



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR FINANZEN UND WIRTSCHAFT
MINISTERIALDIRIGENT PROF. DR. MICHAEL SCHMITT

Ministerium für Finanzen und Wirtschaft
Baden-Württemberg • Pf. 10 14 53 • 70013 Stuttgart


Herrn
Dr. Hans-Ulrich Krüger, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Deutscher Bundestag
4. Untersuchungsausschuss
der 18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache
18(30)97

Stuttgart 7. April 2016
Aktenzeichen 3-S240.1/41

(Bitte bei Antwort angeben!)

 Öffentliche Sachverständigenanhörung des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 14. April 2016

Ihr Schreiben vom 21. März 2016 - PA 30-5452-01

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

zur Vorbereitung der Sachverständigenanhörung nehme ich zu dem an mich gerichteten Fragenkomplex unter "B. Finanzverwaltung" wie folgt Stellung:

1. *Das Ergebnis der Cum/Ex-Geschäfte waren Steuerbescheinigungen, mit denen die Käufer eine Erstattung von Kapitalertragsteuer bzw. deren Anrechnung auf ihre Einkommen- oder Körperschaftsteuer beanspruchten.*
- 1.1 *Bitte erläutern Sie, wovon die Anerkennung solcher Anrechnungs- oder Erstattungsansprüche durch die Finanzverwaltung grundsätzlich abhängt und wie das Vorliegen der Ansprüche im Rahmen der Steuerveranlagung geprüft wurde.*

1.1.1 Voraussetzungen der Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer

Die Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer im Rahmen einer Einkommen- oder Körperschaftsteuerveranlagung setzt voraus, dass die in § 36 Abs. 2 Nr. 2 des Ein-

kommensteuergesetzes (EStG) normierten Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sind¹. Im Einzelnen sind dies:

- (1) Das Vorliegen von Einkünften des Steuerpflichtigen, die im Rahmen der Veranlagung erfasst werden, oder von steuerfreien Bezügen, die nach § 3 Nr. 40 EStG oder nach § 8b Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben,
- (2) eine auf diese Einkünfte oder Bezüge durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer (Kapitalertragsteuer),
- (3) die Vorlage einer Steuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2 oder 3 EStG.

Für das bis einschließlich 2011 geltende Kapitalertragsteuerabzugsverfahren stellen sich die Abläufe im Einzelnen wie nachfolgend beschrieben dar. Dabei wird zum besseren Verständnis zunächst der Regelfall "Bezug der originären Dividende" durch einen Aktionär (Anteilseigner) außerhalb von Cum/Ex-Geschäften dargestellt.

1.1.2 Bezug der originären Dividende außerhalb einer Cum/Ex-Transaktion

Ein Aktionär, der eine Aktie nicht im Rahmen einer Cum-/Ex-Transaktion erworben hat und der am Dividendenstichtag² sowohl zivilrechtlicher als auch wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie ist, erhält von der ausschüttenden Aktiengesellschaft – über Clearstream und seine depotführende Bank – die originäre Netto-Dividende ausgezahlt. Die Kapitalertragsteuer hatte die Aktiengesellschaft von der Bruttodividende einzubehalten und an ihr Betriebsstättenfinanzamt abzuführen.³ Im Regelfall erfüllt der Aktionär sämtliche Voraussetzungen für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer:

- (1) Erfassung von Einkünften in der Veranlagung bzw. Nichtansatz steuerfreier Bezüge

Rechtsgrundlage der Erfassung der originären Dividende als Kapitaleinkünfte ist § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG. Dem Aktionär ist die originäre Dividende steuerlich

¹ Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen nur bezüglich einer bestimmten Höhe des Anrechnungs-/Erstattungsbetrags vor, kann die Kapitalertragsteuer nur anteilig in dieser Höhe angerechnet werden.
² Tag der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung durch die Hauptversammlung.

³ **Ab 2012** hat die AG die Brutto-Dividende über Clearstream an die **inländische depotführende Bank** des Aktionärs zu leiten, die ihrerseits nunmehr den Kapitalertragsteuerabzug vornimmt (§ 44 Abs. 1 Nr. 3a EStG n.F.), die Netto-Dividende auszahlt und die Steuerbescheinigung erteilt (§ 45a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG n.F.). Wird die Dividende ins **Ausland** gezahlt, hat die Wertpapier-Sammelbank, d.h. **Clearstream** als letzte inländische auszahlende Stelle den Steuerabzug vorzunehmen (§ 44 Abs. 1 Nr. 3b EStG n.F.).

zuzurechnen, da er im Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer i.S.d. § 39 der Abgabenordnung (AO) der Aktie ist und damit die Dividende als Anteilseigner vereinnahmt (vgl. § 20 Abs. 5 [bis 2008: § 20 Abs. 2a] EStG). Die Dividende ist infolgedessen grundsätzlich im Rahmen der Veranlagung zu erfassen bzw. bleibt nach Maßgabe des § 3 Nr. 40 EStG oder des § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz⁴.

(2) Erhobene Kapitalertragsteuer

Der ausschüttenden Aktiengesellschaft oblag bis einschließlich 2011 die gesetzliche Verpflichtung, als Schuldnerin der Kapitalerträge den Kapitalertragsteuerabzug für Rechnung des Aktionärs vorzunehmen (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG a.F.). Das zweite Tatbestandsmerkmal des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG "durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer" ist nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn die ausschüttende Aktiengesellschaft die Kapitalertragsteuer ordnungsgemäß einbehalten und lediglich die Nettodividende an den Aktionär weitergeleitet hat. Die Abführung an das Betriebsstättenfinanzamt ist dagegen keine Voraussetzung für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer. Fällt die Kapitalertragsteuer – etwa aufgrund einer Insolvenz der Aktiengesellschaft – aus, ordnet dies die Rechtsprechung der Risikosphäre der Finanzverwaltung zu, da diese sich der Aktiengesellschaft als "Verwaltungshelfer" bediene.⁵

Das Tatbestandsmerkmal "erhobene Steuer" ist demnach mit dem ordnungsmäßigen Einbehalt der Kapitalertragsteuer aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung durch den Schuldner der Kapitalerträge (Aktiengesellschaft) erfüllt.

(3) Vorlage der Steuerbescheinigung

Die depotführende Bank des Aktionärs erteilte dem Aktionär – zu Recht – eine Steuerbescheinigung über die von der Aktiengesellschaft auf die originäre Dividende einbehaltene Kapitalertragsteuer. Diese Verfahrensweise ergab sich aus § 45a Abs. 3 EStG a.F. Danach hatte bei Kapitalerträgen (einschließlich Dividenden auf Aktien in der Girosammelverwahrung), die für Rechnung des Schuldners (Aktiengesellschaft) durch ein inländisches Kreditinstitut gezahlt wurden, anstelle des Schuldners das inländische Kreditinstitut die Steuerbescheinigung zu erteilen. In

⁴ Steuerausländer (Auslandsfonds), die im Inland nicht veranlagt werden, erhalten die Kapitalertragsteuer – etwa aufgrund einer DBA-Regelung – gem. § 50d Abs. 1 EStG auf Antrag vom BZSt erstattet.
⁵ Z. B. BFH-Urteil vom 18. Juni 1993, BStBl II 1994 S. 182 unter II.2.a zur LSt.

der Bescheinigung war dabei auch der Schuldner, d. h. die ausschüttende Aktiengesellschaft zu bezeichnen (§ 45a Abs. 2 Satz 4 EStG a.F.).

Voraussetzung für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer war und ist unverändert, dass der Aktionär seinem Veranlagungsfinanzamt die Steuerbescheinigung im Original vorlegt (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG).⁶

1.1.3 Bezug einer Dividendenkompensationszahlung im Rahmen eines Cum-/Ex-Geschäfts

Bei einem Aktienerwerb im Rahmen eines Leerverkaufsmodells erhält der Leerkäufer anstelle der originären Dividende eine Dividendenkompensationszahlung. Wirtschaftlich stellt diese einen Schadensersatz dafür dar, dass die Lieferung der Aktie cum Dividende vereinbart wurde, die Aktie aber tatsächlich ex Dividende geliefert wurde. Für die Prüfung der Anrechnungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG durch den im Inland ansässigen Leerkäufer ist zu differenzieren zwischen dem Zeitraum bis einschließlich 2006 und der Zeit von 2007 bis 2011. Dabei bestehen eine Reihe von Meinungsverschiedenheiten zwischen Finanzverwaltung und den im Schrifttum vertretenen Auffassungen, die bisher höchstrichterlich noch nicht geklärt sind.

Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass Absprachen zwischen Leerverkäufer und Leerkäufer getroffen wurden und der Leerkäufer infolge dessen wusste oder zumindest davon ausgehen musste, dass die Aktien aus einem Leerverkauf stammen und auf die Kompensationszahlung keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden war.

Rechtslage bis 2006:

Zu den Voraussetzungen der Anrechnung gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG im Einzelnen:

(1) Erfassung von Einkünften in der Veranlagung bzw. Nichtansatz steuerfreier Bezüge

Fraglich ist, ob beim Leerkäufer steuerlich ein Kapitalertrag erfasst werden kann. Die Fachbeiträge untersuchen dabei insbesondere, ob dem Leerkäufer die Dividen-

⁶ Entsprechend ist die Steuerbescheinigung Voraussetzungen für das Erstattungsverfahren nach § 50d Abs. 1 EStG in Fällen mit Auslandsbezug im Anwendungsbereich eines DBA.

de gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG oder hilfsweise eine Dividendenkompensationszahlung als Kapitalertrag zugerechnet werden kann.

Im Schrifttum wird dazu u.a. vorgebracht, der Leerkäufer erwerbe mit Abschluss des Kaufvertrags bereits das wirtschaftliche Eigentum an der Aktie, ihm sei daher eine Dividende zuzurechnen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, Abs. 2a EStG 2006). Gestützt wird dies insbesondere auf das Dividendenstripping-Urteil des BFH vom 15. Dezember 1999 - I R 29/97 (BStBl II 2000 S. 527). Damit wird im Ergebnis die These vertreten, dass sich das wirtschaftliche Eigentum durch einen Leerverkauf verdoppeln, bei Kettenleerverkäufen auch vervielfachen könne.

Tatsächlich äußerte sich der BFH mit dem Urteil vom 15. Dezember 1999 – I R 29/97 (BFHE 246 S. 15) zur Frage des wirtschaftlichen Eigentums bei einem Aktienerwerb. Hierzu stellte er zunächst fest, dass nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO Wirtschaftsgüter unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigentums demjenigen zuzuordnen seien, der über sie die tatsächliche Herrschaft in der Weise ausübe, 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 könne. Bei Aktien erlange der Erwerber wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen könne. Dies sei in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen seien. Der BFH bestätigte das Urteil durch Beschluss vom 20. November 2007 - I R 85/05 (BStBl II 2013 S. 287).

Die im Schrifttum vorgetragene Argumentation verkennt allerdings, dass dem genannten BFH-Urteil vom 15. Dezember 1999 kein Leerverkauf, sondern ein Inhaberverkauf zu Grunde lag. Unstreitig ist, dass beim einen Inhaberverkauf über die Börse das wirtschaftliche Eigentum bereits mit Vertragsabschluss auf den Erwerber übergeht; die Lieferung, d.h. die Depoteinbuchung ist insoweit unerheblich. Von der BFH-Rechtsprechung dagegen noch nicht entschieden ist, ob dies uneingeschränkt auch in Fällen eines Leerverkaufs und von außerbörslichen OTC⁷- Verkäufen gilt. Daran bestehen erhebliche Zweifel.

⁷ OTC = Over the counter.

Der BFH ließ die Frage im Urteil vom 16. April 2014 - I R 2/12 (BFHE 246 S. 15) offen.⁸ Zum Sachverhalt war nicht festgestellt worden, ob ein Leerverkauf zu Grunde lag. Im Ergebnis hat der BFH den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den inländischen Erwerber deswegen verneint, weil dieser aufgrund des von den Initiatoren vorgegebenen Vertragsgeflechts lediglich als "Durchgangserwerber" der Aktien in Erscheinung getreten sei und keinerlei Chancen und Risiken auf ihn übergegangen seien⁹.

Das Hessische Finanzgericht hat mit Urteil vom 10. Februar 2016 - 4 K 1684/14¹⁰ in diesem Zusammenhang entschieden, dass bei außerbörslichen OTC-Erwerben börsennotierter Aktien das wirtschaftliche Eigentum regelmäßig nicht bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung übergehe, sondern erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktie. Nach den Ausführungen des Gerichts sei die im Schrifttum erwogene Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums "weder mit dem Regellungsverständnis des wirtschaftlichen Eigentums in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO noch mit dessen Wortlaut zu vereinbaren und verstößt gegen die fundamentalen Grundsätze des deutschen Rechts".

Nach Auffassung der Finanzverwaltung erlangt der Erwerber bei einem Leerverkauf nicht bereits mit Abschluss des Kaufvertrags das wirtschaftliche Eigentum, da der Leerverkäufer die Aktie nicht in seinem Bestand hält, also wirtschaftlich nicht über sie verfügt und daher auch keinem anderen das wirtschaftliche Eigentum vermitteln kann. Ein entsprechendes BMF-Schreiben ist in Vorbereitung.

Der Leerkäufer konnte daher den Einkünfteatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG (Dividendenbezug) mangels Erwerbs wirtschaftlichen Eigentums nicht erfüllen.

Die Erfassung einer Dividendenkompensationszahlung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG kommt nicht in Betracht, da die Norm erst zum 1. Januar 2007 eingeführt wurde.

⁸ Vgl. unten Ziff. 3.2.

⁹ Der inländische Erwerber hat aufgrund des Vertragsgeflechts das Eigentum an den Aktien unmittelbar nach dem Depoteingang durch eine Wertpapier-Leihe weiterübertragen. Chancen und Risiken wurden aufgrund eines Total-Return-Swaps auf die Seite der Initiatoren verlagert.

¹⁰ Das Hessische Finanzgericht hat eine anonymisierte Fassung des vollständigen Urteils erstmals am 6. April 2016 auf seiner Homepage veröffentlicht. In den Urteilsgründen spricht sich das Finanzgericht ausdrücklich gegen die Anwendbarkeit des Dividendenstripping-Urteils des BFH vom 15. Dezember 1999 auf Leerverkäufe aus. Die Revision wurde zugelassen. In juris ist das Urteil derzeit noch nicht abrufbar.

Ergebnis:

Die Dividendenkompensationszahlung stellt bis einschließlich 2006 keinen Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG dar. Vielmehr handelt es sich um eine Schadensersatzzahlung und damit um eine voll steuerpflichtige Betriebseinnahme, auf die § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG keine Anwendung findet¹¹.

(2) Erhobene Kapitalertragsteuer

Mangels Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und mangels Anordnung eines Steuerabzugs in § 43 EStG wurde auf die Dividendenkompensationszahlung vor 2007 keine Kapitalertragsteuer erhoben, weder bei im Inland ansässigen Leerverkäufern mit inländischer Depotbank noch bei im Ausland ansässigen Leerverkäufern mit ausländischer Depotbank. Im Übrigen konnten und können ausländischen Depotbanken vom inländischen Gesetzgeber generell keine Verpflichtungen, insbesondere auch keine Steuerabzugsverpflichtungen auferlegt werden.

Mangels einer auf die Dividendenkompensationszahlung erhobenen Kapitalertragsteuer scheidet nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Anrechnung beim Leerkäufer aus¹². Das Hessische Finanzgericht hat diese Auffassung mit Urteil vom 10. Februar 2016 - 4 K 1684/14¹³ bestätigt.

(3) Vorlage der Steuerbescheinigung

Eine Steuerbescheinigung wurde dem Leerkäufer von dessen inländischer Depotbank zwar ausgestellt und dem Finanzamt auch vorgelegt. Eine Anrechnung der Kapitalertragsteuer scheidet gleichwohl aus, da bereits die beiden vorstehenden Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nicht erfüllt sind.¹⁴

¹¹ Gleiche Ansicht: Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 792.

¹² Gleiche Ansicht: Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 792 ff.

¹³ Fundstellennachweis s. FN 10.

¹⁴ Zur Rechtswirkung der Steuerbescheinigung bei Hinweisen auf eine Cum/Ex-Gestaltung s. unter 1.1.4.

Rechtslage 2007 - 2011:

Voraussetzung der Anrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG:

(1) Erfassung von Einkünften in der Veranlagung bzw. Nichtansatz steuerfreier Bezüge

Die Erfassung der Kompensationszahlung als "Dividende" unter der Erwägung, das wirtschaftliche Eigentum sei mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Leerkäufer übergegangen, scheidet aus den zur Rechtslage bis 2006 dargestellten Gründen aus (vgl. oben).

Mit dem Jahressteuergesetz 2007 wurde die Steuerbarkeit der Dividendenkompensationszahlung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG explizit normiert¹⁵. Die Kompensationszahlung ist damit im Rahmen der Veranlagung als Kapitalertrag grundsätzlich zu erfassen und nach Maßgabe des § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei zu stellen. Das erste Tatbestandsmerkmal der Kapitalertragsteueranrechnung ist damit ab 2007 unstreitig erfüllt.

Die Frage, ob der Leerkäufer bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts das wirtschaftliche Eigentum erlangen konnte, ist damit aus Sicht der Finanzverwaltung nicht mehr von Bedeutung.

(2) Erhobene Kapitalertragsteuer

Für Dividendenkompensationszahlungen wurde zugleich eine Kapitalertragsteuerabzugsverpflichtung eingeführt (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG). Danach war und ist die inländische Depotbank des Leerverkäufers zum Kapitalertragsteuereinbehalt verpflichtet. Ausländischen Banken konnte diese Verpflichtung vom deutschen Gesetzgeber nicht auferlegt werden.¹⁶

In Auslandsfällen wurde auf die Dividendenkompensationszahlung mangels gesetzlicher Verpflichtung keine Kapitalertragsteuer erhoben. Nach Auffassung der Finanzverwaltung scheidet damit bereits aus diesem Grund eine Steueranrechnung beim Leerkäufer aus¹⁷. Das Hessische Finanzgericht hat diese Auffassung mit Urteil vom 10. Februar 2016 - 4 K 1684/14¹⁸ bestätigt:

¹⁵ Gesetzliche Fiktion eines sonstigen Bezugs aus der Aktie i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG.

¹⁶ Zur geänderten Rechtslage ab 2012 s. FN 3.

¹⁷ Gleicher Ansicht: Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 792 ff.

¹⁸ Fundstellennachweis s. FN 10.

“Die Ansicht, eine Anrechnung von Abzugssteuern sei unabhängig von deren Erhebung möglich, ist abwegig und verstößt gegen den eindeutigen Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG. Gleiches gilt für die mehrmalige Anrechnung einmal erhobener Steuern.“

(3) Vorlage der Steuerbescheinigung

Mit dem Jahressteuergesetz 2007 wurde angeordnet, dass die Kapitalertragsteuerbescheinigung von dem auszahlenden Kreditinstitut und damit von der Depotbank des Leerkäufers auszustellen ist (§ 45a Abs. 3 Satz 3 EStG i.F.d. JStG 2007). In § 45a Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 EStG wurde bestimmt, dass der Emittent der Aktien insoweit als Schuldner der Kapitalerträge gilt. Dabei handelt es sich um eine Fiktion, da zivilrechtlich der Leerverkäufer die Kompensationszahlung schuldet. Da die depotführende Bank des Leerkäufers bei der Ausstellung der Steuerbescheinigung den Schuldner der Kapitalerträge angeben muss, dabei aber nicht ohne Weiteres erkennen kann, ob es sich bei der eingehenden Zahlung um die originäre Dividende des Emittenten oder eine Kompensationszahlung des Leerverkäufers handelt, wurde mit dieser gesetzlichen Regelung bestimmt, dass für die Steuerbescheinigung fiktiv der Emittent als Schuldner der Kapitalerträge anzusehen ist.

Schließlich ist festzuhalten, dass die Bank nicht in jedem Fall zur Ausstellung der Kapitalertragsteuerbescheinigung verpflichtet ist:

“Die Antragstellerin verkennt dabei, dass die Bescheinigung nicht nur Tatbestandsmerkmal des § 45a Abs. 2 EStG ist, sondern insbesondere auch Beweismittelfunktion hat. Zweck der Bescheinigung ist gerade der Nachweis einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer auf die zugeflossenen Erträge (BFH-Urteil vom 29. April 2008 VIII R 28/07, BStBl II 2009, 842). Sofern diese zu beweisende Tatsache nicht vorliegt, darf demgemäß auch keine Bescheinigung ausgestellt werden. Alles andere würde die ‘Verwaltungshelferrolle’ der Bank ad absurdum führen. Wenn das Gesetz von einer Verpflichtung zur Ausstellung der Bescheinigung spricht, bezieht sich dies auf den Regelfall und setzt angesichts des Regelungszwecks denklogisch voraus, dass auch Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Die Bescheinigung würde entwertet, wenn trotz begründeter Zweifel an der Erhebung von Kapitalertragsteuer das die Bescheinigung ausstellende inländische Kreditinstitut gleichwohl dessen Zahlung bescheinigen müsste“ (Hessisches Finanzgericht, Beschluss vom 8. Oktober 2012 - 4 V 1661/11, EFG 2013, 47).

Wie unter Ziff. (1) dargestellt, stellt sich infolge der Rechtsänderung nicht mehr die Frage, ob der Leerkäufer bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts das wirtschaftliche Eigentum erlangen konnte.

Gleichwohl wird diese Frage im Schrifttum thematisiert und bejaht. Damit soll versucht werden, die Voraussetzung zu Ziff. (2), d.h. den Kapitalertragsteuereinbehalt, darzulegen. Hierzu wird die Überlegung entwickelt, dass dann, wenn dem Leerkäufer wirtschaftliches Eigentum zukomme, ihm auch der durch die Emittentin (AG) vorgenommene Kapitalertragsteuereinbehalt zugerechnet werden könne. Auf diese Weise soll das Tatbestandsmerkmal zu Ziff. (2), die "erhobene Kapitalertragsteuer", bejaht werden können.

Die mit dem Jahressteuergesetz 2007 eingeführte gesetzliche Fiktion des § 45a Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 EStG bedeutet jedoch nur, dass für das Ausstellen der Steuerbescheinigung bzgl. der Kompensationszahlung der Emittent der Aktien als Schuldner der Kapitalerträge gilt. Sie beinhaltet nicht, dass dieser Einbehalt auch den Weg zum Ausstellen einer Steuerbescheinigung für den Leerkäufer ebnet. Denn die Norm bewirkt gerade nicht, dass der Emittent als Schuldner der Abzugsteuer gem. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG bzgl. der Kompensationszahlung anzusehen ist. Vielmehr war es gerade Sinn und Zweck der Neuregelung, die Kompensationszahlung eigenständig dem Kapitalertragsteuerabzug zu unterwerfen.

Diese Auffassung wurde von der Rechtsprechung inzwischen mehrfach bestätigt, zunächst durch den genannten Beschluss des Hessischen Finanzgerichts vom 8. Oktober 2012 (Streitjahre 2006 bis 2008), durch den Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015 - 106 Qs 1/15 (juris; Streitjahr 2011) sowie aktuell durch das Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 10. Februar 2016 - 4 K 1684/14¹⁹.

1.1.4 Prüfung der Anrechnungs-/Erstattungsansprüche im Rahmen der Veranlagung

Wird die Anrechnung von Kapitalertragsteuer im Veranlagungsverfahren geltend gemacht, hat der Innendienst des Finanzamts aufgrund der Vorgaben des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG folgende formale und materiell-rechtliche Prüfungsschritte vorzunehmen:

¹⁹ Fundstellennachweis s. FN 10.

- Liegen die Steuerbescheinigungen im Original vor?

Die Kapitalertragsteuer kann nur angerechnet werden, wenn bzw. soweit²⁰ die Originalsteuerbescheinigung vorliegt.²¹ In den Steuererklärungsdrucke (Anlage KAP und Anlage WA²²) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Originalsteuerbescheinigungen mit der ESt- bzw. KSt-Erklärung einzureichen sind. Ist dies nicht der Fall, wird das Finanzamt sie nachträglich anfordern. Werden sie nicht vorgelegt, ist die Steueranrechnung zu versagen.

- Sind die Steuerbescheinigungen nach amtlichen Muster erstellt und enthalten sie alle gesetzlich vorgegebenen Angaben?²³
- Sind die Steuerbescheinigungen in sich schlüssig oder ergeben sich daraus Unstimmigkeiten?

In diesem Zusammenhang erfolgt regelmäßig ein Abgleich des prozentualen Verhältnisses zwischen der ausgewiesenen Bruttodividende und den bescheinigten Steuerabzugsbeträgen (z. B. Bruttodividende 100 %, Kapitalertragsteuer 25 %).

- Ist der Steuererklärung eine Einzelaufstellung der Dividenden beigelegt?

Dies ist erforderlich, wenn Dividenden von mehreren Aktiengesellschaften bezogen wurden (vgl. z. B. KSt 1A, Zeile 44). Evtl. sind die Einzelpositionen auch aus den Bilanzunterlagen ersichtlich. Anhand dieser Aufstellung prüft der Innendienst insbesondere, ob für jede Einzelposition eine Steuerbescheinigung vorliegt und ob die Gesamtsummen der bescheinigten Bruttodividenden und Kapitalertragsteuerbeträge mit den in der Steuererklärung ausgewiesenen Wertansätzen übereinstimmen.

Bei Banken ist die Prüfung der Einzelpositionen aufgrund des Umfangs durch den Innendienst nicht möglich. Der Innendienst muss sich insoweit auf eine Gesamtsummenprüfung beschränken. Einzelpositionsbezogene Kontrollen bleiben dem Außendienst im Rahmen der Betriebsprüfung vorbehalten.

²⁰ Vgl. FN 1.

²¹ R 36 Abs. 1 EStR; vgl. auch DA-NeuOrg Teil II Blatt 25.

²² Anlage zur Körperschaftsteuererklärung, in der formulargebunden „Weitere Angaben“ – etwa zu anzurechnenden Steuerbeträgen – zu machen sind und verschiedene Anträge gestellt werden können.

²³ Vgl. im Einzelnen § 45a Abs. 2 Satz 1 EStG 2007. Ab 2009 modifiziert: Verweis auf Angaben gem. § 32d EStG.

- Sind die Bruttodividenden in zutreffender Höhe in der Steuererklärung enthalten?

Es geht darum zu prüfen, ob die Bruttodividenden in den steuerlich zu erfassenden Einnahmen enthalten und die für Dividendenerträge geltenden Steuerbefreiungsvorschriften des § 3 Nr. 40 EStG oder des § 8b Abs. 1 KStG zutreffend angewandt wurden.

- Liegt die Berufsträgerbescheinigung vor?

Mit BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009²⁴ wurde – mit Wirkung ab 2009 – angeordnet, dass die Depotbank des (Leer-)Käufers den Erwerb von Aktien mit Dividendenanspruch, die ohne Dividendenanspruch geliefert werden, durch einen Zusatz auf der Steuerbescheinigung kenntlich zu machen hat. Bei Vorlage einer derartigen Bescheinigung durfte eine Steueranrechnung im Rahmen der Veranlagung nur erfolgen, wenn dem Finanzamt zusätzlich eine sog. Berufsträgerbescheinigung vorgelegt wurde, in der ein Wirtschaftsprüfer / Steuerberater bestätigte, dass ihm keine Erkenntnisse über Absprachen zu einem Leerverkauf vorlägen. Nur dann durfte das Finanzamt davon ausgehen, dass dem Erwerb über den Dividendenstichtag kein Leerverkauf zu Grunde lag.²⁵

Darüber hinausgehende Prüfungen sind dem Innendienst in aller Regel nicht möglich. Dies gilt insbesondere für das Tatbestandsmerkmal, ob der Schuldner der Kapitalerträge die Kapitalertragsteuer tatsächlich ordnungsgemäß erhoben, also einbehalten, hat. Als "Nachweis" kann die Veranlagungsstelle insoweit nur auf die im Original vorzulegende Steuerbescheinigung zurückgreifen.²⁶

Die Steuerbescheinigung stellt – ähnlich wie andere für steuerliche Zwecke erteilte Bescheinigungen – einen Anscheinsbeweis dar, auf deren Richtigkeit die Verlangungsstelle vertrauen kann, sofern ihr keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Aussteller einer unzutreffenden Steuerbescheinigung für die zu Unrecht gewährten Steuervorteile haftet (§ 45a Abs. 7 EStG).

²⁴ BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009, BStBl I S. 639, ergänzt durch BMF-Schreiben vom 21. September 2010, BStBl I S. 753, und BMF-Schreiben vom 3. März 2011.

²⁵ vgl. Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 10. Februar 2016 - 4 K 1684/14, Fundstellennachweis s. FN 10.

²⁶ Anderes gälte nur dann, wenn der Innendienst – etwa aufgrund einer Kontrollmitteilung – positive Kenntnis von der Nichterhebung der Kapitalertragsteuer hätte.

Dieser Anscheinsbeweis kann im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert werden. Mit Urteil vom 10. Februar 2016 - 4 K 1684/14²⁷ hat das Hessische Finanzgericht entschieden, dass die Kapitalertragsteuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2 oder 3 EStG lediglich einen Anscheinsbeweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer liefere. Für Geschäfte, bei denen die Aktien außerbörslich einschließlich eines Dividendenanspruchs erworben würden, deren Belieferung allerdings abweichend von der Vereinbarung erst nach dem Dividendenbeschlusstag erfolge, werde dieser Anscheinsbeweis regelmäßig erschüttert und komme nicht zum Tragen. In diesen Fällen obliege es dem die Anrechnung begehrenden Aktienkäufer, den Vollbeweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer zu führen.

1.2 Bitte schildern Sie, wie Steuerpflichtige auf eine Ablehnung des Anrechnungs- oder Erstattungsanspruchs im Regelfall reagierten (etwa Vorlage von Gutachten, Einlegung von Rechtsmitteln, Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Dritten).

Nach vorliegendem Kenntnisstand haben die betroffenen Steuerpflichtigen zur Wahrung ihrer Rechtsposition stets Rechtsmittel eingelegt, d.h. gegen die Ablehnung des Erstattungsanspruchs oder die Rückforderung der Kapitalertragsteuer Einspruch erhoben; dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass abschließende höchstrichterliche Entscheidungen zu einer Reihe von für Cum/Ex-Geschäfte relevanten Rechtsfragen noch ausstehen.

Im Übrigen stellen sich die Reaktionen im Einzelfall sehr unterschiedlich dar. Sie reichen von

- konstruktiven Beiträgen zur Aufklärung der zum Teil sehr komplexen Sachverhalte über
- Versuche, die Sachaufklärung durch die Betriebsprüfung zu behindern bzw. zu verzögern, bis hin
- zu einem sehr massiven Vorgehen gegen die Finanzverwaltung, z.B. einer gerichtlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Amtspflichtverlet-

²⁷ Fundstellennachweis s. FN 10.

zung²⁸, wie das dem ablehnenden Urteil des Oberlandesgerichts Köln (7. Zivilsenat) vom 11. Dezember 2014 - 7 U 23/14 (juris) zu Grunde liegende Verfahren zeigt.

Wie Presseberichten zu entnehmen ist, wurden von prominenten "Privatanlegern" zum Teil auch Schadensersatzansprüche gegen die Initiatoren der Modelle wegen Falschberatung bzw. Verletzung von Aufklärungspflichten geltend gemacht.

Allgemein bekannt ist auch, dass die Initiatoren der Modelle Gutachten in Auftrag gegeben haben, die der Absicherung ihrer eigenen Rechtsposition, also jedenfalls zunächst allein internen Zwecken dienen.

2. *Die Rendite der Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen resultierte aus der mehrfachen Geltendmachung steuerlicher Anrechnungs- oder Erstattungsansprüche.*

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

§ 42 AO und § 370 AO haben unterschiedliche Ansatzpunkte. Während § 42 AO eine durch eine unangemessene Gestaltung vermeintlich eintretende Rechtsfolge zu unterbinden versucht, wenn der Steuerpflichtige hierfür keine außersteuerlichen Gründe nachweisen kann, greift § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO ein, wenn es durch eine Täuschung über steuererhebliche Tatsachen zu einer Steuerverkürzung oder zu einem unberechtigten Steuervorteil kommt.

Dies bedeutet, dass § 370 Abs. 1 AO voraussetzt, dass der Steuerpflichtige steuererhebliche Tatsachen, zu deren Mitteilung er verpflichtet ist, nicht oder unzutreffend dem Finanzamt mitteilt. Es erfolgt also hier eine Täuschung auf der Sachverhaltsebene, die zu einer Steuerverkürzung oder der Erlangung eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils führt.

Demgegenüber knüpft § 42 AO an die rechtliche Würdigung eines dem Finanzamt zutreffend erklärten Sachverhalts an. Der Steuerpflichtige hat hier also die steuererheblichen Tatsachen zutreffend und vollständig erklärt, aber mit der von ihm gewählten Gestaltung eine für ihn günstige Rechtsfolge bewirken wollen, die trotz formaler Verwirklichung der

²⁸ Gerichtet waren diese auf Ersatz des entgangenen Gewinns aus der Wiederanlage des begehrten Erstattungsbetrags.

Voraussetzungen der Rechtsnorm als unangemessen erscheint. Die gewählte Gestaltung wird daher vom Finanzamt als missbräuchlich angesehen und die begehrte Rechtsfolge versagt.

Eine Steuerhinterziehung ist daher nicht gegeben, wenn der Steuerpflichtige eine ihm günstige Rechtsansicht vertritt, aber die steuerlich erheblichen Tatsachen richtig und vollständig vorträgt und es dem Finanzamt dadurch ermöglicht wird, die Steuer unter abweichender rechtlicher Beurteilung festzusetzen. Auch wenn das Finanzamt dabei der Rechtsauffassung des Steuerpflichtigen folgt und die Steuer zu niedrig festsetzt, ist der objektive Tatbestand des § 370 Abs. 1 AO nicht erfüllt.

Für Cum/Ex-Geschäfte bedeutet dies, dass der objektive Tatbestand des § 370 Abs. 1 AO dadurch erfüllt sein kann, dass lediglich die Kapitalertragsteuerbescheinigung vorgelegt, der fehlende Kapitalertragsteuereinbehalt bzw. das hinter den Geschäften stehende Gesamtkonstrukt aber nicht offengelegt wurde (vgl. Landgericht Köln, Beschluss vom 16. Juli 2015 - 106 Qs 1/15, juris).²⁹ Ob dies vorsätzlich erfolgte, wäre dann im jeweiligen Einzelfall zu prüfen (subjektiver Tatbestand).

2.2 Bitte legen Sie dar, ob es nach Ihren Feststellungen auch außersteuerliche Gründe für Cum/Ex-Geschäfte gab.

Mit einem Leerverkauf strebt der Verkäufer – in Erwartung eines sinkenden Marktpreises – einen Gewinn an. Er veräußert einen Vermögensgegenstand (Basiswert) zum aktuellen Marktpreis (z.B. 100). Sinkt der Marktpreis bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er sein Eindeckungsgeschäft vornimmt (z.B. auf 90), um seine Lieferverpflichtung aus dem Leerverkauf zu erfüllen, erzielt er in der Differenz einen Gewinn (10).

Bei Cum/Ex-Gestaltungen sind hingegen außersteuerliche Gründe nicht ersichtlich. Sie dienen ausschließlich dem Zweck, eine Rendite zu generieren, die allein aus der Anrechnung von nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer resultiert. Im Gegensatz zu "klassischen" Leerverkäufen wird bei Cum-/Ex-Geschäften gerade kein Gewinn aus einer marktpreisbedingten Differenz zwischen An- und Verkaufspreis angestrebt. Vielmehr wird der Aktienpreis zwischen den Vertragsparteien vorab in der Weise abgesprochen, dass der Leerverkäufer einen "Gewinn" erzielt, der der nicht einbehaltenen Kapitalertragsteuer abzüglich einer für den Leerkäufer vereinbarten "Provision" entspricht.

²⁹ Vgl. dazu auch die Ausführungen unter 3.3.

2.3 Bitte schildern Sie, unter welchen Umständen bei Cum/Ex-Geschäften nähere Untersuchungen, z.B. Betriebsprüfungen, eingeleitet wurden und welche Feststellungen ggf. zur Abgabe von Steuerfällen an die Steuerfahndung führten?

Anlass dafür, in einer Betriebsprüfung Cum/Ex-Geschäfte zu einem Prüffeld zu machen, können auffallend hohe Kapitalertragsteueranrechnungsbeträge sein. Denkbar ist auch, dass der Steuerpflichtige mit einer Selbstanzeige oder einer berichtigten Steuererklärung initiativ wird.

Für die Feststellung, ob und ggf. in welcher Höhe ungerechtfertigte Kapitalertragsteueranrechnungen infolge von Cum/Ex-Geschäften vorliegen, sind die Wertpapierumsätze des Steuerpflichtigen zu prüfen. Vielfach handelt es sich bei den fraglichen Wertpapiergeschäften aber um Umsätze in großer Zahl, sodass von der Außenprüfung im Zusammenwirken mit dem Steuerpflichtigen durch Ermittlung der Geschäftsabläufe und der betriebsinternen Buchhaltungs- und Datenverarbeitungssysteme mitunter ein Konzept einschließlich besonderer EDV-Verfahren entwickelt werden muss, um Cum/Ex-Geschäfte überhaupt gerichtsfest identifizieren zu können.

Angesichts der Größenordnung der bei der Kapitalertragsteueranrechnung festgestellten Unregelmäßigkeiten kommt in Cum/Ex-Fällen regelmäßig eine strafrechtliche Relevanz in Betracht, die zur Einschaltung von Steuerfahndung und Staatsanwaltschaft führt.

3. Die Länderfinanzministerien waren in die Gesetzgebung zu Cum/Ex-Geschäften eingebunden.

3.1 Bitte berichten Sie, wann und in welchem Zusammenhang die Landesfinanzverwaltung auf die steuerlichen Auswirkungen von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen aufmerksam wurde.

Anlass für eine vertiefte Erörterung der Thematik zwischen Bund und Ländern war ein Schreiben des BMF vom 29. August 2005. In der Anlage beigefügt waren ein Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken vom 20. Dezember 2002, eine schematische Darstellung des Ablaufs der Geschäftsmodelle und ein ergänzendes Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken vom 9. Januar 2003.

Zuvor gab es lediglich vereinzelte Hinweise darauf, dass Leerverkäufe möglicherweise zu missbräuchlichen Gestaltungen eingesetzt werden könnten. Für die heute bekannte Größenordnung derartiger Geschäfte gab es keinerlei Anzeichen.

In seinem Schreiben vom 20. Dezember 2002 führte der Bundesverband deutscher Banken unter dem Betreff "Abwicklung von Aktiengeschäften an der Börse in zeitlicher Nähe zum Ausschüttungstermin" zunächst aus, vor dem Hintergrund des ertragsteuerlichen Systemwechsels vom Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren hätten sich "in der Praxis einzelne Fragen im Zusammenhang mit der Abwicklung von Aktiengeschäften ergeben, die vor dem Ausschüttungstermin abgeschlossen, aber erst danach erfüllt werden". Zielsetzung des Schreibens sei, "für solche Geschäfte eine einheitliche, den internationalen Gepflogenheiten entsprechende Verfahrensregelung festzulegen, die eine eindeutige Zurechnung der Aktien nach den deutschen steuerrechtlichen und wertpapierrechtlichen Vorschriften sicherstellt und den abwicklungstechnischen Erfordernissen Rechnung trägt". Bei einer solchen Zurechnungsregelung sei von wertpapier- und börsenrechtlichen Regelungen auszugehen, wonach "die Aktien dem Erwerber mit allen zum Zeitpunkt des schuldrechtlichen Geschäftsabschlusses bestehenden Rechten und Pflichten zustehen". Daraus "folgt für die steuerrechtliche Qualifizierung, dass der Erwerber der Aktien als wirtschaftlicher Eigentümer im Sinne des § 39 AO zu behandeln ist mit der Folge, dass ihm die Wertpapiere steuerrechtlich zuzuordnen sind". In dem Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufs sei "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 rechtem Eigentümer der Aktien zustehen". Deshalb seien "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". Nach Auffassung des Bundesverbands deutscher Banken sei "zur Begründung einer Kapitalertragsteuerpflicht zu Lasten des Leerverkäufers für Rechnung des Erwerbers der Aktien sowie zur Begründung einer Einbehaltungs- und Abführungspflicht für die betreffende Bank ... eine ausdrückliche steuergesetzliche Regelung erforderlich".³⁰ Einen entsprechenden Formulierungsvorschlag legte der Bundesverband dem BMF mit Schreiben vom 9. Januar 2003 vor.

In seinem Schreiben vom 29. August 2005 an die obersten Finanzbehörden der Länder zeichnete das BMF den Hinweis des Bundesverbands deutscher Banken "auf eine fehlende gesetzliche Regelung für die Steuerpflicht von sog. Leerverkäufen" in seinen we-

³⁰ Der vollständige Wortlaut des Schreibens wird in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Gerhard Schick u.a. (BT-Drs. 18/1603) unter Ziff. 7 wiedergegeben.

sentlichen Zügen nach und setzte die Thematik auf die Tagesordnung der nächsten Sitzung der für die Einkommensteuer zuständigen Vertreter der obersten Finanzbehörden der Länder mit dem BMF vom 26. bis 28. Oktober 2005 (ESt VI/05).

Unter TOP 5 dieser Sitzung wurde die "Abwicklung von Aktiengeschäften in zeitlicher Nähe zum Ausschüttungstermin" erörtert. Laut der Sitzungsniederschrift teilten die Länder nach eingehender Diskussion einmütig die Einschätzung des BMF, dass die Aufkommensminderung durch Anrechnung nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer durch gesetzgeberische Maßnahmen verhindert werden müsse. Dabei schließe die vom Bundesverband deutscher Banken vorgeschlagene Gesetzesänderung aus, dass Kapitalertragsteuer in größerem Umfang angerechnet werde, als sie abgeführt worden sei. Es solle jedoch versucht werden, die notwendigen Gesetzesänderungen gegenüber dem Vorschlag deutlich zu vermindern.

Letztlich fand der Vorschlag des Bundesverbands deutscher Banken Eingang in das Gesetzgebungsverfahren zum Jahressteuergesetz 2007.

3.2 Bitte erläutern Sie, welche rechtlichen Möglichkeiten die Finanzverwaltung hatte, um auf Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zu reagieren.

Für das Besteuerungsverfahren gilt grundlegend der Untersuchungsgrundsatz nach § 88 AO. Danach ermittelt "die Finanzbehörde ... den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Der Umfang dieser Pflichten richtet sich nach den Umständen der Einzelfalls."

In der Praxis war es für die Finanzverwaltung indes kaum möglich, die hinter den Anträgen auf Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer stehenden Cum/Ex-Gestaltungen zu ermitteln. Die konkreten – auch möglicherweise rechtlich fragwürdigen – Fallgestaltungen sind aus einem solchen Antrag selbst nicht erkennbar. Sie wurden gegenüber den Finanzbehörden weder vor Durchführung – etwa im Rahmen eines Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft – noch später im Rahmen der Veranlagung offengelegt. Solange den Finanzbehörden die Cum/Ex-Gestaltungen nicht bekannt waren, waren sie daher faktisch daran gehindert, auf solche Sachverhalte hin gezielt zu prüfen. Vielmehr schlossen sie vom Vorliegen der Steuerbescheinigung auf die Rechtmäßigkeit des Anrechnungs- bzw. Erstattungsanspruchs, ohne die Voraussetzungen im Einzelnen wirksam prüfen zu können. Auf die Ausführungen unter 1.1.4 wird verwiesen.

Aus der Aufarbeitung der Cum/Ex-Geschäfte ergibt sich, dass aufgrund der Komplexität dieser Fälle die tatsächlichen Eigentümer der Wertpapiere auch im Nachhinein nur mühevoll ermittelt werden können. Dies gilt insbesondere, wenn die Geschäfte direkt von den Kreditinstituten abgewickelt wurden. Nur soweit die Handelskette und der tatsächlich "Mehrfachanrechnende" bekannt sind, können diese Fälle nunmehr aufgedeckt werden. Ohne genaue Kenntnis der Gestaltungspraxis erscheint dies in der Vergangenheit kaum möglich gewesen zu sein.

Hinzu kommt, dass ein Aufgriff dieser Fälle (damals) auch im Lichte der BFH-Rechtsprechung als wenig erfolgversprechend angesehen wurde, da der BFH nach allgemeinem Verständnis derartige Gestaltungsmodelle anerkannt zu haben schien (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 15. Dezember 1999 – I R 29/97, BStBl II 2000 S. 527 und BFH-Urteil vom 20. November 2007 – I R 85/05, BStBl II 2013 S. 287, Stichwort: "Anerkennung des sog. Dividendenstripings").

Dies ergibt sich aus Folgendem:

Cum/Ex-Geschäfte sind ein Sonderfall des Dividendenstripings. Dividendenstripping zeichnet sich dadurch aus, dass die Dividende einschließlich Steueranrechnungsguthaben von der Aktie als Stammrecht abgestreift wird. Bei Cum/Ex-Geschäften geht es dabei um den Kapitalertragsteueranspruch. Bis zur Unternehmenssteuerreform 2001 ging es darüber hinaus auch um den Anspruch auf Anrechnung von Körperschaftsteuerguthaben.

Vor diesem Hintergrund haben sich Rechtsprechung und Finanzverwaltung in der Vergangenheit bereits mehrfach mit der Beurteilung von Geschäften im Zusammenhang mit dem Dividendenstripping befasst.

So wurde mit Verfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt/Main vom 16. Juli 1998 für den Fall, dass ein im Nicht-DBA-Ausland ansässiger Aktieninhaber durch kurzzeitige Veräußerung der Aktie an einen Inländer eine Begrenzung seiner Quellensteuerbelastung erreichen will, die Annahme einer missbräuchlichen Gestaltung gem. § 42 AO vorgesehen.

Mit seiner Entscheidung vom 15. Dezember 1999 - I R 29/97 (BStBl II 2000 S. 527) zu den Streitjahren 1989 bis 1991 trat der BFH dieser Sichtweise indessen entgegen. Zum einen stellte er zu Gunsten der Klägerin fest, dass der Erwerb von Aktien durch die Er-

langung wirtschaftlichen Eigentums möglich sei (s.o.). Zum anderen verneinte er die Annahme einer missbräuchlichen Gestaltung. Seinerzeit ging es dabei um die Auslegung der sog. Börsenklausel des § 50c Abs. 8 Satz 2 EStG 1987/1990. Der BFH gewährte der Klägerin die Berufung auf die Börsenklausel mit der Folge, dass keine missbräuchliche Gestaltung vorliege. Zugleich legte der BFH der Börsenklausel eine Sperrwirkung bei: Als spezialgesetzliche Missbrauchsklausel blockiere sie den Rückgriff auf die allgemeine Missbrauchsklausel des § 42 AO. Der Norm des § 42 AO konnte damit nicht die Funktion eines Auffangtatbestands zukommen.

Die Verwaltung hielt in einem ersten Schritt dennoch an ihrer Haltung fest. Sie belegte die Entscheidung vom 15. Dezember 1999 - I R 29/97 mit einem Nichtanwendungserlass (BMF-Schreiben vom 6. Oktober 2000, BStBl I S. 1392).

Allerdings bestätigte der BFH mit Beschluss vom 20. November 2007 - I R 85/05 (zum Streitjahr 1988) seine Auffassung.

Weitere Verfahren, die die Verwaltung für die Streitjahre 1990 bis 1992 zu § 50c Abs. 8 Satz 2 EStG 1987/1990, dessen Verhältnis zu § 42 AO sowie zum Anteilserwerb durch Erlangung wirtschaftlichen Eigentums angestrengt hatte, blieben erfolglos. Der BFH wies jeweils die Nichtzulassungsbeschwerde des Finanzamts unter Hinweis auf die Entscheidung vom 15. Dezember 1999 - I R 29/97 zurück (BFH-Beschluss vom 30. Juli 2002 - III B 50/01, BFH/NV 2003, 55, Vorinstanz Hessisches Finanzgericht vom 17. Januar 2001 - I K 2287/00, EFG 2001, 898; BFH-Beschluss vom 27. August 2003 - I B 186/02, BFH/NV 2003, 1581, Vorinstanz Finanzgericht Düsseldorf vom 10. September 2002 - 6 K 3666/98 K,F, EFG 2003, 20) oder lehnte sich als Parallelentscheidung an diejenige vom 20. November 2007 - I R 85/05 an (BFH-Beschluss vom 20. November 2007 - I R 102/05, IStR 2008, 336; Vorinstanz Hessisches Finanzgericht vom 30. August 2005 - 4 K 4741/01, juris).

Erst mit der Verfügung der OFD Frankfurt/Main vom 27. Mai 2013 wurde der Nichtanwendungserlass vom 6. Oktober 2000 aufgehoben und der Beschluss vom 20. November 2007 - I R 85/05 im BStBl II veröffentlicht (BStBl II 2013 S. 287).

Mit Urteil vom 16. April 2014 - I R 2/12 (BFHE 246 S. 15) nahm der BFH dann zu Cum/Ex-Geschäften des Streitjahres 2008 Stellung. Im Ergebnis bestätigte der BFH die Auffassung des Finanzamts und lehnte die Kapitalertragsteueranrechnung ab. Methodisch aber trug dieses Urteil nur begrenzt zur Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften bei. Denn mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellungen lässt sich dem Urteilssach-

verhalt im Ergebnis nicht entnehmen, ob es um die Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften in der Form des Inhabergeschäfts oder in der Form des Leerverkaufs ging. Deshalb äußerte sich der BFH insoweit zum Kriterium des wirtschaftlichen Eigentums nicht abschließend:

“Nicht zweifelsfrei und im Schrifttum umstritten ist allerdings, ob der Anteilserwerber ... auch im Fall eines sog. Leerverkaufs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirtschaftliches Eigentum erwerben kann Doch kann das unter den Gegebenheiten des Streitfalls ... im Einzelnen unbeantwortet bleiben.“

Der BFH verneinte das wirtschaftliche Eigentum und damit den begehrten Kapitalertragsteuererstattungsanspruch vielmehr nun deshalb, weil das streitgegenständliche Geschäft nach seiner Überzeugung eine wirtschaftlich unauflösbare Gesamtkonzeption darstelle.

“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 ... von vornherein entgegensteht. Die Wertpapiererwerbe standen im untrennbaren Zusammenhang mit Finanzierungs-, Wertpapierleih- und (Total-Return-)Swappgeschäften 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.

Es kann allerdings nicht zweifelhaft sein, dass die einzelnen Komponenten der wirtschaftlich unauflösbaren Gesamtkonzeption – bei isolierter Betrachtung – ‘als solche’ den Erwerb wirtschaftlichen Eigentums durch die Klägerin nicht gefährdet hätten. ... In der Zusammenschau der verwirklichten Sachverhalte lässt sich der Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum an den Aktien durch die Klägerin gleichwohl nicht begründen.“

Damit suchte der BFH die Lösung nun nicht mehr zu der Frage, ob im Hinblick auf Inhabergeschäft oder Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum vorliege, sondern stellte für die Frage des wirtschaftlichen Eigentums auf eine Gesamtschau der Einzelakte ab.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass der BFH – obgleich im Sachverhalt die Frage des Inhaber- oder Leerverkaufs nicht aufgeklärt wurde – in dieser Entscheidung dem Gesetzgeber unterstellt, er sei im Zuge der mit dem Jahressteuergesetz 2007 durchgeführten Gesetzesänderung davon ausgegangen, dass der Anteilserwerber

“im Fall eines sog. Leerverkaufs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirtschaftliches Eigentum erwerben kann.“

Zum Verständnis der Gesetzesbegründung sowie zum Verhältnis von Gesetzesbegründung zu Gesetzestext vgl. Ziff. 3.3.

Mit Urteil vom 18. August 2015 - I R 88/13 (BFHE 251, 190) nahm der BFH zur Frage Stellung, wem im Rahmen einer Wertpapierleihe die “entliehenen“ Anteile zuzurechnen seien. Bei der Wertpapierleihe handelt es sich um einen Sachdarlehensvertrag, aufgrund dessen der Verleiher verpflichtet wird, dem Entleiher das Eigentum an den Aktien zu übertragen. Der Entleiher wiederum wird verpflichtet, nicht dieselben, sondern Papiere gleicher Art und Ausstattung nach Ablauf der Vertragslaufzeit zurück zu übereignen. Grundsätzlich führt die Wertpapierleihe damit zur Zurechnung der Sache beim Entleiher kraft zivilrechtlichen Eigentums.

Im Ergebnis lehnt der BFH den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums in einer “Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls“ ab. Damit ist es eine Frage des Einzelfalls, ob – in Durchbrechung des Grundsatzes – der Gegenstand des Leihvertrags ausnahmsweise in der Zurechnung des Verleihers verblieben ist. Ausdrücklich weist der BFH darauf hin, dass es angesichts dieser Zurechnungsentscheidung als nicht mehr entscheidungserheblich dahinstehen könne, ob ein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vorliege.

Das Instrument des wirtschaftlichen Eigentums, mit dem der BFH mit seiner Entscheidung vom 15. Dezember 1999 I R 29/97 (BStBl II 2000 S. 527) Börsenumsätze im Sinne der Kläger beurteilte, hält er nun für tauglich, um es über die Gesamtumstände des Einzelfalls gegen den Kläger einzusetzen – wobei die Entscheidung naturgemäß offen lässt, inwieweit sich aus der angestellten Einzelfallbetrachtung eine typisierende und damit auf eine Vielzahl von Fällen anwendbare Betrachtung ableiten lässt.

3.3. Bitte erläutern Sie die Gründe für die Schaffung eines neuen Einkommensteuer-tatbestands, der auch unter die Kapitalertragsteuerpflicht fällt, im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 unter Berücksichtigung hierzu ggf. diskutierter Alternativen.

Durch die Anfügung des neuen Satzes 4 in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG wurden die Kompensationszahlungen als "sonstige Bezüge aus Aktien" qualifiziert.³¹

Nach der Gesetzesbegründung dient "die Regelung ... der Verringerung von Steuerausfällen, die derzeit bei der Abwicklung von Aktiengeschäften an der Börse in zeitlicher Nähe zum Gewinnverteilungsbeschluss dadurch entstehen, dass Kapitalertragsteuer bescheinigt wird, die nicht abgeführt wurde. ... Durch die ... 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 den allgemeinen Vorschriften von der Aktiengesellschaft abgeführten Kapitalertragsteuer soll so viel Quellensteuer erhoben werden, wie bei den Anteilseignern später steuerlich berücksichtigt wird. ... Für die steuerliche Behandlung dieser Kompensationszahlungen gelten [damit] die gleichen Regeln wie für originäre Dividenden, d. h. Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und insbesondere Erhebung der Kapitalertragsteuer nach § 43 ff. EStG" (BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.).

Mit der Neuregelung wurde die Mehrfachanrechnung nur einmal einbehaltener Kapitalertragsteuer unterbunden. Alternativen zu dieser Stoßrichtung wurden nicht diskutiert. Theoretisch wäre auch ein Lösungsansatz über die Anwendung des bislang geltenden Rechts denkbar gewesen, die eine solche Mehrfachanrechnung – wie oben ausgeführt – nie gestattete. Die Lösung hätte demzufolge auch auf eine Unterbindung der unrichtig ausgestellten Steuerbescheinigungen oder ihre "Aufdeckung" gerichtet sein können. Im Hinblick auf die praktischen Probleme bei der Prüfung der Voraussetzungen und der Ermittlung der komplexen Sachverhalte im Einzelnen (s. oben unter Ziff. 2.3) wurde ein solcher alternativer Lösungsansatz aber wohl nie in Erwägung gezogen.

Nicht gefolgt werden kann den Stimmen aus Literatur und Beraterschaft, die in der Neuregelung eine Legalisierung der Cum/Ex-Geschäfte mit Mehrfachanrechnung von nur einmal einbehaltener Kapitalertragsteuer sehen. Dies widerspricht nicht nur dem in der Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers, sondern auch dem klaren Wortlaut der geänderten Regelungen. Danach hatten inländische Kreditinstitute auf geleistete Kompensationszahlungen Kapitalertragsteuer zu erheben, die der Leerkäufer – unter Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung – nunmehr rechtmäßig auf seine Steuerschuld anrechnen durfte.

³¹ Der genaue Wortlaut der neuen Vorschrift lautet: "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 werden."

Da ein ausländisches Kreditinstitut als Depotbank des Leerverkäufers vom deutschen Gesetzgeber nicht zum Kapitalertragsteuerabzug verpflichtet werden konnte (s. oben unter Ziff. 1.1.3), war andererseits die inländische Depotbank des Leerkäufers nicht berechtigt, diesbezüglich Steuerbescheinigungen auszustellen. Insofern bestand die Problematik einer Steuerbescheinigung, der kein tatsächlicher Steuerabzug gegenüber steht, auch nach Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 2007 fort mit der Konsequenz, dass in diesen Fällen nach wie vor kein Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch begründet werden konnte. Entsprechend führt das Landgericht Köln in seinem Beschluss vom 16. Juli 2015 - 106 Qs 1/15 (juris) aus, die Tatsache, dass ausländische Kreditinstitute nicht zum Kapitalertragsteuerabzug verpflichtet werden können, "ändert nichts an dem aus der Systematik des Gesetzes folgenden Grundprinzip des steuerlichen Erstattungsverfahrens, dass nur Kapitalertragsteuer erstattet werden kann, die zuvor auch abgeführt wurde. ... Dass der Gesetzgeber die ihm zur Kenntnis gelangte Möglichkeit, dieses Grundprinzip zu unterlaufen und eine unberechtigte Kapitalertragsteueranrechnung zu erlangen, erst mit dem OGAW-IV-Umsetzungsgesetz mit Wirkung ab dem 01.01.2012 unterbunden hat, zeugt allenfalls von der (vermeintlichen) Machtlosigkeit des Gesetzgebers angesichts der von einigen Marktteilnehmern im Zusammenhang mit Leerverkäufen rund um den Dividendenstichtag entwickelten Gestaltungsmodelle" (Rz. 15, 18). Das BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009 "zeigt deutlich, dass man im Bundesministerium der Finanzen zu diesem Zeitpunkt gerade nicht von der Rechtmäßigkeit, sondern von der Unrechtmäßigkeit der in diesen Konstellationen von Leererwerbern geltend gemachten Steuererstattungen ausging" (Rz. 18).

Etwas anderes kann auch nicht aus einer möglichen Widersprüchlichkeit der Gesetzesbegründung hergeleitet werden. Als Auslegungshilfe ist sie nur maßgeblich, wo eine Vorschrift aufgrund ihres unklaren Wortlauts ausfüllungsbedürftig ist. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Auch andernfalls könnte die Gesetzesbegründung nur soweit als Auslegungshilfe herangezogen werden als sie im Einklang mit der gelten Rechtsordnung steht. Aufgrund des Widerspruchs zu § 39 AO war dem Argument einer Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums von vornherein der Boden entzogen. Das Landgericht Köln führt in seinem bereits genannten Beschluss vom 16. Juli 2015 106 Qs 1/15 aus,

"eine solche Zurechnung der Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer auf Grund der Annahme einer doppelten Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums widerspricht ersichtlich dem Gesetz: ... Die Vorstellung, dass sich die auf die Dividendenzahlung der Emittentin an den zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien 'erhobene' Steuer gleichzeitig auch auf eine zwischen unbekanntem Dritten geschulde-

te Dividendenkompensationszahlung beziehen könnte, ist fernliegend und entbehrt einer gesetzlichen Grundlage.“

Auf die Frage, ob die Verwaltung oder der Gesetzgeber Kenntnis davon hatten, dass die mit dem Jahressteuergesetz 2007 geschaffene gesetzliche Ergänzung Cum/Ex-Gestaltungen nicht mit ausreichender Wirksamkeit zurückzudrängen vermochte, kommt es bei der Beurteilung dieser Gestaltungen nicht an. So stellt das Landgericht Köln in seinem o.g. Beschluss fest, dass das Cum/Ex-Modell nicht nur den Regeln des Kapitalertragsteuerabzugs widerspreche, sondern auch strafrechtliche Relevanz habe:

“Geht man mit dem LG Köln davon aus, dass die ‘doppelte‘ (d.h. auf zwei bzw. mehrere Steuerpflichtige bezogene) Erstattung von nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer zwar gesetzeswidrig, gleichwohl aber faktisch – aufgrund mehrfach, ohne weitere Erläuterungen ausgestellter Kapitalertragsteuerbescheinigungen ... – bis zum 01.01.2012 möglich war, entlastet der Umstand, dass der Gesetzgeber diese Missbrauchsmöglichkeit nicht umgehend nach Kenntniserlangung abgestellt hat, nicht vom Strafbarkeitsvorwurf. Denn es besteht ... kein Anspruch eines Straftäters darauf, dass staatlicherseits rechtzeitig gegen ihn eingeschritten wird, um seine Tat(en) zu verhindern ...“ (Ebner, Strafrechtliche Beurteilung von “Cum/Ex“-Geschäften, Anmerkung zum Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015, jurisPR-SteuerR 40/2015, Anm. 1).

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Prof. Dr. Schmitt