



# Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht

## Aufsätze

Dr. Dagmar Knigge / Prof. Dr. Petra Wittig\*

### Die zivil-, steuer- und strafrechtlichen Dimensionen von Cum/Ex- und Cum/Cum Geschäften

Ein Überblick (Teil I.)

*Der Beitrag beleuchtet zunächst die zivil- und steuerrechtlichen Dimensionen von Aktiengeschäften rund um den Dividendentermin (sog. Dividendenstripping). Dabei wird zwischen Cum/Ex-Geschäften und Cum/Cum-Geschäften unterschieden. Die (steuer-)strafrechtlichen Aspekte werden sodann in einem im nächsten Heft erscheinenden Beitrag gesondert erörtert. Dabei kann es nicht das Ziel dieses Übersichtsaufsatzes sein, eine allumfassende Lösung für die komplexe Rechtslage zu präsentieren. Vielmehr geht es darum, für die bestehenden Probleme (gerade in strafrechtlicher Hinsicht) zu sensibilisieren.*

#### I. Vorbemerkung

Spätestens mit Veröffentlichung der sog. Cum/Ex-Files<sup>1</sup> im Oktober 2018 rückten die Steuergeschäfte rund um den Dividendentermin wieder in den Fokus der Öffentlichkeit. Daneben existieren noch die in der öffentlichen Wahrnehmung untergeordneten Cum/Cum-Geschäfte. Über die steuerrechtliche Zulässigkeit derartiger steuerlicher Gestaltungen wurde schon sehr viel geschrieben und gesprochen. So hat der 4. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages in der 18. Legislaturperiode am 20.6.2017 einen über 800-seitigen Abschlussbericht zu den Cum/Ex-Geschäften vorgestellt,<sup>2</sup> dem eine über einjährige Untersuchung vorausgegangen ist. Der vorliegende Aufsatz widmet sich nicht nur den gesellschafts- und steuerrechtlichen Grundlagen, sondern auch der strafrechtlichen Perspektive, die in der bisherigen Literatur eher stiefmütterlich behandelt worden ist. Er soll aufzeigen, welche strafrechtlichen Parameter bei genuin steuerrechtlichen

Fragen zur Anwendung kommen, so dass die strafrechtlichen Wertungen nicht zwingend mit denjenigen des Steuerrechts übereinstimmen. Dementsprechend geht der Aufsatz zweiteilig vor: Zunächst soll die zivil- und gesellschaftsrechtliche Perspektive eingenommen werden (Teil I.), um sodann auf diesem Fundament die strafrechtlichen Fragen abzuhandeln (Teil II.).

#### II. Zivil- bzw. gesellschaftsrechtliche Ausgangslage

##### 1. Cum/Ex-Geschäfte und Cum/Cum-Geschäfte

###### a) Zielsetzung der Cum/Ex-Geschäfte und der Cum/Cum-Geschäfte

Es ist zwischen **Cum/Ex-Geschäften** einerseits, also der dinglichen Übertragung von Aktien ohne Dividendenberechtigung, und **Cum/Cum-Geschäften** andererseits, also der dinglichen Übertragung von Aktien mit Dividendenberechtigung, zu unterscheiden. Im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit und

\* Die Autorin *Knigge* ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Die Autorin *Wittig* ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Roxin Rechtsanwälte LLP sowie Professorin an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München..

1 Dabei handelt es sich um eine investigative Recherche von 19 europäischen Medien unter Leitung des Recherchezentrums *Correctiv*. Die Ergebnisse sind abrufbar unter <https://cumex-files.com/> (Stand: 18.12.2018).

2 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700.

Kritik standen zunächst in erster Linie die Cum/Ex-Geschäfte. Hierzu gibt es, wie bereits erwähnt, mittlerweile den über 800 Seiten umfassenden Bericht des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Bundestags vom 20.6.2017.<sup>3</sup> Zunehmend geraten aber auch die Cum/Cum-Geschäfte in den Fokus der Öffentlichkeit. Mit diesen befasst sich der Untersuchungsausschuss nur am Rande.

Die zentrale Problematik im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Geschäften stellt die – doppelte oder gar mehrfache – Bescheinigung bzw. Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen auf Aktien dar. Obwohl die Kapitalertragsteuer nur einmal einbehalten und abgeführt wurde, kam es bei diesen Geschäften zu einer mehrfachen Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer. Nach dem Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses des Bundestages ist dies die Folge aus dem Zusammenspiel der (gesetzlichen) Regelungen zur Abwicklung von Aktiengeschäften sowie zur Regulierung der Dividenden (sei es über die Börse oder außerbörslich) einerseits und den steuerlichen Regelungen zum Einbehalt und zur Bescheinigung der Kapitalertragsteuer andererseits.<sup>4</sup>

Die Cum/Cum-Geschäfte hingegen zielten auf die Nutzung von Steuervorteilen aufgrund einer unterschiedlichen Besteuerung in Abhängigkeit vom Sitz der Aktieneigentümer im In- oder Ausland. Ein Steuerausländer vermied durch das Cum/Cum-Geschäft die endgültige Belastung der Dividendenzahlung mit deutscher Kapitalertragsteuer, indem er die Wertpapiere auf einen Steuerinländer übertragen hat, der zur Anrechnung von Kapitalertragsteuer berechtigt war. Der dadurch erzielte wirtschaftliche Vorteil wurde in der Regel auf der Grundlage entsprechender vertraglicher Vereinbarungen zwischen den Beteiligten des Rechtsgeschäfts geteilt. In diesen Fällen ging es somit nicht um eine mehrfache Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer, die nur einmal einbehalten und abgeführt wurde, sondern um die Vermeidung der Belastung mit Kapitalertragsteuer bei einem nicht zur Anrechnung befugten Steuerausländer.

## b) Exkurs zur Übertragung von Aktien und zur Zuordnung der Dividende und der Kapitalertragsteuer

### aa) Zivilrechtliche Grundlagen der Aktienübertragung

Nach Auffassung des Abschlussberichts des Untersuchungsausschusses des Bundestages resultierte die bei den Cum/Cum-Geschäften sowie den Cum/Ex-Geschäften aufgetretene Problematik im Zusammenhang mit der Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer aus dem Zusammenspiel

- der Regelungen über die Abwicklung von Aktiengeschäften und die Regulierung von Dividendenzahlungen (sei es über die Börse oder außerbörslich), und
- den Regelungen über den Einbehalt und die Bescheinigung der auf die erhaltenen Dividenden zu zahlenden Kapitalertragsteuer.<sup>5</sup>

Zum Verständnis der Vorgänge ist daher eine Erläuterung der rechtlichen Grundlagen für die Übertragung von (börsennotierten) Aktien im Überblick erforderlich.<sup>6</sup> Da Gegenstand der Cum/Ex-Geschäfte und der Cum/Cum-Geschäfte in der Regel

börsennotierte Aktien waren, liegt der Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen auf diesen.

Im Zusammenhang mit der Übertragung von Aktien ist zu berücksichtigen, dass die zivilrechtlichen Regelungen im BGB der heutigen Realität, insbesondere der Übertragung börsennotierter Aktien, hinterherhinken und diese nur noch ansatzweise abbilden.<sup>7</sup>

Das Gesetz geht von der Vorstellung aus, dass die einzelnen Aktien in tatsächlich vorhandenen einzelnen Aktienurkunden verkörpert sind. Sog. Inhaberaktien werden vom BGB wie bewegliche Sachen behandelt: Die Übertragung richtet sich nach den sachenrechtlichen Vorschriften für die Übereignung beweglicher Sachen gem. §§ 929 ff. BGB, d.h. die Eigentumsübertragung erfolgt durch Einigung über den Eigentumsübergang und Übergabe (der Aktienurkunde) oder Vereinbarung eines Übergabesurrogats (in Form der Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses oder der Abtretung eines Herausgabeanspruchs). Namensaktien werden grundsätzlich nach §§ 413, 398 BGB durch Abtretung übertragen.<sup>8</sup>

Die Realität sieht regelmäßig anders aus, da es zumeist keine Urkunde über die einzelne Aktie mehr gibt. Börsennotierte Aktien, die in der Regel Gegenstand der Cum/Ex-Geschäfte und der Cum/Cum-Geschäfte waren, werden grundsätzlich in nur einer sog. (Dauer-)Globalurkunde verbrieft, die, soweit es sich um deutsche Aktiengesellschaften handelt, bei der *Clearstream Banking AG* (im folgenden kurz „*Clearstream AG*“) als Wertpapiersammelbank hinterlegt ist. Die *Clearstream AG* verwahrt die Globalurkunde und teilt die Rechte an der Globalurkunde auf die Depotbanken (als Kunden der *Clearstream AG*) auf. Die Depotbanken ihrerseits wiederum führen ein Depotregister, in dem sie die Rechte an der Globalurkunde auf die Depots der einzelnen Kunden aufteilen.<sup>9</sup> Der einzelne Aktionär hat lediglich einen **Miteigentumsanteil** an der in Form einer Globalurkunde verbrieften Aktie, der seinem Depot gutgeschrieben ist.<sup>10</sup> Bei Namensaktien erfolgt zusätzlich ein Eintrag in ein – zumeist elektronisch geführtes – Aktienregister.

Die Einzelheiten der Übertragung von in Globalurkunden verbrieften und bei der *Clearstream AG* hinterlegten Aktien sind

3 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700.

4

5 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 76.

6 Vgl. dazu auch Eder, NZG 2004, 107; Habersack/Mayer, WM 2000, 1678; Mentz/Fröhling, NZG 2002, 201; Vatter in Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 10 AktG Rz. 49 ff.

7 Loritz, BB 2017, 2327.

8 Eder, NZG 2004, 107; zur Übertragung von vinkulierten Namensaktien vgl. Bayer in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2016, § 68 AktG Rz. 2 ff.; Hüfner/Koch, 13. Aufl. 2018, § 68 AktG Rz. 4 f.

9 Loritz, WM 2017, 309.

10 Eder, 107 (110): „Bei der *Clearstream Banking AG* können nur Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute Kunden werden. Die Einlieferung der Aktie bei der *Clearstream Banking AG* erfolgt daher zwangsläufig über eine Depotbank. Mit Einlieferung der Aktie bei der *Clearstream Banking AG* entsteht ein gestuftes Verwahrungsverhältnis zwischen dem Hinterleger, seinem Kreditinstitut (Depotbank) und der *Clearstream Banking AG*. Verwahrungsverträge bestehen einerseits zwischen dem Hinterleger und der Depotbank sowie andererseits zwischen der Depotbank und der *Clearstream Banking AG*.“ Vgl. auch Vatter in Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 10 AktG Rz. 60 zur Rechtslage bei Globalaktien in Sammelverwahrung.

zivilrechtlich umstritten. Umstritten ist insbesondere die Frage, ob dem Hinterleger der Aktien ein Herausgabeanspruch gegenüber der *Clearstream AG* zusteht.<sup>11</sup>

Nach h.M. vollzieht sich der die Übertragung des Eigentums an Aktien innerhalb des sog. Effektenverkehrs wie folgt:

Das Verkaufsangebot des Aktienverkäufers wird auf der Grundlage einer entsprechenden Ermächtigung nach § 185 BGB durch dessen Depotbank abgegeben. Die *Clearstream AG* als Wertpapiersammelbank fungiert im Hinblick auf das Verkaufsangebot einerseits als Empfangsvertreterin der Depotbank des Aktienkäufer, der seine Depotbank bevollmächtigt hat; andererseits gibt die *Clearstream AG* konkludent die Annahmeerklärung für den Aktienkäufer ab. Ein Zugang der Annahmeerklärung beim Verkäufer ist nach § 151 BGB entbehrlich. Eine körperliche Übergabe der verkauften Aktien findet nicht statt und wäre, da es nur eine Globalurkunde gibt, auch nicht möglich. Die Übergabe wird durch ein Übergabesurrogat ersetzt; dieses besteht in der Umstellung des Besitzmittlungsverhältnisses von der Depotbank des Aktienverkäufers auf die Depotbank des Aktienkäufer, wiederum unter Einschaltung der *Clearstream AG*, die das Depot des Aktienverkäufers entsprechend belastet und die Aktien dem Depot des Aktienkäufer gutschreibt. Der Käufer erwirbt auf diese Weise einen Miteigentumsanteil an den in Form einer Globalurkunde verbrieften und bei der *Clearstream AG* hinterlegten Aktien.<sup>12</sup>

Aktienwerb und -übertragung stellen somit **rein elektronische Buchungsvorgänge** (Verbuchung eines ideellen Miteigentumsanteils an der Globalurkunde auf der Ebene der Wertpapiersammelbank) dar; die an der jeweiligen Transaktion Beteiligten sind der *Clearstream AG* bei Sammelverwahrung regelmäßig nicht bekannt.<sup>13</sup>

## bb) Erwerb und Veräußerung von Aktien über die Börse oder außerhalb der Börse im Rahmen eines sog. OTC-Geschäfts

Aktien können entweder über die Börse<sup>14</sup> oder außerhalb der Börse in einem sog. OTC-Geschäft („Over the Counter-Geschäft“) veräußert bzw. erworben werden. OTC-Geschäfte finden v.a. bei großvolumigen Aktientransaktionen statt. Hierbei wird ein zentraler Kontrahent (*Eurex Clearing AG* oder *London Clearing House*) in die Abwicklung der Transaktion eingebunden; das Verfahren im Einzelnen ist in einem gesonderten Handels- und Settlement-Prozess geregelt.<sup>15</sup>

Unabhängig davon, ob die Aktienübertragung über die Börse oder im Rahmen eines OTC-Geschäftes stattfindet, handelt es sich im Hinblick auf die Aktienübertragung in beiden Fällen um rein elektronische Buchungsvorgänge. Auch bei einem OTC-Geschäft erfolgt die „Lieferung“ der Aktien durch eine elektronische Verbuchung der ideellen Miteigentumsanteile an der Globalurkunde auf der Ebene der *Clearstream AG* als Wertpapiersammelbank. Es wird daher auf die weitere Darstellung der Details von OTC-Geschäften und ihrer Abwicklung an dieser Stelle verzichtet.

## cc) Praktische Abwicklung der Dividendenzahlung durch die *Clearstream AG*

Bei Einbindung der *Clearstream AG* in eine Aktientransaktion gilt hinsichtlich der Dividendenregulierung Folgendes:<sup>16</sup> Alle Aktiengeschäfte werden nach den Bedingungen für Geschäfte an der *Frankfurter Wertpapierbörse* am zweiten Börsentag nach dem Tag des Geschäftsabschlusses erfüllt („t+2“). Nach Eingang einer Verkaufsorder nimmt die den Verkauf abwickelnde Depotbank einen Sperrvermerk hinsichtlich der veräußerten Aktien auf. Die Dividendenregulierung durch die *Clearstream AG* erfolgt schon auf Basis des schuldrechtlichen Geschäfts und nicht erst des Erfüllungsgeschäfts auf der Grundlage der Meldungen der betroffenen Depotbanken. Diese Dividendenregulierung erfolgt in zwei Stufen: Zunächst werden in einem ersten Schritt am Ende des Tages der Hauptversammlung die Dividenden an die Depotbanken entsprechend der bei der *Clearstream AG* gebuchten Bestände verteilt, wobei hier Veräußerungsgeschäfte am Tag der Hauptversammlung und am vorherigen Tag noch keine Berücksichtigung finden. Sodann werden in einem zweiten Schritt wegen der Börsenbedingungen und der verzögerten Belieferung (t+2) die Dividenden um offene Verkaufs- und Kaufpositionen durch Erwerbsvorgänge am und kurz vor dem Dividendenstichtag reguliert, indem bei offenen Verkaufspositionen die im ersten Schritt zugewiesene Dividende bei der Verkäuferbank eingezogen und bei offenen Kaufpositionen die Dividende an die Käuferbank überwiesen wird.

Im Rahmen der durch die *Clearstream AG* vorgenommenen Dividendenregulierung wird dem letzten Erwerber vor der Coupontrennung die vom Emittenten abgeführte Kapitalertragsteuer zugerechnet. Die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer erfolgt durch die inländische Depotbank des Aktionärs.

## c) Grundstruktur der Cum/Ex-Geschäfte

Bei den **Cum/Ex-Geschäften** handelt es sich um Aktientransaktionen, bei denen der schuldrechtliche Erwerb von Aktien **mit Dividendenanspruch (cum)** und die tatsächliche Lieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag **ohne Dividende (ex)** erfolgt. Das schuldrechtliche Geschäft erfolgt somit vor dem Dividendenstichtag und das dingliche Erfüllungsgeschäft, d.h. die Übertragung des Eigentums an den Aktien, danach.

11 Eder, NZG 2004, 107 (110); Vatter in Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 10 AktG Rz. 60.

12 Vgl. Eder, NZG 2004, 107 (111), der die Einzelheiten unter Bezugnahme auf die AGB der *Clearstream AG* darstellt. Vgl. auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der *Clearstream Banking AG*, Stand: 01. Januar 2019.

13 Loritz, WM 2017, 309; ders., BB 2017, 2327 (2332): „(...) Längst existiert eine elektronisch-virtuelle Realität der girosammelverwahrten Wertpapiere und ihrer Übertragungen, unterlegt mit einer deutsch-zivilrechtlichen, juristisch-konstruktiven Parallelrealität.“

14 Zur Abwicklung von Aktiengeschäften bei Erwerb über die Börse vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 77.

15 Zur Funktionsweise des OTC Handels im Einzelnen vgl. Loritz, WM 2017, 309 (312 f.); ders., BB 2017, 2327 (2330); Horn, WM Sonderbeilage Nr. 2 zu Heft 20/2002; Müller/Schade, BB 2017, 1239.

16 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 77 f.



Die Cum/Ex-Geschäfte kommen in unterschiedlicher Ausprägung vor.

- Der Erwerb der Aktien kann von dem **Aktieninhaber** erfolgen.
- Der Erwerb der Aktien kann aber auch von einem **sog. Leerverkäufer** erfolgen, d.h. von einem Verkäufer, der zum Zeitpunkt des Verkaufs noch gar nicht Eigentümer der Aktien ist.<sup>17</sup> Bei Cum/Ex-Geschäften in der **Variante des Leerverkaufs** verkauft der Veräußerer (Leerverkäufer) bereits vor dem Dividendenstichtag Aktien, die er erst nach dem Dividendenstichtag von einem Dritten erwirbt. Bei der Dividendenausschüttung ist damit noch der Dritte zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien; er vereinnahmt die Dividende gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG. Die von der deutschen AG ausgeschüttete und um die Kapitalertragsteuer gekürzte Dividende wird der Depotbank des an dem Leerverkauf unbeteiligten tatsächlichen Eigentümers der Aktien gutgeschrieben. Anschließend veräußert der Aktieneigentümer die Aktien an den Leerverkäufer, der sie dem Erwerber (Leerkäufer) liefert. Der Leerverkäufer schuldet dem Leerkäufer aber nicht nur die Aktien, sondern auch eine Zahlung in Höhe der Dividende (Dividendenkompensationszahlung), da er sich verpflichtet hat, die Aktien mit Dividende zu liefern, dies aber nicht kann (s.o.). Aus diesem Grund erhält der Käufer vom Verkäufer eine Dividendenkompensationszahlung (vgl. ab 2007 kapitalertragsteuerepflichtig gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG), die die Depotbank des Leerkäufers nicht von der Zahlung einer Netto-Dividende unterschieden hat bzw. nicht erkennen konnte, ob Kapitalertragsteuer erhoben wurde.

Der vorstehend beschriebene Mechanismus führt dazu, dass zwei Kapitalertragsteuerbescheinigungen existieren über eine nur einmal vom Emittenten tatsächlich einbehaltene Kapitalertragsteuer (auf die Dividende). Zunächst wurde dem am Leerverkauf unbeteiligten Aktieninhaber eine solche Bescheinigung ausgestellt. Sofern die Finanzverwaltung diese Kapitalertragsteuerbescheinigung akzeptierte, was sie in der Regel tat, hatten die Geschäfte zur Folge, dass die nur einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach angerechnet oder erstattet wurde.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei dem Verkauf der Aktien in der Variante des Leerverkaufs unterschiedliche Ausgestaltungen der Cum/Ex-Geschäfte vorkommen:<sup>18</sup>

- GmbH als Leerverkäufer,
- inländische Investmentfonds als Leerverkäufer,
- ausländische Pensionsfonds als Leerkäufer,
- inländische Depotbanken als Leerkäufer.

## d) Grundstruktur der Cum/Cum-Geschäfte

Bei den **Cum/Cum-Geschäften** handelt es sich um Aktientransaktionen, bei denen die schuldrechtliche Übertragung von Aktien vor dem Dividendenstichtag mit Dividendenanspruch (cum) und die dingliche Eigentumsübertragung ebenfalls vor dem Dividendenstichtag mit Dividendenanspruch (cum) erfolgt. Der Übertragende ist zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien.<sup>19</sup>

Diese Geschäfte zielten darauf ab, steuerliche Vorteile zu generieren, weil der (inländische) Erwerber der Aktien günstiger besteuert wird als der (ausländische) Veräußerer, d.h. der Erwerber konnte sich die Kapitalertragsteuer anrechnen lassen oder hatte einen Anspruch auf Erstattung der Kapitalertragsteuer (anders als der Veräußerer). Das Bundesministerium der Finanzen führt in dem BMF-Schreiben vom 17.7.2017 zur steuerlichen Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“ auf Seite 2 aus:<sup>20</sup> „Cum/Cum-Gestaltungen sind in der Regel dadurch gekennzeichnet, dass unmittelbar vor dem Dividendenstichtag inländische Aktien zur Vermeidung einer Definitivbelastung mit Kapitalertragsteuer (KapSt), insbesondere bei Steuerausländern, durch Cum/Cum-Transaktionen auf einen anrechnungsberechtigten Steuerinländer übertragen werden (...).“

Auch die Cum/Cum-Geschäfte kamen in unterschiedlichen Ausprägungen<sup>21</sup> vor, von denen lediglich zwei in der Praxis häufig auftretende Gestaltungsformen nachfolgend im Überblick dargestellt werden sollen.

### aa) Cum/Cum Geschäft auf der Grundlage einer Wertpapierleihe

In diesem Fall verleihen nicht bzw. nicht voll KapSt-anrechnungsberechtigte Aktionäre (Verleiher der Aktien) ihre Aktien für einen kurzen Zeitraum über den Dividendenstichtag an einen voll KapSt-anrechnungsberechtigten inländischen Empfänger der Aktien (Entleiher der Aktien).

### bb) Cum/Cum-Geschäft am Beispiel der sog. weitergereichten Wertpapierleihe

Eine Bank schließt bei dieser Konstellation auf der Grundlage eines mit einer inländischen Partnerbank geschlossenen Rahmenvertrages für Wertpapierdarlehen sog. „strukturierte Wertpapiere-Leihe-Geschäfte“. Bei den Verträgen handelt es sich im Wesentlichen um standardisierte Regelungen, die von zahlreichen Kreditinstituten in vergleichbarer Weise verwendet wurden. Die entsprechenden Verträge basierten auf den *Rahmenverträgen des Bundesverbandes deutscher Banken e.V.*<sup>22</sup>

Die Struktur eines solchen Geschäftes ist grundsätzlich wie folgt gestaltet, wobei die Aktien, die im Rahmen des Geschäfts überlassen werden, von einem nicht oder nicht voll KapSt-anrechnungsberechtigten (ausländischen) Aktionär stammen, die dieser zunächst einer inländischen Bank überlassen hat:

- Die Bank überlässt der inländischen Partnerbank **festverzinsliche Wertpapiere als Sachdarlehen**;

17 Vgl. die Beschreibung der Funktionsweise in: *Jehke/Blank*, DStR 2017, 905.

18 Zu den einzelnen Cum/Ex-Leerverkaufsgestaltungen s. Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 168 ff.

19 *Florstedt*, NZG 2018, 485.

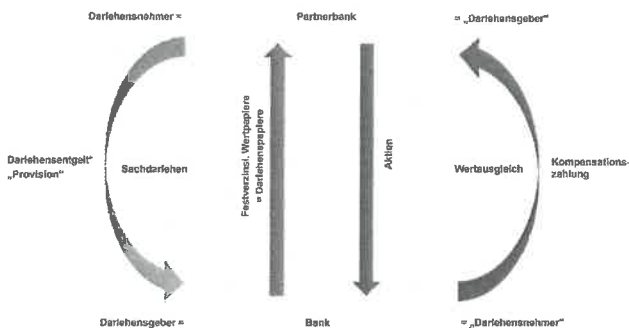
20 BMF Schreiben vom 17.7.2017 zur Steuerlichen Behandlung vom „Cum/Cum-Transaktionen“ BStBl. I 2017, 986.

21 Vgl. zu den verschiedenen Fallkonstellationen: BMF Schreiben vom 17.7.2017 zur Steuerlichen Behandlung vom „Cum/Cum-Transaktionen“, BStBl. I 2017, 986.

22 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 130.

- die Bank erhält hierfür von der Partnerbank ein **Darlehensentgelt** (teilweise wird dieses auch als „Provision“ bezeichnet);
- die Partnerbank überlässt der Bank **Aktien im Rahmen des Wertausgleichs** (insoweit wird teilweise auch von „Sicherheit“ gesprochen); die Aktien werden von der Bank über den jeweiligen Dividendenstichtag gehalten; die Bank vereinbart die Dividendenzahlungen auf die Aktien;
- die Partnerbank erhält von der Bank – im Gegenzug für die Aktienüberlassung – mit Wertstellung zum Tag der tatsächlichen Dividendenzahlung durch den Emittenten der Aktien eine **Kompensationszahlung** (diese Kompensationszahlung umfasst die von der Bank vereinnahmte Dividende zzgl. einbehaltener Steuern und Abgaben).

#### Grafische Darstellung eines Cum/Cum-Geschäfts in Form der sog. weitergereichten Wertpapierleihe



Die bei der jeweiligen Dividendenzahlung einbehaltene Kapitalertragsteuer (und der Solidaritätszuschlag) wurden von der Bank auf die Körperschaftsteuer angerechnet. Die Bank hatte jedoch in der Regel keine Kenntnis, dass es sich bei den ihr überlassenen Aktien im Ursprung um solche eines nicht oder nicht voll KapSt-anrechnungsberechtigten (ausländischen) Aktionärs handelte. Aus Sicht der Bank handelte es sich schlicht um Aktien aus dem Bestand der deutschen Partnerbank. Für die Bank war es grundsätzlich nicht möglich zu erkennen, woher die Aktien stammten. In der Praxis kann die Partnerbank aufgrund der vorstehend geschilderten Abläufe bei Aktienübertragungen selbst auf entsprechende Nachfrage hin darüber keine Auskunft erteilen, da die fraglichen Aktien – sobald sie sich im Eigenbestand der Partnerbank befinden – nicht mehr einem bestimmten Erwerbsvorgang zugeordnet werden können.

## 2. Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG

Kapitalerträge und damit auch Dividendenausschüttungen sind kapitalertragsteuerpflichtig (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG). Für den Einbehalt und die Abführung der Kapitalertragsteuer galt bis zum 31.12.2011 das sog. Schuldnerprinzip (§ 44 Abs. 1 S. 3 EStG a.F.).<sup>23</sup> Dies bedeutet: Der Schuldner der Kapitalerträge, bei Dividenden somit die ausschüttende Aktiengesellschaft, war zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet. Die Bescheinigung über die abgeführte Kapitalertragsteuer stellte jedoch die inländische Depotbank des Aktionärs aus (§ 45a Abs. 3 EStG a.F.). Das Schuldnerprinzip wurde mit Wirkung zum 1.1.2012 durch das sog. Zahlstellenprinzip ersetzt. Ab dem 1.1.2012 wurden der Einbehalt, die Ab-

führung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell beim depotführenden Kreditinstitut zusammengefasst (§ 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 EStG).

### a) Voraussetzungen für die Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG

Die auf Dividendeneinkünfte zu zahlende Kapitalertragsteuer wird bei einem unbeschränkt Steuerpflichtigen auf die Einkommensteuer oder die Körperschaftsteuer **angerechnet, wenn**

- dem Steuerpflichtigen die entsprechenden Einnahmen aus den Aktien (Dividenden) **steuerlich zuzurechnen** sind (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 20 Abs. 5 EStG und § 39 AO);
- die Kapitalertragsteuer **erhoben** wurde (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG) und
- der Steuerpflichtige seinem Veranlagungsfinanzamt die **Steuerbescheinigung im Original vorlegt** (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG).<sup>24</sup>

### b) Feststellungen des Untersuchungsausschusses des Bundestags zu den Cum/Ex-Geschäften

Nach den Feststellungen des Untersuchungsausschusses des Bundestages stellte die **doppelte** Ausstellung einer Kapitalertragsteuerbescheinigung, der eine nur **einmal** tatsächlich abgeführte Kapitalertragsteuer gegenüberstand, das durch die Cum/Ex-Geschäfte angestrebte Ziel dar. Der auf diese Weise durch Auszahlung oder Anrechnung der Kapitalertragsteuer erzielte wirtschaftliche Vorteil wurde häufig unter den Beteiligten auf der Grundlage entsprechender Vereinbarungen aufgeteilt.

Der Untersuchungsausschuss kommt in seinem Abschlussbericht zu dem Ergebnis, dass die Cum/Ex-Geschäfte **rechtswidrig** waren, da das deutsche Steuerrecht in den Jahren 1999 bis 2012 zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit geboten habe, eine einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer in rechtmäßiger Weise mehrfach anrechnen bzw. erstatten zu lassen. Eine Gesetzeslücke habe insoweit nicht bestanden.<sup>25</sup>

Die Funktionsweise der Cum/Ex-Geschäfte im Hinblick auf die Kapitalertragsteuer und Kapitalertragsteuerbescheinigung wird in dem Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses des Bundestages wie folgt beschrieben, wobei der Fall des Aktienverkaufs durch den Inhaber – anders als die Variante des Leerverkaufs – im Hinblick auf die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer als unproblematisch angesehen wurde. Für den Fall des Leerverkaufs gilt hingegen:<sup>26</sup>

23 Rau, DStR 2011, 2325.

24 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 79 f.

25 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 320 ff., 379; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785.

26 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 321.

„Bei einem Leerverkauf stellte sich der Sachverhalt indes anders dar: Hier befand sich in dem Depot des ursprünglichen Eigentümers der Aktien selbstverständlich kein Sperrvermerk, da dieser an dem Kaufvertrag zwischen dem Leerverkäufer und dem Leerkäufer nicht beteiligt war. Folglich bezog der originäre Inhaber der Aktien am Dividendenstichtag regulär die Dividende und erhielt von seiner Depotbank auch die entsprechende Steuerbescheinigung. Im Depot des Leerverkäufers befand sich ebenfalls kein Sperrvermerk, da der Leerverkäufer die entsprechenden Aktien bei Abschluss des Kaufvertrages noch nicht in seinem Bestand hatte. Da die Originaldividende in diesem Fall an den Eigentümer ausgezahlt wurde, musste der Leerverkäufer an den Leerkäufer eine Kompensationszahlung in Höhe der Nettodividende leisten, da er sich ja in dem Kaufvertrag verpflichtet hatte, die Aktien „cum“ Dividende zu liefern.“

Der für die Cum/Ex-Gestaltungen wesentliche Umstand besteht darin, dass die Depotbank des Leerkäufers nicht erkennen konnte, ob die für den Käufer eintreffende Geldzahlung aus einem Inhaberverkauf resultierte (dann stellte die Zahlung letztlich die weitergeleitete Dividende selbst dar) oder ob sie von einem Leerverkäufer stammte (dann handelte es sich um eine Kompensationsleistung). Die Depotbank bescheinigte dem Käufer im Folgenden den Eingang einer Zahlung in Höhe der Nettodividende und folgerte aus diesem Umstand, dass auf die Zahlung zuvor Kapitalertragsteuer abgeführt worden war. Es kam somit zur Ausstellung einer zweiten Steuerbescheinigung, welche der Leerkäufer neben dem ursprünglichen Aktieninhaber erhielt.“

### c) Feststellungen des Untersuchungsausschusses des Bundestags zu den Cum/Cum-Geschäften

Der Untersuchungsausschuss des Bundestages hat sich im Rahmen seines Berichts auch mit den Cum/Cum-Geschäften befasst. Eine klare Aussage dahingehend, dass die Cum/Cum-Geschäfte nach Auffassung des Untersuchungsausschusses rechtswidrig wären, enthält der Bericht nicht, es wird jedoch ausgeführt:<sup>27</sup>

„(...) Unter dem Blickwinkel des Untersuchungsauftrags ist von Bedeutung, dass Cum/Cum-Gestaltungen ebenso wie Cum/Ex-Gestaltungen für einen Nicht-Anrechnungsberechtigten die Möglichkeit schaffen sollten, sich ein Anrechnungsverfahren nutzbar zu machen. Dabei bezieht sich der Untersuchungsauftrag, wie er vom Deutschen Bundestag mit dem Schwerpunkt auf Cum/Ex-Gestaltungen erteilt wurde, auf das Anrechnungsverfahren bezüglich der Kapitalertragsteuer, insbesondere auf die Nutzbarmachung des Kapitalertragsteueranrechnungsvolumens durch einen Steuerausländer.“

### d) Steuerrechtliche Bewertung

Folgende Gesichtspunkte können einer Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer bei den Cum/Ex-Geschäften<sup>28</sup> und den Cum/Cum-Geschäften<sup>29</sup> nach Auffassung der Gerichte sowie der Finanzverwaltung u.a. entgegenstehen:

- Versagung des wirtschaftlichen Eigentums an den erworbenen Aktien sowie
- Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs gem. § 42 AO.

### aa) Versagung des wirtschaftlichen Eigentums

Voraussetzung für die Kapitalertragsteueranrechnung gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist u.a., dass die **Dividendeneinnahmen dem Steuerpflichtigen steuerlich zuzurechnen** sind. Es ist nach der Rechtsprechung und der Literatur zweifelhaft, ob dieses Kriterium bei den Cum/Ex-Geschäften und den Cum/Cum-Geschäften erfüllt ist. Die (abschließende) Auffassung der Finanzverwaltung bleibt insoweit abzuwarten. Das Bundesfinanzministerium hatte sich mit BMF-Schreiben vom 11.11.2016 zu der Frage der wirtschaftlichen Zurechnung bei Wertpapiergeschäften geäußert,<sup>30</sup> dann jedoch im Juli 2017 ein weiteres BMF-Schreiben veröffentlicht, das sich mit der Frage des Vorliegens eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO befasste und die Thematik des wirtschaftlichen Eigentums nicht weiter problematisierte.<sup>31</sup> Es ist somit nicht klar, welche Position das Bundesfinanzministerium schlussendlich einnimmt bzw. in welchem Verhältnis die beiden BMF-Schreiben zueinander stehen. Hinzu kommt, dass der BFH in seinem Urteil vom 15.12.1999 eine wichtige Gestaltungsvariante des Dividendenstripings zunächst nicht beanstandet hatte. Die Entscheidung hat unterschiedliche Reaktionen ausgelöst. Zwischenzeitlich gibt es jedoch einige Gerichtsentscheidungen, die das Vorliegen des wirtschaftlichen Eigentums verneinen (s.u.). Vor diesem Hintergrund besteht nach wie vor eine Rechtsunsicherheit in der steuerrechtlichen Beurteilung der fraglichen Geschäfte.

#### (1) Grundsätzliches

Bei **Aktien** erlangt der Erwerber **wirtschaftliches Eigentum** im Grundsatz mit dem **Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums**. Der zivilrechtliche Eigentümer ist auch wirtschaftlicher Eigentümer, es sei denn aufgrund der konkreten Vertragsstruktur ist das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien einem Dritten zuzurechnen. Allgemein gilt: Ab dem Zeitpunkt, ab dem ein Erwerber nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann, erlangt dieser das wirtschaftliche Eigentum; dies kann im Einzelfall bereits vor dem Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums erfolgen. 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.<sup>32</sup> Im **Ausnahmefall** kann aber trotz Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums das wirtschaftliche Eigentum bei einer anderen Person – z.B. dem Veräußerer der Aktien – verbleiben.

27 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG, BT-Drucks. 18/12700, 372 f.

28 Spilker, FR 2017, 138; Fiand, NWB 2016, 344.

29 Spengel, DB 2016, 2988; Helios/Lenz, DB 2017, 1738; Altvater/Buchholz, RdF 2016, 132; Salzmann/Heufelder, IStR 2017, 125; Hahne, BB 2017, 1896.

30 BMF Schreiben vom 11.11.2016 betreffend die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften; Anwendung der Grundsätze des BFH-Urteils vom 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. I S. 1324.

31 BMF Schreiben vom 17.7.2017 zur Steuerlichen Behandlung vom „Cum/Cum-Transaktionen“, BStBl. I 2017, 986; Florstedt, NZG 2018, 485.

32 BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 sowie v. 2.5.1984 – VIII R 276/81, BStBl. II 1984, 820; Klein, BB 2015, 726.



## (2) Rechtsprechung

Es gibt mittlerweile einige Gerichtsentscheidungen, wonach bei den Cum/Ex-Geschäften die steuerliche Zurechnung der Dividendeneinnahmen zu verneinen ist, da das wirtschaftliche Eigentum nicht auf den Erwerber der Aktien übergegangen sei. Der BFH hat in seinem Urteil vom 16.4.2014 entschieden:<sup>33</sup>

*„Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt derjenige, dem die Anteile an dem Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses nach § 39 Absatz 1 AO rechtlich oder – wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über die Anteile hat – nach § 39 Absatz 2 Nr. 1 S. 1 AO wirtschaftlich zuzurechnen sind. Wirtschaftliches Eigentum über die Anteile in diesem Sinne scheidet bei sog. cum/ex-Geschäften mit Aktien aus, wenn der Erwerb der Aktien mit dem (hier:) durch ein Kreditinstitut initiierten und modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzept verbunden ist, nach welchem der Initiator den Anteilserwerb fremdfinanziert, der Erwerber die Aktien unmittelbar nach ihrem Erwerb dem Initiator im Wege einer sog. Wertpapierleihe (bis zum Rückverkauf) weiterreicht und der Erwerber das Marktpreisrisiko der Aktien im Rahmen eines sog. Total Return Swap-Geschäfts auf den Initiator überträgt.“*

Am 18.8.2015 hat der BFH im Zusammenhang mit der Frage der Zurechnung von Aktien bei einer Wertpapierleihe entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, die im Rahmen einer sog. Wertpapierleihe an den Entleiher zivilrechtlich übereignet wurden, ausnahmsweise beim Verleiher verbleibt, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände im Einzelfall ergibt, dass dem Entleiher lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition verschafft werden sollte.<sup>34</sup> Zu den Kriterien, die hier eine Rolle spielen, sei auf die nachfolgenden Ausführungen unter (3) verwiesen.

Auch das FG Hessen hat mit Urteil vom 10.3.2017<sup>35</sup> die Anrechnung von Kapitalertragsteuer bei Cum/Ex-Geschäften mangels wirtschaftlichen Eigentums verneint.

## (3) BMF Schreiben vom 11.11.2016 betreffend die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften; Anwendung der Grundsätze des BFH-Urteils vom 18.8.2015 – I R 88/13

Trotz des Übergangs des zivilrechtlichen Eigentums auf den Entleiher im Rahmen einer Wertpapierleihe spricht nach Auffassung des BMF<sup>36</sup> für eine wirtschaftliche Zuordnung der Wertpapiere/Aktien zum Verleiher, wenn die Aktien nur für einen kurzen Zeitraum über den Dividendenstichtag hinaus übertragen werden oder die Eigentümerposition des Entleihers im Rahmen einer Gesamtschau als eine rein formale erscheint.

Die Kriterien, die für die Beurteilung der Frage, ob bei dem Erwerber der Aktien eine lediglich formale Rechtsposition („leere Hülle“) und somit kein wirtschaftliches Eigentum vorliegt, sind nach Auffassung des BMF<sup>37</sup> sowie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung<sup>38</sup> folgende:

- **Kurze Haltedauer der Aktien durch den Erwerber** – kurz bedeutet nach dem BMF weniger als 45 Tage.
- **Wem stehen die Erträge aus den Aktien endgültig zu?** Vielfach Leistung einer sog. Kompensationszahlung durch den Empfänger der Dividende, so dass diese – wirtschaftlich be-

trachtet – nicht endgültig beim Empfänger der Dividende verblieb.

- **Übergang der (wirtschaftlichen) Chancen und Risiken**, die mit dem Eigentum an den Aktien verbunden sind, auf den Erwerber – Tragung des Kursrisikos bzw. Erhalt der Kurschancen.
- **Ausübung der Stimmrechte durch den Erwerber** – Vielfach erfolgte keine Stimmrechtsausübung durch den Erwerber der Aktien, da diese nur kurz vor dem Tag der Hauptversammlung/Dividendenstichtag übertragen wurde.
- **Stärke der Rechtsposition des Erwerbers** – Vielfach enthielten die Verträge Regelungen, wonach die Aktien dem Erwerber jederzeit wieder entzogen werden konnten.
- **Möglichkeit zur sonstigen wirtschaftlich sinnvollen Nutzung** der Aktien durch den Erwerber.
- **Bemessung des Gesamtentgelts für das Wertpapiergeschäft** unter Berücksichtigung steuerlicher Vorteile für die Partei oder einen Dritten aus Geschäften, die im sachlichen Zusammenhang mit dem Wertpapierleihe-Geschäft stehen.
- **Kostentragung.**

## bb) Gestaltungsmissbrauch, § 42 AO

Der Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer kann nach Auffassung des BMF bei den Cum/Cum-Geschäften auch der Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs entgegenstehen.

Das BMF befasst sich in dem BMF-Schreiben vom 17.7.2017<sup>39</sup> eingehend mit der Frage des Gestaltungsmissbrauchs, jedoch lediglich im Zusammenhang mit Cum/Cum-Geschäften und nicht auch im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Geschäften und legt insoweit dar:

*„Gemäß § 42 Absatz 2 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. Die der BFH-Entscheidung vom 18.8.2015, I R 88/13, BStBl. 2016 II S. 961. zu Grunde gelegten Merkmale sind dafür ein maßgebliches Indiz.“*

33 BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

34 BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, NJW 2016, 671; anders zuvor BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, DStR 2000, 462 zum sog. „Dividendenstripping“.

35 FG Hessen v. 10.3.2017 – 4 K 977/14, BeckRS 2017, 105153; Rau, DStR 2017, 1852.

36 BMF Schreiben vom 11.11.2016 betreffend die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften; Anwendung der Grundsätze des BFH-Urteils v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. I 2016, 1324.

37 BMF Schreiben vom 11.11.2016 betreffend die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften; Anwendung der Grundsätze des BFH-Urteils v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. I, 1324.

38 BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, NJW 2016, 671; BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012; FG Nürnberg v. 7.6.2016 – 1 K 904/14, rechtskräftig, AG 2017, 204 = DStRE 2017, 1192; Zurechnung bei Wertpapierübertragungen als Wertaugleich im Rahmen eines Wertpapierdarlehensvertrages bzw. eines Wertpapierleihvertrages.

39 BMF Schreiben vom 17.7.2017 zur Steuerlichen Behandlung vom „Cum/Cum-Transaktionen“, BStBl. I 2017, 986.

Ein Gestaltungsmissbrauch ist dann anzunehmen, wenn ein wirtschaftlich vernünftiger Grund für das Rechtsgeschäft fehlt und der Fall insgesamt eine steuerinduzierte Gestaltung (Steuerarbitrage) aufweist. An einem wirtschaftlich vernünftigen Grund fehlt es insbesondere, wenn aus dem Geschäft im Wesentlichen nur ein Steuervorteil für die Parteien oder Dritte entsteht und das Gesamtentgelt des Entleihers bzw. Erwerbers für die Durchführung der Cum/Cum-Gestaltungen – unter Berücksichtigung auch solcher Geschäfte, die im sachlichen Zusammenhang mit der Cum/Cum-Transaktion stehen – auch hieran bemessen ist. Gleichfalls spricht für eine steuerinduzierte Gestaltung, wenn für den Entleiher bzw. Erwerber der Aktien die Ausübung des Stimmrechts vertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde bzw. ihm es auf die Ausübung des Stimmrechts nicht ankommt. Weiteres Indiz für eine steuerinduzierte Gestaltung ist der Ausschluss des Risikos von Wertveränderungen der Aktien auf Seiten des Entleihers bzw. Erwerbers. Mit solchen Vereinbarungen überschreiten die Vertragsparteien ihr steuerlich zulässiges Gestaltungsrecht.<sup>40</sup>

Das BMF beschreibt beispielhaft mehrere Fallkonstellationen betreffend die Cum/Cum-Gestaltungen, u.a. eine „weitergereichte Wertpapierleihe bei gleichzeitigen Rückgeschäft mit festverzinslichen Wertpapieren“. Diese Gestaltung wird wie folgt beschrieben:

„In einem ersten Schritt werden Aktien mit Dividendenanspruch kurz vor dem Dividendenstichtag von einem nicht bzw. nicht voll KapSt-anrechnungsberechtigten Aktionär an eine inländische voll KapSt-anrechnungsberechtigte Bank A verliehen. Im zweiten Schritt werden diese Aktien von der Bank A an eine voll KapSt-anrechnungsberechtigte inländische Bank B verliehen. Diese Leihe erfolgt (formal) als Sicherung für eine gleichzeitige Leihe von festverzinslichen Wertpapieren von Bank B an Bank A mit einer Leihgebühr über dem Marktniveau. Entlehene Aktien werden nach dem Dividendenstichtag an die Bank A zurückübertragen. Teilweise werden die Aktien auch durch andere Aktien mit bevorstehendem Dividendenstichtag ersetzt. Im wirtschaftlichen Ergebnis wird die Bank B damit so gestellt, als hätte

sie die Cum/Cum-Transaktion unmittelbar mit dem Aktionär (Ausland) durchgeführt daraus eine Marge von z.B. 1,5 % der Bruttodividende erzielt; bei der Bank A können z.B. 0,5 % verbleiben. Dabei trägt die Bank B kein Kursrisiko. Sie überträgt nach Ablauf des Leihzeitraums die Aktien an die Bank A unabhängig von der Kursentwicklung und erhält ihr ursprüngliches Portfolio an festverzinslichen Wertpapieren wieder vollumfänglich zurück.“<sup>41</sup>

Das BMF stuft den vorstehend skizzierten Fall als rechtsmissbräuchlich i.S.v. § 42 AO ein. Folge davon ist nach Auffassung des BMF, dass der sog. steuerinduzierte Teil der Kapitalertragsteuer bei der inländischen Person nicht anzurechnen ist.<sup>42</sup>

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu der Frage des Vorliegens eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO bleibt abzuwarten.<sup>43</sup> Der BFH hat die Frage der Anwendbarkeit von § 42 AO auf Cum/Ex-Geschäfte in mehreren Entscheidungen ausdrücklich offengelassen.<sup>44</sup> Die Literatur beurteilt die Anwendung des § 42 AO auf Cum/Ex-Geschäfte und Cum/Cum-Geschäfte zum Teil durchaus kritisch. Hierbei werden u.a. verfassungs- und europarechtliche Bedenken vorgebracht.<sup>45</sup>

40 BMF Schreiben vom 17.7.2017 zur Steuerlichen Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“, BStBl. I 2017, 986, 4 f.

41 BMF Schreiben vom 17.7.2017 zur Steuerlichen Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“, BStBl. I 2017, 986, 7.

42 BMF Schreiben vom 17.7.2017 zur Steuerlichen Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“, BStBl. I 2017, 986, 5.

43 BFH v. 8.3.2017 I – X R 5/16, NZG 2017, 998; BFH v. 7.12.2010 – IX R 40/09, BeckRS 2011, 94517; Florstedt, NZG 2018, 485 (489): „Es lässt sich zusammenfassend sagen, dass es in der Judikatur wenige Haltepunkte für ein schützenswertes Vertrauen gibt. Bis zum Jahr 2014 hat es klare Aussagen nur zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gegeben, für die Beurteilung der Sachverhalte unter den Vorgaben zum Gestaltungsmissbrauch lässt sich keine eindeutige Linie erkennen.“

44 BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, NZG 2016, 234; BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, DStR 2014, 2012.

45 Spilker, FR 2017, 138; Fianđ, NWB 2016, 344; Altwater, DB 2014, 2008; Derlien/Kern, BB 2013, 1943; Brühl/Holle/Weiss, DStR 2017, 2093.

Norbert Madauß\*

## Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerstrafrecht – ausgewählte Einzelaspekte

Der Beitrag befasst sich mit Fallgestaltungen, die in der Praxis der Betriebsprüfung und Steuerfahndungsprüfung immer wieder in steuerlicher und steuerstrafrechtlicher Hinsicht kontrovers zwischen Finanzbehörde und Steuerpflichtigem/Beschuldigtem unter dem Gesichtspunkt diskutiert werden, ob verdeckte Gewinnausschüttungen auf der Ebene der Gesellschaft und auf der Ebene des Gesellschafters vorliegen.

### I. Einleitung

Aufgrund der Blankettnorm des § 370 AO<sup>1</sup> kann die verdeckte Gewinnausschüttung (nachfolgend: vGA) nach der ständigen

\* Der Autor ist Sachgebietsleiter, Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung, Essen. Der Beitrag ist in nicht-dienstlicher Eigenschaft verfasst und stellt die persönliche Meinung des Autors dar.

1 Vgl. zuletzt BGH v. 10.10.2017 – 1 StR 447/14, wistra 2018, 214.