

# Rechtsfragen der „Cum-/Ex“-Dividenden-Geschäfte

Von stud. iur. **Niklas Fietz**, Münster\*

## I. „Cum/Ex“ im Fokus von Verwaltung, Rechtsprechung und Öffentlichkeit

Die sog. „Cum-/Ex“-Dividenden-Geschäfte sind eines der am stärksten diskutierten steuerrechtlichen Themen der letzten Jahre. Zuletzt untersuchte die Finanzverwaltung – insbesondere nordrhein-westfälische Behörden – vermehrt das Verhalten von Großinvestoren und Investmentbanken im Kontext dieser Geschäfte um den Dividendenstichtag.<sup>1</sup> Einige Banken scheinen sich dem behördlichen Druck bereits zu beugen.<sup>2</sup> Jedoch wird sich die Rechtsprechung in Zukunft weiter mit diesen Geschäften zu befassen haben.<sup>3</sup> Sogar die Tagespresse beleuchtet vor allem die mutmaßlich missbräuchlichen Gestaltungen, mit denen Investoren den deutschen Staat um Steuergelder gebracht haben sollen.<sup>4</sup> Diese für die steuerrechtliche Thematik recht ungewöhnliche Aufmerksamkeit mag neben der kriminellen Energie, die den Banken und Großinvestoren zugeschrieben wird, auch im gewaltigen Steuerverlust des Fiskus begründet sein, der im zweistelligen Milliardenbereich liegt.<sup>5</sup> Wohl auch deshalb beschäftigt sich ein Untersuchungsausschuss des Bundestages mit der Materie,<sup>6</sup> vor dem zuletzt sogar der Bundesfinanzminister Rede und Antwort stehen musste. Dabei verknüpfen diese „Cum-/Ex“-Dividenden Geschäfte zwei Rechtssysteme mit ungewöhnlich hoher Komplexität: Für die Durchführung der Aktientransaktionen wird auf Kapitalmarktrecht zurückgegriffen, während der eigentliche steuerliche Gewinn auf dem Steuerrecht beruht.<sup>7</sup>

## II. Darstellung der „Cum-/Ex“-Dividenden Geschäfte

Deshalb ist zur Betrachtung der steuerrechtlichen Problematik zuerst auf die kapitalmarktrechtliche Ausgestaltung des Aktienhandels einzugehen. Zur näheren Veranschaulichung wird zunächst der reguläre Inhaberverkauf dargestellt und

dann die Besonderheiten des für die „Cum-/Ex“-Dividenden Geschäfte relevanten Leerverkaufs erläutert.

### 1. Inhaberverkauf

Der Inhaberverkauf geht davon aus, dass ein Verkaufsgeschäft von giroversammelten Aktien um den Dividendenstichtag, also um den Tag, an dem die Dividende aufgrund des Gewinnverteilungsbeschlusses ausgezahlt wird, erfolgt.<sup>8</sup> Hier soll nicht weiter auf die genaue zivilrechtliche Ausgestaltung eingegangen werden.<sup>9</sup> Es bleibt jedoch festzuhalten, dass unmittelbare Besitzerin der als Globalurkunde hinterlegten Aktien<sup>10</sup> eine Wertpapiersammelbank<sup>11</sup> ist, die den Besitz über eine Depotbank dem jeweiligen Aktieninhaber nach §§ 868, 871 BGB mittelt.<sup>12</sup> Bei einem Inhaberverkauf schließen der Aktieninhaber und der Erwerber einen Tag vor dem Dividendenstichtag einen Kaufvertrag über die Aktien einschließlich („cum“) der noch nicht ausgezahlten Dividende.<sup>13</sup> Dabei geht das Eigentum aufgrund des Abstraktionsprinzips noch nicht über, da hierzu als Übergabesurrogat im Sinne des § 929 S. 1 BGB eine Änderung des Besitzmittlungsverhältnisses durch eine Umbuchung bei der Wertpapiersammelbank erfolgen muss.<sup>14</sup> Diese findet oft erst einige Tage später statt.<sup>15</sup> Vorher belegt die Depotbank des Verkäufers die verkauften Aktien jedoch mit einem sog. Sperrvermerk.<sup>16</sup> Wenn am nächsten Tag nach erfolgtem Steuerabzug<sup>17</sup> die Nettodi-

<sup>8</sup> *Desens*, DStZ 2012, 142 (144); *Kolbinger*, Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, 2008, S. 142; siehe auch BFH BStBl. II 2000, S. 527; BFH BStBl. 2013, 287.

<sup>9</sup> Siehe hierzu insbesondere *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2014, § 9 Rn. 22 ff.; *Englisch*, FR 2010, 1023 (1024 f.); *Will*, in: Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, S. 2364.

<sup>10</sup> Aus Rationalisierungsgründen sind heutzutage nahezu alle der an der Frankfurter Börse gehandelten Aktien in Globalaktien nach § 9a DepotG hinterlegt, dazu *Einsele* (Fn. 9), § 9 Rn. 22 ff.

<sup>11</sup> Einzige Wertpapiersammelbank in Deutschland ist die Clearstream Banking AG.

<sup>12</sup> *Vatter*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 59 f.

<sup>13</sup> *Desens*, DStZ 2012, 142 (144); *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1758); auf die Besonderheiten aufgrund des zentralen Kontrahenten wird aus Vereinfachungsgründen vorerst verzichtet, siehe aber VI. 2.

<sup>14</sup> *Rau/Sahl*, BB 2000, 1112 (1114); *Vatter* (Fn. 12), § 10 Rn. 59 f.; *Ziemons*, in: Schmidt/Lutter, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 31.

<sup>15</sup> Die Clearstream Banking AG verbucht die Transaktionen bspw. zwei Tage später (t + 2), vgl. § 4 Abs. 1 der Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Börse.

<sup>16</sup> *Bruns*, DStZ 2011, 676 (677); *Desens*, DStZ 2012, 142 (144); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (178).

<sup>17</sup> Bis 2007 war die emittierende Gesellschaft direkt zum Steuerabzug verpflichtet, siehe unten.

\* Diese Arbeit wurde im Rahmen des Seminars „Grundfragen des Ertragssteuerrechts“ von Prof. Dr. Marcel Krumm an der Westfälischen Wilhelms-Universität verfasst.

<sup>1</sup> Siehe nur jüngst Süddeutsche Zeitung v. 26.9.2016, S. 17.

<sup>2</sup> Süddeutsche Zeitung v. 6.9.2016, S. 20.

<sup>3</sup> Siehe schon jüngst BFHE 246, 15; LG Köln wistra 2015, 404; FG Hessen DStR 2016, 1084.

<sup>4</sup> Siehe nur Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 12.6.2016, Nr. 23, S. 44; Süddeutsche Zeitung v. 23.6.2016, S. 20; Dokumentation „Milliarden für Millionäre“ der ARD; auch bereits Der Spiegel 29/2009, „Hase und Igel“.

<sup>5</sup> *Rau*, DStR 2013, 838; auch LG Köln wistra 2015, 404 (405), wo eine Anrechnung von 462 Mio. € beantragt wurde.

<sup>6</sup> Siehe nur BT-Drs. 18/6839 und BT-Drs. 18/7601.

<sup>7</sup> Zur steuerstrafrechtlichen Bedeutung siehe nur LG Köln wistra 2015, 404; *Klein*, BB 2015, 726 (735); *Külz/Valder*, PStR 2016, 13; *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1814; *Sontheimer*, DStR 2014, 357; *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (800 f.); zu einem eventuellen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 Abs. 1 AO siehe *Klein*, BB 2015, 726 (734); *Schön*, RdF 2015, 115 (130 f.).

vidende aufgrund des Gewinnverteilungsbeschlusses ausgezahlt wird, schüttet die emittierende Aktiengesellschaft diese an die Wertpapiersammelbank aus. Letztere überweist wiederum die Originaldividende an die Depotbank des Inhabers, weil dieser noch als zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien den Anspruch auf Zahlung der Dividende hat.<sup>18</sup> Allerdings hat der Inhaber als Verkäufer mit dem Erwerber verabredet, dass jener die Aktien einschließlich Dividende, also zu einem höheren Wert, erhält. Da er diese vertragliche Pflicht nicht erfüllen kann, weil die Aktie nach der Ausschüttung an Wert verloren hat,<sup>19</sup> muss er dem Käufer aufgrund dieser Mangelleistung Schadenersatz leisten. Dieser Schadenersatzmechanismus heißt im Börsengeschäft Dividendenkompensation.<sup>20</sup> Dabei zahlt die Depotbank des Verkäufers, die aufgrund des Sperrvermerkes die Zahlung nicht an diesen ausgeschüttet hat, den Geldwert der Nettodividende an die Wertpapiersammelbank zurück; letztere überweist die Kompensation dann an den Käufer.<sup>21</sup> Somit empfängt der Inhaber keine Buchung auf seinem Depotkonto. Der Käufer hingegen erhält die Aktien nun am Tag der Umbuchung durch die Wertpapiersammelbank ohne („ex“) Dividende, aber mit einer Schadenersatzzahlung in Höhe der Nettodividende sowie einen Anspruch auf Steueranrechnung in Höhe der abgeführten Steuer.

## 2. Leerverkauf

Der Leerverkauf weicht von diesem Grundfall in einer entscheidenden Hinsicht ab: Zwischen dem Aktieninhaber und dem Erwerber steht eine dritte Person, der sog. Leerverkäufer. Dieser verkauft dem Erwerber Aktien am Tag vor dem Gewinnausschüttungsbeschluss einschließlich („cum“) der Dividenden, ohne sie allerdings tatsächlich zu besitzen. Ein solch gedeckter Leerverkauf ist zivilrechtlich auch nicht weiter bedenklich, da das Verfügungsgeschäft erst einige Tage später erfolgt.<sup>22</sup> Nun erhält aber der Aktieninhaber am Dividendenstichtag die Nettodividende über die Wertpapiersammelbank und seine Depotbank ausgezahlt, ohne dass ein Sperrvermerk dies verhindern würde.<sup>23</sup> Der Leerverkäufer hingegen zahlt dem Erwerber – hier auch „Leerkäufer“ genannt – über die Zwischenschaltung der Wertpapiersammelbank die Dividendenkompensation als Schadenersatz, da er nicht mehr in voller Höhe leisten kann. Um dennoch seine Hauptleistungspflicht zu erfüllen, erwirbt er über ein außer-

börsliches OTC-Geschäft<sup>24</sup> ohne Verzögerung sofort die Aktien ohne Dividende vom Inhaber. Diese Aktien ohne („ex“) Dividendenwert übereignet er dann dem Leerkäufer.<sup>25</sup> Hierbei erhalten zwei Personen einen Geldbetrag in Höhe der Nettodividende: Zuerst der Aktieninhaber am Dividendenstichtag und anschließend der Leerkäufer einige Tage später.

## 3. Rechtliche Entwicklung

Nachdem sich das Dividendenstripping – zu dem die „cum/ex“-Dividenden-Geschäfte gehören – in den 1990er Jahren entwickelt hatte, wurde das Bundesfinanzministerium 2002 über die bestehende Rechtsproblematik informiert.<sup>26</sup> Gesetzgeberische Maßnahmen blieben jedoch vorerst aus. Schließlich wurde im Jahre 2007 der § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG eingeführt, nach dem die Dividendenkompensationszahlungen als sonstige Bezüge des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gelten. Außerdem wurde den inländischen Depotbanken des Leerverkäufers die Pflicht zur Einbehaltung der Kapitalertragsteuer nach § 44 Abs. 1 S. 3 3. Var. EStG auferlegt, die grundsätzlich der emittierenden Gesellschaft oblag.<sup>27</sup> Allerdings wurden davon gerade ausländische Banken ausgenommen; sie fielen nicht unter die neue Regelung. Letztlich verbesserte der Gesetzgeber 2012 mit dem OGAW-IV-Umsetzungsgesetz<sup>28</sup> nach und reformierte das Abzugssystem derart, dass nicht mehr die emittierende Aktiengesellschaft die Steuer zu entrichten hat, sondern vielmehr die auszahlende Stelle, § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 EStG.<sup>29</sup>

## III. Anrechnung der Kapitalertragsteuer als Hauptproblem

Das steuerrechtliche Problem des aufgezeigten Leerverkaufs ist nach alledem die Gefahr, dass eine Anrechnung der einmal gezahlten Kapitalertragsteuer zwei verschiedenen Steuerpflichtigen zugebilligt wird: Dem Inhaber der Aktien am Dividendenstichtag und dem Leerkäufer, der eine Zahlung in Höhe der Nettodividende erhält. Wenn beide mit der Steuerbescheinigung nach § 45a Abs. 2 EStG eine Anrechnung erreichen, muss der Staat mehr Steuern zurückerstatten, als

<sup>18</sup> Nach § 58 Abs. 4 AktG, siehe *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097.

<sup>19</sup> Sog. Dividendenabschlag, vgl. *Intemann*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, 262 Lfg., Stand: Februar 2014, § 20 Rn. 110.

<sup>20</sup> *Rau*, DStR 2010, 1267 f.; *Schön*, RdF 2015, 115 (116); *Weber-Grellet*, in: Schmidt, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 36. Aufl. 2016, § 20 Rn. 68.

<sup>21</sup> *Desens*, DStZ 2012, 142 (144).

<sup>22</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (397); *Findeisen/Tönningsen*, WM 2011, 1405 (1406).

<sup>23</sup> Er ist noch Eigentümer der nicht verkauften Aktien.

<sup>24</sup> „OTC“: „over the counter“; gemeint sind außerbörsliche Geschäfte, die zwischen zwei Vertragsparteien außerhalb der börslichen Strukturen und Verfahrensvorschriften abgeschlossen werden. Siehe dazu eingehend *Englisch*, FR 2010, 1023 (1028).

<sup>25</sup> Statt vieler *Rau*, DStR 2010, 1267 (1269).

<sup>26</sup> Interessanterweise durch den Bundesverband deutscher Banken in einem Schreiben vom 2.12.2002, abgedruckt in BT-Drs. 18/1603, S. 4 ff.

<sup>27</sup> *Schön*, RdF 2015, 115 (117).

<sup>28</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren.

<sup>29</sup> Also das inländische Kreditinstitut, das die Kapitalerträge gut schreibt, oder die Wertpapiersammelbank, welche die Beträge an ein ausländisches Kreditinstitut auszahlt; *Anzinger*, RdF 2012, 394 (395); *Rau*, DStR 2013, 838.

tatsächlich an ihn abgeführt wurden.<sup>30</sup> Er erleidet also einen Steuerverlust. Die Möglichkeit der Anrechnung ist hierbei insbesondere beim Leerkäufer umstritten.

Die entscheidende Norm für eine steuerliche Anrechnung ist dabei § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG. Diese hat insgesamt drei allgemeine Voraussetzungsmerkmale: Zuerst muss der Anrechnende Einkünfte erzielen, die bei der Veranlagung erfasst werden oder nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben. Dann muss auf diese Einkünfte Einkommenssteuer durch Steuerabzug erhoben werden und schließlich muss eine Bescheinigung im Sinne des § 45a Abs. 2 EStG vorgelegt werden.<sup>31</sup>

#### IV. Erzielen von Kapitalerträgen durch Leerkäufer

Zuerst muss der Leerkäufer also solche Kapitaleinkünfte erzielen, die dem Steuerabzug unterliegen. In Betracht kommen hier entweder Kapitalerträge aus giroversammelten Aktien (1.) oder Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG (2.). Beide Einkünfte unterliegen nach § 43 Abs. 1 Nr. 1a EStG dem Steuerabzug.<sup>32</sup>

##### 1. Zuordnung der Dividende

Zuerst ist also zu ermitteln, ob der Leerkäufer am Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses Kapitalerträge aus den sammelverwahrten Aktien nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG erzielt hat.

##### a) Grundsätzliche Zuordnung der Kapitalerträge

Ein Steuerpflichtiger erzielt dann Einkünfte, wenn sie ihm zuzurechnen sind.<sup>33</sup> Diese Zurechnung richtet sich bei Einkünften aus Kapitalvermögen grundsätzlich nach § 20 Abs. 5 S. 1 EStG,<sup>34</sup> wonach die Einkünfte dem Anteilseigner zuge-

rechnet werden. Dieser ist nach § 20 Abs. 5 S. 2 EStG derjenige, dem nach § 39 AO die Anteile an dem Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind. Das Einkommensteuerrecht bedient sich hier also der allgemeinen Zurechnungsregel des § 39 AO. Da das Steuerrecht grundsätzlich an das Zivilrecht anknüpft,<sup>35</sup> ist dies zuvorderst der zivilrechtliche Eigentümer, § 39 Abs. 1 AO. Jedoch wird dann eine abweichende Zurechnung getroffen, wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO. Hier ist also der wirtschaftliche Eigentümer vor dem zivilrechtlichen Eigentümer derjenige, dem die Aktien zugeordnet werden und der somit die Einkünfte erzielt.<sup>36</sup>

Deshalb ist zu ermitteln, ob der Erwerber nach § 20 Abs. 5 S. 2 EStG i.V.m. § 39 AO zivilrechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien geworden ist, da ihm dann die Dividendenzahlung zuzurechnen wäre.<sup>37</sup> Festzuhalten ist, dass er vor dem Kaufgeschäft keine Rechtsposition an den Aktien innehatte. Es bleibt daher zu fragen, ob er durch das Kaufgeschäft zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum an diesen erworben hat.

##### b) Zivilrechtlicher Eigentumsübergang?

Bei Aktienverkäufen findet die Umbuchung durch die Wertpapiersammelbank zwei Tage nach dem Kaufvertrag statt. Selbst wenn das kaufvertragliche Verpflichtungsgeschäft also schon ein Tag vor dem Dividendenstichtag stattfindet, ist das Eigentum beim Inhaberverkauf am Dividendenstichtag noch nicht übergegangen, da dies erst bei der Umbuchung einen Tag später geschieht.<sup>38</sup> Entsprechendes muss dann gerade auch für den Leerverkauf gelten, da hier das Verpflichtungsgeschäft nur zwischen dem Leerverkäufer, der selbst über keine eigentumsrechtliche Position verfügt, und dem Leerkäufer geschlossen wird. Zivilrechtlicher Eigentümer am Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses ist und bleibt somit der anfängliche Aktieninhaber.

##### c) Maßstab des wirtschaftlichen Eigentumsübergangs bei Aktien

Jedoch könnte der Leerkäufer wirtschaftliches Eigentum erworben haben. Dies richtet sich zuerst nach der Definition des § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO. Der Bundesfinanzhof hat für

<sup>30</sup> Intemann (Fn. 19), § 20 Rn. 110; Schwenke, JM 2015, 83.

<sup>31</sup> Desens, DStZ 2014, 154 (155); Ettlich, in: Blümich, Kommentar zum Einkommensteuer-, Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuerrecht, 134 Lfg., Stand: September 2016, § 36 Rn. 113 ff.; Gosch, in: Kirchhof, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 15. Aufl. 2016, § 36 Rn. 9; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (787); einige Autoren rechnen die nicht beantragte oder durchgeführte Erstattung als vierte Voraussetzung hinzu. Zur Ausstellung der Bescheinigung siehe Desens, DStZ 2014, 154 (159); Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (795 f.).

<sup>32</sup> Da die Kompensationszahlung der Dividende gleichgestellt werden soll, erscheint es einzig sinnvoll, diese Zahlung auch unter § 43 Abs. 1 Nr. 1a EStG zu fassen; Hartrott, in: Heermann/Heuer/Raupach, Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, 259 Lfg., Stand: September 2013, § 44 Rn. 20; vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 48.

<sup>33</sup> Berger/Matuszewski, BB 2011, 3097 (3101); Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 150; Kirchhof, in: Kirchhof (Fn. 33), § 2 Rn. 72; Mayer, Wirtschaftliches Eigentum an Kapitalgesellschaftsanteilen, 2003, S. 5.

<sup>34</sup> v. Beckerath, in: Kirchhof (Fn. 31), § 20 Rn. 165; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (787); Abs. 5 ist wortgleich mit § 20 Abs. 2a EStG a.F.

<sup>35</sup> Schmieszek, in: Beermann/Gosch, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 100. Lfg., Stand: Januar 2013, § 39 Rn. 19; Schwarz, in: Schwarz/Pahlke, Kommentar zur Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 117 Lfg., Stand: Februar 2006 § 39 Rn. 19.

<sup>36</sup> BFH BStBl. II 2011, S. 540, 542.

<sup>37</sup> Brandis, in: Brandis/Heuermann, Festschrift für Dietmar Gosch zum Ausscheiden aus dem Richteramt, S. 39; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (787).

<sup>38</sup> Englisch, FR 2010, 1023 (1025); Ziemons (Fn. 14), § 10 Rn. 31.

den wirtschaftlichen Eigentumsübergang an Aktien gesonderte Maßstäbe aufgestellt.<sup>39</sup> Er geht zuerst vom Wortlaut des § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO aus, konkretisiert aber, dass der Erwerber dann wirtschaftliches Eigentum an den Aktien erhalte, wenn drei Voraussetzungen erfüllt seien: Zuerst müsse er aufgrund eines Rechtsgeschäfts eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Eigentums gerichtete Position erlangen, die ihm ohne seinen Willen nicht mehr entzogen werden könne. Dies sei insbesondere der Besitz an den Aktien.<sup>40</sup> Weiterhin müsse er die wesentlichen Rechte an den Anteilen erworben haben<sup>41</sup> und zuletzt müssten ihm die Chance einer Wertsteigerung und das Risiko der Wertminderung zustehen.<sup>42</sup> Dabei bestimme sich dies nach den typisierten Gesamtumständen des Einzelfalls; nicht entscheidend sei, dass alle Merkmale vollständig erfüllt seien, sondern dass aufgrund einer Gesamtbetrachtung ein Übergang stattgefunden habe.

Der Ansatz des Bundesfinanzhofes kann hierbei unter Berücksichtigung der besonderen Natur des wirtschaftlichen Eigentums methodisch nicht überzeugen: Dieses zeichnet sich nämlich nicht durch die positiv-rechtliche Möglichkeit aus, über das Wirtschaftsgut zu verfügen, sondern durch die negativ-rechtliche Befugnis, den zivilrechtlichen Eigentümer von seiner Herrschaft über das Wirtschaftsgut auszuschließen. Dies zeigt schon der Wortlaut des § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO.<sup>43</sup> Historisch gesehen beruht diese Norm dabei auf der *Seeliger-Formel*,<sup>44</sup> die gerade unterstreicht, dass sich wirtschaftliches Eigentum aufgrund von Abgrenzungsschwierigkeiten der positiv-rechtlichen Befugnisse durch die Macht definiert, den zivilrechtlichen Eigentümer von dessen Ansprüchen auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich auszuschließen.<sup>45</sup> Demnach ist für den Erwerb des wirtschaftlichen Ei-

gentums weder eine vertragliche noch eine dingliche Rechtsposition, sondern die faktische, tatsächliche Herrschaft über das Wirtschaftsgut entscheidend, welche so stark sein muss, dass der Anspruch des zivilrechtlichen Eigentümers am Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausgeschlossen ist.<sup>46</sup> Gefordert werden muss somit, dass der Erwerber nicht die wesentlichen Rechte erwirbt, sondern den zivilrechtlichen Eigentümer von der Ausübung an diesen ausschließen kann.<sup>47</sup>

Betrachtet man nun die vom Bundesfinanzhof aufgestellten Maßstäbe, wird deutlich, dass er von den negativ-rechtlichen Anforderungen des § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO an das wirtschaftliche Eigentum abweicht. Er fordert vielmehr durch seine Voraussetzung einer gesicherten Rechtsposition wie den Besitz sogar eine Art „Anwartschaft“ auf das Eigentum.<sup>48</sup> Tatsächlich spaltet sich die Aktie in zwei verschiedene Komponenten auf: Einerseits die Aktie als Sache im Sinne des § 90 BGB, andererseits die Aktie als verbrieftes Mitgliedschaft.<sup>49</sup> Zugestandenermaßen stellt der Besitz als „tatsächliche Gewalt“ eine Herrschaftsart dar. Allerdings ist der Besitz an der Sache „Aktie“ nur mit schwachen faktischen Zugriffsmöglichkeiten ausgestattet, weil der unmittelbare Besitz bei der Wertpapiersammelbank verbleibt. Ein Anspruch auf Herausgabe der gesamten sammelverwahrten Aktie nach § 7 Abs. 1 DepotG ist zudem oftmals vertraglich ausgeschlossen, sodass eine Herausgabe nicht verlangt werden kann, § 9a Abs. 3 S. 2 DepotG.<sup>50</sup> Wenn der (nur mittelbare) Besitz an der Sache „Aktie“ aber aufgrund mangelnder Einflussmöglichkeiten auf die Sache keine tatsächliche Herrschaftsposition vermittelt, ist er für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums irrelevant.<sup>51</sup>

Soweit man schließlich für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auch die Übertragung des mit den Aktien verbundenen Stimmrechts fordert, wird die Bedeutung derselben beim Börsenhandel überschätzt: Selbst Aktionäre großer Aktienbündel verfügen bei Mitgliederversammlungen von börsennotierten Konzernen nur über ein geringes Stimmgewicht.<sup>52</sup> Entscheidend für die Stimmrechtsausübung ist zudem nach § 123 Abs. 4 AktG regelmäßig schon der 21. Tag vor der Hauptversammlung.<sup>53</sup> Zuletzt zeigen die nur eingeschränkten Einwirkungsmöglichkeiten der Hauptversamm-

<sup>39</sup> BFH BStBl. II 2000, S. 527; BFH BStBl. 2007, S. 296 (298); BFH BStBl. 2007, S. 937 (938 f.); BFH BStBl. 2013, S. 287; ebenso *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3099); *Desens*, DStR 2014, 2317; *ders.*, DStZ 2014, 154 (156) m.w.N.; *Drüen*, in: Tipke/Kruse, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 129 Lfg., Stand: Juni 2012, § 39 Rn. 24a; *Englisch*, FR 2010, 1023 (1026); *Schmieszek*, (Fn. 35), § 39 Rn. 67; kritisch *Anzinger*, RdF 2012, 394 (399); *Kolbinger* (Fn. 8), S. 164 ff.; *Rau/Sahl*, BB 2000, 1112; *Weber-Grellet* (Fn. 20), § 5 Rn. 153.

<sup>40</sup> „Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass der Besitz (oder die vergleichbare letztlich unentziehbare Position) in Erwartung des Eigentumserwerbs eingeräumt wird.“ BFH BStBl. 2000, S. 527 (530).

<sup>41</sup> Dabei handelt es sich um die Mitgliedschaftsrechte: Dividendenzahlungsanspruch und Stimmrecht, *Kolbinger* (Fn. 8), S. 157.

<sup>42</sup> Schon BFH BStBl. II 1988, S. 832 (834); auch BFH BStBl. II 2007, S. 296 (298); BFH BStBl. 2009, S. 140 (141).

<sup>43</sup> „wirtschaftlich ausschließen kann“.

<sup>44</sup> BFH BStBl. II 1970, S. 264 (272); BT-Drs. VII/4292, S. 19, *Mayer* (Fn. 33), S. 11; *Florstedt*, FR 2016, 641 (646).

<sup>45</sup> *Seelinger*, Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht, 1962, S. 46 ff., vgl. auch *Anzinger*, RdF 2012, 394 (400 f.); *Drüen* (Fn. 39), § 39 Rn. 22.

<sup>46</sup> *Drüen* (Fn. 39), § 39 Rn. 23; *Kolbinger* (Fn. 8), S. 156; *Mayer* (Fn. 33), S. 79; grundlegend *Schmieszek* (Fn. 35), § 39 Rn. 20 ff.; siehe schon Definition des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO „die tatsächliche Herrschaft“.

<sup>47</sup> Ebenso *Florstedt*, FR 2016, 641 (645 f.).

<sup>48</sup> *Florstedt*, FR 2016, 641 (642).

<sup>49</sup> *Heider*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 99; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, 12. Aufl. 2016, § 1 Rn. 13; *Kolbinger* (Fn. 8), S. 145 m.w.N.

<sup>50</sup> *Vatter* (Fn. 12), § 10 Rn. 39 ff.; *Will* (Fn. 9), S. 2349.

<sup>51</sup> *Kolbinger* (Fn. 8), S. 145 ff.

<sup>52</sup> *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3100); auch *Florstedt*, FR 2016, 641 (643).

<sup>53</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (402).

lung auf die Unternehmensführung,<sup>54</sup> dass auch das Aktienrecht das Stimmrecht ohne wesentliche Herrschaftsposition versieht.

Wirksame Kriterien für die Übernahme der tatsächlichen Herrschaft können demnach nur der Ausschluss vom Dividendenbezugsrecht und die Übernahme der Kursrisiken und -chancen durch den Erwerber sein.<sup>55</sup>

#### d) Zuordnung der Dividende bei Inhaberverkauf

Nach diesen Ausführungen ist zuerst festzuhalten, dass auch der schuldrechtliche Kaufvertrag noch keinen pauschalen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums veranlasst, da eine tatsächliche und keine schuldvertragliche Herrschaftsposition erforderlich ist.<sup>56</sup> Es muss daher geprüft werden, ob der Erwerber die Aktien derart tatsächlich beherrscht, dass der zivilrechtliche Inhaber von einer Einflussnahme auf sie ausgeschlossen ist.

Beim Inhaberverkauf verhält es sich derart, dass sich der Verkäufer vertraglich bindet, das Eigentum der Aktien an den Erwerber zu verschaffen. Davon ausgehend behält der Inhaber rechtlich bis zum Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses den Anspruch auf die Dividende.<sup>57</sup> Allerdings erhält der Erwerber wirtschaftlich gesehen durch die Einräumung eines Schadenersatzanspruches gegen den Inhaber den Anspruch auf die Dividendenzahlung.<sup>58</sup> Dies wird insbesondere daran deutlich, dass dem Käufer von der Depotbank des Inhabers die Dividende überwiesen wird, der Inhaber selbst jedoch keine Zahlung erhält. Letzterer hat somit faktisch sein Recht auf Gewinnbeteiligung übertragen; es steht anschließend nur dem Erwerber zu, der den Inhaber davon mithilfe seiner Schadenersatzforderung ausschließen kann.

Außerdem schränkt der Kaufvertrag die Übernahme von Kursrisiken und -chancen bei dem Inhaber dadurch ein, dass der Kaufpreis bei Vertragsschluss feststeht und oftmals schon gezahlt wird. Etwaige Kursverluste bzw. -gewinne übertragen sich somit nicht mehr auf den Preis; der Erwerber zum Kaufvertrag hat vielmehr diese Risiken übernommen, da sich sein wirtschaftlicher Gewinn bei Kursschwankungen ändert.<sup>59</sup>

Der Erwerber hat demnach eine solche tatsächliche Herrschaft über die Aktien, dass ihm wirtschaftliches Eigentum schon bei Kaufvertragsabschluss zuzurechnen ist.<sup>60</sup> Die Divi-

dende ist somit beim Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses im wirtschaftlichen Eigentum des Erwerbers, sodass dieser Einkünfte aus § 20 I Nr. 1 S. 1 EStG erzielt.

#### e) Zuordnung der Dividende beim Leerverkauf

Besonders umstritten ist jedoch, ob der Leerkäufer beim Leerverkauf wirtschaftlicher Eigentümer wird.<sup>61</sup> Dabei ist festzuhalten, dass es geradezu charakteristisch für einen Leerverkauf ist, dass der tatsächliche Inhaber der Aktien an dem ersten Kaufvertrag noch überhaupt nicht beteiligt ist.<sup>62</sup> Dem folgend kann dieser schuldrechtliche Vertrag aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse<sup>63</sup> jedoch nicht in seine Rechtstellung eingreifen. Dies würde zu dem abzulehnenden Ergebnis führen, dass dadurch dritte Parteien über das Eigentum einer Person verfügen könnten, mit der sie bis zu diesem Moment noch keine Rechtsbeziehungen unterhalten.

#### aa) Doppeltes wirtschaftliches Eigentum möglich?

Wenn nun der Inhaber bei Gewinnverteilungsbeschluss sowohl wirtschaftlicher als auch zivilrechtlicher Eigentümer geblieben ist,<sup>64</sup> der Leerkäufer jedoch zumindest am streitigen Zeitpunkt wirtschaftliches Eigentum an den Aktien halten muss, damit die Dividende ihm zugerechnet werden kann, ist fraglich, ob nicht zwei Personen unabhängig voneinander wirtschaftliches Eigentum innehaben können. Die Frage lautet also: Gibt es doppeltes wirtschaftliches Eigentum?

Auch diese Fragestellung hat ihren Ausgangspunkt in § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO, weil dieser als alleinige Norm die Zurechnung zum wirtschaftlichen Eigentümer bestimmt.<sup>65</sup> Ob es zeitgleich zwei wirtschaftliche Eigentümer geben kann, lässt sich losgelöst von dem Fall des Leerverkaufes an dieser Norm anhand der vier klassischen Auslegungsmethoden<sup>66</sup> ermitteln.

Dabei ist bei der Betrachtung des Wortlautes auffällig, dass Formulierungen wie „ein anderer als der Eigentümer“ und „er den Eigentümer [...] ausschließen kann“ verwendet

---

*Krumm*, DStR 2013, 1757 (1760); i.E. *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (789 f.); zögerlich zustimmend BFH DStR 2014, 2012 (2015); a.A. *Anzinger*, RdF 2012, 394 (399 f.); *Schön*, 2015, 115 (120).

<sup>61</sup> Vgl. nur BFH DStR 2014, 2012 (2016) m.w.N.

<sup>62</sup> *Brandis* (Fn. 37), S. 39; *Desens*, DStZ 2012, 142 (144); *Schön*, RdF 2015, 115 (116); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (786).

<sup>63</sup> *Ellenberger*, in: Palandt: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 75. Aufl. 2016, Einl. zu § 241 Rn. 5; ausführlich *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989, S. 11 ff.

<sup>64</sup> Ebenso *Bruns*, DStZ 2011, 676 (678); *Krumm* (Fn. 60), § 5 Rn. 512c.

<sup>65</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (400); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (787); Dies macht insoweit auch die Rechtsprechung, vgl. nur BFH BStBl. II 2000, S. 527.

<sup>66</sup> Grundlegend *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 321 ff.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2016, S. 41 ff.

<sup>54</sup> Vgl. nur § 119 Abs. 2 AktG; auf die Geschäftsführung kann sie kaum Einfluss nehmen.

<sup>55</sup> *Kolbinger* (Fn. 8), S. 157; *Mayer* (Fn. 33), S. 73; *Schön*, RdF 2015, 115 (119 f.).

<sup>56</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (398); *Rau*, FR 2014, 1012 (1014); *Schön*, RdF 2015, 115 (119).

<sup>57</sup> *Schön*, RdF 2015, 115 (120).

<sup>58</sup> *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (789 f.).

<sup>59</sup> BFH BStBl. II 2000, S. 527 (530).

<sup>60</sup> Ebenso BFH BStBl. II 2000, S. 527 (529 f.); BFH BStBl. 2013, S. 287 (289); *Altvater/Buchholz*, RdF 2015, 132 (136); v. *Beckerath* (Fn. 34), § 20 Rn. 54; *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3102); *Desens*, DStR 2014, 2317 (2318); *Englisch*, FR 2010, 1023 (1028); *Klein*, BB 2015, 726 (728 ff.); *Krumm*, in: Blümich (Fn. 31), 129 Lfg., Stand: August 2015, § 5 Rn. 512c; *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (181); *Seer*

werden. Dies deutet zum einen darauf hin, dass nur jeweils eine Person – es wurde der Singular verwendet – wirtschaftlicher Eigentümer sein kann und dass zum anderen nur diesem oder dem zivilrechtlichen Eigentümer, nicht aber beiden das Wirtschaftsgut zugerechnet wird.<sup>67</sup>

Systematisch gesehen ist die Regelung über das wirtschaftliche Eigentum in die gesamte Zuordnungsvorschrift des § 39 AO eingebettet. Dabei ist insbesondere auf § 39 Abs. 1 AO hinzuweisen, wonach Wirtschaftsgüter dem zivilrechtlichen Eigentümer zuzuweisen sind. Aufgrund des klaren Wortlautes des § 39 Abs. 2 AO („Abweichend von Absatz 1“) ist ersichtlich, dass es sich bei § 39 Abs. 1 AO um die Regel handelt, während § 39 Abs. 2 AO Ausnahmen hierzu aufstellt.<sup>68</sup> Dieses Verhältnis lässt erkennen, dass eine Zuordnung entweder nur zu dem Regelfall des § 39 Abs. 1 AO oder zu der Ausnahme des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO erfolgen soll, nicht jedoch zu beiden zugleich.

Dies stimmt auch mit der historischen Auslegungsmethode überein. § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO in seiner heutigen Fassung gründet auf der oben dargelegten *Seelinger*-Formel, die für wirtschaftliches Eigentum insbesondere den Ausschluss des zivilrechtlichen Eigentümers fordert. Da ein solch umfassender Ausschluss aber nur von einer einzigen Person gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer und etwaigen Dritten ausgeübt werden kann, kann das wirtschaftliche Eigentum auch historisch gesehen nur einem Steuerpflichtigen zugeordnet werden.<sup>69</sup>

Schließlich ist § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO Ausdruck der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Steuerrechts.<sup>70</sup> Durch diese Vorschrift soll die für die Ermittlung der Leistungsfähigkeit entscheidende Konkretisierung der steuerlichen Zuordnung von bestimmten Wirtschaftsgütern ermöglicht werden.<sup>71</sup> Weil das zivilrechtliche Eigentum aufgrund der Ermächtigung zur Fruchtziehung grundsätzlich Leistungsfähigkeit vermittelt, wird dieses vorrangig für die Zuordnung von Wirtschaftsgütern verwendet. Nur dort, wo diese nicht dem Leistungsfähigkeitsprinzip entspricht, weil die Fruchtziehung durch jemand anderen erfolgt,<sup>72</sup> gilt die abweichende Zuordnung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO. Wenn nun jedoch eine doppelte Zuordnung erfolgen würde, wäre nicht weiter gewährleistet, dass die tatsächliche Leistungsfähigkeit besteuert wird. Die Regelung schließe vollkommen fehl, weil gerade keine klare Zuordnung nach dem Leistungsfähigkeitsgedan-

ken getroffen werden würde.<sup>73</sup> Deshalb kann es auch aus teleologischer Sicht nur einen einzigen wirtschaftlichen Eigentümer geben.

Zusammenfassend ergibt sich, dass § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO davon ausgeht, dass wirtschaftlicher Eigentümer nur ein einzelnes Steuersubjekt sein kann. Eine Verdoppelung der wirtschaftlichen Zuordnung ist deshalb nicht möglich.

#### bb) Verdoppelung beim Leerverkauf?

Würde man dennoch von der theoretischen Möglichkeit der Verdoppelung wirtschaftlichen Eigentums ausgehen, stellt sich immer noch die Frage, ob der Leerkäufer beim Leerverkauf überhaupt wirtschaftlicher Eigentümer werden würde. Dabei lassen sich die oben aufgestellten Kriterien<sup>74</sup> als Maßstab heranziehen. Zu fragen ist daher insbesondere, ob der Leerkäufer den Inhaber in seinen Rechten einschränken kann. Dies ist jedoch zu verneinen, weil der Inhaber das entscheidende Dividendenbezugsrecht vollständig behält; die Dividende wird komplett an ihn ausgezahlt und nicht wirtschaftlich gesehen an den Erwerber weitergeleitet. Der Leerkäufer erhält nämlich nicht die Dividende von der ausschüttenden Gesellschaft, sondern eine Dividendenkompensation vom Leerverkäufer, die als Schadensersatzleistung nur von diesem geleistet wird.<sup>75</sup> Auch behält der Inhaber das Kursrisiko, da der Preis der Aktien für ihn erst bei Abschluss des OTC-Geschäfts festgesetzt wird. Wenn gerade der zu fordernde Ausschluss des zivilrechtlichen Eigentümers von dessen Rechten aber nicht eintritt, sondern sogar der Leerkäufer selbst keine weitreichenden Rechte an den Aktien erwirbt, kann von dem Erwerb tatsächlicher Herrschaftsmacht und wirtschaftlichen Eigentums keine Rede mehr sein.

Dieser Befund begründet sich insbesondere aufgrund des Unterschiedes zwischen dem Inhaberverkauf, bei dem es zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommt, und dem Leerverkauf: Bei dem Inhaberverkauf ist der Verkäufer zugleich Inhaber der Aktien; beschränkt er sich mit dem Kaufvertrag in seinen Rechten, erhält der Erwerber diese unmittelbar. Weil aber beim Leerverkauf der Leerverkäufer bis zu seiner Eindeckung mit den Aktien über keine Rechtsposition an diesen verfügt, kann er durch das Rechtsgeschäft mit dem Erwerber auch kein wirtschaftliches Eigentum übertragen.<sup>76</sup>

Dem lässt sich auch nicht mit einem pauschalen Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes entgegenhalten, das wirtschaftliche Eigentum ginge immer bei Abschluss des Kaufvertrages über.<sup>77</sup> Das Bundesgericht hat bisher nämlich nur ausdrücklich Konstellationen entschieden,

<sup>67</sup> So auch *Anzinger*, RdF 2012, 394 (400).

<sup>68</sup> *Drüen* (Fn. 39), § 39 Rn. 3; *Mayer* (Fn. 33), S. 27.

<sup>69</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (400 f.); *Drüen* (Fn. 39), § 39 Rn. 22; *Seelinger* (Fn. 45), S. 46 ff.

<sup>70</sup> Siehe dazu schon BT-Drs. VI/1982, S. 113; *Schmieszek* (Fn. 35), § 39 Rn. 3; eingehend *Brodkorb*, Der Stellenwert des § 39 AO im Einkommensteuerrecht, 2003, S. 6 ff.

<sup>71</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (401); *Brodkorb* (Fn. 70), S. 13 f.; *Englisch*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 33), § 5 Rn. 140.

<sup>72</sup> Was hier jedoch der Fall ist: Die „Frucht“, also die Dividende, erhält ja wirtschaftlich gesehen der Erwerber.

<sup>73</sup> *Brandis* (Fn. 37), S. 44; *Drüen* (Fn. 39), § 39 Rn. 24; *Krumm* (Fn. 60), § 5 Rn. 512c; *Rau*, FR 2014, 1012 (1018 f.); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (788).

<sup>74</sup> Siehe IV. 1. c).

<sup>75</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (396); *Kolbinger* (Fn. 8), S. 43; *Rau*, FR 2014, 1012 (1018); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (789); *Weber-Grellet* (Fn. 20), § 20 Rn. 68.

<sup>76</sup> *Schmieszek* (Fn. 35), § 39 Rn. 69.

<sup>77</sup> So aber *Desens*, DStR 2014, 2317 (2318); *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (181).

in denen der Verkäufer gleichzeitig Inhaber war.<sup>78</sup> Das letzte diesbezügliche Urteil enthält insoweit keine Festlegung, als es den Übergang wirtschaftlichen Eigentums schon aufgrund eines Gesamtvertragskonzepts verneint.<sup>79</sup> Hätte der Bundesfinanzhof dupliziertes wirtschaftliches Eigentum hingegen für möglich gehalten, hätte er dies genauer begründen müssen, da insoweit eine Abweichung vom Grundsatz des § 39 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO vorliegen würde.<sup>80</sup> Dies hat er aber nicht getan, weshalb man diese Urteile nicht als richterliche Rechtsfortbildung dahingehend interpretieren kann, dass er doppeltes wirtschaftliches Eigentum für möglich hält.<sup>81</sup>

Auch die vielzitierte<sup>82</sup> Gesetzesbegründung zur Gesetzesreform im Jahre 2007<sup>83</sup> kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Dabei muss beachtet werden, dass Gesetzesbegründungen schon keine unmittelbare Rechtswirkung entfalten.<sup>84</sup> Zudem scheint sich die Begründung zu widersprechen.<sup>85</sup> In dieser Gesetzesreform wurde zugleich nur § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG neu eingeführt. Dass eine völlige Neuinterpretation des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO erreicht werden sollte, ist nicht erkennbar.<sup>86</sup> Die Gesetzesbegründung ist deshalb als Gegenargument unbrauchbar. Allerdings verdeutlicht sie den Zweck des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG: Dieser wurde eingeführt, um Dividendenkompensationszahlungen zu besteuern, mithin gerade diejenigen Zahlungen, die der Leerkäufer erhält.<sup>87</sup>

<sup>78</sup> *Schmieszek* (Fn. 35), § 39 Rn. 69; *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (789).

<sup>79</sup> BFH DStR 2014, 2012 (2016): „ob der Anteilserwerber [...] auch im Fall eines sog. Leerverkaufs wirtschaftliches Eigentum erwerben kann [...] [kann] im Einzelnen unbeantwortet bleiben.“; ebenso FG Hessen DStR 2016, 1084 (1089); *Brandis* (Fn. 37), S. 44; *Krumm* (Fn. 60), § 5 Rn. 512c; *Schwenke*, JM 2015, 83 (86); a.A. *Haritz/Werneburg*, NWB 2015, 657 (660); *Klein*, BB 2015, 726 (731).

<sup>80</sup> Siehe dazu die Auslegung desselben unter IV. 1. e) aa).

<sup>81</sup> *Brandis* (Fn. 37), S. 44; *Bruns*, DStZ 2011, 676 (683); *Schwenke*, JM 2015, 83 (86).

<sup>82</sup> *Desens*, DStZ 2012, 142 (154); Siehe nur *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177 (183); *Schön*, RdF 2015, 115 (122 f.); *Klein*, BB 2015, 726 (731); *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1760).

<sup>83</sup> BT-Drs. 16/2712, S. 48.

<sup>84</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (402); *Brandis* (Fn. 37), S. 43; *Desens*, DStR 2014, 2317 (2320); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (790 f.).

<sup>85</sup> BT-Drs. 16/2712, S. 47: „Aktiennehmer als wirtschaftlicher Eigentümer und Dividendenbezieher“ entgegen S. 48: „eigenständige [...] Einnahmen anstelle der Dividende“; die erstere Äußerung scheint aber wortwörtlich aus dem Schreiben v. Bundesverband deutscher Banken übernommen, siehe dazu BT-Drs. 18/1603 S. 6. Insoweit muss sich der Gesetzgeber fragen lassen, ob er mit dem nötigen Sachverstand gearbeitet hat oder Mitarbeiter im Finanzministerium bewusst diese verwirrende Gesetzesbegründung verfassten, vgl. FAZ.NET, 23.11.2016, „Banken bezahlten offenbar ‚Maulwurf‘“.

<sup>86</sup> *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (791).

<sup>87</sup> Vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 47.

Wenn man jedoch schon ihm die Aktien zurechnen will, bedeutet dies, dass er Einkünfte aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG<sup>88</sup> erhalten würde. Die Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG würde dann aber leerlaufen, weil sie in Tatbestandskonkurrenz zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG treten würde.<sup>89</sup> Um dies zu verhindern, kann sie nur dahingehend interpretiert werden, dass der Gesetzgeber tatsächlich kein doppeltes wirtschaftliches Eigentum beim Leerverkauf annahm.<sup>90</sup>

Somit ist das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien beim Leerverkauf vor dem Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses nicht auf den Leerkäufer übergegangen, sodass sie ihm nicht nach § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zugerechnet werden können.<sup>91</sup> Dies ist auch für alle drei Rechtslagen maßgeblich, da die entscheidungserhebliche Norm, § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, unverändert geblieben ist.

## 2. Zuordnung der Dividendenkompensation

Fraglich ist jedoch, ob nicht die Dividendenkompensation dem Leerkäufer zugeordnet werden kann. Ihrer Rechtsnatur nach stellt diese Kompensation keine Dividende mit Bezug zu der Aktie dar. Sie ist eine Schadenersatzzahlung nach den Grundsätzen des § 280 Abs. 1 BGB, da die Aktien mit Dividendenberechtigung geschuldet, aber ohne diese geliefert wurden. Insofern wird jene Pflichtverletzung durch die Zahlung des Leerverkäufers, welcher selbst nicht Anteilseigner im Sinne des § 20 Abs. 5 EStG ist, ausgeglichen. Die Kompensation ist deshalb eine Einnahme nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG.<sup>92</sup> Hierbei ist jedoch zu beachten, dass dieser Einkommenstatbestand erst 2007 konstitutiv eingeführt wurde.<sup>93</sup> Vorher wurde die Dividendenkompensation einkommensteuerrechtlich noch überhaupt nicht erfasst.<sup>94</sup> Deshalb erzielte der Leerkäufer vor 2007 keinerlei Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 1 EStG. Es scheidet hier eine Anrechnung schon mangels Einkünften aus, auf die eine anrechenbare Steuer zu leisten gewesen wäre.

<sup>88</sup> Einschlägig wären insofern zumindest „sonstige Bezüge aus Aktien“.

<sup>89</sup> *Brandis* (Fn. 37), S. 43.

<sup>90</sup> Ebenso *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3102); vgl. auch Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG: „von einem anderen als dem Anteilseigner“; der wirtschaftliche Eigentümer wäre nach § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO jedoch auch Anteilseigner, *Bruns*, DStZ 2011, 676 (680).

<sup>91</sup> FG Hessen DStR 2016, 1084 (1087); LG Köln wistra 2015 404 (406); *Anzinger*, RdF 2012, 394 (401 f.); *Brandis* (Fn. 37), S. 44 f.; *Bruns*, DStR 2012, 2061 (2063); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (788 f.); a.A. *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3102); *Desens*, DStZ 2012, 142 (151); *Englisch*, FR 2010, 1023 (1031).

<sup>92</sup> Siehe schon BT-Drs. 16/2712, S. 47 f.; *Weber-Grellet* (Fn. 20), § 20 Rn. 68.

<sup>93</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (401); *Bruns*, DStR 2010, 2061 (2063); *ders.*, DStZ 2011, 676 (678); i.E. auch *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (792); vgl. auch BT-Drs. 6/2712, S. 48; a.A. *Desens*, DStZ 2012, 142 (148).

<sup>94</sup> *Brandis* (Fn. 37), S. 39; *Intemann* (Fn. 19), § 20 Rn. 110; Siehe ausführliche Begründung unter V.

### 3. Zwischenergebnis

Der Leerkäufer hat ab 2007 Einnahmen erzielt, die nach § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG dem Kapitalsteuerabzug unterliegen. Die erste Voraussetzung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist demnach erfüllt.

### V. Erhebung der Kapitalertragsteuer

Weiterhin ist nun fraglich, ob die zweite Voraussetzung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, die Erhebung der Kapitalertragsteuer, beim Leerkäufer erfüllt ist. Die Kapitalertragsteuer ist eine Abzugssteuer, vgl. § 43 Abs. 1 EStG. Dies bedeutet, dass die Steuer nicht vom Schuldner<sup>95</sup> entrichtet wird, sondern von einer dritten Stelle. Dabei handelt es sich materiell-rechtlich um eine Vorauszahlung auf die Einkommensteuer,<sup>96</sup> weshalb die spätere Anrechnung denklogisch der vorherigen Erhebung der Steuer bedarf.<sup>97</sup> Was nämlich vorher nicht gezahlt wurde, kann später auch nicht zurückerstattet werden.<sup>98</sup> Erhebung bedeutet insofern das Einbehalten der Steuer vom Abzugspflichtigen.<sup>99</sup>

Da dem Erwerber beim Inhaberverkauf die Dividende zugerechnet wird, kann er die darauf gezahlte Steuer anrechnen.<sup>100</sup> Demgegenüber wurde diese Dividendensteuer nicht auch für den Leerkäufer erhoben; er hat nicht Einkünfte aus der Dividende erzielt, sondern solche aus der Dividendenkompensation nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG. Letztere stellt als Schadenersatzzahlung anders als die Dividende keine Fruchtziehung aus den Aktien dar,<sup>101</sup> der Erwerber erhält sie nicht aufgrund der Aktien, sondern aufgrund des Kaufvertrages zwischen ihm und dem Leerverkäufer. Die Kompensationszahlung ist nämlich nur das Äquivalent zu dem Teil des Kaufpreises, der aufgrund des nunmehr niedrigeren Wertes der Aktien zu viel gezahlt wurde. Auch die Fiktion in § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG,<sup>102</sup> die gerade vonnöten ist, um diese Kompensation überhaupt unter den § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG fallen zu lassen, zeigt, dass die Kompensation nicht durch Kapitalerträge erzielt wurde. Dies lässt sich auch dadurch verdeutlichen, dass der Erwerber ohne den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG keine steuerbaren Einkünfte verbuchen würde, was im Zeitraum vor 2007 so zutrifft.<sup>103</sup> Deshalb stellt die Dividendenkompensation eine

andere mit der Dividendenzahlung in keinem direkten Zusammenhang stehende Einkunft dar.<sup>104</sup> Da die Steuer nun nicht auf die bei der Veranlagung erfassten Einkünfte – nämlich die Kompensationszahlung – entfällt, sondern vielmehr auf die davon losgelöste Dividende, scheidet die Anrechnung aus.<sup>105</sup>

Stattdessen müssen auf die Dividendenkompensation Steuern vom Entrichtungspflichtigen nach § 44 Abs. 1 S. 3 3. Var., S. 4 Nr. 3 EStG einbehalten worden sein. Eine Anrechnung dieser Steuer ist grundsätzlich wie bei allen durch Steuerabzug erhobenen Steuern nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG möglich.<sup>106</sup> Dabei muss die Steuer auch nicht tatsächlich vom Erhebungspflichtigen an den Fiskus abgeführt worden sein, da er als Verwaltungsgehilfe der Finanzverwaltung deren Risikosphäre zugerechnet werden muss.<sup>107</sup> Dies ist jedoch dann irrelevant, wenn die Steuer eben nicht von ihm einbehalten wurde. Zwingend setzt dies deshalb voraus, dass der Entrichtungspflichtige weniger an den Leerkäufer auszahlt als er selbst erhält.<sup>108</sup>

Zur Beurteilung der Erhebung muss zwischen den unterschiedlichen Rechtslagen unterschieden werden: Bis zur Reform Anfang 2007 bestand der Einkünftebestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG nicht, weshalb die Einkünfte aus der Dividendenkompensation noch nicht steuerrechtlich berücksichtigt wurden. Da es bereits an dem Tatbestand des Erzielens von Einkünften im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG fehlte, wurde bis zu diesem Zeitpunkt nie Steuer für die Kompensation einbehalten.<sup>109</sup>

Nach der Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG bestand für inländische Kreditinstitute aufseiten des Verkäufers bezüglich der Dividendenkompensation eine Erhebungspflicht. Insofern war hier die Steuer tatsächlich auch zu erheben. Auffällig ist dabei, dass ausländische Institute nicht zur Erhebung verpflichtet waren.<sup>110</sup> Wurden die Leerverkäufe

<sup>95</sup> Bei der Kapitalertragssteuer nach § 44 Abs. 1 S. 1 EStG der Gläubiger der Kapitalerträge.

<sup>96</sup> BGH NJW 1995, 1088 (1090); BFH BStBl. II 1996, S. 531 (532); *Ettlich* (Fn. 31), § 36 Rn. 104.

<sup>97</sup> FG Hessen DStR 2016, 1084 (1090) m.w.N.

<sup>98</sup> FG Hessen DStR 2012, 2381 (2383 f.)

<sup>99</sup> BFH BStBl. II 1994, S. 182; FG Hessen DStR 2016, 1084 (1090); *Ettlich* (Fn. 31), § 36 Rn. 113.

<sup>100</sup> Vgl. BFH BStBl. II 2000, S. 527 (530).

<sup>101</sup> Vgl. *Rau*, FR 2014, 1012 (1017) für den besonderen Fall der Wertpapierleihe.

<sup>102</sup> „als sonstige Bezüge gelten auch...“, siehe dazu insbesondere auch BT-Drs. 16/2712, S. 48: „Es geht nicht um einen sonstigen Bezug aus der Aktie selbst, sondern um eigenständige Einnahmen an Stelle der Dividende“.

<sup>103</sup> *Brandis* (Fn. 37), S. 39; *Intemann* (Fn. 19), § 20 Rn. 110.

<sup>104</sup> BT-Drs. 16/2712; *Rau*, FR 2014, 1012 (1019); i.E. auch *Brandis* (Fn. 37), S. 40, der nur von einer „sachliche[n] Nähe“ zwischen der Schadenersatzzahlung und der Dividenden-erwirtschaftung ausgeht.

<sup>105</sup> Ebenso *Rau*, DStR 2013, 838 (842); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (793 f.); a.A. *Ettlich* (Fn. 31), § 36 Rn. 121, der auf die Sichtweise des Schuldners abstellt. Diese kann aber hier nicht entscheidend sein, weil die objektive Zuordnung der Einkünfte, die gerade für eine klare Zuteilung der Einkünfte unerlässlich ist, unterlaufen werden würde. Was wäre nämlich, wenn aus ihrer Sicht für zwei verschiedene Steuerpflichtige die Steuer einbehalten wurde? Die Zuordnung würde subjektiviert und willkürlich.

<sup>106</sup> *Schön*, RdF 2015, 115 (124).

<sup>107</sup> BFH DStR 1996, 1526; FG Hessen DStR 2016, 1084 (1090).

<sup>108</sup> FG Hessen DStR 2016, 1084 (1090).

<sup>109</sup> *Brandis* (Fn. 37), S. 39; *Schön*, RdF 2015, 115 (125).

<sup>110</sup> „[...] in den Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 das für den Verkäufer der Aktien den Verkaufsauftrag ausführende inländische Kreditinstitut“, § 44 Abs. 1 S. 3 3. Var. EStG. Dies lässt sich auch an der heutigen Regelung des § 44 Abs. 1a EStG ablesen, dazu vertiefend *Hartrott* (Fn. 32), § 44 Rn. 21.

also über ausländische Kreditinstitute abgewickelt, wurde die Kapitalertragsteuer nicht erhoben. Durch die Neuregelung des OGAW-IV-Umsetzungsgesetzes wurde auch diese Lücke in der Erhebungskette geschlossen. Weil nun nach § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 EStG die letzte inländische Stelle, die über die Einkünfte verfügt, die Steuer einzubehalten hat,<sup>111</sup> ist der Einbehalt nun auch bei Einkünften aus Geschäften mit ausländischen Kreditinstituten gesichert.

Zur Konsequenz hat dies jedoch, dass nur auf eine zweifache Steuererhebung (Erhebung bei der Dividende und bei der Dividendenkompensationszahlung) eine zweifache Anrechnung stattfinden kann.<sup>112</sup> Leerverkäufe zeichnet es hingegen gerade aus, dass bei einmaliger Erhebung eine zweifache Anrechnung begehrt wird. Dies widerspricht allerdings dem System der Steueranrechnung, bei dem vorausgesetzt wird, dass die später angerechnete Steuer vorher einbehalten worden ist. Deshalb ist eine Anrechnung in dem oben aufgeführten System insbesondere im Zeitraum vor 2007 und vor 2012 unter Einbezug von ausländischen Kreditinstituten nicht möglich.<sup>113</sup>

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Leerkäufer nur eine Kompensationszahlung in Höhe der Nettodividende vom Leerverkäufer erhalte und deshalb ein Einbehalt der Kapitalertragsteuer vorliegen müsse.<sup>114</sup> Dabei ist festzuhalten, dass die Erhebung durch den zum Steuerabzug Verpflichteten stattfinden muss.<sup>115</sup> Bei dem Leerverkauf sind nur weder der Leerverkäufer noch seine Depotbank zum Einbehalt verpflichtet, sondern regelmäßig die eigene Depotbank des Käufers oder die Wertpapiersammelbank, vgl. § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 EStG. Wenn aufseiten des Leerverkäufers eine Zahlung nur in Höhe der Nettodividende geleistet wird, führt das zwar zu einer Vermögenseinbuße beim Leerkäufer. Diese kann jedoch nicht als Einbehalt der Steuer angesehen werden, da der Leerverkäufer keine Zahlung einbehält.<sup>116</sup>

Auch der Einwand, die Fiktion des § 45a Abs. 3 S. 2 Hs. 2 EStG bedeute, dass der Kapitalertragsteuereinbehalt bei der Dividende auch für die Kompensation gelte,<sup>117</sup> ist abzulehnen. Der Emittent der Aktien wird hier nur zu Bescheinigungszwecken als Schuldner der Kapitalerträge fingiert; eine weitergehende Fiktion bezüglich der Anrechnung enthält er nicht.<sup>118</sup> Verdeutlicht wird dies besonders aus systematischer Sicht: § 45a EStG ist dem § 44 EStG, der die Entrichtung der Kapitalertragsteuer regelt, nachgeschaltet. Hätte der Gesetzgeber eine solche Fiktion tatsächlich gewollt, hätte er sie dann auch im § 44 EStG festgeschrieben. Insgesamt wird in

§ 45a Abs. 3 S. 2 Hs. 2 EStG somit eine Bedeutung hinein interpretiert, die dieser gar nicht hat.<sup>119</sup>

Schließlich ist auch die Beweiswirkung der nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 EStG vorzulegenden Bescheinigung begrenzt.<sup>120</sup> Würde man ihr eine volle Beweiswirkung zugestehen, wären die anderen Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ohne jede eigenständige Bedeutung, weil sie nach der Vorlage der Bescheinigung diesen Beweis nicht mehr zerstören könnten. Dies würde jedoch dem Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG widersprechen.

Somit ist festzuhalten, dass die Erhebung der Kapitalertragsteuer nur in bestimmten Fällen erfüllt ist. Insbesondere für den Zeitraum vor 2006 und zwischen 2007 bis 2012 bei Einschaltung eines ausländischen Kreditinstituts ist die Erhebung nicht erfolgt. Ansonsten ist für jeden Einzelfall zu prüfen, ob die Kapitalertragsteuer tatsächlich erhoben wurde. Nur bei erfolgter Erhebung kann dann eine Steueranrechnung verlangt werden.

## VI. Rechtstatsächliche Problematik

Wie gezeigt sind Inhaberverkauf und Leerverkauf unterschiedlich zu behandeln: Während bei Erstem Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG beim Erwerber entstehen, werden die Zahlungen bei letzterem als Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG behandelt. Problematisch ist dabei, dass es für den Erwerber der Aktien grundsätzlich nicht erkennbar ist, ob ein Inhaber- oder ein Leerverkauf vorliegt.<sup>121</sup> Dies liegt in der Tatsache begründet, dass die Wertpapiersammelbank bei ihren Umbuchungen nicht vermerkt, ob der Verkäufer die Aktien erst nachträglich außerbörslich beschafft.<sup>122</sup> Der Erwerber weiß also nicht, ob er von einem Inhaber oder von einem Leerverkäufer kauft und ob Steuern noch einmal abgeführt werden müssen.<sup>123</sup> Im Folgenden soll daher darauf eingegangen werden, welche Schlussfolgerungen sich für die steuerliche Behandlung dieser Problemstellung ergeben.

<sup>111</sup> Dies dürfte regelmäßig die Wertpapiersammelbank sein.

<sup>112</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (403).

<sup>113</sup> Ebenso *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (795).

<sup>114</sup> So *Desens*, DStZ 2014, 154 (157).

<sup>115</sup> BFH/NV 2011, 641; *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (793).

<sup>116</sup> LG Köln wistra 2015, 404 (406).

<sup>117</sup> *Desens*, DStZ 2014, 154 (158).

<sup>118</sup> FG Hessen DStR 2012, 2381 (2383); *Amann*, DB 2016, 1463 (1464); *Rau*, DStR 2013, 838 (842); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (794).

<sup>119</sup> *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (794).

<sup>120</sup> *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (795); a.A. *Desens*, DStZ 2014, 154 (158).

<sup>121</sup> *Anzinger*, RdF 2012, 394 (397); *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097 (3101); *Brandis* (Fn. 37), S. 45; *Derlien/Kern*, BB 2013, 1943; *Desens*, DStR 2012, 2473 (2474); *Haritz/Werneburg*, NWB 2015, 657 (659); *Krumm* (Fn. 60), § 5 Rn. 512c; *Schön*, RdF 2015, 115 (128); *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1759); Hinweis auf Gutachten der Clearstream in FG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 8.12.2009, 15 K 6030/06 B, BeckRS 2009, 26029467.

<sup>122</sup> Sie verbucht stattdessen aus Vereinfachungsgründen nur den Saldo, der sich durch die Dividendenregulierung bei einer Depotbank ergibt, *Berger/Matuszewski*, BB 2011, 3097.

<sup>123</sup> Dieses rechtstatsächliche Problem ändert jedoch nichts an der rechtsdogmatischen Tatsache, dass doppeltes wirtschaftliches Eigentum beim Leerverkauf schon nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ausgeschlossen ist und deswegen die Anrechnung der Steuer vom Leerkäufer nicht verlangt werden kann.

### 1. Reformierung des Wertpapiersystems

Wiederholt ist auf die Missstände hingewiesen worden, die durch die Unkenntnis des Erwerbers entstehen können.<sup>124</sup> Dabei sind die tatsächlichen Differenzierungsprobleme in der mangelnden Kennzeichnung eines Leerverkaufes durch die Wertpapiersammelbank begründet. Diese Kennzeichnung ist jedoch aufgrund des technischen Fortschrittes heute durchaus möglich. Deshalb sollte der Gesetzgeber erwägen, schnellstmöglich eine Regelung einzuführen, die entweder die Wertpapiersammelbank oder die Depotbank des Leerverkäufers<sup>125</sup> dazu verpflichtet, dem Erwerber einen Leerverkauf anzuzeigen. Dann kann dieser nämlich die zusätzliche Steuer auf die dann für ihn klar erkennbare Dividendenkompensation abführen und nachfolgend die Steueranrechnung begehren.<sup>126</sup>

### 2. Gleichbehandlung von Inhaber- und Leerverkauf

Bis eine solche Vorschrift eingeführt wird, muss jedoch das Steuerrecht systematisch korrekt eine Entscheidung über die Behandlung von beiden Fällen treffen.<sup>127</sup> Weil nun keine wirksame Unterscheidung zwischen den beiden Ausgestaltungen getroffen werden kann, müssen sie insoweit gleichbehandelt werden.<sup>128</sup> Fraglich ist aber, ob hierbei der Leerverkauf genauso wie der Inhaberverkauf behandelt oder eine Anrechnung auch bei einem Inhaberverkauf bis zum zivilrechtlichen Eigentumsübergang verweigert werden sollte.

Für erstere Möglichkeit sprechen zuerst die oben angeführten, vom Bundesfinanzhof entwickelten Kriterien für den wirtschaftlichen Übergang von Aktien, die gerade vorsehen, dass wirtschaftliches Eigentum an Aktien bei einem Inhaberverkauf schon früher übergeht. Fraglich ist insoweit, ob man die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs und mit ihr die gesamte jahrelange Gestaltungspraxis missachtet, die sich an diesen Kriterien orientierte. Die Praxis könnte also eine Art Vertrauensschutz besitzen.<sup>129</sup> Insbesondere die umstrittene Gesetzesbegründung von 2007 könnte diesen Vertrauensschutz bestärkt haben. Eine Benachteiligung der erlaubten Anrechnung der Kapitalertragsteuer beim Inhaberverkauf wäre die Folge.

Dem muss jedoch deutlich widersprochen werden. Zuerst sind die Vorverlagerung des Erwerbs wirtschaftlichen Eigentums bei Aktien und das damit zusammenhängende Auseinanderfallen des Erwerbs vom zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum nicht zwingend.<sup>130</sup> Dieses Auseinander-

derfallen ist eine Ausnahme vom Grundsatz des § 39 Abs. 1 AO und eine derartige Rechtspraxis deswegen nicht uneingeschränkt geschützt.<sup>131</sup>

Zudem stützt sich der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung auf die damals üblichen Börsenusancen. Durch die Einführung des sog. zentralen Kontrahenten im Jahre 2003 könnte jedoch eine vollkommen neue Situation eingetreten sein. Hierbei wurde die Eurex Clearing AG als zentrale Vertragspartei bei bestimmten Aktiengeschäften an der Frankfurter Börse eingeführt, die Kaufverträge sowohl mit dem Erwerber, als auch mit dem Verkäufer schließt und somit als alleinige Gegenpartei der Aktienhändler auftritt.<sup>132</sup> Wenn deshalb die Aktiengeschäfte für alle an der Frankfurter Börse gehandelten Aktien nur zwischen Eurex und dem Verkäufer einerseits und Eurex und dem Erwerber andererseits zustande kommen, liegt immer ein Leerverkauf vor, weil Eurex als zentraler Kontrahent noch nicht über die Aktien verfügt. Die Grundvoraussetzung des Bundesfinanzhofes bei seinen vorangegangenen Urteilen, dass der Verkäufer auch Eigentümer der Aktien ist, ist deshalb nicht mehr erfüllt.<sup>133</sup> Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes ist also nicht mehr anwendbar, weil sie von ganz anderen Börsenusancen ausging.

Außerdem zeigt die Beweispflichtenverteilung hier, dass ein Inhaberverkauf mit einem Leerverkauf gleichgestellt werden muss. Die Feststellungspflicht, um was für ein Geschäft es sich bei dem steuerbaren Vorgang handelt, trifft den Steuerpflichtigen. Dieser hat alle steuerentlastenden Tatsachen zu beweisen, während die Finanzverwaltung steuerbegründende vorzutragen hat.<sup>134</sup> Hier beantragt der Steuerpflichtige die Anrechnung, er trägt also eine Steuerentlastung vor. Deshalb muss er aber die nötigen Voraussetzungen, einschließlich des gültigen Einbehaltes der Steuer, beweisen.<sup>135</sup> Weil für den Erwerber der Aktienbestand beim Leerverkauf unbekannt bleibt, kann er faktisch nie einen positiven Beweis führen, dass ein Inhaberverkauf und kein Leerverkauf vorlag. Da der Käufer aber aufgrund der klaren Verteilung der Beweispflichten erkennen musste, dass die Be-

<sup>124</sup> So bspw. *Anzinger*, RdF 2015, 394 (395); *Bruns*, DStZ 2011, 676 (683); *Englisch*, FR 2010, 1024 (1031).

<sup>125</sup> Diese ist weitaus besser über die Buchungsbewegungen ihres Kunden informiert.

<sup>126</sup> *Bruns*, DStZ 2011, 677 (683).

<sup>127</sup> Vgl. *Krumm* (Fn. 60), § 5 Rn. 512c.

<sup>128</sup> Ebenso *Krumm* (Fn. 60), § 5 Rn. 512c.

<sup>129</sup> Dabei muss die widersprüchliche Gesetzesbegründung aus dem Jahre 2007 berücksichtigt werden; siehe ausführlicher Nachweis bei *Florstedt*, FR 2016, 641 (651).

<sup>130</sup> So auch *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (792); vollständig ablehnend *Anzinger*, RdF 2012, 394 (399); *Kolbinger* (Fn. 8), S. 171; *Rau/Sahl*, BB 2000, 1112 (1114).

<sup>131</sup> Auch zeigt BFH DStR 2014, 2012 und die neueren Gerichtsentscheidungen einen Trend, den Übergang wirtschaftlichen Eigentums zu verneinen; vgl. insoweit sehr vorsichtigen Wortlaut des BFH: der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums sei „prinzipiell“ möglich; vgl. *Schwenke*, JM 2015, 83 (85).

<sup>132</sup> FG Hessen DStR 2016, 1084 (1089 f.); *Horn*, WM 2002, Sonderbeilage 2 (4), *Will* (Fn. 9), S. 2367.

<sup>133</sup> FG Hessen DStR 2016, 1084 (1089); *Amann*, DB 2016, 1463 (1464); *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (791).

<sup>134</sup> BFH/NV 2006, 320; BFH/NV 2014, 693 (695); *Brenner*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 123 Lfg., Stand: Juli 2002, § 36 D 171; *Ratschow*, in: Gräber, Kommentar zur Finanzgerichtsordnung mit Nebengesetzen, 8. Aufl. 2015, § 96 Rn. 181.

<sup>135</sup> *Bruns*, DStR 2010, 2061 (2066); Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nicht denkbar, eingehend *Spengel/Eisgruber*, DStR 2015, 785 (797 f.); FG Hessen DStR 2016, 1084 (1091 f.); a.A. *Haritz/Werneburg*, NWB 2015, 657 (662).

weislast ihn treffen würde, ist er auch bei einem Inhaberverkauf nicht schutzwürdig.<sup>136</sup>

Schließlich entspannt sich das gesamte Problem bei den „cum/ex“-Dividenden-Geschäften darum, dass die Einkünfte nicht einem einzigen Steuerpflichtigen zugeordnet werden konnten, sodass auch eine andere Person die Anrechnung der Steuer beantragte. Um genau diese Problematik zu beheben, ist doppeltes wirtschaftliches Eigentum abzulehnen. Wenn man nun aber auch bei Leerverkäufen den wirtschaftlichen Übergang schon bei Vertragsschluss annehmen würde, liefe dies zwangsläufig auf eine faktische Anerkennung des doppelten wirtschaftlichen Eigentums hinaus. Die Unsicherheiten, die gerade zu der systemwidrigen mehrfachen Anerkennung geführt haben, würden weiter bestehen. Um dies zu verhindern, muss die Anrechnung auch bei Inhaberverkäufen verneint werden.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass bis zu einer Reformierung des Wertpapiersammelbanksystems Inhaberverkäufe rechtstatsächlich genauso behandelt werden müssen wie Leerverkäufe, sodass auch dort eine Anrechnung der Steuer erst dann erfolgen kann, wenn das zivilrechtliche Eigentum übergeht.<sup>137</sup>

## VII. Zusammenfassung

Die einleitende Hauptfrage, ob bei „cum/ex“-Dividenden-Geschäften infolge eines Leerverkaufes eine Anrechnung der auf die Dividende geleisteten Kapitalertragsteuer erfolgen könne, ist zu verneinen. Um diese Steuer anrechnen zu können, müsste der Leerverkäufer die damit zusammenhängenden Einkünfte (die Dividenden) erzielt haben, was er jedoch aufgrund des mangelnden zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums nicht tut. Insbesondere ist die damit eng verbundene These des verdoppelten wirtschaftlichen Eigentums schon wegen der insoweit klaren Vorschrift des § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO abzulehnen. Insoweit dürften die eingangs erwähnten Finanzbehörden mit ihren Bemühungen, den entstandenen Steuerverlust zu minimieren, Erfolg haben. Es bleibt jedoch weiterhin Aufgabe der Behörden, den mutmaßlichen massenhaften Gestaltungsmissbrauch der Investoren aufzudecken und eventuelle Straftäter zu überführen.

Eine Anrechnung der Steuer, die nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG auf die Kompensationszahlung entfällt, kommt hingegen eingeschränkt auf Inlandsfälle ab 2007 und vollumfänglich ab 2012 bei Einbehalt der Steuer in Betracht. Schließlich stellen sich obige Probleme bei Inhaberverkäufen deshalb nicht, weil der Erwerber durch den Vertragsschluss unmittelbar wirtschaftliches Eigentum vom Inhaber erhält. In der Praxis sind Inhaber- und Leerverkauf jedoch nicht unterscheidbar, weshalb vorerst beide gleich zu behandeln sind. Dabei ist es steuersystematisch zwingend, auch für einen Inhaberverkauf eine Anrechnung der Dividendenbesteuerung erst bei Übergang des zivilrechtlichen Eigentums zuzulassen.

<sup>136</sup> Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (799).

<sup>137</sup> Krumm (Fn. 60), § 5 Rn. 512c; a.A. Brandis (Fn. 37), S. 45.