

Entscheidung des Hessischen Finanzgerichts

Urteil vom 10.2.2016, Az. 4 K 1684/14

(wesentlicher Sachverhalt und Entscheidungsgrundsätze)

Deutscher Bundestag
4. Untersuchungsausschuss
der 18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache
18(30)101

Sachverhalt

Streitgegenstand des dem Gericht zur Entscheidung vorliegenden Verfahrens waren außerbörsliche Aktiengeschäfte (OTC-Geschäfte) mit börsennotierten Aktien vor dem Dividendenstichtag die cum Dividende abgeschlossen wurden, bei denen die Belieferung jedoch abweichend von der vertraglichen Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag mit Aktien ex Dividende erfolgte.

Die Beteiligten streiten um die Anrechnung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von ca. 53 Mio. € auf Ausschüttungen aus erworbenen Aktien.

Die Klägerin ist eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts, die neben dem Kreditgewerbe auch Aktien- und Rentenhandel betreibt.

Im Feststellungszeitraum 2010 erwarb die Klägerin in erheblichem Umfang girosammelverwahrte Aktien deutscher Emittenten in zeitlicher Nähe zum Hauptversammlungstag. Direkter Vertragspartner der Klägerin waren verschiedene Brokerhäuser.

Nach den Beschlüssen des Vorstandes vom 23. April und 25.11.2009 sollen Aktienerwerbe in zeitlicher Nähe zum Dividendenterrin nur dann vorgenommen werden dürfen, wenn der Erwerb der Aktien spätestens drei (Börsen-)Tage vor deren Dividendenbeschlusstag, die Einbuchung dieser Aktien spätestens bis zum Vortag des Tages der Hauptversammlung, die Rückveräußerung der Aktien frühestens 3 Tage nach dem Tag der Hauptversammlung erfolgt und die Haltedauer der über den Dividendenstichtag erworbenen Aktien mindestens 20 Tage beträgt.

Von der A Bank AG („A“) mit Sitz in Frankfurt am Main erwarb die Klägerin Aktien zu einem Kaufpreis von insgesamt 9,5 Milliarden €. In einem wesentlich kleineren Umfang wurden Aktien von der B Group, London („B“) in Höhe eines Gesamtkaufpreises von 1,8 Milliarden €

und von der C Securities Limited, London („C“) zu einem Gesamtkaufpreis von 430.000.000 € erworben. Die Geschäfte wurden in der Regel mindestens drei Tage vor dem Tag der Hauptversammlung mit einer vereinbarten Lieferung von je t+2 getätigt, so dass die Aktien der Klägerin vereinbarungsgemäß spätestens zum Tag der Hauptversammlung geliefert werden sollten. Bei diesen Geschäften handelte es sich ausschließlich um außerbörsliche Geschäfte (OTC-Geschäfte), die über die Clearstream Banking Frankfurt AG („Clearstream“) abgewickelt wurden. Depotbanken der Vertragspartner der Klägerin waren inländische Banken. So erfolgte die Lieferung der Aktien für die A durch die K Bank; die Geschäfte mit B und C erfolgten über die L Bank bzw. die J Bank.

Zudem erwarb die Klägerin Aktien zum Gesamtkaufpreis von ca. 1,9 Milliarden € über dem örtlichen Handel der Frankfurter Wertpapierbörse Eurex. Die schuldvertragliche Abwicklung erfolgt über CCP EUREX Clearing AG als zentrale Gegenpartei. Von den jeweiligen Depotbanken der Vertragspartner erhielt die Klägerin nach dem Dividendenstichtag jeweils eine Zahlung in Höhe der Nettodividende.

Um die Lieferverpflichtungen gegenüber der Klägerin erfüllen zu können erwarb A die streitgegenständlichen Aktien von der kanadischen Bank of M Capital Inc. („M“) und von der N International plc („N“). Von wem und ob überhaupt B und C die an die Klägerin verkauften Aktien erwarben, ist ebenso wenig bekannt wie der Lieferant der hinter den an der Frankfurter Wertpapierbörse Eurex erworbenen Aktien steht.

Sämtliche Aktienhandelsgeschäfte wurden im Hinblick auf das erhebliche Transaktionsvolumen durch entsprechende Derivatgeschäfte gegen Kursveränderungen abgesichert. Zur Absicherung setzte die Klägerin grundsätzlich Eurex Single Stock Futures ein. Da die Absicherungsgeschäfte über Eurex erfolgten, war die konkrete Gegenpartei des Absicherungsgeschäfts für die Klägerin systemtechnisch nicht erkennbar.

Von den o.g. Aktienkäufen wurde ein Teil der Aktien abweichend von der schuldvertraglichen Vereinbarung verspätet erst nach dem jeweiligen Dividendenstichtag der deutschen Aktiengesellschaften geliefert. Die Anrechnung der auf die Dividendenzahlungen dieser verspätet gelieferten Aktien, entfallenden Kapitalertragssteuerbeträge ist streitig:

50,8 Mio. € Erwerb von A,

1,45 Mio. € Erwerb von B,

46.000 € Erwerb von C und

1,6 Mio. € Erwerb über Eurex CCP.

Aufgrund des Umstandes, dass die Abwicklung der Aktienverkäufe über Clearstream vorgenommen wurde und die Lieferung der verspätet gelieferten Aktien nach dem Abend des Hauptversammlungstages - an dem die Dividendenansprüche von den Aktien getrennt werden - erfolgte, waren die Aktien nur noch ohne den konkreten Dividendenanspruch übertragbar, so dass die Klägerin aus diesen Ankäufen nur noch Aktien ohne Dividendenanspruch erhielt.

Für die Aktiengeschäfte mit der A bestätigte die K Bank der Klägerin, dass die verspätete Erfüllung der Lieferverbindlichkeiten gegenüber der Klägerin mit Aktien ex-Dividende erfolgte und dass auf Seiten der K Bank als Depotbank der A insoweit keine Kapitalertragsteuer einbehalten und an das Finanzamt abgeführt wurde. Dabei ging die K Bank davon aus, dass keine Dividendenkompensationszahlung vorliege, so dass auch keine Einbehaltungspflicht bestanden hätte.

Zwischen A und der K Bank bestand eine sog. Contractual Settlement Vereinbarung. Danach wurden Belastungen des (Giro-) Kontos der A bei der K Bank aufgrund des Erwerbs von Wertpapieren sowie Gutschriften zu Gunsten der A aufgrund der Veräußerung von Wertpapieren jeweils unabhängig vom Tag der tatsächlichen Lieferung bereits am Tag des Geschäftsabschlusses per Valutatag auf dem Girokonto von A gutgeschrieben und belastet. Etwaige Zinsschäden der K Bank wegen verspäteter Erfüllung wären nach den Vereinbarungen von A nachträglich auszugleichen. Daher konnte A vorliegend trotz der verspäteten Lieferung durch N entsprechend der Regelungen des Kaufvertrags bereits am Valutatag über das Handelsergebnis (in Höhe der Marge) aus den Transaktionen verfügen.

Parallel zu der Contractual Settlement Vereinbarung wurden über noch offene Lieferansprüche durch die K Bank Lieferdifferenzlisten auf Basis der bis dahin aufgelaufenen Geschäftsabschlüsse erstellt und an die A weitergeleitet, die ihrerseits die Käufer, hier die Klägerin, informierte.

Entsprechend den getroffenen Geschäftsabschlüssen wurden die Transaktionen durch die K Bank in das Clearingsystem der Clearstream eingestellt. Die Clearstream-Buchungen aus dem Geschäftsabschluss N – A bzw. aus dem Geschäftsabschluss A – Klägerin erfolgten dagegen erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Ausbuchung bzw. Einbuchung der verspätet gelieferten Aktien.

Im Zuge der Dividendenregulierung wurde von Clearstream am Ex-Tag eine Zuweisung der Dividende entsprechend den Wertpapierbeständen zum Zeitpunkt des Handelsschlusses vorgenommen. Gleichzeitig mit der Dividendenregulierung hat die Clearstream automatisch auch die Dividendenkompensationen für Börsentransaktionen und den elektronischen Handel geregelt. Dabei wurden automatisch alle verkaufenden Depotstellen mit vor dem Dividendenstichtag angestoßenen aber erst nach dem Zeitpunkt der Coupontrennung zu regulierenden Verkäufen mit der Nettodividende belastet und diese der Depotbank des Käufers gutgeschrieben.

Da A zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Berechtigung zum Bezug einer Dividende nach den getroffenen Vereinbarungen keinen Aktienbestand hatte, ist der A keine Dividendenausschüttung zugeflossen. Dagegen erhielt die Klägerin als letzter Erwerberin der Aktien am Dividendenstichtag über ihr eigenes Clearstreamkonto in Höhe der Nettodividende eine Kompensationszahlung für die aufgrund des noch nicht ausgeführten Liefergeschäfts entgangene „echte“ Dividende gutgeschrieben. Entsprechend der systemtechnischen Dividendenkompensationen auf Ebene der Clearstream erfolgte für vor dem Dividendenstichtag angebahnte, nicht mehr regulierte Aktientransaktionen eine Kompensationsbuchung (Rückbelastung) auf dem Clearstreamkonto der K Bank. Bei diesem Konto handelt es sich um ein für eine Vielzahl von K-Kunden zusammen geführtes Konto (Omnibus-Account), auf das der einzelne Kunde, hier die A, keinen Zugriff hatte.

Da aufgrund der Contractual Settlement Vereinbarung die Abwicklung zwischen A und der K Bank entsprechend der schuldrechtlichen Vereinbarungen erfolgte und es sich um deckungsgleiche Geschäftsabschlüsse der A aus dem Kauf und dem Verkauf der Aktien handelte, wurde auf Ebene der A keine Buchung der Kompensationszahlungen durchgeführt. Ebenso wenig wurde durch das System zur Abwicklung von Zins- und Dividendenzahlungen ein sog. "short-Bestand" ermittelt, da die Verkaufsoorder des Kunden durch die K Bank erst nach der Belieferung der Kauforder ausgeführt wurde. Weil es sich um taggleiche Käufe und Verkäufe des Kunden der K Bank handelte, glichen sich die vorgenommenen Gutschriften und Belastungen der Clearstream auf dem Kundenkonto der A bei der K Bank aus, so dass die Notwendigkeit der Erhebung einer evidenten Kompensationszahlung für Rechnung des Kunden unterblieb. Entsprechend der vertraglichen Vereinbarung mit der Klägerin nahm die K Bank für die Belastung mit der Kompensationszahlung vielmehr unmittelbar die N in Anspruch. Ein Einbehalt von Kapitalertragssteuer erfolgte nicht, da nach der Rechtsauffassung von A von ihr keine Dividendenkompensationszahlung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG vorgelegen habe, die eine Verpflichtung zum Einbehalt von Kapitalertragssteuer begründet hätte.

Im Hinblick auf das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) vom 5.5.2009 (Aktenzeichen: IV C I - S 2252/009/10.003, BStBl I 2009,631), wonach für Geschäfte, bei

denen die Aktien einschließlich eines Dividendenanspruchs (cum Dividende) erworben werden, deren Belieferung allerdings erst nach der Hauptversammlung (Ex Dividende) erfolgt, eine Berufsträgerbescheinigung als zusätzliches Erfordernis neben der Steuerbescheinigung für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer definiert wird, beauftragte die Klägerin die PwC Wirtschaftsprüfungsgesellschaft AG eine solche Berufsträgerbescheinigung für die streitigen Aktiengeschäfte zu erstellen.

Mittels der Berufsträgerbescheinigung bescheinigt ein Berufsträger, dass aufgrund des ihm vorliegenden Einblicks in die Unternehmensverhältnisse und nach Befragung des Steuerpflichtigen keine Erkenntnisse über Absprachen des Steuerpflichtigen im Hinblick auf den über den Dividendenstichtag vollzogenen Erwerb der Aktien sowie entsprechender Leerverkäufe, bei denen eine Anwendung der Vorschriften des §§ 40 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG nicht erfolgte, vorliegen. Zielrichtung der Berufsträgerbescheinigung als zusätzliches Erfordernis zur Anrechnung von Kapitalertragssteuer sind Geschäfte, durch die die Beteiligten Steuererstattungs- oder -Anrechnungsansprüche generieren, ohne dass eine entsprechende Kapitalertragsteuer an den Fiskus entrichtet wurde.

Nach Durchführung der betriebswirtschaftlichen Überprüfung erteilte PwC für die anonymen börslichen Geschäfte über die Eurex-Börse eine (Teil-) Berufsträgerbescheinigung nicht aber für Kapitalertragsteuer aus den OTC-Geschäften mit A, B und C in Höhe von ca. 50 Mio. €.

Im Rahmen der Körperschaftsteuererklärung 2010 machte die Klägerin Anrechnung der Kapitalertragsteuer auf alle Dividendenzahlungen geltend, die das Finanzamt versagte.

Wegen der unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung wandte sich die Klägerin gegen den Bescheid mit dem Einspruch und nach dessen Abweisung mit der Klage.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Abführung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten der Aktien, die unstreitig erfolgt ist, sei der Klägerin zuzurechnen, da sie durch den Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages wirtschaftliches Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO an den Aktien erworben habe. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH, Urteil vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000,527). Ab dem Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages könnten dem Erwerber nach den einschlägigen Börsenübungen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden.

Jedenfalls ergebe sich die Anrechnungsberechtigung der Klägerin aber aus der Erhebung der Kapitalertragsteuer durch die Depotbank. Diese Erhebung sei bereits unstreitig durch die

Zahlung der Depotbank der Verkäufer in Höhe der Nettodividende erfolgt. Auf die Abführung der einbehaltenen Steuer durch den Abzugsverpflichteten komme es nicht an.

Spätestens aber durch den Erlass des Haftungsbescheides gegenüber der K Bank liege eine Erhebung der Kapitalertragsteuer vor.

Weiterhin sei unklar, ob von der J als Depotbank von C und der L als Depotbank von B tatsächlich keine Kapitalertragsteuer abgeführt worden sei. Insoweit obliege es dem Finanzamt den Sachverhalt weiter aufzuklären. Die mangelnde Sachaufklärung beziehe sich auch auf die Aktienkäufe über die Frankfurter Wertpapierbörse Eurex. Aufgrund der Auszahlung der Nettodividende könne die Klägerin von der Erhebung der Kapitalertragsteuer ausgehen und diese anrechnen.

Eigene Untersuchungen der Klägerin ergaben deutliche Hinweise darauf, dass Händler der Klägerin, die Geschäfte über die A hinweg mit dem Geschäftsbereich der N und der M vorangebahnt hatten, so dass die Spätlieferung eines Teils der Aktien beabsichtigt war. Es war ein System der doppelten Bepreisung für die Geschäfte verabredet, nach dem die Geschäfte formal zu einem sog. "trade price" geschlossen wurden, der eigentliche von der Klägerin letztlich zu zahlende Preis jedoch ein im Verhältnis hierzu niedriger Preis, der sog. "all in price" unter Einschluss der Sicherungsgeschäfte sein sollte. Die Gewinnspanne erschließt sich dabei aus der angerechneten aber nicht abgeführten Kapitalertragsteuer der verspätet gelieferten Aktien.

Entscheidungsgründe:

Das Gericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Eine Anrechnung der geltend gemachten Kapitalertragsteuer kommt nicht in Betracht.

ERHEBUNG DER STEUER ALS VORAUSSETZUNG FÜR DEREN ANRECHNUNG

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

a. Nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m. § 31 Abs. 1 KStG wird auf die Einkommensteuer/Körperschaftsteuer die durch Steuerabzug **erhobene** Einkommensteuer/Körperschaftsteuer angerechnet, soweit sie auf die bei der Veranlagung erfassten Einkünfte entfällt und nicht die Erstattung beantragt oder durchgeführt ist.

Die durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer wird nicht angerechnet, wenn die in § 45a Abs. 2 oder 3 EStG bezeichnete Bescheinigung nicht vorgelegt worden ist.

Im Streitfall fehlt es an einer Erhebung der Körperschaftsteuer/Einkommensteuer durch Steuerabzug in Form der Kapitalertragsteuer.

ZURECHNUNG DER VOM EMITTENTEN ERHOBENEN STEUER:

aa. Vorliegend ist die Kapitalertragsteuer zwar unstreitig von den Emittenten der Aktien erhoben und auch abgeführt worden. Die Erhebung der Kapitalertragsteuer durch die Emittenten ist der Klägerin jedoch nicht zuzurechnen, weil sie im Zeitpunkt des Dividendenstichtags nicht Anteilseigner gemäß § 20 Abs. 5 S. 2 EStG (wirtschaftlicher Eigentümer) gewesen ist. Entgegen ihrer Ansicht ist die Klägerin nicht bereits durch Abschluss der Aktienkaufverträge wirtschaftlicher Eigentümer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) der Aktien geworden.

(1) Wirtschaftliches Eigentum liegt nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO vor, wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den (zivilrechtlichen) Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann.

Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn aufgrund eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts der Erwerber des Wirtschaftsgutes bereits eine rechtlich geschützte, auf dessen Erwerb gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und auch die mit dem Wirtschaftsgut verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

einer Wertminderung und die Chancen einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind (vgl. BFH, Urteil vom 11.7.2006 VIII R 32/04 BStBl. II 2007,296).

Entscheidender Gesichtspunkt ist, dass der zivilrechtliche Eigentümer nicht mehr auf das Wirtschaftsgut einwirken und darüber verfügen kann, wobei sich die Verfügungsmacht auf die Substanz und den Ertrag des Wirtschaftsgutes bezieht. (BFH, Urt. vom 27.11.1996, X R 92/92, BStBl II 1998, 97)

Wirtschaftliches Eigentum bei Börsengeschäften mit girosammelverwahrten Aktien

(2) Für girosammelverwahrte Aktien hat der BFH bei Börsengeschäften in seinem Urteil vom 15.12.1999 I R 29/97, BStBl II 2000, 527, entschieden, dass der Erwerber angesichts der Einräumung eines Besitzmittlungsanspruchs zu der girosammelverwahrenden Stelle wirtschaftliches Eigentum bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages erhält, da nach dem Gesamtbild der Verhältnisse in diesem Fall aufgrund der bestehenden einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufe sichergestellt sei, dass die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden können und er von Kurserhöhungen der Papiere profitiert bzw. Kursminderungen tragen muss.

Kein Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer bei OTC-Geschäften

(a) Diese Rechtsprechung, wonach das wirtschaftliche Eigentum bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages auf den Erwerber übergeht, ist entgegen der Ansicht der Klägerin auf außerbörsliche (OTC-) Geschäfte nicht übertragbar.

Dies ergibt sich daraus, dass außerbörsliche (OTC-) Geschäfte keinen festen Regeln folgen. Sie können taggleich abgeschlossen und erfüllt werden oder haben längere Erfüllungsfristen. Auch fehlt es regelmäßig an entsprechenden Institutionen wie Clearstream, die die Lieferung der Wertpapiere und die Regulierung der Zahlungsströme (Dividenden und Ausgleichszahlungen) garantieren. (vgl. Rau, Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums bei girosammelverwahrten Aktien, DStR 2007, 1192 ff.). Bei diesen Geschäften bedarf es zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zwingend der Erlangung des Besitzes, durch die Belieferung der Aktien.

Vorliegend hatte die Klägerin zum Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertrages aber weder unmittelbaren Besitz noch einen Besitzmittlungsanspruch an den Aktien erlangt, der wie in dem vom BFH entschiedenen Fall aufgrund der Börsenusancen und des geregelten Ablaufs bei Clearstream sichergestellt hätte, dass der zivilrechtliche Eigentümer von der Einwirkung auf die Wertpapiere ausgeschlossen wurde.

(aa) Um der Klägerin die Aktien als wirtschaftliche Eigentümerin anstelle des Anteilseigners zuzurechnen, wäre nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO Voraussetzung, dass sie als Leerkäufer in der Lage ist, den Anteilseigner von der Einwirkung auf das in seinem Eigentum stehende Wirtschaftsgut: Aktie wirtschaftlich ausschließen zu können.

Dies ist aber nicht denkbar, denn der Leerkäufer steht in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Anteilseigner und hat demzufolge auch keinerlei Möglichkeit den Anteilseigner von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut auszuschließen. Vielmehr kann der Anteilseigner mit der Akte tun und lassen was er will. Seine Verfügung ist in keinster Weise eingeschränkt (vgl. Spengel / Eisgruber, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei cum-/ex-Geschäften, Deutsches Steuerrecht 2015, 785, 787).

Des Weiteren werden dem Anteilseigner beim Erwerb vom Leerkäufer auch nicht die Gewinnansprüche aus den Aktien entzogen, da diese dem Erwerber zu keinem Zeitpunkt zustehen. Der Leerkäufer hat lediglich einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung, bei der es sich aber nicht um die originäre Dividende, sondern um eine Schadensersatzzahlung handelt. Der Gewinnanspruch als solches verbleibt beim zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien, der auch die tatsächliche Dividende erhält (vgl. Spengel / Eisgruber, a.a.O., Seite 789).

(bb) Die gegenteilige Ansicht in der Literatur, die einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung auch beim Erwerb vom Leerverkäufer im außerbörslichen Handel bejaht (vgl. Berger / Matuszewski, Dividendenstripping im Focus der Finanzverwaltung, BB 2011, 3097; Podewils, Cum-/ex-Geschäfte weiterhin im Focus - Steuerrechtliche und strafrechtliche Implikationen, FR 2013, 481; Englisch, Wirtschaftliches Eigentum beim Kauf girosammelverwahrter Aktien, FR 2010, 1023; Desens, Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, DStZ 2012,

142), würde im Ergebnis zu parallelem mehrfachen wirtschaftlichen Eigentum an der gleichen Aktie führen. Rau hat dies in seinem Aufsatz, Leerverkäufe und mehrfacher Anrechnung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag, Finanzrundschau 2011, 366 ff anschaulich dargestellt; auf den Aufsatz wird insoweit im Einzelnen verwiesen.

Dieses Ergebnis eines mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums an einer Aktie ist aber weder mit dem Regelungsverständnis 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.

Sämtliche Autoren, die zur Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums gelangen, setzen sich nicht mit dem Argument auseinander, dass nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO der wirtschaftliche Eigentümer in der Lage sein muss, den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf die Aktie auszuschließen (vgl. Anzinger, Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an girosammelverwahrten Aktien im System der Kapitalertragsteuer, Recht der Finanzinstrumente (RdF) 2012, 394, 400 m.w.N.).

Soweit sie sich auf das Urteil des BFH vom 15.12.1999 beziehen, verkennen sie, dass der BFH in dem entschiedenen Fall bei seiner Aussage davon ausgegangen ist, dass die Aktien zumindest im Depot des Verkäufers vorhanden waren und dieser über den berechtigten Besitz zivilrechtlicher Eigentümer gewesen ist. Die Nutzungsbefugnis des Übertragenden über das Wirtschaftsgut mittels berechtigten Besitzes, sei es auch aufgrund Besitzkonstituts nach § 930 BGB, ist aber regelmäßig Voraussetzung zur Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums (vgl. Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO/FGO, § 39 AO Rz. 93 m.w.N.).

Wenn aber beim Leerverkäufer weder ein Besitzmittelungsanspruch noch ein Besitzkonstitut zum Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses wirksam übertragen werden kann und der Käufer nur eine Schadensersatzzahlung erhält, kann folgerichtig in diesen Fällen auch kein wirtschaftliches Eigentum übergehen.

(cc) Soweit sich die Klägerin zur Begründung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums durch den schuldrechtlichen Vertrag auf die Entscheidung des BFH, Urteil vom 16.4.2014, I R 2/12 BFH/NV 2014, 1813 beruft, ist dies rechtsirrig. In dem entschiedenen Fall hat der BFH gar nicht darüber entschieden, ob bei OTC-Geschäften bereits der schuldrechtliche Vertrag zum Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien ausreicht, da in dem entschiedenen Fall bereits das Gesamtvertragskonzept nicht geeignet war wirtschaftliches Eigentum zu

übertragen. Der BFH hat lediglich ausgeführt, dass der Übergang von wirtschaftlichem Eigentum durch schuldrechtliche Vereinbarungen auch bei OTC-Geschäften prinzipiell möglich sein könne, ohne dies jedoch näher zu konkretisieren und darzulegen. Ob auch bei Leerverkäufen wirtschaftliches Eigentum erworben werden kann, hat er dagegen ausdrücklich offen gelassen.

(3) Davon ausgehend hat die Klägerin vorliegend kein wirtschaftliches Eigentum mit Abschluss der schuldrechtlichen Verträge erworben, da sie in den streitigen Fällen stets vom Leerverkäufer erworben hat, denn die verkaufenden Broker waren zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weder im unmittelbaren Besitz der Aktien noch haben sie einen Besitzmittlungsanspruch übertragen.

Geschäfte über die Eurex-Börse

Dies gilt im Streitfall auch für die Geschäfte über die Eurex Börse als zentralen Kontrahenten, im elektronischen Xetra-Handel, da die Eurex Clearing AG über keinen eigenen Aktienbestand verfügt und damit nicht Aktieninhaber ist, sondern ihre Geschäfte mit Aktien tätigt, die sie ihrerseits geliefert bekommt.

[Die Eurex tritt als zentrale Gegenpartei in die außerbörslich zustande gekommenen Geschäfte ihrer Vertragspartner ein, indem sie im eigenen Namen und für eigene Rechnung die Geschäfte mit dem Aktienverkäufer und dem Aktienkäufer abschließt. Das ursprüngliche OTC-Geschäft wird damit durch den Eintritt der Eurex durch zwei Geschäfte mit ihr als zentralem Kontrahenten ersetzt. Aufgabe der Eurex ist es dabei die Anonymität der Geschäfte zu gewährleisten, das Gegenparteirisiko

– Ausfall des Handelspartners - zu übernehmen und die Abwicklung zu verbilligen (vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Auflage, § 72

Rn. 106). Sie bietet somit ein System zur Sicherung der Erfüllung von Geschäften am organisierten Markt an. Es liegen also immer Deckungsgeschäfte vor, die das elektronische Handelssystem Xetra eigenständig nach bestimmten Regeln zusammenführt. Wesentliches Merkmal der Geschäftsabwicklung unter Einschaltung der Eurex ist dabei das sog. Netting schuldvertraglicher Ansprüche auf Lieferung von Wertpapieren. Dabei werden die wechselseitigen Ansprüche zwischen der Eurex und ihren Vertragspartnern durch Aufrechnung

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

nach § 384 BGB ausgeglichen. Eine tatsächliche Belieferung nach sachenrechtlichen Grundsätzen unter Einschaltung der Clearstream findet lediglich für die so genannten „Spitzen“ statt (vgl. Horn, Die Erfüllung von Wertpapiergeschäften unter Einbeziehung eines zentralen Kontrahenten an der Börse, WM 2002, 3 ff.).]

Durch die Zwischenschaltung der Eurex wird diese zentraler Vertragspartner von dem der Aktienkäufer erwirbt. Eine unmittelbare vertragliche Verbindung zwischen den Vertragspartnern der Eurex besteht nicht. Da die Eurex Clearing AG über keinen eigenen Aktienbestand verfügt, ist die Eurex im Zeitpunkt des Vertragsschlusses stets Leerverkäufer, so dass das wirtschaftliche Eigentum erst im Zeitpunkt der Lieferung Aktien übergeht (vgl. Spengel/Eisgruber, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum/Ex-Geschäften, DStR 2015, 785, 791), vorliegend bei den streitgegenständlichen verspäteten Lieferungen mithin erst nach dem Dividendenstichtag. Dabei wird die Eurex nicht selbst wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere, sie fungiert lediglich als Empfangsbote der dinglichen Einigung für den Aktienkäufer. Die dingliche Erfüllung bei den Börsengeschäften über die Eurex erfolgt auf Ebene der Kunden im Zeitpunkt der tatsächlichen Belieferung durch die Verbuchung auf dem Depot der Clearstream (bzgl. des „Spitzenausgleichs“) bzw. der Verbuchung auf den Kundenkonten der Eurex (bzgl. der „genetteten“ Geschäfte), was durch die Zurverfügungstellung der abwicklungsbezogenen Daten im Ist-Lieferreport der Eurex dokumentiert wird (vgl. dazu: Horn, Die Erfüllung von Wertpapiergeschäften unter Einbeziehung eines zentralen Kontrahenten an der Börse, WM 2002, 3 ff.).

Im Streitfall kann sich die Klägerin daher mangels des Erwerbs wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien die vom Emittenten erhobene und abgeführte Kapitalertragsteuer nicht zu rechnen.

ANRECHNUNG EINER VON DER DEPOTBANK ERHOBENEN KAPITALERTRAGSSTEUER:

bb. Eine Anrechnung einer von der Depotbank des Verkäufers erhobenen Kapitalertragsteuer scheidet ebenfalls aus, da im Streitfall die Kapitalertragsteuer nicht erhoben wurde bzw. soweit die Erhebung der Kapitalertragsteuer ungewiss geblieben ist, dies nach den

Grundsätzen der Feststellungslast zulasten der Klägerin geht und ihr die Anrechnung der Kapitalertragsteuer zu versagen ist.

(1) Dass es zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer als Erhebungsform der Körperschaftsteuer vergleichbar einer Steuervorauszahlung zunächst der Erhebung der Steuer bedarf, ist nach der Systematik der Anrechnung evident und Grundvoraussetzung für die Anrechnung der Abzugsteuer (vgl. BFH, Urteil vom 23.4.1996 VIII R 30/93, BFHE 181, 7; Urteil vom 20.10.2010 I R 54/09, BFH/NV 2011, 641). 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.

Erhebung erst bei Einbehalten der Steuer durch die Depotbank

(2) „Erhoben“ im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist die Kapitalertragssteuer bereits dann, wenn sie vom Entrichtungspflichtigen der Kapitalertragsteuer (§ 44 Abs. 1 S. 3 EStG) für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge einbehalten wurde. Auf die Abführung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer an das Finanzamt kommt es – wie die Klägerin zutreffend ausführt - dabei nicht an. Dies folgt aus der Erwägung, dass sich der Fiskus beim Einzug der Kapitalertragsteuer des jeweiligen Entrichtungspflichtigen als „Verwaltungsgehilfen“ bedient, der Gläubiger der Kapitalerträge (Steuerschuldner) den Steuereinbehalt dulden muss und auf die Abführung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer durch den Schuldner der Kapitalerträge grundsätzlich keinen Einfluss nehmen kann.

(3) Dieses Tätigwerden als „Verwaltungsgehilfe“ des Fiskus setzt jedoch zunächst das Einbehalten der Steuer voraus. Erst wenn die Steuer ordnungsgemäß einbehalten wurde, liegt eine Erhebung der Steuer i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG vor (BFH, Urteil vom 23.4.1996, VIII R 30/93, BFHE 181, 7).

Bei der Beurteilung, ob eine Steuer einbehalten wurde, ist auf die Person des Einbehaltungsverpflichteten abzustellen. Dies ist für die Einbehaltung der Kapitalertragssteuer gem. § 44 Abs. 1 S. 3, 3. Alt. EStG das inländische Kreditinstitut oder der inländische Finanzdienstleister (Depotbank), dessen sich der Schuldner der Kapitalerträge bei deren

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

Auszahlung bedient. Diese Depotbank ist beim Aktienverkauf zur Abwicklung des Zahlungsflusses zwischengeschaltet. Bei einer zwischengeschalteten Person liegt eine Einbehaltung von Geldern, hier Kapitalertragssteuer, aber nur vor, wenn sie mehr Geld erhält, als sie tatsächlich weitergibt, d.h. für die Dividendenkompensationszahlung, dass die Depotbank die Bruttodividende vom Aktienverkäufer erhält, aber nur die Nettodividende an den Gläubiger der Kapitalerträge, den Aktienkäufer weiterleitet.

Soweit es sich – wie hier - um über die Börse getätigte Aktiengeschäfte handelt, deren Abwicklung nach den Börsenregularien erfolgt, so dass die Dividenden- bzw. die Dividendenausgleichszahlung über die Clearstream läuft und diese die Depotbank der Aktienverkäufer mit der Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende belastet, die wiederum Rückgriff beim Aktienverkäufer nehmen, liegt eine Einbehaltung der Steuer nur dann vor, wenn die mit der Zahlung in Höhe der Nettodividende belastete Depotbank ihrerseits beim Schuldner der Kapitalerträge in Höhe der Bruttodividende Rückgriff nimmt. Nur in diesem Fall hat die Depotbank als zwischengeschaltete Stelle den Differenzbetrag erhalten, womit eine Einbehaltung vorliegt.

Auszahlung der Nettodividende kein Nachweis für den Steuereinbehalt

(a) Soweit die Klägerin meint, bereits durch die Auszahlung der Nettodividende an die Depotbank des Aktienkäufers sei von einer Einbehaltung und demzufolge auch von einer Erhebung der Kapitalertragsteuer auszugehen, ist dies nicht zutreffend. Die Auszahlung der Nettodividende ist lediglich ein Indiz, das mangels anderer Anhaltspunkte bei einem typischen Geschehensablauf einen Anscheinsbeweis für die Einbehaltung der Steuer darstellt. Bei einer zwischengeschalteten Person kann der Nachweis für die Einbehaltung der Steuer aber dadurch geführt werden, dass von den durchgeleiteten Geldern der einzubehaltende Teil tatsächlich bei der zwischengeschalteten Person verblieben ist.

Hätte der Gesetzgeber bereits die Auszahlung der Nettodividende als Erhebung der Kapitalertragsteuer genügen lassen wollen, hätte er dies in Form einer gesetzlichen Fiktion ins Gesetz aufnehmen können. Dies hat er jedoch gerade nicht getan.

Auch aus dem Gesichtspunkt, dass die Depotbank bei der Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragssteuer als Verwaltungsgehilfe des Fiskus tätig wird, erscheint es

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

sachgerecht, bei der Beurteilung der Erhebung der abzuführenden Steuer darauf abzustellen, ob die zwischengeschaltete Depotbank tatsächlich einen Teil des Geldes, die Differenz zwischen der Brutto- und der Nettodividende, erhalten hat. Denn erst ab dem tatsächlichen Einbehalt des Differenzbetrages zwischen Brutto- und Nettodividende wird die inländische Depotbank tatsächlich als Verwaltungsgehilfe des Fiskus tätig.

(b) (aa) Davon ausgehend hat die K Bank als Depotbank der A im Streitfall keine Kapitalertragsteuer auf die streitigen Aktienverkäufe erhoben. Dies hat die K Bank vorliegend nicht nur selbst bestätigt; sie hat auch keine Bruttodividende erhalten, von der sie die Steuer hätte einbehalten können.

Die rechtlich mit der A als Schuldner der Kapitalerträge abgeschlossenen Geschäfte stellen sich in ihrer zahlungstechnischen Abwicklung dabei wie folgt dar: Da es sich um Geschäfte mit börsennotierten Aktien handelte, hat die K Bank als Depotbank der A entsprechend den Börsenregelungen die Nettodividende quasi über die Clearstream an die Depotbank der Klägerin ausgezahlt. Aufgrund der geschlossenen Verträge mit A, die eine Abrechnung auf Basis des schuldrechtlichen Vereinbarungen vorsahen, - so dass nach Saldierung der Aktiengeschäfte bei A am Dividendenstichtag kein offener Bestand zu ermitteln war - hat die K Bank nicht die A als Schuldner der Kapitalerträge mit der Bruttodividende aus deren Verkaufsgeschäft belastet, sondern aufgrund der vorgenommenen Saldierung der Geschäfte der A, lediglich Schadenersatz in Höhe der ihr von der Clearstream in Rechnung gestellten Nettoausgleichszahlung von der N erhoben. Die Inanspruchnahme der N ist dabei nur im Wege des abgekürzten Zahlungsweges aufgrund der getroffenen internen Vereinbarungen zwischen der K Bank und der A erfolgt. Rechtlich handelt es sich jedoch um zwei Geschäfte, die auch als solche getrennt zu beurteilen sind. Betrachtet man die Geschäfte getrennt, muss sich die A im Rahmen ihres Aktienverkaufsgeschäfts an die Klägerin die Einforderung des Ersatzbetrages bei der N als Rückgriff der K Bank aufgrund der Einforderung der Clearstream für die Dividendenausgleichszahlung zurechnen lassen. Da dieser Rückgriff lediglich in Höhe des Nettodividendenbetrages erfolgte, verbleibt kein Differenzbetrag, den die K Bank als Steuer von der Kompensationszahlung der A als Leerverkäufer hätte einbehalten können. Es liegt damit keine Erhebung der Kapitalertragssteuer vor. Die intern geschlossenen Vereinbarungen betreffen vorliegend somit nur die einfachere Abwicklung der Geschäfte und sollten möglicherweise auch dazu dienen, die Erkennbarkeit der Verpflichtung zum Abführen zum Einbehalten und Abführen der Kapitalertragsteuer zu erschweren.

(bb) Auch die Verbuchung der rückbelastenden Kompensationszahlungen auf dem Clearstreamkonto der K Bank, einem für eine Vielzahl von K-Kunden zusammengeführten Konto (Omnibus-Account), auf das der einzelne Kunde keinen Zugriff hatte, diente lediglich der praktikablen Abwicklung der Aktiengeschäfte und hat auf die getrennte rechtliche Beurteilung der jeweiligen Geschäfte innerhalb der Vertragsverhältnisse keine Auswirkung. Insbesondere entfällt dadurch nicht die Verpflichtung zum Einbehalt der Kapitalertragsteuer auf die jeweiligen Aktienverkäufe.

Keine Steuererhebung durch Erlass eines Haftungsbescheids

(cc) Soweit die Klägerin meint, spätestens durch Erlass des Haftungsbescheides sei die Kapitalertragsteuer erhoben worden, ist dies unzutreffend. Zwar führt die Haftungsinanspruchnahme des Abzugsverpflichteten zur Erhebung der Kapitalertragssteuer. Die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme reicht dazu jedoch nicht aus (vgl. Gosch in Kirchhoff, Kommentar zum EStG, § 36 Rn. 7a). Wenn also wie vorliegend lediglich ein Haftungsbescheid erlassen wurde, der noch nicht bestandskräftig ist und dem darüber hinaus ein entsprechendes Leistungsgebot fehlt, liegt noch keine Erhebung der Steuer vor. Dazu bedarf es vielmehr einer tatsächlichen Zahlung des Haftungsschuldners, an der es hier fehlt.

Feststellungslast des Steuerpflichtigen für die Erhebung der KapESt

(c) Hinsichtlich der übrigen streitigen Aktiengeschäfte ist bei den Ermittlungen ungewiss geblieben, ob die Kapitalertragsteuer auf die Dividendenerträge erhoben wurde. Entsprechend den Beweislastregeln ist der Klägerin die begehrte Anrechnung der Kapitalertragssteuer daher auch insoweit zu versagen.

(aa) Nach den Grundsätzen der Feststellungslast trifft bei nicht mehr behebbarer Ungewissheit über den Sachverhalt die Feststellungslast für die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen die Finanzbehörde, während den Steuerpflichtigen die Feststellungslast für die steuerentlastenden oder -mindernden Tatsachen obliegt (BFH, Urteil vom 28.1.1971, V R

101/70, BStBl. II 1971, 218). Übertragen auf die Anrechnung von Kapitalertragsteuer aus Aktienverkäufen bedeutet dies, dass die Feststellungslast für die Erhebung der Kapitalertragsteuer denjenigen trifft, der die Anrechnung der Abzugssteuer begehrt (vgl. Brenner in Kirchhoff-Söhn-Mellinghoff, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, § 36 EStG, Rn. D 171), mithin im Streitfall die Klägerin. Die Unaufklärbarkeit der Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, nämlich ob auf die Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG Körperschaftsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde, führt daher zur Versagung des Kapitalertragssteuerabzugs.

Steuerbescheinigung liefert lediglich einen Anscheinsbeweis für die Steuererhebung

(bb) Soweit die Klägerin vorträgt, sie habe hier bereits durch Vorlage der Steuerbescheinigung i.S.d. § 45a Abs. 2, 3 EStG den erforderlichen Nachweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer erbracht, ist dies im Streitfall unzutreffend. Zwar sind die Steuerbescheinigungen in der Mehrzahl der Aktiengeschäfte, bei denen die Auszahlung der Nettodividende von einer inländischen Depotbank des Verkäufers erfolgt, ein geeigneter und ausreichender Nachweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer. Dies gilt jedoch nicht in den Fällen, in denen aufgrund besonderer Gestaltung oder - wie im Streitfall - bei abweichend von den Vereinbarungen eingetretenen verspäteten Aktienlieferungen im Rahmen von OTC-Geschäften, nicht typischerweise von einer Einbehaltung der Kapitalertragsteuer ausgegangen werden kann. In diesen Fällen reicht allein die Vorlage der Anrechnungsbescheinigung nach § 45a Abs. 3 EStG entgegen der Ansicht der Klägerin nicht aus.

(cc) Die Klägerin verkennt insoweit den Zweck und die doppelte Bedeutung der Steuerbescheinigung. Die Steuerbescheinigung ist zum einen materielle Voraussetzung und Tatbestandsmerkmal des § 36 Abs. 2 S. 2 EStG zur Anrechnung der Kapitalertragssteuer, zum anderen dient sie als Nachweis für die einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer auf die zugeflossenen Erträge (BFH-Urteil vom 29.04.2008 VIII R 28/07, BStBl. II 2009, 842). Insoweit liefert sie aber nur den Anscheinsbeweis für die Entrichtung der Kapitalertragsteuer auf die erhaltenen Zahlungen (BFH-Urteil vom 12.02.2008 VII R 33/06, BFH/NV 2008, 845). Zweck der Regelung über die Kapitalertragssteuerbescheinigung ist es lediglich eine

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

praktikable und rechtssichere Durchführung der Kapitalertragssteueranrechnung zu ermöglichen.

(aaa) Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die Kapitalertragssteuerbescheinigung unverzichtbares zusätzliches Nachweismittel für Zwecke der Veranlagung sein sollte. Würde man der Ansicht der Klägerin folgen und die Vorlage der Bescheinigung zum Nachweis der Erhebung der Kapitalertragsteuer genügen lassen, ihr also eine Vollbeweiskfunktion beimessen, würde der Zweck eines zusätzlichen Nachweisinstrumentes genau in das Gegenteil verkehrt, indem die Finanzverwaltung auf einmal an die bescheinigten Angaben gebunden wäre und ihr weitere Prüfungsmöglichkeiten genommen würden (so zutreffend: Bruns, Streitfallfragen bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, DStZ 2012, 333, 338).

Dafür, dass der Bescheinigung keine Vollbeweiskfunktion beizumessen ist, spricht insbesondere auch, dass die Steuerbescheinigungen in einem Massenverfahren für eine Vielzahl von Fällen erstellt werden, was immer wieder zu falschen Steuerbescheinigungen durch menschliches oder technisches Versagen führt. Dies hat der Gesetzgeber auch gesehen und folgerichtig in § 45a Abs. 6 EStG eine Berichtigungsvorschrift geschaffen.

Insbesondere impliziert aber auch die Haftungsregelung des § 45a Abs. 7 EStG bei falschen Bescheinigungen, dass die inhaltliche Richtigkeit der zu bescheinigenden Tatsachen (und zwar in erster Linie die Erhebung der Kapitalertragsteuer) maßgebend ist.

Auch die Gesetzesformulierung als weitere negative Tatbestandsvoraussetzung für die Anrechnung der Steuer zeigt, dass der Gesetzgeber nicht schon bei Erteilung der Steuerbescheinigung den Beweis für deren Erhebung als erbracht angesehen hat.

Wenn das Gesetz gleichwohl 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.

Das bedeutet, dass die Kapitalertragssteuerbescheinigung zwar zur Ermöglichung der Durchführung einer praktikablen und rechtssicheren Kapitalertragssteueranrechnung in der überwiegenden Mehrzahl der Aktienkäufe, insbesondere bei Börsengeschäften unter Beteiligung inländischer Depotbanken die vereinbarungsgemäß erfüllt werden, regelmäßig zum Nachweis der Erhebung der Kapitalertragssteuer als Abzugssteuer ausreicht. Denn in diesen

Fällen ist typischerweise vom Einbehalt der Kapitalertragssteuer als Abzugssteuer durch die Depotbank des Verkäufers auszugehen. Der Anscheinsbeweis aufgrund der vorgelegten Steuerbescheinigung trägt jedoch nicht bei atypischen Gestaltungen und Abläufen, bei denen insbesondere aufgrund der Praxiserfahrung begründete Zweifel an der Entrichtung der Kapitalertragsteuer bestehen.

Erschütterung des Anscheinsbeweises durch nicht erteilte Berufsträgerbescheinigung

(bbb) So sind bei außerbörslichen Aktiengeschäften vom Leerverkäufer um den Dividendenstichtag, insbesondere auch bei Aktiengeschäften, die cum Dividende geliefert werden sollen, durch Verzögerungen aber erst nach dem Dividendenstichtag mit Aktien ex Dividende bedient wurden – wie im Streitfall –, wiederholt Missbrauchsfälle aufgetaucht, in denen eine mehrmalige Anrechnung von einmalig erhobener Kapitalertragsteuer erfolgte. Dies hat die Verwaltung in 2009 zum Anlass genommen, für diese Fälle zur Konkretisierung der Erhebung der Kapitalertragsteuer die sog. Berufsträgerbescheinigung als zusätzlichen Nachweis für die Anrechnung der Kapitalertragssteuer einzuführen, um diesem Missbrauch zu begegnen.

[Nach den Verwaltungsvorgaben ist eine solche Berufsträgerbescheinigung zu erteilen, wenn nach Durchführung einer betriebswirtschaftlichen Prüfung durch einen zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung befugten Berufsträger i.S.d. §§ 3, 3a Steuerberatungsgesetz oder einer behördlich anerkannten Wirtschaftsprüfungsstelle in den o.g. Aktienverkäufen um den Dividendenstichtag keine Erkenntnisse über Absprachen des Steuerpflichtigen im Hinblick auf den über den Dividendenstichtag vollzogenen Erwerb der Aktien i.S.d. Steuerbescheinigung sowie entsprechende Leerverkäufer vorlagen, bei denen § 44 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG keine Anwendung gefunden haben (vgl. BMF-Schreiben vom 5.5.2009, IV C 1-S 2252/09/10003-2009/0288260, BStBl. I 2009, 631).]

Diese Berufsträgerbescheinigung ist weder ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal noch ein echtes Beweismittel, das Bindungswirkung für das Gericht entfaltet. Indes lässt die Nichterteilung der Berufsträgerbescheinigung den Anscheinsbeweis der Erhebung der Kapitalertragsteuern nicht durchgreifen. Wird diese Berufsträgerbescheinigung für die

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

geprüften Aktiengeschäfte nicht erteilt, bestehen begründete Zweifel an der Erhebung der Kapitalertragssteuer. Es liegt demzufolge kein typischer Geschehensablauf vor, der im Rahmen des Anscheinsbeweises aufgrund gesicherter Erfahrung mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die Steuererhebung schließen lässt. Es gilt somit die allgemeine Beweislastregel im Steuerrecht, dass derjenige, der den Steuerabzug begehrt, die Erhebung der Kapitalertragssteuer im Wege des Steuerabzugs nachzuweisen hat.

Soweit die Klägerin vorträgt, die Berufsträgerbescheinigung stelle einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip dar, weil zusätzliche Anforderungen an die Anrechnung der Kapitalertragssteuer gestellt würden, die dem Gesetzgeber vorbehalten seien (so auch Klein, Wirtschaftliches Eigentum bei Aktiengeschäften im Rahmen von Cum/ex-Geschäften im Lichte der Rechtsprechung des I. Senats des BFH, Betriebsberater 2015,726,733), ist dies rechtsirrig. Der Beklagte weist insoweit zutreffend darauf hin, dass es sich bei der Bescheinigung lediglich um einen Nachweis zur Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Erhebung der Steuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 EStG handelt. Das BMF-Schreiben schreibt damit nur einen bestehenden Rechtszustand fest und fordert in den beschriebenen Fällen des Leerverkaufs einen ergänzenden Geeignetheitsbeweis für die Erhebung der Kapitalertragssteuer. Dies ist erforderlich, da der aufgrund abweichender Praxiserfahrungen in den Fällen, in denen eine Berufsträgerbescheinigung angefordert wird, aus dem Vorliegen der Kapitalertragssteuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2, 3 EStG typischerweise nicht auf die Einbehaltung der Kapitalertragssteuer geschlossen werden kann und der Anscheinsbeweis aus der Kapitalertragssteuerbescheinigung damit nicht greift.

Letztlich dient die Berufsträgerbescheinigung einer praktikablen Abwicklung dieser Aktiengeschäfte, da die Finanzbehörde im Regelfall, sofern keine anderen Erkenntnisse für die Nichterhebung der Kapitalertragssteuer durch die Depotbank des Aktienverkäufers vorliegen, für die Aktiengeschäfte, für die die Berufsträgerbescheinigung erteilt wird, die Anrechnung der Steuer gewährt, ohne vom Aktienkäufer einen weiteren zusätzlichen Nachweis für die Erhebung der Steuer zu fordern.

Davon ausgehend ergibt sich für den Streitfall, dass für die Geschäfte, für die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach erfolgter Prüfung keine Berufsträgerbescheinigung erstellt hat, der Anscheinsbeweis, dass von der Depotbank des Verkäufers Kapitalertragssteuer einbehalten wurde, nicht greift. Es obliegt daher in diesen Fällen der Klägerin als

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

Aktienerwerber bei unaufklärbarem Sachverhalt den Nachweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer zu erbringen. Da sie vorliegend weder Beweismittel für die Einbehaltung der Steuer bezeichnet noch – im Rahmen des § 90 Abs. 2 AO – gestellt hat, sondern stattdessen auf die Nachweisverpflichtung des Finanzamtes verweist, ist ihr nach den Grundsätzen der Feststellungslast der Abzug der geltend gemachten Kapitalertragsteuer aus den Geschäften mit der B und der C zu versagen.

Diese Beweislastverteilung ist im Ergebnis auch sachgerecht, da die Klägerin die Geschäfte abgeschlossen hat und es sich daher um Sachverhalte handelt, die in ihrer Sphäre liegen. Die Klägerin kennt bei den OTC-Geschäften regelmäßig ihre Vertragspartner und kann ggf. innerhalb ihrer Vertragsbeziehungen Rückgriff nehmen. Denn dem gutgläubigen Leerkäufer steht ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Leerverkäufer zu, wenn dieser entgegen den Vereinbarungen durch verspätete Lieferung seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 1 BGB nicht erfüllt und sich demzufolge gegenüber dem Käufer gem. §§ 280, 281 BGB schadensersatzpflichtig macht.

Die Verpflichtung Aktien „cum Dividende“ zu liefern umfasst dabei neben der Dividendenberechtigung regelmäßig auch den Kapitalertragssteueranrechnungsvorteil (vgl. Bruns, Leerverkäufe und missbräuchliche Gestaltungen, DStR 2010, 2061, 2065).

Atypischer Geschehensablauf bei Geschäften über die Eurex-Börse

(ccc) Des Weiteren hinaus greifen die Grundsätze des Anscheinsbeweises vorliegend auch bei den Geschäften über die Eurex-Börse nicht ein. Zwar ist der Anscheinsbeweis der Steueranrechnungsbescheinigung i.S.d. § 45a Abs. 2,3 EStG nicht schon durch die fehlende Berufsträgerbescheinigung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft entkräftet. Aufgrund der getroffenen Feststellungen und Erfahrungssätze des Finanzamtes bestehen auch bei diesen Geschäften begründete Zweifel, ob in diesen Fällen Kapitalertragsteuer einbehalten wurde, so dass kein typischer Geschehensablauf als Voraussetzung des Anscheinsbeweises vorliegt, der mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die Einbehaltung der Steuer schließen lässt.

Da sämtliche streitigen Geschäfte entgegen der getroffenen Vereinbarung erst verspätet beliefert wurden und daher über die Eurex Clearing AG vom Leerverkäufer erworben wurde, ist

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

die Erhebung der Kapitalertragsteuer ungewiss. Dies bestätigen auch die Ermittlungen der Verwaltung, wonach in allen Fällen, in denen die einzelnen Verkäufe rückverfolgt wurden, vom Leerverkäufer erworben wurde, der keine Kapitalertragsteuer erhoben hatte. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Eurex als zentraler Kontrahent Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlungen der verspätet gelieferten Aktien über die Depotbank erhoben hat. Da die Eurex über keinen eigenen Aktienbestand verfügt, und die Geschäfte unter Einschaltung des zentralen Kontrahenten als Zwischenerwerber erst geschlossen werden, wenn ein entsprechendes deckungsgleiches Gegengeschäft vorliegt, so dass sich die jeweiligen Zahlungsverpflichtungen ausgleichen, wird, wie die Erfahrungen der Finanzverwaltung bestätigen, bei verspäteten Lieferungen von dem vertragswidrig verspätet liefernden Verkäufer regelmäßig zwar eine Ersatzzahlung in Höhe der Nettodividende aber keine Kapitalertragsteuer erhoben und abgeführt.

Die Geschäfte folgen dabei dem gleichen Schema wie oben bei den Aktienkäufen von A dargestellt. Mangels eigenen Aktienbestandes des zentralen Kontrahenten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist dieser stets Leerverkäufer und kann daher aufgrund des fehlenden Eigentums an den Aktien seinerseits auch kein wirtschaftliches Eigentum an die Aktienerwerber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses übertragen.

Selbst wenn entgegen der Ansicht des Gerichts eine „Lieferkette“ zu berücksichtigen wäre, obliegt es im Rahmen der Mitwirkungspflicht dem Aktienkäufer bei Geschäften über den zentralen Kontrahenten, bei denen abweichend von der Vereinbarung über die Lieferung von Aktien cum Dividende verspätet Aktien ex Dividende geliefert werden zum Nachweis der Erhebung der Kapitalertragsteuer, den Aktienverkäufer zu benennen, der an dem zentralen Kontrahenten geliefert hat.

Bleibt – wie vorliegend – ungeklärt, ob es sich um einen Inhaberverkäufer oder um einen Leerverkäufer handelt und ob dieser sich einer in- oder ausländischen Verkäuferbank bediente, ist die Anrechnung nach den o.g. Grundsätzen zu versagen.

Diese Risikoverteilung der Nachweispflicht zulasten des Aktienerwerbers erscheint auch sachgerecht. Denn Personen, die solche Geschäfte tätigen, wissen, dass ihr Geschäftserfolg ganz entscheidend von der Kapitalertragssteueranrechnung abhängt. Sie wissen auch, dass das Gesetz in § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG bereits nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut als Anrechnungsvoraussetzung fordert, dass auf die ihm zuzurechnenden Einkünfte

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Auch hätten sie wissen müssen, dass nach den allgemeinen und bekannten Beweislastgrundregeln es ihnen obliegt zu beweisen, dass die Kapitalertragsteuer erhoben wurde.

Wer trotz dieser Kenntnis Geschäfte mit anonymen Vertragspartnern tätigt, muss im Zweifel das Risiko tragen, dass er den Nachweis für die Zahlung der Kapitalertragsteuer nicht erbringen kann. Angesichts dieser Unsicherheit hätte er das Geschäft direkt mit einem Verkäufer tätigen können, wenn diese Absicherung aber nicht gelingt, muss sich der Anleger entscheiden, ob er das Geschäft dennoch tätigen will. Wer sich dann gleichwohl für das Geschäft entscheidet, weiß was er tut und ist nicht schutzwürdig (vgl. Spengel/Eisgruber, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum/Ex-Geschäften, DStR 2015, 785).

Kernaussagen des Urteils vom 10.02.2016, 4 K 1684/14;

(Anrechnung von Kapitalertragssteuer bei außerbörslichem Erwerb von Aktien vor dem Dividendenbeschlusstag cum Dividende und verspäteter Belieferung mit Aktien ex Dividende)

1. Beim außerbörslichen Erwerb börsennotierte 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.
2. Eine Erhebung der Kapitalertragsteuer i.S. des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG liegt nicht bereits mit Auszahlung der Nettodividende / Dividendenkompensationszahlung an die inländische Depotbank des Aktienkäufer vor. Erforderlich ist zusätzlich, dass die mit der Nettodividende / Kompensationszahlung belastete Depotbank des Verkäufers den Bruttodividendenbetrag erhalten hat, von der die Steuer einzubehalten ist. Auf die tatsächliche Abführung der Steuer durch die Depotbank an die Finanzbehörde kommt es dagegen nicht an.
3. Dem die Anrechnung der Kapitalertragsteuer begehrenden Aktienkäufer obliegt die Feststellungslast für die Erhebung der Abzugssteuer.
4. Die Kapitalertragssteuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2 o. 3 EStG liefert bei Zahlungen der Nettodividende durch eine inländische Depotbank lediglich einen Anscheinsbeweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer.
5. Für Geschäfte, bei denen die Aktien außerbörslich einschließlich eines Dividendenanspruchs erworben werden, deren Belieferung allerdings abweichend von der Vereinbarung erst nach dem Dividendenbeschlusstag erfolgt, wird dieser Anscheinsbeweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer regelmäßig erschüttert und kommt nicht zum Tragen. Dies gilt zumindest dann, wenn keine sog. Berufsträgerbescheinigung für die Aktiengeschäfte erteilt wird. In diesen Fällen obliegt es dem die Anrechnung begehrenden Aktienkäufer, den Vollbeweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer zu führen.

Schriftliche Stellungnahme H. Lotzgeselle, Vors. Richter am FG

Derzeit ist ein weiteres Verfahren einer deutschen Großbank beim Hessischen Finanzgericht unter dem Az.: 4 K 977/14 anhängig.

Mit einer Entscheidung ist in der 2. Jahreshälfte dieses Jahres zu rechnen. Die Klägerseite hat gebeten die Entscheidung zunächst zurück zu stellen, da derzeit noch eigene Untersuchungen durch Beauftragung einer externen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durchgeführt würden.

Auch steht die abschließende Stellungnahme des Beklagten noch aus.

Nach nicht offiziellen Auskünften der Finanzverwaltung ist darüber hinaus noch mit weiteren Verfahren zu Cum/Ex-Geschäften zu rechnen, die sich derzeit im Einspruchsverfahren befänden und im Hinblick auf die bereits anhängigen Verfahren zurück gestellt worden seien.

Dazu zählten insbesondere auch Verfahren die Investmentfonds betreffen, die zwischenzeitlich aufgelöst seien.

Näheres dazu bitte ich bei der Finanzverwaltung in Hessen zu erfragen.