

Parlamentarischer Untersuchungsausschuss „Cum/Ex Steuergeldaffäre“

Christoph Spengel, Universität Mannheim



Sachverständigenanhörung

Rathaus Hamburg

7. Mai 2021

Gegenstand

Gegenstand der auf den Untersuchungsauftrag bezogenen Sachverständigenanhörung sollen insbesondere drei Fragestellungen sein:

- 1) Allgemeine Funktionsweise von Cum/Ex-Geschäften
- 2) Rechtliche Bewertung von Cum/Ex-Geschäften durch die Finanzverwaltung, die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft (insbesondere ab dem Jahr 2016)
- 3) Voraussetzungen für die Rückgängigmachung einer bereits erfolgten Anrechnung von Kapitalertragsteuer bei Cum/Ex-Geschäften

Die wesentlichen Ausführungen finden sich in diesem Foliensatz.

Ausführliche Erörterungen und rechtliche Würdigungen von Cum/Ex-Geschäften finden sich in

Spengel, C./Eisgruber, T., Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum Ex Geschäften, DStR 2015, S. 785-801

Spengel, C., Unzulässige Verrechnungspraxis deutscher Banken bei Cum/Ex-Geschäften, FR 2017, S. 545-553

sowie in dem Gutachten für den Cum/Ex-Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestags 2016
https://www.bundestag.de/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spengel-data.pdf

Eine Executive Summary ist dem Foliensatz vorangestellt.

Executive Summary

1) Allgemeine Funktionsweise von Cum/Ex-Geschäften (Folien 12-22)

Cum/Ex-Geschäfte können in der Form des Inhaberverkaufs und des Leerverkaufs erfolgen. Cum/Ex-Geschäfte lassen sich eindeutig von Cum/Cum-Geschäften unterscheiden.

Während bei **Cum/Cum-Geschäften** die Veräußerung (**cum**/mit Dividendenberechtigung) und die Belieferung der Aktien (**cum**/mit Dividendenberechtigung) vor dem Dividendenstichtag erfolgt, werden bei **Cum/Ex-Geschäften** die Aktien vor dem Dividendenstichtag veräußert (**cum**/mit Dividendenberechtigung), aber erst nach dem Dividendenstichtag geliefert (**ex**/ohne Dividendenberechtigung).

Inhaber Cum/Ex-Geschäfte sind aufgrund der Dividendenregulierung in Deutschland **unproblematisch**, der Käufer bekommt unmittelbar die Dividenden gutgeschrieben und seine Bank stellt eine Steuerbescheinigung aus. Der Inhaberverkäufer erhält nur den Verkaufspreis (Folie xx).

Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf erhält hingegen der **zivilrechtliche Inhaber** der Aktien zu Recht am Dividendenstichtag die Dividende sowie eine **Steuerbescheinigung**. Da der Leerverkäufer sich erst nach dem Dividendenstichtag mit den Aktien eindeckt – er erwirbt die Aktien und liefert sie an den Leerkäufer ohne (ex) Dividendenberechtigung – muss er den **Leerkäufer** durch eine sog. **Dividendenkompensationszahlung** entschädigen. Auf diese Dividendenkompensationszahlung wurde in den fraglichen Fällen **niemals Kapitalertragsteuer einbehalten; trotzdem stellte die Depotbank des Leerkäufers eine Steuerbescheinigung aus.**

Executive Summary

1) Allgemeine Funktionsweise von Cum/Ex-Geschäften (Folien 12-22)

Der **finanzielle Anreiz von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen** ist einfach zu erklären (siehe Folien 13-15 für ein Beispiel, das dem Sachverhalt des Urteils des Hessischen Finanzgerichts vom 8.10.2012 nachgebildet ist). Der finanzielle Erfolg solcher Geschäfte ergibt sich daraus, dass **einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer mindestens zweimal bescheinigt und sodann mindestens zweimal angerechnet bzw. erstattet werden sollte**, in vielen Fällen ist dies auch geschehen. Das heißt, den „Gewinn“ aus diesen Geschäften finanzierte ausschließlich der Staat.

Ausschlaggebend war eine **Sollbruchstelle im System der Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer**. Bis zum Jahr 2011 einschließlich sind die Abführung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell auseinander gefallen. Während die ausschüttende **Aktiengesellschaft** die **Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt** hat, wurde die **Steuerbescheinigung vom depotführenden Kreditinstitut des Aktieninhabers ausgestellt**. Dies wurde von Marktteilnehmern durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen genutzt, um mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen zu erwirken.

Executive Summary

2) Rechtliche Bewertung von Cum/Ex-Geschäften durch die Finanzverwaltung, die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft (insbesondere ab dem Jahr 2016) (Folien 23-42)

Die **rechtliche Bewertung** von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf ist **eindeutig**.

Der **Leerkäufer** war **nie zur Anrechnung/Erstattung der Kapitalertragsteuer** nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG **berechtigt**. Der Leerkäufer konnte zum Dividendenstichtag nie wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien i.S.v. § 39 AO werden, dies wäre aber bis 2006 zwingende rechtliche Voraussetzung für die Anrechnung gewesen. Ab dem Jahr 2007 kam es darauf zwar nicht mehr an, die Anrechnung scheiterte dann aber daran, dass die Depotbank des Leerverkäufers keine Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlung einbehalten hatte, auch dies war zwingende gesetzliche Anrechnungsvoraussetzung.

All dies folgt auch der **ständigen Rechtsprechung der Finanzgerichte**: FG Hessen (2012/2016/2017) und FG Köln (2019)).

Zudem ist in diesem Fall die von der Depotbank des Leerkäufers ausgestellte Steuerbescheinigung falsch; es entsteht für sie eine Haftung nach § 45a EStG.

Schließlich ist bei einer Lieferung der Aktien aus dem Inland ab dem Jahr 2007 zusätzlich zu beachten, dass bei der Depotbank des Leerverkäufers eine Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG entsteht, falls diese auf die Dividendenkompensationszahlung keine Kapitalertragsteuer einbehalten hat.

Vorrangig haftet der Leerkäufer, falls er eine falsche Steuerbescheinigung geltend gemacht hat.

Executive Summary

2) Rechtliche Bewertung von Cum/Ex-Geschäften durch die Finanzverwaltung, die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft (insbesondere ab dem Jahr 2016) (Folien 23-42)

Die rechtliche Bewertung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen durch die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung muss rückblickend zugegebenermaßen rechtstechnisch ausfallen und lässt sich deswegen für Fachfremde auch nicht immer einfach erschließen. Die wesentlichen Gedankengänge erörtere ich auf den Folien 23 ff. und fasse hier wie folgt zusammen. Experten sollte sich das jedoch durchgängig erschließen.

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

Offensichtlich haben daraufhin Marktteilnehmer die Variante mit **Leerverkauf** durchgeführt und behauptet, dass sich aus dieser BFH-Entscheidung ergeben würde, dass auch bei einem Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum bereits mit dem schuldrechtlichen Geschäft übergehen würde. Dies wiederum habe zur Folge, dass es zwei wirtschaftliche Eigentümer gebe, nämlich den zivilrechtlichen Eigentümer und den Leerkäufer. Diese Behauptung hat aber keinerlei Grundlage im Gesetz und auch nicht in der Entscheidung des BFH, das Gegenteil ist der Fall. Aus § 39 AO ergibt sich eindeutig, dass das wirtschaftliche Eigentum grundsätzlich dem zivilrechtlichen Eigentümer zusteht und nur ganz ausnahmsweise jemand anderem.

Executive Summary

2) Rechtliche Bewertung von Cum/Ex-Geschäften durch die Finanzverwaltung, die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft (insbesondere ab dem Jahr 2016) (Folien 23-42)

Diese **falsche Behauptung** hat sich der **Bundesverband deutscher Banken** in seinem Schreiben an das BMF aus dem Jahr 2002 aber zu eigen gemacht und seinerseits behauptet, dass es aus diesem Grund rechtmäßig zu einer mehrfachen Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer kommen würde. Der Gesetzgeber hat erst im Jahr 2006 mit Wirkung für das Jahr 2007 auf dieses Schreiben reagiert und er hat das Gesetz wie dargelegt (**Jahressteuergesetz 2007**, siehe Folien 35-39) geändert.

Die falsche Behauptung, dass es gesetzlich zur mehrfachen Anrechnung einer einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer kommen könne, wurde in die Gesetzesbegründung mit aufgenommen. **Weder die Gesetzesbegründung noch die Gesetzesänderung selbst führten aber dazu, dass die mehrfache Anrechnung ermöglicht wurde, sie waren lediglich tauglich, die Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen über die Abwicklung inländischer Banken des Leerverkäufers zu unterbinden.**

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

Die Finanzverwaltung reagierte mit einem **BMF-Schreiben** aus dem Jahr **2009**, das allerdings wiederum unglücklich formuliert war. Das Schreiben suggerierte, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen dann anerkannt werden könnten, falls zwischen den Beteiligten keine Absprachen erfolgten. Auf die Rechtslage selbst hatte dies aber wiederum keine Auswirkung, da das Gesetz nicht geändert wurde.

Executive Summary

2) Rechtliche Bewertung von Cum/Ex-Geschäften durch die Finanzverwaltung, die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft (insbesondere ab dem Jahr 2016) (Folien 23-42)

Es wurde argumentiert, dass sich aus dem BFH-Urteil vom 15.12.1999 ergeben würde, dass auch beim Erwerb vom Leerverkäufer das wirtschaftliche Eigentum mit dem schuldrechtlichen Geschäft auf den Leerkäufer übergehen würde und es dadurch zu einer Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums kommen würde. **Dies ist in Kenntnis der Funktionsweise von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen – so wie sie abgewickelt wurden – schlichtweg absurd und m.E. juristisch auch nicht vertretbar** (siehe oben sowie nochmals Folien 23 ff.).

Dass diese insbesondere von **Vertretern von Wirtschaftskanzleien** sowie **einiger Steuerrechtsprofessoren** (die Presseberichten zufolge im Auftrag von Initiatoren von Cum/Ex-Geschäften tätig waren, siehe Handelsblatt vom 2.8.2017, S. 30 f.) **vertretene Rechtsauffassung abwegig** ist, **bestätigen auch vier Urteile der Finanzgerichte Hessen bzw. Köln** (siehe Folien 30-33). Zudem hat **das Landgericht Bonn** im Jahr 2020 Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf für **strafbar** erklärt (Folie 34).

Dieser steuerrechtlichen **Auffassung** hat sich das **BMF** in seinem **Schreiben vom 24.6.2015 angeschlossen** (siehe Folie 42). Die **Bundesregierung** hat diese Auffassung als Antwort auf eine kleine Anfrage – soweit ersichtlich – erstmals **im Jahr 2013** ebenfalls in zutreffender Weise vertreten (siehe Folie 41).

Executive Summary

3) Voraussetzungen für die Rückgängigmachung einer bereits erfolgten Anrechnung von Kapitalertragsteuer bei Cum/Ex-Geschäften (Folien 43-48)

Vorrangig **haftet** der **Leerkäufer**, falls er eine i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG **falsche Steuerbescheinigung geltend gemacht hat**.

Hat der **Steuerpflichtige** bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht, d.h. hat er **nicht den gesamten Sachverhalt offengelegt (Leerverkäufer, Übertragung und Rückübertragung der Aktien, Kurssicherung durch gegenläufige Futuregeschäfte etc.) und die Anrechnung/Erstattung der Kapitalertragsteuer gleichwohl begehrt, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung** nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO erfüllt.

Ist die **Festsetzungsfrist nach § 169 AO**, die bei hinterzogenen Steuern **10 Jahre** beträgt, **noch nicht abgelaufen**, kann die **Finanzbehörde** einen sog. **Änderungsbescheid nach § 130 Abs. 2 Nr. 3 AO** erlassen, falls der Steuerpflichtige einen Steuervorteil erlangt hat, obwohl die Angaben in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Bei **unrichtigen Steuererklärungen verlängert sich die Festsetzungsfrist nach § 170 Abs. 2 Nr. 1 AO um weitere 3 Jahre**.

Nach den **Beweislastgrundregeln** trifft den **Steuerpflichtigen bei steuerentlastenden bzw.- mindernden Tatsachen die Beweislast**. Dies gilt **auch bei nicht aufklärbaren Sachverhalten**.

Executive Summary

3) Voraussetzungen für die Rückgängigmachung einer bereits erfolgten Anrechnung von Kapitalertragsteuer bei Cum/Ex-Geschäften (Folien 43-48)

Die Vorlage der **Steuerbescheinigung** entfaltet **keine Beweiskraftwirkung**, vielmehr hat der **Steuerpflichtige** die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG zu **beweisen**, d.h., **dass er wirtschaftlicher Eigentümer der Einkünfte war und auf diese Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde.**

Liegen **Anhaltspunkte für ein Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf** vor (z.B. im Rahmen einer Betriebsprüfung) und hat der **Steuerpflichtige** in seiner Steuererklärung **nicht den gesamten Sachverhalt offengelegt**, ist ihm durch die Finanzbehörde durch einen **Änderungsbescheid nach § 130 Abs. 2 Nr. 3 AO (auch rückwirkend) die Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer zu untersagen.**

Dies folgt auch aus der einschlägigen **Auffassung der (Zivil- und Steuer-) Gerichte.**

Diese **Zusammenhänge** waren der **Hamburger Finanzbehörde Ende 2015/Anfang 2016** auch **bekannt**, wie sich aus der **Vernehmung des Zeugen Gerhard H., bis 2016 Betriebsprüfer bei der Hamburger Finanzbehörde, vor dem LG Bonn im Januar 2021** ergeben hat. **Gerhard H. hat im Frühjahr 2016 einen Vermerk verfasst und einen Änderungsbescheid bei der Warburg Bank angeregt.**

Fragestellungen

- I. Was war der finanzielle Anreiz von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, wer war an diesen Geschäften beteiligt und warum konnte das passieren?
- II. Wie sind Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zu beurteilen und was ist zum Handeln von Rechtsprechung, Gesetzgebung und Finanzverwaltung zu sagen?
- III. Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, dass eine bereits erfolgte Anrechnung von Kapitalertragsteuer bei Cum/Ex-Geschäften rückgängig gemacht werden kann?

I. Finanzieller Anreiz: Begriffe

Dividendenstripping: Trennung von Dividendenanspruch und zugrundeliegender Aktie

Cum/Cum-Geschäft: Erwerb (cum) und Lieferung (cum) der Aktien erfolgen mit Dividendenanspruch vor dem Dividendenstichtag.

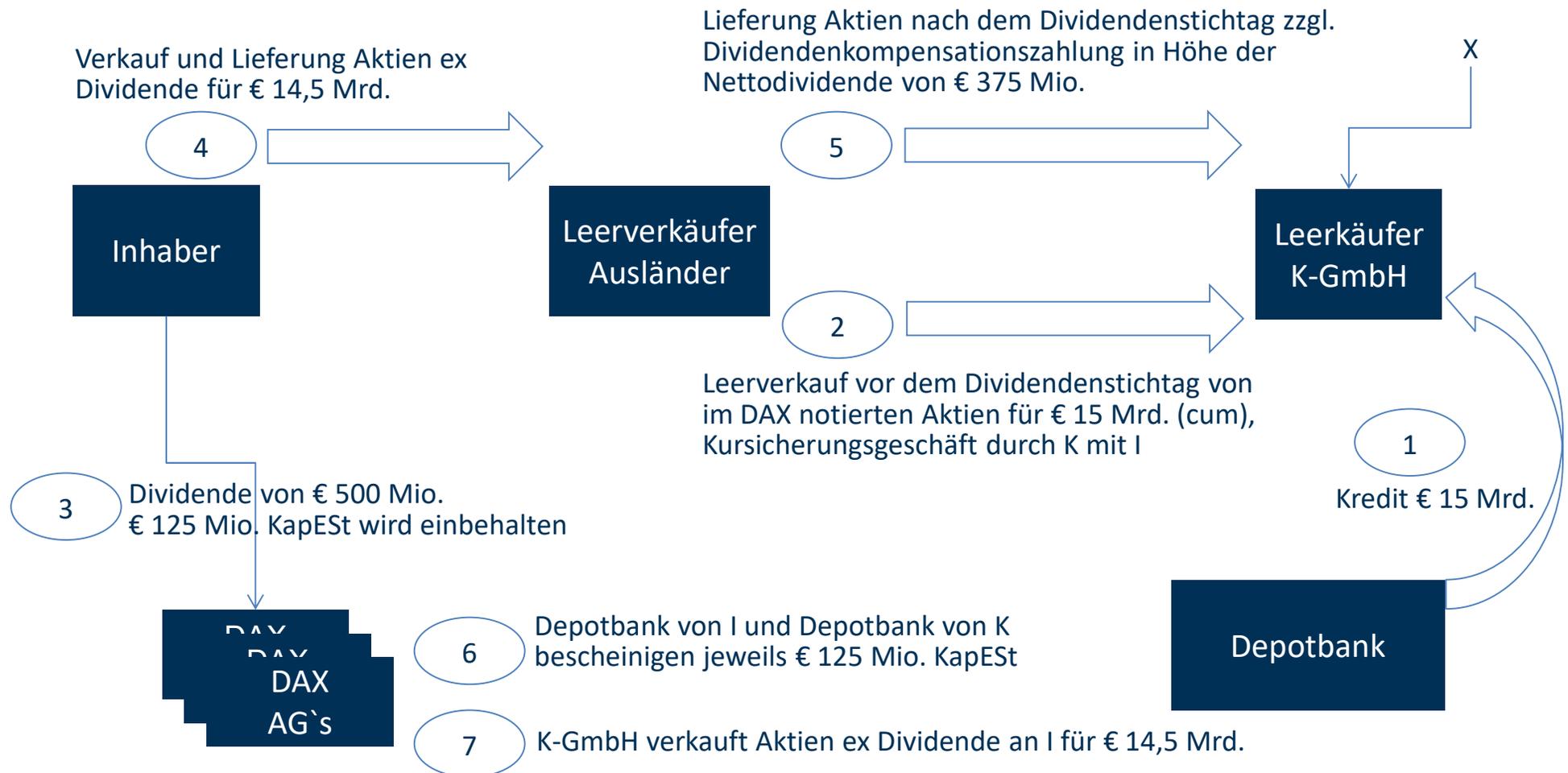
Cum/Ex-Geschäft: Erwerb von Aktien mit (cum) Dividendenanspruch und Lieferung der Aktie ohne Dividende (ex). Das schuldrechtliche Kaufgeschäft erfolgt vor dem Dividendenstichtag, das dingliche Erfüllungsgeschäft danach.

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

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

I. Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf: Beispiel (1/3)

(Fall nach FG Hessen vom 8.10.2012)



I. Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf: Beispiel (2/3)

Wer hat was?

Leerverkäufer L:

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

=> Gewinn € 125 Mio.

Leerkäufer K-GmbH:

1. Zahlung von € 15 Mrd. an Leerverkäufer
2. Erhalt Dividendenkompensation € 375 Mio.
3. Erhalt € 14,5 Mrd. von I aus Verkauf ex Dividende

=> Verlust von € 125 Mio.

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

Inhaber I: Ebenfalls Nullergebnis

Fiskus: Verlust in Höhe von € 125 Mio., falls Strategie funktioniert.

Der Gewinn des Leerverkäufers aus dem Geschäft wird durch eine quasi Negativsteuer finanziert.

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf: Beispiel (3/3)

Verteilung des „Gewinns“ durch die Preisgestaltung

In der **Praxis** wurde der (vermeintliche) „**Gewinn**“ von **€ 125 Mio.** (d.h. die Erstattung der nicht gezahlten Kapitalertragsteuer) zwischen den Beteiligten durch die **Preisgestaltung bei gegenläufigen Kurssicherungsgeschäften** (Kauf- und Verkauf-Futuregeschäfte) **aufgeteilt**.

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

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

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

I. Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf: Rechtsfragen

- War der Leerkäufer (K-GmbH) zur Anrechnung/Erstattung der KapEST nach § 36 EStG berechtigt?
 - Nein, es bestand zu keinem Zeitpunkt eine Gesetzeslücke!
 - Ständige Rechtsprechung FG Hessen (2012/2016/2017) und FG Köln (2019)

Außerdem:

- Wie ist die von der Depotbank des Leerkäufers (K-GmbH) ausgestellte Steuerbescheinigung zu beurteilen? Entsteht eine Haftung nach § 45a EStG, da die Bescheidung falsch ist?
- Was ist zusätzlich zu beachten, falls Aktien gar nicht aus dem Ausland geliefert wurden und der Leerverkäufer auf die Dividendenkompensationszahlung keine KapEST einbehalten hat. Entsteht eine Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG, da gegen die gesetzlichen Verpflichtungen verstoßen wurde?

I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

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

- Ausschüttende Kapitalgesellschaft: Einbehalt und Abführung der KapEst
- Depotführendes Kreditinstitut: Ausstellung der Steuerbescheinigung

**Abführung und Bescheinigung der KapEst sind auseinander gefallen
(Sollbruchstelle im System)!**

**NB: Seit 2012 wird KapEst vom depotführenden Kreditinstitut
einbehalten und abgeführt sowie bescheinigt**

I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

2) Börsenbedingungen in Deutschland:

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

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

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

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

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

Die Dividendenkompensationszahlung unterlag bis 2006 einschließlich generell nicht der KapEst und ab 2007 bis 2011 einschließlich nur dann der KapEst, falls der Leerverkäufer sich einer inländischen Depotbank bediente

I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

3) Dividendenregulierung bei girosammelverwahrten Aktien:

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

Dividendenregulierung durch CBA: **zweistufiges Verfahren**

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

NB: KapEst wurde durch ausschüttende Kapitalgesellschaft einbehalten!

I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

4) Sachverhaltskonstellationen:

a) Inhaber Cum/Ex-Geschäft (unproblematisch)

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

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

1 Steuerbescheinigung und 1 Erhebung von KapESt

K hat Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapESt

I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

4) Sachverhaltskonstellationen:

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

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

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

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

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

**2 Steuerbescheinigungen und 2 Erhebungen von KapESt
I und K haben Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapESt
Aber: V-Bank hat in bekannten Fällen keine KapESt einbehalten und abgeführt**

I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

4) Sachverhaltskonstellationen:

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

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

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

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

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

**2 Steuerbescheinigungen und 1 Erhebung von KapESt
I und K machen Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapESt geltend,
K hat aber keinen entsprechenden Anspruch**

II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung

Steuerrechtliche Grundlagen (1/3)

Steuerrechtliche Fragestellungen

- 1) Ist sowohl Aktieninhaber I als auch der Leerkäufer K zur Anrechnung der nur einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer berechtigt?
- 2) Sieht das Gesetz überhaupt vor, dass zwei Steuerbescheinigungen erstellt werden dürfen/müssen?

II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung

Steuerrechtliche Grundlagen (2/3)

Grundlagen der Dividendenbesteuerung

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

Rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer und damit Bezieher der Dividende ist bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ausschließlich der Aktieninhaber I.

Nur er ist zur Anrechnung der KapESt berechtigt.

Leerkäufer K hatte hingegen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nie einen Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der auf die Dividende einbehaltenen KapESt. Er war nie wirtschaftlicher Eigentümer der Dividenden und auf die Dividendenkompensation wurde nie KapESt einbehalten.

II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung

Steuerrechtliche Grundlagen (3/3)

Grundlagen der Dividendenkompensationszahlungsbesteuerung

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

- 1) LV musste **bis 2006 einschließlich** mangels gesetzlicher Verpflichtung keine KapESt auf die Dividendenkompensationszahlung einbehalten. Der Erwerber (LK) konnte aus diesem Grund auch keine KapESt auf die Zahlung anrechnen, da gesetzliche Voraussetzung der Einbehalt der Steuer war. Im Gesetz (§ 36 Abs. 2 EStG) ist als Anrechnungsvoraussetzung benannt: dass „*auf diese Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten wurde*“.
- 2) **Ab 2007** sah das Gesetz vor, dass LV dann KapESt einbehalten musste, falls er sich einer inländischen Depotbank bediente, in diesem Falle konnte dann auch der Erwerber KapESt anrechnen, falls seine Depotbank eine entsprechende Steuerbescheinigung ausstellte. Bediente sich LV aber einer ausländischen Depotbank, musste er nach dem Gesetz keine KapESt einbehalten, folglich konnte LK angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlautes auch keine KapESt anrechnen. Im Fall einer ausländischen Depotbank des LV durfte die inländische Depotbank des LK auch keine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausstellen, in der Praxis geschah dies aber regelmäßig.

II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung

Begründung einer mehrfachen Anrechnung von KapESt: Argumente

Argumentation bis 2006 einschließlich:

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

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

Argumentation ab 2007:

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

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

II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung

Begründung einer mehrfachen Anrechnung von KapESt: Würdigung

Für die Argumentation bis 2006 einschließlichs auszulegende Norm ist § 39 AO (unverändert seit 1977):

§ 39 AO Zurechnung

„(1) Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen.

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

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

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

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

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

II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung

Begründung einer mehrfachen Anrechnung von KapESt: Würdigung

Würdigung der Argumente anhand der BFH Rechtsprechung

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

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

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

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

II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung

Anrechnung/Erstattung von KapESt beim Leerkäufer

Argumentation zwischen 2007 und 2011 einschließlich: Vorlage der Kapitalertragsteuerbescheinigung beweist den Einbehalt der Kapitalertragsteuer

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

Die **Steuerbescheinigung beweist allerdings nicht den Einbehalt von Kapitalertragsteuer** auf die Dividendenkompensation, vielmehr macht das Gesetz (§ 36 Abs. 2 EStG) den Einbehalt zur Anrechnungsvoraussetzung. Bei Dividendenkompensationszahlungen bis 2006 und zwischen 2007 und 2011 über das Ausland war das niemals der Fall.

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

Es wird für Zeiträume ab 2007 argumentiert, dass die Depotbank des Leerkäufers **nicht erkennen konnte**, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung oder um eine ausländische Bank gehandelt habe. Diese Behauptung hat jedoch **keine gesetzliche Grundlage und ist erlogen**. **Clearstream Banking AG** führte stets zwei Abrechnungskonten, eines für Dividenden (**KD110**) und ein anderes für Kompensationszahlungen (**KD111**).

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Rechtsprechung

Die (Finanz- und Straf-) Gerichte bestätigen die hier vertretene Rechtsauffassung:

Hessisches FG vom 8.10.2012: 125 Mio. Euro

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

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Rechtsprechung

Hessisches FG vom 10.2.2016: 50 Mio. Euro

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

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

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

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Rechtsprechung

Hessisches FG vom 10.3.2017: 75 Mio. Euro

„Der Aktienkäufer hat bei Cum/Ex-Geschäften keinen Anspruch auf Anrechnung der vom Emittenten auf die originäre Dividende erhobenen Kapitalertragsteuer. Das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien geht erst im Zeitpunkt der Belieferung auf den Aktienkäufer über.

*Die juristische Auslegungsmethodik lässt ausgehend vom Wortlaut des § 39 Abs. 1 und 2 Nr. 1 AO ... nur eine einmalige Zurechnung eines Wirtschaftsgutes an ein Steuersubjekt zu. **Mehrfaches wirtschaftliches Eigentum** an Aktien ist **denklogisch ausgeschlossen**.*

*Die in der Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2006 gemachten Aussage zum wirtschaftlichen Eigentum **kann nach den juristischen Auslegungsregeln nicht dem Willen des Gesetzgebers zugerechnet werden**.*

Ein Anspruch auf Anrechnung von Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen besteht für den Aktienkäufer nicht, wenn durch die inländische Depotbank des Aktienverkäufers keine KapESt erhoben wurde. Eine Verrechnung von Aktienverkäufen mit gleichartigen Aktienkäufen auf der Ebene der inländischen Depotbank ist rechtswidrig. Nach der gesetzlichen Regelung (§ 44 Abs. 1 EStG) ist die KapESt auf Dividendenkompensationszahlungen auf jeder Handelsstufe zu erheben.“

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Rechtsprechung

FG Köln vom 19.7.2019: 27 Mio. Euro

*„Der **Aktienkäufer** wird bei einem außerbörslichen Leerverkauf **nicht bereits durch den Abschluss des Kaufvertrags wirtschaftlicher Eigentümer** der ihm später zu liefernden Aktien.*

*Die Gegenmeinung ist mit der heisenbergschen Unschärferelation zu vergleichen. **Aktien sind keine X-Teilchen. Es gibt keine Paralleluniversen, das Steuerrecht ist immer noch in der richtigen Welt zu verorten.***

*Die Art und Weise der Ablaufs von Cum/Ex-Geschäften ist ein **kriminelles Glanzstück.**“*

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Rechtsprechung

LG Bonn vom 18.3.2020: Cum/Ex-Geschäfte sind strafbar

- *Angeklagt waren 2 Börsenhändler, dem Verfahren wurden 5 Finanzinstitute hinzugezogen (Privatbank M.M. Warburg, deren Tochter Warburg Invest, Fondshäuser von Société Generale und BNY Mellon sowie Hansainvest)*

§ 73 StGB: Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern

(1) Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an.

§ 73b StGB: Einziehung von Taterträgen bei anderen

(1) Die Anordnung der Einziehung nach den §§ 73 und 73a richtet sich gegen einen anderen, der nicht Täter oder Teilnehmer ist, wenn

1. er durch die Tat etwas erlangt hat und der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat

- *Hanseatische Finanzbehörde fordert rund 160 Mio. Euro von M.M. Warburg Bank (22.4.2020)*
- *Hauptakte der Staatsanwaltschaft Köln umfasst rund 23.000 Seiten*
- *Staatsanwaltschaft Köln ermittelt in 70 weiteren Verfahren gegen etwa 900 Beschuldigte*
- *Weitere strafrechtliche Verfahren eröffnet (u.a. Banker und Steuerberater) in Bonn, Frankfurt und Wiesbaden*

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Aktivitäten von Lobbyverbänden

Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken

Das Bundesministerium der Finanzen wurde frühzeitig durch ein **Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken vom 20.12.2002** auf Probleme bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen aufmerksam gemacht. Um was für Probleme handelte es sich? **Haftungsprobleme der Banken?**

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

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

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

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Aktivitäten von Lobbyverbänden

Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken

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

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

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

D.h., das Bundesfinanzministerium wusste spätestens seit dem Jahr 2002, dass auf Dividendenkompensationszahlungen, die von ausländischen Depotbanken des Leerverkäufers geleistet wurden, keine Kapitalertragsteuer einbehalten wurde!

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Reaktion des Gesetzgebers

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

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

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Reaktion des Gesetzgebers

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

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

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

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

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

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen unter Einschaltung inländischer Depotbanken führten seit 2007 zu keinen Steuerausfällen mehr (2 Steuerbescheinigungen und 2 Erhebungen von KapEst)

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Reaktion des Gesetzgebers

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

zum wirtschaftlichen Eigentum (§ 39 AO) und auch
zu den Voraussetzungen für die Kapitalertragsteueranrechnung (§ 36 EStG)

wurden nicht geändert.

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

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

(2 Steuerbescheinigungen und 1 Erhebung von KapESt)

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

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Verwaltungshandeln

BMF-Schreiben vom 5.5.2009

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

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

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

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

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

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Bundesregierung

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

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

Es heißt wörtlich:

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

II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung

Verwaltungshandeln

BMF Schreiben vom 24.6.2015

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

Es heißt wörtlich:

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

Nur der Dritte ist in den Leerverkaufsfällen auch dividendenberechtigt.“

III. Rückgängigmachung einer erfolgten Anrechnung von KapESt

Haftungsfragen

- 1) In **erster Linie** derjenige, der die Steuer zu Unrecht angerechnet oder erstattet bekommen hat, d.h. der **Leerkäufer**, der eine i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG falsche Steuerbescheinigung geltend gemacht hat (§ 370 AO).
- 2) Daneben aber auch die **inländischen Depotbanken des Leerkäufers**, die falsche Bescheinigungen ausgefertigt haben (§ 45a Abs. 7 EStG), dies betrifft die Zeiträume
 - a) bis 2006 einschließlich, falls eine Steuerbescheinigung für Dividendenkompensationszahlungen ausgestellt wurde,
 - b) zwischen 2007 bis 2011 einschließlich, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente.
- 3) Außerdem, und das ist aufgrund laufender Ermittlungsverfahren neu, haften **inländische Depotbanken des Leerverkäufers** nach § 44 Abs. 5 EStG, falls sie mit Kettengeschäften eingeschaltet wurden und keine Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen einbehalten und abgeführt haben.

III. Rückgängigmachung einer erfolgten Anrechnung von KapESt

§ 370 AO: Steuerhinterziehung

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

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

[...]

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

Hat der **Steuerpflichtige** bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf den Finanzbehörden über **steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht**, d.h. hat er **nicht den gesamten Sachverhalt offengelegt (Leerverkäufer, Übertragung und Rückübertragung der Aktien, Kurssicherung durch gegenläufige Futuregeschäfte etc.)** und die Anrechnung/Erstattung der Kapitalertragsteuer gleichwohl **begehrt**, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung nach **§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO** erfüllt.

LG Köln vom 16.7.2015

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

III. Rückgängigmachung einer erfolgten Anrechnung von KapESt

§ 169 AO: Festsetzungsfrist

(1) Eine Steuerfestsetzung sowie ihre Aufhebung oder Änderung sind nicht mehr zulässig, wenn die Festsetzungsfrist abgelaufen ist. ...

(2) ... Die Festsetzungsfrist beträgt zehn Jahre, soweit eine Steuer hinterzogen, [...], worden ist.

Festsetzungsfrist verlängert sich weiterhin um weitere 3 Jahre

§ 170 AO: Beginn der Festsetzungsfrist

[...]

(2)

1. bei unrichtigen Steuererklärungen ...

III. Rückgängigmachung einer erfolgten Anrechnung von KapESt

§ 130 AO: Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts („Änderungsbescheid“)

(1) Ein **rechtswidriger Verwaltungsakt** kann, [...], ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit **zurückgenommen** werden.

(2) Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), **darf nur dann zurückgenommen werden**, wenn [...]

3. ihn **der Begünstigte durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren**.

(3) **Erhält die Finanzbehörde von Tatsachen Kenntnis, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts rechtfertigen, so ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig. [...]**

III. Rückgängigmachung einer erfolgten Anrechnung von KapESt

Beweislastgrundregeln (BFH vom 4.10.2005)

- Bei **steuerentlastenden bzw. –mindernden Tatsachen** trifft den **Steuerpflichtigen** die **Beweislast**
- Dies **gilt auch bei nicht aufklärbaren Sachverhalten**

Voraussetzung zur Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer ist es nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, das Aktieninhaber (hier: Leerkäufer):

- a) wirtschaftlicher **Eigentümer der Einkünfte** war (vgl. § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO), d.h. die Dividenden bzw. die Dividendenkompensation ihm auch steuerlich zuzurechnen ist,
- b) auf die zugeflossenen **Einkünfte** (Dividenden (-kompensation)) **Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt** wurde und
- c) er eine **Steuerbescheinigung** vorlegen konnte.

Vorlage der **Steuerbescheinigung** entfaltet **keine Beweiskraftwirkung**, vielmehr hat der **Steuerpflichtige** die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG **zu beweisen**, d.h., **dass er wirtschaftlicher Eigentümer der Einkünfte war und auf diese Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde.**

Liegen **Anhaltspunkte** für ein **Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf** vor (z.B. im Rahmen einer Betriebsprüfung) und hat der **Steuerpflichtige** in seiner Steuererklärung **nicht den gesamten Sachverhalt offengelegt**, ist ihm durch die Finanzbehörde durch einen **Änderungsbescheid nach § 130 Abs. 2 Nr. 3 AO (auch rückwirkend) die Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer zu versagen.**

III. Rückgängigmachung einer erfolgten Anrechnung von KapESt

Dies **folgt auch** aus der einschlägigen **Auffassung der (Zivil- und Steuer-) Gerichte.**

OLG Köln vom 11.12.2014

(Abweisung einer Amtshaftungsklage i.Z.m. einem Änderungsbescheid nach § 130 Abs. 2 Nr. 3 AO durch die Hessischen Finanzbehörden im Jahr 2011 bei einem Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf (Fall FG Hessen 2012))

*„Dem Argument (Anm.: dass die Vorlage der KapESt-Bescheinigung Beweiskraftwirkung entfalte) liegt allerdings **ein unzulässiger Umkehrschluss** zugrunde. Wenn der Nachweis, dass die Kapitalertragsteuer gezahlt wurde, nur durch die **Vorlage einer Bescheinigung** erbracht werden kann, so **folgt daraus noch nicht, dass ein Erstattungsanspruch auch dann besteht, wenn trotz vorgelegter Bescheinigung tatsächlich keine Kapitalertragsteuer gezahlt wurde.**“*

Hessisches FG vom 10.2.2016

*„**Dem die Anrechnung der Kapitalertragsteuer beantragenden Aktienkäufer (Anm.: dem Steuerpflichtigen) obliegt die Feststellungslast für die Erhebung der Abzugsteuer.**“*

III. Rückgängigmachung einer erfolgten Anrechnung von KapESt

All dies war der Hamburger Finanzbehörde Ende 2015/Anfang 2016 auch bekannt

- Vernehmung des Zeugen Gerhard H., bis 2016 Betriebsprüfer bei der Hamburger Finanzbehörde, vor dem LG Bonn im Januar 2021
- Quelle: <https://www.manager-magazin.de/politik/deutschland/olaf-scholz-und-die-cum-ex-banker-gerichtsprozess-wirft-fragen-auf-a-8a9e6f2d-263d-4c50-90d4-23f7baa6196f> vom 15.1.2021

„Anfang Juni 2015 schreibt Gerhard H. dazu einen internen Vermerk. Kernaussage: Selbst, wenn bei diesen Geschäften keine Steuern gezahlt wurden, wäre dafür Warburg nicht verantwortlich.

Schon wenige Monate nach dem Vermerk habe er umgedacht, erklärte H. nun vor Gericht. Damals habe er einen Aufsatz des Mannheimer Steuerprofessors Christoph Spengel zu Cum-Ex gelesen (Anm.: Spengel/Eisgruber, DStR, April 2015). Anschließend habe er gewusst, dass er mit seinem Vermerk falsch gelegen habe.

Im Februar 2016 urteilte dann das Finanzgericht Hessen über Geschäfte, die sehr ähnlich denen von Warburg waren: Im Zweifel müssen die Banken bei Cum-Ex-Geschäften beweisen, dass die Steuern, die sie ausgezahlt bekommen möchten, vorher auch gezahlt wurden. Tun sie das nicht, müssen sie die Millionen zurückzahlen.

Nach diesem Urteil habe er entschieden, einen neuen Vermerk zu fertigen, sagt H. vor Gericht.“

Fachbeiträge von Christoph Spengel zur Thematik

- Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum Ex Geschäften (mit T. Eisgruber), DStR 2015, S. 785-801
- Darlegung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, welche bei sogenannten Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen zur mehrfachen Erstattung bzw. Anrechnung von tatsächlich nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer bzw. bis zur Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens nur einmal gezahlter Körperschaftsteuer führten, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, Mannheim 2016; (https://www.bundestag.de/blob/438666/15d27fac097da2d56213e8a09e27008/sv2_spengel-data.pdf)
- Kurzstellungnahme zum Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 11.11.2016 - IV C 6 - S 2134/10/10003-02; Wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften; Anwendung der Grundsätze des BFH-Urteils vom 18. August 2015 – I R 88/13 vor dem Hintergrund des Votums der Finanzministerkonferenz vom 1.12.2016, Mannheim 2016, (https://www.bwl.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/bwl/Spengel/Dokumente/Medien/Beitraege/BMF-Schreiben_Cum-Cum_November_2016-final.pdf)
- Dringender Handlungsbedarf bei Cum/Cum-Geschäften, DB 2016, S. 2988-2995
- Replik zu Spatscheck/Spilker: Cum-/Ex-Transaktionen im Fokus der Steuerfahndung (mit T. Eisgruber), DB 2017, S. 750-751
- Schätzung des durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen entstandenen Steuerschadens (mit V. Dutt, H. Vay) Mannheim 2017, (https://www.bwl.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/bwl/Spengel/Dokumente/Medien/Steuerschaden_Cum-Ex__2017-03-31_.pdf)
- Schätzung des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens (mit J. Peitzmeier), Mannheim 2017 (https://www.bwl.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/bwl/Spengel/Dokumente/Medien/Steuerschaden_Cum-Cum_de.pdf)
- Unzulässige Verrechnungspraxis deutscher Banken bei Cum/Ex-Geschäften, FR 2017, S. 545-553
- Kollektivversagen: Cum/Cum, Cum/Ex und Hopp!, Wirtschaftsdienst 2017, S. 454-455
- Kurzstellungnahme zum Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 17.7.2017 - IV C 1 - S 2252/15/10030:005; Steuerliche Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“, Mannheim 2017 (https://www.bwl.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/bwl/Spengel/Dokumente/Medien/Beitraege/BMF-Schreiben_Cum-Cum_Juli_2017.pdf)
- Dividendenstripping durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte – Analyse aktueller Entwicklungen (mit V. Dutt, H. Vay), StuW 2018, S. 229-238
- Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung im Europäischen Parlament “Cum Ex scandal: financial crime and the loopholes in the current legal framework” am 26.11.2018, Mannheim 2018 (https://www.bwl.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/bwl/Spengel/Dokumente/Medien/Beitraege/Spengel_Stellungnahme_European_Parliament__2018-11-26__final.pdf)
- Task Force gegen Steuerbetrug – ein irreführender Begriff, Wirtschaftsdienst 2019, S. 816
- Steuerrechtliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften – Folgerungen aus dem Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 und Konsequenzen für die Praxis, DB 2020, S. 1919-1927

Kontakt

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

Schloss Ostflügel, 68131 Mannheim

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

