

**Entscheidung des BFH vom 15.12.1999 I R 29/17, BStBl. II 2000, S. 527 ff**

Deutscher Bundestag

4. Untersuchungsausschuss  
der 18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache

18(30)102

### **Wirtschaftlicher Hintergrund**

Der Entscheidung des BFH vom 15.12.1999 zum sog. Dividendenstripping liegt ein Geschäftsmodell zugrunde, bei dem zum Börsenhandel zugelassene inländische Makler kurz vor dem Dividendenstichtag von ausländischen Inhabern gehaltene Aktien mit Dividendenberechtigung ankauften, um diese kurz nach dem Dividendentermin ohne diese Dividendenberechtigung mit entsprechendem Kursabschlag wieder an den Veräußerer zurück zu verkaufen. Dadurch sollte die den ausländischen Dividendenberechtigten verwehrte Anrechnung der Kapitalertragsteuer durch den zwischengeschalteten inländischen Makler realisiert werden.

### **Zu klärende Rechtsfrage**

Während die Finanzverwaltung dieses Modell als missbräuchliche Gestaltung qualifizierte folgte dem das Finanzgericht nicht. Gleichwohl erkannte das Finanzgericht das Geschäftsmodell nicht an, sondern ging davon aus, dass aufgrund der gleichzeitig eingegangenen gegenläufigen schuldrechtlichen Rückübertragungsverpflichtung der Erwerber nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien geworden und deshalb nicht zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer berechtigt gewesen sei.

Demgegenüber vertrat der BFH in diesem Fall die Rechtsansicht, dass das wirtschaftliche Eigentum bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Vertrages im Vorgriff auf den Übergang des zivilrechtlichen Eigentums durch Umbuchung des Sammelverwahrers auf den Erwerber übergegangen war.

### **Entscheidende Sachverhaltsmerkmale**

In dem entschiedenen Fall handelte es sich um girosammelverwahrte Aktien, die vom Aktieninhaber unmittelbar vor dem Dividendenbeschluss über die Börse an einen Erwerber cum Dividende veräußert und sodann ex Dividende nach dem Dividendenbeschluss geliefert wurden und der Erwerber die Aktien sofort weiter-bzw. zurückveräußert.

### **Entscheidungsgrundlagen**

Der BFH bezog er sich in seinen Entscheidungsgründen ausdrücklich auf die Definition des wirtschaftlichen Eigentums und die vom Finanzgericht in dem Fall getroffenen Feststellungen zu den

## Schriftliche Stellungnahme von Hr. H. Lotzgeselle (Vors. Richter am FG)

konkreten Geschäften. Er führte unter Bezugnahme auf die konkreten Geschäfte aus, dass in diesen Fällen nach dem Gesamtbild der Verhältnisse aufgrund der bestehenden einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen sichergestellt sei, dass die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden können.

Die Entscheidung basiert darauf, dass es sich um girosammelverwahre Aktien handelte, die vom Aktieninhaber über die Börse gehandelt wurden. Nur in diesen Fällen ist gewährleistet, dass der Aktienerwerber bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages eine tatsächliche Herrschaft in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Regelfall von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann und die mit dem Wirtschaftsgut verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chancen einer Wertsteigerung auch ihn übergegangen sind.

Dies wird bei diesen Geschäften – worauf der BFH ausdrücklich hinweist - aus den einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen bei der Wertpapiersammelverwahrbank (Clearstream) gewährleistet.

### **Exkurs: Börsenhandel**

Nach den Bedingungen der Börse werden alle Aktiengeschäfte am zweiten Börsentag nach dem Tag des Geschäftsabschlusses erfüllt (t+2) (§ 15 Börsenbedingungen). Die Aktien befinden sich dabei bei der Clearstream AG als einzigem zentralen Girosammelverwahrer, die die Regulierung der Dividenden zum Ausschüttungszeitpunkt vornimmt. Der Depotkunde ist Miteigentümer am Sammelbestand der betreffenden Wertpapiergattung, und damit Mitbesitzer. Die Eigentumsübertragung auf den Aktienerwerber erfolgt durch Eintragung eines Übertragungsvermerks (Umbuchung) durch die Clearstream AG.

Gleichwohl erfolgt die Dividendenregulierung der Clearstream AG bereits auf Basis des schuldrechtlichen Geschäftes nach den Meldungen der involvierten Depotbanken. Da alle Geschäfte t+2 abgewickelt werden, Clearstream die Verkaufsaufträge nach der Reihe abarbeitet und bei der verkaufenden Depotbank nach Eingang der Verkaufsoorder ein Sperrvermerk hinsichtlich der veräußerten Bestände aufgenommen wird, ist sichergestellt, dass keine weiteren Verfügungen über die Aktien erfolgen können.

Bei der Abwicklung durch Clearstream wird dem nach den Wertpapierbeständen letzten Erwerber vor der Coupontrennung die vom Emittenten abgeführte Kapitalertragssteuer zugerechnet. Alle anderen verkaufenden Depotbanken für vor dem Dividendenstichtag getätigte Verkäufe werden im Zuge der Dividendenregulierung durch Clearstream mit einer Ausgleichszahlung belastet.

### **Keine Anwendung auf außerbörsliche OTC-Geschäfte und Leerverkäufe**

## Schriftliche Stellungnahme von Hr. H. Lotzgeselle (Vors. Richter am FG)

Für außerbörsliche OTC-Geschäfte und bei cum/ex-Geschäften mit Leerverkäufen ist die Rechtsprechung des Ersten Senats des BFH, die einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Aktiengeschäften bereits im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertrages annimmt, nicht anwendbar.

### **Unterschiede zu Börsengeschäften**

Bei außerbörslichen OTC-Geschäften fehlt es regelmäßig an entsprechenden Institutionen wie Clearstream, die die Lieferung der Wertpapiere und Regulierung der Zahlungsströme (Dividenden und Ausgleichszahlungen) garantieren. Insbesondere unterliegen außerbehördliche Käufe nicht der zweitägigen Erfüllungspflicht. Es können längere oder kürzere Lieferzeiten vereinbart werden. Bei diesen Geschäften bedarf es zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zwingend der Erlangung des Besitzes durch die Belieferung der Aktien.

Das Gleiche gilt beim Erwerb vom Leerverkäufer. Auch hier bedarf es zum Erwerb des wirtschaftlichen (und zivilrechtlichen) Eigentums zwingend der Einbuchung der Aktien ins Depot (Besitzerwerb).

[Beim regulären Börsengeschäft ist für Privatkunden gesichert, dass die Depotbank eines Verkäufers einen Aktienverkauf über die Börse nur durchführt, wenn ein Aktienbestand vorhanden ist; die Depotbank des Verkäufers durch einen Sperrvermerk dafür sorgt, dass der Verkäufer den gleichen Aktienbestand nicht mehrfach verkauft und die Depotbank des Käufers diesem bereits ab Kaufabschluss eine Verfügungsmöglichkeit einräumt. Demgegenüber sind bei OTC Geschäften die Depotbank des Käufers und des Verkäufers regelmäßig nicht am Zustandekommen des schuldrechtlichen Geschäfts beteiligt. Sie übernehmen nur Funktionen für die Abwicklung der sachenrechtlichen Erfüllung.]

### **Kein wirtschaftliches Eigentum des Leerkäufers**

Ausgehend von der Definition des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO), der voraussetzt, dass der Leerkäufer in der Lage ist, den Anteilseigner von der Einwirkung auf das in seinem Eigentum stehende Wirtschaftsgut (Aktie) wirtschaftlich auszuschließen, erlangt der Aktienerwerber bei OTC-Geschäften erst durch den Besitz eine rechtlich geschützte Position, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann. Erst ab diesem Zeitpunkt ist der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums möglich.

Entscheidendes Merkmal des wirtschaftlichen Eigentums ist dabei nicht eine Befugnis, sondern das mit dem Eigentum verbundene Ausschließungsrecht (Anzinger, Recht der Finanzinstrumente 2012,394,400). Für den Wechsel im wirtschaftlichen Eigentum muss eine Situation eintreten, in welcher der Käufer den Verkäufer auf der Grundlage besonderer schuldrechtlicher Verpflichtungen oder faktischer Gegebenheiten (Besitz) von der Nutzung der Sache ausschließen kann, über die

## Schriftliche Stellungnahme von Hr. H. Lotzgeselle (Vors. Richter am FG)

Verwaltung- und Vermögensrechte verfügen kann und keine Risiken mehr aus der Verkäufersphäre zu fürchten hat (Schön, Recht der Finanzinstrumente 2015,115,119).

Da der Leerkäufer in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Inhaber der Aktien steht, hat er auch keinerlei Möglichkeit den Anteilseigner von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut (Aktie) auszuschließen. Vielmehr kann der Aktieninhaber mit der Aktie tun und lassen was immer er will. Seine Verfügung ist in keinsten Weise eingeschränkt. Auch werden dem Anteilseigner nicht seine Gewinnansprüche aus den Aktien vom Leerkäufer entzogen, da diese dem Leerkäufer zu keinem Zeitpunkt zu stehen. Dieser hat lediglich einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung, bei der es sich aber nicht um die originäre Dividende, sondern um eine Schadensersatzleistung des Leerverkäufers handelt.

[§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG der den Bezug der Kompensationszahlungen regelt begründet insoweit einen zusätzlichen konstitutiven Einnahmetatbestand. Der Gewinnanspruch als solches verbleibt beim zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien, der auch die eigentliche Dividende erhält.]

### **Stellungnahme zur Gegenansicht**

Soweit in der Literatur vertreten wird, dass auch beim Leerverkauf wirtschaftliches Eigentum bereits durch Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages übertragen wird, ist dies rechtswidrig. Die Autoren reduzieren die vom BFH in seiner Entscheidung vom 15.12.1999 durch ausführliche Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die Tatbestandsvoraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums gewonnene Erkenntnis auf den abstrakten Rechtssatz, dass bei börsengehandelten Aktien das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts übergehe. (Berger/Matuszewski, Betriebsberater 2011,3097,3099; Englisch Finanzrundschau 2010, 1023, 1027; Desens DStR 2014,2317) und nehmen die dadurch mögliche mehrfache Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums bewusst in Kauf genommen.

### **Kein mehrfaches wirtschaftliches Eigentum**

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.

Jeder Vermögensgegenstand kann nur einem Rechtsträger zugeordnet sein. Nichts anderes gilt für das Steuerrecht. Das wirtschaftliche Eigentum in § 39 AO bewirkt aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht lediglich eine andere Zurechnung der Wirtschaftsgüter abweichend von der zivilrechtlichen Eigentumsposition.

## Schriftliche Stellungnahme von Hr. H. Lotzgeselle (Vors. Richter am FG)

In § 39 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AO wird ein Regel-Ausnahme-Verhältnis geregelt, das nach grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung nur eine einmalige Zurechnung eines Wirtschaftsgutes an ein Steuersubjekt zulässt (vgl. Anzinger RdF S. 394,400).

### **Entscheidung des BFH vom 16.4.2014 I R 2/12, DStR 2014, 2012 ff**

Die Entscheidung des BFH, Urteil vom 16.4.2014, I R 2/12 BFH/NV 2014, 1813 kann nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums durch den schuldrechtlichen Vertrag bei außerbörslichen OTC-Geschäften heran gezogen werden.

In dem entschiedenen Fall hat der BFH die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums bereits aufgrund des vorliegenden Gesamtkonzepts der Vereinbarungen verneint. Darüber, ob bei OTC-Geschäften bereits der schuldrechtliche Vertrag zum Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien ausreicht, hat er nicht entschieden.

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.

Die aus der Entscheidung in der Literatur gezogene Schlussfolgerung, der BFH habe final entschieden, dass OTC-Geschäfte generell grundsätzlich zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen, widerspricht den juristischen Auslegungsregeln und ist unzutreffend (vgl. Schwenke, JM 2015, 83).

Kassel, den 13.4.2016 Lotzgeselle (Vors.Richter am FG)