

Deutscher Bundestag

4. Untersuchungsausschuss
der 18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache
18(30)99

Schriftliche Stellungnahme

zur

Sachverständigenanhörung
des 4. Untersuchungsausschusses
der 18. Wahlperiode

Prof. Dr. Marc Desens
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Steuerrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht
Universität Leipzig
Burgstr. 21
D-04109 Leipzig

Inhaltsverzeichnis

I. Zusammenfassung.....	3
II. Gutachten	12
1. Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.....	12
a) Bitte erläutern Sie den finanziellen Anreiz zur Durchführung solcher Geschäfte und ihr Grundprinzip.	12
b) Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen – einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.....	12
aa) Grundprinzip und Rahmenbedingungen (ohne Steuerrecht).....	12
bb) Arbitragen bei Inhaberverkäufen.....	17
cc) Arbitragen bei Leerverkäufen	20
dd) Arbitragen bei Erwerbern („Cash and Carry“)	22
ee) Übergreifende Schlussfolgerungen	24
c) Bitte legen Sie dar, seit wann solche Geschäftsmodelle in Fachkreisen diskutiert werden.....	26
d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.	27
aa) Gesetzgebung	27
bb) Rechtsprechung.....	30
cc) Verwaltungshandeln.....	31
2. Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- bzw. -erstattungsansprüche resultieren konnten. Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.	32
a) Rechtslage bis 2006.....	32
aa) Grundsatz: Maßgeblichkeit des Kaufvertragsabschluss im Börsenhandel.....	33
bb) Maßgeblichkeit des Kaufvertragsabschluss auch im OTC-Handel	35
cc) Unschädlichkeit einer Fremdfinanzierung, kurzen Haltedauer oder Kurssicherung	37
dd) Ausnahme: kein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei einem von einer Bank initiierten, modellhaften Gesamtvertragskonzept	37
ee) Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums bei Leerverkäufen	40
b) Rechtslage von 2007 bis 2011	42
aa) Zurechnung von Kapitaleinkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.....	42
bb) Erhebung der Kapitalertragsteuer auf die Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG	43
cc) Vorlage einer Steuerbescheinigung über die Erhebung der Kapitalertragsteuer....	48
(1) Zurückforderung der Bescheinigung (§ 45a Abs. 6 EStG)	50
(2) Haftung für fehlerhafte Steuerbescheinigungen (§ 45a Abs. 7 EStG)	51
(3) Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit der Steuerbescheinigungen.....	53

(4)	Bescheinigungsvoraussetzungen nach einem Leerverkauf ab 2007.....	54
(5)	Exkurs: Weitere Bescheinigungsvoraussetzungen durch ein BMF-Schreiben?..	56
(a)	Keine Änderung der materiellen Rechtslage durch ein BMF-Schreiben.....	57
(b)	Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung (§ 93 AO).....	59
3.	Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zulässig waren. Bitte erläutern Sie hierzu allgemein den Unterschied zwischen dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und Steuerhinterziehung nach § 370 AO.	60
a)	Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO?.....	61
aa)	Maßstab zur Beurteilung eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) beim cum/ex-Gestaltungen.....	65
(1)	Maßstab für die Eröffnung des Anwendungsbereichs.....	66
(a)	Rechtslage bis 2007 (§ 42 AO i.d.F. des StÄndG 2001).....	66
(b)	Rechtslage seit 2008 (§ 42 AO i.d.F. des JStG 2008).....	67
(2)	Maßstab für das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO durch cum/ex-Gestaltungen.....	68
(a)	Rechtslage bis 2007 (§ 42 AO i.d.F. des StÄndG 2001).....	68
(aa)	Unangemessenheit einer Gestaltung.....	70
(bb)	Gemeinschaftliche Gestaltung.....	70
(b)	Rechtslage seit 2008 (§ 42 AO i.d.F. des JStG 2008).....	71
(aa)	Gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil.....	71
(bb)	Steuervorteil eines Dritten.....	73
(3)	Zusammenfassung.....	74
bb)	Anwendung der Maßstäbe zu § 42 AO auf cum/ex-Gestaltungen.....	75
(1)	Gestaltungsmissbrauch durch Inhaberverkäufer.....	76
(a)	Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO beim Inhaberverkäufer.....	76
(b)	Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO beim Inhaberverkäufer.....	76
(2)	Gestaltungsmissbrauch durch Leerverkäufer.....	80
(a)	Rechtslage bis (einschließlich) 2006.....	80
(aa)	Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO bei einem Leerverkäufer.....	80
(bb)	Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) bei einem Leerverkäufer.....	80
(b)	Rechtslage ab 2007 (bis einschließlich) 2011.....	84
(aa)	Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO bei einem Leerverkäufer.....	84
(bb)	Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO bei einem Leerverkäufer.....	85
(3)	Gestaltungsmissbrauch durch Erwerber.....	88
(a)	Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO bei einem Erwerber.....	88
(b)	Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO bei einem Erwerber.....	88
(4)	Zusammenfassung.....	91
b)	Vorliegen einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO).....	92

I. Zusammenfassung

- 1. Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.**
 - a) Bitte erläutern Sie den finanziellen Anreiz zur Durchführung solcher Geschäfte und ihr Grundprinzip.**
 - b) Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen – einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.**

Bei den Geschäften sind Inhaberverkäufer und Leerverkäufer auf der einen Seite und Erwerber auf der anderen Seite getrennt zu betrachten und neben den Aktiengeschäften auch die Kurssicherungsgeschäfte (i.d.R. Future-Kontrakte) einzubeziehen.

Anreize für Inhaberverkäufer: Inhaberverkäufern geht es um die *Vermeidung der Kapitalertragsteuer-Belastung*, weil es für sie steuerlich günstiger ist, die Dividende eingepreist im Verkaufspreis anstatt durch eine Gewinnausschüttung zu realisieren. Hierzu werden Inhaberverkäufer einerseits ihre Aktien vor dem Dividendenstichtag anbieten und andererseits in gleicher Höhe Buy Future-Kontrakte auf einen Tag nach dem Dividendenstichtag nachfragen. Je *niedriger* der Futurepreis ist, desto größer ist ihr wirtschaftlicher Vorteil.

Anreize für Leerverkäufer: Leerverkäufern geht es darum, aus der Differenz zwischen Verkaufspreis (cum Dividende) und Einkaufspreis der Aktien (ex Dividende) einen Vorteil zu ziehen, was aber nur gelingt, wenn dieser Vorteil im Rahmen der Dividendenregulierung nicht vollständig wieder abgeschöpft wird. Eine vollständige Abschöpfung kann auf Basis einer Nettodividendenregulierung durch die Erhebung einer zweiten Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers oder durch eine Dividendenregulierung auf Bruttobasis geschehen. Um den Vorteil zu erzielen (bis 2011 möglich), werden Leerverkäufer einerseits Aktien vor dem Dividendenstichtag leer anbieten und andererseits in gleicher Höhe Buy Future auf einen Tag nach dem Dividendenstichtag nachfragen. Je *niedriger* der Futurepreis ist, desto größer ist ihr wirtschaftlicher Vorteil.

Anreize für Erwerber: Für Erwerber sind die Aktiengeschäfte isoliert betrachtet ein „Nullsummenspiel“ und das auch nur, wenn sie einen Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch erhalten. Die Arbitrage des Erwerbers ergibt sich ausschließlich aus dem Sicherungsgeschäft (i.d.R. ein Sell Future). Um den Vorteil zu erzielen, werden Erwerber einerseits Aktien vor dem Dividendenstichtag kaufen und andererseits in gleicher Höhe Sell-Future-Kontrakte auf

einen Tag nach dem Dividendenstichtag nachfragen. Je *höher* der Futurepreis ist, desto größer ist der wirtschaftliche Vorteil. Für ihre Arbitrage macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob sie die Aktien von einem Inhaber- oder einem Leerverkäufer erwerben. Es ist aus seiner Sicht auch egal, ob die Gegenpartei zu ihren Sell Future ein Inhaber-, Leerverkäufer oder ein Dritter (Spekulant) ist, der einen spiegelbildlichen Buy Future abgeschlossen hat. Mittelbar über den Futurepreis profitieren Erwerber auch von den Angebots- und Nachfragestrukturen der Inhaber- und Leerverkäufer am Markt. Diese Strukturen resultieren wiederum aus der Vermeidung der Kapitalertragsteuer (*Inhaberverkäufer*) oder der Nichterhebung einer zweiten Kapitalertragsteuer zu Lasten eines Leerverkäufers bei einer Dividendenregulierung auf Nettobasis (*Leerverkäufer*).

Übergreifende Betrachtung: Die oftmals geäußerte Schlussfolgerung, der wirtschaftliche Vorteil liege in der ungerechtfertigten Anrechnung der Kapitalertragsteuer beim Erwerber, die dann verschleiert in Kurssicherungsgeschäften zwischen Erwerber und Leerverkäufer aufgeteilt werde, ist *unzutreffend*:

(1) Richtig ist lediglich, dass sich eine gedachte „Gesamtarbitrage“ ([Leer-]Verkäufer und Erwerber) unabhängig vom Verlauf des Aktienkurses maximal in Höhe der Kapitalertragsteuer ergeben kann. Das ergibt sich aber nicht aus der Anrechnung beim Erwerber, sondern bereits aus der Vermeidung der Kapitalertragsteuer durch den Inhaberverkäufer oder aus der Nichterhebung der zweiten Kapitalertragsteuer bei einer Dividendenregulierung auf Nettobasis zu Lasten des Leerverkäufers.

(2) Es findet über die Future-Kontrakte auch keine „verschleierte Aufteilung“ des Vorteils von anrechnungs- oder erstattungsberechtigten Erwerbern *hin zu* Inhaber- oder Leerverkäufern statt. Da der Sell Future dem Erwerber überhaupt erst eine Arbitrage sichert, könnte es höchstens umgekehrt sein (= Inhaber- oder Leerverkäufer *hin zu* Erwerbern).

(3) Ob es darüberhinaus durch die Future-Kontrakte zu einer „verschleierten Aufteilung“ bzw. zu einer Teilhabe der Erwerber an den Vorteilen der Inhaber- oder Leerverkäufer kommt, wird man darüber hinaus nur bejahen können, wenn zwischen (Leer-)Verkäufern und Erwerbern *Absprachen* darüber stattgefunden haben, die Futuregeschäfte *nicht* zu marktüblichen Preisen abzuwickeln.

Die *Marktüblichkeit* der konkreten Futurepreise ergibt sich dabei aus einem Preiskorridor, der durch die jeweilige Angebots- und Nachfragestruktur der einzelnen Marktteilnehmer unter Berücksichtigung ihrer steuerlichen Belastungen bestimmt wird. Realiter wird er aber noch

durch Transaktions- und Finanzierungskosten, ausländische Steuern und eine kalkulatorische Geldmarktverzinsung weiter eingeengt.

Innerhalb des Korridors besteht zwischen Verkäufern und Erwerbern auch ein wirtschaftlicher *Interessensgegensatz*. Im Interesse der (Leer-)Verkäufer liegt ein besonders niedriger und im Interesse der Erwerber ein besonders hoher Futurepreis.

Liegen *keine* Absprachen über Futurepreise vor, stellt sich die *Folgefrage*, ob ein *Erwerber* anhand der *Höhe des anonymen Marktpreises* für die *Futures* erkennen kann, ob sein anonym-er Vertragspartner ein Inhaber- oder Leerverkäufer ist. Das setzt die Hypothese voraus, dass der Leerverkäufer bereit ist, einen höheren Preis für den Buy Future als ein Inhaberverkäufer zu zahlen, so dass sich seine Marge verkleinert und sich spiegelbildlich die Marge des Erwerbers durch den höheren *Sell Future-Preis* erhöht.

Werden die Futuregeschäfte dabei anonym über Futurebörsen (bzw. Broker) abgewickelt, hängen die Preise maßgeblich vom Volumen der Gesamtnachfrage und des Gesamtangebotes ab. Eine weitere Rolle spielt der allgemeine Kapitalzinssatz, der in die Renditebetrachtung für eine Dividenden-Arbitrage einbezogen.

Nach meinen bisherigen Erkenntnissen kann der Erwerber aber anhand des Futurepreises nicht zweifelsfrei erkennen, ob das jeweilige Angebot, das anonym am Futuremarkt platziert wird, von einem Inhaber- oder Leerverkäufer stammt.

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

Bei den „Geschäftsmodellen“ ist ebenso zwischen *Verkäufern* bzw. *Leerverkäufern* und *Erwerber* zu unterscheiden:

Klassisches Dividendenstripping (ohne Leerverkauf) mit Inhaberverkäufern und Erwerbern: seit Einführung des Anrechnungsverfahrens (1977).

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen:

Intern: spätestens seit 2002 (Nachweis: Schreiben des Bankenverbandes)

Öffentlich (frei zugängliche Quellen): Gesetzesbegründung des JStG 2007 vom 25.9.2006 (BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.) mit anschließender Diskussion im steuerrechtlichen Schrifttum im Jahr 2007.

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

(1) Rechtsprechung (BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527): Aus der Konkretisierung des BFH zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) im Aktienhandel lässt vertretbar die Rechtsauffassung entnehmen, dass auch nach einem Leerverkauf die Aktien bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses dem Erwerber zuzurechnen sind.

(2) BMF (Reaktionszeit 2002 bis 2007 bzw. 2012): Das BMF wusste nachweislich spätestens am 20.12.2002 durch das Schreiben vom Bankenverband von Leerverkäufen. Hätte das BMF 2002 schneller eine Gesetzesinitiative veranlasst, wie es das letztlich mit Wirkung zum Jahr 2012 durch das OGAW-IV-UmsG getan hat, hätten Steuermindereinnahmen verhindert werden können.

(3) Bundesregierung (Gesetzesentwurf v. 25.9.2006, BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.): Vor allem auf Seite 48 wird eindeutig die Rechtsauffassung niedergelegt, dass nach einem Leerverkauf neben der ursprünglichen Aktieninhaber, von dem sich der Leerverkäufer die Aktien zwecks Erfüllung beschafft hat, auch der Erwerber einen Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch hat. Für die von 2007 bis 2011 geltende Rechtslage unterstützt der Gesetzesentwurf (historisch-genetische Auslegung) die Rechtsauffassung, dass ein Erwerber nach einem Leerverkauf auch dann einen Anspruch auf Anrechnung der Kapitalertragsteuer hat, wenn keine zweite Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers erhoben wurde.

(4) Gesetzgeber (Jahressteuergesetz 2007): Durch die Gesetzesänderungen erscheint eine Auslegung vorzugswürdig, nach der ein Erwerber nach einem Leerverkauf selbst dann einen Anspruch auf Erstattung oder Anrechnung der Kapitalertragsteuer hat, wenn zu Lasten des Leerverkäufers keine zweite Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Lautlose Hauptprofiteure der Gesetzesänderungen sind die Depotbanken. Bei ihnen wurde das haftungsbewährte Risiko reduziert, unrichtige Steuerbescheinigungen an Bezieher von Dividenden oder Dividendenkompensationen auszustellen.

(5) BMF und Landesfinanzverwaltungen (BMF-Schreiben vom 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631): Das dort normierte „Absprachenverbot“ konnte so verstanden werden konnte, dass jenseits von Absprachen ein Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer besteht. Da cum/ex-Akteure ohne Absprachen zwischen (Leer-)verkäufer und Erwerber möglich sind, wurden diese nach Veröffentlichung des Schreibens seitens der Leerverkäufer auch

so gestaltet.

2. Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- bzw. -erstattungsansprüche resultieren konnten. Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

Hier ist zwischen cum/ex-Geschäften von Inhaber- und Leerverkäufern sowie zwischen der Rechtslage von bis 2006 und zwischen 2007 bis 2011 zu entscheiden.

Bei cum/ex-Geschäften mit *Inhaberverkäufern* kommt es nicht zu einer mehr Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer, sondern allein zu einer Vermeidung einer definitiven Belastung mit Kapitalertragsteuer beim Verkäufer.

Bei cum/ex-Geschäften mit Leerverkäufern kommt es bis heute zu einer mehrfachen Steueranrechnung bzw. zu mehrfachen Steuererstattungsansprüchen. Das ist aber seit 2012 kein Problem mehr, weil Steuerbescheinigung von derselben Depotbank ausgestellt wird, die zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet ist. Seit 2012 wurden also die Anzahl der Steuererhebungen mit der Anzahl der Steuererstattungen synchronisiert.

Da es bis 2011 allein bei Leerverkäufen dazu kommen konnte, dass weniger Kapitalertragsteuer erhoben als erstattet bzw. angerechnet wurde, wird die weitere Zusammenfassung auf diese beschränkt.

Rechtslage 2006: Hier wurde die Kapitalertragsteuer allein beim Emittent der Aktien (= DAX-Unternehmen) erhoben. Eine erste Anrechnung erfolgte durch den ursprünglichen Aktieninhaber, bei dem sich der Leerverkäufer die Aktien nach dem Dividendenstichtag zwecks Erfüllung seines Leerverkaufs verschafft hat. Die zweite Anrechnung erfolgte beim Erwerber, der die Aktien vor dem Dividendenstichtag vom Leerverkäufer gekauft hat.

Hier ist allein die *Rechtsfrage* relevant, ob der Erwerber nicht nur nach einem Inhaberverkauf, sondern auch nach einem Leerverkauf bereits zum *Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses* wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien geworden ist. Diese Rechtsfrage ist bis heute umstritten. Auch der Bundesfinanzhof hat die Frage 2014 noch offengelassen.

In der Gesetzesbegründung zum JStG 2007 (BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff., insbesondere S. 48) wird die Rechtslage bis 2006 beschrieben und dann ausdrücklich und unmissverständlich dahin gehend bewertet, dass „auch“ der Erwerber nach einem Leerverkauf einen Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch hat. Ebenso begründen auch „Vertreter der Wirtschaftskanzlei-

en“ den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums aus den Besonderheiten des Aktienhandels mit seinen Abwicklungs- und Sicherungsmechanismen und den Markterwartungen.

Dagegen lässt sich einwenden, dass ein Leerverkäufer zum Zeitpunkt des Kaufvertrages noch nicht über die Aktien verfügen kann, also den eine „Einwirkung auf das Wirtschaftsgut durch den Eigentümer wirtschaftlich nicht ausschließen kann.“ Gleichwohl ist die Position der Bundesregierung aus dem JStG 2007 rechtlich auch mit Blick auf den Wortlaut des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO vertretbar, weil es dort für das wirtschaftliche Eigentum ausreicht, dass der Eigentümer *in der Regel* (Wortlaut!) von der Einwirkung ausgeschlossen wird. Ebenso ist es vertretbar, die bisherige Rechtsprechung des BFH zu § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO so zu verstehen, dass auch bei Leerverkäufen von Aktien das wirtschaftliche Eigentum bereits mit Abschluss des Kaufvertrages beim Erwerber entsteht.

M.E. ist das Hauptproblem bei diesem Streit, dass der Erwerber und seine Depotbank in der Regel nicht erkennen können, ob die Aktien von einem Inhaber- oder Leerverkäufer erworben sind. Ein rationales Steuergesetz muss demnach sicherstellen, dass nicht mehr Kapitalertragsteuer erstattet als erhoben wird, ohne dass es für eine Anrechnung beim Erwerber nicht darauf ankommt, ob er die Aktien von einem Inhaber- oder Leerverkäufer erworben hat. Dieser Anspruch wird erst seit 2012 erfüllt.

Rechtslage 2007-2011: Hier wurde die Kapitalertragsteuer beim Emittent der Aktien (= DAX-Unternehmen) erhoben (erste Erhebung). Nach einem Leerverkauf, die der Leerverkäufer über eine inländische Depotbank abgewickelt hat, wurde auch zu Lasten des Leerverkäufers eine Kapitalertragsteuer erhoben (zweite Erhebung). Wickelte der Leerverkäufer den Leerverkauf dagegen über eine ausländische Depotbank ab, wurde bei ihm mangels gesetzlicher Grundlage keine zweite Kapitalertragsteuer erhoben (*keine* zweite Erhebung). Eine erste Anrechnung erfolgte durch den ursprünglichen Aktieninhaber, bei dem sich der Leerverkäufer die Aktien nach dem Dividendenstichtag zwecks Erfüllung seines Leerverkaufs verschafft hat (erste Anrechnung). Die zweite Anrechnung erfolgte beim Erwerber, der die Aktien vor dem Dividendenstichtag vom Leerverkäufer gekauft hat (zweite Anrechnung).

Auch hier lässt sich die Argumentation, dass der Erwerber unabhängig davon, ob es beim Leerverkäufer zu einer zweiten Erhebung zu Lasten des Leerverkäufers kommt, einen Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer hat, auf die Gesetzesbegründung zum JStG 2007 (BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.) stützen:

Nach dieser Argumentation hat sich an der Grundaussage nichts geändert, dass das wirtschaftliche Eigentum auch nach dem Leerverkauf bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlus-

ses übergeht. Einschlägig ist daher nach wie vor § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erfasst nach dem Willen des Gesetzgebers zwar Dividendenkompensationen nach einem Leerverkauf. Der Wortlaut geht aber selbst davon aus, dass das wirtschaftliche Eigentum in diesen Fällen bereits übergegangen ist („erworben“). § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG hat daher keine Relevanz als Einkünftebestand, sondern allein für die Erhebung der Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG a.F. Für die Erwerber werden dagegen für alle weiteren Fragen (insbesondere für die Ausstellung Steuerbescheinigung nach § 45a Abs. 3 EStG durch eine gesetzliche Fiktion) eine Gleichstellung der Dividendenkompensation mit der Originaldividende.

Diese Rechtsauffassung ist vertretbar. Unter Berücksichtigung der jüngeren BFH-Rechtsprechung vertrete ich dagegen die Rechtsauffassung, dass die Dividendenkompensation seit 2007 unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG fällt und es daher bei einem Leerverkauf nicht mehr erforderlich ist, dass der Erwerber bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertrages wirtschaftlicher Eigentümer wird (ausführlich zu den weiteren Konsequenzen siehe II.2.b.).

3. Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zulässig waren. Bitte erläutern Sie hierzu allgemein den Unterschied zwischen dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und Steuerhinterziehung nach § 370 AO.

Die Abgrenzung ergibt sich anschaulich und zutreffend aus Ziffer 3 des Anwendungserlassen zu § 42 AO:

„¹Ein Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO ist als solcher nicht strafbar. Eine leichtfertige Steuerverkürzung oder eine Steuerhinterziehung kann aber vorliegen, wenn der Steuerpflichtige pflichtwidrig unrichtige oder unvollständige Angaben macht, um das Vorliegen einer Steuerumgehung zu verschleiern.“

Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO): Zur Frage, ob ein solcher vorliegt, kommt man erst, wenn man im ersten Schritt bejaht hat, dass nach Anwendung der gesetzlichen Vorschriften (ohne § 42 AO) seitens der Erwerber ein Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer besteht. Bei cum/ex-Geschäften ergibt sich meines Erachtens folgendes:

(1) Ein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO kann bei einem Inhaberverkäufer vorliegen, der vor dem Dividendenstichtag die Aktien verkauft, dann Aktien – wie schon beim Verkauf geplant – zurückerwirbt und das Kursrisiko durch Futuregeschäfte absichert. Bis (einschließlich) 2006 gilt das auch für einen beschränkt steuerpflichtigen Leerverkäufer, der die Aktien nach dem Leerverkauf (zurück)kauft, wenn der Rückkauf schon beim Leerverkauf geplant war und

das Kursrisiko durch Futuregeschäfte abgesichert wird. Im Einzelfall kann ein Gestaltungsmissbrauch hier jedoch durch beachtliche außersteuerliche Gründe widerlegt werden, wenn der Verkäufer aufzeigen kann, dass ihn die Vermeidung von Beratungskosten sowie Liquiditäts- und Zinsvorteile dazu bewogen haben, die Dividende eingepreist in einem Veräußerungsgewinn zu realisieren.

(2) Bis (einschließlich) 2006 liegt dagegen kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vor, wenn der Leerverkäufer unbeschränkt steuerpflichtig ist oder ein Rückkauf der Aktien nicht – wie zuvor geplant – durchgeführt wurde. Es fehlt dann bereits am Merkmal eines *Steuervorteils* des Leerverkäufers.

(3) Ab 2007 bis (einschließlich) 2011 liegt bei allen Leerverkäufen über den Dividendenstichtag kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vor. Sieht man in § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG nicht schon eine spezielle Missbrauchsnorm, die eine Anwendung des § 42 AO sperrt, fehlt zumindest das Missbrauchsmerkmal, dass der Steuervorteil *gesetzlich nicht gesehen* war.

(4) Bei Erwerbern lässt sich unabhängig davon, ob der Vertragspartner ein Inhaber- oder Leerverkäufer ist und zwischen dem Erwerber und dem Vertragspartner Absprachen zugrunde lagen, kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO annehmen. Es fehlt bei den Erwerbern am gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil.

Steuerhinterziehung (§ 370 AO): Die Annahme einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO) setzt zunächst voraus, dass der Erwerber nach einem cum/ex-Geschäft *steuerrechtlich* keinen Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer hat. Diese Frage ist steuerrechtlich umstritten und muss in einem steuerstrafrechtlichen Verfahren ebenso geklärt werden wie in einem steuerrechtlichen Verfahren.

Bereits der objektive Tatbestand setzt zudem voraus, dass über *steuererhebliche Tatsachen* unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht wurden oder die Finanzbehörden über solche in Unkenntnis gelassen wurden. Welche Tatsachen steuererheblich sind, lässt sich nicht ohne eine *rechtliche Bewertung* des Sachverhalts ermitteln. Ausgangspunkt ist dabei das Gesetz. Soweit es Rechtsprechung oder eine (veröffentlichte) Verwaltungsauffassung gibt, sind diese in die Prüfung einzubeziehen.

Die nach meinem Wissenstand erste veröffentlichte Rechtsauffassung zum cum/ex-Geschäften stammt aus der Gesetzesbegründung des JStG 2007 (BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.) vom 25.9.2006, der unmissverständlich und eindeutig die Rechtsauffassung zugrunde liegt, dass

der Erwerber auch nach einem Leerverkauf einen Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer hat.

Macht daher ein Erwerber einen Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer geltend, weil er die Rechtsauffassung zugrunde legt, dass er selbst im Falle eines Leerverkaufs diesen Anspruch hat, handelt er auf Grundlage einer Rechtsauffassung, die ebenso bereits die Bundesregierung im JStG 2007 vertreten hat. Legt er hier – unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Anforderungen – die steuererblichen Tatsachen offen, fehlt es bereits am objektiven Tatbestand einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO).

II. Gutachten

1. **Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.**
 - a) **Bitte erläutern Sie den finanziellen Anreiz zur Durchführung solcher Geschäfte und ihr Grundprinzip.**
 - b) **Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen – einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.**

Beide Unterfragen werden zusammen beantwortet.

aa) **Grundprinzip und Rahmenbedingungen (ohne Steuerrecht)**¹

Das herauszuarbeitende Problem beruht im Wesentlichen auf zwei Ursachen, nämlich auf der *Übertragung (wirtschaftlichen) Eigentums an girosammelverwahrten Aktien* und auf dem sog. *Dividendenregulierungssystem*, wie es durch die Clearstream AG² – dem zentralen Sammelverwahrer der Aktien – zur Befriedigung der Erwartungen der Marktteilnehmer durchgeführt wird.

Unstreitig ist dabei, dass das *zivilrechtliche* Eigentum an girosammelverwahrten Aktien erst durch Umbuchungen bei der Clearstream AG und den beteiligten Depotbanken übertragen wird,³ was im Börsenhandel zwei Tage nach dem Abschluss des Kaufvertrages erfolgt („t+2“)⁴, jedoch im außerbörslichen Handel („OTC“) auch anders vereinbart werden kann („t+0“, „t+1“, „t+3“ usw.).

Am Dividendenstichtag wird die Originaldividende über die Clearstream AG zunächst an die jeweiligen zivilrechtlichen Eigentümer zugewiesen. Da es aber den Erwartungen aller Marktteilnehmer entspricht, bereits mit Abschluss des Kaufvertrages die Dividendenberechtigung zu erwerben, nimmt die Clearstream AG in einem zweiten Schritt eine sog. Dividendenregulierung anhand aller noch nicht erfüllten Kaufverträge vor. Jeder Käufer bekommt daher eine

¹ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, DStZ 2012, 142 ff.

² Die Clearstream Banking Frankfurt AG, eine Tochtergesellschaft der Deutschen Börse AG mit Sitz in Luxemburg, ist der zentrale Sammelverwahrer von allen börsengehandelten Aktien inländischer Emittenten.

³ Insofern werden (auch) die Besitzmittlungsverhältnisse zum Miteigentum der zu einem Sammelbestand gehörenden Aktien verändert; ausführlich *Englisch*, FR 2010, 1023 (1024 f.).

⁴ Vgl. 4 Abs. 1 Hs. 1 der Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse.

Dividendenkompensationsleistung in Höhe der Originaldividende zugewiesen, die in gleicher Höhe jedem Verkäufer als Dividendenkompensationsbelastung in Rechnung gestellt wird.⁵

Weitere, für die steuerrechtliche Behandlung wesentliche Details (vor allem die Einschaltung der Depotbanken) lassen sich anhand von zwei Musterbeispielen veranschaulichen, nämlich anhand eines Inhaberverkaufs (*Beispiel 1*) und eines Leerverkaufs (*Beispiel 2*), die jeweils über den Dividendenstichtag erfolgen sollen. Die steuerlichen Implikationen, die sich vor allem seit 2012 deutlich verändert haben, bleiben dabei zunächst noch unberücksichtigt und werden hier erst unter 2. ausführlich erörtert.

Beispiel 1 (Inhaberverkauf über den Dividendenstichtag):

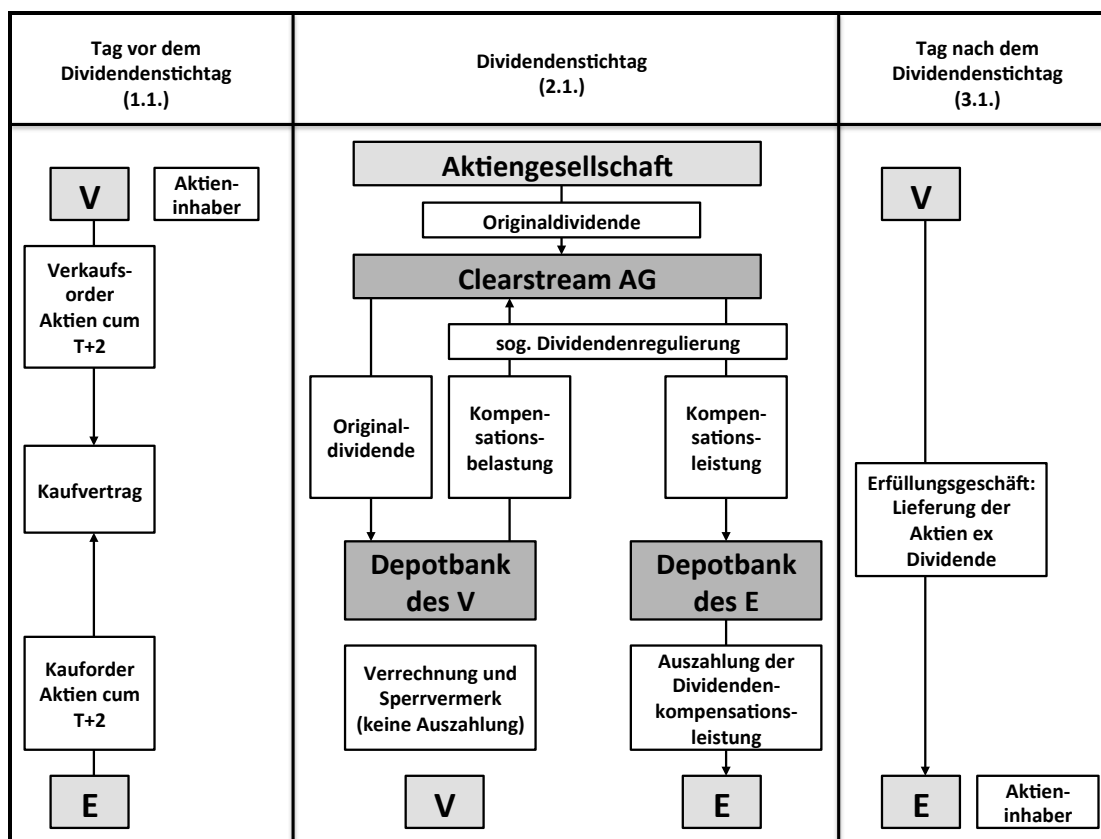


Abbildung 1: Inhaberverkauf über den Dividendenstichtag

V veräußert am 1.1. als Eigentümer Aktien der X-AG mit Dividendenanspruch (cum Dividende) an E über die Börse (t+2). Die Dividende ist im Veräußerungspreis eingepreist.

⁵ Vgl. ausführlich zu diesem Verfahren *Rau*, DStR 2010, 1267 (1267 f.); *ders.*, DStR 2011, 366 (367 ff.); explizit zur Rechtslage ab 2012 *Rau*, DStR 2011, 2325 (2326 f.). - Die hier verwendeten Terminologien „Leistung“ und „Belastung“ werden in der Praxis zwar so nicht verwendet, dienen m.E. aber dem Verständnis und werden deshalb hier eingeführt.

Am 2.1. beschließt die Hauptversammlung der X-AG eine Dividendenausschüttung, die über die Clearstream AG weiterverteilt wird. Dafür trennt die Clearstream AG am Abend des Stichtages die Gewinnkupon von den Aktien. Ab diesem Zeitpunkt können die Kaufverträge über die Aktien nur noch ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) erfüllt werden.

In der Sammelgutschrift für die Depotbank des V ist daher auch die Originaldividende auf die Aktien enthalten, deren Eigentümer der V (noch) ist. Im Rahmen der Dividendenregulierung erhält die Depotbank des E auch die Kompensationsleistung für den E in Höhe der Originaldividende, die dem E auch ausgezahlt wird. Der Depotbank des V wird (auch) die Kompensationsbelastung für den V in Rechnung gestellt. Diese hat das Depot des V bereits bei Kaufabschluss mit einem Sperrvermerk versehen, damit die Originaldividende nicht ausgezahlt wird. Stattdessen verrechnet sie die Originaldividende mit der Kompensationsbelastung.

Am 3.1. erfolgt die Eigentumsübertragung von V an E durch die Umbuchungen bei der Clearstream AG und den Depotbanken. E erwirbt das Eigentum der Aktien ex Dividende, was auch im Börsenwert bei Eigentumserwerb eingepreist ist.

Beispiel 2 (Leerverkauf über den Dividendenstichtag):

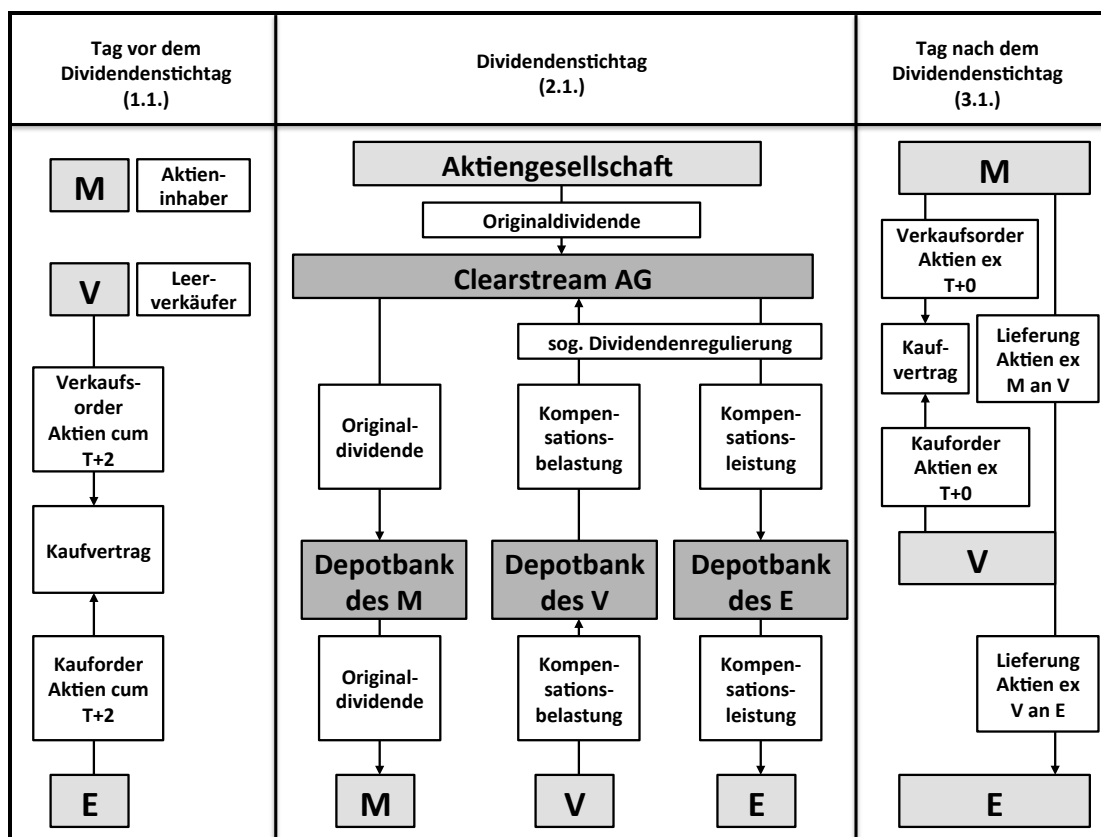


Abbildung 2: Leerverkauf über den Dividendenstichtag

V, der nicht Eigentümer der X-AG-Aktien ist, veräußert am 1.1. X-AG-Aktien cum Dividende ($t+2$) an den E (sog. Leerverkauf).

Die X-AG-Aktien, mit denen L seine Lieferverpflichtung am 3.1. erfüllen will, befinden sich zu diesem Zeitpunkt noch im Marktbesitz, etwa im Eigentum des M.

Am Dividendenstichtag (2.1.) enthält die Sammelgutschrift für die Depotbank des M auch die Originaldividende auf die X-AG-Aktien. Diese Originaldividende wird an M ausgezahlt. Im Rahmen der Dividendenregulierung erhält die Depotbank des E (auch) die Kompensationsleistung für E. Diese wird an E ausgezahlt.

Die Depotbank des V erhält die entsprechende Kompensationsbelastung für den V. Diese wird – mangels Zuweisung der Originaldividende – nicht verrechnet, sondern dem V in Rechnung gestellt.

Am 3.1. erfolgt die Eigentumsübertragung von V an E durch die Umbuchungen bei der Clearstream AG und den Depotbanken. Um zu erfüllen, kauft L von M im OTC-Handel mit sofortiger Lieferung ($t+0$) die X-AG-Aktien ex Dividende, was im niedrigeren Kaufpreis eingepreist ist.

Der wirtschaftliche Vorteil des L (Kaufpreis cum am 1.1., Beschaffungspreis ex am 3.1.) mindert sich um die Kompensationsbelastung aus der Dividendenregulierung. E erwirbt das Eigentum der Aktien ex Dividende wie im *Beispiel 1*.

Man sieht an beiden Beispielen schon, dass sich aus den Aktiengeschäften selbst ein Vorteil allein bei einem *Inhaberverkäufer* oder bei einem *Leerverkäufer* ergeben kann. Unter Einbeziehung der steuerlichen Implikationen wird sich zeigen (dazu noch ausführlich 1. a/b. bb.), dass dieser Vorteil beim Inhaberverkäufer in einer *ersparten* Kapitalertragsteuer liegt und bei einem Leerverkäufer in dem Umstand, dass er sein Veräußerungsgewinn lediglich um die Dividendenkompensationsbelastung gemindert wird, aber nicht um eine zusätzliche Kapitalertragsteuer.

Für den *Erwerber* wird sich zeigen (dazu noch ausführlich 1. a/b. cc.), dass sich rein aus den Aktiengeschäften gar *kein* Vorteil ergibt, wenn er die Kapitalertragsteuer anrechnen kann (= Nullsummenspiel). Wenn er sie nicht anrechnen kann, macht er dagegen einen erheblichen Verlust. Sein Vorteil ergibt sich stets und ausschließlich aus einem *Sicherungsgeschäft* (oftmals ein Future), das er parallel abschließt. Der Erwerber will die Aktien nämlich nur kurzfristig halten und dann wieder verkaufen. Er schließt vorab einen sog. Sell Future auf die ge-

kaufen Aktien ab. Seine Arbitrage zeigt sich dann in dem Umstand, dass der Preis für den Sell Future auf die Aktien höher ist als der Preis für die Aktien selbst. Im lehrbuchartigen Idealfall müsste der Futurepreis auf eine Aktie aber dem Kurspreis der Aktie entsprechen, weil idealiter bereits im gegenwärtigen Kurspreis alle zukunftsrelevanten Informationen eingepreist sein sollten. Kommt es daher zu solchen Abweichungen, nutzen Händler diese Abweichungen zu ihrem eigenen Vorteil durch einen parallelen Erwerb von Aktien und Futures auf diese Aktien, wobei der Berechnung der eigenen Rendite durch eine Zinsformel die Opportunitätskosten der Kapitalbindung eingepreist werden.

Das zeigt schon, dass Verkäufer oder Leerverkäufer auf einer Seite und Erwerber auf der anderen Seite zwar *unterschiedliche Interessen* haben, aber *beide* von den *Geschäften profitieren* können (auch dazu noch ausführlich unter 1. a/b. cc.).

Für die hier aufgeworfene Frage des „Grundprinzips“ stellt sich die Frage, ob solche Geschäfte nur durch parallele „Absprachen“ zwischen Verkäufer bzw. Leerverkäufer einerseits und Erwerber andererseits funktionieren oder ob sie sich bereits allgemein in den Marktpreisen widerspiegeln, so dass sie sich anonym und ohne Kenntnis des Vertragspartners durchführen lassen.

Hierzu lassen sich m.E. folgende Aussagen treffen:

(1) Die abgewickelten Geschäfte (Aktiengeschäfte und parallele Kursicherungsgeschäfte) werden über Börsen oder Broker abgewickelt, nach deren Abwicklungsbedingungen weder garantiert werden kann, ob man Vertragspartner einer bestimmten anderen Partei wird (u.a. Einsatz von Zufallsgeneratoren), noch eine Auskunft von der Börse oder dem Broker darüber bekommt, wer der Vertragspartner letztlich war.⁶

(2) Es lässt sich belegen, dass die Geschäfte auch ohne Kenntnis (und damit auch ohne Absprachen) des Vertragspartners durchführbar sind.

Beleg: Ein (augenscheinlich vom BMF) ins Deutsche übersetztes Dokument, in dem eine Bank beschreibt, wie sie in den Jahren 2009 und 2010 Leerverkäufer durchführen will, ohne die potenziellen Erwerber kennen zu müssen. Dieses Dokument enthält Klarnamen der Bank und mehrerer handelnder Personen und wird in Kopie gerne von mir

⁶ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung zum JStG 2007 BR-Drs. 622/06, S. 79: „Die empfangende Depotstelle eines Börsenkaufs kann die tatsächliche Quelle des Bezugs nicht erkennen, wenn die Papiere pünktlich am zweiten Handelstag in ihr Depot eingebucht werden.“.I.Erg. auch *Hahne*, DStR 2007, 605 (609); *Rau*, DStR 2007, 1192 (1194); *ders.*, DStR 2010, 1267 (1270); *ders.*, FR 2011, 366 (368); *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3098); *Bruns*, DStR 2010, 2061 (2062); *ders.*, DStZ 2011, 676 (678).

dem Untersuchungsausschuss zur Verfügung gestellt, der dann auch über die Geheimhaltung zu entscheiden hat.

(3) Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich Verkäufer bzw. Leerverkäufer einerseits und Erwerber andererseits *verabreden*, zu einem vereinbarten Zeitpunkt Aktien und Kurssicherungsgeschäfte zu einem vereinbarten Preis anzubieten und nachzufragen. Ob sie dann aber auch Vertragspartner werden, ist nicht sichergestellt. Ist das Handelsvolumen groß, ist das sogar eher unwahrscheinlich.

Will man nun die *konkreten finanziellen Anreize* verstehen, müssen die bereits ansatzweise aufgezeigten Motive der *einzelnen Beteiligten* – also der *Inhaber-* oder *Leerverkäufer* auf der einen und der *Erwerber* auf der anderen Seite – betrachtet werden. Dabei sind nicht nur die durchgeführten Aktiengeschäfte, sondern auch die parallel abgeschlossenen *Kurssicherungsgeschäfte* mit einbeziehen⁷.

Die nachfolgende Darstellung berücksichtigt zwar inländische Steuern, aber aus Vereinfachungsgründen weder etwaige ausländischen Steuern noch Transaktionskosten (insbesondere auch keine [kalkulatorischen] Zinskosten). Würde man diese berücksichtigen, fallen die aufzuzeigenden Margen geringer aus.

Ebenfalls aus Vereinfachungsgründen wird davon ausgegangen, der Futurepreis 5 Punkte über den Kurs der Aktien liegt. Die Grundannahme, dass der Futurepreis über dem Kurs liegt, lässt sich allgemein belegen und wurde auch bereits vom BMF erkannt.⁸ In der übergreifenden Betrachtung (unter 1. a/b. ee.) wird noch darauf eingegangen, dass die konkrete Höhe des Futurepreises im Verhältnis zum Kassakurs schwankt und auch hinsichtlich der Laufzeit unterschiedlich ist.

bb) Arbitragen bei Inhaberverkäufern⁹

Für beschränkt steuerpflichtige Anteilseigner stellt sich vor dem Dividendenstichtag die Frage, ob sie die Dividende vereinnahmen oder ob sie die Aktien vor dem Stichtag mit Dividende („cum“) veräußern und anschließend ohne Dividende („ex“) zurückerwerben sollen (*Dividen-*

⁷ Ebenso die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13638, S. 8.

⁸ BMF v. 8.5.2012, IV C 1 – S 2252/09/10003:007 (unveröffentlicht) hat zutreffend festgestellt, dass die Futurepreise nicht dem theoretischen Idealkurs (900) entsprechen, sondern nur 96 % der zu erwartenden Dividende abgezogen wird, im Beispiel also 904 betragen würde. Aus Vereinfachungsgründen wird hier von 905 ausgegangen.

⁹ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, FR 2014, 265 ff.

denstripping). Letzteres kann für beschränkt Steuerpflichtige vorteilhaft sein¹⁰, weil deren Dividenden in Deutschland einer (definitiven) Kapitalertragsteuer unterliegen, realisierte Anteilsveräußerungsgewinne dagegen in Deutschland grundsätzlich nicht steuerbar sind¹¹. Dieser Vorteil soll im *Beispiel 1* durch einen Vergleich beider Handlungsoptionen aufgezeigt werden.

Beispiel 1: Aktienkurs vor dem Dividendenstichtag: 1000; Bruttodividende: 100; KapErSt (25 %¹²): 25. Dabei wird von unterschiedlichen Aktienkursen nach dem Dividendenstichtag ausgegangen (Kurs ex 890, 900, 925 oder 950). Ohne äußere Einflüsse müsste der theoretisch ideale Ex-Kurs dem Cum-Kurs abzüglich der Bruttodividende entsprechen: $1000 - 100 = 900$.

Variante 1	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Kursverlust	-110	- 100	- 75	- 50
Dividende	+ 100	+ 100	+ 100	+ 100
KapErSt (25 %)	- 25	- 25	- 25	- 25
Ergebnis	- 35	- 25	0	+ 25

Table 1: Halten der Aktien und Vereinnahmung der Dividende.

Variante 2	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Veräußerung der Aktien	+ 1000	+ 1000	+ 1000	+ 1000
Erwerb der Aktien	- 890	- 900	- 925	- 950
Kursverlust	- 110	- 100	- 75	- 50
Ergebnis	0	0	0	0

Table 2: Verkauf der Aktien vor und Rückkauf nach dem Dividendenstichtag.

Vergleicht man beide Varianten, ist der Verkauf und Rückkauf gegenüber dem Halten nur günstiger, wenn der Ex-Kurs unter 925 fällt (siehe *Table 3*).

Vergleich	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Variante 1	- 35	- 25	0	+ 25
Variante 2	0	0	0	0
Vorteil Variante 2 gegenüber 1	+ 35	+ 25	0	- 25

Table 3: Vergleich zwischen den Varianten 1 und 2.

Der Vergleich zeigt auch, dass keine Handlungsalternative unabhängig vom Verlauf des Aktienkurses und damit stets vorteilhaft ist. Ein anderes Bild ergibt sich erst, wenn der Verkäufer sein Kursrisiko durch einen Buy Future absichert und der Preis für den Buy Future im *Bei-*

¹⁰ Die Gestaltung kann darüber hinaus andere Ursachen haben, etwa schon die verfahrensrechtliche Vermeidung des komplizierten Antragsverfahren für (Teil-)Erstattungen nach § 50d EStG oder die Erwartung schlechter Nachrichten auf der Hauptversammlung, die noch nicht im Aktienkurs eingepreist sind.

¹¹ Der beschränkten Steuerpflicht unterliegen Aktienveräußerungsgewinne nur dann, wenn die Aktien einer inländischen Betriebsstätte zugeordnet sind (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG) oder es sich um eine Beteiligung i.S.d. § 17 EStG handelt (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. e aa EStG), auch wenn sie in einem ausländischen Betriebsvermögen gehalten werden (§ 49 Abs. 2 EStG). Liegt ein DBA vor, kann das deutsche Besteuerungsrecht noch weiter beschränkt sein (vgl. Art. 13 Abs. 4 und 5 OECD-MA).

¹² Die Kapitalertragsteuer-Belastung beträgt zunächst 25 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG), mit Solidaritätszuschlag (§ 3 Abs. 1 Nr. 5, § 4 SolzG) 26,375 % und wirkt grundsätzlich abgeltend (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 KStG). Bei Körperschaften als Anteilseigner kommt eine Reduzierung auf 15 % nach Maßgabe der § 44 Abs. 9 i.V.m. § 50d EStG in Betracht. Weitergehende Reduzierungen sind – abhängig von der Beteiligungsquote – bei DBA-Fällen (vgl. Art. 10 Abs. 2 DBA-MA i.V.m. § 50d EStG) und durch Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 43b i.V.m. § 50d EStG) möglich.

spiel 1 weniger als 925 beträgt. In der folgenden *Variante 3* soll bei einem Verkauf und Rückkauf von einem angenommenen Future-Preis von 905¹³ ausgegangen werden.

Variante 3	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Veräußerung der Aktien	+ 1000	+ 1000	+ 1000	+ 1000
Erwerb der Aktien	- 890	- 900	- 925	- 950
Kursverlust	- 110	- 100	- 75	- 50
Zwischenergebnis	0	0	0	0
Glattstellung Future	- 15	- 5	+20	+ 45
Gesamtergebnis	- 15	- 5	+ 20	+45

Tabelle 4: Verkauf über und Rückkauf nach dem Dividendenstichtag, abgesichert durch einen Buy Future

Mit der Kurssicherung stellt sich der Verkauf und Rückkauf (*Variante 3*) unabhängig vom Verlauf des Aktienkurses gegenüber dem Halten der Aktien (*Variante 1*) als eine vorteilhafte Handlungsoption dar, wenn – ungeachtet von Transaktionskosten und ausländischen Steuern – gilt: Futurepreis < Verkaufspreis der Aktien - Bruttodividende + KapErSt.

Im *Beispiel 1* ist das immer der Fall, wenn der Futurepreis unter 925 liegt. Bei dem hier angenommenen Preis von 905 ergibt sich unabhängig vom Kursverlauf ein Vorteil von 20, wie *Tabelle 5* aufzeigt.

Vergleich	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Variante 1	- 35	- 25	0	+ 25
Variante 3	- 15	- 5	+ 20	+ 45
Vorteil Variante 3 gegenüber 1	+ 20	+ 20	+ 20	+ 20

Tabelle 5: Vergleich zwischen beiden Varianten 1 und 3.

Allgemein lässt sich die Arbitrage – wiederum ungeachtet von Transaktionskosten und etwaigen ausländischen Steuern – wie folgt bestimmen: Arbitrage = Verkaufspreis der Aktien - Bruttodividende + KapErSt - Futurepreis. Daraus lassen sich für Inhaberverkäufer zwei wesentliche Schlüsse ziehen:

- (1) Inhaberverkäufern geht es um die Vermeidung der Kapitalertragsteuer-Belastung, weil es für sie steuerlich günstiger ist, die Dividende eingepreist im Verkaufspreis anstatt durch eine Gewinnausschüttung zu realisieren.
- (2) Hierzu werden Inhaberverkäufer einerseits ihre Aktien vor dem Dividendenstichtag anbieten und andererseits in gleicher Höhe Buy Future-Kontrakte auf einen Tag nach dem Dividendenstichtag nachfragen, soweit deren Preis im Beispiel *unter* 925 liegt. Aus ihrer Sicht ist

¹³ BMF v. 8.5.2012, IV C 1 – S 2252/09/10003:007 (unveröffentlicht) hat zutreffend festgestellt, dass die Futurepreise nicht dem theoretischen Idealkurs (900) entsprechen, sondern nur 96 % der zu erwartenden Dividende abgezogen wird, im Beispiel also 904 betragen würde. Aus Vereinfachungsgründen wird hier von 905 ausgegangen.

es rational, mehr als den theoretischen Idealkurs¹⁴ (im Beispiel 900) für den Buy Future zu zahlen. Je niedriger der Futurepreis ist, desto größer ist jedoch der eigene wirtschaftliche Vorteil.

Hinweis: Bei Verkäufern von Aktien bei sog. cum/cum-Geschäften gilt grundsätzlich das gleiche wie bei Inhaberverkäufen bei cum/ex-Geschäften.

cc) Arbitragen bei Leerverkäufern¹⁵

Leerverkäufer treten am Markt auf der gleichen Seite wie Inhaberverkäufer auf und haben grundsätzlich die gleiche Angebots- und Nachfragestruktur. Durch den Leerverkauf vor dem Dividendenstichtag verpflichten sie sich, die Aktien nach dem Dividendenstichtag zwecks Erfüllung auch zu erwerben, was sich ebenfalls durch einen Buy Future auf den Tag nach dem Dividendenstichtag absichern lässt.

Dabei lässt sich zeigen, dass Leerverkäufer bei cum-/ex-trades einen vom Verlauf des Aktienkurses unabhängigen Vorteil nur erzielen können, wenn die Dividendenregulierung auf Basis einer Nettodividende ohne Erhebung einer zweiten Kapitalertragsteuer zu ihren Lasten erfolgt. Das war bis 2006 uneingeschränkt der Fall und ab 2007¹⁶ (bis einschließlich 2011) nur, wenn der Leerverkäufer den Verkauf über eine ausländische Depotbank abgewickelt hat (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F.), wie *Beispiel 2* aufzeigt.

Beispiel 2: Leerverkauf der Aktien cum Dividende: 1000; Bruttodividende: 100; KapErSt: 25 %; Erwerb der Aktien zum Kurs ex und Lieferung an Erwerber; Dividendenkompensationslast in Dividendenregulierung in Höhe der Nettodividende (75); keine Erhebung einer zweiten KapErSt beim Leerverkäufer; Preis Buy Future: 905

Beispiel 2	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Leerverkauf der Aktien	+ 1000	+ 1000	+ 1000	+ 1000
Dividendenkompensationslast	- 75	- 75	- 75	- 75
Erwerb der Aktien	- 890	- 900	- 925	- 950
Zwischenergebnis	+ 35	+ 25	0	- 25
Glattstellung Future	- 15	- 5	+ 20	+ 45
Gesamtergebnis	+ 20	+ 20	+ 20	+ 20

Tabelle 6: Vorteil eines Leerverkäufers bei Aktiengeschäften über den Dividendenstichtag (ohne Erhebung einer zweiten Kapitalertragsteuer beim Leerverkäufer).

Für den Leerverkäufer ist das cum/ex-Geschäft daher günstig, wenn gilt: Futurepreis < Verkaufspreis der Aktien - Netto-Dividendenkompensation. Im *Beispiel 2* ergibt sich dabei eine

¹⁴ Zur Ermittlung des arbitragenfreien Futurepreises ohne Berücksichtigung steuerlicher Implikationen *Bösch*, *Derivate – Verstehen, anwenden und bewerten*, 2. Aufl., 2012, S. 152 f.

¹⁵ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, FR 2014, 265 ff. und 305 ff.

¹⁶ JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, S. 2878.

kursunabhängige Arbitrage i.H.v. 20. Allgemein gilt: Arbitrage = Veräußerungspreis - Dividendenkompensation - Futurepreis.

Dagegen wird der Leerverkäufer keinen vom Verlauf des Aktienkurses unabhängigen Vorteil erzielen, wenn zu seinen Lasten eine zweite Kapitalertragsteuer erhoben wird, was von 2007 bis 2011 bei einer Abwicklung über eine inländische Depotbank der Fall war (§ 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F.). Gleiches gilt, wenn die Dividendenregulierung auf Bruttobasis vollzogen wird, was seit 2012 der Fall ist¹⁷. Im *Beispiel 3* werden beide Varianten aufgezeigt:

Beispiel 3: Leerverkauf der Aktien cum Dividende: 1000; Bruttodividende: 100; KapErSt: 25 %; Erwerb der Aktien zum Kurs ex und Lieferung an Erwerber; Preis Buy Future: 905

Variante 1: Dividendenregulierung in Höhe der Nettodividende (75); Erhebung einer zweiten KapErSt beim Leerverkäufer: 25 %

Variante 1	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Leerverkauf der Aktien	+ 1000	+ 1000	+ 1000	+ 1000
Dividendenkompensationslast	- 75	- 75	- 75	- 75
KapErSt	- 25	- 25	- 25	- 25
Erwerb der Aktien	- 890	- 900	- 925	- 950
Zwischenergebnis	+ 10	0	- 25	- 50
Glattstellung Future	- 15	- 5	+20	+ 45
Gesamtergebnis	- 5	- 5	- 5	- 5

Tabelle 7: Leerverkauf mit zweiter KapErSt und Dividendenregulierung i.H. der Nettodividende

Variante 2: Dividendenregulierung in Höhe der Bruttodividende (100)

Variante 2	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Leerverkauf der Aktien	+ 1000	+ 1000	+ 1000	+ 1000
Dividendenkompensationslast	- 100	- 100	- 100	- 100
Erwerb der Aktien	- 890	- 900	- 925	- 950
Zwischenergebnis	+ 10	0	- 25	- 50
Glattstellung Future	- 15	- 5	+20	+ 45
Gesamtergebnis	- 5	- 5	- 5	- 5

Tabelle 8: Leerverkauf mit Dividendenregulierung i.H. der Bruttodividende

Daraus lassen sich für den Leerverkäufer zwei wesentliche Schlüsse ziehen:

(1) Dem Leerverkäufer geht es darum, aus der Differenz zwischen Verkaufspreis (cum Dividende) und Einkaufspreis der Aktien (ex Dividende) einen Vorteil zu ziehen, was aber nur gelingt, wenn dieser Vorteil im Rahmen der Dividendenregulierung nicht vollständig wieder abgeschöpft wird (*Beispiel 2*). Eine vollständige Abschöpfung kann auf Basis einer Nettodividendenregulierung durch die Erhebung einer zweiten Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers oder durch eine Dividendenregulierung auf Bruttobasis geschehen (*Beispiel 3*).

(2) Um den aufgezeigten Vorteil zu erzielen, werden Leerverkäufer einerseits Aktien vor dem Dividendenstichtag leer anbieten und andererseits in gleicher Höhe Buy Future auf einen Tag

¹⁷ Geändert durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz v. 22.6.2011, BGBl. I 2011, 1126.

nach dem Dividendenstichtag nachfragen, soweit deren Preis im Beispiel *unter* 925 liegt. Wie für die Inhaberverkäufer ist es für Leerverkäufer rational, mehr als den theoretischen Idealkurs (im Beispiel 900) für den Buy Future zu zahlen. Je niedriger der Futurepreis ist, desto größer ist jedoch ihr wirtschaftlicher Vorteil.

dd) Arbitragen bei Erwerbern („Cash and Carry“)¹⁸

Der wirtschaftliche Vorteil für die Erwerber ist schwieriger zu erkennen, weil der Erwerb der Aktien, die Vereinnahmung der Dividende und die Veräußerung der Aktien bei einem typischen Kursverlauf der Aktien wirtschaftlich ein Nullsummenspiel ergeben. Wie nun aufgezeigt wird, erzielt der Erwerber einen vom Verlauf des Aktienkurses unabhängigen wirtschaftlichen Vorteil erst durch den Abschluss von Sell Future-Kontrakten, die parallel mit dem Aktienerwerb abgeschlossen werden. Erwerber haben kein Interesse, die Aktien langfristig zu halten¹⁹. Zudem wird der Erwerb im hohen Maß fremdfinanziert²⁰, um die kleine, aber sichere Marge pro Aktie entsprechend zu hebeln.

Steuroptimiert kommen als mögliche Erwerber unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften als Finanzunternehmen i.S.d. § 8b Abs. 7 KStG²¹ oder US-Pensionsfonds²² in Betracht, wie in *Beispiel 4* in beiden Varianten aufgezeigt wird. Dabei soll der Preis für den Sell Future ebenfalls bei 905 liegen, weil es sich um die spiegelbildliche Position der Buy Future handelt, die auf der Verkäuferseite nachgefragt werden (s.o.).

Beispiel 4: Erwerb der Aktien cum Dividende vor dem Dividendenstichtag: 1000; Nettodividende (bzw. Netto-Dividendenkompensation): 75; Veräußerung der Aktien nach dem Dividendenstichtag; Preis Sell Future: 905.

Variante 1: Erwerber: Finanzunternehmen (§ 8b Abs. 7 KStG); Anrechnung der KapErSt (25 %) auf die eigene KSt (15 %); GewSt: 13 %.

Variante 1	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Erwerb der Aktien	- 1000	- 1000	- 1000	- 1000
Dividende	+ 75	+ 75	+ 75	+ 75
KSt (15 %) auf Dividende	- 15	- 15	- 15	- 15
Anrechnung KapErSt	+ 25	+ 25	+ 25	+ 25
GewSt (13 %) auf Dividende	-13	-13	-13	-13
Verkauf der Aktien	+ 890	+ 900	+ 925	+ 950

¹⁸ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, FR 2014, 265 ff. und 305 ff.

¹⁹ Zutreffend die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13638, S. 7.

²⁰ Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13638, S. 8.

²¹ Grund: volle Berücksichtigung von Verlusten aus der Veräußerung aus Aktien (kein § 8b Abs. 3 wegen Abs. 7 KStG) und aus der Glattstellung der Future-Kontrakte (§ 15 Abs. 4 Satz 4 EStG).

²² Grund: Erstattung der deutschen KapErSt nach Art. 10 Abs. 3 lit. b DBA-USA.

KSt (15 %) auf Veräußerung	+16,5	+ 15	+ 11,25	+ 7,5
GewSt (13 %) auf Veräußerung	+14,3	+13	+9,75	+6,5
Zwischenergebnis	- 7,2	0	+ 18	+ 36
Glattstellung Future	15	5	- 20	- 45
KSt (15 %) Glattstellung Future	-2,25	-0,75	+ 3	+ 6,75
GewSt (13 %) Glattstellung Future	-1,95	-0,65	+ 2,6	+ 5,85
Gesamtergebnis	+ 3,6	+ 3,6	+ 3,6	+ 3,6

Tabelle 9: Arbitrage eines Finanzunternehmens nach deutschen Steuern.

Variante 2: Erwerber: US-Pensionsfonds; Erstattung der KapErSt (25 %) nach Art. 10 Abs. 3 lit. b DBA-USA; US-Steuern unberücksichtigt.

Variante 2	Kurs ex 890	Kurs ex 900	Kurs ex 925	Kurs ex 950
Erwerb der Aktien	- 1000	- 1000	- 1000	- 1000
Dividenden-kompensation	+ 75	+ 75	+ 75	+ 75
Erstattung KapErSt nach DBA	+ 25	+ 25	+ 25	+ 25
Verkauf der Aktien	+ 890	+ 900	+ 925	+ 950
Zwischenergebnis	- 10	0	+ 25	+ 50
Glattstellung Future	15	5	- 20	- 45
Gesamtergebnis	+ 5	+ 5	+ 5	+ 5

Tabelle 10: Vorteil eines US-Pensionsfonds (ohne US-Steuern).

Allgemein ist für Erwerber das Geschäft – ungeachtet von Transaktions- und Finanzierungskosten – folglich vorteilhaft, wenn gilt: Futurepreis > Kaufpreis der Aktien - Nettodividende - KapErSt. Im *Beispiel 4* muss der Futurepreis also über 900 unterliegen. Die Arbitrage beträgt beim US-Pensionsfonds (US-Steuern unberücksichtigt): Arbitrage = Futurepreis - Kaufpreis der Aktien + Nettodividende + KapErSt. Im *Beispiel 4 (Variante 2)* sind das unabhängig vom Verlauf des Aktienkurses 5. Bei Finanzunternehmen (§ 8b Abs. 7 KStG) reduziert sich die Arbitrage um die Belastung mit KSt [15 %] und GewSt [13 %]: Vorteil = 0,72 x (Futurepreis - Kaufpreis der Aktien + Nettodividende + KapErSt). Sie beträgt *Beispiel 4 (Variante 1)* unabhängig vom Verlauf des Aktienkurses 3,6. Daraus lassen sich für Erwerber vier wesentliche Schlüsse ziehen:

(1) Die Arbitrage des Erwerbers ergibt sich ausschließlich aus dem Sell Future. Legt man nämlich den theoretischen Idealkurs (im Beispiel: 900) zugrunde, führen die Aktiengeschäfte weder zu einem Vorteil noch zu einem Nachteil (s. die Zwischenergebnisse in beiden Varianten zum Ex-Kurs 900). Erst die Glattstellung des Sell Futures ergibt dann die Arbitrage (im *Beispiel 4*: 3,6 bzw. 5). Sinkt der Ex-Kurs unter 900, wird der Verlust im Aktiengeschäft darüber hinaus durch den Sell Future abgesichert. Liegt der Ex-Kurs über dem Futurepreis, sichert das Aktiengeschäft den Verlust aus dem Sell Future ab. Diese Form der Arbitrage wird auch unabhängig von steuerlichen Implikationen als „Cash and Carry“ bezeichnet, weil der

Basiswert (= Aktien) am Kassamarkt gekauft (*Cash*) und bis zur Fälligkeit des Futures gehalten wird (*Carry*)²³.

(2) Um den aufgezeigten Vorteil zu erzielen, werden Erwerber einerseits Aktien vor dem Dividendenstichtag kaufen und andererseits in gleicher Höhe Sell-Future-Kontrakte auf einen Tag nach dem Dividendenstichtag nachfragen, soweit deren Preis *über* 900 liegt. Je höher der Futurepreis ist, desto größer ist der wirtschaftliche Vorteil.

(3) Für ihre Arbitrage macht es keinen Unterschied, ob sie die Aktien von einem Inhaber- oder einem Leerverkäufer erwerben. Es ist aus seiner Sicht auch egal, ob die Gegenpartei zu ihren Sell Future ein Inhaber-, Leerverkäufer oder ein Dritter (Spekulant) ist, der einen spiegelbildlichen Buy Future abgeschlossen hat.

(4) Mittelbar über den Futurepreis profitieren Erwerber auch von den Angebots- und Nachfragestrukturen der Inhaber- und Leerverkäufer am Markt²⁴. Diese Strukturen resultieren wiederum aus der Vermeidung der KapErSt (Inhaberverkäufer, dazu 1. a/b. bb.) oder der Nichterhebung einer zweiten KapErSt bei einer Dividendenregulierung auf Nettobasis (Leerverkäufer, dazu 1. a/b. cc.).

Hinweis: Bei cum/cum-Geschäften gilt grundsätzlich das Gleiche wie beim Erwerb bei einem cum/ex-Geschäft im Falle eines Inhaberverkaufs.

ee) **Übergreifende Schlussfolgerungen**²⁵

Die bisherigen Ausführungen machen deutlich, dass die oftmals geäußerte Schlussfolgerung, der wirtschaftliche Vorteil liege in der ungerechtfertigten Anrechnung der Kapitalertragsteuer beim Erwerber, die dann verschleiert in Kurssicherungsgeschäften zwischen Erwerber und Leerverkäufer aufgeteilt werde, *unzutreffend* ist:

(1) Richtig ist lediglich, dass sich eine gedachte „Gesamtarbitrage“ ([Leer-]Verkäufer und Erwerber) unabhängig vom Verlauf des Aktienkurses maximal in Höhe der Kapitalertragsteuer ergeben kann. Das ergibt sich aber nicht aus der Anrechnung beim Erwerber, sondern bereits aus der Vermeidung der Kapitalertragsteuer durch den Inhaberverkäufer oder aus der Nichterhebung der zweiten Kapitalertragsteuer bei einer Dividendenregulierung auf Nettobasis zu Lasten des Leerverkäufers.

²³ Bösch, *Derivate – Verstehen, anwenden und bewerten*, 2. Aufl., 2012, S. 154.

²⁴ Vgl. auch *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943 (1944).

²⁵ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, FR 2014, 265 ff. und 305 ff.

(2) Es findet über die Future-Kontrakte auch keine „verschleierte Aufteilung“ des Vorteils von anrechnungs- oder erstattungsberechtigten Erwerbern *hin zu* Inhaber- oder Leerverkäufern statt. Da der Sell Future dem Erwerber überhaupt erst eine Arbitrage sichert, könnte es höchstens umgekehrt sein (= Inhaber- oder Leerverkäufer hin zu Erwerbern).

(3) Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Abschluss der Buy Future-Kontrakte den Inhaber- und Leerverkäufern zuvörderst zur Absicherung ihres Kursrisikos, also zur Sicherstellung einer vom Verlauf des Aktienkurses unabhängigen Arbitrage dient (dazu bereits 1. a/b. bb. und cc.).

Ob es darüberhinaus durch die Future-Kontrakte zu einer „verschleierten Aufteilung“ bzw. zu einer Teilhabe der Erwerber an den Vorteilen der Inhaber- oder Leerverkäufer kommt, wird man darüber hinaus nur bejahen können, wenn zwischen (Leer-)Verkäufern und Erwerbern *Abspraken* darüber stattgefunden haben, die Futuregeschäfte *nicht* zu marktüblichen Preisen abzuwickeln.

Die *Marktüblichkeit* der konkreten Futurepreise ergibt sich dabei aus einem Preiskorridor, der durch die jeweilige Angebots- und Nachfragestruktur der einzelnen Marktteilnehmer unter Berücksichtigung ihrer steuerlichen Belastungen bestimmt wird. In den Beispielen lag dieser Korridor zwischen 900 bis 925. Realiter wird er aber noch durch Transaktions- und Finanzierungskosten, ausländische Steuern und eine kalkulatorische Geldmarktverzinsung weiter eingeengt.

Innerhalb des Korridors besteht zwischen Verkäufern und Erwerbern auch ein wirtschaftlicher *Interessensgegensatz*. Im Interesse der (Leer-)Verkäufer liegt ein besonders niedriger und im Interesse der Erwerber ein besonders hoher Futurepreis.

Liegen *keine* Absprachen über Futurepreise vor, stellt sich die *Folgefrage*, ob ein *Erwerber* anhand der *Höhe des anonymen Marktpreises* für die *Futures* erkennen kann, ob sein anonymer Vertragspartner ein Inhaber- oder Leerverkäufer ist. Das setzt die Hypothese voraus, dass der Leerverkäufer bereit ist, einen höheren Preis für den Buy Future als ein Inhaberverkäufer zu zahlen, so dass sich seine Marge verkleinert und sich spiegelbildlich die Marge des Erwerbers durch den höheren *Sell Future-Preis* erhöht.

Werden die Futuregeschäfte dabei anonym über Futurebörsen (bzw. Broker) abgewickelt, hängen die Preise aber maßgeblich vom Volumen der Gesamtnachfrage und des Gesamtangebotes ab. Eine weitere Rolle spielt der allgemeine Kapitalzinssatz, der in die Renditebetrachtung für eine Dividenden-Arbitrage einbezogen.

Nach meinen bisherigen Erkenntnissen kann der Erwerber aber anhand des Futurepreises nicht zweifelsfrei erkennen, ob das jeweilige Angebot, das anonym am Futuremarkt platziert wird, von einem Inhaber- oder Leerverkäufer stammt.

Vielmehr lässt sich erkennen, dass sich die Differenz zwischen Future- und Aktienpreis über den Dividendenstichtag 2012 nicht signifikant abgefallen ist, obwohl seit 2012 Leerverkäufe seitens des Leerverkäufers nicht mehr attraktiv war.

Jahr	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Differenz DAX-Future zu DAX	2,03 %	1,96 %	2,96 %	2,21 %	1,53 %	1,74 %	1,10 %	0,95 %	1,14 %	2,42 %

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

Bei den „Geschäftsmodellen“ ist ebenso zwischen *Verkäufern* bzw. *Leerverkäufern* und *Erwerber* zu unterscheiden:

Klassisches Dividendenstripping (ohne Leerverkauf) dürfte jedenfalls seit Einführung des Anrechnungsverfahrens (1977) praktiziert worden sein. Es war damals für die Verkäufer vor allem deshalb attraktiv, weil bei ihnen nicht nur die Kapitalertragsteuer, sondern auch die Vorbelastung mit der Körperschaftsteuer definitiv geblieben ist. Dagegen konnte der inländische Erwerber nicht nur die Kapitalertragsteuer, sondern auch das Körperschaftsteuerguthaben anrechnen.

Zu welchem Zeitpunkt auf der Verkäuferseite neben Inhaberverkäufern auch Leerverkäufer aufgetreten sind, entzieht sich meiner genauen Kenntnis.

Legt man das Schreiben des Bankenverbandes vom 20.12.2002 zugrunde, muss es spätestens im Jahr 2002 die ersten Leerverkäufe und entsprechende Gestaltungsmodelle auf der Verkäuferseite gesehen haben.²⁶

In „Fachkreisen“ wird erzählt, dass diese Geschäfte zunächst allein im Inter-Banken-Handel stattgefunden haben.

Der Öffentlichkeit – in frei zugänglichen Quellen – bekannt geworden sind cum/ex-Geschäfte durch Leerverkäufe nach meiner Erkenntnis erstmalig durch die Gesetzesbegründung des JStG 2007 vom 25.9.2006.²⁷ In der Folge sind 2007 die ersten Aufsätze in Fachzeitschriften

²⁶ Das Dokument ist im Nachhinein auszugsweise veröffentlicht worden unter: http://lindenpartners.eu/wp-content/uploads/2013/07/130710_Stellungnahme_Cum-Ex-Geschaefte.pdf.

²⁷ BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.

zu Leerverkäufen über den Dividendenstichtag veröffentlicht worden.

- *Rau*, Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums bei girosammelverwahrten Aktien; Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, DStR 2007, S. 192-1196
- *Hahne*, Auslegungs- und Anwendungsfragen zur gesetzlichen Neuregelung für Aktiengeschäfte um den Ausschüttungstermin, DStR 2007, S. 605-610
- *Seip/Fülbier*, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, BB 2007, 477;
- *Storg*, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen, NWB 2007, Fach 3, 14327; *Unfried*, Steuerrecht und Dividenden-Stripping, 1998.
- *Wagner*, Die Neufassung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG – Absicht und Wirkung, Der Konzern 2007, S. 127.

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

aa) Gesetzgebung

Im Folgenden wird das BMF in seiner Funktion, für Gesetzesentwürfe der Bundesregierung Formulierungshilfen vorzubereiten, hier funktional der „Gesetzgebung“ zugeordnet.²⁸ Im Übrigen werden unter cum/ex-Geschäften nur solche verstanden, bei denen der Verkäufer die Aktien über den Dividendenstichtag leerverkauft (also nur Leerverkäufe).

(1) Reaktionszeit 2002 bis 2007 bzw. 2012:

Das BMF wusste nachweislich spätestens am 20.12.2002 durch das Schreiben vom Bankenverband von Leerverkäufen. Hätte das BMF 2002 schneller eine Gesetzesinitiative veranlasst, wie es das letztlich mit Wirkung zum Jahr 2012 durch das OGAW-IV-UmsG getan hat, hätten Steuermindereinnahmen verhindert werden können.

(2) Gesetzesentwurf zum JStG 2007 und Umsetzung im JStG 2007

Das BMF hat erstmals mit einer Formulierungshilfe für das JStG 2007 reagiert, die am 25.9.2006 als Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.) veröffentlicht wurde.

(a) Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/2712)

Die Gesetzesbegründung enthält auf den Seiten 47 und vor allem 48 zunächst unmissverständlich eine rechtliche Beurteilung „zur steuerrechtlichen Lage“ wie sie sich bei Leerver-

²⁸ Soweit das BMF (im Verein mit den Landesfinanzverwaltungen) als Verwaltungsanweisung sog. BMF-Schreiben herausgegeben hat, wird dies hier funktional dem „Verwaltungshandeln“ zugeordnet.

käufen „nach geltendem Recht“ darstellt. Dort wird eindeutig und unmissverständlich die Rechtsauffassung vertreten, dass bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag „auch“ dem Erwerber nach einem Leerverkauf „die erworbenen Aktien“ zuzurechnen sind und er einen „Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch“ „erhält“.

Dies ist die erste mir bekannte Veröffentlichung zur Bewertung der Rechtslage bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag zur Rechtslage bis 2006. Berater, die in internen Gutachten diese Rechtsauffassung vertreten hatten, konnten sich in ihrer rechtlichen Beurteilung also bestätigt fühlen. M.E. eine weitere Folge daraus ist, dass Gestaltungen, die diese Rechtsauffassung zugrunde gelegt haben und entsprechend den für diese Rechtsauffassung relevanten Sachverhalt gegenüber den Finanzbehörden offen gelegt haben, nicht den Tatbestand einer Steuerhinterziehung nach § 370 AO erfüllen (dazu noch 3. b.).

Die Gesetzesbegründung enthält zudem Aussagen, die nach juristischer Methodik für eine Auslegung des von 2007 bis 2011 geltenden Rechts relevant sind. Zentral ist hier meines Erachtens die Aussage, die sich im Anschluss an die Beschreibung der bis 2006 geltenden Rechtslage anschließt und damit pointiert den vom Gesetzgeber gedachten Zweck der Neuregelung aufzeigt (S. 48):

Um sicherzustellen, dass dem Leerverkäufer weder eine Dividende noch ein Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch vermittelt wird und sämtliche Ansprüche des Kunden Y (= Erwerber von einem Leerverkäufer) abgedeckt werden, ist es erforderlich, dass die Bank den Leerverkäufer zusätzlich mit einem Ausgleichsanspruch in Höhe der Kapitalertragsteuer belastet. Darauf zielt die Neuregelung ab.“

Daraus lässt sich im Rahmen einer historisch-genetischen Auslegung eindeutig folgern, dass die neu geschaffene, zweite Kapitalertragsteuererhebung ausschließlich den Leerverkäufer belasten will und den Erwerber unbelastet lassen will.

Insgesamt ergibt sich m.E. aus dieser Gesetzesbegründung ein Normverständnis für die von den seit 2007 bis 2011 geltenden Regelungen, nach dem der Erwerber berechtigt war, die Kapitalertragsteuer anzurechnen, auch wenn sie nicht zu Lasten eines Leerverkäufer erhoben wurde.

(b) JStG 2007

Mit dem JStG 2007 hat der Gesetzgeber zumindest klar den Eindruck erweckt, dass Erwerber die Kapitalertragsteuer unabhängig davon anrechnen können, ob sie die Aktien von einem Inhaber- oder einem Leerverkäufer erworben haben.

Es werden hier zwar andere Auslegungen vertreten. Will man das Gesetz aber einer klaren

und widerspruchsfreien Interpretation ohne „Brüche“ zu führen, funktioniert das nur, wenn man vom Vorverständnis der Gesetzesbegründung ausgeht, dass ein Erwerber unabhängig davon, ob er die Aktien nach einem Inhaber- oder Leerverkauf erwirbt, einen Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch erhält.

Diese Neuregelung erklärt sich vollends, wenn man berücksichtigt, dass der Bankenverband dem Gesetzgeber „die Feder geführt“ hat. Das heißt aber nicht, dass der Bankenverband dem BMF verschwiegen hätte, dass es nach wie vor dazu kommen kann, dass mehr Kapitalertragsteuer angerechnet wird als erhoben wird. Dieses Manko des neuen Gesetzes wird in den Schreiben des Bankenverbandes mehrfach betont. Vielleicht hatte man eine bessere Lösung (wie sie 2012 umgesetzt wurde) auch noch gar nicht erkannt.

Meine Kritik ist hier vielmehr, dass bei der Umsetzung seitens des Gesetzgebers nicht hinreichend berücksichtigt wurde, dass der Bankenverband als Lobbygruppe neben Gemeinwohl- auch Partikularinteressen verfolgt. Hier sind meines Erachtens zwei Umstände auffällig:

- Es handelt sich bei der Änderung 2007 um eine minimalinvasive Lösung. Anders als bei der Gesetzesänderung 2012 sollte das Grundsystem mit seinen Fehlern (etwa ein Auseinanderfallen der Person, die die Kapitalertragsteuer abführt, und der Person, die diese Abführung zu bescheinigen hat) weitgehend aufrechterhalten werden.
- Es fällt auf, dass eine Gruppe im JStG 2007 besonders gut wegkommt, nämlich die Depotbanken des Erwerbers. Diese muss eine Steuerbescheinigung für den Erwerber ausstellen (= Indienstnahme Privater) und haftet dafür, wenn sie eine unrichtige Bescheinigung ausstellt (vgl. § 45a Abs. 7 EStG). Da für die Depotbanken die Feststellung schwierig bzw. sogar unmöglich war, ob sie dem Erwerber eine Originaldividende oder eine Dividendenkompensation nach einem Leerverkauf zuweist, hat sie ein hohes Risiko der Falschbewertung und damit ein hohes Risiko für die eigene Haftung. Darum wurde in § 45a Abs. 3 EStG fingiert, dass nicht der Leerverkäufer, sondern – wie beim Inhaberverkauf – der Emittent der Aktien der Schuldner der Kapitalerträge ist. Durch die Fiktion ist die Bescheinigung dann „richtig“, wenn der Emittent der Aktien Kapitalertragsteuer abgeführt hat. Das dabei übersehende Folgeproblem ist aber, dass richtige Steuerbescheinigungen eine Beweiswirkung über die Erhebung der Kapitalertragsteuer auslösen und damit zugleich den Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch des Erwerbers (auch nach einem Leerverkauf) begründen.

bb) Rechtsprechung

Der BFH hat bekanntlich schon am 15.12.1999 (I R 29/97, BStBl. II 2000, 527) entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum im Aktienhandel bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages übergeht. Diese Rechtsprechung gilt bis heute und ist immer wieder bestätigt worden. Im Wortlaut heißt es dort:

„Bei Aktien erlangt der Erwerber wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann. Das ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen sind (...)

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

Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass der Besitz (oder die vergleichbare letztlich unentziehbare Position) in Erwartung des Eigentumserwerbs eingeräumt wird. Hiervon kann ausgegangen werden, wenn die Vertragsbeteiligten --wie im Streitfall geschehen-- entsprechende schuldrechtliche Verpflichtungen eingegangen sind. Die zugleich getroffenen Vereinbarungen über Verpflichtungen zur (Rück-)Veräußerung sog. junger Aktien (ohne oder nur mit partieller Dividendenbezugsberechtigung) durch die Klägerin an die bisherigen, veräußernden Anteilsinhaber ändern daran ebenso wenig wie der Umstand, dass diese Rückverkäufe in allen der in Rede stehenden Verkaufsfällen taggleich mit den Ankäufen erfolgt sind.“

Legt man diesen Maßstab des BFH als die bereichsspezifische Auslegung der einschlägigen Gesetzesnorm § 39 AO zugrunde, lässt sich die Rechtsauffassung vertreten, dass auch nach einem Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertrages übergeht.

Der BFH hat in seiner Entscheidung vom 16.4.2014 (I R 2/12, DStR 2014, 2012) die Frage, ob das wirtschaftliche Eigentum auch nach einem Leerverkauf bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses übergeht, ausdrücklich offengelassen. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang aber, dass auch der BFH erkannt hat, dass der Gesetzgeber selbst in der Gesetzesbegründung zum JStG 2007 von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach einem Leerverkauf erklärtermaßen ausgegangen ist²⁹. Der BFH hat sich insoweit gegen das

²⁹ BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.

BMF gestellt, das in der Beitrittsstellungnahme³⁰ und an anderen Stellen³¹ behauptet hat, dass die Gesetzesbegründung diese Aussage nicht enthalte.

cc) Verwaltungshandeln

Jenseits des ministeriellen „Verwaltungshandeln“ zur Vorbereitung der Gesetzesbegründung der Bundesregierung ist hier allein das *BMF-Schreiben vom 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631* zu nennen. Unabhängig davon, dass in diesem Schreiben eine vom Gesetz abweichende (und damit an sich rechtswidrige) Anforderung eingeführt hat (dazu noch 2.b.cc.[5]), wurden Akteure in ihrer bisherigen Auffassung gestärkt, dass auch das BMF cum/ex-Geschäfte nach wie vor grundsätzlich für zulässig ansieht, es sei denn, es haben *Absprachen* zwischen Verkäufer und Käufer über Leerverkäufe stattgefunden. Wörtlich heißt es in dem BMF-Schreiben:

„Eine Anrechnung sowie eine Erstattung der in dieser Steuerbescheinigung angeführten Kapitalertragsteuer kann nur erfolgen, wenn die Steuerbescheinigung im Rahmen der Veranlagung gemeinsam mit der Bescheinigung eines zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung befugten Berufsträgers im Sinne der §§ 3, 3a des Steuerberatungsgesetzes oder einer behördlich anerkannten Wirtschaftsprüfungsstelle eingereicht wird, in der Folgendes bestätigt wird:

„Es liegen mir auf Grund des mir möglichen 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 im Sinne der Steuerbescheinigung sowie entsprechende Leerverkäufe, bei denen § 44 Abs. 1 Satz 3 i. V. mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG keine Anwendung gefunden hat, vor.“

Jedoch war es eine Fehleinschätzung, dass cum/ex-Geschäfte von Leerverkäufern stets Absprachen über solche mit den Erwerbern voraussetzen. Vielmehr wurde nach Veröffentlichung des BMF-Schreibens von Leerverkäufern cum/ex-Geschäfte durchgeführt, die nachweislich ohne „Absprachen“ mit potenziellen Erwerbern ausgekommen sind.

Beleg: Ein (augenscheinlich vom BMF) ins Deutsche übersetztes Dokument, in dem eine Bank beschreibt, wie sie in den Jahren 2009 und 2010 Leerverkäufer durchführen will, ohne die potenziellen Erwerber kennen zu müssen. Diese Dokument enthält Klarnamen der Bank und mehrerer handelnder Personen und wird in Kopie gerne von mir dem Untersuchungsausschuss zur Verfügung gestellt, der dann auch über die Geheimhaltung zu entscheiden hat.

³⁰ BMF v. 29.11.2013, Beitrittserklärung zum Verfahren I R 2/12, S. 35 f.

³¹ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13638, S. 11: „missverständlich formuliert“.

2. Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- bzw. -erstattungsansprüche resultieren konnten. Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

Ob ein Steuerpflichtiger berechtigt ist, sich Kapitalertragsteuer anrechnen oder erstatten zu lassen, richtet sich danach über die hierfür einschlägigen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Konkret sind etwa die Anrechnungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt³², wenn

(1) Kapitalertragsteuer erhoben wurde und

(2) dieser Abzug auf Einkünfte entfällt, die bei der Veranlagung erfasst oder nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b KStG außer Acht bleiben.

(3) Zudem darf keine Erstattung der Kapitalertragsteuer beantragt oder schon durchgeführt worden sein.

(4) Letztlich muss auch eine Steuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2 und 3 EStG vorlegt werden.

Voraussetzung (3) ist regelmäßig irrelevant. Voraussetzung (2) ist erfüllt, wenn dem Steuerpflichtigen Kapitaleinkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zugerechnet werden können, wobei hier über § 20 Abs. 5 EStG (= § 20 Abs. 2a EStG a.F.) auch das wirtschaftliche Eigentum nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO. eine Rolle spielt. Im Ergebnis ergeben sich also drei wesentliche Voraussetzungen:

(a) Zurechnung von Kapitaleinkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG

(b) Erhebung der Kapitalertragsteuer

(c) Vorlage einer Steuerbescheinigung über die Erhebung der Kapitalertragsteuer

Die einzelnen Voraussetzungen haben sich mit dem JStG 2007 geändert, so dass zunächst die Rechtslage bis 2006 und dann die Rechtslage von 2007 bis 2011 zu betrachten ist.

a) Rechtslage bis 2006

Bis 2006 war für die Anrechnung allein die Frage relevant, ob dem Erwerber Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG zuzurechnen sind, was der Fall ist, wenn der Erwerber vor dem Dividendenstichtag wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO geworden ist.

³² Vgl. nur BFH v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641.

aa) Grundsatz: Maßgeblichkeit des Kaufvertragsabschluss im Börsenhandel³³

Die erste Grundsatzfrage, ob das wirtschaftliche Eigentum im Börsenhandel grundsätzlich mit Abschluss des Kaufvertrages auf den Erwerber übergeht, wurde vom BFH bereits vor 15 Jahren höchstrichterlich bejaht³⁴ und in der Folge in ständiger Rechtsprechung³⁵ und auch Urteil vom 16.4.2014³⁶ bestätigt. Das entspricht der h.M. im Schrifttum³⁷ und auch die Finanzverwaltung hat sich dem mittlerweile angeschlossen³⁸. Schon in der Vergangenheit hat der BFH nämlich speziell für gehandelte Aktien seine für körperliche Sachen entwickelten Grundsätze zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im „gesellschaftsrechtlich verfeinerten Sinne“ betrachtet und dabei auch die Abwicklungspraxis, die letztlich die Erwartungshaltung der Marktteilnehmer rezipiert, bei der Ausarbeitung des Typusbegriffs einbezogen.

Danach erlangt bei Aktien der Erwerber wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem *Willen der Vertragspartner* über die Wertpapiere verfügen kann³⁹. Das ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen sind⁴⁰. Da es für die Zuordnung eines Wirtschaftsgutes auf das *Gesamtbild der Verhältnisse* ankommt, kann der Übergang des „wirtschaftlichen Eigentums“ auch

³³ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, DStR 2014, 2317 ff.

³⁴ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527.

³⁵ BFH v. 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, 287; v. 20.11.2007, I R 102/05, IStR 2008, 336; vgl. auch BFH v. 1.8.2012, IX R 6/11, BFH/NV 2013, 9; v. 15.10.2013, I B 159/12, BFH/NV 2014, 291.

³⁶ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 31).

³⁷ So bereits *Unfried*, DStR 2000, 993 (996); *Sorgenfrei*, FR 2000, 441; *Berger/Matuszeski*, BB 2011, 3097 (3099); *Desens*, DStZ 2012, 142 (148); *Desens*, DStZ 2012, 246 (249); *Englisch*, FR 2010, 1023 (1029); *Hahne*, DStR 2007, 1196 (1197); *Podewils*, FR 2011, 69; kritisch dagegen *Rau/Sahl*, BB 2000, 112 (114); *Kolbinger*, Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, 2008, S. 163 ff.; *Anzinger*, RdF 2012, 394 (399 f.).

³⁸ Der ursprüngliche Nichtanwendungserlass (BMF v. 6.10.2000, BStBl. I 2000, 1392) wurde durch BMF v. 4.4.2011, BStBl. I 2011, 356 für alle nach dem 31.12.2009 verwirklichte Fälle aufgehoben, gilt aber fort für Fälle, die vor dem 1.1.2010 verwirklicht worden sind. Im Übrigen wirkt die Veröffentlichung von BFH-Entscheidungen im BStBl. II als Anwendungserlass; vgl. dazu *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 53 f. m.w.N.

³⁹ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527.

⁴⁰ BFH v. 2.5.1984, VIII R 276/81, BStBl. II 1984, 820; v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; vgl. BFH v. 29.11.1982, GrS 1/81, BStBl. II 1982, 272, zu Wertpapierpensionsgeschäften; vgl. auch BFH v. 11.7.2006, VIII R 32/04, BStBl. II 2007, 296; v. 12.12.2007, X R 17/05, BStBl. II 2008, 579; v. 26.1.2011, VIII R 14/10, BFH/NV 2011, 1512.

dann anzunehmen sein, wenn die genannten Voraussetzungen *nicht in vollem Umfang* gegeben sind (Ausdruck des Typusbegriffs)⁴¹.

Bei Aktien ist es demnach ausreichend, wenn dem Erwerber nach den *einschlägigen Börsen-usancen und den üblichen Abläufen* die mit den Anteilen verbundenen *Gewinnansprüche regelmäßig* nicht mehr entzogen werden können⁴², die Beteiligten die jeweiligen *Vertragsabschlüsse* auch dementsprechend *vollziehen* und ihr *Verhalten* danach *ausrichten*.⁴³ Ausschlagend sind demnach nicht lediglich das formal Erklärte oder formal-rechtlich Vereinbarte, sondern das *wirtschaftlich Gewollte* und das *tatsächlich Bewirkte*⁴⁴.

Dabei muss der Erwerber in die Lage versetzt werden, die Aktien für längere Zeit in seinem Eigenbestand zu belassen, sie an Dritte weiterzueräußern oder sie in sonstiger Weise beliebig zu nutzen⁴⁵. Er muss bereits das Kursrisiko tragen und etwaigen Pfändungszugriffen ausgesetzt sein⁴⁶. Diese Rechtsposition muss dem Erwerber aber *in Erwartung* des (zivilrechtlichen) Eigentumserwerbs eingeräumt werden, was hinreichend dadurch dokumentiert wird, dass die Vertragsbeteiligten entsprechende schuldrechtliche Verpflichtungen eingegangen sind⁴⁷. Entscheidender Zeitpunkt für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ist demnach der Abschluss des Kaufvertrages. Der Umstand, dass die entsprechende *Umbuchung* ggf. erst *zwei Tage* nach dem Vertragsabschluss vorgenommen worden ist, tritt demgegenüber zurück und beeinflusst den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht⁴⁸.

Obwohl das BMF in seiner Beitrittsstellungnahme⁴⁹ zur Entscheidung von 2014 versucht hat, an diesem Maßstab zu rütteln, hält der BFH in der neuen Entscheidung nach wie vor an ihm fest. Das BMF hatte im BFH-Verfahren vertreten, dass das wirtschaftliche Eigentum an Ak-

⁴¹ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; v. 12.12.2007, X R 17/05, BStBl. II 2008, 579; v. 15.10.2013, I B 159/12, BFH/NV 2014, 291.

⁴² BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; v. 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, 287; BFH v. 26.1.2011, IX R 7/09, BStBl. II 2011, 540.

⁴³ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; vgl. bereits BFH v. 12.9.1991, III R 233/90, BStBl. II 1992, 182 (185).

⁴⁴ StRpsr. – vgl. nur BFH v. 26.1.2011, IX R 7/09, BStBl. II 2011, 540 m.w.N.; v. 1.8.2012, IX 6/11, BFH/NV 2013, 9; v. 15.10.2013, I B 159/12, BFH/NV 2014, 291 m.w.N.

⁴⁵ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527.

⁴⁶ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527.

⁴⁷ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527.

⁴⁸ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527.

⁴⁹ Die Stellungnahme vom 29.11.2013 wurde vom BMF per E-Mail am 17.1.2014 in anonymisierter Fassung als „Argumentationshilfe“ an die Obersten Finanzbehörden der Länder („für ihre nachgeordneten Behörden“) und dem Bundeszentralamt für Steuern weitergeleitet. Diese anonymisierte Fassung liegt dem Verfasser vor.

tien bei Börsengeschäften nicht bereits mit dem Kaufvertragsabschluss übergeht, sondern erst mit der Umbuchung der Aktien bei der Wertpapiersammelbank (Einräumung des zivilrechtlichen Eigentums), weil erst dann potenzielle Verfügungsmöglichkeiten des Verkäufers gänzlich ausgeschlossen seien⁵⁰.

Da es aber nach dem „Gesamtbild der Verhältnisse auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen“⁵¹ auf das von den Parteien *wirtschaftlich Gewollte* und das *tatsächlich Bewirkte* ankommt, kommt es nicht darauf an, ob in atypischen Konstellationen die Gewinnansprüche ausnahmsweise noch entzogen werden können. Für eine hinreichende Verbindung zwischen der Erwartung der zukünftigen Übertragung des (zivilrechtlichen) Eigentums (Vertragsabschluss vor dem Dividendenstichtag) und der endgültigen Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums (nach dem Dividendenstichtag) reicht es vielmehr aus, dass die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche *nach üblichen Abläufen regelmäßig* nicht mehr entzogen werden können.

bb) Maßgeblichkeit des Kaufvertragsabschluss auch im OTC-Handel

Ob die BFH-Grundsätze auch für den OTC-Handel gelten, ist umstritten.

Insbesondere das Hessische Finanzgericht hat dies in seinem Urteil vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, abgelehnt. Dagegen hatte das FG Hamburg diese Frage in seinem Urteil vom 24.11.2011, 6 K 22/10, EFG 2012, 351 bejaht.

Auch in der Gesetzesbegründung zum JStG 2007⁵² sowie im Schrifttum wird diese Frage überwiegend bejaht⁵³, von anderen aber auch abgelehnt.⁵⁴

Im nicht rechtskräftigen Gerichtsbescheid des BFH vom 6.3.2013 (I R 2/12) wurde die im Anschluss an das FG Hamburg die Frage bejaht (S. 14):

„Für die im Streitfall einschlägige Situation des außerbörslichen Handels kann in Über-

⁵⁰ BMF v. 29.11.2013, Beitrittserklärung zum Verfahren I R 2/12, S. 19-24.

⁵¹ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 39) – zum entsprechenden Maßstab bei einer Wertpapierleihe

⁵² BT-Drs. 16/2712, S. 48: „Die Neuregelung enthält hinsichtlich der Verwahrform der Aktien (in der Regel Girosammelverwahrung) und im Hinblick auf die Handelsplattform (Börsenhandel oder außerbörslich) keine Einschränkung.

⁵³ *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3101); *Desens*, DStZ 2012, 142 (149 f.), *Desens*, DStZ 2012, 246 (249); *Englisch*, FR 2010, 1023 (1028 f.); *Hahne*, DStR 2007, 605 (609), *Hahne*, DStR 2007, 1196 (1197); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (178); *Schmieszek* in Beermann/Gosch, AO § 39 Rz. 67; *Demuth*, DStR 2013, 1116 (1117); *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1760).

⁵⁴ *Rau*, DStR 2007, 1192 (1195), *Rau*, DStR 2007, 1198 (1199), *Rau*, DStR 2013, 838; *Bruns*, DStR 2010, 2061 (2063).

einstimmung mit der Ansicht der Vorinstanz nichts anderes gelten, wenn die Vertragsparteien eine den einschlägigen Börsennuancen zum Kassageschäft vergleichbare Erfüllungsvereinbarung (insbesondere mit dem Gegenstand zeitnahe Übertragung) getroffen und eine Abwicklung des Geschäfts unter Nutzung der für den Börsenhandel vorgesehenen Abwicklungssysteme (einschließlich eines Kompensationsmechanismus bei zwischenzeitlichen Dividendenzahlungen) vereinbart haben. (Zitate aus dem Schrifttum). Jedenfalls bietet allein die Art der Handelsplattform angesichts des weitgehend virtuellen Markts und der Geschäftsabwicklung unter Beteiligung der Depotbanken keinen tragfähigen Differenzierungsgrund für die Frage nach dem (nach der gesetzlichen Maßgabe des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO auf „den Regelfall“ des konkreten Geschäfts abstellenden) Übergang wirtschaftlichen Eigentums.“

In seiner Beitrittsstellungnahme hat das BMF dann versucht, dem BFH zu widersprechen. Es hat dafür unter Bezugnahme auf abwicklungstechnischer Details herausgearbeitet, dass im OTC-Handel bis zur Umbuchung der Aktien wesentliche Einflussmöglichkeiten sowohl seitens des Verkäufers als auch seitens des Käufers bestehen, mit denen der Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums nach Abschluss des Kaufvertrages noch zu Fall gebracht werden kann⁵⁵.

Im Endurteil hat sich der BFH dann kurz gefasst und schlicht formuliert:⁵⁶

„Die Klägerin mag die Voraussetzungen des Einkünftebestands des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG 2002 n.F. durch den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien vor dem Ausschüttungsbeschluss im Zeitpunkt des jeweiligen schuldrechtlichen Anschaffungsgeschäfts im Zusammenhang mit den sog. cum/ex-Geschäften prinzipiell erfüllen können (...) und zwar auch in der streitgegenständlichen Situation des außerbörslichen Handels.“

Teilweise wird nun vertreten, die vermeintliche Einschränkung („prinzipiell“) zeige, dass das der BFH sich zur Frage gar nicht verhalten habe. M.E. zeigt es, dass grundsätzlich die Einschränkungen mitgedacht werden müssen, die bereits im Gerichtsbescheid zu finden sind.

M.E. geht das wirtschaftliche Eigentum daher auch im OTC-Handel über, wobei insoweit der Begründung des BFH aus dem Gerichtsbescheid zuzustimmen ist: Nach der typologischen Gesamtbetrachtung des BFH kommt es aber – wie aufgezeigt – nicht darauf an, dass die Möglichkeit atypischer Geschehensabläufe besteht. Entscheidend ist, dass nach der Erwartung der Parteien bei Abschluss des Kaufvertrages und ihrem späteren Verhalten das Eigentum an den Aktien auch übertragen werden soll. Das entspricht dem Wortlaut von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, der ebenfalls nur „auf den Regelfall“ abstellt.

⁵⁵ BMF v. 29.11.2013, Beitrittserklärung zum Verfahren I R 2/12, S. 24-32.

⁵⁶ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 31).

cc) Unschädlichkeit einer Fremdfinanzierung, kurzen Haltedauer oder Kurssicherung⁵⁷

Zwar kann der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei vom Verkäufer „initiierten und modellhaft auferlegten Gesamtvertragskonzepten“ scheitern (dazu noch dd). Es kann nach Auffassung des BFH „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.“⁵⁸

Isoliert betrachtet unschädlich ist demnach eine *Fremdfinanzierung* des Käufers durch den Erwerber und ein nur kurzfristiges Halten der Aktien des Erwerbers⁵⁹. Gleiches gilt für ein parallel abgeschlossenes *Kurssicherungsgeschäft*, das in Geld zu erfüllen ist⁶⁰. Ist es hingegen durch „physische“ Aktienlieferung zu erfüllen, kann darin eine Rückübertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien zu sehen sein⁶¹, die in einem „Gesamtvertragskonzept“ dazu führen kann, dass das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien gar nicht erst übertragen wurde (dazu noch cc).

dd) Ausnahme: kein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei einem von einer Bank initiierten, modellhaften Gesamtvertragskonzept⁶²

Der BFH hat in seiner Entscheidung von 2014 aber eine Ausnahme formuliert: Hintergrund war, dass der Entscheidung eine besondere Fallkonstellation zugrunde lag, bei der sich in der Praxis erweisen wird, ob es sich eher um eine Ausnahme oder – wie der BFH äußert⁶³ – um eine „weithin übliche Gestaltungspraxis“ handelt. Im Fall lag ein von einer Bank „initiiertes und modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept“⁶⁴ zugrunde. In einem Vertragsbündel wurde neben dem eigentlichen Wertpapiergeschäft zugleich eine (gegenläufige) Wertpapierleihe, eine Fremdfinanzierung und ein (Total-Return-)Swapgeschäft vereinbart. Daher habe der Käufer weder vor dem Dividendenstichtag noch zu einem späteren Zeitpunkt das wirt-

⁵⁷ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, DStR 2014, 2317 ff.

⁵⁸ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 33).

⁵⁹ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 33).

⁶⁰ Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 33).

⁶¹ Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 33).

⁶² Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, DStR 2014, 2317 ff.

⁶³ Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 32).

⁶⁴ Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 32).

schaftliche Eigentum an den Aktien erworben⁶⁵. Eine *nennenswerte Inanspruchnahme* der mit dem *Innehaben der Wertpapiere verbundenen Rechte* durch die Klägerin sei in Anbetracht dessen ausgeschlossen⁶⁶. Es liege ein bloßer *Durchgangserwerb* vor⁶⁷.

In dem Vertragsbündel entscheidend und essential für die Verneinung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums war m.E. gerade die parallel vereinbarte und dem Kaufvertrag gegenläufige *Wertpapierleihe*. Hintergrund ist, dass der BFH den bereits oben aufgezeigten Maßstab zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien auch auf die *Wertpapierleihe* übertragen hat. Auch durch den Abschluss eines Wertpapierleihvertrages soll demnach das wirtschaftliche Eigentum vom Verleiher auf den Entleiher übergehen, wenn der Entleiher vor der Beschlussfassung über die Dividende – und unter Ausschluss weiterer Verfügungsmöglichkeiten der Verleiherin – erwarten konnte, wirtschaftlich zur Fruchtziehung berechtigt zu sein⁶⁸.

Auf den ersten Blick erscheint es so, als habe der Käufer durch den Kaufvertrag zwar das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien erworben, aber dann durch den Wertpapierleihvertrag sofort – also noch vor dem entscheidenden Dividendenstichtag – wieder an den Verkäufer und Entleiher zurückübertragen⁶⁹.

Das ist jedoch nicht die Lösung des BFH. Aufgrund der Initiativstellung des Verkäufers und des modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzepts fasst der BFH beide Schritte zusammen und kommt zu dem Ergebnis, dass das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien gar nicht erst auf den Käufer übergegangen ist.

In der Sache fügt sich die Lösung des BFH passgenau in seine bisherige Rechtsprechung ein. Insbesondere der Maßstab zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums wird nicht eingeschränkt, sondern konsequent auf die Wertpapierleihe erweitert. Auch die besondere Rechtsfolge (kein Übergang statt Hin- und Rückerwerb) lässt sich anhand des auch zuvor herangezogenen „Gesamtbild(es) der Verhältnisse auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen“⁷⁰ begründen. Insbesondere ist der zugrunde liegende Gedanke nicht neu, dass das wirt-

⁶⁵ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 32).

⁶⁶ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 32).

⁶⁷ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 32).

⁶⁸ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 40).

⁶⁹ So noch die Rechtsauffassung der Vorinstanz, s. FG Hamburg v. 24.11.2011, 6 K 22/10, EFG 2012, 351; eingehend *Demuth*, DStR 2013, 1116 (1117).

⁷⁰ In BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 39) dann herangezogen beim entsprechenden Maßstab im Falle einer Wertpapierleihe.

schaftliche Eigentum zu keinem Zeitpunkt übergeht, obwohl der Erwerber zwischen Lieferung der Aktien und Begründung der Wertpapierleihe für die berühmt berüchtigte „juristische Sekunde“ zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien wird. Vielmehr hat der IX. Senat des BFH bereits 2011 entschieden, dass diese gedankliche Hilfskonstruktion des Zivilrechts unerheblich sein kann, weil es beim wirtschaftlichen Eigentum auf das *wirtschaftlich Gewollte* und *tatsächlich Bewirkte* ankommt⁷¹.

Die immanente Wertungsoffenheit dieses Maßstabes fördert zwar nicht gerade die Rechtssicherheit, ermöglicht dem BFH aber den notwendigen Sachverhaltsbezug herzustellen. Einen solchen Bezug hat der BFH auch schon in der Vergangenheit hergestellt, wenn er etwa keinen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei bloßen „Luftgeschäften“ angenommen hat⁷².

Die Frage ist daher nun, wo die Grenzen dieses Wertungskorridors liegen. Hierzu vertrete ich folgende Rechtsauffassung:

Die essentielle Vertragskomponente, die schädlich für den (ersten) Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ist, ist eine zum Kaufvertrag gegenläufige und parallel abgeschlossene *Wertpapierleihe*. Die Wertpapierleihe würde isoliert betrachtet bewirken, dass das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien vom Verleiher auf den Entleiher übergeht. Eine der Wertpapierleihe vergleichbar essentielle und dem Kaufvertrag gegenläufige Vertragskomponente könnte ein *Kurssicherungsgeschäft* bilden, das mit der physischen Lieferung der Aktien zu erfüllen ist. In Betracht käme hier auch jedes andere Geschäft, das – wirtschaftlich betrachtet – den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums mit dem Kauf der Aktien wieder neutralisiert, weil es für sich betrachtet ebenfalls den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bewirkt.

Ist der Entleiher bzw. Vertragspartner des neutralisieren Geschäfts aber zugleich der Verkäufer der Aktien, stellt sich die Frage, ob und welche Vertragskomponenten noch hinzutreten müssen, damit es nicht zum Hin- und Rückerwerb des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien, sondern *gar nicht erst zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums* kommt.

Eindeutig entschieden hat der BFH das für das konkrete und dem Fall zugrunde liegende, vom Verkäufer „initiierte, modellhafte Gesamtvertragskonzept“. Hier kommt es schon gar nicht zum (ersten) Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Dagegen dürfte allein der parallele Abschluss einer Vertragskomponente, die dem Kaufvertrag entgegenläuft (etwa eine Wertpapierleihe), ohne dass weitere Vertragskomponenten hinzutreten, gerade nicht ausrei-

⁷¹ BFH v. 26.1.2011, IX R 7/09, BStBl. II 2011, 540.

⁷² Vgl. BFH v. 27.10.2009, VII R 51/08, BStBl. II 2010, 382; v. 9.12.2010, VII R 3/10, BFH/NV 2011, 750.

chen und lediglich zu einem Hin- und Rückerwerb der Aktien führen. Ansonsten hätte sich der BFH den Bezug auf das „modellhafte Gesamtvertragskonzept“ sparen können. Zwischen beiden Konstellationen (nur essentielle Vertragskomponente oder das aufgezeigte „Gesamtvertragskonzept“) wird es eine Wertung des Einzelfalls sein, ob ein Hin- und Rückerwerb oder überhaupt kein Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums angenommen werden kann.

ee) Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums bei Leerverkäufen⁷³

Ausdrücklich offen gelassen hat der BFH in der Entscheidung von 2014 dagegen die Frage, ob das wirtschaftliche Eigentum auch nach einem Leerverkauf bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses übergeht.⁷⁴ Diese Frage ist daher nach wie vor umstritten.

Wie bereits aufgezeigt, wird der Gesetzesbegründung zum JStG 2007 eindeutig und missverständlich vertreten, dass das wirtschaftliche Eigentum auch nach einem Leerverkauf im Zeitpunkt des Kaufvertrages übergeht.⁷⁵ Dabei geht die Gesetzesbegründung auch eindeutig davon aus, dass neben dem ursprünglichen Aktieninhaber, von dem sich der Leerverkäufer die Aktien beschafft hat, „auch“ dem Erwerber der Aktien (nach einem Leerverkauf) ein Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch zusteht.

Soweit im Schrifttum⁷⁶ dagegen vertreten wird, dass das wirtschaftliche Eigentum nach einem Leerverkauf noch nicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses übergehen kann, wird dies mit einem nahe liegenden Argument begründet: Zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses könne der Leerverkäufer der ursprünglichen Eigentümer noch nicht von der Verfügungsberechtigung und der Nutzung (Dividenden) der Aktien ausschließen. Der Leerverkäufe könne keine Position zu einem Zeitpunkt übertragen, zu der er diese selbst noch nicht hatte.

Die Gegenposition im Schrifttum⁷⁷ stellt dagegen im Wesentlichen darauf ab, dass Aktien eine Gattungsschuld darstellen und der Erwerber nach den Markterwartungen und dem Abwicklungsmechanismus in eine Position versetzt werde, die den Voraussetzungen eines wirt-

⁷³ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, DStR 2014, 2317 ff.

⁷⁴ Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 31).

⁷⁵ BT-Drs. 16/2712, S. 48.

⁷⁶ *Anzinger*, Recht der Finanzinstrumente 2012, 394, 400 ff.; *Bruns*, DStZ 2011, 676, 679; *Rau*, DStZ 2010, 1267; *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785(787 ff.); *Schön*, RdF 2015, 115 ff.

⁷⁷ U.a. *Hahne*, DStR 2007, 605 (609); *Storg*, NWB 2007, Fach 3, 14327 (14330); *Englisch*, FR 2010, 1023, (1025 ff.); *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3100); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (181); *Klein*, BB 2013, 1054 ff.; *ders.*, BB 2015, 726 ff.

schaftlichen Eigentümers i.S.d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO – vor allem in der bereits aufgezeigten Konkretisierung des BFH in seiner Entscheidung von 1999 – entspricht.

Ich selbst habe hierzu 2012 eine vermittelnde Auffassung vertreten, die der Gesetzesbegründung des JStG 2007 entspricht⁷⁸, aber nicht der Begründung aus dem Schrifttum: Die Argumentation folgt dabei der Grundannahme der ab 2007 und heute nach wie vor geltenden Rechtslage, dass der Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG im Falle eines Leerverkauf zweimal verwirklicht wird (Satz 1 und Satz 1 oder Satz 4). Vor 2006 konnte – so die ausdrücklich Annahme in der Gesetzesbegründung zum JStG 2007⁷⁹ – die Depotbank des Erwerbers nicht erkennen, ob dem Erwerber eine Originaldividende, eine Dividendenkompensation nach einem Inhaberverkauf oder eine Dividendenkompensation nach einem Leerverkauf zugerechnet wird:

„Würde man Markterwartungen und Praktikabilität hier völlig ignorieren und die Abgrenzung einer Dividendenkompensation nach einem Inhaber- oder Leerverkauf zum steuerrechtlich maßgeblichen Abgrenzungstatbestand beim Erwerber erheben, wäre vorprogrammiert, dass bei der Rechtsanwendung keine gleichmäßige Erfassung aller tatbestandlich einschlägigen Sachverhalte stattfinden kann. Das gilt selbst dann, wenn man in bestimmten Einzelfällen in der Lage wäre, einen Inhaber- oder einen Leerverkauf zu identifizieren. Die Folge wäre nämlich, dass man faktisch den Tatbestand umgeschrieben hätte: Es sind nicht mehr alle Kompensationen nach einem Leerverkauf auszugrenzen, sondern nur solche nach *erkennbaren* Leerverkäufen. Eine steuerliche Ungleichbehandlung zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Leerverkäufen lässt sich aber nicht rechtfertigen. Warum sollte eine Kompensation nach einem nicht erkennbaren Leerverkauf als Dividende und eine Kompensation nach einem erkennbaren Leerverkauf wie ein Schadensersatz zu behandeln sein?

Zuvörderst ist der Gesetzgeber aufgefordert, solche strukturellen Vollzugsdefizite aus Gleichheitsgründen (Art. 3 Abs. 1 GG) zu vermeiden.⁸⁰ Dass Praktikabilitätsgründe aber schon bei der Auslegung von Steuergesetzen berücksichtigt werden müssen, um eine gleichmäßige Besteuerung zu gewährleisten,⁸¹ ist allgemein anerkannt (sog. teleologische Praktikabilität)⁸². Die praktische Realisierbarkeit darf bei der Auslegung einer Norm daher nicht vernachlässigt werden⁸³ und ist daher ein zu berücksichtigendes Aus-

⁷⁸ Desens, DStZ 2012, 142 (146 ff, 150 f.).

⁷⁹ BT-Drs. 16/2712, S. 48.

⁸⁰ Wird die Gleichheit im Belastungserfolg bereits durch die gesetzliche Ausgestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, ist bereits die gesetzliche Besteuerungsgrundlage verfassungswidrig (sog. strukturelles Vollzugsdefizit); BVerfG v. 27.6.1991, 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (268 ff.) - *Zinsbesteuerung*; v. 9.3.2004, 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 ff. - *Spekulationsgeschäfte*; ausführlich Eckhoff, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht, 1999, S. 516 ff.

⁸¹ Walz, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, S. 175 f.; Eckhoff, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht, 1999, S. 513 f.

⁸² Arndt, Praktikabilität und Effizienz, 1983, S. 87.

⁸³ Arndt, Praktikabilität und Effizienz, 1983, S. 37.

legungsprinzip.⁸⁴ Gerade bei einer Massenverwaltung muss eine Gesetzesinterpretation gefunden werden, die leicht, sicher und verständlich gehandhabt werden kann, damit die Finanzverwaltung ihren Vollzugauftrag erfüllen kann.⁸⁵ Es ist daher sachgerecht, wenn bei Auslegungszweifeln einer steuerlichen Norm, die in tausenden Fällen angewendet werden muss, auch der Gesichtspunkt der Praktikabilität herangezogen wird.⁸⁶ Eine Gesetzesauslegung, die die Finanzverwaltung bei der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen vor unüberwindbaren Schwierigkeiten stellt und daher praktisch nicht durchführbar ist, steht der allgemeinen Anwendung der Norm selbst im Wege und ist daher rechtswidrig.⁸⁷ Lassen sich gleichheitswidrige, strukturelle Vollzugsdefizite daher schon im Auslegungswege verhindern, sind solche Auslegungsvarianten auch vorzugswürdig heranzuziehen.⁸⁸

Erst aus dem Umstand, dass der Tatbestand in der Folge zwei Mal erfüllt sein muss, lässt sich m.E. die Schlussfolgerung ziehen, dass die zweimalige Tatbestandsverwirklichung auch zwei Steuerpflichtigen zugerechnet werden muss, es also auch zwei wirtschaftliche Eigentümer geben muss. Diese Position hat sich aber bisher nicht durchsetzen können⁸⁹, so dass die Streitfrage in weiteren Beiträgen offengelassen wurde.⁹⁰

Die Frage, ob das wirtschaftliche Eigentum nach einem Leerverkauf bereits zum Abschluss des Kaufvertrages übergeht, ist m.E. aber auch nur für die Rechtslage 2006 relevant, wie im Folgenden noch aufgezeigt werden soll.

b) Rechtslage von 2007 bis 2011

aa) Zurechnung von Kapitaleinkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG

Zur Rechtslage 2007 bis 2011 gelten für Inhaberverkäufe insoweit die gleichen wie zur Rechtslage bis 2006 (siehe oben 2. aa. bis dd.).

Eine Änderung ergibt sich m.E. allein für die Beurteilung von Leerverkäufen:

⁸⁴ Vgl. bereits BFH v. 28.2.1958, III 125/57 S, BStBl. III 1958, 191 (194); v. 15.3.1973, VIII R 58/69, BStBl. II 1973, 559.

⁸⁵ Vgl. bereits RFH v. 6.6.1928, I A 192/27, RFHE 23, 309 (326); RFH v. 27.8.1930, VI A 264/29, RFHE 27, 184 (187); BFH v. 19.7.1957, VI 106/55 U, BStBl. III 1957, 329 (330).

⁸⁶ BVerfG v. 14.3.1967, 1 BvR 334/61, BVerfGE 21, 209 (217 f.); vgl. bereits BVerfG v. 29.1.1962, 1 BvL 32/57, BVerfGE 13, 290 (316); v. 14.1.1986, 1 BvR 209/79, BVerfGE 71, 354 (362 f.).

⁸⁷ *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 259.

⁸⁸ Damit wird das Erkenntnisdefizit bei der Abgrenzung nicht zur „rein akademischen Frage“ (so aber *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 [3101]), sondern wirkt mitkonstituierend auf das praxisrelevante Auslegungsergebnis ein.

⁸⁹ Eine kritische Auseinandersetzung erfolgt bei *Schön*, RdF 2014, 115 ff., der den Lösungsweg ablehnt, aber einräumt, dass der intendierte Schutzgedanke gutgläubiger Erwerber berücksichtigungsfähig sei, ihn aber dann bei der Frage der Beweiswirkung der Steuerbescheinigung doch nicht berücksichtigt.

⁹⁰ Vgl. *Desens*, DStR 2012, 2473 ff.; *ders.*, DStZ 2014, 154 ff.; *ders.*, FR 2014, 265 ff.; *ders.*, DStR 2014, 2317 ff.

Durch den Sondertatbestand in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG kommt es für die Zurechnung der Kapitaleinkünfte nicht mehr darauf an, ob der Erwerber bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschluss wirtschaftlicher Eigentümer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) geworden ist.

Genau betrachtet geht der BFH nämlich in seiner Entscheidung von 2014 bei einem Leerverkauf – anders als beim Inhaberverkauf – gar nicht davon aus, dass das wirtschaftliche Eigentum bereits zum Dividendenstichtag übertragen sein muss. Jedoch soll auch der Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums voraussetzen und zwar „zu einem späteren Zeitpunkt“ (als vor dem Dividendenstichtag)⁹¹ bzw. nicht „vor Beschlussfassung über die Dividende“, sondern erst „vor Erfüllung der kaufvertraglichen Vereinbarung“⁹². Das wird in der Regel der Zeitpunkt sein, zu dem sich der Verkäufer die Aktien zum Zwecke der Vertragserfüllung beschafft hat.

Dieser Rechtsauffassung folge ich mittlerweile. Es ist aber darauf hinweisen, dass der Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG implizit davon ausgeht, dass in den Leerverkaufsfällen, die in den Tatbestand nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich erfasst werden sollen, das wirtschaftliche Eigentum bereits vor dem Dividendenstichtag „erworben“ (Wortlaut!) wurde. Dann wäre aber entweder bereits § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG einschlägig, was weitere offene Fragen zum Konkurrenzverhältnis aufwirft.

bb) Erhebung der Kapitalertragsteuer auf die Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG⁹³

Bei der Anrechnungsvoraussetzung „Erhebung der Kapitalertragsteuer“ ist bereits höchststrichterlich geklärt, dass es lediglich auf die Einbehaltung durch den Entrichtungspflichtigen und nicht auf die tatsächliche Abführung an das Finanzamt ankommt⁹⁴. Ebenso ist geklärt, dass eine erfolgte Erhebung nicht rückgängig gemacht werden kann⁹⁵. Etwaige Rückzahlungen können höchstens als eine „Erstattung“ i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG den Anrechnungsanspruch zu Fall bringen⁹⁶.

⁹¹ Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 32).

⁹² Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012 (Tz. 40).

⁹³ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, DStZ 2014, 154.

⁹⁴ BFH v. 23.4.1996, VIII R 30/93, BFHE 181, 7; v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641; Hess. FG v. 8.10.2012, 4 V 16661/11, EFG 2013, 47; *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3103); *Desens*, DStR 2012, 2473 (2474); *Klein*, BB 2013, 1054 (1056); offenlassend zum Umfang der Bescheinigungspflicht in der Steuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2 und 3 EStG BFH v. 27.10.2009, VII R 51/08, BStBl. II 2010, 382.

⁹⁵ BFH v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641.

⁹⁶ BFH v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641.

Liegt ein *Inhaberverkauf* zugrunde, liegt die Tatbestandsvoraussetzung vor, wenn der Emittent der Aktien die Kapitalertragsteuer *eingehalten* hat, also in die Dividendenregulierung nur eine „globale“ Nettodividende gegeben hat, die dann über die Clerarstream und die Depotbanken an die Anteilseigner als Nettodividende weitergegeben hat.

Nach Leerverkäufen über den Dividendenstichtag steht dagegen in den Jahren 2007 bis 2011 die Frage im Streit, auf *welche* Erhebung der Kapitalertragsteuer es ankommt.

Das kann entweder die Erhebung beim *Emittenten der Aktien* oder eine (etwaige) *zweite Erhebung beim Leerverkäufer* sein. Entscheidungserheblich wird dieser Streit in der von 2007 bis 2011 geltenden Rechtslage, wenn der Leerverkäufer die Aktien unter Einschaltung einer *ausländischen* Depotbank verkauft hat. Denn hier wurde mangels einer gesetzlichen Entrichtungspflicht (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG a.F.) bei der Leerverkäufer-Depotbank keine zweite Kapitalertragsteuer erhoben (Gesetzeslücke), es sei denn, sie wurde „freiwillig“ gezahlt⁹⁷.

(1) Hält man die zweite Erhebung beim Leerverkäufer für maßgeblich, liegen die Anrechnungsvoraussetzungen gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nach einem Leerverkauf unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank seitens des Leerverkäufers nicht vor⁹⁸.

Begründet wird das u.a. damit, dass sich eine Anrechnung beim Erwerber nur durch einen eigenständigen Steuereinbehalt rechtfertigt⁹⁹. Die von Emittenten der Aktien einbehaltende Kapitalertragsteuer könne nur auf die Originaldividende angerechnet werden, die unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG fälle und nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 i.V.m. Satz 1 EStG¹⁰⁰.

Diese Auffassung betont damit den Zusammenhang zwischen einer Nettodividendenkompensation des Erwerbers, der die Anrechnung begehrt, und der spiegelbildlichen Dividendenkompensationslast, die dem Leerverkäufer im Rahmen der Dividendenregulierung in Rechnung gestellt wird. In der Tat lässt sich die Dividendenkompensation als ein über die Dividendenregulierung abgewickelter Schadensersatz ansehen, den der Leerverkäu-

⁹⁷ Freiwillige Zahlungen werden vorausgesetzt in § 44 Abs. 1a EStG (eingefügt durch AmtshilfeRLUmSG v. 26.6.2013, BGBl. I 2013, 1809 mit Wirkung zum 1.1.2013, vgl. § 52a Abs. 16c Satz 2 EStG); vgl. auch die Gesetzesbegründung zum JStG 2013, BT-Drs. 17/10000, S. 57: „Es hat sich jedoch gezeigt, dass viele ausländische Stellen (...) bereit sind, die auf eine Kompensationszahlung entfallende Kapitalertragsteuer auf freiwilliger Basis einzubehalten und abzuführen.“

⁹⁸ So etwa Hess. FG v. 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, 47; Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13639, S. 5, 7, 8 und insb. 9 ff.; BMF v. 5.9.2009, BStBl. I 2009, 631 (einschränkend auf „Absprachen“); *Rau*, DStR 2013, 838 (842).

⁹⁹ *Rau*, DStR 2013, 838 (842).

¹⁰⁰ *Rau*, DStR 2013, 838 (842).

fer an den Erwerber zahlt, dem Aktien mit Dividendenanspruch versprochen, aber ohne Dividendenanspruch geliefert wurden¹⁰¹.

(2) Gegen diese Rechtsauffassung und damit für die Maßgeblichkeit der Erhebung beim Emittenten der Aktien¹⁰² lässt sich aber anführen, dass es für die Dividendenkompensation des *Erwerbers* gar keinen Unterschied macht, ob beim Leerverkäufer eine zweite Kapitalertragsteuer erhoben wurde¹⁰³.

Die Höhe der Dividendenkompensation entspricht stets der Höhe der Originaldividende und ist allein vom Einbehalt der Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien abhängig.

Die zweite Erhebung der Kapitalertragsteuer belastet allein den *Leerverkäufer* und soll – wie die Dividendenkompensationslast – auch nur diesen belasten. Er hat durch den Verkauf der Aktien mit Dividendenanspruch und der Beschaffung und Lieferung der Aktien ohne Dividendenanspruch einen Vorteil in Höhe der Bruttodividende erzielt. Bis 2012 wurde dieser Vorteil durch die Dividendenregulierung nur in Höhe der Nettodividende wieder abgeschöpft¹⁰⁴. Der Steuervorteil in Höhe der Kapitalertragsteuer wird durch die zweite Erhebung der Kapitalertragsteuer kompensiert. Daher wird auch die (inländische) Depotbank des Leerverkäufers verpflichtet, eine zweite Kapitalertragsteuer zu erheben (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F.), die sie dann den Leerverkäufer in Rechnung stellt. Diese zweite Erhebung *allein zu Lasten des Leerverkäufers* findet nicht statt, wenn dieser die Aktien über eine ausländische Depotbank verkauft. Von dieser (bewussten?¹⁰⁵) Gesetzeslücke profitiert dann allein der Leerverkäufer.

¹⁰¹ *Desens*, DStR 2012, 2474 (2475 f.); *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1762 f.) mit dem ergänzenden Hinweis der Nennung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 in § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F.

¹⁰² *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3104); *Blumers/Elicker*, BB 2012, 3187 (3188); *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943 (1948); *Desens*, DStR 2012, 2473 (2475); *Englisch*, RdF 2012, 425 (426); *Klein*, BB 2013, 1054 (1056); *Kußmaul/Huwer/Kloster*, RdF 2012, 314 (319 f.); *Pohl*, in: DAI (Hrsg.), *Praxis der Internationalen Besteuerung*, 2013, S. 244 (251); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (180 f.).

¹⁰³ Ausführlich *Desens*, DStR 2012, 2473 (2475).

¹⁰⁴ Seit 2012 findet die Dividendenregulierung auf Basis der Bruttodividende statt, weil die Kapitalertragsteuer nicht mehr beim Emittenten der Aktien, sondern bei der auszahlenden Depotbank erhoben wird.

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drs 16/2712, S. 47: „Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die negativen Auswirkungen auf das Steuereinkommen *insoweit* verringert werden, als das *inländische* Kredit- oder Finanzinstitut des Leerverkäufers zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet wird.“ (Hervorhebung nur hier). Dass diese Lücke im Gesetzgebungsverfahren nicht gesehen wurde, wird noch unvorstellbarer, wenn man ein Schreiben der Bankenverbände v. 23.1.2006 mit einbezieht, das im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zum JStG 2007 an das BMF geschickt wurde. Auf Seite 2 des Schreibens weist der Verband darauf hin, dass „zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen“ auch „inländische Zweigstellen eines ausländischen Kreditinstituts“ zum Einbehalt verpflichtet werden müssten.

Diese Auffassung von der Funktion der zweiten Kapitalertragsteuer zu Lasten allein des Leerverkäufers lässt sich m.E. unmissverständlich im Rahmen einer historisch-genetischen Auslegung der Gesetzesbegründung zum JStG 2007 entnehmen:¹⁰⁶

Um sicherzustellen, dass dem Leerverkäufer weder eine Dividende noch ein Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch vermittelt wird und sämtliche Ansprüche des Kunden Y (= Erwerber von einem Leerverkäufer) abgedeckt werden, ist es erforderlich, dass die Bank den Leerverkäufer zusätzlich mit einem Ausgleichsanspruch in Höhe der Kapitalertragsteuer belastet. Darauf zielt die Neuregelung ab.“

Auch im Übrigen geht die Gesetzesbegründung zum JStG 2007 davon aus, dass mit der zweiten Erhebung beim Leerverkäufer nur das Ziel verfolgt wird, „dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienerwerber (nach einem Leerverkauf) (...) zusteht“¹⁰⁷. Eine „zweite“ Anrechnung nach einem Leerverkauf sollte also gerade nicht verhindert werden¹⁰⁸. Vielmehr wurde der Anrechnungsanspruch des Erwerbers auch bei einer Dividendenkompensation nach einem Leerverkauf stillschweigend vorausgesetzt¹⁰⁹.

Dass es *nicht* um die konkrete Zuordnung, sondern um eine Globalbetrachtung der insgesamt erhobenen und angerechneten Kapitalertragsteuer ging, lässt sich auch der jüngeren Gesetzesänderung in § 44 Abs. 1a Abs. 1 EStG¹¹⁰ entnehmen. Die Norm verpflichtet inländische Wertpapiersammelbanken, die Kapitalertragsteuer zu entrichten, die an sie von ausländischen Depotbanken freiwillig geleistet worden sind. Wenn es sich wirklich gezeigt hat, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, „dass viele ausländische Stellen (...) bereit sind, die auf eine Kompensationszahlung entfallende Kapitalertragsteuer auf freiwilliger Basis einzubehalten und abzuführen“¹¹¹, dann dürfte auch bei Leerverkäufen unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank seitens des Leerverkäufers ein guter Teil der zweiten Kapitalertragsteuer erhoben worden sein. Käme es für den Erwerber auf die Erhebung beim Leerverkäufer an, müsste auch diese freiwillig erhobene Kapitalertragsteuer auf konkrete Erwerber zugeordnet

¹⁰⁶ BT-Drs 16/2712, S. 48.

¹⁰⁷ BT-Drs 16/2712, S. 47 ausdrücklich zum „Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufs“.

¹⁰⁸ Ebenso *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1763).

¹⁰⁹ Mehrfachanrechnungen werden auch im seit 2012 geltenden Systems nicht verhindert, sondern nach wie vor stillschweigend vorausgesetzt.

¹¹⁰ Eingefügt durch AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013, BGBl. I 2013, 1809 mit Wirkung zum 1.1.2013, vgl. § 52a Abs. 16c Satz 2 EStG; vgl. auch die Gesetzesbegründung zum JStG 2013, BT-Drs. 17/10000, S. 57.

¹¹¹ Gesetzesbegründung zum JStG 2013, BT-Drs. 17/10000, S. 57: „Es hat sich jedoch gezeigt, dass viele ausländische Stellen (...) bereit sind, die auf eine Kompensationszahlung entfallende Kapitalertragsteuer auf freiwilliger Basis einzubehalten und abzuführen.“ Das JStG 2013 war zunächst gescheitert, aber die Regelung ist dann durch den Finanzausschuss wieder ins AmtshilfeRLUMsG eingefügt worden; vgl. BT-Drs. 17/ 12532, S. 31.

werden. Davon geht die Neuregelung aber nicht aus, sondern zeigt sich ganz im Lichte der Verwirklichung der „Globalbetrachtung“.

Dieses in der Gesetzesbegründung beschriebene Konzept¹¹², das weitestgehend auf den Vorstellungen (bzw. Wünschen) der Bankenverbände beruht¹¹³, wurde auch im 2007 geschaffenen System so umgesetzt.

Das gesamte Regelungssystem wurde bewusst darauf angelegt, *unabhängig von der Kenntnis und dem Wissen des Erwerbers und seiner Depotbank* zu funktionieren, ob dem Aktienerwerb ein Inhaber- oder Leerverkauf zugrunde lag¹¹⁴. Hier entstehende Zweifel sollten nicht entscheidungserheblich sein. Gerade deshalb wird die Dividendenkompensation nach einem Leerverkauf durch § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG wie eine Originaldividende und wie eine Dividendenkompensation nach einem Inhaberverkauf gesetzlich in allen Belangen gleichgestellt. Das gilt nicht nur im Einkünftebestand (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG), sondern auch bei der Frage, wer die Steuerbescheinigung auszustellen hat (§ 45a Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 i.V.m. Satz 1 EStG).

Darum wird auch der *Emittent der Aktien* selbst nach einem Leerverkauf für die Zwecke der Steuerbescheinigung in § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG als Schuldner der Kapitalerträge fingiert. Vor diesem Hintergrund ist es auch folgerichtig, bei der Einbehaltung der Kapitalertragsteuer als Anrechnungsvoraussetzung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG) allein auf die *Einbehaltung beim Emittenten der Aktien* abzustellen. Käme es dagegen auf die Erhebung beim Leerverkäufer an, würde das zumindest die Kenntnis von einem Leerverkauf beim Erwerber und seiner Depotbank voraussetzen. Vor der komplexen Findung dieser Erkenntnis, die auch unmöglich sein kann, will das seit 2007 geltende gesetzliche System den Erwerber und seine Depotbank gerade entlasten.

Auch im seit 2012 geltenden Recht ist seitens des Erwerbers und seiner Depotbank keine Unterscheidung danach erforderlich, ob eine Originaldividende oder eine Dividendenkompensation nach einem Inhaberverkauf oder Leerverkauf bezogen wurde. In allen Fällen hat die Depotbank die Kapitalertragsteuer selbst einzubehalten, abzuführen und zu bescheinigen. Der

¹¹² BT-Drs 16/2712, S. 47 f.

¹¹³ BT-Drs 16/2712, S. 47 f.

¹¹⁴ Vgl. die Schreiben der Bankenverbände an das BMF ab 20.12.2002 (liegen vor). Zu Recht kritisch zum Einfluss auf die Gesetzgebung *Rau*, DStR 2013, 838 (839): Beeinflussung des Spielraums, für eine darum herum gestrickte Konzeption der Steuergesetze.

2007 angelegte, konzeptionelle Grundgedanke gilt also – auch nach Schließung der Gesetzeslücke – fort¹¹⁵.

Das gefundene Ergebnis wird bestätigt, wenn man die Wirkung und Bedeutung der Steuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2 und 3 EStG in die Betrachtung einbezieht, was im Folgenden geschehen soll.

cc) Vorlage einer Steuerbescheinigung über die Erhebung der Kapitalertragsteuer¹¹⁶

Bei der Anrechnung der Kapitalertragsteuer (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG) kommt der Steuerbescheinigung i.S.d. § 45a Abs. 2 und 3 EStG eine besondere Bedeutung zu.

§ 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG bestimmt ausdrücklich, dass die durch Steuerabzug erhobene (Kapitalertrag-)steuer *nicht* angerechnet wird, wenn die Bescheinigung nicht vorgelegt wird.

Insoweit ist die Vorlage der Bescheinigung *materielle Tatbestandsvoraussetzung* für die Anrechnung¹¹⁷. Die Anrechnung scheidet ohne Vorlage der Bescheinigung also selbst dann aus, wenn sich der Steuerpflichtige und das Finanzamt einig sind, dass alle übrigen Anrechnungsvoraussetzungen i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG sachlich erfüllt sind. Dem Steuerpflichtigen bleibt dann nichts anderes übrig, als den gesetzlich zur Ausstellung der Bescheinigung Verpflichteten auf Ausstellung zu verklagen.

Diese strikte Wirkung der Kapitalertragsteuer-Bescheinigung wurde auch schon vor der ausdrücklichen Regelung in § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG angenommen¹¹⁸, die durch das JStG 1996 eingeführt wurde¹¹⁹. Der BFH leitet die besondere Funktion aus dem Zweck der Be-

¹¹⁵ Auch diese Fortgeltung soll auf Wunsch der Kreditwirtschaft erfolgt sein, vgl. *Rau*, DStR 2013, 838 (839).

¹¹⁶ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, DStZ 2014, 154.

¹¹⁷ BFH v. 21.1.2000, VII B 205/99, BFH/NV 2000, 1080; v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276; v. 20.8.2007, I B 98/07, BFH/NV 2007, 2276; v. 12.2.2008, VII R 33/06, BStBl. II 2008, 504; BFH v. 29.4.2008, VIII R 28/07, BFH/NV 2008, 1391; v. 28.10.2008, VIII B 62/07, juris; vgl. bereits BFH v. 26.9.1991, VIII B 41/91, BStBl II 1991, 924.

¹¹⁸ BFH v. 12.2.2008, VII R 33/06, BStBl. II 2008, 504; v. 29.4.2008, VIII R 28/07, BFH/NV 2008, 1391; in diesem Sinne auch die Stellungnahme des Bundesrates zum JStG 1996, abgedruckt als Anlage 2 zur Unterrichtung durch die Bundesregierung v. 13.6.1995, BT-Drs. 13/1686, S. 46; a.A. wohl BFH v. 21.1.2000, VII B 205/99, BFH/NV 2000, 1080.

¹¹⁹ Jahressteuergesetz 1996 v. 11.10.1995, BGBl. I 1995, 1250; eingefügt erst aufgrund der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zum JStG 1996 v. 2.6.1995, BT-Drs. 13/2100, S. 6; Gesetzesbegründung in der Stellungnahme des Bundesrates zum JStG 1996, abgedruckt als Anlage 2 zur Unterrichtung durch die Bundesregierung v. 13.6.1995, BT-Drs. 13/1686, S. 46.

scheinigungsregelung in § 45a EStG ab und begründet dies wie folgt (Hervorhebungen nur hier)¹²⁰:

„Dieser Zweck besteht in einer *Nachweisfunktion*. Im Unterschied zu einer Vielzahl anderer „steuerermäßigender“ Tatbestände trifft der Gesetzgeber gerade im Zusammenhang mit der Anrechnung von Kapitalertragsteuer eine *spezielle Bescheinigungs- und damit Nachweisregelung*. Wenn der Gesetzgeber dieses Nachweisinstrument eigens zum Zwecke der Anrechnung einbehaltener Kapitalertragsteuer schafft, es *detailliert ausgestaltet* und es mit einer *Ausstellungspflicht* des Schuldners der Kapitalerträge bzw. des auszahlenden Kreditinstituts verbindet, so ist das ein deutlicher Beleg dafür, dass von diesem Nachweisinstrument nach dem Willen des Gesetzgebers auch *zwingend Gebrauch* zu machen ist. Wäre der Gesetzgeber tatsächlich der Auffassung gewesen, der Nachweis einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer könne auf jede erdenkliche Art und Weise geführt werden, so hätte es der detaillierten Regelung in § 45a Abs. 2 EStG nicht bedurft. Somit kann der Zweck der Regelung über die Kapitalertragsteuerbescheinigung, die praktikable und rechtssichere Durchführung der Kapitalertragsteueranrechnung zu ermöglichen, nur erreicht werden, wenn der Steuerpflichtige *zwingend auf dieses spezielle Nachweisinstrument* verwiesen wird.“

Als zwingendes, spezielles Nachweisinstrument ist die Kapitalertragsteuer-Bescheinigung ihrer Wirkung nach mit der KSt-Anrechnungsbescheinigung vergleichbar¹²¹, nicht aber mit Nachweisen, mit denen die Einbehaltung der Lohnsteuer belegt werden soll (Lohnsteuerkarte, besonderer Lohnsteuernachweis)¹²².

Aus dem Umstand, dass der Nachweis nur durch die Bescheinigung geführt werden kann, zieht der BFH auch die spiegelbildliche Konsequenz, dass der erforderliche Nachweis der Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer in gesetzlicher Form erbracht ist, wenn die Steuerbescheinigung vorgelegt wird¹²³. Durch die Vorlage entfaltet die Bescheinigung also auch eine volle *Beweiswirkung* über die Erhebung der Kapitalertragsteuer¹²⁴.

Berücksichtigt man zudem die Regelung über die Zurückforderung der Bescheinigung und die Haftungsvorschriften für die Depotbank des Erwerbers als Aussteller der Bescheinigung,

¹²⁰ BFH v. 29.4.2008, VIII R 28/07, BFH/NV 2008, 1391.

¹²¹ BFH v. 29.4.2008, VIII R 28/07, BFH/NV 2008, 1391; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates zum JStG 1996, abgedruckt als Anlage 2 zur Unterrichtung durch die Bundesregierung v. 13.6.1995, BT-Drs. 13/1686, S. 46.

¹²² BFH v. 29.4.2008, VIII R 28/07, BFH/NV 2008, 1391 mit Verweis auf BFH v. 29.2.1996, X B 303/95, BFH/NV 1996, 606; v. 21.1.2000, VII B 205/99, BFH/NV 2000, 1080 (Nachweis der Einbehaltung auch auf andere Weise möglich).

¹²³ BFH v. 12.2.2008, VII R 33/06, BStBl. II 2008, 504; v. 9.11.2011, VIII R 18/08, BFH/NV 2012, 370; vgl. auch BFH v. 20.8.2007, I B 98/07, BFH/NV 2007, 2276 zur Anrechnung von Körperschaftsteuer.

¹²⁴ Ebenso *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3103); *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943 (1948); *Klein*, BB 2013, 1054 (1056).

wird aber deutlich, dass allein eine *inhaltlich richtige* Steuerbescheinigung diese Beweiswirkung hat.

Bevor nun gleich auf die Frage eingegangen wird, wann eine Steuerbescheinigung inhaltlich richtig ist, soll zunächst die Bedeutung der Zurückforderung der Bescheinigung (§ 45a Abs. 6 EStG) sowie die Haftung der Depotbank des Erwerbers (§ 45a Abs. 7 EStG) näher erläutert werden.

(1) Zurückforderung der Bescheinigung (§ 45a Abs. 6 EStG)

Die aufgezeigte, strikte Wirkung der Bescheinigung bedarf eines Korrektivs, um missbräuchliche Verwendungen zu verhindern¹²⁵. Daher verpflichtet § 45a Abs. 6 Satz 1 EStG den Aussteller einer Bescheinigung, die den Anforderungen der § 45a Abs. 2 bis 5 EStG nicht entspricht, diese zurückzufordern und durch eine berichtigte Bescheinigung zu ersetzen. Wird die zurückgeforderte Bescheinigung nicht innerhalb eines Monats nach der Zusendung der berichtigten Bescheinigung an den Aussteller zurückzugeben, hat der Aussteller das zuständige Finanzamt zu benachrichtigen (§ 45a Abs. 6 Satz 3 EStG).

Die Zurückforderungspflicht ist ebenfalls strikt ausgestaltet und liegt nicht im Ermessen des Ausstellers. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor (*fehlerhafte* Bescheinigung), ist die Bescheinigung zurückzufordern und ggfs. das Finanzamt zu informieren. In einer solchen Konstellation hat der Empfänger auch keine Möglichkeit, die Erhebung der Kapitalertragsteuer auf eine andere Art nachzuweisen. Der Beweis kann – wie aufgezeigt – allein durch die Bescheinigung geführt werden¹²⁶.

Liegen die Voraussetzungen hingegen nicht vor (*keine fehlerhafte* Bescheinigung), darf die Bescheinigung auch nicht zurückgefordert werden, weil der Anspruch des Empfängers auf Ausstellung der Bescheinigung nach wie vor fortbesteht.

Vor diesem Hintergrund trennt der BFH im Falle einer Zurückforderung einer einmal vorgelegten Steuerbescheinigung zwischen der Tatbestandswirkung und der Beweiswirkung¹²⁷.

Die *Tatbestandswirkung*, die durch die einmalige Vorlage der Bescheinigung erfüllt wurde, bleibt selbst dann bestehen, wenn die Bescheinigung vom Aussteller zurückgefordert wird¹²⁸.

¹²⁵ Vgl. BFH v. 20.8.2007, I B 98/07, BFH/NV 2007, 2276 zur entsprechenden Regelung in § 44 Abs. 4 KStG 1999.

¹²⁶ BFH v. 12.2.2008, VII R 33/06, BStBl. II 2008, 504; vgl. auch BFH v. 9.11.2011, VIII R 18/08, BFH/NV 2012, 370; a.A. Hess. FG v. 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, 47.

¹²⁷ BFH v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641.

Denn das Gesetz enthalte – so der BFH – keine Aussage des Inhalts, dass eine Zurückforderung einer einmal vorgelegten Bescheinigung die Wirkung der Vorlage rückgängig mache¹²⁹.

Die *Beweiswirkung* der vorgelegten Bescheinigung entfällt dagegen nur, wenn die Zurückforderung als solche rechtmäßig war, also die zugrunde gelegte Bescheinigung fehlerhaft ist. Umgekehrt bleibt die Beweiswirkung bestehen, wenn die Zurückforderung rechtswidrig war, weil die Bescheinigung nicht fehlerhaft ist und daher nicht zurückgefordert werden durfte¹³⁰.

Eine Bescheinigung, die nach der subjektiven Rechtsauffassung des Finanzamts als fehlerhaft angesehen wird, objektiv aber nicht fehlerhaft ist, verliert daher selbst nach ihrer Zurückforderung *nicht* ihre Beweiswirkung¹³¹. Der Steuerpflichtige wird also nicht darauf verwiesen, sich eine neue Bescheinigung ausstellen zu lassen bzw. eine solche Ausstellung durch eine Klage zu erzwingen¹³².

Wird eine vorgelegte Steuerbescheinigung *zurückgefordert*, hängt das Fortwirken der Beweiswirkung folglich davon ab, ob die Bescheinigung *nicht* fehlerhaft war.

(2) Haftung für fehlerhafte Steuerbescheinigungen (§ 45a Abs. 7 EStG)

Es obliegt nun den Aussteller (= *Depotbank des Erwerbers*), zu beurteilen, ob er eine Bescheinigung aufgrund ihrer Fehlhaftigkeit zurückfordert.

Fordert der Aussteller (= *Depotbank des Erwerbers*) eine fehlerhafte Bescheinigung nicht zurück, *haftet* er für die auf Grund der Bescheinigung verkürzten Steuern oder zu Unrecht gewährten Steuervorteile (§ 45a Abs. 7 Satz 1 und Satz 3 Nr. 2 EStG).

Die Haftung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der „Schuldner“ zum Zweck der Bescheinigung unrichtige Angaben macht (§ 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 i.V.m. Satz 2 EStG).

„Schuldner“ in diesem Sinne dürfte der „Schuldner der Kapitalerträge“ sein. Nach dem Wortlaut („so haftet der Schuldner auch“) handelt es um eine Erweiterung der Haftung des Schuldners der Kapitalerträge aus § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG. Offensichtlich begründet die Formulie-

¹²⁸ BFH v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641; v. 20.8.2007, I B 98/07, BFH/NV 2007, 2276 zur KSt-Bescheinigung; *Desens*, DStR 2012, 2473 (2476); *Klein*, BB 2013, 1054 (1056).

¹²⁹ BFH v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641.

¹³⁰ BFH v. 20.8.2007, I B 98/07, BFH/NV 2007, 2276 zur vergleichbaren Regelung in § 44 Abs. 4 Satz 1 KStG 1999; wohl auch *Klein*, BB 2013, 1054 (1056): „Rückforderung, obwohl alle Voraussetzungen für die Bescheinigung erfüllt waren“.

¹³¹ BFH v. 20.8.2007, I B 98/07, BFH/NV 2007, 2276 zur vergleichbaren Regelung in § 44 Abs. 4 Satz 1 KStG 1999.

¹³² BFH v. 20.8.2007, I B 98/07, BFH/NV 2007, 2276 zur vergleichbaren Regelung in § 44 Abs. 4 Satz 1 KStG 1999.

rung jedenfalls keine Haftung *neben* der Haftung des Ausstellers, weil sich diese Haftungen gerade gegenseitig ausschließen (vgl. § 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 EStG).

In der *bis 2006 geltenden Rechtslage* ist der Schuldner der Kapitalerträge der Emittent der Aktien. In der *2007 bis 2011 geltenden Rechtslage* gilt das unstreitig ebenso für einen Inhaberverkauf.

Man kann jedoch darüber streiten, ob das auch nach einem Leerverkauf gilt. Hier kommt einerseits – wie beim Inhaberverkauf – der Emittent der Aktien in Betracht und andererseits die den Verkauf ausführende Stelle (= *Depotbank des Leerverkäufers*). Das Gesetz löst die Streitfrage an dieser Stelle selbst durch eine Fiktion: Wenn nämlich nach der Fiktion in § 45a Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 EStG der Emittent der Aktien auch nach Leerverkäufen über den Dividendenstichtag als Schuldner der Kapitalerträge gilt, ergibt diese Haftung nur einen Sinn, wenn es für Zwecke der Bescheinigung auf die Erhebung der Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien ankommt. Denn nur hierzu kann der Emittent der Aktien überhaupt Angaben machen – seien es richtige oder unrichtige Angaben.

Fordert der Aussteller (= *Depotbank des Erwerbers*) die Bescheinigung hingegen zurück, obwohl sie *nicht* fehlerhaft war, haftet der Aussteller nach zivilrechtlichen Grundsätzen gegenüber dem Empfänger, soweit sich durch die Zurückforderung der Bescheinigung die Anrechnung erst verzögert (Zinsen) bzw. erst nach gerichtlicher Durchsetzung (Prozesskosten) möglich ist.

Für den Aussteller (= *Depotbank des Erwerbers*) sind also eigene Falschbeurteilungen bei der Frage, ob die Bescheinigung fehlerfrei und daher auszustellen oder fehlerhaft und daher nicht auszustellen oder zurückzufordern ist, beidseitig haftungsbewährt¹³³.

Berücksichtigt man nun, dass sich der Staat beim Aussteller als Verwaltungshelfer bedient, wird deutlich, dass an den Aussteller (= *Depotbank des Erwerbers*) bei der Beurteilung der Bescheinigungsvoraussetzungen nur klar bestimmte, also nicht zu komplexe oder gar unmöglich erfüllbare Anforderungen aufgestellt werden dürfen.

Das dürfte einer wesentlichen (aber unbenannten) Gründen sein, warum in der Rechtslage von 2007 bis 2011 Dividendenkompensationen nach Leerverkäufen qua Fiktion (§ 45a Abs. 3

¹³³ Ein Ungleichgewicht ergibt sich jedoch daraus, dass die Haftung gegenüber dem Finanzamt im Falle einer Nicht-Zurückforderung einer fehlerhaften Bescheinigung verschuldensunabhängig ausgestaltet ist (vgl. § 45a Abs. 7 Satz 1 und 3 EStG), während die zivilrechtliche Haftung (i.d.R. pVV aus dem Depotvertrag) im Falle einer Nicht-Ausstellung oder Zurückforderung einer fehlerfreien Bescheinigung vom Verschulden der Depotbank abhängig ist; ansatzweise kritisch bereits *Desens*, DStR 2012, 2473 (2476).

Satz 2 Hs. 2 EStG) den Originaldividenden auch zu Zwecken der Steuerbescheinigung komplett gleichgestellt werden.

Mit anderen Worten: Die mit JStG 2007 eingeführte Rechtslage, die nachweislich auf einen Vorschlag des Bankenverbandes beruht, minimiert das Haftungsrisiko der Depotbanken als Aussteller durch eine Fiktion (§ 45a Abs. 3 EStG), *fehlerhafte* Steuerbescheinigungen auszustellen, für die sie haften würden.

Das wird besonders deutlich, wenn man unter Berücksichtigung der vorherigen Ausführungen näher betrachtet, wann eine Steuerbescheinigung als fehlerhaft anzusehen ist oder nicht.

(3) Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit der Steuerbescheinigungen

Ob eine Steuerbescheinigung fehlerhaft ist, ergibt sich aus einer Abweichung des Ist-Zustandes (tatsächlich bescheinigt) und dem Soll-Zustand (Bescheinigungsvoraussetzungen nach § 45a Abs. 2 und 3 EStG). Wie aufgezeigt, wird diese Frage relevant für

- den Anspruch des Empfängers gegenüber dem Aussteller auf Ausstellung der Bescheinigung (§ 45a Abs. 2 und 3 EStG),
- die Rechtmäßigkeit der Zurückforderung der Bescheinigung (§ 45a Abs. 6 EStG),
- die Haftung des Ausstellers gegenüber dem Finanzamt im Falle einer unterlassenen Zurückforderung (§ 45a Abs. 7 Satz 1 und 3 EStG),
- die Haftung des Ausstellers gegenüber dem Empfänger im Falle einer rechtswidrigen Zurückforderung (Zivilrecht) und
- für die Haftung des Schuldners der Kapitalerträge gegenüber dem Finanzamt, falls dieser unrichtige Angaben gemacht hat (§ 45a Abs. 7 Satz 2 EStG).

In *Abbildung 1* werden die in diesem Zusammenhang zu sehenden Wirkungen der Steuerbescheinigung (gesetzliche Anrechnungs- und Haftungsansprüche) zusammengefasst dargestellt.

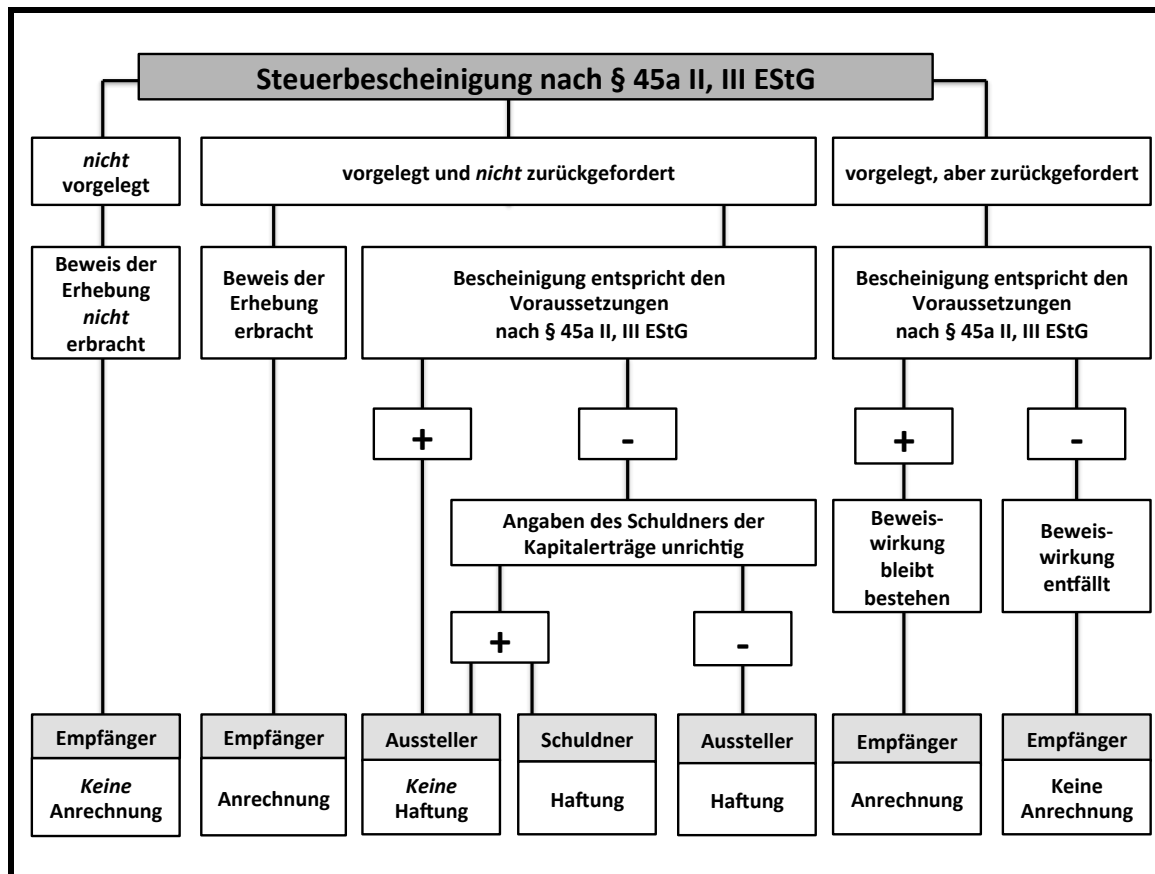


Abbildung 1: Wirkung der Kapitalertragsteuer-Bescheinigung

Nach allem bleibt die zentrale Frage, wann eine Bescheinigung fehlerhaft ist und wann nicht. Die Bescheinigungsvoraussetzungen nach § 45a Abs. 2 und 3 EStG, anhand derer zu beurteilen ist, ob eine Bescheinigung fehlerhaft ist, sollen im Folgenden für die VZ von 2007 bis 2011 aufgezeigt werden.

(4) Bescheinigungsvoraussetzungen nach einem Leerverkauf ab 2007

Zur Ausstellung wird grundsätzlich der Schuldner der Kapitalerträge verpflichtet (§ 45a Abs. 2 EStG). Bei Dividenden (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG), die von der Depotbank des Empfängers für Rechnung des Schuldners der Kapitalerträge ausgezahlt werden, trifft die Pflicht jedoch abweichend die *Depotbank des Empfängers* (§ 45a Abs. 3 Satz 1 EStG). Gleiches gilt auch bei *Dividendenkompensationen* nach Leerverkäufen (§ 45a Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 EStG¹³⁴). Entrichtungs- und Bescheinigungspflicht fallen daher personell auseinander¹³⁵.

¹³⁴ Eingefügt durch das JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878. Laut der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/2712, S. 59) handelte es sich aber nur um eine Klarstellung: „Die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer bei Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG wird – wie bisher – vom Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut des Aktienkäuferers ausgestellt“ (Hervorhebung nur hier).

¹³⁵ Das hat das Hess. FG v. 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, 47 übersehen; kritisch dazu bereits *Desens*, DStR 2012, 2473 (2475).

Auch die sachlichen Bescheinigungsvoraussetzungen sind bei Dividenden und Dividendenkompensationen identisch. Der Gläubiger der Kapitalerträge (vgl. § 45a Abs. 2 Nr. 1 EStG a.F.) ist dabei der wirtschaftliche Eigentümer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) der Aktien am Dividendenstichtag (§ 20 Abs. 5 [Abs. 2a a.F.] EStG) oder das Zurechnungssubjekt von Einnahmen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 i.V.m. Satz 1 EStG¹³⁶. Die zugerechneten Einkünfte, die bescheinigt werden müssen (vgl. § 45a Abs. 2 Nr. 2 EStG a.F.), sind ihrer Art nach Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

Der nach § 45a Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 EStG zu bescheinigende *Schuldner der Kapitalerträge* ist bei Originaldividenden der Emittent der Aktien. Nichts anderes ist aufgrund der Fiktion in § 45a Abs. 3 Satz 3 Hs. 2 EStG bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag zu bescheinigen.

Mit der gesetzlichen Festlegung, wer Schuldner der Kapitalerträge ist, ist zugleich festgelegt, welche Erhebung der Kapitalertragsteuer nach § 45a Abs. 2 Nr. 4 EStG zu bescheinigen ist, nämlich allein die beim Emittenten. Er gilt nämlich als der Schuldner der Kapitalerträge, der den Steuerabzug vorzunehmen hat.

Dabei musste auch ausdrücklich nur die Einbehaltung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten der Aktien bescheinigt werden. Die Nennung des Finanzamtes, an das die Steuer abgeführt worden ist (§ 45a Abs. 2 Nr. 5 EStG), konnte nach § 45a Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 EStG ausdrücklich unterbleiben¹³⁷.

Hinter dieser Erleichterung steht der Gedanke, dass eine Depotbank in einer von ihm erstellten Steuerbescheinigung nur die auf die Dividenden entfallende Ausschüttungsbelastung und die zu entrichtende Kapitalertragsteuer, nicht aber deren tatsächliche Abführung durch die betreffende Körperschaft bescheinigen kann, von der es keine Kenntnis hat und sich im Allgemeinen auch keine Kenntnis verschaffen kann¹³⁸.

Die Bescheinigungsvoraussetzungen konnten so von der Depotbank erkannt und geprüft werden, ohne dass sie danach unterscheiden musste, ob eine Originaldividende, eine Dividendenkompensation nach einem Inhaberverkauf oder einem Leerverkauf zugrunde lag. Damit

¹³⁶ So etwa die Umschreibung von BFH v. 6.3.2013, I R 2/12, unter II. 4. b. bb., c. sowie c. cc. (unveröffentlichter, nicht rechtskräftiger Gerichtsbescheid).

¹³⁷ Ebenso BFH v. 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, 641 zur „Erhebung“ als Voraussetzung zur Anrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG; offenlassend zur Bescheinigung der Erhebung nach § 45a EStG BFH v. 27.10.2009, VII R 51/08, BStBl. II 2010, 382.

¹³⁸ Zutreffend, aber im Ergebnis offenlassend BFH v. 27.10.2009, VII R 51/08, BStBl. II 2010, 382.

war das wesentliche und haftungsbewährte Risiko für die Depotbanken bei der Ausstellung von Bescheinigungen gebannt¹³⁹.

Die Kehrseite dieser, für die Depotbanken komfortable Regelung ist aber, dass sich die Fiktion auch auf die Beweiswirkung der Bescheinigung überträgt. Mit anderen Worten: Eine Bescheinigung ist fehlerfrei und entfaltet deswegen mit ihrer Vorlage auch dann die volle Beweiswirkung, wenn eine Erhebung der Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien ausgewiesen wird, auch wenn es sich offensichtlich um eine Dividendenkompensation nach einem Leerverkauf handelt.

Seit dem VZ 2007 wurde die Erhebung der Kapitalertragsteuer auch nach einem Leerverkauf über den Dividendenstichtag daher nachgewiesen, wenn der Erwerber eine Steuerbescheinigung vorgelegt hat, die den Emittenten der Aktien als Schuldner der Kapitalerträge aufgeführt hat. Hat dieser die Kapitalertragsteuer auch einbehalten, ist die Bescheinigung fehlerfrei. Selbst im Falle ihrer Zurückforderung (§ 45a Abs. 6 Satz 1 EStG) verliert eine solche Bescheinigung ihre Beweiswirkung nicht.

(5) Exkurs: Weitere Bescheinigungsvoraussetzungen durch ein BMF-Schreiben?

Die gesetzlichen Bescheinigungsvoraussetzungen (§ 45a Abs. 2 und 3 EStG) haben sich auch in den VZ 2009 bis 2011 nicht geändert. Jedoch wurden in einem 2009 veröffentlichten BMF-Schreiben¹⁴⁰ zusätzliche Anforderungen geregelt:

(1) Zusätzliche Bescheinigungsvoraussetzung: Ergänzend zu den gesetzlichen Anforderungen in § 45a Abs. 2 und 3 EStG hatte der Aussteller zusätzlich zu bescheinigen, ob in den Kapitalerträgen auch Dividendenkompensationen nach Inhaber- oder Leerverkäufen enthalten sind¹⁴¹.

(2) Zusätzlicher Grund für eine Zurückforderung der Bescheinigung: Über den Wortlaut des § 45a Abs. 6 Satz 1 EStG hinaus („entsprechende Anwendung“) sollte der Aussteller auch zur

¹³⁹ Desens, DStR 2012, 2474 (2476).

¹⁴⁰ BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631; ergänzt durch BMF v. 21.9.2010, BStBl. I 2010, 753; v. 3.3.2011, IV C 1-S 2252/09/10003:005, 2011/0010699, juris; aufgehoben zum 1.1.2012 durch BMF v. 29.11.2011, BStBl. I 2011, 1112.

¹⁴¹ Siehe BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631: „In der bescheinigten Höhe der Kapitalerträge sind enthalten: Kapitalerträge im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG aus Aktien, die mit Dividendenanspruch erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert wurden (...)“. Da nicht ausdrücklich auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG Bezug genommen wird, der einschränkend verlangt, dass die Dividenden „von einem anderen als dem Anteilseigner ... bezogen werden“, trifft die zusätzliche Bescheinigungsvoraussetzung nicht nur Dividendenkompensationen nach Leerverkäufen, sondern auch nach Inhaberverkäufen (weitergeleitete Originaldividenden); ebenso Häuselmann, DStR 2009, 1996.

Zurückforderung der Bescheinigung verpflichtet sein, wenn Dividendenkompensationen nach Inhaber- oder Leerverkäufen nicht zusätzlich ausgewiesen wurden¹⁴².

(3) *Zusätzliche Anrechnungsvoraussetzung*: Ergänzend zu den gesetzlichen Anforderungen in § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG hatte der Steuerberater des Erwerbers zu bescheinigen, dass ihm keine Kenntnisse über Absprachen des Steuerpflichtigen über Leerverkäufe vorliegen, die der Verkäufer unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank abgewickelt hat (sog. *Berufsträger-Bescheinigung*)¹⁴³.

(a) **Keine Änderung der materiellen Rechtslage durch ein BMF-Schreiben**

Das BMF hat durch diese zusätzlichen Anforderungen die materielle Rechtslage aber nur geändert, wenn die zusätzlichen Anforderungen durch eine *gesetzliche Ermächtigungsgrundlage* gedeckt sind und deren Vorgaben eingehalten wurden.

Offensichtlich keine Ermächtigungsgrundlage gibt es für die *Berufsträger-Bescheinigung* als zusätzliche Anrechnungsvoraussetzung. Diese sind in § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG abschließend geregelt und eine Ermächtigungsgrundlage zur Schaffung weiterer Voraussetzungen ist in der Norm nicht enthalten¹⁴⁴. Es handelt sich daher nicht etwa um eine „zusätzliche, aber verfassungswidrige“ Anrechnungsvoraussetzung¹⁴⁵. Vielmehr handelt sich schon gar nicht um eine im Rechtssinne existente Anrechnungsvoraussetzung. Sie setzt gerade keinen verbindlichen Rechtsmaßstab, sondern drückt nur eine mit dem Gesetz nicht vereinbare Rechtsauffassung des BMF ohne rechtliche Außen- bzw. Bindungswirkung aus.

Die *zusätzliche Bescheinigungsvoraussetzung* (Dividendenkompensationen) lässt sich nicht auf § 45a Abs. 2 und Abs. 3 EStG stützen, weil es sich nicht um eine Angabe handelt, die

¹⁴² BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631: „Hat die auszahlende Stelle eine Steuerbescheinigung ausgestellt, die diese Angaben nicht enthält, hat sie die Bescheinigung zurückzufordern und durch eine Bescheinigung mit diesen Angaben zu ersetzen. § 45a Abs. 6 EStG findet entsprechend Anwendung. Die Rückforderung nach § 45a Abs. 6 Satz 1 EStG hat zu erfolgen, sobald die auszahlende Stelle erkennen kann, dass die Steuerbescheinigung den Anforderungen dieses Schreibens nicht entspricht und die Zusendung einer berechtigten Bescheinigung an den Empfänger der Kapitalerträge nach Umsetzung der für dieses Schreiben notwendigen informationstechnischen Anwendungen möglich ist.“

¹⁴³ BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631: „Es liegen mir auf Grund des mir möglichen 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 im Sinne der Steuerbescheinigung sowie entsprechende Leerverkäufe, bei denen § 44 Abs. 1 Satz 3 i. V. mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG keine Anwendung gefunden hat, vor.“

¹⁴⁴ Ebenfalls kritisch *Klein*, BB 2013, 1054 (1055); *Podewils*, AG 2010, 391 (296 f.); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (179).

¹⁴⁵ So wohl *Klein*, BB 2013, 1054 (1055); *Podewils*, AG 2010, 391 (296 f.); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (179).

nach § 32d EStG erforderlich ist (vgl. § 45a Abs. 2 Satz 1 EStG). § 32d EStG differenziert nicht zwischen Dividenden und Dividendenkompensationen (nach Inhaber- oder Leerverkäufen). Das Gesetz stellt alle in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gleich. Nach § 32d EStG ist es wegen dessen Abs. 2 Nr. 3 lediglich erforderlich, die Einkünfte aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EStG gegenüber übrigen Kapitaleinkünften gesondert auszuweisen. Seit 2011 sind u.U. zudem verdeckte Gewinnausschüttungen nach Maßgabe des § 32d Abs. 2 Nr. 4 EStG gesondert auszuweisen.

Nach § 45a Abs. 2 Satz 1 EStG ist die Bescheinigung jedoch „nach amtlich vorgeschriebenem Muster“ auszustellen, so dass sich erwägen ließe, in diesem Verweis eine Ermächtigungsgrundlage zur Schaffung zusätzlicher Bescheinigungsvoraussetzungen zu sehen. Dagegen spricht aber § 51 Abs. 4 Nr. 1 EStG. Dort wird das BMF u.a. ermächtigt, „im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder (...) Muster (...) der in § 45a Abs. 2 und 3 (...) vorgesehenen Bescheinigungen (...) zu bestimmen“. Das Muster ist demnach in Form eines BMF-Schreibens zu erlassen. BMF-Schreiben entfalten jedoch keine rechtliche Bindungswirkung außerhalb der Finanzverwaltung¹⁴⁶. Gegenüber dem Aussteller oder dem Empfänger können daher keine zusätzlichen Bescheinigungsvoraussetzungen im amtlichen Muster aufgestellt werden. Vielmehr darf das BMF allein die in § 45a Abs. 2 und 3 EStG vorgefundenen Voraussetzungen technisch umsetzen. Zusätzliche Bescheinigungsvoraussetzungen hat das BMF-Schreiben vom 5.5.2009¹⁴⁷ daher nicht geschaffen¹⁴⁸. Sie würden auch den (übrigen) gesetzlichen Vorgaben widersprechen: § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG soll durch eine gänzliche Gleichstellung gerade verhindern, dass zwischen Originaldividenden und Dividendenkompensationen unterschieden wird. Dieser Gedanke würde konterkariert, wenn ein getrennter Ausweis als Bescheinigungsvoraussetzung verlangt werden würde.

Der *zusätzliche Grund zur Zurückforderung der Bescheinigung* erweist sich ebenfalls als bedenklich. Die Voraussetzungen für eine Zurückforderung liegen in diesem Fall nicht vor, weil eine Bescheinigung, die Dividendenkompensationen (nach Inhaber- oder Leerverkäufen) nicht gesondert ausweist, gerade nicht fehlerhaft ist, sondern den Anforderungen des § 45a Abs. 2 und 3 EStG entspricht. Wird die (fehlerfreie) Bescheinigung trotzdem unter „entsprechender Anwendung“ des § 45a Abs. 6 Satz 1 EStG zurückgefordert, bleibt neben der Tatbe-

¹⁴⁶ Zur Rechtsnatur von BMF-Schreiben ausführlich *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 35 ff.; *Nose*, Die Schreiben des Bundesministers der Finanzen, 2006.

¹⁴⁷ BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631.

¹⁴⁸ Ebenfalls kritisch *Häuselmann*, FR 2009, 1996 (1997); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (179).

standswirkung auch die volle Beweiswirkung der einmal vorgelegten Bescheinigung bestehen. Auch insoweit ändert sich die materielle Rechtslage nicht.

(b) Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung (§ 93 AO)

Aus dem BMF-Schreiben vom 5.5.2009 lässt sich teilweise entnehmen, dass gar keine zusätzlichen materiellen Voraussetzungen gesetzt werden sollten, sondern nur flankierende Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung¹⁴⁹. Im Rahmen ihrer Auskunftspflicht (§ 93 AO) könnten Depotbanken als „andere Person“ subsidiär (Satz 3) dazu verpflichtet sein, die zur Feststellung eines für die Besteuerung erheblichen Sachverhalts erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Zu den steuerlich erheblichen Tatsachen zählt alles, was die finanzbehördlichen Entscheidungen in einem steuerrechtlichen Verwaltungsverfahren beeinflussen kann¹⁵⁰. Das ist im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu ermitteln¹⁵¹, an die im Interesse der gesetzmäßigen und gleichmäßigen Besteuerung und zur Verwirklichung des verfassungsrechtlich gebotenen Verifikationsprinzips nicht zu hohe Anforderungen anzusetzen sind¹⁵². Nur dann, wenn klar und eindeutig jeglicher Anhaltspunkt für die Steuererheblichkeit fehlt, ist das Auskunftsverlangen rechtswidrig¹⁵³.

Im BMF-Schreiben wird die Rechtsauffassung vertreten, dass die Anrechnungsvoraussetzungen (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG) mangels Erhebung der Kapitalertragsteuer nicht vorliegen, wenn die Dividendenkompensation nach einem Leerverkauf gezahlt wurde und Absprachen zwischen Käufer und Verkäufer bestanden, die einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Leerverkauf und Kauf begründen¹⁵⁴. Das ist zumindest missverständlich, weil Absprachen nicht darüber disponieren können, ob die Kapitalertragsteuer erhoben wurde¹⁵⁵. Wohlwollend interpretiert scheint das BMF aber wohl davon auszugehen, dass die Kapitalertrag-

¹⁴⁹ BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631: „Zur Aufklärung derartiger Fälle“ (bei der zusätzlichen Bescheinigungsvoraussetzung); „§ 45a Abs. 6 EStG findet entsprechend Anwendung.“ (= Umkehrschluss: Bescheinigung entspricht den § 45a Abs. 2 und 3 EStG, also keine zusätzliche Bescheinigungsvoraussetzung).

¹⁵⁰ BFH v. 4.10.2006, VIII R 53/04, BStBl. II 2007, 227; *Schuster*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 93 AO Rn. 10.

¹⁵¹ BFH v. 29.10.1986, VII R 82/85, BStBl. II 1988, 359; v. 4.10.2006, VIII R 53/04, BStBl. II 2007, 227.

¹⁵² BFH v. 23.10.1990, VIII R 1/86, BStBl. II 1991, 277; v. 4.10.2006, VIII R 53/04, BStBl. II 2007, 227.

¹⁵³ BFH v. 23.10.1990, VIII R 1/86, BStBl. II 1991, 277; v. 4.10.2006, VIII R 53/04, BStBl. II 2007, 227.

¹⁵⁴ BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631.

¹⁵⁵ Insoweit zu Recht kritisch bereits *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1764) zur Frage, ob sich aus den Absprachen ein Gestaltungsmissbrauch ergeben kann (dort verneint).

steuer bei Leerverkäufen unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank seitens des Leerverkäufers *generell* nicht erhoben wurde¹⁵⁶. Der zusätzliche Hinweis auf Absprachen kann dann nur so zu verstehen sein, dass das BMF Vertrauensschutz gewähren will, wenn der Erwerber gerade nichts von dem Leerverkauf wusste¹⁵⁷.

Auch wenn hier m.E. nachgewiesen wurde, dass die vom BMF zugrunde gelegte Rechtsauffassung irrig ist¹⁵⁸, lässt sich nicht sagen, dass ihr „eindeutig jeglicher Anhaltspunkt“ fehlt¹⁵⁹. Für die Auffassung des BMF spricht nämlich das im Ergebnis nicht durchschlagende Argument, dass die Dividendenkompensation nach einem Leerverkauf letztlich ein in der Dividendenregulierung abgewickelter Schadensersatzanspruch ist.

Aber selbst wenn sich die Informationspflichten noch auf § 93 AO stützen lassen, begründet ihre Erfüllung keine zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung der Steuerbescheinigung (§ 45a Abs. 2 und 3 EStG) bzw. für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG). Insoweit fehlt eine Ermächtigungsgrundlage.

3. Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zulässig waren. Bitte erläutern Sie hierzu allgemein den Unterschied zwischen dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und Steuerhinterziehung nach § 370 AO.

Hier ist im Ausgangspunkt klarzustellen, dass ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) und eine Steuerhinterziehung (§ 370 AO) strikt von einander zu trennen sind. Zutreffend wird diese Verhältnis zwischen Steuerrecht (= § 42 AO) und Steuerstrafrecht (= § 370 AO) im Anwendungserlass der AO beschrieben. Wörtlich heißt es in Ziffer 3 zu § 42 AO:

„¹Ein Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO ist als solcher nicht strafbar. Eine leichtfertige Steuerverkürzung oder eine Steuerhinterziehung kann aber vorliegen, wenn der Steuerpflichtige pflichtwidrig unrichtige oder unvollständige Angaben macht, um das Vorliegen einer Steuerumgehung zu verschleiern.“

¹⁵⁶ So auch die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13639, S. 11 f. mit Verweis auf Hess. FG v. 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, 47.

¹⁵⁷ I.d.S. bereits *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1764).

¹⁵⁸ Ebenso *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3104); *Blumers/Elicker*, BB 2012, 3187 (3188); *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943 (1948); *Desens*, DStR 2012, 2473 (2475); *Englisch*, RdF 2012, 425 (426); *Klein*, BB 2013, 1054 (1056); *Kußmaul/Huwer/Kloster*, RdF 2012, 314 (319 f.); *Pohl*, in: DAI (Hrsg.), Praxis der Internationalen Besteuerung, 2013, S. 244 (251); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (180 f.).

¹⁵⁹ Vgl. auch *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1763), die mit Blick auf die strafrechtlichen Implikationen die Streitfrage offen lassen und für die BMF-Auffassung zumindest „Anhaltspunkte“ im Gesetz sehen, die es aber nicht rechtfertigen würden, die Gegenauffassung als abwegig abzutun (so aber die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13639, S. 11 f.).

Im Folgenden wird daher zunächst die steuerrechtliche Frage untersucht, ob cum/ex-Geschäfte einen Steuermisbrauch (§ 42 AO) darstellen. Anschließend wird darauf eingegangen, ob und unter welchen Umständen es sich um einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO) handeln könnte.

a) Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO? ¹⁶⁰

Die Frage nach der Missbräuchlichkeit von cum/ex-Gestaltungen seitens der *Aktien erwerben* stellt sich erst, wenn zuvor ohne Heranziehung des § 42 AO bejaht wird, dass diese nach einem Erwerb über den Dividendenstichtag einen gesetzlichen Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer haben (dazu bereits unter 2.).

Fehlen dagegen bereits die gesetzlichen Anrechnungs- oder Erstattungsvoraussetzungen, was etwa bei reinen „Luftgeschäften“¹⁶¹, bei einer „Dividendenregulierung“ zwischen zwei Parteien auf bilateral-schuldrechtlicher Basis¹⁶² oder bei „Rundrum-Sorglos-Paketen“ im Sinne der BFH-Rechtsprechung von 2014¹⁶³ der Fall ist, stellt sich auch die Frage nach § 42 AO nicht¹⁶⁴.

Die Position des BMF zu § 42 AO bei cum/ex-Gestaltungen ist nicht ganz eindeutig. Im Schreiben vom 5.9.2009 ging es davon aus, dass eine Anrechnung des Erwerbers erst dann nicht möglich sei, wenn bei der Depotbank des Leerverkäufers keine zweite Kapitalertragsteuer erhoben wurde *und* zwischen Leerverkäufer und Käufer *Absprachen* stattgefunden haben, die einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem Leerverkauf und dem Kauf begründen, weil dem Erwerber dann die Nichterhebung einer zweiten Kapitalertragsteuer bekannt gewesen sei¹⁶⁵. Da die Finanzverwaltung im Übrigen der Auffassung folgt, die Anrechnungsvoraussetzung „Erhebung der Kapitalertragsteuer“ (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG) sei für einen Erwerber nach einem Leerverkauf erst im Falle der zweiten Erhebung bei der De-

¹⁶⁰ Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden im Wesentlichen bereits publiziert unter *Desens*, FR 2014, 265 ff. und 305 ff.

¹⁶¹ BFH v. 27.10.2009, VII R 51/08, BStBl. II 2010, 382; vgl. auch BFH v. 9.12.2010, VII R 3/10, BFH/NV 2011, 750.

¹⁶² So auch BFH v. 6.3.2013, I R 2/12, unter II. 4. c. cc. (unveröffentlichter, nicht rechtskräftiger Gerichtsbescheid): Unterscheidung zwischen Dividendenkompensationszahlungen im Zuge der Abwicklung des ursprünglichen Wertpapiererwerbs durch die Depotbank, die zur Anrechnung berechtigen, und solchen auf Grundlage eines schuldrechtlichen Vertrages zwischen den Parteien (eigenständiger Rechtsgrund), die nicht zur Anrechnung berechtigen.

¹⁶³ BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, DStR 2014, 2012.

¹⁶⁴ Anschaulich die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13639, S. 12 u. 19, die bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag bereits die gesetzlichen Anrechnungsvoraussetzungen verneint und daher nicht zur Anwendung des § 42 AO ankommt.

¹⁶⁵ BMF v. 5.9.2009, BStBl. I 2009, 631.

potbank des Leerverkäufers erfüllt ist¹⁶⁶, dürften die Ausführungen des BMF zu den Absprachen so zu verstehen sein, dass man eine Anrechnung des Erwerbers aus Gründen des Vertrauensschutzes trotz Fehlens einer zweiten Erhebung zulassen will, wenn der Erwerber nichts vom Fehlen der zweiten Erhebung wusste¹⁶⁷.

Man kann die Position des BMF jedoch auch so interpretieren, dass – selbst wenn es für die Entstehung des Anrechnungs- oder Erstattungsanspruchs auf die Erhebung beim Emittenten Aktien ankommt¹⁶⁸ – ein Gestaltungsmissbrauch des Erwerbers vorliegt, wenn er eine absprachebedingte Kenntnis vom Fehlen einer zweiten Erhebung bei der Depotbank des Leerverkäufers hat¹⁶⁹. Bestätigt wird diese Sicht durch die Gesetzesbegründung der Bundesregierung zum OGAW-IV-UmsG vom 24.1.2011¹⁷⁰, wo einerseits ausdrücklich von „missbräuchlichen steuerlichen Gestaltungen bei Leerverkäufen“ die Rede ist, andererseits zur Erläuterung der bisherigen Rechtslage auf die Gesetzesbegründung im JStG 2007 verwiesen wird.

Im Schrifttum wird eine Anwendung des § 42 AO auf cum/ex-Gestaltungen des Erwerbers ganz überwiegend abgelehnt. Für *Seer* und *Krumm* fehle – wenn die gesetzlichen Anrechnungsvoraussetzungen erfüllt sind – auch bei einem Zusammenwirken zwischen Leerverkäufern und Erwerbern bereits ein „gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil“ (vgl. § 42 Abs. 2 Satz 1 AO)¹⁷¹. Nehme das Gesetz eine doppelte Anrechnung in Kauf, bestünde kein schutzwürdiges Steuergut, dass es über § 42 AO gegenüber Gestaltungen zu schützen gelte. Für *Derlien* und *Kern* habe die Gesetzesbegründung zum JStG 2007 einen Vertrauenstatbestand geschaffen, der eine Anwendung von § 42 AO ausschließe¹⁷². Nach *Pohl* gilt das zumindest dann, wenn sich der Leerverkäufer bei der Abwicklung am allgemeinen Markt eindecke und nicht

¹⁶⁶ So etwa auch Hess. FG v. 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, 47; Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13639, S. 5, 7, 8 und insb. 9 ff.; BMF v. 5.9.2009, BStBl. I 2009, 631 (einschränkend auf „Absprachen“); *Rau*, DStR 2013, 838 (842).

¹⁶⁷ Ebenso bereits *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1764).

¹⁶⁸ So etwa *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3104); *Blumers/Elicker*, BB 2012, 3187 (3188); *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943 (1948); *Desens*, DStR 2012, 2473 (2475); *Englisch*, RdF 2012, 425 (426); *Klein*, BB 2013, 1054 (1056); *Kußmaul/Huwer/Kloster*, RdF 2012, 314 (319 f.); *Pohl*, in: DAI (Hrsg.), Praxis der Internationalen Besteuerung, 2013, S. 244 (251); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (180 f.); *Ettlich*, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 36 EStG Rn. 121.

¹⁶⁹ So die Interpretation dem BMF-Auffassung von *Podewils*, AG 2010, 391 (395 f.); *ders.*, FR 2013, 481(484); vgl. auch *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943, die davon ausgehen, dass die Versagung der Anrechnung im Fall des Hess. FG v. 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, 47 im Ergebnis darauf beruhe, dass vor § 42 AO unzulässige Absprachen stattgefunden hätten.

¹⁷⁰ BT-Drs. 17/4510, S. 89 und 90.

¹⁷¹ *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1764).

¹⁷² *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943 (1949).

unter Mitwirkung des Erwerbers¹⁷³. Dagegen hat *Podewils* zunächst einen Gestaltungsmissbrauch angenommen, wenn zwischen Erwerber und Leerverkäufer Absprachen bestünden und beide mit dem Ziel kollusiv zusammenwirkten, sich den Steuervorteil untereinander aufzuteilen¹⁷⁴. Mittlerweile hat er diese Auffassung aufgegeben und geht von einer umfänglichen Sperrwirkung der spezialgesetzlichen Regelungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4, § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG) als besondere Missbrauchsnormen aus¹⁷⁵.

Bisher gab es zwei Positionierungen von Finanzgerichten zu dieser Frage:

2010 hat das FG Hamburg, das in einem nicht rechtskräftig gewordenen Gerichtsbescheid einen Gestaltungsmissbrauch des Erwerbers verneint hat¹⁷⁶. Denn der Erwerber habe weder aus den Geschäften einen gesetzlichen nicht vorgesehenen Steuervorteil erlangt hat noch seien ihm die steuerlichen Verhältnisse und eventuelle Steuervorteile des (Leer-)Verkäufers zuzurechnen. Wörtlich heißt es (S. 14 ff.):

„Auch § 42 AO bleibt unanwendbar.

Auf den Streitfall ist § 42 AO i.d. Fassung des Jahressteuergesetzes anwendbar (vgl. Art. 97, § 7 EGAO). Die gesetzliche Neuregelung enthält in Abs. 2 erstmals eine Definition des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungen. Hiernach liegt ein Missbrauch vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Der aus der unangemessenen rechtlichen Gestaltung herrührende „gesetzlich nicht vorgesehene Steuervorteil muss danach beim „Steuerpflichtigen oder einem Dritten“ eintreten. Der Begriff des „Dritten“ als Vorteilsempfänger ist gesetzlich nicht definiert. Er ist im Gegenteil völlig unbestimmt und insofern verfassungsrechtlich bedenklich (Drüen, Ubg 2008, 31, 37). Da § 42 AO den Steueranspruch aus dem konkreten Schuldverhältnis des einzelnen Steuerpflichtigen betrifft (vgl. BFH BFH/NV 1995, 1029), kann die Rechtsfolge des § 42 AO auch nur gegenüber demjenigen eintreten, der aus der missbräuchlichen Gestaltung einen Vorteil zieht (vgl. Fischer in HHSp., AO/FGO § 42 AO Rz. 267 m.w.N.).

Der Steuervorteil irgendeines Dritten, der in keiner Nähebeziehung und in keinem Zuordnungsverhältnis zu dem Steuerpflichtigen steht, kann danach schwerlich einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungen auslösen und bei diesem über § 42 Abs. 1 Satz 3 AO zu einer nachteiligen Korrektur seiner Besteuerungsgrundlagen führen (vgl. auch Schmieszek in Beermann/Gosch, AO/FGO, § 42 Rz. 111). Dementsprechend versteht die Verwaltung (vgl. AEAO § 42 AO Nr. 2.3.) unter „Dritten“ nur solche Personen, die in einer gewissen Nähe zum Steuerpflichtigen stehen, und bezieht die personelle Ausdehnung des gesetzlichen Tatbestands auf die auch bisher an § 42 AO gemessenen (vgl. Drüen, Ubg 2008, 31 m.w.N.) Vertragsgestaltungen unter Angehörigen i.S.d. § 15 AO und un-

¹⁷³ Pohl, in: DAI (Hrsg.), Praxis der Internationalen Besteuerung, 2013, S. 244 (252).

¹⁷⁴ Podewils, AG 2010, 391 (396).

¹⁷⁵ Podewils, FR 2013, 481 (484).

¹⁷⁶ FG Hamburg, Gerichtsbescheid v. 6.10.2010, 6 K 22/10 (unveröffentlicht); nachgehend FG Hamburg v. 24.11.2011, 6 K 22/10, EFG 2012, 351.

ter wirtschaftlich nahe stehenden Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG (ebenso Drüen, a.a.O.). Der erkennende Senat hält das für eine zutreffende und gestaltungserhaltende Interpretation des § 42 Abs. 2 AO.

Für den Streitfall bedeutet dies, dass Aktiengeschäfte der Klägerin (= *Erwerberin*) keinen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten darstellen. Denn weder hat die Klägerin (= *Erwerberin*) aus den Geschäften einen (gesetzlich nicht vorgesehenen) Steuervorteil erlangt (aa.) noch sind der Klägerin die steuerlichen Verhältnisse und evtl. Steuervorteile der X (= *Initiator-Bank*) als dritter Person zuzurechnen. (bb).

aa. Das von der Klägerin (= *Erwerberin*) angestrebte Ziel der Anrechnung der auf die Dividendenzahlungen einbehaltenen Kapitalertragsteuern führte zu keinem Steuervorteil; die Erstattung der über die festsetzende Körperschaftsteuer hinausgehenden Steuerabzugsbeiträge wäre im Gegenteil systemgerecht. Die auf die inländischen Kapitalerträge erhobene Kapitalertragsteuer hat bei der unbeschränkt steuerpflichtigen Klägerin (= *Erwerberin*) keine abgeltende Wirkung (vgl. § 32 KStG); die Kapitalertragsteuern sind im Ergebnis Vorauszahlungen auf die Jahresschuld. Diese wird nicht wie die Kapitalertragsteuer nach den Einnahmen (§ 43a Abs. 2 Satz 1 EStG), sondern nach den Einkünften bzw. dem zu versteuernden Einkommen i.S.d. § 8 KStG (zvE) und zudem nach einem anderen Steuersatz (vgl. § 23 Abs. 1 KStG, § 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG [1998]) bemessen. Durch die Anrechnung und Erstattung der Quellensteuern wird das Steuerbelastungsergebnis auf das nach Veranlagung tatsächlich geschuldete Steuersoll herabgeschleust.

Da für die Klägerin (= *Erwerberin*) als Finanzunternehmen i.S.d. § 8b Abs. 7 KStG die allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften gelten, mindern die von ihr an X (= *Initiator-Bank*) geleisteten Dividendenausgleichszahlungen als betrieblich veranlasste Aufwendungen i.S.d. § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG den Gewinn. Die Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer beträgt somit in Bezug auf die Dividendenzahlungen 100 (Dividenden) – 95 (Dividendenausgleichszahlung) = 5 (Einkunft). Da die Kapitalertragsteuern mit einem Steuersatz von 20 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG 2008) auf die Bemessungsgrundlage von 100 (Dividende) erhoben worden sind, muss die Steuerbelastung im Wege der Veranlagung auf 15 % (§ 23 Abs. 1 KStG) auf eine Bemessungsgrundlage von 5 (Einkunft) herabgeschleust werden. Die von der Klägerin begehrte Anrechnung der zuviel gezahlten Kapitalertragsteuern stellte deshalb keinen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil dar, sondern wäre im Gegenteil gesetzessystematisch geboten.

Die Klägerin (= *Erwerberin*) kann auch nicht der Abzug der Dividendenausgleichszahlungen als Betriebsausgaben versagt werden. Der Betriebsausgabenabzug ist systemgerecht (vgl. oben) und stellt keinen Steuervorteil dar. Die Versagung der mit den Aktien erwerben zusammenhängenden Aufwendungen bedürfte einer spezialgesetzlichen Regelung; eine dem § 50c EStG a.F. entsprechende Vorschrift liegt hingegen nicht vor.

bb. Eine andere Frage ist, ob die von der Klägerin (= *Erwerberin*) an X (= *Initiator-Bank*) geleisteten Dividendenausgleichszahlungen bei X (= *Initiator-Bank*) zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil geführt haben. Das könnte man mein, wenn X (= *Initiator-Bank*) die Swap-Geschäfte initiiert hätte, um im Ergebnis 95 % der Dividenden als Dividendenausgleichszahlungen (kapitalertrag)steuerfrei vereinnahmen zu können. Das setzte allerdings voraus, dass (= *Initiator-Bank*) auch (kapitalertrag)steuerpflichtige Direktinvestitionen in die Anteile an den deutschen Aktiengesellschaften als Alternative zu den Sicherungsgeschäften hätte tätigen wollen. Hierzu liegen dem Senat keine Erkenntnisse vor. Die Frage kann auch dahinstehen, weil Steuervorteil-

le der X (= *Initiator-Bank*) der Klägerin (= Erwerbberibn), die in keinem Näheverhältnis i.S.d. § 42 Abs. 2 AO zu X (= *Initiator-Bank*) steht, nicht zuzurechnen wären.“

In einem *obiter dictum* hat das Hessische Finanzgericht in seinem Urteil vom 10.2. 2016 (4 K 1684/14) dagegen einen formuliert:

„Offenbleiben kann auch, ob hier ein Fall des Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO Abs. 2 Satz 1 AO vorliegt, wenn bei einer gebotener Gesamtbetrachtung die Geschäfte der Klägerin nur darauf gerichtet waren, eine mehrfache Anrechnung von Kapitalertragsteuer zu generieren. Insoweit handelt es sich um einen Steuervorteil, der im deutschen Steuersystem nicht vorgesehen ist. Nach dem Wegfall des § 50c EStG a.F. dürfte der Anwendung des § 42 AO jedenfalls nichts mehr im Wege stehen.

(...)

Gegen eine Anrechnung (wegen § 42 AO) könnte sprechen, dass die Klägerin gerade für diese Art von Dividendenstripping mit der Einheit STP eine (sich hinsichtlich Marktpreisrisiken absichernde) Abteilung unterhielt, die letztlich darauf gerichtet war, ausländischen Aktionären mittelbar die Anrechnung der Kapitalertragsteuer zu ermöglichen ...“

Die Ausführungen zeigen bereits, dass die Frage, ob § 42 AO bei cum/ex-Gestaltungen einschlägig ist, eine komplexe ist. Im Folgenden werden daher zunächst der rechtliche Maßstab zur Beurteilung eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO dargestellt und anschließend bewertet, ob und inwieweit man cum/ex-Geschäfte als Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO angesehen werden können.

aa) Maßstab zur Beurteilung eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) beim cum/ex-Gestaltungen

Bei der Prüfung, ob bei cum/ex-Gestaltungen ein Missbrauch i.S.d. § 42 AO vorliegt, ist beim Maßstab zu unterscheiden, ob § 42 AO in der seit 2008¹⁷⁷ oder in der vorherigen Fassung¹⁷⁸ anwendbar ist. Trotz der erheblichen Unterschiede im Wortlaut¹⁷⁹ sind die Unterschiede – wie noch aufzuzeigen sein wird – für die konkrete Rechtsanwendung geringer als es auf den ersten Blick erscheint.

Zur Ausfüllung des Maßstabs soll hier vornehmlich auf die bisherigen Konkretisierungsleistungen der BFH-Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Diese Fixierung auf die Rechtsprechung rechtfertigt sich aus zwei Gründen: Erstens sind Entscheidungen zu § 42 AO in einem

¹⁷⁷ JStG 2008 v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3150.

¹⁷⁸ Steueränderungsgesetz 2001 (StÄndG 2001) v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, S. 3794.

¹⁷⁹ U.a. bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs (§ 42 Abs. 1 Satz 2 und 3 EStG) und durch Schaffung einer gesetzlichen Missbrauchsdefinition (§ 42 Abs. 2 AO).

hohen Maß einzelfallabhängig und der BFH hat in der Funktionenordnung des gewaltenteilenden Grundgesetzes potenziell in jedem Einzelfall „das letzte Wort“¹⁸⁰. Zudem hängt die Wirkung einer allgemeinen Missbrauchsvorschrift unabhängig von ihrer konkreten gesetzlichen Ausformulierung ganz wesentlich vom Methodenverständnis des letztentscheidenden Gerichts ab, wie etwa *Wolfgang Schön* anhand eines entsprechenden Rechtsvergleichs nachgewiesen hat¹⁸¹.

(1) Maßstab für die Eröffnung des Anwendungsbereichs

(a) Rechtslage bis 2007 (§ 42 AO i.d.F. des StÄndG 2001)

Der BFH ging bereits in der bis 2001 geltenden Fassung des § 42 AO davon aus, dass die allgemeine Missbrauchsvorschrift nach dem *lex specialis*-Grundsatz nicht anwendbar ist, wenn eine besondere Missbrauchsvorschrift existiert und zwar unabhängig davon, ob die Spezialregelung im konkreten Einzelfall einschlägig ist oder nicht¹⁸². § 42 AO a.F. wurde darauf hin durch einen Abs. 2 ergänzt, nach dem die Norm immer anwendbar sein sollte, wenn ihre Anwendbarkeit gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen war¹⁸³. Die Ergänzung lief aber nach der Auffassung des BFH¹⁸⁴ leer, weil sich bereits aus der besonderen Missbrauchsvorschrift die speziellere und damit vorrangige Wertung ergeben habe, ob ein Missbrauch vorliege oder nicht, so dass diese Frage bei § 42 AO nicht anders beurteilt werden könne.

¹⁸⁰ Grundlegend dazu *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 261 ff.

¹⁸¹ Vgl. *Schön*, DStJG 33 (2010), 29 (57 f.).

¹⁸² BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 (532); v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619; v. 20.11.2007, I R 85, BStBl. II, 2013, 287 - jeweils speziell zu § 50c EStG; vgl. auch zu §§ 7 ff. AStG BFH v. 10.6.1992, I R 105/89, BStBl. II 1992, 1029; v. 23.10.1991, I R 40/89, BStBl. II 1992, 1026; v. 19.1.2000, I R 94/97, BStBl. II 2001, 222 (225); v. 19.1.2000, I R 117/97, BFH/NV 2000, 822; v. 12.7.2012, I R 23/11, BFHE 238, 344 zu § 8 Abs. 4 KStG a.F. (Mantelkauf); vgl. bereits BFH v. 13.12.1989, I R 118/97, BStBl. II 1990, 574 (477) zu § 6 StAnpG bei Umwandlungen; folgend *Crezelius*, StuW 1995, 313 (324); *Vogel*, StuW 1996, 248 (250); *Fischer*, FR 2000, 451 (452); *Gosch*, Harzburger Steuerprotokoll 1999/2000, S. 237; *Buciek*, DStZ 2000, 384, *Sorgenfrei*, FR 2001, 441 (442).

¹⁸³ Steueränderungsgesetz 2001 (StÄndG 2001) v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, S. 3794.

¹⁸⁴ BFH v. 20.3.2002, I R 63/99, BStBl. II 2003, 50 (53) zur Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 ff. AStG); v. 20.11.2007, I R 85, BStBl. II, 2013, 287 zum Dividendenstripping wegen § 50c Abs. 8 Satz 2 EStG a.F.; folgend *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Tz. 20 und 20b; *ders.*, DStZ 2006, 545; *Fischer*, FR 2001, 1212 (1215); *Buciek*, DStZ 2000, 384.

(b) Rechtslage seit 2008 (§ 42 AO i.d.F. des JStG 2008)

Mit dem JStG 2008¹⁸⁵ wurde in § 42 Abs. 1 Satz 2 AO stattdessen geregelt, dass sich die Rechtsfolgen nach einer Regelung aus einem Einzelsteuergesetz, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, bestimmt, wenn der Tatbestand jener Vorschrift erfüllt ist. Das BMF folgert – wie bereits die Gesetzesbegründung¹⁸⁶ – daraus, dass § 42 AO nunmehr anwendbar bleibt, wenn der Tatbestand der besonderen Missbrauchsvorschrift gerade *nicht* erfüllt ist¹⁸⁷. Dagegen geht die h.M. zu Recht von einer Fortgeltung der Abschirmwirkung spezieller Missbrauchsnormen aus¹⁸⁸. Besteht eine spezielle Missbrauchsnorm, die im konkreten Fall nicht erfüllt ist, fehlt auch bei § 42 AO der Missbrauchsvorwurf¹⁸⁹. Insbesondere liegt dann offensichtlich kein „gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil“ i.S.d. § 42 Abs. 2 Satz 1 AO vor¹⁹⁰, weil der Vorteil nach der speziellen Missbrauchsvorschrift ausdrücklich vorgesehen bleibt¹⁹¹.

Der Ausschluss schon auf der *Konkurrenzebene* (mit dem *lex specialis*-Grundsatz als Kollisionsauflösungsregel) rechtfertigt sich dabei aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber – auch ungewollt – durch die spezielle Missbrauchsnorm typisierend in sachlicher, zeitlicher oder persönlicher Hinsicht Rechtssicherheit bei der Frage geschaffen hat, welche Gestaltungen als missbräuchlich anzusehen sind¹⁹². Das gilt aber nur, wenn festgestellt werden kann, dass es sich bei der speziellen Regelung wirklich um eine „echte“ Missbrauchsvorschrift handelt¹⁹³, also eine Vorschrift vorliegt, „die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient“ (vgl. § 42

¹⁸⁵ JStG 2008 v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3150.

¹⁸⁶ Bericht des Finanzausschusses zum JStG 2008, BT-Drs. 16/7036, S. 24.

¹⁸⁷ AEO v. 2.1.2008, BStBl. I 2008, 26 (zu § 42 AO, Tz. 1).

¹⁸⁸ *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (136); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 13; *Heintzen*, FR 2009, 599 (603); *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (145); *dies.*, BB 2009, 1044 (1048); *Wienbracke*, DB 2008, 664 (669); *Spindler*, StbJb. 2008/09, 39 (52 f.); *Gosch*, in: FS Reiß, 2008, 597 (602 f.); *ders.*, in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl., 2013, § 50d Rn. 30; zweifelnd auch *Neumann* DStJG 33 (2010), 73 (81).

¹⁸⁹ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 13a; *Gosch*, in: FS Reiß 2008, 597 (604); *Mack/Wollweber*, DStR 2008, 182 (186); vgl. bereits *Danzer*, Die Steuerumgehung 1981, S. 94 ff.; *Fischer*, DB 1996, 644 (647); *Clausen* DB 2003, 1589 (1595).

¹⁹⁰ *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (136); *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (146); vgl. auch *dies.*, StuW 2008, 167 (173); *dies.*, BB 2009, 1044 (1048); *Fischer*, FR 2008, 306 (310); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 13a; *Spindler*, StbJb. 2008/09, 39 (52).

¹⁹¹ *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (136).

¹⁹² *Fischer*, SWI 1999, 104 (106); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Tz. 20; *Hey*, StuW 2008, 169 (173); *dies.*, DStJG 33 (2010), 139 (143, 145); *dies.*, DStR 2014, Beihefter zu Heft 8, 8 (11).

¹⁹³ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 13a, 14; *ders.*, Ubg 2008, 31 (33 f.); *Gosch*, in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl., 2013, § 50d Rn. 30; *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (146); *Wienbracke*, DB 2008, 664 (669); *Roser*, FR 2005, 178 (180).

Abs. 1 Satz 2 AO). Ist die spezielle Norm nämlich keine besondere Missbrauchsvorschrift, kann der *lex specialis*-Grundsatz die allgemeine Missbrauchsvorschrift nicht schon auf der Konkurrenzenebene verdrängen.

Nicht jede spezielle Regelung, die einen Vorteil ausschließt oder beschränkt, dient auch der Missbrauchsabwehr¹⁹⁴. Ob eine Norm als besondere Missbrauchsvorschrift zu qualifizieren ist, ist mit Hilfe der klassischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Historie und Genese, Systematik, Sinn und Zweck) zu bestimmen¹⁹⁵. Der Missbrauchsvermeidungszweck muss dabei im gesetzlichen Tatbestand zum Ausdruck kommen¹⁹⁶ und das Merkmal der Steuerumgehung in sachlicher, zeitlicher und personeller Sicht konkretisiert werden¹⁹⁷.

Auch wenn Spezialregelungen nicht als Missbrauchsvorschriften zu qualifizieren sind, die § 42 AO schon auf der Konkurrenzenebene ausschließen, sind ihre spezifischen Wertungen bei der inhaltlichen Prüfung des § 42 AO zu berücksichtigen, insbesondere bei der Frage, ob die jeweilige Gestaltung zu einem „gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil“ (§ 42 Abs. 2 Satz 1 AO) geführt hat¹⁹⁸.

(2) Maßstab für das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO durch cum/ex-Gestaltungen

(a) Rechtslage bis 2007 (§ 42 AO i.d.F. des StÄndG 2001)

Vor der Änderung § 42 AO durch das JStG 2008¹⁹⁹ wurde der Maßstab, wann ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt, maßgeblich durch die Rechtsprechung des BFH bestimmt. Nach der gängigen Formel wurde von einem Missbrauch ausgegangen, wenn eine Gestaltung gewählt wird, die - gemessen an dem erstrebten, wirtschaftlichen Ziel - unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche

¹⁹⁴ Vgl. BFH v. 9.11.2006, V R 43/04, BStBl II 2007, 344 (347) – abgelehnt für § 15a UStG; *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 11.

¹⁹⁵ *Hey*, StuW 2008, 167 (169 ff.); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 11; vgl. auch AEAO v. 2.1.2008, BStBl. I 2008, 26 (zu § 42 AO, Tz. 1), wo anstatt der teleologische Auslegung allein der „Sinnzusammenhang“ ausdrücklich erwähnt wird.

¹⁹⁶ *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (144 f.), die zudem zu Recht darauf hinweist, dass die bloße Behauptung eines Missbrauchsvermeidungszwecks in den Gesetzesmotiven nicht ausreicht.

¹⁹⁷ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Tz. 20; *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (143).

¹⁹⁸ Vgl. bereits *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 13a („Wertungsrückschlag“); *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (146); *dies.*, DStR 2014, Beihefter zu Heft 8, 8 (11).

¹⁹⁹ JStG 2008 v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3150.

Gründe nicht zu rechtfertigen ist²⁰⁰. Die Unangemessenheit einer Rechtsgestaltung – also das zentrale Merkmal der Formel – soll dabei insbesondere zu Tage treten, wenn diese keinem wirtschaftlichen Zweck dient²⁰¹. Diene die Gestaltung hingegen wirtschaftlichen Zwecken, dürfe das Verhalten der Beteiligten nicht auf seine Angemessenheit hin beurteilt werden²⁰².

Das ist natürlich reichlich unbestimmt. Aber auch die weiteren Klärungsversuche haben nur die äußeren Leitplanken aufgezeigt: So seien die Steuerpflichtigen einerseits frei, ihre rechtlichen Verhältnisse so zu gestalten, dass sich eine geringere Steuerbelastung ergibt²⁰³. Insbesondere mache das Bestreben, Steuern zu sparen, für sich allein eine Gestaltung nicht unangemessen²⁰⁴. Andererseits könne eine Gestaltung dann unangemessen sein, wenn sie ohne Berücksichtigung der beabsichtigten steuerlichen Effekte unwirtschaftlich, umständlich, kompliziert, schwerfällig, gekünstelt, überflüssig, ineffektiv oder widersinnig erscheine²⁰⁵ und ein verständiger Dritte sie in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts und der wirtschaftlichen Zielsetzung ohne den Steuervorteil nicht gewählt hätte²⁰⁶.

Will man einen aussagekräftigeren Maßstab für cum/ex-Gestaltungen herausarbeiten, bietet sich an, sich dabei an den näheren Konkretisierungen des BFH zu orientieren, die dieser zur Bewertung von Gestaltungen herangezogen hat, die ihrem Wesen nach mit cum/ex-Gestaltungen ähnlich sind. Als solche Wesensmerkmale sollen hier die Veräußerung von Kapitalanteilen über einen Ausschüttungstichtag, die Realisierung des Ausschüttungswerts im Veräußerungsgewinn des Verkäufers, die Geltendmachung eines Anrechnungs- oder Erstattungsanspruchs durch den Erwerber und das Vorliegen von Absprachen zwischen Verkäufer und Erwerber herangezogen werden.

²⁰⁰ StRSpr. – BFH (GrS) v. 29.11.1982, GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272; v. 3.2.1993, I B 90/92, BStBl. II 1993, 426; v. 26.3.1996, IX R 51/92, BStBl. II 1996, 443 m.w.N.; v. 7.8.1998, VIII R 10/96, BStBl. II 1999, 729; v. 27.7.1999, VIII R 36/98, BStBl. II 1999, 769; v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 18.7.2001, I R 48/97, BFHE 196, 128; v. 8.5.2003, IV R 54/01, BStBl. II 2003, 854; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925; v. 21.8.2012, VIII R 32/09, BStBl. II 2013, 16.

²⁰¹ BFH v. 17.1.1991, IV R 132/85, BStBl. II 1991, 607; v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 8.5.2003, IV R 54/01, BStBl. II 2003, 854; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925; v. 21.8.2012, VIII R 32/09, BStBl. II 2013, 16.

²⁰² BFH v. 30.11.1989, IV R 97/86, BFH/NV 1991, 432; v. 16.1.1992, V R 1/91, BStBl. II 1992, 541; v. 18.7.2001, I R 48/97, BFHE 196, 128 m.w.N.; v. 8.5.2003, IV R 54/01, BStBl. II 2003, 854; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925; v. 21.8.2012, VIII R 32/09, BStBl. II 2013, 16.

²⁰³ BFH v. 12.7.1988, IX R 149/83, BStBl. II 1988, 943; 12.9.1995, IX R 54/93, BStBl. II 1996, 158; v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1999, 90.

²⁰⁴ BFH v. 12.7.1988, IX R 149/83, BStBl. II 1988, 943; v. 12.9.1995, IX R 54/93, BStBl. II 1996, 158; v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1999, 90; v. 21.8.2012, VIII R 32/09, BStBl. II 2013, 16.

²⁰⁵ BFH v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43.

²⁰⁶ BFH v. 17.1.1991, IV R 132/85, BStBl. II 1991, 607; 16.1.1992, V R 1/91, BStBl. II 1882, 541; v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43.

Diese Wesensmerkmale treffen auf die Gestaltungen zu, über die BFH in seinen bisherigen Entscheidungen zu sog. Anteilsrotationen²⁰⁷, zum Dividendenstripping²⁰⁸ und zum sog. Rücklagenmanagement²⁰⁹ zu befinden hatte. In den Entscheidungen finden sich zentrale Aussagen zur näheren Konkretisierung der Unangemessenheit einer Gestaltung sowie zur Bedeutung einer Beteiligung eines Dritten.

(aa) Unangemessenheit einer Gestaltung

Die Abgrenzung einer unangemessen von einer angemessen Gestaltung wird dort anhand der *Regelungslage und der Wertung der Regelungskonzeption* vorgenommen. Konkret sollen Gestaltungen, die im Einklang mit der Regelungslage und der Regelungskonzeption stehen, grundsätzlich nicht missbräuchlich sein²¹⁰. Eine Ausnahme gelte allenfalls dann, wenn sich einer der Beteiligten infolge jener Gestaltung einen Steuervorteil erkaufe, der ihm nach den der Regelungskonzeption zugrunde liegenden Wertungen nicht zustehe²¹¹. Dass die nähere Konkretisierung nicht losgelöst von den maßgeblichen steuerlichen Vorschriften zu erfolgen hat, ist weitestgehend Konsens²¹² und findet sich auch in anderen Entscheidungen des BFH²¹³. Entscheidend ist hier aber, dass der BFH die Unangemessenheit ausdrücklich anhand eines *Steuervorteils* objektiviert, der einem Beteiligten nach den der *Regelungskonzeption zugrunde liegenden Wertungen* nicht zusteht. Dieser Maßstab ist letztlich eine (leichte) Präzisierung einer Formulierung, die der BFH bereits in einer Leitentscheidung zum sog. Dividendenstripping gewonnen hatte. Dort wurde auf das Ziehen „gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteile“ infolge einer „Umweggestaltung“ durch einen Beteiligten abgestellt²¹⁴.

(bb) Gemeinschaftliche Gestaltung

Sind mehrere Steuerpflichtige an einer fraglichen Gestaltung beteiligt, also etwa einer als Verkäufer und ein anderer als Erwerber, geht der BFH davon aus, dass die Rechtsfolgen des

²⁰⁷ BFH v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, 90; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925.

²⁰⁸ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 (532); v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619; v. 20.11.2007, I R 85, BStBl. II, 2013, 287.

²⁰⁹ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

²¹⁰ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

²¹¹ BFH v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925; v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

²¹² Vgl. nur *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 18; *Fischer*, FR 2008, 306 (309); *ders.*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rn. 61; *Spindler*, StbJb. 2008/09, 39 (55).

²¹³ Vgl. etwa BFH 19.5.1993, I R 124/91, BStBl. II 1993, 889; v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, 90.

²¹⁴ BFH v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619.

§ 42 AO nur demjenigen gegenüber eintreten können, der aus seiner missbräuchlichen Gestaltung einen Vorteil zieht²¹⁵. Nur im Steuerschuldverhältnis solcher Steuerpflichtiger, die selbst einen gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil erzielt haben, kann folglich ein rechtlich gestalteter Sachverhalt durch einen den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen Sachverhalt ausgetauscht werden, also der Steuervorteil neutralisiert werden²¹⁶.

Grundsätzlich muss der Steuerpflichtige dabei die unangemessene Gestaltung selbst vorgenommen haben. Ausnahmsweise reicht es aber aus, dass ein Steuerpflichtiger einen anderen zu einer unangemessenen Gestaltung *veranlasst* hat und hieraus einen ungerechtfertigten Steuervorteil zieht²¹⁷. Die Konsequenz aus diesem Maßstab ist, dass ein „gemeinschaftlicher“ Gestaltungsmissbrauch nicht bei allem Beteiligten zu einer Korrektur nach § 42 AO führt²¹⁸. Vielmehr kann derselbe Vorgang bei einem Beteiligten als Missbrauch zu beurteilen sein und bei einem anderen nicht²¹⁹.

(b) Rechtslage seit 2008 (§ 42 AO i.d.F. des JStG 2008)

Seit 2008 enthält § 42 Abs. 2 AO eine eigene Missbrauchsdefinition und schreibt eine zweistufige Prüfung mit jeweils unterschiedlicher Darlegungs- und Beweislast vor. Nach Satz 1 liegt ein Missbrauch vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem *Dritten* im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem *gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil* führt. Nach Satz 2 gilt dies nicht, wenn Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

(aa) Gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil

Betrachtet man die Formulierung der Definition in § 42 Abs. 2 Satz 1 AO, soll die Unangemessenheit der Gestaltung objektivierend danach bestimmt werden, ob sie zu einem *gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil* geführt hat. Damit wurde wörtlich die Formulierung aus der

²¹⁵ Vgl. BFH v. 24.2.1994, V R 89/92, BStBl. II 1994, 487; v. 23.9.1993, V R 3/93, BFH/NV 1994, 745; v. 10.8.2004, I B 2/04, BFH/NV 2005, 239; v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619.

²¹⁶ Vgl. BFH v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 14.1.2003, IX R 5/00, BStBl. II 2003, 509.

²¹⁷ BFH v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 18.7.2001, I R 48/97, BFHE 196, 128 m.w.N.; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925.

²¹⁸ BFH v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925.

²¹⁹ BFH v. 6.6.1991, V R 70/89, BStBl. II 1991, 866 (868); v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925; v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

bereits aufgezeigten BFH-Entscheidung zum Dividendenstripping übernommen (s.o.). Es liegt in einem weiteren Schritt dann auf der Hand, unter einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil gerade einen solchen zu verstehen, der einem Beteiligten nach den der *Regelungskonzeption zugrunde liegenden Wertungen* nicht zusteht. Diesen Konkretisierungsschritt ist der BFH nämlich schon gegangen (s.o.).

Vor diesem Hintergrund wird auch klar, dass sich der Begriff des *Steuervorteils* nicht auf Steuervergütungen oder -erstattungen beschränkt, sondern auch das Entstehen geringerer Steueransprüche bedeuten kann²²⁰. Nur wenn *kein* Steuervorteil entsteht, scheidet ein Gestaltungsmissbrauch aus²²¹. Auch die im Schrifttum aufgeworfene Frage, ob das Merkmal „gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil“ neben der Angemessenheitsprüfung eine eigenständige Bedeutung hat²²², lässt sich so lösen: Es handelt sich gerade um eine Objektivierung der Angemessenheitsprüfung, den der BFH bereits in den aufgezeigten Entscheidungen zu Anteilsrotationen²²³, zum Dividendenstripping²²⁴ oder zum Rücklagenmanagement²²⁵ gefunden hat.

Dieses einfache und naheliegende Ergebnis entbehrt nicht einer gewissen Ironie, weil der Gesetzgeber bei der Reform des § 42 AO im JStG 2008 mit dem Ziel angetreten ist, gerade diese Rechtsprechung zu beschränken. Stattdessen hat er den Ansatz dieser Rechtsprechung ins Gesetz gegossen und für alle Arten von Gestaltungen zum verbindlichen Maßstab erklärt. Klar dürfte jedenfalls sein, dass sich insoweit der Maßstab für einen Gestaltungsmissbrauch für die hier zu betrachtenden cum/ex-Gestaltungen nicht verschärft hat.

Im Gegenteil könnte es sogar sein, dass der Maßstab zugunsten der Steuerpflichtigen – vom Gesetzgeber sicherlich unbewusst – durch die zugleich eingeführte Darlegungs- und Beweislastverteilung in § 42 Abs. 1 Satz 1 und 2 AO weiter aufgeweicht wurde. *Michael Wendt* ist jedenfalls – vor diesem Hintergrund konsequent – zu dieser Schlussfolgerung gekommen: Ließen sich – so *Wendt* – anhand einer historisch-teleologischen Auslegung keine objektiven Anhaltspunkte für den gesetzgeberischen Willen in Bezug auf den konkreten Steuervorteil

²²⁰ Zutreffend daher AEO v. 2.1.2008, BStBl. I 2008, 26 (zu § 42 AO, Tz. 2.4).

²²¹ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 21.

²²² Ablehnend *Spindler*, StbJb. 2008/09, 39 (59); *Hey*, BB 2009, 1044 (1046); *Ratschow*, in: Klein, AO, 11. Aufl., 2012, § 42 Rn. 68.

²²³ BFH v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, 90; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925.

²²⁴ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 (532); v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619; v. 20.11.2007, I R 85, BStBl. II, 2013, 287.

²²⁵ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

finden, etwa weil sich der Vorteil aus Systembrüchen oder der Nutzung systembedingter Besteuerungsgrenzen ergebe, versage die objektivierte Angemessenheitsprüfung²²⁶. Es könne danach auch nicht festgestellt werden, dass der Steuervorteil gesetzlich nicht vorgesehen sei, so dass § 42 AO tatbestandlich nicht erfüllt sei²²⁷.

Man kann daran natürlich – ergebnisorientiert betrachtet – kritisieren, dass dann eine gestalterische Vermeidung einer Fiskalzwecknorm kaum mehr als unangemessen bewertet werden kann²²⁸. Das ist zwar treffend, hat aber seine Letztursache nicht erst in der gestalterischen Vermeidung, sondern bereits im Steuergesetz selbst. Denn die Feststellung, ob ein gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil vorliegt, setzt nun einmal ein Mindestmaß systematisch-teleologisch nachvollziehbarer und folgerichtiger Ausgestaltung der Steuergesetze voraus²²⁹. Erfüllt der Gesetzgeber diesen Anspruch nicht, dann kann auch § 42 AO nicht mehr helfen. Würde man das anders sehen und sich stattdessen bei § 42 AO am nackten Fiskalzweck („mehr Geld!“) oder an rechtspolitischen Erwägungen orientieren, würde § 42 AO nahezu unbegrenzt ausgeweitet werden²³⁰. In letzter Konsequenz bräuchte man dann keine Steuergesetze mehr, die den Steueranspruch zwangsläufig dadurch beschränken, indem sie ihn konturieren.

(bb) Steuervorteil eines Dritten

Für die zu betrachteten cum/ex-Gestaltungen, die – hier unterstellt – von Verkäufern und Erwerbern gemeinschaftlich aufgrund von Absprachen vorgenommen werden, könnte sich ein wesentlicher Unterschied durch die Aufnahme eines fremdnützigen Steuervorteils²³¹ in den Tatbestand ergeben haben. Seit 2008 soll es demnach ausreichen, wenn eine Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil bei einem Dritten führt.

Entsteht der Steuervorteil ausschließlich bei einem Dritten, stellt sich dann aber die Frage, bei wem die Rechtsfolge des § 42 AO eintreten soll. Die Rechtsfolgen-Regelung (§ 42 Abs. 1 Satz 3 AO) trifft dazu keine Aussage. Das ist verwunderlich, weil der BFH zuvor gerade aus der Rechtsfolgen-Regelung abgeleitet hat, dass eine Korrektur nach § 42 AO nur bei demjeni-

²²⁶ *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (130 f.).

²²⁷ *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (130 f.).

²²⁸ So *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 20a.

²²⁹ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 20a.

²³⁰ I.d.S. auch *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 23; *Mack/Wollweber*, DStR 2008, 182 (185).

²³¹ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 25.

gen Steuerpflichtigen eintreten kann, bei dem ein gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil eingetreten ist (s.o.)²³². Das kann dann nur der „Dritte“ sein.

Beim diesem „Dritten“ können das dann nur Fälle sein, bei denen der Dritte selbst den Tatbestand des § 42 AO *nicht* erfüllt hat, also selbst keine Gestaltung vorgenommen oder keinen anderen zu einer Gestaltung veranlasst hat, die beim ihm selbst (dem Dritten) zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil geführt hat. Anderenfalls wäre er nicht mehr „Dritter“, sondern hätte bereits als „Steuerpflichtiger“ den Tatbestand des § 42 AO erfüllt.

Hat also ein solcher „Dritter“ den Tatbestand des § 42 AO selbst *nicht* vollständig erfüllt, dann müsste ihm zumindest die Erfüllung des Tatbestandes durch den „Steuerpflichtigen“ wie eine eigene Tatbestandserfüllung zugerechnet werden. Dazu bedürfte es – auch wegen des Prinzips der persönlichen Tatbestandsverwirklichung (§ 38 AO)²³³ – einer ausdrücklichen Zurechnungsnorm, zumindest aber in der Rechtsfolgen-Regelung eine ausdrückliche Rechtsfolgenerstreckung. Eine solche fehlt aber in § 42 Abs. 1 Satz 3 AO.

Zu Recht geht daher die h.M.²³⁴ – entgegen der Auffassung des BMF²³⁵ – davon aus, dass die Aufnahme des „Dritten“ im Wortlaut des § 42 Abs. 2 Satz 1 AO völlig leerläuft. Ein „gemeinschaftlicher“ Gestaltungsmissbrauch kann daher unter der seit 2008 geltenden Rechtslage (§ 42 AO i.d.F. JStG 2008) nicht anders als unter der zuvor geltenden Rechtslage zu beurteilen sein (s.o.). Insbesondere sind die zur alten Fassung entwickelten Maßstäbe des BFH übertragbar²³⁶.

(3) Zusammenfassung

Für die Prüfung von cum/ex-Gestaltungen hat die Änderung des § 42 AO i.d.F. JStG 2008 keine wesentlichen Auswirkungen. Insbesondere die Fragen nach der Eröffnung des Anwendungsbereichs und bei der Beteiligung mehrerer Personen sind letztlich an unveränderten

²³² BFH v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; v. 10.8.2004, I B 2/04, BFH/NV 2005, 239; vgl. bereits BFH v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619; ebenso *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (135); *Hey*, BB 2009, 1044 (1046).

²³³ *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rn. 267; *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (135).

²³⁴ *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rn. 267; *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (135); krit. auch *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 35b; a.A. wohl *Hey*, BB 2009, 1044 (1046): „Korrektur nur beim Dritten“.

²³⁵ AEAO v. 2.1.2008, BStBl. I 2008, 26 (zu § 42 AO, Tz. 2): Korrektur bei allen vom Sachverhalt Betroffenen; so bereits der Bericht des Finanzausschusses zum JStG 2008, BT-Drs. 16/7036, S. 24.

²³⁶ Zur zuvor geltenden Rechtslage BFH v. 24.2.1994, V R 89/92, BStBl. II 1994, 487; v. 23.9.1993, V R 3/93, BFH/NV 1994, 745; v. 19.8.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, 43.

Maßstäben zu beurteilen. Gleiches gilt zumindest bei cum/ex-Gestaltungen auch für die Missbrauchsdefinition in § 42 Abs. 2 AO, weil der BFH bereits zuvor in vergleichbaren Konstellationen auf das Vorliegen eines „gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil“ als das zentrale Missbrauchs-Merkmal abgestellt hat. Die gesetzliche Fixierung der Missbrauchsdefinition kann im Einzelfall jedoch zu restriktiveren Ergebnissen führen. Das gilt insbesondere, wenn man die ebenfalls seit 2008 ausdrücklich normierte Darlegungs- und Beweislastverteilung (§ 42 Abs. 2 Satz 1 und 2 AO) berücksichtigt.

bb) Anwendung der Maßstäbe zu § 42 AO auf cum/ex-Gestaltungen

Will man bei cum/ex-Gestaltungen anhand des aufgezeigten Maßstabes prüfen, ob ein Gestaltungsmissbrauchs vorliegt, ist – selbst bei Vorliegen von Absprachen zwischen mehreren Beteiligten – strikt nach den einzelnen Steuerschuldverhältnissen der einzelnen Beteiligten zu unterscheiden (s.o.), also hier zwischen den Steuerschuldverhältnissen der Inhaberverkäufer, der Leerverkäufer und der Erwerber.

Überdies sind die Änderungen in der fachgesetzlichen Rechtslage zu berücksichtigen, weil sich erst aus dieser ergibt, ob § 42 AO durch eine spezielle Missbrauchsvorschrift verdrängt wird (Eröffnung des Anwendungsbereichs) und ob ein „gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil“ vorliegt (Missbrauchsdefinition). Bei cum/ex-Gestaltungen mit Leerverkäufen führt dies zu einer Differenzierung anhand der bis (einschließlich) 2006 und der durch die Änderungen des JStG 2007²³⁷ von 2007 bis 2011 geltenden Rechtslage.

Lässt sich dabei eine unangemessene Gestaltung bejahen, ist zu untersuchen, ob für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachgewiesen werden können, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind (§ 42 Abs. 2 Satz 2 AO i.S.d. JStG 2008). Da der BFH auch vor 2008 mit „außersteuerlichen Gründe(n) von anzuerkennendem Gewicht“²³⁸ ein entsprechendes Relevanzgebot gefordert hat, das vorgeschobenen Gründen Grenzen setzt²³⁹, dürfte sich auch hier im Maßstab – abgesehen von der Beweislastumkehr – kein Unterschied ergeben. Das gilt insbesondere, weil sich die Frage, wann Gründe „nach dem Gesamtbild der

²³⁷ Insbesondere § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4, § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3, § 45a EStG, eingefügt durch das JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, S. 2878.

²³⁸ BFH v. 4.10.2006, VIII R 7/03, BStBl. II 2009, 772.

²³⁹ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 34; *Drüen*, Ubg 2008, 37.

Verhältnisse“ beachtlich sind, nur im Einzelfall beantworten und kaum allgemein beschreiben lässt²⁴⁰.

Bejaht man schließlich tatbestandlich einen Gestaltungsmissbrauch, entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht (§ 42 AO Abs. 1 Satz 2 AO i.d.F. StÄndG 2001 bzw. § 42 Abs. 1 Satz 3 AO i.d.F. JStG 2008). Die Rechtsfolge verlangt demnach eine *Sachverhaltsfiktion*, also die Subsumtion eines Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand, den der Steuerpflichtige nicht verwirklicht hat (Sachverhaltsaustausch)²⁴¹.

(1) Gestaltungsmissbrauch durch Inhaberverkäufer

(a) Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO beim Inhaberverkäufer

Bei *Inhaberverkäufern* lässt sich eine Sperrwirkung für § 42 AO mit der Abschaffung des § 50c EStG mit Wirkung zum 1.1.2001²⁴² nicht mehr mit dem Bestehen einer besonderen Missbrauchsvorschrift begründen. Die besonderen Regelungen, die über die Steuerbarkeit der Anteilsveräußerungen bei beschränkt Steuerpflichtigen entscheiden (vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, e, Nr. 5, Abs. 2 EStG), dienen nicht der Verhinderung von Gestaltungsmissbräuchen, sondern schlicht zur Begründung und Abgrenzung des deutschen Besteuerungsanspruchs bei grenzüberschreitenden Sachverhalten²⁴³.

(b) Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO beim Inhaberverkäufer

Inhaberverkäufer erzielen einen *Vorteil*, weil es für sie steuerlich günstiger ist, die Dividende mittelbar in einem Veräußerungsgewinn zu realisieren, anstatt sie als Gewinnausschüttung direkt zu vereinnahmen (siehe 1. a/b bb). Fraglich ist aber, ob es sich bei diesem Vorteil im

²⁴⁰ Drüen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 34; Piltz, IStR 2007, 796 f.

²⁴¹ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276; Drüen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Tz. 11 m.w.N. auch der Gegenauffassung.

²⁴² Abgeschafft durch StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433: zur Fortgeltung bei Altfällen s. § 52 Abs. 59 EStG.

²⁴³ Vgl. auch Vogel, StuW 1996, 248 (250), der bei „Künstlergesellschaften“, auf die § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. d EStG Anwendung findet, ebenfalls nicht von einer Missbrauchsnorm ausgeht, im Ergebnis nach einer Abwägung („überwiegende Gründe“) dann aber doch zu einer Sperrwirkung („abschließende Regelung“) gegenüber § 42 AO kommt. Nach hier vertretener Auffassung wäre dann § 42 AO zwar anwendbar, die spezifische Wertung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. d EStG dann aber bei der Frage zu berücksichtigen, ob ein „gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil“ vorliegt.

Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung um einen gesetzlichen nicht vorgesehenen Steuervorteil handelt²⁴⁴.

Der Vorteil beruht darauf, dass das deutsche Steuerrecht bei beschränkt Steuerpflichtigen die Veräußerung von Kapitalanteilen²⁴⁵ günstiger als Gewinnausschüttungen²⁴⁶ behandelt. Würde beides steuerlich gleichbelastet, entstünde kein Vorteil. Es handelt sich daher um einen *Steuervorteil*, der nicht entstanden wäre, wenn die Aktien vor dem Dividendenstichtag nicht veräußert worden wären.

Weiterhin ist zu klären, ob auch das „Halten der Aktien“, also auch das Unterlassen einer Gestaltung, die vergleichsmaßstabsbildende „angemessene, rechtliche Gestaltung“ sein kann. Der BFH hat das bisher bejaht, etwa für das Unterlassen einer „kurzfristigen“ Einlage²⁴⁷ oder einer „kurzfristigen“ Darlehensrückzahlung²⁴⁸. In solchen Konstellationen verwirklicht sich die Unangemessenheit der Gestaltung dann erst in der von vornherein geplanten Rückabwicklung durch einen zweiten Gestaltungsakt (Entnahme oder Darlehensaufnahme), die nach Zweckerfüllung (Erreichung des Steuervorteils) zum Ausgangszustand vor den ersten Gestaltungsakt zurückführt. Gerade in dem Umstand, dass sich die einzelnen rechtlichen Gestaltungen durch gegenläufige Gestaltungen wirtschaftlich wieder neutralisieren bzw. kompensieren, zeigt sich dann den Gestaltungsmissbrauch²⁴⁹.

Dementsprechend kann auch im „Halten der Aktien“ bzw. Unterlassen der Veräußerung die angemessene Gestaltung liegen, wenn man den Verkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag und dem zu diesem Zeitpunkt schon beabsichtigten Rückkauf der Aktien als eine unan-

²⁴⁴ Vor Geltung des § 42 AO i.d.F. JStG 2008 ergibt sich dieser Obersatz unter Heranziehung der Rechtsfolge des § 42 AO i.d.F. StÄndG 2001 als Konkretisierung der Angemessenheitsprüfung (dazu bereits III. 2. aa.).

²⁴⁵ Nicht steuerbar außer der § 49 Abs. 1 Nr. 1 lit. a oder c. (ggfs. i.V.m. Abs. 2) EStG, ggfs. weiter eingeschränkt durch Art. 13 Abs. 4 und 5 OECD-MA.

²⁴⁶ Die KapErSt i.H.v. 26,375 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG; § 3 Abs. 1 Nr. 5, § 4 SolzG) wirkt grundsätzlich abgeltend (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 1 Abs. 3 SolzG), kann aber bei Körperschaften als Anteilseigner nach Maßgabe der § 44 Abs. 9 i.V.m. § 50d EStG auf 15 % reduziert werden. Weitergehende Reduzierungen sind – abhängig von der Beteiligungsquote – bei DBA-Fällen (vgl. Art. 10 Abs. 2 DBA-MA i.V.m. § 50d EStG) und durch Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 43b i.V.m. § 50d EStG) möglich.

²⁴⁷ So etwa BFH v. 21.8.2012, VIII R 32/09, BStBl. II 2013, 16 zur Umgehung von § 4 Abs. 4a EStG; vgl. bereits BFH v. 24.6.1969, I R 174/66, BStBl. II 1970, 205, v. 18.1.1972, R 125/69, BStBl. II 1972, 344 – zur Erlangung der Steuerbegünstigung nach § 10a EStG.

²⁴⁸ So etwa BFH v. 19.6.1985, I R 115/82, BStBl. II 1985, 680 – zur Vermeidung eines der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen am Stichtag durch Rückzahlung und Wiederaufnahme eines Darlehens.

²⁴⁹ Vgl. BFH v. 19.6.1991, IX R 134/86, BStBl. II 1991, 904 m.w.N.; v. 12.9.1995, IX R 54/93, BStBl. II 1996, 158; v. 14.1.2003, IX R 5/00, BStBl. II 2003, 509; v. 17.12.2003, IX R 56/03, BStBl. II 2004, 648; v. 12.7.2012, I R 23/11, BFHE 238, 344.

gemessene Gestaltung ansieht, also der durch beide Gestaltungsakte entstehende Steuervorteil, *gesetzlich nicht vorgesehen* ist.

In seiner Rechtsprechung zu sog. Anteilsrotationen stellt der BFH zunächst klar, dass es grundsätzlich nicht missbräuchlich ist, Gewinnausschüttungen mittelbar in steuerlich günstiger behandelten Veräußerungsgewinnen zu realisieren²⁵⁰. Der erste Gestaltungsakt (Verkauf der Aktien) ist also für sich genommen unproblematisch. Voraussetzung sei aber – so der BFH weiter –, dass die Veräußerung tatsächlich auch gewollt war²⁵¹. Zu vereinen sei das etwa, wenn anstatt der Veräußerung von vornherein eigentlich die Liquidation der GmbH gewollt war²⁵².

Hat der Inhaberverkäufer daher bei der Veräußerung der Aktien von vornherein ihren Rückwerb geplant, was insbesondere durch den parallelen Abschluss der Buy Future-Kontrakte belegt werden kann, sprechen zumindest gewichtige Gründe für die Annahme, dass tatsächlich keine Veräußerung gewollt war. Die Anwendung der steuerlich günstigeren Regelungen über die Anteilsveräußerungsgewinne gegenüber der Besteuerung der Dividenden führt dann im konkreten Fall zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil, mithin zu einer unangemessenen Gestaltung i.S.d. § 42 AO.

Dieses Ergebnis wird zunächst durch die Rechtsprechung zum Dividendenstripping bestätigt. Dort hat der BFH zwar einen Gestaltungsmissbrauch verneint, entscheidungserheblich aber darauf abgestellt, dass § 42 AO schon wegen der speziellen Missbrauchsnorm in § 50c EStG nicht anwendbar war (s.o.)²⁵³. In der näheren Entscheidungsbegründung wird aber gerade und ausschließlich der Vorteil des Verkäufers als ein „gesetzlich nicht vorgesehene Steuervorteil“ angesehen²⁵⁴. Ganz ähnlich findet sich in der BFH-Entscheidung zum Rücklagenmanagement (2006) die Äußerung, dass die Verkäufer einen wirtschaftlichen (Liquiditäts-)Vorteil und damit im Ergebnis einen Steuervorteil aus der Gestaltung gezogen haben, da sie

²⁵⁰ BFH v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, 90; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925.

²⁵¹ BFH v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, 90; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925.

²⁵² BFH v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, 90; v. 19.8.2003, VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925.

²⁵³ BFH v. 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 (532); v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619; v. 20.11.2007, I R 85, BStBl. II, 2013, 287.

²⁵⁴ BFH v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619: „Sind die besonderen tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Konkretisierung erfüllt, dehnt sie (= § 50c EStG a.F.) die Missbrauchsfolgen auf die Person des anrechnungsberechtigten Steuerpflichtigen (= *Erwerber*) aus, obwohl an sich nicht dieser, sondern der Nichtanrechnungsberechtigte (= *Verkäufer*) infolge der „Umweggestaltung“ gesetzlich nicht vorgesehene Steuervorteile zieht.“ (kursive Klammerzusätze nur hier).

den (vorübergehenden) Verlust anrechenbarer Körperschaftsteuer verhindert und dafür einen Kaufpreis erzielt haben²⁵⁵.

Im konkreten Einzelfall stellt sich dann die Frage, ob *außersteuerliche Gründe* für die Gestaltung geltend gemacht werden können. Das als solches nicht auf seine Angemessenheit zu bewertende wirtschaftliche Ziel, einen spekulativen Kursgewinn zu erzielen, scheidet als außersteuerlicher Grund jedenfalls dann aus, wenn der Inhaberverkäufer sein Kursrisiko durch die Buy Future-Kontrakte abgesichert hat (siehe 1. a/b. bb.).

Besteht materiell ein Anspruch auf eine (teilweise) Erstattung der Kapitalertragsteuer (aus § 44 Abs. 9 EStG, § 43b EStG [M-T-R] oder aus einem DBA), stellt sich jedoch die Frage, ob das Ziel, die verfahrensrechtliche Geltendmachung (§ 50d EStG) dieses Anspruchs zu vermeiden, auch als ein außersteuerlicher Grund angesehen werden kann.

Obwohl es dabei zweifellos um eine *steuerverfahrensrechtliche* Regelung handelt, ist das meines Erachtens zu bejahen: Denn wenn der „Steuervorteil“ i.S.d. § 42 AO nur im Sinne eines materiellen Steuervorteils interpretiert werden kann, dann müssen außersteuerliche Gründe hierzu im Komplementärverhältnis stehen, können also auch rein steuerverfahrensrechtliche Vorteile sein.

Für beschränkt steuerpflichtige Aktieninhaber sind die Transaktionskosten zur Durchführung des Erstattungsverfahrens regelmäßig um ein Vielfaches höher als bei einer Realisierung der Dividende in einem Veräußerungsgewinn und anschließenden, durch Buy Future-Kontrakte abgesicherten Rückerwerb der Aktien. Wird letztere Variante gewählt, müssen nämlich keine inländischen Berater zur Durchführung des Erstattungsverfahrens eingeschaltet werden (Kostenfaktor). Außerdem lässt sich die Dividende eingepreist im Veräußerungsgewinn sofort realisieren (Zeitfaktor), was einen durchaus erheblichen Liquiditäts- und Zinsvorteil bedeutet. Wird das Dividenden-Stripping aufgrund solcher Erwägung vorgenommen, handelt es sich meines Erachtens um hinreichend beachtliche außersteuerliche Gründe, die den Missbrauchsvorwurf entfallen lassen.

Greifen dagegen diese außersteuerlichen Gründe im Einzelfall nicht durch und bejaht man daher einen Gestaltungsmissbrauch, ist in der Rechtsfolge der Steuervorteil beim Inhaberverkäufer zu neutralisieren. Dazu muss fingiert werden, dass der Inhaberverkäufer eine kapitalertragsteuerpflichtige Dividende vereinnahmt hat, bei der die Kapitalertragsteuer zu Unrecht ohne Abzug der Kapitalertragsteuer ausgezahlt wurde. Als Gläubiger der Kapitalerträge ist

²⁵⁵ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

der Inhaberverkäufer dann als Schuldner der Kapitalertragsteuer in Anspruch zu nehmen (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 EStG).

(2) Gestaltungsmissbrauch durch Leerverkäufer

Wie bereits oben aufgezeigt, ist bei einem Leerverkäufer zwischen der bis 2006 und der ab 2007 bis 2011 geltenden Rechtslage zu unterscheiden.

(a) Rechtslage bis (einschließlich) 2006

(aa) Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO bei einem Leerverkäufer

In der bis (einschließlich) 2006 geltenden Rechtslage gilt für Leerverkäufer nach Abschaffung des § 50c EStG mit Wirkung zum 1.1.2001²⁵⁶ nichts anderes als für Inhaberverkäufer (dazu bereits IV. 1. a.). Mangels spezieller Missbrauchsvorschriften bleibt § 42 AO anwendbar.

(bb) Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) bei einem Leerverkäufer

Der *Vorteil* eines Leerverkäufers zeigt sich in der Differenz des Veräußerungspreises der Aktien cum Dividende und dem Einkaufspreis der Aktien ex Dividende, die im Rahmen einer Dividendenregulierung auf Nettobasis nur durch die Nettodividende kompensiert wird, ohne dass darüber hinaus eine zweite Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers bei dessen Depotbank erhoben wird (dazu bereits 1. a/b cc).

(aaa) Sonderfallgruppe: (Rück-)Kauf der Aktien durch den einen beschränkt steuerpflichtigen Leerverkäufer

Der Leerverkauf unterscheidet sich vor § 42 AO strukturell dann nicht vom Inhaberverkauf, wenn eigentlich der eigene Erwerb der Aktien durch einen beschränkt steuerpflichtigen Leerverkäufer gewollt war, also bereits beim Leerverkauf geplant war, dass die Aktien nach dem Dividendenstichtag und Lieferung der Aktien an den Erwerber von diesem wieder an den Leerverkäufer zurückverkauft werden.

Als vergleichsmaßstabbildende angemessene Gestaltung wäre hier – anders als Inhaberverkauf – sinnlogisch nicht allein das „Halten der Aktien“, sondern der Erwerb zum Zeitpunkt des Leerverkaufs und das Halten der Aktien über den Dividendenstichtag anzusehen. Im Vergleich zeigt sich dann nämlich der Steuervorteil – wie beim Inhaberverkauf – bereits in der

²⁵⁶ Abgeschafft durch StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433: zur Fortgeltung bei Altfällen s. § 52 Abs. 59 EStG.

steuerlich günstigeren Besteuerung der Anteilsveräußerung gegenüber der Gewinnausschüttung. Ob eigentlich ein Erwerb und Halten und kein Leerverkauf gewollt war, ließe sich objektiv durch den Abschluss eines weiteren Buy Future-Kontraktes auf einen Zeitpunkt nach Lieferung der Aktien an den Erwerber belegen, mit dem der spätere Rückkauf vom Erwerber gegen Kursschwankungen abgesichert wird.

Finden sich im Einzelfall keine außersteuerlichen Gründe für eine solche Gestaltung (zu solchen bereits 3. a. bb. [1] [b]), führt die tatbestandliche Bejahung des Gestaltungsmissbrauchs – wie beim Inhaberverkäufer – zu einer Inanspruchnahme aus der beim Leerverkäufer dann entstandenen Kapitalertragsteuerschuld (s.o.).

(bbb) Typische Konstellationen

Die in der Sonderfallgruppe herangezogene Begründung für den Gestaltungsmissbrauch lässt sich nicht mehr aufrechterhalten, wenn der Leerverkäufer nicht beschränkt steuerpflichtig ist *oder* der Rückkauf an den Leerverkäufer der Aktien nach ihrer Lieferung an den Erwerber nicht von vornherein geplant war.

Wäre der Leerverkäufer unbeschränkt steuerpflichtig gewesen, wäre schon *kein Steuervorteil* durch die mittelbare Realisierung einer Gewinnausschüttung in einem Anteilsveräußerungsgewinn entstanden, weil beides nach § 8b KStG steuerlich gleich zu behandeln war. Und hätte der (auch beschränkt steuerpflichtige) Leerverkäufer den Rückkauf nicht von vornherein geplant, lässt sich nicht mehr begründen, dass der Leerverkauf *tatsächlich nicht gewollt* war, so dass zumindest durch die Vermeidung einer Vereinnahmung der Gewinnausschüttung kein *gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil* entstanden ist.

Der verblüffende Effekt ist aber, dass der oben aufgezeigte *Vorteil* des Leerverkäufers (siehe ebrents 1. a/b. cc.) in beiden aufgezeigten Konstellationen (unbeschränkt steuerpflichtiger Leerverkäufer oder kein geplanter Rückkauf) ebenso in Höhe der Kapitalertragsteuer²⁵⁷ entstanden wäre. Es stellt sich dann die hier entscheidende Frage, ob dieser Vorteil des Leerverkäufers ebenfalls als ein *Steuervorteil* qualifiziert werden kann, der im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung als gesetzlich nicht vorgesehen angesehen werden kann.

Als die vergleichsmaßstabbildende angemessene Gestaltung, bei der kein Vorteil entsteht, wäre hier ein Leerverkauf über den Dividendenstichtag anzusehen, bei dem der Leerverkäufer sich die Aktien nicht erst *nach* dem Dividendenstichtag ex Dividende beschafft, sondern be-

²⁵⁷ Bei Abschluss eines Buy Future-Kontraktes reduziert um die Differenz, die der Buy Futurepreis über den theoretischen Ex-Kurs der Aktien liegt (dazu bereits 1. a/b cc.).

reits *vor* dem Stichtag cum Dividende. Der Vorteil wäre dann schon deshalb entfallen, weil keine Differenz zwischen dem Verkaufspreis der Aktien (cum Dividende) und Einkaufspreis der Aktien (ebenfalls cum Dividende) mehr besteht. Als unangemessene Gestaltung kann dann folglich nicht allein der Leerverkauf, sondern nur der Leerverkauf (erster Gestaltungsakt) *und* die Beschaffung der zur Lieferung bestimmten Aktien erst *nach* dem Dividendenstichtag angesehen werden (zweiter Gestaltungsakt).

Stellt man nun die Frage, ob der sich aus diesem Vergleich ergebene Vorteil auch ein *Steuer*vorteil ist, lässt sich zunächst erkennen, dass dieser Steuervorteil zumindest nicht beim Erwerber in Form eines Anrechnungs- oder Erstattungsanspruchs der Kapitalertragsteuer entstanden ist. Denn diese Ansprüche des Erwerbers entstehen unabhängig davon, ob der Leerverkäufer durch eine Beschaffung der Aktien erst *nach* anstatt *vor* dem Dividendenstichtag einen eigenen Vorteil erzielt²⁵⁸.

Der Vorteil der Erwerbers ist vielmehr gerade deshalb vom Zeitpunkt des Beschaffungsaktes abhängig, weil bei einer Beschaffung nach dem Dividendenstichtag die Kapitalertragsteuer weder im Einkaufspreis eingepreist ist noch im Falle eines Leerverkaufs im Rahmen der Dividendenregulierung zu kompensieren ist. Der Leerverkäufer kann dabei schon am Beschaffungszeitpunkt und am Einkaufspreis erkennen, dass er Aktien zur Erfüllung verwenden wird, die bereits dem Vorverkäufer neben der Originaldividende regelmäßig auch einen Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch der Kapitalertragsteuer vermittelt haben. Durch den Leerverkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag (cum Dividende) nimmt er ebenso billigend in Kauf, dass beim Erwerber ebenfalls ein gesetzlicher Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch der Kapitalertragsteuer entsteht.

Folglich nimmt der Leerverkäufer zumindest auch billigend in Kauf, dass durch seine Gestaltung einmal mehr Kapitalertragsteuer angerechnet oder erstattet als erhoben wird. Sein Vorteil zielt nämlich genau darauf ab, sich das Fehlen einer zweiten Erhebung der Kapitalertragsteuer wirtschaftlich in der Differenz zwischen Verkaufspreis und Einkaufspreis der Aktien zu Nutze zu machen. Das scheint auf den ersten Blick eindeutig dafür zu sprechen, hier zumindest bei einer wertenden Betrachtung einen „Steuervorteil“ anzunehmen. In dieser Wertung spiegelt sich auch die allgemeine Empörung wieder, die gegen cum/ex-Gestaltungen medial hervorgebracht wird.

²⁵⁸ Dabei wird hier davon ausgegangen, dass auch der Erwerber nach einem Leerverkauf nach der Gesetzeslage – also ohne Anwendung des § 42 AO – einen Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch hat. Andernfalls würde sich eine Prüfung von § 42 AO von vornherein erübrigen (s.o.).

Würde man dieser Sichtweise weiter folgen, ließe sich auch begründen, dass dieser „Steuer-vorteil“ *gesetzlich so nicht vorgesehen* war. Ohne konkrete gegenteilige Anhaltspunkte kann m.E. nämlich vermutet werden, dass der Gesetzgeber kein Kapitalertragssteuersystem schaffen wollte, bei dem jemand aus dem Umstand einen (Steuer-)vorteil ziehen kann, dass mehr Kapitalertragsteuer angerechnet bzw. erstattet als erhoben wird. Zwar ließe sich einwenden, dass das Problem im BMF bereits seit 2002 bekannt war²⁵⁹. Aus dem bloßen Unterlassen einer Initiierung einer Gesetzesänderung auf der *Ministerialebene* lässt sich aber nicht ableiten, dass der *Gesetzgeber* den Vorteil von 2002 bis 2006 stillschweigend gebilligt hat.

Selbst wenn man überdies davon ausgeht, dass der Leerverkäufer keine außersteuerlichen Gründe für die Gestaltung vorbringen kann, spricht jedoch ein gewichtiges und meines Erachtens durchgreifendes Argument gegen die wertende Annahme, den der Vorteil des Leerverkäufers als ein *Steuervorteil* anzusehen.

Das Argument entspringt aus der zwingenden Rechtsfolge des § 42 AO, wonach der Steueranspruch so entsteht, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstanden wäre. Als fingierter Sachverhalt müsste demnach eine Beschaffung der Aktien vor dem Dividendenstichtag zugrunde gelegt werden. Es lässt sich dann aber schon nicht begründen, dass dies anstatt einer Beschaffung der Aktien nach dem Dividendenstichtag *tatsächlich so gewollt* war.

Darüber hinaus entscheidend ist aber, dass durch die Beschaffung *vor* dem Dividendenstichtag beim Leerverkäufer kein (höherer) Steueranspruch entsteht. Vielmehr hätte sich dann nur der wirtschaftliche Vorteil reduziert, der sich aus der nicht in der Dividendenregulierung reduzierten Differenz zwischen Veräußerungspreis (cum) und Einkaufspreis (ex) ergibt und der Höhe nach der Kapitalertragsteuer entspricht. Insbesondere führt die Zugrundelegung des fingierten Sachverhalt nicht dazu, dass beim Leerverkäufer die Tatbestandsvoraussetzungen für die Stellung als Schuldner (§ 44 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 2 EStG) aus der nicht erhobenen (zweiten) Kapitalertragsteuer erfüllt sind. Würde man hier aufgrund der oben aufgezeigten, wertenden Betrachtung gleichwohl das Entstehen einer zweiten Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers annehmen, würde man daher keinen fingierten Sachverhalt zugrunde legen, sondern die Vorschriften über die Schuldnerschaft der Kapitalertragsteuer (§ 44 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 2 EStG) für den Leerverkäufer *analog* anwenden. Die Rechtsfolge

²⁵⁹ Vgl. die Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken v. 20.12.2002 und v. 9.1.2003 an das Bundesministerium (liegen dem Autor in Kopie vor).

„Analogie“ sieht § 42 AO aber gerade nicht vor²⁶⁰. Daher kann gerade *nicht* aufgrund einer wertenden Betrachtung davon ausgegangen werden, dass der Leerverkäufer einen eigenen *Steuervorteil* erzielt hat. Ein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO liegt daher nicht vor.

(b) Rechtslage ab 2007 (bis einschließlich) 2011

Mit dem JStG 2007²⁶¹ wurde mit Geltung seit 2007 bis (einschließlich 2011) die Rechtslage für Leerverkäufer dahingehend geändert, dass eine inländische Depotbank im Falle eines Leerverkaufs verpflichtet wurde, eine zweite Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers zu erheben (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F.).

(aa) Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO bei einem Leerverkäufer

Handelt es sich bei der Regelung um eine besondere Missbrauchsvorschrift gegen Gestaltungen des Leerverkäufers, wäre der Anwendungsbereich des § 42 AO ab 2007 bis (einschließlich) 2007 nicht mehr eröffnet. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln (s.o.).

In der Gesetzesbegründung wurde die Norm – anders als andere Neuregelungen im JStG 2007²⁶² – nicht ausdrücklich als spezielle Missbrauchsvorschrift bezeichnet. Allein die Umstände, dass die Neuregelung zur „Verringerung von Steuerausfällen“²⁶³ dienen sollte und die „negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen insoweit verringert werden“²⁶⁴ sollten, reichen für die Annahme einer besonderen Missbrauchsvorschrift nicht aus. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich aber auch, dass die Neuregelung darauf abzielt, den „Leerverkäufer zusätzlich mit einem Ausgleichsanspruch in Höhe der Kapitalertragsteuer (zu) belasten“²⁶⁵.

Die Ausführungen zur bis (einschließlich) 2006 geltenden Rechtslage (s.o.) haben jedoch gezeigt, dass die Gestaltung des Leerverkäufers auch wegen der Nichterhebung der zweiten Kapitalertragsteuer zu seinen Lasten dazu geführt hat, dass mehr Kapitalertragsteuer angerechnet bzw. erstattet als erhoben wurde. Sieht man in der Schaffung des § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F. die gegenüber § 42 AO vorrangige gesetzgeberische Wertung, dass eine solche Gestaltung missbräuchlich ist, ist § 42 AO auch nicht anwendbar, wenn die spezielle Miss-

²⁶⁰ Zutreffend Hey, DStR 2014, Beihefter zu Heft 8, 8 (10).

²⁶¹ JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, S. 2878.

²⁶² Vgl. die Gesetzesbegründung zum JStG 2007, BT-Drs. 16/2712, S. 60 („Missbrauchsregelung“ zu 50d Abs. 3 EStG-E) und S. 50 („Verhinderung von Umgestaltungsgestaltungen“ zu § 20 Abs. 2b EStG-E).

²⁶³ Gesetzesbegründung zum JStG 2007, BT-Drs. 16/2712, S. 46 (unten).

²⁶⁴ Gesetzesbegründung zum JStG 2007, BT-Drs. 16/2712, S. 47.

²⁶⁵ Gesetzesbegründung zum JStG 2007, BT-Drs. 16/2712, S. 48.

brauchsnorm nicht anwendbar ist (s.o.). Das wäre in allen Konstellationen der Fall, in denen der Verkäufer den Leerverkauf über eine *ausländische* Depotbank abwickelt hat.

Objektiv-teleologisch könnte jedoch gegen diese Annahme sprechen, dass es eigentlich keinen Sinn macht, einen Leerverkauf unter Einschaltung einer inländischen Depotbank typisierend als missbräuchlich zu betrachten, unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank dagegen nicht. Genauer betrachtet widerlegt dieses Argument aber nicht den Charakter des § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F. als Missbrauchsvorschrift, sondern zeigt bereits dessen defizitäre Ausgestaltung auf. Berücksichtigt man zudem, dass der Gesetzgeber das bisherige System nur minimal invasiv beeinträchtigen wollte, es also – anders als bei der 2012 erfolgten Systemumstellung – insbesondere bei einer Dividendenregulierung auf Nettobasis belassen wollte, spricht dies für die Annahme, dass es sich bei § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F. um eine besondere Missbrauchsvorschrift handelt.

Folgt man dem nicht, ist § 42 AO nicht bereits auf der Konkurrenzebene auszuschließen. Bei der Anwendung des § 42 AO ist dann die § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F. zu entnehmende Wertung bei der Frage zu berücksichtigen, ob tatbestandlich ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt, also insbesondere, ob es sich um einen „gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil“ handelt.

(bb) Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO bei einem Leerverkäufer

Unter Geltung des § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F. wird man die vergleichsmaßstabbildende angemessene Gestaltung nicht mehr allein in einem Leerverkauf sehen können, bei dem die zur Erfüllung bestimmten Aktien erst *nach* dem Dividendenstichtag erworben werden (s.o.). Denn wird ein solcher Leerverkauf unter Einschaltung einer *inländischen* Depotbank abgewickelt, wurde zu Lasten des Leerverkäufers eine zweite Kapitalertragsteuer erhoben (§ 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG). Die unangemessene Gestaltung kann daher allein in einem Leerverkauf unter Einschaltung einer *ausländischen* anstatt einer *inländischen* Depotbank seitens des Leerverkäufers gesehen werden.

Das gilt im Übrigen auch für die bereits oben aufgezeigte *Sonderfallgruppe* eines von vornherein geplanten Rückerwerbs der Aktien durch einen beschränkt steuerpflichtigen Leerverkäufer (s.o.). Schaltet der beschränkt steuerpflichtige Leerverkäufer eine inländische Depotbank ein, wird auch der erst durch den Rückkauf verwirklichte Steuervorteil (Vermeidung der Kapitalertragssteuerbelastung auf die Gewinnausschüttung) durch Erhebung der zweiten Kapitalertragsteuer wieder neutralisiert, so dass im Ergebnis kein Steuervorteil entsteht.

Schaltet der Leerverkäufer dagegen eine *ausländische* Depotbank ein, lässt sich – anders als in der bis (einschließlich) 2006 geltenden Rechtslage – in allen Konstellationen in der Vermeidung der Erhebung einer zweiten Kapitalertragsteuer zu seinen Lasten des Leerverkäufers auch unproblematisch ein *Steuervorteil* erkennen.

Die entscheidende Frage ist dann, ob dieser Steuervorteil *gesetzlich nicht vorgesehen* war. Das wäre jedenfalls nicht der Fall, wenn sich belegen lässt, dass der Gesetzgeber § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG a.F. bewusst auf inländische Depotbanken beschränkt bzw. ausländische Depotbanken bewusst ausgeklammert hat.

Zieht man zunächst die Gesetzesbegründung und die Entstehungsgeschichte heran, wird man das bejahen müssen. In der Gesetzesbegründung heißt es nämlich: „Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die negativen Auswirkungen auf das Steuereinkommen *insoweit* verringert werden, als das *inländische* Kredit- oder Finanzinstitut des Leerverkäufers zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet wird.“²⁶⁶ (Hervorhebungen nur hier). Schaut man noch tiefer in die Entstehungsgeschichte, lässt sich erkennen, dass das 2007 umgesetzte System von den vom Bundesverband der Banken vorgeschlagen wurde, die das BMF im Vorfeld mit mehreren Schreiben und „Formulierungshilfen“ unterstützt haben. In einem dieser Schreiben²⁶⁷ heißt es wörtlich: „Nicht erfassbar sind die über ausländische Banken oder Verwahrstellen vorgenommene Leerverkäufe, da diese Institute nicht zur Einbehaltung und Abführung der deutschen Kapitalertragsteuer verpflichtet werden können.“

Demnach war die Gesetzeslücke bereits im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens bekannt, wurde dann ausdrücklich in der Gesetzesbegründung erwähnt und ist dann auch entsprechend umgesetzt worden. Das bestätigt den bereits oben aufgezeigten Befund, dass es dem Gesetzgeber wichtiger war, das bisherige System der Dividendenregulierung auf Nettobasis aufrechtzuerhalten anstatt die (Steuer-)Vorteile bei allen Leerverkäufern zu erfassen. Liegt demnach in der Nichterhebung der zweiten Erhebung der Kapitalertragsteuer bei einer ausländischen Depotbank eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, kann in dieser Nichterhebung auch kein gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil gesehen werden.

Verneint man daher nicht schon den Anwendungsbereich des § 42 AO auf Konkurrenzebene (s.o.), fehlt es jedenfalls mangels eines gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteils schon an

²⁶⁶ Vgl. Gesetzesbegründung zum JStG 2007, BT-Drs 16/2712, S. 47.

²⁶⁷ Schreiben des Bundesverbandes der Banken v. 20.12.2002, S. 4 (liegt dem Autor in Kopie vor). Ferner weisen mehrere Bankenverbände im Schreiben vom 23.1.2006, S. 2 (liegt dem Autor in Kopie vor) die Verbände darauf hin, dass zumindest „inländische Zweigstellen eines ausländischen Kreditinstituts“ zum Einbehalt verpflichtet werden müssten.

einer unangemessenen Gestaltung (2007) bzw. an einer missbräuchlichen Gestaltung i.S.d. § 42 Abs. 2 Satz 1 AO (2008 bis 2001).

Würde man in der Einschaltung einer ausländischen anstatt einer inländischen Depotbank gleichwohl als einen Gestaltungsmissbrauch sehen, müsste zudem geprüft werden, ob eine solche Auslegung des § 42 AO mit den *EU-Grundfreiheiten* im Einklang steht. Da es hier nicht um die Aktiengeschäfte selbst, sondern nur um eine Einschaltung einer ausländischen Depotbank geht, wäre das Auslegungsergebnis vorrangig an der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) zu messen. Diese schützt – anders als die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) – keine Drittstaaten-Fälle, so dass allein die Einschaltung einer EU-ausländischen Depotbank unter den Schutzbereich fällt.

Zwar lässt sich eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) grundsätzlich mit dem Ziel rechtfertigen, einen Steuermissbrauch zu vermeiden. Voraussetzung wäre dann aber, dass es sich um eine rein künstliche Gestaltung handelt, die nur dazu dient, die Steuerentstehung im Inland zu umgehen²⁶⁸. Eine rein künstliche Gestaltung lässt sich aber nur annehmen, wenn der Leerverkäufer ein Steuerinländer ist und bewusst anstatt einer inländischen eine ausländische Depotbank einschaltet. Die Künstlichkeit entfällt dagegen, wenn der Leerverkäufer in einem EU-ausländischen Staat ansässig ist und die Aktiengeschäfte über eine in seinem Heimatland ansässige Depotbank abwickelt. Im Gegenteil wäre es dann gerade eine künstliche Gestaltung, wenn ein EU-ausländischer Leerverkäufer eine in Deutschland ansässige Depotbank einschalten müsste, um dem Missbrauchsvorwurf zu entgehen. Im Übrigen begründen nach dem EuGH weder steuerliche Vorteile noch die Wahl einer grenzüberschreitenden Gestaltung für sich genommen einen Missbrauch²⁶⁹.

²⁶⁸ Vgl. EuGH v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 (Tz. 55) – *Cadbury Schweppes*; v. 13.3.2007, C-524/04, Slg. 2007, I-2107 (Tz. 74) – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; v. 5.7.2012, C-318/10, HFR 2012, 1208 (Tz. 40) – *SIAT*; folgend der Bericht des Finanzausschusses zum JStG 2008, BT-Drs. 16/7036, S. 24; AEAO v. 2.1.2008, BStBl. I 2008, 26 (zu § 42 AO, Tz. 2.2); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Tz. 18, 19; *Hey*, BB 2009, 1046.

²⁶⁹ Vgl. EuGH v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 (Rn. 69) – *Cadbury Schweppes*; v. 5.7.2012, C-318/10, HFR 2012, 1208 (Tz. 51) – *SIAT*.

(3) Gestaltungsmissbrauch durch Erwerber

(a) Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 42 AO bei einem Erwerber

Auch für die *Erwerber* lässt sich eine Sperrwirkung für § 42 AO mit der Abschaffung des § 50c EStG mit Wirkung zum 1.1.2001²⁷⁰ nicht mehr mit dem Bestehen einer besonderen Missbrauchsvorschrift begründen. Die mit dem JStG 2007 geschaffenen Regelungen für einen Erwerb von einem Leerverkäufer (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG und § 45a Abs. 3 EStG) dienen nicht der Vermeidung einer Steuerumgehung. Sieht man die Neuregelungen als Klarstellungen der bisherigen Rechtslage an²⁷¹, beschränken sie noch nicht einmal einen Steuervorteil. Sieht man sie dagegen als konstitutiv an²⁷², begründen sie zwar erstmals nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG eine Steuerbarkeit von Dividendenkompensationen nach Leerverkäufen, wenn die Geschäfte der privaten Vermögenssphäre des Erwerbers zugeordnet werden. Es ist aber nicht ersichtlich, dass diese Erweiterung der Steuerbarkeit gerade der Vermeidung einer Steuerumgehung dienen sollte, zumal die Dividendenkompensationen nach Leerverkäufen auch nach der bis 2006 umgesetzten Rechtspraxis bei Privatanlegern unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG gefasst wurden²⁷³.

(b) Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO bei einem Erwerber

Erwerber erzielen allein durch die Aktiengeschäfte (Kauf und Verkauf) und die Vereinnahmung der Dividendenausschüttung keinen Vorteil („Nullsummenspiel“). Vielmehr liegt ihr wirtschaftlicher Vorteil in den Future-Geschäften (dazu bereits 1. a/b dd). Gleichwohl handelt es bei der Erstattung der Kapitalertragsteuer (Art. 10 Abs. 3 lit. b DBA-USA) oder ihrer Anrechnung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 EStG) und der gewinnmindernden Anerkennung des Veräußerungsverlusts (§ 8b Abs. 7 KStG) zumindest um steuerlich vorteilhafte Regelungen.

²⁷⁰ Abgeschafft durch StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433: zur Fortgeltung bei Altfällen s. § 52 Abs. 59 EStG.

²⁷¹ *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3102); *Desens*, DStZ 2012, 142 (146 f.); *ders.*, DStZ 2012, 246 (248 f.). Selbst wenn man Dividendenkompensationen nach Leerverkäufen zutreffend als Schadensersatz qualifiziert, dürfte es sich um eine Entschädigung handeln, die als Ersatz für entgangene Einnahmen über § 24 Abs. 1 Nr. 1 EStG unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG zu fassen sind.

²⁷² So *Seip/Fülbier*, BB 2007, 477 (479); *Rau*, DStR 2007, 1192; *ders.*, DStR 2011, 510 (511); *ders.*, DStR 2011, 510 (511); *ders.*, FR 2011, 366; *Bruns*, DStR 2010, 2061 (2063), *Intemann*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Anm. 110 u. 113, wobei regelmäßig ohne nähere Begründung vertreten wird, der Gesetzgeber habe einen neuen Steuertatbestand geschaffen.

²⁷³ Wiedergabe dieser Praxis (indes ohne ausdrücklichen Bezug auf den Privatanleger) in der Gesetzesbegründung zum JStG 2007, BT-Drs. 16/2712, S. 47.

Entscheidend ist demnach, ob man die Erstattung oder die Anrechnung und Verlustrealisierung durch die vorgenommene Gestaltung im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung als einen gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil anzusehen kann.

Betrachtet man hierzu zunächst die Rechtsprechung des BFH zu Gestaltungen, bei denen Kapitalanteile nach Absprachen erworben wurden, die Gewinnausschüttung vereinnahmt wurde und die Kapitalanteile wieder veräußert wurden (oder die Gesellschaft liquidiert wurde), ist das Ergebnis eindeutig: Auch wenn der BFH teilweise einen Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO a.F. beim Verkäufer angenommen hatte, wurde dieser trotz des Vorliegens von Absprachen beim Erwerber stets verneint.

Bei den sog. Anteilsrotationen hat es der BFH nicht als missbräuchlich, sondern als konsequent angesehen, wenn der Erwerber der Aktien nach der Gewinnausschüttung eine Teilwertabschreibung auf die Beteiligung vornimmt, weil er sonst einen Beteiligungsertrag zu versteuern hätte, den er in der Form von Anschaffungskosten auf die Beteiligung bereits zuvor bezahlt hat²⁷⁴. Zum sog. Rücklagenmanagement hat der BFH ergänzt, dass es ebenfalls nicht missbräuchlich sei, wenn Aktien nicht zum Zwecke einer dauerhaften Kapitalanlage erworben werden, sondern nur kurzfristig wegen der ins Auge gefassten Gewinnausschüttung²⁷⁵. Es gebe auch keinen Rechtsgrundsatz – so der BFH weiter –, der es geböte, dass vorhandene Anrechnungsguthaben nur Altgesellschaftern zugute kommen dürften; ausschlaggebend sei allein, wem die Anteile im Ausschüttungszeitpunkt wirtschaftlich zuzurechnen seien (vgl. § 20 Abs. 2a EStG [= § 20 Abs. 5 EStG])²⁷⁶.

Der BFH verneint einen „Steuervorteil“ sogar dann, wenn der wirtschaftliche Erfolg auf ein Angebot des Erwerbers zur Anteilsübertragung und seine (wenn auch modellhafte) Umsetzung zurückzuführen ist²⁷⁷. Trotz der Absprachen lag daher kein Gestaltungsmissbrauch beim Erwerber vor, weil sich die wirtschaftlichen Interessenlagen des Verkäufers und des Erwerbers voneinander unterscheiden, auch wenn die wechselseitigen Vorteile die Beteiligten veranlassen haben mögen, in der geschehenen Weise miteinander zu kontrahieren²⁷⁸. Es gebe auch

²⁷⁴ BFH v. 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, 90.

²⁷⁵ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276; a.A. Hess. FG v. 2.3.2005, 4 K 223/02 u.a., EFG 2005, 1587.

²⁷⁶ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

²⁷⁷ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

²⁷⁸ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

keinen Rechtsgrundsatz, wonach die Besteuerung beim Erwerber von jener beim Veräußerer abhängig wäre²⁷⁹.

Bestätigt wird diese Linie auch in der Rechtsprechung des BFH zum sog. Dividendenstripping. Dort nimmt der BFH zwar wörtlich „gesetzlich nicht vorgesehene Steuervorteile“ beim Verkäufer an, verneint sie aber ausdrücklich für den Erwerber²⁸⁰. Letzterer erhalte (nur) das, was ihm nach der gesetzlichen Konzeption auch de iure zustehe²⁸¹.

Legt man diese von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zugrunde, wird man weder bei einem Erwerb von einem Inhaber- noch von einem Leerverkäufer und auch unabhängig davon, ob Absprachen zugrunde lagen, einen Gestaltungsmissbrauch beim Erwerber annehmen können.

Absprachen sind unschädlich, solange sie nicht den wirtschaftlichen *Interessensgegensatz* zwischen Verkäufer und Erwerber aufheben, was nicht der Fall ist, wenn die Aktiengeschäfte und auch die zugrunde liegenden Futuregeschäfte zu marktüblichen Preisen abgewickelt werden.

Die bei cum/ex-Gestaltungen insbesondere aufgeworfene Frage, ob der Erwerber nach einem Leerverkauf einen Anspruch auf Erstattung oder Anrechnung zusteht, entscheidet sich daher allein danach, ob die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Liegen diese vor, liegt auch kein „gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil“ und damit auch kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vor²⁸².

Das Ergebnis wird auch durch eine weitere Kontrollüberlegung bestätigt. Um in der Geltendmachung der Anrechnung einen gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil zu sehen, müsste die vergleichsmaßstabsbildende angemessene Gestaltung das Unterlassen der Aktiengeschäfte und der Futuregeschäfte sein. Ein solches Unterlassen war aber wirtschaftlich nicht gewollt. Vielmehr sollte wirtschaftlich genau der Erfolg eintreten, der durch den Erwerb der Aktien vor dem Dividendenstichtag und ihre Veräußerung nach dem Stichtag eingetreten ist. Gerade bei einem Erwerb von einem Leerverkäufer lässt sich auch nicht annehmen, dass der Erwerb von einem Inhaberverkäufer die angemessene Gestaltung gewesen wäre. Wie nämlich bereits

²⁷⁹ BFH v. 28.6.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276.

²⁸⁰ BFH v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619 – wörtlicher Nachweis in Fn. 105; ebenso bereits Hess. FG v. 2.12.1997, 4 K 3180/94, EFG 1997, 825 (833).

²⁸¹ BFH v. 17.5.2000, I R 19/98, BStBl. II 2000, 619.

²⁸² IErg. so bereits FG Hamburg, Gerichtsbescheid v. 6.10.2010, 6 K 22/10 (unveröffentlicht und nicht rkr.); Seer/Krumm, DStR 2013, 1757 (1764).

aufgezeigt wurde, macht es für den Erwerber wirtschaftlich keinen Unterschied, ob er absprachegemäß mit einem Inhaber- oder Leerverkäufer kontrahiert. Der Erwerb von einem Leerverkäufer bringt daher im Vergleich zum Erwerb von einem Inhaberverkäufer schon keinen wirtschaftlichen Vorteil und erst recht keinen Steuervorteil.

Letztlich wird man für die Aktiengeschäfte der Erwerber auch *außersteuerliche* Gründe anführen können. Sie dienen diesen nämlich zur Absicherung ihrer Futuregeschäfte, aus denen die Erwerber ihren eigentlichen wirtschaftlichen Vorteil ziehen (dazu bereits 1. a/b dd).

(4) Zusammenfassung

Ein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO kann bei einem Inhaberverkäufer vorliegen, der vor dem Dividendenstichtag die Aktien verkauft, dann Aktien – wie schon beim Verkauf geplant – zurück erwirbt und das Kursrisiko durch Futuregeschäfte absichert. Bis (einschließlich) 2006 gilt das auch für einen beschränkt steuerpflichtigen Leerverkäufer, der die Aktien nach dem Leerverkauf (zurück)kauft, wenn der Rückkauf schon beim Leerverkauf geplant war und das Kursrisiko durch Futuregeschäfte abgesichert wird. Im Einzelfall kann ein Gestaltungsmissbrauch hier jedoch durch beachtliche außersteuerliche Gründe widerlegt werden, wenn der Verkäufer aufzeigen kann, dass ihn die Vermeidung von Beratungskosten sowie Liquiditäts- und Zinsvorteile dazu bewogen haben, die Dividende eingepreist in einem Veräußerungsgewinn zu realisieren.

Bis (einschließlich) 2006 liegt dagegen kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vor, wenn der Leerverkäufer unbeschränkt steuerpflichtig ist oder ein Rückkauf der Aktien nicht – wie zuvor geplant – durchgeführt wurde. Es fehlt dann bereits am Merkmal eines *Steuervorteils* des Leerverkäufers.

Ab 2007 bis (einschließlich) 2011 liegt bei allen Leerverkäufen über den Dividendenstichtag kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vor. Sieht man in § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 3 EStG nicht schon eine spezielle Missbrauchsnorm, die eine Anwendung des § 42 AO sperrt, fehlt zumindest das Missbrauchsmerkmal, dass der Steuervorteil *gesetzlich nicht gesehen* war.

Bei Erwerbem lässt sich unabhängig davon, ob der Vertragspartner ein Inhaber- oder Leerverkäufer ist und zwischen dem Erwerber und dem Vertragspartner Absprachen zugrunde lagen, kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO annehmen. Es fehlt bei den Erwerbem am gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil.

b) Vorliegen einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO)

Eine Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO setzt u.a. voraus, dass jemand den Finanzbehörden oder anderen Behörden über *steuerlich erhebliche Tatsachen* unrichtige und unvollständige Angaben macht oder die Finanzbehörden pflichtwidrig über *steuerlich erhebliche Tatsachen* in Unkenntnis lässt (= Tathandlung) und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt (= Taterfolg). § 370 Abs. 2 AO erklärt auch den Versuch für strafbar.

(1) Ob der Taterfolg eingetreten ist, lässt sich ohne die materielle Vorfrage nicht beantworten, ob ein Erwerber *steuerrechtlich* einen Anspruch auf eine Erstattung der Kapitalertragsteuer hat. Stellt sich also heraus, dass in einem Fall die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, kommt eine Steuerhinterziehung schon aus diesem Grund nicht mehr in Betracht. Diese steuerrechtliche Frage ist bisher noch nicht geklärt. Das macht die Beurteilung bereits hier so schwierig.

Die Strafgerichte müssen diese Frage selbständig klären und sind nicht darauf angewiesen, zuzuwarten, ob ein Rechtsstreit hinsichtlich der steuerrechtlichen Frage vor der Finanzgerichtsbarkeit abschließend geklärt ist (vgl. aber § 396 AO: „kann“ aussetzen). Das kann im schlimmsten Fall bedeuten, dass ein Bürger wegen Steuerhinterziehung verurteilt wird, aber in der fachlich für das Steuerrecht einschlägigen Finanzgerichtsbarkeit festgestellt wird, dass der Anspruch auf Erstattung der Kapitalertragsteuer zur Recht geltend gemacht wurde.

(2) Selbst wenn sich am Ende des Tages herausstellen sollte, dass die Anspruchsvoraussetzungen für eine Erstattung oder Anrechnung der Kapitalertragsteuer steuerrechtlich nicht vorlagen (sei es nach dem Gesetz oder unter Heranziehung von § 42 AO), folgt daraus nur dann eine Steuerhinterziehung, wenn eine der Tathandlungsalternativen (vorsätzlich) begangen wurde.

Bereits der objektive Tatbestand setzt demnach voraus, dass über *steuererhebliche Tatsachen* unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht wurden oder die Finanzbehörden über solche in Unkenntnis gelassen wurden. Welche Tatsachen steuererheblich sind, lässt sich nicht ohne eine *rechtliche Bewertung* des Sachverhalts ermitteln. Ausgangspunkt ist dabei das Gesetz. Soweit es Rechtsprechung oder eine (veröffentlichte) Verwaltungsauffassung gibt, sind diese in die Prüfung einzubeziehen.

Die nach meinem Wissenstand erste veröffentlichte Rechtsauffassung zum cum/ex-Geschäften stammt aus der Gesetzesbegründung des JStG 2007 (BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.) vom

25.9.2006, der unmissverständlich und eindeutig die Rechtsauffassung zugrunde liegt, dass der Erwerber auch nach einem Leerverkauf einen Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer hat. Zwar wird die Eindeutigkeit teilweise bestritten.²⁸³ In seiner Entscheidung von 2014 hat der BFH aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Gesetzesbegründung insoweit eindeutig ist.²⁸⁴

Macht daher ein Erwerber einen Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer geltend, weil er die Rechtsauffassung zugrunde legt, dass er selbst im Falle eines Leerverkaufs diesen Anspruch hat, handelt er auf Grundlage einer Rechtsauffassung, die ebenso bereits die Bundesregierung im JStG 2007 vertreten hat. Legt er hier – unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Anforderungen – die steuererblichen Tatsachen offen, fehlt es bereits am objektiven Tatbestand einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO).²⁸⁵

²⁸³ BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.

²⁸⁴ BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.

²⁸⁵ In diesem Sinne bereits *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1814 (1815 ff.).