

4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode Öffentliche Sachverständigenanhörung 14. April 2016



Prof. Dr. Christoph Spengel

Ich wurde um die Erörterung und Beantwortung von Fragen zu insgesamt 3 Komplexen gebeten.

Die wesentlichen Ausführungen finden sich in diesem Foliensatz.

Ein ausführliche rechtliche Würdigung findet sich in folgendem Fachaufsatz, der als Anlage beigelegt ist:

Spengel, Christoph/Eisgruber, Thomas, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum Ex Geschäften,
in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 2015, S. 785-801

Eine Executive Summary ist dem Foliensatz vorangestellt.

Fragenkomplex 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.

Der finanzielle Anreiz von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ist einfach zu erklären (siehe Folien 14-17 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 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.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

b) Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen – einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.

Die Gestaltungsmodelle dieser Geschäfte werden für den Zeitraum 1999 bis einschließlich 2011 erläutert (siehe Folien 18-23). Knackpunkt war wohl, dass bis 2011 einschließlich die Abführung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell auseinander gefallen sind. Während die ausschüttende Aktiengesellschaft die Kapitalertragsteuer abgeführt hat, wurde die Steuerbescheinigung vom depotführenden Kreditinstitut bescheinigt. Dies wurde von Marktteilnehmern durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen genutzt, um mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen zu erwirken.

Allerdings ist die steuerrechtliche Würdigung eindeutig. Eine mehrfache Steueranrechnung war rechtlich zu keinem Zeitpunkt möglich. Außerdem stellt sich die Frage, ob die mehrfach ausgestellten Steuerbescheinigungen richtig sind. Auch dies ist zu verneinen (siehe Folien 27 ff.).

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

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

Geht man nach den in Fachzeitschriften veröffentlichten Aufsätzen, seit dem Jahr 2007 (Folie 24).

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.

Die rechtliche Bewertung dieser Geschäfte ist m.E. eindeutig. Eine Steueranrechnung beim Leerkäufer war zu keinem Zeitpunkt möglich. Der Leerkäufer konnte zum Dividendenstichtag nie wirtschaftlicher Eigentümer 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 darauf an, die Anrechnung scheiterte dann aber daran, dass der Leerverkäufer keine Kapitalertragsteuer einbehalten hatte, auch dies war zwingende gesetzliche Anrechnungsvoraussetzung. Die Depotbank des Leerkäufers war gesetzlich nicht berechtigt, eine Steuerbescheinigung auszustellen, hat sie das dennoch gemacht und ist es infolgedessen zur Anrechnung gekommen, haftet sie dem Fiskus insoweit für den Schaden (§ 45a Abs. 7 EStG), siehe Folien 27 ff.

Die Frage des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen wurde mittlerweile durch erstinstanzliche Finanzgerichte in dem hier vertretenen Sinne bestätigt (siehe Folien 44-45). Haftungsfragen für fehlerhafte Steuerbescheinigungen wurden – soweit ersichtlich – richterlich noch nicht entschieden, da es – soweit öffentlich bekannt – erst im März 2016 zur ersten Inanspruchnahme einer Depotbank kam.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

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.

Die Beurteilung muss zugegebenermaßen rechtstechnisch ausfallen und lässt sich deswegen für den Nicht-Steuerrechtler auch nicht immer einfach erschließen. Die wesentlichen Gedankengänge erörtere ich auf den Folien 27 ff. und fasse hier wie folgt zusammen.

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 (falls dem nicht besondere Umstände entgegenstehen sollten) und ihm daher die Dividende auch steuerlich zuzurechnen ist.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

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.

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. Diese Ausnahme liegt dann vor, wenn der andere den zivilrechtlichen Eigentümer dauerhaft von der Einwirkung auf die Aktien verdrängen kann. Dies ist bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf nicht der Fall. Denn der Leerkäufer steht in keinerlei Beziehung zum zivilrechtlichen Eigentümer, kann ihn also auch nicht aus seiner Rechtsposition verdrängen. Das wirtschaftliche Eigentum verbleibt daher entsprechend der Grundregel beim zivilrechtlichen Eigentümer.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

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.

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 (siehe Folien 38-40) geändert.

Die falsche Behauptung, dass es gesetzlich zur mehrfachen Anrechnung einer einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer kommen könne, wurde in die Gesetzesbegründung mit aufgenommen, warum dies geschah, ist mir nicht bekannt.

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.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

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.

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.

Wirksam unterbunden wurden die Cum/Ex-Geschäfte letztlich erst durch eine ab 2012 wirksame Gesetzesänderung, die vorsieht, dass die Abführung der Kapitalertragsteuer und die Ausstellung der Steuerbescheinigung durch dieselbe Person zu erfolgen hat.

Fragenkomplex 2

Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- und -erstattungsansprüche resultieren konnten.

Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

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 27 ff.).

Dass diese insbesondere von Vertretern von Wirtschaftskanzleien vertretene Rechtsauffassung nicht haltbar ist, bestätigen mittlerweile auch zwei Urteile der Finanzgerichte (siehe Folien 44-45). Dem hat sich jetzt auch das BMF in seinem Schreiben vom 24.6.2015 angeschlossen (siehe Folie 43). Die Bundesregierung hat diese Auffassung als Antwort auf eine kleine Anfrage – soweit ersichtlich – erstmals im Jahr 2013 ebenfalls in zutreffender Weise vertreten (siehe Folie 42).

Fragenkomplex 2

Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- und -erstattungsansprüche resultieren konnten.

Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

Es wird für die Rechtslage ab 2007 weiter argumentiert, dass die einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer kraft Fiktion auch zugunsten des Erwerbers vom Leerverkäufer als einbehalten gelten würde, auch dieses Argument hat aber keine gesetzliche Grundlage und ist irreführend.

Ein weiteres Argument ist, dass die Vorlage der Steuerbescheinigung allein ausreichend für die Kapitalertragsteueranrechnung bzw. -erstattung sei. Dieses Argument ist falsch, das Gesetz sieht drei Voraussetzungen vor, von denen die Bescheinigung nur eine ist.

Schließlich wird argumentiert, dass immer dann, wenn es keine Absprachen gäbe, es zur mehrfachen Anrechnung kommen würde. Auch dies ist falsch, die fehlende Absprache ist kein gesetzliches Kriterium für die Anrechnung bzw. Erstattung.

Die gesamten Argumente und deren Bewertung durch mich sind im beiliegenden Fachaufsatz enthalten.

Fragenkomplex 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.

Wie dargelegt, konnten Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nicht zur mehrfachen Anrechnung von Kapitalertragsteuer führen. Der Leerkäufer war nicht anrechnungs- bzw. erstattungsberechtigt. Wenn er die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gleichwohl beantragt hat, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO erfüllt. Sollte er mit Vorsatz, wobei sogenannter bedingter Vorsatz ausreichend ist (d.h. billigende Inkaufnahme des Erwerbs vom Leerverkäufer), gehandelt haben, liegt eine vollendete Steuerhinterziehung vor.

Hierzu liegt mittlerweile ein Urteil des LG Köln vom 16.7.2015 vor (siehe Folie 49).

Die Frage des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO stellt sich bei Cum/Ex- Geschäften mit Leerverkäufen nicht, da es bereits nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nie zur mehrfachen Anrechnung kommen konnte. Es gab keine Gesetzeslücke.

Fragenkomplex 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.

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.

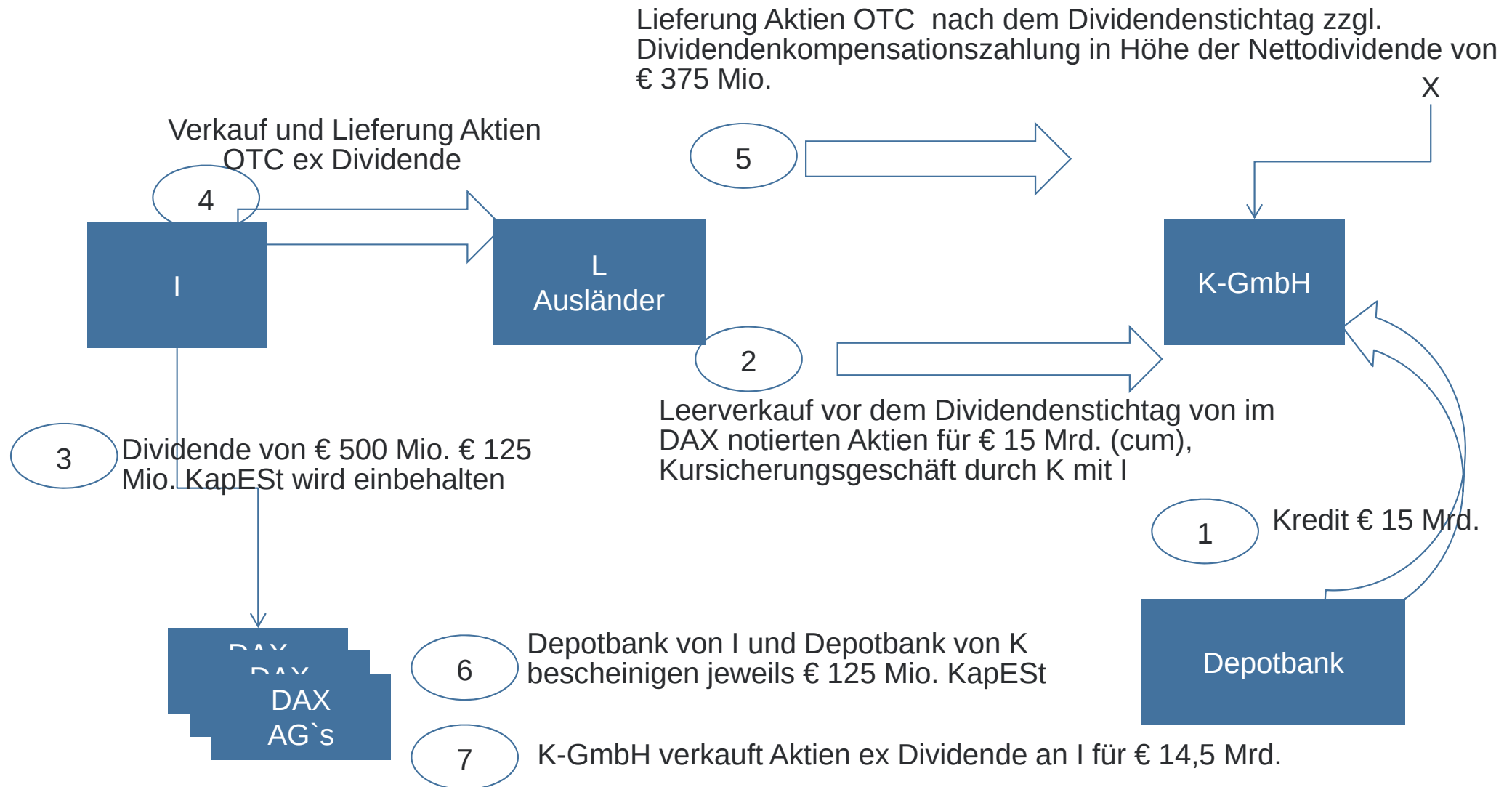
Inhaber Cum-/Ex Geschäft: Der Veräußerer ist Eigentümer der Aktien und liefert diese nach dem Dividendenstichtag.

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.

Cum-/Cum Geschäft: Die Lieferung der Aktien erfolgt vor dem Dividendenstichtag.

Dividendenstripping: Sammelbegriff, der alle o.g. Geschäfte beinhaltet.

(Fall nach FG Hessen vom 8.10.2012)



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.

Käufer K-GmbH:

1. Zahlung von € 15 Mrd. an L
 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. Dieser Verlust entspricht exakt dem Gewinn des Leerverkäufers aus dem Geschäft.

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 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. €.

Aber:

Struktur konnte rechtlich nie funktionieren, da K-GmbH nicht zur Anrechnung/Erstattung der KapEst berechtigt war. (siehe Folien 27 ff.)

Außerdem:

Wie ist die von der Depotbank der K-GmbH ausgestellte Steuerbescheinigung zu beurteilen?
(siehe Folien 27 ff.)

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!

NB: Seit 2012 wird KapESt vom auszahlenden Kreditinstitut einbehalten

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!**

Im außerbörslichen Handel (Over The Counter, OTC) ist die Lieferfrist frei wählbar, auch eine taggleiche Erfüllung ist möglich und ist der Regelfall.

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)!**

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!

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

4) Sachverhaltskonstellationen:

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

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, siehe Folie 35) ausstellt

2 Steuerbescheinigungen und 1 Erhebung von KapESt

I und K machen Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapESt geltend,

K hat aber keinen entsprechenden Anspruch (siehe Folien 27 ff.)

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften
hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

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

Meines Wissens seit dem Jahr 2007.

Die ersten Fachbeiträge, die sich mit diesem Thema befassten, sind:

Storg, Alexander, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen, in: NWB 2007, Fach 3, S. 14327 ff.

Füllbier, Andree/Seip, Hans-Jürgen, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag,
in: BB 2007, S. 477 ff.

Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften
hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

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.

Dies möchte ich gerne gemeinsam mit

Fragenkomplex 2

abhandeln

Fragenkomplex 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.

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?
- 3) Wer haftet dem Fiskus nach steuerlichen Vorschriften für die bereits erfolgte mehrfache Anrechnung der Kapitalertragsteuer?

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) Er 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 Aktie war (vgl. § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO), d.h. die Dividenden ihm auch steuerlich zuzurechnen ist,
 - b) die Aktiengesellschaft auf die ihm zugeflossene Dividende Kapitalertragsteuer einbehalten hat 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 auf die Dividende einbehaltenen KapESt berechtigt.

Der Leerkäufer K hatte hingegen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nie einen Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der auf die Dividende einbehaltenen KapESt (siehe folgende Folien).

Grundlagen der Dividendenkompensationszahlungsbesteuerung

Der Erwerber vom Leerverkäufer hat nicht nur steuerlich, sondern auch tatsächlich die Dividende nicht erhalten, diese bezog der zivilrechtliche Eigentümer der Aktie. Der Erwerber vom Leerverkäufer 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) Der die Zahlung leistende Verkäufer (Leerverkäufer) musste bis 2006 einschließlich mangels gesetzlicher Verpflichtung keine KapESt auf die Dividendenkompensationszahlung einbehalten. Der Erwerber (Leerkäufer) 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 der die Zahlung Leistende (der Leerverkäufer) 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 der Leerverkäufer aber einer ausländischen Depotbank, musste er nach dem Gesetz keine KapESt einbehalten, folglich konnte der Leerkäufer angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlautes auch keine KapESt anrechnen. Im Falle einer ausländischen Depotbank des Leerverkäufers durfte die inländische Depotbank des Leerkäufers auch keine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausstellen, in der Praxis geschah dies aber regelmäßig.

Haftungsfragen

- 1) In erster Linie derjenige, der die Steuer zu Unrecht angerechnet oder erstattet bekommen hat, d.h. der **Leerkäufer**.
- 2) Daneben aber auch die **inländischen Depotbanken**, die falsche Bescheinigungen ausgefertigt haben, vgl. § 45 a Abs. 7 EStG. Dies könnte die Zeiträume betreffen
 - 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.

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.

Würdigung der Argumente anhand des Gesetzeswortlauts

Richtig ist, dass die Gesetzesbegründung zur Einführung der Kapitalertragsteuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen davon ausgeht, dass es zwei wirtschaftliche Eigentümer geben könne (siehe Folie 38).

Aber: Gesetze sind nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen. Sollte der Wortlaut einer Norm eindeutig sein, kann nur in ganz engen Ausnahmefällen gegen den Wortlaut ausgelegt werden, und zwar dann, falls eine *"planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts"* vorliegen sollte und das Gesetz schlicht keinen Sinn ergeben würde, wenn man es nach seinem Wortlaut auslegt. Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung.

Die hier auszulegende Norm ist § 39 AO, sie lautet 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. ...“

Folgerungen aus dem Gesetz (§ 39 AO)

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 Leerverkäufer, 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 sei, hat keine gesetzliche Grundlage

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 (siehe Folie 14) 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 überging. 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!

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.

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 (siehe Folie 29).

Es wird argumentiert, dass die Depotbank des Leerkäufers nicht erkennen konnte, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung oder um eine ausländische Bank gehandelt habe. Diese Argumentation hat jedoch **keine gesetzliche Grundlage** und dürfte in Anbetracht der enorm hohen Transaktionsvolumina sowie der erfolgten Preisabsprachen bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen im Einzelfall auch nicht haltbar sein.

Die Geschäfte wurden dem Vernehmen nach spätestens ab 2009 zu großen Teilen über die Börse und nicht mehr OTC abgewickelt. Dies deshalb, da man bei Börsengeschäften argumentieren konnte, dass die Gegenpartei nicht bekannt sei.

Tatsache ist aber, dass die Händler, die die Geschäfte an der Börse platziert haben, sich alle gekannt haben und die Börse nur „vorgeschoben“ war. Es ging ja um sehr hohe Transaktionsvolumen.

Beispiel: Wer eine Kauforder über genau 277.356 Aktien zu einem bestimmten Preis aufgibt, findet als Verkäufer denjenigen, der 277.356 Aktien zu dem genannten Preis zu verkaufen bereit war.

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.

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.

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.“

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 rechtlichem 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

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, siehe oben, Folie 22)

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 (siehe Folien 27 ff).

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, siehe oben, Folie 23)

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.

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

Absprachen zwischen Leerverkäufer und Erwerber die Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer 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).

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)

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.“

Die Finanzgerichte bestätigen mittlerweile die hier vertretene Rechtsauffassung (siehe Folien 27 ff.).

Hessisches FG vom 8.10.2012

“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 rechtsirrigen Annahme mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums noch aufgrund der Steuerpflicht sog. Dividendenausgleichszahlungen, noch allein aufgrund der Ausstellung einer KapESt-Bescheinigung der Depotbank in Betracht.“

Bundesfinanzhof vom 16.4.2014

Verneinte den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits aus anderen Gründen und hat die Frage, ob vom Leerverkäufer solches erworben werden kann, mangels Entscheidungsrelevanz nicht entschieden.

Bundesfinanzhof vom 18.8.2015

“Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, die im Rahmen einer sog. Wertpapierleihe an den Entleiher zivilrechtlich übereignet wurden, kann ausnahmsweise beim Verleiher verbleiben, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles ergibt, dass dem Entleiher lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition verschafft werden sollte.“

Hessisches FG vom 10.2.2016

“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.“

Fragenkomplex 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.

§ 42 AO: Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten

(1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

(2) Ein Missbrauch liegt 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. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

Die Frage des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO stellt sich bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen nicht, da bereits nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten es nie zur mehrfachen Anrechnung kommen konnte – es gab keine Gesetzeslücke (siehe oben, Folien 27 ff.).

§ 370 AO: Steuerhinterziehung (hier nur Absatz 1)

(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,

2.die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder

3.pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt

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

Wie dargelegt, konnten Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nicht zur mehrfachen Anrechnung von Kapitalertragsteuer führen. Der Erwerber vom Leerverkäufer (d.h. der Leerkäufer) war nicht anrechnungs- bzw. erstattungsberechtigt. Wenn er die Anrechnung/Erstattung gleichwohl beantragt hat, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt. Sollte er mit Vorsatz, wobei sogenannter bedingter Vorsatz ausreichend ist (d.h. billigende Inkaufnahme des Erwerbs vom Leerverkäufer) gehandelt haben, liegt eine vollendete Steuerhinterziehung vor.

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.”

Prof. Dr. Christoph Spengel

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und
Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II



Universität Mannheim

Schloss Ostflügel

68131 Mannheim

Telefon: + 49 (0) 621 – 181 1704

spengel@uni-mannheim.de

<http://spengel.bwl.uni-mannheim.de>