

## **Finanzgericht Köln, 2 K 2672/17**

Datum:

19.07.2019

Gericht:

Finanzgericht Köln

Spruchkörper:

2. Senat

Entscheidungsart:

Urteil

Aktenzeichen:

2 K 2672/17

ECLI:

ECLI:DE:FGK:2019:0719.2K2672.17.00

Nachinstanz:

Bundesfinanzhof, VIII R 5/20

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert auf ... € festgesetzt.

1

### **Tatbestand**

2

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob dem Kläger im Streitjahr 2011 aus sog. Cum-Ex Geschäften ein Anspruch auf Erstattung von Kapitalertragsteuer zusteht.

3

### **Die Beteiligten und ihre Funktionen**

4

Der Kläger ist ein US-amerikanischer Pensionsfonds, der zeitgleich mit zwei weiteren US-amerikanischen Pensionsfonds Anfang 2011 gegründet wurde. Trustee des Klägers ist Herr Z1. Bei den beiden weiteren US-Pensionsfonds handelt es sich um:

5

- Y Retirement Plan Trust, Trustee: Herr Y1, und

6

- X Retirement Plan Trust, Trustee: Herr X1.

7

Der Kläger, Y und X sind zu je einem Drittel Kommanditisten einer Anfang 2011 nach dem Recht von Gibraltar gegründeten Personengesellschaft, der W Partnership (im Folgenden: W). Die Einlage des Klägers betrug ... \$. Der Kläger war wie die anderen Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Sämtliche Entscheidungen wurden von dem Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung (= General Partner) getroffen. Die für Zwecke der Besteuerung als transparent anzusehende W führte für den Kläger die den jeweiligen Erstattungsanträgen zu Grunde liegenden Aktientransaktionen durch.

8

Diese Personengesellschaft betrieb Cum-Ex Geschäfte. Dabei wurden kurz vor dem Hauptversammlungstag Aktien über die Börsen XETRA und EUREX mit Dividendenanspruch (cum Dividende) erworben, die jedoch erst nach dem Hauptversammlungstag ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) geliefert wurden.

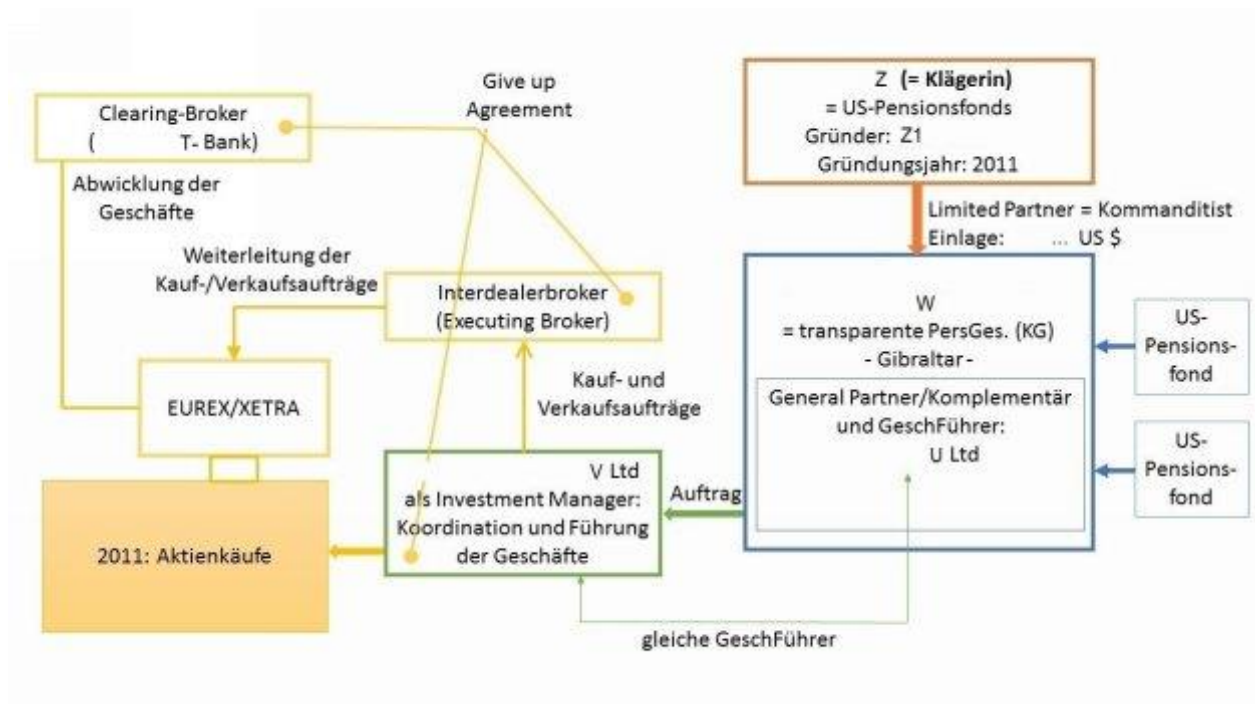
9

Mit der Führung der Geschäfte der W war ein Investmentmanager (= Vermögensverwalter), die V UK Ltd (im Folgenden: V) beauftragt. Die V koordinierte die jeweiligen Geschäfte. Insgesamt tätigte die V in der Dividendensaison 2011 für die W Aktienkäufe im Umfang von mehr als ... €. Die geschäftsführenden Gesellschafter der V waren zugleich Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft der W, der U Limited (im Folgenden: U). Zu den für den Erwerb von Aktien eingeschalteten externen Dienstleistern gehörten darüber hinaus verschiedene Interdealerbroker als Executing-Broker und die T-Bank als Clearing-Broker zur Abwicklung der Future-Geschäfte mit Barausgleich.

10

Schaubild 01:

11



12

*Funktion des Investment-Managers (V)*

13

W beauftragte den Investment-Manager damit, die Kauf- und Verkaufsaufträge bei Interdealerbrokern als speziell dafür zugelassenen und überwachten Finanzintermediären mit direktem Zugang zur XETRA/EUREX zu platzieren, da weder W noch der Investment-Manager selbst über einen unmittelbaren Börsenzugang verfügten.

14

*Funktion der Executing Broker (Interdealerbroker):*

15

Die Interdealerbroker, d.h. Executing Broker, hatten den Auftrag, für den Marktzugang auf Grundlage einer anonymen Kommissionsbasis zu sorgen, die Aufträge vom Investment-Manager aufzunehmen und an die elektronische Handelsplattform der Börse weiterzuleiten (XETRA oder EUREX).

16

*Funktion der Clearing Broker (T-Bank):*

17

Institutionelle Anleger wickeln Handel, Clearing und Settlement getrennt voneinander ab. Deshalb werden nach Geschäftsabschluss die Glieder der Vertragskette ausgetauscht. Der Vertragsabschluss erfolgt durch andere Marktteilnehmer als bei der Abwicklung. Hierfür

bietet das standardmäßige "International Uniform Brokerage Execution Services („Give up“) Agreement“ die rechtliche Möglichkeit. Die rechtlichen Geschäftsbeziehungen zwischen V/W, dem Interdealerbroker als Executing-Broker und der T-Bank als Clearing-Broker für Finanzinstrumente ist in dem zwischen diesen Parteien abgeschlossenen Vertrag, d.h. dem "International Uniform Brokerage Execution Services („Give up“) Agreement“ festgelegt. Es regelt den An- und Verkauf der Finanzinstrumente sowie das Abwicklungsprocedere des Wertpapiererwerbes. Wegen der Einzelheiten wird auf das entsprechende Agreement Bezug genommen (Anlage 8 zur Klageschrift im Verfahren Aktenzeichen).

18

Die Geschäfte wurden über Executing Broker, d.h. Interdealerbroker, abgeschlossen, die als Nicht-Clearing-Mitglieder der Eurex Clearing AG allerdings nicht unmittelbar mit der Eurex Clearing AG als Handels- und Vertragspartner kontrahieren durften. Die Interdealerbroker mussten als Nicht-Clearing-Mitglieder sog. General-Clearing Mitglieder einschalten, die dann mit der Eurex Clearing AG ein Deckungsgeschäft eingingen. Mit dem Abschluss des Deckungsgeschäftes kam es zu einer sog. Abstrakten Novation. Dies bedeutet, dass einerseits unmittelbar ein Vertragsverhältnis zwischen der Personengesellschaft und der Eurex Clearing AG zustande kam und andererseits die ursprünglichen Vertragsverhältnisse erloschen.

19

### **Die Finanzierung und Sicherung der Geschäfte**

20

Die Finanzierung der Geschäfte der W beruhte im Wesentlichen auf Finanzierungsbeiträgen der T-Bank und dem Q (im Folgenden: Q Fund). Der Q Fund wurde am 11. Februar 2011 gegründet. Der Q Fund ist einer von zwei durch die Schweizer K-Bank aufgelegten Investmentfonds luxemburgischen Rechts (SICAV). Die W schloss mit dem Q Fund sog. Equity Performance Contracts (Swaps) und erhielt darüber entsprechende Mittel.

21

Gemäß den mit dem Q Fund abgeschlossenen Equity Performance Contracts (Swaps) entrichtete der Q Fund an W vorab einen fixen Geldbetrag. Umgekehrt hatte W lediglich einen variablen Betrag an den Q Fund zu zahlen, der vom wirtschaftlichen Erfolg der Transaktionen abhängig war. Über die Equity Performance Contracts beteiligte sich der Q Fund an der Vermögensentwicklung der Personengesellschaft. Durch die Equity Performance Contracts wurde die W im Rahmen der durchgeführten Gesamtgestaltung von den Risiken des angestrebten Aktien-Investments entlastet. Auf diese Weise übernahm der Q Fund das Risiko, dass die angezielte Steuererstattung verspätet oder überhaupt nicht gewährt würde. Im Gegenzug wurde dem Q Fund für den Fall des Gelingens der Transaktion eine kurzfristige Rendite von 15,72 % zugesagt.

22

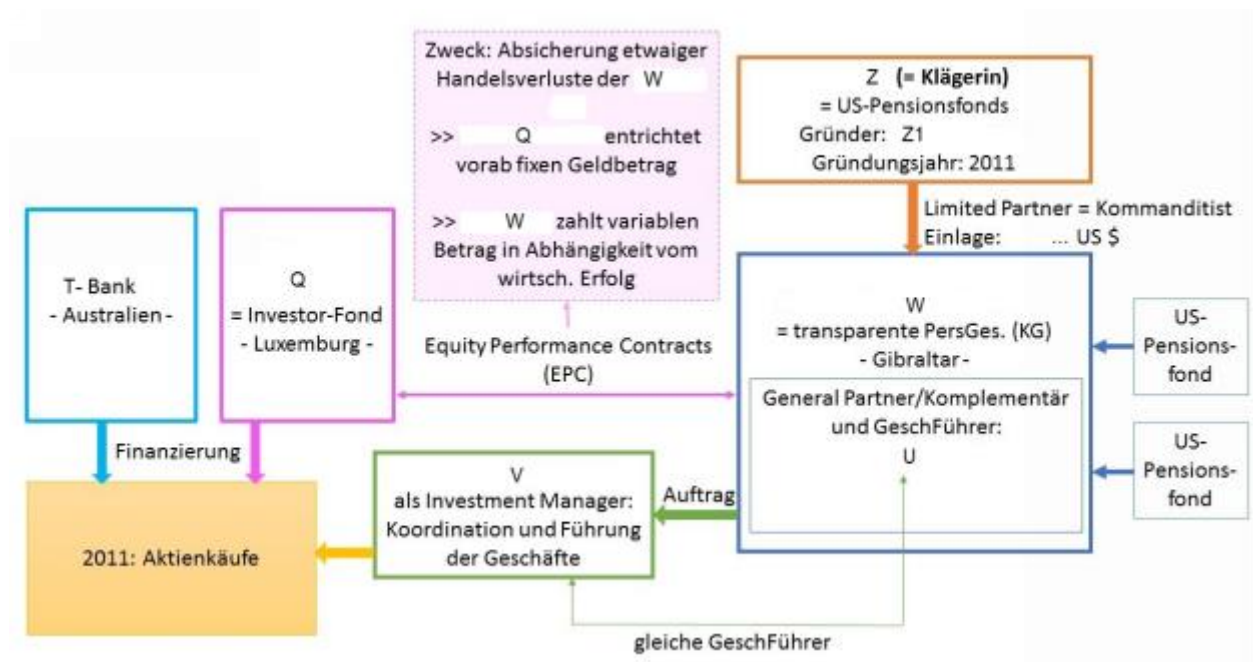
Der Q Fund diente nach seinem im März 2011 erstellten Verkaufsprospekt (S Prospekt, im Folgenden: Prospekt) dem Zweck, Investoren zu finden, welche die anstehenden Cum-Ex Geschäfte gegen eine Prämie maßgeblich finanzieren und dafür das Risiko des Scheiterns übernehmen würden. Diese Beteiligung sollte sowohl die involvierten US-Pensionsfonds –

somit auch den Kläger – als auch die finanzierende T-Bank von dem wesentlichen Risiko dieser Geschäfte entlasten.

23

Schaubild 02:

24



25

In dem Prospekt des Q Fund wird das Anlageziel wie folgt beschrieben:

26

„Ziel der Anlagepolitik dieses Teilfonds ist die nachhaltige Wertsteigerung der von den Anlegern eingebrachten Anlagemittel durch die Anlage von bis zu 100 % des Nettogesellschaftsvermögens nach dem Grundsatz der Risikomischung in Equity Performance Verträge (Swaps) mit US-amerikanischen Pensionsfonds (Pensionsfonds). [...]

27

Der Teilfonds wird über die Swaps indirekt an möglichen Erträgen aus Referenztransaktionen partizipieren, indem er die sich aus der Durchführung der Referenztransaktionen für die Pensionsfonds ergebenden Risiken absichert. [...]

28

Diese Anlagestrategie setzt überdies voraus, dass die Pensionsfonds eine bevorzugte Behandlung nach den für diese einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen erhalten.

29

In den Swap-Verträgen werden die vom Swap erfassten Referenztransaktionen in einem Anhang gesondert definiert, so dass die Pensionsfonds diese Referenzkontraktionen nicht frei bestimmen, sondern nur gemeinsam mit dem Teilfonds festlegen können. Eine Bewertung der Swap-Verträge wird – soweit dies rechtlich oder tatsächlich möglich ist – monatlich erfolgen. Diese Berechnung wird ein Calculation Agent vornehmen, der in dem jeweiligen Swap-Vertrag bestimmt ist.“

30

In den Risikohinweisen des Prospekts ist Folgendes angegeben:

31

„Der Erfolg des Teilfonds hängt vornehmlich von den Zahlungen ab, die der Teilfonds nach den Swaps von den Pensionsfonds erhält. Diese wiederum hängen von dem Erfolg der Referenztransaktionen der Pensionsfonds ab. [...]

32

Es kann keine Zusicherung gegeben werden, dass die Arbitragestrategie der Pensionsfonds und damit mittelbar des Teilfonds, die sich auf bestimmte rechtliche (einschließlich steuerliche) Gegebenheiten und Verfahren stützt, erfolgreich umgesetzt werden kann; es handelt sich um eine verhältnismäßig junge Anlagestrategie, so dass sowohl in tatsächlicher wie auch in (steuer)rechtlicher Hinsicht kaum oder keine Erfahrungswerte vorliegen [...]

33

Die Ansprüche des Teilfonds gegen die Pensionsfonds hängen weiterhin von der Solvenz der Pensionsfonds ab, wobei jedoch der Teilfonds gemeinsam mit dem jeweiligen Pensionsfonds regelmäßig eine ausländische Bank als Control Agent für die in den Swaps benannten Konten und Depots des Pensionsfonds bestimmen soll, der nur dann Zahlungen und Vermögenswerte an den jeweiligen Pensionsfonds oder auf dessen Geheiß hin freigibt, wenn dies nach dem einschlägigen Swap-Vertrag vorgegeben ist oder nachdem alle Zahlungen an den Teilfonds unter dem jeweiligen Swap-Vertrag abgewickelt sind. Dies bedeutet, dass der Fonds je Control Agent ein Ausfallrisiko (siehe Z. 20.1.5 des Allgemeinen Teils des Private Placement Prospekts) trägt.“

34

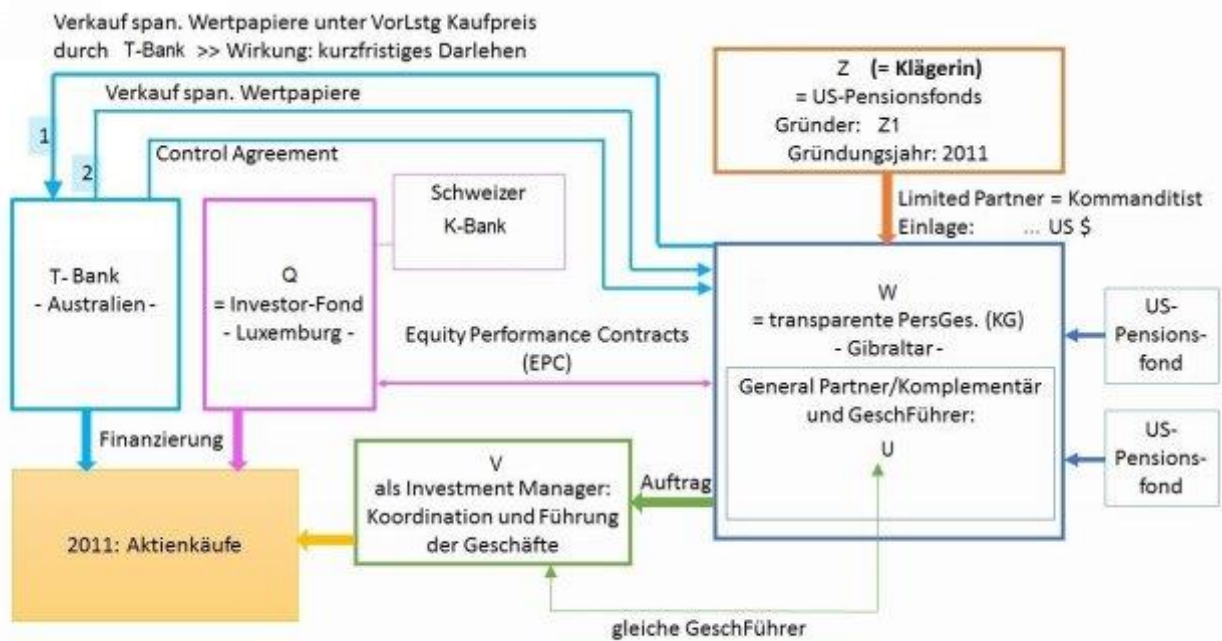
Den überwiegenden Teil der für die Durchführung der einzelnen Aktienerwerbe um den Dividendenstichtag benötigten Liquidität erhielt die Personengesellschaft von der T-Bank. Dabei wurden zwei gegenläufige Geschäfte abgeschlossen: Einen Kaufvertrag vom 6. April 2011 über spanische Wertpapiere (ein in bar ausgleichendes vorausgezahlt Equity Derivat = „Prepaid-Cash-Settled Share / Forward Transaction“), bei dem der Kaufpreis von der T-Bank im Voraus geleistet wurde, sowie einen weiteren Kaufvertrag über diese Wertpapiere mit umgekehrten Rollen, bei der also die T-Bank als Verkäufer und die Personengesellschaft als Käufer auftrat. Danach stellte die T-Bank der W am 11. April 2011 ... € zur Durchführung der oben aufgeführten Transaktionen zur Verfügung. Die Vorausleistung des Kaufpreises durch die T-Bank an die Personengesellschaft hatte daher die Wirkung eines kurzfristigen Darlehens und versetzte die W bzw. ihren Investment-Manager V in die Lage, die angezielten Aktienkäufe zu tätigen. Gesichert wurde der Rückzahlungsanspruch durch eine

Sicherheitsübertragung des jeweiligen Bankguthabens der W an die T-Bank. Wirtschaftlich entspricht dieser Vorgang einer kurzfristigen Darlehensvergabe der T-Bank an die W. Das Gegengeschäft führte nach Abschluss der verfahrensgegenständlichen Transaktionen wirtschaftlich zur Rückzahlung des „Darlehens“ i.H.v. rund ... € der T-Bank durch die W.

35

Schaubild 03:

36



37

## Die Aktiengeschäfte

38

Alle Aktien, die im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Geschäften stehen, wurden vor oder am Dividendenstichtag mit Dividendenberechtigung („Cum“) gekauft, aber erst nach dem Dividendenstichtag ohne Dividende („Ex“) geliefert.

39

An der Börse EUREX gehandelte Kontrakte kommen rechtlich zwischen der Eurex Clearing AG und einem dort als Handelsteilnehmer zugelassenen Kreditinstitut (Clearing Member) zustande. Der Handelsteilnehmer gibt die Kontrakte durch Abschluss entsprechender Geschäfte an seine Kunden heraus.

40

Überwiegend handelte es sich im Streitfall um Single Stock Future-Kontrakte, die außerbörslich geschlossen und anschließend über eine sog. OTC (= over the counter)-trade-entry Funktionalität in das System der EUREX eingegeben wurden. Single Stock Futures sind Kaufverträge zur Lieferung und Bezahlung bestimmter Aktien zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt. Nach den Handelsbedingungen mussten diese Kontrakte durch physische Lieferung erfüllt werden (Future-Kauf). Diese Geschäfte wurden über Interdealerbroker angebahnt. Zeitgleich mit dem Erwerb der Future-Käufe (Anschaffung), also ebenfalls einige Tage vor dem Hauptversammlungstag, schloss W zudem Future-Kontrakte ex Dividende über den auf die Erfüllung in bar gerichteten Verkauf von Aktien an deutschen Aktiengesellschaften ab (Future-Verkauf). Hierdurch wurde der Future-Kauf abgesichert. Nach Vollzug der Transaktion wurde der Future-Verkauf durch den Erwerb eines entsprechenden Future-Kaufs kompensiert. Diese beiden Sicherungsgeschäfte sollten allerdings nicht physisch beliefert werden. Vielmehr wurden beide nach Abschluss der abgesicherten Transaktion glattgestellt (Cash Settlement). Zuständig hierfür war die T-Bank. Die Future-Verkäufe wurden erst einige Tage nach dem Dividendenstichtag fällig. Die Future-Käufe cum Dividende wurden noch vor dem Gewinnverwendungsbeschluss der jeweiligen Aktiengesellschaft fällig. Die tatsächliche Lieferung der Aktien erfolgte regelmäßig entsprechend den Börsenusancen der EUREX zwei Tage später. Einen geringfügigen Teil der Aktien erwarb W über die Börse XETRA im Rahmen von Schlussauktionen (Closing Auction). Die Börsenbedingungen sehen vor, dass XETRA Schlussauktionen automatisch in einem Orderbuch gematched werden. Auch für diese Aktienerwerbe sehen die Börsenusancen eine Lieferung der Aktien zwei Tage nach Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts vor.

41

Da die Terminbörse EUREX keine börsengehandelten Future-Produkte anbietet, die auf eine tatsächliche Belieferung mit Deutschen Aktien gerichtet sind (wie die verfahrensgegenständlichen Physical-Futures), resultieren die verfahrensgegenständlichen Aktienerwerbe aus Geschäftsabschlüssen, die nach bereits außerbörslich erfolgtem bilateralen Vertragsschluss (sog. Over-The-Counter (OTC-) Geschäfte) außerhalb des Orderbuches in das Eurex-System eingegeben wurden. Bei OTC-Geschäften treffen die Interdealerbroker als Executing Broker ihre maßgeblichen Kaufvereinbarungen untereinander außerhalb des anonymen Börsenhandels. Die EUREX bietet die Eingabemöglichkeit im Rahmen der sog. (OTC)-Trade-Entry-Funktionalitäten an. Unter Nutzung der (OTC)-Trade-Entry-Funktionalitäten wurden die Handelsgeschäfte – unter Koordination durch die T-Bank als Prime-Broker – mithilfe von Handels- und Clearing-Mitgliedern in das EUREX-System eingestellt. Diese Physical-Futures haben eine sehr kurze Laufzeit (regelmäßig nur ein Handelstag) und wurden noch vor oder am jeweiligen Dividendenstichtag fällig („Expiry“). Erfüllt wurden die Geschäfte über einen zentralen Kontrahenten, die Eurex Clearing AG.

42

Die Abwicklung der Transaktionen erfolgte über die Eurex Clearing AG für alle physisch belieferten Aktien, ferner über die T-Bank Ltd., Australien, als Clearing-Broker für alle Future-Geschäfte mit Barausgleich. Depotbank war die R-Bank, Irland (im Folgenden: R-Bank. Irland), die wiederum Erfüllungsgehilfen aus ihrer Unternehmensgruppe einschaltete. Zu diesen Erfüllungsgehilfen gehörte die R-Bank, Deutschland. Auf dieser Basis stellte die R-Bank, Deutschland als Verwahrerstelle der Aktien die entsprechenden Gutschriftsanzeigen (Credit Advices) der jeweils aus den Aktiengeschäften erzielten Dividendenerträge unter Angabe der Abzugsteuern (= Kapitalertragsteuer Solidaritätszuschlag) aus.



43

Die erworbenen Aktien wurden ex Dividende am ex-Tag oder einen Tag nach dem ex-Tag wieder verkauft.

44

Schaubild 04:

45



46

Insgesamt erwarb die W im Zeitraum vom 8. April 2011 bis 20. Mai 2011 gemäß Equity Performance Contracts mit dem Q Fund Aktien von 19 verschiedenen deutschen DAX-Unternehmen in einem Volumen von ... €, d.h. ... € bezogen auf die Beteiligung des Klägers.

47

Dem Kläger wurden durch seine Depotbank R-Bank, Deutschland – Dividendenabrechnungen (Credit Advice) ausgestellt, welche allesamt das Datum 24. April 2005 tragen. Darin sind neben den gutgeschriebenen Beträgen in Höhe der Netto-Dividenden, die Brutto-Dividende sowie die rechnerisch darauf entfallenden Beträge von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag ausgewiesen. Die 19 Wertstellungen umfassen den Zeitraum zwischen dem 14. April 2011 und 27. Mai 2011 und ergeben in der Addition der Einzelbeträge die folgenden Gesamtsummen:

48

- gross dividend (Brutto-Dividende): ... €

49

- withholding tax 26,375 % (Quellensteuer): ... €

50

- net amount (Nettobetrag): ... €

51

Im Einzelnen handelte es sich um folgende Aktien und Dividenden:

52

...

53

### **Antrag, Bescheid und Erhebung der Sprungklage**

54

Der DTV-Teilnehmer R-Bank stellte im elektronischen Datenträgerverfahren (DTV) am 19. Juli 2011 im Auftrag des Klägers einen Antrag auf Erstattung von Kapitalertragsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag. Im Erstattungsantrag war angegeben, dass Kapitalertragsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag auf Dividendeneinkünfte des Klägers in Höhe von insgesamt .... € abgeführt worden sei. Der Erstattungsantrag ging am 20. Juli 2011 und der gesondert übersandte Datenträger am 12. August 2011 beim Beklagten ein. Auf Aufforderung des Beklagten reichte der Kläger ein:

55

- Ansässigkeitsbescheinigung (form 6166) für das Steuerjahr 2011,

56

- Selbsterklärung des Trustee Z1, dass es sich bei dem Erstattungsberechtigten gemäß § 50d Abs. 1 EStG um einen amerikanischen Pensionsfonds im Sinne des Art. 10 Abs. 2 Buchst. b des DBA-USA handelt und

57

- das Original der Berufsträgerbescheinigung.

58

Insgesamt begehrte der Kläger die Erstattung von Kapitalertragsteuer i.H.v. ... € zzgl. Solidaritätszuschlag i.H.v. ... € (Summe: ... €).

59

Mit Bescheid vom 27. September 2017 wurde der Antrag des Klägers abgelehnt.

60

Zur Begründung wurde angeführt, dass:

61

- der Antrag mangels Dividendeneinnahmen nicht im Datenträgerverfahren (DTV) gestellt werden darf;

62

- entgegen der Angaben des DTV-Teilnehmers im Antrag für Rechnung des Antragstellers keine Abzugsteuern auf die Kapitalerträge einbehalten und abgeführt worden sind;

63

- die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung gemäß Art. 10 Abs. 3 Buchst. d DBA-USA nicht vorliegen;

64

- jedenfalls ein Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO gegeben ist.

65

Hiergegen hat der Kläger (am 9. Oktober 2017) fristgemäß Sprungklage erhoben, der der Beklagte (am 6. November 2017) binnen der Frist gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 FGO zugestimmt hat.

66

### **Klägervortrag**

67

Zur Begründung seiner Klage trägt der Kläger vor, dass der Ablehnungsbescheid rechtswidrig sei.

68

### **Arbitragegeschäfte**

69

Bei den streitgegenständlichen Aktiengeschäften handele es sich um Arbitragegeschäfte. Durch die gegenläufigen An- und Verkaufsgeschäfte sei ein Gewinn in Höhe der Preisdifferenz zwischen den Kontraktwerten erzielt worden. Es sei der Umstand genutzt worden, dass der Preis für Future-Kontrakte auf DAX-Aktien, die nach dem Dividendenstichtag fällig würden, über dem zu erwartenden Kassa-Preis der Aktien (= Kurswert) gelegen habe. Alle weiteren Geschäfte – tatsächlicher Verkauf der erworbenen

Aktien am ex-Tag sowie Schließung der Future-Position – hätten lediglich der Glattstellung gedient. Da die erzielbare und tatsächlich erzielte Preisdifferenz zwischen dem Kassa- und Terminpreis der Aktie sowohl absolut als auch im Verhältnis zu dem für den Erwerb der Aktie erforderlichen Mitteleinsatz nur sehr gering sei, müssten sehr große Volumina unter Einsatz hoher Mittel gehandelt werden. Daher würden sich derartige Dividendenarbitragegeschäfte nur bei Einsatz von Fremdmitteln (Hebelung) in erheblichem Umfang rentieren. Zu diesem Zweck habe die W von dem Q Fund durch Swaps tief nachrangige Fremdmittel aufgenommen und diese sodann durch Aufnahme nicht nachrangiger Fremdmittel von der T-Bank gehebelt.

70

Die Preisdifferenz zwischen dem Kassatermin und dem Termin um den Hauptversammlungstag herum entstehe dadurch, dass deutsche Aktien um den Hauptversammlungstag herum je nach Eigentümer (kapitalertragsteuerlich diskriminierte Ausländer einerseits; nicht diskriminierte Ausländer sowie bestimmte Inländer andererseits) einen unterschiedlichen Wert hätten. Für einen Aktionär, der die Kapitalertragsteuer weder anrechnen noch erstattet bekommen könne, habe die Aktie subjektiv einen um den Betrag der Kapitalertragsteuer geringeren Wert als für einen Aktionär, bei dem die Kapitalertragsteuer infolge der Anrechnung oder Erstattung praktisch ganz oder teilweise neutralisiert werde. Letzterer könne die Bruttodividende zu 100 %, und nicht lediglich zu 100 % abzüglich Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag = 73,62 %, vereinnahmen. Viele (kapitalertragsteuerlich diskriminierte) Ausländer würden daher die Aktien spätestens am Hauptversammlungstag cum-(Brutto-)Dividende verkaufen, um eine definitive Belastung mit Kapitalertragsteuer zu vermeiden. Nach dem Hauptversammlungstag würden diese Ausländer jene Aktien dann ex Dividende wieder zurückkaufen. Daraus entstehe eine Marktdynamik, die dazu führe, dass der tatsächliche Marktpreis des Futures stets höher sei als sein finanzmathematisch aus dem Aktienkurs abgeleiteter sog. Theoretischer Kurs.

71

Dieser Effekt zeige sich selbstverständlich auch in den XETRA-Kursen der Aktien, d.h. am Kassamarkt der Frankfurter Wertpapierbörse: Die Summe aus dem ex (Netto-) Dividendenkurs am Tag nach der Hauptversammlung und der Bruttodividende sei höher als der cum (Brutto-)Dividende-Kurs an den Tagen vor und am Tag der Hauptversammlung. Hierzu hat der Kläger bezüglich der verfahrensgegenständlichen Aktien eine Übersicht eingereicht, auf die vollinhaltlich Bezug genommen wird (Bl. 121 der e-FG-Akte).

72

Die verfahrensgegenständliche Art der Durchführung der Geschäfte durch Einsatz von Derivaten (Futures) diene lediglich der handelstechnischen Vereinfachung, weil die ansonsten zu beobachtende Beeinflussung des Kassakurses durch Kauf- und Verkaufssorder über hohe Volumina vermieden werde. Der Einsatz von Futures erleichtere zudem die Aufnahme von Fremdmitteln, weil die Ansprüche gegen die Eurex Clearing AG (ein von der BaFin beaufsichtigtes Einlagenkreditinstitut im Sinne des § 1 Abs. 3d KWG) als Sicherheit verpfändet werden könnten. Sie würden bankaufsichtsrechtlich aufgrund des Substitutionsansatzes dazu führen, dass für die Hebelfinanzierung nur sehr wenig regulatives Eigenkapital vorgehalten werden müsse. Das mache es für Kreditinstitute sehr attraktiv, solche Geschäfte zu finanzieren. Der Erwerb der Aktien sei vor allem deshalb über physisch zu erfüllende Single Stock-Futures erfolgt, weil diese den punktgenauen Kauf auf den

Hauptversammlungstag ermöglichen und dadurch, im Vergleich zur Alternative eines unmittelbaren Kaufs der Aktien auf dem Kassamarkt, am Hauptversammlungstag die Durchführung des Arbitragegeschäfts erleichtern würden. EUREX biete für alle Futures-Kontrakte auf deutsche Aktien wahlweise die Möglichkeit des Barausgleichs und der physischen Erfüllung: Man könne entweder physisch zu erfüllende Kontrakte (zum Ablaufdatum; die Aktien, die beim Abschluss zugrunde gelegen hätten, würden zwischen den Gegenparteien gehandelt) oder Kontrakte mit Bar-Abwicklung (zum Ablauf wechselt Bargeld gegen Besitzer) handeln. Insoweit nimmt der Kläger Bezug auf Informationen der EUREX, die er als Ausdruck aus dem Internet zum Verfahren eingereicht hat. Hierauf wird vollinhaltlich Bezug genommen (Bl. 122 ff. der e-FG-Akte).

73

### **Zulässigkeit des Antrags im Datenträgerverfahren (DTV)**

74

Zur Zulässigkeit des Antrags im Datenträgerverfahren trägt der Kläger vor, dass sich sein Antragsformular ausdrücklich auf die Erstattung („refund“) von Kapitalertragsteuer („withholding tax income from capital“) gemäß Art. 10 des DBA-USA beziehe. Die Voraussetzungen hierfür seien erfüllt. Selbst wenn man von Dividendenkompensationszahlungen ausgehen wollte, würden diese eindeutig unter den Begriff der Dividenden im Sinne des Art. 10 DBA-USA fallen. Für die von dem Beklagten vorgenommene Differenzierung zwischen Dividenden und Dividendenkompensationszahlungen sei insoweit kein Raum.

75

Dies entspreche der ganz herrschenden Meinung in der Literatur. Danach seien seit der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens die in § 8b Abs. 1 KStG genannten Einkünfte, nämlich die des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG, nach deutschem Steuerrecht denen aus Aktien gleichgestellt. Dividenden im Sinne des Musterabkommens seien somit insbesondere – aber nicht ausschließlich – die Einkünfte aus den in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG aufgezählten Gesellschaftsanteilen.

76

Hilfsweise sei zudem vorzutragen, dass Dividendenkompensationszahlungen im Übrigen in jedem Fall im Sinne des Art. 10 Abs. 5 Satz 1 DBA-USA „aus sonstigen Rechten stammende“ andere Einkünfte seien, die nach dem Recht des Vertragsstaates, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig sei, den Einkünften aus Aktien steuerlich gleichgestellt seien. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG stelle im Rahmen einer gesetzlichen Fiktion Dividendenkompensationszahlungen den Einnahmen aus sonstigen Bezügen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG gleich. Nach dieser Vorschrift seien auch Dividenden gleichzeitig „sonstige Bezüge aus Aktien“. Dividendenkompensationszahlungen seien daher jedenfalls über den Begriff „sonstige Bezüge“ den Dividenden gleichgestellt, d.h. sie würden auch nach dem Recht des Quellenstaates (BRD), wie sich z.B. aus dem Verweis des § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG auf alle Sätze des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG ergebe, gleich besteuert. Entscheidend sei – in Abgrenzung von Zinserträgen aus bloßen Forderungen (s. Art. 11 DBA-USA) – für den Dividendenbegriff allgemein aus DBA-Sicht die Existenz eines

Gesellschaftsanteils und der wirtschaftliche Veranlassungszusammenhang zwischen Kapitalertrag und Anteil.

77

**Materiellrechtliche Voraussetzungen einer Erstattung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. Art. 10 DBA-USA:**

78

**Dividenden**

79

Es würden Dividenden im Sinne des Art. 10 Abs. 5 DBA-USA vorliegen. Er, der Kläger, sei auch Nutzungsberechtigter im Sinne des Art. 10 Abs. 3b DBA-USA. Gemäß Art. 10 Abs. 3b DBA-USA würden solche Dividenden in dem Vertragsstaat, in dem die die Dividende zahlende Gesellschaft ansässig sei, nicht besteuert, wenn der Nutzungsberechtigte ein im anderen Vertragsstaat ansässiger Pensionsfonds sei.

80

**Materiellrechtliche Voraussetzungen einer Erstattung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. Art. 10 DBA-USA:**

81

**Steuerliche Zurechnung der Dividenden nach Abkommensrecht:**

82

**Nutzungsberechtigter**

83

Der Ausdruck „Nutzungsberechtigter“ („beneficial owner“) entstamme dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und bezeichne eine Rechtsstellung, die im deutschen Recht am ehesten mit dem Begriff eines Treugebers vergleichbar sei.

84

Er, der Kläger, werde nicht rechtlich und tatsächlich in Bezug auf die von ihm erworbenen Aktien beherrscht (s. BFH, BStBl II 1992, 459; BStBl II 1994, 615; BStBl II 2010, 590; BFH/NV 2004, 620; BFH/NV 2002, 745). Es liege keine Situation vor, bei der ein anderer (z.B. eine Bank oder Q) Verfügungsmacht über seine, des Klägers, Wirtschaftsgüter (Dividendenansprüche) in der Weise gehabt hätte, dass er zivilrechtliche Ansprüche auf dieselben besessen hätte (so BFH-Urteil vom 29. Mai 1984 – 29/80, BFHE 141, 321). Nach der Rechtsprechung des BFH (z.B. BStBl II 1999, 514, 516) sei wesentlich für die rein formale Rechtsposition eines Treuhänders die Weisungsbefugnis des Treugebers und die entsprechende Weisungsgebundenheit des Treuhänders, der außerdem zur jederzeitigen Rückgabe des Treugutes (s. hierzu BFH, BStBl II 1998, 152, 156) verpflichtet sein müsse. Er,

der Kläger, habe bisher keine(Netto-)Kapitalerträge (Dividenden im Sinne des Art. 10 Abs. 5 DBA-USA) an Dritte (z.B. Q) weitergeleitet und sei hierzu auch rechtlich nicht verpflichtet. Es würden insoweit keine Weisungsrechte bestehen.

85

Das EU-Recht habe den Begriff des „beneficial owner“ mittlerweile übernommen. Er werde hier teils mit „Nutzungsberechtigter“ teils mit „wirtschaftlicher Eigentümer“ übersetzt. Als wirtschaftlicher Eigentümer werde im Zusammenhang mit Zinszahlungen dabei definiert „jede natürliche Person, die eine Zinszahlung vereinnahmt oder zu deren Gunsten eine Zinszahlung erfolgt sei“. Dies müsse auch für Dividenden gelten.

86

Soweit der deutsche Gesetzgeber den Begriff des Nutzungsberechtigten in § 50g EStG übernommen habe, seien dessen Legaldefinition und damit der Anwendungsbereich auf diese Norm beschränkt, so dass hierdurch keine Aussage für einen US-Pensionstrust im Sinne des DBA-USA getroffen werde.

87

Nach der wohl herrschenden Meinung sei der Begriff des Nutzungsberechtigten zwar grundsätzlich autonom abkommensrechtlich auszulegen. Diese Ansicht von der abkommensrechtlichen Eigenständigkeit des Begriffs des Nutzungsberechtigten werde grundsätzlich auch vom BFH vertreten (vgl. BFH-Urteil vom 26. Juni 2013 – I R 48/12, Rz. 23). Im Streitfall sei dabei zu beachten, dass jedenfalls der Abkommenszusammenhang gegen eine unterschiedliche Interpretation des Begriffs des Nutzungsberechtigten hinsichtlich des einheitlichen Dividendenbegriffs gemäß Art. 10 Abs. 5 DBA-USA spreche. Als Dividenden im Sinne des DBA seien begrifflich sowohl die vom Beklagten als Originaldividende im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG (= Dividende beim Verkauf durch Aktieninhaber oder durch den mit einem Gegengeschäft eingedeckten Verkäufer) als auch die als Dividendenkompensationszahlung (gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG fiktive sonstige Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG bei ungedecktem Leerverkauf) bezeichnete Dividende zu verstehen. Folglich würde man, falls die Anwendung des nationalen Steuerrechts für den einheitlichen Dividendenbegriff des DBA-USA zu unterschiedlichen Zurechnungsregeln komme, den durch Art. 10 Abs. 5 DBA-USA insoweit begründeten Besteuerungszusammenhang auseinanderreißen. Der vorrangige Abkommenszusammenhang gebiete eine von den nationalen deutschen Regeln gegebenenfalls abweichende einheitliche Definition des Begriffs des Nutzungsberechtigten.

88

Bezüglich der Auslegung des Begriffs des Nutzungsberechtigten würde die herrschende Meinung rechtliche Kriterien anwenden, welche die Intensität der Eigentümerstellung in Bezug auf die in Frage stehenden Erträge erfassen würden. Nutzungsberechtigter sei hiernach, wer das Recht habe, in den Genuss der Dividende zu gelangen bzw. über ihre Verwendung zu entscheiden, ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein, die empfangenen Zahlungen an eine andere Person weiterzuleiten.

89

Er, der Kläger, sei unmittelbarer Empfänger der Dividenden und habe keine vertraglichen Verpflichtungen gehabt, die erhaltenen Zahlungen als solche an Dritte – etwa dem Equity Arbitrage Teilfonds sowie T-Bank Limited – weiterzuleiten. Es sei dagegen unschädlich, dass er verpflichtet gewesen sei, Finanzierungskosten an den Leverage-Geber zu zahlen und dem Equity Arbitrage Teilfonds über die Equity Performance Contracts bei wirtschaftlicher Betrachtung einen Teil der erstatteten Kapitalertragsteuer zukommen zu lassen, um damit erhaltene Fremdfinanzierungslasten zurückzuzahlen. Er sei also in den vollen Genuss der Dividende gekommen bzw. habe über deren Verwendung entscheiden können. Er sei somit als Nutzungsberechtigter anzusehen.

90

### **Materiellrechtliche Voraussetzungen einer Erstattung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. Art. 10 DBA-USA:**

91

### **Steuerliche Zurechnung der Dividenden hilfsweise nach deutschem Recht:**

92

### **Wirtschaftliches Eigentum**

93

Höchst hilfsweise sei festzustellen, dass auch die deutsche rechtliche Sicht als Quellenstaat zur Zurechnung führe. Er sei auch wirtschaftlicher Eigentümer gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 i.V.m. Satz 1 und Abs. 5 EStG, § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO geworden. Dies gelte unabhängig davon, ob tatsächlich ungedeckte Leerverkäufe vorgelegen hätten und auch ungeachtet des Umstandes, dass es sich um OTC-Geschäfte gehandelt habe.

94

Die fehlende Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Einkünften aus Dividenden und Dividendenkompensationszahlungen ergebe sich aus Folgendem:

95

– Zunächst sei der Gesetzgeber des JStG 2007 ausdrücklich von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 AO auf den Erwerber auch im Fall des Leerverkaufs ausgegangen (vgl. Müller/Schade, BB 2017, 1238; BFH-Urteil vom 16. April 2012 – I R 2/12 Rz. 31).

96

– Auch der Gesetzeswortlaut („wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert werden“) des mit dem JStG 2007 implementierten § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG spreche klar gegen eine solche Differenzierung und für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums in diesen Fällen (vgl. Müller/Schade, BB 2017, 1238, 1240 f.).



– Zum gleichen Ergebnis gelange auch die systematische Auslegungsmethode. Insoweit sei zum einen die mit Gesetz vom 22. Juni 2011 rückwirkend eingeführte Vorschrift des § 18 Abs. 21 InvStG zu nennen. Nach dieser Norm sei Anrechnungs-/Erstattungs voraussetzung bei Leerverkäufen von Aktien an Investmentfonds als Erwerber, dass nicht nur das wirtschaftliche, sondern auch das zivilrechtliche Eigentum am Hauptversammlungsstichtag des Emittenten bereits übergegangen sei. Dies spreche eindeutig für ein grundsätzliches zeitliches Auseinanderfallen des Erwerbs des wirtschaftlichen und zivilrechtlichen Eigentums (vgl. Müller/Schade, BB 2017, 1238, 1241 f.). Zum anderen sei der systematische Zusammenhang des Verhältnisses von Satz 4 zu Satz 1 des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu beachten. Die Formulierung in Satz 4 „als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden ...“, stelle eine juristische Fiktion dar, mit der es zu einer gewollten rechtlichen Gleichsetzung eines als ungleich Bewussten komme (vgl. Müller/Schade, BB 2017, 1238, 1242 re. Sp.). Der Beklagte verkenne daher das Wesen dieser steuerrechtlichen Fiktion (= rechtliche Gleichsetzung von Ungleichen), wenn er Dividendenkompensationszahlungen mit einer rein zivilrechtlichen Sicht als von Originaldividenden zu unterscheidende und wesensverschiedene Schadensersatzzahlungen qualifizierte, was übrigens auch schon zivilrechtlich unzutreffend sei. Denn es handele sich um Erfüllungsansprüche. Einkünfte im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG (d.h. Einkünfte aus von einem Leerverkäufer erworbenen Aktien) stünden unzweifelhaft kraft der gesetzlichen Geltungsanordnung den sonstigen Bezügen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG, zu denen gemäß dem Wortlaut Dividenden gehören würden, ausdrücklich gleich. Die gesetzlich gewollte Gleichbehandlung aller in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG aufgeführten Kapitalerträge ergebe sich bei gesetzessystematischer Betrachtung auch aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG: Diese verweise auf alle Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wobei die Norm des § 44 Abs. 1 Satz 3 sowie der § 45a Abs. 2, 3 EStG wiederum auf § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG (und mithin auch auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG) Bezug nehmen würde. Des Weiteren ergebe sich auch aus § 20 Abs. 5 EStG, der auf den ganzen bzw. alle Sätze des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG Bezug nehme, dass der Gesetzgeber auch im Fall des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG (also bei Leerverkäufen) grundsätzlich den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses für möglich halte.

– Gestützt werde dies auch durch die teleologische Auslegung. Inhaberverkäufe, gedeckte und ungedeckte Leerverkäufe seien als solche – jedenfalls bei girosammelverwahrten Aktien – nicht identifizierbar (so ausdrücklich auch BR-Drucks. 562/10). Weil es identifizierbare Aktien nicht gebe, müsse man sich in der Praxis mit Regeln wie FIFO und LIFO behelfen, wenn es darauf ankomme, welche Stücke eines Bestandes als veräußert gelten sollten. Im Interesse einer rechtssicheren und praktikablen steuerlichen Behandlung des Aktienhandels als Massengeschäft des täglichen Lebens mache nur eine gesetzgeberische Lösung Sinn, die vom Einzelfall hinsichtlich Umfang und Höhe des gehandelten Aktienvolumens abstrahiere und in generalisierender bzw. typisierender Betrachtungsweise einen rechtlichen Gleichlauf zwischen den sogenannten Inhabergedeckten und ungedeckten Leerverkäufen herstelle. Eine andere Sichtweise (d.h. eine Differenzierung bei Aktienerwerben) würde auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, da dem Steuerpflichtigen – zumal im Rahmen der Eingriffsverwaltung – Feststellungslasten aufgebürdet würden, die er objektiv nicht erfüllen könne.

Es bestehe auch keine Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Börsen- und OTC-Geschäften.

100

– Vom steuerrechtlichen Gleichlauf zwischen Börsen- und OTC-Geschäften würden zu Recht auch der BFH (vgl. Urteil vom 16. April 2014 – I R 2/12, Rz. 31) und die Begründung des JStG 2007 (vgl. BT-Drucks. 16/2712, S. 46 ff., 48 re. Sp. a.E.) ausgehen. Soweit der Beklagte die Auffassung vertrete, es könne, wenn die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums bei OTC-Geschäften (und Leerverkäufen) zugelassen würde, im Ergebnis zu mehrfachem wirtschaftlichen Eigentum an einer Aktie kommen, was dem Wesen des Eigentums widerspreche, basiere dies auf einem Fehlverständnis über die giroverwahrten Aktien. Der Beklagte übergehe die Realität und die zivilrechtlichen Grundlagen des Eigentumstransfers bei globalverbrieften Aktien. Ein Aktienverkäufer könne Aktien schuldrechtlich beliebig oft verkaufen. Davon zu trennen sei – aufgrund des Abstraktionsprinzips – die Erfüllung, die im Fall der in Dauerglobalurkunden verbrieften und dann girosammelverwahrten Aktien ohnehin nie mit genau den Aktien eines Verkäufers erfolgen könne, weil sie im Depot des Erwerbers nach Zuweisung durch einen Zufallsgenerator eingebucht würden. Tatsächlich würden die in Dauerglobalurkunden verbrieften und dann girosammelverwahrten Aktien erst kraft Einbuchung in ein Depot einem bestimmten Aktionär zugeordnet.

101

– Darüber hinaus gebe es keine Unterschiede zwischen beiden Arten des Handels. Sie würden in technischer Hinsicht nach denselben vollelektronischen Mechanismen sowie anonym und ohne Kontrahentenausfallrisiko vollzogen. Eine Differenzierung zwischen Börsen- und OTC-Geschäften im Hinblick auf den Übergangszeitpunkt des wirtschaftlichen Eigentums würde diesen bei beiden Handelsplattformen völlig identischen faktischen Realitäten nicht gerecht.

102

– Außerdem widerspreche eine Differenzierung dem Gesetz, das in § 20 Abs. 5 Satz 2 EStG auf das wirtschaftliche Eigentum für die Zurechnung der Kapitalerträge abstelle. Der Gesetzgeber habe hier, insoweit als er diese Regelung – gerade auch im Hinblick auf Leerverkäufe und in Kenntnis, dass diese häufig OTC durchgeführt würden – ins Gesetz eingefügt habe, bewusst nicht zwischen börsengehandelten Wertpapieren und OTC gehandelten (oder zwischen Inhaber- und Leerverkäufen) differenziert.

103

– Schließlich sei es sachlich falsch, dass sich Käufer und Verkäufer kennen würden. Dies sei eine spekulative Unterstellung des Beklagten. Aber sogar wenn sie sich kennen würden, könnten sie nicht wissen, ob der sie zusammenbringende Broker oder Leerverkäufer die Aktien in der verkauften Zahl eventuell nutzt, um einen weiteren Kaufvertrag mit einem weiteren Käufer zu erfüllen. Des Weiteren sei hier wiederum zu beachten, dass es mangels Identifizierbarkeit nie dieselben Aktien seien, mit denen erfüllt werde.

104

Mit Blick auf die Zurechnung nach innerstaatlichem Recht seien keine weiteren Umstände gegeben, die nach § 39 AO dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums entgegenstehen würden. Insoweit werde auf den Replikschriftsatz vom 29. September 2017 im Verfahren ... insbesondere zu folgenden Punkten Bezug genommen:

105

- Kein abgekartetes Spiel (Seite 87),

106

- kein Rundum-Sorglos-Paket, kein Vertragsbündel (Seite 88),

107

- keine dem wirtschaftlichen Eigentum entgegenstehende Verträge (z.B. Equity Performance Contracts, Finanzierungen, Control-Agreement, Seite 88),

108

- kein Durchgangserwerb (Seite 89),

109

- kein Hochrisikoinvestment (Seite 89),

110

- Bestehen von Kursrisiken (Seite 90),

111

- kein Scheinpensionsfonds (Seite 91),

112

- Abweichen der kalkulatorischen von der tatsächlichen Profitabilität (Seite 64),

113

- eine Gesamtwürdigung der vom Beklagten zitierten Äußerungen in bestimmten Dokumenten (z.B. E-Mails) stehe § 39 AO nicht entgegen (Seite 147 ff.).

114

Sein, des Klägers, Bruttogewinn aus den Geschäften betrage ... €. Hiervon – die Dividende verbleibe sowieso bei ihm – würden auf ihn 1/3 entfallen, während der Equity Arbitrage Teilfonds 1/5 erhalte. Auch unter diesem Gesichtspunkt der Gewinnverteilung sei es – neben dogmatischen Aspekten der sog. Nutzungsberechtigung – nicht nachvollziehbar, weshalb der

Beklagte ihm, der auch die Verfügungsmöglichkeit über Aktien besitze, die wirtschaftliche Eigentümerstellung bzw. die Optionsmöglichkeit hinsichtlich der erzielbaren Gewinne (Dividenden) absprechen wolle. Dass er aus dem ihm verbleibenden Rohertrag die Vergütungen der diversen Dienstleister – insbesondere die Finanzierung – bezahlen müsse, ändere nichts daran, dass ihm dieser Rohertrag zunächst einmal zustehe.

115

**Materiellrechtliche Voraussetzungen einer Erstattung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. Art. 10 DBA-USA:**

116

**Einbehalt und Abführung der Kapitalertragsteuer**

117

Unzutreffend sei die Behauptung des Beklagten, die Steuer sei nicht abgeführt. Beim Merkmal der Abführung der Steuer handele es sich nicht um eine Tatsachenfrage. Die Emittenten der Aktien – es handele sich ausnahmslos um deutsche DAX-Unternehmen – hätten unstreitig Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt. Es gehe insoweit vielmehr um die Rechtsfrage, wem die Erhebung und Abführung der Steuer durch den Emittenten steuerrechtlich zuzurechnen sei und ob bei Einschaltung eines inländischen Kreditinstituts als den Verkaufsauftrag ausführende Stelle (s. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG) selbst bei festgestellten Leerverkäufen eine Nichtabführung von Kapitalertragsteuer noch zu Lasten des Käufers gehen dürfe.

118

Unzutreffend sei die Unterstellung des Beklagten, dass bei den verfahrensgegenständlichen Geschäften infolge des Auftretens von Leerverkäufern eine nur einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach erstattet werden solle und sein, des Klägers, Ertrag aus der Aufteilung einer solchen Übererstattung stamme.

119

Er, der Kläger, sei Nutzungsberechtigter der Dividende im Sinne des Art. 10 DBA-USA. Für ihn (d.h. zu seinen Lasten) – eine andere Person sei insoweit nicht in Sicht – sei daher die Kapitalertragsteuer durch den Emittenten der Aktien auch erhoben und abgeführt worden.

120

Er sei auch Gläubiger der Kapitalerträge im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG. Der Begriff des Gläubigers werde in § 44b Abs. 6 Satz 1 EStG verwendet, um den Schuldner der Kapitalertragsteuer zu umschreiben. Er sei somit in einem steuerrechtlichen und nicht in einem zivilrechtlichen Sinn zu verstehen. Es komme nicht darauf an, wer der zivilrechtliche Gläubiger der Kapitalerträge sei; entscheidend sei vielmehr, wer die Kapitalerträge im steuerrechtlichen Sinn erziele (§ 2 Abs. 1 EStG) und zu wessen Lasten deshalb die Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt worden sei (vgl. BFH-Urteil vom 22. August 1990, BStBl II 1991, 38). Der Steuerabzug erfolge somit zu Lasten (auch) des wirtschaftlichen Eigentümers der Aktien im Zeitpunkt des

Gewinnausschüttungsbeschlusses, da dieser Anteilseigner im Sinne des § 20 Abs. 5 EStG und mithin Gläubiger der Kapitalerträge im Sinne der Vorschriften über den Kapitalertragsteuerabzug sei.

121

Für ihn, den Kläger, dem die Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzurechnen seien und der Gläubiger dieser Erträge sei, sei die Kapitalertragsteuer auf die ihm zuzurechnenden Bezüge einbehalten und abgeführt worden.

122

Die Kapitalertragsteuer sei auch durch ein inländisches Kreditinstitut erhoben und abgeführt worden. Mit der Eurex Clearing AG als Zentralkontrahent (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 12 i.V.m. § 1 Abs. 31 KWG) sei ein inländisches Kreditinstitut als den Verkaufsauftrag ausführende Stelle (s. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG) eingeschaltet worden. Der Begriff der „den Verkaufsauftrag ausführenden Stelle“ sei weit zu verstehen. Er erfasse sowohl den Fall, dass – wie hier – ein inländisches Kreditinstitut (Eurex Clearing AG) in das Veräußerungsgeschäft eingebunden gewesen sei, als auch den Fall, dass ein Kunde eigenständig ein Veräußerungsgeschäft abgeschlossen habe, aber mit der Abwicklung des Clearstream Settlement Prozesses ein inländisches Kreditinstitut – im Streitfall Clearstream Banking Frankfurt (CBF) – beauftragt gewesen sei. Aus diesen Gründen sollte daher selbst nach der (unzutreffenden) Ansicht des Beklagten die Kapitalertragsteuer erhoben und abgeführt sein.

123

Auch habe es Fälle gegeben, in denen auch ausländische Kreditinstitute Kapitalertragsteuer erhoben, allerdings wohl nicht abgeführt hätten.

124

### **Keine ungedeckten Leerverkäufe**

125

Der Kläger trägt vor, dass es keinen Hinweis auf ungedeckte Leerverkäufe gebe. An der EUREX gehandelte Futures-Kontrakte würden rechtlich zwischen der Eurex Clearing AG und einem dort als Handelsteilnehmer zugelassenen Kreditinstitut (Clearing Member) zustandekommen. Der Handelsteilnehmer würde die Kontrakte durch Abschluss entsprechender Geschäfte an seine Kunden herausgeben. Die Eurex Clearing AG würde ihre Risikopositionen aus Futures vollständig durch gegenläufige Positionen mit als Handelsteilnehmer zugelassenen Kreditinstituten absichern. Das Verbot des Eingehens sog. direktonaler Risiken sei geradezu der Wesenskern der zentralen Gegenpartei und – neben dem Ausfallfonds – zentraler Grund für die bankaufsichtsrechtliche Privilegierung von Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien (Art. 305 f., 400 Abs. 1 Buchst. j CRR). Die von dem Beklagten vorgenommene Einordnung der Geschäfte als OTC sei insoweit irreführend, als dies nur die Art und Weise ihrer Anbahnung betreffe, während sie sich im Hinblick auf ihre Durchführung in keiner Weise von börslichen Geschäften unterscheiden würden.

126

Grundsätzlich sei für einen Käufer nicht erkennbar, ob ein Verkäufer ein Leerverkäufer sei oder ob er Aktien in der verkauften Art und Zahl im Depot habe, also deren Eigentümer sei. Das brauche ihn auch nicht zu interessieren. Ein Bestandsverkäufer wolle durch den Verkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag lediglich einen Verlust in Höhe der (für ihn nicht anrechenbaren oder erstattbaren) Kapitalertragsteuer reduzieren. Denn der Aktienkurs sinke nach der Dividendenausschüttung entsprechend.

127

Zu Unrecht meine der Beklagte, dass sich aus folgenden Gesichtspunkten ergebe, dass den streitigen Aktientransaktionen ausnahmslos Leerverkäufe zu Grunde liegen würden:

128

– der Beklagte verweise auf die E-Mail-Kommunikation. Dazu sei bereits in dem Replikschritsatz vom 29. September 2017 im Verfahren Aktenzeichen Stellung genommen worden;

129

– der Beklagte meine, ein Gewinn falle nur an, wenn niemals abgeführte Kapitalertragsteuer erstattet werde. Dies sei unrichtig. Es gebe einen Arbitragegewinn. Selbstverständlich führe ein Cum-Ex-Dividendenkauf ohne Kapitalertragsteuererstattung stets zu einem Verlust, weil in den Einkaufspreis der Aktie die volle Brutto-Dividende eingepreist sei; die Anrechnungs- bzw. Erstattungsberechtigung sei notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung der Erzielung eines Arbitragegewinns;

130

– die steuerlichen Risikohinweise im Prospekt des Q Funds als solchem. Diese Hinweise würden allerdings standardmäßig bei nahezu jeder steuerlichen Äußerung in Prospekten von Fonds für Wertpapieremissionen höchstvorsorglich aus Haftungsgründen verwendet;

131

– der Hinweis des Beklagten auf seine, des Klägers, Arbitragestrategie als Pensionsfonds, die auf steuerlichen Gegebenheiten gestützt sei, sei insofern richtig, als steuerlicher Hintergrund der Arbitrage die (europarechtswidrige) unterschiedliche Quellensteuerbelastung zwischen Steuerausländern und Steuerinländern sei;

132

– der Verbrauch des durch den Q Fund ihm, dem Kläger, zur Verfügung gestellten Kapitals ergebe sich nicht etwa aus den diversen anfallenden Kosten (Finanzierung, Margen usw.) und habe mit angeblichen Leerverkäufen nichts zu tun; er resultiere ausschließlich aus jener Liquiditätslücke, die nur dadurch entstanden sei, dass die Kapitalertragsteuer vom Emittenten bereits an der Quelle – und somit zu seinen, des Klägers, Lasten – abgezogen und abgeführt worden sei, und diese Liquiditätslücke bestimmungsgemäß bis zum Tag der Erstattung durch die von dem Q Fund hierzu zur Verfügung gestellten Mittel finanziert worden sei;

133

- warum der Aspekt, dass es sich bei ihm, dem Kläger, und dem Q um Neugründungen handele, für abgesprochene Leerverkäufe sprechen solle, erschließe sich nicht.

134

Unrichtig sei auch die Meinung des Beklagten, Leerverkäufe würden aus folgenden Umständen folgen:

135

- einem einzigen Berechtigten bei den Pensionsfonds,

136

- dem Nichtvorhandensein von nennenswertem Eigenkapital,

137

- der hohen Fremdfinanzierung und Erstattungsvolumina,

138

- dem Kauf von Aktien vor und ihrer Lieferung nach dem Dividendenstichtag,

139

- den Aktienerwerben von großen deutschen Aktiengesellschaften,

140

- der Eingabe der Kauf-Futures in das Eurex-System außerhalb des Orderbuches (dies ändere nichts an den standardmäßigen anonymen, computergesteuerten wertpapiertechnischen Abläufen der Aktientransfers),

141

- dem Hedging des Aktienkäufers durch gegenläufige auf Barausgleich gerichtete Future-Geschäfte,

142

- keinem anderen Betätigungsfeld seitens des Klägers,

143

- keine weiteren Aktiengeschäfte ab 2012 (der Grund sei die Blockade von Geldmitteln durch den Beklagten),

144

- der Involvierung von bestimmten Personen (angebliche Initiatoren).

145

Die Behauptung des Beklagten, es liege eine modellhafte Struktur des Gesamtkonzepts vor, da die Erarbeitung des Konzepts völlig unabhängig von der Mitwirkung des Klägers (und der Trustees der übrigen Personentrusts) stattgefunden habe, sei unzutreffend. Er, der Kläger, und die Trustees der übrigen Pensionstrusts X1 und Y1 seien vielmehr von vornherein – gerade auch zwecks Beurteilung der US-amerikanischen Rechtssphäre – eingebunden gewesen. Soweit der Beklagte meine, die modellhafte Struktur werde durch E-Mails aus der Kanzlei M belegt, irre er. Wie der BFH (vgl. Urteil vom 17. Januar 2017 – VIII R 7/13, Rz. 33) ausgeführt habe, entfalle eine modellhafte Struktur, wenn der Steuerpflichtige selber mitwirke. Auch liege aus anderen Gründen kein modellhaftes Gesamtkonzept vor. Die abgeschlossenen Einzelverträge (Finanzierungs- und Kurssicherungsgeschäfte) sowie die Verträge mit Asset-Manager und Depotbanken seien nicht – wie im Fall des BFH-Urteils vom 16. April 2014 – durch einen Rahmenvertrag miteinander zu einer unauflösbaren Gesamtkonzeption vertraglich verbunden. Wie der BFH ausgeführt habe, würden solche Einzelverträge (an sich) dem Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums nicht entgegenstehen. Auch habe er, der Kläger, nicht – wie in dem vom BFH entschiedenen Fall – einen Total-Return-Swap abgeschlossen, kraft dessen etwa 95 % der Dividende von ihm, dem Kläger, an einen Dritten zu zahlen gewesen seien.

146

Es sei darauf hinzuweisen, dass ein Leerverkauf als solcher überhaupt keine Preisrelevanz hätte haben können. Ein aus der mangelnden Abstimmung der seinerzeitigen Dividendenregulierung auf Nettobasis (sog. Schuldnerprinzip) auf das Verwahr- und Clearingsystem resultierender Mehrertrag des Leerverkäufers – der hätte aufgeteilt werden können – habe überhaupt nur dann entstehen können, wenn ein Leerverkäufer den Leerverkauf mit einer ex Dividende erworbenen Aktien eingedeckt habe, und von den in den Verkaufsvorgang eingeschalteten Kreditinstituten nur mit einer Dividendenausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende belastet worden sei. Selbst dann sei aber nicht notwendig auch zugleich ein Nachteil für den Fiskus entstanden. Zu einem solchen habe es vielmehr nur kommen können, wenn auch derjenige, von dem der Leerverkäufer zwecks Eindeckung des Leerverkaufs Aktien ex Dividende erworbenen habe, für diesen Bestand selbst einen Antrag auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer gestellt habe. Den Einlassungen/Vernehmungen der Herren A, B und C lasse sich jedenfalls nicht entnehmen, zu welchem Zeitpunkt welche konkrete Person auf der Verkäuferseite bzw. als Hintermann eines bestimmten Verkäufers Kapitalertragsteuer für einen Bestand, der größenordnungsmäßig ungefähr dem vom Kläger jeweils erworbenen entspreche, ebenfalls – und daher insoweit doppelt – Kapitalertragsteuer angerechnet/erstattet erhalten habe.

147

**Keine Leerverkäufe: keine Absprachen**

148



Abreden über Leerverkäufe würden wegen der Anonymität bei der Abwicklung von Aktiengeschäften über den zentralen Kontrahenten und der insoweit gegebenen mangelnden Identifizierbarkeit eines Leerverkäufers von vornherein ausscheiden.

149

Es habe solche Absreden über Leerverkäufe auch tatsächlich nicht gegeben. Insoweit nimmt der Kläger Bezug auf die Aussage des Beschuldigten Herr A (Bl. 20453 der Ermittlungsakte ... Js ... Aktenzeichen).

150

### **Keine ungedeckten Leerverkäufe mit Blick auf Dividendenlevel**

151

Außerdem könne aus der vom Beklagten vorgetragene Differenz zwischen dem Preis einer Aktie cum Dividende und ihrem Terminpreis ex Dividende (d.h. den sog. Tradinglevel) nicht zwingend auf einen Leerverkauf mit angeblicher Doppelerstattung der Kapitalertragsteuer geschlossen werden. Dies ergebe keinen Sinn. Ein sog. Tradinglevel der vorliegenden Höhe sei kein zwingendes Indiz für Leerverkäufe, weil es genauso gut für einen Bestandsverkauf eines am Dividendenstichtag diskriminierten Steuerausländers sprechen könne. So sei zu fragen, warum ein Bestandsverkäufer aus einem Nicht-DBA-Staat, der zwecks Vermeidung einer definitiven Belastung mit Kapitalertragsteuer die Aktie vor dem oder am Dividendenstichtag verkaufe und am ex-Tag wieder zurückkaufe, für das Gesamtpaket aus Verkauf und (synthetischem) Terminrückkauf durch das Absicherungsgeschäft 100 % der Bruttodividende verlangen wollen solle, wenn er doch durch das Halten über den Dividendenstichtag 26,38 % der Bruttodividende endgültig verlieren würde. Jeder Preis oberhalb von 73,62 Dividendenpunkten (zuzüglich der Transaktionskosten des Verkaufs und Rückkaufs) sei für einen solchen Bestandsverkäufer vorteilhafter als das Halten über den Dividendenstichtag.

152

Dividendenlevel von 82 % bis 89 %, wie sie im Streitfall gegeben seien, könnten keinesfalls Leerverkäufe belegen. Diese Level würden sich aus der auf den unterschiedlichen Quellensteuersätzen für Steuerinländer und (EU-) Steuerausländer beruhenden Arbitragemöglichkeiten zwischen dem Kassa- und Futures-Markt ergeben. Lediglich ein Dividendenlevel von weniger als 73,62 % würde dafür sprechen, dass mehr als einmal Kapitalertragsteuer verteilt werde. Zur näheren Veranschaulichung hat der Kläger eine Berechnung des Dividendenlevels eingereicht. Hierauf wird vollinhaltlich Bezug genommen (Bl. 139 f. der e-FG-Akte).

153

Ungedekte Leerverkäufe seien im Übrigen keine notwendige Voraussetzung für die Höhe des von ihm, dem Kläger, erzielten Gewinns. Ein Arbitragegewinn, wie er ihn erzielt habe, sei noch im Jahr 2016 möglich gewesen. Zur besseren Übersichtlichkeit reiche er eine ergänzte Auswertung ein, welche die für die Jahre 2012 bis 2016 zwischen den an der Frankfurter Wertpapierbörse vor und nach dem Dividendenstichtag festgestellten Kurse in Tradinglevels umrechne (vgl. Anlage 13 zum Schriftsatz des Klägers vom 10. Juni 2018, Bl. 346 ff. der e-

FG-Akte). Man sehe dort, dass immer wieder Preisdifferenzen in einer Größenordnung auftreten würden, die nach Auffassung des Beklagten angeblich nur durch ein Gesamtpaket aus physischen und auf Barausgleich gerichteten Geschäften erklärbar seien, bei denen eine spezifische Preisbildung abseits der Marktpreise des allgemeinen Börsenhandels betrieben werde, die in ihrer konkreten Ausprägung nur durch die Vornahme von Cum-Ex Geschäften und dem Betrieb von Leerverkäufen erklärt werden könnten. Da in diesem Zeitraum infolge der Umstellung des Systems der Dividendenregulierung auf das Zahlstellenprinzip das Auftreten eines Leerverkäufers in einem Cum-Ex Szenario nicht einmal theoretisch zu einer Doppelvergütung habe führen können, könnten die Ausführungen des Beklagten, dass unterhalb eines bestimmten Tradinglevels notwendig ein Leerverkaufsszenario zugrunde gelegt haben müsse, denotwendig nicht richtig sein.

154

### **Keine Leerverkäufe: keine Wissenszurechnung**

155

Ungeachtet dessen könne ihm, dem Kläger, auch vermeintliches Wissen der Asset Manager gemäß § 166 Abs. 1 BGB nicht zugerechnet werden. Diese Norm gelte nur für Wissensvertreter. Die V als Asset Manager sei kein solcher Wissensvertreter von ihm. Die V habe im eigenen Namen und für eigene Rechnung das sog. Pre-Trading betrieben. Zwischen ihm und der V hätten keine irgendwie gearteten rechtsgeschäftlichen Verbindungen bestanden. Es habe lediglich ein vertragliches Verhältnis zwischen der V und der W bestanden. Unabhängig davon wäre ein Wissen um die niedrigeren Tradinglevels selbst bei einer Zurechnung von vornherein irrelevant. Diese niedrigeren Tradinglevels könnten nämlich bereits deshalb nicht für (ungedekte) Leerverkäufe und Absprachen über Kapitalertragsteuer Anrechnung sprechen, weil:

156

- Die Eurex Clearing AG als (zivilrechtlicher) Verkäufer nach der Novation stets eingedeckt sei,

157

- eine Individualisierung des Verkäufers hinter dem zentralen Kontrahenten sowie eine konkrete Zuordnung der gelieferten (eingebuchten) Aktien zu einem bestimmten Lieferanten nicht möglich sei,

158

- ungedeckte Leerverkäufe aufsichtsrechtlich verboten gewesen seien und der zentrale Kontrahent Eurex Clearing AG dies sicher beachtet habe.

159

### **Systemimmanente bzw. gesetzgeberische Inkaufnahme von Leergeschäften und Kapitalertragsteuer-Überschüssen**

160

Unabhängig davon, dass keine Leerverkäufe festgestellt seien, sei allgemein darauf hinzuweisen, dass Gesetzgeber und Finanzverwaltung an der sog. Dividendenregulierung auf Nettobasis (Schuldnerprinzip) – die wie spätestens seit 1992 bekannt nicht mit dem Verwahr- und Clearingsystem kompatibel gewesen sei (BT-Drucks. 18/12700, Seite 117 ff.) – festgehalten hätten. Dadurch und durch verfehlte Nachbesserungsversuche hätten sie bis 2012 bewusst eine Rechtslage geschaffen und aufrechterhalten, durch die Leerverkäufer um den Hauptversammlungstag herum einen risikofreien Mehrertrag hätten erzielen können, wenn sie Leerverkäufe mit ex Dividende erworbenen Aktien und damit aus Beständen eindeckten, für die potenziell ein anderer zu Recht Kapitalertragsteuer habe angerechnet/erstattet erhalten können (sofern nicht das auf Verkäuferseite eingeschaltete ausländische Kreditinstitut den (Leer-) Verkäufer ohne gesetzliche Grundlage mit einer Dividendenausgleichszahlung in Höhe der Bruttodividende belastet habe). Dass die Korrektur des Gesetzes nicht früher erfolgt sei, habe seinen Grund evident darin, dass die Dividendenregulierung auf Nettobasis für den Fiskus bequem sei, und man um dieses Vorteils willen bereit gewesen sei, das Risiko einer gewissen Minderung des Steueraufkommens in Kauf zu nehmen (JStG 2007, BT-Drucks. 16/2712, Seite 46 ff.). Die Vorsitzende des VIII. Senats des BFH, Prof. Dr. Jachmann-Michel, habe sich zu dieser gesetzgeberischen Untätigkeit dahingehend geäußert, dass wenn ein Steuergesetz für bestimmte Konstellationen eine mehrfache Erstattung eines nur einmal erhobenen Betrags erlaube – so beim unstreitig moralisch höchst fragwürdigen Cum-Ex Geschäft –, es keiner Steuergestaltung bedürfe, wenn der Steuerpflichtige diese Möglichkeit nutze. Vielmehr wäre es Sache des Steuergesetzgebers, auf derartige gesetzliche Fehler – anders als bei den Cum-Ex Geschäften geschehen – sofort zu reagieren (StuW 2017, 209, 216).

161

### **Wirtschaftliche Eigentumsübertragung bei Aktiengeschäften an der Börse**

162

Soweit der Beklagte vortrage, dass die zentrale Gegenpartei stets ein struktureller Leerverkäufer sei, verkenne er die Realität. Es gebe keine Aktien-Stücke, sondern lediglich virtuelle Buchungsvorgänge.

163

Der einzelne Aktionär sei je nach Höhe seiner Beteiligung Miteigentümer eines ideellen Bruchteils – einer gedachten Quote – des bei Clearstream verwahrten Sammelbestands. Im Verwahrbuch von Clearstream sei dabei lediglich das an Clearstream angeschlossene Kreditinstitut eingetragen, durch das dessen Kunde – gegebenenfalls über Zwischenverwahrer – seinen Miteigentumsanteil besitze, wobei die Zahl der allen Kunden dieses Kreditinstitut insgesamt gehörenden Aktien (d.h. der daraus resultierende Bruchteil des Gesamtbestandes) aus dem sog. B-Depot, und diejenige der dem Kreditinstitut selbst gehörenden Stücke aus dem sog. A-Depot ersichtlich sei. Clearstream wisse also nur, wie viele Stücke (d.h. welchen Bruchteil des Gesamtbestands) das Kreditinstitut insgesamt im Namen seiner Kunden und wie viele es im eigenen Namen halte. Der im Depot des Kunden bei seiner Bank verbuchte Bestand beziehe sich nicht etwa auf bestimmte identifizierbare Aktien. Selbst wenn im Depot von Clearstream nicht Sammel- oder Globalurkunden, sondern eine Vielzahl (fortlaufend nummerierter und dadurch identifizierbarer) effektiver Stücke eingelagert seien, könne der Kunde nur die Herausgabe einer bestimmten Anzahl von Stücken verlangen, nicht dagegen die Herausgabe bestimmter Stücke. Da alle Stücke im Verhältnis zur Emittentin gleiche

Rechte verbriefen würden, mache das auch nichts aus. Dementsprechend erwerbe ein Kunde, der Aktien erwerbe, nicht etwa die Stücke des Verkäufers, sondern lediglich einen Anspruch gegen Clearstream auf Herausgabe irgendwelcher Stücke in der verkauften Anzahl. Da bei den heute üblichen Dauerglobalurkunden die Herausgabe einzelner Stücke sowieso ausgeschlossen sei, weil es solche Stücke weder gebe noch geben könne, gelte dies erst recht.

164

Ungeachtet dessen sei im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer stets nur allein der Käufer berechtigt, die Kapitalertragsteuer erstattet/angerechnet zu erhalten, weil der Anspruch ihm als Bestandteil der Bruttodividende zustehe. Sollte es hier in Einzelfällen trotz Fehlens der materiell-rechtlichen Erstattungsberechtigung aufgrund Vorliegens der durch die Kapitalertragsteuerbescheinigung nachgewiesenen formell-rechtlichen Voraussetzungen zu einer Anrechnung bzw. Erstattung beim Verkäufer gekommen sein, so sei dies evident zu Unrecht geschehen und wäre im Verhältnis zwischen der Finanzverwaltung und dem Verkäufer zu klären und rückabzuwickeln. Der Käufer habe damit jedenfalls nichts zu tun: Wer – aufgrund der Abwicklungstechnik von dem insoweit als Kommissionärin oder Eigenhändlerin zwischengeschalteten depotführenden Kreditinstitut des Verkäufers bzw. der zentralen Gegenpartei – eine Aktie cum Dividende kaufe und dadurch als wirtschaftlicher Eigentümer materiell-rechtlich sowie aufgrund der ihm ganz zu Recht ausgestellten Kapitalertragsteuerbescheinigung auch formell-rechtlich erstattungsberechtigt werde, der dürfe und müsse systemimmanent darauf vertrauen dürfen, dass er den Anspruch auf die (Brutto-) Dividende auch effektiv erworben habe.

165

Was mit W und mit ihm, dem Kläger, in keinerlei Beziehung stehende und ihnen unbekannt Dritte (möglicherweise) getan hätten, wäre im Übrigen rechtlich nicht erheblich. Beim Kauf von der zentralen Gegenpartei einer Börse könne der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums richtigerweise nicht davon abhängen, was irgendein Vertragspartner eines Vertragspartners (Handelsteilnehmers bzw. Clearing Members) dieser zentralen Gegenpartei im Einzelfall getan habe. Eine solche Einzelfallbetrachtung wäre mit dem Massencharakter des Geschäfts nicht vereinbar und würde zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen. Selbst wenn ein (indirekter) Vertragspartner der Eurex Clearing AG tatsächlich eine entsprechende Anzahl von Aktien leer verkauft habe, würde dies nichts daran ändern, dass die insoweit im Verhältnis zu ihm, dem Kläger, rechtlich einzig relevante Vertragspartei Eurex Clearing AG ihr nach den hierzu von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen wirtschaftliches Eigentum an den verfahrensgegenständlichen Aktien verschafft habe. Es habe nämlich systembedingt kein Zweifel bestehen können, dass die Eurex Clearing AG ihre Verpflichtung zur Verschaffung des zivilrechtlichen Eigentums an einer entsprechenden Anzahl von Aktien zwangsläufig vertragsgemäß erfüllen würde (wie es auch tatsächlich geschehen sei), weil genau das der Zweck einer zentralen Gegenpartei im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 KWG sei. Ob ein über die Börse abgewickelter Geschäft OTC angewandt werde, sei im Hinblick auf die Verschaffung des (wirtschaftlichen) Eigentums irrelevant, weil Letzteres auf den Mechanismus der Abwicklung des Geschäfts beruhe.

166

Die W sei durch die verfahrensgegenständlichen schuldrechtlichen Anschaffungsgeschäfte jeweils noch am Hauptversammlungstag in jedem Fall wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien geworden und er, der Kläger, habe dementsprechend aus den Aktien Einkünfte im

Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und des Art. 10 DBA-USA erzielt. Auf diese Aktien sei von seinen Emittenten Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt worden. Da auch alle weiteren gesetzlichen Tatbestandsmerkmale für die Erstattung von Kapitalertragsteuer vorliegen würden, stehe ihm ein entsprechender Erstattungsanspruch zu. Bei den von ihm vereinnahmten Dividenden handele es sich um von der Einkommensteuer befreite Einnahmen. Auch sei die Kapitalertragsteuer erhoben und abgeführt worden, obwohl nach materiellem Recht keine Einkommensteuer anfalle.

167

Er, der Kläger, habe die verfahrensgegenständlichen Aktien von einem deutschen Einlagenkreditinstitut (§ 1 Abs. 3d KWG) gekauft. Nach Auffassung des Beklagten solle ihm, dem Kläger, der Anspruch auf die volle (Brutto-)Dividende verwehrt sein, weil – so der Beklagte – irgendwelche ihm unbekannte ausländische Vertragspartner eines Vertragspartners (Handelsteilnehmers bzw. Clearing Members) dieses Einlagenkreditinstituts, deren Handeln weder ihm noch W in irgendeiner Weise zurechenbar sei, möglicherweise eine Gesetzeslücke ausgenutzt hätten. Dabei habe er, der Kläger, doch nur den beim Erwerb cum Dividende in den Aktienkurs eingepreisten vollen Gegenwert des Anspruchs auf die (Brutto-)Dividende an die Eurex Clearing AG aus folgendem Grund gezahlt: Er habe nach der auf der höchstrichterlichen Rechtsprechung und veröffentlichten Verwaltungsauffassung der Finanzbehörden beruhenden Marktpraxis davon ausgehen dürfen und müssen, dass die Eurex Clearing AG als deutsches Einlagenkreditinstitut (§ 1 Abs. 3d KWG) im Einklang mit ihrer Rolle als zentrale Gegenpartei (§ 1 Abs. 1 Satz 12 KWG) der Derivatebörse EUREX rechtlich in der Lage sein würde, ihr die verfahrensgegenständlichen Aktien vertragsgemäß mit dem Recht auf die volle (Brutto-)Dividende zu verschaffen.

168

Nichts von dem, was nach Auffassung des Beklagten möglicherweise hätte sein können, sei tatsächlich festgestellt, ganz im Gegenteil: Der Beklagte trage selbst vor, dass die H-Bank (Kanada) sich im Wege der Aktienleihe eine entsprechende Anzahl von Aktien beschafft habe. Bei diesem Sachverhalt sei die Beantragung der Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer durch deren Verleiher (mit der Folge einer doppelten Anrechnung oder Erstattung für ein und denselben Bestand) aber gerade ausgeschlossen gewesen, weil durch die Aktienleihe das rechtliche und wirtschaftliche Eigentum samt Dividendenberechtigung auf den Entleiher (d.h. die H-Bank ) übergegangen seien. Im Übrigen seien die Behauptungen des Beklagten nur sehr allgemein gehalten, oftmals reine Vermutungen.

169

### **Wirtschaftliche Eigentumsübertragung bei Aktiengeschäften an der Börse selbst bei Leerverkauf**

170

Unabhängig davon, dass Leerverkäufe im Streitfall bereits nicht festgestellt seien, könne auch ein Leerverkäufer – ganz unabhängig davon, ob und wie er den Leerverkauf eindecke – einem anderen rechtliches und wirtschaftliches Eigentum an einem der verkauften Anzahl von Aktien entsprechenden Bruchteil des Sammelbestandes verschaffen, weil die von ihm systembedingt für die Durchführung und Abwicklung des Verkaufs eingeschalteten Dienstleister ihren jeweiligen Vertragspartnern gegenüber ohne Rücksicht darauf, ob sie von

ihren jeweiligen eigenen Kunden beliefert würden, im eigenen Namen rechtlich verpflichtet seien, eine entsprechende Anzahl von (virtuellen) „Stücken“ innerhalb der einschlägigen Fristen zu liefern bzw. zu verschaffen, und alles tun würden, um ihren diesbezüglichen Verpflichtungen so zeitnah nachzukommen, dass die Belieferung des Käufers ohne Verzögerung erfolgen könne. Dies gelte in besonderer Weise für die Eurex Clearing AG als zentrale Gegenpartei und Garantin des reibungslosen Funktionierens des Systems. Die Eurex Clearing AG würde – entgegen der Auffassung des Beklagten – nicht einfach Schadensersatz in Geld leisten, sondern die fehlenden „Stücke“ zu jedem Preis am Markt beschaffen und anschließend das betreffende Clearing Member in Anspruch nehmen, das wiederum das Kreditinstitut des Leerverkäufers in Anspruch nehmen würde. So beruhe das wirtschaftliche Eigentum des Käufers nicht etwa darauf, dass bzw. ob der Verkäufer sein bisheriges (wirtschaftliches) Eigentum an einem bestimmten Bestand auf ihn übertrage bzw. – wenn der Verkäufer als Leerverkäufer noch kein wirtschaftliches Eigentum habe – nicht übertrage, sondern einzig und allein darauf, dass mit dem (börslichen oder außerbörslichen) Abschluss des Kaufvertrags ein Vorgang angestoßen werde, der systembedingt zwangsläufig zum zeitnahen Erwerb des rechtlichen Eigentums durch den Käufer führe. Der Käufer könne daher richtigerweise auch hier bei Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen ohne weiteres die Kapitalertragsteuer anrechnen bzw. sich erstatten lassen, da diese auch insoweit an der Quelle für seine Rechnung einbehalten worden sei. Auch hier gelte, dass die Abhängigkeit des Inhalts des erworbenen Rechts von einer Einzelfallprüfung mit zufälligem Ausgang (wie das Hessische Finanzgericht sie in seinem Urteil vom 10. März 2017 versuche) die Funktionsfähigkeit des Systems der Sammelverwahrung und des Clearings als zentralen Bestandteil der Finanzmarktinfrastruktur infrage stellen würde.

171

Da der Käufer für den Kauf cum Dividende den Marktpreis der Aktie einschließlich der Bruttodividende bezahlt habe, während der Leerverkäufer sich ex Dividende eingedeckt und von seinem depotführenden Kreditinstitut nur mit einer Dividendenausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende belastet werde, erziele der Leerverkäufer einen Ertrag, der exakt demjenigen Betrag entspreche, um den ein Bestandsverkäufer seinen durch das Halten über den Hauptverhandlungstag entstehenden Verlust minimiert hätte. Dieser Ertrag des Leerverkäufers habe daraus resultiert, dass er durch den Verkauf cum Dividende den Gegenwert der Bruttodividende vereinnahmt habe, während ihm von seinem depotführenden Kreditinstitut als Dividendenausgleichszahlung nur die Nettodividende belastet worden sei, weil im System der Dividendenregulierung auf Nettobasis nur diese an anderer Stelle gefehlt habe und daher im Clearing relevant gewesen sei. Letztlich handele es sich also auch insoweit um einen – allerdings auf dem (fehlenden) Zusammenspiel der Dividendenregulierung auf Nettobasis mit dem Verweissystem und dem Clearing beruhenden – Arbitragegewinn.

172

Die Differenzierung des Beklagten für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach Börsen- und OTC-Aktiengeschäften sei gekünstelt bzw. willkürlich und rechtswidrig. EUREX sei eine titulierte (Derivate-) Börse, und die – beim Handel größerer Volumina übliche – Einleitung des Geschäfts durch einen Broker zwecks Sicherstellung der erforderlichen Marktliquidität ändere nichts an der börsenmäßigen Abwicklung des Geschäfts, die als solche dazu führe, dass systembedingt der Erwerb des rechtlichen Eigentums durch den Käufer ab Kaufvertragsschluss im Regelfall (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) von niemandem mehr verhindert werden könne. In abwicklungstechnischer Hinsicht vollziehe sich der Aktien- und Geldtransfer bei beiden Erwerbsformen – solche über die Börse und

OTC-mäßigen – nach den absolut gleichen automatisierten Mechanismen, sofern dabei – was zur Erhöhung der Transaktionssicherheit regelmäßig der Fall sei – auf das Clearing-System zurückgegriffen werde. Dies komme auch dadurch bereits formal zum Ausdruck, dass in beiden Fällen EUREX Clearing Banking Frankfurt letztlich die Abwicklung exekutieren würden. Von einer Gleichstellung von Börsen- und OTC-Geschäften gingen deshalb ganz zu Recht auch der BFH (vgl. Urteil vom 16. April 2014 – I R 2/12, Rz. 13) und – wie der BFH anmerke – das Jahressteuergesetz 2007 (s. BT-Drucks. 16/2712, Seite 48 re. Sp. a.E.) aus.

173

Ein Erwerber trage bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts Kursrisiken und -chancen. Aufgrund dieser maßgeblichen Aspekte habe die BFH-Rechtsprechung den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Aktien ab dem Kaufvertragsabschluss im Rahmen eines verfeinerten wirtschaftlichen Eigentumsbegriffs durch seine ständige bisherige Rechtsprechung – selbst bei Vorliegen von Leerverkäufen (s. BFH-Beschluss vom 20. November 2011 – I R 85/05 Rz. 15) – angenommen. In diesem Zusammenhang nimmt der Kläger auch Bezug auf das BFH-Urteil vom 27. Oktober 2009 (VII R 51/08, Rz. 20).

174

Auch der mit rückwirkender Geltung durch das Gesetz vom 22. Juli 2011 (BGBl. 2011 I, Seite 1126) eingeführte § 18 Abs. 21 InvStG – der eigens für die Verringerung von fiskalischen Nachteilen bei Leerverkäufen um den Dividendenstichtag durch Nutzung von deutschen Investmentfonds geschaffen worden sei – bringe eindeutig zum Ausdruck, dass das wirtschaftliche Eigentum gerade auch bei Leerkäufen bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts (Kaufvertrages) übergehe. Andernfalls sei nicht zu erklären, warum der Gesetzgeber eine weitere Hürde, nämlich das zusätzliche Vorliegen des zivilrechtlichen Eigentums, für die Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer bei Investmentfonds errichtet habe.

175

### **Leerverkauf und Einbehalt/Abführung der Kapitalertragsteuer**

176

Die Auffassung, dass in den Fällen des Auftretens eines Leerverkäufers für den Einbehalt und die Abführung der Kapitalertragsteuer im Sinne der § 50d Abs. 1, § 44 Abs. 1 Satz 3, § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG nicht der Einbehalt beim Emittenten, sondern der weitere Einbehalt beim Leerverkäufer maßgeblich sei, und ein solcher Einbehalt in den Fällen des Verkaufs über einen ausländischen Intermediär von vornherein nicht erfolgt sein könne, weil § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG ihn nur für Inlandsfälle vorsehe – weshalb es in Auslandsfällen niemals zu einer Anrechnung oder Erstattung kommen könne –, verfehle nicht nur den Wortlaut und Zweck des Gesetzes und den Willen des historischen Gesetzgebers, sondern sei auch mit dem Wesen des Aktienhandels als standardisiertes Massengeschäft nicht vereinbar. Ein Massenverfahren könne nur funktionieren, wenn die entscheidenden Faktoren im Zuflusszeitpunkt feststünden und maschinell abgefragt werden könnten. Auch der Gesetzgeber habe diese normative Kraft des Faktischen erkannt und für den Übergang des Eigentums als entscheidend angesehen (JStG 2007, BT-Drucks. 16/2712, Seite 46 ff., Seite 47 li. Sp.). Wenn es – wie der Beklagte meine – darauf angekommen sei, ob auf der Verkäuferseite bzw. als Hintermann eines bestimmten Verkäufers ein Leerverkäufer beteiligt sei, wäre das nicht mehr der Fall und das

seinerzeitige System der Erhebung und Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer nicht mit der Lebenswirklichkeit vereinbar gewesen. Derartiges könne man dem Gesetzgeber jedoch nicht einfach unterstellen, zumal er seinen gegenteiligen Willen explizit zu erkennen gegeben habe. So habe § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG („und in den Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 ...“) die potenziell negativen Auswirkungen des Auftretens von Leerverkäufern auf das Steueraufkommen verringern (BT-Drucks. 16/2712, Seite 47 re. Sp. unten), nicht jedoch Voraussetzung der Kapitalertragsteueranrechnung oder -erstattung sein sollen.

177

Aber selbst eine Teilnahme an einem Leerverkaufsmarkt – und zwar auch nur im Falle von vom Beklagten nicht einmal schlüssig behaupteten ungedeckten Leerverkäufen – schaffe infolge einer virtuellen Vervielfältigung der Aktien über die Zahl der tatsächlich von der jeweiligen Aktiengesellschaft emittierten Aktien hinaus, lediglich eine abstrakte-generelle Gefahr, dass der Fiskus insgesamt, d.h. hinsichtlich der Summe aller Marktteilnehmer, einen höheren Betrag Kapitalertragsteuer zur Anrechnung/Erstattung zulasse als er von der konkreten Aktiengesellschaft an erhobenen/abgeführten Steuern erhalte. Es werde Bezug genommen auf die Begründung des Jahressteuergesetzes 2007, BT-Drucks. 16/2712, Seite 46 ff., 4 re. Sp.

178

### **Mangelnde Erheblichkeit der Zeugenaussagen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren**

179

Soweit der Beklagte sich auf Aussagen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft berufe, handele es sich um reine Stimmungsmache gegen ihn, den Kläger. Aus keiner der erwähnten Einlassungen/Vernehmungen lasse sich nämlich auch nur ansatzweise schlüssig entnehmen, dass eine Person auf der Verkäuferseite bzw. als Hintermann eines Verkäufers Kapitalertragsteuer für eine Anzahl von „Stücken“, die der von ihm, dem Kläger, jeweils erworbenen entspreche, gleichermaßen – und daher insoweit doppelt – Kapitalertragsteuer hätte anrechnen/erstattet bekommen können und dies auch tatsächlich geschehen sei.

180

Bezüglich der vom Beklagten zitierten Aussagen im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sei zu bedenken, dass die Staatsanwaltschaft die Herren A, B und C durch das Angebot einer Verfahrenseinstellung zu den vom Beklagten zitierten Aussagen über einen angeblichen Leerverkaufsmarkt und die Relevanz der Tradinglevels motiviert habe. Außerdem würden diese Herren ganz überwiegend nicht eigene Wahrnehmungen berichten, sondern Hörensagen wiedergeben. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass Herr A überhaupt erst nachträglich – durch Vorhaltungen im Rahmen seiner Vernehmungen – von der angeblichen Relevanz der Tradinglevels erfahren habe (SH 138, Bd. 1-4, Bl. 767, 775, 920, 921). Herr B halte sogar ausdrücklich fest, dass er vom Trading keine Ahnung habe und im Wesentlichen keinen Kontakt zu den Brokern oder irgendwelchen Marktteilnehmern gehabt habe (SH 143, Bd. 1-2, Bl. 33, 34). Herr C schließlich habe mit den streitigen Geschäften überhaupt nichts zu tun gehabt. Die Zitate des Beklagten seien insgesamt höchst selektiv.



181

Es sei noch anzumerken, dass sich die Einlassungen der vernommenen Personen lediglich darauf beziehen würden, wer wann mit wem was besprochen habe, wobei aber diese Gespräche, die die vom Kläger beauftragten Asset Manager und Rechtsberater des Q Fund geführt hätten, von vornherein völlig ungeeignet seien, den wirtschaftlichen Eigentumsübergang auf ihn, den Kläger, als Käufer infolge der Novation zu verhindern, durch die die dingliche Erfüllung – fristgerechte Einberufung der Miteigentumsanteile in seinen, des Klägers, Bankdepot – aufgrund dahingehender Weisungen der Eurex Clearing AG an die Clearstream Banking AG mit nahezu absoluter Sicherheit gewährleistet sei.

182

### **Keine Anwendung von § 42 AO**

183

Im Übrigen sei auch kein Anwendungsfall des § 42 AO gegeben. Selbst die Ausnutzung eines unvollkommenen Gesetzes wäre nur als dessen Anwendung, nicht aber als Gestaltung zu qualifizieren (vgl. Jachmann-Michels, StuW 2017, 209 ff., 216). Eine missbräuchliche Gestaltung könne es insoweit also schon mangels Gestaltung gar nicht geben. Im Übrigen werde auf die Ausführungen im Replikschritsatz vom 29. September 2017 im Verfahren ..., Seite 178 ff. Bezug genommen.

184

### **Weitere Erstattungs Voraussetzungen**

185

Auch weitere Erstattungs Voraussetzungen seien erfüllt, insbesondere seien zu nennen:

186

- Es handele sich bei ihm, dem Kläger, nicht, wie der Beklagte vortrage, um einen Scheinfonds (Replikschritsatz vom 29. September 2017 im Verfahren ..., Seite 91),

187

- eine gewerbliche Betätigung seinerseits liege nicht vor (Replikschritsatz vom 29. September 2017 im Verfahren ..., Seite 93),

188

- er, der Kläger, sei eine berechtigte Person im Sinne des Art. 28 DBA-USA.

189

### **Anträge**

190

Der Kläger beantragt,

191

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 27. September 2017 für das Streitjahr 2011 zu verpflichten, einen Freistellungsbescheid bezüglich Kapitalertragsteuer i.H.v. ... € zzgl. Solidaritätszuschlag i.H.v. ... € (Summe: ... €) zu erlassen und die Kapitalertragsteuer nebst SolZ entsprechend zu erstatten.

192

Der Beklagte beantragt,

193

die Klage abzuweisen.

194

### **Beklagtenvortrag**

195

Der Beklagte trägt vor, dass die Voraussetzungen für eine Kapitalertragsteuererstattung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG nicht vorliegen würden, weil für Rechnung des Klägers keine Kapitalertragsteuer einbehalten und folglich auch nicht abgeführt worden sei. Nur eine einbehaltene Steuer könne erstattet werden (so der eindeutige Gesetzeswortlaut und zudem BFH-Urteile vom 23. Oktober 2012 – VII R 18/11 Rn. 17 und vom 23. April 1996 – VIII R 30/93, BFHE 181, 7). Dafür reiche es nicht aus, wenn irgendeine Person dem Kläger einen Geldbetrag in Höhe einer Nettodividende zahle (vgl. Urteil des FG Hessen vom 10. Februar 2016 Rn. 82 ff., 84). Es müsse vielmehr eine kraft Gesetzes als Verwaltungshelfer dazu verpflichtete Person (z.B. ein inländisches depotführendes Kreditinstitut) den Betrag in Höhe der geschuldeten Kapitalertragsteuer von einer Bruttodividende treuhänderisch einbehalten haben. Die Feststellungslast für die Einbehaltung von Kapitalertragsteuer liege beim Kläger.

196

### **Keine Arbitragegeschäfte**

197

Soweit der Kläger vortrage, dass er keine Kenntnis davon gehabt habe, ob es sich bei den Verkäufern der auf ihn kurzfristig ex Dividende übertragenen Wertpapiere um Leerverkäufer gehandelt habe, und er lediglich gewöhnliche Arbitrage-Geschäfte um den Dividendenstichtag durchgeführt habe, stehe diese Darstellung in Widerspruch zu den vorhandenen Dokumenten, namentlich den auf ein hohes steuerliches Risiko angelegten Equity Performance Contracts zwischen den Pensionsfonds und den im Q Fund zusammengefassten Investoren, aber auch dem gesamten vorgelegten E-Mail-Verkehr der Kanzlei M.

198

## **Voraussetzungen einer Erstattung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. Art. 10 DBA-USA: Nutzungsberechtigter**

199

Soweit der Kläger versuche zu begründen, dass er als Nutzungsberechtigter der Dividendenzahlungen im Sinne des Doppelbesteuerungsrechts anzusehen sei, werde auf seinen, des Beklagten, Schriftsatz vom 30. September 2016, Seite 92 ff., im Verfahren ... Bezug genommen. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass der Kläger, soweit er sich auf das BFH-Urteil vom 26. Juni 2013 (I R 48/12) und einen abkommensrechtlichen Begriff des Nutzungsberechtigten berufe, den BFH nur unvollständig zitiere. Dieser habe nämlich in dieser Entscheidung auch ausgeführt, dass ein solcher vorrangiger Abkommenszusammenhang indessen fehle. Ausschlaggebend sei in diesem Punkt, so der BFH, deshalb allein das nationale Recht des Quellenstaats. Damit würden die weiteren Ausführungen des Klägers ins Leere fallen.

200

### **Kein zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum des Klägers bei Ausschüttungen der Dividende**

201

Es bestehe Einigkeit darin, dass der Kläger im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung der streitigen Aktien nicht zivilrechtlicher Eigentümer der maßgeblichen Aktien gewesen sei. Damit sei klargestellt, dass der Emittent der Wertpapiere nicht zu seinen unmittelbaren Gunsten Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt habe.

202

Aufgrund der abgeschlossenen Kaufgeschäfte hätten dem Kläger jeweils nur schuldrechtliche Ansprüche gegen seine Vertragspartner auf Lieferung von Aktien cum Dividende zugestanden, die nach dem Dividendenstichtag im Wege einer Kompensationsleistung erfüllt worden seien. Ob und in welchem Umfang dem Kläger zum Dividendenstichtag bereits das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien habe zustehen können, richte sich dann aber nicht nach der sachenrechtlichen Zuordnung der Aktien, sondern nach der schuldrechtlichen Zuordnung zwischen den Beteiligten.

203

Der Kläger sei im Zeitpunkt der Dividendenzahlung nicht wirtschaftlicher Eigentümer gewesen. Dies folge aus vier verschiedenen Gesichtspunkten:

204

- Das dem Aktienerwerb zu Grunde liegende OTC-Geschäft habe kein wirtschaftliches Eigentum an den Aktien begründet;

205

- die Eingabe des Aktiengeschäfts in das System der Eurex Clearing AG habe ebenfalls kein wirtschaftliches Eigentum des Klägers an den Aktien begründet;

206

- die Herkunft der erworbenen Aktien aus Leerverkäufen im Rahmen von Cum-Ex-Trades hätten den Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum vor der tatsächlichen Lieferung der Aktien (die unstreitig erst nach dem Dividendenstichtag vollzogen worden sei) verhindert; der Kläger habe von seinen Leerverkäufern nach dem Stichtag lediglich Dividendenkompensationszahlungen im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erhalten. Bei einem Erwerb über ein inländisches Kreditinstitut habe zwar auch insoweit Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlungen einbehalten und abgeführt werden müssen, genau dies sei allerdings nicht geschehen, da die Aktien erwerbe über ausländische Kreditinstitute durchgeführt worden seien;

207

- das Vertragsgeflecht, das der Kläger mit verschiedenen anderen Beteiligten eingegangen sei, sei in seiner Gesamtheit so strukturiert gewesen, dass dem Kläger (bzw. der W) weder die Kontrolle über die maßgeblichen Wirtschaftsgüter noch das Risiko des Scheiterns des Modells noch der Vermögenswert der Aktienanlage noch die Verfügungsmacht über die Dividende hätten zugerechnet werden können.

208

Dass der Kläger kein wirtschaftliches Eigentum erworben habe, ergebe sich auch aus der fehlenden vertraglichen Berechtigung des US-Pensionsfonds. So habe der BFH in seinem Urteil vom 16. April 2014 klargestellt, dass – ganz unabhängig von der Herkunft von Aktien aus einem Leerverkauf – der Erwerber kein wirtschaftliches Eigentum zum Dividendenstichtag erwerben könne, wenn ihm aufgrund weitergehender vertraglicher Bindungen die Herrschaft über die Aktien ohnehin fehle. Beispielhaft dafür sei es, wenn das Geschäft auf der Grundlage eines von einem Initiator standardisierten Vertragsgeflechts erfolge, der Anteilserwerb fremdfinanziert werde und schließlich das Marktpreisrisiko der Aktien auf andere Personen übertragen werde und die Aktien unmittelbar nach dem Erwerb zurückgereicht würden (vgl. BFH-Urteil vom 16. April 2014 – I R 2/12). Der erkennende Senat habe dies in dem Bewusstsein getan, damit eine weithin übliche Gestaltungspraxis bei Cum-Ex Geschäften zu erfassen (vgl. Brandis, in FS Gosch, Seite 40, Fn. 22). In seiner jüngeren Judikatur – etwa zur Aktienleihe – habe der BFH diese Rechtsprechungslinie zu § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO weiterverfolgt (BFH-Urteil vom 18. August 2015 – I R 88/13, Rn. 18 ff.; zur ähnlich gelagerten Problematik des § 42 AO bei taggleicher Veräußerung und Erwerb von Aktien durch Börsenhändler BFH-Urteil vom 8. März 2017 – IX R 5/16). Der klägerische Pensionsfonds sei durch vielfältige vertragliche Bindungen so stark einerseits gegen alle Risiken abgesichert und andererseits ohne Einfluss und wesentliche Gewinnbeteiligung geblieben, dass nach diesen Grundsätzen der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums unabhängig von den allgemeinen Fragen des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum-Ex Trades verneint werden müsse. Insoweit werde Bezug genommen auf seinen, des Beklagten, Schriftsatz vom 30. September 2016 im Verfahren ..., Seite 87 ff. Der Kläger bezeichne dies nach wie vor als ein lediglich angebliches Gesamtvertragskonzept. Zentrale Elemente dieses Vertragsgeflechts seien:

209

- Die vollständige Kontrolle der T-Bank über das geschäftliche Verhalten der W im Rahmen eines Control Agreement zwischen der W, der V (Asset Manager), der T Bank und der R-Bank als Aktienverwahrer sowie das „Master Collateral Control Agreement“, das „Cash Collateral Agreement“, das „Collateral Control Agreement“ und das „Security Deed“ zwischen der T-Bank und der W;

210

- die vollständige (Vor-) Finanzierung der Transaktionen durch die T-Bank im Rahmen eines Swap-Geschäfts (anstelle eines aus US-rechtlichen Gründen verworfenen Darlehensvertrags);

211

- die vollständige Absicherung der W gegen Kursrisiken des im Rahmen der Futures vereinbarten Aktienerwerbs durch jeweils ein gegenläufiges Geschäft;

212

- die vollständige Übernahme des Risikos hinsichtlich der Erstattung der Kapitalertragsteuer durch den Q Fund und die dahinter stehenden Investoren im Rahmen von Equity Performance Contracts;

213

- die weitergehende Verteilung des Gewinns aus diesen Transaktionen an die übrigen Spieler – den US-Pensionsfonds sei nur ein Bruchteil davon zugewiesen worden, und zwar ohne jede Ausübung von Verhandlungsmacht auf ihrer Seite.

214

Der Kläger sei – wie die übrigen beteiligten US-Pensionsfonds – zu keinem Zeitpunkt ein handelndes Subjekt des Verfahrens, sondern nur als Transaktionsvehikel ein Objekt der Gestaltung gewesen. Eigenen Einfluss auf den Abschluss des Vertragsgeflechts hätten diese Pensionsfonds bzw. ihre Trustees nicht gehabt.

215

Dieses Vertragsgeflecht habe nicht nur existiert, sondern die steuerliche Bedeutung dieses Vertragsgeflecht – namentlich der Equity Performance Contracts – sei den Beteiligten – den Rechtsberatern Kanzlei M – für die Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO voll bewusst gewesen. Insoweit bezieht sich der Beklagte auf die Aussage von Herrn A (SH 138, Bd. 2, Bl. 271; vgl. Zitat des Beklagten Bl. 234 der e-FG-Akte).

216

Inzwischen seien auch die Grundzüge des „Profit Splits“ bekannt. Dabei sei zu beachten, dass das Grundmodell für alle US-Pensionsfonds immer das gleiche sei.

217

Die beiden eingeschalteten Asset Manager – für den Kläger und seine Mitgesellschafter in der W die V (Herr B) und für einige andere US-Pensionsfonds die ZFP (Herr C) – hätten lediglich jeweils eigene Verhandlungen über ihre persönlichen Gewinnbeteiligungen geführt (danach sei der Gewinn zwischen der V und Kanzlei M (CC) 50:50, der Gewinn zwischen der ZFP und Kanzlei M (CC) 30:70 verteilt worden). Herr A sei ebenso wie Herr E an allen diesen Verhandlungen beteiligt gewesen.

218

Ausgangspunkt der Gewinnverteilung sei der Umstand, dass im Rahmen eines Cum-Ex Trades der (Leer-)Verkäufer dem Erwerber ex-Aktien und zusätzlich einen Geldbetrag in Höhe einer Nettodividende liefere. Die Höhe dieser Dividendenkompensationszahlungen belaufe sich wegen des fiktiven Abzugs von Kapitalertragsteuer (einschließlich SolZ) auf 73,625 % der Bruttodividende. Der Leerverkäufer verkaufe diese Aktie zwar cum Dividende, aber er erwerbe seinerseits die zu liefernden Aktien erst nach dem Dividendenstichtag ex Dividende. Zu seinen Lasten sei daher auch keine Kapitalertragsteuer i.H.v. 26,375 % einbehalten worden. Wenn dieser Leerverkäufer von seinem Käufer als Gegenleistung für die Dividendenkompensation einen Betrag in gleicher Höhe (d.h. von 73,625 %) erhalten würde, wäre er voll abgefunden. Das Geschäft sei allerdings darauf angelegt, einen Einbehalt und eine Abführung von Kapitalertragsteuer auf diese Kompensationszahlung in Höhe einer Nettodividende der Finanzverwaltung vorzutauschen und damit eine Erstattung oder Anrechnung von Kapitalertragsteuer zu veranlassen, ohne dass hierfür eine entsprechende Zahlung an die Finanzbehörden vorausgegangen sei. Dies werde durch ein internes Memorandum der T-Bank bewiesen, in dem von Herrn D seinem Vorgesetzten Herr L der Cum-Ex Handel für die Dividendensaison 2011 erklärt werde. In diesem Memorandum heiße es unter anderem ausdrücklich, dass der Gewinn durch die doppelte Erstattung der Kapitalertragsteuer entstehe (vgl. Memorandum vom 20. September 2010, SH 141, Bd. 1, Anlage 1, Bl. 7; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 236 der e-FG-Akte). Dieser angestrebte Gewinn in Höhe eines Kapitalertragsteuer-Betrages sollte – damit hätten sich die Beteiligten eingehend beschäftigt – zwischen allen „Spielern“ aufgeteilt werden. Die US-Pensionsfonds seien dabei die allerletzten Personen, an die bei dieser Gewinnverteilung gedacht worden sei, sie seien lediglich notwendiges Transportvehikel gewesen.

219

In einem ersten Schritt würden die von den eingeschalteten Interdealerbrokern angeworbenen Leerverkäufer bedient. Bei diesen solle der Gewinn aus einem Kaufpreis, der die Dividendenberechtigung einschließe, nicht verbleiben, so dass diesen über den sog. Dividendenlevel nur ein Anteil an dem möglichen Gewinn aus der unberechtigten Erstattung zugeteilt werde. Der Dividendenlevel, der sich aus der Gesamtbetrachtung des Kaufpreises der physical settled Futures und der auf Barausgleich gerichteten gegenläufigen Futures ergebe, liege in allen Fällen der hier streitigen Transaktionen oberhalb von 73,625 % – typischerweise zwischen 79 % und 85 % –, um für die Leerverkäufer eine erhebliche Gewinnbeteiligung (zwischen 20 % und 30 % des „Kuchens“) herauszuholen. Diesbezüglich beruft sich der Beklagte auf eine Erläuterung von Herrn C (SH 141, Bd. 1, Bl. 45; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 237 der e-FG-Akte).

220

Der Beklagte trägt weiterhin vor, dass sich die T-Bank in einem zweiten Schritt zusätzlich zu den Zinsen für das zur Verfügung gestellte Kapital einen festen Satz i.H.v. 4 % der Dividende

gesichert habe – und zwar unabhängig von dem tatsächlich bei einem konkreten Trade erzielten Dividendenlevel und auch unabhängig vom steuerlichen Erfolg der Transaktion, d.h. unabhängig davon, ob es dem Kläger (bzw. seinen Beratern und Betreuern) gelingen würde, sein Erstattungsbegehren erfolgreich durchzusetzen. Diesbezüglich beruft sich der Beklagte auf Ausführungen von Herrn A (SH 138, Bd. 2, Bl. 276; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 237 der e-FG-Akte).

221

Der Beklagte trägt des Weiteren vor, dass die laufenden Gebühren für die eingeschalteten Interdealerbroker entrichtet worden seien (ca. ein Prozent der Dividende).

222

Der Löwenanteil an dem aus der Steuererstattung erzielten Gewinn habe den Investoren des Q Fund zustehen sollen. Grundlage seien die Equity Performance Contracts gewesen, die zwischen dem Q Fund und der W (und damit mittelbar mit dem Kläger) abgeschlossen worden seien. Diese Equity Performance Contracts hätten den Investoren für den Fall des Erfolges eine Verzinsung von mehr als 15 % auf das eingesetzte Eigenkapital innerhalb des auf wenige Wochen Dauer geschätzten Antragsverfahrens bei ihm, dem Beklagten, versprochen. Andererseits sei mit dieser Investition für die Teilhaber des Q Fund das Risiko verbunden gewesen, dass sie ihre Investitionen voll verlieren würden. Denn das hingeebene Risikokapital der Investoren sollte aus dem Kapitalertragsteuer-Aufkommen zurückgezahlt werden. Sei es nicht zu einer solchen Erstattung gekommen, sei das gesamte Investoren-Kapital verbraucht gewesen. Ihre Kapitalzufuhr sollte genau das Loch abdecken, das im Portfolio der US-Pensionsfonds vor der tatsächlichen – erhofften – Erstattung von Kapitalertragsteuer entstanden gewesen sei. Diesbezüglich werde Bezug genommen auf die Aussage von Herrn A (SH 138, Bd. 2, Bl. 271 f.; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 239 der e-FG-Akte). Auf dieser Grundlage habe es sich bei den Beteiligungen der Investoren über den Q Fund um eine originäre und hoch riskante Gewinnbeteiligung der Investoren gehandelt.

223

Zwischen den maßgeblichen „Spielern“ – namentlich der Kanzlei M einerseits und den eingeschalteten Asset Managern (im Hinblick auf den klagenden US-Pensionsfonds die V) – sei weiterhin sehr eingehend über die beiderseitige Gewinnbeteiligung verhandelt worden. Dabei habe sich herausgestellt, dass die (oder einige der) beratenden Anwälte neben ihren (eindrucksvollen) Beratungs- und Gutachtenhonoraren auch eine zusätzliche kommerzielle Gewinnbeteiligung angestrebt hätten. Zu diesem Zweck sei vereinbart worden, dass von dem gesamten Profit ein erheblicher Teil je zur Hälfte einerseits an die V und andererseits an die in der Schweiz ansässige, von dem E-Vertrauten Herrn N geleitete CC weitergegeben werden sollte. Hinter der CC hätten – so die Wahrnehmung der übrigen Beteiligten – Herr E und Herr A als Personen gestanden. Die V und die CC sollten dabei doppelt am Gewinn beteiligt werden. Sie sollten in einem ersten Schritt an den Trading Spreads zwischen dem Marketlevel (d.h. dem allgemeinen am Markt erzielbaren Einkaufspreis für die Aktien ex Dividende) und dem Fundlevel (d.h. dem konkreten Einkaufspreis des Pensionsfonds) profitieren. Dabei sei eine Art Mindestpreis (Floorlevel) definiert worden, unterhalb dessen die V alleine die Vorteile ihres Verhandlungsgeschicks habe ernten sollen. Es werde insoweit Bezug genommen auf die Aussage von Herrn B (SH 143, Bd. 1, Bl. 158 f.; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 240 der e-FG-Akte). V und CC hätten nach Darstellung von Herrn B des Weiteren je 1/3 des auf der Ebene des US-Pensionsfonds angefallenen Residualgewinns der

Transaktionen kassieren sollen (SH 143, Bd. 1 Anl. 5, Bl. 150, 153; zum Teil wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 242 der e-FG-Akte).

224

Erst nach dieser umfangreichen – und den angestrebten Gesamtgewinn bereits nahezu vollständig aufzehrenden – Gewinnverteilung zwischen den Leerverkäufern, den Brokern, dem Prime Broker T-Bank, den Investoren des Q Fund sowie der V und der CC sollten auch den Pensionsfonds Anteile zugewiesen werden. Dabei sei erkennbar, dass die Pensionsfonds überhaupt keinen eigenen Hebel besessen hätten, um über die Höhe ihrer Beteiligung mit zu entscheiden. Vielmehr seien den Trustees, die ihrerseits auch nur ganz unwesentliche Kapitalbeträge eingebracht hätten, immer nur die Ergebnisse der Beratungen mitgeteilt worden. Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die von den Trustees in die Pensionsfonds eingezahlten geringen Kapitalbeiträge überhaupt nicht im Risiko sein sollten. Das eigentliche Risikokapital sei vollständig von den Investoren des Q Fund gekommen. Es werde Bezug genommen auf die Aussage von Herrn B (SH 143, Bd. 1 Bl. 272; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 243 der e-FG-Akte). Auch habe man sich überlegt, dass das wirtschaftliche Eigentum daran nicht hängen solle (vgl. Herr B, SH 143, Bd. 1, Bl. 270 f.; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 243 der e-FG-Akte). Man habe den Pensionsfonds nur so viel Gewinn „gönnen“ wollen, wie es nach Auffassung der Hauptakteure erforderlich gewesen sei, damit diese wirtschaftlich Berechtigte der Aktien und damit der Dividenden seien, außerdem sei man darauf bedacht gewesen, hierüber nichts Schriftliches niederzulegen (vgl. Herr B, SH 143, Bd. 1, Bl. 274, 172 f.; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 243 f. der e-FG-Akte).

225

Unabhängig von der tatsächlichen Höhe einer etwaigen minimalen Gewinnbeteiligung der US-Pensionsfonds stehe allerdings fest, dass ihnen die für das wirtschaftliche Eigentum notwendige Herrschaftsmacht über die in Rede stehenden Aktien zu jedem Zeitpunkt gefehlt habe. So seien sie an der Ausarbeitung der zu Grunde liegenden Vertragswerke nicht beteiligt worden. Das gelte namentlich für die Vereinbarung der Equity Performance Contracts (vgl. Herr C, SH 141, Bd. 2, Bl. 327, 330; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 246, 247 der e-FG-Akte). Dabei hätten sich die T-Bank als Prime Broker und die Investoren des Q Fund im Rahmen der Equity Performance Contracts den hauptsächlichen Zugriff auf die dem Kläger gehörenden Vermögenswerte gesichert. Gesichert worden sei zudem der Zahlungsanspruch der T-Bank durch eine Sicherheitsübertragung des jeweiligen Bankguthabens der W an die T-Bank. Außerdem sei das Depot der W beim DTV-Teilnehmer zur Sicherheit auf die T-Bank übertragen worden. Maßgeblich seien darüber hinaus die Kontrollvereinbarungen gewesen, die von vornherein mit der T-Bank geschlossen worden seien. So habe ein von der T-Bank unterzeichnetes Control Agreement der SICAV zugesichert, dass, sobald die Rückerstattungen auf das Konto der US-Pensionsfonds bei der T-Bank eingezahlt worden seien, von den US-Pensionsfonds kein Bargeld habe abgezogen werden können, bis die unter den Equity Performance Contracts zu zahlenden Beträge abgerechnet gewesen seien (vgl. Herr C, SH 141, Bd. 1, Bl. 142; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 247 der e-FG-Akte; ergänzend Herr A, SH 138, Bd. 2, Bl. 276; wörtlich zitiert vom Beklagten Bl. 247 der e-FG-Akte).

226

Nach alledem sei deutlich geworden, dass die Trustees der US-Pensionsfonds auch bei der Frage nach der Höhe der Gewinnbeteiligung des Fonds weder Eigeninitiative noch einen



finanziellen Hebel und schon gar kein finanzielles Risiko innegehabt hätten. Ihnen habe lediglich so viel an Gewinn zugewiesen bzw. gewährt werden sollen, um gegenüber den Finanzbehörden den äußeren Schein einer angeblichen wirtschaftlichen Berechtigung zu erzeugen. Auch dies sei aber offensichtlich in der Schwebe gehalten und jedenfalls nicht schriftlich niedergelegt worden. Die Trustees der US-Pensionsfonds hätten offenkundig lediglich die begrenzte Aufgabe gehabt, die Zulässigkeit der Fondsgründung nach US-Recht sicherzustellen. Eine weitergehende Herrschaft über die abgeschlossenen Geschäfte und Transaktionen sei daraus indes nicht gefolgt.

227

### **Voraussetzungen einer Erstattung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. Art. 10 DBA-USA: Einbehalt und Abführung der Kapitalertragsteuer**

228

Im Übrigen sei festzuhalten, dass die Anwendung der DBA-rechtlichen Regeln des Art. 10 DBA-USA über eine Befreiung von Dividenden und anderen Zahlungen von der Kapitalertragsteuer als Quellensteuer voraussetze, dass zu Lasten des ausländischen Steuerpflichtigen überhaupt ein solcher Kapitalertragsteuerabzug stattgefunden habe. Ob dies der Fall sei, richte sich ausschließlich nach deutschem Steuerrecht.

229

Die Eurex Clearing AG sei – entgegen der Auffassung des Klägers (s. Klagebegründung vom 10. Dezember 2017, S. 27) – nicht dazu verpflichtet gewesen, für die mithilfe ihrer OTC-Funktionalität abgewickelten Aktiengeschäfte Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen. Zur Abführung verpflichtet gewesen seien, nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, lediglich Institute, die ihrerseits die Bestände ihrer Kunden überprüfen und dementsprechend die Pflichten des Steuereinhalts wahrnehmen könnten. Alles andere – d.h. auch eine Abführungspflicht von in die Abwicklung des Aktientransfers eingeschalteten Zentralkontrahenten – würde im normalen Aktienhandel zu einer vollkommen unpraktikablen Multiplikation von Einbehalt- und Abführungspflichten führen. Auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft O hätten die Clearstream Banking AG Frankfurt mit Schreiben vom 5. Januar 2018 und die Eurex Clearing AG mit Schreiben vom 8. Januar 2018 jeweils bestätigt, dass sie in der Dividendensaison 2011 keine Kapitalertragsteuer auf Market-Claims-Zahlungen einbehalten und abgeführt hätten (vgl. Hauptakte der Staatsanwaltschaft Bl. 22740 und 22805).

230

In keinem Fall habe festgestellt werden können, dass für den Kläger von einer den Verkaufsauftrag ausführenden Stelle Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationsleistung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG einbehalten und abgeführt worden sei.

231

Gesichert sei im Hinblick auf die dem Antrag des Klägers zu Grunde liegenden Anteile an deutschen Aktiengesellschaften lediglich, dass auf die eigentlichen Dividenden, d.h. die von der Aktiengesellschaft an ihren Aktionär ausbezahlten Gewinnanteile, Kapitalertragsteuer

einbehalten und abgeführt worden sei. Diese Zahlung sei aus steuerlicher Sicht „für Rechnung“ des Empfängers dieser Dividende erfolgt, d.h. desjenigen, dem die zu Grunde liegenden Aktien gemäß § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO zuzurechnen gewesen seien. Nur der zivilrechtliche Eigentümer der Aktien oder aber derjenige, der diesen im Zeitpunkt der Ausschüttung wirtschaftlich aus seiner Eigentümerstellung verdränge, habe daher einen Anspruch auf Erstattung, Anrechnung oder Vergütung der Kapitalertragsteuer. Dies sei allerdings in keinem Fall der Kläger gewesen.

232

Soweit der Kläger vortrage, dass ausländische Depotbanken zum Teil Kapitalertragsteuer einbehalten hätten, fehle es an jeder Substantiierung. Der Einbehalt der Kapitalertragsteuer durch die Kreditinstitute sei nichts anderes als eine Kürzung des zivilrechtlichen Dividendenanspruchs und bewirke damit einen Eingriff in das privatrechtlich verfasste Vermögen der Kunden. Dazu seien auch ausländische Banken ohne gesetzliche Grundlage nicht berechtigt. An einer solchen Rechtsgrundlage fehle es hier. Allein aus diesem Grund sei die Annahme einer freiwilligen Belastung fernliegend. Soweit der Kläger vortrage, die S-Bank (Niederlande) habe im Hinblick auf Geschäfte der P Ltd. (Malta) Kapitalertragsteuer erhoben (vgl. Schriftsätze des Klägers vom 10. Dezember 2017, Seiten 13-14, Bl. 98-99 der e-FG-Akte; vom 10. Juni 2018, Seiten 2, 8, Bl. 277, 283), sei dieser Sachvortrag falsch. Die S-Bank habe ausdrücklich mitgeteilt, dass sie keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt habe (vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 28. September 2016 im Verfahren ..., S. 45).

233

Es sei zudem festzuhalten:

234

- Kapitalertragsteuer sei in den streitigen Transaktionen aus Anlass der Ausschüttung der Dividende nur für Rechnung des wahren zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentümers einbehalten und abgeführt worden. Diese Person sei nicht der Kläger gewesen. Es handle sich vielmehr bei dem wirtschaftlichen Eigentümer im Ausschüttungszeitpunkt um diejenige Person, von welcher der Leerverkäufer ex Dividende Aktien erworben und an den Leerkäufer weitergegeben habe. Insoweit gehe jede Berufung des Klägers auf das Doppelbesteuerungsabkommen ins Leere. Niemand könne auf der Grundlage eines Doppelbesteuerungsabkommens eine Erstattung von Steuern verlangen, die ihn schon nach nationalem Recht gar nichts angehen würden. Dabei gelte der allgemeine Grundsatz, dass Doppelbesteuerungsabkommen die nach nationalem Recht gegebene Steuerrechtslage im Ausgangspunkt nicht verändern würden. Sie würden insbesondere nicht die Aussagen über die persönliche Zurechnung von Einkünften nach nationalem Steuerrecht verändern.

235

- Keine Kapitalertragsteuer sei hingegen in den den Kläger betreffenden Transaktionen auf die von ihm erhaltenen Dividendenkompensationszahlungen abgeführt worden. Er habe vielmehr lediglich von einem Leerverkäufer eine Geldzahlung in Höhe einer Nettodividende erhalten. Da in diesen Erwerb auch kein inländisches Kreditinstitut als ausführende Stelle eingeschaltet gewesen sei, sei auch nicht in einem zweiten Schritt zu Lasten des Klägers eine gesonderte Besteuerung dieser Kompensationszahlung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG

erfolgt. Der Versuch, einen Erstattungsanspruch zu etablieren, gehe daher erneut ins Leere. Dafür komme es im Ergebnis auch nicht darauf an, ob und in welchem Umfang Dividendenkompensationen überhaupt von Art. 10 DBA-USA erfasst würden. Es reiche die Feststellung, dass auf die vom Kläger erhaltene Zahlung zu keinem Zeitpunkt Quellensteuer einbehalten oder abgeführt worden sei.

236

### **Leerverkäufe**

237

Unabhängig von den Erkenntnissen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren habe er, der Beklagte, umfangreiche Ermittlungen mit dem Ziel durchgeführt, die Verkaufsrate jenseits der Eurex Clearing AG als Zentralkontrahent zu ermitteln, um festzustellen, ob als Kontrahent der Eurex Clearing AG auf der Verkaufsseite ein Verkäufer mit einem ausreichenden gebuchten Eigenbestand an Aktien am Dividendenstichtag (im Zeitpunkt der Kupontrennung) agiert habe, der selbst keine Steuerbescheinigung, Dividendenabrechnung oder Freistellungsbescheinigung auf diese Bestände erhalten habe. Anhand einer einheitlichen Kennung, der sog. Business Trade ID, bleibe in der Regel erkennbar, welche Geschäfte aus demselben ursprünglichen OTC-Geschäft hervorgegangen seien. Geschäfte mit einer einheitlichen Business Trade ID würden auf demselben ursprünglich außerbörslichen schuldrechtlichen Geschäft beruhen und damit bei wirtschaftlicher Betrachtung einen einheitlichen Vorgang darstellen. Im Rahmen seiner umfangreichen Ermittlungen habe jedoch kein einziger Verkäufer mit Bestand ermittelt werden können. Nach seinen Feststellungen habe der Kläger in keinem einzigen Fall Aktien von einem Inhaberverkäufer erworben. Es habe allerdings in einem Fall nachgewiesen werden können, dass die H-Bank sich die zur Belieferung einer Transaktionen mit dem Kläger (bzw. der W) notwendigen Aktien aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarungen ex Dividende beschafft habe. In gleicher Weise stehe nach Auswertung der Umsatzdaten des Depots der J-Bank (England) fest, dass den dort durchgeführten Verkaufsgeschäften offenbar eingehende Geschäfte mit Schlusstag ab dem Ex-Tag über insgesamt die gleiche Zahl an Aktien gegenüberstehen würden. Beides belege exemplarisch die vielfach belegte Herkunft der von Leerverkäufern verkauften Aktien aus Ex-Beständen.

238

Die Übertragung eines Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruchs, der im Falle eines Inhaberverkaufs mit der Lieferung der Aktien gegebenenfalls einhergegangen wäre, sei offensichtlich nicht erfolgt.

239

Es sei nicht möglich, vom Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum zu erwerben. Der Leerverkäufer könne dem Käufer nicht mehr übertragen als er selbst habe.

240

### **Leerverkäufe: Feststellungs- und Beweislast**

241

Nicht zu folgen sei dem Kläger, soweit er die Auffassung vertrete, dass er, der Beklagte, den Nachweis zu erbringen habe, dass auch derjenige, von dem der Leerverkäufer zwecks Eindeckung des Leerverkaufs Aktien ex Dividende erworben habe, für diesen Bestand selbst einen Antrag auf Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer gestellt habe. Damit werde eine Art ungeschriebener Rechtssatz gefunden, der die Erstattungsberechtigung beim Cum-Ex Erwerb nur dann verneine, wenn es tatsächlich zu einer Doppelerstattung von Kapitalertragsteuer komme. Diese Auffassung werde weder vom Wortlaut und Zweck des Gesetzes noch von dem Willen des historischen Gesetzgebers gedeckt. Die Anrechnungsberechtigung des Klägers richte sich ausschließlich nach den gesetzlichen Grundlagen, namentlich in § 20 EStG, § 50d EStG und § 39 AO. Die Subsumtion unter diese Vorschriften sei in keiner Weise davon abhängig, dass der Anteilseigner, dem der Einbehalt und die Abführung durch die Aktiengesellschaft zuzurechnen sei, von seinem Recht zur Anrechnung/Erstattung keinen Gebrauch mache.

242

Das Argument des Klägers, dass der Schutz des Eigentumsgrundrechts gemäß Art. 14 Abs. 1 GG gleichsam die Beweislast zu Gunsten des Klägers umkehre (Klagebegründung vom 10. Dezember 2017, S. 2 und 28), verkenne, dass das Eigentumsgrundrecht nur die nach einfachem Recht sicher entstandenen Rechtspositionen vor nachträglichem Entzug schütze. Voraussetzung für diese Schutzwirkung sei also zunächst der tatsächliche Einbehalt von Steuern gerade zu Lasten des Steuerpflichtigen. Die objektive Beweislast für diese Entstehungsvoraussetzungen einer solchen Rechtsposition (hier: der vorgeblichen Erstattungsansprüche des Klägers) würde aber zunächst bei demjenigen liegen, der das Recht behaupte (vgl. Hessisches FG, Urteil vom 10. Februar 2016, 4 K 1684/14, Rn. 90 ff.).

243

### **Leerverkäufe mit Absprachen**

244

Entgegen der Behauptung des Klägers seien die Aktien nicht am anonymen Kapitalmarkt gehandelt worden. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die EUREX Exchange keine physisch zu beliefernde Futures auf deutsche Aktien im börslichen Handel anbiete. Die im Streitfall tätigen Akteure (die V und die T-Bank als Prime Broker) hätten ihnen bekannte Interdealerbroker mit der vollständigen Zusammenstellung der Transaktionen beauftragt, bei denen die Vorgabe beachtet worden sei, dass keine fremden Dritten sich am Markt zwischen die handelnden Personen hätten drängen können. Letztlich seien diese Aktientransaktionen zirkulär gewesen. Insoweit beruft sich der Beklagte auf die Aussage von Herrn C (SH 141, Bd. 2 Bl. 278). Der Beklagte trägt vor, dass sämtliche verfahrensgegenständlichen Geschäfte, mit Ausnahme weniger Geschäfte im Rahmen von XETRA-Schlussauktionen dafür zunächst außerbörslich angebahnt, d.h. rechtlich bindend abgeschlossen, worden seien.

245

Auch wenn der Kläger nichts davon gewusst haben wolle, dass es sich bei seinen Vertragspartnern im Rahmen der streitigen Aktienerwerbe um Leerverkäufer gehandelt habe, berufe er sich dennoch auf die Rechtsauffassung, wonach es bei Cum-Ex Trades zu einer eigenständigen Kapitalertragsteuer-Erstattungsberechtigung des Leerkäufers kommen könne und müsse. Ausgangspunkt sei jeweils die Vorstellung, dass es (steuer-)rechtlich möglich und

geboten sei, in diesen Fällen schlicht eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums festzustellen. Diese Rechtsauffassung sei unzutreffend. Es werde Bezug genommen auf seinen, des Beklagten, Schriftsatz vom 30. September 2016 in dem Verfahren ..., Seite 62 f. Die Fehlerhaftigkeit der klägerischen Argumentation ergebe sich zudem auch aus der Entwicklung der finanzgerichtlichen Rechtsprechung in den Jahren 2016 und 2017 insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung der Gesetzesfassungen.

246

Das einschlägige Urteil des FG Düsseldorf behandle die Rechtslage vor dem Veranlagungszeitraum 2007 und damit vor Inkrafttreten des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG, während die Urteile des Hessischen FG die Rechtslage ab dem VZ 2007 und damit unter Geltung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG beleuchten würden.

247

### **Wirtschaftliche Eigentumsübertragung bei Aktiengeschäften an der Börse (struktureller Leerverkauf)**

248

Bei den vereinbarten Futures handle es sich um gewöhnliche Kaufverträge über Aktien, die als solche weder das zivilrechtliche Eigentum an bestimmten Aktien verschaffen noch eine unentziehbare Anwartschaft darauf begründen würden. Der Käufer – bzw. der von ihm für den Erwerb zwischengeschaltete Interdealerbroker – besitze auf der Grundlage des Futures lediglich eine schuldrechtliche Forderung gegen die andere Vertragspartei auf Verschaffung der versprochenen Stückzahl an Aktien. Die Existenz einer solchen Forderung begründe kein wirtschaftliches Eigentum im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO. Denn sie berechtere den Käufer in keiner Weise zur Herrschaft über bestimmte Aktien und entziehe niemandem – schon gar nicht dem wahren zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien – die Nutzung oder die Verfügungsgewalt über diese Aktien. Die bisher ergangene Rechtsprechung stehe in Übereinstimmung mit diesen Ausführungen. Die von dem Kläger zu seinen Gunsten zitierten Urteile des BFH vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97) und vom 20. November 2007 (I R 85/05) seien ausschließlich für den Erwerb im anonymen regulären Börsenhandel ergangen und würden die Situation des Streitfalls daher nicht treffen. In seinem für die Cum-Ex Geschäfte maßgeblichen Urteil vom 16. April 2014 (I R 2/12) habe der BFH die Frage der Erstreckung seiner früheren Aussagen auf OTC-Geschäfte schließlich mangels Erheblichkeit offen lassen können. Es habe in der diesem Revisionsverfahren zugrunde liegenden Fallkonstellation bereits aus anderen Gründen am wirtschaftlichen Eigentum der Revisionsklägerin und damit an einem Erstattungsanspruch gefehlt.

249

Zutreffend habe demgegenüber inzwischen das Hessische Finanzgericht festgehalten und näher begründet, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei OTC-Geschäften erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktien eintrete. Es fehle an dem nach allgemeiner Ansicht zu § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zwingend erforderlichen Ausschließungsrecht gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer (vgl. Urteile des Hessischen FG vom 10. Februar 2016 Rn. 69 und vom 10. März 2017 Rn. 76 ff.).

250

Der Kläger sei – entgegen seiner Auffassung – nicht wirtschaftlicher Eigentümer im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsschlusses mit der Eurex Clearing AG geworden. Die außerbörslich geschlossenen Verträge (hier: über den An- und Verkauf von Aktien im Rahmen von physisch zu beliefernden Futures) würden zeitlich nach ihrem bindenden schuldrechtlichen Abschluss in das System der Eurex Clearing AG eingestellt. Dies ändere jedoch nichts daran, dass dem Käufer vor dem Dividendenstichtag kein wirtschaftliches Eigentum verschafft werde. Die Abwicklung einer außerbörslich vereinbarten Transaktion über die Eurex Clearing AG als zentralen Kontrahenten setze die Eingabe in das System der EUREX (Nutzung der „OTC Trade Entry Funktionalität“) voraus. Dazu trage dort zunächst der auf der Käuferseite tätige Handelsteilnehmer die Transaktionsdetails ein. Ihm werde daraufhin eine Transaktionsnummer (sog. Business Trade ID) zugeteilt, die er dem auf der Verkäuferseite tätigen Handelsteilnehmer übermittle. Durch den auf Verkäuferseite tätigen Handelsteilnehmer werde die Transaktion bestätigt. Werde eine OTC-Transaktion in das Datenverarbeitungssystem eingepflegt, trete die Eurex Clearing AG als zentrale Kontrahentin zwischen die Parteien des ursprünglichen schuldrechtlichen Geschäfts. Dadurch komme es rechtlich gesehen zu einer abstrakten Novation. Rechtsgrund der Leistung zwischen den Parteien des OTC-Geschäfts – namentlich für die Erbringung der Gegenleistung – bleibe allerdings das ursprüngliche Schuldverhältnis.

251

Die Übernahme der bestehenden Verbindlichkeiten durch eine zentrale Gegenpartei habe zunächst nur die eindeutige Folge, dass der Käufer bzw. das für ihn tätige Clearing-Mitglied einen Anspruch auf Lieferung von Aktien gegen eine Person erwerbe (die zentrale Gegenpartei), die ihrerseits nicht Inhaberin der zu liefernden Aktien sei. Die Eurex Clearing AG sei vielmehr als solche strukturell eine Leerverkäuferin. Diese zentrale Gegenpartei habe ihrerseits lediglich Ansprüche auf Lieferung von Aktien gegen alle Personen, die als Verkäufer den ursprünglichen schuldrechtlichen Kaufvertrag (den Future) in das System eingestellt hätten. Ob diese Verkäufer oder ob Personen, gegen welche die Verkäufer ihrerseits Lieferansprüche hätten, im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung zivilrechtliche oder wirtschaftliche Eigentümer der Aktien seien, sei dabei völlig offen. Die Eurex Clearing AG trage einzig und allein dafür Sorge, dass das im Erfüllungszeitpunkt mit dem Kaufgeschäft korrespondierende Verkaufsgeschäft über sie als zentralen Kontrahenten erfüllt werde. Sie selbst habe kein eigenes Handelsinteresse, verfüge über keinerlei Aktienbestände, sei also immer Leerverkäuferin. Die einzige zusätzliche Sicherheit, welche die Existenz einer zentralen Gegenpartei bieten könne, liege darin, dass sie den auf Käuferseite tätigen Clearing Mitgliedern auf Erfüllung hafte und diesen insoweit einen solventen Schadenersatzanspruch bieten könne. Die Aussicht auf späteren Erwerb von Aktien werde dadurch in keiner Weise sicherer als beim ursprünglichen Direktgeschäft zwischen den Beteiligten. Ein solcher Schadenersatzanspruch begründe daher kein wirtschaftliches Eigentum an irgendwelchen Aktien vor dem Dividendenstichtag. Soweit der Kläger meine, er habe wirtschaftliches Eigentum erworben, weil eine Insolvenz der Eurex Clearing AG unwahrscheinlich gewesen sei, vermag dies zwar den Wert des Schadenersatzanspruchs zu verstärken, nicht aber irgendwelches wirtschaftliches Eigentum zu vermitteln.

252

Selbst nachdem die zivilrechtlichen Geschäfte von der Eurex Clearing AG zur Abwicklung angenommen worden seien, könnten schließlich die einzelnen zivilrechtlichen Geschäfte, die aus dem ursprünglichen OTC-Geschäft hervorgegangen seien, unabhängig voneinander übertragen, aufgeteilt oder mit anderen Geschäften kombiniert bzw. dagegen glattgestellt

werden. Der Verkäufer würde auch aus diesem Grunde die etwaige Verfügungsgewalt über die Aktien – einschließlich Besitz, Nutzungen und Lasten – und damit das wirtschaftliche Eigentum zu diesem Zeitpunkt noch nicht auf den Käufer übertragen. Wenn der Verkäufer ein Leerverkäufer sei, gelte dies erst recht.

253

Der Kläger habe sich im Übrigen verschiedener Broker beim außerbörslichen Abschluss der Derivategeschäfte, über die er die Aktien erworben habe, bedient. Er selbst sei kein Teilnehmer der Derivatebörse EUREX gewesen und habe keine OTC-Geschäfte zur Abwicklung über die Eurex Clearing AG eingeben können. Er sei auch kein Clearing Mitglied der Eurex Clearing AG. Zur Abwicklung der Geschäfte habe er sich vielmehr der T-Bank als Futures Clearer bedient, die sich ihrerseits der G-Bank (Spanien) und der I-Bank (England) als Clearing Mitglieder bedient habe.

254

Die Einschaltung eines zentralen Kontrahenten verwandele die bestehenden OTC Geschäfte schließlich nicht in börsliche Geschäfte im Sinne der zuvor genannten Urteile des BFH aus den Jahren 1999 und 2007. Es seien im Streitfall gerade keine an den offenen Markt gerichteten Kaufaufträge in das Order Buch der EUREX Exchange (Terminbörse) eingegeben worden. Die „Physical Future“-Geschäfte des Klägers seien vielmehr schon vor der Eingabe in die Abwicklungssysteme der Eurex Clearing AG OTC unter Ausschluss von Dritten Marktteilnehmern geschlossen worden.

255

Im Übrigen würden berechtigte Zweifel bestehen, ob die heute im Aktienhandel übliche Einschaltung des zentralen Kontrahenten nicht in Wahrheit den börsentechnischen Annahmen des BFH in seinen früheren Urteilen die Grundlage entziehe. Das könne jedoch vor dem Hintergrund offenbleiben, dass die Urteile ohnehin für die OTC-Geschäfte keine Geltung beanspruchen könnten.

256

Von dieser schuldrechtlichen Lage sei die dingliche Abwicklung im Erfüllungszeitpunkt zu unterscheiden. Diese notwendige Differenzierung versuche der Kläger mit Aussagen zur Gleichstellung von Börsenhandel und OTC-Handel zu vermeiden. Der Handel im Sinne der schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfte sei im Streitfall größtenteils Over the counter und damit gerade nicht anonym vollzogen worden. Soweit börsliche Geschäfte getätigt worden seien, handele es sich um sog. XETRA-Schlussauktionen. Diese würden jedoch Raum für außerbörsliche Absprachen bieten. In diesem Zusammenhang nimmt der Beklagte Bezug auf die Aussage von Herrn C (SH 141, Bd. 03, Bl. 599 f.; vgl. Bl. 203 f. der e-FG-Akte).

257

Der Beklagte trägt weiterhin vor, dass sich zur Durchführung der Geschäfte des Klägers hochprofessionelle Marktteilnehmer individuell auf Geschäfte mit ganz bestimmten Personen eingelassen hätten. Dabei sei im Gesamtpaket der Geschäfte eine spezifische Preisbildung abseits der Marktpreise des allgemeinen Börsenhandels betrieben worden, die in ihrer konkreten Ausprägung nur durch die Vornahme von Cum-Ex Geschäften und den Betrieb von

Leerverkäufen erklärt werden könnten. Aus dieser Differenz im Preis werde die ökonomische Zielsetzung der gesamten hier in Rede stehenden Geschäfte deutlich. Es komme für den wirtschaftlichen Erfolg des Konstruktes darauf an, dass dem Kläger, der die Steuererstattung beantrage, ein Verkauf von einem Käufer gegenüberstehe.

258

Vom schuldrechtlichen Geschäft sei die sachenrechtliche Übereignung der Aktien zu unterscheiden. Alles, was der Kläger über die fehlende Zuordnung der gedanklichen oder virtuellen Anteile an den Aktien, namentlich im Falle einer Globalurkunde, vortrage, ergebe Sinn nur im Hinblick auf diesen nachträglichen Erfüllungszeitpunkt. Hier – aber auch erst hier – könne in der Tat offenbleiben, von wem der Käufer tatsächlich die konkret gelieferten Aktien erhalte. Diese Argumentation helfe dem Käufer allerdings überhaupt nicht. Denn der Erfüllungszeitpunkt liege in allen diesen Fällen gerade nach dem Dividendenstichtag, so dass es sich um Wertpapiere ex Dividende handele. Ob der Käufer an diesem Tag Aktien erhalte, die vorher seinem Verkäufer oder einem Dritten gehört hätten oder ob es überhaupt unmöglich sei, die ihm zugewiesene Mitberechtigung einem Vorgänger zuzuordnen, sei schlicht irrelevant – diese Feststellung komme in jedem Fall zu spät, um rückwirkend für den Dividendenstichtag noch ein wirtschaftliches Eigentum des Käufers begründen zu können. Denn die Erfüllung sei in allen hier in Rede stehenden Fällen bewusst ex Dividende geplant und auch entsprechend erst nach dem Ausschüttungstermin vollzogen worden.

259

Letztlich stelle sich die Reihenfolge der zivilrechtlichen Erwerbsschritte wie folgt dar:

260

- Am Anfang habe ein OTC-Geschäft gestanden (die Vereinbarung der Futures), das nach Vorgaben der Asset Manager des Pensionsfonds (V) sowie des Prime Brokers (T-Bank) von eingeschalteten Interdealerbrokern für Rechnung des Klägers (oder eines anderen Pensionsfonds) geschlossen worden sei. Dieses Geschäft habe als bloßer Abschluss eines schuldrechtlichen Kaufvertrags das wirtschaftliche Eigentum des Klägers nicht begründen können.

261

- In einem zweiten Schritt werde das Future-Geschäft von dem beteiligten Broker in das Handelssystem der Eurex Clearing AG eingestellt, die als zentrale Gegenpartei an die Stelle der bisherigen Vertragsbeteiligten trete. Auch dies verschaffe dem Kläger allerdings kein wirtschaftliches Eigentum an irgendwelchen Aktien. Die zentrale Gegenpartei sei vielmehr selbst strukturelle Leerverkäuferin.

262

- In einem dritten Schritt werde der Kaufanspruch des Klägers durch die Eurex Clearing AG erfüllt. Dies verschaffe dem Kläger jedenfalls für kurze Zeit eine zivilrechtliche Inhaberschaft an einer bestimmten Zahl von Aktien. Dies nutze ihm aber nichts im Hinblick auf die steuerliche Zurechnung der Dividende – dafür habe der Käufer eben schon am Dividendenstichtag wirtschaftliches Eigentum innehaben müssen.



Soweit der Kläger die Auffassung vertrete, dass wirtschaftliches Eigentum dadurch gegeben sei, dass mit dem Abschluss des Kaufvertrages ein Vorgang angestoßen werde, der systembedingt zwangsläufig zum zeitnahen Erwerb des rechtlichen Eigentums durch den Käufer führe, und die Zahl der wirtschaftlichen Eigentümer oder der Eigentumsrechte sich beliebig nach oben erhöhen könne, sei dem entgegenzutreten. Dies sei bereits wertpapierrechtlich nicht zutreffend, weil der Abschluss von Leerverkäufen über Aktien lediglich die Zahl der schuldrechtlichen Verpflichtungen zur Aktienlieferung erhöhen könne, nicht aber die Zahl der dinglichen Berechtigungen an dem jeweiligen Aktienbestand. Die Entkörperlichung der Aktie gehe eben nicht so weit, beliebig viele dingliche aktienrechtliche Berechtigungen zu erzeugen. Es bleibe bei einem festen (in einer Globalurkunde niedergelegten) Aktienbestand, an dem sich eine begrenzte Anzahl von Miteigentumspositionen begründen lasse. Der Umstand, dass sich auf diese begrenzte Anzahl von dinglichen Mitberechtigungen eine höhere Zahl von schuldrechtlichen Ansprüchen richten könne und es auch Schuldner gebe, die Lieferungen versprechen würden, ohne ihrerseits über Aktien zu verfügen, führe daher nicht zu einer wundersamen Vermehrung von zivilrechtlichem oder wirtschaftlichen Eigentum an dem jeweiligen Bestand. Der Kläger verkenne, dass auch bei Fehlen individualisierter „Stücke“ im Aktienbestand es doch einen limitierten Gesamtbestand gebe und dieser nach klar definierten dinglichen Regeln einer (laufend wechselnden) Personengruppe zugeordnet sei. Für jeden Miteigentumsanteil an der Globalurkunde gebe es daher exakt nur einen Miteigentümer und die Gesamtheit der gehaltenen Aktien könne die Gesamtheit des in der Globalurkunde ausgewiesenen Gesamtbestandes nicht überschreiten.

Entgegen der Annahme des Klägers spiele auch die Einführung von § 18 Abs. 21 InsStG durch das Gesetz vom 22. Juni 2011 für die Subsumtion der Stellung des Aktienerwerbers unter den Tatbestand des wirtschaftlichen Eigentums keine Rolle. Diese Norm habe mit der Bezugnahme auf das zivilrechtliche Aktieneigentum für die Sondergruppe der Investmentfonds die Anforderungen an die Erstattungsberechtigung zwar verschärft, aber nicht zugleich die allgemeinen Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums verändert.

Soweit der Kläger einwende, dass er, der Beklagte, selbst vorgetragen habe, dass sich die H-Bank im Wege der Aktienleihe eine entsprechende Anzahl von Aktien beschafft habe, sei klarzustellen, dass sich die H-Bank die Aktien natürlich vereinbarungsgemäß erst ex Dividende geliehen habe.

Wenn ein Vertrag über eine Wertpapierleihe bereits vor dem Stichtag geschlossen werde, in der Leihvereinbarung allerdings festgelegt werde, dass der Leihzeitraum erst nach dem Stichtag beginnen solle (also die mit den Anteilen verbundenen Rechte erst nach diesem Tag übergehen sollen), dann gehe das wirtschaftliche Eigentum natürlich nicht bereits am Tag des Vertragsschlusses über. Vielmehr werde durch den explizit in der Zukunft liegenden Beginn des Leihzeitraumes ausdrücklich festgelegt, dass der Verleiher auch für eine Dividende keine Ausgleichszahlungen leisten müsse, weil alle mit den Aktien verbundenen Rechte erst nach dem Stichtag übergehen sollten.

267

### **Leerverkäufe mit Blick auf Dividendenlevel**

268

Der von den Beteiligten für die durchgeführten Transaktionen gewählte Dividendenlevel von zwischen 79 % und 81 % ergebe wirtschaftlich für die Beteiligten nur dann Sinn, wenn es sich um Cum-Ex Geschäfte handle. Die Pensionsfonds – bzw. die W – hätten bei Betrachtung des Gesamtpaketes aus Aktien- und gleich zu erfüllenden Derivatgeschäften – entgegen den Behauptungen des Klägers – letztendlich nicht den beim Erwerb cum Dividende in den Aktienkurs eingepreisten vollen Gegenwert des Anspruchs auf die (Brutto-)Dividende bezahlt.

269

Der Begriff Dividendenlevel bezeichne, in welchem Umfang der Verkäufer einer Aktie cum Dividende für den Verkauf der Dividenden – hier z.B. bei der Vereinbarung und Bepreisung der Futures – entgolten werde. Der Level könne – wie bei dem hier betrachteten Gesamtpaket der Geschäfte – maßgeblich durch die als Sicherungsgeschäfte bezeichneten, auf Barausgleich gerichteten Derivatgeschäfte beeinflusst werden.

270

Ein Dividendenlevel von 73,625 % würde exakt dem Betrag einer Nettodividende entsprechen (für die auch kein Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruch verschafft werde). Ein Dividendenlevel von 100 % würde demgegenüber den vollen Betrag einer Bruttodividende (einschließlich Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruch) abgelten. Diesen vollen Betrag würde im Grundsatz ein Bestandsverkäufer als Entgelt für einen Verkauf cum Dividende verlangen, wenn er dem Käufer zugleich mit der Nettodividende einen Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruch und damit insgesamt den Wert einer Bruttodividende übertragen könne.

271

Wenn aber auf der Verkäuferseite ein Leerverkäufer agiere, der die vertragsgegenständlichen Aktien von einem Dritten „ex“ erwerbe (d.h. ohne Dividendenanspruch) und diese seinerseits „cum“ verkaufe, d.h. den Aktientransfer im Market-Claim-Mechanismus mit einer Kompensationszahlung i.H.v. 73,625 % des Betrags einer Bruttodividende ausstatte (auf die weder er noch irgendjemand sonst Kapitalertragsteuer abgeführt habe), könne es sich für ihn wirtschaftlich lohnen, dafür einen Kaufpreis weit unterhalb von 100 % zu akzeptieren.

272

Allerdings würden dem Leerverkäufer bei Durchführung des Geschäfts durch Aufwendungen für Aktienleihen und Brokergebühren weitere Kosten entstehen. Das Geschäft ergebe wirtschaftlich für den Leerverkäufer erst dann wirklich Sinn, wenn der Dividendenlevel den Nettobetrag von 73,625 % substantiell übersteige und in die Nähe von 80 % rücke. Der Verkäufer erhalte erst dann mehr, als er aufwende. Der Käufer bezahle seinerseits die Differenz zwischen 73,625 % und dem vereinbarten Dividendenlevel in der Hoffnung, zusätzlich zu dem Geldbetrag in Höhe einer Nettodividende einen Kapitalertragsteuer-

Erstattungsanspruch zu erhalten und mit dessen Hilfe insgesamt einer Bruttodividende i.H.v. 100 % zu vereinnahmen.

273

Das Handlungsziel des Leerverkäufers sei es vor diesem Hintergrund, an der ungerechtfertigten zusätzlichen Steuererstattung – nach Deckung seiner durch die Geschäfte entstandenen Ausgaben – in möglichst großem Umfang zu partizipieren. Die Höhe des schließlich vereinbarten Dividendenlevel sei somit ausschlaggebend dafür, wie der Gewinn aus der unberechtigten Erstattung zwischen dem Leerverkäufer und dem Aktienerwerber (bzw. den für ihn agierenden Personen) aufgeteilt werde. Daher hätten die Beteiligten sich dieser Thematik ausführlich gewidmet und aufgrund langjähriger Markterfahrungen ein Dividendenlevel zwischen 79 % und 81 % als Zielgröße anvisiert. Dies sei vielfältig durch Dokumente und Aussagen der Beteiligten belegt. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf den Schriftsatz des Beklagten vom 19. Februar 2018, Seite 36 ff. und die dort zitierten Passagen der Strafermittlungsakten (Bl. 212 der e-FG-Akte) Bezug genommen.

274

Der Vortrag des Klägers, dass ein Käufer einen Leerverkauf allenfalls erkennen könne, wenn das Dividendenlevel unterhalb des sich aus Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag ergebenden Niveaus (73,625 %) liege, weil dann auch der Gegenwert der Nettodividende verteilt werde, könne angesichts dessen nicht nachvollzogen werden.

275

Berücksichtige man schließlich die Transaktionskosten, wie z.B. Brokergebühren, und die Tatsache, dass durch den Verkauf der Aktien den Inhabern auch bestimmte Vermögensvorteile, wie z.B. Anrechnungsmöglichkeiten der Reststeuerbeträge im Ansässigkeitsstaat entgehen würden, so scheine die Übertragung der Aktien zu einem Level unter 85 % durch einen Inhaber wenig lukrativ.

276

Soweit der Kläger Berechnungen für Tradinglevel in den Jahren 2012 bis 2016 vorgelegt habe, seien diese ungeeignet. Denn der Kläger habe seinen Berechnungen die folgenden Annahmen zugrundegelegt:

277

- Ein potenzieller Anleger kaufe Aktien vor oder am Stichtag und

278

- verkaufe diese Aktien nach dem Stichtag.

279

Das Tradinglevel habe der Kläger dann berechnet aus der Differenz des Kurses am elektronischen Handelsplatz der Frankfurter Wertpapierbörse, XETRA

280

- vor dem Stichtag und

281

- nach dem Stichtag

282

- zzgl. des Werts der Bruttodividende.

283

Das Ergebnis sei ins Verhältnis zu Bruttodividende gesetzt worden.

284

Die Berechnungen des Klägers würden die allgemeine Marktentwicklung um den jeweiligen Dividendenstichtag vollkommen außer Acht lassen und seien schon daher als Beleg für eine weiterhin mögliche Arbitragestrategie ungeeignet.

285

Außerdem sei der streitgegenständliche Sachverhalt ein anderer:

286

- Der Kläger bzw. die W habe Aktien vor dem Stichtag gekauft,

287

- sei eine gegenläufige auf Barausgleich gerichtete Future-Position (Sicherungsgeschäfte) eingegangen,

288

- habe die Aktien nach dem Stichtag verkauft und

289

- die Sicherungsgeschäfte glatt gestellt.

290

Durch dieses Gesamtpaket aus Aktiengeschäften und Sicherungsgeschäften seien die tatsächlich getätigten Investitionen des Klägers – im Gegensatz zu den Investitionen in seinen Berechnungsbeispielen – nahezu risikolos gewesen. Das Fehlen jeder Möglichkeit zur risikolosen Gewinnerzielung werde als Arbitragefreiheit bezeichnet und sei eine der auch durch die modernen elektronischen Finanzmärkte geprägten Grundannahmen der Finanzmathematik. Dementsprechend werde es dem Kläger auch zukünftig nicht möglich

sein, plausibel zu erklären, wie es ihm bzw. der W gelungen sein sollte, eine Handelsstrategie mit DAX-Werten zu entwickeln, die nahezu risikolos und gleichzeitig gewinnbringend sei, ohne dass den Käufen eine Leerverkaufsstrategie zu Grunde liege, bei der sich die Beteiligten die Steuerbeute teilen würden.

291

### **Leerverkäufe: Wissen bzw. Wissenszurechnung**

292

Ein zentrales Argument des Klägers gehe dahin, dass jedenfalls er – bzw. die W als zivilrechtlicher Erwerber von Aktien nach dem Dividendenstichtag – keinerlei Kenntnis von dem Hintergrund der Aktienerwerbe aus Cum-Ex Trades gehabt habe. Es sei offengelassen, an welcher Stelle der Subsumtion unter den Tatbestand der Erstattungsberechtigung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG diese Frage nach der Gutgläubigkeit des klagenden Pensionsfonds gestellt werden müsse. Das könne aber auch offenbleiben. Der Kläger sei nämlich in keinem Fall schutzwürdig. So seien, nach den vorliegenden Dokumenten, namentlich der eindeutigen Einlassung des die Transaktionen der W betreuenden Herrn B, der Kläger, bzw. sein Trustee Z1 – im Gegensatz zum klägerischen Vortrag – über die Zusammenhänge voll informiert gewesen. Insoweit nimmt der Beklagte Bezug auf die schriftliche Einlassung von Herrn B (SH 143, Bd. 1, Bl. 36; vgl. Zitate durch Beklagten, Bl. 217 f. der e-FG-Akte).

293

Darüber hinaus sei nach den in § 166 Abs. 1 BGB niedergelegten Rechtsgrundsätzen dem Kläger (bzw. der W) jede Kenntnis der ihn vertretenden bzw. für ihn im Rechtsverkehr sonst auftretenden Personen zuzurechnen (zur analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB im Steuerrecht vgl. BFH-Urteil vom 19. Mai 2010 – XI R 78/07 Rn. 30). Dazu sei festzustellen, dass sowohl die Rechtsberater des Klägers (Kanzlei M) als auch die für die Strukturierung der Geschäfte verantwortlichen Asset Manager (V, namentlich Herr B, Herr AA und Herr BB) und schließlich die verantwortlichen Mitarbeiter der die Transaktionen als Prime Broker betreuenden T-Bank über die Natur der Geschäfte als Cum-Ex Trades und die Herkunft der Aktien aus Leerverkäufen nicht nur keine Zweifel gehabt hätten, sondern dies das ausschlaggebende Motiv und die wirtschaftliche Legitimation der Transaktionen und der damit verknüpften Gewinnerwartungen gewesen seien.

294

Außerdem müsse man aus den vorliegenden Unterlagen den Eindruck gewinnen, dass es die Berater des Klägers gezielt darauf angelegt hätten, dass die Inhaber der Pensionsfonds keine Kenntnis über die konkreten an den jeweiligen Transaktionen beteiligten einzelnen Leerverkäufer (also die Gegenparteien der Over the counter abgewickelten Future-Geschäfte) gewinnen sollten. Offensichtlich habe die Vorstellung vorgeherrscht, dass nur ganz eng gefasste konkrete Kenntnisse über die Namen einzelner Vertragspartner schädlich seien. Insoweit nimmt der Beklagte Bezug auf die schriftliche Einlassung von Herrn B (SH 143, Bd. 1, Bl. 31; vgl. wörtliches Zitat des Beklagten auf Bl. 220 der e-FG-Akte).

295

Schließlich führe es auch in die Irre, wie der Kläger, darauf abzustellen, ob der Erwerber der Aktien im Vollzugsstadium (d.h. bei der dinglichen Zuordnung von Aktien nach dem Dividendenstichtag durch seine Depotbank zu seinem Depot) nicht wisse und auch nicht wissen könne, welche Person konkret Inhaber der ihm nunmehr zugeordneten Aktien sei oder gewesen sei. Denn diese später – mehr oder weniger zufällig – dem Erwerber nach dem Dividendenstichtag zugeordneten Aktien seien ohnehin nicht die Aktien, auf deren wirtschaftliches Eigentum vor dem Dividendenstichtag der Erwerber seinen Erstattungsanspruch habe stützen wollen. Das wirtschaftliche Eigentum vor dem Dividendenstichtag sollten ihm – so die rechtliche Annahme des Klägers und der gesamten Cum-Ex Industrie – die vorher abgeschlossenen Kaufverträge über die Aktien vermitteln.

296

### **Leerverkäufe: Absprachen**

297

Voraussetzung für den Erwerb wirtschaftlichen Eigentums sei, dass der Erwerber aufgrund schuldrechtlicher Absprachen mit den zivilrechtlichen Eigentümern diesen von der Herrschaft und Nutzung des Wirtschaftsguts ausschließen könne. Bei diesen schuldrechtlichen Absprachen handele es sich um diejenigen OTC-Geschäfte, welche die V und die T-Bank über die von ihnen eingesetzten Broker ins Werk gesetzt hätten, namentlich die Begründung von Single Stock-Futures auf Lieferung von Aktien cum Dividende.

298

Es sei davon auszugehen, dass die an der Gestaltung Beteiligten, insbesondere die Interdealerbroker sowie die T-Bank bei den OTC-Geschäften außerhalb eines anonymen Börsengeschehens alle erforderlichen schuldrechtlichen Absprachen untereinander abgestimmt hätten. Auch soweit Geschäfte im Rahmen von XETRA-Schlussauktionen geschlossen worden seien, bei denen es sich formal um Börsengeschäfte handele, sei davon auszugehen, dass der Eingabe der jeweiligen Order vorausgehende außerbörsliche Absprachen zugrunde gelegen hätten.

299

So seien mittelbar über die T-Bank als Prime Broker und die eingeschalteten Interdealerbroker Leerverkäufer im Markt identifiziert und als Verkäufer für die Cum-Ex Trades eingesetzt worden. In diesem Zusammenhang zitiert der Beklagte die Aussagen von Herrn C (SH 142, Bd. 1, Bl. 35 f; vgl. wörtliches Zitat des Beklagten Bl. 221 f.) und von Herrn A (SH 138, Bd. 4, Bl. 810 f.; vgl. wörtliches Zitat des Beklagten Bl. 222 ff. der e-FG-Akte). Der Beklagte trägt vor, dass sich hieraus auch ergebe, dass ganz offensichtlich von den Beteiligten für die Dividendensaison 2011 in großem Umfang Absprachen über Nicht-Absprachen getroffen worden seien. Die für den Kläger handelnden Personen hätten alles daran gesetzt, dass auf seiner Seite (d.h. in der Person des Trustees Z1) keine konkrete Kenntnis über die Qualität der Verkäufer als Leerverkäufer habe entstehen können. Ein solches bewusstes Nichtwissen müsse allerdings – unabhängig von der ohnehin gebotenen Zurechnung der Kenntnisse dieser für den Pensionsfonds handelnden Personen nach § 166 Abs. 1 BGB – nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dem Wissen von Tatsachen gleichgestellt werden.

300

Letztlich komme es darauf aber gar nicht an. Die Gutgläubigkeit des Klägers (wenn sie überhaupt für die Erstattung von Kapitalertragsteuer relevant sei) komme nicht erst dadurch in Fortfall, dass er für bestimmte Aktientransaktionen den Namen des konkreten Verkäufers auf der Gegenseite kenne. Es reiche vielmehr aus, dass er überhaupt sich darüber im Klaren sei, dass die in seinem Namen geschlossenen Geschäfte durchgehend mit Leerverkäufern abgeschlossen würden und dass der Sinn des Geschäfts davon auch abhängt.

301

### **Systemimmanente bzw. gesetzgeberische Inkaufnahme von Leergeschäften und Kapitalertragsteuer-Überschüssen**

302

Soweit der Kläger meine, dass jedenfalls ab dem Veranlagungszeitraum 2007 der Gesetzeslage die Vorstellung eines vervielfachten wirtschaftlichen Eigentums zu Grunde liegen würde und der Gesetzgeber dies in den Materialien so festgehalten habe, handele es sich um ein Fehlverständnis der Gesetzesmaterialien. Insoweit werde Bezug genommen auf seinen, des Beklagten, Schriftsatz vom 30. September 2016 im Verfahren ..., Seite 64 ff.. Im Übrigen würde eine irrige Rechtsmeinung in den Gesetzesmaterialien die Gerichte nicht binden (vgl. Brandis, in FS Gosch, Seite 43). Unabhängig davon habe der Gesetzgeber im Jahressteuergesetz 2007 aber auch weder die Vorschrift des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO noch die Aussagen in § 20 EStG zum wirtschaftlichen Eigentum an Aktien geändert. Es gelte also schlicht für den Leerverkauf von Aktien ab dem Veranlagungszeitraum 2007 weiterhin das Auslegungsergebnis des FG Düsseldorf im Urteil vom 12. Dezember 2016: Eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums komme nicht in Betracht.

303

Die Auffassung des Klägers, dass eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums möglich sei und möglich gewesen sei, und dass die Einfügung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG über Kompensationszahlungen bei Leerverkäufen im materiellen Steuertatbestand schlicht deklaratorisch sei und es sich bei § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG gar nicht um einen von Satz 1 unterschiedenen Steuertatbestand handele, sondern um eine Vorschrift, die für eine zusätzliche Erhebung von Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationen eine Grundlage schaffe, sei nicht haltbar. Dies entspreche weder dem Gehalt noch der systematischen Stellung der Norm, die in Satz 1 und 4 zwischen zwei verschiedenen Einnahmetatbeständen unterscheide (vgl. zuletzt Brandis, in FS Gosch, Seite 39). Anderenfalls habe es bereits vor dieser Gesetzesänderung die Anerkennung mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums gegeben haben müssen – aus dem Gesetz habe sich eine solche Anerkennung aber nicht ergeben, wie auch das FG Düsseldorf mit seinem Urteil vom 12. Dezember 2016 deutlich mache.

304

Nichts anderes habe das Hessische Finanzgericht in nunmehr mehreren Urteilen aus den Jahren 2016 und 2017 klar herausgearbeitet (Urteile vom 10. Februar 2016, Rn. 72 ff.; vom 10. März 2017, Rn. 82 ff.).

305

Nicht nachvollziehbar sei der Vortrag des Klägers, dass – nach Umstellung des Systems der Dividendenregulierung von Quellensteuerprinzip zum Zahlstellenprinzip mit Wirkung ab dem 1. Januar 2012 – niemand mehr behaupte, dass das Auftreten eines Leerverkäufers den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums durch den Käufer ausschließen würde. Weder der Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 4 EStG noch der des § 20 Abs. 5 EStG sei mit der Umstellung verändert worden. Auch § 39 AO entspreche der Fassung des Jahres 2011. Es sei lediglich in verfahrensrechtlicher Hinsicht die in § 44 Abs. 1 Nr. 3 EStG normierte Abzugsverpflichtung in Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG von der Aktiengesellschaft und in Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG von der für den Verkäufer den Verkaufsauftrag ausführenden Stelle auf die letzte inländische, die Kapitalerträge auszahlende Stelle verlagert worden. Eine Änderung in Bezug auf die Beurteilung, wann wirtschaftliches Eigentum übergehe, sei damit nicht verbunden gewesen.

306

Letztlich habe der Gesetzgeber bereits im Jahressteuergesetz 2007 in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 und 4 EStG für die reguläre Dividende einerseits und für die Dividendenkompensation andererseits zwei unterschiedliche Regelungen getroffen, von denen nur die Zurechnung der eigentlichen Dividende nach Satz 1 den Erwerb wirtschaftlichen Eigentums im klassischen Sinne voraussetze. Für die Einbehaltung und die Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer im Hinblick auf die Dividendenkompensation nach Satz 4 komme es darauf hingegen nicht an (vgl. Schön, RdF 2015, 115 ff.). Andererseits stelle die Trennung der Einkunftstatbestände in Satz 1 und in Satz 4 des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Übereinstimmung mit der früheren Rechtslage klar, dass die Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer für eine echte Dividende nach Satz 1 nicht zugleich als Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer für eine Dividendenkompensation nach Satz 4 qualifiziert werden könne.

307

Am 16. September 2019 hat der Kläger einen Antrag wegen Besorgnis der Befangenheit gegen den Vorsitzenden des 2. Senats, Herrn Präsident des Finanzgerichts Scharpenberg, gestellt. Der Kläger trägt hierzu vor, dass der Antrag zulässig sei, da der Richter seine richterliche Tätigkeit noch nicht beendet habe (vgl. BFH-Beschluss vom 26. März 1980 - I B 23/80 und vom 14. September 2007 - VIII S 5/07), da die Entscheidung, die die Instanz beendet, noch nicht erlassen (vgl. BFH-Beschlüsse vom 26. März 1980 - I B 23/80; vom 10. Juni 1998 - IV B 114/97; vom 19. August 1998 - I B 74/98) bzw. das Urteil noch nicht begründet sei (vgl. BFH-Beschluss vom 29. Oktober 1993 – XI B 95/92).

308

Der Antrag sei begründet, weil sich der Vorsitzende im Anschluss an die Verkündung des Tenors in verschiedener Hinsicht pauschal gegen Cum-ex-Geschäfte und insbesondere wie folgt geäußert habe:

309

„Der Fall des Investors Z habe deutlich gemacht, dass bei Cum-/Ex-Gestaltungen Aktien nie das wirtschaftliche Eigentum des Leerverkäufers zuzurechnen sind und die Deals gleichzeitig als „kriminelle Gesamtleitung“ bezeichnet.“



310

Diesen Antrag korrigierte er am 17. September 2019 und stellte richtig, dass der Vorsitzende von einer „kriminellen Glanzleistung“ gesprochen habe.

311

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die beiden Schriftsätze des Klägers vom 16. September 2019 sowie den Schriftsatz vom 18. September 2019 Bezug genommen.

312

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2019 hat der Kläger um Übersendung der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden ersucht.

313

### **Entscheidungsgründe**

314

A. Der Antrag auf Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit wird als offensichtlich unzulässig abgelehnt.

315

I. Gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO findet die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen dessen Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Dabei kommt es darauf an, ob der betroffene Beteiligte von seinem Standpunkt aus bei vernünftiger objektiver Betrachtung Anlass hat, die Voreingenommenheit des abgelehnten Richters zu befürchten (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 20. Juni 2016 – X B 167/15, BFH/NV 2016, 1577; vom 10. März 2015 V B 108/14, BFH/NV 2015, 849).

316

1. Grundsätzlich ist über das Ablehnungsgesuch nach vorheriger dienstlicher Äußerung des abgelehnten Richters ohne dessen Mitwirkung zu entscheiden. Ist das Ablehnungsgesuch in Ausnahmefällen indes wegen Rechtsmissbrauchs oder aus anderen Gründen offensichtlich unzulässig, so kann der Ablehnungsantrag in den Gründen der Hauptsacheentscheidung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters zurückgewiesen werden (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 20. Juni 2016 – X B 167/15, BFH/NV 2016, 1577; vom 4. März 2014 - VII B 131/13, BFH/NV 2014, 1055).

317

Die Selbstentscheidung eines abgelehnten Richters ist vor dem Hintergrund der Garantie des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann und insoweit gerechtfertigt, wie die durch den gestellten Ablehnungsantrag erforderliche Entscheidung keine Beurteilung des eigenen Verhaltens und damit keine Entscheidung „in eigener Sache“ voraussetzt. Denn über eine bloß formale Prüfung hinaus darf sich ein abgelehnter Richter nicht durch Mitwirkung an

einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe zum Richter in eigener Sache machen (vgl. BFH-Beschluss vom 20. Juni 2016 – X B 167/15, BFH/NV 2016, 1577 mit Verweis auf die Beschlüsse des BVerfG vom 2. Juni 2005 – 2 BvR 625/01, 2 BvR 638/01, BVerfGE 5, 269, unter IV.2.a, und vom 15. Juni 2015 – 1 BvR 1288/14 , abrufbar über Juris, unter II.2.a).

318

2. Im Streitfall hat der Kläger den Antrag auf Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nach Verkündung des Tenors gestellt. Er ist damit mangels Rechtsschutzbedürfnisses offensichtlich unzulässig und kann in den Gründen der Hauptsacheentscheidung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters zurückgewiesen werden.

319

a. Einem Ablehnungsgesuch fehlt das Rechtsschutzinteresse, wenn es im abgeschlossenen Verfahren nach Beendigung der Instanz gestellt wird, sofern sich die Ablehnung nicht mehr auf die Sachentscheidung des Gerichts auswirken kann (vgl. BFH-Beschlüsse vom 17. August 2007 – IV B 143/06, abrufbar über Juris; vom 13. Mai 2015 – I B 64/14, BFH/NV 2015, 1259). Im Streitfall ist der Befangenheitsantrag offensichtlich erst nach der Verkündung des Urteils gestellt worden; er konnte sich auf dieses also nicht mehr auswirken.

320

b. Soweit der Kläger davon ausgeht, dass sein Antrag zulässig ist, weil der von ihm abgelehnte Richter seine richterliche Tätigkeit noch nicht beendet habe, verkennt er, dass das Urteil nach der Verkündung nicht mehr geändert werden kann und eine etwaige Ablehnung des mitwirkenden Richters insoweit keine Rechtswirkung mehr haben kann. Aus der von ihm zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung ergibt sich nichts anderes. Im Beschluss vom 14. September 2007 (VIII S 5/07, abrufbar über Juris) hat der BFH ausdrücklich entschieden, dass die Besorgnis der Befangenheit nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden kann. Im Beschluss vom 26. März 1980 (I B 23/80, BStBl II 1980, 335) stellt der BFH darauf ab, dass eine Richterablehnung jedenfalls dann nicht mehr zulässig ist, wenn die Entscheidung von dem Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, – wie im Streitfall – nicht mehr abgeändert werden kann. Im Beschluss vom 29. Oktober 1993 (XI B 95/92, BFH/NV 1994, 565) wird zwar im Zusammenhang mit der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses erwähnt, dass das Urteil noch zu begründen ist, jedoch bestand dort die Besonderheit, dass dort noch weitere Entscheidungen in dem Verfahren zu treffen waren.

321

3. Angesichts der offensichtlichen Unzulässigkeit wurde auch nicht die vom Kläger ersuchte dienstliche Äußerung (§ 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 44 Abs. 3 ZPO) des abgelehnten Richters eingeholt. Denn bei offensichtlicher Unzulässigkeit des Ablehnungsgesuchs erübrigt sich diese (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 20. Juni 2016 – X B 167/15, BFH/NV 2016, 1577 m.w.N.).

322

B. Die Klage ist unbegründet.

323

Der Ablehnungsbescheid vom 27. September 2017 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 101 Satz 1 FGO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf die von ihm begehrte Erstattung von Kapitalertragsteuer für das Streitjahr 2011.

324

Die Voraussetzungen des § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. Art 10 DBA-USA, der einzig in Betracht kommenden Rechtsgrundlage, sind nicht erfüllt.

325

I. § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG statuiert den Anspruch des Gläubigers der Kapitalerträge oder Vergütungen auf völlige oder teilweise Erstattung der einbehaltenen und abgeführten Steuer (§ 50d Abs. 1 Satz 2 EStG). Denn gemäß § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG sind bei Einkünften, die dem Steuerabzug vom Kapitalertrag oder dem Steuerabzug auf Grund des § 50a unterliegen, und die nach den §§ 43b, 50g oder nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht oder nur nach einem niedrigeren Steuersatz besteuert werden, zunächst auf der ersten Stufe die Vorschriften über die Einbehaltung, Abführung und Anmeldung der Steuer durch den Schuldner der Kapitalerträge oder Vergütungen im Sinne des § 50a ungeachtet der §§ 43b und 50g sowie des Abkommens anzuwenden. Die Erstattung erfolgt sodann auf der zweiten Stufe gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG.

326

Die Erstattung von Kapitalertragsteuer setzt hiernach voraus, dass

327

1) der Kläger der Gläubiger der Kapitalerträge ist und

328

2) die Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde

329

(vgl. BFH-Urteil vom 24. August 2011 – I R 85/10, BFH/NV 2012, 559).

330

### **Gläubiger der Kapitalerträge**

331

II. Der Anspruch auf Erstattung steht dem Gläubiger der Kapitalerträge oder Vergütungen zu. Unter Vergütungsgläubiger ist nicht der zivilrechtliche Gläubiger zu verstehen. Vergütungsgläubiger ist vielmehr der Steuerschuldner (BFH-Urteil vom 29. Oktober 1997 I R 35/96, BFHE 184, 476, BStBl II 1998, 235), d. h. derjenige, dem die Vergütungen steuerlich zuzurechnen sind.

332

Hierzu sieht § 20 Abs. 5 Satz 1 EStG vor, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 durch den Anteilseigner erzielt werden. Anteilseigner ist derjenige, dem nach § 39 AO die Anteile an dem Kapitalvermögen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind (§ 20 Abs. 5 Satz 2 EStG).

333

1. Gemäß § 39 Abs. 1 AO sind Wirtschaftsgüter dem Eigentümer zuzurechnen. Eigentümer ist hiernach regelmäßig der zivilrechtliche Eigentümer oder der Inhaber des Wirtschaftsgutes. Der Kläger war im Zeitpunkt der jeweiligen Gewinnverteilungsbeschlüsse weder zivilrechtlicher noch wirtschaftlicher Eigentümer.

334

a. Nach der zivilrechtlichen Grundnorm des § 929 BGB setzt der Erwerb von zivilrechtlichem Eigentum eine Übergabe und eine Einigung voraus: Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll (§ 929 Satz 1 BGB). Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums (§ 929 Satz 2 BGB).

335

b. Bei girosammelverwahrten Aktien im Sinne des § 5 DepotG besteht hinsichtlich einer Eigentumsübertragung die Besonderheit, dass der Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer der Aktie ist. Die Aktien werden vielmehr zentral verwahrt, und zwar in Form von Globalurkunden. Es gibt keine einzeln identifizierbare Einzelstückaktien. Zentralverwahrer der bei ihr ruhenden girosammelverwahrten Aktien ist in Deutschland die Clearstream Banking AG, Frankfurt, als Wertpapiersammelbank. Diese ist unmittelbarer Besitzer der Aktien. Depotkunden bei Clearstream sind in erster Linie Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute. Diese wiederum verwalten die Aktien für sich und für ihre eigenen Depotkunden.

336

Angesichts dessen begründet die Girosammelverwahrung von Aktien folglich einen mehrstufigen mittelbaren Besitz des Depotkunden im Sinne des § 871 BGB. Dabei mittelt die Clearstream Banking AG als Wertpapiersammelbank und Drittverwahrer den Besitz an die Depotbank als Zwischenverwahrer, die damit mittelbare Besitzerin der ersten Stufe ist. Die Depotbank mittelt diesen Besitz wiederum an ihren Depotkunden, der daher mittelbarer Besitzer der zweiten Stufe ist. Es entsteht eine Besitzleiter, die weitere Stufen hat, wenn der Verwahrkette weitere Zwischenverwahrer angehören (vgl. Horn, WM 2002 Sonderbeilage Nr. 2, Seite 1, 8; Will, in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., 2011, Rn. 18.101).

337

Die zum Sammelbestand gehörenden Wertpapiere stehen im Miteigentum der hieran beteiligten Depotkunden, die untereinander eine Gemeinschaft nach Bruchteilen bilden

(Bruchteilmiteigentum, §§ 1008, 741 BGB). Das Miteigentumsrecht besteht in Gestalt einer bestimmten einheitlichen Bruchteilsquote an jedem einzelnen Wertpapier des Sammelbestandes und kann ziffernmäßig genau bestimmt werden (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 DepotG). Der Bruchteil errechnet sich aus dem Verhältnis der vom Depotkunden eingelieferten Menge zur Gesamtzahl der in dem betreffenden Sammeldepot vereinigten Wertpapiermengen (vgl. Horn, WM 2002 Sonderbeilage Nr. 2, Seite 1, 8; Will, in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., 2011, Rn. 18.106).

338

Die grundsätzlich gleiche sachenrechtliche Gestaltung (Miteigentum und mittelbarer Mitbesitz der Wertpapierinhaber) gilt, wenn eine dauernde Sammel-/Globalurkunde im Sinne des § 9a DepotG anstelle einzelner Wertpapiere ausgestellt ist und der Anspruch auf Auslieferung einzelner Stücke gemäß § 9a Abs. 3 Satz 2 DepotG ausgeschlossen ist (vgl. Horn, WM 2002 Sonderbeilage Nr. 2, Seite 1, 7). Diese Möglichkeit besteht bei Aktien generell (vgl. § 10 Abs. 5 AktG).

339

Die Übertragung des Eigentums erfolgt entsprechend den sachenrechtlichen Grundsätzen bei girosammelverwahrten Wertpapieren mit der Übertragung des Mitbesitzes an den Wertpapieren bzw. der Globalurkunde gemäß § 930 BGB durch Umstellung des Besitzmittlungsverhältnisses (vgl. BFH-Urteil vom 15. Dezember 1999 – I R 29/97, BStBl II 2000, 527). Für die Umstellung des Besitzmittlungsverhältnisses ist es erforderlich, dass der Veräußerer den Besitzmittler (= Clearstream AG) anweist, nicht mehr für ihn, sondern für den Erwerber zu besitzen, der Besitzmittler ein entsprechendes Besitzmittlungsverhältnis zwischen ihm und der Käuferbank begründet und die Käuferbank zudem einen Besitzmittlungswillen zu Gunsten ihres Depotkunden zum Ausdruck bringt (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 119; Horn, WM 2002 Sonderbeilage Nr. 2, Seite 1, 9). Dabei erfolgt die für diesen Erwerbsvorgang erforderliche Besitzverschaffung dadurch, dass die Wertpapiersammelbank als unmittelbarer Besitzer das bei ihr geführte Depotkonto des lieferungspflichtigen Kreditinstitutes belastet und dem Depotkonto des lieferungsberechtigten Kreditinstitutes eine entsprechende Girosammel-Gutschrift erteilt (sog. Besitzumstellung; vgl. Will, in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., 2011, Rn. 18.113). Die für die Eigentumsübertragung erforderliche Übergabe wird bei der Übertragung von girosammelverwahrten Aktien somit durch eine Umbuchung durch die Wertpapiersammelbank ersetzt (vgl. BFH-Urteil vom 15. Dezember 1999 – I R 29/97, BStBl II 2000, 527; Schön, Schön, RdF 2015, 115, 119).

340

c. Vor diesem Hintergrund war der Kläger bei den streitigen Aktiengeschäften über den Dividendenstichtag im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses noch nicht zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien geworden, da die mit schuldrechtlichem Vertrag erworbenen Aktien seinem Depotkonto noch nicht gutgeschrieben waren und er demzufolge den für den sachenrechtlichen Eigentumsübergang erforderlichen anteiligen Mitbesitz an den Wertpapieren bzw. der Globalurkunde noch nicht erworben hatte. Alle Aktien aus den streitigen Aktienkäufen wurden dem Konto des Klägers bei seiner Depotbank erst nach dem Dividendenstichtag gutgeschrieben. Dies ist auch zwischen den Beteiligten unstrittig.

341

## **Wirtschaftliches Eigentum**

342

2. Der Kläger war im Zeitpunkt der jeweiligen Dividendenstichtage auch nicht wirtschaftlicher Eigentümer.

343

a. Wirtschaftliches Eigentum liegt nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO vor, wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Sachherrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den (zivilrechtlichen) Eigentümer, im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer, von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann.

344

Gedanklicher Ausgangspunkt der Subsumtion ist der Umstand, dass der Abschluss eines Kaufvertrags über einen Gegenstand dem Käufer weder das zivilrechtliche noch das wirtschaftliche Eigentum an der Kaufsache verschafft. Die rechtliche Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum mit allen Chancen und Risiken zu übertragen, ist eben nicht identisch mit dem Erwerb dieses Eigentums selbst. Dabei kann es auch keine Rolle spielen, dass der Käufer einer Aktie das Risiko der Wertsteigerung und der Wertminderung der Aktie ab dem Zeitpunkt des Kaufabschlusses trägt – denn dieses Wertänderungsrisiko gilt für jeden Käufer einer Sache oder eines Rechts (sei dies ein Grundstück, eine Spezialmaschine, ein Patent oder ein Wertpapier), ohne dass dies bei sämtlichen Kaufverträgen zu einer Vorverlagerung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums führen würde (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 119).

345

Wirtschaftliches Eigentum und eine vom bürgerlichen Recht abweichende Zurechnung eines Wirtschaftsguts kommen nur in Betracht, wenn nach dem Gesamtbild der Verhältnisse ein anderer als der rechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft ausübt und den nach bürgerlichem Recht Berechtigten von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut in der Weise ausschließen kann, dass der Herausgabeanspruch des zivilrechtlichen Eigentümers keine wirtschaftliche Bedeutung mehr hat (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 22. November 1996 – VI R 77/95, BStBl II 1997, 208).

346

Wirtschaftliches Eigentum ist demzufolge nur gegeben, wenn Besitz und Gefahr, Nutzen und Lasten, insbesondere die Chancen auf eine Wertsteigerung und das Risiko einer Wertminderung nicht beim zivilrechtlichen Eigentümer, sondern bei einer anderen Person liegen (vgl. [BFH-Urteil vom 26. Januar 2011 - VIII R 14/10](#), BFH/NV 2011, 1512).

347

## **Wirtschaftliches Eigentum bei Aktiengeschäften**

348

b. Bei Aktiengeschäften erlangt der Erwerber nach der Rechtsprechung des BFH wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen erst ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann. Das ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit den Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen sind (vgl. BFH-Urteil vom 2. Mai 1984 - VIII R 276/81, BStBl II 1984, 880; [BFH-Beschluss vom 29. November 1982 - GrS 1/81](#), BStBl II 1982, 272). In seiner Entscheidung vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527, betr. Streitjahre 1989-1991; bestätigt mit Urteil vom 20. November 2007 - I R 85/05, BStBl II 2013, 287, betr. Streitjahr 1988), die zum Dividendenstripping ergangen ist, hat der BFH für über die Börse abgeschlossene Aktiengeschäfte den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Aktienkaufvertrages bejaht, da bereits ab diesem Zeitpunkt dem Aktienerwerber ein entsprechender Besitzmittlungsanspruch (§ 929 Satz 2 BGB) von der girosammelverwahrenden Stelle (Clearstream) eingeräumt und dadurch ein Besitzmittlungskonstitut (§ 930 BGB) vereinbart worden sei. Zumindest aber könnten dem Erwerber nach den einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden (§§ 25, 29 der Bedingungen für Geschäfte an den deutschen Wertpapierbörsen, WM 1984, 76 ff.). Entscheidend ist damit, dass der Käufer nach dem Gesamtbild der (rechtlichen und tatsächlichen) Verhältnisse im konkreten Einzelfall die mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Rechte (Stimm- und Dividendenrechte) innehat (Brandis, in FS Gosch, Seite 37, 41).

349

c. Im Streitfall handelt es sich überwiegend um Single Stock Future-Kontrakte, die außerbörslich geschlossen und anschließend über eine sog. OTC (= Over the counter)-trade-entry Funktionalität in das System der EUREX eingegeben wurden. Der restliche, geringfügige Teil der Aktien wurde über die Börse XETRA im Rahmen von Schlussauktionen (Closing Auction) erworben. Damit sind Gegenstand der vom Kläger betriebenen Geschäfte sowohl außerbörsliche (OTC-)Geschäfte als auch börsliche Geschäfte. Im Ergebnis war der Kläger in keiner dieser beiden Konstellationen des Aktienerwerbs über den Dividendenstichtag wirtschaftlicher Eigentümer im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung. Hinsichtlich der Begründung wird dabei im Folgenden zwischen den außerbörslichen (OTC-)Geschäften und den börslichen Geschäften differenziert.

350

### **Außerbörsliche (OTC-)Geschäfte**

351

aa. Auf außerbörsliche (OTC-)Geschäfte sind die Grundsätze der Rechtsprechung des BFH in seinem Urteil vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) nicht anwendbar.

352

(1) So dürfte der BFH in seinem Urteil vom 15. Dezember 1999 – wie auch Brandis, ein dem I. Senat des BFH zwischenzeitlich zugehöriger Richter meint (vgl. Brandis, in FS

Gosch, Seite 37, 44) – die Situation des Inhaberverkaufs eines Privatanlegers, und nicht die eines OTC-Geschäfts, vor Augen gehabt haben.

353

(2) Ungeachtet dessen sind die vom BFH im Urteil vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) aufgestellten Grundsätze aber auch aus weiteren Gesichtspunkten nicht auf außerbörsliche (OTC-) Geschäfte übertragbar. Dabei stellt der Senat nicht schlicht und allein darauf ab, dass es sich um verschiedene Handelsplattformen handelt. Vielmehr begründet sich die mangelnde Übertragbarkeit der Rechtsprechungsgrundsätze darauf, dass zwischen dem börslichen und dem außerbörslichen (OTC-)Handel derartige Unterschiede bestehen, dass eine Übertragung der Grundsätze zum börslichen Handel nicht gerechtfertigt ist. Die Börsenmechanismen, die dem börslichen Handel anhaften und die der BFH seinem Urteil vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) zugrunde gelegt hat, gelten nicht gleichermaßen im außerbörslichen (OTC-)Handel.

354

(a) So führt bei Börsengeschäften für Privatkunden die Depotbank eines Verkäufers einen Aktienverkauf über die Börse nur durch, wenn ein Aktienbestand vorhanden ist. Vor allem aber wird bei Abschluss eines Aktienkaufvertrages gleichzeitig ein Sperrvermerk eingetragen. Dieser gewährleistet, dass der Aktienverkäufer den gleichen Aktienbestand nicht mehrfach verkauft und dass er nicht mehr die Dividende erhält. Der Sperrvermerk bewirkt damit, dass der Käufer einen Anspruch auf die originäre Dividende erhält. Diese Mechanismen, insbesondere den Sperrvermerk – oder andere Vorkehrungen, die dafür sorgen, dass der Verkäufer den gleichen Aktienbestand nicht mehrfach verkaufen kann –, gibt es bei OTC-Geschäften nicht (so auch FG Hessen, Urteil vom 10. März 2017 – 4 K 977/14, EFG 2017, 656).

355

Mangels Sperrvermerks durch die Depotbank des Verkäufers in dessen Depot kann der Aktienverkäufer somit die Aktie jederzeit, wenn auch gegen einen schuldrechtlichen Schadenersatzanspruch in Höhe der Dividende, an Dritte weiterverkaufen. Der Aktienkäufer hat demzufolge beim OTC-Verkauf lediglich einen schuldrechtlichen Lieferanspruch gegen den Aktienverkäufer und ist dadurch nicht in der Lage, den zivilrechtlichen Eigentümer von der Sachherrschaft über die Aktien auszuschließen (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 121).

356

(b) Bei OTC-Geschäften erkennt die Clearstream Banking AG als Wertpapiersammelbank und Zentralverwahrer bei nicht erfüllten OTC-Geschäften, bei denen kein Sperrvermerk im Depot des Aktienverkäufers gesetzt wird, aufgrund des schuldrechtlichen Aktienkaufvertrages zudem nicht, dass der Aktienkäufer dividendenberechtigt ist. Denn die Existenz dividendenberechtigter Aktien wird für diesen Zweck von der Clearstream Banking AG nicht geprüft (vgl. Bruns, DStR 2010, 2061, 2063). Die Clearstream Banking AG überweist im Rahmen der Dividendenregulierung die Dividende am Zahltag nach den jeweiligen tatsächlichen Wertpapierbeständen der Depots der Kunden im Zeitpunkt der Kupontrennung. Damit erhalten alle anderen Aktienkäufer aufgrund bereits abgeschlossener, aber nach dem Kupontrennungszeitpunkt noch zu beliefernder



Börsentransaktionen gleichzeitig auf Anforderung der den Kaufauftrag abwickelnden Depotstelle eine entsprechende Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Dividende. Die verkaufenden Depotstellen werden im Rahmen einer separaten Abrechnung durch die Clearstream Banking AG mit einer Ersatzzahlung in Höhe der Dividende für vor dem Dividendenstichtag getätigte Verkäufe belastet (vgl. Rau, DStR 2010, 1267). Der Aktienkäufer erhält demzufolge also keine Dividende. Denn eine Dividendenkompensationszahlung ist eine Ausgleichszahlung, die dem Aktienkäufer vom Aktienverkäufer über die Clearstream Banking AG als Schadenersatzleistung gezahlt wird. Diese Schadenersatzzahlung ist jedoch nicht mit dem Ertrag aus der Aktie in Form der Dividende gleichzusetzen, so dass bei OTC-Geschäften mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages nicht gewährleistet ist, dass der Erwerber die Gewinnansprüche aus den Anteilen in Form der originären Dividende erhält (vgl. Bruns, DStR 2010, 2061, 2063). Hieran ändert auch die Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG nichts, wonach als sonstige Bezüge auch Einnahmen gelten, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 – also etwa von Dividenden – von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden. Diese gesetzliche Fiktion dient dazu, die Pflicht zur Kapitalertragsteuerabführung auch auf Dividendenkompensationszahlungen sicherzustellen. Diese gesetzliche Fiktion reicht nicht so weit, dass der Bezieher von Dividendenkompensationszahlungen mit Blick auf die Frage der Sachherrschaft über die Wertpapiere als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen werden könnte. Wenn ein Erwerber Dividendenkompensationszahlungen erhält, dann hat er eben keinen „Zugriff“ auf die originäre Dividende. Hieran ändert auch die gesetzliche Fiktion des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG nichts. Das vom BFH in seinem Urteil vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums geforderte Merkmal, dass dem Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können, ist demzufolge bei OTC-Geschäften gerade nicht erfüllt.

357

(c) OTC-Geschäfte folgen darüber hinaus keinen festen Regeln. So besteht bei OTC-Geschäften die Möglichkeit, längere oder kürzere Lieferzeiten zu vereinbaren (vgl. Bruns, DStR 2010, 2061, 2063; Rau, DStR 2010, 1267, 1268). Dies spricht dafür, dass wirtschaftliches Eigentum – ebenso wie zivilrechtliches Eigentum – erst mit der Einbuchung in das Depot übergeht. Denn eine Gleichbehandlung von Börsen- und OTC-Geschäften könnte sonst dazu führen, dass es durch missbräuchliche Gestaltungen möglich wird, dass für ein und dieselbe Aktie zu einem bestimmten Zeitpunkt ein zivilrechtlicher und ein oder mehrere wirtschaftliche Eigentümer existieren (vgl. Bruns, DStR 2010, 2061, 2063).

358

(3) Schließlich ist zu bedenken, dass das BFH-Urteil zum Dividendenstripping (15. Dezember 1999 - I R 29/97, BStBl II 2000, 527) als Ausnahmeentscheidung vom Grundsatz des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums verstanden werden muss und dementsprechend restriktiv auszulegen ist.

359

(4) Soweit sich der Kläger auf die Besonderheiten des Aktienhandels beruft und er hiermit begründen möchte, dass sich der Übergang wirtschaftlichen Eigentums nach modifizierten Kriterien zu vollziehen habe, ist dem nicht zu folgen. Der Kläger macht zugunsten seiner Auffassung geltend, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages erfolge, weil sich der im Depot des

Kunden bei seiner Bank verbuchte Bestand nicht auf bestimmte identifizierbare Aktien beziehe und ein Kunde, der Aktien erwerbe, nicht etwa die Stücke des Verkäufers, sondern lediglich einen Anspruch gegen Clearstream auf Herausgabe irgendwelcher Stücke in der verkauften Anzahl erwerbe. Die Tatsache, dass Kauforder von der zentralen Gegenpartei stets erfüllt würden, würde es rechtfertigen, dass das wirtschaftliche Eigentum mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages übergeht.

360

Dem Kläger ist entgegenzuhalten, dass die vorhandenen rechtlichen Rahmenbedingungen eine entsprechende Rechtsfolge nicht zulassen. Es gilt der Grundsatz, dass sich die Praxis nach dem Recht richten muss und nicht das Recht nach der Praxis (so auch FG Hessen, Urteil vom 10. März 2017 – 4 K 977/14, EFG 2017, 656). Die insoweit geäußerte Kritik im Schrifttum, dass hierbei „die Realität verkannt“ werde und es sich hierbei um eine „polemische Aussage“ handle (so etwa Loritz, BB 2017, 2327, 2329), verfängt nicht. Diese Kritik nimmt nicht methodisch sachgerecht zu den entsprechenden Regelungstatbeständen Stellung, sondern behauptet ein erwünschtes Ergebnis als Folge moderner Entwicklungen der Börse und der „Entmaterialisierung“ der Aktie. Wie diese Kritik selbst – und zu Recht – erkennt, hat der Gesetzgeber bislang das traditionelle sachenrechtliche Übereignungsrecht mit Blick auf den im Laufe der Zeit sehr veränderten Aktienhandel nicht reformiert. Hier eine Rechtsfortbildung zu fordern, verkennt die Grenzen der Rechtsfortbildung, die jedenfalls beim eindeutigen Wortlaut des Gesetzes zu sehen ist. Die von diesen Kritikern geforderte Anpassung des Gesetzes, das von diesen als „anachronistisch“ gesehen wird (vgl. Loritz, BB 2017, 2327, 2330), obliegt einzig und allein dem Gesetzgeber und nicht der Rechtsprechung bzw. Rechtsanwendung.

361

(5) Gegen die Auffassung des Klägers, dass das wirtschaftliche Eigentum auch bei außerbörslichen (OTC-)Geschäften – und, wie später noch auszuführen sein wird, bei Leerverkäufen – bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung übergeht, spricht auch, dass diese Auffassung im Ergebnis zu mehrfachem wirtschaftlichen Eigentum an derselben Aktie führt.

362

(a) Dies würde möglich, wenn Papiere, die vor der Coupontrennung noch mit Dividendenberechtigung und einer zweitägigen Erfüllungsfrist („T+2“) gehandelt werden, nach dieser Trennung nur noch „ex Dividende“ erfüllt werden können und man sich hierzu dann Papieren bedient, die ihrerseits mit kürzerer Erfüllungsfrist („T+0“ oder „T+1“) und ohne Dividendenberechtigung erworben wurden. Die Wertpapiersammelbank (Clearstream Banking AG) wird nämlich bei OTC-Geschäften im Gegensatz zu Börsengeschäften nicht über den Handels-(Schluss-)Tag informiert. Clearstream erhält regelmäßig nur die Information, wann die Geschäfte zu erfüllen sind und erkennt somit nicht, ob ein taggleich zu erfüllendes Geschäft (T+0), ein eintägiges Geschäft (T+1) oder ein Geschäft mit zweitägiger Erfüllungsfrist (T+2) reguliert wird (vgl. Rau, FR 2011, 366 ff. mit näheren Erläuterungen und einem ausführlichen Beispielsfall zur Entstehung mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums).

363

(b) Mehrfaches wirtschaftliches Eigentum würde sowohl dem inneren System des Zivilrechts als auch dem des Steuerrechts widersprechen (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 121). Das Zivilrecht sieht unzweifelhaft vor, dass nur eine einzige Person „Volleigentümer“ einer Sache sein kann. Das Steuerrecht ergänzt dies dahingehend, dass eine andere Person als der zivilrechtliche Eigentümer als wirtschaftlicher Eigentümer qualifiziert werden kann, wenn er kraft Vertrages in der Lage ist, den zivilrechtlichen Eigentümer von der Sachherrschaft auszuschließen, so dass der zivilrechtliche Eigentümer sein wirtschaftliches Eigentum verliert. Da nur eine Person die Sachherrschaft ausüben und alle anderen von der Nutzung ausschließen kann, schließen sich Eigentum und wirtschaftliches Eigentum gegenseitig aus (vgl. Drüen, in Tipke/Kruse, § 39 AO, Tz. 24). Die Zurechnung eines Wirtschaftsguts schließt eine anderweitige Zurechnung aus. Ist ein Wirtschaftsgut einer Person zuzurechnen, kann dasselbe Wirtschaftsgut einer anderen Person nicht mehr zugerechnet werden (vgl. BFH-Urteile vom 26. April 1968 – III 6/65, BFH BStBl II 1968, 770; vom 30. April 1971 – III R 9/70, BStBl II 1971, 669). Dies wird durch die Auslegung von § 39 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AO und dessen Regel-Ausnahme-Systematik bestätigt. Insofern sind § 39 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 AO wechselseitig exklusiv (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 121). Der Kläger und die Stimmen im Schrifttum, die sich zugunsten einer Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums aussprechen, setzen sich mit diesem Aspekt nicht auseinander.

364

(c) Die Annahme, dass es zwei wirtschaftliche Eigentümer auf einmal geben könne, nämlich einen kraft dinglicher Hoheit über die Aktie und einen kraft Vertrags mit einem Nichtberechtigten, ist schließlich auch logisch unmöglich (vgl. FG Hessen, Urteil vom 10. März 2017 – 4 K 977/14, EFG 2017, 656; Schön, RdF 2015, 115, 121; Anzinger, RdF 2012, 394, 401; Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 35. Aufl., § 44 Rn. 4; so i.E. auch FG Düsseldorf, Urteil vom 12. Dezember 2016 – 6 K 1544/11 K, AO, abrufbar unter Juris).

365

(d) Dass es nur einen wirtschaftlichen Eigentümer und – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht vervielfachtes wirtschaftliches Eigentum geben kann, wird dadurch bestätigt, dass der Leerverkäufer – also derjenige, der Wertpapiere verkauft, über die er noch nicht verfügt, und der nach Auffassung des Klägers vervielfachtes wirtschaftliches Eigentum durch Verkauf verursachen kann – zwar eine beliebige Anzahl von schuldrechtlichen Verpflichtungen zur Aktienlieferung eingehen und damit die Anzahl der schuldrechtlichen Verpflichtungen beliebig erhöhen kann. Trotz Entkörperlichung der Aktie gibt es aber einen festen, in einer Globalurkunde niedergelegten Aktienbestand, der nur eine begrenzte Anzahl von Miteigentumspositionen zulässt. Durch die beliebige Erhöhung schuldrechtlicher Verpflichtungen kann die Zahl der dinglichen Berechtigungen an dem jeweiligen Aktienbestand nicht erhöht werden. Auch bei Fehlen individualisierter „Stücke“ im Aktienbestand gibt es einen limitierten Gesamtbestand, und dieser ist nach klar definierten dinglichen Regeln einer (laufend wechselnden) Personengruppe zugeordnet. Für jeden Miteigentumsanteil an der Globalurkunde gibt es daher exakt nur einen Miteigentümer und die Gesamtheit der gehaltenen Aktien kann die Gesamtheit des in der Globalurkunde ausgewiesenen Gesamtbestandes nicht überschreiten.

366

(e) Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich auch nichts anderes aus der Gesetzesbegründung im Jahressteuergesetz 2007 (BT-Drucks. 16/2712) zur Einführung der

Regelungen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 3 sowie § 45a Abs. 2 und 3 EStG, mit denen der Gesetzgeber beim sog. Leerverkauf eine doppelte oder mehrfache Erstattung oder Anrechnung von Kapitalertragsteuer, die nicht im selben Umfang einbehalten und abgeführt worden war, verhindern wollte, indem die inländische Depotbank des Leerverkäufers zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer auf die an den Aktienerwerber gezahlte Dividendenkompensation verpflichtet wurde. Dividendenkompensationszahlungen sind die Zahlungen des Aktienverkäufers, die dieser zum Ausgleich dafür erbringt, dass er dem Erwerber der Aktien neben den Aktien nicht auch den Anspruch auf Auszahlung der Dividende vermittelt (vgl. Oertel in Kirchhof, EStG, 18. Aufl., 2019, § 20 Rn. 55), etwa bei Verkauf der Aktien cum Dividende vor dem Dividendenstichtag und Lieferung der Aktien ex Dividende nach dem Dividendenstichtag.

367

Mit der Einführung der Regelungen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 3 sowie § 45a Abs. 2 und 3 EStG wurde indes nicht die Möglichkeit der mehrfachen Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums an Aktien geschaffen. Mit den im Jahressteuergesetz 2007 eingeführten Regelungen hat der Gesetzgeber einen eigenen Einkünftebestand geschaffen: Er hat in § 20 Abs. 1 Satz 4 EStG die Dividendenkompensationszahlungen als sonstige Bezüge im Sinne von [§ 20 Abs. 1 Satz 1 EStG](#) – also etwa Dividenden – definiert, um die inländische Depotbank des Leerverkäufers zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer auf die an den Aktienerwerber gezahlte Dividendenkompensation zu verpflichten und damit eine doppelte oder mehrfache Erstattung oder Anrechnung von Kapitalertragsteuer zu verhindern.

368

Durch die gesetzliche Fiktion sollte nicht eine speziellere Regelung, die von dem das wirtschaftliche Eigentum an girosammelverwahrten Aktien regelnden § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO abweicht, geschaffen werden. Auch der Gesetzesbegründung ist in einer Gesamtschau im Ergebnis nichts anderes zu entnehmen.

369

So gliedert sich die Gesetzesbegründung zu § 20 EStG in zwei Teile: einen allgemeinen („Allgemein“, Seite 46 ff.) und einen besonderen („Im Einzelnen“; Seite 48) Teil. Im allgemeinen Teil (BT-Drucks. 16/2712, Seite 47), auf den sich auch der Kläger beruft, wird Folgendes ausgeführt:

370

„<Deshalb sind im Fall des Leerverkaufs> zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienerwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht.“

371

Im besonderen Teil geht die Bundesregierung hingegen nicht davon aus, dass der Leerkäufer Dividenden als wirtschaftlicher Eigentümer bezogen hat, da dort lediglich ausgeführt wird, dass es „um eigenständige Einnahmen an Stelle der Dividende“ geht und dass es Sinn des neuen Satzes 4 sei, „dass die dort näher umschriebenen Einnahmen mit den anderen

Dividenden gleichgestellt werden“. Daraus ergibt sich, dass die Gesetzesbegründung der Bundesregierung widersprüchlich ist (so auch Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 75 f., abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2\\_spenkel-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spenkel-data.pdf); ders., DStR 2015, 785, 790). Auffallend ist jedoch, dass der erste Teil unter der Überschrift „Allgemein“, der die Aussage enthält, dass vom Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum erworben werden könne, identisch ist mit einem Schreiben des Bankenverbandes an das Bundesministerium für Finanzen aus dem Jahr 2002 (abrufbar unter: [https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschafte/71317/anhang/Anlagezu2017\\_0617759.pdf](https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschafte/71317/anhang/Anlagezu2017_0617759.pdf)). Der zweite und rechtlich zutreffende Teil „Im Einzelnen“ scheint durch die Bundesregierung selbst formuliert worden zu sein (vgl. Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 76, a.a.O.; ders., DStR 2015, 785, 791).

372

Dieser Widerspruch der Gesetzesbegründung ändert aber in der Sache nichts. Er könnte allenfalls den Anschein erwecken, dass die Bundesregierung nicht sorgfältig gearbeitet haben könnte (vgl. Spengel, DStR 2015, 785, 791). Denn letztlich hat die Bundesregierung in einem Teil ihrer Begründung zur Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG lediglich die Interpretation des Bankenverbandes zur Frage des wirtschaftlichen Eigentums übernommen. Es dürften allerdings – angesichts der übrigen Gesetzesbegründung – Zweifel bestehen, ob der Bundesregierung die Bedeutung dieser übernommenen Interpretation überhaupt bewusst war. Jedenfalls wurde die gesetzliche Norm zum wirtschaftlichen Eigentum als solche nicht geändert und ist auch ein vermeintlicher entsprechender Änderungswille des Gesetzgebers nicht erkennbar. Folglich ist bei der Frage nach dem Bestehen wirtschaftlichen Eigentums weiterhin die seit Einführung der AO im Jahre 1977 bestehende und seitdem unveränderte Regelung des § 39 AO maßgeblich (vgl. Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 76, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2\\_spenkel-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spenkel-data.pdf); ders., DStR 2015, 785, 791).

373

Wegen einer weiteren Auseinandersetzung mit der Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 wird auf die in Abschnitt bb. (2) (f) noch folgenden Ausführungen zum Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer Bezug genommen.

374

(f) Auch der Einwand, dass der Käufer der Aktien nicht erkennen könne, ob er die Wertpapiere von einem Bestandsverkäufer oder von einem Leerverkäufer erworben habe, da ihm ein Betrag in Höhe der Nettodividende gutgeschrieben werde, vermag die Begründung wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer oder sogar die Begründung mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums nicht zu rechtfertigen. Denn die Besteuerung bzw. Erstattung knüpft – wie bereits dargelegt – an objektive Sachverhalte an – hier: die Stellung des Steuerpflichtigen als Anteilseigner i. S. d. § 20 Abs. 5 EStG i. V. m. dem Tatbestand des „wirtschaftlichen Eigentums“ i. S. d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO. Es gibt demgegenüber keine Erstattungsbefugnis kraft „guten Glaubens“ oder „fehlender Erkennbarkeit“ (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 121).

375

(6) Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich zur Beurteilung von außerbörslichen (OTC-)Geschäften auch nichts anderes aus dem Urteil des BFH vom 16. April 2014 (I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813).

376

(a) Der BFH hat es in seinem Urteil vom 16. April 2014 (I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813) ohne nähere Begründung lediglich für denkbar gehalten, dass die auf den Börsenhandel bezogene Rechtsprechung aus dem Jahr 1999 (Urteil vom 15. Dezember 1999 - I R 29/97, BStBl II 2000, 527, bestätigt durch Urteil vom 20. November 2007 – I R 85/05, BStBl II 2013, 287) auf OTC-Geschäfte erstreckt werden „kann“. Dabei bleibt allerdings im Urteil des BFH völlig offen, an welche faktischen und rechtlichen Voraussetzungen ein solcher steuerlich anzuerkennender Erwerb geknüpft werden könnte und müsste. Der BFH musste in dieser Frage „nicht Farbe bekennen“ (vgl. Schwenke, jM 2015, 83, 86). Es handelt sich – bei näherer Betrachtung – noch nicht einmal um ein Obiter dictum; vielmehr enthält sich der Senat bewusst einer belastbaren Aussage (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 120). Es fehlt demgemäß – zu Recht – auch jede Auseinandersetzung mit den wesentlichen praktischen und rechtlichen Unterschieden zwischen Börsenhandel und OTC-Geschäften (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 120).

377

Auch soweit der BFH zur Frage des wirtschaftlichen Eigentums in seinem Urteil vom 16. April 2014 (I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813) auf die damalige Gesetzesbegründung hinweist, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Der BFH hat sich in dieser Entscheidung nicht mit dem Inhalt der Gesetzesbegründung und insbesondere ihrer Bedeutung für das Gesetz näher befasst (so auch Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 75, a.a.O.; ders., DStR 2015, 785, 790).

378

(b) Auch Schwenke merkte im Übrigen an, dass in die Aussagen der Entscheidung nicht allzu viel „hineingelesen“ werden sollte (vgl. Schwenke, jM 2015, 83, 86). Ausdrücklich führt er aus, dass eine Aussage dahingehend, dass der außerbörsliche Handel den Regelungen zum börslichen Aktienhandel folge, nicht zweifelsfrei ist. Er kommentiert, dass sich der BFH auf eine prinzipielle Möglichkeit beschränkt hat, ohne dies argumentativ zu unterlegen bzw. sich argumentativ mit den Besonderheiten des OTC-Handels auseinanderzusetzen (vgl. Schwenke, jM 2015, 83, 86).

379

In die gleiche Richtung hat sich auch Brandis, als ein weiterer dem I. Senat des BFH zwischenzeitlich angehörender Richter, geäußert. Er führt mit Blick auf das BFH-Urteil vom 16. April 2014 (I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813) zwar aus, dass zu erwägen sei, dass alleine die Art der Handelsplattform angesichts des weitgehend virtuellen Markts und der Geschäftsabwicklung unter Beteiligung der Depotbanken keinen tragfähigen Differenzierungsgrund für die Frage nach dem (nach der gesetzlichen Maßgabe des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO auf den Regelfall des konkreten Geschäfts abstellenden) Übergang

wirtschaftlichen Eigentums darstellen könnte (Brandis, FS Gosch, S. 37, 42). Allerdings weist er ausdrücklich darauf hin, dass diese Rechtsfrage im Urteil I R 2/12 nicht entscheidungserheblich war und ebenfalls in das „prinzipiell“ eingebunden ist. Eine „finale Entscheidung“ liegt – so Brandis – daher zu dieser Rechtsfrage (noch) nicht vor (Brandis, FS Gosch, S. 37, 42).

380

(7) Ungeachtet der vorstehenden Erwägungen hat der BFH in seinem Urteil vom 16. April 2014 (I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813) jedenfalls herausgestellt, dass – unabhängig von der Frage, ob bei außerbörslichen Geschäften grundsätzlich bereits mit Vertragsschluss wirtschaftliches Eigentum erworben werden kann – das für die Zuweisung wirtschaftlichen Eigentums maßgebende „Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall“ (z. B. BFH-Urteil vom 5.10.2011 - IX R 57/10, BStBl. II 2012, 318) dazu führt, dass jedenfalls ein modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept dem Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum vor dem Dividendenstichtag – mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG oder zu einem späteren Zeitpunkt mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 i.V. m. Satz 4 EStG – von vornherein entgegensteht.

381

(aa) Ein solches den Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum jedenfalls hinderndes Gesamtvertragskonzept liegt etwa vor, wenn die Wertpapiererwerbe im untrennbaren Zusammenhang mit Finanzierungs-, Wertpapierleih- und (Total-Return-) Swapgeschäften sowie einem kurzfristigen Rückverkauf stehen, denn dann ist eine nennenswerte Inanspruchnahme der mit dem Innehaben der Wertpapiere verbundenen Rechte durch den Erwerber ausgeschlossen und es liegt ein bloßer Durchgangsverkehr vor (vgl. BFH-Urteil vom 16. April 2014 - I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813).

382

(bb) Vor dem Hintergrund dieser Rechtsgrundsätze, die sich der Senat zu eigen macht, hatte der Kläger hinsichtlich der außerbörslich (OTC) erworbenen Wertpapiere am Dividendenstichtag auch unter dem Gesichtspunkt der Würdigung des Gesamtbilds bzw. des Gesamtvertragskonzepts kein wirtschaftliches Eigentum.

383

Im Streitfall stehen das Gesamtbild bzw. das Gesamtvertragskonzept dem wirtschaftlichen Eigentum des Klägers am Dividendenstichtag entgegen. Denn hiernach hatte der Kläger keine Herrschaft über die Wertpapiere. Der Kläger war durch vielfältige vertragliche Bindungen sehr stark gegen alle Risiken abgesichert, er hatte keinen Einfluss auf die Wertpapiergeschäfte und war nur unwesentlich am Gewinn beteiligt.

384

Von wesentlicher Bedeutung sind dabei im Streitfall die Equity Performance Contracts (Swaps). Gemäß den mit dem Q Fund abgeschlossenen Equity Performance Contracts entrichtete der Q Fund an W vorab einen fixen Geldbetrag. Umgekehrt hatte W lediglich einen variablen Betrag an den Q Fund zu zahlen, der vom wirtschaftlichen Erfolg der Transaktionen abhängig war. Über die Equity Performance Contracts beteiligte sich der Q

Fund an der Vermögensentwicklung der Personengesellschaft. Durch die Equity Performance Contracts wurde die W im Rahmen der durchgeführten Gesamtgestaltung von den Risiken des angestrebten Aktien-Investments entlastet. Der Q Fund diente dem Zweck, Investoren zu finden, welche die anstehenden Cum-Ex Geschäfte gegen eine Prämie maßgeblich finanzieren und dafür das Risiko des Scheiterns übernehmen würden. Diese Beteiligung sollte sowohl die involvierten US-Pensionsfonds – somit auch den Kläger – als auch die finanzierende T-Bank von dem wesentlichen Risiko dieser Geschäfte entlasten.

385

Von Bedeutung ist auch die Finanzierung der Wertpapiererwerbe. Den überwiegenden Teil der für die Durchführung der einzelnen Aktienerwerbe um den Dividendenstichtag benötigten Liquidität erhielt die W von der T-Bank. Dabei wurden zwei gegenläufige Geschäfte abgeschlossen.

386

Alle Aktien, die im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Geschäften stehen, wurden vor oder am Dividendenstichtag mit Dividendenberechtigung („Cum“) gekauft, aber erst nach dem Dividendenstichtag ohne Dividende („Ex“) geliefert

387

Überwiegend handelte es sich im Streitfall um Single Stock Future-Kontrakte, die außerbörslich geschlossen und anschließend über eine sog. OTC (= over the counter)-trade-entry Funktionalität in das System der EUREX eingegeben wurden. Single Stock Futures sind Kaufverträge zur Lieferung und Bezahlung bestimmter Aktien zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt. Diese Geschäfte wurden über Interdealerbroker angebahnt. Zeitgleich mit dem Erwerb der Future-Käufe (Anschaffung), also ebenfalls einige Tage vor dem Hauptversammlungstag, schloss W zudem Future-Kontrakte ex Dividende über den auf die Erfüllung in bar gerichteten Verkauf von Aktien an deutschen Aktiengesellschaften ab (Future-Verkauf). Hierdurch wurde der Future-Kauf abgesichert. Nach Vollzug der Transaktion wurde der Future-Verkauf durch den Erwerb eines entsprechenden Future-Kaufs kompensiert. Zuständig hierfür war die T-Bank. Die Future-Verkäufe wurden erst einige Tage nach dem Dividendenstichtag fällig. Die Future-Käufe cum Dividende wurden noch vor dem Gewinnverwendungsbeschluss der jeweiligen Aktiengesellschaft fällig.

388

Die Abwicklung der Transaktionen erfolgte über die Eurex Clearing AG für alle physisch belieferten Aktien, ferner über die T-Bank Ltd., Australien, als Clearing-Broker für alle Future-Geschäfte mit Barausgleich. Depotbank war die R-Bank, Irland (im Folgenden: R-Bank, Irland), die wiederum Erfüllungsgehilfen aus ihrer Unternehmensgruppe einschaltete. Zu diesen Erfüllungsgehilfen gehörte die R-Bank, Deutschland. Auf dieser Basis stellte R-Bank, Deutschland als Verwahrerstelle der Aktien die entsprechenden Gutschriftsanzeigen (Credit Advices) der jeweils aus den Aktiengeschäften erzielten Dividendenerträge unter Angabe der Abzugsteuern (= Kapitalertragsteuer Solidaritätszuschlag) aus.

389



Die erworbenen Aktien wurden ex Dividende am ex-Tag oder einen Tag nach dem ex-Tag wieder verkauft.

390

Vor diesem Hintergrund hatte der Kläger keine Herrschaft über die streitigen Wertpapiere und konnte die mit dem Innehaben der Wertpapiere verbundenen Rechte nicht in nennenswerter Weise ausüben.

391

So hatte die T-Bank die vollständige Kontrolle über das geschäftliche Verhalten der W im Rahmen eines Control Agreement zwischen ihr, der W, und der V (Asset Manager). Die Geschäfte waren vollständig durch die T-Bank im Rahmen eines Swap-Geschäfts finanziert. Die W war vollständig gegen Kursrisiken des im Rahmen der Futures vereinbarten Aktienerwerbs durch jeweils ein gegenläufiges Geschäft abgesichert. Das Investitionsrisiko wurde vollständig vom Q Fund und den dahinterstehenden Investoren im Rahmen von Equity Performance Contracts getragen.

392

(8) Mithin hat der Kläger bei den streitigen außerbörslichen Aktiengeschäften mit Abschluss der schuldrechtlichen Verträge noch kein wirtschaftliches Eigentum an den Aktien im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung erworben, und ist demzufolge nicht zur Anrechnung der Kapitalertragssteuer auf die originäre Dividende berechtigt.

393

(9) Es sei angemerkt, dass es sich bei außerbörslichen (OTC-)Geschäften um systembedingte Leerverkäufe bzw. -käufe handelt. Über die sog. (OTC)-Trade-Entry-Funktionalität werden die Handelsgeschäfte mithilfe von Handels- und Clearing-Mitgliedern in das Börsen-System eingestellt. Erfüllt werden die Geschäfte über den zentralen Kontrahenten, die Eurex Clearing AG. Wegen der näheren Einzelheiten hierzu und zum mangelnden Erwerb wirtschaftlichen Eigentums wird auf die folgenden Ausführungen Bezug genommen. Da es sich bei außerbörslichen (OTC-)Geschäften um systembedingte Leerverkäufe bzw. -käufe handelt, gelten die folgenden Ausführungen zur mangelnden Begründung wirtschaftlichen Eigentums bei Leerverkäufen auch für sie.

394

#### **Aktiengeschäfte über Börse XETRA**

395

bb. Der Kläger war auch hinsichtlich der börslichen Aktiengeschäfte über XETRA im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung kein wirtschaftlicher Eigentümer. Dabei sind die Besonderheiten des Börsenhandels zu berücksichtigen, die dazu führen, dass die dort erworbenen Aktien von dem zentralen Kontrahenten erworben werden, der grundsätzlich als Leerverkäufer zu qualifizieren ist.

396

(1) Der Wertpapierhandel vollzieht sich seit 2003 unter Einschaltung eines zentralen Kontrahenten (Central Counter Part). Der zentrale Kontrahent wird als Vertragspartei zwischen die beiden Handelsteilnehmer (Käufer und Verkäufer) eingeschoben und unmittelbare Vertragspartei eines jeden Handelsteilnehmers. Der zentrale Kontrahent ist Vertragspartner des Verkäufers der Wertpapiere und Vertragspartner des Käufers der Wertpapiere. Der Verkauf/Kauf von Wertpapieren kommt nicht unmittelbar zwischen Verkäufer und Käufer (als Clearing Mitglieder) zustande. Jedes Clearing-Mitglied kontrahiert ausschließlich mit dem zentralen Kontrahenten, welcher an der Frankfurter Wertpapierbörse die Eurex Clearing AG ist (vgl. Seifert, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., 2019, Rn. 14.292). Der zentrale Kontrahent schließt mit den beteiligten Clearing Mitgliedern spiegelbildidentische Verträge ab. Dadurch haben Clearing Mitglieder immer nur den zentralen Kontrahenten als Vertragspartner. Der zentrale Kontrahent schließt dabei die Verkaufs-/Kaufverträge im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit dem Aktieninhaber/-erwerber ab. Es fehlt daher an jeglicher unmittelbaren Verbindung zwischen dem Aktieninhaber und dem Aktienkäufer (vgl. Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 791). Der zentrale Kontrahent reduziert das Kontrahentenrisiko der Clearing Mitglieder (vgl. Seifert, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., 2019, Rn. 14.292). Als Vertragspartei ist der zentrale Kontrahent für die Erfüllung der Geschäfte verantwortlich (vgl. Horn, WM 2002, Sonderbeilage Nr. 2, Seite 1, 4). Auf schuldrechtlicher Ebene werden sämtliche Forderungen und Verbindlichkeiten bezüglich Geldzahlungen und Wertpapierübertragungen aufgrund von Börsengeschäften eines Handelsteilnehmers in einem bestimmten Wertpapier, getrennt nach Eigen- und Kundenkonto, beim zentralen Kontrahenten gebucht und zu einer Nettoforderung bzw. Nettoverbindlichkeit aufgerechnet (sog. Netting, vgl. Horn, WM 2002, Sonderbeilage Nr. 2, Seite 1, 4 m.w.E.).

397

Der zentrale Kontrahent verfügt über keinen eigenen Aktienbestand und ist damit nicht Aktieninhaber. Unverändert vermittelt Clearstream auch in diesem System als unmittelbarer Besitzer der sammelverwahrten Wertpapiere (§ 5 DepotG) und der Sammelurkunden (§ 9a DepotG) den angeschlossenen Depotbanken den Besitz der Wertpapierbestände die auf den von ihnen geführten Depotkonten ausgewiesen sind (vgl. Horn, WM 2002, Sonderbeilage Nr. 2, Seite 1, Seite 17).

398

Da der zentrale Kontrahent über keinen eigenen Aktienbestand verfügt, ist er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses stets Leerverkäufer (vgl. Spengel/Eisgruber, [DStR 2015, 785, 791](#); Brandis, in FS Gosch, Seite 37, 42). Deshalb geht das wirtschaftliche Eigentum erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktien über (vgl. Spengel/Eisgruber, [DStR 2015, 785, 791](#); so auch FG Hessen, Urteil vom 10. März 2017 - 4 K 977/14, EFG 2017, 656). Zu keinem Zeitpunkt erwirbt der zentrale Kontrahent das wirtschaftliche Eigentum an den Wertpapieren. Im Rahmen der dinglichen Einigung ist er lediglich Erklärungsbote.

399

(2) Von einem Leerverkäufer – etwa dem zentralen Kontrahenten – kann kein wirtschaftliches Eigentum erworben werden.

400

(a) Für eine Entscheidung der Frage, ob der Erwerber von Aktien über den Dividendenstichtag an der Börse bereits vor der zivilrechtlichen Übereignung der Aktien wirtschaftliches Eigentum hieran am Dividendenstichtag erworben hat, ist zu berücksichtigen, dass der steuerrechtlich relevante Erwerb wirtschaftlichen Eigentums nicht nur aus Sicht des Erwerbers („Erwartungshaltung des Marktteilnehmers“) beurteilt werden kann. Gegenstand des wirtschaftlichen Eigentums ist es, dass gegenüber dem bürgerlich-rechtlichen Eigentümer eine rechtlich abgesicherte Position besteht, die es ermöglicht, diesen dauerhaft dergestalt von einer Einwirkung auf das Wirtschaftsgut auszuschließen, dass seinem Herausgabeanspruch bei typischem Verlauf zumindest tatsächlich keine nennenswerte praktische Bedeutung zukommt (Brandis, in FS Gosch, Seite 37, 44; Hennrichs in Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 146, unter Hinweis auf BGH vom 6. November 1995 – II ZR 164/94, NJW 1996, 458).

401

Wenn der BFH auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 1. Februar 2012 – I R 57/10, BStBl II 2012, 407) darauf abstellt, dass es beim Aktienwerb bei üblichem Ablauf der Vereinbarungen zum Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums durch den Käufer kommt, setzt dieses Bild die (untechnische) „Rechtsmacht“ des Verkäufers voraus, auch sofort erfüllen zu können. Unter diesem Gesichtspunkt besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Inhaberverkauf und dem Leerverkauf. Ein Leerverkäufer ist nämlich – im Gegensatz zum Aktieninhaber – nicht in der Lage, sofort erfüllen zu können. Er muss sich die bereits veräußerten Aktien mithilfe eines davon unabhängigen Rechtsgeschäfts mit einem Dritten noch (nachträglich) beschaffen (vgl. Brandis, in FS Gosch, Seite 37, 44). Der Wille der Vertragspartner, den späteren Erfolg des Geschäfts herbeizuführen, reicht für die Begründung bzw. Übertragung wirtschaftlichen Eigentums nicht aus (vgl. Brandis, in FS Gosch, Seite 37, 45).

402

Es ist nicht denkbar, dass der Leerkäufer den Aktieninhaber als zivilrechtlichen Eigentümer dauerhaft von einer Einwirkung auf die Aktien ausschließt, denn der Leerkäufer steht in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Aktieninhaber. Folglich ist er auch nicht in der Lage, den Aktieninhaber von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut auszuschließen. Der Leerverkäufer hat bei Kaufabschluss kein wirtschaftliches Eigentum an den Aktien, das auf den Käufer übergehen könnte. Vielmehr ist der Anteilseigner völlig frei und ungebunden hinsichtlich seiner Aktien (vgl. Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 787). Ihm gegenüber sind weder der Leerverkäufer noch der Leerkäufer in der Position, ihn aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages von der Nutzung und Verwertung der Aktien auszuschließen (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 121). Darüber hinaus ist es beim Erwerb vom Leerverkäufer auch nicht so, dass dem Käufer vom Leerverkäufer die Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können. Dies wäre aber entscheidend, um den Übergang wirtschaftlichen Eigentums auf den Leerkäufer annehmen zu können. Die Gewinnansprüche können dem Käufer schon deshalb nicht entzogen werden, da er zu keinem Zeitpunkt entsprechende Gewinnansprüche gegen die Gesellschaft hat: Was man nicht hat, kann einem nicht entzogen werden (vgl. Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 787; vgl. Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 73, a.a.O.; ders. DStR 2015, 785, 789 f.). Der Käufer hat gegen den Verkäufer einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung, die ihrem Gehalt nach eine Schadensersatzzahlung ist, mehr aber auch nicht (vgl. Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 73, a.a.O.; ders. DStR

2015, 785, 789 f.). Der Gewinnanspruch verbleibt beim zivilrechtlichen Eigentümer und dieser erhält auch tatsächlich die Dividende (vgl. Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 787).

403

Die Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums liegen daher beim Erwerb vom Leerkäufer nicht vor.

404

(b) Die gegenteilige Ansicht des Klägers und ... Prof. Dr. Desens (DStZ 2012, 142; Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode, abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/418578/34337486ca25ab0119bb0adf3a779469/desens-data.pdf>), der diese Auffassung auch anlässlich der öffentlichen Sachverständigenanhörung vor dem 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode am 14. April 2016 vertreten hat (nachzusehen unter: <https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/kw15-pa-4ua-cum-ex/417826>), sowie in Teilen der Literatur und in einem Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken vom 20. Dezember 2002 (abrufbar unter: [https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschaefte/71317/anhang/Anlagezu2017\\_0617759.pdf](https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschaefte/71317/anhang/Anlagezu2017_0617759.pdf)), die einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung auch beim Erwerb vom Leerverkäufer bejaht (vgl. Berger/Matuszewski, BB 2011, 3097; Podewils, FR 2013, 481; Englisch, FR 2010, 1023), würde im Ergebnis zu parallelem mehrfachen wirtschaftlichen Eigentum, also zu einer Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums an derselben Aktie führen (s. i.E. Rau, FR 2011, 366 ff.). Dies aber wäre, wie zuvor dargelegt, systemwidrig und logisch unmöglich.

405

(c) Auch soweit sich der Kläger, ... und Stimmen im Schrifttum zum Erwerb wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer auf das Urteil des BFH vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) beziehen, vermag dies nicht zu überzeugen.

406

(aa) Aus diesem Urteil würde folgen – so jene Auffassung –, dass das wirtschaftliche Eigentum bei Aktien mit dem schuldrechtlichen Vertragsabschluss übergehe und dass dies auch für den Fall des Leerverkaufs gelte (vgl. Berger/Matuszewski, BB 2011, 3097 ff.; Desens, DStZ 2012, 142 ff.; ders., DStR 2012, 2473 ff.; ders., DStZ 2014, 154 ff.; Englisch, FR 2010, 1023 ff.; Klein, BB 2013, 1054 ff.; ders., BB 2015, 726 ff., 731; Podewils, FR 2011, 69 ff.). Mit dem Gesichtspunkt, dass der Wortlaut des § 39 AO erfordert, dass der wirtschaftliche Eigentümer in der Lage sein muss, den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf die Aktie ausschließen zu können, setzt sich keiner der Autoren auseinander (vgl. Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 70, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2\\_spenkel-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spenkel-data.pdf); ders., DStR 2015, 785, 788).

407

(bb) Indes lässt sich aus der Entscheidung des BFH vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) nicht die vom Kläger und dem entsprechenden Teil des Schrifttums vertretene Auffassung ableiten. Die Entscheidung des BFH vom 15. Dezember 1999 betraf einen Dividendenstripping-Sachverhalt, bei dem ein Aktieninhaber die Aktien unmittelbar vor dem Dividendenstichtag über die Börse an einen Erwerber cum Dividendenanspruch verkaufte, die Aktien dann jedoch nach dem Dividendenstichtag ex Dividendenanspruch geliefert wurden und der Käufer die Aktien sofort weiter- bzw. zurückverkaufte. Streitig war in diesem dem Urteil des BFH zugrundeliegenden Fall, ob der Erwerber überhaupt wirtschaftliches Eigentum erwerben konnte oder ob dieses beim Veräußerer und Rückerwerber verblieb. Der BFH gelangte zu dem Ergebnis, dass der Erwerber wirtschaftliches Eigentum erworben hatte. Der Kläger und die entsprechenden Stimmen im Schrifttum, die den Erwerb wirtschaftlichen Eigentums bzw. auch eine Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums aus dieser Entscheidung ableiten, verkennen, dass der BFH seine Entscheidung nicht auf die von ihnen hervorgehobenen Aspekte reduziert hat, sondern dass die Entscheidung vielmehr in ein Begründungskonzept eingebettet ist, das mit dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 AO beginnt. Dem Urteil ist an keiner Stelle zu entnehmen, dass der BFH die Norm gegen ihren klaren Wortlaut auslegen wollte. Wäre das der Wille des Bundesfinanzhofs gewesen, hätte er dies festgestellt und entsprechend begründet (vgl. mit näherer Begründung Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 73, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2\\_spenkel-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spenkel-data.pdf); ders., DStR 2015, 785, 789).

408

(cc) Auch verkennt der Kläger bei der Berufung auf das Urteil des BFH vom 15. Dezember 1999, dass dort, wie zuvor dargelegt, die Aktien im Depot des Verkäufers als Bestand vorhanden gewesen und dieser über den berechtigten Besitz zivilrechtlicher Eigentümer gewesen sein dürften.

409

(dd) Darüber hinaus geht der BFH in seinem Urteil vom 15. Dezember 1999 davon aus, dass die originäre Dividendenzahlung nicht mehr entzogen werden kann. Im Falle eines Leerverkaufs erhält der Käufer jedoch keine Dividende, sondern eine Dividendenkompensationszahlung, die im Ergebnis nichts anderes als eine Schadensersatzzahlung ist (vgl. hierzu im Einzelnen Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 73, 20 f., a.a.O.; ders., DStR 2015, 785, 789). Der Dividendenanspruch steht dem zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien zu und dieser erhält auch tatsächlich die Dividende. In der vom BFH entschiedenen Inhaberverkaufskonstellation verhält es sich anders. Dort erhält der Aktieninhaber die Dividende wirtschaftlich gerade nicht mehr ausgezahlt, diese wird aufgrund der Börsenusancen an den Käufer gezahlt, der eine echte Nettodividende erhält (vgl. hierzu im Einzelnen Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 74, 22 f., a.a.O.; ders., DStR 2015, 785, 789). Das bedeutet, dass die Dividendenansprüche in dieser Situation wirtschaftlich dem Käufer zustehen, sie erreichen den Aktieninhaber bzw. Verkäufer wirtschaftlich nicht mehr. Beim Leerverkaufsfall ist das anders. Hier behält der zivilrechtliche Aktieninhaber die Gewinnansprüche. Die gesetzliche Fiktion in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG vermag hieran – wie bereits dargelegt – nichts zu ändern.

(ee) Letztlich vertritt der BFH in seiner Entscheidung vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) also lediglich die Auffassung, dass es möglich ist, dass bei Veräußerungsgeschäften, die durch den Aktieninhaber über Börsen abgewickelt werden, das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien bereits vor deren tatsächlicher Lieferung auf den Käufer übergehen kann. Zur Begründung dieser Sichtweise zum wirtschaftlichen Eigentum berücksichtigt er die Gesamtumstände. Dabei legt er besonderes Augenmerk darauf, dass aus diesen Gesamtumständen bei der Veräußerung von Aktien über die deutsche Börse nach den einschlägigen Börsenusancen und den üblichen Abläufen auf der Basis der getroffenen Vereinbarungen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden könnten. Einen Erwerb wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer oder sogar eine hierdurch mögliche Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums lässt sich aus dieser Entscheidung nicht herauslesen; das ist im Übrigen auch – wie bereits dargelegt – „logisch unmöglich“ (vgl. Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 74, a.a.O.; ders., DStR 2015, 785, 790).

(ff) Diese Entscheidung des Bundesfinanzhofs ist aus dem Wortlaut des § 39 AO abgeleitet. Die Entscheidung ist nicht zwingend, aber grundsätzlich nachvollziehbar, denn aus den Gesamtumständen konnte sich zumindest bei Inhaberverkäufen – nicht aber bei Leerverkäufen – über eine deutsche Börse aufgrund der Besonderheiten der Börsenusancen (vgl. hierzu im Einzelnen Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 74, dort insb. auch Fn. 210, Seite 22 f., a.a.O.) ergeben, dass der Käufer den zivilrechtlichen Eigentümer (hier den Inhaberverkäufer) schon vor Erhalt des zivilrechtlichen Eigentums zumindest wirtschaftlich von der Einwirkung auf den Erwerbsgegenstand (d.h. die Aktie) ausschließen kann (vgl. Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 74, a.a.O.; ders., DStR 2015, 785, 790). Bei Leerverkäufen ist aber nach den Grundsätzen dieser Entscheidung kein Erwerb wirtschaftlichen Eigentums zum Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Geschäftes möglich. Der Bundesfinanzhof hat dies auch in der Folgezeit nicht entschieden, er hielt stets an den Grundsätzen seiner Entscheidung vom 15. Dezember 1999 fest (vgl. BFH-Urteile vom 20. November 2007 - I R 85/05, BStBl II 2013, 287; vom 20. November 2007 - I R 102/05, IStR 2008, 336 ff.; vom 16. April 2014 - I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813 ff.).

(d) Nichts anderes zum (Nicht-)Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums ergibt sich aus dem von den Beteiligten zitierten BFH-Urteil vom 16. April 2014 (I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813). Der BFH hat dort die Frage, ob der Leerverkäufer wirtschaftliches Eigentum an den Aktien vor deren Lieferung erwerben kann, erstmals ausdrücklich angesprochen, jedoch nicht entschieden. Die Frage war für den BFH nicht entscheidungserheblich. Denn im Urteilsfall war aufgrund des Gesamtkonzeptes der Erwerb wirtschaftlichen Eigentums von vornherein aus anderen Gründen ausgeschlossen (so auch Spengel, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode vom 28. Juli 2016, Seite 75, a.a.O.; ders., DStR 2015, 785, 790).

(e) Soweit der Kläger geltend macht, dass er als Käufer der Aktien nicht erkennen könne, ob er die Wertpapiere von einem „Bestandsverkäufer“ oder von einem „Leerverkäufer“ erworben habe, so dass er in beiden Situationen ab dem Zeitpunkt des schuldrechtlichen Kaufvertrags als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen werden müsse, ist dies nicht zutreffend. Die Besteuerung knüpft – wie bereits dargelegt – an objektive Sachverhalte an.

414

(f) Soweit der Kläger der Auffassung ist, dass der Gesetzgeber des Jahressteuergesetzes 2007 in seiner Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/2712, Seite 47 f.) die Richtigkeit der Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums an den Käufer beim Leerverkauf unterstelle, vermag dies nicht zu überzeugen. Zum einen ist insoweit auf die Ausführungen zur Begründung vervielfachten wirtschaftlichen Eigentums in Abschnitt II.2.c.aa.(5)(e) Bezug zu nehmen. Darüber hinaus sind insoweit jedoch auch folgende Gesichtspunkte zu bedenken:

415

(aa) Die Gesetzesbegründung – die an eine Formulierungshilfe des Bundesverbandes Deutscher Banken (vgl. Schreiben an das Bundesministerium für Finanzen vom 20. Dezember 2002, abrufbar unter: [https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschafte/71317/anhang/Anlagezu2017\\_0617759.pdf](https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschafte/71317/anhang/Anlagezu2017_0617759.pdf)) angelehnt war – wollte der Sorge Rechnung tragen, dass der Erwerber beim Leerverkauf für die von ihm erhaltene Dividendenkompensation ebenfalls einen Anspruch auf Anrechnung der Kapitalertragsteuer geltend machen konnte, ohne dass hierfür Kapitalertragsteuer abgeführt wurde (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 122). Die Gesetzesänderung von 2007 erfolgte auf der Grundlage einer unsicheren Rechtslage und war darauf angelegt, ein stimmiges System zu etablieren, in dem einerseits zweimal Kapitalertragsteuer abgeführt und andererseits auch zweimal Kapitalertragsteuer angerechnet wird. Dieses neue System war in sich völlig logisch (Schön, RdF 2015, 115, 122). Es beinhaltete allerdings nicht die rückwirkende Bestätigung der Annahme, dass der Leerkäufer von einem Nichtberechtigten wirtschaftliches Eigentum erwirbt (Schön, RdF 2015, 115, 122). Vielmehr hat der Gesetzgeber an den dafür wesentlichen gesetzlichen Tatbeständen in § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1, Abs. 2a bzw. Abs. 5 EStG und § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO keinerlei Änderung vorgenommen.

416

(bb) Die vom Kläger und den entsprechenden Stimmen des Schrifttums zitierten Passagen der Gesetzesbegründung bezeichnen lediglich eine steuerliche Risikolage, die sich daraus ergibt, dass in der Börsen- und Bankenpraxis Kompensationszahlungen von Nichteigentümern und solche von Eigentümern abwicklungstechnisch gleichmäßig erfasst werden (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 122). Schon im Allgemeinen Teil der Regierungsbegründung wird vielmehr an anderer Stelle deutlich, dass die Ausführungen nicht im Sinne einer gesetzlichen Bestätigung der Verdoppelung wirtschaftlichen Eigentums bzw. des Erwerbs wirtschaftlichen Eigentums vom Leerverkäufer verstanden werden können. Bereits die Formulierung

417

„behilft sich die Wertpapierpraxis damit, dass alle Erwerber in vollem Umfang als Bezieher der Dividende behandelt werden“ (BT-Drucks. 16/2712, Seite 47)

macht deutlich, dass nicht das objektive Recht, sondern die Wertpapierpraxis, also die Bank- und Börsenpraxis, hier eine Gleichstellung von Leerverkauf und Bestandsverkauf vorgenommen hat. Wenn sich aber die Wertpapierpraxis damit „behelfen“ muss, die Erwerber so zu behandeln, als ob es sich um Bezieher der Dividende handelt, kann daraus nur der Schluss gezogen werden, dass sie es nach dem Gesetz tatsächlich nicht sind (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 122). Zudem ist es unrichtig, aus der Formulierung in der Gesetzesbegründung

„Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen insoweit verringert werden, als das inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut des Leerverkäufers zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet wird“ (BT-Drucks. 16/2712, Seite 47)

zu schließen, dass der Gesetzgeber die Leerverkaufsgestaltungen als legal betrachtet hat oder gar legalisieren wollte. Vielmehr wollte die Gesetzesbegründung deutlich machen, dass mit der neuen Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG nicht alle abstrakt bestehenden Gefahren für das Steueraufkommen beseitigt werden können, die sich aus der tatsächlichen Abwicklungspraxis der Kreditinstitute und der Wertpapiersammelbank ergeben (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 122). Der Gesetzgeber war vielmehr bemüht, insbesondere für den Verkauf über inländische Banken für alle Beteiligten Rechtssicherheit zu erzeugen, und ist damit einer Anregung des Bundesverbandes Deutscher Banken (vgl. Schreiben an das Bundesministerium für Finanzen vom 20. Dezember 2002, abrufbar unter: [https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschafte/71317/anhang/Anlagezu2017\\_0617759.pdf](https://fragdenstaat.de/anfrage/formulierungsvorschlag-bankenverband-cum-ex-geschafte/71317/anhang/Anlagezu2017_0617759.pdf)) nachgekommen. Eine Interpretation der bis dahin (und auch weiter) geltenden Gesetzeslage für Dividendeneinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG war damit nicht verbunden (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 122).

(cc) Die Annahme, der Leerkäufer beziehe als wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien eine mit Anrechnungsanspruch verbundene Dividendenzahlung, steht außerdem im Gegensatz zu den Ausführungen, die in der Gesetzesbegründung zu den Regelungen im Einzelnen getroffen werden (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 123). Danach erfasst der mit dem Jahressteuergesetz 2007 eingefügte § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG „nicht die vom Emittenten gezahlte Dividende“, sondern es handelt sich um eine Ausgleichszahlung des Veräußerers der Aktien. Es wird zudem ausgeführt, dass es sich nicht um einen „sonstigen Bezug aus der Aktie selbst“ handelt, sondern um eigenständige Einnahmen „an Stelle der Dividende“. Danach bezieht der Leerkäufer gerade keine Dividendenzahlung verbunden mit dem Anrechnungsanspruch auf die Kapitalertragsteuer, die durch die ausschüttende Aktiengesellschaft abgeführt wurde. Wenn der Käufer aus einem Leerverkauf keine echte Dividende, sondern nur eine Kompensationszahlung erhält, dann wird damit zugleich klargestellt, dass der Leerkäufer nicht diejenige Person ist, die als „Anteilseigner“ im Sinne von § 20 Abs. 5 EStG persönlich die Dividenden nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG bezieht (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 123).



Diese Sichtweise fand schließlich Eingang in den einzig maßgebenden Gesetzeswortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 123):

423

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

424

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG bestätigt damit keine frühere – der Gestaltungspraxis günstige – Auslegung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG, sondern begründet konstitutiv (vgl. v. Beckerath, in Kirchhof, EStG, § 20 EStG, Rn. 56; Intemann, in: Herrmann/ Heuer/ Raupach, EStG/ KStG, § 20 EStG, Rn. 110) einen zusätzlichen Einnahmetatbestand, nämlich den Bezug von Kompensationszahlungen, „wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert werden“. Damit sollte insbesondere die Situation des Leerverkaufs erfasst und einer eigenständigen Kapitalertragsteuerpflicht unterworfen werden.

425

(dd) Auch der BFH hebt in seinem Urteil vom 16. April 2014 (I R 2/12) hervor, dass es sich bei der Besteuerung von Dividenden und der Besteuerung von Kompensationsleistungen um zwei „alternativ“ zu prüfende Steuertatbestände handelt (Urteil vom 16. April 2014 - I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813). Es ist bezeichnend, dass diejenigen Autoren, die bei Anwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO – unrichtig – eine Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums beim Leerverkauf propagieren, dem neuen, 2007 eingeführten § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG weitgehend einen „Leerlauf“ unterstellen (so Desens, DStZ 2012, 142, 145; Hahne, DStR 2007, 605, 609; Podewils/Zink, AG 2010, 391, 394; anders jetzt unter dem Eindruck des BFH-Urteils von 16. April 2014 Desens, DStR 2014, 2317, 2321; zweifelnd Rau, DStR 2013, 838, 841). Der Wortlaut dieser Norm setzt für die objektive Steuerpflicht voraus, dass diese Kompensationszahlungen „von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden“. Das Gesetz geht also von einer wechselseitigen Exklusivität des Bezugs von Dividenden durch den Anteilseigner (= wirtschaftlicher Eigentümer) und des Bezugs von „Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden“ aus (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 123). Satz 1 und Satz 4 des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG betreffen sowohl unterschiedliche Steuersubjekte (Anteilseigner/ Anderer) als auch unterschiedliche Steuerobjekte (Gewinnanteile/ Kompensationszahlungen). Die Vorschrift setzt damit voraus, dass der Empfänger der Aktien und Kompensationszahlungen beim „Leerverkauf“ gerade nicht Anteilseigner/wirtschaftlicher Eigentümer der zugrunde liegenden Wertpapiere ist (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 123; Bruns, DStZ 2012, 333, 334 f.; Hahne, DStR 2007, 605, 606).

426

(ee) Die Auffassung, es gebe am Dividendenstichtag zwei Personen, denen die Dividende einschließlich des Anrechnungsanspruchs zuzuordnen ist – nämlich den Aktieninhaber und den Leerkäufer – findet angesichts dessen keine überzeugende Grundlage in der Gesetzesbegründung und erst recht nicht im allein maßgeblichen Gesetzeswortlaut. Dem Gesetzgeber kann deshalb – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht unterstellt

werden, er habe mit dem Jahressteuergesetz 2007 die mehrfache Anrechnung einmal abgeführter Kapitalertragsteuer gebilligt. Die Ansicht, auch der Leerkäufer sei als Bezieher der Dividendenzahlung anzusehen, verbunden mit dem Anspruch auf Erstattung der durch die ausschüttende Aktiengesellschaft abgeführten Kapitalertragsteuer, findet im Gesetzeswortlaut keine Grundlage (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 123).

427

(g) Der Einwand, dass Leerverkäufe an der Börse unzulässig sind (vgl. Klein, BB 2016, 2200, 2202 f.), verfängt dagegen nicht. Denn hiernach sind nur ungedeckte Leerverkäufe unzulässig. Die vorstehenden Erwägungen gelten aber auch für gedeckte Leerverkäufe, die an der Börse indes zulässig sind.

428

(h) Vor diesem Hintergrund hatte der Kläger bei den streitigen Wertpapierkäufen über die Börse XETRA mit Lieferung nach dem Dividendenstichtag am Tag der Dividendenausschüttung kein wirtschaftliches Eigentum an den Wertpapieren.

429

(3) Aber auch, wenn man auf die Gesamtheit der Verkäufer und Käufer abstellen wollte, und davon ausgehen wollte, dass jede Kauforder aufgrund der Modalitäten der Börse und der Einschaltung des zentralen Kontrahenten auch tatsächlich erfüllt wird, würde eine solche Durchgriffsbetrachtung im Rahmen der „Vertragskette“ im Streitfall nicht dazu führen, dass das wirtschaftliche Eigentum vom Aktienverkäufer bereits vor dem Zeitpunkt der tatsächlichen Belieferung nach dem Dividendenstichtag, insbesondere am Dividendenstichtag, auf den Aktienkäufer übergegangen ist.

430

Die Grundsätze des BFH-Urteils vom 19. Dezember 1999 (I R 29/97, BStBl II 2000, 527) sind dabei nicht anwendbar. Zwar handelt es sich bei den Geschäften über den zentralen Kontrahenten um Börsengeschäfte, so dass – wie auch von dem Kläger vertreten – die Schlussfolgerung gezogen werden könnte, dass diese Rechtsprechung zu übertragen sei. Allerdings ist das BFH-Urteil zu einem Sachverhalt aus den Jahren 1989 bis 1991 ergangen. Das diese Entscheidung bestätigende Urteil vom 20. November 2007 (I R 85/05, BStBl II 2013, 287) betrifft mit dem Streitjahr 1988 ein noch älteres Jahr. In diesen Streitjahren gab es noch nicht den zentralen Kontrahenten und das Netting an der Frankfurter Wertpapierbörse. Der zentrale Kontrahent und das Netting wurden dort erst am 27. März 2003 eingeführt.

431

Im Rahmen des „Nettings“ werden die Gesamtbestände der gehandelten Wertpapiere je Wertpapiergattung zusammengeführt und verrechnet. Dabei ist nicht feststellbar, von welchem Verkäufer auf welchen Käufer die Wertpapiere jeweils übergegangen sind. Es mangelt an einer Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums zu einer bestimmten Person. Selbst wenn man einen sog. Sammelübergang des wirtschaftlichen Eigentums an den übertragenen Aktien von allen am „Netting“ beteiligten Wertpapierverkäufern auf alle Wertpapierkäufer dem Grunde nach zulassen würde, scheitert der Eigentumsübergang, da nicht sichergestellt ist, dass bei allen am „Netting“ einbezogenen Wertpapieren das Eigentum

nach den obigen Grundsätzen übertragen wird. Ist nur einer der Verkäufer ein institutioneller Leerverkäufer, so ist – unabhängig davon, ob es sich um einen gedeckten oder ungedeckten Leerverkauf handelt – allein durch die Wertpapierkaufverträge noch nicht gewährleistet, dass in Höhe dieses Anteils am über den zentralen Kontrahenten verkauften Wertpapierbestand die weitere Verfügung des Wertpapierinhabers über die Wertpapiere ausgeschlossen ist. Entsprechende Sicherungsmechanismen, die eine weitere wirksame Verfügung des Wertpapierinhabers verhindern, bestehen bei den börslichen Geschäften eines institutionellen Anlegers über den zentralen Kontrahenten nicht (so auch FG Hessen, 4 K 977/14, EFG 2017, 656).

432

(4) Ungeachtet dessen, dass nach Überzeugung des Senats Aktienerwerbe über den zentralen Kontrahenten an der Börse Erwerbe vom Leerverkäufer darstellen, ist im Streitfall zudem nicht auszuschließen, dass der Kläger – blendet man den zentralen Kontrahenten aus – in der „Erwerbsskette“ und bei einer Durchgriffsbetrachtung auch ganz konkret von einem Leerverkäufer erworben hat. Dies hat zur Folge, dass das wirtschaftliche Eigentum auch insoweit nicht mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages übergegangen ist.

433

(a) Der Kläger bestreitet den konkreten Erwerb vom Leerverkäufer bzw. trägt vor, dass sich nicht nachvollziehen lasse, ob er die Aktien von einem Bestandsverkäufer oder von einem Leerverkäufer erworben habe.

434

Im Ergebnis bleibt unklar (und lässt sich nicht aufklären), ob der Kläger – wie er auch selbst geltend macht – vom Bestands- oder vom Leerverkäufer erworben hat. Daher ist unter dem Gesichtspunkt des konkreten Erwerbs vom Leerverkäufer auf die Feststellungs- und Beweislast abzustellen.

435

(b) Bei nicht mehr behebbarer Ungewissheit über den Sachverhalt kommen die Grundsätze der Beweislastverteilung zum Tragen.

436

(aa) Über die steuerlichen Folgen der Unerweislichkeit einer Tatsache wird nach dem sog. „Normenbegünstigungsprinzip“ entschieden. Bei der Frage, wen die Feststellungslast trifft, wird auf die materiell-rechtliche Regelung rekurriert. Dabei ist zu differenzieren zwischen steuerbegründenden und steuererhöhenden Tatsachen einerseits und steuermindernden Tatsachen andererseits. Die Feststellungslast für steuerbegründende und steuererhöhende Tatsachen trägt die Finanzverwaltung. Die Feststellungslast für steuermindernde Tatsachen trägt hingegen der Steuerpflichtige (vgl. grundlegend BFH, Urteil vom 28.1.1971, V R 101/70, BStBl II 1971, 218).

437

(bb) Es obliegt im Rahmen der Mitwirkungspflicht zunächst dem Aktienkäufer – im Streitfall also dem Kläger – bei Geschäften über den zentralen Kontrahenten zum Nachweis des Erwerbs wirtschaftlichen Eigentums als Voraussetzung der Kapitalertragsteuer-Erstattung den Aktienverkäufer zu benennen, der an den zentralen Kontrahenten geliefert hat. Bleibt ungeklärt, ob es sich um einen Inhaberverkäufer oder um einen Leerverkäufer handelt, ist die Erstattung zu versagen.

438

(cc) Dem steht nicht entgegen, dass es – wie auch der Kläger vorträgt – bei Geschäften über den zentralen Kontrahenten praktisch unmöglich ist, zu ermitteln, von welchem Verkäufer ein Käufer seine Wertpapiere bezogen hat. Diese praktische Unmöglichkeit folgt daraus, dass der zentrale Kontrahent sämtliche Verkaufs- und sämtliche Kauforder bündelt, die dann im Rahmen des Nettings in ihrer Gesamtheit verrechnet und schließlich in den Kundendepots verbucht werden.

439

Im Streitfall hat der Beklagte im Rahmen seiner Ermittlungen versucht, die Veräußerungsketten und damit die Vertragspartner des Klägers zu ermitteln. Dies ist ihm jedoch nicht gelungen. Der Kläger trägt selbst vor, dass es praktisch unmöglich ist, zu ermitteln, ob die Wertpapiere von einem Inhaber- oder Leerverkäufer erworben wurden. Dies entspricht auch der Auffassung des Senats. Folglich ist nach Beweislastgrundsätzen zu entscheiden.

440

(dd) Die Beweislastverteilung nach dem „Normenbegünstigungsprinzip“ ist auch konkret im Streitfall nicht zu beanstanden, da es keinen überzeugenden Grund dafür gibt, die Beweislast für steuermindernde Tatsachen in diesen Fällen ausnahmsweise der Finanzbehörde – und folglich mit Wirkung zum Nachteil der Allgemeinheit – aufzuerlegen. Der Finanzverwaltung ist der Beweis praktisch genauso unmöglich. Die Risikoverteilung der Nachweispflicht zu Lasten des Aktienerwerbers bei Geschäften über den zentralen Kontrahenten ist sachgerecht. Denn Personen, die solche Geschäfte – insbesondere solche wie im Streitfall geartete Geschäfte mit besonderen Strukturen, Sicherungs- und Finanzierungsmechanismen über den Dividendenstichtag – vornehmen, wissen, dass das Gesetz in § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG bereits nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut als Erstattungsvoraussetzung fordert, dass sie Gläubiger der Kapitalerträge und damit zumindest wirtschaftlicher Eigentümer im Zeitpunkt des Dividendenstichtags sein müssen. Auch wissen sie bzw. müssen sie wissen, dass es nach den allgemeinen Beweislastgrundregeln ihnen obliegt, die steuermindernde Tatsache zu beweisen, dass sie das wirtschaftliche Eigentum im Zeitpunkt des Dividendenstichtags erworben hatten. Wer trotz dieser Kenntnis Geschäfte mit anonymen Vertragspartnern – insbesondere solche wie im Streitfall geartete Geschäfte mit besonderen Strukturen, Sicherungs- und Finanzierungsmechanismen über den Dividendenstichtag – tätigt, muss im Zweifel das Risiko tragen, dass er den Nachweis des Erwerbs wirtschaftlichen Eigentums nicht erbringen kann. Entscheidet sich der Anleger dennoch für das Geschäft, weiß er, was er tut und ist nicht schutzwürdig (vgl. FG Hessen, Urteil vom 10. März 2017 – 4 K 977/14, EFG 2017, 656; Spengel/Eisgruber, [DStR 2015, 785](#)).

441

Außerdem ist zu bedenken, dass anderenfalls die Besteuerung nicht durch die objektiven steuergesetzlichen Vorschriften, sondern über die „Usancen“ des Marktes gesteuert würden, in dem verfügbare Informationen über die Herkunft von Aktien letztlich aus Kosten- oder Praktikabilitätsgründen nicht genutzt werden (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 128). Das aus dieser Abwicklungstechnik resultierende Risiko kann der Markt aber nicht auf den Fiskus und damit auf die Gesamtheit der Steuerzahler verlagern (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 128).

442

(ee) Vor diesem Hintergrund vermag also auch unter dem Gesichtspunkt der Frage, ob der Kläger auch ganz konkret – blendet man den zentralen Kontrahenten aus – von einem Leerverkäufer erworben hat, ein Erstattungsanspruch nicht begründet werden. Insoweit ist nach Feststellungs- und Beweislastgrundsätzen zu Lasten des Klägers zu entscheiden.

443

### **Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer**

444

III. Ungeachtet dessen, dass der Kläger schon nicht als Gläubiger der Kapitalerträge anzusehen ist, ist die begehrte Kapitalertragsteuererstattung aber darüber hinaus auch deshalb zu versagen, weil die Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG, nämlich des Einhalts und der Abführung der Kapitalertragsteuer nicht erfüllt sind bzw. nicht zur hinreichenden Überzeugung des Senats erfüllt sind.

445

§ 50d Abs. 1 Satz 2 EStG fordert, dass die Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde (vgl. hierzu auch BFH-Urteil vom 24. August 2011 – I R 85/10, BFH/NV 2012, 559; Vorinstanz FG Köln, Urteil vom 23. Juni 2010 – 2 K 1274/06, EFG 2011, 334).

446

1. Dabei reicht es nicht aus, dass „irgendeine“ Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde. Vielmehr müsste sie für Rechnung des Klägers als Gläubiger der Kapitalerträge einbehalten und abgeführt worden sein.

447

a. Bei einer Abzugssteuer handelt es sich nämlich um eine verfahrensrechtlich spezielle Ausgestaltung der Einkommensteuer, die in materiell-rechtlicher Hinsicht eine Vorauszahlung der Einkommensteuer durch den Vergütungsgläubiger (als Steuerschuldner) darstellt, welche aber vom Schuldner der Vergütung einbehalten und abgeführt wird. Die Kapitalertragsteuer wird daher – wie § 44 Abs. 1 Satz 1 EStG eindeutig vorsieht – vom „Gläubiger der Kapitalerträge“ geschuldet. Der Abzug wird hingegen – wie § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG ebenso eindeutig vorsieht – vom „Schuldner der Kapitalerträge ... für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge“ vorgenommen. Damit ist die materiell-rechtliche Grundlage für die Erstattung der Kapitalertragsteuer klar: Es muss sich um eine Kapitalertragsteuer handeln, die „für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge“ einbehalten und abgeführt

worden ist (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 124; Lammers, in Herrmann/ Heuer/ Raupach, EStG/KStG, § 36 EStG, Rn. 43).

448

b. Dabei ist zu differenzieren, ob der Käufer die Aktien von einem Bestands- oder von einem Leerverkäufer erworben hat, also danach, ob der Käufer Dividenden im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder Dividendenkompensationszahlungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG bezogen hat.

449

aa. Für den Fall der Dividendenzahlungen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG wird die Kapitalertragsteuer von der ausschüttenden Körperschaft „für Rechnung“ des Anteilseigners als des Gläubigers der Dividendenzahlungen erhoben. Damit wird implizit auch das „wirtschaftliche Eigentum“ an den Aktien in Bezug genommen: Wenn ein anderer als der rechtliche Eigentümer der Aktien als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen ist, ist die Kapitalertragsteuer „für Rechnung“ des wirtschaftlichen Eigentümers abgeführt worden (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 124 f.). Das setzt allerdings voraus, dass der Erwerber die Aktien von einem Bestandsverkäufer erworben hat.

450

bb. Etwas anderes gilt beim Erwerb der Aktien vom Leerverkäufer, wenn die Lieferung der cum Dividende geschuldeten Aktie nach dem Dividendenstichtag durch Lieferung aus dem Bestand eines Dritten ex Dividende erfolgt. Dann hat der Emittent nämlich nicht für Rechnung des Leerkäufers die Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 125).

451

Auf Dividendenkompensationszahlungen im Leerverkauf wurde bis zum Jahre 2007 keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt. Zum 1. Januar 2007 führte der Gesetzgeber mit dem Jahressteuergesetz 2007 eine Regelung in das Einkommensteuergesetz ein, die die Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer bei Dividendenkompensationszahlungen im Leerverkauf sicherstellen sollte. So ist in der zum 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Regelung in § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG vorgesehen, dass „in den Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 das für den Verkäufer der Aktien den Verkauf ausführende inländische Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut“ den Steuerabzug vornimmt. Daran ändert auch nichts die Tatsache, dass die Depotbank des Käufers, wenn sie nach § 45a Abs. 3 Satz 1 EStG die Steuerbescheinigung ausstellt, nach § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG in diesem Dokument den Emittenten als Schuldner fingiert. Diese Bezeichnung besitzt im Rahmen der Dokumentation einen Hilfscharakter für die praktische Abwicklung der Dividendenbesteuerung; sie ändert nichts daran, dass es materiell-rechtlich bei Dividendenkompensationszahlungen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG für die Erhebung der Kapitalertragsteuer ausschließlich auf die Depotbank des Verkäufers ankommt (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 125).

452

Bei einer Beteiligung von Auslandsbanken deuten die Umstände regelmäßig darauf hin, dass ein solcher Steuerabzug nicht stattgefunden hat. Ein ausländisches Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut ist gerade nicht gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3, 3. Alt. EStG verpflichtet, Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung einzubehalten und abzuführen. Dann ist genau der Fall gegeben, der auch nach der im Jahre 2007 in Kraft getretenen Regelung der Dividendenkompensationen nicht zur Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer führte (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 126).

453

cc. Im Streitfall hat der Kläger die Wertpapiere überwiegend außerbörslich (OTC) und im Übrigen über die Börse erworben. Es besteht auch keine unmittelbare Verbindung zwischen dem Aktieninhaber und dem Aktienkäufer. Wie zuvor dargelegt, sind beide Erwerbsformen als Leerkäufe zu qualifizieren.

454

Die Eurex Clearing AG als zentraler Kontrahent ist – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht dazu verpflichtet, Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen. Hierzu verpflichtet sind lediglich Institute, die die Bestände ihrer Kunden überprüfen und dementsprechend die Pflichten des Steuereinhalts wahrnehmen können.

455

Demensprechend hat auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft O die Eurex Clearing AG mit Schreiben vom 8. Januar 2018 bestätigt, dass sie in der Dividendensaison 2011 keine Kapitalertragsteuer auf Market-Claims-Zahlungen einbehalten und abgeführt hat (vgl. Hauptakte der Staatsanwaltschaft Bl. 22805).

456

Ob die vom Kläger erworbenen Aktien von Inhabern oder Leerverkäufern stammen, lässt sich bei Einschaltung des zentralen Kontrahenten nicht feststellen. Folglich lässt sich nicht feststellen, ob tatsächlich Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde. Es lässt sich noch nicht einmal feststellen, ob die erworbenen Aktien aus einem inländischen oder ausländischen Depot stammen. Stammen die erworbenen Aktien aus einem ausländischen Depot bestand für die Depotbank noch nicht einmal die Pflicht, Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen, so dass es in dieser Konstellation nicht nur nicht feststellbar ist, ob Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde, sondern sogar sehr naheliegend ist, dass keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde.

457

Dass der Emittent – wie der Kläger vorträgt – die Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt hat, ist insoweit ohne Bedeutung. Denn die Kapitalertragsteuer ist nicht nur vom Emittenten, sondern bei Erwerb vom Leerverkäufer über den Dividendenstichtag auch von diesem bzw. seiner Depotbank einzubehalten und abzuführen. Wenn der Kläger vom Leerverkäufer erworben hat, dann müsste das Wertpapierdepot des Leerverkäufers Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlung einbehalten und abführen. Der Emittent hat die Kapitalertragsteuer dann nicht auf seine Rechnung einbehalten und abgeführt.

dd. Auch der Einwand des Klägers, dass mit der Erstattung keine doppelte Erstattung erfolge, verfährt nicht. Ungeachtet dessen, ob dies tatsächlich zutrifft, kann dies nicht das Erfordernis der Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer ersetzen. § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG setzt die positive Feststellung voraus, dass Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde, und nicht, dass bislang noch keine Kapitalertragsteuer erstattet wurde. Würde man darauf abstellen, dass noch keine Kapitalertragsteuer erstattet wurde, wäre nicht sichergestellt, dass tatsächlich bereits Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt worden wäre. Eine nicht durch Einbehalt und Abführung von Kapitalertragsteuer gedeckte Erstattung wäre denkbar. Lediglich Mehrfacherstattungen würden vermieden. Das entspricht jedoch nicht der Regelung des Gesetzes.

ee. Bei einem Erstattungsbegehren gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG ist außerdem der klare und eindeutige Wortlaut der Norm zu berücksichtigen. Der Gesetzeswortlaut belässt keinen Zweifel daran, dass die Erstattung nicht nur erfordert, dass die Abzugsteuer einbehalten, sondern dass sie auch tatsächlich an das Finanzamt abgeführt worden sein muss. Dies allein korrespondiert mit dem in § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG angelegten Zweck der Abzugsteuer, das inländische Besteuerungssubstrat (vorerst) zu sichern und die (nachfolgende) Erstattung von einer näheren Prüfung der Erstattungsvoraussetzungen abhängig zu machen (vgl. BFH-Urteil vom 24. August 2011 – I R 85/10, BFH/NV 2012, 559; Rn. 12). Dies allein steht überdies in Einklang mit den weiteren Regelungen des § 50d Abs. 1 EStG: Nach dessen Satz 6 kann die Auszahlung des Erstattungsanspruchs an einen Erstattungsgläubiger, der seinerseits Steuern nach § 50a Abs. 5 EStG einzubehalten hat, davon abhängig gemacht werden, dass er der eigenen Verpflichtung nachkommt. Und auch § 50d Abs. 1 Satz 10 EStG, der eine Ablaufhemmung für die Frist zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs enthält, bezieht sich erklärtermaßen auf die „Entrichtung“ der Steuer. Wortlaut, Regelungszweck und Sachzusammenhang der Vorschrift sind sonach eindeutig: ohne eine vorhergehende Abführung der Abzugsteuer kann eine Erstattung nicht erfolgen (vgl. BFH-Urteil vom 24. August 2011 – I R 85/10, BFH/NV 2012, 559; Rn. 12).

ff. An dieser Beurteilung ändert sich nichts dadurch, dass der Erwerber vom Verkäufer – wie vom Kläger eingewendet – lediglich einen Betrag in Höhe der Nettodividende erhalten hat.

(1) Daraus kann nicht auf eine Anrechnungsberechtigung des Erwerbers in Höhe der rechnerisch auf die Dividendenkompensationen entfallenden Kapitalertragsteuer geschlossen werden (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 125). Allein der Umstand, dass von dritter Seite an den Erwerber echte „Nettodividenden“ weitergeleitet oder eine Kompensationszahlung in gleicher Höhe gezahlt worden sind, reicht nicht aus, um einen Einbehalt der Kapitalertragsteuer auf diese Zahlungen nachzuweisen (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 125). Denn es gibt Konstellationen, in denen ein Betrag in Höhe der Nettodividende auch ohne Steuereinbehalt gezahlt wird. Vor allem bei der Einschaltung von Auslandsinstituten als Depotbanken ist dies die Regel.



(2) Die mangelnde Beweiskraft des Zahlungsempfangs in Höhe der „Nettodividende“ für die Abführung der Kapitalertragsteuer wird auch nicht durch das Urteil des BFH vom 23. April 1996 (VIII R 30/93, BB 1997, 133) nahegelegt, in welchem der BFH das Risiko, dass die einbehaltene Kapitalertragsteuer von einer Kapitalgesellschaft nicht an das zuständige Finanzamt abgeführt worden ist, der Finanzverwaltung und nicht dem Steuerpflichtigen zuweist. Der Emittent wird in dieser Konstellation als „Verwaltungsgehilfe“ der Steuerbehörden tätig. Eine faktische Veruntreuung des einbehaltenen Betrags durch den Emittenten muss daher zu Lasten des Fiskus und nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen.

Diese Argumentation kann auf die Fälle der Cum-Ex Geschäfte nur übertragen werden, soweit Kapitalertragsteuer tatsächlich „einbehalten“ worden, aber nicht an das zuständige Finanzamt überwiesen worden ist (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 126). Der BFH stellt in dem Urteil vom 23. April 1996 (VIII R 30/93) fest, dass die im Tatbestand des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG vorausgesetzte „Erhebung“ der Einkommensteuer jedenfalls voraussetzt, dass diese Steuer ordnungsgemäß „einbehalten“ worden ist (vgl. BFH-Urteile vom 18. Juni 1993 – VI R 67/90, BStBl. II 1994, 182, 185; vom 20. Oktober 2010 – I R 54/09, BFH/ NV 2011, 641, 643; Schön, RdF 2015, 115, 126; Lammers, in Herrmann/ Heuer/ Raupach, EStG/ KStG, § 36 EStG, Rn. 39; ähnlich Gosch, in Kirchhof, EStG, § 36 EStG, Rn. 7a). Das ist typischerweise der Fall bei einer Dividendenzahlung durch den Emittenten.

Im Falle eines Leerverkaufs stellt sich die Lage hingegen ganz anders dar (vgl. Schön, RdF 2015, 115, 126): Hier besitzt der Leerkäufer lediglich einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch gegen seinen Verkäufer auf Leistung cum Dividende. Dieser Verkäufer erhält seinerseits die Aktien vom wahren Inhaber nach der Dividendenzahlung ex Dividende. Auf die Erfüllung des Zahlungsanspruchs zwischen Käufer und Verkäufer wird von dem Verkäufer selbst überhaupt keine Kapitalertragsteuer einbehalten oder abgeführt. Dieser ist auch nicht „Verwaltungsgehilfe“ der Finanzbehörden. Bei einer Abwicklung durch ein ausländisches Kredit- oder Finanzinstitut wurde ebenfalls keine Kapitalertragsteuer einbehalten, die dann in einem zweiten Schritt abgeführt werden konnte (Bruns, DSStZ 2012, 333, 336 f.; Rau, DSStZ 2012, 241, 245). Auch diese Auslandsinstitute sind keine „Verwaltungsgehilfen“ der Finanzbehörden. Anders wäre die Lage nur dann zu beurteilen, wenn auf Seiten des Verkäufers eine Inlandsbank Kapitalertragsteuer einbehalten, dann aber nicht abgeführt hätte. Im Fall einer Auslandsdepotbank ist aber gerade das nicht der Fall. Es gab nach der bis zum 1. Januar 2012 geltenden Gesetzeslage bei einem Leerverkauf über eine Auslandsbank niemanden, der auf die Dividendenkompensationsleistung Kapitalertragsteuer hätte einbehalten und abführen müssen.

gg. Soweit der Kläger behauptet, dass ausländische Depotinstitute Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt hätten, handelt es sich um nicht substantiierte, schlichte Behauptungen, die sich nicht verifizieren lassen. Im Gegenteil, der Beklagte hat sogar vorgetragen, dass etwa die S-Bank – als ausländische Depotbank – ausdrücklich mitgeteilt habe, dass sie keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt habe.

466

2. Nach den Grundsätzen der Feststellungslast trifft bei nicht mehr behebbarer Ungewissheit über den Sachverhalt die Feststellungslast für die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen die Finanzbehörde, während den Steuerpflichtigen die Feststellungslast für die steuerentlastenden oder -mindernden Tatsachen obliegt ([BFH-Urteil vom 28. Januar 1971 - V R 101/70](#), BStBl II 1971, 218). Es obliegt im Rahmen der Mitwirkungspflicht zunächst dem Aktienkäufer bei Geschäften über den zentralen Kontrahenten zum Nachweis der Erhebung der Kapitalertragsteuer, den Aktienverkäufer zu benennen, der an dem zentralen Kontrahenten geliefert hat. Bleibt ungeklärt, ob es sich um einen Inhaberverkäufer oder um einen Leerverkäufer handelt und ob dieser sich einer in- oder ausländischen Verkäuferbank bediente, ist die Erstattung zu versagen (vgl. FG Hessen, Urteil vom 10. März 2017 – 4 K 977/14, EFG 2017, 656).

467

Diese Risikoverteilung der Nachweispflicht zulasten des Aktienerwerbers bei Geschäften über den zentralen Kontrahenten ist sachgerecht. Denn derjenige, der solche Geschäfte vornimmt, weiß, dass das Gesetz in § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG bereits nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut als Erstattungsvoraussetzung fordert, dass auf die ihnen zuzurechnenden Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wurde. Insoweit gelten die Ausführungen zur Verteilung der Feststellungs- und Beweislast im Zusammenhang mit der Frage des wirtschaftlichen Eigentums am Dividendenstichtag entsprechend. Die Unmöglichkeit der Feststellung einer steuerbegünstigenden Tatsache darf sich in diesem Fall sachgerechterweise nicht zu Lasten des Fiskus auswirken.

468

3. Auch soweit der Kläger die Auffassung vertritt, dass der Gesetzgeber eine doppelte Erstattung von einmal abgeführter Kapitalertragsteuer gebilligt habe, verfängt dies nicht.

469

a. Der Gesetzgeber hat nicht die mehrfache Anrechnung einmal abgeführter Kapitalertragsteuer gebilligt, sondern wollte durch die Einführung eines weiteren Einnahmetatbestands in [§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG](#) und die Kapitalertragssteuereinbehaltungspflicht auf Dividendenkompensationszahlungen (§ 44 Abs. 1 EStG) den negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen entgegenwirken. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung:

470

„...um dem Fiskus die Kapitalertragssteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienerwerber...zusteht“ (BT-Drucks. 16/2712, Seite 47).

471

Die Auffassung, dass auch der Leerkäufer als Bezieher der originären Dividendenzahlung, verbunden mit dem Anrechnungs- bzw. Erstattungsanspruch der durch die ausschüttende Aktiengesellschaft abgeführten Kapitalertragsteuer anzusehen sei, ist weder mit dem

Gesetzeswortlaut noch mit den wirtschaftlichen Abläufen zu vereinbaren. Der Käufer aus dem Leerverkauf erhält keine echte Dividende, sondern nur eine Dividendenkompensationszahlung. Hieraus folgt, dass der Leerkäufer nicht diejenige Person ist, die als Anteilseigner im Sinne von § 20 Abs. 2a EStG persönlich die Dividende gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG bezieht. Vielmehr ist in [§ 20 Abs.1 Nr. 1 Satz 4 EStG](#) - wie sich aus dem Wortlaut der Norm ergibt: „...Einnahmen, die an Stelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1...“ - ein zusätzlicher Einnahmetatbestand für den Leerkäufer, nämlich der Bezug von Kompensationszahlungen geschaffen worden, der einer eigenständigen Kapitalertragsteuerpflicht unterliegt (vgl. FG Hessen, Urteil vom 10. März 2017 – 4 K 977/14, EFG 2017, 656; Schön, RdF 2015, 115, 123).

472

(b) Die Ansicht des Klägers, der Gesetzgeber habe durch die neuen Regelungen im Jahressteuergesetz 2007 eine mehrfache Anrechnung der Kapitalertragsteuer bewusst in Kauf genommen und habe die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen durch die Gesetzesänderungen – wie sich aus der Gesetzesbegründung ergebe – nur verkleinern wollen, ist nicht haltbar. Vielmehr ist die gesetzliche Neuregelung durch das Jahressteuergesetz 2007, mit der nur inländische Kreditinstitute zur Einbehaltung der Kapitalertragsteuer verpflichtet wurden, darauf zurückzuführen, dass der deutsche Fiskus keine Möglichkeit hatte, eine entsprechende Verpflichtung auch gegenüber ausländischen Banken durchzusetzen. Um dennoch das Steueraufkommen auch insoweit vollständig zu sichern, hat er die Bescheinigung über die Abführung der Kapitalertragsteuer durch die Depotbank des Aktienkäufers auf die Kapitalerträge beschränkt, die von einem inländischen Depotinstitut gezahlt werden (vgl. § 45a Abs. 3 EStG). Angesichts dessen hat der Gesetzgeber keineswegs eine Mehrfach-Anrechnung einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer gebilligt.

473

IV. Da die vom Kläger begehrte Erstattung der Kapitalertragsteuer bereits aus den zuvor dargelegten Gründen zu versagen ist, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den übrigen Fragen, insbesondere ob der Antrag im Datenträgerverfahren (DTV) zulässig war und ob die Voraussetzungen des Art. 10 DBA-USA erfüllt sind.

474

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

475

VI. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52, 63 GKG.

476

VII. Die Revision wird zugelassen. Der Rechtssache kommt insbesondere grundlegende Bedeutung im Sinne des § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zu.