

4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode Öffentliche Sachverständigenanhörung

14. April 2016

Deutscher Bundestag

4. Untersuchungsausschuss
der 18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache
18(30)98

Prof. Dr. Christoph Spengel

Ich wurde um die Erörterung und Beantwortung von Fragen zu insgesamt 3 Komplexen gebeten.

Die wesentlichen Ausführungen finden sich in diesem Foliensatz.

Ein ausführliche rechtliche Würdigung findet sich in folgendem Fachaufsatz, der als Anlage beigefügt ist:

Spengel, Christoph/Eisgruber, Thomas, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum Ex Geschäften,
in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 2015, S. 785-801

Eine Executive Summary ist dem Foliensatz vorangestellt.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

a) Bitte erläutern Sie den finanziellen Anreiz zur Durchführung solcher Geschäfte und ihr Grundprinzip.

Der finanzielle Anreiz von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ist einfach zu erklären (siehe Folien 14-17 für ein Beispiel, das dem Sachverhalt des Urteils des Hessischen Finanzgerichts vom 8.10.2012 nachgebildet ist). Der finanzielle Erfolg solcher Geschäfte ergibt sich daraus, dass einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mindestens zweimal bescheinigt und sodann mindestens zweimal angerechnet bzw. erstattet werden sollte, in vielen Fällen ist dies auch geschehen. Das heißt, den „Gewinn“ aus diesen Geschäften finanzierte ausschließlich der Staat.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

b) Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen – einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.

Die Gestaltungsmodelle dieser Geschäfte werden für den Zeitraum 1999 bis einschließlich 2011 erläutert (siehe Folien 18-23). Knackpunkt war wohl, dass bis 2011 einschließlich die Abführung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell auseinander gefallen sind. Während die ausschüttende Aktiengesellschaft die Kapitalertragsteuer abgeführt hat, wurde die Steuerbescheinigung vom depotführenden Kreditinstitut bescheinigt. Dies wurde von Marktteilnehmern durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen genutzt, um mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen zu erwirken.

Allerdings ist die steuerrechtliche Würdigung eindeutig. Eine mehrfache Steueranrechnung war rechtlich zu keinem Zeitpunkt möglich. Außerdem stellt sich die Frage, ob die mehrfach ausgestellten Steuerbescheinigungen richtig sind. Auch dies ist zu verneinen (siehe Folien 27 ff.).

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

c) Bitte legen Sie dar, seit wann solche Geschäftsmodelle in Fachkreisen diskutiert werden.

Geht man nach den in Fachzeitschriften veröffentlichten Aufsätzen, seit dem Jahr 2007 (Folie 24).

d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.

Die rechtliche Bewertung dieser Geschäfte ist m.E. eindeutig. Eine Steueranrechnung beim Leerkäufer war zu keinem Zeitpunkt möglich. Der Leerkäufer konnte zum Dividendenstichtag nie wirtschaftlicher Eigentümer i.S.v. § 39 AO werden, dies wäre aber bis 2006 zwingende rechtliche Voraussetzung für die Anrechnung gewesen. Ab dem Jahr 2007 kam es darauf zwar nicht mehr darauf an, die Anrechnung scheiterte dann aber daran, dass der Leerverkäufer keine Kapitalertragsteuer einbehalten hatte, auch dies war zwingende gesetzliche Anrechnungsvoraussetzung. Die Depotbank des Leerkäufers war gesetzlich nicht berechtigt, eine Steuerbescheinigung auszustellen, hat sie das dennoch gemacht und ist es infolgedessen zur Anrechnung gekommen, haftet sie dem Fiskus insoweit für den Schaden (§ 45a Abs. 7 EStG), siehe Folien 27 ff.

Die Frage des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen wurde mittlerweile durch erstinstanzliche Finanzgerichte in dem hier vertretenen Sinne bestätigt (siehe Folien 44-45). Haftungsfragen für fehlerhafte Steuerbescheinigungen wurden – soweit ersichtlich – richterlich noch nicht entschieden, da es - soweit öffentlich bekannt - erst im März 2016 zur ersten Inanspruchnahme einer Depotbank kam.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.

Die Beurteilung muss zugegebenermaßen rechtstechnisch ausfallen und lässt sich deswegen für den Nicht-Steuerrechtler auch nicht immer einfach erschließen. Die wesentlichen Gedankengänge erörtere ich auf den Folien 27 ff. und fasse hier wie folgt zusammen.

Am 15.12.1999 hat der BFH zu einem Cum/Ex-Geschäft in der Variante Inhaberverkauf entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum bei Börsengeschäften bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäftes und nicht erst mit der Lieferung der Aktien übergeht. Dies führt beim **Inhaberverkauf** dazu, dass der Erwerber am Dividendenstichtag der wirtschaftliche Eigentümer der Aktien wird (falls dem nicht besondere Umstände entgegenstehen sollten) und ihm daher die Dividende auch steuerlich zuzurechnen ist.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.

Offensichtlich haben daraufhin Marktteilnehmer die Variante mit **Leerverkauf** durchgeführt und behauptet, dass sich aus dieser BFH-Entscheidung ergeben würde, dass auch bei einem Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum bereits mit dem schuldrechtlichen Geschäft übergehen würde. Dies wiederum habe zur Folge, dass es zwei wirtschaftliche Eigentümer gebe, nämlich den zivilrechtlichen Eigentümer und den Leerkäufer. Diese Behauptung hat aber keinerlei Grundlage im Gesetz und auch nicht in der Entscheidung des BFH, das Gegenteil ist der Fall. Aus § 39 AO ergibt sich eindeutig, dass das wirtschaftliche Eigentum grundsätzlich dem zivilrechtlichen Eigentümer zusteht und nur ganz ausnahmsweise jemand anderem. Diese Ausnahme liegt dann vor, wenn der andere den zivilrechtlichen Eigentümer dauerhaft von der Einwirkung auf die Aktien verdrängen kann. Dies ist bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf nicht der Fall. Denn der Leerkäufer steht in keinerlei Beziehung zum zivilrechtlichen Eigentümer, kann ihn also auch nicht aus seiner Rechtsposition verdrängen. Das wirtschaftliche Eigentum verbleibt daher entsprechend der Grundregel beim zivilrechtlichen Eigentümer.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.

Diese falsche Behauptung hat sich der Bundesverband deutscher Banken in seinem Schreiben an das BMF aus dem Jahr 2002 aber zu eigen gemacht und seinerseits behauptet, dass es aus diesem Grund rechtmäßig zu einer mehrfachen Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer kommen würde. Der Gesetzgeber hat erst im Jahr 2006 mit Wirkung für das Jahr 2007 auf dieses Schreiben reagiert und er hat das Gesetz wie dargelegt (siehe Folien 38-40) geändert.

Die falsche Behauptung, dass es gesetzlich zur mehrfachen Anrechnung einer einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer kommen könne, wurde in die Gesetzesbegründung mit aufgenommen, warum dies geschah, ist mir nicht bekannt.

Weder die Gesetzesbegründung noch die Gesetzesänderung selbst führten aber dazu, dass die mehrfache Anrechnung ermöglicht wurde, sie waren lediglich tauglich, die Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen über die Abwicklung inländischer Banken des Leerverkäufers zu unterbinden.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.

Im Gegenteil, zahlreiche Marktteilnehmer sahen sich wohl ermutigt, die Geschäfte nun erst Recht in der Variante zu tätigen, dass der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank nutzte.

Die Finanzverwaltung reagierte mit einem BMF-Schreiben aus dem Jahr 2009, das allerdings wiederum unglücklich formuliert war. Das Schreiben suggerierte, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen dann anerkannt werden könnten, falls zwischen den Beteiligten keine Absprachen erfolgten.

Auf die Rechtslage selbst hatte dies aber wiederum keine Auswirkung, da das Gesetz nicht geändert wurde.

Wirksam unterbunden wurden die Cum/Ex-Geschäfte letztlich erst durch eine ab 2012 wirksame Gesetzesänderung, die vorsieht, dass die Abführung der Kapitalertragsteuer und die Ausstellung der Steuerbescheinigung durch dieselbe Person zu erfolgen hat.

Fragenkomplex 2

Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- und -erstattungsansprüche resultieren konnten.

Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

Es wurde argumentiert, dass sich aus dem BFH-Urteil vom 15.12.1999 ergeben würde, dass auch beim Erwerb vom Leerverkäufer das wirtschaftliche Eigentum mit dem schuldrechtlichen Geschäft auf den Leerkäufer übergehen würde und es dadurch zu einer Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums kommen würde. Dies ist in Kenntnis der Funktionsweise von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen – so wie sie abgewickelt wurden – schlichtweg absurd und m.E. juristisch auch nicht vertretbar (siehe oben sowie nochmals Folien 27 ff.).

Dass diese insbesondere von Vertretern von Wirtschaftskanzleien vertretene Rechtsauffassung nicht haltbar ist, bestätigen mittlerweile auch zwei Urteile der Finanzgerichte (siehe Folien 44-45). Dem hat sich jetzt auch das BMF in seinem Schreiben vom 24.6.2015 angeschlossen (siehe Folie 43). Die Bundesregierung hat diese Auffassung als Antwort auf eine kleine Anfrage – soweit ersichtlich – erstmals im Jahr 2013 ebenfalls in zutreffender Weise vertreten (siehe Folie 42).

Fragenkomplex 2

Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- und -erstattungsansprüche resultieren konnten.

Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

Es wird für die Rechtslage ab 2007 weiter argumentiert, dass die einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer kraft Fiktion auch zugunsten des Erwerbers vom Leerverkäufer als einbehalten gelten würde, auch dieses Argument hat aber keine gesetzliche Grundlage und ist irreführend.

Ein weiteres Argument ist, dass die Vorlage der Steuerbescheinigung allein ausreichend für die Kapitalertragsteueranrechnung bzw. -erstattung sei. Dieses Argument ist falsch, das Gesetz sieht drei Voraussetzungen vor, von denen die Bescheinigung nur eine ist.

Schließlich wird argumentiert, dass immer dann, wenn es keine Absprachen gäbe, es zur mehrfachen Anrechnung kommen würde. Auch dies ist falsch, die fehlende Absprache ist kein gesetzliches Kriterium für die Anrechnung bzw. Erstattung.

Die gesamten Argumente und deren Bewertung durch mich sind im beiliegenden Fachaufsatz enthalten.

Fragenkomplex 3

Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zulässig waren.

Bitte erläutern Sie hierzu allgemein den Unterschied zwischen dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und Steuerhinterziehung nach § 370 AO.

Wie dargelegt, konnten Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nicht zur mehrfachen Anrechnung von Kapitalertragsteuer führen. Der Leerkäufer war nicht anrechnungs- bzw. erstattungsberechtigt. Wenn er die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gleichwohl beantragt hat, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO erfüllt. Sollte er mit Vorsatz, wobei sogenannter bedingter Vorsatz ausreichend ist (d.h. billigende Inkaufnahme des Erwerbs vom Leerverkäufer), gehandelt haben, liegt eine vollendete Steuerhinterziehung vor.

Hierzu liegt mittlerweile ein Urteil des LG Köln vom 16.7.2015 vor (siehe Folie 49).

Die Frage des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO stellt sich bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen nicht, da es bereits nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nie zur mehrfachen Anrechnung kommen konnte. Es gab keine Gesetzeslücke.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

- a) Bitte erläutern Sie den finanziellen Anreiz zur Durchführung solcher Geschäfte und ihr Grundprinzip.
- b) Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen – einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.

Cum-/Ex Geschäft: Erwerb von Aktien mit (cum) Dividendenanspruch und Lieferung der Aktie ohne Dividende (ex). Das schuldrechtliche Kaufgeschäft erfolgt vor dem Dividendenstichtag, das dingliche Erfüllungsgeschäft danach.

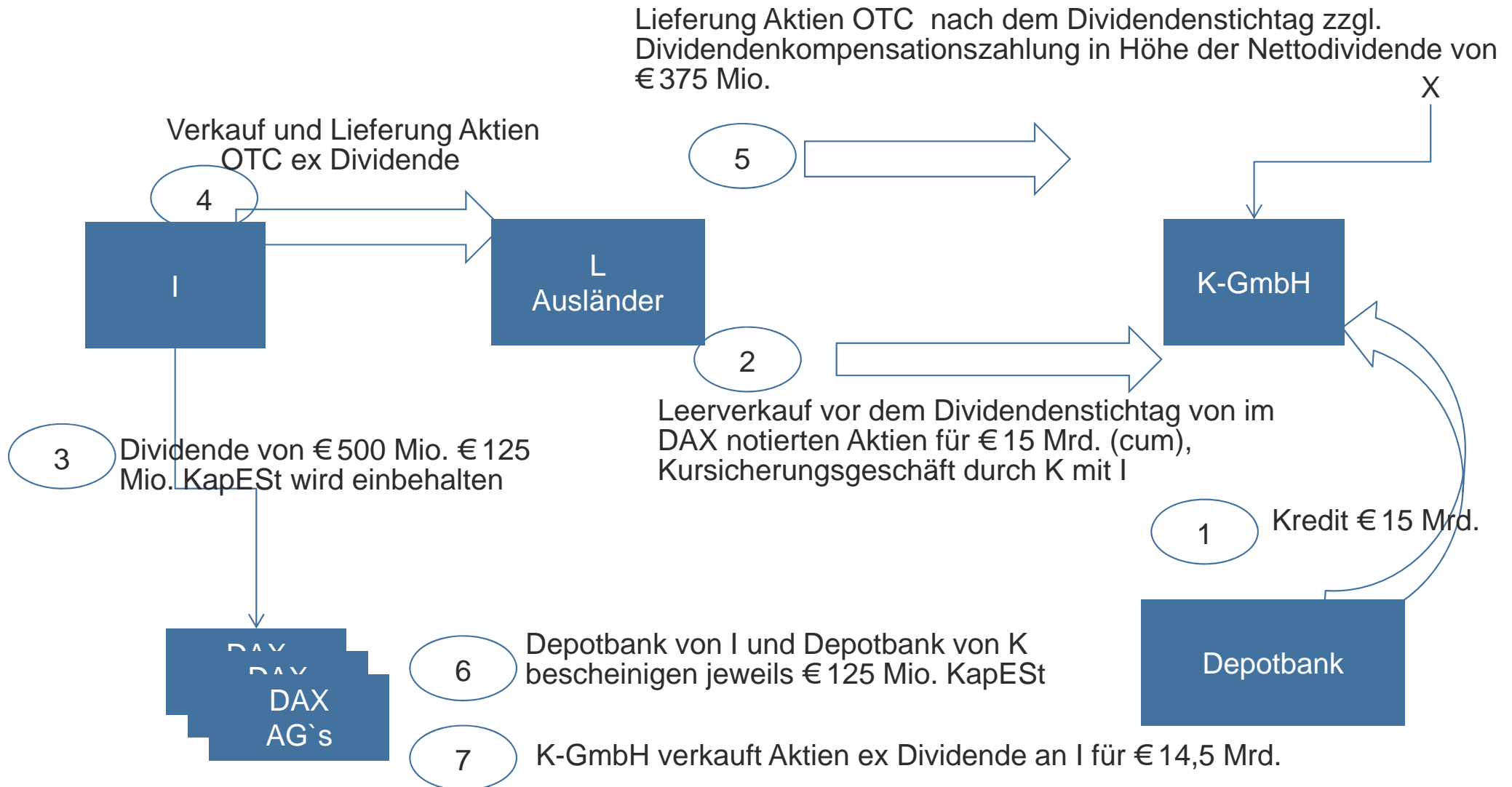
Inhaber Cum-/Ex Geschäft: Der Veräußerer ist Eigentümer der Aktien und liefert diese nach dem Dividendenstichtag.

Leerverkäufer Cum-/Ex Geschäft: Der Veräußerer ist nicht Eigentümer der Aktien (Leerverkauf), diese gehören einem Dritten. Der Veräußerer besorgt sich diese nach dem Dividendenstichtag vom Dritten und liefert diese dann an den Erwerber. Dem Erwerber schuldet er aber nicht nur die Aktie, sondern auch eine Zahlung in Höhe der Dividende (sog. Dividendenkompensationszahlung), da er sich verpflichtet hat mit Dividende zu liefern, dies aber nicht kann.

Cum-/Cum Geschäft: Die Lieferung der Aktien erfolgt vor dem Dividendenstichtag.

Dividendenstripping: Sammelbegriff, der alle o.g. Geschäfte beinhaltet.

(Fall nach FG Hessen vom 8.10.2012)



Wer hat was?

Leerverkäufer L:

1. Erhalt von € 15 Mrd. aus Leerverkauf
 2. Zahlung von € 375 Mio. an Dividendenkompensation
 3. Zahlung von € 14,5 Mrd. für Aktien ex Dividende
- => Gewinn € 125 Mio.

Käufer K-GmbH:

1. Zahlung von € 15 Mrd. an L
 2. Erhalt Dividendenkompensation € 375 Mio.
 3. Erhalt € 14,5 Mrd. von I aus Verkauf ex Dividende
- => Verlust von € 125 Mio.

Aber: erhoffte Steuererstattung € 125 Mio., also bei Erfolg ein Nullergebnis

Inhaber I: Ebenfalls Nullergebnis

Fiskus: Verlust in Höhe von € 125 Mio., falls Strategie funktioniert. Dieser Verlust entspricht exakt dem Gewinn des Leerverkäufers aus dem Geschäft.

Verteilung des „Gewinns“ durch die Preisgestaltung

In der Praxis wurde der (vermeintliche) „Gewinn“ von € 125 Mio. (d.h. die Erstattung der nicht gezahlten Kapitalertragsteuer) zwischen den Beteiligten durch die Preisgestaltung aufgeteilt.

Siehe ausführlich zu **erfolgten Preisabsprachen** die Sachverhaltsschilderungen im Urteil des FG Hessen vom 10.2.2016.

Annahme: Kosten 25 Mio. € (Zinsen, Beratergebühren etc.)

Aufteilung: 100 Mio. € zu je einem Drittel., d.h. je 33,3 Mio. €.

Aber:

Struktur konnte rechtlich nie funktionieren, da K-GmbH nicht zur Anrechnung/Erstattung der KapEST berechtigt war. (siehe Folien 27 ff.)

Außerdem:

Wie ist die von der Depotbank der K-GmbH ausgestellte Steuerbescheinigung zu beurteilen?
(siehe Folien 27 ff.)

1) Erhebung Kapitalertragsteuer (KapESt) auf Dividenden und Ausstellung von Steuerbescheinigungen bis 31.12.2011:

Ausschüttende Kapitalgesellschaft: Einbehalt und Abführung der KapESt

Depotführendes Kreditinstitut: Ausstellung der Steuerbescheinigung

Abführung und Bescheinigung der KapESt sind auseinander gefallen!

NB: Seit 2012 wird KapESt vom auszahlenden Kreditinstitut einbehalten

2) Börsenbedingungen in Deutschland:

Erfüllung von Börsengeschäften am zweiten Tag nach Geschäftsabschluss, d.h. bei Aktienerwerben über die Börse fallen

**Verpflichtungsgeschäft (Kauf an der Börse) und Erfüllungsgeschäft
(Umbuchung Aktienbestände) zeitlich auseinander!**

Im außerbörslichen Handel (Over The Counter, OTC) ist die Lieferfrist frei wählbar, auch eine taggleiche Erfüllung ist möglich und ist der Regelfall.

Festlegung der Lieferverpflichtung am Tag des Geschäftsabschlusses, d.h. mit den Rechten und Pflichten an diesem Tag.

Bei Veräußerungen bis einschließlich zum Dividendenstichtag sind Aktien vom Veräußerer einschließlich Dividende (cum Dividende) zu liefern.

Aufgrund der Börsenbedingungen muss bei einem Börsengeschäft der Veräußerer dem Käufer einen Anspruch auf die Dividende verschaffen, ansonsten ist er schadensersatzpflichtig (sog. Dividendenkompensationszahlung)!

3) Dividendenregulierung bei girosammelverwahrten Aktien:

Zentraler Verwahrer inländischer Aktien: Clearstream Banking AG (CBA),
die Eigentümer der Aktien nicht kennt (Eigenbesitz Kreditinstitute oder Kunden?)

Dividendenregulierung durch CBA: **zweistufiges Verfahren**

- a) Ende Tag der Hauptversammlung (HV): Verteilung Dividenden an Depotbanken entsprechend der bei CBA **gebuchten Bestände**; hier sind Veräußerungsgeschäfte am Tag der HV und am vorherigen Tag noch nicht berücksichtigt
- b) Dividendenregulierung um offene Verkaufs- und Kaufpositionen durch Erwerbsvorgänge am und kurz vor Dividendenstichtag (**Market Claim Prozess**): Bei offenen Verkaufspositionen erfolgt Einzug bei Veräußerer- (V-Bank) und bei offenen Kaufpositionen Überweisung **Nettodividende** an Käuferbank (K-Bank)

NB: KapESt wurde durch ausschüttende Kapitalgesellschaft einbehalten!

4) Sachverhaltskonstellationen:

a) Inhaber Cum-/Ex Geschäft (unproblematisch)

V-Bank zahlt erhaltene Nettodividende an CBA und CBA überweist Nettodividende an K-Bank

K-Bank erhält „echte Nettodividende“ und stellt Steuerbescheinigung für Käufer K aus

1 Steuerbescheinigung und 1 Erhebung von KapESt

K hat Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapESt

4) Sachverhaltskonstellationen:

b) Leerverkäufer Cum/Ex-Geschäft zwischen 1.1.2007 und 31.12.2011 über inländische Bank (unproblematisch)

Nettodividende ist an I-Bank des (zivilrechtlichen) Aktieninhabers I geflossen. I hat Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der KapESt

V-Bank hat keine Dividende erhalten. Dennoch ist V-Bank aufgrund offener Verkaufsposition verpflichtet, an CBA eine Zahlung in Höhe der Nettodividende zu leisten (**Dividendenkompensationszahlung**).

V-Bank zieht Dividendenkompensation vom Leerverkäufer V ein und ist verpflichtet (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG), darauf **KapESt** zu erheben und abzuführen

CBA erstattet Dividendenkompensationszahlung an K-Bank, die Steuerbescheinigung für Leerkäufer K ausstellt

2 Steuerbescheinigungen und 2 Erhebungen von KapESt
I und K haben Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapESt

4) Sachverhaltskonstellationen:

c) Leerverkäufer Cum/Ex-Geschäft bis 31.12.2006 über inländische Bank oder über ausländische Bank (problematisch)

Nettodividende ist an I-Bank des (zivilrechtlichen) Aktieninhabers I geflossen.

I hat Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der KapESt

V-Bank hat keine Dividende erhalten. Dennoch ist V-Bank aufgrund offener Verkaufsposition verpflichtet, an CBA eine Zahlung in Höhe der Nettodividende zu leisten (**Dividendenkompensationszahlung**).

V-Bank (Inland bis einschließlich 2006 und generell bei Ansässigkeit im Ausland) ist **nicht verpflichtet**, auf Kompensationszahlung **KapESt** zu erheben und abzuführen

CBA erstattet Dividendenkompensationszahlung an **K-Bank**, die **Steuerbescheinigung** für Leerkäufer K (allerdings zu **Unrecht**, siehe Folie 35) ausstellt

2 Steuerbescheinigungen und 1 Erhebung von KapESt

I und K machen Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapESt geltend,

K hat aber keinen entsprechenden Anspruch (siehe Folien 27 ff.)

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

c) Bitte legen Sie dar, seit wann solche Geschäftsmodelle in Fachkreisen diskutiert werden.

Meines Wissens seit dem Jahr 2007.

Die ersten Fachbeiträge, die sich mit diesem Thema befassten, sind:

Storg, Alexander, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen, in: NWB 2007, Fach 3, S. 14327 ff.

Füllbier, Andree/Seip, Hans-Jürgen, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, in: BB 2007, S. 477 ff.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.

Dies möchte ich gerne gemeinsam mit

Fragenkomplex 2

abhandeln

Fragenkomplex 2

Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- bzw. -erstattungsansprüche resultieren konnten.

Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

Steuerrechtliche Fragestellungen

- 1) Ist sowohl Aktieninhaber I als auch der Leerkäufer K zur Anrechnung der nur einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer berechtigt?
- 2) Sieht das Gesetz überhaupt vor, dass zwei Steuerbescheinigungen erstellt werden dürfen/müssen?
- 3) Wer haftet dem Fiskus nach steuerlichen Vorschriften für die bereits erfolgte mehrfache Anrechnung der Kapitalertragsteuer?

Grundlagen der Dividendenbesteuerung

- 1) Bei Ausschüttung einer Dividende in Höhe von z.B. 4 Euro musste die Aktiengesellschaft 1 Euro (25 Prozent) Kapitalertragsteuer an den Fiskus abführen. Der Aktieninhaber I erhielt 3 Euro.
- 2) Er musste gleichwohl 4 Euro versteuern, durfte aber nach § 36 Abs. 2 EStG 1 Euro anrechnen bzw. er hat die KapESt erstattet bekommen, falls:
 - a) er wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie war (vgl. § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO), d.h. die Dividenden ihm auch steuerlich zuzurechnen ist,
 - b) die Aktiengesellschaft auf die ihm zugeflossene Dividende Kapitalertragsteuer einbehalten hat und
 - c) er eine diesbezügliche Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegen konnte.

Rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer und damit Bezieher der Dividende ist bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ausschließlich der Aktieninhaber I. Nur er ist zur Anrechnung der auf die Dividende einbehaltenen KapESt berechtigt.

Der Leerkäufer K hatte hingegen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nie einen Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der auf die Dividende einbehaltenen KapESt (siehe folgende Folien).

Grundlagen der Dividendenkompensationszahlungsbesteuerung

Der Erwerber vom Leerverkäufer hat nicht nur steuerlich, sondern auch tatsächlich die Dividende nicht erhalten, diese bezog der zivilrechtliche Eigentümer der Aktie. Der Erwerber vom Leerverkäufer hat aber gegen den Verkäufer, von dem er die Aktie mit dem Dividendenbezugsrecht (cum) erworben hat, einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Bruttodividende, diesen Anspruch nennt man Dividendenkompensationszahlung.

- 1) Der die Zahlung leistende Verkäufer (Leerverkäufer) musste **bis 2006 einschließlich** mangels gesetzlicher Verpflichtung keine KapESt auf die Dividendenkompensationszahlung einbehalten. Der Erwerber (Leerkäufer) konnte aus diesem Grund auch keine KapESt auf die Zahlung anrechnen, da gesetzliche Voraussetzung der Einbehalt der Steuer war. Im Gesetz (§ 36 Abs. 2 EStG) ist als Anrechnungsvoraussetzung benannt: dass *„auf diese Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten wurde“*.
- 2) **Ab 2007** sah das Gesetz vor, dass der die Zahlung Leistende (der Leerverkäufer) dann KapESt einbehalten musste, falls er sich einer **inländischen Depotbank** bediente, in diesem Falle konnte dann auch der Erwerber KapESt anrechnen, falls seine Depotbank eine entsprechende Steuerbescheinigung ausstellte.

Bediente sich der Leerverkäufer aber einer **ausländischen Depotbank**, musste er nach dem Gesetz keine KapESt einbehalten, folglich konnte der **Leerkäufer** angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlautes auch **keine KapESt anrechnen**. Im Falle einer ausländischen Depotbank des Leerverkäufers durfte die **inländische Depotbank** des Leerkäufers auch **keine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausstellen**, in der Praxis geschah dies aber regelmäßig.

Haftungsfragen

- 1) In erster Linie derjenige, der die Steuer zu Unrecht angerechnet oder erstattet bekommen hat, d.h. der **Leerkäufer**.

- 2) Daneben aber auch die **inländischen Depotbanken**, die falsche Bescheinigungen ausgefertigt haben, vgl. § 45 a Abs. 7 EStG. Dies könnte die Zeiträume betreffen
 - a) bis 2006 einschließlich, falls eine Steuerbescheinigung für Dividendenkompensationszahlungen ausgestellt wurde,
 - b) zwischen 2007 bis 2011 einschließlich, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente.

Argumentation bis 2006 einschließlich:

Es wurde behauptet, dass nicht nur der zivilrechtliche Eigentümer der Aktien wirtschaftlicher Eigentümer sei, sondern zusätzlich auch der Erwerber vom Leerverkäufer, also der Leerkäufer (**Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums**).

Es wird argumentiert, dass der Erwerber (Leerkäufer) mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie wurde, dass also auch ihm die Dividende steuerlich zuzurechnen sei. Dies ergebe sich aus der **Rechtsprechung des BFH**.

Argumentation ab 2007:

Wie zuvor, nun aber noch mit dem Argument, dass dies auch **Auffassung des Gesetzgebers** sei, habe doch dieser im Jahr 2006 in der Gesetzesbegründung zur Einführung der Kapitalertragsteuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen mit inländischer Depotbank diese Argumentation bestätigt.

Teilweise wird zudem argumentiert, dass selbst dann, wenn kein wirtschaftliches Eigentum übergegangen sei, es dennoch zur Anrechnung komme, da aufgrund einer **Fiktion** davon auszugehen sei, dass auf die **Dividendenkompensationszahlung Kapitalertragsteuer** einbehalten worden sei.

Würdigung der Argumente anhand des Gesetzeswortlauts

Richtig ist, dass die Gesetzesbegründung zur Einführung der Kapitalertragsteuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen davon ausgeht, dass es zwei wirtschaftliche Eigentümer geben könne (siehe Folie 38).

Aber: Gesetze sind nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen. Sollte der Wortlaut einer Norm eindeutig sein, kann nur in ganz engen Ausnahmefällen gegen den Wortlaut ausgelegt werden, und zwar dann, falls eine *"planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts"* vorliegen sollte und das Gesetz schlicht keinen Sinn ergeben würde, wenn man es nach seinem Wortlaut auslegt. Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung.

Die hier auszulegende Norm ist § 39 AO, sie lautet unverändert seit 1977:

§ 39 AO Zurechnung

„(1) Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen.

(2) Abweichend von Absatz 1 gelten die folgenden Vorschriften:

Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen. ...“

Folgerungen aus dem Gesetz (§ 39 AO)

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut sind Wirtschaftsgüter **nur einer Person** zuzurechnen, entweder dem zivilrechtlichen Eigentümer (Regel) oder demjenigen, der den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließen kann. Dass ein Wirtschaftsgut mehreren zuzurechnen sein könnte, ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar; es machte auch keinen Sinn.

Da der Erwerber vom Leerverkäufer, d.h. der **Leerkäufer**, **in keiner Beziehung zum zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien steht**, kann er den Aktieninhaber auch nicht von der Einwirkung auf die Aktie ausschließen, es verbleibt also bei der Regel, dass der zivilrechtliche auch der wirtschaftliche Eigentümer ist.

Die Auffassung der mehrfachen Anrechnung von KapESt mit dem Argument, dass der Leerkäufer wirtschaftlicher Eigentümer sei, hat keine gesetzliche Grundlage

Würdigung der Argumente anhand der BFH Rechtsprechung

Die Befürworter beziehen sich insoweit auf eine **BFH-Entscheidung vom 15.12.1999**, die zuletzt im Jahr 2007 bestätigt wurde.

In dieser Entscheidung ging es um ein **Cum/Ex-Geschäft**, allerdings um einen **Inhaberverkauf (siehe Folie 14)** und es war die Frage zu klären, ob das wirtschaftliche Eigentum bereits mit dem schuldrechtlichen Geschäft und nicht erst mit der Lieferung der Aktien auf den Erwerber überging. Der BFH bejahte dies, weshalb beim Inhaberverkauf der Erwerber am Dividendenstichtag der wirtschaftliche Eigentümer der Aktien wird (falls dem nicht besondere Umstände entgegenstehen sollten) und ihm daher die Dividende auch steuerlich zuzurechnen ist.

Diese Entscheidung hat aber **nichts mit einem Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf** zu tun. Sie führte lediglich dazu, dass das wirtschaftliche Eigentum dem Erwerber und nicht dem zivilrechtlichen Eigentümer zustand, sie führte aber nicht zur Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums.

Das Argument, dass der BFH auch bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ausgeht, ist falsch!

Leerkäufer K hatte gleichwohl regelmäßig eine **Kapitalertragsteuerbescheinigung** erhalten. Bei Vorlage dieser Bescheinigung geht das Finanzamt in der Regel davon aus, dass auch Dividenden bezogen wurden; der normale Finanzbeamte konnte sich diese Transaktionen gar nicht vorstellen.

Dies führt zu der Frage, warum die **Depotbank des Leerkäufers K** die Bescheinigung überhaupt ausgestellt hat. Eine **gesetzliche Grundlage** dafür gab es bei Dividendenkompensationszahlungen bis 2006 einschließlich sowie bei Einschaltung einer ausländischen Bank des Leerverkäufers **nicht** (siehe Folie 29).

Es wird argumentiert, dass die Depotbank des Leerkäufers **nicht erkennen konnte**, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung oder um eine ausländische Bank gehandelt habe. Diese Argumentation hat jedoch **keine gesetzliche Grundlage** und dürfte in Anbetracht der **enorm hohen Transaktionsvolumina sowie der erfolgten Preisabsprachen** bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen im Einzelfall auch nicht haltbar sein.

Die Geschäfte wurden dem Vernehmen nach spätestens ab 2009 zu großen Teilen über die Börse und nicht mehr OTC abgewickelt. Dies deshalb, da man bei Börsengeschäften argumentieren konnte, dass die Gegenpartei nicht bekannt sei.

Tatsache ist aber, dass die Händler, die die Geschäfte an der Börse platziert haben, sich alle gekannt haben und die Börse nur „vorgeschoben“ war. Es ging ja um sehr hohe Transaktionsvolumen.

Beispiel: Wer eine Kauforder über genau 277.356 Aktien zu einem bestimmten Preis aufgibt, findet als Verkäufer denjenigen, der 277.356 Aktien zu dem genannten Preis zu verkaufen bereit war.

Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken

Das Bundesministerium der Finanzen wurde frühzeitig durch ein **Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken vom 20.12.2002** auf Probleme bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen aufmerksam gemacht.

Dieses Schreiben ist jedoch an einer entscheidenden Stelle **inhaltlich falsch**. Es wurde behauptet, dass der **Leerkäufer der wirtschaftliche Eigentümer der Aktie** sei und die Kapitalertragsteuer anrechnen könne und dass **auch der zivilrechtliche Eigentümer der Aktie** anrechnen könne (Zitat von Seite 2 des Schreibens):

*„In dem Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufes, bei dem der Veräußerer die Aktien selbst erst beschaffen muss und der Erwerb dieser Wertpapiere durch den Veräußerer erst zu einem Zeitpunkt möglich ist, in dem bereits der Dividendenabschlag vorgenommen wurde, ist der betreffende Aktienbestand im Zeitpunkt der Dividendenzahlung noch im rechtlichen Eigentum eines Dritten, dem seinerseits auch die Dividende und der damit verbundene Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch als rechtllichem Eigentümer der Aktien zustehen. Deshalb sind in diesem Fall zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, **der dem Aktienerwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht.**“*

D.h. es wurde suggeriert, dass eine Gesetzeslücke bestehe.

Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken

In seinem Schreiben vom 20.12.2002 hat der Bundesverband deutscher Banken eine Gesetzesänderung vorgeschlagen, die dazu führt, dass der Leerverkäufer, falls er sich einer inländischen Depotbank bedient, Kapitalertragsteuer (auf die Dividendenkompensationszahlung) einbehalten und abführen muss.

Aus dem Schreiben ergibt sich, dass der Bankenverband der Auffassung ist, dass im Falle der Umsetzung der vorgeschlagenen Gesetzesänderung es dann zur **Doppelanrechnung** kommen würde, wenn sich der Leerverkäufer einer **ausländischen Depotbank** bedienen würde (Zitat von Seite 4 des Schreibens):

„Nicht erfassbar sind die über ausländische Banken oder Verwahrstellen vorgenommenen Leerverkäufe, da diese Institute nicht zur Einbehaltung und Abführung der deutschen Kapitalertragsteuer verpflichtet werden können.“

Der Gesetzgeber hat sich vier Jahre später mit Wirkung ab dem Jahr 2007 den Vorschlag des Bankenverbandes zu eigen gemacht und in der Begründung („*Allgemein*“) zur Einführung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG im Jahressteuergesetz 2007 das Schreiben des Bankenverbandes in großen Teilen **abgeschrieben**, insbesondere auch den Teil, in dem fälschlicherweise steht, dass der Erwerber vom Leerverkäufer (d.h. der Leerkäufer) wirtschaftlicher Eigentümer werden würde (BT-Drs. 16/2712 vom 25.9.2006, S. 47, identisch mit S. 2 Schreiben Bankenverband):

In dem Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufs, bei dem der Verkäufer die Aktien selbst erst beschaffen muss und der Erwerb dieser Wertpapiere durch den Veräußerer erst zu einem Zeitpunkt möglich ist, in dem bereits der Dividendenabschlag vorgenommen wurde, ist der betreffende Aktienbestand im Zeitpunkt der Dividendenzahlung noch im rechtlichen Eigentum eines Dritten, dem seinerseits auch die Dividende und der damit verbundene Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch als rechtllichem Eigentümer der Aktien zustehen. Deshalb sind in diesem Fall zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienerwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht

Durch das **JStG 2007** wurde allerdings nicht der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zugunsten des Leerkäufers in den Leerverkaufsfällen geregelt.

U.a. wurde § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG um einen Satz 4 ergänzt und in der **Gesetzesbegründung („Im Einzelnen“)** auch begründet:

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG bestimmt, dass **Dividendenkompensationszahlungen** mit den anderen Dividenden gleichgestellt werden.

Diese Regelung ist Grundlage für den **Kapitalertragsteuerabzug**; bis 2006 einschließlich wurde kein Kapitalertragsteuerabzug vorgenommen.

Falls sich der Leerverkäufer einer **inländischen Depotbank** bediente, muss diese den Steuerabzug vornehmen (NB: ausländische Depotbanken nehmen keinen Steuerabzug vor!).

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen unter Einschaltung inländischer Depotbanken führten seit 2007 zu keinen Steuerausfällen mehr

(2 Steuerbescheinigungen und 2 Erhebungen von KapESt, siehe oben, Folie 22)

Auf die steuerrechtliche Beurteilung von Leerverkäufen unter Einschaltung **ausländischer Depotbanken** hatte die **Gesetzesänderung** allerdings **keinen Einfluss**. Die insoweit entscheidenden Regelungen

zum wirtschaftlichen Eigentum (§ 39 AO) und auch

zu den Voraussetzungen für die Kapitalertragsteueranrechnung (§ 36 EStG)

wurden nicht geändert (siehe Folien 27 ff).

Trotz der Änderungen im JStG 2007 war es unter Einschaltung ausländischer Depotbanken deshalb (weiterhin) **nicht möglich**, einmal gezahlte **Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen**.

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken führten weiterhin zu Steuerausfällen, falls die inländische Depotbank des Leerkäufers (unberechtigterweise) eine Steuerbescheinigung ausstellte

(2 Steuerbescheinigungen und 1 Erhebung von KapESt, siehe oben, Folie 23)

Gleichwohl fühlten sich Marktteilnehmer durch die (falsche) Begründung („Allgemein“) beflügelt und es wurden voraussichtlich mehr Cum/Ex Geschäfte getätigt als zuvor, jedenfalls bezieht man sich seither auf diese Gesetzesbegründung.

BMF-Schreiben vom 5.5.2009

Als im Zeitablauf bekannt wurde, dass Cum/Ex-Geschäfte mit ausländischen Depotbanken in großem Umfang getätigt wurden, wurde ein BMF-Schreiben mit Datum 5.5.2009 veröffentlicht.

Aus dem Schreiben ergibt sich, dass das BMF bei

Absprachen zwischen Leerverkäufer und Erwerber die Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer nicht mehr zulassen wollte, da dann dem Erwerber bekannt sei, dass ihm eine Steuerbescheinigung ausgestellt wurde, obwohl die darin ausgewiesene Steuer nicht einbehalten worden sei.

Darüber hinaus sollten Steuerbescheinigungen nur ausgestellt werden, wenn zuvor ein **Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater bescheinigt** hatte, dass es zu **keinen Absprachen** gekommen war.

Dieses BMF-Schreiben **suggestiert** also, dass das BMF noch im Jahr 2009 der Auffassung war, dass die **mehrfache Anrechnung von KapEst u.U. möglich sei** (eben wenn keine Absprachen getroffen werden). An der steuerrechtlichen Unzulässigkeit (§ 39 AO, § 36 EStG) ändert das freilich nichts.

Das BMF-Schreiben vom 5.5.2009 ermutigte die Marktteilnehmer zusätzlich und mag erklären, wieso seit 2009 Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zunehmend über die Börse abgewickelt wurden (hier lassen sich Absprachen schwer nachweisen).

Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage von DIE LINKE vom 24.5.2013 (BT-Drs. 17/13638)

In dieser Antwort wurden die **steuerlichen Fragestellungen** erstmals (richtig) so beantwortet, dass es nicht zu einer mehrfachen Anrechnung kommen kann.

Es heißt wörtlich:

„Bereits rein denklogisch kann nur derjenige wirtschaftliches Eigentum an einem Wirtschaftsgut verschaffen, der das (zivil-)rechtliche Eigentum oder zumindest das wirtschaftliche Eigentum an diesem Wirtschaftsgut besitzt.“ (BT-Drs. 17/13638, S. 10)

BMF Schreiben vom 24.6.2015

In diesem Schreiben geht das BMF nunmehr u.a. davon aus, dass vom Leerverkäufer kein wirtschaftliches Eigentum erworben werden kann und damit keine Anrechnungsberechtigung vorliegt.

Es heißt wörtlich:

„Bei Leerverkäufen kann auf den Erwerber allein schon wegen der Tatsache, dass der Veräußerer die Aktien zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses nicht im Bestand hält, kein wirtschaftliches Eigentum übergehen. Bei Leerverkäufen verkauft der Verkäufer Aktien, die er sich erst nach dem Geschäftsabschluss von einem Dritten beschaffen muss.

Nur der Dritte ist in den Leerverkaufsfällen auch dividendenberechtigt.“

Die Finanzgerichte bestätigen mittlerweile die hier vertretene Rechtsauffassung (siehe Folien 27 ff.).

Hessisches FG vom 8.10.2012

“Die mehrfache Anrechnung von KapESt, die nur einmal – nämlich von den Dividenden und nicht auch von Dividendenausgleichszahlungen – einbehalten und angemeldet wurde, kommt weder unter der rechtsirrigen Annahme mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums noch aufgrund der Steuerpflicht sog. Dividendenausgleichszahlungen, noch allein aufgrund der Ausstellung einer KapESt-Bescheinigung der Depotbank in Betracht.“

Bundesfinanzhof vom 16.4.2014

Verneinte den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits aus anderen Gründen und hat die Frage, ob vom Leerverkäufer solches erworben werden kann, mangels Entscheidungsrelevanz nicht entschieden.

Bundesfinanzhof vom 18.8.2015

“Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, die im Rahmen einer sog. Wertpapierleihe an den Entleiher zivilrechtlich übereignet wurden, kann ausnahmsweise beim Verleiher verbleiben, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles ergibt, dass dem Entleiher lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition verschafft werden sollte.“

Hessisches FG vom 10.2.2016

“Beim außerbörslichen Erwerb börsennotierter Aktien wird wirtschaftliches Eigentum an den Aktien regelmäßig nicht bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung erworben. Der Eigentumsübergang tritt erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktie ein.

Eine Erhebung der (anrechenbaren) Kapitalertragsteuer liegt nicht bereits mit Auszahlung der Nettodividende / Dividendenkompensationszahlung an die inländische Depotbank des Aktienkäufers vor. Erforderlich ist zusätzlich, dass die mit der Nettodividende / Kompensationszahlung belastete Depotbank des Verkäufers den Bruttodividendenbetrag erhalten hat, von der die Steuer dann einzubehalten ist. Auf die tatsächliche Abführung der Steuer durch die Depotbank kommt es dagegen nicht an.

Dem die Anrechnung der Kapitalertragsteuer beantragenden Aktienkäufer obliegt die Feststellungslast für die Erhebung der Abzugssteuer.“

Fragenkomplex 3

Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zulässig waren.

Bitte erläutern Sie hierzu allgemein den Unterschied zwischen dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und Steuerhinterziehung nach § 370 AO.

§ 42 AO: Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten

(1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

*(2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine **unangemessene rechtliche Gestaltung** gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.*

Die Frage des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach **§ 42 AO stellt sich bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen nicht**, da bereits nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten es nie zur mehrfachen Anrechnung kommen konnte – es gab keine Gesetzeslücke (siehe oben, Folien 27 ff.).

§ 370 AO: Steuerhinterziehung (hier nur Absatz 1)

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht,

2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder

3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt

und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt.

Wie dargelegt, konnten Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nicht zur mehrfachen Anrechnung von Kapitalertragsteuer führen. Der Erwerber vom Leerverkäufer (d.h. der Leerkäufer) war nicht anrechnungs- bzw. erstattungsberechtigt. Wenn er die Anrechnung/Erstattung gleichwohl beantragt hat, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt. Sollte er mit Vorsatz, wobei sogenannter bedingter Vorsatz ausreichend ist (d.h. billigende Inkaufnahme des Erwerbs vom Leerverkäufer) gehandelt haben, liegt eine vollendete Steuerhinterziehung vor.

LG Köln vom 16.7.2015

“Die Vornahme von Cum-Ex-Geschäften mit ungedeckten Leerverkäufen von Aktien, bei denen eine Abführung der Kapitalertragsteuer nicht erfolgt, erfüllt bei einem entsprechenden Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuer den Straftatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO.”

Prof. Dr. Christoph Spengel
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und
Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II



Universität Mannheim
Schloss Ostflügel
68131 Mannheim

Telefon: + 49 (0) 621 – 181 1704
spengel@uni-mannheim.de
<http://spengel.bwl.uni-mannheim.de>

Wissenschaftliche Schriftleiter:

Dr. Gerhard Ege,
Abteilungsleiter a. D., Steuerberater

Prof. Dr. Wulf Goette,
Vors. Richter am Bundesgerichtshof a. D.,
Rechtsanwalt

Prof. Dr. Dietmar Gosch,
Vors. Richter am Bundesfinanzhof

DStR

DEUTSCHES STEUERRECHT

Heft 16

Seiten 785 – 848

53. Jahrgang • 17. April 2015

Wissenschaftliche Schriftleiter:

Dr. Walter Niemann,
Rechtsanwalt, Steuerberater
und Wirtschaftsprüfer

Dr. Raoul Riedlinger,
Steuerberater, Wirtschaftsprüfer
und Rechtsanwalt

Prof. Dr. Thomas Rödder,
Steuerberater, Wirtschaftsprüfer

DStR-Beirat:

Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Drißen, Richter am Finanzgericht · Franz Hruschka, Ltd. Regierungsdirektor
Dr. Christian Kaeser, Rechtsanwalt · Dr. Christian Sistermann, Rechtsanwalt/Steuerberater

Begründer und Mitwirkende:

Dr. Hans Flick, Rechtsanwalt · Paul G. Flockermann, Ministerialdirektor a. D. † · Dr. Klaus Heilgeist, Steuerberater/Wirtschaftsprüfer
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Paul Kirchhof, Richter des BVerfG a. D. · Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinshoff, Präsident des BFH
Dr. Max Rid, Vors. Richter am BFH a. D.

STEUERRECHT

AUFSÄTZE

Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum/Ex-Geschäften

Von Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim, und
Dr. Thomas Eisgruber, München*

Der Beitrag versucht, umfassend die Grundstruktur der sogenannten „Cum/Ex-Geschäfte“ in Zusammenhang mit Leerverkäufen darzustellen. Anders als vielfach behauptet, zeigt er auf, dass es gesetzlich nie die Möglichkeit gab, nur einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen oder mehrfach erstattet zu erhalten. Zudem wird ausgeführt, dass die meisten Bescheinigungen zu Unrecht erstellt wurden und sich für die an solchen Geschäften beteiligten Personen durchaus steuerstrafrechtliche Konsequenzen ergeben können.

1. Fragestellung und Aufbau des Beitrags

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufem (im Folgenden „Cum/Ex-Geschäfte“) sind in aller Munde und es ist ein Fakt, dass nur einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach angerechnet oder erstattet wurde. Der Schaden des Fiskus soll sich nach Presseberichten im zweistelligen Milliardenbereich bewegen¹ und es soll sich um den größten Steuerskandal in der Geschichte der Bundesrepublik

Deutschland handeln.² Der Fiskus – so der Vorwurf – soll seit Ende der 1990er Jahre bis einschließlich 2011³ systematisch durch strafbares Handeln um Milliardenbeträge geprellt worden sein⁴, teilweise soll einmal abgezogene Kapitalertragsteuer sogar fünffach erstattet worden sein.⁵ Andere wiederum sprechen von einer ab 2007 teilweise und erst ab 2012 vollständig geschlossenen Gesetzeslücke, ja sogar davon, dass dem Gesetzgeber bewusst gewesen sei, dass nicht einbehaltene Kapitalertragsteuer angerechnet bzw. erstattet werde und er dies zumindest billigend in Kauf nahm. Den jeweiligen Akteuren stehe nicht zuletzt deswegen die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer zu und von einer strafrechtlichen Verantwortung könne keine Rede sein.⁶ Zu den „Cum/Ex-Geschäften“ liegen ein AdV-Beschluss des FG Hessen v. 8.10.2012⁷ sowie eine Entscheidung des BFH v. 16.4.2014⁸ vor. In beiden Entscheidungen wurde die mehrfache Anrechnung der Kapitalertragsteuer mit unterschiedlicher Begründung abgelehnt. Auch eine Amtshaftungsklage gegen Steuerbeamte, die sich der kurzfristigen Bestätigung der Anrechnung verweigerten, wurde zurückgewiesen.⁹

* Prof. Dr. Christoph Spengel ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II an der Universität Mannheim, Direktor des Leibniz WissenschaftsCampus MaTax und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF. Dr. Thomas Eisgruber ist Referatsleiter im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat; der Beitrag stellt keine dienstlich Äußerung dar, sondern gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

1 Vgl. bspw. „Die Welt“ v. 24.6.2013, 12; Wirtschaftswoche v. 28.4.2014, 86 f.

2 Vgl. bspw. jüngst den ausführlichen Bericht der „Süddeutschen Zeitung“ v. 28.2.2015, 30 f. sowie Handelsblatt v. 16.3.2015, 36 f.

3 Mit Wirkung ab 2012 wurde ein völlig neues Anrechnungssystem geschaffen, das nicht mehr dem „Schuldnerprinzip“, sondern dem „Zahlstellenprinzip“ folgt, vgl. dazu bspw. Klein BB 2013, 1054

4 Allein in Fällen unter Beteiligung von Behörden aus Nordrhein-Westfalen geht es angeblich um zwei Milliarden Euro. Vgl. „Welt am Sonntag“ v. 24.11.2014. Die Bundesregierung kann weder den Gesamtschaden noch die Gesamtzahl der „Cum/Ex-Geschäfte“ beziffern, vgl. BT-Drs. 17/13638, 18.

5 Vgl. „Die Welt“ v. 24.6.2013, 12.

6 Vgl. Berger/Matuszewski BB 2011, 3097; Blumers/Elicker BB 2012, 3187; Klein BB 2013, 1054; ders. BB 2015, 726; Podewils AG 2010, 391; ders. FR 2013, 481; ders. FR 2011, 69; Podewils/Zink DStZ 2013, 177; Englisch FR 2010, 1023; Desens DStZ 2012, 142; ders. DStZ 2012, 246; ders. DStR 2012, 2473; ders. FR 2014, 265 u. 305; ders. DStZ 2014, 154; ders. DStR 2014, 2317; Seer/Krumm DStR 2013, 1757 u. 1814; Derlien/Kern BB 2013, 1943; Haritz/Werneburg NWB 2015, 657.

7 Vgl. FG Hessen v. 8.10.2012 – 4 V 1661/11, DStR 2012, 2381.

8 Vgl. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

9 Vgl. OLG Köln v. 11.12.2014 – 7 U 23/14, BeckRS 2015, 05658.

Dieser Beitrag stellt zunächst die viel beschriebene¹⁰ Grundstruktur von „Cum/Ex-Geschäften“ in Zusammenhang mit Leerverkäufen dar und zeigt auf, dass die sich am Gesetz orientierende steuerrechtliche Analyse zu dem Ergebnis führt, dass nur einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer nie mehrfach angerechnet oder erstattet werden konnte. Gleichwohl wird auch festzuhalten sein, dass der Gesetzgeber, die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung ungeschickt agierten. Anschließend wird auf das Problem des nichtaufklärbaren Sachverhalts bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag eingegangen und einige in der Praxis aufgetauchte Varianten von „Cum/Ex-Geschäften“ erläutert. Zu den strafrechtlichen Konsequenzen folgen am Ende noch einige knappe Ausführungen.

2. Funktionsweise von „Cum/Ex-Geschäften“

Die Grundstruktur der „Cum/Ex-Geschäfte“ zeichnet sich dadurch aus, dass ein Leerverkäufer Aktien vor dem Dividendenstichtag verkaufte, sich nach dem Dividendenstichtag mit den Aktien eindeckte und diese dann lieferte. Die bisher gerichtsbekanntesten Fälle bewegen sich deutlich im Milliardenbereich.¹¹ Beispielhaft stellt sich ein solches Geschäft wie folgt dar

Grundfall:

I war am 31.5.2010 zivilrechtlicher Eigentümer einer Inhaberkarte der börsennotierten A-AG, die Aktie wurde an diesem Tage mit 100 € gehandelt. Am 1.6.2010 fand die Hauptversammlung statt, und es wurde eine Dividende von 10 € beschlossen. Diese Dividende wurde dem Inhaber I über seine deutsche Depotbank iHv 7,50 € auch ausgezahlt, und er erhielt von seiner Depotbank eine Kapitalertragsteuerbescheinigung iHv 2,50 €. Leerverkäufer LV veräußerte am 31.5.2010 – also vor dem Dividendenbeschluss – über eine ausländische Depotbank eine Aktie der A-AG cum Dividende an den Leerkäufer LK zum Preis von 100 €, die Lieferung sollte am 2.6.2010 erfolgen. Am 31.5.2010 besaß LV keine Aktie an der A-AG. Am 2.6. (also nach der Hauptversammlung) erwarb LV von I dessen A-AG Aktie zum Preis von 90 € (da am 1.6.2010 die Dividende beschlossen und gezahlt wurde, sank der Wert der Aktie von 100 € auf 90 €) und lieferte diese noch am 2.6.2010 – ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) – an LK. Da LV die Aktie an LK cum Dividende veräußerte, sah er sich verpflichtet, LK eine Dividendenkompensation in Höhe der Nettodividende (7,50 €) zu zahlen. Zusätzlich stellte die deutsche Depotbank des LK eine Kapitalertragsteuerbescheinigung über 2,50 € aus, die sie LK aushändigte. Sowohl I als auch LK reichen die ihnen erteilte Steuerbescheinigung beim Finanzamt ein und begehren die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer.

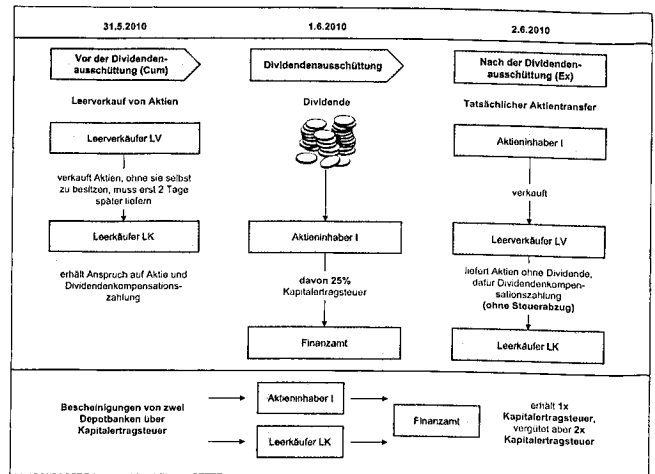


Abb. 1: Grundstruktur von „Cum/Ex-Geschäften“ (in Anlehnung an Haritz/Werneburg NWB 2015, 658)

Alternative:

Die Alternative unterstellt, dass das gleiche Geschäft im Jahr 2006 stattgefunden hat.

Das stark vereinfachende Beispiel verdeutlicht, dass der Leerverkäufer LV aus der Transaktion einen Gewinn iHv 2,50 € erwirtschaftet (2,50 € = Verkaufspreis der Aktie 100 € ./. Kaufpreis der Aktie 90 € ./. Dividendenkompensationszahlung 7,50 €), der Leerkäufer LK hat – falls es zur Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer kommen sollte – ein Nullergebnis erzielt (0 € = Wert der Aktie ex Dividende 90 € ./. Kaufpreis der Aktie 100 € + Dividendenkompensationszahlung 7,50 € + Kapitalertragsteuererstattung 2,50 €); gleiches gilt für den ursprünglichen Aktieninhaber (0 € = Wert der Aktie cum Dividende 100 € ./. Verkaufspreis der Aktie 90 € + Dividende 7,50 € + Kapitalertragsteuererstattung 2,50 €). Mit anderen Worten entspricht der Gewinn des Leerverkäufers LV gerade dem Betrag der zusätzlich bescheinigten Kapitalertragsteuer iHv 2,50 €. Sollte diese zur Anrechnung bzw. Erstattung kommen, finanziert der Fiskus komplett den Gewinn des Leerverkäufers LV. Damit sich das Geschäft lohnt, kommt es entscheidend darauf an, dass die Kapitalertragsteuer zweimal angerechnet wird. Andernfalls entsteht auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung aller Parteien kein Gewinn, sondern eher ein Verlust, weil solche Gestaltungen auch Kosten mit sich bringen. Die Initiatoren von „Cum/Ex-Geschäften“ müssen also ein besonderes Augenmerk auf die zumindest zweifache Anrechnung der Kapitalertragsteuer legen.

Die in der Praxis bekannt gewordenen Fälle zeichnen sich zusätzlich dadurch aus, dass die Leerkäufer die Kurschancen und -risiken nicht getragen haben.¹³

¹⁰ Vgl. bspw. *Rau DStR 2010, 1267 mwN* sowie sämtliche in Fn. 6 zitierten Beiträge.

¹¹ In der Amtshaftungsklage, die durch das OLG Köln rechtskräftig abgewiesen wurde, ging es bspw. um Leerverkäufe iHv 6,3 Mrd. €; die bescheinigte Kapitalertragsteuer betrug ca. 54 Mio. €, in dem Adv-Beschluss des FG Hessen betrug die bescheinigte Kapitalertragsteuer ca. 123 Mio. €, vgl. insoweit <http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2012/11/cum-ex-transaktionen-rajon-legt-mit-lindenpartners-verfassungsbeschwerde-ein>, dh es müssen hier in Höhe eines zweistelligen Milliardenbetrages Aktien rund um den Dividendenstichtag erworben worden sein.

¹² Aus Vereinfachungsgründen wird der Solidaritätszuschlag vernachlässigt.

¹³ Vgl. bspw. den Sachverhalt, der dem BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012 zugrunde lag, ebenso der der Entscheidung FG Hessen v. 8.10.2012 – 4 V 1661/11, DStR 2012, 2381 zugrundeliegende Sachverhalt; ebenso der Sachverhalt, der dem OLG Köln bei der Amtshaftungsklage vorlag, OLG Köln v. 11.12.2014 – 7 U 23/14, BeckRS 2015, 05658. Die Strategien zur Absicherung der Kursrisiken beschreiben bspw. *Rau DStR 2010, 1267* sowie *Kern/Derlien BB 2013, 1943*.

3. Steuerliche Beurteilung

Im Beispielfall kann der Leerkäufer LK dann Kapitalertragsteuer anrechnen, falls die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt sind.

3.1 Voraussetzungen der Steueranrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG

§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG lautet:

„Auf die Einkommensteuer werden angerechnet:

2. die durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer, soweit sie auf die bei der Veranlagung erfassten Einkünfte oder auf die nach § 3 Nummer 40 dieses Gesetzes oder nach § 8b Absatz 1 und 6 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleibenden Bezüge entfällt...²Die durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer wird nicht angerechnet, wenn die in § 45a Absatz 2 oder Absatz 3 bezeichnete Bescheinigung nicht vorgelegt worden ist.“

Damit die Anrechnung gelingt, ist also Voraussetzung, dass

1. der Leerkäufer LK Einkünfte erzielt, die bei der Veranlagung erfasst werden oder Bezüge erzielt, die nach § 3 Nr. 40 EStG oder nach § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben und
2. auf diese Einkünfte oder Bezüge Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde und
3. zusätzlich der Leerkäufer (LK) eine Bescheinigung iSv § 45a Abs. 2 oder Abs. 3 EStG dem Finanzamt vorlegt.

Dh es gibt ausgehend vom Wortlaut der Norm zwei Tatbestandsmerkmale, die beim Leerkäufer LK kumulativ erfüllt sein müssen, damit er materiell anrechnungsberechtigt ist. Sollten beide Voraussetzungen erfüllt sein, wird die Anrechnung der Kapitalertragsteuer noch zusätzlich von der Vorlage einer Bescheinigung iSd § 45a Abs. 2 bzw. Abs. 3 EStG abhängig gemacht.

Zu prüfen ist zunächst, ob die vom Leerkäufer vereinbarte Dividendenkompensationszahlung zu den unter 1. genannten Bezügen oder zu veranlagenden Einkünften gehört: Dem Charakter nach ist die Dividendenkompensationszahlung eine Zahlung des Verkäufers zum Ausgleich dafür, dass er dem Erwerber neben der Aktie nicht auch den zwischenzeitlich entstandenen Anspruch auf Auszahlung der Dividende vermittelt, es handelt sich also nicht um die vom Emittenten gezahlte Dividende oder um einen sonstigen Bezug aus der Aktie, sondern um eine eigenständige Einnahme an Stelle der Dividende.¹⁴ Dogmatisch liegt eine Schadensersatzleistung vor, da der Verkäufer schuldrechtlich verpflichtet war, eine Aktie mit Dividendenanspruch zu liefern, dieser Verpflichtung aber nicht nachkam.¹⁵

Dies legt es nahe, dass hier eine Betriebseinnahme vorliegt, die zur Betriebsvermögensmehrung führt und nach allgemeinen Grundsätzen in vollem Umfang steuerpflichtig ist.

In Betracht kommt allerdings auch, dass es sich um Bezüge iSd § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG handelt.

3.2 Bezüge, die nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben

Bezüge, die nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben, sind nach dem Wortlaut beider Normen Bezüge iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Zu den Bezügen iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören zum einen Dividenden nach Satz 1 der Norm und seit 2007 Dividendenkompensationszahlungen nach Satz 4 der Norm, die kraft Fiktion als „sonstige Einkünfte“ iSd Satzes 1 der Norm gelten. Im Grundfall, der den Zeitraum zwischen den Jahren 2007 und 2011 betrachtet, kommt sowohl die Zurechnung einer Dividende als auch eine Dividendenkompensationszahlung in Betracht, in der Alternative, welche Zeiträume bis einschließlich des Jahres 2006 umfasst, nur die Zurechnung einer Dividende, da es vor 2007 die Norm des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG noch nicht gab.

3.2.1 Dividenden

Unzweifelhaft ist zunächst, dass die A-AG eine Gewinnausschüttung vorgenommen hat. Zu klären ist, ob der Leerkäufer LK insoweit Einkünfte aus Kapitalvermögen in der Form von Dividendeneinkünften erzielen konnte. Diese Frage beantwortet sich für Jahre bis 2009 einschließlich nach § 20 Abs. 2a EStG und seit 2009 nach § 20 Abs. 5 EStG. Der Wortlaut beider Normen ist identisch und lautet:

„Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 und 2 erzielt der Anteilseigner. ²Anteilseigner ist derjenige, dem nach § 39 der Abgabenordnung die Anteile an dem Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind.“

Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig: Dividenden iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG erzielt der Anteilseigner, dh derjenige, dem im Zeitpunkt des Dividendenbeschlusses die Anteile iSd § 39 AO zuzurechnen sind. Zu prüfen ist also, ob der Leerkäufer LK dieser Anteilseigner ist, die Antwort ergibt sich aus § 39 AO.

3.2.1.1 Wirtschaftliches Eigentum – Lösung nach dem Gesetzeswortlaut

§ 39 AO lautet:

(1) Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen.

(2) Abweichend von Absatz 1 gelten die folgenden Vorschriften:

¹Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen. (...)

Im zu beurteilenden Fall ist der Inhaber I am Dividendenstichtag zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien. Damit die Aktien dem Leerkäufer LK anstelle von I zuzurechnen sind, wäre nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut Voraussetzung, dass LK in der Lage ist, I von der Einwirkung auf das in seinem Eigentum stehende Wirtschaftsgut Aktie an der A-AG wirtschaftlich ausschließen zu können.

Dies ist nicht denkbar, denn der Leerkäufer LK steht in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Inha-

¹⁴ So auch ausdrücklich die Regierungsbegründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG, vgl. BR-Drs. 622/06, 79 sowie BT-Drs. 16/2712, 48 jeweils unter „Im Einzelnen“.

¹⁵ Vgl. hierzu bspw. *Desens* DStZ 2014, 154 (157); *ders.* DStZ 2012, 147 mwN; *Bruns* DStZ 2012, 333.

ber I. Folglich hat LK auch keine Möglichkeit, I von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut auszuschließen. Vielmehr kann I mit der Aktie tun und lassen was immer er auch will. Folglich kann nach dem Gesetzeswortlaut die Dividende vorliegend nur I, nicht aber LK zugerechnet werden, und es besteht kein Anspruch des LK, die ggf. auch ihm bescheinigte Kapitalertragsteuer mit dem Argument anzurechnen, dass er der Bezieher von Dividendeneinkünften sei. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ist der Bezieher der Dividendeneinkünfte der Inhaber I und nicht der Leerkäufer LK.¹⁶

Zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt man auch nicht unter Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln. Denn stets würde dies eine Auslegung gegen den insoweit eindeutigen Wortlaut der Norm erfordern. Eine solche Auslegung gegen den Wortlaut eines Gesetzes ist – falls überhaupt – nur zulässig, wenn eine wortgetreue Auslegung zu einem völlig sinnwidrigen Ergebnis führen würde.¹⁷ Im zu beurteilenden Fall ist das gerade nicht der Fall, denn einzig die wortgetreue Auslegung führt zu einem sinnvollen Ergebnis, nämlich dazu, dass eine Dividende auch nur einem Empfänger zugerechnet wird. *Anzinger* hat sich zusätzlich die Mühe gemacht, die Auslegung entsprechend der allgemeinen Auslegungsregeln, dh nach Wortlaut, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte und systematischem Zusammenhang vorzunehmen. Auch insoweit besteht keine Möglichkeit, dem Leerkäufer LK das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien zuzuordnen.¹⁸

3.2.1.2 Wirtschaftliches Eigentum – Lösungsansatz in der Literatur

Demgegenüber wird im einschlägigen Schrifttum mit großem Begründungsaufwand die Auffassung vertreten, dass der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages erfolgen könne und daher sowohl der Inhaber I als auch der Leerkäufer LK wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien sei und deshalb beiden die Dividende zuzurechnen sei.¹⁹ Gleiches wurde bereits in einem Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken an den Gesetzgeber aus dem Jahre 2002 behauptet.²⁰ Nach den Aus-

führungen unter 3.2.1.1 und dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes überrascht dies. Es stellt sich daher die Frage, ob die Ausführungen unter 3.2.1.1 falsch sind oder wir etwas Gewichtiges übersehen haben. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, die in der Literatur angebotene Begründung etwas genauer zu beleuchten.

Sämtliche Autoren, die zur Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums gelangen, beziehen sich auf ein Urteil des BFH v. 15.12.1999.²¹ Aus diesem würde sich – so die Argumentation – ergeben, dass bei Aktien wirtschaftliches Eigentum mit dem schuldrechtlichen Vertragsabschluss übergehe und dass dies auch für Leerverkaufskonstellationen gelte.²²

Mit dem Argument, dass der Wortlaut des § 39 AO erfordert, dass der wirtschaftliche Eigentümer in der Lage sein muss, den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf die Aktie ausschließen zu können, setzt sich sodann keiner der Autoren mehr auseinander.

Deshalb werden die Entscheidungsgründe des oa BFH-Urteils nachfolgend genauer analysiert.

3.2.1.3 BFH-Entscheidung v. 15.12.1999

Die Entscheidung des BFH v. 15.12.1999 erging zu einem Sachverhalt (sog. Dividendenstripping), bei dem ein Aktieninhaber die Aktien unmittelbar vor dem Dividendenbeschluss über die Börse an einen Erwerber cum Dividende veräußerte, die Aktien sodann ex Dividende nach dem Dividendenbeschluss geliefert wurden und der Erwerber die Aktien sofort weiter- bzw. zurückveräußerte.

Streitig war im entschiedenen Sachverhalt, ob der Erwerber überhaupt wirtschaftliches Eigentum erwerben konnte oder ob dieses beim Veräußerer und Rückerwerber verblieb. Der BFH kam zum Ergebnis, dass der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer wurde. Im Jahr 2013 hat die Bundesregierung die Auffassung vertreten, dass aus diesem Urteil des BFH lediglich entnommen werden könne, dass wirtschaftliches Eigentum bei Inhaberverkäufen vermittelt werden kann, nicht aber bei Leerverkäufen.²³ Der Bundesregierung wird mit Blick auf diese Ausführungen vorgeworfen, dass dies eine Behauptung sei, die „schlicht falsch“ sei.²⁴ Auch dieser Befund erfordert es, die Entscheidungsgründe des BFH in oa Urteil genauer zu betrachten. Aus dieser Betrachtung können sich zwei mögliche Erkenntnisse ergeben:

- Entweder hat der BFH hier tatsächlich entschieden, dass die Vervielfachung wirtschaftlichen Eigentums möglich ist und die Bundesregierung schlicht falsch liegt, wenn sie davon nicht ausgeht. In diesem Fall würde die Entscheidung des BFH in der Tat die weiter oben unter 3.2.1.1 abgeleitete Auffassung nach dem Wortlaut des Gesetzes außer Acht lassen.
- Oder der BFH hat dies nicht entschieden und der Vorwurf ist nicht gerechtfertigt.

16 So im Ergebnis auch *Rau* DStR 2013, 838; *ders.* DStZ 2012, 241; *ders.* FR 2011, 366; *Bruns* DStZ 2012, 333; *Amann* DB-Steuerrechtsprechung kompakt 2012, 33.

17 Vgl. zB BFH v. 1.8.1974 – IV R 120/70, BStBl. II 1975, 12 = BeckRS 1974, 22002762; v. 2.8.1983 – VIII R 190/80, BStBl. II 1984, 4 = BeckRS 1983, 22006597. Vgl. statt vieler auch *Schwarz*, AO, 162. EL März 2015, § 4 Rn. 71.

18 Vgl. ausführlich zur Auslegung des § 39 AO unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte *Anzinger* RdF 2012, 394 (401).

19 Vgl. *Berger/Matuszewski* BB 2011, 3097; *Blumers/Elicker* BB 2012, 3187; *Klein* BB 2013, 1054; *ders.* BB 2015, 726 (731); *Podewils* AG 2010, 391; *ders.* FR 2013, 481; *ders.* FR 2011, 69; *Podewils/Zink* DStZ 2013, 177; *Englich* FR 2010, 1023; *Desens* DSt 2012, 142; *ders.* DStZ 2012, 246; *ders.* DStR 2012, 2473; *ders.* DStZ 2014, 154; *ders.* FR 2014, 265 u. 305; *Derlien/Kern* BB 2013, 1943; *Haritz/Werneburg* NWB 2015, 657 (659).

20 Vgl. Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken v. 20.12.2002 an das BMF, abrufbar unter http://lindenpartners.eu/wp-content/uploads/2013/07/130710_Stellungnahme_Cum-Ex-Geschaefte.pdf, Anlage 4.

21 Vgl. BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, DStR 2000, 462.

22 Vgl. die Stellungnahme von lindenpartners v. 10.7.2013 zu BT-Drs. 17/13638, 11 (abrufbar unter http://lindenpartners.eu/wp-content/uploads/2013/07/130710_Stellungnahme_Cum-Ex-Geschaefte.pdf) sowie die in Fn. 19 genannten Fundstellen.

23 Vgl. BT-Drs. 17/13638, 11.

24 Vgl. die Stellungnahme von lindenpartners in Fn. 22.

In den Entscheidungsgründen des Urteils des BFH heißt es an relevanter Stelle zunächst:²⁵

„Wirtschaftsgüter (sind) unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlichen Eigentums demjenigen zuzurechnen, der über sie die tatsächliche Herrschaft in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall und nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann.“²⁶

Aus diesen Ausführungen, die inhaltlich dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 AO entsprechen, kann man nicht entnehmen, dass jemand wirtschaftlicher Eigentümer sein kann, der den zivilrechtlichen Eigentümer gar nicht kennt und auch sonst in keiner Beziehung zu ihm steht. Vielmehr stehen diese Aussagen des BFH, die Ausgangspunkt seiner Begründung sind, insoweit eindeutig dem Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer und der Vervielfachung wirtschaftlichen Eigentums entgegen.

Weiter heißt es:

„Bei Aktien erlangt der Erwerber wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann. Das ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen. ... Der Senat geht ... davon aus, dass diesen Anforderungen im Streitfall ... genügt ist. ... Zumindest aber konnten ihr nach den einschlägigen Börsensancen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden.“²⁷

Weiter heißt es:

„Der Umstand, dass die entsprechende Umbuchung ggf. erst zwei Tage nach dem Vertragsabschluss vorgenommen worden ist, tritt demgegenüber zurück und beeinflusst den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht. Da es für die Zuordnung eines Wirtschaftsgutes auf das Gesamtbild der Verhältnisse ankommt, kann der Übergang des „wirtschaftlichen Eigentums“ auch dann anzunehmen sein, wenn die erwähnten Voraussetzungen nicht in vollem Umfang gegeben sind.“

Diese hier im ausführlichen Wortlaut wiedergegebenen Ausführungen des BFH reduzieren die Verfechter der Auffassung, dass der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums auch vom Leerverkäufer möglich sei²⁸, auf die folgenden Aspekte:

- (1) Wirtschaftliches Eigentum gehe immer schon dann über, wenn dem Käufer nach den Börsensancen die mit den Aktien verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können, und
- (2) der Erwerber die Kurschancen und Kursrisiken trägt und
- (3) der Erwerber davon ausgehen kann, dass er auch zivilrechtlicher Eigentümer wird und
- (4) es auf das Gesamtbild der Verhältnisse ankomme.

Es wird dann weiter argumentiert, dass nach den Bedingungen der Frankfurter Wertpapierbörse (die Börsensancen) die Gutschrift der Dividende schon mit Abschluss des schuldrechtlichen Wertpapierkaufvertrages dem Erwerber

zustehe und zwar unabhängig davon, ob er die Aktien vom Inhaber oder vom Leerverkäufer bezieht. Darüber hinaus würde auch der Erwerber vom Leerverkäufer das Kursrisiko tragen und er könne davon ausgehen, dass er zwei Tage nach Vertragsabschluss auch zivilrechtlicher Eigentümer werden wird. Teilweise wird noch zusätzlich angeführt, dass der Erwerber nicht erkennen könne, ob er vom Leerverkäufer oder vom Inhaberverkäufer erwerben würde.²⁹ Aus dem würde sich dann in Einklang mit der Rechtsprechung ergeben, dass auch beim Erwerb vom Leerverkäufer mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages wirtschaftliches Eigentum auf den Leerkäufer LK übergehen würde, womit es zur Zurechnung der Dividende bei LK käme.

Dieser Einschätzung ist vor allem aus zwei Gründen zu widersprechen. Zum einen hat der BFH seine Entscheidung nicht auf diese Aspekte reduziert. Vielmehr ist sie eingefügt in ein Begründungskonzept, das – wie oben dargelegt – mit dem Wortlaut der Vorschrift beginnt. Der Entscheidung ist an keiner Stelle zu entnehmen, dass der BFH die Vorschrift gegen ihren klaren Wortlaut auslegen wollte. Wäre das der Wille des BFH gewesen, hätte er dies zumindest erwähnen und begründen müssen. Wie dargelegt, ist eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut einer Norm auch nur in engen Ausnahmefällen möglich und zwar dann, wenn die Wortlautauslegung zu einem völlig sinnwidrigen Ergebnis führt. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall, sondern das Gegenteil.³⁰

Zum anderen ist es beim Erwerb vom Leerverkäufer auch nicht so, dass dem Käufer vom Leerverkäufer die Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können. Dies wäre aber – wie dargestellt – selbst nach der Literaturauffassung entscheidend, um auf der Basis des Urteils den Übergang wirtschaftlichen Eigentums auf den Leerkäufer LK annehmen zu können.³¹ Die Gewinnansprüche können dem Käufer schon deshalb nicht entzogen werden, da er zu keinem Zeitpunkt entsprechende Gewinnansprüche gegen die Gesellschaft hat. Oder anders ausgedrückt: Was man nicht hat, kann einem nicht entzogen werden. Der Käufer hat gegen den Verkäufer einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung, die, wie oben dargelegt, ihrem Gehalt nach eine Schadensersatzzahlung ist³², mehr aber auch nicht. Der Gewinnanspruch verbleibt beim zivilrechtlichen Eigentümer und dieser erhält auch tatsächlich die Dividende. Beim vom BFH entschiedenen Inhaberverkaufsfall ist das anders. Hier erhält der Aktieninhaber die Dividende wirtschaftlich gerade nicht mehr ausgezahlt, diese wird aufgrund der Börsensancen an den Erwerber gezahlt.³³ Technisch läuft das beim Inhaberverkaufsfall so, dass der Emittent die Netto-Dividende an den Sammelverwahrer „Clearstream“ Banking AG überweist, der die Dividende zunächst an die Depotbank des Verkäufers weiter überweist. Die Verkäuferbank zahlt diese Dividende aufgrund eines Sperrvermerks aber nicht an den

25 Vgl. BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, DStR 2000, 462.

26 Vgl. BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, DStR 2000, 462.

27 Vgl. BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, DStR 2000, 462.

28 Vgl. *Desens* DStR 2014, 2317.

29 Vgl. *Desens* DStR 2014, 2317.

30 Vgl. *Rau* DStR 2013, 838; *ders.* DStZ 2012, 241; *ders.* FR 2011, 366.

31 Vgl. *Desens* DStR 2014, 2317 (2318) mwN.

32 Vgl. nochmals oben unter 3.1 mwN.

33 Aufgrund eines Sperrvermerks im Depot des Inhaberverkäufers wird diesem die Dividende von seiner Depotbank nicht mehr ausgezahlt, sie wird letztlich an den Erwerber über dessen Depotbank gezahlt, vgl. *Rau* DStR 2010, 1267.

Verkäufer aus. Vielmehr wird der Depotbank des Verkäufers die gleich hohe Kompensationsbelastung in Rechnung gestellt und der Depotbank des Erwerbers wird die Kompensationszahlung gutgeschrieben.³⁴ Dh in dieser Situation stehen die Gewinnansprüche wirtschaftlich dem Erwerber zu, sie erreichen den Inhaber wirtschaftlich nicht mehr. Beim Leerverkaufsfall ist das, wie gerade dargelegt, anders, da behält der Inhaber die Gewinnansprüche.

Anders ausgedrückt: Der BFH entschied zu einer Fallkonstellation, bei der der Veräußerer Aktieninhaber war und stellt an den Beginn seiner Ausführungen den Satz, dass nur derjenige wirtschaftlicher Eigentümer sein könne, der den zivilrechtlichen Eigentümer nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall von der Einwirkung auf die Aktie ausschließen kann. Sodann subsumiert er den zu entscheidenden Sachverhalt unter diesen Obersatz und gelangt beim zu entscheidenden Sachverhalt zu dem Ergebnis, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums schon vor der Umbuchung, also vor dem Übergang des zivilrechtlichen Eigentums, möglich ist.

Der BFH war in der Entscheidung nach allem also lediglich der Auffassung, dass es möglich ist, dass bei Veräußerungsgeschäften, die durch den Aktieninhaber über Börsen abgewickelt werden, das wirtschaftliche Eigentum an Aktien bereits vor der tatsächlichen Lieferung der Aktien auf den Erwerber übergehen kann. Dies deshalb, da bei der Frage nach dem wirtschaftlichen Eigentum stets die Gesamtumstände zu berücksichtigen seien, und aus diesen könne sich bei der Veräußerung von Aktien über eine deutsche Börse ergeben, dass nach den einschlägigen Börsenansätzen und den üblichen Abläufen auf der Grundlage der getroffenen Vereinbarungen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden könnten.

Die angesprochene Entscheidung des BFH, die nicht ungeteilte Zustimmung erfahren hat³⁵, ist aus dem Wortlaut des § 39 AO abgeleitet. Die Entscheidung ist uE nicht zwingend, aber grundsätzlich nachvollziehbar, denn aus den Gesamtumständen konnte sich zumindest in der Zeit bis Februar 2003³⁶ ergeben, dass bei Inhaberverkäufen – nicht aber bei Leerverkäufen – über eine deutsche Börse aufgrund der Besonderheiten der Börsenansätze³⁷ der Erwerber den zivil-

rechtlichen Eigentümer schon vor Erhalt des zivilrechtlichen Eigentums zumindest wirtschaftlich von der Einwirkung auf den Erwerbsgegenstand (dh die Aktie) ausschließen kann.³⁸ Bei Leerverkäufen ist aber nach den Grundsätzen dieser Entscheidung kein Erwerb wirtschaftlichen Eigentums möglich. Der BFH hat dies auch in der Folgezeit nicht entschieden, er hielt stets an den Grundsätzen der Entscheidung v. 15.12.1999 fest.³⁹

Interessant in diesem Zusammenhang ist noch, dass der BFH in seiner Entscheidung v. 16.4.2014⁴⁰ die Frage, ob vom Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum vor Lieferung erworben werden könne, erstmals explizit angesprochen, aber nicht entschieden hat. Die Frage war für ihn nicht entscheidungserheblich. Dies deshalb, da im Urteilsfall aufgrund des Gesamtkonzeptes der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums von vorneherein aus anderen Gründen ausgeschlossen war. Einer dem Senat angehörender Richter kommentierte im Übrigen, dass es „gewagt“ sei, aus der Entscheidung herauszulesen, dass der BFH künftig entscheiden könnte, dass man vom Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum erwerben kann.⁴¹ Diese Aussage überrascht angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 39 AO und der obigen Ausführungen nicht.

3.2.1.4 Regierungsbeurteilung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG aus dem Jahre 2006

An diesem Ergebnis ändert auch die viel zitierte⁴² Regierungsbeurteilung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG aus dem Jahre 2006 nichts.⁴³ Diese Begründung hat zwei Teile, einen, der mit „Allgemein“ und einen, der mit „Im Einzelnen“ überschrieben ist. Im allgemeinen Teil findet sich folgende Passage:

Deshalb sind im Fall des Leerverkaufs „zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienerwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht.“

Im anderen Teil geht die Bundesregierung demgegenüber gerade nicht davon aus, dass der Leerkäufer Dividenden als wirtschaftlicher Eigentümer bezogen hat, heißt es doch dort nur, dass es „um eigenständige Einnahmen an Stelle der Dividende“ geht und dass es Sinn des neuen Satzes 4 sei, „dass die dort näher umschriebenen Einnahmen mit den anderen Dividenden gleichgestellt werden“.

Daraus kann man entnehmen, dass die Regierungsbeurteilung widersprüchlich ist. Wie es dazu kommen konnte, ist uns nicht bekannt.⁴⁴ Festzuhalten ist allerdings, dass der erste Teil unter der Überschrift „Allgemein“, der die Aussage enthält, dass vom Leerverkäufer wirtschaftliches Ei-

34 Vgl. dazu etwa *Bruns* DStR 2010, 2061; *Rau* DStR 2010, 1267. Siehe auch BT-Drs. 17/13638, 5.

35 Vgl. *Anzinger* RdF 2012, 394 mwN; *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 33. Aufl. 2014, § 5 Rn. 153; *Kempermann* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 253. EL Dezember 2014, § 5 Rn. B 237; *Rau/Sahl* BB 2000, 1112 (1114 f.).

36 Die Entscheidung erging zu einem Zeitpunkt, als es noch keinen zentralen Kontrahenten gab. Den zentralen Kontrahenten gibt es seit März 2003, vgl. dazu unten 3.2.1.5.

37 Vgl. §§ 25, 29 der Bedingungen für Geschäfte an den deutschen Wertpapierbörsen, WM 1984, 76

38 Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies auch heute noch so ist. Die Entscheidung erging zu einem Zeitpunkt, als es noch keinen zentralen Kontrahenten gab; diesen gibt es seit März 2003. UE ist der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums seit März 2003 auch bei einem Börsengeschäft immer erst mit Lieferung möglich. Dies deshalb, da der Vertragspartner der zentrale Kontrahent ist und dieser stets ein Leerverkäufer ist, da er über keine Aktien verfügt. Die genauere Analyse bleibt einem gesonderten Beitrag vorbehalten.

39 Vgl. BFH v. 20.11.2007 – I R 85/05, DStRE 2009, 76; v. 20.11.2007 – I R 102/05, IStR 2008, 336; sowie zuletzt v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

40 Vgl. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

41 Vgl. *Schwenke* JM 2015, 83.

42 Vgl. sämtliche in Fn. 6 genannten Beiträge.

43 Vgl. BT-Drs. 16/2712, 46.

44 Wie es zu einer solch widersprüchlichen Regierungsbeurteilung kommen konnte, sollte aus Gründen der Selbstreinigung durch das BMF untersucht werden.

gentum erworben werden könne, identisch ist mit einem Schreiben des Bankenverbandes an das Bundesministerium für Finanzen aus dem Jahre 2002.⁴⁵ Der zweite und richtige Teil „Im Einzelnen“ scheint durch die Bundesregierung selbst formuliert worden zu sein.

Es hat den Anschein, dass die Bundesregierung nicht sorgfältig gearbeitet hat. In der Sache ändert dies alles aber nichts. Denn die Bundesregierung hat im September 2006 in einem Teil ihrer Begründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG lediglich die Interpretation des Bankenverbandes zur Frage des wirtschaftlichen Eigentums übernommen. Das Gesetz mit Blick auf die Frage des wirtschaftlichen Eigentums selbst wurde aber nicht geändert und sollte auch nicht geändert werden, so dass es weiterhin bei der Subsumtion auf die seit 1977 existierende und seither unveränderte Regelung des § 39 AO ankommt. Die Regierungsbegründung stellt – wie *Anzinger* zutreffend schreibt – lediglich ein „obiter dictum“ dar, dem kein Auslegungshinweis für § 39 AO entnommen werden kann.⁴⁶ Im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung ist auf die Regierungsbegründung allerdings noch einzugehen (siehe hierzu untenstehend die Ausführungen unter 6.).

3.2.1.5 Weitere Konsequenzen der BFH-Rechtsprechung

3.2.1.5.1 Auswirkungen auf OTC-Geschäfte

Es ist schließlich darauf hinzuweisen, dass es nicht bei jedem unmittelbar vor dem Dividendenstichtag stattfindenden Inhaberverkauf mit Lieferung nach dem Dividendenstichtag zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommen muss. Insbesondere bei Verkäufen über ausländische Börsen, bei der andere Usancen gelten, aber auch und vor allem bei sog. „Over the counter“-Geschäften („OTC“), ist dies auch nach Auffassung des BFH nicht grundsätzlich der Fall. Dies ergibt sich so explizit aus der Entscheidung des BFH v. 16.4.2014.⁴⁷ Dort heißt es lediglich, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei OTC-Geschäften „prinzipiell“ möglich ist.⁴⁸ Diesen Aspekt hebt dann auch einer der Richter des I. Senates in einer Besprechung des Urteils ausdrücklich hervor.⁴⁹

Daraus ist uE zu schließen, dass auch bei „normalen“ Dividendenstripping-Fällen (dh bei Inhaberverkäufen), die nicht über die Börse, sondern OTC abgewickelt werden, es ggf. erst mit der Lieferung der Aktie zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommen kann. Dies hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalles ab. Die in der Literatur gezogene Schlussfolgerung, dass der BFH nun final entschieden habe⁵⁰, dass OTC-Geschäfte generell und grundsätzlich zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen, ist nicht zutreffend.⁵¹

Die Finanzverwaltung fühlt sich voraussichtlich ermutigt, solche Fälle erneut gerichtlich klären zu lassen.

3.2.1.5.2 Änderungen seit Einführung des zentralen Kontrahenten

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Grundsätze der BFH-Entscheidung aus dem Jahre 1999 überhaupt noch Gültigkeit haben, falls das jeweilige Geschäft an einer Börse unter Einschaltung eines zentralen Kontrahenten getätigt wurde.⁵² An der Frankfurter Wertpapierbörse ist die Eurex Clearing AG seit März 2003 der zentrale Kontrahent (Central Counterparty – CCP). Abbildung 2 verdeutlicht die Zusammenhänge zwischen den Marktteilnehmern und dem zentralen Kontrahenten. Darüber hinaus zeigt die Abbildung die Beziehungen zwischen dem zentralen Kontrahenten und der Frankfurter Wertpapierbörse (FWB) sowie der Clearstream Banking AG.

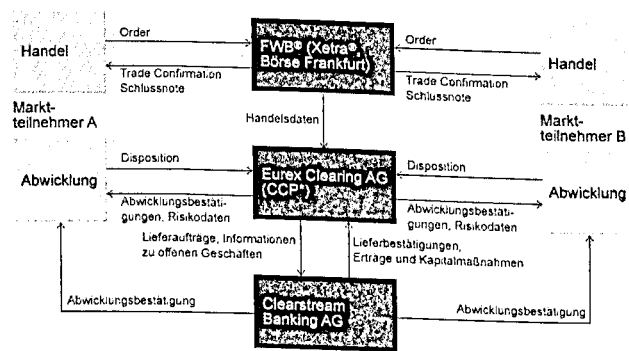


Abb. 2: Aktiengeschäfte und zentraler Kontrahent⁵³

Ist ein zentraler Kontrahent eingeschaltet, kommt der Kaufvertrag – vereinfacht ausgedrückt – über eine Aktie zwischen dem Aktienkäufer und dem zentralen Kontrahenten und nicht zwischen Aktienkäufer und Aktienverkäufer bzw. Aktieninhaber zustande. Der zentrale Kontrahent schließt darüber hinaus einen Kaufvertrag im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit dem Aktieninhaber ab. Es fehlt daher – anders als noch in dem Sachverhalt, der der BFH-Entscheidung aus dem Jahre 1999 zugrunde lag – an jeglicher unmittelbaren Verbindung zwischen dem Aktieninhaber und dem Aktienkäufer. Der Aktienkäufer erwirbt tatsächlich vom zentralen Kontrahenten und der zentrale Kontrahent ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ebenfalls ein Leerverkäufer, da er die Aktien nicht im Eigentum hat. UE geht daher seit März 2003 bei sämtlichen an der Frankfurter Wertpapierbörse⁵⁴ getätigten Aktiengeschäften, bei denen der Kaufvertrag vor dem Dividendenstichtag abgeschlossen und die Aktie ex Dividende geliefert wurde, das wirtschaftliche Eigentum immer erst mit Lieferung über. Dies hat ua auch gravierende Auswirkungen für Dividenden-Strippingfälle, bei denen der Sachverhalt ansonsten

45 Vgl. das Schreiben des Bankenverbandes v. 20.12.2002 (Fn. 20).

46 Vgl. *Anzinger* RdF 2012, 394 (402).

47 Vgl. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

48 Vgl. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

49 Vgl. *Schwenke* JM 2015, 83.

50 Vgl. *Matuszewski* BB 2014, 2726; *Desens* DStR 2014, 2317; *Podewils* FR 2014, 1064

51 So auch *Schwenke* JM 2015, 83.

52 Zur Rolle des zentralen Kontrahenten vgl. bspw. *Kunz*, *Ausgewählte Rechtsprobleme des Zentralen Kontrahenten*. Unter besonderer Berücksichtigung des Clearing-Systems an der Frankfurter Wertpapierbörse, 2009.

53 Die Abbildung ist der Homepage der Gruppe Deutsche Börse entnommen. Vgl. http://deutsche-boerse.com/dbg/dispatch/de/listcontent/dbg_nav/about_us/40_Teil_der_Loesung/Content_Files/09_Central_Counterparty_CCP.htm.

54 Auch in England gibt es das System des zentralen Kontrahenten, diese Funktion nimmt das London Clearing House ein.

demjenigen der BFH Entscheidung v. 15.12.1999 entspricht.⁵⁵ Anders als noch in dieser BFH-Entscheidung steht dem Erwerber die Dividende daher mangels wirtschaftlichen Eigentums nicht zu, sondern der Erwerber hat auch insoweit lediglich einen Anspruch auf Dividendenkompensationszahlung. Dieser Anspruch besteht gegen den zentralen Kontrahenten. Demzufolge kann der Erwerber auch die Anrechnung der auf die Dividende erhobenen Kapitalertragsteuer nicht beanspruchen. Vielmehr steht die Dividende weiterhin dem zivilrechtlichen Eigentümer zu, der – falls er sich im Ausland befand – die Kapitalertragsteuer nicht anrechnen kann. Die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung müssen sich die Frage gefallen lassen, warum sie die Rolle des zentralen Kontrahenten und dessen Konsequenzen für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei den oa Aktiengeschäften bislang nicht gewürdigt haben.

3.2.1.6 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Leerkäufer LK den Einkünftebestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG in Form eines Dividendenbezugs mangels des Erwerbs des wirtschaftlichen Eigentums weder im Grundfall, dh in der Zeit von 2007 bis 2011, noch in der Alternative, dh bis einschließlich 2006, erfüllen konnte.

3.2.2 Zurechnung der Dividendenkompensationszahlung nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG

In Betracht kommt im Grundfall das Erzielen von sonstigen Bezügen iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG. In der Alternative, also dem im Jahre 2006 spielenden Beispielfall, kommt dies deshalb nicht in Betracht, da die Norm erst seit 2007 Bestandteil des EStG ist. Es heißt:

„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert wurden“.

Dies ist vorliegend der Fall, wenn man unterstellt, dass mit dem „anderen“ der Lieferer der Aktien (also der Leerverkäufer) und nicht der Empfänger gemeint ist, da der Leerkäufer LK die Aktien auch tatsächlich vom Verkäufer geliefert bekommen hat, dh nach dem Dividendenstichtag auch wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien wurde.

Im vom BFH am 16.4.2014 entschiedenen Fall fehlte es übrigens bereits daran, da der Fall dadurch gekennzeichnet war, dass LK die Aktien nicht behalten konnte und keinerlei Kursrisiko trug, es lag insoweit nur ein „Durchgangserwerb“ vor. Der BFH wörtlich:

„Denn dem jeweiligen Wertpapiergeschäft liegt hier unabhängig davon, ob ein Inhaberverkauf oder ein sog. Leerverkauf vorliegt, ein von der B initiiertes und modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept zugrunde, das dem Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum durch die Klägerin vor dem Dividendenstichtag – mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG 2002 n. F. – oder zu einem späteren Zeitpunkt – mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 i. V. m. S. 4 EStG 2002 n. F. – von vornherein entgegensteht. Die Wertpapiererwerbe standen im untrennbaren Zusammenhang mit Finanzierungs-, Wertpapierleih- und (Total-Return-)Swappeschäften sowie einem kurzfristigen

Rückverkauf. Eine nennenswerte Inanspruchnahme der mit dem Innehaben der Wertpapiere verbundenen Rechte durch die Klägerin war in Anbetracht dessen ausgeschlossen. Es liegt ein bloßer Durchgangserwerb vor.“⁵⁶

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch noch darauf, dass der BFH davon ausgeht, dass dies bei „Cum/Ex-Geschäften“ grundsätzlich der Fall sei, schreibt er doch:

„Überblickt man die einschlägigen Beiträge in der allgemeinen wie fachlichen Presse, (entsprach) dies wohl zugleich der weithin üblichen Gestaltungspraxis bei sog. „Cum/Ex-Geschäften“.“⁵⁷

Bezogen auf den hier dargestellten Beispielsachverhalt, bei dem es annahmegemäß – aber wenn man dem BFH Glauben schenken darf, untypischerweise – keine weiteren Übertragungsgeschäfte durch den Leerkäufer LK gab, ist davon auszugehen, dass der LK den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG erfüllt hat. Damit wäre das erste Tatbestandsmerkmal des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt.

Für „Cum/Ex-Geschäfte“, die vor 2007 getätigt wurden, fehlt es aber an den Einkünften iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG, da die Norm des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG erst seit dem Jahre 2007 in Kraft ist. In diesen Sachverhalten hat der Erwerber – wie oben dargestellt – eine Schadensersatzzahlung vereinnahmt⁵⁸, die sein Betriebsvermögen und damit sein Einkommen erhöht. § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG sind auf diese Zahlungen nicht anwendbar, dh die Zahlungen sind – auch falls der Erwerber eine Kapitalgesellschaft sein sollte – voll steuerpflichtig.

3.2.3 Durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer

3.2.3.1 Kein Steuerabzug bei ausländischer Verkäuferbank

Fraglich ist, ob auf die Dividendenkompensationszahlungen auch Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Die Regelung zum Steuerabzug bei Dividendenkompensationszahlungen findet sich für die Jahre 2007 bis 2011 in § 44 Abs. 1 S. 3 EStG. Für die Jahre bis 2006 einschließlich, bei denen Einkünfte aus Schadensersatzzahlungen erzielt wurden, gab es überhaupt keine Regelung zum Steuerabzug, dieser wurde folglich auch nicht vorgenommen. Ab 2007 musste, falls sich der Veräußerer einer inländischen Depotbank bediente, diese den Steuerabzug vornehmen. Sollte sich der Veräußerer einer ausländischen Depotbank bedienen haben, fehlt es bereits an einer entsprechenden Regelung mit der Folge, dass insoweit kein Steuerabzug vorgenommen wurde.⁵⁹ Wenn aber kein Steuerabzug auf die Zahlung vorgenommen wurde, kann die Einkommensteuer auch nicht – wie von § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG als Anrechnungsvoraussetzung gefordert – durch Steuerabzug erhoben worden sein.⁶⁰ Auch dies erscheint offensichtlich.

Eindeutig sind insoweit auch die Aussagen des Hessischen FG v. 8.10.2012:

„Die Ansicht der Ast, die Kapitalertragsteuer sei wegen der gesetzlichen Regelung auch ggf. doppelt anzurechnen, obwohl sie nur

56 Vgl. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

57 Vgl. hierzu auch Gosch BFH/PR 2015, 15 (17).

58 Vgl. nochmals oben Punkt 3.1 mwN.

59 Vgl. Desens DStZ 2014, 154 (157).

60 So dann auch Rau DStR 2013, 838 (842).

55 Vgl. BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, DStR 2000, 462.

einmal abgeführt worden sei, ist abwegig. Sie widerspricht bereits dem Grundverständnis der Kapitalertragsteuer als Abzugssteuer.⁶¹

Weiter heißt es, es sei

„evident, dass als Vorauszahlung nur Steuern angerechnet werden können, die auch tatsächlich erhoben worden sind“.

In der Literatur ist die Entscheidung des Hessischen FG überaus kritisch kommentiert worden, zT wurde in der Entscheidung sogar ein verfassungswidriges Überschreiten richterlicher Kompetenzen gesehen.⁶²

Die vorgetragenen Gegenargumente lauten:

- (1) die Steuer sei erhoben, da nur ein Nettobetrag an Dividendenkompensationszahlung gezahlt worden sei;
- (2) die Steuer sei erhoben, wenn auf die Dividende beim Emittenten Kapitalertragsteuer einbehalten worden sei;
- (3) aus § 45a Abs. 3 S. 2 EStG würde sich kraft Fiktion die Erhebung ergeben;
- (4) aus der Beweiswirkung der Bescheinigung würde sich die Tatbestandserfüllung ergeben.

Im Folgenden werden diese vorgebrachten Argumente nacheinander einer rechtlichen Würdigung unterzogen.

3.2.3.2 Steuererhebung durch Zahlung der Dividendenkompensationszahlung in Höhe des Nettobetrages?

Das erste Argument besagt, dass die Kapitalertragsteuer dadurch erhoben worden sein soll, dass der Leerverkäufer die Dividendenkompensationszahlung nur in Höhe des Nettobetrages erbringt. Dadurch, dass der Leerverkäufer also einen Betrag in Höhe der Kapitalertragsteuer zurückbehält, sei die Kapitalertragsteuer auch einbehalten, aber lediglich nicht abgeführt worden.⁶³ Aus einer BFH-Entscheidung aus dem Jahre 1996⁶⁴ würde sich ergeben, dass bei fehlender Abführung die Kapitalertragsteuer trotzdem „erhoben“ sei und angerechnet werden könne⁶⁵, gleiches ergebe sich auch aus einer Entscheidung aus dem Jahre 2010.⁶⁶

Hierbei wird verkannt, dass der der BFH-Entscheidung aus dem Jahre 1996 zugrundeliegende Sachverhalt eine Gewinnausschüttung durch eine Kapitalgesellschaft betraf, bei der die ausschüttende Gesellschaft gemäß § 44 Abs. 1 S. 3 EStG verpflichtet war, den Steuerabzug für Rechnung des Schuldners vorzunehmen. Dieser Pflicht nachkommend zahlte sie auch nur den Nettobetrag aus, behielt also entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung die Kapitalertragsteuer tatsächlich ein. Es kam dann aber aufgrund der Insolvenz der ausschüttenden Gesellschaft nicht mehr zur Abführung an das Finanzamt. Der BFH entschied, dass in dieser

Konstellation die fehlende Abführung nichts daran änderte, dass die aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung einbehaltene bzw. abgezogene Kapitalertragsteuer auch als erhoben iSd § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG gilt. Wir empfehlen, bei beiden Entscheidungen des BFH zunächst die Leitsätze zu lesen und geben diese im Wortlaut wieder.

Der Leitsatz der BFH-Entscheidung vom 23.4.1996 lautet:

„Mit der ordnungsgemäßen Einbehaltung durch den Schuldner der Kapitalerträge ist die Kapitalertragsteuer auch dann i. S. von § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erhoben, wenn sie nicht an das Finanzamt abgeführt wird.“

In der BFH-Entscheidung vom 20.10.2010 heißt es im Leitsatz:

„Die ‚Erhebung‘ einer Kapitalertragsteuer erfolgt dadurch, dass der zum Steuerabzug verpflichtete Kapitalertragsschuldner bei der Auszahlung des Kapitalertrags die Steuer ordnungsgemäß einbehält.“

In einem Leerverkaufsszenario wie im Beispielfall war zu einer solchen „ordnungsgemäßen Einbehaltung“ bzw. einem solchen Abzug auf die Dividendenkompensationszahlung niemand verpflichtet, und die Kapitalertragsteuer wurde gerade deshalb auch nicht einbehalten. Aus diesem Grunde wurden die „Cum/Ex-Geschäfte“ letztlich getätigt. Es fehlt damit am gesetzlichen Tatbestand, mehr gibt es zu diesem Argument nicht zu sagen.⁶⁷

In der Alternative, dh bei den „Cum/Ex-Geschäften“ bis einschließlich 2006, gilt das Gleiche. Es fehlte an einer Norm zum Steuerabzug, was nicht verwunderlich ist, handelt es sich doch um eine Schadensersatzzahlung.

3.2.3.3 Erhebung beim Emittenten der Aktien

Daneben wird vorgebracht, dass es allein darauf ankomme, dass auf die Dividende beim Emittenten der Aktien Kapitalertragsteuer erhoben sei.⁶⁸ Dies ergebe sich ua daraus, dass es für den Erwerber keinen Unterschied mache, ob beim Leerverkäufer eine zweite Kapitalertragsteuer erhoben wurde, entspreche doch die Höhe der Dividendenkompensationszahlung „stets der Höhe der Originaldividende und ist allein vom Einbehalt der Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien abhängig“.⁶⁹

Darüber hinaus würde die zweite Erhebung der Kapitalertragsteuer allein den Leerverkäufer belasten und das 2007 geschaffene Regelungssystem für Dividendenkompensationszahlungen sei „bewusst darauf angelegt, unabhängig von der Kenntnis und dem Wissen des Erwerbers und seiner Depotbank, ob dem Aktienerwerb ein Inhaber- oder Leerverkauf zu Grunde lag, zu funktionieren“.⁷⁰

Diesen Ausführungen steht der klare Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG entgegen, fordert doch dieser, dass auf die Bezüge des die Anrechnung Begehrenden (dh auf die Dividendenkompensationszahlung) Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Diesem Erfordernis ist durch die Einbehaltung der Kapitalertragsteuer beim Emittenten nicht genügt,

61 Vgl. Hessisches FG v. 8.10.2012 – 4 V 1661/11, DStR 2012, 2381 (2383 f.).

62 Vgl. Klein BB 2013, 1054; Blumers/Elicker BB 2012, 3187; Desens DStZ 2012, 246. Gegen die Entscheidung wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.

63 Vgl. Klein BB 2013, 1054 (1056); Berger/Matuszewski BB 2011, 3098.

64 Vgl. BFH v. 23.4.1996 – VIII R 30/93, DStR 1996, 1526 = BB 1997, 133 dort Rn. 14.

65 Vgl. Klein BB 2013, 1054 (1056); ders. BB 2015, 726 (732); Desens DStZ 2012, 246 (250 f.); Berger/Matuszewski BB 2011, 3098; Haritz/Werneburg NWB 2015, 657 (662).

66 Vgl. BFH v. 20.10.2010 – I R 54/09, BFH/NV 2011, 641 = BeckRS 2011, 94294 Rn. 26, unter Hinweis auf BFH v. 23.4.1996 – VIII R 30/93, DStR 1996, 1526 = BB 1997, 133 dort Rn. 14.

67 Vgl. hierzu auch die zutreffenden Ausführungen von Bruns DStZ 2012, 333 (336).

68 Vgl. Desens DStZ 2014, 154 (156).

69 Vgl. Desens DStZ 2014, 154 (157).

70 Vgl. Desens DStZ 2014, 154 (158).

denn dieser Steuerabzug erfolgt für die Dividende, die dem Inhaber I zusteht, und nicht für die Bezüge des Leerkäufers LK. Dies ist eindeutig und eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut der Norm kommt auch hier nicht in Betracht, wie bereits oben dargestellt, würde doch dies erfordern, dass eine Auslegung nach dem Wortlaut keinen Sinn ergeben würde. Die Auslegung nach dem Wortlaut ergibt aber sehr wohl Sinn, führt sie doch dazu, dass dann, wenn auf die Bezüge des die Anrechnung Begehrenden keine Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde, auch keine Kapitalertragsteuer angerechnet werden kann. Dies ist ja gerade der Sinn des Kapitalertragsteuersystems.

3.2.3.4 Steuererhebung kraft Fiktion?

Ein weiteres Argument lautet, dass die ab 2007 geltende Regelung des § 45a Abs. 3 S. 2 Hs. 2 EStG eine Fiktion enthalte, aus der sich ergebe, dass die auf die Dividende abgeführte Kapitalertragsteuer zusätzlich auch als auf die Dividendenkompensationszahlung abgeführt gelten soll.⁷¹

Dazu ist zunächst anzumerken, dass § 45a EStG eine Norm ist, die § 44 EStG schon nach ihrer systematischen Stellung im Gesetz nachgeschaltet ist. § 44 EStG regelt den Abzug der Kapitalertragsteuer, § 45a EStG befasst sich demgegenüber mit der Anmeldung und Bescheinigung der abgezogenen Kapitalertragsteuer, dies ist auch die Überschrift der Norm. Dementsprechend regelt § 45a EStG im Einzelnen, wer die Kapitalertragsteuer zu bescheinigen hat und welche Angaben die Bescheinigung enthalten muss, sagt aber überhaupt nichts dazu aus, ob Kapitalertragsteuer abgezogen und damit „erhoben“ wurde, sondern setzt das für die zu bescheinigenden Sachverhalte voraus. Schon vor diesem Hintergrund überrascht das Argument, dass sich aus einer Regelung zur Ausgestaltung der Bescheinigung eine fiktive Erhebung durch Steuerabzug ergeben soll.

Dazu heißt es in § 45a Abs. 3 EStG (in der bis 2011 geltenden Fassung) wörtlich:

„¹Werden Kapitalerträge für Rechnung des Schuldners durch ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut gezahlt, so hat anstelle des Schuldners das Kreditinstitut oder das Finanzdienstleistungsinstitut die Bescheinigung zu erteilen.²Satz 1 gilt in den Fällen des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 entsprechend; der Emittent der Aktien gilt insoweit als Schuldner der Kapitalerträge.“

Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich lediglich, dass für Zwecke der Bescheinigung „der Emittent der Aktien als Schuldner der Kapitalerträge gilt“. Daraus lässt sich aber nicht entnehmen, dass in Leerverkaufskonstellationen unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank eine auf die Dividendenkompensationszahlung tatsächlich nicht erhobene Kapitalertragsteuer als erhoben gelten soll. Das gibt der Wortlaut der Norm nicht her.

Aus der systematischen Stellung im Gesetz kann man dies auch nicht entnehmen, ist sie doch der Regelung zum Steuerabzug nachgeschaltet und indiziert schon von daher – wie bereits ausgeführt –, dass sie nur zur Anwendung kommt, wenn ein Steuerabzug erfolgt sein sollte. Hätte der Gesetzgeber eine solche Fiktion zu Lasten des Fiskus tatsächlich

schaffen wollen, dann wäre der richtige Ort dafür § 44 EStG gewesen, und dann hätte er dies auch durch einen klaren Wortlaut so anordnen können.

Aus dem Sinn und Zweck der Norm kann sich das auch nicht ergeben, denn die Norm hat nicht den Sinn, eine nicht erhobene Kapitalertragsteuer als fiktiv erhoben zu qualifizieren. Ihr Sinn erschöpft sich vielmehr darin, das Verfahren zur Bescheinigung der abgezogenen Kapitalertragsteuer bei Dividendenkompensationszahlungen durch einen Leerverkäufer, der sich einer inländischen Depotbank bedient, zu regeln. Das ergibt sich nicht nur aus der systematischen Stellung der Norm, sondern auch aus dem Sinn und Zweck der Kapitalertragsteuer allgemein, oder wie es das FG Hessen ausdrückt: Es ist „evident, dass als Vorauszahlung nur Steuern angerechnet werden können, die auch tatsächlich erhoben worden sind“.⁷²

Im Übrigen: Die Norm war im Jahre 2007 notwendig geworden, da bei inländischen Verkäuferbanken diese die Kapitalertragsteuer einzubehalten hatten und es einer Regelung zur Bescheinigung bedurfte. Der Gesetzgeber ist insoweit dem Vorschlag des Bankenverbandes gefolgt, dass die Bescheinigung keine Dividendenkompensationszahlung durch den Veräußerer ausweisen soll, sondern dass der Emittent der Schuldner der Kapitalerträge sei, mehr aber auch nicht. Der Beweggrund dafür, der in der Regierungsbegründung allerdings nicht genannt ist, dürfte – wie *Desens* ausführte⁷³ – eine Verfahrenserleichterung für die die Kapitalertragsteuer bescheinigenden Depotbanken gewesen sein, führt doch dies dazu, dass diese für Zwecke ihrer Bescheinigung nicht ermitteln mussten, ob es sich um eine echte Dividende oder um eine Dividendenkompensationszahlung handelte.⁷⁴ Mit anderen Worten ist der Gesetzgeber den Bedürfnissen der Banken auf Bitten des Bankenverbandes entgegengekommen. Die aus Sicht des Fiskus bessere Regelung – und wie sich heute zeigt, auch wohl aus Sicht der Banken selbst – wäre es allerdings gewesen, dass die Dividendenkompensationszahlung und die Abführung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten bescheinigt werden. In den Zeiten der heutigen IT-Systeme ist dies auch ohne weiteres möglich. Dies war aber von den Banken wohl nicht gewollt. Daraus dann aber zu schließen, dass es der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, dass auf die Dividendenkompensationszahlung nicht erhobene Kapitalertragsteuer als abgezogen und erhoben gilt, ist nicht möglich.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 45a EStG ergibt sich ebenfalls nicht, dass damit erreicht werden sollte, dass nicht abgezogene Kapitalertragsteuer als abgezogen und erhoben gelten soll. Wir haben sämtliche Gesetzesmaterialien, die es hierzu gibt, nach bestem Gewissen gesichtet. Unser Ergebnis fällt insoweit eindeutig aus: Nirgendwo findet sich auch nur der versteckte Hinweis, dass es Ziel der Norm war, nicht erhobene Kapitalertragsteuer als fiktiv erhoben zu qualifizieren.

Als Fazit bleibt jedenfalls festzuhalten, dass aus § 45a Abs. 3 S. 2 EStG nicht entnommen werden kann, dass die nicht abgezogene Kapitalertragsteuer kraft Fiktion als durch Steuerabzug erhoben gilt.

72 Vgl. FG Hessen v. 8.10.2012 – 4 V 1661/11, DStR 2012, 2381.

73 Vgl. *Desens* DStZ 2014, 154 (158).

74 Vgl. *Desens* DStZ 2014, 154 (158).

71 Vgl. *Desens* DStZ 2014, 154 (157).

3.2.3.5 Beweiswirkung der Kapitalertragsteuerbescheinigung

In der Literatur wird schließlich für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer als weitere Begründung vorgebracht, dass die Vorlage der Bescheinigung eine volle Beweiswirkung über die Erhebung der Kapitalertragsteuer immer dann habe, falls die Bescheinigung richtig sei.⁷⁵ Richtig sei die Bescheinigung bei Dividendenkompensationszahlungen dann, wenn Kapitalertragsteuer beim Emittenten auf die Dividendenzahlung erhoben sei. Mit anderen Worten: Immer dann, wenn jemand eine solche Bescheinigung vorlegen kann, kann er auch die Anrechnung begehren.

Auch dieser Ansicht ist zu widersprechen, denn es kommt insoweit auch noch nicht einmal darauf an, ob die Bescheinigung richtig oder falsch ist (uE ist die Bescheinigung im Übrigen falsch, vgl. unten die Ausführungen zu 3.2.4). Wäre das Argument zutreffend, bedürfte es der anderen Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nicht, auch dies erscheint offensichtlich. Mit diesem Argument hatte sich im Übrigen bereits das OLG Köln in seiner Entscheidung v. 11.12.2014 zu einer Amtshaftungsklage auseinandersetzen und führte völlig zutreffend aus:⁷⁶

„[Diesem] Argument liegt allerdings ein unzulässiger Umkehrschluss zugrunde. Wenn der Nachweis, dass die Kapitalertragsteuer gezahlt wurde, nur durch die Vorlage einer Bescheinigung erbracht werden kann, so folgt daraus noch nicht, dass ein Erstattungsanspruch auch dann besteht, wenn trotz vorgelegter Bescheinigung tatsächlich keine Kapitalertragsteuer gezahlt wurde.“

Dies entspricht wohl auch der Auffassung des BFH. Für den BFH scheint dies so offensichtlich zu sein, dass er sich in seiner Entscheidung v. 16.4.2014 mit der Frage erst gar nicht auseinandersetzt, obwohl laut unstrittigem Sachverhalt der Kläger über eine Bescheinigung verfügte.⁷⁷

3.2.3.6 Zwischenergebnis

Auf Dividendenkompensationszahlungen unter Einschaltung einer ausländischen Verkäuferbank ist weder in den Jahren bis 2006 noch in den Jahren 2007 bis 2011 Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben worden. Eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer kommt damit nicht in Betracht. Eine Gesetzeslücke gab es insoweit zu keinem Zeitpunkt. Eine weitere Frage, die hier nicht zu klären ist, ist, ob der Leerkäufer, der von einem Verkäufer unter Einschaltung einer ausländischen Verkäuferbank erworben hat, nicht einen zivilrechtlichen Anspruch gegen diesen Verkäufer auf Zahlung eines Betrages in Höhe der nicht einbehaltenen Steuer hat.⁷⁸ Dafür spricht einiges, denn der Leerkäufer hat Aktien cum Dividende erworben und ex Dividende geliefert bekommen. Dass sich der Leerkäufer grundsätzlich mit der Nettzahlung begnügte, liegt allein daran, dass er im Glauben war, in den Genuss der Anrechnung der Kapitalertragsteuer zu gelangen. Da dies aber nicht

möglich ist, müsste er einen Anspruch gegen den Verkäufer haben.

3.2.4 Bescheinigung iSd § 45a Abs. 2 und § 45a Abs. 3 EStG

Angesichts des bisherigen Ergebnisses kommt es grundsätzlich nicht mehr darauf an, ob der Leerkäufer die in § 45a Abs. 2 oder Abs. 3 EStG bezeichnete Bescheinigung vorlegen kann. Gleichwohl soll noch der Frage nachgegangen werden, ob die Depotbanken des Leerkäufers überhaupt befugt waren, entsprechende Bescheinigungen auszustellen. Die einzig mögliche Gesetzesgrundlage, aus der sich diese Befugnis ableiten könnte, ist die bereits erwähnte Regelung des § 45a Abs. 3 S. 2 EStG. Dazu ist zunächst Folgendes anzumerken.

Die im Jahre 2007 eingeführten komplementären Regelungen zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG, nämlich § 44 Abs. 1 S. 3 EStG und § 45a Abs. 3 S. 2 EStG, befassen sich ausweislich der Gesetzesbegründung (die durch den Bankenverband vorgeschrieben wurde) nur mit Leerverkaufskonstellationen, bei denen sich der Verkäufer einer inländischen Depotbank bedient. Heißt es doch: Durch diese Regelungen „können alle von der inländischen Verkäuferbank identifizierten Leerverkäufe erfasst werden“.

Bereits dies lässt vermuten, dass § 45a Abs. 3 S. 2 EStG sich genauso wenig mit Leerverkäufen unter Einschaltung einer ausländischen Verkäuferbank befasst wie § 44 Abs. 1 S. 3 EStG. Es würde nämlich keinen Sinn ergeben, wenn der Gesetzgeber für solche Konstellationen eine Regelung zur Bescheinigung der Kapitalertragsteuer schaffen würde, wenn er gleichzeitig in § 44 Abs. 1 S. 3 EStG explizit auf den Steuerabzug verzichtet hat. Dies erscheint offensichtlich. Bestätigt wird dies dann wenig überraschend auch durch den Gesetzeswortlaut.

§ 45a Abs. 3 EStG lautet:

„¹Werden Kapitalerträge für Rechnung des Schuldners durch ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut gezahlt, so hat anstelle des Schuldners das Kreditinstitut oder das Finanzdienstleistungsinstitut die Bescheinigung zu erteilen. ²Satz 1 gilt in den Fällen des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 entsprechend; der Emittent der Aktien gilt insoweit als Schuldner der Kapitalerträge.“

Aus § 45a Abs. 3 S. 2 EStG ergibt sich zunächst, dass S. 1 für Dividendenkompensationszahlungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG) entsprechend gilt. Aus S. 1 wiederum ergibt sich, dass die inländische Depotbank des Erwerbers die Bescheinigung „anstelle“ des Schuldners zu erstellen hat. Damit die Bescheinigungspflicht des Kreditinstitutes an die Stelle derer des Schuldners der Dividendenkompensationszahlung treten kann, ist also nach dem insoweit klaren Wortlaut Voraussetzung, dass zunächst diesen eine Bescheinigungspflicht trifft, die dann durch § 45a Abs. 3 EStG auf das inländische Kreditinstitut des Käufers übergeleitet wird.

Anders ausgedrückt: Sollte den Schuldner der Kapitalerträge, dh den Leerverkäufer, der sich einer ausländischen Depotbank bedient, keine Bescheinigungspflicht treffen, kann auch die Depotbank keine solche Pflicht haben. Und genau dies ist der Fall, leitet sich doch die Bescheinigungspflicht aus der vorangehenden Pflicht zum Steuerabzug ab,

⁷⁵ Vgl. *Desens* DStZ 2014, 154; *Berger/Matuszewski* BB 2011, 3103; wohl auch *Derlien/Kern* BB 2013, 1943 (1948); *Klein* BB 2013, 1054 (1056).

⁷⁶ Vgl. OLG Köln v. 11.12.2014 – 7 U 23/14, BeckRS 2015, 05658 Rn. 59.

⁷⁷ Vgl. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

⁷⁸ So *Amann* DB Steuerrechtsprechung kompakt, 2012, 34 (36).

AUFSÄTZE

an dieser fehlt es aber gerade (dies ist ja die Kernidee der „Cum/Ex-Geschäfte“). Etwas anderes könnte sich nur aufgrund irgendwie gearteter Fiktionen ergeben. Für den Schuldner der Kapitalerträge sieht aber das Gesetz in § 45a Abs. 2 EStG keine Fiktionen vor.

Dies ist vor dem Hintergrund der Regierungsbegründung auch konsequent. Die Folge des Ganzen ist, dass die Depotbank tatsächlich keine Berechtigung zur Ausstellung einer Bescheinigung hat. Dies erscheint für die Depotbank unbefriedigend, da sie ggf. aufgrund der Börsenusancen gar nicht erkennen konnte, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank handelte. Gleichwohl haftet sie nach § 45a Abs. 7 EStG für den dem Fiskus aufgrund dieser Bescheinigung entstandenen Schaden. Andererseits war es für die Depotbank ohne weiteres möglich zu erkennen, dass Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert wurden. In diesen Fällen hätte man Nachforschungen anstellen müssen. Die Bescheinigung aber einfach zu erteilen, war nicht der richtige Weg. Bei einer falschen Bescheinigung stellt sich dann – wie erwähnt – die Frage der Haftung nach § 45a Abs. 7 EStG.⁷⁹

Die Schuld dafür kann man im Übrigen nicht dem Gesetzgeber zuordnen, sondern man wird sie bei den Banken und ihren Verbänden selbst suchen müssen. Dies allein schon deshalb, da dieses System einschließlich des Gesetz gewordenen Wortlautes vom Bankenverband mit seinem Schreiben aus 2002 dem Gesetzgeber selbst vorgeschlagen wurde. Der Bankenverband dürfte damit den Depotbanken einen Bären-dienst erwiesen haben.

4. Gestaltungsvarianten zu Cum/Ex-Geschäften

In der Praxis sind „Cum/Ex-Geschäfte“ in verschiedenen Gewändern aufgetreten. Regelmäßig zeichnen sich diese Geschäfte dadurch aus, dass der Leerkäufer – wie auch im BFH-Urteil v. 16.4.2014 – die gekauften Aktien nicht behielt, sondern – auf welche Weise auch immer – weiterübertragen hat. Am Ende der Kette stand häufig der ursprüngliche Aktieninhaber. Durch diese Begleitgeschäfte wurde dann der „Gewinn“ aus dem „Cum/Ex-Geschäft“ zwischen den Parteien, dh Leerverkäufer, Aktieninhaber, Leerkäufer und ggf. auch den beteiligten Banken verteilt.

Vielfach hat der Leerverkäufer die Aktien, die er gar nicht besessen hat, nicht nur an einen Leerkäufer verkauft, sondern gleich an mehrere. Dazu folgendes Beispiel:

Eine ausländische Investmentbank (LV) leiht sich 10 Tage vor dem Dividendenstichtag große Aktienbestände eines inländischen börsennotierten Unternehmens von einem ausländischen Fondsvermögen, das nicht zur Kapitalertragsteueranrechnung bzw. -erstattung berechtigt war. Die Bruttodividende soll 10,-€ betragen und der Marktpreis einer Aktie 100,-€. Sodann verlich LV die Aktien an ein unbeschränkt steuerpflichtiges Körperschaftsteuersubjekt, und es wird vereinbart, dass die Aktien am Tag nach dem Dividendenstichtag OTC zurückzugewähren sind. LV veräußert zusätzlich einen Tag vor dem Dividendenstichtag die verliehenen Aktien – unter Einschaltung eines Brokers – über die Frankfurter Wertpapierbörse zum Marktpreis von 100,-€ je Aktie an eine deutsche Kapitalgesellschaft

(Leerkäufer 1). Zeitgleich schließt LV an einer Terminbörse ein Termingeschäft zum Rückkauf der gleichen Anzahl an Aktien ab, der Fälligkeitszeitpunkt liegt nach dem Dividendenstichtag. Das Termingeschäft ist auf Barausgleich gerichtet und der Ausübungspreis ist höher als der Börsenkurs der Aktie abzüglich Dividende, bspw. 91,-€. LV tätigt sodann das identische Geschäft (Leerverkauf und Termingeschäft) erneut mit einem weiteren Leerkäufer und ggf. auch noch ein drittes und ein viertes Mal oder sogar noch öfter.⁸⁰ Die Leerkäufer werden auch Gegenpartei der jeweiligen Termingeschäfte.

Am Dividendenstichtag wird die Nettodividende von 7,5 € vom Emittenten an den Entleiher gezahlt, es wird Kapitalertragsteuer durch den Emittenten abgeführt und der Entleiher erhält als Aktieninhaber eine Steuerbescheinigung. Am Tag nach dem Dividendenstichtag werden die Aktien OTC auf LV übertragen und LV belieferte Leerkäufer 1. LV zahlt Leerkäufer 1 eine Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende von 7,5 € und dessen Depotbank erstellt eine Steuerbescheinigung über 2,5 €. Leerkäufer 1 verkauft sodann die Aktien sofort OTC an LV zum Marktpreis von 90,-€ zurück und stellte sein Termingeschäft durch ein neues gegenläufiges Termingeschäft glatt, Leerkäufer 1 hat dann aus dem Geschäft einen Gewinn von 1,-€ erzielt, falls die Steueranrechnung gelingt. LV erzielt einen Gewinn von 1,5 € und zwar unabhängig davon, ob die Steueranrechnung gelingt. LV beliefert anschließend nach der gleichen Methode den zweiten Käufer, der sofort OTC zurückverkauft und sein Termingeschäft glattgestellt hat. Sodann wird der dritte Käufer beliefert und dann der vierte. Sollte alles wie geplant verlaufen, hätte LV einen Gewinn von 6,-€ und die Leerkäufer in Summe einen Gewinn von 4,-€ erzielt. Der Fiskus hätte diesen Gesamtgewinn mit einem Aufkommensverlust von 10 € finanziert. Bei dieser engen zeitlichen Taktung konnte es – was nicht weiter verwunderlich ist – auch zu Lieferschwierigkeiten mit entsprechenden zeitlichen Verzögerungen kommen, wie beispielsweise im vom FG Hessen entschiedenen Fall.⁸¹

Die eben beschriebene Variante ist nur ein Beispielfall, die Akteure, die solchen Grundstrukturen folgten, sind allesamt Kapitalmarktexperten und waren ohne weiteres in der Lage, noch zahlreiche weitere Parteien zwischenzuschalten um weiter zu verschleiern, wer tatsächlich hinter den Geschäften stand. Mit entsprechender Intelligenz und Energie war hier vieles möglich.

Eine dem OLG Köln vorliegende Variante, die auch in der Presse erwähnt wurde⁸², ist eine Fondskonstruktion, die in etwa wie folgt aussah.⁸³

Ein luxemburgischer Fonds sammelte von verschiedenen Investoren Gelder ein.⁸⁴ Der Fonds überließ die Gelder einem amerikanischen Pensionsfonds, der diese dann dazu einsetzte, um als Leerkäufer aufzutreten. Der amerikanische Pensionsfonds als Leerkäufer hat sodann die Kapitalertragsteuerbescheinigung für die nicht erhobene Kapitalertragsteuer erhalten und beehrte beim Bundeszentralamt für Steuern die Erstattung der Kapitalertragsteuer⁸⁵. Die Gelder der Investoren wurden benötigt, um die Leerkäufe zu finanzieren. Sie stellten den Eigenkapitaleinsatz dar, der Fonds nahm anschließend erheb-

80 Bspw. über die englische Liffe, dort beträgt die Lieferfrist 4 Tage.

81 FG Hessen v. 8.10.2012 – 4 V 1661/11, DStR 2012, 2381.

82 Vgl. bspw. Wirtschaftswoche v. 28.4.2014, S. 86 f.

83 Vgl. OLG Köln v. 11.12.2014 – 7 U 23/14, Rz. 59, nachzulesen unter www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln.

84 Vgl. bspw. Stern v. 19.3.2014, nachzulesen unter <http://www.stern.de/investigativ/maschmeyer-slomka-co-die-fragwuerdigen-deals-der-prominenten-in-der-schweiz-2097533.html>.

85 Pensionsfonds sind nach dem DBA Deutschland-USA abkommensberechtigt und in Deutschland mit den Kapitaleinkünften nicht steuerpflichtig. Daher steht ihnen für die auf ihre Einkünfte erhobene und abgeführte Kapitalertragsteuer ein Erstattungsanspruch zu.

79 Vgl. hierzu *Anzinger RdF* 2012, 394 (401).

liche Fremdmittel auf und tätigte die Geschäfte. Den Investoren wurde eine „gute Rendite“ auf die eingesetzten Mittel für den Fall versprochen, dass der Leerkäufer aus seinen Geschäften keinen Verlust macht. Falls es zur Erstattung der Kapitalertragsteuer kommen sollte, ist der Verlust ausgeschlossen und die Investoren erhalten ihr Geld verzinst zurück. Falls es nicht zur Erstattung der Kapitalertragsteuer kommt, macht der Fonds nach der Kompensation für die ihm entstandenen Kosten einen Verlust und die Rückzahlung der Investorengelder findet nicht statt. Dies scheint in den pressebekanntesten Fällen geschehen zu sein. Mit anderen Worten, diese Gestaltung war vordergründig besonders geschickt, führte sie doch für die Initiatoren selbst dann zu einem Gewinn, wenn die Kapitalertragsteuer gar nicht erstattet wurde, da man ja in dieser Situation die Gelder der Investoren, den Eigenkapitaleinsatz, behalten konnte. Wie aus der Presse zu entnehmen ist, klagen nun aber die Investoren gegen die Initiatoren.⁸⁶

5. Problematik der nicht aufklärbaren Sachverhalte

5.1 Das Problem bei Börsengeschäften

In der Literatur wird davon berichtet, dass bei „Cum/Ex-Geschäften“, die über die Börse abgewickelt wurden, der Käufer von Aktien nicht wissen konnte, ob der Verkäufer ein Leerverkäufer gewesen sei.⁸⁷ Es bestünde auch immer die Möglichkeit, dass er vom Inhaber gekauft habe und damit wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie wurde. Dies ist nicht richtig, falls der Kauf an einer Börse mit zentralem Kontrahenten, bspw. der Frankfurter Wertpapierbörse getätigt wurde. Wie oben dargestellt, kommt in diesen Fällen der Kaufvertrag mit dem zentralen Kontrahenten, also bspw. mit der Eurex Clearing AG zustande. Daher liegen bei Börsengeschäften immer Erwerbe vom Leerverkäufer vor, da die Eurex Clearing AG über keine Aktien verfügt und damit nicht Aktieninhaber ist.⁸⁸

Dies hat zur Konsequenz, dass derjenige, der an der Börse (sofern es an dieser Börse einen zentralen Kontrahenten geben sollte) eine Aktie cum Dividende kauft und die Aktie ex Dividende geliefert bekommt, vor 2007 immer nur eine Schadensersatzzahlung vereinnahmt hat und ab 2007 immer eine Dividendenkompensationszahlung erhalten hat. Es kann damit vollumfänglich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, mit der Konsequenz, dass bei „Cum/Ex-Geschäften“, die über die Börse abgewickelt wurden, bis 2006 einschließlich die Anrechnung nie und ab 2007 nur dann in Betracht kommt, falls auf die Dividendenkompensationszahlung Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

Folgt man unserer Auffassung nicht und unterstellt stattdessen, dass auch bei Einschaltung eines zentralen Kontrahenten der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums mit Vertragsabschluss dann möglich ist, falls die andere Gegenpartei des zentralen Kontrahenten Aktieninhaber gewesen sein sollte stellt sich folgende Frage: Wie ist zu verfahren falls der die Anrechnung Begehrende zwar eine Bescheinigung vorlegen

kann, es ist aber nicht beweissicher ermittelbar, ob der zentrale Kontrahent vom Aktieninhaber oder vom Leerverkäufer gekauft hat?⁸⁹ Die gleiche Frage stellt sich auch, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass eine Dividendenkompensationszahlung vorliegt, aber nicht aufzuklären ist, ob der Veräußerer eine in- oder eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat.

5.2 Entscheidung nach der Beweislast

5.2.1 Die Beweislastgrundregel

Um diese Frage beantworten zu können, ist es erforderlich, die Beweislastregeln etwas näher zu betrachten. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BFH trifft bei einer nicht mehr behebbaren Ungewissheit über den Sachverhalt für die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen die Finanzbehörde und für die steuerentlastenden oder -mindernden Tatsachen den Steuerpflichtigen die Beweislast.⁹⁰ Zu beweisen hat der Steuerpflichtige die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, also nicht nur die Bezüge iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sondern auch, dass auf diese Bezüge Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Kann er dies nicht, entfällt die Anrechnungsmöglichkeit. Anders wäre es dann, falls die Beweislastgrundregel ausnahmsweise durchbrochen wäre (Beweislastumkehr), weil der die Anrechnung Begehrende eine Bescheinigung vorlegen kann.

5.2.2 Umkehr der Beweislast durch Steuerbescheinigung?

Dies mag der Fall sein bei Aktieninhabern, die ihre Aktien cum Dividende gekauft und cum Dividende geliefert bekamen und die Aktien dauerhaft im Bestand haben (das ist die große Mehrheit der Aktienbesitzer). Dies gilt aber nicht bei Aktienerwerbern, die Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert bekamen. Hintergrund hierfür ist, dass die Bescheinigung in diesen Fällen erst gar nicht die zu beweisende Tatsache bescheinigt, nämlich, dass im Falle eines Leerverkaufs auf die Dividendenkompensationszahlung Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Wie oben ausführlich dargestellt, enthält die Bescheinigung auch in diesen Fällen nur die Aussage, dass auf die Dividende Kapitalertragsteuer durch den Aktienemittenten einbehalten wurde. Die Bescheinigung hat daher bereits aus diesem Grunde keine Aussagekraft für die zu beweisende Tatsache. Darüber hinaus ist in den Fällen, bei denen Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert wurden, auch gar nicht sicher, ob die Bescheinigung überhaupt richtig ist. In vielen Fällen dürfte dies – wie oben unter 3.2.4 ausgeführt – nicht der Fall sein. Eine falsche Bescheinigung kann auch keine Beweiskraft haben.

5.2.3 Umkehr der Beweislast aufgrund BFH-Rechtsprechung?

Von einem Teil des Schrifttums wird demgegenüber die Auffassung vertreten, dass die Vorlage der Bescheinigung immer ausreicht, um zu beweisen, dass die Einkommensteuer auf die Einkünfte des die Anrechnung Begehrenden durch

86 Vgl. bspw. Wirtschaftswoche v. 28.4.2014, 86 f.

87 Vgl. bspw. *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943.

88 Vgl. oben 3.2.1.5.2.

89 UE müsste der zentrale Kontrahent dies aber wissen. Er müsste angesichts des Umfangs der hier in Rede stehenden Geschäfte (zumindest dreistellige Millionenbeträge) außerdem auch heute noch prüfen können, von wem er die Aktien gekauft hat.

90 Vgl. BFH v. 4.10.2005 – XI B 111/04, BFH/NV 2006, 320 = BeckRS 2005, 25008989 mwN.

Steuerabzug erhoben sei. Dabei beruft man⁹¹ sich auf zwei BFH-Entscheidungen v. 12.2.2008⁹² und v. 29.4.2008.⁹³ Aus diesen Entscheidungen würde sich ergeben, dass der Steuerpflichtige den Nachweis der erhobenen Kapitalertragsteuer allein durch die Bescheinigung iSd § 45a Abs. 2 bzw. Abs. 3 EStG erbringen könne. Folglich sei der Nachweis durch Vorlage der Bescheinigungen auch erbracht, da es kein anderes zulässiges Beweismittel gebe. Dies gelte auch dann, wenn die Bescheinigungen aufgrund der Fiktion des § 45a Abs. 3 Hs. 2 EStG gar nicht ausweisen, dass auf die Dividendenkompensationszahlung Kapitalertragsteuer einbehalten worden sei. Die Finanzverwaltung und das FG Hessen⁹⁴ waren anderer Auffassung und handelten sich insoweit den Vorwurf der Kompetenzüberschreitung und verfassungswidrigen Vorgehens ein.⁹⁵ Zu dieser Argumentation hat sich – wie bereits oben ausgeführt – mittlerweile auch das OLG Köln geäußert. Es folgt im Ergebnis dem Hessischen FG und sieht in der Literaturargumentation einen unzulässigen Umkehrschluss.⁹⁶

Gleichwohl soll auf die vorgebrachte Argumentation eingegangen werden, dass sich aus der BFH-Rechtsprechung ergeben würde, dass der Beweis der erhobenen Kapitalertragsteuer durch Vorlage der Bescheinigung erbracht sei.

Die beiden genannten Entscheidungen ergingen zu Sachverhalten, die in den Jahren 1993 bzw. 1995 spielten.⁹⁷ Zu beiden Zeitpunkten sah das Gesetz noch nicht vor, dass die Bescheinigung Tatbestandsmerkmal für den Anrechnungsanspruch ist.⁹⁸ Bei beiden Sachverhalten wurde Kapitalertragsteuer auf die durch die jeweiligen Kläger erzielten Einkünfte erhoben. Die Kläger konnten aber die Bescheinigung überhaupt nicht⁹⁹ bzw. nicht rechtzeitig¹⁰⁰ vorlegen und der BFH hatte die Frage zu entscheiden, ob die Vorlage der Bescheinigung ungeschriebenes materiell rechtliches Tatbestandsmerkmal eines Anrechnungsanspruches war. Der BFH bejahte dies zu Lasten der Steuerpflichtigen in beiden Entscheidungen.

In der Entscheidung v. 12.2.2008 heißt es:

„Denn zu Lasten eines Steuerpflichtigen von einem Kreditinstitut einbehaltene und an das FA abgeführte Kapitalertragsteuer ist nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG auf die gegen den Steuerpflichtigen festgesetzte Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer anzurechnen. Die Vorlage einer Bescheinigung über die Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer (§ 45a Abs. 2 und 3 EStG) ist jedoch Voraussetzung der Anrechnung ...; sie erbringt den erforderlichen Nachweis der

Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer in gesetzlicher Form, welcher nur durch die vorgenannte Bescheinigung geführt werden kann (vgl. R 154 Abs. 2 i. V. m. R 213g Abs. 2 S. 1 der Einkommensteuer-Richtlinien 1993, sowie jetzt § 36 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 EStG; Blümich/Stuhrmann, § 36 EStG R.n. 28).“

Aus dieser Passage kann man uE nicht entnehmen, dass durch Vorlage einer Bescheinigung bei nicht aufklärbaren Sachverhalten der Beweis dafür erbracht ist, dass die Kapitalertragsteuer auf die durch einen potentiellen Leerkäufer erzielten Dividendenkompensationszahlungen durch Steuerabzug erhoben sei. Der BFH war insoweit nur bemüht zu begründen, warum die Bescheinigung materielle Anrechnungsvoraussetzung ist. Deutlich belegt wird dies durch den Hinweis auf die nun geltende Gesetzesfassung, in der dies verankert ist. Einen Hinweis zur Beweislastumkehr bei nicht aufklärbaren Sachverhalten ist dieser Entscheidung an keiner Stelle zu entnehmen, mit dieser Frage hatte sich der BFH auch nicht zu befassen.

In der Entscheidung v. 29.4.2008 ging es um die Frage, ob eine Steuerhinterziehung vorliegt, wenn jemand Tafelgeschäfte ausführt und diese nicht erklärt. Das Argument des Steuerpflichtigen war, dass dies nicht sein könne, da durch die bei Tafelgeschäften abgezogene Kapitalertragsteuer der Steueranspruch des Staates befriedigt sei und es daher nicht darauf ankommen könne, ob man eine Bescheinigung vorlegen kann oder nicht. Wie bereits ausgeführt, war zu diesem Zeitpunkt die Vorlage der Bescheinigung nach dem Gesetzeswortlaut noch kein Tatbestandsmerkmal und bei rein formaler Betrachtung sprach einiges für die Auffassung des Steuerpflichtigen. Der BFH entschied allerdings:

„Somit kann der Zweck der Regelung über die Kapitalertragsteuerbescheinigung, die praktikable und rechtssichere Durchführung der Kapitalertragsteueranrechnung zu ermöglichen, nur erreicht werden, wenn der Steuerpflichtige zwingend auf dieses spezielle Nachweisinstrument verwiesen wird. In seiner Auffassung sieht sich der Senat durch die Entstehungsgeschichte der ab dem Veranlagungszeitraum 1996 geltenden Neufassung des § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EStG bestätigt. Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Anfügung des Satzes 2 in die Anrechnungsvorschrift lediglich eine gesetzliche Klarstellung der seit längerem in den EStR enthaltenen Regelung, wonach eine Anrechnung ohne Kapitalertragsteuerbescheinigung nicht möglich ist, bezweckte. ... Zudem lassen die gesetzlichen Sonderregelungen zur Behandlung von Tafelgeschäften darauf schließen, dass der Gesetzgeber bei diesen Geschäften die Kapitalertragsteuerbescheinigung als unverzichtbares Nachweismittel angesehen hat, um den offenkundigen Manipulationsmöglichkeiten angemessene Rechnung zu tragen. Faktisch ist die Kapitalertragsteuerbescheinigung hier schon deshalb unentbehrlich, weil es bei Tafelgeschäften an alternativen urkundlichen Nachweisen, wie zum Beispiel Ertragnisaufstellungen der Banken, fehlt.“

Auch diese Ausführungen waren ersichtlich darauf ausgerichtet zu begründen, warum die Vorlage der Bescheinigung materielle Tatbestandsvoraussetzung ist, obwohl dies so nicht im Gesetz stand. Daraus kann man aber nicht entnehmen, dass dann, wenn gerade unklar bzw. sogar zu vermuten ist, dass keine Kapitalertragsteuer einbehalten wurde, dies aufgrund einer Bescheinigung anzunehmen sei, die noch nicht einmal ausweist, dass auf die durch den Steuerpflichtigen erzielten Bezüge Kapitalertragsteuer einbehalten wurde und die zumindest das Risiko in sich trägt, dass sie – wie oben dargestellt – unrichtig ist.

91 Vgl. bspw. Haritz/Werneburg NWB 2015, 657 (662); Desens DStZ 2014, 154 (158).

92 Vgl. BFH v. 12.2.2008 – VII R 33/06, BStBl. II 2008, 504 = DStRE 2008, 715.

93 Vgl. BFH v. 29.4.2008 – VIII R 28/07, BStBl. II 2009, 842 = DStR 2008, 1377.

94 Vgl. FG Hessen v. 8.10.2012 – 4 V 1661/11, DStR 2012, 2381.

95 Vgl. Haritz/Werneburg NWB 2015, 657 (662); Blumers/Elicker BB 2012, 3187.

96 Vgl. OLG Köln v. 11.12.2014 – 7 U 23/14, BeckRS 2015, 05658 R.n. 59.

97 Vgl. Fn. 92 und 93.

98 § 36 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 EStG wurde erst durch das JStG 1996 eingeführt.

99 So im Fall v. BFH v. 29.4.2008 – VIII R 28/07, BStBl. II 2009, 842 = DStR 2008, 1377.

100 So im Fall v. BFH v. 12.2.2008 – VII R 33/06, BStBl. II 2008, 504 = DStRE 2008, 715.

Gegen eine Beweislastumkehr spricht auch, dass der BFH die Regelung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG stets „wirtschaftlich“ im Interesse der „materiellen Steuergerechtigkeit“ verstanden hat. Beispielhaft hierzu ist eine Entscheidung des I. Senates des BFH v. 20.10.2010.¹⁰¹ Dort heißt es:

„Denn der BFH hat die in § 36 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 EStG 1997 getroffene Regelung stets ‚wirtschaftlich‘ verstanden. So ist nach seiner Rechtsprechung einerseits eine Abzugsteuer nicht insgesamt, sondern nur anteilig anzurechnen, wenn sie sich auf nicht vollständig bei der Veranlagung erfasste Einkünfte bezieht (BFH v. 19.12.2000 VII R 69/99, BFHE 194, 162, BStBl. II 2001, 353, m. w. N); das lässt sich aus dem Wortlaut der Regelung, der nur von einer Erfassung bei den ‚bei der Veranlagung erfassten Einkünften‘ spricht, zumindest nicht unmittelbar ableiten ... In allen diesen Fällen wurde vor allem auf die ‚materielle Steuergerechtigkeit‘ verwiesen, in deren Interesse die Abzugsteuer stets, aber auch nur in dem sachlich gebotenen Umfang zur Anrechnung zuzulassen sei.“¹⁰²

Diese Ausführungen sprechen gerade dagegen, § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG so auszulegen, dass die Möglichkeit besteht, dass nicht erhobene Kapitalertragsteuer angerechnet wird, hätte doch dies mit der materiellen Steuergerechtigkeit nichts mehr zu tun. Festzuhalten bleibt, dass die Argumentation nicht trägt, dass der BFH entschieden habe, dass durch die Vorlage der Bescheinigung bewiesen sei, dass Kapitalertragsteuer auf die durch einen potentiellen Leerkäufer erzielten Bezüge erhoben sei. Das Gegenteil ist der Fall, und es verbleibt bei einer Entscheidung nach der allgemeinen Beweislastgrundregel, dh der Steuerpflichtige ist bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag aufgefordert, die Erfüllung des Tatbestandes des § 36 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 EStG nachzuweisen. Er muss also nicht nur die Bescheinigung iSd § 45a Abs. 3 EStG vorlegen, sondern er muss auch beweisen, dass er Bezüge iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielte und dass auf diese Einkünfte Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

Durch die Gutschrift eines Betrages in Höhe der Nettodividende kann der Steuerpflichtige für Sachverhalte ab 2007 Einnahmen iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG beweisen, in den Jahren bis 2006 kann er mit der Gutschrift dies nicht sicher beweisen, könnte es sich doch auch um eine Schadensersatzzahlung handeln.¹⁰³ Fraglich ist für alle Fälle, wie der Steuerpflichtige beweisen kann, dass auf die Bezüge Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

Da die Bescheinigung – selbst wenn sie richtig sein sollte – hierzu alleine nicht taugt, liegt für den die Anrechnung Begleichenden eine missliche Situation vor. Der Beweis wird ihm voraussichtlich nur gelingen können, wenn er den Aktienverkäufer benennen kann, bei Börsengeschäften mit zentralem Kontrahenten wird er zusätzlich noch den an den zentralen Kontrahenten Veräußernden benennen müssen. Kann er dies, ist geklärt, ob es sich um einen Inhaberverkäufer handelt oder um einen Leerverkäufer, und wohl auch, ob sich ein solcher einer in- oder einer ausländischen Verkäuferbank bediente.

5.2.4 Anerkennung entgegen Beweislastregeln aufgrund Schutzbedürftigkeit?

Gegen die schlichte Subsumtion unter die Beweislastregeln im Steuerrecht wird in der Literatur ausgeführt, dass dies „jedem Gerechtigkeitsempfinden“ widerspreche¹⁰⁴, und dass der Steuerpflichtige „schutzbedürftig“ sei¹⁰⁵. Dazu sei nur Folgendes angemerkt: Bei „Cum/Ex-Geschäften“ im hier verstandenen Sinne geht es um gezielte Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag in Milliardenhöhe, diese Transaktionen sind nicht zufällig durch besonders schutzwürdige Marktteilnehmer entstanden. Derjenige, der in Milliardenhöhe bis 2011 Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert bekommen hat und des Weiteren die Aktien sofort kursgesichert wieder weiterverkauft hat, sollte in der Regel gewusst haben, was er tut, und entsprechend beraten gewesen sein. Die Personen, die solche Geschäfte tätigten, wussten, dass ihr Geschäftserfolg ganz entscheidend von der Kapitalertragsteueranrechnung abhängig ist (siehe nochmals oben unter 2.), und sie wussten auch, dass das Gesetz in § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG bereits nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut als Anrechnungsvoraussetzung fordert, dass auf die ihnen zuzurechnenden Einkünfte Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Diese Personen hätten auch wissen müssen, dass es nach der allgemeinen und bekannten Beweislastgrundregel an ihnen selbst liegt zu beweisen, dass die Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Wer sich in einer solchen Situation auf das Glatteis einer erhofften Beweislastumkehr (Ausnahme von der Regel!) begibt, ohne dass dies für solche Situationen je durch ein Gericht entschieden wurde, ist nicht schutzwürdig. Er hätte das Geschäft angesichts dieser Unsicherheiten nicht in der Anonymität machen sollen, sondern direkt mit einem Verkäufer. Ob ein solches Geschäft je zustande gekommen wäre, ist eine andere Frage.

Im Übrigen: Wer sonst in der Wirtschaft Geschäfte in dieser Größenordnung abschließt, tätigt regelmäßig umfangreichste Untersuchungen (Due Diligence) und versucht, sich gegen alle Risiken (auch Steuerrisiken), insbesondere aber gegen solche Risiken abzusichern, die betragsmäßig den erhofften Profit aus dem Geschäft um ein Vielfaches übersteigen. Eine solche Situation liegt hier vor. Wenn diese Absicherung aber nicht gelingt, muss sich der Anleger entscheiden, ob er ob das Geschäft dennoch tätigen will. Wer sich dann aber für das Geschäft entscheidet, weiß was er tut und ist nicht schutzwürdig. Auch der Vorwurf der Ungerechtigkeit erscheint vor diesem Hintergrund in einem neuen Licht. Ungerecht erscheint das hier gefundene Ergebnis aber für „normale“ Aktienkäufer, die zufällig Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert bekommen haben und die Aktien dauerhaft im Bestand halten, trifft doch auch diese Erwerber die Beweislast. Diesen ist es aber freilich unbenommen, die Bescheinigung beim Finanzamt vorzulegen. Die Bescheinigung bleibt ein Indiz und die Behörde bzw. das Finanzgericht kann es bei der Beweiswürdigung gleichwohl berücksichtigen. Bei der Beweiswürdigung wird auch zu berücksichtigen sein, ob die Aktien dauerhaft gehalten wurden

¹⁰¹ Vgl. BFH v. 20.10.2010 – I R 54/09, BFH/NV 2011, 641 = BeckRS 2011, 94294 Rn. 31.

¹⁰² Hervorhebung durch die Verfasser.

¹⁰³ Vgl. nochmals oben unter 3.1 mwN.

¹⁰⁴ Vgl. Klein BB 2013, 1054 (1056).

¹⁰⁵ Vgl. Derlien/Kern BB 2013, 1943.

AUFSÄTZE

und welche Höhe das Transaktionsvolumen aufgewiesen hat. Dies ermöglicht auch weiterhin, zu „gerechten“ Ergebnissen zu kommen. Den Leerkäufern ist es – falls sie sich ungerecht behandelt fühlen – im Übrigen unbenommen, sich gegebenenfalls bei ihrer Depotbank, beim zentralen Kontrahenten oder – falls ermittelbar – beim wirtschaftlichen Verkäufer schadlos zu halten.¹⁰⁶ Dadurch ist der Streit dann auch dorthin verlagert, wo er hingehört.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass bei unaufklärbaren Sachverhalten den Aktienerwerber die Beweislast dafür trifft, dass auf die von ihm erzielten Bezüge Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug einbehalten wurde. Um dies bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag mit Erwerb cum Dividende und Lieferung ex Dividende beweisen zu können, ist es grundsätzlich erforderlich, dass er den Verkäufer kennt. Allein durch die Bescheinigung kann er das nicht beweisen.

5.3 Anscheinsbeweis

Zu beantworten bleibt noch die Frage, ob der die Anrechnung Begehrende durch Vorlage der Bescheinigung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises beweisen kann, dass auch die anderen Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt sind. Von Anscheinsbeweis („Prima facie“-Beweis) spricht man, wenn aufgrund gesicherter Erfahrung wegen eines typischen Geschehensablaufs bestimmte Sachverhalte mit hoher Wahrscheinlichkeit feststehende Ursachen haben.¹⁰⁷ Im zu beurteilenden Fall wäre es also erforderlich, dass es der typische Geschehensablauf ist, dass jemand, der Aktiengeschäfte um den Dividendenstichtag tätigte und eine Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegen kann, auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt.

Wie die „Cum/Ex-Geschäfte“ in Milliardenhöhe beweisen, ist es nicht gerade der typische Geschehensablauf, dass jeder Bescheinigung auch erhobene Kapitalertragsteuer zugrunde liegt. Vielmehr dürfte das Gegenteil der Fall sein. Folglich versagen die Grundsätze des Anscheinsbeweises schon aus diesem Grunde. Zu fragen ist eher, ob der Anscheinsbeweis dafür spricht, dass die Voraussetzungen gerade nicht vorlagen. Darauf kommt es aber nicht an, da nach der allgemeinen Beweislastregel – wie im vorherigen Kapitel ausgeführt – der die Anrechnung Begehrende ohnehin die Beweislast dafür trägt, dass auf seine Einkünfte Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

6. Strafbarkeit der Beteiligten nach § 370 AO

Der objektive Tatbestand des § 370 AO ist bei „Cum/Ex-Geschäften“ in der Person des Leerkäufers stets erfüllt, falls dieser die Anrechnung der Kapitalertragsteuer geltend macht, da ihm die Anrechnung der Kapitalertragsteuer nicht möglich ist und er diese durch Vorlage der Bescheinigung dennoch begehrt.¹⁰⁸ Zu klären ist, ob auch der subjektive

Tatbestand des § 370 AO erfüllt ist. Dies ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig, und es wird zu prüfen sein, ob der Leerkäufer zumindest dolus eventualis hatte, dh ob er billigend in Kauf nahm, dass er entweder keine Einkünfte iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielte (dies gilt für die Jahre bis 2006 einschließlich oder in Konstellationen, die der BFH Entscheidung v. 16.4.2014 entsprechen) oder dass keine Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass „Cum/Ex-Geschäfte“ nie zur Verwirklichung des § 370 AO führen konnten.¹⁰⁹ Begründet wird dies ua damit, dass sich die jeweiligen Marktteilnehmer auf die Regierungsbegründung aus dem Jahre 2006 berufen könnten und sich aus dieser ergeben würde, dass der Leerkäufer wirtschaftliches Eigentum hätte erwerben können und es Ziel der Gesetzesänderung gewesen sei, die Steuerausfälle zu verringern, nicht aber zu verhindern.¹¹⁰ Daraus würde folgen, dass der Gesetzgeber der Auffassung war, dass bei Leerverkaufskonstellationen unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank auf Seiten des Verkäufers die Anrechnung der nicht erhobenen Kapitalertragsteuer sich aus dem Gesetz ergeben würde. Folglich könne auch niemand Vorsatz zu einer Steuerhinterziehung gehabt haben, da man ja zu Recht davon ausgehen konnte, dass die Anrechnung gesetzmäßig sei.

Dem ist allerdings nicht so, denn in der Regierungsbegründung heißt es:

„Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen insoweit verringert werden, als das inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut des Leerverkäufers zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet wird. Zusammen mit der nach allgemeinen Vorschriften von der Aktiengesellschaft abgeführten Kapitalertragsteuer soll soviel Quellensteuer erhoben werden, wie bei den Anteilseignern später steuerlich berücksichtigt wird.“

Mit Blick auf den subjektiven Tatbestand ist entscheidend, ob die handelnden Personen aufgrund dieser Ausführungen davon ausgehen konnten, dass das Gesetz es vorsah, dass auf Dividendenkompensationszahlungen ab dem Jahre 2007 nicht erhobene Kapitalertragsteuer angerechnet werden kann.

Davon gehen zahlreiche Autoren aus und argumentieren im Ergebnis, dass sich aus den zitierten Passagen der Regierungsbegründung ergeben würde, dass bei Einschaltung ausländischer Kreditinstitute durch den Leerverkäufer der Gesetzgeber gebilligt hätte, dass es insoweit zur Anrechnung nicht erhobener Kapitalertragsteuer kommen würde.¹¹¹ Allerdings ist das Gegenteil der Fall: Zum einen hat der Gesetzgeber im zitierten Absatz, in dem er von der „Verringerung“ spricht, explizit das Ziel formuliert, dass soviel Quellensteuer erhoben werden soll, wie bei den Anteilseignern später steuerlich berücksichtigt wird. Zum anderen steht damit das Ziel der Verringerung von Steuerausfällen nicht in Wider-

¹⁰⁶ Vgl. *Amann* DB Steuerrechtsprechung kompakt, 2012, 33 (36).

¹⁰⁷ Vgl. bspw. *Schwarz* (Fn. 17), § 96 Rn. 30.

¹⁰⁸ In den Fällen bis 2006 einschließlich auch noch zusätzlich insoweit, da die Dividendenkompensationszahlung als Schadensersatzleistung nicht unter § 8b Abs. 1 KStG fällt.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu *Seer/Krumm* DStR 2013, 1757 u. 1814; *Derlien/Kern* BB 2013, 1943; *Matuszewski* BB 2014, 2736; *Desens* DStR 2014, 2317 (2320) mwN; *Haritz/Werneburg* NWB 2015, 657.

¹¹⁰ Vgl. hierzu *Seer/Krumm* DStR 2013, 1757 u. 1814; *Derlien/Kern* BB 2013, 1943; *Matuszewski* BB 2014, 2736; *Desens* DStR 2014, 2317 (2320) mwN; *Haritz/Werneburg* NWB 2015, 657.

¹¹¹ Vgl. die in Fn. 6 zitierten Beiträge.

spruch, da die Vorlage von Bescheinigungen immer das Risiko in sich birgt, dass nicht erhobene Kapitalertragsteuer auch erstattet wird, da der Fiskus dies im Massenverfahren ggf. nicht prüft. Zusätzlich, und auch das dürfte entscheidend sein, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung an keiner Stelle, dass ab dem Jahre 2007 eine nicht erhobene Kapitalertragsteuer zur Anrechnung gelangen soll. Aus dem Gesetz ergibt sich das – wie dargelegt – ebenfalls nicht.

Hiergegen wird vorgebracht, dass es aufgrund der zahlreichen Literaturbeiträge gut vertretbar sei, dass „Cum/Ex-Geschäfte“ zur mehrfachen Anrechnung der Kapitalertragsteuer führen könnten und der Gesetzgeber wegen Untätigkeit bzw. Halbherzigkeit es erst ermöglicht habe, „Cum/Ex-Geschäfte“ zu tätigen. Schon aus diesem Grunde sei es bedenklich, strafrechtlich vorzugehen.¹¹² Diese Auffassung teilen wir nicht. UE haben zwar zahlreiche Autoren diese Auffassung vertreten, diese lässt sich aber – wie in diesem Beitrag dargelegt – weder mit dem Gesetz noch mit der Rechtsprechung begründen. Darüber hinaus sind die jeweiligen Aufsätze zu großen Teilen erst zu einem Zeitpunkt erschienen, zu dem die Geschäfte nicht mehr getätigt wurden.

Damit verbleibt als Fazit, dass die Akteure, die „Cum/Ex-Geschäfte“ tätigten, nicht für sich in Anspruch nehmen können, dass sie berechtigterweise davon ausgingen, dass es der Wille des Gesetzgebers war, dass nicht erhobene Kapitalertragsteuer angerechnet würde. Es ist allerdings Tatfrage, ob die jeweiligen Akteure nicht gleichwohl davon ausgingen. Durch die Strafgerichte wird zu klären sein, ob § 370 AO im Einzelfall erfüllt ist.

Die Strafgerichte werden auch zu klären haben, wer ggf. zum Täterkreis in Mittäterschaft (allen voran die Leerverkäufer, die Initiatoren etc, vgl hierzu 4. und die aufgezeigten Gestaltungsvarianten) gehört, ob jemand mittelbarer Täter

ist (zB der Leerverkäufer und die Initiatoren, falls der Leerkäufer absichtslos doloses bzw. undoloses Werkzeug gewesen sein sollte) und wer sich ggf. der Anstiftung (zB die Banken und Berater, die solche Konzepte vertrieben) oder Beihilfe (zB die Berater der Initiatoren und des Leerverkäufers sowie ggf. auch die Berater des Leerkäufers) schuldig gemacht hat. Betroffene werden, wie in der Literatur¹¹³ bereits zuvor vertreten, ggf. über die Möglichkeit der Selbstanzeige nachzudenken haben.

7. Ergebnis

Bei „Cum/Ex-Geschäften“ unter Einschaltung ausländischer Verkäuferbanken ist die Anrechnung der Kapitalertragsteuer durch den Leerkäufer sowohl in den Jahren bis einschließlich 2006 (dies auch bei inländischer Verkäuferbank) als auch in den Jahren 2007 bis 2011 gesetzlich nicht möglich gewesen. Eine Gesetzeslücke gab es insoweit zu keinem Zeitpunkt. Auch aus der bisherigen BFH-Rechtsprechung lässt sich kein anderes Ergebnis ableiten.

Es ist nicht aufklärbar, ob ein Leerverkauf vorlag oder ob der Leerverkäufer Kapitalertragsteuer einbehalten hat, trifft den potentiellen Leerkäufer die Beweislast, durch die Steuerbescheinigung alleine kann er dies nicht beweisen. Der Leerkäufer hat einen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Verkäufer in Höhe der nicht erhobenen Kapitalertragsteuer, bei Börsengeschäften ist dieser Verkäufer der zentrale Kontrahent.

Es stellt sich die Frage, warum sich in der Praxis Marktteilnehmer trotz dieses eindeutigen Ergebnisses auf die „Cum/Ex-Geschäfte“ eingelassen bzw. diese aktiv gestaltet haben. Das wird man die betroffenen Marktteilnehmer fragen müssen, die sich nun auch der strafrechtlichen Verantwortung stellen müssen.

¹¹² Seer/Krumm DStR 2013, 1753 u. 1814.

¹¹³ So ausdrücklich Amann DB Steuerrechtsprechung kompakt 2012, 36.

Wirtschaftliches Eigentum an börsennotierten Aktien bei Wertpapierleihgeschäften

Die Entscheidung des BFH vom 16.4.2014 – IR 2/12 zu „Cum/Ex-Geschäften“

Von Dr. Hubert Schmid, Frankfurt/M.*

Dem BFH lag erstmals ein Cum/Ex-Fall zur Entscheidung vor.¹ Ein ausländischer Leerverkäufer hatte einen Tag vor der Hauptversammlung Aktien an eine deutsche GmbH verkauft. Die GmbH vereinnahmte einen Betrag in Höhe der Netto-Dividende und beantragte die Erstattung der Kapitalertragsteuer, obwohl aufgrund der damaligen Gesetzeslage keine Kapitalertragsteuer ans Fi-

nanzamt abgeführt wurde.² Der BFH ging auf Fragen im Zusammenhang mit „cum/ex“ jedoch nicht ein. Er lehnte die Erstattung von Kapitalertragsteuer mit der Begründung ab, die GmbH habe weder am Dividendensichttag noch danach wirtschaftliches Eigentum an den Aktien erworben. Damit standen der GmbH auch keine Dividenden zu und folglich konnte sie auch keine Kapitalertragsteuer anrechnen oder sich erstatten lassen. In dieser Entscheidung stellt der I. Senat in Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung neue Anforderungen an den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei börsennotierten Aktien.

* Dr. Hubert Schmid, Rechtsanwalt/Steuerberater, Clifford Chance, Frankfurt/M.

¹ BFH v. 16.4.2014 – IR 2/12, DStR 2014, 2012.

² Keine Verpflichtung des ausländischen Leerverkäufers, Kapitalertragsteuer abzuführen, Podewils FR 2013, 481.