

**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**  
nach § 28 PUAG für den

**4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode**

von

**Christoph Spengel**

28.7.2016

**Name und Anschrift des Verfassers:**

Prof. Dr. Christoph Spengel

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre  
und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II

Schloss

68131 Mannheim

Tel.: +49 (0) 621 181-1704

Fax: +49 (0) 621 181-1706

E-Mail: [spengel@uni-mannheim.de](mailto:spengel@uni-mannheim.de)



## **Das Wichtigste in Kürze**

### **Dividendenstripping**

Dividendenstripping tritt seit Jahrzehnten in unterschiedlichen Varianten auf und führt in Deutschland bis heute zu Steuerausfällen im Milliardenbereich.

Dividendenstripping bezeichnet Aktientransaktionen rund um den Dividendenstichtag, bei denen der Dividendenanspruch von der zugrundeliegenden Aktie getrennt wird. So werden in der Verkaufsvariante Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag vom Eigentümer an den Erwerber verkauft, der die Dividende nach dem Dividendenstichtag vereinnahmt und die Aktien anschließend in aller Regel an den ursprünglichen Eigentümer zurück verkauft.

Je nachdem, wie die Aktie im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses und im Zeitpunkt der Lieferung mit Dividendenansprüchen ausgestattet war, ist beim Dividendenstripping zwischen Cum/Cum-Geschäften und den im Mittelpunkt des Gutachtens stehenden Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf zu unterscheiden.

### **Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf als besondere Variante des Dividendenstripings**

Cum/Ex-Geschäfte bezeichnen Aktientransaktionen, bei denen die Übertragung bzw. der Erwerb von Aktien mit (cum) Dividendenanspruch und die Lieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag ohne (ex) Dividende erfolgt. Das schuldrechtliche Kaufgeschäft erfolgt somit vor dem Dividendenstichtag und das dingliche Erfüllungsgeschäft danach.

Beim Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf ist der Veräußerer nicht Eigentümer der Aktien, sondern die Aktien, die veräußert werden, gehören einem Dritten. Der Dritte ist am Dividendenstichtag zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien und vereinnahmt auch die Dividende. Der Verkäufer (Leerverkäufer) muss sich diese Aktien nach dem Dividendenstichtag vom Dritten besorgen und liefert sie anschließend an den Erwerber (Leerkäufer). Dem Leerkäufer schuldet der Leerverkäufer aber nicht nur die Aktien, sondern auch eine Zahlung in Höhe der Dividende (sogenannte Dividendenkompensationszahlung), da er sich verpflichtet hat, mit Dividende zu liefern, dies aber nicht kann.

## **Warum führten Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf zu Steuerausfällen im Milliardenbereich?**

Die Zielsetzung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf bestand darin, dass einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer mindestens zweimal bescheinigt und sodann mindestens zweimal angerechnet bzw. erstattet werden sollte. Den „Gewinn“ aus solchen Geschäften finanzierte somit ausschließlich der Staat quasi durch eine „Negativsteuer“.

Bei den in der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Fällen handelte es sich zum einen um Anlageprodukte, welche von Banken und anderen Produktanbietern sowie deren Beratern entwickelt und vermögenden Privatpersonen angeboten wurden. Zum anderen gibt es Hinweise, dass im Zeitablauf die Banken nicht nur in die Produktentwicklung einbezogen waren, sondern auch als Leerkäufer und teilweise auch noch gleichzeitig als Depotbank auftraten, um sich dann selbst Steuerbescheinigungen auszustellen.

Bei den bisher bekannt gewordenen Einzelfällen waren Steuerausfälle im zwei- bis dreistelligen Millionenbereich zu verzeichnen, wohinter sich häufig Aktientransaktionen im zweistelligen Milliardenbereich verbargen. Der dem Staat insgesamt entstandene Steuerschaden soll rund zwölf Milliarden Euro betragen.

Das mehrfache Erwirken von Steuerbescheinigungen durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen war bis zum Jahr 2011 einschließlich möglich, weil die Abführung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell auseinandergefallen sind. Während der Emittent der Aktien die Kapitalertragsteuer einbehalten hat, wurde die Steuerbescheinigung von der Depotbank des Inhabers der Aktien ausgestellt. Diese Sollbruchstelle im System nutzten die Initiatoren der Modelle, um durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen für den Leerkäufer eine zweite Steuerbescheinigung durch dessen Depotbank zu erwirken. Die durch die Depotbank des Leerkäufers ausgestellte Steuerbescheinigung hätte nach der Gesetzeslage allerdings nie ausgestellt werden dürfen und war daher falsch.

Die erste Steuerbescheinigung steht unstreitig dem zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien und damit der Dividenden am Dividendenstichtag zu. Der Leerkäufer hingegen erhielt keine Dividenden, sondern nur eine Dividendenkompensationszahlung. Auf die Dividendenkompensationszahlung wurde bis zum Jahr 2006 einschließlich nie Kapitalertragsteuer einbehalten und zwischen 2007 und 2011 nur soweit, als der Leerverkauf über eine inländische Depotbank abgewickelt wurde. In der Praxis bedienten sich die Leerverkäufer allerdings regelmäßig ausländischer Depotbanken, weshalb in diesen Fällen auf die Dividendenkompensationszahlung zu

keinem Zeitpunkt Kapitalertragsteuer einbehalten wurde; dies ist letztlich auch der Grund dafür, dass keine Bescheinigung hätte erstellt werden dürfen. Dies war aber gegebenenfalls für die ausstellende Bank nicht erkennbar.

Die beschriebene Sollbruchstelle wurde erst mit Wirkung für das Jahr 2012 beseitigt. Seitdem sind die die Dividenden auszahlenden Depotbanken sowohl zum Einbehalt als auch zur Abführung verpflichtet. Somit ist es nicht mehr möglich, dass mehrere Steuerbescheinigungen ausgestellt werden.

### **Keine rechtliche Möglichkeit zur mehrfachen Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer durch den Leerkäufer**

Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen verfügte neben dem Aktieninhaber auch der Leerkäufer über eine Steuerbescheinigung gemäß § 43a Abs. 3 EStG, die ihm seine inländische Depotbank ausstellte und mit der er die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG begehrte. Voraussetzung für die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer beim Leerkäufer ist nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG allerdings nicht allein die Vorlage der Steuerbescheinigung, sondern darüber hinaus auch noch, dass (1) Dividenden (oder ab 2007 Dividendenkompensationszahlungen) bezogen wurden und (2) auf diese Bezüge Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

Die Voraussetzungen zur Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG beim Leerkäufer waren bis zum Jahr 2006 einschließlich generell nicht und in den Jahren 2007 bis 2011 dann nicht erfüllt, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat. Bis zum Jahr 2006 einschließlich scheiterte die Anrechnung schon daran, dass der Leerkäufer mangels Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien gemäß § 39 Abs. 2 AO keine Dividende erzielte, dies aber Tatbestandsvoraussetzung der Anrechnung war. Auf eine Dividendenkompensationszahlung konnte bis 2006 einschließlich niemals die Kapitalertragsteuer angerechnet werden. In den Jahren 2007 bis 2011 scheiterte die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer daran, dass auf die Dividendenkompensationszahlung (die ab diesem Jahr grundsätzlich zur Anrechnung berechtigen konnte) keine Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Insoweit gab es keine Gesetzeslücke. Auch aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs lässt sich kein anderes Ergebnis ableiten.

Es ist also festzuhalten: Nach dem eindeutigen Wortlaut der relevanten Steuergesetze war es rechtlich bis zum Jahr 2011 einschließlich zu keinem Zeitpunkt möglich, einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen bzw. erstattet zu bekommen.

Ist nicht aufklärbar, ob ein Leerverkauf vorlag oder ob der Leerverkäufer Kapitalertragsteuer einbehalten hat, trifft den potentiellen Leerkäufer die Beweislast; durch die Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG alleine kann er dies nicht beweisen.

### **Wer haftet?**

Wurde vom Leerkäufer trotzdem die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG begehrt, ist davon auszugehen, dass der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO verwirklicht ist.

Neben dem Leerkäufer haften auch die Banken gemäß § 45a Abs. 7 EStG für den Steuerschaden, falls sie Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Abs. 3 EStG ausgestellt haben. Dies gilt bis zum Jahr 2006 einschließlich, falls eine Steuerbescheinigung für Dividendenkompensationszahlungen ausgestellt wurde, sowie für die Jahre 2007 bis 2011 einschließlich, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente. Der Fiskus ist gehalten, die Banken auch in Anspruch zu nehmen. Das könnte angesichts der finanziellen Größenordnungen für die betroffenen Banken gravierende Auswirkungen haben. Insoweit ist auch die Rolle der Abschlussprüfer der Banken, insoweit sie die Abschlüsse testiert haben, und die Rolle der Bundesanstalt für Finanzdienstaufsicht (BaFin), welche über Daten zu jeder einzelnen Börsentransaktion verfügt, zu hinterfragen.

### **Welche Rolle spielte die Gesetzgebung und die Finanzverwaltung?**

Der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung haben durch ihr Handeln Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zusätzlich beflügelt. Im Jahressteuergesetz 2007 wurde - mit Blick auf die bis dahin eindeutige Gesetzeslage - ohne Not ein Vorschlag des Bankenverbands aufgegriffen und explizit verfügt, dass lediglich auf Dividendenkompensationszahlungen unter Einschaltung inländischer Depotbanken des Leerverkäufers ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen war, um insoweit eine mehrfache Erhebung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auszuschließen. Dadurch fühlten sich die Marktteilnehmer im Zeitablauf ermutigt, Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken der Leerverkäufer in immer grö-

ßerem Stil zu tätigen. Auch die Finanzverwaltung hat das Problem nicht in den Griff bekommen. Vielmehr hat sie in einem Schreiben aus dem Jahr 2009 zum Ausdruck gebracht, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere beim Fehlen von Absprachen, entgegen der insoweit eindeutigen Gesetzeslage bei Vorlage einer Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer möglich sei. Dies hat die Marktteilnehmer zusätzlich motiviert, die Geschäfte über die Börse abzuwickeln.

## Inhaltsverzeichnis

Das Wichtigste in Kürze.....	III
Inhaltsverzeichnis.....	VIII
Abbildungsverzeichnis.....	XII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
1 Gutachterauftrag und Aufbau des Gutachtens.....	1
2 Gestaltungsmodelle, Anreize und Abwicklung von Dividendenstripping-Modellen unter besonderer Berücksichtigung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen.....	3
2.1 Erläuterung und Darlegung von Begriffen.....	3
2.1.1 Dividendenstripping.....	3
2.1.2 Cum/Cum-Geschäfte.....	4
2.1.3 Cum/Ex-Geschäfte.....	4
2.2 Finanzielle Anreize.....	4
2.2.1 Finanzielle Anreize von Cum/Cum-Geschäften.....	5
2.2.1.1 Dividendenstripping im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (1977-2000).....	5
2.2.1.2 Dividendenstripping nach Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (seit 2001).....	10
2.2.2 Finanzielle Anreize von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen.....	13
2.2.3 Zwischenergebnis.....	19
2.3 Einbehalt und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer, Abwicklung von Börsengeschäften sowie Dividendenregulierung.....	20
2.3.1 Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer.....	20
2.3.2 Börsenbedingungen in Deutschland.....	21
2.3.3 Dividendenregulierung bei girosammelverwahrten Aktien.....	22
2.3.4 Folgerungen für verschiedene Varianten von Cum/Ex-Geschäften.....	23
2.3.5 Konsequenzen aus der Einführung des zentralen Kontrahenten.....	25
2.3.6 Zwischenergebnis.....	27



2.4 Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen: Varianten, Beteiligte und mögliche Renditen.....	28
2.4.1 Varianten von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen .....	28
2.4.1.1 Reine GmbHs als Leerkäufer .....	28
2.4.1.2 Inländische Investmentfonds als Leerkäufer .....	31
2.4.1.3 Ausländische Pensionsfonds als Leerkäufer .....	32
2.4.1.4 Inländische Depotbanken als Leerkäufer .....	34
2.4.1.5 Mehr als zweifache Bescheinigung der Kapitalertragsteuer .....	34
2.4.2 Beteiligte an Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen: Initiatoren, Banken, Berater und Broker .....	35
2.4.3 Erzielbare Renditen .....	36
2.4.4 Zwischenergebnis.....	36
3 Steuerrechtliche Beurteilung.....	39
3.1 Cum/Cum-Geschäfte .....	39
3.1.1 Dividendenstripping im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (1977-2000).....	39
3.1.1.1 Rechtslage bis 1979 .....	39
3.1.1.2 Rechtslage zwischen 1980 und 1993 .....	40
3.1.1.3 Rechtslage zwischen 1994 und 2000 .....	43
3.1.1.4 Zwischenergebnis.....	44
3.1.2 Dividendenstripping nach Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (seit 2001).....	45
3.1.2.1 Vorbemerkungen.....	45
3.1.2.2 Wirtschaftliches Eigentum .....	46
3.1.2.2.1 Erwerbsgeschäfte.....	46
3.1.2.2.1.1 Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999 .....	46
3.1.2.2.1.2 Over The Counter Geschäfte .....	48
3.1.2.2.1.3 Konsequenzen seit der Einführung des zentralen Kontrahenten im März 2003 .....	50
3.1.2.2.2 Wertpapierleihe .....	51
3.1.2.2.3 Zwischenergebnis .....	52
3.1.2.3 Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO.....	53

3.1.2.4 Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO und leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 AO .....	56
3.1.2.5 Beurteilung des Handelns von Gesetzgeber und Finanzverwaltung .....	57
3.1.2.6 Zwischenergebnis.....	62
3.2 Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen.....	64
3.2.1 Kontroverser Meinungsstand im Schrifttum .....	64
3.2.2 Steueranrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG .....	65
3.2.2.1 Überblick über die Voraussetzungen .....	65
3.2.2.2 Bezüge, die nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben.....	66
3.2.2.2.1 Dividenden (bis zum Jahr 2006 einschließlich).....	66
3.2.2.2.1.1 Wirtschaftliches Eigentum: Lösung nach dem Gesetzeswortlaut.....	67
3.2.2.2.1.2 Wirtschaftliches Eigentum: Entgegenstehender Lösungsansatz in Teilen der Literatur .....	69
3.2.2.2.1.3 Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999 .....	70
3.2.2.2.1.4 Regierungsbegründung zum Jahressteuergesetz zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG aus dem Jahr 2006.....	75
3.2.2.2.1.5 Zwischenergebnis .....	77
3.2.2.2.2 Dividendenkompensationszahlung (in den Jahren 2007 bis 2011 einschließlich).....	77
3.2.2.3 Durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer (in den Jahren 2007 bis 2011 einschließlich) .....	79
3.2.2.3.1 Ausgangssituation: Kein Steuerabzug bei ausländischer Verkäuferbank .....	79
3.2.2.3.2 Steuererhebung durch Zahlung der Dividendenkompensationszahlung in Höhe des Nettobetrags?.....	80
3.2.2.3.3 Erhebung beim Emittenten der Aktien .....	82
3.2.2.3.4 Steuererhebung kraft Fiktion? .....	82
3.2.2.3.5 Beweiswirkung der Kapitalertragsteuerbescheinigung .....	85
3.2.2.3.6 Zwischenergebnis .....	86
3.2.2.4 Bescheinigung im Sinne des § 45a Abs. 2 und 3 EStG.....	86
3.2.2.5 Zwischenergebnis.....	88



3.2.3 Problematik nicht aufklärbarer Sachverhalte .....	88
3.2.3.1 Problem bei Börsengeschäften.....	88
3.2.3.2 Entscheidung nach der Beweislastgrundregel.....	89
3.2.3.2.1 Umkehr der Beweislast durch Steuerbescheinigung?.....	90
3.2.3.2.2 Anscheinsbeweis .....	96
3.2.4 Konsequenzen für die Beteiligten .....	96
3.2.4.1 Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO? .....	96
3.2.4.2 Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO .....	97
3.2.4.3 Haftung der Banken gemäß § 45a Abs. 7 EStG.....	100
3.2.4.4 Rolle der Abschlussprüfer der Banken und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) .....	101
3.2.5 Beurteilung des Handelns von Gesetzgeber und Finanzverwaltung .....	103
3.2.5.1 Rechtslage bis zum Jahr 2006 einschließlich.....	103
3.2.5.2 Rechtslage zwischen 2007 und 2011 .....	106
3.2.6 Zwischenergebnis.....	112
4 Ergebnis .....	114
Literaturverzeichnis.....	116

**Abbildungsverzeichnis**

Abbildung 1: Grundstruktur von Cum/Cum-Geschäften (1977 bis 2000).....	7
Abbildung 2: Grundstruktur von Cum/Cum-Geschäften (seit 2001).....	11
Abbildung 3: Grundstruktur von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen.....	14
Abbildung 4: Aktiengeschäfte und zentraler Kontrahent.....	26
Abbildung 5: Cum/Ex-Geschäfte mit reinen GmbHs .....	29

**Abkürzungsverzeichnis**

Abs.	Absatz
AdV	Aussetzung der Vollziehung
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AO	Abgabenordnung
Astin.	Antragstellerin
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Begr.	Begründer
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH (Zeitschrift)
BFH/PR	Entscheidungen des BFH für die Praxis der Steuerberatung (Zeitschrift)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
CCP	Central Counterparty
ders.	derselbe

DAX	Deutscher Aktienindex
DM	Deutsche Mark
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
EStG	Einkommensteuergesetz
EStG-E	Einkommensteuergesetz-Entwurf
EStR	Einkommensteuerrichtlinie
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FinMin	Finanzministerium
FWB	Frankfurter Wertpapierbörse
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
i.H.v.	in Höhe von
inkl.	inklusive
InvStG	Investmentsteuergesetz
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

JStG	Jahressteuergesetz
KapESt	Kapitalertragsteuer
KSt	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
LK	Leerkäufer
LV	Leerverkäufer
Mio.	Million
Mrd.	Milliarde
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
o.a.	oben ausgeführt
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OLG	Oberlandesgericht
OTC	Over The Counter
PUAG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages
Rn.	Randnummer
Rz	Randziffer
S.	Seite

u.a.	unter anderem
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
vgl.	vergleiche
WpG	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
z.B.	zum Beispiel
zzgl.	zuzüglich

## 1 Gutachterauftrag und Aufbau des Gutachtens

Gemäß Beweisbeschluss SV-2 durch den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 17. März 2016 soll das Gutachten folgende Darlegungen, Einordnungen und Erläuterungen beinhalten:

- (1) Darlegung und Erläuterung der folgenden Begriffe: „Dividendenstripping“, „Cum/Ex-Geschäft“, „Cum/Ex-Geschäft mit Inhaberverkauf“, „Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf“ und „Cum/Cum-Geschäft“;
- (2) Darlegung der tatsächlichen Gegebenheiten der Abwicklung von Wertpapiergeschäften um den Dividendenstichtag, die zu einer mehrfachen Ausstellung von Kapitalertragsteuerbescheinigungen bezüglich einer nur einmal einbehaltenen und an das Finanzamt abgeführten Kapitalertragsteuer führten, im Zeitraum von 1999 bis 2011;
- (3) Darlegung und Einordnung der veröffentlichten Weisungen der Finanzverwaltung („BMF-Schreiben“), der Gesetzgebung und der Finanzrechtsprechung seit 1999 (und deren Hintergründe) sowie deren Auswirkungen, soweit sie für Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen relevant sind;

Außerdem sollen folgende drei Fragen zu Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen beantwortet werden:

- (1) Bestand zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen 1999 und 2011 eine Rechtslage, wonach es bezüglich einer nur einmal einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer bzw. Körperschaftsteuer zwei oder mehr Erstattungs- bzw. Anrechnungsberechtigte geben konnte?
- (2) Bestand zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen 1999 und 2011 eine Rechtslage, wonach bezüglich einer nur einmal einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer bzw. Körperschaftsteuer zwei oder mehr Kapitalertragsteuer- bzw. Körperschaftsteuerbescheinigungen ausgestellt werden durften?
- (3) Wer haftet für die Steuerrückforderung, wenn die Erstattung bzw. Anrechnung von Kapitalertragsteuer bzw. Körperschaftsteuer zurückgenommen wird?

Aus dem Gutachterauftrag geht hervor, dass der zu untersuchende Zeitraum die Jahre 1999 bis 2011 umfassen soll. Es ist deswegen auch auf Gegebenheiten einzugehen, die sich im zeitlichen

Geltungsbereichs des im Jahr 1977 eingeführten und im Jahr 2000 mit Wirkung zum 1.1.2001 abgeschafften körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens zugetragen haben. Dividendenstripping-Varianten, die unter dem Geltungsbereich des Anrechnungsverfahrens vorherrschten, unterscheiden sich allerdings von den im Mittelpunkt des Gutachtens stehenden Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen hinsichtlich ihrer Struktur und ihrer Motivation zur Erzielung von Steuervorteilen. Es handelt sich regelmäßig um Inhaberverkäufe in der Variante Cum/Cum-Geschäfte, die auch noch heute anzutreffen sind.

Neben den Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen wird Dividendenstripping in der Variante Cum/Cum-Geschäfte in das Gutachten einbezogen. Dadurch ergibt sich ein recht breiter Überblick über die Varianten des Dividendenstripings sowie deren Ausbreitung und rechtliche Beurteilung im Zeitablauf. Zudem zeigt sich, dass bei der steuerrechtlichen Würdigung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, die in einem Teil des Schrifttums anzutreffen ist, oftmals Wertungen herangezogen werden, die in überhaupt keinem Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen stehen. Insgesamt wird damit die dem Gutachten zugrundeliegende Argumentationslinie verständlicher.

Vor dem Hintergrund des konkreten Gutachterauftrags und dem vorgegebenen Untersuchungszeitraum ist das Gutachten wie folgt aufgebaut.

In einem ersten Schritt werden Gestaltungsmodelle und Anreize sowie die Abwicklung der beiden Varianten des Dividendenstripings unter besonderer Berücksichtigung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen erörtert und analysiert. Entsprechend dem Gutachterauftrag werden nach einer Erläuterung der Begriffe des Dividendenstripings und der Erörterung der finanziellen Anreize der grundlegenden Varianten insbesondere die tatsächlichen Gegebenheiten dargelegt und erörtert, die bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen zur Ausstellung mehrerer Kapitalertragsteuerbescheinigungen bezüglich einer nur einmal einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer führten. Dies schließt die Darlegung und Erörterung in der Öffentlichkeit bekannter Gestaltungsvarianten von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen einschließlich der involvierten Akteure ein (Gliederungspunkt 2).

In einem zweiten Schritt erfolgt eine rechtliche Würdigung beider Varianten des Dividendenstripings mit dem Schwerpunkt auf Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen. Neben der im Mittelpunkt stehenden steuerrechtlichen Analyse wird dabei entsprechend dem Gutachterauftrag auch auf Haftungsfragen und steuerstrafrechtliche Fragen eingegangen. Außerdem werden



die Konsequenzen des Handels des Gesetzgebers und der Finanzverwaltung separat beurteilt (Gliederungspunkt 3).

Abschließend werden die Ergebnisse des Gutachtens hinsichtlich der rechtlichen Würdigung zu Antworten auf die drei im Gutachterauftrag formulierten Fragen verdichtet (Gliederungspunkt 4).

## **2 Gestaltungsmodelle, Anreize und Abwicklung von Dividendenstripping-Modellen unter besonderer Berücksichtigung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen**

### **2.1 Erläuterung und Darlegung von Begriffen**

#### **2.1.1 Dividendenstripping**

Unter dem Begriff Dividendenstripping werden Aktienverkäufe bzw. Übertragungen oder andere Transaktionen mit Aktien (nachfolgend als Aktientransaktionen bezeichnet)<sup>1</sup> rund um den Dividendenstichtag verstanden, bei denen der Dividendenanspruch von der zugrundeliegenden Aktie getrennt wird. Konkret werden beispielsweise in der Verkaufsvariante Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag vom Eigentümer an den Erwerber verkauft, der die Dividende nach dem Dividendenstichtag vereinnahmt und die Aktien anschließend in aller Regel an den ursprünglichen Eigentümer zurück verkauft.<sup>2</sup>

Dividendenstripping ist, soweit ersichtlich, seit dem Jahr 1977, dem Jahr der Einführung des im Jahr 2000 wieder abgeschafften körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens, bekannt. Dividendenstripping tritt bis heute in unterschiedlichen Formen bzw. Varianten auf und verfolgt unterschiedliche Motive und Zielrichtungen.

Dividendenstripping gilt als Sammelbegriff für die nachfolgend erläuterten Cum/Cum-Geschäfte sowie Cum/Ex-Geschäfte. Bei Cum/Ex-Geschäften ist danach zu unterscheiden, ob ein Inhaberverkauf oder ein Leerverkauf vorliegt.

---

<sup>1</sup> Hier und im Weiteren werden ausschließlich Aktientransaktionen betrachtet, da nur diese für die im Fokus stehenden Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen bedeutsam sind. Allgemein kommt Dividendenstripping aber auch bei der Übertragung von GmbH-Anteilen in Frage.

<sup>2</sup> Vgl. Kußmaul/Kloster (2016), S. 850 m.w.N. Die Übertragungen können mittels Kassageschäften und u.a. mittels Wertpapierleihen erfolgen. Vgl. ebenda m.w.N.

### 2.1.2 Cum/Cum-Geschäfte

Cum/Cum-Geschäfte bezeichnen Aktientransaktionen, bei denen die Veräußerung/Übertragung bzw. der Erwerb von Aktien mit (cum) Dividendenanspruch und die Lieferung der Aktien vor dem Dividendenstichtag ebenfalls mit (cum) Dividendenanspruch erfolgt. Bei Cum/Cum-Geschäften handelt es sich regelmäßig um Inhabergeschäfte, das heißt der Verkäufer ist auch der zivilrechtliche Eigentümer der Aktien.

### 2.1.3 Cum/Ex-Geschäfte

Cum/Ex-Geschäfte bezeichnen Aktientransaktionen, bei denen die Veräußerung/Übertragung bzw. der Erwerb von Aktien mit (cum) Dividendenanspruch und die Lieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag ohne (ex) Dividende erfolgt. Das schuldrechtliche Kaufgeschäft erfolgt somit vor dem Dividendenstichtag und das dingliche Erfüllungsgeschäft danach.

Cum/Ex-Geschäfte können in den Varianten mit Inhaberverkauf und mit Leerverkauf auftreten. Beim Cum/Ex-Geschäft mit Inhaberverkauf ist der Verkäufer zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien und liefert diese nach dem Dividendenstichtag.

Beim Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf ist der Veräußerer nicht Eigentümer der Aktien, sondern die Aktien, die veräußert werden, gehören einem Dritten (Leerverkauf). Der Dritte ist am Dividendenstichtag zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien und vereinnahmt auch die Dividende. Der Verkäufer (Leerverkäufer) muss sich diese Aktien nach dem Dividendenstichtag vom Dritten besorgen und liefert sie anschließend an den Erwerber (Leerkäufer). Dem Leerkäufer schuldet der Leerverkäufer aber nicht nur die Aktien, sondern auch eine Zahlung in Höhe der Dividende (sogenannte Dividendenkompensationszahlung), da er sich verpflichtet hat, mit Dividende zu liefern, dies aber nicht kann.

## 2.2 Finanzielle Anreize

Die finanziellen Anreize der verschiedenen Varianten des Dividendenstrippings liegen in der Erzielung von Steuerersparnissen. Cum/Cum-Geschäfte und Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen basieren dabei auf unterschiedlichen Motivationen zur Erzielung von Steuervorteilen. Während es bei Cum/Cum-Geschäften um die Nutzung von Steuerarbitrage aufgrund einer unterschiedlichen Besteuerung in Abhängigkeit vom Eigentümer der Aktien geht, war es die Motivation von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, Steuerrückerstattungen über die vom Fiskus einbehaltenen Steuern zu erreichen.

Nachfolgend werden die finanziellen Anreize für Cum/Cum-Geschäfte sowie Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nacheinander dargelegt und erörtert.

## **2.2.1 Finanzielle Anreize von Cum/Cum-Geschäften**

### **2.2.1.1 Dividendenstripping im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (1977-2000)**

Aus steuerlicher Sicht verspricht Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften Vorteile, falls der Eigentümer und der Erwerber der Aktien unterschiedliche steuerliche Attribute aufweisen, also in Bezug auf die Dividende unterschiedlich besteuert werden. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Eigentümer der Aktien im Ausland<sup>3</sup> und der Erwerber der Aktien im Inland (Deutschland) ansässig ist. Denn Steuerausländer sind in Deutschland regelmäßig nicht zur Anrechnung der auf den Dividenden lastenden Kapitalertragsteuer (und der Körperschaftsteuer bis zur Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens im Jahr 2000) berechtigt. Kommt es hingegen beim Erwerber zur Anrechnung der auf der Dividende lastenden Steuer, ergibt sich insoweit ein Steuervorteil, der zwischen dem Erwerber und dem ursprünglichen Eigentümer beziehungsweise Rückerwerber im Rahmen der Kaufpreisgestaltung aufgeteilt wird.

Bei den im Geltungsbereich des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens in den Jahren von 1977 bis 2000 vorgekommenen Fällen<sup>4</sup> des Dividendenstripings, die dem Bundesministerium der Finanzen und den Finanzverwaltungen der Bundesländer seit dem Jahr 1978 bekannt waren,<sup>5</sup> handelte es sich regelmäßig um Cum/Cum-Geschäfte, das heißt die Veräußerung und der Erwerb der Aktien erfolgten mit Dividendenanspruch vor dem Dividendenstichtag. Im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens konnte die auf den Dividenden lastende Körperschaftsteuer vollständig auf die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerschuld<sup>6</sup> des Aktieninhabers angerechnet werden (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG a.F.). Die Körperschaftsteuer war von der ausschüttenden Aktiengesellschaft zu ermitteln und abzuführen, der Aktionär erhielt

<sup>3</sup> Beim Inhaber der Aktien kann es sich auch um eine in Deutschland steuerbefreite Person handeln.

<sup>4</sup> Im Schrifttum finden sich sehr bald nach der Einführung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens Hinweise auf das „Kardinalproblem der Ausländerfrage“ verbunden mit Hinweisen zum Dividendenstripping. Vgl. Büschgen (1978), S. 27.

<sup>5</sup> Vgl. FinMin Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 28.8.1978, WPg 1978, S. 609.

<sup>6</sup> Ist der Aktieninhaber eine natürliche Person, unterliegt die Dividende der Einkommensteuer. Handelt es sich beim Aktieninhaber um eine juristische Person (z.B. GmbH oder AG), waren die Dividenden körperschaftsteuerpflichtig. Das beschriebene Anrechnungsverfahren wurde auch im Bereich der Körperschaftsteuer angewendet.

einen Anrechnungsanspruch und konnte die Körperschaftsteuer auf seine Steuerschuld anrechnen. Dadurch wurden Dividenden im Ergebnis vollständig von der Körperschaftsteuer der ausschüttenden Aktiengesellschaft entlastet und nur mit der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer des Aktieninhabers belastet. Daneben konnte die Kapitalertragsteuer angerechnet werden.

Beispiel: Die D-AG erzielt einen Gewinn vor Steuern von 100,00 €<sup>7</sup>, auf den sie 30% Körperschaftsteuer<sup>8</sup> bezahlt. Die D-AG kann somit eine Dividende von 70,00 € ausschütten (Bruttobardividende), auf die 25% Kapitalertragsteuer, also 17,50 €, einbehalten wird. Die dem Anteilseigner zufließende Nettobardividende beläuft sich somit auf 52,50 €.

War der Anteilseigner in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig, konnte er die auf den Dividenden lastende Körperschaftsteuer sowie die einbehaltene Kapitalertragsteuer vollständig auf seine Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerschuld anrechnen. Die anrechenbaren Steuern zählen dabei zum steuerpflichtigen Einkommen, so dass bei einem Nettozufluss von 52,50 € insgesamt 100,00 € (= Nettodividende 52,50 € + Kapitalertragsteuer 17,50 € + anrechenbare Körperschaftsteuer 30,00 € (= 3/7 der Bruttobardividende)) zu versteuern sind. Wird angenommen, dass es sich beim Anteilseigner um eine Kapitalgesellschaft handelt (E-AG), deren Körperschaftsteuersatz 30% beträgt, ergibt sich eine tarifliche Steuer in Höhe von 30,00 € (= 30% von 100,00 €). Darauf kann die Kapitalertragsteuer (17,50 €) und die Körperschaftsteuer der D-AG (30,00 €) angerechnet werden, so dass sich für die E-AG eine Steuererstattung in Höhe von 17,50 € (./ 17,50 € = tarifliche Steuer der E-AG 30,00 € ./ anrechenbare Körperschaftsteuer 30,00 € ./ anrechenbare Kapitalertragsteuer 17,50 €) ergibt. Für die E-AG ergibt sich somit ein Nettozufluss in Höhe von 70,00 € (70,00 € = Nettobardividende 52,50 € + Steuererstattung 17,50 €). Demnach waren Dividenden ausschließlich mit der (Einkommen- bzw.) Körperschaftsteuer des Anteilseigners belastet.

Handelte es sich dagegen um einen beschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner, beispielsweise eine im Ausland ansässige Kapitalgesellschaft, so war dieser in Deutschland weder zur Anrechnung der Körperschaftsteuer noch der Kapitalertragsteuer berechtigt (§ 50 Abs. 5 Satz 2

<sup>7</sup> Obwohl der Euro erst zum 1.1.2002 als Bargeld eingeführt wurde, wird er synonym zur Deutschen Mark verwendet.

<sup>8</sup> Es wird vereinfachend ein einheitlicher Körperschaftsteuersatz von 30% unterstellt und auf die Einbeziehung der Gewerbesteuer, die stets definitiv wurde, verzichtet. Tatsächlich war das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren in Kombination mit dem gespaltenen Steuersatz für einbehaltene und ausgeschüttete Gewinne sowie dem dadurch ausgelösten Mechanismus der Körperschaftsteuermindernng sehr viel komplizierter. Zur Veranschaulichung des Dividendenstripings ist diese vereinfachende Annahme allerdings unschädlich, da es stets um die beim Aktieninhaber anrechenbare Körperschaftsteuer ging, die zuletzt im Jahr 2000 30% betragen hat. Vgl. ausführlich zum körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren Jacobs (1998), S. 156 ff.

ESTG a.F. bzw. § 51 KStG a.F. i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG a.F.). Damit wurden die in Deutschland einbehaltenen Steuern in Höhe von 47,50 € definitiv und dem ausländischen Anteilseigner verblieb die Nettobardividende von 52,50 €. Die in der Geltungsdauer des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens bekannt gewordenen Dividendenstripping- bzw. Cum/Cum-Geschäfte dienten dazu, diese definitiven deutschen Steuern zu mobilisieren.

Die Grundstruktur von Cum/Cum-Geschäften bis zur Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens im Jahr 2000 zeichnet sich dadurch aus, dass ein nicht anrechnungsberechtigter Inhaber von Aktien diese kurz vor dem Dividendenstichtag an einen in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen und damit anrechnungsberechtigten „Makler“, in der Regel handelte es sich um ein Kreditinstitut, mit Dividendenanspruch verkaufte und lieferte (cum/cum) und unmittelbar nach dem Dividendenstichtag ohne Dividendenanspruch (ex) zurückkaufte.<sup>9</sup> Abbildung 1 zeigt ein solches Geschäft in vereinfachter Form.

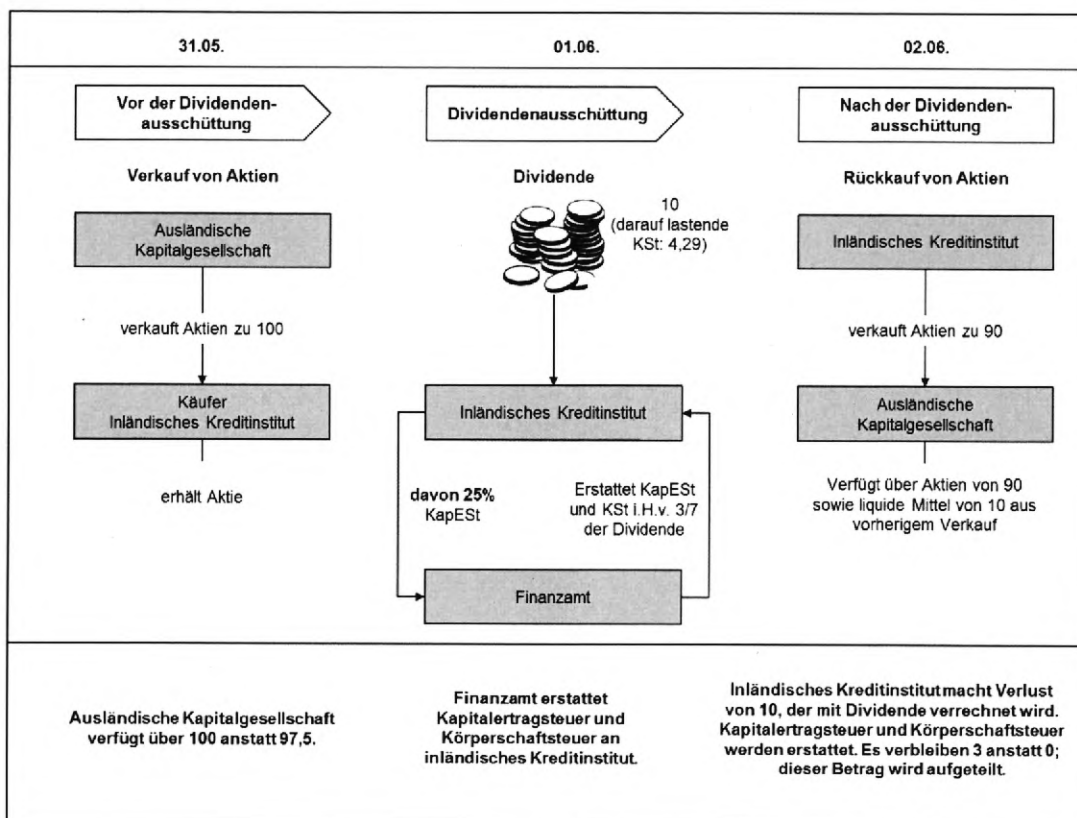


Abbildung 1: Grundstruktur von Cum/Cum-Geschäften (1977 bis 2000)

<sup>9</sup> Vgl. z.B. Berger/Scherl (2000), S. 627 ff; Bippus (1994), S. 949 ff; Krawitz (1994), S. 883 ff.



Inhaber I, zum Beispiel eine ausländische Kapitalgesellschaft, war am 31.5. zivilrechtlicher Eigentümer einer Inhaberaktie der börsennotierten A-AG, die Aktie wurde an diesem Tage mit 100,00 € gehandelt. Für die am 1.6. stattfindende Hauptversammlung wurde eine Dividende von 10,00 € vorgeschlagen (Bruttobardividende).<sup>10</sup> Am 31.5. veräußert I die Aktie an die deutsche Käuferbank K zum Preis von 100,00 €, gleichzeitig wird für den 2.6. ein Rückkauf der Aktie zum Preis von 90,00 € vereinbart. Am 1.6. fand die Hauptversammlung statt und dem Käufer K wurde nach Abzug der Kapitalertragsteuer von 2,50 € eine Nettobardividende in Höhe von 7,50 € ausgezahlt. K erhielt neben der Kapitalertragsteuerbescheinigung in Höhe von 2,50 € eine Bescheinigung für die anrechenbare Körperschaftsteuer in Höhe von 4,29 € ( $4,29 € = 3/7$  der Bruttobardividende von 10,00 €). Damit erzielt K steuerpflichtige Dividenden in Höhe von 14,29 € ( $14,29 € = \text{Bruttobardividende } 10,00 € + \text{anrechenbare Körperschaftsteuer } 4,29 €$ ). Infolge der Rückveräußerung der Aktie zum Preis von 90,00 € erzielt K gleichzeitig einen Veräußerungsverlust in Höhe von 10,00 € ( $10,00 € = \text{Veräußerungspreis } 90,00 € \text{ ./. Anschaffungskosten } 100,00 €$ ). K hat somit 4,29 € ( $4,29 € = \text{steuerpflichtige Dividende } 14,29 € \text{ ./. Veräußerungsverlust } 10,00 €$ ) zu versteuern, bei einem unterstellten Körperschaftsteuersatz von 30% ergibt dies eine Körperschaftsteuer von 1,29 €. Nach Anrechnung der Kapitalertragsteuer (2,50 €) und der Körperschaftsteuer (4,29 €) erhält K eine Steuererstattung in Höhe von 5,50 € ( $5,50 € = \text{./. tarifliche Körperschaftsteuer } 1,29 € + \text{anrechenbare Kapitalertragsteuer } 2,50 € + \text{anrechenbare Körperschaftsteuer } 4,29 €$ ). Nach Steuern verbleibt K somit ein Nettoeinkommen in Höhe von 3,00 € ( $3,00 € = \text{Nettobardividende } 7,50 € + \text{Steuererstattung } 5,50 € \text{ ./. Veräußerungsverlust } 10,00 €$ ). Ohne das Geschäft hätte K keine Einkünfte bezogen.

Der Inhaber I, der die Aktie für 100,00 € veräußert und anschließend für 90,00 € zurück erwirbt, erzielt anstelle einer Nettobardividende von 7,50 € einen in Deutschland steuerfreien Veräußerungsgewinn von 10,00 €. <sup>11</sup> Zudem ist I wieder im Besitz der Aktie. I wird im Ergebnis also so gestellt als habe er die Dividende steuerfrei bezogen.

<sup>10</sup> Damit die Aktiengesellschaft eine Bruttobardividende von 10,00 € nach Körperschaftsteuer ausschütten kann, muss sie vor Steuern bei einem angenommenen Körperschaftsteuersatz von 30% einen Gewinn von 14,29 € erwirtschaften. Die zu zahlende und abzuführende Körperschaftsteuer beträgt dann 4,29 € ( $4,29 € = 30\%$  von 14,29 €). Dieser Betrag von 4,29% entspricht dem körperschaftsteuerlichen Anrechnungsanspruch des Aktionärs. Der Solidaritätszuschlag wird aus Vereinfachungsgründen vernachlässigt.

<sup>11</sup> Voraussetzung ist, dass die ausländische Kapitalgesellschaft in einem Staat ansässig ist, mit dem Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat. In diesem Fall können gemäß Artikel 13 Abs. 5 OECD-Musterabkommen Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nur im Ansässigkeitsstaat des Veräußerers besteuert werden.

Zusammengefasst verdeutlicht das Beispiel, dass der Inhaber I aus der Transaktion einen Gewinn in Höhe von 2,50 € erwirtschaftet (2,50 € = Verkaufspreis der Aktie 100,00 € ./. Rückkaufpreis der Aktie 90,00 € ./. entgangene Nettobardividende 7,50 €). Dieser Betrag entspricht der in Deutschland bei K anrechenbaren Kapitalertragsteuer. Die Käuferbank K hat einen Gewinn von 3,00 € erzielt (3,00 € = Nettobardividende 7,50 € + Steuererstattung 5,50 € ./. Veräußerungsverlust 10,00 €), welcher auf die Nutzung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsanspruchs in Deutschland zurückzuführen ist (3,00 € = anrechenbare Körperschaftsteuer 4,29 € ./. tarifliche Körperschaftsteuer 1,29 €). Die Aufteilung dieses Betrags zwischen I und K ist durch Preisabsprachen bei der Kauf- bzw. Rückverkaufsvereinbarung gestaltbar. Dem Unternehmen nach war eine hälftige Teilung zwischen den Vertragsparteien üblich.<sup>12</sup>

In der Gesamtbetrachtung ist festzuhalten, dass in Deutschland einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer bzw. Körperschaftsteuer genau einmal angerechnet bzw. erstattet wird. In Folge des Cum/Cum-Geschäfts sind allerdings Steuermindereinnahmen in Höhe von 5,50 € zu verzeichnen. Diese Mindereinnahmen sind auf die in Deutschland bescheinigten und anrechenbaren Steuern (Kapitalertragsteuer und Körperschaftsteuer) zurückzuführen, was ansonsten, das heißt ohne Veräußerung und anschließender Rückveräußerung im Rahmen des Cum/Cum-Geschäfts, nicht möglich gewesen wäre.

Für die beteiligten Vertragsparteien waren diese Geschäfte ohne jedes finanzielle Risiko, zum Beispiel durch die Kombination des Aktienverkaufs mit einem Optionsgeschäft.<sup>13</sup> Im Zeitablauf wurden durch das vermehrte Aufkommen von Finanzinnovationen wie beispielsweise Wertpapierleihe, Ketten-Wertpapierleihe, Wertpapier-Pensionsgeschäfte oder Wertpapiertausch (Swap) immer komplexere Gestaltungsvarianten entwickelt und im Schrifttum beschrieben.<sup>14</sup>

Die Steuerausfälle, welche Dividendenstripping während der Geltung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens insgesamt verursacht hat, sind schwer zu beziffern. Sie waren vermutlich aber beträchtlich. Allein die in den Jahren 1991 bis 1994 aufgetretenen Steuerausfälle sollen mehrere Milliarden DM betragen haben. In der Wirtschaftspresse (z.B. Die Zeit,

<sup>12</sup> Vgl. Crezelius (1995), S. 317.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Berger/Scherl (2000), S. 633 f; Bippus (1994), S. 950 ff; Krawitz (1994), S. 883.

<sup>14</sup> Vgl. dazu Berger/Scherl (2000), S. 629 ff.

Frankfurter Allgemeine Zeitung und Der Spiegel) wurde im Jahr 1994 ausführlich darüber berichtet.<sup>15</sup> Schätzungen zu Steuerausfällen in den Jahren 1977 bis 1990 einschließlich sowie zwischen 1995 und 2000 liegen - soweit ersichtlich - nicht vor.

Letztlich führte erst die Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens im Jahr 2000 mit Wirkung für das Jahr 2001 dazu, dass die beschriebenen Gestaltungen hinsichtlich der Mobilisierung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsguthabens wirkungslos wurden.<sup>16</sup>

Anhaltspunkte dafür, dass das beschriebene Dividendenstripping während der Geltung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens auch in der Variante Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf aufgetreten ist, liegen - soweit ersichtlich - nicht vor. Dem Vernehmen nach handelte es sich, falls Leerverkäufe entdeckt wurden, um verunglückte Einzelfälle, bei denen der Verkäufer die Aktien nicht fristgerecht liefern konnte.

#### **2.2.1.2 Dividendenstripping nach Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (seit 2001)**

Mit der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens haben die beschriebenen Cum/Cum-Geschäfte mit Blick auf die in Deutschland auf Dividenden einbehaltene Kapitalertragsteuer, die für Steuerausländer definitiv wird (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG, § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG), allerdings nicht an Bedeutung verloren, sondern eher zugenommen. Rund 65% der im Deutschen Aktienindex notierten Aktien gehören derzeit Steuerausländern.<sup>17</sup> Ein im Mai 2016 aufgedeckter Einzelfall, der auf vertraulich zugespielten Daten einer US-amerikanischen Bank basiert, die von Journalisten des Handelsblatts, des Bayerischen Rundfunks, der US-amerikanischen Stiftung Pro Publica und der Washington Post ausgewertet wurden, beziffert den jährlichen Steuerausfall in Deutschland in den Jahren 2013 bis 2015 auf eine Milliarde €.<sup>18</sup> Anderen Berichten zufolge könnte der gesamte Steuerausfall infolge von Cum/Cum-Geschäften allein im Jahr 2015 bis zu fünf Milliarden € betragen haben.<sup>19</sup>

Die Grundstruktur dieser Cum/Cum-Geschäfte folgt der oben beschriebenen Struktur, indem ein nicht anrechnungsberechtigter Inhaber von Aktien diese vor dem Dividendenstichtag an ein

<sup>15</sup> Vgl. Bippus (1994), S. 945 f. m.w.N.

<sup>16</sup> Zu einer rechtlichen Würdigung der beschriebenen Cum/Cum-Geschäfte im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens siehe unten, Gliederungspunkt 3.1.1.

<sup>17</sup> Vgl. Ramthun (2015a).

<sup>18</sup> Vgl. Iwersen/Votsmeier (2016d), S. 1, 4 f.

<sup>19</sup> Vgl. Ramthun (2015b).



in Deutschland ansässiges Kreditinstitut mit Dividendenanspruch (cum) verkauft und unmittelbar nach dem Dividendenstichtag ohne Dividendenanspruch zurückkauft.<sup>20</sup> Abbildung 2 zeigt ein solches Geschäft in vereinfachter Form.

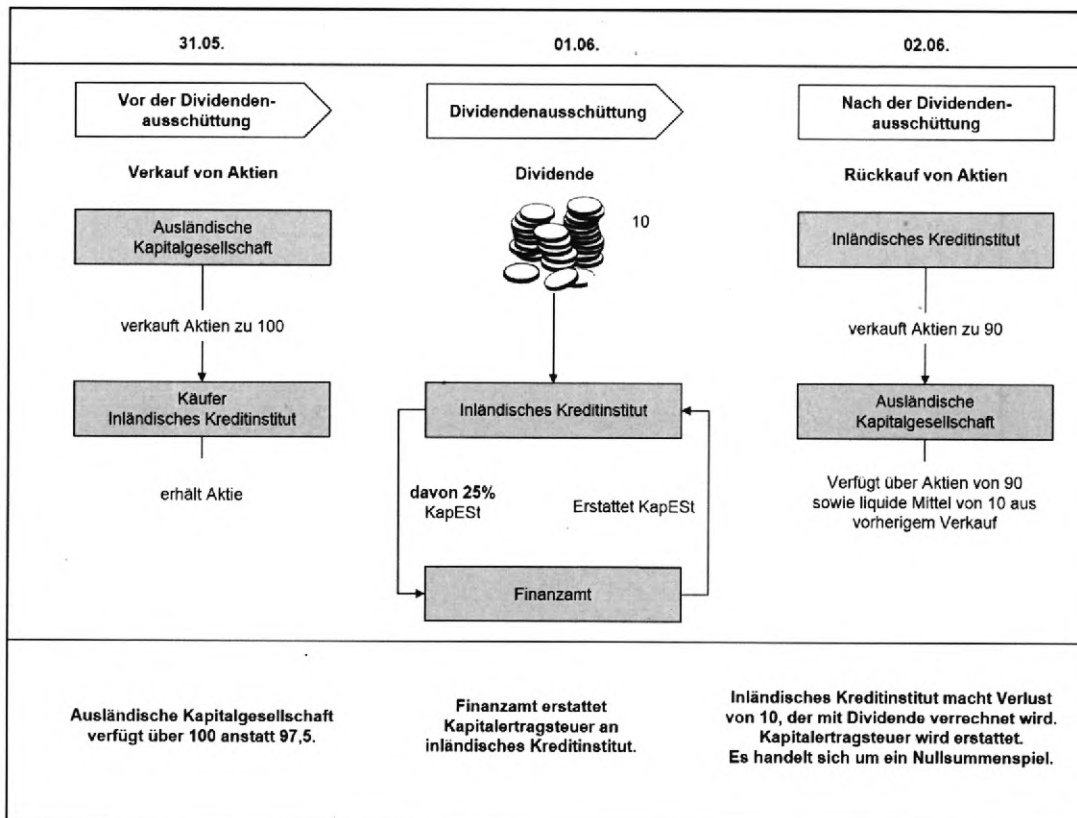


Abbildung 2: Grundstruktur von Cum/Cum-Geschäften (seit 2001)

Inhaber I, eine ausländische Kapitalgesellschaft, war am 31.5. zivilrechtlicher Eigentümer einer Inhaberaktie der börsennotierten A-AG, die Aktie wurde an diesem Tage mit 100,00 € gehandelt. Für die am 1.6. stattfindende Hauptversammlung wurde eine Dividende von 10,00 € vorgeschlagen. Am 31.5. veräußert I die Aktie an die deutsche Käuferbank K zum Preis von 100,00 €, gleichzeitig wird für den 2.6. ein Rückkauf der Aktie zum Preis von 90,00 € vereinbart. Am 1.6. fand die Hauptversammlung statt und dem Käufer K wurde nach Abzug der Kapitalertragsteuer von 2,50 € eine Nettodividende in Höhe von 7,50 € ausbezahlt.<sup>21</sup> K erhielt eine Kapitalertragsteuerbescheinigung in Höhe von 2,50 € und erzielt somit steuerpflichtige Dividenden in Höhe von 10,00 €. Dieser Betrag wird infolge der Rückveräußerung der Aktie zum

<sup>20</sup> Vgl. z.B. Fiand (2016), S. 344 ff.

<sup>21</sup> Der Solidaritätszuschlag wird aus Vereinfachungsgründen vernachlässigt.

Preis von 90,00 € um einen Veräußerungsverlust in gleicher Höhe (./ 10,00 € = Veräußerungspreis 90,00 € ./ Anschaffungskosten 100,00 €) gemindert. K hat somit ein zu versteuerndes Einkommen von null und bekommt die bescheinigte Kapitalertragsteuer (2,50 €) erstattet. Nach Steuern verbleibt K somit ein Nettoeinkommen von 0 € (0 € = Nettodividende 7,50 € + Erstattung Kapitalertragsteuer 2,50 € ./ Veräußerungsverlust 10,00 €).

Der Inhaber I, der die Aktie für 100 € veräußert und anschließend für 90 € zurück erwirbt, erzielt anstelle einer Nettobardividende von 7,50 € einen in Deutschland steuerfreien Veräußerungsgewinn von 10,00 €. <sup>22</sup> Zudem ist I wieder im Besitz der Aktie. I wird also so gestellt als habe er die Dividende steuerfrei bezogen.

Zusammengefasst verdeutlicht das Beispiel, dass der Inhaber I aus der Transaktion einen Gewinn in Höhe von 2,50 € erwirtschaftet (2,50 € = Verkaufspreis der Aktie 100,00 € ./ Rückkaufpreis der Aktie 90,00 € ./ entgangene Nettobardividende 7,50 €). Dieser Betrag entspricht der K erstatteten Kapitalertragsteuer. Für die Käuferbank K handelt es sich um ein Nullsummenspiel. In der Praxis erfolgt allerdings eine Aufteilung der Kapitalertragsteuerersparnis zwischen I und K durch Preisabsprachen bei der Kauf- bzw. Rückverkaufsvereinbarung. Es wird berichtet, dass dem Inhaber I rund 95% und der Käuferbank K rund 5% der Bruttodividende verbleiben. <sup>23</sup>

In der Gesamtbetrachtung ist festzuhalten, dass in Deutschland einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer genau einmal angerechnet bzw. erstattet wird. In Folge des Cum/Cum-Geschäfts sind allerdings Steuermindereinnahmen in Höhe von 2,50 € zu verzeichnen. Diese Mindereinnahmen sind auf die in Deutschland bescheinigte und anrechenbare Kapitalertragsteuer zurückzuführen, was ansonsten, das heißt ohne Veräußerung und anschließender Rückveräußerung im Rahmen des Cum/Cum-Geschäfts, nicht möglich gewesen wäre.

Für die beteiligten Vertragsparteien sind diese Geschäfte ohne jedes finanzielle Risiko, z.B. durch die Absicherung des Kursrisikos mittels eines Aktienfutures. <sup>24</sup> Die in der Praxis vermutlich <sup>25</sup> vorherrschende Variante dieser Cum/Cum-Geschäfte ist allerdings die Wertpapierleihe,

---

<sup>22</sup> Voraussetzung ist wiederum, dass die ausländische Kapitalgesellschaft in einem Staat ansässig ist, mit dem Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat. In diesem Fall können gemäß Artikel 13 Abs. 5 OECD-Musterabkommen Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nur im Ansässigkeitsstaat des Veräußerers besteuert werden.

<sup>23</sup> Vgl. Fiand (2016), S. 346.

<sup>24</sup> Vgl. Fiand (2016), S. 346.

<sup>25</sup> Bei dem oben (Fußnote 18) beschriebenen Fall, der von Journalisten des Handelsblatts, des Bayerischen Rundfunks, der US-amerikanischen Stiftung Pro Publica und der Washington Post ausgewertet wurde, handelt es sich ausschließlich um Wertpapierleihen.

bei der es sich es sich um ein Sachdarlehen im Sinne der §§ 607 ff. BGB handelt.<sup>26</sup> Durch die Wertpapierleihe erwirbt das inländische Kreditinstitut (Entleiher) kurz vor dem Dividendenstichtag von dem ausländischen Aktieninhaber das uneingeschränkte Eigentum an den Aktien. Nach Beendigung des Wertpapierdarlehens - dieser Zeitpunkt liegt regelmäßig kurze Zeit nach dem Dividendenstichtag - sind Aktien gleicher Art, Güte und Menge an den Verleiher, das heißt den ursprünglichen Inhaber der Aktien, zurückzugeben. Anders als beim Aktienkauf besteht wegen der Rückübertragungsverpflichtung überhaupt kein Kursrisiko, das abzusichern wäre.

In dem oben beschriebenen Grundmodell des Verkaufs und Rückverkauf der Aktien wird der beim inländischen Kreditinstitut auftretende Veräußerungsverlust durch den Abzug der Wertpapierleihgebühr als Betriebsausgabe ersetzt, so dass es mangels steuerpflichtiger Erträge ebenfalls zu einer Erstattung der Kapitalertragsteuer kommt. Die Wertpapierleihgebühr zählt nicht zu den in Deutschland nach § 49 EStG beschränkt steuerpflichtigen Einkünften, weshalb sie dem ursprünglichen Inhaber der Aktien steuerfrei zufließt. Die Kapitalertragsteuerersparnis kann durch die Gestaltung der Wertpapierleihgebühr zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt werden.

### **2.2.2 Finanzielle Anreize von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen**

Gezielte Anlageprodukte, die sich Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zu Nutze machten, wurden dem Vernehmen nach am Markt erst mit Beginn dieses Jahrhunderts angeboten. Im steuerlichen Fachschrifttum wurden solche Gestaltungsmodelle - soweit ersichtlich - erstmals im Jahr 2007 erörtert.<sup>27</sup> Das Bundesministerium der Finanzen wurde im Jahr 2002 vom Bundesverband deutscher Banken schriftlich darüber in Kenntnis gesetzt, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen am Markt getätigt werden.<sup>28</sup>

Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen geht es nicht um die Vermeidung der Definitivbelastung in Deutschland auf Dividenden einbehaltener Kapitalertragsteuer - hierzu wären die oben beschriebenen Cum/Cum-Geschäfte ausreichend -, sondern um die zwei- oder mehrfache Anrechnung bzw. Erstattung in Deutschland einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer. Diese Geschäfte verfolgen also eine ganz andere Zielrichtung, es geht nicht um Steuerarbitrage, sondern im Folgenden wird klar, dass allein der deutsche Fiskus zum „Gewinn“

<sup>26</sup> Vgl. zum Folgenden Fiand (2016), S. 345 f.

<sup>27</sup> Vgl. Seip/Füllbier (2007), S. 477 ff.; Storg (2007), S. 169.

<sup>28</sup> Vgl. Bankenverband (2002). Siehe dazu unten mehr, Gliederungspunkt 3.2.5.1.

solcher Geschäfte dadurch beigetragen hat, indem einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach angerechnet bzw. erstattet worden ist, also quasi eine „Negativsteuer“ entstanden ist.

Die Grundstruktur von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen zeichnet sich dadurch aus, dass ein Leerverkäufer Aktien vor dem Dividendenstichtag verkaufte, sich nach dem Dividendenstichtag mit den Aktien eindeckte und diese dann lieferte. Abbildung 3 zeigt ein solches Geschäft in vereinfachter Form.

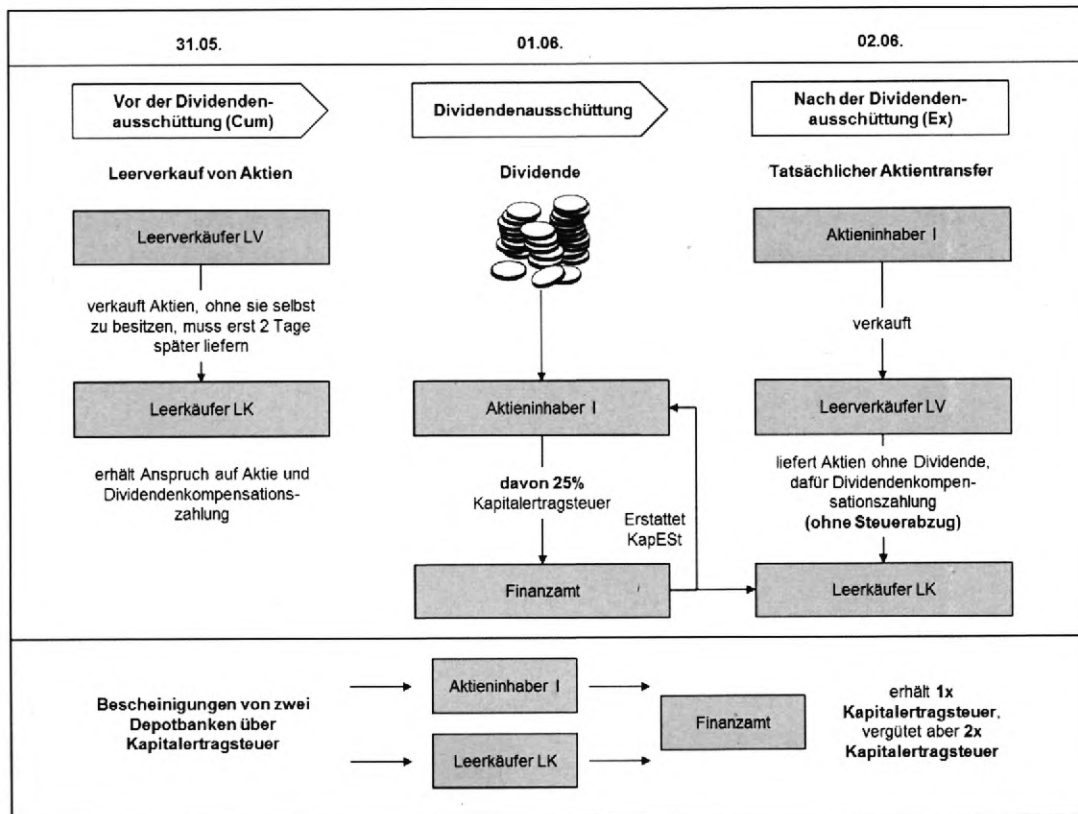


Abbildung 3: Grundstruktur von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen

Inhaber I war am 31.5. zivilrechtlicher Eigentümer einer Inhaberaktie der börsennotierten A-AG, die Aktie wurde an diesem Tage mit 100,00 € gehandelt. Am 1.6. fand die Hauptversammlung statt und es wurde eine Dividende von 10,00 € beschlossen. Diese Dividende wurde dem Inhaber I über seine deutsche Depotbank in Höhe von 7,50 € auch ausgezahlt und er erhielt von seiner Depotbank eine Kapitalertragsteuerbescheinigung in Höhe von 2,50 €. <sup>29</sup> Leerverkäufer LV veräußerte am 31.5. - also vor dem Dividendenbeschluss - über eine Depotbank eine Aktie der A-AG cum Dividende an den Leerkäufer LK zum Preis von 100,00 €, die Lieferung sollte

<sup>29</sup> Der Solidaritätszuschlag wird aus Vereinfachungsgründen vernachlässigt.

am 2.6. erfolgen. Am 31.5. besaß LV keine Aktie an der A-AG. Am 2.6. (also nach der Hauptversammlung) erwarb LV vom Inhaber I dessen A-AG Aktie zum Preis von 90,00 € (da am 1.6. die Dividende beschlossen und gezahlt wurde, sank der Wert der Aktie von 100,00 € auf 90,00 €) und lieferte diese noch am 2.6. - ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) - an LK. Da LV die Aktie an LK cum Dividende veräußerte, sah er sich verpflichtet, LK eine Dividendenkompensation in Höhe der Nettodividende (7,50 €) zu zahlen. Zusätzlich stellte die deutsche Depotbank des LK eine Kapitalertragsteuerbescheinigung über 2,50 € aus, die sie LK aushändigte. Sowohl I als auch LK reichen die ihnen erteilte Steuerbescheinigung beim Finanzamt ein und begehren die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer.

Das Beispiel verdeutlicht, dass der Leerverkäufer LV aus der Transaktion einen Gewinn in Höhe von 2,50 € erwirtschaftet ( $2,50 \text{ €} = \text{Verkaufspreis der Aktie } 100,00 \text{ €} \text{ ./. Kaufpreis der Aktie } 90,00 \text{ €} \text{ ./. Dividendenkompensationszahlung } 7,50 \text{ €}$ ). Der Leerkäufer LK hat - falls es zur Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer kommen sollte - ein Nullergebnis erzielt ( $0 \text{ €} = \text{Wert der Aktie ex Dividende } 90,00 \text{ €} \text{ ./. Kaufpreis der Aktie } 100,00 \text{ €} + \text{Dividendenkompensationszahlung } 7,50 \text{ €} + \text{Kapitalertragsteuererstattung } 2,50 \text{ €}$ ); gleiches gilt für den ursprünglichen Aktieninhaber ( $0 \text{ €} = \text{Verkaufspreis der Aktie } 90,00 \text{ €} \text{ ./. Wert der Aktie cum Dividende } 100,00 \text{ €} + \text{Dividende } 7,50 \text{ €} + \text{Kapitalertragsteuererstattung } 2,50 \text{ €}$ ).

Mit anderen Worten entspricht der Gewinn des Leerverkäufers gerade dem Betrag der zusätzlich bescheinigten Kapitalertragsteuer in Höhe von 2,50 €. Sollte diese zur Anrechnung bzw. Erstattung kommen, finanziert der Fiskus durch einen Aufkommensausfall komplett den Gewinn des Leerverkäufers. Zwischen den Beteiligten wird der Gewinn regelmäßig durch die Preisgestaltung aufgeteilt.<sup>30</sup>

Damit sich das Geschäft lohnt, kommt es entscheidend darauf an, dass die Kapitalertragsteuer zwei Mal bescheinigt und angerechnet bzw. erstattet wird. Andernfalls entsteht auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung aller Parteien kein Gewinn, sondern eher ein Verlust, weil solche Gestaltungen auch Kosten mit sich bringen. Die Initiatoren von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen mussten also ein besonderes Augenmerk auf die zumindest zweifache Bescheinigung sowie Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer legen.

<sup>30</sup> Vgl. ausführlich zu erfolgten Preisgestaltungen z.B. die Sachverhaltsschilderungen im Urteil des FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).



Der dem Fiskus durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen entstandene Steuerschaden lässt sich schwer beziffern. Presseberichten zufolge soll es sich um rund 12 Milliarden € handeln,<sup>31</sup> wobei diese Schätzung unter Umständen bisher unbekannte Fälle nicht einschließt, die auf einem im Herbst 2015 vom Land Nordrhein-Westfalen erworbenen Datenstick gespeichert sind.<sup>32</sup>

Die in der Praxis bekannt gewordenen Fälle zeigen, dass es sich im Einzelfall um Steuerausfälle im zwei- bis dreistelligen Millionenbereich handelt, wohinter sich Transaktionsvolumina an Aktien im bis zu zweistelligen Milliardenbereich verbergen können. Den vom Hessischen Finanzgericht im Jahr 2012<sup>33</sup> und 2016<sup>34</sup> entschiedenen Fällen etwa lagen Kapitalertragsteuerausfälle in Höhe von rund 125 Millionen € bzw. 54 Millionen € zugrunde und die Transaktionsvolumina an Aktien betragen rund 15 Milliarden € bzw. rund 13,6 Milliarden €. Im Fall einer Amtshaftungsklage beim Oberlandesgericht Köln<sup>35</sup> im Jahr 2014 ging es um Steuerausfälle von rund 54 Millionen € und ein Transaktionsvolumen von 6,3 Milliarden €. Dem Beschluss des Landgericht Köln<sup>36</sup> aus dem Jahr 2015 sind Steuerausfälle von rund 462 Millionen € zu entnehmen, ein Transaktionsvolumen wird nicht genannt. Legt man die Relation zwischen Transaktionsvolumen und Steuerausfall im o.a. Urteil des Hessischen Finanzgerichts aus dem Jahr 2012 zugrunde, kann überschlägig auf ein vierfach höheres Transaktionsvolumen, also auf einen Betrag von rund 60 Milliarden € geschlossen werden.

In der Presse wurde darüber hinaus über laufende Ermittlungen gegen zwei privatwirtschaftliche Banken wegen Kapitalertragsteuerausfall mit einem Gesamtvolumen in Höhe von mehr als 1,15 Milliarden € berichtet.<sup>37</sup> Ins Visier sind schließlich unlängst mehrere Banken, u.a. auch Landesbanken, geraten, bei denen es im Einzelfall um Aktiengeschäfte mit Steuerausfällen im Milliardenbereich gehen soll.<sup>38</sup>

Die Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass die Leerkäufer in der Regel die Kurschancen und -risiken nicht getragen haben. Die Absicherung erfolgte insbesondere über Finanzderivate, zum

<sup>31</sup> Vgl. zuletzt Budras (2016), S. 44.

<sup>32</sup> Insgesamt sollen 129 Finanzdienstleister und Kreditinstitute verzeichnet sein. Vgl. Iwersen/Votsmeier (2016a) sowie Iwersen/Votsmeier (2016b).

<sup>33</sup> Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990).

<sup>34</sup> Vgl. FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).

<sup>35</sup> Vgl. OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324.

<sup>36</sup> Vgl. LG Köln vom 16.7.2015, 106 Qs 1/15, juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775.

<sup>37</sup> Es handelt sich um die Citigroup (geschätzter Steuerausfall wegen nicht abgeführter Kapitalertragsteuer mehr als 706 Millionen €, vgl. Iwersen/Votsmeier (2016c), S. 4 f.) und die zwischenzeitlich insolvente Maple Bank (geschätzter Steuerausfall mehr als 450 Millionen €, vgl. o.V. (2016)).

<sup>38</sup> Vgl. Iwersen/Votsmeier (2016f).

Teil über Total-Return-Swappeschäfte, aber auch über Forwards, Put-Call Kombinationen oder Futures.<sup>39</sup>

Ferner ist den vor Gericht verhandelten Fällen zu entnehmen, dass die Transaktionen regelmäßig außerbörslich, das heißt Over The Counter (OTC), abgewickelt wurden.<sup>40</sup> Der OTC-Handel stellt sich als direkter bilateraler Handel bzw. als Handel unter Einschaltung von Aktienhändlern/Brokern zwischen institutionellen Investoren dar.<sup>41</sup> Anstatt ein zentralisiertes Handelssystem zu nutzen, verhandeln Käufer und Verkäufer den vertraglichen Rahmen sowie Anzahl und Preis der gehandelten Wertpapiere individuell untereinander. Käufer und Verkäufer haben folglich kaum Kenntnis über den weiteren Handel der jeweiligen Wertpapiere und somit auch nicht über die Preise und Stückzahlen anderer OTC-Geschäfte. Banken und Wertpapierhäuser agieren in dem Markt als „market maker“ oder Vermittler, das heißt als Intermediäre. Insgesamt gilt der OTC-Markt als wenig transparent, da es nötig ist, mit potentiellen Kontrahenten direkt Kontakt aufzunehmen, um die Marktlage einschätzen zu können.<sup>42</sup> Einen direkten Einblick in das Orderbuch, wie es an den Börsen der Fall ist, gibt es nicht. Auch wenn der Handel außerhalb der Börse stattfindet, gelten für den außerbörslichen Handel die geltenden gesetzlichen Bestimmungen zum Wertpapierhandel. Bei einem OTC-Geschäft wird der Handel durch den Investor initiiert, indem er seinen Dealer kontaktiert und beauftragt, sich nach den Handelsbedingungen (das heißt über den „market maker“ über den entsprechenden Kauf- (Ask-) bzw. Verkauf- (Bid-)Preis) zu erkundigen. Die Kommunikation erfolgt dabei über das Telefon, elektronisch per Email oder über sonstige Online-Kanäle. Es kann auch ein Broker zwischengeschaltet sein, der als Intermediär zwischen Käufer und Verkäufer fungiert. Oftmals gibt er allerdings die Identität des jeweiligen Kontrahenten nicht preis. Der OTC-Dealer bietet einen sogenannten zweiseitigen Markt (Angebot und Nachfrage), das heißt er gibt einen „take-it-or-leave-it“ Preis (Bid und Ask) ab. Er hat grundsätzlich mehr Informationen als der Investor, da er regelmäßig Transaktionen verhandelt und dabei Informationen zum Marktgeschehen sammelt. Während

<sup>39</sup> Vgl. die Sachverhaltsbeschreibungen in FG Hessen vom 8.10.2012 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990); FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848); LG Köln vom 16.7.2015, 106 Qs 1/15, juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775; OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324. Zu einer ausführlichen Beschreibung dieser Instrumente vgl. Habersack/Mülbart/Schlitt (2013).

<sup>40</sup> Vgl. die Sachverhaltsbeschreibungen in BFH vom 16.4.2014 – I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813 ff., Rn. 2; FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990); FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).

<sup>41</sup> Vgl. Gomber (2000), S. 2.

<sup>42</sup> Vgl. Stenzel (1995), S. 106 f.

der Dealer auf eigene Rechnung handelt, führt der Broker die Transaktionen regelmäßig nicht auf eigene Rechnung durch.<sup>43</sup>

Die an Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen beteiligten Parteien machten sich somit die Anonymität bzw. Intransparenz des OTC-Handels zu nutze. Den Fällen ist zu entnehmen, dass sich Initiatoren (Produktanbieter) und Berater kannten, miteinander in Kontakt standen und die Geschäfte auf einer Gesamtkonzeption basierten.<sup>44</sup> Es bleibt auch zu vermuten, dass Absprachen zumindest über die Preise der gehandelten Aktien und der Sicherungsinstrumente stattgefunden haben. In Anbetracht der im Raum stehenden Transaktionsvolumina sowie den erfolgten Kursicherungsgeschäften wäre alles andere auch verwunderlich. Im Hintergrund blieben regelmäßig die überwiegend in London ansässigen Aktienhändler oder Broker. Zwischen den Aktienhändlern und Brokern gab es dem Vernehmen nach ebenfalls Absprachen bei der Ausführung der Aktientransaktionen, insbesondere um Kursausschläge zu vermeiden.<sup>45</sup> OTC-Geschäfte ermöglichen, wie ausgeführt, Transaktionen in hohen Volumina, ohne Marktpreise wie im Fall des börslichen Handels zu beeinträchtigen.

Wie es bis zum Jahr 2011 einschließlich zu einer mehrfachen Bescheinigung und Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer kommen konnte, obwohl diese nur einmal einbehalten und abgeführt wurde, wird im nachfolgenden Gliederungspunkt 2.3 anhand des Zusammenspiels der Regelungen zu Einbehalt und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer, Abwicklung von Börsengeschäften sowie Dividendenregulierung erörtert.

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen können seit dem Jahr 2012 durch eine Gesetzesänderung wie andere Aktientransaktionen auch nur noch eine Kapitalertragsteuerbescheinigung bewirken. Darauf wird im folgenden Gliederungspunkt 2.3 ebenfalls eingegangen.

---

<sup>43</sup> Vgl. Duffie (2012), S. 2 f.

<sup>44</sup> Vgl. die Sachverhaltsbeschreibungen in FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990); FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848); LG Köln vom 16.7.2015, 106 Qs 1/15, juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775; OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen des Sachverständigen Günther Hallmann anlässlich der Öffentlichen Sachverständigenanhörung am 14.4.2016 vor dem 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, nachzusehen unter <https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/kw15-pa-4ua-cum-ex/417826>.



### 2.2.3 Zwischenergebnis

Dividendenstripping tritt bis heute in unterschiedlichen Formen bzw. Varianten auf und verfolgt unterschiedliche Motive und Zielrichtungen.

Bei Cum/Cum-Geschäften geht es bis heute um das Nutzen von Steuerarbitrage. Konkret können im Ausland ansässige Inhaber deutscher Aktien die in Deutschland auf die Dividenden erhobenen Steuern nicht berücksichtigen. Durch die Übertragung der Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber (in der Regel ein Kreditinstitut) mit anschließender Rückübertragung ist beabsichtigt, in Deutschland die auf die Dividenden erhobenen Steuern anzurechnen bzw. einen Erstattungsanspruch zu bewirken. Technisch funktioniert die Arbitrage dergestalt, dass aus der Sicht des ausländischen Aktieninhabers in Deutschland steuerpflichtige Dividenden in steuerfreie Einkünfte transformiert werden. Liegt der Aktientransaktion ein Erwerbsfall zugrunde, werden die Dividenden in steuerfreie Veräußerungsgewinne umgewandelt. Im Fall der Wertpapierleihe wird die an den ausländischen Verleiher gezahlte Gebühr in Deutschland nicht besteuert. Dem Fiskus entgeht somit ein Besteuerungsanspruch, falls er die Gestaltung steuerlich akzeptiert oder nicht bemerken sollte. Bis zum Jahr 2000 einschließlich betraf dies neben der auf Dividenden einbehaltenen Kapitalertragsteuer die auf den Dividenden lastenden Körperschaftsteuer. Nach der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens betrifft dies seit dem Jahr 2001 bis heute die in Deutschland auf Dividenden einbehaltenen Kapitalertragsteuer.

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen waren bis zum Jahr 2011 praktisch möglich, aber - wie noch zu zeigen ist<sup>46</sup> - zu keinem Zeitpunkt durch das Gesetz gedeckt. Sie verfolgen eine andere Zielrichtung als Cum/Cum-Geschäfte. Es geht nicht um Steuerarbitrage, sondern darum, für in Deutschland einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer einen zwei- oder gar mehrfachen Anrechnungs- bzw. Erstattungsanspruch zu bewirken. Der Fiskus finanziert hier also, anders als bei Cum/Cum-Geschäften, den Gewinn nicht nur durch einen Steuerausfall, sondern durch eine „Negativsteuer“.

Sowohl bei Cum/Cum-Geschäften als auch bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ist von Steuerausfällen bzw. „Negativsteuern“ im Milliardenbereich auszugehen.

---

<sup>46</sup> Siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.

## **2.3 Einbehalt und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer, Abwicklung von Börsengeschäften sowie Dividendenregulierung**

### **2.3.1 Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer**

Für den Einbehalt und die Abführung der Kapitalertragsteuer galt in Deutschland bis zum 31.12.2011 das Schuldnerprinzip (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG a.F.). Danach war der Schuldner der Kapitalerträge - bei Dividenden also der Emittent der Aktien bzw. die ausschüttende Aktiengesellschaft - zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet. Dagegen erfolgt die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer durch die inländische Depotbank des Aktionärs (§ 45a Abs. 3 EStG).

Das Schuldnerprinzip erzeugte somit eine Sollbruchstelle zwischen dem Einbehalt und der Abführung der Kapitalertragsteuer einerseits sowie dem Ausstellen der Steuerbescheinigung andererseits. Während Einbehalt und Abführung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten der Aktien erfolgten, wurde die Steuerbescheinigung von der inländischen Depotbank des Aktionärs ausgestellt. Diese Sollbruchstelle war rückwirkend betrachtet unter Berücksichtigung der geltenden Börsenbedingungen der Grund dafür, dass die Marktteilnehmer durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen erwirken konnten.

Mit Wirkung 1.1.2012 wurde durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz<sup>47</sup> das Schuldnerprinzip durch das Zahlstellenprinzip ersetzt. Danach ist bei girosammelverwahrten Aktien die die Dividenden auszahlende Depotbank zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet (§ 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 EStG).<sup>48</sup> Das Zahlstellenprinzip hat somit die o.a. Sollbruchstelle beseitigt, indem Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer in einer Person - dem depotführenden Kreditinstitut - institutionell zusammengefasst sind. Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen können somit wie andere Aktientransaktionen auch nur noch eine Kapitalertragsteuerbescheinigung bewirken.

Bezüglich der Besteuerung der Dividendenkompensationszahlung, die bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf regelmäßig vom Leerverkäufer zu leisten ist,<sup>49</sup> hat sich im Jahr 2007 eine Änderung ergeben. Dem Charakter nach ist die Dividendenkompensationszahlung eine Zahlung des Leerverkäufers an den Leerkäufer zum Ausgleich dafür, dass er dem Leerkäufer neben der

---

<sup>47</sup> Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-IV-Umsetzungsgesetz - OGAW-IV-UmsG) vom 22.6.2011, BGBl. I, S. 1126.

<sup>48</sup> Vgl. dazu z.B. Rau (2011b), S. 2325 ff.

<sup>49</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.2.

Aktie nicht auch den zwischenzeitlich entstandenen Anspruch auf Auszahlung der Dividende vermittelt. Es handelt sich also nicht um die von der Aktiengesellschaft gezahlte Dividende oder um einen sonstigen Bezug aus der Aktie, sondern um eine eigenständige Einnahme an Stelle der Dividende.<sup>50</sup> Dogmatisch liegt eine Schadensersatzleistung vor, da der Verkäufer schuldrechtlich verpflichtet war, eine Aktie mit Dividendenanspruch zu liefern, dieser Verpflichtung aber nicht nachkam.<sup>51</sup>

Bis zum Jahr 2006 einschließlich war die steuerliche Klassifikation der Dividendenkompensationszahlung nicht gesondert geregelt, es handelte sich daher beim Empfänger um eine normale Betriebseinnahme. Auf diese Zahlung war daher mangels gesetzlicher Vorschrift auch keine Kapitalertragsteuer einzubehalten. Durch das Jahressteuergesetz 2007<sup>52</sup> wurde die Dividendenkompensationszahlung den Dividenden gleichgestellt. Es heißt seither in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG:

*„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert werden“.*

Diese Regelung ist Grundlage für den Kapitalertragsteuerabzug nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG ab dem Jahr 2007. Die Verpflichtung zum Kapitalertragsteuerabzug betrifft aber nur den Verkaufsauftrag ausführende inländische Kreditinstitute, nicht dagegen ausländische Kreditinstitute.

Für die Abwicklung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf sind also zwei Zeiträume zu unterscheiden: die Jahre bis 2006 einschließlich sowie die Jahre 2007 bis 2011. Außerdem ist danach zu differenzieren, ob der Leerverkäufer zur Ausführung des Verkaufsauftrags eine inländische oder eine ausländische Depotbank beauftragt hat.

### **2.3.2 Börsenbedingungen in Deutschland**

Für die Abwicklung von Aktiengeschäften über die Börse gelten die Börsenbedingungen für den jeweiligen Börsenplatz, beispielsweise für die Frankfurter Wertpapierbörse die „Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse“.<sup>53</sup> In § 4 der Börsenbedingungen ist

<sup>50</sup> So auch ausdrücklich die Regierungsbegründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG, vgl. BR-Drs. 622/06, S. 79 sowie BT-Drs. 16/2712, S. 48 jeweils unter „Im Einzelnen“.

<sup>51</sup> Vgl. z.B. Bruns (2012), S. 333; Desens (2014a), S. 157; Desens (2012a), S. 147 m.w.N.

<sup>52</sup> Vgl. Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007) vom 13.12.2006, BGBl. I, S. 2878.

<sup>53</sup> Vgl. zum Stand 30.11.2015 Frankfurter Wertpapierbörse (2015).

festgelegt, dass Börsengeschäfte am zweiten Tag nach dem Geschäftsabschluss zu erfüllen sind. Damit fallen bei Aktienerwerben über die Börse das Verpflichtungsgeschäft (Kauf an der Börse) und das Erfüllungsgeschäft (Umbuchung der Aktienbestände) zeitlich auseinander. Im außerbörslichen Handel - Over The Counter (OTC) - ist die Lieferfrist frei wählbar. Auch eine taggleiche Erfüllung ist möglich und entspricht dem Regelfall.<sup>54</sup>

Für die Lieferverpflichtung bestimmt § 20 der Börsenbedingungen, dass Wertpapiere mit den Rechten und Pflichten zu liefern sind, die bei Geschäftsabschluss bestanden. Aktien sind damit bei Veräußerungen bis einschließlich zum Dividendenstichtag vom Veräußerer mit Dividende (cum) zu liefern, denn die Aktien waren am Dividendenstichtag mit einem Dividendenanspruch versehen. Aufgrund der Börsenbedingungen muss bei einem Börsengeschäft der Verkäufer dem Käufer einen Anspruch auf die Dividende verschaffen, ansonsten ist er schadensersatzpflichtig und hat eine Dividendenkompensationszahlung zu leisten.

### **2.3.3 Dividendenregulierung bei girosammelverwahrten Aktien**

Zentraler Verwahrer inländischer Aktien ist die Clearstream Banking AG. Nach Nr. II Abs. 1 der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Clearstream Banking AG“<sup>55</sup> können alle juristischen Personen zur Abwicklung berechnete Kunden sein, das heißt neben inländischen Kreditinstituten auch ausländische Kreditinstitute. Die Eigentümer der Aktien kennt die Clearstream Banking AG allerdings nicht, das heißt sie kann nicht erkennen, ob sich die Aktien im Eigenbesitz der Kreditinstitute oder im Besitz von deren Kunden befinden.

Die Dividendenregulierung durch die Clearstream Banking AG folgt einem zweistufigen Verfahren.<sup>56</sup> In einem ersten Schritt werden am Ende des Tags der Hauptversammlung die Dividenden an die Depotbanken entsprechend der bei der Clearstream Banking AG gebuchten Bestände verteilt. Dabei sind Veräußerungsgeschäfte am Tag der Hauptversammlung und am vorherigen Tag noch nicht berücksichtigt. In einem zweiten Schritt erfolgt eine Dividendenregulierung um offene Verkaufs- und Kaufpositionen durch Erwerbsvorgänge am und kurz vor dem Dividendenstichtag. Dies ist aufgrund der Börsenbedingungen in Deutschland erforderlich, da Börsengeschäfte, wie oben gezeigt,<sup>57</sup> erst am zweiten Tag nach Geschäftsabschluss zu erfüllen sind. Bei offenen Verkaufspositionen wird die im ersten Schritt zugewiesene Dividende bei der

<sup>54</sup> Vgl. z.B. Rau (2010), S. 1268, 1270.

<sup>55</sup> Vgl. zum Stand 1.1.2012 Clearstream Banking AG (2012).

<sup>56</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13638, S. 4. Siehe auch Bruns (2010), S. 2061; Rau (2010), S. 1267 f.

<sup>57</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.2.

Verkäuferbank eingezogen und bei offenen Kaufpositionen erfolgt eine Überweisung der Dividende an die Käuferbank. Sowohl die Verteilung als auch die Regulierung der Dividenden erfolgten auf Basis der Nettodividende nach Abzug der Kapitalertragsteuer (Nettodividendenregulierung), da aufgrund des Schuldnerprinzips bis zum 31.12.2011 bei Dividenden die ausschüttende Aktiengesellschaft zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet war (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG a.F.).

#### **2.3.4 Folgerungen für verschiedene Varianten von Cum/Ex-Geschäften**

Aus dem Zusammenspiel der Regelungen zu Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auf Dividenden, der Börsenbedingungen sowie der Dividendenregulierung in Deutschland sind drei Varianten von Cum/Ex-Geschäften zu unterscheiden. Cum/Ex-Geschäfte mit Inhaberverkauf, Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf über ein inländisches Kreditinstitut sowie Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf unter Einschaltung eines ausländischen Kreditinstituts. Dabei ist für alle drei Varianten stets in Erinnerung zu rufen, dass bis zum Jahr 2011 einschließlich der Emittent der Aktien zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet war, also einmal Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde.

##### **(1) Cum/Ex-Geschäfte mit Inhaberverkauf**

Die Abwicklung von Cum/Ex-Geschäften mit Inhaberverkauf ist unproblematisch. Hier veräußert der Inhaber kurz vor dem Dividendenstichtag die Aktien mit Dividendenanspruch (cum) und liefert nach diesem Tag ohne Dividendenanspruch (ex). Die der Verkäuferbank zunächst zugewiesene Nettodividende wird von der Clearstream Banking AG im Rahmen der Dividendenregulierung wieder eingezogen und an die Käuferbank überwiesen. Der Veräußerer bekommt folglich die Dividende nicht ausgezahlt und er erhält auch keine Steuerbescheinigung. Vielmehr erhält die Käuferbank eine „echte“ Nettodividende und stellt eine Kapitalertragsteuerbescheinigung für den Käufer aus.

Im Ergebnis wurde einmal Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt sowie eine Steuerbescheinigung ausgestellt. Der Käufer hat Anspruch auf die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer.



**(2) Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf über ein inländisches Kreditinstitut zwischen dem 1.1.2007 und dem 31.12.2011**

Sofern Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf über ein inländisches Kreditinstitut zwischen dem 1.1.2007 und dem 31.12.2011 durchgeführt wurden, ist deren Abwicklung ebenfalls unproblematisch. Hier ist die Nettodividende an das Kreditinstitut des zivilrechtlichen Inhabers der Aktien geflossen. Dieses Kreditinstitut zahlt die Dividende an den Aktieninhaber aus und bescheinigt die Kapitalertragsteuer.

Die Bank des Leerverkäufers hat keine Dividende erhalten. Dennoch ist sie aufgrund einer offenen Verkaufsposition im Rahmen der Dividendenregulierung verpflichtet, an die Clearstream Banking AG eine Zahlung in Höhe der Nettodividende zu leisten (Dividendenkompensationszahlung). Die Bank des Leerverkäufers zieht vom Leerverkäufer die Dividendenkompensation (brutto) ein und ist seit dem 1.1.2007 verpflichtet (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG), darauf Kapitalertragsteuer zu erheben und abzuführen. Die Clearstream Banking AG erstattet die Dividendenkompensationszahlung an die Bank des Leerkäufers, welche die Kompensationszahlung auszahlt und eine Kapitalertragsteuerbescheinigung für den Leerkäufer ausstellt.

Im Ergebnis wurde zweimal Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt sowie zwei Steuerbescheinigungen ausgestellt. Sowohl der zivilrechtliche Aktieninhaber als auch der Leerkäufer haben einen Anspruch auf die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer.

**(3) Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf über ein inländisches Kreditinstitut bis zum 31.12.2006 sowie unter Einschaltung eines ausländischen Kreditinstituts**

Problematisch sind dagegen Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf über ein inländisches Kreditinstitut, die bis zum 31.12.2006 durchgeführt wurden, sowie generell Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf unter Einschaltung eines ausländischen Kreditinstituts bis zum 31.12.2011. Denn in beiden Fällen wurde auf die Dividendenkompensationszahlung keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt. Bei der Abwicklung des Leerverkaufs über ein inländisches Kreditinstitut bestand bis zum 31.12.2006 dazu keine gesetzliche Verpflichtung und bei der Einschaltung eines ausländischen Kreditinstituts kann dieses nicht zum Einbehalt und zur Abführung der deutschen Kapitalertragsteuer verpflichtet werden.<sup>58</sup>

Die Bank des Leerverkäufers ist zwar aufgrund einer offenen Verkaufsposition im Rahmen der Dividendenregulierung verpflichtet, an die Clearstream Banking AG eine Zahlung in Höhe der

---

<sup>58</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

Nettodividende zu leisten (Dividendenkompensationszahlung). Darauf wurde jedoch keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt. Die Clearstream Banking AG erstattet die Dividendenkompensationszahlung an die Bank des Leerkäufers, welche die Kompensationszahlung auszahlt und - wie die Praxis zeigt - eine Kapitalertragsteuerbescheinigung für den Leerkäufer ausstellt, dies allerdings zu Unrecht.<sup>59</sup>

Im Ergebnis wurde nur einmal Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt, allerdings wurden zwei Steuerbescheinigungen ausgestellt. Der zivilrechtliche Aktieninhaber hat unbestreitbar einen Anspruch auf die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer. Falls der Leerkäufer die ihm von seiner Bank ausgestellte Kapitalertragsteuerbescheinigung ebenfalls beim Finanzamt vorlegte, entstand der weiter oben beschriebene Steuerschaden für den deutschen Fiskus,<sup>60</sup> da das Finanzamt vielfach nicht erkennen konnte, dass die Voraussetzungen der Steueranrechnung bzw. -erstattung nicht gegeben waren.

Wie weiter oben ausgeführt,<sup>61</sup> liegen keine Anhaltspunkte darüber vor, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen bereits während der Geltung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (1977-2000) bewusst gestaltet wurden. Trotzdem könnten verunglückte Einzelfälle vorgelegen haben, bei denen der Verkäufer die Aktien nicht fristgerecht liefern konnte. Hat die Bank des „Leerkäufers“ in diesen Fällen trotzdem eine Steuerbescheinigung ausgestellt, die bis zur Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens neben der Kapitalertragsteuer auch die anrechenbare Körperschaftsteuer umfasste, gilt das für die Kapitalertragsteuer bis zum Jahr 2006 einschließlich isoliert abgeleitete Ergebnis entsprechend. Deshalb wird auf die Körperschaftsteuerbescheinigung im Folgenden nicht weiter eingegangen, denn sie „teilt“ insoweit das rechtliche Schicksal der Kapitalertragsteuerbescheinigung.<sup>62</sup>

### **2.3.5 Konsequenzen aus der Einführung des zentralen Kontrahenten**

Abschließend soll noch der Frage nachgegangen werden, welche Konsequenzen sich für die Beurteilung von Aktientransaktionen rund um den Dividendenstichtag ergeben, falls das jeweilige Geschäft an einer Börse unter Einschaltung eines zentralen Kontrahenten getätigt wurde.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Siehe unten, Gliederungspunkte 3.2.2.4 und 3.2.4.3

<sup>60</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.2.

<sup>61</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.1.

<sup>62</sup> Dies betrifft die Frage der Anrechnungsberechtigung bis zum Jahr 2006 einschließlich (mangels Erwerbs des wirtschaftlichen Eigentums an den Dividenden besteht beim „Leerkäufer“ kein Anrechnungsanspruch, siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1) sowie insbesondere die Haftung der Banken gemäß § 45a Abs. 7 EStG infolge der fehlerhaften Steuerbescheinigung (siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.4.3).

<sup>63</sup> Zur Rolle des zentralen Kontrahenten vgl. z.B. Kunz (2009).

An der Frankfurter Wertpapierbörse ist die Eurex Clearing AG seit März 2003 der zentrale Kontrahent (central counterparty - CCP). Abbildung 4 verdeutlicht die Zusammenhänge zwischen den Marktteilnehmern und dem zentralen Kontrahenten. Darüber hinaus zeigt die Abbildung 4 die Beziehungen zwischen dem zentralen Kontrahenten und der Frankfurter Wertpapierbörse sowie der Clearstream Banking AG.

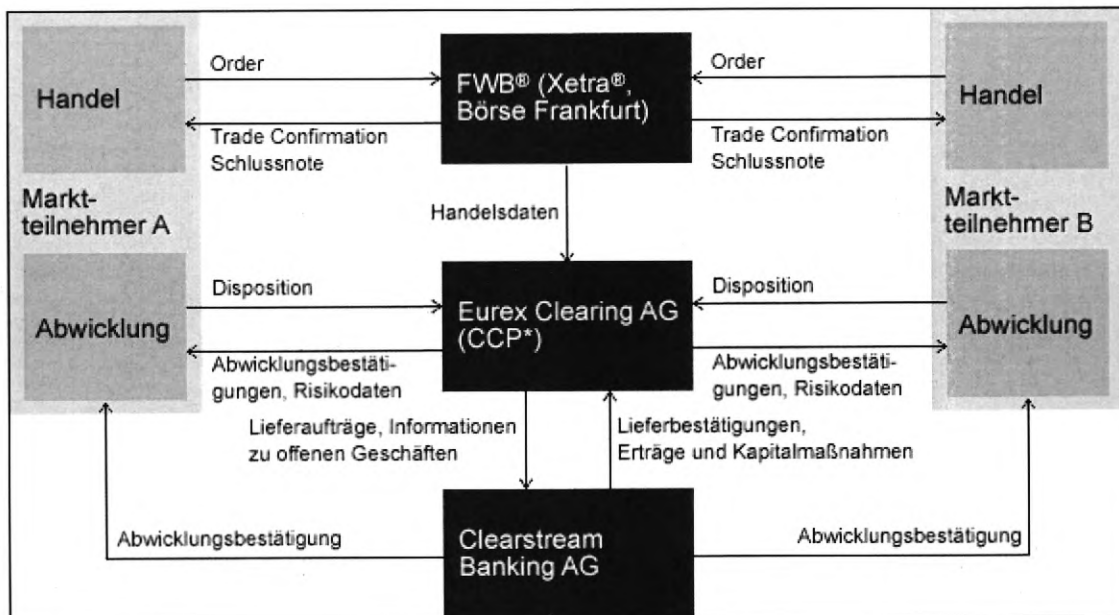


Abbildung 4: Aktiengeschäfte und zentraler Kontrahent<sup>64</sup>

Ist ein zentraler Kontrahent eingeschaltet, kommt der Kaufvertrag über eine Aktie zwischen dem Aktienkäufer und dem zentralen Kontrahenten und nicht zwischen Aktienkäufer und Aktienverkäufer bzw. Aktieninhaber zustande. Der zentrale Kontrahent schließt darüber hinaus einen Kaufvertrag im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit dem Aktieninhaber ab. Es fehlt daher an jeglicher unmittelbaren Verbindung zwischen dem Aktieninhaber und dem Aktienkäufer. Der Aktienkäufer erwirbt tatsächlich vom zentralen Kontrahenten und der zentrale Kontrahent ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ebenfalls ein Leerverkäufer, da er die Aktien nicht im Eigentum hat. Somit handelt es sich daher seit März 2003 bei sämtlichen an der Frankfurter Wertpapierbörse getätigten Aktiengeschäften, bei denen der Kaufvertrag vor dem Dividendenstichtag abgeschlossen und die Aktie ex Dividende geliefert wurde, also auch bei

<sup>64</sup> Entnommen aus Spengel/Eisgruber (2015), S. 791.



Cum/Ex-Geschäften mit Inhaberverkauf, letztlich um einen Leerverkauf. Der Käufer hat insoweit lediglich einen Anspruch auf Dividendenkompensationszahlung. Dieser Anspruch besteht gegen den zentralen Kontrahenten.

### 2.3.6 Zwischenergebnis

Aus dem Zusammenspiel der Regelungen zu Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auf Dividenden, der Börsenbedingungen sowie der Dividendenregulierung in Deutschland zeigt sich ein wesentlicher Knackpunkt. Bis zum Jahr 2011 einschließlich sind bei der Kapitalertragsteuer auf Dividenden der Einbehalt und die Abführung einerseits sowie die Bescheinigung andererseits institutionell auseinandergefallen. Während Einbehalt und Abführung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten der Aktien erfolgten, wurde die Steuerbescheinigung von der inländischen Depotbank des Aktionärs ausgestellt. Diese Sollbruchstelle im System konnte von Marktteilnehmern durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf über ein inländisches Kreditinstitut, die bis zum 31.12.2006 durchgeführt wurden, sowie generell durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf unter Einschaltung eines ausländischen Kreditinstituts genutzt werden, um mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen zu erwirken, obwohl die Kapitalertragsteuer nur einmal einbehalten und abgeführt wurde.

Im Rahmen der später erfolgenden steuerrechtlichen Beurteilung wird sich allerdings zeigen, dass bei diesen Konstellationen von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf zum einen der Leerkäufer keinen Anspruch auf die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer hatte.<sup>65</sup> Zum anderen wurde die Kapitalertragsteuerbescheinigung für den Leerverkäufer von dessen Bank zu Unrecht ausgestellt.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.2.

<sup>66</sup> Siehe unten, Gliederungspunkte 3.2.2.4 und 3.2.4.3.

## 2.4 Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen: Varianten, Beteiligte und mögliche Renditen

### 2.4.1 Varianten von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen

Die oben beschriebene Grundstruktur von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen<sup>67</sup> trat in der Praxis in verschiedenen Varianten auf, welche vor allem durch Banken oder andere Produktanbieter und (deren) Berater entwickelt wurden.<sup>68</sup> Regelmäßig zeichnen sich diese Geschäfte dadurch aus, dass der Leerkäufer die gekauften Aktien nicht behält, sondern diese zeitnah weiterübertrug, um das Kursrisiko der Aktien zu vermeiden. Am Ende der Kette stand häufig der ursprüngliche Aktieninhaber. Die abgestimmte Ausgestaltung der verschiedenen Geschäfte erlaubte es, einen Vorteil aus den Transaktionen zu generieren; gleichzeitig wurde der Vorteil aus den Cum/Ex-Geschäften auf die an den Geschäften beteiligten Parteien, das heißt Broker, Leerverkäufer, Aktieninhaber, Leerkäufer sowie gegebenenfalls auch beteiligte Produktinitiatoren und Berater, verteilt.

Im Zeitablauf haben sich Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen von anfänglich überschaubaren Gestaltungen mittels reiner GmbHs über inländische Fonds bis hin zu den abschließend vorherrschenden Gestaltungen über das Ausland abgespielt.

Die folgenden Beispiele beziehen sich auf öffentlich zugängliche Quellen. Sie verdeutlichen letztendlich, dass sich die beteiligten Parteien (insbesondere Broker, Käufer, Verkäufer) den sich verändernden gesetzlichen Regelungen anpassten und gleichzeitig den Handel im Laufe der Jahre immer weiter professionalisierten.

#### 2.4.1.1 Reine GmbHs als Leerkäufer

Ein sehr öffentlichkeitswirksamer Fall waren die im sogenannten Fall „Rafael Roth“ bekannt gewordenen Aktientransaktionen aus dem Jahr 2008.<sup>69</sup> In dem vom Hessischen Finanzgericht im Jahr 2012<sup>70</sup> zu Ungunsten des Klägers entschiedenen Fall ging es in den Jahren 2006 bis 2008 um einen Kapitalertragsteuerausfall einschließlich Solidaritätszuschlag und Zinsen in Höhe von rund 125 Millionen €, dem ein Transaktionsvolumen an Aktien von rund 15 Milliarden € zugrunde lag. Abbildung 5 bildet die Grundstruktur des Falls nach.

<sup>67</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.2.

<sup>68</sup> Vgl. Schön (2015), S. 115 f. m.w.N.

<sup>69</sup> Vgl. zum folgenden ausführlich Votsmeier (2013), S. 62 ff.

<sup>70</sup> Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990).

Mittels einer GmbH wurden Aktien am Dividendenstichtag im großen Umfang von einem Börsenmakler/Broker erworben, der die Aktien seinerseits von Dritten im Vorfeld bzw. im zeitlichen Zusammenhang erworben hatte. Die Umstände lassen dabei darauf schließen, dass der Broker die Geschäfte mit der GmbH als sogenannter Leerverkäufer getätigt und erst im Nachgang die entsprechenden Aktien erworben hatte. Das den Aktien anhaftende Kursrisiko wurde jeweils durch Finanztermingeschäfte (Future Kontrakte) durch die erwerbende GmbH abgesichert. Nach dem Dividendenstichtag wurden die Aktien wieder verkauft; Käufer konnte der Broker, aber auch ein Dritter oder gegebenenfalls der ursprüngliche Aktieninhaber sein. Sämtliche Transaktionen wurden über den außerbörslichen OTC-Markt abgewickelt.<sup>71</sup> Finanziert wurde der Erwerb der Aktien neben einem geringen Eigenkapitalanteil vor allem mittels eines Gesellschafterdarlehens und durch ein Darlehen einer Bank.

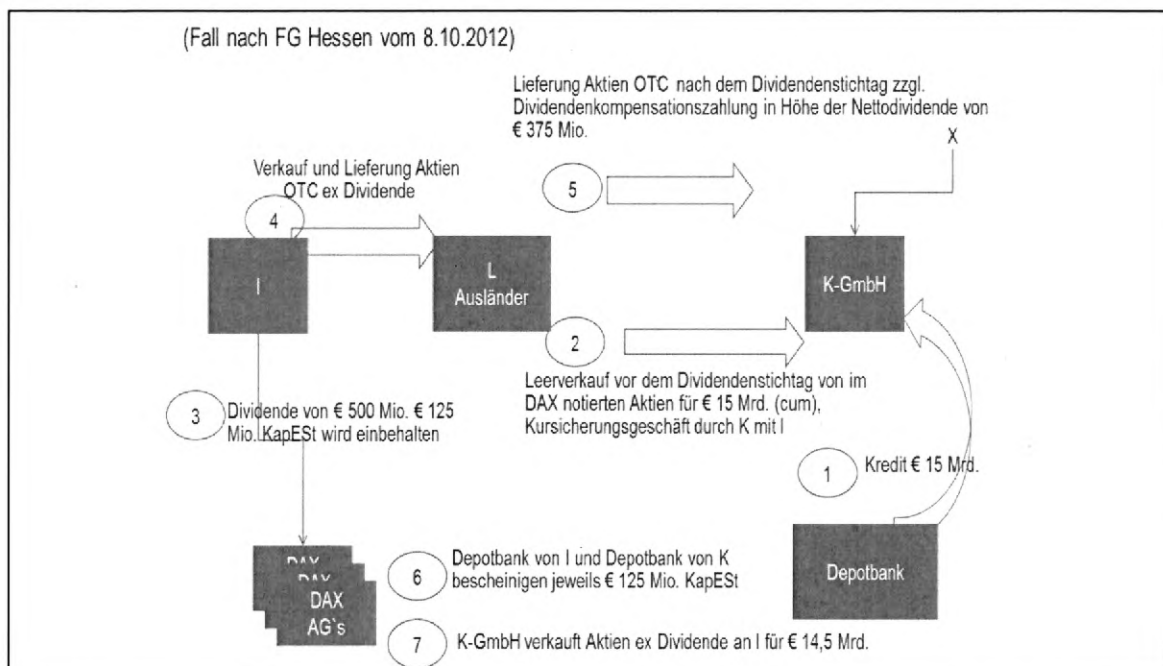


Abbildung 5: Cum/Ex-Geschäfte mit reinen GmbHs

Der von der GmbH gezahlte Kaufpreis der Aktien basierte auf dem Aktienwert mit Dividendenanspruch (cum), während der Verkaufspreis der um die Dividende (inkl. Kapitalertragsteuer) gekürzte Betrag war (ex). Daneben erhielt die GmbH die am Dividendenstichtag zu zahlende Dividende bzw. eine entsprechende Ausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende (abzüglich Kapitalertragsteuer). Die Differenz in Höhe der einbehaltenen Kapitalertragsteuer

<sup>71</sup> Zu OTC-Geschäften siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.2.

sollte im Rahmen der Körperschaftsteuerveranlagung der GmbH auf deren Körperschaftsteuerschuld angerechnet bzw. vom zuständigen Finanzamt an diese erstattet werden. Jede einzelne durchgeführte Transaktion verringerte damit in Höhe der einbehaltenen Kapitalertragsteuer das der GmbH zur Verfügung stehende Kapital, da eine Erstattung der Kapitalertragsteuer letztlich erst im Rahmen der Körperschaftsteuerveranlagung der GmbH und damit erst nach Ablauf des Jahres 2008 begehrt werden konnte.

Letztlich wurde im konkreten Fall, wie ausgeführt, die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer verwehrt. Wäre die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer dagegen möglich gewesen, hätte der Fiskus den „Gewinn“ der Marktteilnehmer in Höhe von 125 Millionen € vollständig durch eine „Negativsteuer“ finanziert. Wie das Zahlenbeispiel in Abbildung 5 zeigt, würde der Leerverkäufer (L Ausländer/Broker) wie im Grundfall<sup>72</sup> den gesamten Gewinn von 125 Millionen € erzielen. Der Leerverkäufer erhält 15 Milliarden € aus dem Leerverkauf und zahlt 14,5 Milliarden € für den Kauf der Aktien ex Dividende an den Aktieninhaber I sowie 375 Millionen € Dividendenkompensation an den Leerkäufer, die K-GmbH. Für den Leerkäufer, die K-GmbH, entsteht ohne die erhoffte Steuererstattung ein Verlust von 125 Millionen €. Der Leerkäufer zahlt 15 Milliarden € für die Aktien an den Leerverkäufer und erhält 14,5 Milliarden € für den Rückverkauf der Aktien sowie die Dividendenkompensation in Höhe von 375 Millionen €. Kommt es allerdings zu der erhofften Steuererstattung von 125 Millionen €, liegt beim Leerkäufer ein Nullergebnis vor. Der ursprüngliche Aktieninhaber würde ebenfalls ein Nullergebnis erzielen. Der intendierte und beim Leerverkäufer entstehende Gewinn würde über die Preisgestaltung zwischen den Marktteilnehmern aufgeteilt.

Wie weiter oben ausgeführt wurde, erleidet der Fiskus regelmäßig einen Schaden bzw. einen (zusätzlichen) Kapitalertragsteuerausfall, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank einschaltete oder sich bis zum Jahr 2006 einschließlich einer inländischen Depotbank bediente.<sup>73</sup> Dem Vernehmen nach waren die Depotbanken der Leerverkäufer in den meisten Fällen, wie auch im vorliegenden, im Ausland angesiedelt.

---

<sup>72</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.2.

<sup>73</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.4.

### 2.4.1.2 Inländische Investmentfonds als Leerkäufer

Die Einschaltung von inländischen Investmentfonds als Leerkäufer hatte zunächst eine geringe Bedeutung, allerdings hat die Anzahl der Transaktionen über Investmentfonds sowie das von diesen gehandelte Volumen dem Vernehmen nach im Zeitablauf erheblich zugenommen. Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf, die über Investmentfonds abgewickelt wurden, unterscheiden sich letztlich nicht wesentlich in der Grundstruktur von den Transaktionen, die über GmbHs abgewickelt wurden. Zur Erläuterung der Wirkungsweise reicht es aus, die GmbH im obenstehenden Beispiel<sup>74</sup> gegen den Investmentfonds als Leerkäufer auszutauschen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Investmentfonds und einer GmbH als Leerkäufer liegt in zwei Aspekten: Zum einen konnten durch die Ausgestaltung der Investmentfonds als offene Investmentvermögen die Transaktionen einem weiteren Personenkreis zugänglich gemacht werden. Dabei kann man zwischen Publikums- und Spezialfonds unterscheiden. Maßgeblicher Unterschied ist es dabei, dass die Investoren bei Spezialfonds auf maximal 100 nicht natürliche Personen beschränkt sind. Zum anderen unterscheidet sich der zeitliche und tatsächliche Ablauf der Kapitalertragsteuererstattung. Eine GmbH ist nicht ertragsteuerbefreit, das heißt sie muss eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer im Rahmen der Veranlagung nach Ablauf des jeweiligen Veranlagungszeitraums bzw. Kalenderjahres gemäß § 36 EStG beantragen. Dies bedeutet, dass das eingesetzte Kapital innerhalb einer Dividendensaison (Hauptzeit April bis Juli) mit jeder Dividendenzahlung um die Kapitalertragsteuer gemindert wurde.

Anders verhält es sich bei einem Investmentfonds im Sinne des InvStG.<sup>75</sup> Dieser gilt als Zweckvermögen und ist nach § 11 InvStG steuerbefreit. Die Erstattung etwaig einbehaltener Kapitalertragsteuer erfolgt nach § 11 Abs. 2 InvStG i.V.m. § 44b Abs. 6 EStG unter Einschaltung der Verwahrstelle (früher Depotbank), das heißt sie erfolgt im nahen zeitlichen Zusammenhang, regelmäßig noch im gleichen Monat. Das Kapital stand damit vollumfänglich oftmals für die nächsten Aktientransaktionen zur Verfügung; das Fondsvermögen wurde damit für die jeweiligen nachfolgenden Transaktionen nicht gemindert.

Durch einen Investmentfonds konnte Kapital von mehreren Investoren eingesammelt werden, da es sich bei den Investmentvermögen um offene Vermögen handelte, deren Anteile von ver-

<sup>74</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.4.1.1.

<sup>75</sup> Vgl. zur Besteuerung von Investmentfonds ausführlich Teichert (2009), S. 122 ff., 162 ff., 188 ff.



schiedenen Investoren gezeichnet werden konnten. Dies ist bei einer GmbH deutlich komplizierter, da hier die allgemeinen Kapitalerhaltungsregelungen bzw. allgemeine Vorschriften für das Gesellschaftskapital gelten. Zudem waren die Investoren anders als im Fall einer GmbH nicht am eigentlichen Erstattungsverfahren der Kapitalertragsteuer beteiligt.

Eine weitere Optimierung hinsichtlich des für Reinvestitionen zur Verfügung stehenden Kapitals ließ sich durch thesaurierende Investmentfonds erreichen. Die vom Investmentfonds vereinnahmten Dividenden sind bei einem thesaurierenden Investmentfonds am Ende des Geschäftsjahres des Investmentfonds der Kapitalertragsteuer (auf der Ausgangsseite, § 7 InvStG) zu unterwerfen. Um die Kapitalertragsteuerbelastung auf ein Minimum zu reduzieren, machte man sich das bei Investmentfonds gängige sogenannte Ertragsausgleichsverfahren zu Nutze, wonach Erträge des Investmentfonds immer pro Anteil gerechnet werden. Gab ein Großteil der Investoren kurz vor dem Thesaurierungstichtag (Geschäftsjahresende) die Investmentfondsanteile zurück, wurde Kapitalertragsteuer nur auf einen sehr geringen Dividendenanteil (der Anteil, der auf die verbliebenen Anteile entfällt) erhoben.

#### **2.4.1.3 Ausländische Pensionsfonds als Leerkäufer**

In der weiteren zeitlichen Abfolge sind vermehrt Varianten von Cum/Ex-Geschäften bekannt geworden, bei denen sich der Leerverkäufer nicht nur einer ausländischen Depotbank bediente, sondern gleichzeitig auch der Leerkäufer im Ausland ansässig war. In den bekannt gewordenen Fällen handelt es sich um einen US-amerikanischen Pensionsfonds. Aber auch diese Gestaltungsvarianten unterscheiden sich letztlich nicht wesentlich in der Grundstruktur von den Transaktionen, die über GmbHs abgewickelt wurden. Zur Erläuterung der Wirkungsweise reicht es aus, die GmbH im obenstehenden Beispiel<sup>76</sup> gegen den US-amerikanischen Pensionsfonds als Leerkäufer auszutauschen.

Eine dem Oberlandesgericht Köln vorliegende Variante, die auch in der Presse als Fall „Bank Sarasin“ erwähnt wurde,<sup>77</sup> ist eine Variante aus dem Jahr 2011, bei der über einen ausländischen Investmentfonds Investoren gebündelt wurden und Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen mit

<sup>76</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.4.1.

<sup>77</sup> Vgl. z.B. Fehr/Ramthun (2014), S. 86 f.

einem Transaktionsvolumen von 6,3 Milliarden € durchgeführt wurden. Die streitige Steuerforderung beläuft sich auf rund 54 Millionen €. <sup>78</sup>

Vereinfacht wurde wie folgt investiert: Ein Luxemburgischer Investmentfonds<sup>79</sup> sammelte von verschiedenen Investoren, sogenannten „high net individuals“, Gelder ein.<sup>80</sup> Dieser Investmentfonds überließ die Gelder einem US-amerikanischen Pensionsfonds, der diese dann dazu einsetzte, um unter Einschaltung einer deutschen Depotbank als Leerkäufer aufzutreten und von einem Leerverkäufer, der sich einer ausländischen Depotbank bediente, deutsche Aktien zu kaufen. Der US-amerikanische Pensionsfonds als Leerkäufer beehrte sodann auf Basis der von seiner inländischen Depotbank ausgestellten Kapitalertragsteuerbescheinigung beim Bundeszentralamt für Steuern aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und den USA die Erstattung der Kapitalertragsteuer.<sup>81</sup>

Die Gelder der Investoren wurden benötigt, um die Leerkäufe zu finanzieren. Sie stellten den Eigenkapitaleinsatz dar, der US-amerikanische Pensionsfonds nahm anschließend erhebliche Fremdmittel auf und tätigte die Geschäfte. Den Investoren wurde eine „gute Rendite“ auf die eingesetzten Mittel für den Fall versprochen, dass der Leerkäufer aus seinen Geschäften keinen Verlust macht. Falls es zur Erstattung der Kapitalertragsteuer kommen sollte, ist der Verlust ausgeschlossen und die Investoren erhalten ihr Geld verzinst zurück. Falls es nicht zur Erstattung der Kapitalertragsteuer kommen sollte, entsteht nach der Kompensation für die entstandenen Kosten ein Verlust und die Rückzahlung der Investorengelder sollte nicht erfolgen. Dies scheint in den pressebekanntesten Fällen geschehen zu sein. Mit anderen Worten, diese Gestaltung war vordergründig besonders geschickt, führte sie doch für die Initiatoren selbst dann zu einem „Gewinn“, wenn die Kapitalertragsteuer gar nicht erstattet wurde, da man ja in dieser Situation

<sup>78</sup> Vgl. OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324. Ähnlich gelagert ist ein jüngerer Fall des LG Köln, bei dem es um ein Kapitalertragsteuervolumen in Höhe von 462 Millionen € geht. Vgl. LG Köln vom 16.7.2015, 106 Qs 1/15, juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775.

<sup>79</sup> Luxemburger Fonds profitieren nicht von der Steuerbefreiung für Investmentfonds nach § 11 InvStG, so dass hieraus keine steuerlichen Vorteile resultierten. Genutzt wurden Luxemburger Fonds vermutlich als Kapital-sammelbecken, um die Investoren zu bündeln, so dass am Ende nur ein Investor (Luxemburger Fonds) an dem US-amerikanischen Fonds, der die Transaktionen ausführte, beteiligt war.

<sup>80</sup> Vgl. z.B. Löer/Mönnich/Rauss/Schröm (2014).

<sup>81</sup> US-amerikanische Pensionsfonds sind nach dem Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-USA abkommensberechtigt und in Deutschland mit den Kapitaleinkünften nicht (beschränkt) steuerpflichtig. Daher steht ihnen für die auf ihre Einkünfte erhobene und abgeführte Kapitalertragsteuer ein Erstattungsanspruch zu. Die Steuerbefreiung aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens ist also das wesentliche steuerliche Motiv zur Einschaltung ausländischer Pensionsfonds, die in Ländern ansässig sind, mit denen entsprechende Doppelbesteuerungsabkommen bestehen.



die Gelder der Investoren, den Eigenkapitaleinsatz, über Gebühren und Provisionen behalten hat. Wie aus der Presse zu entnehmen ist, klagen nun aber die Investoren gegen die Initiatoren.<sup>82</sup>

#### **2.4.1.4 Inländische Depotbanken als Leerkäufer**

Es ist nicht auszuschließen, dass Banken selbst am Markt als Leerkäufer in Erscheinung getreten sind. Das könnte bedeuten, dass die Banken nicht nur in die Produktentwicklung involviert waren, sondern gleichzeitig als Leerkäufer auftraten und zusätzlich noch als Depotbank für die selbst erworbenen Aktien dienten und sich dann selbst Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt haben. Der öffentlichkeitswirksame Fall der inzwischen in Deutschland insolventen „Maple Bank“ mit einem Gesamtschaden in Höhe von rund 450 Millionen € aus dem Herbst 2015 deutet darauf hin, dass dies der Fall sein könnte. Denn der Verdacht auf Steuerhinterziehung richtet sich gegen frühere Angestellte der Bank.<sup>83</sup> Aus der Presse lässt sich entnehmen, dass es ähnliche Vorwürfe gegen Barclays, die Commerzbank, die Deutsche Bank, die Dekabank, die DZ Bank, die HSH Nordbank, die Hypo-Vereinsbank, die Schweizer Bank J. Safra Sarasin, die LBBW, die Macquarie Bank, die M.M. Warburg, die Valovis Bank sowie die WestLB gibt.<sup>84</sup>

#### **2.4.1.5 Mehr als zweifache Bescheinigung der Kapitalertragsteuer**

Denkbar waren auch Gestaltungen, über die im Schrifttum<sup>85</sup> als Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen / Leerleihen berichtet wurde, bei denen die Kapitalertragsteuer mehr als zweimal bescheinigt wurde. Hierzu verkaufte oder verlieh der ausländische Leerverkäufer bzw. Leerverleiher die Aktien nicht nur an einen Leerkäufer, sondern durch das Hintereinanderschalten mehrerer außerbörslicher OTC-Geschäfte in Kombination mit Termingeschäften gleich an mehrere Leerkäufer.

Zentraler Ausgangspunkt der Ausstellung multipler Bescheinigungen waren mehrfache Leerverkäufe (oder -leihen) des (ausländischen) Leerverkäufers mit denselben Aktien. Verleiht z.B. der ausländische Leerverkäufer (Leerverleiher) die Aktien an einen inländischen Leerentleiher vor dem Dividendenstichtag mit der Vereinbarung, dass die Aktien am Tag nach dem Dividendenstichtag an den Leerverleiher zurück zu übertragen sind, erhielt der inländische Leerentlei-

---

<sup>82</sup> Vgl. z.B. Fehr/Ramthun (2014), S. 86 f.

<sup>83</sup> Vgl. Brächer (2016).

<sup>84</sup> Vgl. Iwersen/Votsmeier (2016e); Mügge (2016).

<sup>85</sup> Vgl. dazu z.B. Rau (2010), S. 1270 f.

her eine entsprechende Kapitalertragsteuerbescheinigung. Verkaufte der ausländische Leerverkäufer / Leerverleiher die gleichen Aktien einen Tag vor dem Dividendenstichtag an einen weiteren Leerkäufer, konnte er diesem direkt einen Tag nach dem Dividendenstichtag die vom Leerverleiher wieder zurück erhaltenen Aktien übertragen. Dem Leerkäufer wurde ebenfalls eine (weitere) Steuerbescheinigung ausgestellt. Wurden die Aktien von Leerverkäufern erworben, die im Inland zur Kapitalertragsteueranrechnung berechtigt waren, wurde durch das Hintereinanderschalten der Verkäufe und entsprechenden Lieferungen dreifach Kapitalertragsteuer bescheinigt.

Mangels eines bisher gerichtlich nachweisbaren Falles lässt sich allerdings schwer abschätzen, wie häufig in der Praxis das entsprechende Hintereinanderschalten der Geschäfte vereinbart wurde bzw. vorkam.

#### **2.4.2 Beteiligte an Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen: Initiatoren, Banken, Berater und Broker**

Die in der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Fälle deuten darauf hin, dass es sich bei den Modellen der Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zum einen um fertige Anlageprodukte handelte, welche von den Initiatoren und gegebenenfalls ihren Beratern sogenannten „high net individuals“ zur Anlage angeboten wurden. Das aktive Bewerben des Produkts durch Banken und Berater ist sowohl im Fall „Rafael Roth“<sup>86</sup> als auch im Fall „Bank Sarasin“<sup>87</sup> in Presseberichten nachzulesen.

Zum anderen ist mit Blick auf den unlängst bekannt gewordenen Fall „Maple Bank“ sowie zahlreicher Presseberichte nicht auszuschließen, dass einzelne Banken solche Modelle als hausinterne „Produkte“ nutzten. In diesen Fällen waren die Banken nicht nur in die Produktentwicklung involviert. Sie traten gleichzeitig als Leerkäufer auf und dienten zusätzlich als Depotbank für die selbst erworbenen Aktien, um sich dann selbst Kapitalertragsteuerbescheinigungen auszustellen.

Aus den bekannten Fällen geht hervor, dass Broker letztendlich die verschiedenen Aktienpakete erworben bzw. besorgt haben, ohne nach außen in Erscheinung zu treten. Sie waren im Ergebnis oftmals die Schnittstelle, ohne die ein entsprechender Handel nicht möglich gewesen wäre. Gerade bei außerbörslichen OTC-Geschäften und zur Vermeidung von Kursauschlägen war dies

<sup>86</sup> Vgl. Votsmeier (2013), S. 62 ff.

<sup>87</sup> Vgl. z.B. Löer/Mönnich/Rauss/Schröm (2014).

erforderlich. Zur Vermeidung von Kursausschlägen bieten sich einige Möglichkeiten, die im Schrifttum beschrieben werden. Dazu gehören unter anderem sogenannte Block Trades,<sup>88</sup> bei denen Broker einzelne Kauf- und Verkaufsordnern außerbörslich OTC bündeln, so dass keine Kursausschläge zu verzeichnen sind. Bei den Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bieten sich Block Trades gerade angesichts der enormen Transaktionsvolumina an. Die Broker haben vermutlich eine „sehr gute“ Provision erhalten.

### 2.4.3 Erzielbare Renditen

Die Renditen, welche mit den Produkten erzielt werden konnten, sofern die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gelang, waren enorm. Wie aus der Beschreibung der Fälle „Rafael Roth“<sup>89</sup> und „Bank Sarasin“<sup>90</sup> deutlich wird, waren die Transaktionsvolumina nur mit geringem Eigenkapital unterlegt, im Fall „Bank Sarasin“ reichte sogar das Geld der Investoren als Eigenkapitalersatz. Die kurzfristige Zwischenfinanzierung der Aktientransaktionen, drei bis vier Tage, rund um den Dividendenstichtag erfolgte mittels Gesellschafter- und/oder Bankdarlehen. Trotz des hohen Finanzierungsbedarfs waren die damit verbundenen Zinsaufwendungen aufgrund der äußerst geringen Darlehenslaufzeiten verglichen mit den im Erfolgsfall zu erwartenden „Gewinnen“, also der Kapitalertragsteuererstattung beim Leerkäufer - im Fall „Rafael Roth“ rund 125 Millionen € und im Fall „Bank Sarasin“ rund 54 Millionen € -, verschwindend gering. Damit versprachen diese Produkte für die beteiligten Parteien (Banken, Berater, Käufer, Verkäufer und Broker) schier unermessliche Renditen. Diese wurden, wie weiter oben erwähnt,<sup>91</sup> über die Preisgestaltung sowie Provisionen unter den Parteien aufgeteilt.

Am Prozess der Kapitalertragsteuererstattung waren die Broker, soweit dies aus den öffentlich bekannten Fällen hervorgeht, nicht aktiv beteiligt. Sie haben vermutlich eine „sehr gute“ Provision erhalten.

### 2.4.4 Zwischenergebnis

Bei den in der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Varianten von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen handelte es sich zum einen um Anlageprodukte, welche von Banken und anderen Produktanbietern sowie deren Beratern entwickelt wurden und vermögenden Privatpersonen angeboten wurden. Zum anderen gibt es Hinweise, dass im Zeitablauf die Banken nicht nur in

<sup>88</sup> Vgl. z.B. Habersack/Mülbert/Schlitt (2013), S. 118 ff., 366 f.

<sup>89</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.4.1.1.

<sup>90</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.4.1.3.

<sup>91</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.2.

die Produktentwicklung einbezogen waren, sondern auch als Leerkäufer und gleichzeitig auch als Depotbank auftraten, um sich dann selbst Kapitalertragsteuerbescheinigungen auszustellen.

Die Modelle basierten auf einem abgestimmten, zeitlich fein taktierten Gesamtplan, in den im Einzelfall neben den Initiatoren (also Banken und Berater) auch die Aktieninhaber, die Leerverkäufer, die Leerkäufer sowie die Broker/Börsenmakler involviert waren. Die Broker waren die für die reibungslose Abwicklung der Transaktionen unverzichtbare Schnittstelle. Sie traten nach außen hin aber nicht in Erscheinung.

Für die Initiatoren und die weiteren Beteiligten bargen die Modelle aufgrund der geringen Unterlegung mit Eigenkapital sowie den verschiedenen Möglichkeiten zur Kursabsicherung rund um den Dividendenstichtag keinerlei finanzielle Risiken. Je nach Konstellation setzte der finanzielle Erfolg für diese Beteiligten noch nicht einmal voraus, dass es zu der erhofften mehrfachen Erstattung der Kapitalertragsteuer kam, da diese Beteiligten sich die investierten Gelder der Investoren, die ja nur als Sicherheit für die aufgenommenen Darlehen benötigt wurden, nach Darlehensrückführung untereinander aufteilten.

Die Initiatoren (Banken und ihre Berater) bahnten den Kontakt zu den Anlegern an, wobei die Banken zusätzlich einen beträchtlichen Teil der äußerst kurzfristigen Zwischenfinanzierung der Transaktionen mittels Darlehen von drei bis vier Tagen rund um den Dividendenstichtag übernahmen. Insgesamt versprach dieser „Kredithebel“ schier unermessliche Renditen, sofern es zu der erhofften mehrfachen Erstattung der Kapitalertragsteuer kam.

Inwieweit die beteiligten Banken gleichzeitig in die Ausstellung der zweiten Kapitalertragsteuerbescheinigung für den Leerkäufer involviert waren, die erforderlich war, damit sich das Modell überhaupt rechnet, erschließt sich mir außer in Fällen, in denen sie gleichzeitig selbst als Leerkäufer auftraten, nicht. Zwingend erforderlich scheint das nicht gewesen zu sein; es reichte aus, dass irgendeine (auch andere) inländische Depotbank des Leerkäufers die Bescheinigung ausstellte, ohne im konkreten Einzelfall zu wissen, dass es sich um ein Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf handelte. Ob allerdings nicht in das Konzept eingeweihte Depotbanken Kapitalertragsteuerbescheinigungen für kurzfristig gehaltene Aktienbestände in Milliardenhöhe, die nach dem Dividendenstichtag erst eingeliefert wurden, tatsächlich ohne jede Rückfrage einfach

ausstellten, ist mir nicht bekannt. Angesichts der verschuldensunabhängigen Haftung der Depotbanken für falsche Steuerbescheinigungen erscheint das zumindest als nicht zwingend, da es ja auf der Hand lag, dass es sich um ein Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf handeln könnte.<sup>92</sup>

Die erörterten Modelle von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen sind, so komplex und kompliziert sie im jeweiligen Einzelfall zunächst auch aussahen, in ihrer Grundstruktur vergleichbar. Sie zeichnen sich allesamt dadurch aus, dass sich die Leerverkäufer von Beginn an einer ausländischen Depotbank bedienten, die niemals eine Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlung einbehielt. Der Wirkungsmechanismus über das Ausland war also von Beginn an der treibende Faktor. Dieser Mechanismus wurde zusätzlich durch die gesetzliche Entwicklung beflügelt, in dem durch das Jahressteuergesetz 2007 explizit verfügt wurde, dass lediglich auf Dividendenkompensationszahlungen unter Einschaltung inländischer Depotbanken des Leerverkäufers ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen war, um insoweit eine mehrfache Erhebung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auszuschließen.

Daneben zeigen die erörterten Modelle, dass auch die Person des Leerkäufers, zunächst „einfach“ zu entdeckende GmbH-Strukturen, anschließend äußerst intransparente Investmentfonds in Deutschland und schließlich auch ausländische Pensionsfonds, die sich lediglich inländischer Depotbanken bedienten (die vielleicht gar nicht aktiv in die Geschäfte involviert waren), zunehmend ins Ausland verlagert wurde. Damit waren diese Modelle jenseits von Insiderwissen nur schwer nachzuvollziehen und unterlagen aufgrund ihrer Intransparenz, die durch die regelmäßig im außerbörslichen (Over The Counter) OTC-Handel abgewickelten Transaktionen verstärkt wurde, einer geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit mit Blick auf jedes einzelne Geschäft des Gesamtplans.

Um diese Modelle der Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen insgesamt zu verstehen und einer steuerrechtlichen Würdigung zuzuführen, benötigt man zu allererst Kenntnisse über den Markt und über die technischen Abläufe, also über die Abwicklungsmodalitäten an den Börsen sowie im außerbörslichen OTC-Handel. Im Zeitablauf war und ist die technische Entwicklung rasant. Daneben sind Kenntnisse über die Instrumente und die Funktionsweisen der Finanzinnovationen erforderlich, die zur Übertragung und zur Kursabsicherung verwendet und im Zeitablauf zunehmend professionalisiert wurden. Freilich sind schließlich die steuerrechtlichen Kenntnisse zur Einordnung dieser Gestaltungsmodelle wichtig, aber, wie gerade ausgeführt, alleine

---

<sup>92</sup> Zur Haftung der Depotbanken siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.4.3.



nicht ausreichend, um diese Modelle unter Kenntnis der gesamten Zusammenhänge einer abschließenden rechtlichen Würdigung zu unterziehen.

In der Gesamtschau der Zusammenhänge zu Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen muss der Eindruck entstehen, dass die Initiatoren dieser Geschäfte sowie die weiteren Beteiligten einerseits und die Finanzverwaltung andererseits mit ungleichen Waffen gekämpft haben. Auf der einen Seite standen die Initiatoren dieser Modelle mit profunden Kenntnissen über den Kapitalmarkt sowie dessen Modalitäten und Instrumenten, die sich im Zeitablauf bedingt durch den technischen Fortschritt rasant fortentwickelt und durch eine zunehmende Intransparenz ausgezeichnet haben. Auf der anderen Seite stand die Finanzverwaltung, die diesen Entwicklungen lediglich steuerrechtliche Kenntnisse entgegensetzen konnte, die alleine nicht ausreichen, um diese Modelle vollumfänglich zu verstehen und aufzudecken. Rückblickend wurden hinsichtlich der Ausstattung mit genügend und fachlich diversifizierten personellen Ressourcen in der Finanzverwaltung vermutlich falsche Prioritäten gesetzt. Letzteres gilt aber auch mit Blick auf die am Markt weiterhin anzutreffenden Cum/Cum-Geschäfte, die jährliche Steuerausfälle im Milliardenbereich verursachen.

### **3 Steuerrechtliche Beurteilung**

#### **3.1 Cum/Cum-Geschäfte**

##### **3.1.1 Dividendenstripping im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (1977-2000)**

###### **3.1.1.1 Rechtslage bis 1979**

Dem Bundesministerium der Finanzen sowie den Finanzverwaltungen der Bundesländer waren die unter dem Oberbegriff „Dividendenstripping“ zusammengefassten Cum/Cum-Geschäfte seit dem Jahr 1978, also ein Jahr nach Einführung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens im Jahr 1977, bekannt. Sie wurden als Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO eingestuft.

§ 42 AO in der damals anwendbaren Fassung lautete:

###### *§ 42 Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*

*Durch Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Liegt ein Mißbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.*

Nach Ansicht der Finanzverwaltung fielen die o.a. Fälle des Dividendenstripping<sup>93</sup> unter den Anwendungsbereich des § 42 AO, sofern die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt waren:

- (1) Die Aktien mussten kurze Zeit vor dem Dividendenzahlungstermin unter gleichzeitiger Vereinbarung der Rückübertragung bzw. einer entsprechenden Zusage für eine solche Rückübertragung verkauft worden sein,
- (2) der Verkauf und der Rückkauf erfolgten zwischen denselben Geschäftspartnern und
- (3) außer dem steuerlichen Ziel der Verlagerung des Anrechnungsguthabens war kein wirtschaftlicher Geschäftszweck erkennbar.<sup>94</sup>

Die Finanzverwaltung versagte in diesen Fällen dem in Deutschland ansässigen Käufer die mit den Dividenden verbundene Anrechnung von Körperschaftsteuer und Kapitalertragsteuer.<sup>95</sup>

### 3.1.1.2 Rechtslage zwischen 1980 und 1993

Der Gesetzgeber reagierte schließlich auf die Fallgestaltungen des Dividendenstripping durch Einfügung des § 50c EStG mit Gesetz vom 20.8.1980.<sup>96</sup> Ziel dieser ab dem Veranlagungszeitraum 1980 anwendbaren Vorschrift<sup>97</sup> war es, Umgehungen des für ausländische Anteilseigner geltenden Anrechnungsverbots entgegenzuwirken.<sup>98</sup> Die Neuregelung umfasste in ihrer konkreten Ausgestaltung Sachverhalte, in denen

- (1) ein zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigter Steuerpflichtiger einen Anteil an einer deutschen Kapitalgesellschaft von einem nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner erwarb,
- (2) die Kapitalgesellschaft anschließend eine Gewinnausschüttung vornahm und
- (3) die aus dieser Ausschüttung resultierende Wertverminderung der Anteile beim Erwerber im Jahr des Erwerbs oder in den neun Folgejahren zu einer Gewinnminderung führte (insbesondere durch Realisierung eines Veräußerungsverlustes bei Verkauf der Anteile).

<sup>93</sup> Vgl. oben, Gliederungspunkt 2.2.1.

<sup>94</sup> Vgl. BMF-Rundschreiben vom 2.8.1978 an die Spitzenverbände der Kreditwirtschaft, zitiert in Berger/Scherl (2000), S. 635; Finanzministerium Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 28.8.1978, WPg 1978, S. 609.

<sup>95</sup> Vgl. Finanzministerium Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 28.8.1978, WPg 1978, S. 609.

<sup>96</sup> Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 20.8.1980, BGBl I 1980, S. 1545, BStBl I 1980, S. 589.

<sup>97</sup> Zur detaillierten Anwendungsregelung vgl. Kempermann (1981), § 50c EStG, Rn. 112 ff.

<sup>98</sup> Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648, S. 22 f.



Als Rechtsfolge waren solche Gewinnminderungen nach § 50c Abs. 1 EStG 1980 steuerlich nicht anzuerkennen.

Für das weiter oben<sup>99</sup> beschriebene Grundbeispiel eines Cum/Cum-Geschäfts bedeutete die Anwendung des § 50c Abs. 1 EStG 1980, dass der Veräußerungsverlust des Käufers in Höhe von 10,00 € seinen steuerlichen Gewinn nicht mindert. Der Käufer hat somit 14,29 € zu versteuern (anstatt bisher 4,29 €), was bei einem Körperschaftsteuersatz von 30 % zu einer Körperschaftsteuer von 4,29 € führt. Unter (unveränderter) Anrechnung der Kapitalertragsteuer und Körperschaftsteuer beläuft sich die Steuererstattung des Käufers auf 2,50 €. Folglich reduziert sich das Nettoeinkommen des Käufers nach Steuern auf null (statt bisher 3,00 €), sodass das Geschäft für den Käufer isoliert betrachtet keinen Vorteil mehr bringt. Es bleibt aber dabei, dass die Kapitalertragsteuer in Höhe von 2,50 € beim Verkäufer „gespart“ wurde.

Allerdings hatte der Gesetzgeber bereits bei Einführung des § 50c EStG 1980 mehrere Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Vorschrift normiert, u.a. die sogenannte Börsenklausel in § 50c Abs. 8 Satz 2 EStG 1980 mit folgendem Wortlaut:

*„Hat der Erwerber die Anteile über ein Kreditinstitut erworben, das den Kaufvertrag über die Börse ausgeführt hat, sind die Absätze 1 bis 7 nicht anzuwenden“.*

Die Einführung der Börsenklausel wurde damit begründet, dass man eine Umgehung des Ausschlusses der Körperschaftsteueranrechnung mittels Börsengeschäften aufgrund der Gefahr der Zersplitterung des Aktienpakets für unwahrscheinlich hielt;<sup>100</sup> zudem sei ein Körperschaftsteuerguthaben nicht ohne weiteres in den Börsenkurs hineinzumanipulieren.<sup>101</sup> Darüber hinaus sah der Gesetzgeber das Problem, dass die Vorschrift bei Verkäufen über die Börse „nach den Gegebenheiten der Praxis nicht vollziehbar“<sup>102</sup> sei. Damit wurde das Dividendenstripping über die Börse legalisiert.

Die Börsenklausel in ihrer ursprünglichen Fassung war mehrfach Gegenstand der Finanzrechtsprechung.<sup>103</sup> Bei den zugrundeliegenden Sachverhalten ging es um verschiedene Fälle von In-

<sup>99</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.1.

<sup>100</sup> Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648, S. 24.

<sup>101</sup> Vgl. Schmidt (1982), § 50c EStG, Rn. 31.

<sup>102</sup> Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648, S. 24.

<sup>103</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527; zuletzt bestätigt durch BFH vom 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, S. 287.

haberverkäufen, das heißt der Verkäufer war zum Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts jeweils auch Eigentümer der Aktien. Der Bundesfinanzhof hat in seinem zentralen Urteil vom 15.12.1999<sup>104</sup> für diese Konstellationen von Inhaberverkäufen zunächst klargestellt, dass das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien mit dem Vertragsabschluss auf den Erwerber übergeht. Entsprechend der Auffassung des Gerichts können nach den einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche dem Erwerber ab diesem Zeitpunkt regelmäßig nicht mehr entzogen werden.<sup>105</sup>

Des Weiteren hat der Bundesfinanzhof bestätigt, dass es für die Anwendung der Börsenklausel alleine darauf ankommt, dass die Geschäfte formal über die Börse abgewickelt werden. Aufgrund der Typisierung der Regelung sei es unerheblich, ob es sich um ein börsentypisches Geschäft handelt oder ob Individualabsprachen zwischen den Beteiligten getroffen wurden und das Geschäft gegebenenfalls aus rein steuerlichen Motiven erfolgt.<sup>106</sup> Einer Anwendung des § 42 AO auf solche Fälle hat das Gericht darüber hinaus eine klare Absage erteilt. § 50c EStG 1980 habe als sondergesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Missbrauchstatbestandes Anwendungsvorrang vor § 42 AO. Dies gilt nach Auffassung des Gerichts auch dann, wenn die Bestimmungen des § 50c EStG 1980 aufgrund der Börsenklausel nicht zur Anwendung kommen, da dieser Klausel ein abschließender Schutzcharakter zukomme.<sup>107</sup>

Im Ergebnis war es im Zeitraum zwischen 1980 und 1993 also legal möglich, mit Dividendenstripping in Form von Cum/Cum-Geschäften (Inhabergeschäfte) die oben beschriebenen steuerlichen Vorteile (Erstattung der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer)<sup>108</sup> zu erlangen, sofern die Geschäfte formal über die Börse abgewickelt wurden. Zu einer mehrfachen Erstattung dieser Steuern ist es aber nicht gekommen.

<sup>104</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527. Dieses Urteil spielt auch bei der rechtlichen Würdigung der Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen eine wichtige Rolle. Es wurde von vielen aber falsch interpretiert. Denn von einem Inhaberverkauf, der dem Urteil zugrunde lag, lässt sich nicht auf einen Leerverkauf schließen. Siehe dazu unten, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1.3.

<sup>105</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter II.1 und II.2; BFH vom 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, S. 287, unter II.1.

<sup>106</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.3.a.bb; BFH vom 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, S. 287, unter II.2.

<sup>107</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.3.b.cc; BFH vom 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, S. 287, unter II.2. Dieser Anwendungsvorrang von spezialgesetzlichen Missbrauchsvorschriften vor der Vorschrift des § 42 AO ist seit 2007 auch explizit in § 42 Abs. 1 Satz 2 AO geregelt.

<sup>108</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.1.

### 3.1.1.3 Rechtslage zwischen 1994 und 2000

Entgegen der ursprünglichen Vermutung des Gesetzgebers wurden in der Praxis durch das Aufkommen von Finanzinnovationen tatsächlich vermehrt formale Börsentransaktionen dazu genutzt, das für ausländische Anteilseigner geltende Anrechnungsverbot zu umgehen.<sup>109</sup> Als der Gesetzgeber dieses Problem schließlich erkannte, reagierte er in Form einer Einschränkung der Börsenklausel im Rahmen des Standortsicherungsgesetzes vom 13.9.1993.<sup>110</sup> Nach der Neufassung der Klausel in § 50c Abs. 10 EStG 1994 kam es nun auch bei Börsengeschäften zu einer Versagung der steuerlichen Anerkennung des Veräußerungsverlustes, sofern

- (1) zwischen Anteilserwerb und Veräußerung nicht mindestens 10 Tage<sup>111</sup> lagen und der Gewinnverwendungsbeschluss der ausschüttenden Kapitalgesellschaft in diesen Zeitraum fiel oder
- (2) dieselben oder gleichartige Anteile zu Bedingungen rückveräußert wurden, die dazu führten, dass das Kursrisiko begrenzt war oder
- (3) die Gegenleistung für den Erwerb der Anteile ganz oder teilweise in der Verpflichtung zur Übertragung nicht oder nicht voll dividendenberechtigter Aktien bestand.

Zugleich enthielt § 50c Abs. 10 EStG 1994 im letzten Halbsatz die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises in diesen Fällen. Konnte der Erwerber glaubhaft machen, dass der Veräußerer anrechnungsberechtigt war, kam die Regelung des § 50c EStG 1994 nicht zur Anwendung.

Mit der dargestellten Rechtsänderung hat der Gesetzgeber versucht, die Börsenklausel auf börsentypische Transaktionen zu begrenzen, die von der Anonymität der Geschäftspartner geprägt sind und die nicht auf eine Umgehung des Anrechnungsverbots abzielen. Im Schrifttum stieß die Neuregelung überwiegend auf Kritik. So wurden insbesondere die Nachweisbarkeit der entsprechenden Fallgestaltungen durch die Finanzverwaltung und die Vollziehbarkeit der Vorschrift in der Praxis infrage gestellt.<sup>112</sup>

Parallel wurden Maßnahmen getroffen, um Gestaltungsvarianten zum Kauf und Rückverkauf der Aktien wie insbesondere die Wertpapierleihe<sup>113</sup> zu verhindern. So schloss der neugefasste

<sup>109</sup> Vgl. Schmidt (1993), § 50c EStG, Rn. 31.

<sup>110</sup> BGBl. I 1993, S. 1569. Zur Begründung vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses zum Standortsicherungsgesetz, BT-Drs. 12/5016, S. 90.

<sup>111</sup> In der ursprünglichen Fassung durch das Standortsicherungsgesetz war zunächst eine Frist von 30 Tagen enthalten; diese wurde aber noch vor der erstmaligen Anwendung der Regelung durch das Missbrauchsbekämpfungsgesetz und Steuerbereinigungsgesetz vom 21.12.1993 auf 10 Tage verkürzt (BGBl. I 1993, S. 2310).

<sup>112</sup> Vgl. Berger/Scherl (2000), S. 639; Dötsch (1993), S. 1842 ff.

<sup>113</sup> Zur Wertpapierleihe siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.2.

§ 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG die Anrechnung der Körperschaftsteuer bei Dividendeneinkünften aus, soweit ihnen abziehbare Aufwendungen für Leistungen gegenüberstehen, die beim Leistungsempfänger nicht der deutschen Besteuerung unterliegen. Mit anderen Worten führte der weiter oben angesprochene Abzug der Wertpapierleihgebühr als Betriebsausgabe<sup>114</sup> insoweit zur „Vernichtung“ des Körperschaftsteueranrechnungspotenzials.

Vor dem Hintergrund immer weiter verfeinerter Finanzinnovationen wie etwa der Ketten-Wertpapierleihe sowie Options- und Wertpapier-Pensionsgeschäften und der komplexen Abwicklungsmodalitäten über die Börse sowie außerbörslicher OTC-Geschäfte<sup>115</sup> wurde die Anwendung von § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Satz 4 Buchstabe g EStG und § 50c Abs. 10 EStG als äußerst schwierig eingestuft.<sup>116</sup> Auch nach Ansicht von Vertretern der Finanzverwaltung war diesen Finanzinnovationen und immer schnelleren Abwicklungsmodalitäten nicht beizukommen.<sup>117</sup>

Letztlich führte erst die Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens durch das Steuersenkungsgesetz<sup>118</sup> im Jahr 2000 mit Wirkung für das Jahr 2001 dazu, dass die beschriebenen Gestaltungen hinsichtlich der Mobilisierung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsguthabens wirkungslos wurden.

#### **3.1.1.4 Zwischenergebnis**

Dividendenstripping in Form von Cum/Cum-Geschäften wurde in den Jahren 1977 bis 1979 als Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO eingestuft mit der Konsequenz, dass der inländische Käufer der Aktien nicht zur Anrechnung der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer berechtigt war.

Im Zeitraum zwischen 1980 und 2000 war es durch die Einführung von § 50c EStG, der die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO überlagerte, durch Gestaltungen legal möglich, mit Dividendenstripping in Form von Cum/Cum-Geschäften die steuerlichen Vorteile (Erstattung der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer) zu erlangen, sofern die Geschäfte formal über die Börse abgewickelt wurden.

<sup>114</sup> Siehe dazu oben, Gliederungspunkte 2.2.1.1 und 2.2.1.2.

<sup>115</sup> Siehe dazu oben, Gliederungspunkte 2.3.2 bis 2.3.5.

<sup>116</sup> Vgl. zur Beschreibung dieser Finanzinnovationen und deren Einordnung unter die geänderten gesetzlichen Bestimmungen unter Berücksichtigung der Börsenmodalitäten Berger/Scherl (2000), S. 627 ff.

<sup>117</sup> Vgl. Dötsch (1993), S. 1844.

<sup>118</sup> Vgl. Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz - StSenkG) vom 23.10.2000, BGBl. I 2000, S. 1433.

Zu einer mehrfachen Erstattung der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer ist es aber nicht gekommen, da diesen Geschäften regelmäßig kein Leerverkauf zugrunde lag.

### **3.1.2 Dividendenstripping nach Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens (seit 2001)**

#### **3.1.2.1 Vorbemerkungen**

Mit der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens haben die Dividendenstripping-Fälle in der Ausprägung von Cum/Cum-Geschäften mit Blick auf die auf Dividenden einbehaltene Kapitalertragsteuer, die für Steuerausländer definitiv wird (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG, § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG), nicht an Bedeutung verloren, sondern eher zugenommen. Beflügelt wurde dies durch die zunehmend globalisierte Aktionärsstruktur der in den verschiedenen Segmenten des Deutschen Aktienindex notierten Unternehmen.

Seit dem Steuersenkungsgesetz gilt für Jahre ab 2001 für Cum/Cum-Geschäfte hinsichtlich der „gesparten“ Kapitalertragsteuer aber eine geänderte Rechtslage. Denn neben dem körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren wurde gleichzeitig § 50c EStG abgeschafft. Insoweit existiert seit diesem Zeitpunkt kein einzelsteuergesetzlicher Missbrauchstatbestand mehr, welcher den allgemeinen Missbrauchstatbestand des § 42 AO verdrängen kann. Deswegen ist hinsichtlich der Frage des Vorliegens eines Gestaltungsmissbrauchs auch eine Bezugnahme auf das zentrale Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999<sup>119</sup> ausgeschlossen.

Ungeachtet der Streichung von § 50c EStG und der dadurch wieder eröffneten Möglichkeit zur Anwendung der allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO ist bei Inhaberverkäufen ab dem Jahr 2001 aufgrund der Entwicklungen in der Finanzrechtsprechung der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien nach § 39 Abs. 2 AO näher zu prüfen. Denn nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG ist nur derjenige zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer berechtigt, der auch die Einkünfte erzielt. Die Frage, ob und gegebenenfalls wann das wirtschaftliche Eigentum auf den Käufer übergeht oder beim Verkäufer verbleibt, stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund der zeitnah erfolgenden Rückübertragung auf den Verkäufer bzw. Inhaber der Aktien. Hier haben sich im Laufe der Zeit neue Erkenntnisse aus der Rechtsprechung ergeben. Entsprechendes gilt, falls die Übertragung der Aktien in Form einer Wertpapierleihe erfolgt.

---

<sup>119</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527.



Im Folgenden wird zunächst der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 Abs. 2 AO auf den Käufer bzw. Entleiher anhand der relevanten Urteile des Bundesfinanzhofs, getrennt nach Gestaltungen mittels Erwerbsgeschäften und Gestaltungen mittels Wertpapierleihe, analysiert. Anschließend erfolgt eine Erörterung der Konsequenzen für die beteiligten Parteien vor dem Hintergrund des Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO und dem Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO bzw. der leichtfertigen Steuerverkürzung nach § 378 AO.

### **3.1.2.2 Wirtschaftliches Eigentum**

#### **3.1.2.2.1 Erwerbsgeschäfte**

##### **3.1.2.2.1.1 Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999**

Wie oben dargestellt,<sup>120</sup> hat sich der Bundesfinanzhof in seinem zentralen Urteil vom 15.12.1999<sup>121</sup> im ersten Prüfungsschritt mit der Frage des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums befasst. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um zwei verschiedene Arten von Inhaberverkäufen über die Börse. Bei der einen Gruppe von Geschäften wurden dividendenberechtigte Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag vom Inhaber mit Dividendenanspruch (cum) verkauft und dann nach dem Dividendenstichtag Aktien desselben Unternehmens ohne Dividendenanspruch (ex) vom Käufer wieder an den ursprünglichen Inhaber zurückverkauft. Die andere Gruppe von Geschäften war so gestaltet, dass dividendenberechtigte Altaktien vor dem Dividendenstichtag durch den Inhaber verkauft (cum) und am gleichen Tag nicht dividendenberechtigte (ex) sogenannte junge Aktien desselben Unternehmens vom Käufer an den ursprünglichen Inhaber zurückverkauft wurden.

Bei beiden Arten von Geschäften wurden die Kaufverträge über die Aktien jeweils an dem unmittelbar dem Dividendenstichtag vorangehenden Tag geschlossen. Wie bereits im Detail beschrieben,<sup>122</sup> werden Börsengeschäfte in der Regel am zweiten Tag nach dem Geschäftsabschluss erfüllt. Die tatsächliche Übertragung der Aktien erfolgte im Streitfall also erst zwei Tage nach dem Abschluss des Kaufvertrags und damit auch erst nach dem Dividendenstichtag. Folglich handelte es sich bei den Transaktionen, die dem Urteil zugrunde lagen, genau genommen um Cum/Ex-Geschäfte mit Inhaberverkauf, da die Veräußerung der Aktien mit Dividendenanspruch (cum) und die tatsächliche Lieferung ohne Dividende (ex) vorgenommen wurde.

<sup>120</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.1.1.2.

<sup>121</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527.

<sup>122</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.2.



Die Zuweisung der Dividende an den Käufer wurde dann im Rahmen der Dividendenregulierung der Clearstream Banking AG<sup>123</sup> vorgenommen. Der Käufer war also faktisch so gestellt, als wäre die tatsächliche Lieferung der Aktien (wie bei einem Cum/Cum-Geschäft) bereits vor der Dividendenzahlung erfolgt.

Der Bundesfinanzhof hat für beide Arten von Geschäften entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum bereits mit Abschluss des jeweiligen Kaufvertrags auf den Käufer übergegangen ist. Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit den Wertpapieren verbundenen Kursrisiken und -chancen, lägen bereits ab diesem Zeitpunkt beim Käufer.<sup>124</sup> Zumindest aber könnten dem Käufer nach den einschlägigen Börsenansätzen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden. Der Umstand, dass die tatsächliche Lieferung der Aktien gegebenenfalls erst zwei Tage nach dem Vertragsabschluss erfolgt ist, beeinflusst den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach Auffassung des Gerichts, die im Schrifttum<sup>125</sup> auf Kritik gestoßen ist, nicht.<sup>126</sup>

Auch aus der zeitnahen Rückübertragung der Aktien ergibt sich für den Bundesfinanzhof keine andere Beurteilung in Bezug auf das wirtschaftliche Eigentum. Bei den Verkäufen von Altaktien gegen einen taggleich vereinbarten Rückkauf von jungen Aktien stellt das Gericht maßgeblich darauf ab, dass Verkauf und Rückkauf jeweils verschiedene Arten von Aktien betreffen. Ein Auseinanderfallen von zivilrechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum könne aber stets nur im Hinblick auf ein und dasselbe Wirtschaftsgut auftreten und sei damit bei diesen Geschäften ausgeschlossen.<sup>127</sup> Demgegenüber betreffen die Fälle der Verkäufe von Aktien vor dem Stichtag mit Dividendenanspruch und deren Rückerwerb nach Dividendenzahlung zwar die gleichen oder zumindest gleichwertige Anteile. Hier vertritt der Bundesfinanzhof aber die Auffassung, die zeitlich auseinanderfallenden Verkäufe und Rückverkäufe seien jeweils voneinander unabhängige Geschäfte. Somit werde auch hier der Erwerber sowohl zivilrechtlicher als auch wirtschaftlicher Eigentümer.<sup>128</sup>

Wenngleich das Urteil genau genommen einen Sachverhalt von Cum/Ex-Geschäften mit Inhaberverkäufen betrifft, lassen sich hieraus auch gewisse Schlussfolgerungen für die Behandlung

<sup>123</sup> Zur Systematik der Dividendenregulierung siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.3.

<sup>124</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.1.b.aa.

<sup>125</sup> Vgl. Anzinger (2012), S. 394 ff. m.w.N.; Kempermann (2016), § 5 EStG, Rn. B 237; Rau/Sahl (2000), S. 1114 f.; Weber-Grellet (2016), § 5 EStG, Rn. 153.

<sup>126</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.1.b.aa.

<sup>127</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.1.b.bb.

<sup>128</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.2.

von Cum/Cum-Geschäften ziehen. Wenn es selbst bei Cum/Ex-Geschäften (durch das Abstellen auf den Zeitpunkt des Kaufvertrags) zu einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums vor dem Dividendenstichtag kommen kann, so muss dies bei Cum/Cum-Geschäften, bei denen sogar die tatsächliche Lieferung der Aktien noch vor dem Stichtag erfolgt, eigentlich erst recht der Fall sein.

### 3.1.2.2.1.2 Over The Counter Geschäfte

Im besagten Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999, dem Aktientransaktionen über die Börse zugrunde lagen, wurde der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zum Zeitpunkt des Kaufvertrags maßgeblich unter Verweis auf die „einschlägigen Börsenusancen“ begründet. Dies wirft die Frage auf, wie es sich bei Geschäften über ausländische Börsen, bei denen andere Usancen gelten, aber auch und vor allem bei sogenannten außerbörslichen Over The Counter (OTC) Geschäften verhält.<sup>129</sup> Im Schrifttum wird hierzu seit längerem die Auffassung vertreten, dass das wirtschaftliche ebenso wie das zivilrechtliche Eigentum an den Aktien erst mit der Einbuchung in das Depot des Käufers übergehen kann.<sup>130</sup>

Solche OTC-Geschäfte waren Gegenstand des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 16.4.2014.<sup>131</sup> Das Gericht hat darin bestätigt, dass auch bei Cum/Ex-Geschäften im außerbörslichen Handel das wirtschaftliche Eigentum „prinzipiell“ bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags übergehen kann.<sup>132</sup> Insofern hat der Bundesfinanzhof also für die Frage des wirtschaftlichen Eigentums keine grundsätzliche Differenzierung nach der Handelsplattform vorgenommen.<sup>133</sup>

Trotz dieser prinzipiellen Bestätigung hat der Bundesfinanzhof für den konkreten Sachverhalt einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber verneint. Eine deutsche GmbH hatte Aktien durch Kaufvertrag kurz vor dem Dividendenstichtag erworben und die Anschaffung bei einer Bank fremdfinanziert. Die GmbH überließ die Aktien ab dem Dividendenstichtag im Rahmen einer Wertpapierleihe an dieselbe Bank und veräußerte sie nach der Rückgabe durch die Bank unmittelbar weiter. Zudem hatte die GmbH mit der Bank ein Swapgeschäft abgeschlossen, durch das die Kurschancen und -risiken bei der Bank lagen und dieser auch 95% der Dividendenzahlungen zustanden. Nach der Entscheidung des Bundesfinanzhofs kommt es

<sup>129</sup> Zu OTC-Geschäften siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.2.

<sup>130</sup> Vgl. Bruns (2010), S. 2063.

<sup>131</sup> Vgl. BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813.

<sup>132</sup> Vgl. BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813, Rn. 31.

<sup>133</sup> Vgl. auch Fiand (2016), S. 347.

nicht zu einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, wenn auf Grundlage eines von einem Kreditinstitut initiierten und modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzepts

- (1) das Kreditinstitut den Anteilsenerwerb fremdfinanziert,
- (2) der Erwerber die Aktien unmittelbar nach dem Erwerb im Wege der Wertpapierleihe (bis zum Rückverkauf) an das Kreditinstitut weiterreicht und
- (3) der Erwerber das Marktpreisrisiko der Aktien im Rahmen eines Total-Return-Swap-Geschäfts auf das Kreditinstitut überträgt.<sup>134</sup>

Der Erwerber ist in solchen Konstellationen nicht in der Lage, den zivilrechtlichen Eigentümer aus seiner Stellung zu verdrängen.<sup>135</sup> In der Gesamtschau der Verhältnisse hat der Bundesfinanzhof daher den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf die GmbH verneint. Maßgeblich sind also jeweils die Gesamtumstände des Einzelfalls.

Der Urteilsfall hat zwar Cum/Ex-Geschäfte (mit versuchter Mehrfachanrechnung von Kapitalertragsteuer) betroffen, entfaltet aber auch eine gewisse Bedeutung für Cum/Cum-Geschäfte mit Inhaberverkäufen. Zum einen gibt es auch bei Cum/Cum-Vertragsgestaltungen wesentliche Elemente, die dazu führen können, dass das wirtschaftliche Eigentum nicht auf den zwischenzeitlichen Käufer übergeht.<sup>136</sup> Hier bieten die drei vom Bundesfinanzhof herangezogenen Kriterien eine Orientierung.

Zum anderen stellt sich die Frage nach der Interpretation der Aussage, dass es auch bei OTC-Geschäften „prinzipiell“ bereits mit Abschluss des Kaufvertrags zu einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommen kann. Dem Urteil ist lediglich zu entnehmen, dass es prinzipiell möglich sei. Dies hebt auch einer der Richter des entscheidenden Senats in einer Besprechung des Urteils ausdrücklich hervor.<sup>137</sup> Die in der Literatur gezogene Schlussfolgerung, dass der Bundesfinanzhof nun final entschieden habe,<sup>138</sup> dass OTC-Geschäfte generell und grundsätzlich zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen, ist jedenfalls nicht zutreffend.<sup>139</sup> Auch ist der Entscheidung nicht zu entnehmen, dass Börsengeschäfte und OTC-Geschäfte generell steuerlich gleich zu behandeln sind. Vielmehr hängt die Beurteilung entscheidend von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.<sup>140</sup> Soweit ersichtlich, hat die Finanzverwaltung

<sup>134</sup> Vgl. BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813, im Leitsatz.

<sup>135</sup> Vgl. Fiand (2016), S. 349.

<sup>136</sup> Vgl. Bruns (2010), S. 2063; Fiand (2016), S. 349.

<sup>137</sup> Vgl. Schwenke (2015), S. 85 f.

<sup>138</sup> Vgl. Matuszewski (2014), S. 2726; Desens (2014d), S. 2318; Podewils (2014), S. 1067.

<sup>139</sup> So auch Schwenke (2015), S. 86.

<sup>140</sup> Vgl. BFH v. 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813, Rn. 41.

noch keine Fälle von Cum/Cum-Gestaltungen mit OTC-Geschäften aufgegriffen und einer gerichtlichen Klärung zugeführt.

### **3.1.2.2.1.3 Konsequenzen seit der Einführung des zentralen Kontrahenten im März 2003**

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Grundsätze der Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 1999 überhaupt noch Gültigkeit haben, falls das jeweilige Geschäft an einer Börse unter Einschaltung eines zentralen Kontrahenten getätigt wurde. An der Frankfurter Wertpapierbörse ist die Eurex Clearing AG seit März 2003 der zentrale Kontrahent. Ist ein zentraler Kontrahent eingeschaltet, kommt der Kaufvertrag - wie weiter oben ausführlich dargelegt<sup>141</sup> - zwischen dem Aktienkäufer und dem zentralen Kontrahenten zustande. Es fehlt daher - anders als noch in dem Sachverhalt, der der Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 1999 zugrunde lag - an jeglicher unmittelbaren Verbindung zwischen dem Aktieninhaber und dem Aktienkäufer. Der Aktienkäufer erwirbt tatsächlich vom zentralen Kontrahenten und der zentrale Kontrahent ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ebenfalls ein Leerverkäufer, da er die Aktien nicht im Eigentum hat.

Somit handelt es sich seit März 2003 bei sämtlichen an der Frankfurter Wertpapierbörse getätigten Aktiengeschäften, bei denen der Kaufvertrag vor dem Dividendenstichtag abgeschlossen und die Aktie ex Dividende geliefert wurde, um Transaktionen, bei denen das wirtschaftliche Eigentum immer erst mit der Lieferung der Aktien übergeht. Das Hessische Finanzgericht hat diese Sicht der Dinge in seinem Urteil vom 10.2.2016 angedeutet.<sup>142</sup> Dies hätte u.a. auch Auswirkungen für Dividendenstripping-Fälle, bei denen der Sachverhalt ansonsten demjenigen der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999 entspricht. Anders als noch in dieser Entscheidung steht dem Käufer die Dividende mangels wirtschaftlichen Eigentums nicht zu, sondern der Käufer hat auch insoweit lediglich einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung. Dieser Anspruch besteht gegen den zentralen Kontrahenten. Demzufolge kann der Käufer auch die Anrechnung bzw. Erstattung der auf die Dividende erhobenen Kapitalertragsteuer nicht beanspruchen. Vielmehr steht die Dividende weiterhin dem zivilrechtlichen Eigentümer zu, der - falls er sich im Ausland befand - die Kapitalertragsteuer nicht anrechnen kann. Es kommt also auf den Einzelfall an und eine höchstrichterliche Klärung steht noch aus.

<sup>141</sup> Siehe dazu oben, Gliederungspunkt 2.3.5.

<sup>142</sup> Vgl. FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848). Siehe auch Amann (2016), S. 1464.

### 3.1.2.2.2 Wertpapierleihe

Wie weiter oben dargelegt, können Cum/Cum-Geschäfte anstelle durch Erwerbsgeschäfte auch im Rahmen einer Wertpapierleihe umgesetzt werden. In der aktuellen Praxis dominiert diese Gestaltungsvariante.<sup>143</sup> Auch hier stellt sich grundsätzlich die Frage, ob und gegebenenfalls wann das wirtschaftliche Eigentum auf den Entleiher übergeht. Mit der Wertpapierleihe hat sich der Bundesfinanzhof in einem kürzlich ergangenen Urteil vom 18.8.2015<sup>144</sup> befasst. In dem Streitfall hatte eine im Maschinenbau tätige deutsche GmbH als Darlehensnehmerin mit einem in Großbritannien ansässigen Finanzinstitut mehrere Wertpapierdarlehen über die Dauer von 14 Tagen rund um den Dividendenstichtag abgeschlossen. In diesen Zeitraum fielen auch jeweils die Dividendenzahlungen. Die GmbH erhielt als Entleiher die Dividenden und hatte entsprechende Kompensationszahlungen sowie Darlehensentgelte an das Finanzinstitut zu leisten.

Nach der Entscheidung des Bundesfinanzhofs hat die GmbH als Entleiherin im vorliegenden Fall kein wirtschaftliches Eigentum erlangt. Zwar werde der Entleiher bei einer Wertpapierleihe zivilrechtlicher und in der Regel auch wirtschaftlicher Eigentümer. Anhand der nachfolgenden Kriterien ist das Gericht aber davon ausgegangen, dass das wirtschaftliche Eigentum ausnahmsweise beim Verleiher verblieben ist, falls die Transaktionen folgende Eigenschaften aufweisen:<sup>145</sup>

- (1) Die Geschäfte waren nicht darauf angelegt, der Entleiherin in einem wirtschaftlichen Sinne die Erträge aus den Aktien zukommen zu lassen; das Finanzinstitut hatte sich diese in Gestalt der Dividendenkompensationszahlungen vollständig vorbehalten.
- (2) Für die Entleiherin entstanden auch keine Liquiditätsvorteile, da die betreffenden Zahlungen zeit- und betragsgleich erfolgten.
- (3) Angesichts des kurzfristigen Umschlags und des Austausches war auch nicht erkennbar, dass es darauf angekommen wäre, seitens der Entleiherin Stimmrechte auszuüben oder das erhaltene (Sach-)Darlehenskapital wirtschaftlich (etwa zur Zwischenfinanzierung sonstiger Vorhaben der Entleiherin) zu nutzen.
- (4) Es erfolgte kein endgültiger Übergang von Chancen und Risiken der Wertpapiere. Die Verleiherin war nämlich berechtigt, die Darlehen jederzeit mit einer Kündigungsfrist von le-

<sup>143</sup> Zu Nachweisen sowie zur Einordnung der Wertpapierleihe siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.2.

<sup>144</sup> Vgl. BFH vom 18.8.2015, I R 88/13, BFH/NV 2016, S. 341.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu BFH vom 18.8.2015, I R 88/13, BFH/NV 2016, S. 341, Rn. 21.



diglich drei Bankarbeitstagen zu kündigen; der Entleiherin war die Ausnutzung geschäftlicher Chancen im Hinblick auf den Kursverlauf der Aktien nicht möglich und dies war auch nicht vorgesehen.

- (5) Wertsteigerungschancen und Wertminderungsrisiken ergaben sich für die Entleiherin aus dem Geschäft noch nicht einmal im abstrakten Sinne. Eine anderweitige wirtschaftlich sinnhafte Benutzung der Aktien oder eine (beabsichtigte) Ausübung der Verfügungsbefugnis über die Aktien war ebenfalls nicht feststellbar.

Anhand einer Gesamtwürdigung ist das Gericht daher zum Ergebnis gekommen, dass der Entleiherin „*lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition, eine leere Eigentumshülle, verschafft wurde*“.<sup>146</sup> Daher waren die Dividenden nicht der GmbH als Entleiherin, sondern dem Finanzinstitut als Verleiher zuzurechnen.

Auch für Fälle der Wertpapierleihe ergibt sich folglich, dass es für die Frage des wirtschaftlichen Eigentums beim Entleiher entscheidend auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommt. Ist anhand der oben skizzierten Kriterien ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher zu verneinen, erzielt dieser keine Dividenden i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und kann sich folglich auch keine Kapitalertragsteuer anrechnen bzw. erstatten lassen.<sup>147</sup>

Die weiter oben beschriebenen, im Mai 2016 durch ein Journalistennetzwerk aufgedeckten Fälle basieren ausschließlich auf der Überlassung von Aktien durch Wertpapierleihen. Die Sichtung der Unterlagen hat dabei ergeben, dass aufgrund der den Wertpapierleihen zugrundeliegenden Laufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten anhand der vom Bundesfinanzhof aufgestellten Kriterien nicht von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher auszugehen ist. Die Journalisten beziffern den jährlichen Steuerschaden durch Kapitalertragsteuerausfall in den Jahren 2013 bis 2015 auf eine Milliarde €. <sup>148</sup>

### 3.1.2.2.3 Zwischenergebnis

Bei Cum/Cum-Geschäften ist es eine Frage des jeweiligen Einzelfalls, ob der Käufer der Aktien auch wirtschaftlicher Eigentümer im Sinne des § 39 Abs. 2 AO wurde. Dies gilt sowohl für Erwerbsfälle, insbesondere bei Over The Counter (OTC) Geschäften, als auch in Fällen der Wertpapierleihe, die bei den jüngst aufgedeckten Cum/Cum-Aktientransaktionen dominiert. Im

<sup>146</sup> BFH vom 18.8.2015, I R 88/13, BFH/NV 2016, S. 341, Rn. 21.

<sup>147</sup> Zur Gesetzssystematik bezüglich der Kapitalertragsteueranrechnung siehe die Argumentation zu Cum/Ex-Geschäften unten, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1.

<sup>148</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.2



Fall einer Wertpapierleihe, in dem der Entleiher eine Kündigungsmöglichkeit hatte, die Leihdauer kurz (unter 14 Tagen) war und er die Aktien nicht wirtschaftlich genutzt hat, ist nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs das wirtschaftliche Eigentum voraussichtlich nicht übergegangen. Ist kein wirtschaftliches Eigentum übergegangen, ist eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer zu versagen.

### 3.1.2.3 Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO

Ist das wirtschaftliche Eigentum im konkreten Einzelfall in Erwerbsfällen auf den Käufer bzw. bei der Wertpapierleihe auf den Entleiher übergegangen, ist bei Cum/Cum-Geschäften, die seit dem Jahr 2001 vorgenommen werden, aufgrund des Wegfalls der Sperrwirkung des § 50c EStG ab diesem Zeitpunkt zusätzlich zu prüfen, ob die Übertragungsvorgänge nach Maßgabe von § 42 AO als rechtsmissbräuchlich anzusehen sind.<sup>149</sup>

Dies ergibt sich für den Fall des Aktienkaufs explizit aus dem bereits mehrfach angesprochenen Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999. Dort wird in einem der Leitsätze ausgeführt:

*„§ 50c EStG 1987/1990 beinhaltet besondere Regelungen zur Vermeidung von Missbräuchen steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten. Durch diese wird die allgemeine abgabenrechtliche Missbrauchsvorschrift des § 42 AO 1977 nach Tatbestand und Rechtsfolgen verdrängt.“<sup>150</sup>*

Aus der folgenden Begründung ergibt sich im Detail, dass § 42 AO nur deshalb nicht geprüft wurde, weil sein Anwendungsbereich durch die Spezialregelung des im Jahr 2001 ersatzlos abgeschafften § 50c EStG gesperrt war. Ansonsten hätte der Bundesfinanzhof eine Prüfung vorgenommen.

Auch der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 16.4.2014, in der bereits ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums verneint wurde, ist deutlich zu entnehmen, dass § 42 AO grundsätzlich zu prüfen ist. Dort heißt es:

<sup>149</sup> Bis zum Jahr 2000 einschließlich war ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO aufgrund der Sperrwirkung des § 50c EStG gesetzlich ausgeschlossen. Siehe dazu oben, Gliederungspunkt 3.1.1.

<sup>150</sup> BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, 3. Leitsatz.

*„In Anbetracht dieses Ergebnisses (das heißt, dass der Erwerber nicht wirtschaftlicher Eigentümer wurde; Anmerkung des Verfassers) muss der Senat sich nicht mehr damit auseinandersetzen, ob die getroffenen Transaktionen in ihrer Gesamtschau als gestaltungsmisbräuchlich (i.S. von § 42 AO) anzusehen sind.“<sup>151</sup>*

Ebenso ist für den Fall der Wertpapierleihe bei einem im konkreten Einzelfall zu bejahenden Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher zu prüfen, ob die Übertragungsvorgänge als rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 42 AO anzusehen sind. Dies ergibt sich explizit aus dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 18.8.2015, in dem der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums allerdings verneint wurde.

Dort heißt es:

*„Ob die „verliehenen“ Aktien auch deswegen dem Verleiher zuzurechnen sind, weil die Übertragungsvorgänge nach Maßgabe von § 42 AO a.F. als rechtsmissbräuchlich anzusehen wären, kann in Anbetracht dessen (der Entleiher wurde nicht wirtschaftlicher Eigentümer; Anmerkung des Verfassers) dahinstehen.“<sup>152</sup>*

Für eine Würdigung der in Frage stehenden Transaktionen vor dem Hintergrund des § 42 AO sollen vorab die relevanten Passagen der Norm in ihrer seit dem 1.1.2008 gültigen Fassung nochmals in Erinnerung gerufen werden:

#### *§ 42 Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*

- (1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. [...] 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.*

<sup>151</sup> BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813, Rn. 42.

<sup>152</sup> BFH vom 18.8.2015, I R 88/13, BFH/NV 2016, S. 341, Rn. 22.

Bei den in Frage stehenden Transaktionen kann ein Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO vorliegen. Konkret wäre die Rechtsfolge des § 42 AO, dass der Sachverhalt steuerlich so beurteilt wird, als ob die den „wirtschaftlichen Vorgängen angemessene rechtliche Gestaltung“ gewählt worden wäre. Diese wiederum wäre gewesen, dass gar nichts unternommen worden wäre, das heißt dass der ursprüngliche Aktieninhaber, der diese am Ende der Gestaltung auch wieder innehat, die Aktien schlicht behält und die Dividenden selbst unmittelbar vereinnahmt. Dies hat zur Folge, dass auch dann eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG beim Erwerber bzw. Entleiher zu verneinen ist, wenn das wirtschaftliche Eigentum im konkreten Einzelfall in Erwerbsfällen auf den Käufer bzw. bei der Wertpapierleihe auf den Entleiher übergegangen ist.

Der einzige Zweck der hier in Frage stehenden Cum/Cum-Geschäfte rund um den Dividendenstichtag besteht - wie ausführlich erläutert wurde - in den beiden Varianten des Wertpapierkaufs und der Wertpapierleihe darin, Steuern zu sparen. Es geht ausschließlich um Steuerarbitrage. Während ein beschränkt steuerpflichtiger ausländischer Aktieninhaber die in Deutschland auf Dividenden einbehaltene Kapitalertragsteuer nicht anrechnen kann bzw. (nach einem Doppelbesteuerungsabkommen) nur teilweise erstattet bekommt, entfällt diese Definitivbelastung der Kapitalertragsteuer, falls die Aktien wie dargelegt kurz vor dem Dividendenstichtag an einen in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtigen übertragen und anschließend zurück übertragen werden. Wirtschaftliche Nachteile durch Kursrisiken, welche die Übertragung und Rückübertragung von Aktien um den Dividendenstichtag auslösen könnten, werden bei der Kaufvariante in der Regel durch Aktienfutures ausgeschlossen und treten bei der Wertpapierleihe erst gar nicht auf.<sup>153</sup> Diese Geschäfte besitzen somit keine eigenständige, außersteuerliche wirtschaftliche Zwecksetzung. In ihrer Gesamtheit ergeben diese Geschäfte nur aufgrund der beim ausländischen Aktienbesitzer ansonsten nicht anrechenbaren oder nicht vollständig erstattbaren deutschen Kapitalertragsteuer einen Sinn.

Dennoch kommt es für das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO immer auf den konkreten Einzelfall an. Sofern die die Anrechnung Begehrenden wirtschaftliche Gründe geltend machen können, ist nicht von einer missbräuchlichen Gestaltung auszugehen. Es fällt aber bei den in Frage stehenden Transaktionen in der Tat schwer, solche Gründe zu erkennen,<sup>154</sup> so dass regelmäßig von einem Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO auszugehen ist.

<sup>153</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.2.

<sup>154</sup> So auch Fiand (2016), S. 351.

Cum/Cum-Geschäfte sind vor dem Hintergrund des Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO höchststrichterlich bislang noch in keinem Fall entschieden. Der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist jedoch zu entnehmen, dass bei Wertpapiertransaktionen, die zu einem wirtschaftlichen Gesamtverlust führen müssen, der nur durch die Inanspruchnahme steuerlicher Effekte vermieden wird, von einem Gestaltungsmissbrauch auszugehen ist.<sup>155</sup> Zweifel äußern zudem die Finanzgerichte. So sieht das Hessische Finanzgericht in seinem Urteil vom 10.2.2016 bei einem konkreten Wertpapierkauf einen Gestaltungsmissbrauch.<sup>156</sup> Im Fall der Wertpapierleihe ging das Niedersächsische Finanzgericht in seiner Vorentscheidung vom 21.11.2013 zum o.a. Urteil des Bundesfinanzhofs vom 18.8.2015 ebenfalls von einem Gestaltungsmissbrauch aufgrund der Gesamtumstände aus.<sup>157</sup>

#### **3.1.2.4 Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO und leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 AO**

Die in Frage stehenden Cum/Cum-Geschäfte können schließlich zur Verwirklichung des Tatbestands der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO führen.<sup>158</sup>

Der hier relevante Wortlaut der Norm lautet:

##### *§ 370 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,*
- 2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt [...]*

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

Bei den hier in Frage stehenden Cum/Cum-Geschäften rund um den Dividendenstichtag kann der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO dem Gesetzeswortlaut nach durch die handelnden Personen dann erfüllt sein, wenn der Aktienkäufer im Erwerbsfall bzw.

<sup>155</sup> So Schwenke (2016) mit Verweis auf BFH vom 27.7.1999, VIII R 36/98, BStBl. II 1999, S. 769.

<sup>156</sup> Vgl. FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).

<sup>157</sup> Vgl. FG Niedersachsen vom 21.11.2013, 6 K 366/12, EFG 2014, S. 494 ff.

<sup>158</sup> Vgl. Fiand (2016), S. 351.

der Entleiher im Fall der Wertpapierleihe tatsächlich nicht zur Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer berechtigt sein sollte - sei es aufgrund fehlenden wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO oder aufgrund eines Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO - und in der Steuererklärung unvollständige Angaben gemacht hat bzw. die Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis gelassen hat. Solche Mitteilungspflichten schließen die vertraglichen Grundlagen der jeweils getätigten Geschäfte und ihrer Begleitgeschäfte, wie z.B. Wertpapierleihe, Kurssicherungsgeschäfte, Kreditgeschäfte und damit verbundene Absprachen etc., ein.<sup>159</sup>

Hat somit der die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer Begehrende lediglich mitgeteilt, dass eine Dividende vereinnahmt wurde, aber keine Hinweise auf die Begleitumstände gegeben, spricht einiges dafür, dass der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO erfüllt ist. Sollte der objektive Tatbestand erfüllt sein, stellt sich sodann die Frage nach dem subjektiven Tatbestand, das heißt ob vorsätzlich gehandelt wurde. Dies ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls.

In Betracht kommt schließlich auch eine leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 AO. Der erste Absatz dieser Norm lautet:

#### *§ 378 Leichtfertige Steuerverkürzung*

*(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Steuerpflichtiger oder bei Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen eine der in § 370 Abs. 1 bezeichneten Taten leichtfertig begeht. § 370 Abs. 4 bis 7 gilt entsprechend.*

Insoweit ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob das in Unkenntnislassen der Behörden leichtfertig begangen wurde.

#### **3.1.2.5 Beurteilung des Handelns von Gesetzgeber und Finanzverwaltung**

Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften ist dem Bundesministerium der Finanzen und den Finanzverwaltungen der Bundesländer seit dem Jahr 1978 bekannt.<sup>160</sup> Es wurde in den Jahren 1977 bis 1979 als Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO eingestuft. Zwischen den Jahren 1980 und 2000 einschließlich war es durch die Einführung von § 50c EStG, der die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO überlagerte, im Grundsatz durch an der Börse

<sup>159</sup> Vgl. Fland (2016), S. 351.

<sup>160</sup> Siehe zum folgenden oben, Gliederungspunkt 3.1.1.



getätigte Cum/Cum-Geschäfte möglich, eine Erstattung der auf den Dividenden lastenden Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer zu bewirken. Der Gesetzgeber hatte somit rückblickend großes Vertrauen in die Marktmechanismen und war der Meinung, dass Steuerguthaben, also die Ansprüche auf Anrechnung bzw. Erstattung der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer, nicht ohne weiteres in die Börsenkurse hinein manipuliert werden können.

Für die Jahre von 1977 bis 2000 kann man dem Gesetzgeber und der Finanzverwaltung nicht vorwerfen, untätig geblieben zu sein. Es wurde allerdings zu viel Vertrauen in die Börsenmechanismen gesetzt und dabei übersehen, dass es durch außerbörsliche Over The Counter (OTC) Geschäfte möglich ist, Transaktionen mit hohen Volumina durchzuführen, ohne Marktpreise wie im Fall des börslichen Handels zu beeinträchtigen.

Mit Wirkung zum 1.1.2001 wurde das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren abgeschafft. Seit dem Jahr 2001 ist der Arbitragevorteil bzw. der „Gewinn“ von Cum/Cum-Geschäften allerdings nicht verschwunden, sondern lediglich auf die auf Dividenden einbehaltene Kapitalertragsteuer begrenzt. Außerdem fallen diese Geschäfte seit dem Jahr 2001 durch die gleichzeitige Abschaffung des § 50c EStG, der einen einzelsteuergesetzlichen Missbrauchstatbestand normierte, wieder unter die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO, die im Einzelfall zu prüfen ist. Schließlich hat die Auswertung der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ergeben, dass es auf die Umstände des konkreten Einzelfalls ankommt, ob das wirtschaftliche Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO auf den Erwerber übergegangen ist oder nicht. Beides - kein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO bzw. Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO - hat zur Folge, dass eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG zu versagen ist.

In den jüngst bekannt gewordenen, großangelegten Fällen zur Wertpapierleihe ist nach der hier vertretenen Rechtsauffassung davon auszugehen, dass es nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO gekommen ist. Im Einzelfall gilt dies auch für Erwerbsgeschäfte, gerade wenn diese außerbörslich Over The Counter (OTC) abgewickelt wurden. Weiterhin ist nach der hier vertretenen Rechtsauffassung bei den fraglichen Cum/Cum-Geschäften davon auszugehen, dass für den Fall, dass es zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO gekommen ist, ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO vorliegt. Wurde die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer trotzdem begehrt und



wurden in der Steuererklärung unvollständige Angaben gemacht, ist der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO erfüllt.<sup>161</sup>

Vor dem Hintergrund der prognostizierten Steuerausfälle im Milliardenbereich, die Cum/Cum-Geschäfte in jedem Jahr verursachen dürften, sowie der insoweit eindeutigen gesetzlichen Rahmenbedingungen, die im konkreten Einzelfall greifen können, und der Weiterentwicklung der einschlägigen Rechtsprechungsgrundsätze durch den Bundesfinanzhof ist es unverständlich, dass die Finanzverwaltung die Cum/Cum-Geschäfte bis heute nicht flächendeckend aufgegriffen hat. Viele Fälle dürften mittlerweile auch bereits verjährt sein, was dem Nichthandeln der Finanzverwaltung anzulasten ist. Erst heute werden die rechtlichen Schritte im Rahmen einer Bund/Länderarbeitsgruppe geprüft.<sup>162</sup> Darüber hinaus hätte auch der Gesetzgeber seit dem Jahr 2001 schon tätig werden können, um die Cum/Cum-Geschäfte auch spezialgesetzlich zu unterbinden und somit nicht auf den Missbrauchstatbestand angewiesen zu sein.

Man kann das Untätigsein nicht damit entschuldigen, dass man bis vor kurzem keine Kenntnisse bzw. Anhaltspunkte über die finanzielle Dimension dieser Geschäfte hatte. Wie gesehen, wurde bereits im Jahr 1994 über durch Dividendenstripping verursachte Steuerausfälle in Höhe mehrerer Milliarden DM berichtet.<sup>163</sup> Damals war das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren noch in Kraft, so dass diese Zahlen neben der Kapitalertragsteuer auch das körperschaftsteuerliche Anrechnungsguthaben einschlossen. Allerdings bewegen sich die durch Cum/Cum-Geschäfte verursachten Steuerausfälle auch hinsichtlich der Kapitalertragsteuer - wie gesehen - pro Jahr im Milliardenbereich (jedenfalls bis zum Jahr 2015 einschließlich).<sup>164</sup> Schließlich musste man in Kenntnis der Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen, deren Gestaltungsvarianten um ein Vielfaches komplexer waren als jene von Cum/Cum-Geschäften, davon ausgehen, dass auch das Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften nach Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens weiter praktiziert wird.

Es ist zudem davon auszugehen, dass die Bundesregierung noch im Jahr 2016 zur rechtlichen Würdigung von Cum/Cum-Geschäften eine falsche Auffassung vertritt. Auf eine Kleine Anfrage vom 24.11.2015,<sup>165</sup> ob Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften

---

<sup>161</sup> Siehe oben, Gliederungspunkte 3.1.2.2 bis 3.1.2.4.

<sup>162</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8207, S. 2.

<sup>163</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.1.

<sup>164</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.2.

<sup>165</sup> Vgl. BT-Drs. 18/6863.

eine missbräuchliche Gestaltung im Sinne von § 42 AO darstelle, antwortete die Bundesregierung am 7.1.2016 wie folgt:

*„Für bestimmte Konstellationen des sog. Dividendenstripings hat der Bundesfinanzhof in den Urteilen vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97) und vom 20. November 2007 (I R 85/05) entschieden, dass diese grundsätzlich zulässig seien. Ob in anderen Konstellationen die Grenzen des Gestaltungsmissbrauches überschritten sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.“*<sup>166</sup>

Wie weiter oben dargelegt,<sup>167</sup> hat der Bundesfinanzhof dieses gerade nicht entschieden. Vielmehr hat der Bundesfinanzhof § 42 AO nur deshalb nicht geprüft, weil sein Anwendungsbereich in den Zeiträumen, die den o.a. Urteilen zugrunde lagen, noch durch die Spezialregelung des im Jahr 2001 abgeschafften § 50c EStG gesperrt war. Wie weiter oben ebenfalls dargelegt wurde, ist § 42 AO in jedem konkreten Einzelfall zu prüfen, falls das wirtschaftliche Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO übergegangen sein sollte.<sup>168</sup> Zudem hätten die Bundesregierung und die Finanzverwaltung erkennen müssen, dass man durch die Abschaffung des § 50c EStG in die ursprüngliche Rechtslage vor dem Jahr 1980 zurückfällt. Dort ging man, wie gesehen, von einem Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO aus.

Als weiterer Beleg für die zumindest missverständliche Rechtsauffassung der Bundesregierung zu Cum/Cum-Geschäften sei die Begründung zum Entwurf des Investmentsteuerreformgesetzes vom 7.4.2016<sup>169</sup> angeführt.

Dort heißt es zur Begründung des Entwurfs von § 36 Abs. 2a EStG n.F.:

*„Durch den Verkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag und gleichzeitiger Rückveräußerung nach dem Dividendenstichtag (durch Termingeschäft) oder durch eine Wertpapierleihe kann ein Steuerausländer oder eine inländische Körperschaft die Besteuerung der Dividenden vermeiden. [...]“*<sup>170</sup>

Insoweit suggeriert die Bundesregierung noch im April des Jahres 2016, dass Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften möglich war, ohne dass dem durch § 39 Abs. 2 AO und § 42 AO rechtliche Schranken gesetzt wären.

---

<sup>166</sup> Vgl. BT-Drs. 18/7213, S. 1.

<sup>167</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.1.2.3.

<sup>168</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.1.2.3.

<sup>169</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz - InvStRefG), BT-Drs 18/8045.

<sup>170</sup> Vgl. BT-Drs 18/8045, S. 133.

Erst die Beschlussempfehlung und der Bericht des Finanzausschusses vom 8.6.2016 zum Regierungsentwurf des Investmentsteuerreformgesetzes brachte durch die Einfügung einer Formulierungshilfe insoweit Klarheit.

Es heißt ergänzend zur o.a. Regierungsbegründung:

„Thema: Cum/Cum-Geschäfte:

*Der Regierungsentwurf eines Investmentsteuerreformgesetzes enthält in § 36 Absatz 2a EStG-E eine Regelung, die die Umgehung der Dividendenbesteuerung durch sog. Cum/Cum-Geschäfte ausschließen soll. Um Missverständnisse hinsichtlich der Begründung des Regierungsentwurfs zu vermeiden, ist festzustellen, dass die Begründung keine rechtliche Bewertung enthält, sondern lediglich die tatsächliche Durchführung derartiger Geschäfte beschreibt.*

*Mit der Einführung einer Regelung zur Verhinderung von Cum/Cum-Geschäften ist keine rechtliche Anerkennung derartiger Gestaltungsmodelle der Vergangenheit verbunden. Vielmehr ist in dem jeweiligen Einzelfall zu klären, ob ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums i. S. d. § 39 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 AO vorliegt. Fehlt es an dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, dann ist derjenige, der lediglich das zivilrechtliche Eigentum an Aktien erworben hat, nicht zur Anrechnung der auf die Dividende erhobenen Kapitalertragsteuer berechtigt. In diesem Zusammenhang wird auf das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 18. August 2015 (I-R-88/13) verwiesen. Darin hat der BFH entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, die im Rahmen einer Wertpapierleihe an den Entleiher zivilrechtlich übereignet wurden, ausnahmsweise beim Verleiher verbleibt, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles ergibt, dass dem Entleiher lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition verschafft werden sollte.*

*Darüber hinaus ist, wenn von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auszugehen ist, auch zu prüfen, ob in dem jeweiligen Einzelfall ein Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO vorliegt. Ein derartiger Gestaltungsmissbrauch kann ebenfalls zu einem Ausschluss eines Anrechnungs- und Erstattungsanspruchs führen.“<sup>171</sup>*

Diese Formulierungshilfe entspricht der in diesem Gutachten abgeleiteten Rechtsauffassung. Inwieweit die Finanzverwaltung gewillt ist, Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit tatsächlich aufzugreifen, bleibt abzuwarten, angesichts ihrer verfassungsrechtlichen

---

<sup>171</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8739, S. 94.

Aufgabe zum Gesetzesvollzug ist sie dazu allerdings verpflichtet. Sollte sie die Fälle gleichwohl nicht aufgreifen wollen, wäre dies nicht nur eine interessante verfassungsrechtliche Fragestellung, sondern darüber hinaus wird sich auch der Rechnungshof dann darum kümmern müssen.

Es ist nicht davon auszugehen, dass der mit dem Investmentsteuerreformgesetz vom 19.7.2016<sup>172</sup> mit Wirkung zum 1.1.2016 neu eingefügte § 36 Abs. 2a EStG Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften beseitigen wird. Danach wird das Recht auf Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer von zeitlichen Haltefristen der übertragenen Wertpapiere rund um den Dividendenstichtag abhängig gemacht. Konkret sieht § 36 Abs. 2a EStG vor, dass der Steuerpflichtige innerhalb eines 91-tägigen Zeitraums um den Fälligkeitszeitpunkt der Kapitalerträge an mindestens 45 Tagen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere ist (Mindesthaltezeitraum). Das alleinige Abstellen auf einen Mindesthaltezeitraum ist nicht ausreichend. Wie gesehen,<sup>173</sup> funktioniert Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften deshalb, weil dadurch (aus der Sicht des übertragenden Steuerausländers) in Deutschland steuerpflichtige Dividenden in steuerfreie Veräußerungsgewinne (Erwerbsgeschäfte) oder steuerfreie Wertpapierleihgebühren (Wertpapierleihe) transformiert werden. Gerade diese fortbestehenden Arbitragemöglichkeiten fordern Gestaltungen heraus.<sup>174</sup> Zu deren Beseitigung fehlt dem Gesetzgeber anscheinend der Wille.

### 3.1.2.6 Zwischenergebnis

Bei Cum/Cum-Geschäften, die seit dem Jahr 2001 in Form des Aktienkaufs oder der Wertpapierleihe vorgenommen werden, ist aus heutiger Sicht festzuhalten, dass es nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs auf die Umstände des konkreten Einzelfalls ankommt, ob wirtschaftliches Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO auf den Käufer bzw. den Verleiher übergegangen ist oder nicht. Sollte das wirtschaftliche Eigentum übergegangen sein, kommt es wiederum auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an, ob ein Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO vorliegt.

<sup>172</sup> Vgl. Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz - InvStRefG) vom 19.7.2016, BGBl. I 2016, S. 1730.

<sup>173</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.2.1.

<sup>174</sup> So auch Anzinger (2016), S. 110.

Bei den jüngst aufgedeckten Cum/Cum-Geschäften in Form der Wertpapierleihe ist nicht von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO auszugehen. Regelmäßig liegt die ausschließliche Zielsetzung dieser Geschäfte in der Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer, was ansonsten, das heißt falls die Aktien im Eigentum des kurzfristig übertragenden Steuerausländers verblieben, nicht möglich ist. Diese Geschäfte besitzen somit keine eigenständige, außersteuerliche wirtschaftliche Zwecksetzung, weshalb auch zu vermuten ist, dass ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO vorliegt.

Sollte das wirtschaftliche Eigentum nicht übergegangen sein oder die Zurechnung der Dividenden wegen der Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs versagt werden, ist auch die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG zu versagen.

Für Personen, die bei der Abgabe der Steuererklärung mitgewirkt haben, kommt die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO oder eine leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 AO in Betracht, falls nicht der Gesamtsachverhalt offengelegt worden sein sollte. Auch dies ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls.

Das Verhalten des Gesetzgebers und der Finanzverwaltung ist vor dem Hintergrund der prognostizierten Steuerausfälle im Milliardenbereich sowie der insoweit eindeutigen gesetzlichen Rahmenbedingungen (§ 39 Abs. 2 AO und § 42 AO), die im konkreten Einzelfall greifen können, und der Weiterentwicklung der einschlägigen Rechtsprechungsgrundsätze durch den Bundesfinanzhof rückblickend bis heute unverständlich. Der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung sind seit dem Jahr 2001 untätig geblieben. Dabei hat sich gezeigt, dass Finanzverwaltung hinsichtlich der Würdigung von Cum/Cum-Geschäften bis heute einer falschen, zumindest aber äußerst missverständlichen Rechtsauffassung unterliegt und dass dem Gesetzgeber der Wille zu einer grundlegenden Reform fehlt, welche Cum/Cum-Geschäften ihre Gestaltungsmöglichkeiten nimmt. Es bleibt schließlich abzuwarten, inwieweit die Finanzverwaltung gewillt ist, Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit tatsächlich aufzugreifen. Aufgrund des Rechtsstaatsprinzips ist sie dazu aber verpflichtet.



### 3.2 Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen

#### 3.2.1 Kontroverser Meinungsstand im Schrifttum

Die steuerrechtliche Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen wird im Schrifttum kontrovers geführt. Eine Vielzahl von Autoren<sup>175</sup> behaupten, dass im Zusammenhang mit der Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer durch den Leerverkäufer eine Gesetzeslücke bestand, die ab dem Jahr 2007 durch die Kapitalertragsteuerpflicht der Dividendenkompensationszahlung<sup>176</sup> teilweise und erst ab dem Jahr 2012 durch die Umstellung vom Schuldner- auf das Zahlstellenprinzip<sup>177</sup> vollständig geschlossen wurde. Diese Steuerrechtsauffassung und damit auch die Behauptung, dass in Bezug auf Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen eine Gesetzeslücke bestand, wird vom Verfasser dieses Sachverständigengutachtens nicht geteilt.<sup>178</sup>

Zu den Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen liegen ein AdV-Beschluss des Hessischen Finanzgerichts vom 8.10.2012<sup>179</sup>, ein rechtskräftiges Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 10.2.2016<sup>180</sup> sowie eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 16.4.2014<sup>181</sup> vor. In den drei Entscheidungen wurde die mehrfache Anrechnung der Kapitalertragsteuer mit unterschiedlicher Begründung abgelehnt. Auch eine Amtshaftungsklage gegen Steuerbeamte, die sich der kurzfristigen Bestätigung der Anrechnung der Kapitalertragsteuer verweigerten, wurde zurückgewiesen.<sup>182</sup> Schließlich wurde eine Beschwerde gegen einen amtsgerichtlich verfügten Durchsuchungsbeschluss im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen abgewiesen.<sup>183</sup> Mangels entsprechender Vorlagen an den Bundesfinanzhof sind die Steuerrechtsfragen allerdings noch nicht abschließend höchstrichterlich geklärt.<sup>184</sup>

<sup>175</sup> Vgl. Berger/Matuszewski (2011), S. 3097 ff.; Blumers/Elicker (2012), S. 3187; Derlien/Kern (2013), S. 1943 ff.; Desens (2012a), S. 142 ff.; ders. (2012b), S. 246 ff.; ders. (2012c), S. 2473 ff.; ders. (2014a), S. 154 ff.; ders. (2014b), S. 265 ff.; ders. (2014c), S. 305 ff.; Englisch (2010), S. 1023 ff.; Haritz/Werneburg (2015), S. 657 ff.; Klein (2013), S. 1054 ff.; ders., (2015), S. 726 ff., 731; Podewils (2010), S. 391 ff.; ders. (2011), S. 69 ff.; ders. (2013), S. 481 ff.; Podewils/Zink (2013), S. 177 ff.

<sup>176</sup> Siehe dazu oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

<sup>177</sup> Siehe dazu oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

<sup>178</sup> Vgl. Spengel/Eisgruber (2015). Die folgende steuerrechtliche Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen basiert auf den Ausführungen in diesem Fachaufsatz vom April 2015. Zwischenzeitlich gewonnene neuere Erkenntnisse wurden ergänzt.

<sup>179</sup> Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990).

<sup>180</sup> Vgl. FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).

<sup>181</sup> Vgl. BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813.

<sup>182</sup> Vgl. OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324.

<sup>183</sup> Vgl. LG Köln vom 16.7.2015, 106 Qs 1/15, juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775.

<sup>184</sup> Vgl. dazu Amann (2016), S. 1463 ff.



Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden eine am Gesetz orientierte Analyse vorgenommen.

### 3.2.2 Steueranrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG

#### 3.2.2.1 Überblick über die Voraussetzungen

Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen stellt sich die Frage, ob der Leerkäufer Kapitalertragsteuer anrechnen kann. Für die Anrechnung müssen die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt sein.

§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG lautet:

*„Auf die Einkommensteuer werden angerechnet:*

*2. die durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer, soweit sie auf die bei der Veranlagung erfassten Einkünfte oder auf die nach § 3 Nummer 40 dieses Gesetzes oder nach § 8b Absatz 1 und 6 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleibenden Bezüge entfällt und nicht die Erstattung beantragt oder durchgeführt worden ist.*

*<sup>2</sup>Die durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer wird nicht angerechnet, wenn die in § 45a Absatz 2 oder Absatz 3 bezeichnete Bescheinigung nicht vorgelegt worden ist.“*

Das Gesetz nennt also drei Voraussetzungen, damit die Anrechnung beim Leerkäufer gelingt:

- (1) der Leerkäufer muss Einkünfte erzielen, die bei der Veranlagung erfasst werden oder Bezüge erzielen, die nach § 3 Nr. 40 EStG oder nach § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben,
- (2) auf die Einkünfte oder Bezüge wurde Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben und
- (3) der Leerkäufer legt dem Finanzamt eine Bescheinigung im Sinne von § 45a Abs. 2 oder Abs. 3 EStG vor.

Das heißt es gibt ausgehend vom Wortlaut der Norm zwei Tatbestandsmerkmale, die beim Leerkäufer kumulativ erfüllt sein müssen, damit er materiell anrechnungsberechtigt ist. Sollten beide Voraussetzungen erfüllt sein, wird die Anrechnung der Kapitalertragsteuer noch zusätzlich von der Vorlage einer Bescheinigung im Sinne des § 45a Abs. 2 bzw. Abs. 3 EStG abhängig gemacht.

Zu prüfen ist zunächst, ob die vom Leerkäufer vereinnahmte Dividendenkompensationszahlung<sup>185</sup> zu den unter (1) genannten Bezügen oder zu veranlagenden Einkünften gehört. Dogmatisch liegt eine Schadensersatzleistung vor, was es nahelegt, dass hier eine Betriebseinnahme vorliegt, die zur Betriebsvermögensmehrung führt und nach allgemeinen Grundsätzen in vollem Umfang steuerpflichtig ist. In Betracht kommt allerdings auch, dass es sich um Bezüge im Sinne des § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG handelt.

### **3.2.2.2 Bezüge, die nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben**

Bezüge, die nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben, sind nach dem Wortlaut beider Normen Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Zu den Bezügen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören zum einen Dividenden nach Satz 1 der Norm und seit 2007 Dividendenkompensationszahlungen nach Satz 4 der Norm, die kraft Fiktion als „sonstige Einkünfte“ im Sinne des Satzes 1 der Norm gelten.

Für den Zeitraum bis einschließlich des Jahres 2006 kommt nur die Zurechnung einer Dividende in Betracht, da es vor 2007 die Norm des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG noch nicht gab. In den Jahren 2007 bis 2011 einschließlich kommt sowohl die Zurechnung einer Dividende als auch eine Dividendenkompensationszahlung in Betracht.

#### **3.2.2.2.1 Dividenden (bis zum Jahr 2006 einschließlich)**

Unzweifelhaft ist zunächst, dass die Aktiengesellschaft, deren Anteile der Leerkäufer erworben hat, eine Gewinnausschüttung vorgenommen hat. Zu klären ist, ob der Leerkäufer insoweit Einkünfte aus Kapitalvermögen in der Form von Dividendeneinkünften erzielen konnte. Diese Frage beantwortet sich für Jahre bis 2009 einschließlich nach § 20 Abs. 2 a EStG und seit 2009 nach § 20 Abs. 5 EStG, der Wortlaut beider Normen ist identisch und lautet:

*„<sup>1</sup>Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 und 2 erzielt der Anteilseigner. <sup>2</sup>Anteilseigner ist derjenige, dem nach § 39 der Abgabenordnung die Anteile an dem Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind.“*

Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig: Dividenden im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG erzielt der Anteilseigner, das heißt derjenige, dem im Zeitpunkt des Dividendenbeschlusses die

<sup>185</sup> Zum Charakter der Dividendenkompensationszahlung siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

Anteile im Sinne des § 39 AO zuzurechnen sind. Zu prüfen ist also, ob der Leerkäufer dieser Anteilseigner ist; die Antwort ergibt sich aus § 39 AO.

### 3.2.2.2.1.1 Wirtschaftliches Eigentum: Lösung nach dem Gesetzeswortlaut

§ 39 AO lautet:

#### *§ 39 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, dies ist der Regelfall, oder dem wirtschaftlichen Eigentümer, der den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließen kann. Eine gleichzeitige Zurechnung eines Wirtschaftsguts zu zwei Personen sieht der Gesetzeswortlaut nicht vor; das würde auch keinen Sinn ergeben. In seinem Urteil vom 10.2.2016 stellt das Hessische Finanzgericht zutreffend fest, dass ein solches Ergebnis gegen die fundamentalen Grundsätze des deutschen Rechts verstößt.<sup>186</sup>

Bei einem Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf ist der Inhaber der Aktien am Dividendenstichtag unbestreitbar der zivilrechtliche Eigentümer der Aktien. Damit die Aktien dem Leerkäufer anstelle des Aktieninhabers zuzurechnen sind, wäre nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut Voraussetzung, dass der Leerkäufer in der Lage ist, den Aktieninhaber von der Einwirkung auf das in seinem Eigentum stehende Wirtschaftsgut Aktie wirtschaftlich ausschließen zu können.

Dies ist nicht denkbar, denn der Leerkäufer steht in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Aktieninhaber. Folglich hat der Leerkäufer auch keine Möglichkeit, den Aktieninhaber von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut auszuschließen. Vielmehr kann der Aktien-

<sup>186</sup> Vgl. FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).

inhaber mit der Aktie tun und lassen, was immer er auch will. Folglich kann nach dem Gesetzeswortlaut die Dividende bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf nur dem Aktieninhaber, nicht aber dem Leerkäufer zugerechnet werden, und es besteht kein Anspruch des Leerkäufers, die gegebenenfalls auch ihm bescheinigte Kapitalertragsteuer mit dem Argument anzurechnen, dass er der Bezieher von Dividendeneinkünften sei. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ist der Bezieher der Dividendeneinkünfte der Aktieninhaber und nicht der Leerkäufer.<sup>187</sup>

Als Ergebnis ergibt sich nach dem Gesetzeswortlaut, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, die bis zum Jahr 2006 einschließlich abgewickelt wurden, eine Anrechnung der Kapitalertragsteuer beim Leerkäufer nicht möglich war. Denn bis zu diesem Zeitpunkt bezog der Leerkäufer eine Dividendenkompensationszahlung, die nicht unter die Bezüge subsumiert werden konnte, die nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben.

Zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt man auch nicht unter Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln. Denn stets würde dies eine Auslegung gegen den insoweit eindeutigen Wortlaut der Norm erfordern. Eine solche Auslegung gegen den Wortlaut eines Gesetzes ist - falls überhaupt - nur zulässig, wenn eine wortgetreue Auslegung zu einem völlig sinnwidrigen Ergebnis führen würde.<sup>188</sup> Im zu beurteilenden Fall ist das gerade nicht der Fall, denn einzig die wortgetreue Auslegung führt zu einem sinnvollen Ergebnis, nämlich dazu, dass eine Dividende auch nur einem Empfänger zugerechnet wird. Auch die Auslegung entsprechend der allgemeinen Auslegungsregeln, das heißt nach Wortlaut, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte und systematischem Zusammenhang der Norm, führt zu keinem anderen Ergebnis.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> So im Ergebnis jetzt auch FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848). Siehe auch Bruns (2010), S. 2061 ff.; ders. (2012), S. 333 ff.; Rau (2013), S. 838 ff.; ders. (2012), S. 241 ff.; ders. (2011a), S. 366 ff.; Amann (2012), S. 33 ff.

<sup>188</sup> Vgl. z.B. BFH v. 1.8.1974, IV R 120/70, BStBl. II 1975, S. 12; BFH v. 2.8.1983, VIII R 190/80, BStBl. II 1984, S. 4. Vgl. statt vieler auch Schwarz, § 4 AO, Rn. 71.

<sup>189</sup> Vgl. ausführlich zur Auslegung des § 39 AO unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte Anzinger (2012), S. 401.

### 3.2.2.2.1.2 Wirtschaftliches Eigentum: Entgegenstehender Lösungsansatz in Teilen der Literatur

Demgegenüber wird im einschlägigen Schrifttum mit großem Begründungsaufwand die Auffassung vertreten, dass der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages erfolgen könne und daher sowohl der Inhaber der Aktie als auch der Leerkäufer wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien seien und deshalb beiden die Dividende zuzurechnen sei.<sup>190</sup> Gleiches wurde bereits in einem Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken an den Gesetzgeber aus dem Jahre 2002 behauptet.<sup>191</sup> An dieser Rechtsauffassung hat ein Sachverständiger auch anlässlich der öffentlichen Sachverständigenanhörung vor dem 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode am 14.4.2016 festgehalten.<sup>192</sup>

Nach den obigen Ausführungen und dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes überrascht dies. Es stellt sich daher die Frage, ob die obigen Ausführungen falsch sind oder etwas Gewichtiges übersehen wurde. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, die in der Literatur angebotene Begründung etwas genauer zu beleuchten.

Sämtliche Autoren, die zur Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums gelangen, beziehen sich auf das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999,<sup>193</sup> das auch - wie weiter oben ausgeführt wurde<sup>194</sup> - für die rechtliche Beurteilung von Cum/Cum-Geschäften eine zentrale Bedeutung hat. Aus diesem Urteil würde sich - so die Argumentation - ergeben, dass bei Aktien wirtschaftliches Eigentum mit dem schuldrechtlichen Vertragsabschluss übergehe und dass dies auch für Leerverkaufskonstellationen gelte.<sup>195</sup>

<sup>190</sup> Vgl. Berger/Matuszewski (2011), S. 3097 ff.; Blumers/Elicker (2012), S. 3187; Derlien/Kern (2013), S. 1943 ff.; Desens (2012a), S. 142 ff.; ders. (2012b), S. 246 ff.; ders. (2012c), S. 2473 ff.; ders. (2014a), S. 154 ff.; ders. (2014b), S. 265 ff.; ders. (2014c), S. 305 ff.; Englisch (2010), S. 1023 ff.; Haritz/Werneburg (2015), S. 657 ff.; Klein (2013), S. 1054 ff.; ders., (2015), S. 726 ff., 731; Podewils (2010), S. 391 ff.; ders. (2011), S. 69 ff.; ders. (2013), S. 481 ff.; Podewils/Zink (2013), S. 177 ff.

<sup>191</sup> Vgl. Bankenverband (2002).

<sup>192</sup> Vgl. hierzu Desens (2016), S. 32 ff.; siehe auch die Ausführungen des Sachverständigen Marc Desens anlässlich der Öffentlichen Sachverständigenanhörung am 14.4.2016 vor dem 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, nachzusehen unter <https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/kw15-pa-4ua-cum-ex/417826>.

<sup>193</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527.

<sup>194</sup> Siehe oben, Gliederungspunkte 3.1.1.2. und 3.1.2.2.1.

<sup>195</sup> Vgl. die Stellungnahme von lindenpartners (2013), S. 11 sowie Berger/Matuszewski (2011), S. 3097 ff.; Blumers/Elicker (2012), S. 3187; Derlien/Kern (2013), S. 1943 ff.; Desens (2012a), S. 142 ff.; ders. (2012b), S. 246 ff.; ders. (2012c), S. 2473 ff.; ders. (2014a), S. 154 ff.; ders. (2014b), S. 265 ff.; ders. (2014c), S. 305 ff.; Englisch (2010), S. 1023 ff.; Haritz/Werneburg (2015), S. 657 ff.; Klein (2013), S. 1054 ff.; ders. (2015), S. 726 ff., 731; Podewils (2010), S. 391 ff.; ders. (2011), S. 69 ff.; ders. (2013), S. 481 ff.; Podewils/Zink (2013), S. 177 ff.



Mit dem Argument, dass der Wortlaut des § 39 AO erfordert, dass der wirtschaftliche Eigentümer in der Lage sein muss, den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf die Aktie ausschließen zu können, setzt sich sodann keiner der Autoren mehr auseinander.

Da das o.a. Urteil in der Argumentationskette zur Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen eine wichtige Rolle spielt, werden die Entscheidungsgründe mit Blick auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nachfolgend nochmals<sup>196</sup> genauer analysiert.

### 3.2.2.2.1.3 Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 15.12.1999 erging zu einem Dividendenstripping-Sachverhalt, bei dem ein Aktieninhaber die Aktien unmittelbar vor dem Dividendenbeschluss über die Börse an einen Erwerber mit (cum) Dividendenanspruch verkaufte, die Aktien sodann ohne (ex) Dividendenanspruch nach dem Dividendenbeschluss geliefert wurden und der Käufer die Aktien sofort weiter- bzw. zurückverkaufte.

Streitig war im entschiedenen Sachverhalt, ob der Käufer überhaupt wirtschaftliches Eigentum erwerben konnte oder ob dieses beim Verkäufer und Rückkäufer verblieb. Der Bundesfinanzhof kam zu dem Ergebnis, dass der Käufer wirtschaftlicher Eigentümer wurde. Im Jahr 2013 hat die Bundesregierung die Auffassung vertreten, dass aus diesem Urteil lediglich entnommen werden könne, dass wirtschaftliches Eigentum bei Inhaberverkäufen vermittelt werden kann, nicht aber bei Leerverkäufen.<sup>197</sup> Der Bundesregierung wird mit Blick auf diese Ausführungen vorgeworfen, dass dies eine Behauptung sei, die „schlicht falsch“ sei.<sup>198</sup> Auch dieser Befund erfordert es, die Entscheidungsgründe des Bundesfinanzhofs im o.a. Urteil genauer zu betrachten. Aus dieser Betrachtung können sich zwei mögliche Erkenntnisse ergeben:

- (1) Entweder hat der Bundesfinanzhof hier tatsächlich entschieden, dass die Vervielfachung wirtschaftlichen Eigentums möglich ist und die Bundesregierung schlicht falsch liegt, wenn sie davon nicht ausgeht. In diesem Fall würde die Entscheidung des Bundesfinanzhofs in der Tat die weiter oben<sup>199</sup> abgeleitete Auffassung nach dem Wortlaut des Gesetzes außer Acht lassen.

<sup>196</sup> Siehe auch oben, Gliederungspunkt 3.1.2.2.1.1.

<sup>197</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13638, S. 10 f.

<sup>198</sup> Vgl. die Stellungnahme von lindenpartners (2013), S. 11.

<sup>199</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1.1.

(2) Oder der Bundesfinanzhof hat dies nicht entschieden und der Vorwurf an die Bundesregierung ist nicht gerechtfertigt.

In den Entscheidungsgründen des Urteils des Bundesfinanzhofs heißt es an relevanter Stelle zunächst:

*„Wirtschaftsgüter (sind) unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlichen Eigentums demjenigen zuzurechnen, der über sie die tatsächliche Herrschaft in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall und nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann.“<sup>200</sup>*

Aus diesen Ausführungen, die inhaltlich dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 AO entsprechen, kann man nicht entnehmen, dass jemand wirtschaftlicher Eigentümer sein kann, der den zivilrechtlichen Eigentümer gar nicht kennt und auch sonst in keiner Beziehung zu ihm steht. Vielmehr stehen diese Aussagen des Bundesfinanzhofs, die Ausgangspunkt seiner Begründung sind, insoweit eindeutig dem Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer durch den Leerkäufer und der Vervielfachung wirtschaftlichen Eigentums entgegen.

Weiter heißt es:

*„Bei Aktien erlangt der Erwerber wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann. Das ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen sind [...]. Der Senat geht [...] davon aus, dass diesen Anforderungen im Streitfall [...] genügt ist [...]. Zumindest aber konnten ihr nach den einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden.“<sup>201</sup>*

Damit wird Bezug genommen auf die Börsenusancen, welche nach Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts eine Erfüllung nach zwei Tagen vorsehen.

<sup>200</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.1.b.

<sup>201</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.1.b.aa.

Weiter heißt es:

*„Der Umstand, dass die entsprechende Umbuchung ggf. erst zwei Tage nach dem Vertragsabschluss vorgenommen worden ist, tritt demgegenüber zurück und beeinflusst den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht. Da es für die Zuordnung eines Wirtschaftsgutes auf das Gesamtbild der Verhältnisse ankommt, kann der Übergang des "wirtschaftlichen Eigentums" auch dann anzunehmen sein, wenn die erwähnten Voraussetzungen nicht in vollem Umfang gegeben sind.“<sup>202</sup>*

Diese im ausführlichen Wortlaut wiedergegebenen Ausführungen des Bundesfinanzhofs reduzieren die Verfechter der Auffassung, dass der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums auch vom Leerverkäufer möglich sei,<sup>203</sup> auf die folgenden Aspekte:

- (1) Wirtschaftliches Eigentum gehe immer schon dann über, wenn dem Käufer nach den Börsenusancen die mit den Aktien verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können, und
- (2) der Käufer die Kurschancen und Kursrisiken trägt und
- (3) der Käufer davon ausgehen kann, dass er auch zivilrechtlicher Eigentümer wird, und
- (4) es auf das Gesamtbild der Verhältnisse ankomme.

Es wird dann weiter argumentiert, dass nach den weiter oben erörterten Bedingungen der Frankfurter Wertpapierbörse (die Börsenusancen)<sup>204</sup> die Gutschrift der Dividende schon mit Abschluss des schuldrechtlichen Wertpapierkaufvertrages dem Käufer zustehe und zwar unabhängig davon, ob er die Aktien vom Inhaber oder vom Leerverkäufer bezieht. Darüber hinaus würde auch der Leerkäufer das Kursrisiko tragen und er könne davon ausgehen, dass er zwei Tage nach Vertragsabschluss auch zivilrechtlicher Eigentümer werden wird. Teilweise wird noch zusätzlich angeführt, dass der Leerkäufer nicht erkennen könne, ob er vom Leerverkäufer oder vom Inhaberverkäufer erwerben würde.<sup>205</sup> Aus dem würde sich dann in Einklang mit der Rechtsprechung ergeben, dass auch beim Erwerb vom Leerverkäufer mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages wirtschaftliches Eigentum auf den Leerkäufer übergehen würde, womit es zur Zurechnung der Dividende beim Leerkäufer käme.

<sup>202</sup> Vgl. BFH vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527, unter B.II.1.b.aa.

<sup>203</sup> Vgl. Desens (2014d), S. 2317 ff.

<sup>204</sup> Siehe oben, Gliederungspunkte 2.3.3 bis 2.3.5.

<sup>205</sup> Vgl. Desens (2012a), S. 147.

Dieser Einschätzung ist vor allem aus zwei Gründen zu widersprechen. Zum einen hat der Bundesfinanzhof seine Entscheidung nicht auf diese Aspekte reduziert. Vielmehr ist die Entscheidung eingefügt in ein Begründungskonzept, das - wie oben dargelegt - mit dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 AO beginnt. Der Entscheidung ist an keiner Stelle zu entnehmen, dass der Bundesfinanzhof die Vorschrift gegen ihren klaren Wortlaut auslegen wollte. Wäre das der Wille des Bundesfinanzhofs gewesen, hätte er dies zumindest erwähnen und begründen müssen. Wie dargelegt, ist eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut einer Norm auch nur in engen Ausnahmefällen möglich und zwar dann, wenn die Wortlautauslegung zu einem völlig sinnwidrigen Ergebnis führt. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall, sondern das Gegenteil.

Zum anderen ist es bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf auch nicht so, dass dem Leerkäufer die Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können. Dies wäre aber - wie dargestellt - selbst nach der Literaturauffassung entscheidend, um auf der Basis des Urteils den Übergang wirtschaftlichen Eigentums auf den Leerkäufer annehmen zu können.<sup>206</sup> Die Gewinnansprüche können dem Leerkäufer schon deshalb nicht entzogen werden, da er zu keinem Zeitpunkt entsprechende Gewinnansprüche gegen die Aktiengesellschaft hat, denn diese stehen unstreitig dem zivilrechtlichen Aktieninhaber zu. Oder anders ausgedrückt: was man nicht hat, kann einem nicht entzogen werden. Der Leerkäufer hat gegen den Leerverkäufer einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung, die, wie oben dargelegt, ihrem Gehalt nach eine Schadensersatzzahlung ist,<sup>207</sup> mehr aber auch nicht. Der Gewinnanspruch verbleibt beim zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien und dieser erhält auch tatsächlich die Dividende. Beim vom Bundesfinanzhof entschiedenen Inhaberverkaufsfall ist das anders. Hier erhält der Aktieninhaber die Dividende wirtschaftlich gerade nicht mehr ausgezahlt, diese wird aufgrund der Börsensancen an den Käufer gezahlt, der - wie weiter oben dargelegt wurde - eine echte Nettodividende erhält.<sup>208</sup> Das heißt in dieser Situation stehen die Gewinnansprüche wirtschaftlich dem Käufer zu, sie erreichen den Aktieninhaber bzw. Verkäufer wirtschaftlich nicht mehr. Beim Leerverkaufsfall ist das, wie gerade dargelegt, anders. Hier behält der zivilrechtliche Aktieninhaber die Gewinnansprüche.

Anders ausgedrückt: Der Bundesfinanzhof entschied zu einer Fallkonstellation, bei der der Verkäufer Aktieninhaber war, und stellt an den Beginn seiner Ausführungen den Satz, dass nur derjenige wirtschaftlicher Eigentümer sein könne, der den zivilrechtlichen Eigentümer nach

<sup>206</sup> Vgl. Desens (2014d), S. 2317 ff., 2318 m.w.N.

<sup>207</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.1 m.w.N.

<sup>208</sup> Zur detaillierten technischen Abwicklung siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.3.

dem Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall von der Einwirkung auf die Aktie ausschließen kann. Sodann subsumiert er den zu entscheidenden Sachverhalt unter diesen Obersatz und gelangt beim zu entscheidenden Sachverhalt zu dem Ergebnis, dass das wirtschaftliche Eigentum schon vor der Umbuchung, also vor dem Übergang des zivilrechtlichen Eigentums möglich ist.

Der Bundesfinanzhof war in der Entscheidung nach allem also lediglich der Auffassung, dass es möglich ist, dass bei Veräußerungsgeschäften, die durch den Aktieninhaber über Börsen abgewickelt werden, das wirtschaftliche Eigentum an Aktien bereits vor der tatsächlichen Lieferung der Aktien auf den Käufer übergehen kann. Dies deshalb, da bei der Frage nach dem wirtschaftlichen Eigentum stets die Gesamtumstände zu berücksichtigen seien. Aus diesen könne sich bei der Veräußerung von Aktien über eine deutsche Börse ergeben, dass nach den einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen auf der Grundlage der getroffenen Vereinbarungen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden könnten. Eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums lässt sich aus dieser Entscheidung nicht herauslesen, das ist im Übrigen auch „logisch unmöglich“.<sup>209</sup>

Diese Entscheidung des Bundesfinanzhofs ist aus dem Wortlaut des § 39 AO abgeleitet. Die Entscheidung ist nicht zwingend, aber grundsätzlich nachvollziehbar, denn aus den Gesamtumständen konnte sich zumindest bei Inhaberverkäufen - nicht aber bei Leerverkäufen - über eine deutsche Börse aufgrund der Besonderheiten der Börsenusancen<sup>210</sup> ergeben, dass der Käufer den zivilrechtlichen Eigentümer (hier den Inhaberverkäufer) schon vor Erhalt des zivilrechtlichen Eigentums zumindest wirtschaftlich von der Einwirkung auf den Erwerbsgegenstand (das heißt die Aktie) ausschließen kann. Bei Leerverkäufen ist aber nach den Grundsätzen dieser Entscheidung kein Erwerb wirtschaftlichen Eigentums zum Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Geschäftes möglich. Der Bundesfinanzhof hat dies auch in der Folgezeit nicht entschieden, er hielt stets an den Grundsätzen seiner Entscheidung vom 15.12.1999 fest.<sup>211</sup>

Interessant in diesem Zusammenhang ist noch, dass der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung vom 16.4.2014<sup>212</sup> die Frage, ob vom Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum vor Lieferung erworben werden könne, erstmals explizit angesprochen, aber nicht entschieden hat. Die

---

<sup>209</sup> Schön (2015), S. 121.

<sup>210</sup> Siehe dazu nochmals oben, Gliederungspunkt 2.3.3. Die Entscheidung erging zu einem Zeitpunkt, als es noch keinen zentralen Kontrahenten gab. Den zentralen Kontrahenten gibt es seit März 2003. Siehe dazu oben, Gliederungspunkt 2.3.5. Die Konsequenzen, welche sich durch die Einführung des zentralen Kontrahenten ergeben, wurden weiter oben angesprochen. Siehe dazu Gliederungspunkt 3.1.2.2.1.3.

<sup>211</sup> Vgl. BFH vom 20.11.2007, I R 85/05, BStBl. II 2013, S. 287; BFH vom 20.11.2007, I R 102/05, IStR 2008, S. 336 ff.; sowie zuletzt BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813 ff.

<sup>212</sup> Vgl. BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813 ff.



Frage war für ihn nicht entscheidungserheblich. Dies deshalb, da im Urteilsfall aufgrund des Gesamtkonzeptes der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums von vornherein aus anderen Gründen ausgeschlossen war. Ein dem Senat angehörender Richter kommentierte im Übrigen, dass es „gewagt“ sei, aus der Entscheidung herauszulesen, dass der Bundesfinanzhof künftig entscheiden könnte, dass man vom Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum erwerben kann.<sup>213</sup> Diese Aussage überrascht angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 39 AO und der obigen Ausführungen nicht.

#### **3.2.2.2.1.4 Regierungsbegründung zum Jahressteuergesetz zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG aus dem Jahr 2006**

An dem Ergebnis, dass es bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen nicht zu einer Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums kommen kann, ändert auch die viel zitierte<sup>214</sup> Regierungsbegründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG aus dem September des Jahres 2006<sup>215</sup> nichts. Durch § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG wurde im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 die Gleichstellung der Dividendenkompensationszahlung mit anderen Dividenden normiert, was auch die Grundlage für die Vornahme des Kapitalertragsteuerabzugs auf die Dividendenkompensationszahlung gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG ab dem 1.1.2007 bildete.<sup>216</sup>

Diese Regierungsbegründung hat zwei Teile, einen der mit „Allgemein“ und einen der mit „Im Einzelnen“ überschrieben ist.

Im allgemeinen Teil findet sich folgende Passage:

*„[Deshalb sind im Fall des Leerverkaufs] 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.“<sup>217</sup>*

<sup>213</sup> Vgl. Schwenke (2015), S. 83 ff.

<sup>214</sup> Vgl. Berger/Matuszewski (2011), S. 3097 ff.; Blumers/Elicker (2012), S. 3187; Derlien/Kern (2013), S. 1943 ff.; Desens (2012a), S. 142 ff.; ders. (2012b), S. 246 ff.; ders. (2012c), S. 2473 ff.; ders. (2014a), S. 154 ff.; ders. (2014b), S. 265 ff.; ders. (2014c), S. 305 ff.; Englisch (2010), S. 1023 ff.; Haritz/Werneburg (2015), S. 657 ff.; Klein (2013), S. 1054 ff.; ders., (2015), S. 726 ff., 731; Podewils (2010), S. 391 ff.; ders. (2011), S. 69 ff.; ders. (2013), S. 481 ff.; Podewils/Zink (2013), S. 177 ff.

<sup>215</sup> Vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 46 ff.

<sup>216</sup> Siehe dazu oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

<sup>217</sup> Vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 47.

Isoliert betrachtet, suggeriert dies, dass der Leerverkäufer vor dem Dividendenstichtag wirtschaftlicher Eigentümer werden könnte.

Im anderen Teil, der mit „Im Einzelnen“ überschrieben ist, geht die Bundesregierung demgegenüber gerade nicht davon aus, dass der Leerkäufer Dividenden als wirtschaftlicher Eigentümer bezogen hat:

Es heißt dort nur, dass es „um eigenständige Einnahmen an Stelle der Dividende“ geht und dass es Sinn des neuen Satzes 4 sei, „dass die dort näher umschriebenen Einnahmen mit den anderen Dividenden gleichgestellt werden.“<sup>218</sup>

Daraus kann man entnehmen, dass die Regierungsbegründung die Neuregelung der Dividendenkompensationszahlung erörtert, und nichts mehr. Vor allem wird nicht der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zugunsten des Leerkäufers geregelt.<sup>219</sup>

Gleichwohl ist die Regierungsbegründung widersprüchlich. Festzuhalten ist allerdings, dass der erste Teil unter der Überschrift „Allgemein“, der die Aussage enthält, dass vom Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum erworben werden könne, identisch ist mit einem Schreiben des Bankenverbandes an das Bundesministerium für Finanzen aus dem Jahr 2002.<sup>220</sup> Darauf wird weiter unten bei der Beurteilung des Handelns von Gesetzgeber und Finanzverwaltung noch einzugehen sein.<sup>221</sup> Der zweite und richtige Teil „Im Einzelnen“ scheint durch die Bundesregierung selbst formuliert worden zu sein.

In der Sache ändert die widersprüchliche Regierungsbegründung aber nichts. Denn die Bundesregierung hat im September des Jahres 2006 in einem Teil ihrer Begründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG lediglich die Interpretation des Bankenverbandes zur Frage des wirtschaftlichen Eigentums übernommen. Das Gesetz mit Blick auf die Frage des wirtschaftlichen Eigentums selbst wurde aber nicht geändert und sollte auch nicht geändert werden, so dass es weiterhin bei der Subsumtion auf die seit dem Jahr 1977 existierende und seither unveränderte Regelung des § 39 AO ankommt. Auch die Voraussetzungen für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG) wurden nicht geändert. Die Regierungsbegründung stellt lediglich ein „obiter dictum“ dar, dem kein Auslegungshinweis für § 39 AO

---

<sup>218</sup> Vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 48.

<sup>219</sup> So auch Schön (2015), S. 122.

<sup>220</sup> Vgl. Bankenverband (2002).

<sup>221</sup> Siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.5.

entnommen werden kann.<sup>222</sup> Im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung ist auf die Regierun-  
gsbegründung allerdings noch einzugehen.<sup>223</sup>

#### **3.2.2.2.1.5 Zwischenergebnis**

Es ist festzuhalten, dass der Leerkäufer mangels des Erwerbs des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien nicht den Einkünftebestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG in Form eines Dividendenbezugs erfüllen konnte. Damit war der Leerkäufer für die Zeiträume bis zum Jahr 2006 auch nicht berechtigt, eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG zu begehren. Sofern der Leerkäufer das trotzdem getan hat, setzt er sich unter Umständen dem Vorwurf der Steuerhinterziehung aus.

#### **3.2.2.2.2 Dividendenkompensationszahlung (in den Jahren 2007 bis 2011 einschließlich)**

In Betracht kommt bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen in den Jahren 2007 bis 2011 einschließlich das Erzielen von sonstigen Bezügen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG. Für solche Geschäfte, die bis zum Jahr 2006 einschließlich abgewickelt wurden, kommt dies deshalb nicht in Betracht, da die Norm erst seit dem Jahr 2007 Bestandteil des EStG ist. Es heißt:

*„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert wurden“.*

Dies ist vorliegend der Fall, wenn man unterstellt, dass mit dem „anderen“ der Lieferer der Aktien (also der Leerverkäufer) und nicht der Empfänger gemeint ist, da der Leerkäufer die Aktien auch tatsächlich vom Verkäufer geliefert bekommen hat, das heißt nach dem Dividendenstichtag auch wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien wurde.

In dem vom Bundesfinanzhof am 16.4.2014 entschiedenen Fall fehlte es übrigens bereits daran, da der Fall dadurch gekennzeichnet war, dass der Leerkäufer die Aktien nicht behalten konnte und keinerlei Kursrisiko trug, es lag insoweit nur ein „Durchgangserwerb“ vor. Wörtlich führt der Bundesfinanzhof aus:

<sup>222</sup> So sehr zutreffend Anzinger (2012), S. 402.

<sup>223</sup> Siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.4.2.

„Denn dem jeweiligen Wertpapiergeschäft liegt hier unabhängig davon, ob ein Inhaberverkauf oder ein sog. Leerverkauf vorliegt, ein von der B initiiertes und modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept zugrunde, das dem Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum durch die Klägerin vor dem Dividendenstichtag - mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG 2002 n.F.- oder zu einem späteren Zeitpunkt - mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 4 EStG 2002 n.F. - von vornherein entgegensteht. Die Wertpapiererwerbe standen im untrennbaren Zusammenhang mit Finanzierungs-, Wertpapierleih- und (Total-Return-)Swapgeschäften sowie einem kurzfristigen Rückverkauf. Eine nennenswerte Inanspruchnahme der mit dem Innehaben der Wertpapiere verbundenen Rechte durch die Klägerin war in Anbetracht dessen ausgeschlossen. Es liegt ein bloßer Durchgangserwerb vor.“<sup>224</sup>

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch noch darauf, dass der Bundesfinanzhof davon ausgeht, dass dies bei „Cum/Ex-Geschäften“ grundsätzlich der Fall sei, schreibt er doch: „Überblickt man die einschlägigen Beiträge in der allgemeinen wie fachlichen Presse, [entsprech] dies wohl zugleich der weithin üblichen Gestaltungspraxis bei sog. „Cum/Ex-Geschäften.“<sup>225</sup>

Bezogen auf Fälle, bei denen es annahmegemäß - aber wenn man dem Bundesfinanzhof Glauben schenken darf untypischerweise - keine weiteren Übertragungsgeschäfte durch den Leerkäufer gab, ist davon auszugehen, dass der Leerkäufer den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erfüllt hat. Damit wäre das erste Tatbestandsmerkmal des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt.

Für Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf, die vor 2007 getätigt wurden, fehlt es aber an den Einkünften im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG, da die Norm des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erst seit dem Jahr 2007 in Kraft ist. In diesen Sachverhalten hat der Käufer - wie oben dargestellt - eine Schadensersatzzahlung vereinnahmt,<sup>226</sup> die sein Betriebsvermögen und damit sein Einkommen erhöht. § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG sind auf diese Zahlungen nicht anwendbar, das heißt die Zahlungen sind - auch falls der Käufer eine Kapitalgesellschaft sein sollte - voll steuerpflichtig.

<sup>224</sup> Vgl. BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813 ff., Rn. 32.

<sup>225</sup> Vgl. hierzu auch Gosch, (2015), 15 ff., 17.

<sup>226</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

### 3.2.2.3 Durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer (in den Jahren 2007 bis 2011 einschließlich)

#### 3.2.2.3.1 Ausgangssituation: Kein Steuerabzug bei ausländischer Verkäuferbank

Sofern die Dividendenkompensationszahlung dem Leerkäufer zuzurechnen ist, ist weiterhin zu prüfen, ob darauf auch Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Die Regelung zum Steuerabzug bei Dividendenkompensationszahlungen findet sich für die Jahre 2007 bis 2011 in § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG. Für die Jahre bis 2006 einschließlich, bei denen Einkünfte aus Schadensersatzzahlungen erzielt wurden, gab es überhaupt keine Regelung zum Steuerabzug, dieser wurde folglich auch nicht vorgenommen.

Ab dem Jahr 2007 musste, falls sich der Verkäufer einer inländischen Depotbank bediente, diese den Steuerabzug vornehmen. In diesen Fällen erfolgte ein Steuerabzug und die Depotbank des Leerkäufers konnte die Kapitalertragsteuer bescheinigen.

Sollte sich der Verkäufer einer ausländischen Depotbank bedient haben, fehlt es bereits an einer entsprechenden Regelung mit der Folge, dass insoweit kein Steuerabzug vorgenommen wurde.<sup>227</sup> Wenn aber kein Steuerabzug auf die Zahlung vorgenommen wurde, kann die Einkommensteuer auch nicht - wie von § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG als Anrechnungsvoraussetzung gefordert - durch Steuerabzug erhoben worden sein.<sup>228</sup> Auch dies erscheint offensichtlich.

Eindeutig sind insoweit auch die Aussagen des Hessischen Finanzgerichts vom 8.10.2012: „Die Ansicht der Astin., die Kapitalertragsteuer sei wegen der gesetzlichen Regelung auch ggf. doppelt anzurechnen, obwohl sie nur einmal abgeführt worden sei, ist abwegig. Sie widerspricht bereits dem Grundverständnis der Kapitalertragsteuer als Abzugssteuer.“<sup>229</sup> Weiter heißt es, es sei „evident, dass als Vorauszahlung nur Steuern angerechnet werden können, die auch tatsächlich erhoben worden sind.“

In der Literatur ist die Entscheidung des Hessischen Finanzgerichts überaus kritisch kommentiert worden, man sah in der Entscheidung sogar ein verfassungswidriges Überschreiten richterlicher Kompetenzen<sup>230</sup> und legte Verfassungsbeschwerde ein, die allerdings nicht zur Entscheidung angenommen wurde.<sup>231</sup>

<sup>227</sup> Vgl. Desens (2014a), S. 156 f.

<sup>228</sup> So auch Schön (2015), S. 124.

<sup>229</sup> Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff., unter 1.f (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990).

<sup>230</sup> Vgl. Blumers/Elicker (2012), S. 3188; Klein (2013), S. 1057.

<sup>231</sup> Vgl. Schön (2015), S. 127 m.w.N.



Die vorgetragenen Gegenargumente lauten:

- (1) die Steuer sei erhoben, da nur ein Nettobetrag an Dividendenkompensationszahlung gezahlt worden sei;
- (2) die Steuer sei erhoben, wenn auf die Dividende beim Emittenten Kapitalertragsteuer einbehalten worden sei;
- (3) aus § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG würde sich kraft Fiktion die Erhebung ergeben;
- (4) aus der Beweiswirkung der Bescheinigung würde sich die Tatbestandserfüllung ergeben.

Im Folgenden werden diese vorgebrachten Argumente nacheinander einer rechtlichen Würdigung unterzogen.

### **3.2.2.3.2 Steuererhebung durch Zahlung der Dividendenkompensationszahlung in Höhe des Nettobetrags?**

Das erste Argument besagt, dass die Kapitalertragsteuer dadurch erhoben worden sein soll, dass der Leerverkäufer die Dividendenkompensationszahlung nur in Höhe des Nettobetrages erbringt. Dadurch, dass der Leerverkäufer also einen Betrag in Höhe der Kapitalertragsteuer zurückbehält, sei die Kapitalertragsteuer auch einbehalten, aber lediglich nicht abgeführt worden.<sup>232</sup> Aus einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 1996<sup>233</sup> würde sich ergeben, dass bei fehlender Abführung die Kapitalertragsteuer trotzdem „erhoben“ sei und angerechnet werden könne,<sup>234</sup> gleiches ergebe sich auch aus einer Entscheidung aus dem Jahr 2010.<sup>235</sup>

Hierbei wird verkannt, dass der der Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 1996 zugrundeliegende Sachverhalt eine Gewinnausschüttung durch eine Kapitalgesellschaft betraf, bei der die ausschüttende Gesellschaft gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG verpflichtet war, den Steuerabzug für Rechnung des Schuldners vorzunehmen. Dieser Pflicht nachkommend zahlte sie auch nur den Nettobetrag aus, behielt also entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung die Kapitalertragsteuer tatsächlich ein. Es kam dann aber aufgrund der Insolvenz der ausschüttenden Gesellschaft nicht mehr zur Abführung an das Finanzamt. Der Bundesfinanzhof ent-

<sup>232</sup> Vgl. Klein (2013), S. 1054.

<sup>233</sup> Vgl. BFH vom 23.4.1996, VIII R 30/93, BFH/NV 1996, S. 364 ff.

<sup>234</sup> Vgl. Berger/Matuszewski (2011), S. 3103; Haritz/Werneburg (2015), S. 662; Klein (2013), S. 1056; ders. (2015), S. 732.

<sup>235</sup> Vgl. BFH vom 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, S. 641 ff., Rn. 26, unter Hinweis auf BFH vom 23.4.1996, VIII R 30/93, BFH/NV 1996, S. 364 ff.

schied, dass in dieser Konstellation die fehlende Abführung nichts daran änderte, dass die aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung einbehaltene bzw. abgezogene Kapitalertragsteuer auch als erhoben im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG gilt.

Für beide Entscheidungen des Bundesfinanzhofs werden die Leitsätze im Wortlaut wiedergegeben.

Der Leitsatz der Entscheidung vom 23.4.1996 lautet:

*„Mit der ordnungsgemäßen Einbehaltung durch den Schuldner der Kapitalerträge ist die Kapitalertragsteuer auch dann i.S. von § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erhoben, wenn sie nicht an das Finanzamt abgeführt wird.“*

In der Entscheidung vom 20.10.2010 heißt es im Leitsatz:

*„Die "Erhebung" einer Kapitalertragsteuer erfolgt dadurch, dass der zum Steuerabzug verpflichtete Kapitalertragsschuldner bei der Auszahlung des Kapitalertrags die Steuer ordnungsgemäß einbehält.“*

In einem Leerverkaufsszenario unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank war zu einer solchen „ordnungsgemäßen Einbehaltung“ bzw. einem solchen Abzug auf die Dividendenkompensationszahlung niemand verpflichtet und die Kapitalertragsteuer wurde gerade deshalb auch nicht einbehalten. Aus diesem Grunde wurden die Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf letztlich getätigt. Es fehlt damit am gesetzlichen Tatbestand, mehr gibt es zu diesem Argument nicht zu sagen.<sup>236</sup>

Bei den Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf bis zum Jahr 2006 einschließlich gilt unabhängig davon, ob sich der Leerverkäufer einer inländischen oder einer ausländischen Depotbank bediente, das Gleiche. Es fehlte an einer Norm zum Steuerabzug, was nicht verwunderlich ist, handelt es sich doch bei der Dividendenkompensationszahlung um eine Schadensersatzzahlung.

---

<sup>236</sup> Vgl. hierzu auch die zutreffenden Ausführungen von Bruns (2012), S. 333 ff., 336. Zustimmung auch Schön (2015), S. 125.

### 3.2.2.3.3 Erhebung beim Emittenten der Aktien

Daneben wird vorgebracht, dass es allein darauf ankomme, dass auf die Dividende beim Emittenten der Aktien Kapitalertragsteuer erhoben sei.<sup>237</sup> Dies ergebe sich u.a. daraus, dass es für den Leerkäufer keinen Unterschied mache, ob beim Leerverkäufer eine zweite Kapitalertragsteuer erhoben wurde, entspreche doch die Höhe der Dividendenkompensationszahlung „*stets der Höhe der Originaldividende und [sei] allein vom Einbehalt der Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien abhängig*“.<sup>238</sup>

Darüber hinaus würde die zweite Erhebung der Kapitalertragsteuer allein den Leerverkäufer belasten und das im Jahr 2007 geschaffene Regelungssystem für Dividendenkompensationszahlungen sei „*bewusst darauf angelegt, unabhängig von der Kenntnis und dem Wissen des Erwerbers und seiner Depotbank, ob dem Aktienerwerb ein Inhaber- oder Leerverkauf zu Grunde lag, zu funktionieren*“.<sup>239</sup>

Diesen Ausführungen steht der klare Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG entgegen, fordert doch dieser, dass auf die Bezüge des die Anrechnung Begehrenden (das heißt auf die Dividendenkompensationszahlung) Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Diesem Erfordernis ist durch die Einbehaltung der Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien nicht genügt, denn dieser Steuerabzug erfolgt für die Dividende, die dem Inhaber der Aktien zusteht, und nicht für die Bezüge des Leerkäufers. Dies ist eindeutig und eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut der Norm kommt auch hier nicht in Betracht. Wie bereits oben dargestellt würde doch dies erfordern, dass eine Auslegung nach dem Wortlaut keinen Sinn ergeben würde. Die Auslegung nach dem Wortlaut ergibt aber sehr wohl Sinn, führt sie doch dazu, dass dann, wenn auf die Bezüge des die Anrechnung Begehrenden keine Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde, auch keine Kapitalertragsteuer angerechnet werden kann. Dies ist ja gerade der Sinn des Kapitalertragsteuersystems.<sup>240</sup>

### 3.2.2.3.4 Steuererhebung kraft Fiktion?

Ein weiteres Argument lautet, dass die ab dem Jahr 2007 geltende Regelung des § 45a Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz EStG eine Fiktion enthalte, aus der sich ergebe, dass die auf die Dividende

<sup>237</sup> Vgl. Desens (2014a), S. 154 ff., 156.

<sup>238</sup> Desens (2014a), S. 157.

<sup>239</sup> Desens (2014a), S. 158.

<sup>240</sup> So auch FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848). Siehe auch Schön (2015), S. 125 f.

abgeführte Kapitalertragsteuer zusätzlich auch als auf die Dividendenkompensationszahlung abgeführt gelten soll.<sup>241</sup>

Dazu ist zunächst anzumerken, dass § 45a EStG eine Norm ist, die § 44 EStG schon nach ihrer systematischen Stellung im Gesetz nachgeschaltet ist. § 44 EStG regelt den Abzug der Kapitalertragsteuer, § 45a EStG befasst sich demgegenüber mit der Anmeldung und Bescheinigung der abgezogenen Kapitalertragsteuer, dies ist auch die Überschrift der Norm. Dementsprechend regelt § 45a EStG im Einzelnen, wer die Kapitalertragsteuer zu bescheinigen hat und welche Angaben die Bescheinigung enthalten muss, sagt aber überhaupt nichts dazu aus, ob Kapitalertragsteuer abgezogen und damit „erhoben“ wurde, sondern setzt das für die zu bescheinigenden Sachverhalte voraus.

Schon vor diesem Hintergrund überrascht das Argument, dass sich aus einer Regelung zur Ausgestaltung der Bescheinigung eine fiktive Erhebung durch Steuerabzug ergeben soll.

Dazu heißt es in § 45a Abs. 3 EStG wörtlich:

*„Werden Kapitalerträge für Rechnung des Schuldners durch ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut gezahlt, so hat anstelle des Schuldners das Kreditinstitut oder das Finanzdienstleistungsinstitut die Bescheinigung zu erteilen. <sup>2</sup>Satz 1 gilt in den Fällen des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 entsprechend; der Emittent der Aktien gilt insoweit als Schuldner der Kapitalerträge.“*

Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich lediglich, dass für Zwecke der Bescheinigung „der Emittent der Aktien als Schuldner der Kapitalerträge gilt“. Daraus lässt sich aber nicht entnehmen, dass in Leerverkaufskonstellationen unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank eine auf die Dividendenkompensationszahlung tatsächlich nicht erhobene Kapitalertragsteuer als erhoben gelten soll. Das gibt der Wortlaut der Norm nicht her.

Aus der systematischen Stellung der Norm im Gesetz kann man dies auch nicht entnehmen, ist sie doch der Regelung zum Steuerabzug nachgeschaltet und indiziert schon von daher - wie bereits ausgeführt -, dass sie nur zur Anwendung kommt, wenn ein Steuerabzug erfolgt sein

---

<sup>241</sup> Vgl. Desens (2014a), S. 154 ff., 157.

sollte. Hätte der Gesetzgeber eine solche Fiktion zu Lasten des Fiskus tatsächlich schaffen wollen, dann wäre der richtige Ort dafür § 44 EStG gewesen und dann hätte er dies auch durch einen klaren Wortlaut so anordnen können.

Aus dem Sinn und Zweck der Norm kann sich das auch nicht ergeben, denn die Norm hat nicht den Sinn, eine nicht erhobene Kapitalertragsteuer als fiktiv erhoben zu qualifizieren. Ihr Sinn erschöpft sich vielmehr darin, das Verfahren zur Bescheinigung der abgezogenen Kapitalertragsteuer bei Dividendenkompensationszahlungen durch einen Leerverkäufer, der sich einer inländischen Depotbank bedient, zu regeln. Das ergibt sich nicht nur aus der systematischen Stellung der Norm, sondern auch aus dem Sinn und Zweck der Kapitalertragsteuer allgemein oder wie es das Hessische Finanzgericht ausdrückt:

Es ist „*evident, dass als Vorauszahlung nur Steuern angerechnet werden können, die auch tatsächlich erhoben worden sind.*“<sup>242</sup>

Im Übrigen: Die Norm war im Jahr 2007 notwendig geworden, da bei inländischen Verkäuferbanken diese die Kapitalertragsteuer einzubehalten hatten und es einer Regelung zur Bescheinigung bedurfte. Der Gesetzgeber ist insoweit dem Vorschlag des Bundesverbands deutscher Banken gefolgt, dass die Bescheinigung keine Dividendenkompensationszahlung durch den Veräußerer ausweisen soll, sondern dass der Emittent der Schuldner der Kapitalerträge sei, mehr aber auch nicht. Der Beweggrund dafür - der in der Regierungsbegründung allerdings nicht genannt ist - dürfte eine Verfahrenserleichterung für die die Kapitalertragsteuer bescheinigenden Depotbanken gewesen sein, führt doch dies dazu, dass diese für Zwecke ihrer Bescheinigung nicht ermitteln mussten, ob es sich um eine echte Dividende oder um eine Dividendenkompensationszahlung handelte.<sup>243</sup> Mit anderen Worten ist der Gesetzgeber den Bedürfnissen der Banken auf Bitten des Bankenverbandes entgegengekommen. Daraus dann aber zu schließen, dass es der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, dass auf die Dividendenkompensationszahlung nicht erhobene Kapitalertragsteuer als abgezogen und erhoben gilt, ist nicht möglich.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 45a EStG ergibt sich ebenfalls nicht, dass damit erreicht werden sollte, dass nicht abgezogene Kapitalertragsteuer als abgezogen und erhoben gelten soll. Es wurden sämtliche Gesetzesmaterialien, die es hierzu gibt, nach bestem Gewissen gesichtet.

<sup>242</sup> Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff., unter 1.f (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990).

<sup>243</sup> Vgl. Desens, (2014a) S. 154 ff., 158.



Das Ergebnis fällt insoweit eindeutig aus: Nirgendwo findet sich auch nur ansatzweise ein Hinweis, dass es Ziel der Norm war, nicht erhobene Kapitalertragsteuer als fiktiv erhoben zu qualifizieren.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass aus § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG nicht entnommen werden kann, dass die nicht abgezogene Kapitalertragsteuer kraft Fiktion als durch Steuerabzug erhoben gilt.

### 3.2.2.3.5 Beweiswirkung der Kapitalertragsteuerbescheinigung

In der Literatur wird schließlich für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer als weitere Begründung vorgebracht, dass die Vorlage der Bescheinigung eine volle Beweiswirkung über die Erhebung der Kapitalertragsteuer immer dann habe, falls die Bescheinigung richtig sei.<sup>244</sup> Richtig sei die Bescheinigung bei Dividendenkompensationszahlungen dann, wenn Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien auf die Dividendenzahlung erhoben sei. Mit anderen Worten, immer dann, wenn jemand eine solche Bescheinigung vorlegen kann, kann er auch die Anrechnung begehren.

Auch dieser Ansicht ist zu widersprechen, denn es kommt insoweit auch noch nicht einmal darauf an, ob die Bescheinigung richtig oder falsch ist. Wäre das Argument zutreffend, bedürfte es der anderen Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nicht, auch dies erscheint offensichtlich. Mit diesem Argument hatte sich im Übrigen bereits das Oberlandesgericht Köln in seiner Entscheidung vom 11.12.2014 zu einer Amtshaftungsklage auseinanderzusetzen und führte völlig zutreffend aus:<sup>245</sup>

*Diesem „Argument 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“.*

Dies entspricht wohl auch der Auffassung des Bundesfinanzhofs. Für den Bundesfinanzhof scheint dies so offensichtlich zu sein, dass er sich in seiner Entscheidung vom 16.4.2014 mit der Frage erst gar nicht auseinandersetzt, obwohl laut unstreitigem Sachverhalt der Kläger über

<sup>244</sup> Vgl. Berger/Matuszewski (2011), S. 3103; Desens (2014a), S. 154 ff.; wohl auch Derlien/Kern (2013), S. 1948; Klein (2013), S. 1056.

<sup>245</sup> Vgl. OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14, Rn. 59, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324.

eine Bescheinigung verfügte.<sup>246</sup> Das Hessische Finanzgericht hat dieses Argument in seinem Urteil vom 10.2.2016 ebenfalls verworfen.<sup>247</sup>

### 3.2.2.3.6 Zwischenergebnis

Auf Dividendenkompensationszahlungen ist weder in den Jahren bis 2006 einschließlich generell noch in den Jahren 2007 bis 2011, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente, Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben worden. Eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer kommt damit nicht in Betracht. Eine Gesetzeslücke gab es insoweit zu keinem Zeitpunkt.

### 3.2.2.4 Bescheinigung im Sinne des § 45a Abs. 2 und 3 EStG

Angesichts des bisherigen Ergebnisses kommt es grundsätzlich nicht mehr darauf an, ob der Leerkäufer die in § 45a Abs. 2 oder Abs. 3 EStG bezeichnete Bescheinigung vorlegen kann. Gleichwohl soll noch der Frage nachgegangen werden, ob die Depotbanken des Leerkäufers überhaupt befugt waren, entsprechende Bescheinigungen auszustellen. Die einzig mögliche Gesetzesgrundlage, aus der sich diese Befugnis ableiten könnte, ist die bereits erwähnte Regelung des § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG. Dazu ist zunächst folgendes anzumerken.

Die im Jahr 2007 eingeführten komplementären Regelungen zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG, nämlich § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG und § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG, befassen sich ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>248</sup> nur mit Leerverkaufskonstellationen, bei denen sich der Verkäufer einer inländischen Depotbank bedient.

Bereits dies lässt vermuten, dass § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG sich genauso wenig mit Leerverkäufen unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank befasst wie § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG. Es würde nämlich keinen Sinn ergeben, wenn der Gesetzgeber für solche Konstellationen eine Regelung zur Bescheinigung der Kapitalertragsteuer schaffen würde, wenn er gleichzeitig in § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG explizit auf den Steuerabzug verzichtet hat. Dies erscheint offensichtlich. Bestätigt wird dies dann wenig überraschend auch durch den Gesetzeswortlaut.

45a Abs. 3 EStG lautet:

<sup>246</sup> Vgl. BFH vom 16.4.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813 ff.

<sup>247</sup> Vgl. FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).

<sup>248</sup> Vgl. Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007), BT-Drs. 16/2712 vom 25.9.2006, S. 46 ff.

*„Werden Kapitalerträge für Rechnung des Schuldners durch ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut gezahlt, so hat anstelle des Schuldners das Kreditinstitut oder das Finanzdienstleistungsinstitut die Bescheinigung zu erteilen. <sup>2</sup>Satz 1 gilt in den Fällen des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 entsprechend; der Emittent der Aktien gilt insoweit als Schuldner der Kapitalerträge.“*

Aus § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG ergibt sich zunächst, dass Satz 1 für Dividendenkompensationszahlungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG) entsprechend gilt. Aus Satz 1 wiederum ergibt sich, dass die inländische Depotbank des Leerkäufers die Bescheinigung „anstelle“ des Schuldners zu erstellen hat. Damit die Bescheinigungspflicht des Kreditinstitutes an die Stelle derer des Schuldners der Dividendenkompensationszahlung treten kann, ist also nach dem insoweit klaren Wortlaut Voraussetzung, dass zunächst diesen eine Bescheinigungspflicht trifft, die dann durch § 45a Abs. 3 EStG auf das inländische Kreditinstitut des Leerkäufers übergeleitet wird.

Anders ausgedrückt: Sollte den Schuldner der Kapitalerträge, das heißt den Leerverkäufer, der sich einer ausländischen Depotbank bedient, keine Bescheinigungspflicht treffen, kann auch die Depotbank keine solche Pflicht haben. Und genau dies ist der Fall, leitet sich doch die Bescheinigungspflicht aus der vorangehenden Pflicht zum Steuerabzug ab, an dieser Pflicht fehlt es aber gerade (dies ist ja die Kernidee der Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen). Etwas anderes könnte sich nur aufgrund irgendwie gearteter Fiktionen ergeben. Für den Schuldner der Kapitalerträge sieht aber das Gesetz in § 45a Abs. 2 EStG gar nicht erst irgendwelche Fiktionen vor.

Dies ist vor dem Hintergrund der Regierungsbegründung auch konsequent. Die Folge des Ganzen ist, dass die Depotbank des Leerkäufers tatsächlich keine Berechtigung zur Ausstellung einer Bescheinigung hat. Dies erscheint für die inländische Depotbank unbefriedigend, da sie gegebenenfalls aufgrund der Börsenusancen gar nicht erkennen konnte, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank handelte. Gleichwohl haftet sie nach § 45a Abs. 7 EStG für den dem Fiskus aufgrund dieser Bescheinigung entstandenen Schaden. Andererseits war es für die inländische Depotbank ohne weiteres möglich zu erkennen, dass Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert wurden. In diesen Fällen hätte man Nachforschungen anstellen müssen. Die Bescheinigung aber einfach zu erteilen, war nicht der richtige Weg. Bei einer falschen Bescheinigung stellt

sich dann - wie erwähnt - die Frage der Haftung nach § 45a Abs. 7 EStG. Darauf wird noch einzugehen sein.<sup>249</sup>

### **3.2.2.5 Zwischenergebnis**

Als Ergebnis der bisherigen Analyse, die sich ausschließlich am Wortlaut des Gesetzes orientierte, ist festzuhalten, dass es bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen rechtlich nie möglich war, einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen bzw. erstattet zu bekommen. Denn die Voraussetzungen zur Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer beim Leerkäufer waren bis zum Jahr 2006 einschließlich generell nicht und in den Jahren 2007 bis 2011 dann nicht erfüllt, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat. Insoweit gab es keine Gesetzeslücke.

### **3.2.3 Problematik nicht aufklärbarer Sachverhalte**

#### **3.2.3.1 Problem bei Börsengeschäften**

In der Literatur wird davon berichtet, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, die über die Börse abgewickelt wurden, der Käufer von Aktien nicht wissen konnte, ob der Verkäufer ein Leerverkäufer gewesen sei.<sup>250</sup> Es bestünde auch immer die Möglichkeit, dass er vom Inhaber der Aktien gekauft habe und damit wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie wurde. Dies ist nicht richtig, falls der Kauf an einer Börse mit zentralem Kontrahenten, z.B. der Frankfurter Wertpapierbörse getätigt wurde. Wie oben dargestellt, kommt in diesen Fällen der Kaufvertrag mit dem zentralen Kontrahenten, also mit der Eurex Clearing AG zustande. Daher liegen bei Börsengeschäften immer Erwerbe vom Leerverkäufer vor, da die Eurex Clearing AG über keine Aktien verfügt und damit nicht Aktieninhaber ist.<sup>251</sup>

Dies hat zur Konsequenz, dass derjenige, der an der Börse (sofern es an dieser Börse einen zentralen Kontrahenten geben sollte) eine Aktie cum Dividende kauft und die Aktie ex Dividende geliefert bekommt, bis zum Jahr 2006 einschließlich immer nur eine Schadensersatzzahlung vereinnahmt hat und ab dem Jahr 2007 immer eine Dividendenkompensationszahlung erhalten hat. Es kann damit vollumfänglich auf die obigen Ergebnisse<sup>252</sup> verwiesen werden mit der Konsequenz, dass bei Cum/Ex-Geschäften, die über die Börse abgewickelt wurden, bis zum

<sup>249</sup> Siehe unten, Gliederungspunkt 3.2.4.3.

<sup>250</sup> Vgl. z.B. Derlien/Kern (2013), S. 1945; Desens, (2012a), S. 142 ff.; Seer/Krumm (2013a), S. 1759 f.

<sup>251</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.5.

<sup>252</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.

Jahr 2006 einschließlich die Anrechnung nie und ab dem Jahr 2007 nur dann in Betracht kommt, falls auf die Dividendenkompensationszahlung Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde, also der Leerverkäufer eine inländische Depotbank eingeschaltet hat.

Folgt man dieser Auffassung nicht und unterstellt stattdessen, dass auch bei Einschaltung eines zentralen Kontrahenten der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums mit Vertragsabschluss dann möglich ist, falls die andere Gegenpartei des zentralen Kontrahenten Aktieninhaber gewesen sein sollte, stellt sich folgende Frage: Wie ist zu verfahren, falls der die Anrechnung Begehrende zwar eine Bescheinigung vorlegen kann, es aber nicht beweissicher ermittelbar ist, ob der zentrale Kontrahent vom Aktieninhaber oder vom Leerverkäufer gekauft hat. Der zentrale Kontrahent müsste dies aber wissen. Er müsste angesichts des Umfangs der hier in Rede stehenden Geschäfte - bei den bekannt gewordenen Fällen geht es um Transaktionsvolumina im ein bis zweistelligen Milliardenbereich<sup>253</sup> - außerdem auch heute noch prüfen können, von wem er die Aktien gekauft hat. Die gleiche Frage stellt sich auch, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass eine Dividendenkompensationszahlung vorliegt, aber nicht aufzuklären ist, ob der Verkäufer eine in- oder eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat.

### 3.2.3.2 Entscheidung nach der Beweislastgrundregel

Zur Beantwortung dieser Frage sind die Beweislastregeln näher zu betrachten. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs trifft bei einer nicht mehr behebbaren Ungewissheit über den Sachverhalt für die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen die Finanzbehörde und für die steuerentlastenden oder -mindernden Tatsachen den Steuerpflichtigen die Beweislast.<sup>254</sup> Da es sich bei der Frage nach der Steueranrechnung um steuermindernde Tatsachen handelt, träfe im Falle einer Beweislastentscheidung den die Anrechnung Begehrenden die Feststellungslast (objektive Beweislast).<sup>255</sup> Zu beweisen hat der Steuerpflichtige die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, also nicht nur die Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sondern auch, dass auf diese Bezüge Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Kann er dies nicht, entfällt die Anrechnungsmöglichkeit. Anders

<sup>253</sup> Siehe dazu oben, Gliederungspunkte 2.2.2 und 2.4.

<sup>254</sup> Vgl. BFH vom 4.10.2005, XI B 111/04, BFH/NV 2006, S. 320 ff. m.w.N.

<sup>255</sup> So auch im Ergebnis FG Hessen v. 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff., unter 1.a (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990); FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff., Rn. 99 (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848).



wäre es dann, falls die Beweislastgrundregel ausnahmsweise durchbrochen wäre (Beweislastumkehr), weil der die Anrechnung Begehrende eine Bescheinigung vorlegen kann.

### 3.2.3.2.1 Umkehr der Beweislast durch Steuerbescheinigung?

Die Umkehr der Beweislast durch die Vorlage der Steuerbescheinigung ist denkbar beim Inhaberverkauf, also bei Aktieninhabern, die ihre Aktien cum Dividende gekauft und cum Dividende geliefert bekamen und anschließend die Aktien dauerhaft im Bestand haben. Das betrifft die große Mehrheit der Aktienbesitzer. Dies gilt aber nicht bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf, also bei Aktieninhabern, die Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert bekamen. Hintergrund hierfür ist, dass die Bescheinigung in diesen Fällen erst gar nicht die zu beweisende Tatsache, nämlich, dass im Falle eines Leerverkaufs auf die Dividendenkompensationszahlung Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde, bescheinigt. Wie oben ausführlich dargestellt, enthält die Bescheinigung auch in diesen Fällen nur die Aussage, dass auf die Dividende Kapitalertragsteuer durch den Aktienemittenten einbehalten wurde.<sup>256</sup> Die Bescheinigung hat daher bereits aus diesem Grunde keine Aussagekraft auf die zu beweisende Tatsache. Darüber hinaus ist in den Fällen, bei denen Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert wurden, auch gar nicht sicher, ob die Bescheinigung überhaupt richtig ist. In vielen Fällen dürfte dies - wie oben ausgeführt<sup>257</sup> - nicht der Fall sein; eine falsche Bescheinigung kann auch keine Beweiskraft haben.

Von einem Teil des Schrifttums wird demgegenüber die Auffassung vertreten, dass die Vorlage der Bescheinigung immer ausreiche, um zu beweisen, dass die Einkommensteuer auf die Einkünfte des die Anrechnung Begehrenden durch Steuerabzug erhoben sei. Dabei beruft man<sup>258</sup> sich auf zwei Entscheidungen des Bundesfinanzhofs vom 12.2.2008<sup>259</sup> und vom 29.4.2008.<sup>260</sup> Aus diesen Entscheidungen würde sich ergeben, dass der Steuerpflichtige den Nachweis der erhobenen Kapitalertragsteuer allein durch die Bescheinigung im Sinne des § 45a Abs. 2 bzw. Abs. 3 EStG erbringen könne. Folglich sei der Nachweis durch Vorlage der Bescheinigungen auch erbracht, da es kein anderes zulässiges Beweismittel gebe. Dies gelte auch dann, wenn die Bescheinigungen aufgrund der Fiktion des § 45a Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz EStG gar nicht ausweisen, dass auf die Dividendenkompensationszahlung Kapitalertragsteuer einbehalten

<sup>256</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.3.4.

<sup>257</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.4.

<sup>258</sup> Vgl. z.B. Desens (2014a), S. 154 ff., S. 158 ff.; Haritz/Werneburg (2015), S. 662.

<sup>259</sup> Vgl. BFH vom 12.2.2008, VII R 33/06, BStBl. II 2008, S. 504.

<sup>260</sup> Vgl. BFH vom 29.4.2008, VIII R 28/07, BStBl. II 2009, S. 842.

worden sei. Die Finanzverwaltung und das Hessische Finanzgericht<sup>261</sup> waren anderer Auffassung und handelten sich insoweit den Vorwurf der Kompetenzüberschreitung und verfassungswidrigen Vorgehens ein.<sup>262</sup> Zu dieser Argumentation hat sich - wie bereits oben ausgeführt<sup>263</sup> - mittlerweile auch das Oberlandesgericht Köln geäußert, es folgt im Ergebnis dem Hessischen Finanzgericht und sieht in der Literaturargumentation einen unzulässigen Umkehrschluss.<sup>264</sup>

Gleichwohl soll auf die vorgebrachte Argumentation eingegangen werden, wonach sich aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ergeben würde, dass der Beweis der erhobenen Kapitalertragsteuer durch Vorlage der Bescheinigung erbracht sei.

Die beiden genannten Entscheidungen ergingen zu Sachverhalten, die in den Jahren 1993 bzw. 1995 spielten.<sup>265</sup> Zu beiden Zeitpunkten sah das Gesetz noch nicht vor, dass die Bescheinigung Tatbestandsmerkmal für den Anrechnungsanspruch ist.<sup>266</sup> Bei beiden Sachverhalten wurde Kapitalertragsteuer auf die durch die jeweiligen Kläger erzielten Einkünfte erhoben. Die Kläger konnten aber die Bescheinigung überhaupt nicht<sup>267</sup> bzw. nicht rechtzeitig<sup>268</sup> vorlegen und der Bundesfinanzhof hatte die Frage zu entscheiden, ob die Vorlage der Bescheinigung ungeschriebenes materiell rechtliches Tatbestandsmerkmal eines Anrechnungsanspruches war. Der Bundesfinanzhof bejahte dies zu Lasten der Steuerpflichtigen in beiden Entscheidungen.

In der Entscheidung vom 12.2.2008 heißt es:

*„Denn zu Lasten eines Steuerpflichtigen von einem Kreditinstitut einbehaltene und an das FA abgeführte Kapitalertragsteuer ist nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG auf die gegen den Steuerpflichtigen festgesetzte Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer anzurechnen. Die Vorlage einer Bescheinigung über die Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer (§ 45a Abs. 2 und 3 EStG) ist jedoch Voraussetzung der Anrechnung [...]; sie erbringt den erforderlichen Nachweis der Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer in gesetzlicher Form, welcher nur durch die vorgenannte Bescheinigung geführt werden kann (vgl. R 154 Abs. 2 i. V. m. R 213g*

<sup>261</sup> Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11, EFG 2013, S. 47 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. TAAAE-21990).

<sup>262</sup> Vgl. Blumers/Elicker (2012), S. 3188. Die Verfassungsbeschwerde wurde jedoch nicht zur Entscheidung angenommen, vgl. Schön (2015), S. 127 m.w.N.

<sup>263</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt, 3.2.2.3.5.

<sup>264</sup> Vgl. OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14, Rn. 51, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324.

<sup>265</sup> Vgl. Vgl. BFH vom 12.2.2008, VII R 33/06, BStBl. II 2008, S. 504; BFH vom 29.4.2008, VIII R 28/07, BStBl. II 2009, S. 842.

<sup>266</sup> § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG wurde erst durch das Jahressteuergesetz 1996 eingeführt.

<sup>267</sup> So im Fall vom 29.4.2008, vgl. BFH vom 29.4.2008, VIII R 28/07, BStBl. II 2009, S. 842.

<sup>268</sup> So im Fall vom 12.2.2008, vgl. BFH vom 12.2.2008, VII R 33/06, BStBl. II 2008, S. 504.

*Abs. 2 Satz 1 der Einkommensteuer-Richtlinien 1993, sowie jetzt § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG; Blümich/Stuhrmann, § 36 EStG Rz 28).*“

Aus dieser Passage kann man nicht entnehmen, dass durch Vorlage einer Bescheinigung bei nicht aufklärbaren Sachverhalten der Beweis dafür erbracht ist, dass die Kapitalertragsteuer auf die durch einen potentiellen Leerkäufer erzielten Dividendenkompensationszahlungen durch Steuerabzug erhoben sei. Der Bundesfinanzhof war insoweit nur bemüht zu begründen, warum die Bescheinigung materielle Anrechnungsvoraussetzung ist, deutlich belegt wird dies durch den Hinweis auf die nun geltende Gesetzesfassung, in der dies verankert ist. Einen Hinweis zur Beweislastumkehr bei nicht aufklärbaren Sachverhalten ist dieser Entscheidung an keiner Stelle zu entnehmen, mit dieser Frage hatte sich der Bundesfinanzhof auch nicht zu befassen.

In der Entscheidung vom 29.4.2008 ging es um die Frage, ob eine Steuerhinterziehung vorliegt, wenn jemand Tafelgeschäfte ausführt und diese nicht erklärt. Das Argument des Steuerpflichtigen war, dass dies nicht sein könne, da durch die bei Tafelgeschäften abgezogene Kapitalertragsteuer der Steueranspruch des Staates befriedigt sei und es daher nicht darauf ankommen könne, ob man eine Bescheinigung vorlegen kann oder nicht. Wie bereits ausgeführt, war zu diesem Zeitpunkt die Vorlage der Bescheinigung nach dem Gesetzeswortlaut noch kein Tatbestandsmerkmal und bei rein formaler Betrachtung sprach einiges für die Auffassung des Steuerpflichtigen.

Der Bundesfinanzhof entschied allerdings: *„Somit kann der Zweck der Regelung über die Kapitalertragsteuerbescheinigung, die praktikable und rechtssichere Durchführung der Kapitalertragsteueranrechnung zu ermöglichen, nur erreicht werden, wenn der Steuerpflichtige zwingend auf dieses spezielle Nachweisinstrument verwiesen wird. In seiner Auffassung sieht sich der Senat durch die Entstehungsgeschichte der ab dem Veranlagungszeitraum 1996 geltenden Neufassung des § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EStG bestätigt. Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Anfügung des Satzes 2 in die Anrechnungsvorschrift lediglich eine gesetzliche Klarstellung der seit längerem in den EStR enthaltenen Regelung, wonach eine Anrechnung ohne Kapitalertragsteuerbescheinigung nicht möglich ist, bezweckte. [...] Zudem lassen die gesetzlichen Sonderregelungen zur Behandlung von Tafelgeschäften darauf schließen, dass der Gesetzgeber bei diesen Geschäften die Kapitalertragsteuerbescheinigung als unverzichtbares Nachweismittel angesehen hat, um den offenkundigen Manipulations-*

*möglichkeiten angemessen Rechnung zu tragen. Faktisch ist die Kapitalertragsteuerbescheinigung hier schon deshalb unentbehrlich, weil es bei Tafelgeschäften an alternativen urkundlichen Nachweisen, wie zum Beispiel Ertragnisaufstellungen der Banken, fehlt.“*

Auch diese Ausführungen waren ersichtlich darauf ausgerichtet zu begründen, warum die Vorlage der Bescheinigung materielle Tatbestandsvoraussetzung ist, obwohl dies so nicht im Gesetz stand. Daraus kann man aber nicht entnehmen, dass dann, wenn gerade unklar bzw. sogar zu vermuten ist, dass keine Kapitalertragsteuer einbehalten wurde, dies aufgrund einer Bescheinigung anzunehmen sei, die noch nicht einmal ausweist, dass auf die durch den Steuerpflichtigen erzielten Bezüge Kapitalertragsteuer einbehalten wurde und die zumindest das Risiko in sich trägt, dass sie - wie oben dargestellt<sup>269</sup> - unrichtig ist.

Gegen eine Beweislastumkehr spricht auch, dass der Bundesfinanzhof die Regelung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG stets „wirtschaftlich“ im Interesse der „materiellen Steuergerechtigkeit“ verstanden hat. Beispielhaft hierzu ist eine Entscheidung vom 20.10.2010.<sup>270</sup>

Dort heißt es:

*„Denn der BFH hat die in § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EStG 1997 getroffene Regelung stets "wirtschaftlich" verstanden. So ist nach seiner Rechtsprechung einerseits eine Abzugsteuer nicht insgesamt, sondern nur anteilig anzurechnen, wenn sie sich auf nicht vollständig bei der Veranlagung erfasste Einkünfte bezieht (BFH-Urteil vom 19. Dezember 2000 VII R 69/99, BFHE 194, 162, BStBl II 2001, 353 m.w.N.); das lässt sich aus dem Wortlaut der Regelung, der nur von einer Erfassung bei den "bei der Veranlagung erfassten Einkünften" spricht, zumindest nicht unmittelbar ableiten [...]. In allen diesen Fällen wurde vor allem auf die "materielle Steuergerechtigkeit" verwiesen, in deren Interesse die Abzugsteuer stets, aber auch nur in dem sachlich gebotenen Umfang zur Anrechnung zuzulassen sei.“*

Diese Ausführungen sprechen gerade dagegen, § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG so auszulegen, dass die Möglichkeit besteht, dass nicht erhobene Kapitalertragsteuer angerechnet wird, hätte doch dies mit der materiellen Steuergerechtigkeit nichts mehr zu tun. Festzuhalten bleibt, dass die Argumentation nicht trägt, der Bundesfinanzhof habe entschieden, dass durch die Vorlage der Bescheinigung bewiesen sei, dass Kapitalertragsteuer auf die durch einen potentiellen Leerkäufer erzielten Bezüge erhoben sei. Das Gegenteil ist der Fall und es verbleibt bei einer Entscheidung

<sup>269</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.4.

<sup>270</sup> Vgl. BFH vom 20.10.2010, I R 54/09, BFH/NV 2011, S. 641, Rn. 31.



nach der allgemeinen Beweislastgrundregel, das heißt der Steuerpflichtige ist bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag aufgefordert, die Erfüllung des Tatbestandes des § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG nachzuweisen. Er muss also nicht nur die Bescheinigung im Sinne des § 45a Abs. 3 EStG vorlegen, sondern er muss auch beweisen, dass er Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielte und dass auf diese Einkünfte Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.<sup>271</sup>

Durch die Gutschrift eines Betrages in Höhe der Nettodividende kann der Steuerpflichtige für Sachverhalte ab dem Jahr 2007 Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG beweisen, in den Jahren bis 2006 einschließlich kann er mit der Gutschrift dies nicht sicher beweisen, könnte es sich doch auch um eine Schadensersatzzahlung handeln. Fraglich ist für alle Fälle, wie der Steuerpflichtige beweisen kann, dass auf die Bezüge Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

Da die Bescheinigung - selbst wenn sie richtig sein sollte - hierzu alleine nicht taugt, liegt für den die Anrechnung Begehrenden eine missliche Situation vor. Der Beweis wird ihm voraussichtlich nur gelingen können, wenn er den Aktienverkäufer benennen kann, bei Börsengeschäften mit zentralem Kontrahenten wird er zusätzlich noch den an den zentralen Kontrahenten Veräußernden benennen müssen. Kann er dies, ist geklärt, ob es sich um einen Inhaberverkäufer handelt oder um einen Leerverkäufer und wohl auch, ob sich ein solcher einer in- oder einer ausländischen Depotbank bediente.

Gegen diese schlichte Subsumtion unter die Beweislastregeln im Steuerrecht wird in der Literatur ausgeführt, dass dies „jedem Gerechtigkeitsempfinden“ widerspreche,<sup>272</sup> und dass der Steuerpflichtige „schutzbedürftig“ sei.<sup>273</sup>

Dazu sei folgendes angemerkt: Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen geht es um gezielte Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag in Milliardenhöhe, diese Transaktionen sind nicht zufällig durch besonders schutzwürdige Marktteilnehmer entstanden. Derjenige, der in Milliardenhöhe bis 2011 Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert bekommen hat und des Weiteren die Aktien sofort wieder kursgesichert weiterverkauft, sollte in der Regel wissen, was er tut und entsprechend beraten sein.<sup>274</sup> Die Personen, die solche Geschäfte tätigten,

<sup>271</sup> So auch FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14, EFG 2016, S. 761 ff. (für eine ungekürzte Fassung vgl. NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. AAAAF-69848); Schön (2015), S. 127 f.

<sup>272</sup> Vgl. Klein (2013), S. 1056.

<sup>273</sup> Vgl. Derlien/Kern (2013), S. 1943 ff.

<sup>274</sup> Siehe oben, Gliederungspunkte 2.4 und 2.5.



wussten, dass ihr Geschäftserfolg ganz entscheidend von der mehrmaligen Kapitalertragsteueranrechnung abhängig ist und sie wussten auch, dass das Gesetz in § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG bereits nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut als Anrechnungsvoraussetzung fordert, dass auf die ihnen zuzurechnenden Einkünfte Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Diese Personen hätten auch wissen müssen, dass es nach der allgemeinen und bekannten Beweislastgrundregel an ihnen selbst liegt, zu beweisen, dass die Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde. Wer sich in einer solchen Situation auf das Glatteis einer erhofften Beweislastumkehr (Ausnahme von der Regel!) begibt, ohne dass dies für solche Situationen je durch ein Gericht entschieden wurde, ist nicht schutzwürdig.<sup>275</sup> Er hätte das Geschäft angesichts dieser Unsicherheiten nicht in der Anonymität machen sollen, sondern direkt mit einem Verkäufer. Ob ein solches Geschäft je zustande gekommen wäre, ist eine andere Frage.

Im Übrigen: Wer sonst in der Wirtschaft Geschäfte in dieser Größenordnung abschließt, tätigt regelmäßig umfangreichste Untersuchungen (Due Diligence) und versucht sich gegen alle Risiken (auch Steuerrisiken), insbesondere aber gegen solche Risiken abzusichern, die betragsmäßig den erhofften Profit aus dem Geschäft um ein Vielfaches übersteigen. Eine solche Situation liegt hier vor. Wenn diese Absicherung aber nicht gelingt, muss sich der Anleger entscheiden, ob er das Geschäft dennoch tätigen wird. Wer sich dann aber für das Geschäft entscheidet, weiß was er tut und ist nicht schutzwürdig. Auch der Vorwurf der Ungerechtigkeit erscheint vor diesem Hintergrund in einem neuen Licht. Ungerecht erscheint das hier gefundene Ergebnis nur für „normale“ Aktienkäufer, die zufällig Aktien cum Dividende gekauft und ex Dividende geliefert bekommen haben und die Aktien dauerhaft im Bestand halten, trifft doch auch diese Erwerber die Beweislast. Diesen ist es aber freilich unbenommen, die Bescheinigung beim Finanzamt vorzulegen. Die Bescheinigung bleibt ein Indiz und die Behörde bzw. das Finanzgericht kann es bei der Beweiswürdigung gleichwohl berücksichtigen. Bei der Beweiswürdigung wird auch zu berücksichtigen sein, ob die Aktien dauerhaft gehalten wurden und welche Höhe das Transaktionsvolumen aufgewiesen hat. Dies ermöglicht auch weiterhin zu „gerechten“ Ergebnissen zu kommen. Den Leerkäufern ist es - falls sie sich ungerecht behandelt fühlen - im Übrigen unbenommen, sich gegebenenfalls bei ihrer Depotbank, beim zentralen Kontrahenten oder - falls ermittelbar - beim wirtschaftlichen Verkäufer schadlos zu halten.<sup>276</sup> Dadurch ist der Streit dann auch dorthin verlagert, wo er hingehört.

---

<sup>275</sup> So im Ergebnis auch Schön (2015), S. 128 f.

<sup>276</sup> Vgl. Amann (2012), S. 36.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass bei unaufklärbaren Sachverhalten den Aktienerwerber die Beweislast dafür trifft, dass auf die von ihm erzielten Bezüge Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug einbehalten wurde. Um dies bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen um den Dividendenstichtag beweisen zu können, ist es grundsätzlich erforderlich, dass der Leerkäufer den Verkäufer kennt. Allein durch die Bescheinigung kann er das nicht beweisen.

#### **3.2.3.2.2 Anscheinsbeweis**

Zu beantworten bleibt noch die Frage, ob der die Anrechnung Begehrende durch Vorlage der Bescheinigung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises beweisen kann, dass auch die anderen Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt sind. Von Anscheinsbeweis („prima facie“-Beweis) spricht man, wenn aufgrund gesicherter Erfahrung wegen eines typischen Geschehensablaufs bestimmte Sachverhalte mit hoher Wahrscheinlichkeit feststehende Ursachen haben.<sup>277</sup> Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf wäre es also erforderlich, dass es der typische Geschehensablauf ist, dass jemand, der Aktiengeschäfte um den Dividendenstichtag tätigte und eine Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegen kann, auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt.

Wie die Cum/Ex-Geschäfte in der Leerverkaufsvariante in Milliardenhöhe beweisen, ist es nicht gerade der typische Geschehensablauf, dass jeder Bescheinigung auch erhobene Kapitalertragsteuer zugrunde liegt. Folglich versagen die Grundsätze des Anscheinsbeweises schon aus diesem Grund. Zu fragen ist eher, ob der Anscheinsbeweis dafür spricht, dass die Voraussetzungen gerade nicht vorlagen.<sup>278</sup> Darauf kommt es aber nicht an, da nach der allgemeinen Beweislastregel - wie gerade ausgeführt - der die Anrechnung Begehrende ohnehin die Beweislast dafür trägt, dass auf seine Einkünfte Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

### **3.2.4 Konsequenzen für die Beteiligten**

#### **3.2.4.1 Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO?**

Die Frage, ob bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO vorliegt, stellt sich, anders als im Fall der Cum/Cum-Geschäfte,<sup>279</sup> aufgrund der in diesem Gutachten vertretenen Rechtsauffassung nicht.

<sup>277</sup> Vgl. bspw. Fu (2016), § 96 FGO, Rn. 29.

<sup>278</sup> So auch Schön (2015), S. 129.

<sup>279</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.1.2.3.

Gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 AO liegt ein Missbrauch vor, „wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt.“

Es muss folglich eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt worden sein.

Das Vorliegen einer unangemessenen rechtlichen Gestaltung wird, wie oben ausführlich dargelegt, verneint. Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen konnte es nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten niemals zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer und somit zu einem Steuervorteil beim Leerkäufer kommen. Denn die Anrechnungsvoraussetzungen waren bis zum Jahr 2006 einschließlich generell nicht und in den Jahren 2007 bis 2011 dann nicht erfüllt, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat. Insoweit gab es keine Gesetzeslücke.<sup>280</sup>

#### 3.2.4.2 Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis zum Jahr 2006 einschließlich die Voraussetzungen zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer beim Leerkäufer nie und ab dem Jahr 2007 dann nicht erfüllt waren, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat, ist der objektive Tatbestand des § 370 AO in der Person des Leerkäufers stets erfüllt, falls dieser die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer geltend gemacht hat.<sup>281</sup> Dies deshalb, da dem Leerkäufer die Anrechnung der Kapitalertragsteuer nicht möglich ist und er diese durch Vorlage der Bescheinigung dennoch begehrt.

Zu klären ist, ob auch der subjektive Tatbestand des § 370 AO erfüllt ist. Dies ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig, und es wird zu prüfen sein, ob der Leerkäufer zumindest dolus eventualis hatte, das heißt ob er billigend in Kauf nahm, dass er entweder keine Einkünfte im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielte (dies gilt für die Jahre bis 2006 einschließlich) oder dass keine Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

<sup>280</sup> Folgt man der hier vertretenen Rechtsauffassung nicht, dürfte bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen von einem Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO auszugehen sein. Vgl. dazu ausführlich Schön (2015), S. 129 f.

<sup>281</sup> In den Fällen bis 2006 einschließlich auch noch zusätzlich insoweit, da die Dividendenkompensationszahlung als Schadensersatzleistung nicht unter § 8b Abs. 1 KStG fällt.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nie zur Verwirklichung des § 370 AO führen konnten.<sup>282</sup> Begründet wird dies u.a. damit, dass sich die jeweiligen Marktteilnehmer auf die Regierungsbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 aus dem Jahre 2006 berufen könnten und sich aus dieser ergeben würde, dass der Leerkäufer wirtschaftliches Eigentum hätte erwerben können und es Ziel der Gesetzesänderung gewesen sei, die Steuerausfälle zu verringern, nicht aber zu verhindern.<sup>283</sup> Daraus würde folgen, dass der Gesetzgeber der Auffassung war, dass bei Leerverkaufskonstellationen unter Einschaltung einer ausländischen Depotbank auf Seiten des Verkäufers die Anrechnung der nicht erhobenen Kapitalertragsteuer sich aus dem Gesetz ergeben würde. Folglich könne auch niemand Vorsatz zu einer Steuerhinterziehung gehabt haben, da man ja zu Recht davon ausgehen konnte, dass die Anrechnung gesetzmäßig sei.

Dem ist allerdings nicht so, denn in der Regierungsbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 heißt es: *„Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen insoweit verringert werden, als das inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut des Leerverkäufers zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet wird. Zusammen mit der nach allgemeinen Vorschriften von der Aktiengesellschaft abgeführten Kapitalertragsteuer soll soviel Quellensteuer erhoben werden, wie bei den Anteilseignern später steuerlich berücksichtigt wird.“*<sup>284</sup>

Mit Blick auf den subjektiven Tatbestand ist entscheidend, ob die handelnden Personen aufgrund dieser Ausführungen davon ausgehen konnten, dass das Gesetz es vorsah, dass auf Dividendenkompensationszahlungen ab dem Jahre 2007 nicht erhobene Kapitalertragsteuer angerechnet werden kann.

Davon gehen zahlreiche Autoren aus und argumentieren im Ergebnis, dass sich aus den zitierten Passagen der Regierungsbegründung ergeben würde, dass bei Einschaltung ausländischer Kreditinstitute durch den Leerverkäufer der Gesetzgeber gebilligt hätte, dass es insoweit zur Anrechnung nicht erhobener Kapitalertragsteuer kommen würde.<sup>285</sup> Allerdings ist das Gegenteil

<sup>282</sup> Vgl. hierzu Seer/Krumm (2013b), S. 1815 ff.; Derlien/Kern (2013), S. 1947; Matuszewski (2014), S. 2726; Desens (2014d), S. 2320, 2323 m.w.N.; Haritz/Werneburg (2015), S. 663.

<sup>283</sup> Vgl. hierzu Seer/Krumm (2013b), S. 1815 ff.; Derlien/Kern (2013), S. 1947; Matuszewski (2014), S. 2726; Desens (2014d), S. 2320, 2323 m.w.N.; Haritz/Werneburg (2015), S. 663.

<sup>284</sup> Vgl. Regierungsbegründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG, BT-Drs. 16/2712 vom 25.9.2006, S. 47 f.

<sup>285</sup> Vgl. Berger/Matuszewski (2011), S. 3097 ff.; Blumers/Elicker (2012), S. 3187; Derlien/Kern (2013), S. 1943 ff.; Desens (2012a), S. 142 ff.; ders. (2012c), S. 2473; ders. (2014c), S. 310; Englisch (2010), S. 1023 ff.; Haritz/Werneburg (2015), S. 657 ff.; Klein (2013), S. 1054 ff.; ders., (2015), S. 726 ff., 731; Podewils (2010), S. 391 ff.; ders. (2011), S. 69 ff.; ders. (2013), S. 481 ff.; Podewils/Zink (2013), S. 177 ff.

der Fall: Zum einen hat der Gesetzgeber im zitierten Absatz, in dem er von der „Verringerung“ spricht, explizit das Ziel formuliert, dass soviel Quellensteuer erhoben werden soll, wie bei den Anteilseignern später steuerlich berücksichtigt wird. Zum anderen steht damit das Ziel der Verringerung von Steuerausfällen nicht in Widerspruch, da die Vorlage von Bescheinigungen immer das Risiko in sich birgt, dass nicht erhobene Kapitalertragsteuer auch erstattet wird, da der Fiskus dies im Massenverfahren gegebenenfalls nicht prüft. Zusätzlich, und auch das dürfte entscheidend sein, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung an keiner Stelle, dass ab dem Jahr 2007 eine nicht erhobene Kapitalertragsteuer zur Anrechnung gelangen soll. Aus dem Gesetz ergibt sich das - wie dargelegt<sup>286</sup> - ebenfalls nicht.

Hiergegen wird vorgebracht, dass es aufgrund der zahlreichen Literaturbeiträge gut vertretbar sei, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zur mehrfachen Anrechnung der Kapitalertragsteuer führen könnten und der Gesetzgeber wegen Untätigkeit bzw. Halbherzigkeit es erst ermöglicht habe, diese Cum/Ex-Geschäfte zu tätigen. Schon aus diesem Grunde sei es bedenklich, strafrechtlich vorzugehen.<sup>287</sup> Diese Auffassung wird nicht geteilt. Es haben zwar zahlreiche Autoren diese Auffassung vertreten, diese lässt sich aber - wie ausführlich dargelegt - weder mit dem Gesetz noch mit der Rechtsprechung begründen. Darüber hinaus sind die jeweiligen Aufsätze zu großen Teilen erst zu einem Zeitpunkt erschienen, zu dem die Geschäfte nicht mehr getätigt wurden. Es entsteht vielmehr rückblickend der Eindruck, dass diese Auffassung des Bestehens einer Gesetzeslücke herbeigeschrieben worden ist.

Damit verbleibt als Fazit, dass die Akteure, die Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen tätigten, nicht für sich in Anspruch nehmen können, dass sie berechtigterweise davon ausgingen, es sei der Wille des Gesetzgebers gewesen, nicht erhobene Kapitalertragsteuer anzurechnen. Es ist allerdings Tatfrage, ob die jeweiligen Akteure nicht gleichwohl davon ausgingen. Durch die Strafgerichte wird zu klären sein, ob § 370 AO im Einzelfall erfüllt ist.

Das Landgericht Köln hat mittlerweile in seinem Beschluss vom 16.7.2015, in dem eine Beschwerde gegen einen amtsgerichtlich verfügten Durchsuchungsbeschluss im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen abgewiesen wurde, festgestellt, dass

*„die Vornahme von Cum/Ex-Geschäften mit ungedeckten Leerverkäufen von Aktien, bei denen eine Abführung der Kapitalertragsteuer nicht erfolgt, den Straftatbestand des § 370 Abs. 1*

<sup>286</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.

<sup>287</sup> Vgl. Seer/Krumm (2013a), S. 1758; ders. (2013b), S. 1815.



*Nr. 1 AO erfüllt, falls ein entsprechender Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuer gestellt wurde.*<sup>288</sup>

Die Ermittlungen in diesem Fall dauern noch an.

Die Strafgerichte werden auch zu klären haben, wer gegebenenfalls zum Täterkreis in Mittäterschaft (allen voran die im Ausland sitzenden Leerverkäufer, die Initiatoren etc.) gehört,<sup>289</sup> ob jemand mittelbarer Täter ist (z.B. der Leerverkäufer und die Initiatoren, falls der Leerkäufer doloses Werkzeug gewesen sein sollte) und wer sich gegebenenfalls der Anstiftung (z.B. die Banken und Berater, die solche Konzepte vertrieben) oder Beihilfe (z.B. die Berater der Initiatoren und des Leerverkäufers sowie gegebenenfalls auch die Berater des Leerkäufers) schuldig gemacht hat. Betroffene werden, wie in der Literatur<sup>290</sup> bereits zuvor vertreten, gegebenenfalls über die Möglichkeit der Selbstanzeige nachzudenken haben.

### **3.2.4.3 Haftung der Banken gemäß § 45a Abs. 7 EStG**

§ 45 a Abs. 7 EStG ist eine Haftungsvorschrift für den Aussteller von unrichtigen Kapitalertragsteuerbescheinigungen.

Gemäß § 45a Abs. 7 EStG gilt:

*„Der Aussteller einer Bescheinigung, die den Absätzen 2 bis 5 nicht entspricht, haftet für die auf Grund der Bescheinigung verkürzten Steuern oder zu Unrecht gewährten Steuervorteile“.*

Weiter oben wurde ausführlich dargelegt, dass die Depotbanken des Leerkäufers nur in dem Fall, dass sich der Leerverkäufer in den Jahren 2007 bis 2011 einer inländischen Depotbank bediente, befugt waren, Bescheinigungen für die Kapitalertragsteuer im Sinne des § 45a Abs. 2 und 3 EStG auszustellen, in allen anderen Fällen aber nicht.<sup>291</sup> Das heißt in den anderen Fällen, also allen Fällen bis zum Jahr 2006 einschließlich und ab dem Jahr 2007 in den Fällen, bei denen sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente, waren die Bescheinigungen falsch.

<sup>288</sup> Vgl. LG Köln vom 16.7.2015, 106 Qs 1/15, juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775. Siehe dazu auch die Anmerkung von Ebner (2015).

<sup>289</sup> Siehe hierzu oben die aufgezeigten Gestaltungsvarianten, Gliederungspunkt 2.4.1.

<sup>290</sup> So ausdrücklich Amann (2012), S. 36.

<sup>291</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.4.

Nach dem Wortlaut der Norm ist die schlichte Rechtsfolge, dass der Aussteller der Bescheinigung dem Fiskus haftet. Auf ein Verschulden kommt es insoweit nicht an.<sup>292</sup> Mit anderen Worten: Selbst wenn die Depotbank des Leerkäufers nicht erkannt haben sollte, dass es sich um einen Leerverkauf gehandelt hat, haftet sie dem Fiskus für den ihm entstandenen Schaden.

Sollte der Fiskus seine Ansprüche in dieser Hinsicht kompromisslos durchsetzen, könnte dies einige Depotbanken in finanzielle Schwierigkeiten bringen. Dies deshalb, da sie an den Geschäften vergleichsweise wenig verdient haben dürften, aber für den gesamten Schaden haften.

Das Ergebnis mag auf den ersten Blick unbillig erscheinen, ist es aber nicht. Den Depotbanken war nämlich bekannt, wann Aktien eingeliefert wurden und wie lange sie gehalten wurden. Wurden Aktien nach dem Dividendenstichtag in das Depot des Leerkäufers eingeliefert und hat dieser gleichwohl eine Dividende genannte Zahlung erhalten, wusste die Depotbank, dass es sich um ein Cum/Ex-Geschäft gehandelt haben muss und dass ein Leerverkaufsfall vorgelegen haben könnte. Sie musste auch wissen, dass sie bei falschen Bescheinigungen nach § 45a Abs. 7 EStG haftet. Gleichwohl haben die Banken offensichtlich ohne weitere Nachfragen die Bescheinigungen für Aktiendepots mit Milliardenbeständen, die nur ganz kurzfristig gehalten wurden (auch das wussten die Depotbanken, hatten sie doch die Depots gepflegt), erstellt. Es wäre den Depotbanken ohne weiteres möglich gewesen, sich bei ihren Kunden zu erkundigen und weitere Nachforschungen anzustellen, um welche Art von Geschäften es sich hier handelte. Angesichts der Haftung der Banken war das für die Banken auch ein Hochrisikogeschäft, es wird gegebenenfalls bankenintern aufzuarbeiten sein, warum die internen Kontrollsysteme hier ganz offensichtlich versagt haben.

#### **3.2.4.4 Rolle der Abschlussprüfer der Banken und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)**

Angesichts der durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen verursachten Steuerausfälle im Milliardenbereich und den um ein Vielfaches höheren Aktienwerten, die rund um die Dividendenstichtage der DAX-Konzerne hin und her transferiert wurden, ist prinzipiell insoweit auch die Rolle der Abschlussprüfer der Banken und die Rolle der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu hinterfragen. Diese Frage drängt sich auf, sie ist aber nicht in den

---

<sup>292</sup> Vgl. Lindberg in Blümich (2016), § 45a, EStG, Rn. 16.

vorliegenden Gutachterauftrag eingeschlossen. Deshalb werden nachfolgend nur die grundsätzlichen Fragen angesprochen, ohne darauf Antworten zu geben.

Wie weiter oben dargelegt wurde und weiter unten noch erörtert wird, waren Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen in Bankenkreisen spätestens seit dem Jahr 2002 bekannt. Dies ist das Jahr, in dem der Bundesverband deutscher Banken das Bundesministerium der Finanzen erstmals über diese Geschäfte in einem Schreiben informiert hat. Es ist zu vermuten, dass es dabei um Haftungsfragen der inländischen Depotbanken der Leerkäufer ging und dass die Geschäfte in Bankenkreisen bereits früher bekannt waren, da solch ein Schreiben nicht von heute auf morgen entsteht. Im Fachschrifttum wurde über diese Geschäfte erstmals im Jahr 2007 berichtet, nachdem Änderungen hinsichtlich der Dividendenkompensationszahlung im Jahressteuergesetz 2007, das im Jahr 2006 beschlossen wurde, vollzogen wurden.<sup>293</sup> In Fachkreisen lagen Informationen über Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen und deren Problematik somit frühzeitig vor.

Aufgrund der enormen Haftungsrisiken, denen die Depotbanken - wie gerade erörtert - aufgrund fehlerhafter Kapitalertragsteuerbescheinigungen gemäß § 45a Abs. 7 EStG ausgesetzt sind, ist insoweit die Rolle ihrer Abschlussprüfer zu hinterfragen, falls die Jahresabschlüsse keine entsprechenden Rückstellungen (wovon auszugehen ist) vorsahen und gleichwohl Testate erteilt worden sein sollten. Bei Banken, die als Leerkäufer in Erscheinung getreten sein sollten, ist etwa zu fragen, ob die Gründe für die im Einzelfall enormen Kapitalertragsteuererstattungen, die in den Gewinn- und Verlustrechnungen ausgewiesen wurden, in Erfahrung gebracht wurden und Nachforschungen (etwa im Bereich der Risikoprüfung und der Prüfung des internen Kontrollsystems der Banken) angestellt wurden, ob Anhaltspunkte für Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen vorlagen und wie die Banken damit umgingen.

Die Rolle der BaFin ist insoweit deshalb zu hinterfragen, weil sie auf einem wahren Datenschatz sitzt. Gemäß § 9 WpHG besteht eine Meldepflicht für Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Zweigniederlassungen im Sinne des § 53b des Kreditwesengesetzes an die BaFin über jedes Geschäft in Finanzinstrumenten, die zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen oder in den regulierten Markt oder den Freiverkehr einer inländischen Börse einbezogen sind.<sup>294</sup> Eingeschlossen in die Meldepflicht sind auch die außerbörslichen Over The Counter (OTC) Geschäfte. Der BaFin ist somit jede einzelne Transaktion bekannt. Warum die BaFin

---

<sup>293</sup> Für sämtliche Nachweise siehe oben, Gliederungspunkte 2.2.2 und 2.3.1.

<sup>294</sup> Vgl. dazu Rocholl (2005), S. 6.

angesichts der Aktientransaktionen rund um den Dividendenstichtag im Milliardenbereich keine Nachforschungen nach den Hintergründen dieser Transaktionen angestellt hat, entzieht sich meiner Kenntnis.

Entsprechend ist insoweit die Rolle der Abschlussprüfer der Banken und der BaFin auch im Fall der weiter oben angesprochenen Cum/Cum-Geschäfte zu hinterfragen, die bekanntlich immer noch durchgeführt werden.

### **3.2.5 Beurteilung des Handelns von Gesetzgeber und Finanzverwaltung**

#### **3.2.5.1 Rechtslage bis zum Jahr 2006 einschließlich**

Bis zum Jahr 2006 einschließlich galt, wie zuvor ausführlich dargelegt wurde und hier zum besseren Verständnis des Folgenden nochmals kurz zusammengefasst wird, für die steuerliche Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen folgende Rechtslage.

Die steuerliche Klassifikation der vom Leerverkäufer zu leistenden Dividendenkompensationszahlung war nicht gesondert geregelt, es handelte sich daher beim Empfänger, dem Leerkäufer, um eine normale Betriebseinnahme.<sup>295</sup>

Der Leerkäufer konnte damit mangels des Erwerbs des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien nicht den Einkünftebestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG in Form eines Dividendenbezugs erfüllen. Deshalb war der Leerkäufer auch nicht berechtigt, eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG zu begehren.<sup>296</sup> Sofern der Leerkäufer das trotzdem getan hat, ist davon auszugehen, dass der Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO erfüllt ist.<sup>297</sup>

Für die Depotbanken der Leerkäufer bedeutete dies, dass sie für die Dividendenkompensationszahlungen keine Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Abs. 3 EStG ausstellen durften, unabhängig davon, ob sich der Leerverkäufer einer in- oder ausländischen Depotbank bediente. Haben die Depotbanken der Leerkäufer trotzdem Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt, waren diese falsch und die Depotbanken haften gemäß § 45a Abs. 7 EStG neben den Leerkäufern für den Steuerschaden.<sup>298</sup>

<sup>295</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

<sup>296</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1.

<sup>297</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.4.2.

<sup>298</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.4.3.

Die Rechtslage sowie die Rechtsfolgen waren also eindeutig, es konnte nicht zu einer zwei- oder mehrmaligen Anrechnung bzw. Erstattung einer nur einmal einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer kommen.

Es spricht rückblickend viel dafür, dass es das Haftungsproblem der Depotbanken gemäß § 45a Abs. 3 EStG war, das den Bundesverband deutscher Banken am 20.12.2002 veranlasste, an das Bundesministerium der Finanzen einen vierseitigen Brief zu schicken.<sup>299</sup> Es stellt sich nämlich die Frage, aus welchen Gründen sich der Bankenverband sonst an das Bundesministerium der Finanzen wenden sollte? Allerdings wird das Haftungsproblem gemäß § 45a Abs. 7 EStG in diesem Schreiben überhaupt nicht erwähnt, es wird nicht einmal angedeutet.

Der Bankenverband schlägt in seinem Schreiben eine Gesetzesänderung vor, die dazu führt, dass der Leerverkäufer, falls er sich einer inländischen Depotbank bedient, auf die Dividendenkompensationszahlung Kapitalertragsteuer einbehalten und abführen muss. Damit sei sichergestellt, dass den von den Depotbanken der Leerkäufer für diese Dividendenkompensationszahlungen ausgestellten Steuerbescheinigungen beim Leerverkäufer ein Kapitalertragsteuerabzug vorausging. Dem ist nichts hinzuzufügen, denn im Ergebnis würde zweimal Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt (beim Emittenten der Aktien und beim Leerverkäufer) sowie zwei Steuerbescheinigungen ausgestellt (für den zivilrechtlichen Aktieninhaber und für den Leerkäufer). Die Zusendung eines Formulierungsvorschlags für eine entsprechende Gesetzesänderung wird in dem Schreiben in Aussicht gestellt. Wie der folgende Abstimmungsprozess zwischen dem Bankenverband und dem Bundesministerium der Finanzen verlaufen ist, entzieht sich meiner Kenntnis.<sup>300</sup>

Aus dem Schreiben ergibt sich aber auch, dass der Bankenverband der Auffassung ist, dass im Fall der vorgeschlagenen Gesetzesänderung es dann zu einer zweifachen Bescheinigung der Kapitalertragsteuer (und damit zu der Gefahr einer unrechtmäßigen doppelten Anrechnung bzw. Erstattung) kommt, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bedient.

Auf Seite 4 des Schreibens des Bankenverbands heißt es:

---

<sup>299</sup> Vgl. Bankenverband (2002).

<sup>300</sup> Letztlich wurde der Vorschlag im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 vom Gesetzgeber auch umgesetzt, in dem die Dividendenkompensationszahlung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG den Dividenden gleichgestellt wurde. Siehe dazu unten, Gliederungspunkt 3.2.5.1.



*„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.“*

Das Schreiben des Bankenverbands ist jedoch an einer entscheidenden Stelle inhaltlich falsch. Es wird behauptet, dass neben dem zivilrechtlichen Aktieninhaber der Leerkäufer der wirtschaftliche Eigentümer der Aktien sei und als Dividendenbezieher die Kapitalertragsteuer anrechnen könne.

Auf Seite 2 des Schreibens des Bankenverbands heißt es dazu:

*„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.“*

Der Bankenverband unterstellt somit, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen insoweit eine Gesetzeslücke bestehe und begründet dies mit einer Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums. Es wurde weiter oben ausführlich begründet, dass diese Behauptung falsch ist.<sup>301</sup> Es entzieht sich meiner Kenntnis, wie der Bankenverband zu dieser falschen Behauptung kam.

Festzuhalten ist, dass das Bundesministerium der Finanzen bereits Ende des Jahres 2002 durch den Bankenverband über Abwicklungsprobleme bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen informiert wurde. Das Kernproblem liegt in den Kapitalertragsteuerbescheinigungen der inländischen Depotbanken der Leerkäufer, die falsch sind und bei den Depotbanken eine Haftung gemäß § 45a Abs. 7 EStG auslösen. Auch die besondere Problematik, dass zwei oder sogar mehr Steuerbescheinigungen ausgestellt werden, aber nur einmal Kapitalertragsteuer (beim Emittenten der Aktien) einbehalten wird, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank einschaltet, war ab diesem Zeitpunkt bekannt.

<sup>301</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1.

Hätte man seitens des Bundesministeriums der Finanzen dieses Kernproblem der Haftung erkannt, hätte man durch entsprechende Prüfungen bei den inländischen Depotbanken der Leerkäufer den Finger frühzeitig in die Wunde legen können. Allerdings hat der Bankenverband die Haftungsfrage, wie oben ausgeführt, in seinem Schreiben nicht erwähnt. Es ist mir nicht bekannt, welche Maßnahmen die Finanzverwaltung im Nachgang zu diesem Schreiben des Bankenverbands ergriffen haben. Einer Gesetzesänderung, wie vom Bankenverband vorgeschlagen, hätte es in Anbetracht der, wie oben ausgeführt, eindeutigen Rechtslage nicht bedurft.

Alternativ hätte man das Gesetz auch dahingehend ändern können, wie es durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz im Jahr 2011 geschehen ist. Mit Wirkung zum 1.1.2012 wurde durch den Ersatz des Schuldnerprinzips durch das Zahlstellenprinzip die bis dahin bestehende Sollbruchstelle zwischen dem Einbehalt und der Abführung der Kapitalertragsteuer beim Emittenten der Aktien einerseits sowie dem Ausstellen der Steuerbescheinigung durch die inländische Depotbank des (Leer-)Käufers der Aktien andererseits geschlossen.<sup>302</sup> Auch dies hätte der Bankenverband vorschlagen können.

### 3.2.5.2 Rechtslage zwischen 2007 und 2011

Vier Jahre nach dem o.a. Schreiben des Bankenverbands vom 20.12.2002 hat sich der Gesetzgeber den Vorschlag des Bankenverbands zu eigen gemacht und durch das Jahressteuergesetz 2007<sup>303</sup> die Dividendenkompensationszahlung den Dividenden gleichgesetzt. Insoweit ergänzt wurde der § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG um einen Satz 4.

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 heißt seitdem:

*„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert wurden“.*

Nach der Regierungsbegründung<sup>304</sup> zum Jahressteuergesetz 2007 ist diese Regelung die Grundlage für den Kapitalertragsteuerabzug auf Dividendenkompensationszahlungen nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG ab dem Jahr 2007. Die Verpflichtung zum Kapitalertragsteuerabzug

<sup>302</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.3.1.

<sup>303</sup> Vgl. Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007) vom 13.12.2006, BGBl. I, S. 2878.

<sup>304</sup> Vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 48.

betrifft den Verkaufsauftrag ausführende inländische Kreditinstitute, nicht dagegen ausländische Kreditinstitute.

Somit führte die Gesetzesänderung nur dann zu einer Verpflichtung zum Kapitalertragsteuerabzug, falls sich der Leerverkäufer einer inländischen Depotbank bediente. Bei der Einschaltung einer ausländischen Depotbank des Leerverkäufers, was in den bekannten Cum/Ex-Fällen regelmäßig der Fall war,<sup>305</sup> kam es weiterhin zu den beschriebenen enormen Steuerausfällen, falls die inländische Depotbank des Leerkäufers unberechtigterweise eine Steuerbescheinigung ausstellte. Dies alles wusste das Bundesministerium der Finanzen mit Blick auf das o.a. Schreiben des Bankenverbands vom 20.12.2002 seit vier Jahren. Rückblickend erschließt es sich mir deshalb nicht, wieso das Gesetz überhaupt geändert wurde, musste man doch davon ausgehen, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen bei Einschaltung ausländischer Depotbanken des Leerverkäufers auch unter der neuen Gesetzeslage nicht in den Griff zu bekommen waren.

Im Übrigen bestand die bis zum Jahr 2006 geltende Rechtslage für die Leerkäufer und deren inländische Depotbanken auch in den folgenden Jahren fort, falls der Leerverkäufer sich einer ausländischen Depotbank bediente. Beim Leerkäufer erfüllte die Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG nicht die Voraussetzungen zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, nunmehr aus dem Grund, dass zum einen die Steuerbescheinigung falsch war und zum anderen die Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlung nicht erhoben wurde. Hat der Leerkäufer die Anrechnung der Kapitalertragsteuer trotzdem begehrt, war somit weiterhin der Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO erfüllt. Die von den inländischen Depotbanken in solchen Fällen ausgestellten Steuerbescheinigungen waren weiterhin falsch, woraus ihre Haftung gemäß § 45a Abs. 7 EStG resultiert.

Am Jahressteuergesetz ist zusätzlich die Regierungsbegründung<sup>306</sup> zur Einführung des § 20 Abs. 1 Satz 4 EStG zu kritisieren. Sie ist widersprüchlich und enthält in einem Teil auch eine falsche Rechtsauffassung.

Auf Seite 47 heißt es wörtlich:

*„In dem Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufs, bei dem der Veräußerer die Aktien selbst erst beschaffen muss und der Erwerb dieser Wertpapiere durch den Veräußerer erst zu einem*

<sup>305</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 2.4.1.

<sup>306</sup> Vgl. BT-Drs. 16/2712.

*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.“*

Es ist unschwer zu erkennen, dass dieser Teil der Regierungsbegründung mit Ausnahme eines einzigen Buchstabens<sup>307</sup> von dem o.a. Schreiben des Bankenverbands vom 20.12.2002 wörtlich abgeschrieben wurde. Wie es dazu kommen konnte, ist mir nicht bekannt.

Dieser Teil der Regierungsbegründung ist im Übrigen inhaltlich falsch. Er enthält, was nicht weiter verwundert, die gleiche falsche Rechtsauffassung zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen,<sup>308</sup> wie sie im o.a. Schreiben des Bankenverbands zum Ausdruck gebracht wurde.

Rückblickend entsteht der Eindruck, dass diese (falsche) Rechtsauffassung der Bundesregierung aus dem Jahr 2007 noch viele weitere Jahre vorherrschte. Denn erst in einer Antwort der Bundesregierung vom 24.5.2013 auf eine Kleine Anfrage wird erstmals der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen richtig, das heißt in Einklang mit dem Wortlaut von § 39 Abs. 2 AO beantwortet.

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.“<sup>309</sup>*

Erst in seinem Schreiben vom 24.6.2015,<sup>310</sup> das noch immer nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht ist, hat auch das Bundesministerium der Finanzen diese richtige Rechtsauffassung bestätigt.

---

<sup>307</sup> In der Regierungsbegründung heißt es in der ersten Zeile „Leerverkaufs“, während es im Schreiben des Bankenverbands „Leerverkaufes“ heißt.

<sup>308</sup> Siehe nochmals oben, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1.

<sup>309</sup> BT-Drs. 17/13638, S. 10.

<sup>310</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 24.6.2015, IV C 1 - S 2252/13/10005 :003, DStR 2015, S. 1624 ff.

Es heißt wörtlich:

*„Bei Leerverkäufen kann auf den Erwerber allein schon wegen der Tatsache, dass der Verkäufer 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. ...“*

Außerdem ist die Regierungsbegründung widersprüchlich, da suggeriert wird, mit der erfolgten Einführung des § 20 Abs. 1 Satz 4 EStG durch das Jahressteuergesetz 2007 auch den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zugunsten des Leerkäufers in den Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen regeln zu wollen.

Dem war allerdings nicht so, es ging ausschließlich um die Einführung des § 20 Abs. 1 Satz 4 EStG, der die Dividendenkompensationszahlung den Dividenden gleichsetzte. Die Regelungen zum wirtschaftlichen Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO (und auch zu den Voraussetzungen für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG) wurden nicht geändert. Eine geänderte Rechtslage zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums wurde somit nicht geschaffen. Mehr ist dazu nicht zu sagen.<sup>311</sup>

Gleichwohl dürften sich die Marktteilnehmer durch diese widersprüchliche und zum Teil falsche Gesetzesbegründung und durch die Tatsache, dass durch das Jahressteuergesetz 2007 explizit verfügt wurde, dass lediglich auf Dividendenkompensationszahlungen unter Einschaltung inländischer Depotbanken des Leerverkäufers ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen war, in der Auffassung, es liege eine Gesetzeslücke vor, bestätigt gesehen haben. Es ist davon auszugehen, dass im Anschluss mehr Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen (stets unter Einschaltung ausländischer Depotbanken des Leerverkäufers) als je zuvor getätigt wurden.

Zu dieser Erkenntnis gelangte auch das Bundesministerium der Finanzen. In seinem Schreiben vom 5.5.2009<sup>312</sup> wird zu Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, bei denen sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente, festgestellt:

<sup>311</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.2.1.4.

<sup>312</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 5.5.2009, IV C 1 - S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, S. 631.



*„In derartigen Fällen besteht die Gefahr einer mehrfachen Bescheinigung von Kapitalertragsteuer in Steuerbescheinigungen im Sinne des § 45a Abs. 3 EStG, obwohl nur einmal Kapitalertragsteuer zu Lasten des rechtlichen Eigentümers der Aktien einbehalten worden ist und kein weiterer Abzug von Kapitalertragsteuer nach § 44 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erfolgte.“*

Diese Problematik war dem Bundesministerium der Finanzen aber durch das o.a. Schreiben des Bankenverbands bereits seit dem Jahr 2002 bekannt. Es wurde aber auch sieben Jahre später nicht gelöst. Denn in seinem Schreiben legte das Bundesministerium der Finanzen fest, dass bei Einschaltung einer ausländischen Depotbank des Leerverkäufers eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer beim Leerkäufer nur im Fall von Absprachen zwischen dem Leerverkäufer und dem Leerkäufer nicht mehr zulässig sein sollte. In diesen Fällen sei es dem Leerkäufer bekannt, dass ihm eine Steuerbescheinigung ausgestellt wurde, obwohl die darin ausgewiesene Kapitalertragsteuer nicht erhoben bzw. abgeführt worden sei. Darüber hinaus wurde die Anrechnung bzw. Erstattung der in der Bescheinigung ausgewiesenen Kapitalertragsteuer davon abhängig gemacht, dass zuvor ein Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater bescheinigt hat, dass es zu keinen Absprachen gekommen war (Berufsträgerbescheinigung).

Die Berufsträgerbescheinigung hat folgenden Wortlaut:<sup>313</sup>

*„Es liegen mir auf Grund des mir möglichen Einblicks in die Unternehmensverhältnisse und nach Befragung des Steuerpflichtigen keine Erkenntnisse über Absprachen des Steuerpflichtigen im Hinblick auf den über den Dividendenstichtag vollzogenen Erwerb der Aktien im Sinne der Steuerbescheinigung sowie entsprechender Leerverkäufe, bei denen § 44 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG keine Anwendung gefunden hat, vor.“*

Mit dem o.a. Schreiben bringt das Bundesministerium der Finanzen somit noch im Jahr 2009 seine Rechtsauffassung zum Ausdruck, dass bei Vorlage einer Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG eine mehrfache Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer möglich sei, falls eine Berufsträgerbescheinigung über nicht erfolgte Absprachen vorgelegt wurde. Auch diese Rechtsauffassung ist weder mit dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes noch mit der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs vereinbar. Wie weiter oben ausführlich erörtert, ist Tatbestandsvoraussetzung für die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer nicht

<sup>313</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 5.5.2009, IV C 1 - S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, S. 631.

nur die Vorlage einer (richtigen) Steuerbescheinigung, sondern darüber hinaus u.a. die Erhebung von Kapitalertragsteuer auf die vom Leerkäufer vereinnahmte Dividendenkompensationszahlung, an dieser jedoch fehlte es. Im Übrigen kann der Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG nicht entnommen werden, dass die darin ausgewiesene Kapitalertragsteuer erhoben bzw. abgeführt worden ist.<sup>314</sup> Daran ändert auch die Vorlage einer Berufsträgerbescheinigung nichts, auf Absprachen kommt es insoweit gar nicht an.

Es ist davon auszugehen, dass das o.a. Schreiben die Marktteilnehmer zusätzlich ermutigte, Cum-Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zunehmend über die Börse abzuwickeln, da in diesem Fall Absprachen nur sehr schwer nachzuweisen sind. Im Grundsatz hat das Bundesministerium der Finanzen mit dem o.a. Schreiben eine Art „Börsenklausel“ zur Legitimierung dieser Geschäfte „eingeführt“. Aus den o.a. Erfahrungen mit der Börsenklausel des § 50c EStG bei Cum/Cum-Geschäften hätte man eigentlich wissen müssen, dass Börsentransaktionen nur schwer zu durchschauen sind.<sup>315</sup>

In weiteren Schreiben vom 21.9.2010<sup>316</sup> und vom 3.3.2011<sup>317</sup> hat das Bundesministerium der Finanzen mit Bezug auf sein o.a. Schreiben vom 5.5.2009 spezifischere Regelungen für das Steuererstattungsverfahren im Zusammenhang mit Investmentanteilen Stellung bezogen.<sup>318</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesministerium der Finanzen bereits im Jahr 2002 durch ein Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken darüber in Kenntnis gesetzt worden ist, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen dann mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt wurden, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank einschaltete, obwohl nur einmal Kapitalertragsteuer abgeführt wurde. Dahinter verbargen sich Haftungsfragen der Banken, welche die Finanzverwaltung nicht erkannt hat. Das grundlegende Problem wurde erst durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz im Jahr 2011 beseitigt, in dem mit Wirkung zum 1.1.2012 das Schuldnerprinzip durch das Zahlstellenprinzip ersetzt wurde. Seitdem sind die die Dividenden auszahlenden Depotbanken sowohl zum Einbehalt als auch zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet (§ 44 Abs. 1 Satz 4 EStG). Somit wurde es unmöglich, dass mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt werden.

<sup>314</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.2.3.

<sup>315</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.1.1.

<sup>316</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 21.9.2010, IV C 1 - S 2252/09/10003 :004, BStBl. I 2010, S. 753.

<sup>317</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 3.3.2011, IV C 1 - S 2252/09/10003 :005, NWB-Datenbank, Dokumenten-Nr. KAAAD-62817.

<sup>318</sup> Zu Gestaltungsvarianten mit Investmentfonds siehe oben, Gliederungspunkt 2.4.1.2.

In der Zwischenzeit haben der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung das Problem nicht in den Griff bekommen. Vielmehr fühlten sich die Marktteilnehmer im Zeitablauf ermutigt, Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken der Leerverkäufer in immer größerem Stil zu tätigen. Auslöser war das Jahressteuergesetz 2007, in dem explizit verfügt wurde, dass lediglich auf Dividendenkompensationszahlungen unter Einschaltung inländischer Depotbanken des Leerverkäufers ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen war, um insoweit eine mehrfache Erhebung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auszuschließen. Hinzu kommen widersprüchliche und in Teilen auch falsche Rechtsauffassungen zu den Möglichkeiten der (mehrfachen) Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG beim Leerkäufer. Dies betrifft neben Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO insbesondere die Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG. Damit hat die Finanzverwaltung zum Ausdruck gebracht, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere beim Fehlen von Absprachen, entgegen der insoweit eindeutigen Gesetzeslage eine mehrfache Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer möglich sei. Dies hat die Marktteilnehmer zusätzlich motiviert, die Geschäfte über die Börse abzuwickeln.

### **3.2.6 Zwischenergebnis**

Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen verfügte neben dem Aktieninhaber auch der Leerkäufer über eine Steuerbescheinigung gemäß § 43a Abs. 3 EStG, die ihm seine inländische Depotbank ausstellte und mit der er die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG begehrte. Voraussetzung für die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer beim Leerkäufer ist nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG allerdings nicht allein die Vorlage der Steuerbescheinigung, sondern darüber hinaus auch noch, dass (1) Dividenden (ab 2007 auch Dividendenkompensationszahlungen) bezogen wurden und (2) auf diese Bezüge Einkommensteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.

Die genannten Voraussetzungen zur Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG beim Leerkäufer waren bis zum Jahr 2006 einschließlich generell nicht und in den Jahren 2007 bis 2011 dann nicht erfüllt, falls der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat. Bis zum Jahr 2006 einschließlich scheiterte die Anrechnung schon daran, dass der Leerkäufer mangels Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien gemäß § 39 Abs. 2 AO keine Dividende erzielte, dies aber Tatbestandsvoraussetzung der Anrechnung war; auf eine Dividendenkompensationszahlung konnte bis 2006 einschließlich

niemals die Kapitalertragsteuer angerechnet werden. In den Jahren 2007 bis 2011 scheiterte die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer daran, dass auf die Dividendenkompensationszahlung (die ab diesem Jahr grundsätzlich zur Anrechnung berechtigen konnte) keine Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Insoweit gab es zwischen 1999 und 2011 keine Gesetzeslücke. Auch aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs lässt sich kein anderes Ergebnis ableiten.

Es ist also festzuhalten: Nach dem eindeutigen Wortlaut der relevanten Steuergesetze war es rechtlich zwischen 1999 und 2011 zu keinem Zeitpunkt möglich, einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen bzw. erstattet zu bekommen.

Ist nicht aufklärbar, ob ein Leerverkauf vorlag oder ob der Leerverkäufer Kapitalertragsteuer einbehalten hat, trifft den potentiellen Leerkäufer die Beweislast, durch die Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG alleine kann er dies nicht beweisen.

Wurde vom Leerkäufer trotzdem die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG begehrt, ist davon auszugehen, dass der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO verwirklicht ist.

Neben dem Leerkäufer haften auch die Banken gemäß § 45a Abs. 7 EStG für den Steuerschaden, falls sie Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Abs. 3 EStG ausgestellt haben. Dies gilt bis zum Jahr 2006 einschließlich immer, falls eine Steuerbescheinigung bei Erwerben vom Leerverkäufer ausgestellt wurde, sowie für die Jahre 2007 bis 2011 einschließlich, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente. Der Fiskus ist gehalten, die Banken auch in Anspruch zu nehmen. Das könnte angesichts der finanziellen Größenordnungen für die betroffenen Banken gravierende Auswirkungen haben. Insoweit ist auch die Rolle der Abschlussprüfer der Banken, insoweit sie die Abschlüsse testiert haben, und die Rolle der Bundesanstalt für Finanzdienstaufsicht (BaFin), welche über Daten zu jeder einzelnen Börsentransaktion verfügt, zu hinterfragen.

Der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung haben durch ihr Handeln Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zusätzlich beflügelt. Im Jahressteuergesetz 2007 wurde - mit Blick auf die bis dahin eindeutige Gesetzeslage - ohne Not ein Vorschlag des Bankenverbands aufgegriffen und explizit verfügt, dass lediglich auf Dividendenkompensationszahlungen unter Einschaltung inländischer Depotbanken des Leerverkäufers ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen war, um insoweit eine mehrfache Erhebung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auszuschließen. Dadurch fühlten sich die Marktteilnehmer im Zeitablauf ermutigt, Cum/Ex-Geschäfte mit

Leerverkäufen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken der Leerverkäufer in immer größerem Stil zu tätigen. Auch die Finanzverwaltung hat das Problem nicht in den Griff bekommen. Vielmehr hat sie in einem Schreiben aus dem Jahr 2009 zum Ausdruck gebracht, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere beim Fehlen von Absprachen, entgegen der insoweit eindeutigen Gesetzeslage bei Vorlage einer Steuerbescheinigung gemäß § 45a Abs. 3 EStG eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer möglich sei. Dies hat die Marktteilnehmer zusätzlich motiviert, die Geschäfte über die Börse abzuwickeln.

Das Problem einer mehrfachen Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer wurde erst durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz beseitigt, in dem mit Wirkung zum 1.1.2012 das Schuldnerprinzip durch das Zahlstellenprinzip ersetzt wurde. Seitdem sind die Dividenden auszahlenden Depotbanken sowohl zum Einbehalt als auch zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet (§ 44 Abs. 1 Satz 4 EStG). Somit wurde es unmöglich, dass mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt werden.

#### 4 Ergebnis

Bezüglich des Dividendenstripings in den Varianten Cum/Cum-Geschäfte sowie Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf sind zusammengefasst folgende Ergebnisse festzuhalten.

Cum/Cum-Geschäfte:<sup>319</sup>

- Bei Cum/Cum-Geschäften kann es nicht zu einer mehrfachen Anrechnung bzw. Erstattung nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalersteuer (bzw. Körperschaftsteuer<sup>320</sup> bis zum Jahr 2000 einschließlich) kommen. Denn diesen Geschäften liegt regelmäßig kein Leerverkauf zugrunde.
- Bei Cum/Cum-Geschäften, die seit dem Jahr 2001 in Form des Aktienkaufs oder der Wertpapierleihe vorgenommen werden, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob wirtschaftliches Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO auf den Käufer bzw. den Verleiher übergegangen ist oder nicht. Sollte das wirtschaftliche Eigentum übergegangen sein, kommt es wiederum auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an, ob ein Missbrauch steuer-

<sup>319</sup> Siehe oben, Gliederungspunkte 3.1.1.4 und 3.1.2.6.

<sup>320</sup> Dem Vernehmen nach könnten verunglückte Einzelfälle zu Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf vorgelegen haben. Siehe dazu und zu einer Würdigung oben, Gliederungspunkt 2.3.4.



licher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO vorliegt. Bei den jüngst bekannt gewordenen Fällen ist dies zu vermuten. Konsequenz wäre, dass zu Unrecht Kapitalertragsteuer in Milliardenhöhe angerechnet oder erstattet wurde.

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf:<sup>321</sup>

- Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf war es nach dem eindeutigen Wortlaut der relevanten Steuergesetze rechtlich zwischen 1999 und 2011 zu keinem Zeitpunkt möglich, einmal einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen bzw. erstattet zu bekommen.
- Wurde vom Leerkäufer trotzdem die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG begehrt, ist davon auszugehen, dass der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO verwirklicht ist.
- Neben dem Leerkäufer haften auch die Banken gemäß § 45a Abs. 7 EStG für den Steuerschaden, falls sie Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Abs. 3 EStG ausgestellt haben. Dies gilt bis zum Jahr 2006 einschließlich immer, falls eine Steuerbescheinigung bei Erwerben vom Leerverkäufer ausgestellt wurde, sowie für die Jahre 2007 bis 2011 einschließlich, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente.

---

<sup>321</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt 3.2.6.

**Literaturverzeichnis**

- Amann, S. (2012), Keine mehrfache Anrechnung von KapEST bei Cum-Ex-Aktiengeschäften, *Der Betrieb Steuerrechtsprechung kompakt* 2012, S. 33-36.
- Amann, S. (2016), Voraussetzungen für KapEST-Anrechnung bei Cum/Ex-Aktiengeschäften, *Der Betrieb* 2016, S. 1463-1465.
- Anzinger, H. (2012), Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an girosammelverwahrten Aktien im System der Kapitalertragsteuer, *Recht der Finanzinstrumente* 2012, S. 394-403.
- Anzinger, H. (2016), Wesen, Reformbedürfnis und Reformoptionen des Investmentsteuerrechts, *Finanz-Rundschau* 2016, S. 101-111.
- Berger, H./Matuszewski, J. (2011), Dividendenstripping im Fokus der Finanzverwaltung: Aktuelle Zweifelsfragen rund um die Bescheinigung und Anrechnung von Kapitalertragsteuer, *Betriebs-Berater* 2011, S. 3097-3104.
- Berger, H./Scherl, G. (2000), Steuerrechtliche Aspekte des Dividend-Stripping, in: Grotherr, S. (Hrsg.), *Handbuch der internationalen Steuerplanung*, Herne 2000, S. 625-650.
- Bippus, B.E. (1994), Dividenden-Stripping: Strategien zur Vermeidung der Besteuerung inländischer Dividendenerträge ausländischer Anteilseigner, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1994, S. 945-960.
- Blumers, W./Elicker, M. (2012), Anmerkung zum Urteil des FG Hessen vom 8.10.2012 – 4 V 1661/11, *Betriebs-Berater* 2012, S. 3187-3188.
- Bruns, J.-W. (2010), Leerverkäufe und missbräuchliche Gestaltungen, *Deutsches Steuerrecht* 2010, S. 2061-2066.
- Bruns, J.-W. (2012), Streitfragen bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, *Deutsche Steuer-Zeitung* 2012, S. 333-340.
- Budras, S. (2016), Der größte Steuerbluff aller Zeiten, *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* vom 12.6.2016, S. 44.
- Büschgen, H.E. (1978), Beurteilung von Anteilen an Kapitalgesellschaften und Körperschaftsteuerreform, *Die Wirtschaftsprüfung* 1978, S. 13-39.

- Crezelius, G. (1995), Kodifizierte und rechtsprechungstypisierte Umgehungen, Steuer und Wirtschaft 1995, S. 313-325.
- Derlien, U./Kern, K. (2013), Die Herkunft der Arbitrage bei Cum/Ex-Geschäften – abgesprochen oder marktbedingt?, Betriebs-Berater 2013, S. 1943-1949.
- Desens, M. (2012a), Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag (“cum/ex“-Geschäfte) – Systemhistorie und normatives Vorverständnis, Deutsche Steuer-Zeitung 2012, S. 142-155.
- Desens, M. (2012b), Dividendenkompensationsleistungen nach Leerverkäufen – zugleich eine Replik zur Erwiderung von Stephan Rau, Deutsche Steuer-Zeitung 2012, S. 245-252.
- Desens, M. (2012c), Anrechnung der Kapitalertragsteuer nach Leerverkäufen über den Dividendenstichtag – Zum Beschluss des Hessischen FG vom 8. 10. 2012, 4 V 1661/11, DStR 2012, 2381, Deutsches Steuerrecht 2012, S. 2473-2477.
- Desens, M. (2014a), Erhebung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer als Voraussetzung für ihre Anrechnung nach Aktiengeschäften über den Dividendenstichtag (cum/ex-trades), Deutsche Steuer-Zeitung 2014, S. 154-165.
- Desens, M. (2014b), Arbitragen und Gestaltungsmissbräuche durch Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag (Teil I) – Arbitragen und Maßstab des § 42 AO bei cum/ex-Gestaltungen, Finanz-Rundschau 2014, S. 265-274.
- Desens, M. (2014c), Arbitragen und Gestaltungsmissbräuche durch Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag (Teil II) – Anwendung des § 42 AO auf cum/ex-Gestaltungen, Finanz-Rundschau 2014, S. 305-313.
- Desens, M. (2014d), Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Aktienhandel – Schlussfolgerungen aus BFH (I R 2/12, DStR 2014, 2012), Deutsches Steuerrecht 2014, S. 2317-2323.
- Dötsch, E. (1993), Standortsicherungsgesetz: Auseinanderfallen von Stammrecht und Dividendschein – Dividenden-Stripping, Der Betrieb 1993, S. 1842-1848.
- Duffie, D. (2012), Dark Markets, Princeton 2012.

- Ebner, M. (2015), Strafrechtliche Beurteilung von "Cum/ex"-Geschäften (Erschleichung von Kapitalertragsteuererstattungen) – Anmerkung zu LG Köln 6. Große Strafkammer, Beschluss vom 16.07.2015 – 106 Qs 1/15, jurisPR-SteuerR 40/2015, Anm. 1.
- Englisch, J. (2010), Wirtschaftliches Eigentum beim Kauf girosammelverwahrter Aktien, Finanz-Rundschau 2010, S. 1023-1031.
- Fehr, M./Ramthun, C. (2014), Ex-Steuertrick, WirtschaftsWoche vom 28.4.2014, S. 86-87.
- Fiand, A. (2016), Die Steigerung von Cum/Ex: Cum/Cum? Dividendenarbitragegeschäfte vor dem Hintergrund des BFH-Urteils vom 16. 4. 2014 - I R 2/12, Neue Wirtschaftsbriefe 2016, S. 344-351.
- Fu, R. (2016), in: Schwarz, B. (Hrsg.), AO/FGO Kommentar, Freiburg 2016 (169. Ergänzungslieferung), § 96 FGO.
- Gomber, P. (2000), Elektronische Handelssysteme, Berlin/Heidelberg 2000.
- Gosch, D. (2015), Sog. cum/ex-Geschäfte: Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien, BFH-PR 2015, S. 15-18.
- Habersack, M./Mülbert, P.O./Schlitt, M. (2013), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Aufl., Köln 2013.
- Haritz, D./Werneburg, M. (2015), Wie geht es weiter nach dem BFH-Urteil zu Cum/ex-Geschäften? Anmerkungen zum BFH-Urteil vom 16. 4. 2014 - I R 2/12, Neue Wirtschaftsbriefe 2015, S. 657-663.
- Iwersen, S./Votsmeier, V. (2016a), Der Bank-Überfall, Handelsblatt vom 28.1.2016, S. 1.
- Iwersen, S./Votsmeier, V. (2016b), Der Datenschatz des Mister Smith, Handelsblatt vom 28.1.2016, S. 4-6.
- Iwersen, S./Votsmeier, V. (2016c), Citi in Unruhe, Handelsblatt vom 22.3.2016, S. 4-5.
- Iwersen, S./Votsmeier, V. (2016d), Steuertricks mit Dividenden, Handelsblatt vom 3.5.2016, S. 1, 4-5.
- Jacobs, O.H. (Hrsg.) (1998), Unternehmensbesteuerung und Rechtsform, 2. Aufl., München 1998.

- Kempermann, M. (1981), in: Klein, F./Flockermann, P.G./Kühr, C. (Hrsg.), Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 3. Aufl., Neuwied 1981, § 50c EStG.
- Kempermann, M. (2016), in: Kirchhof, P./Söhn, H./Mellinghoff, R. (Hrsg.), Einkommensteuergesetz Kommentar, Heidelberg 2016 (267. Aktualisierung), § 5 EStG.
- Klein, H. (2013), Gewaltenteilung – Umgang der Finanzverwaltung mit der Legislative am Beispiel der Cum-ex-Geschäfte, Betriebs-Berater 2013, S. 1054-1057.
- Klein, H. (2015), Wirtschaftliches Eigentum bei Aktiengeschäften im Rahmen von „Cum/Ex-geschäften“ im Lichte der Rechtsprechung des I. Senats des BFH, Betriebs-Berater 2015, S. 726-735.
- Krawitz, N. (1994), Aktuelle Änderungen der einkommensteuerlichen Behandlung des sog. Dividenden-Stripping, Deutsches Steuerrecht 1994, S. 881-889.
- Kunz, J.H. (2009), Ausgewählte Rechtsprobleme des Zentralen Kontrahenten. Unter besonderer Berücksichtigung des Clearing-Systems an der Frankfurter Wertpapierbörse, Frankfurt 2009.
- Kußmaul, H./Kloster, F. (2016), Dividendenstripping erneut im Fokus des Gesetzgebers, Der Betrieb 2016, S. 849-857.
- Lindberg, K. (2016), in: Heuermann, B./Brandis, P. (Hrsg.), Blümich – Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Kommentar, München 2016 (131. Ergänzungslieferung), § 45a EStG.
- Matuszewski, J. (2014), Cum/ex-Geschäfte: Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien – Anmerkung zum BFH-Urteil vom 16.04.2014 – I R 2/12, Betriebs-Berater 2014, S. 2726.
- Podewils, F. (2010), Doppelte Steuererstattung durch „Dividenden-Stripping“ – Lukrative Aktiengeschäfte um den Dividendenstichtag, Die Aktiengesellschaft 2010, S. 391-397.
- Podewils, F. (2011), Neues zum „Dividenden-Stripping“ aus Finanzverwaltung und Rechtsprechung – steuer- und strafrechtliche Risiken am Horizont, Finanz-Rundschau 2011, S. 69-75.



- Podewils, F. (2013), Cum-ex-Geschäfte („Dividendenstripping“) weiterhin im Focus – steuerliche und strafrechtliche Implikationen, Finanz-Rundschau 2013, S. 481-490.
- Podewils, F. (2014), Roma locuta, causa finita? – eine Analyse des BFH-Urteils v. 16.4.2014 in Sachen „cum ex“, FR 2014, 1041, Finanz-Rundschau 2014, S. 1064-1069.
- Podewils, F./Zink, T. (2013), Aktiengeschäfte um den Dividendenstichtag – rechtliche und rechtsstaatliche Grundsätze versus Abwehr von Steuererstattungen durch „Totschlagargumente“, Deutsche Steuer-Zeitung 2013, S. 177-183.
- Rau, S. (2010), Leerverkäufe und doppelte Anrechnung von Kapitalertragsteuer, Deutsches Steuerrecht 2010, S. 1267-1271.
- Rau, S. (2011a), Leerverkäufe und mehrfache Anrechnung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag – Optimale Nutzung des Wertpapierregulierungsverfahrens Clearstreams bei girosammelverwahrten Aktien, Finanz-Rundschau 2011, S. 366-373.
- Rau, S. (2011b), Das neue Kapitalertragsteuererhebungssystem für inländische, von einer Wertpapiersammelbank verwahrte Aktien, Deutsches Steuerrecht 2011, S. 2325-2331.
- Rau, S. (2012), Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag („cum-ex“-Geschäfte) – eine kurze Erwiderung zum Beitrag von Prof. Dr. Desens, Deutsche Steuer-Zeitung 2012, S. 241-245.
- Rau, S. (2013), Leerverkäufe über den Dividendenstichtag – Probleme vor und nach der Neufassung des Kapitalertragsteuererhebungssystems für inländische, von einer Wertpapiersammelbank verwahrte Aktien, Deutsches Steuerrecht 2013, S. 838-843.
- Rau, S./Sahl, O. (2000), Nachbetrachtung auf ein denkwürdiges Urteil und Ausblick auf weitere Entwicklungen, Betriebs-Berater 2000, S. 1112-1116.
- Rocholl, J. (2005), Discriminatory auctions with seller discretion: evidence from German treasury auctions, Deutsche Bundesbank Discussion Paper Series 1: Economic Studies No 15/2005, Frankfurt 2005.
- Schmidt, L. (1982), in: Schmidt, L. (Hrsg.), Einkommensteuergesetz Kommentar, 1. Aufl., München 1982, § 50c EStG.

- Schmidt, L. (1993), in: Schmidt, L. (Hrsg.), Einkommensteuergesetz Kommentar, 12. Aufl., München 1993, § 50c EStG.
- Schön, W. (2015), Cum-/Ex-Geschäfte – materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Fragen, Recht der Finanzinstrumente 2015, S. 115-131.
- Schwarz, B. (2016), in: Schwarz, B. (Hrsg.), AO/FGO Kommentar, Freiburg 2016 (169. Ergänzungslieferung), § 4 AO.
- Schwenke, M. (2015), Cum/Ex-Geschäfte: Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien, Juris – die Monatszeitschrift 2015, S. 83-86.
- Seer, R./Krumm, M. (2013a), Die Kriminalisierung der Cum-/Ex-Dividende-Geschäfte als Herausforderung für den Rechtsstaat (Teil 1), Deutsches Steuerrecht 2013, S. 1757-1764.
- Seer, R./Krumm, M. (2013b), Die Kriminalisierung der Cum-/Ex-Dividende-Geschäfte als Herausforderung für den Rechtsstaat (Teil 2), Deutsches Steuerrecht 2013, S. 1814-1818.
- Seip, H.-J./Füllbier, A. (2007), Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendentstichtag, Betriebs-Berater 2007, S. 477-479.
- Sorgenfrei, U. (1997), „Bilaterales Dividenden-Stripping“ und Kapitalverkehrsfreiheit (Teil I), Internationales Steuerrecht 1997, S. 705-711.
- Sorgenfrei, U. (2008), Dividenden-Stripping und (k)ein Ende?, Internationales Steuerrecht 2008, S. 326-328.
- Spengel, C./Eisgruber, T. (2015), Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum/Ex-Geschäften, Deutsches Steuerrecht 2015, S. 785-801.
- Stenzel, S. (1995), Außerbörslicher Aktienhandel, Berlin 1995.
- Storg, A. (2007), Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen, Neue Wirtschaftsbriefe 2007, Fach 3, S. 169-174.
- Teichert, S. (2009), Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, Frankfurt 2009.
- Votsmeier, V. (2013), Brand im Kasino, JUVE Rechtsmarkt 03/2013, S. 62-69.

Weber-Grellet, H. (2016), in: Schmidt, L. (Begr.), Einkommensteuergesetz Kommentar, 35. Aufl., München 2016, § 5 EStG.

### Internetquellen

Brächer, M. (2016), Milliardenzahlung für Kunden der Maple Bank, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/bankenpleite-milliardenzahlung-fuer-kunden-der-maple-bank/13308990.html>, Stand 19.7.2016.

Bankenverband (2002), Schreiben an das Bundesfinanzministerium vom 20.12.2002 zur Abwicklung von Aktiengeschäften an der Börse in zeitlicher Nähe zum Ausschüttungstermin, [http://lindenpartners.eu/wp-content/uploads/2013/07/130710\\_Stellungnahme\\_Cum-Ex-Geschaefte.pdf](http://lindenpartners.eu/wp-content/uploads/2013/07/130710_Stellungnahme_Cum-Ex-Geschaefte.pdf), Anlage 4, Stand 19.7.2016.

Clearstream Banking AG (2012), Allgemeine Geschäftsbedingungen der Clearstream Banking AG, <http://www.clearstream.com/blob/12428/9e58ca35aaa7593316d14631862b568b/general-terms-and-conditions-clearstream-banking-frankfurt-de-data.pdf>, Stand 19.7.2016.

Desens, M. (2016), Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode, <https://www.bundestag.de/blob/418578/34337486ca25ab0119bb0adf3a779469/desens-data.pdf>, Stand 19.7.2016.

Frankfurter Wertpapierbörse (2015), Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse, [http://www.deutsche-boerse-cash-market.com/blob/1668980/95f603a6b8d3549df5b5119bf3df3b1a/data/2015-11-30\\_Bedingungen-fuer-Geschaefte-an-der-Frankfurter-Wertpapierboerse.pdf](http://www.deutsche-boerse-cash-market.com/blob/1668980/95f603a6b8d3549df5b5119bf3df3b1a/data/2015-11-30_Bedingungen-fuer-Geschaefte-an-der-Frankfurter-Wertpapierboerse.pdf), Stand 19.7.2016.

Iwersen, S./Votsmeier, V. (2016e), Banken ohne Anstand, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/cum-ex/cum-ex-geschaefte-banken-ohne-anstand/13018116.html>, Stand 19.7.2016.

Iwersen, S./Votsmeier, V. (2016f), Vom Renditeturbo zum Karrierekiller: Cum-Ex-Deals – Die Chronik, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/cum-ex/vom-renditeturbo-zum-karrierekiller-cum-ex-deals-die-chronik/13033390.html>, Stand 19.7.2016.

- lindenpartners (2013), Stellungnahme zur Antwort der Bundesregierung „Steuerausfälle durch ungerechtfertigte Erstattungen von Kapitalertragsteuer“ (BT-Drucks. 17/13638), [http://lindenpartners.eu/wp-content/uploads/2013/07/130710\\_Stellungnahme\\_Cum-Ex-Geschaefte.pdf](http://lindenpartners.eu/wp-content/uploads/2013/07/130710_Stellungnahme_Cum-Ex-Geschaefte.pdf), Stand 19.7.2016.
- Löer, W./Mönnich, A./Rauss, U./Schröm, U. (2014), Maschmeyer, Slomka & Co – Die fragwürdigen Deals der Prominenten in der Schweiz, <http://www.stern.de/investigativ/maschmeyer-slomka-co-die-fragwuerdigen-deals-der-prominenten-in-der-schweiz-2097533.html>, Stand 19.7.2016.
- Mügge, K. (2016), Cum-Ex-Geschäfte und Steuerhinterziehung – Commerzbank offenbar im Visier der Ermittler, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/commerzbank-125.html>, Stand 19.7.2016.
- Ramthun, C. (2015a), Schäuble-Berater – Wie Banken den Fiskus hintergehen, <http://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/schaeuble-berater-wie-banken-den-fiskus-hintergehen/11769584.html>, 19.7.2016.
- Ramthun, C. (2015b), Dividenden-Stripping – Schäuble knöpft sich Milliarden-Trickser vor, <http://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/dividenden-stripping-schaeuble-knoepft-sich-milliarden-trickser-vor/11775674.html>, Stand 19.7.2016.
- Schwenke, M. (2016), Im Fokus des BFH: Übergang wirtschaftlichen Eigentums bei Aktiengeschäften, <http://finanzen.ruw.de/rdf-news/standpunkte/Im-Fokus-des-BFH-uebergang-wirtschaftlichen-Eigentums-bei-Aktiengeschaeften-28949>, Stand 19.7.2016.
- o.V. (2016), Entschädigungsfall: Frankfurter Maple Bank ist insolvent, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/maple-bank-ist-insolvent-a-1077071.html>, Stand 19.7.2016.

**Entscheidungen**

Datum	Aktenzeichen	amtliche Quelle oder sonstige Fundstelle
<i>1. Bundesfinanzhof</i>		
1.8.1974	IV R 120/70	BStBl. II 1975, S. 12-14
2.8.1983	VIII R 190/80	BStBl. II 1984, S. 4-6
23.4.1996	VIII R 30/93	Betriebs-Berater 1997, S. 133-134
27.7.1999	VIII R 36/98	BStBl. II 1999, S. 769-771
15.12.1999	I R 29/97	BStBl. II 2000, S. 527-533
4.10.2005	XI B 111/04	BFH/NV 2006, S. 320
20.11.2007	I R 85/05	BStBl. II 2013, S. 287-289
20.11.2007	I R 102/05	Internationales Steuerrecht 2008, S. 336-337
12.2.2008	VII R 33/06	BStBl. II 2008, S. 504-506
29.4.2008	VIII R 28/07	BStBl. II 2009, S. 842-848
20.10.2010	I R 54/09	BFH/NV 2011, S. 641-644
16.4.2014	I R 2/12	BFH/NV 2014, S. 1813-1817
18.8.2015	I R 88/13	BFH/NV 2016, S. 341-343
<i>2. Finanzgerichte</i>		
FG Hessen		
8.10.2012	4 V 1661/11	EFG 2013, S. 47-51
10.2.2016	4 K 1684/14	EFG 2016, S. 761-768
FG Niedersachsen		
21.11.2013	6 K 366/12	EFG 2014, S. 494-499



### 3. Gerichte der Länder

OLG Köln

11.12.2014            7 U 23/14            juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324

LG Köln

16.7.2015            106 Qs 1/15            juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775

### **Erlasse, Schreiben und Verfügungen der Finanzverwaltung**

Finanzministerium Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 28.8.1978, S 2252 – 29 – V B 2, Die  
Wirtschaftsprüfung 1978, S. 609.

BMF-Schreiben vom 5.5.2009, IV C 1 – S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, S. 631-632.

BMF-Schreiben vom 21.9.2010, IV C 1 – S 2252/09/10003 :004, BStBl. I 2010, S. 753-754.

BMF-Schreiben vom 3.3.2011, IV C 1 – S 2252/09/10003 :005, NWB-Datenbank, Dokumen-  
ten-Nr. KAAAD-62817.

BMF-Schreiben vom 24.6.2015, IV C 1 – S 2252/13/10005 :003, Deutsches Steuerrecht 2015,  
S. 1624-1627.

**Sonstige Quellen**

BR-Drs. 622/06 vom 1.9.2006, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007).

BT-Drs. 8/3648 vom 8.2.1980, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze.

BT-Drs, 12/5016 vom 25.5.1993, Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Walter Franz Altherr, Anneliese Augustin, Dietrich Austermann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der CDU/CSU sowie der Abgeordneten Hans H. Gattermann, Martin Grüner, Dr. Helmut Haussmann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der F.D.P. (Drs. 12/4158), zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drs. 12/448) – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz – StandOG).

BT-Drs. 16/2712 vom 25.9.2006, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007).

BT-Drs. 17/13638 vom 27.5.2013, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Barbara Höll, Harald Koch, Richard Pitterle, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.