, deshalb nur ein paar grundsätzliche Bemerkungen. Was Misteli wohl zu wenig berücksichtigt, ist der Grundgedanke der Schweizer Lösung. Die ESTV und die Banken wollten Anfang der neunziger Jahre das für

das SLB typische Grundscenario regeln: Der Kunde der Schweizer Bank will seine Wertschriften für Lendinggeschäfte zur Verfügung stellen. Dabei geht er davon aus, dass sich für ihn eigentlich nichts ändert, ausser der netten Tatsache, dass er eine Lending-Fee einkassieren kann. Insbesondere erwartet er, dass er eine während der Lendingdauer anfallende Dividende so gutgeschrieben bekommt, wie wenn die Wertschriften nicht ausgeliehen worden wären. Folge dieses Grundansatzes: Die Bank verlangt vom Borrower, dass er ihr denjenigen Betrag vergütet, den sie für die Gutschrift an den Kunden braucht. Sie berechnet dies aber nicht auf einer Case-by-case-Basis, sondern verlangt vom Borrower als Ersatzzahlung generell das, was sie von der ausländischen Zahlstelle als Originaldividende erhalten würde. Entlastet das Land der Originaldividende die Quellensteuern auf Dividenden an der Quelle auf den mit der Schweiz vereinbarten DBA-Satz (aufgrund der Schweizer Adresse der Bank), wird der entlastete Satz nur den Schweizer Kunden gutgeschrieben. Gegenüber Nichtschweizern wird (unabhängig davon, ob sie selbst unter einem DBA eine Entlastung beanspruchen können) die Differenz zur Standardquellensteuer abgezogen und an die ESTV zuhanden des ausländischen Fiskus abgeliefert. Nach genau demselben Prozedere wird auch mit der Ausgleichszahlung verfahren, d.h. sie bemisst sich unabhängig vom Domizil des Borrowers an der entlasteten Originaldividende, und nur Schweizer erhalten einen Betrag in Höhe der entlasteten Originaldividende. Dass der Nichtschweizer mit dem «falschen» Originalbeleg Steuern gemäss seinem DBA zurückfordern kann, stellt also kein Problem dar. Die Steuer wurde ja von der Schweizer Bank abgeliefert.

Handelt es sich allerdings um eine Ersatzzahlung, die sich auf eine Dividende bezieht, deren Quellenland das Rückforderungsverfahren kennt, wird die Sache in der Tat kritisch. Der Lenderkunde erhält einen Originalbeleg, der ihn «formal» zur Rückforderung berechtigt, obwohl nicht sichergestellt ist, dass die entsprechende Steuer abgeliefert wurde. Die Aussage, dass dieses Szenario von den Schweizer Banken geradezu als eingespielte Geschäftsart (mit feststehenden Fees) im grossen Stil ausgenützt wird, erscheint mir aber doch als gewagt.

Dennoch, die Missbrauchsrisiken bei der Quellensteuer, die aus der Tatsache, dass die Banken die Ersatzzahlungen über das normale Couponsabrechnungssystem laufen lassen und damit «falsche» Belege für die Ersatzzahlungen ausstellen, sind ernst zu nehmen. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass diese Praxis durchaus auch Missbräuche verhindert. Ist der gegenüber der Bank auftretende Lender nicht abkommensberechtigt, kann er seine Situation durch Lendinggeschäfte nicht verbessern, da die ihm von der Bank gutgeschriebene Er-

satzzahlung eben genau so hoch ausfällt, wie die Originaldividende ausfallen würde.

5 Schlussfolgerungen

Jonas Mistelis Fazit: Die derzeitige Besteuerung von bilateralen Dividenden-Stripping-Transaktionen weicht in mehreren Punkten von der gesetzlichen Ordnung ab. Bei der Frage, ob die Praxis an die gesetzliche Ordnung oder die gesetzliche Ordnung der Praxis angepasst werden soll, entscheidet er sich für die erste Variante. Die Eckpfeiler des vorgeschlagenen Lösungsansatzes bestehen darin, dass sich nur ein Originalbeleg im Umlauf befinden darf, dass sich dieser beim Nutzungsberechtigten Lender bzw. beim Dritten befinden muss und dass die Ersatzzahlung so gekennzeichnet sein muss, dass entschieden werden kann, ob es sich um eine passed-on dividend oder um eine manufactured dividend handelt. Es ist nicht zu bestreiten, dass dies ein tauglicher Ansatz ist. Er würde allerdings zum einen voraussetzen, dass diese Standards international eingehalten würden, zum andern sind die von Bankenseite geäußerten Bedenken, was den technischen Aufwand für die Umsetzung dieser Ablaufsänderungen anbelangt, ernster zu nehmen, als dies Jonas Misteli andeutet.

Mein Fazit: Jonas Misteli hat eine bemerkenswerte Dissertation geschrieben. Sie besticht durch präzise Sachverhaltsschilderungen und sehr saubere Analysen. Für an wertschriftenspezifischen Steuerfragen Interessierte wird sie zur Pflichtlektüre werden. Sie ist aber auch jedem zu empfehlen, der sich mit Fragen des wirtschaftlich Berechtigten, sei es bei der Verrechnungssteuer, sei es im DBA-Bereich, beschäftigt. Wollte man das sprichwörtliche Haar in der sehr schmackhaften Suppe suchen, wäre es dies: Derjenige, der nur kurz etwas nachschlagen will, muss sich zuerst vergewissern, ob er jetzt gerade die Beschreibung der gesetzlichen Ordnung, die Beschreibung der Praxis oder die vom Autor vorgeschlagene Lösung vor sich hat.