

§ 8 Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums? – Zugleich ein Überblick über „Cum-/Ex-Geschäfte“

Tim Buchholz

I. Einleitung

Das wirtschaftliche Eigentum in § 39 Abs. 2 S. 1 AO ist Ausdruck des Leistungsfähigkeitsprinzips im Steuerrecht.¹ Danach kann ein Wirtschaftsgut entgegen der zivilrechtlichen Eigentumslage einem anderen Steuerpflichtigen zugerechnet werden. Bei Leerverkäufen von Aktien um den Dividendenstichtag wird lebhaft diskutiert, ob bereits durch den Leerverkauf wirtschaftliches Eigentum auf den Käufer übergehen kann.² Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, ein Leerverkauf von Aktien führe zu einer Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums.³ Ob das wirtschaftliche Eigentum infolge eines Leerverkaufs einer Aktie übergeht, hat im Rahmen der sogenannten „Cum-/Ex-Geschäfte“ eine hohe Bedeutung. Denn von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob es rechtlich möglich war, dass zwei Steuerpflichtige eine nur einmalig einbehaltene Kapitalertragsteuer anrechnen konnten. Diese „Cum-/Ex-Geschäfte“ haben zuletzt wegen des Urteils des ersten Strafsenats des BGH zur Strafbarkeit solcher Geschäfte eine hohe mediale Präsenz erfahren.⁴ Daher wird zunächst ein vereinfachter Überblick über die „Cum-/Ex-Geschäfte“ sowie die Voraussetzungen der Kapitalertragsteueranrechnung gegeben, um anschließend die Frage der Möglichkeit der Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums zu beantworten.

¹ P. Fischer in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 270. EL 09.2021, § 39 AO Rn. 7.

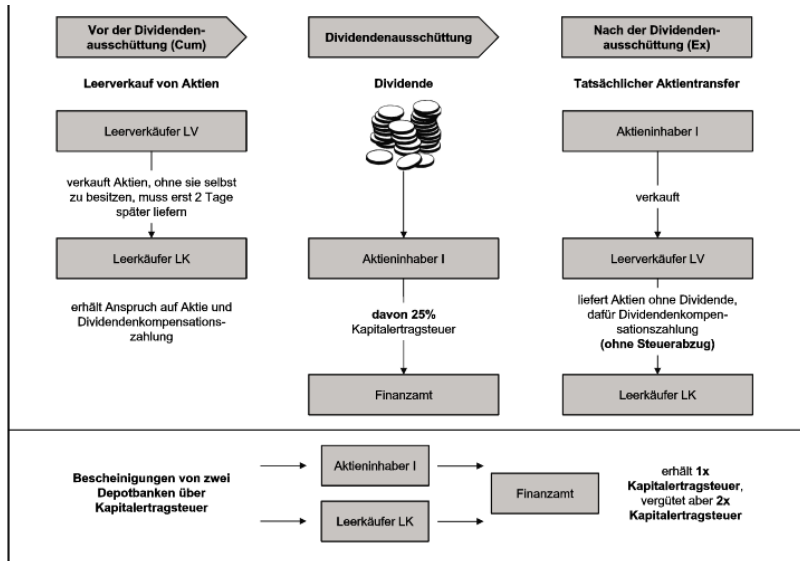
² N. Fietz, ZJS 2017, 290 (294).

³ H. Berger/J. Matuszewski, BB 2011, 3097 (3100).

⁴ BGH, NJW 2022, 90-99.

II. Übergang des wirtschaftlichen Eigentums infolge eines Leerverkaufs einer Aktie

1. Überblick über „Cum-/Ex-Geschäfte“



Quelle: C. Spengel/T. Eisgruber, DStR 2015, 785 (787).

Bei „Cum-/Ex-Geschäften“ sind drei Personen beteiligt: Ein Aktieninhaber, ein Leerverkäufer und ein Leerkäufer.⁵

In folgendem Beispiel ist der Aktieninhaber I Inhaber einer Aktie der A-AG, die vor dem Dividendenausschüttungstag einen Wert von 100 Euro hat. In der Hauptversammlung der A-AG wurde beschlossen, dass die Dividende 10 Euro beträgt. Daraufhin wird die Dividende dem Inhaber abzüglich der Kapitalertragsteuer in Höhe von 7,50 Euro ausgezahlt (mittlere Spalte der Abbildung). Die 2,50 Euro Kapitalertragsteuer führt die A-AG an das Finanzamt ab. Der Aktieninhaber erhält daher eine Kapitalertragsteuerbescheinigung nach § 45 Abs. 2 a.F. EStG in Höhe von 2,50 Euro.

Bereits ein Tag vor der Dividendenausschüttung (linke Spalte der Abbildung) hat der Leerverkäufer eine Aktie mit Dividendenanspruch („cum“) an der Börse an den Leerkäufer verkauft, ohne diese im Eigentum zu haben

⁵ Beispiel ist angelehnt an C. Spengel/T. Eisgruber, DStR 2015, 785 (786).

(Leerverkauf). Diese Aktie muss er wegen den Börsen-usancen erst zwei Tage nach Abschluss des Kaufvertrags liefern.

Nach der Dividendenausschüttung erwirbt der Leerverkäufer vom Aktieninhaber die Aktie ohne Dividendenanspruch („ex“) für 90 Euro, da der Wert der Aktie wegen der Ausbezahlung der Dividende um 10 Euro sank. Diese Aktie erwirbt der Leerverkäufer über ein außerbörsliches OTC-Geschäft, sodass er sie ohne zeitliche Verzögerung vom Aktieninhaber geliefert bekommt. Er liefert die Aktie ohne Dividendenanspruch („ex“) sodann an den Leerkäufer (rechte Spalte der Abbildung), um die Verpflichtung aus dem Leerverkauf zu erfüllen. Da der Leerverkäufer sich vertraglich verpflichtet hat, eine Aktie mit Dividendenanspruch („cum“) zu liefern, bezahlt er zusätzlich über die Einschaltung seiner Depotbank eine Dividendenkompensation in Höhe der Nettodividende (7,50 Euro).

Da die Depotbank des Leerkäufers nicht erkennen kann, ob diese Zahlung eine Dividendenkompensation oder eine originäre Dividendenzahlung ist, stellte sie dem Leerkäufer auch eine Kapitalertragsteuerbescheinigung in Höhe von 2,50 Euro aus. Infolge des Leerverkaufs um den Dividendenstichtag entsteht also die Situation, dass lediglich einmal Kapitalertragsteuer an das Finanzamt abgeführt wurde, jedoch zwei Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt worden sind. Wenn sowohl der Aktieninhaber I und der Leerkäufer die Steuer anrechnen können, würde der Staat einen Verlust in Höhe von 2,50 Euro erzielen. Folglich ist die entscheidende Frage, ob auch der Leerkäufer der Aktie die Steuer anrechnen kann.

2. Rechtliche Voraussetzung der Anrechnung

Der Leerkäufer kann Kapitalertragsteuer anrechnen, wenn der Tatbestand des § 36 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EStG erfüllt ist.⁶ Das setzt voraus, dass der Leerkäufer Einkünfte erzielt, die bei der Veranlagung erfasst werden oder nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b KStG außer Ansatz bleiben. Zudem muss auf diese Einkünfte durch Steuerabzug Einkommensteuer erhoben worden sein und eine Bescheinigung i.S.d. § 45a Abs. 2 EStG vorgelegt werden.

⁶ W. Schön, RdF 2015, 115 (118).

a. *Erzielen von Einkünften durch den Leerkäufer*

Bezüge, die nach § 3 Nr. 40 EStG beziehungsweise § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz bleiben, sind Bezüge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.⁷ § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erfasst Dividenden (Satz 1) und seit 2007 auch die Dividendenkompensationszahlungen (Satz 4).

b. *Rechtslage vor 2007*

Vor Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG kamen als Einkünfte des Leerkäufers lediglich die ausgeschüttete Dividende in Betracht. Die entscheidende Frage ist also, ob die Dividende dem Leerkäufer zugerechnet werden kann.⁸ Bei Einkünften aus Kapitalvermögen richtete sich die Zurechnung bis 2009 nach § 20 Abs. 2a a.F. EStG, der identisch mit dem heute geltenden § 20 Abs. 5 EStG ist.⁹ Danach sind die Dividenden dem Anteilseigner zuzurechnen. Anteilseigner ist derjenige, dem im Zeitpunkt des Dividendenbeschlusses die Anteile i.S.d. § 39 AO zuzurechnen sind. Vor 2007 hängt die Möglichkeit einer doppelten Anrechnung einer nur einmal gezahlten Kapitalertragsteuer mithin davon ab, ob eine Aktie tatsächlich mehreren Steuerpflichtigen zugerechnet werden kann. Die Frage der doppelten Zurechnung infolge eines Leerverkaufs wird beantwortet, nachdem die Rechtslage ab dem Jahr 2007 dargestellt worden ist.

c. *Rechtslage nach 2007*

Wie bereits erwähnt, führte der Gesetzgeber mit dem JStG 2007 den § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG ein. Danach sind Dividendenkompensationszahlungen ausdrücklich Einkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG. Folglich ist es seit 2007 unstreitig, dass der Leerkäufer die erste Voraussetzung des § 36 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EStG erfüllt. Seit 2007 kommt es für die Anrechnung nach § 36 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EStG nicht mehr darauf an, ob die Aktie auch dem Leerkäufer zugerechnet werden kann. Neben der Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG unterwarf der Gesetzgeber ab 2007 die Dividendenkompensationszahlung der Kapitalertragsteuerpflicht, § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a.F. EStG. Inländische Kreditinstitute der Leerverkäufer waren nach

⁷ C. Spengel/T. Eisgruber, DStR 2015, 785 (787).

⁸ N. Fietz, ZJS 2017, 290 (292).

⁹ F. Podewils/T. Zink, DStZ 2013, 177 (181).

§ 44 Abs. 1 S. 3 a.F. EStG verpflichtet, auf Rechnung des Erwerbers die Kapitalertragsteuer abzuführen.¹⁰ Der Einbehalt der Kapitalertragsteuer unterblieb jedoch, wenn der Leerverkauf über ein ausländisches Kreditinstitut geschlossen wurde, da § 44 Abs. 1 S. 3 a.F. EStG lediglich inländische Kreditinstitute umfasste.¹¹ Daher war es bis einschließlich 2011 immer noch möglich, dass lediglich einmal Kapitalertragsteuer einbehalten wurde, jedoch zwei Steuerbescheinigungen ausgestellt worden sind. Ob in diesen Fällen zwischen 2007 und 2011 eine doppelte Anrechnung der Steuer möglich ist, hängt von dem zweiten Tatbestandsmerkmal des § 36 Abs. 2 S. 2 EStG („durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer“) ab. Dabei ist es umstritten, ob dieses Tatbestandsmerkmal voraussetzt, dass tatsächlich Kapitalertragsteuer abgeführt worden ist.¹²

Der Gesetzgeber löste das Problem der doppelten Bescheinigung einer einmalig einbehaltenen Kapitalertragsteuer bei „Cum-/Ex-Geschäften“ erst zum Veranlagungszeitraum 2012, indem er vom Schuldnerprinzip zum Zahlstellenprinzip wechselte.¹³ Danach ist das Kreditinstitut, welches die Kapitalerträge auszahlt, für den Einbehalt der Kapitalertragsteuer zuständig, § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 1, 3 EStG. Damit wird erreicht, dass nur noch diejenigen Stellen Steuerbescheinigungen ausstellen dürfen, die auch Kapitalertragsteuer an die Finanzverwaltung abgeführt haben.¹⁴

d. Wirtschaftliches Eigentum des Leerkäufers an der Aktie

Die Zuordnung der Aktie richtet sich nach der allgemeinen Zurechnungsregel des § 39 AO. Das Steuerrecht knüpft dabei zunächst an das Zivilrecht an, indem es Wirtschaftsgüter dem zivilrechtlichen Eigentümer zurechnet.¹⁵ Jedoch kann ein Wirtschaftsgut einem anderen Steuerpflichtigen als dem zivilrechtlichen Eigentümer zugerechnet werden, wenn ein anderer 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 ausschließen kann,

¹⁰ H. Klein, BB 2013, 1054 (1055).

¹¹ F. Podewils, AG 2010, 391 (394).

¹² N. Fietz, ZJS 2017, 290 (297).

¹³ D. Gosch, BFH PR 2015, 15 (17).

¹⁴ J.W. Bruns, DStZ 2011, 675 (684).

¹⁵ U. König, in: Koenig (Hrsg.), AO, 4. Aufl. 2021, § 39 Rn. 10.

§ 39 Abs. 2 S. 1 AO. Das ist anhand einer Würdigung der Gesamtumstände im Einzelfall vorzunehmen.¹⁶

Die Aktie steht am Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses noch im Eigentum des Aktieninhabers. Ihm ist das Wirtschaftsgut grundsätzlich nach § 39 Abs. 1 AO zuzurechnen. Dem Leerkäufer ist die Aktie daher nur zuzurechnen, wenn er wirtschaftlicher Eigentümer i.S.d. § 39 Abs. 2 S. 1 AO ist. Das setzt nach dem Wortlaut voraus, dass der Leerkäufer in der Lage sein muss, den Aktieninhaber von der Einwirkung auszuschließen. Jedoch steht der Leerkäufer in keiner vertraglichen Beziehung zum Aktieninhaber, weshalb er diesen nicht von der Nutzung ausschließen kann.¹⁷ Gegen die Annahme des wirtschaftlichen Eigentums spricht auch, dass der Leerkäufer keine rechtlich abgesicherte Position hat. Denn der Leerverkäufer kann den Kaufvertrag nicht sofort erfüllen, sondern muss sich die Aktie noch von dem Aktieninhaber durch ein unabhängiges Rechtsgeschäft beschaffen.¹⁸ Entscheidet sich der Aktieninhaber gegen den Verkauf, hat der Leerkäufer keine Möglichkeit, Eigentum an der Aktie zu erlangen. Folgt man streng dem Gesetzeswortlaut, führt der Leerverkauf nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Leerkäufer.

aa. These der Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums

Dennoch wird hierzu in der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Leerkäufer schon mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts kurz vor der Dividendenausschüttung das wirtschaftliche Eigentum erlange. Infolgedessen komme es zu einer Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums, da sowohl der Aktieninhaber als auch der Leerverkäufer wirtschaftlicher Eigentümer seien.¹⁹ Begründet wird diese Auffassung mit einem Verweis auf ein Urteil des BFH sowie der Gesetzesbegründung zur Neuregelung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG. In dem Urteil vom 15.12.1999 hat der BFH entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum an einer Aktie bei

¹⁶ R. Fu, in: Gosch (Hrsg.), AO/FGO, 170. EL 09.2022, § 39 AO Rn. 38.

¹⁷ T. Florstedt, FR 2016, 641 (648); S. Rau, FR 2011, 366 (373).

¹⁸ P. Brandis, FS Gosch, 2016, S. 37 (44).

¹⁹ J. Englisch, FR 2010, 1023 (1031); M. Desens, DStZ 2012, 142 (150); H. Klein, BB 2015, 726 (731); H. Berger/J. Matuszewski, BB 2011, 3097 (3100).

einem Inhaberverkauf wegen der Börsenusancen bereits mit dem Kaufvertrag übergeht.²⁰ Daraus ergebe sich, dass bei Aktien das wirtschaftliche Eigentum grundsätzlich mit dem Kaufvertrag übergehe.²¹ Dieser Verweis auf das Urteil des BFH überzeugt nicht. Der BFH hat in diesem Urteil lediglich die Frage des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums beim Inhaberverkauf und nicht beim Leerverkauf entschieden. In seinem Urteil hat der BFH zunächst die Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums dargestellt und daraufhin geprüft, ob beim Inhaberverkauf einer Aktie bereits mit dem Kaufvertrag das wirtschaftliche Eigentum übergeht.²² Eine solche Einzelfallwürdigung beim Inhaberverkauf kann nicht auf eine andere Fallkonstellation wie den Leerverkauf übertragen werden. Der BFH hat sogar die Frage des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums infolge eines Leerverkaufs einer Aktie ausdrücklich offengelassen.²³

Des Weiteren wird das Argument angeführt, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG selbst davon ausging, dass der Leerkäufer bereits durch den Kaufvertrag wirtschaftliches Eigentum erwerbe.²⁴ Tatsächlich findet sich in der Begründung folgende Passage: „[D]er dem Aktienerwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht“.²⁵ Dazu ist anzumerken, dass diese Äußerung wortwörtlich aus dem Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken übernommen worden ist.²⁶ Die Aussage in der Gesetzesbegründung ist daher lediglich eine Rechtsmeinung, an welche der Rechtsanwender nicht gebunden ist.²⁷ Eine Auseinandersetzung, ob eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums überhaupt mit der Regelung des § 39 AO vereinbar ist, vermeiden die Vertreter dieser Auffassung. Vor diesem Hintergrund ist mithilfe der juristischen Auslegungsmethoden zu ermitteln, ob eine Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums überhaupt mit § 39 AO im Einklang steht.

²⁰ BFH, DStR 2000, 462 – 466.

²¹ M. Desens, DStR 2014, 2317 (2318).

²² BFH, DStR 2000, 462 (463).

²³ BFH, DStR 2014, 2012 (2015).

²⁴ H. Berger/J. Matuszewski, BB 2011, 3097 (3101).

²⁵ BT-Drucks. 622/06, S. 78.

²⁶ Das Schreiben wird in BT-Drucks. 18/1603, S. 6 wiedergegeben.

²⁷ P. Brandis in: FS Gosch, 2016, 37 (43).

bb. Auslegung des § 39 AO

Gegen die Möglichkeit spricht der Wortlaut des § 39 Abs. 2 S. 1 AO. Die Formulierung „ein anderer als der Eigentümer“ deutet darauf hin, dass § 39 AO nur das bipolare Verhältnis zwischen dem zivilrechtlichen Eigentümer und einem anderen regelt.²⁸ Ferner ergibt sich aus dem Wortlaut („Abweichend von Absatz 1“), dass die beiden Absätze des § 39 AO in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis stehen.²⁹ DVerhältnis lässt erkennen, dass ein Wirtschaftsgut nicht beiden zugleich zugerechnet werden kann, sondern entweder dem zivilrechtlichen oder dem wirtschaftlichen Eigentümer.³⁰ Zudem ist der Zweck des § 39 Abs. 2 S. 1 AO zu berücksichtigen. § 39 Abs. 2 S. 1 AO ist Ausdruck der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht mit dem Ziel, eine Zuordnung gemäß der finanziellen Leistungsfähigkeit zu erreichen.³¹ Wenn eine mehrfache Zuordnung eines Wirtschaftsgutes möglich wäre, würde die Norm dazu führen, dass nicht nach der tatsächlichen Leistungsfähigkeit besteuert wird. Daher spricht auch die teleologische Betrachtung dafür, dass es nur einen wirtschaftlichen Eigentümer geben kann.

Aus dem Wortlaut, der inneren Systematik sowie dem Zweck des § 39 AO ergibt sich, dass eine Vervielfältigung des Eigentums nicht möglich ist. Wie oben dargelegt, führt die Anwendung des § 39 Abs. 2 S. 1 EStG eindeutig zum Ergebnis, dass dem Aktieninhaber die Aktie zum Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen ist. Nur er kann also die einbehaltene Kapitalertragsteuer nach § 36 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EStG anrechnen lassen. Folglich war es im Rahmen der bis 2007 ausgeübten „Cum-/Ex-Geschäfte“ nicht möglich, eine einmalig einbehaltene Kapitalertragsteuer zweimal anrechnen zu lassen.

III. Resümee

Die Frage des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums infolge eines Leerverkaufs einer Aktie lässt sich bei strikter Gesetzesanwendung eindeutig beantworten. Die Subsumption unter § 39 Abs. 2 S. 1 AO ergibt, dass

²⁸ P. Fischer in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 270. EL 09.2021, § 39 AO Rn. 82.

²⁹ H. Anzinger, FR 2012, 394 (400); K.-D. Drüen in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 172. EL 10.2022, § 39 AO Rn. 3.

³⁰ N. Fietz, ZJS 2017, 290 (295).

³¹ P. Fischer in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 270. EL 09.2021, § 39 AO Rn. 7.

der Leerkäufer kein wirtschaftliches Eigentum erlangt. Darüber hinaus folgt bereits aus der Auslegung des § 39 AO, dass keine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums möglich ist.