

Navigationszuordnungen:

-> EStG § 4 -> Allgemeines

-> AO § 39

-> KStG § 8b -> Abs. 7 bis 11 - Rückausnahmen und Wertpapierleihe

Wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften

Anwendung der Grundsätze des BFH-Urteils vom 18. August 2015 - I R 88/13

Mit Urteil vom 18. August 2015 hat der BFH für Recht erkannt, dass das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, die im Rahmen einer sog. „Wertpapierleihe“ an den „Entleiher“ zivilrechtlich übereignet wurden, ausnahmsweise beim „Verleiher“ verbleiben könne, wenn die zivilrechtliche Position des „Entleihers“ lediglich eine formale sei. Dies ergebe sich in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall aus den Bestimmungen der abgeschlossenen Leihverträge und der Art ihres Vollzugs. Nach dem Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gelten beziehungsweise auf das BFH-Urteil vom 18. August 2015 für die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapierleihen, Kassa-Geschäften und anderen Wertpapiergeschäften die folgenden Grundsätze:

I. Einordnung eines Wertpapierdarlehens („Wertpapierleihe“)

Bei der „Wertpapierleihe“ handelt es sich um ein Sachdarlehen (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 258). Durch den Sachdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine vereinbarte vertretbare Sache zu überlassen. Der Darlehensnehmer ist zur Zahlung eines Darlehensentgelts und bei Fälligkeit zur Rückerstattung von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet. Die Wertpapiere werden gegen Leistung eines Entgelts zu vollem Eigentum und zu freier Verfügung (Übergang aller Rechte aus dem Papier, auch diejenigen Rechte zum Weiterverkauf oder zur Verpfändung) überlassen.

II. Wirtschaftliche Zurechnung

Im Grundsatz sind dem Darlehensnehmer als zivilrechtlichem Eigentümer die im Rahmen des Darlehens übereigneten Wertpapiere auch wirtschaftlich zuzurechnen (§ 39 Absatz 1 AO, Grundfall). Maßgeblich ist hierfür die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft in der Weise, dass er den Darlehensgeber im Regelfall und nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Bei Aktien erlangt der Darlehensnehmer wirtschaftliches Eigentum ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann, i. d. R. sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen sind.

Ob im Ausnahmefall eine wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer ausbleibt, ist im Rahmen einer Gesamtschau zu überprüfen.

Kein Übergang wirtschaftlichen Eigentums (Ausnahmefall)

Trotz des Übergangs zivilrechtlichen Eigentums auf den Darlehensnehmer spricht für eine wirtschaftliche Zuordnung der Wertpapiere beim Darlehensgeber, wenn die Wertpapiere über einen kurzen Zeitraum über den Dividendenstichtag hinaus übertragen werden oder die Eigentümerposition des Darlehensnehmers im Rahmen einer Gesamtschau aus den nachfolgend aufgeführten Kriterien als eine rein formale erscheint; als ein kurzer Zeitraum über den Dividendenstichtag gilt in jedem Fall eine Haltedauer von weniger als 45 Tagen. Der Darlehensnehmer trägt in diesen Fällen die Beweislast dafür, dass ihm die Wertpapiere gleichwohl wirtschaftlich zuzurechnen sind. Nachfolgend aufgeführte Kriterien sind im Sinne einer Gesamtschau heranzuziehen.

a) Bemessung des Gesamtentgelts

Gegen eine wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer spricht, wenn aus dem Wertpapiergeschäft ein Steuervorteil für die Parteien oder Dritte entsteht und das Gesamtentgelt für das Wertpapiergeschäft - unter Berücksichtigung auch solcher Geschäfte, die im sachlichen Zusammenhang mit dem Wertpapierleihgeschäft stehen - auch hieran bemessen ist.

b) Keine Liquiditätsvorteile beim Darlehensnehmer aus der Dividendenzahlung

Gegen eine wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer spricht, dass ihm durch das Geschäft auch kein Liquiditätsvorteil aus einer Vereinnahmung und Verausgabung der mit dem Wertpapiergeschäft getätigten Zahlungen entsteht, etwa weil diese zeit- und betragsgleich erfolgen.

c) Keine Ausübung von Stimmrechten

Gegen eine wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer spricht, wenn die Ausübung des Stimmrechts vertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde, sodass der Darlehensnehmer aus dem „Leihgeschäft“ keinen gesellschaftsrechtlichen Vorteil erlangt. Dies gilt auch, wenn es dem Darlehensnehmer auf die Ausübung der Stimmrechte nicht ankommt.

d) Schwache Rechtsposition des Darlehensnehmers

Gegen den Übergang wirtschaftlichen Eigentums spricht, wenn dem Darlehensnehmer jederzeit oder mit nur kurzer Frist (z. B. innerhalb von drei Bankarbeitstagen) die Rechtsposition aus dem Wertpapiervertrag entzogen werden kann (z. B. durch Kündigung).

Von einer schwachen Rechtsposition ist ferner auszugehen, wenn dem Darlehensnehmer aufgrund sonstiger vertraglicher Rechte des Darlehensgebers keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Wertpapiere möglich ist.

Ungeachtet der Voraussetzungen a) bis d) spricht für eine Zuordnung beim Darlehensnehmer, wenn er aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften (siehe a)) vor Steuer einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) zieht und das zivilrechtliche Eigentum vor dem Dividendenstichtag übergegangen ist.

III. Rechtsfolgen

1. Bilanzielle Betrachtung

In Ermangelung besonderer Regelungen gelten die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung. Danach hat der Kaufmann seine Vermögensgegenstände und seine Schulden in der Bilanz auszuweisen.

a) Wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer gemäß § 39 Absatz 1 AO

Mit der zivilrechtlichen Übertragung des Eigentums ist dem Darlehensnehmer im Grundfall die Darlehensvaluta steuerlich zuzurechnen; eine Zurechnung beim Darlehensgeber ist ausgeschlossen.

Dadurch wird vermieden, dass die Wertpapiere bei einer anschließenden Übereignung durch den Darlehensnehmer an einen Dritten mehrfach – nämlich sowohl beim Darlehensgeber als auch bei einem Dritten – erfasst werden. Beim Darlehensgeber tritt an die Stelle der Wertpapiere eine Forderung auf Lieferung von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge. Diese Sachforderung ist mit dem Buchwert der hingegebenen Wertpapiere anzusetzen. Eine Gewinnrealisierung aufgrund der ggf. in den Wertpapieren enthaltenen stillen Reserven (z. B. durch Kurssteigerungen) tritt durch diesen Aktivtausch nicht ein. Beim Entleiher steht dem Zugang der Wertpapiere eine Passivierung der Lieferverpflichtung gegenüber.

b) Wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensgeber gemäß § 39 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 AO

Führt die Gesamtbetrachtung zum Ergebnis, die Wertpapiere trotz der zivilrechtlichen Übertragung wirtschaftlich dem Darlehensgeber zuzuordnen, sind die Wertpapiere ununterbrochen in der Bilanz des Darlehensgebers auszuweisen. Die Dividende ist wirtschaftlich dem Darlehensgeber zuzurechnen und bei diesem zu besteuern.

2. Anrechnung der Kapitalertragsteuer

Im Hinblick auf den Einbehalt und die Anrechnung der Kapitalertragsteuer gelten die allgemeinen Grundsätze. Die Kapitalertragsteuer wird bei einem unbeschränkt steuerpflichtigen Darlehensnehmer auf die Einkommensteuer oder die Körperschaftsteuer angerechnet, wenn dem Darlehensnehmer die Aktien zuzurechnen sind (§ 20 Absatz 5 EStG i. V. m. § 39 AO), die Kapitalertragsteuer erhoben wurde (§ 36 Absatz 2 Nummer 2 Satz 1 EStG) und der Steuerpflichtige seinem Veranlagungsfinanzamt die Steuerbescheinigung im Original vorlegt (§ 36 Absatz 2

Nummer 2 Satz 2 EStG). Bei beschränkt steuerpflichtigen Darlehensnehmern sind insbesondere die §§ 43b, 50 Absatz 2 und 50d EStG sowie § 32 KStG zu beachten.

3. Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO

Die Wertpapiere sind dem Darlehensnehmer auch dann nicht wirtschaftlich zuzurechnen, wenn die gewählte Gestaltung als missbräuchlich einzuordnen ist. Vom Fehlen eines wirtschaftlich vernünftigen Grundes für das Rechtsgeschäft und damit von Gestaltungsmissbrauch ist bei Wertpapiergeschäften auszugehen, deren Wirtschaftlichkeit im Wesentlichen in einem Steuervorteil besteht. Dies ist im Grundsatz nicht der Fall, wenn der Darlehensnehmer aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften vor Steuer einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) erzielt.

IV. Übertragung der Grundsätze auf andere Wertpapiergeschäfte

Die vorgenannten Grundsätze gelten entsprechend für andere Wertpapiergeschäfte, soweit das Wertminderungsrisiko nach einer Gesamtwürdigung der Umstände nicht übergegangen ist. Hierzu gehören insbesondere Repo-Geschäfte, Wertpapierpensionsgeschäfte im Sinne des § 340b HGB und Kassa-Geschäfte.

V. Anwendbarkeit

Das BMF-Schreiben ist in allen noch offenen Fällen anzuwenden.

Zusatz der OFD

Die bisher von der Bearbeitung zurückgestellten Einzelfälle sind nunmehr auf Basis des BMF-Schreibens und der nachfolgenden Prüfungsschritte zu bearbeiten.

Mit dem InvStRefG¹ hat der Gesetzgeber eine Sonderregelung zur Verhinderung sog. Cum/Cum-Gestaltungen geschaffen (§ 36a EStG). Die Neuregelung ist auf alle Kapitalerträge anzuwenden, die nach dem 1. Januar 2016 zufließen (§ 52 Abs. 35a EStG). Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 AO) ist als Vorfrage zur Anwendung des § 36a EStG weiterhin zu prüfen, denn anrechnungsberechtigt ist nur derjenige, dem die Kapitalerträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG nach § 20 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG zuzurechnen sind (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 EStG).

Bei Umsetzung des BMF-Schreibens bitte ich die nachfolgenden Ausführungen zu beachten. Zur besseren Darstellung sind die entsprechenden Passagen des BMF-Schreibens nochmals kursiv abgedruckt und grau hinterlegt.

¹ Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung v. 26.07.2016, BGBl. I 2016, 1730

I. Wertpapierdarlehen

Prüfungsschritt 1: Laufzeit des Wertpapierdarlehens²

Kein Übergang wirtschaftlichen Eigentums (Ausnahmefall)

Trotz des Übergangs zivilrechtlichen Eigentums auf den Darlehensnehmer spricht für eine wirtschaftliche Zuordnung der Wertpapiere beim Darlehensgeber, wenn die Wertpapiere über einen kurzen Zeitraum über den Dividendenstichtag hinaus übertragen werden oder [...]; als ein kurzer Zeitraum über den Dividendenstichtag gilt in jedem Fall eine Haltedauer von weniger als 45 Tagen.

Es ist zu prüfen, ob die Laufzeit des Wertpapierdarlehens weniger als 45 Tage beträgt. Für die Bestimmung der Haltedauer ist auf die Laufzeit der Wertpapierleihe abzustellen. Maßgeblich sind die im Handelssystem der Bank hinterlegten Daten.

Bei einem revolvingierenden Austausch von Aktien innerhalb einer festgelegten Leihperiode beginnt die Laufzeit neu.

Beträgt die Laufzeit 45 Tage oder mehr, ist von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Darlehensnehmer auszugehen.

Beträgt die Laufzeit weniger als 45 Tage, ist mit Prüfungsschritt 2 fortzufahren.

Prüfungsschritt 2: Wirtschaftlicher Vorteil (positive Vorsteuerrendite) beim Darlehensnehmer

Ungeachtet der Voraussetzungen a) bis d) spricht für eine Zuordnung beim Darlehensnehmer, wenn er aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften (siehe a)) vor Steuer einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) zieht und das zivilrechtliche Eigentum vor dem Dividendenstichtag übergegangen ist.

Es ist zu prüfen, ob

- a) das **zivilrechtliche Eigentum** an den Wertpapieren vor dem Dividendenstichtag auf den Darlehensnehmer übergegangen ist und
- b) das Wertpapierdarlehensgeschäft eine **positive Vorsteuerrendite** aufweist.

² Die Begriffe „Wertpapierdarlehen“ oder „Wertpapierleihe“ (Securities Lending) werden in der Praxis – sprachlich ungenau – synonym verwendet. Sie bezeichnen die Überlassung von Wertpapieren mit genauer Bestimmung von Menge, Art, Güte und rechtlicher Ausstattung für eine zeitlich begrenzte – vertraglich festgelegte – Laufzeit durch einen Darlehensgeber (Verleiher) an einen Darlehensnehmer (Entleiher). Zivilrechtlich handelt es sich um ein Sachdarlehen i.S.d. § 607 BGB, vgl. BGH v. 16.03.2009 – II ZR 302/06.

Zu a): Sofern keine begründeten Zweifel an der zivilrechtlichen Wirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts bestehen, ist der Übergang des zivilrechtlichen Eigentums zu unterstellen.

Zu b): Die Vorsteuerrendite ist wie folgt zu berechnen:

	Brutto-Dividende
./.	Kompensationszahlung („Dividendenausgleichszahlung“)
./.	Darlehensentgelt
+	Erhaltener Mehrertrag aus gestellten Sicherheiten
=	Ergebnis (Gewinn vor Abzug des Ertragsteuer-Aufwands oder Vorsteuerrendite)

Das Darlehensentgelt („Wertpapierdarlehensgebühr“ oder „Wertpapierleihgebühr“) wird regelmäßig in einem Prozentsatz p.a. auf den Marktwert der Aktien vereinbart. Es ist nur in der tatsächlich geleisteten Höhe zu berücksichtigen.

Zusätzlich zu den Erträgen aus den verliehenen Aktien sind auch die Erträge aus den mit dem Wertpapiergeschäft zusammenhängenden Geschäften (z.B. Sicherungsgeschäfte) einzubeziehen, soweit der wirtschaftliche Vorteil aus dem Wertpapierdarlehensgeschäft im Rahmen dieser Geschäfte gewährt wird. Ein wirtschaftlicher Vorteil in diesem Sinne ist der Mehrertrag, der über die ohnehin aus der gestellten Sicherheit erzielbaren Erträge hinausgeht.³

Ist das Ergebnis der Berechnung **größer als Null**, ist grundsätzlich von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Darlehensnehmer auszugehen. Dies gilt allerdings insbesondere dann nicht, wenn der Darlehensgeber nach den getroffenen Vereinbarungen den Darlehensnehmer von der Einwirkung auf die Wertpapiere gegen dessen Willen wirtschaftlich ausschließen kann (z.B. durch Entzug oder Austausch der entliehenen oder als Sicherheit überlassenen Wertpapiere). Entsprechendes gilt im umgekehrten Fall für eine Ausschlussmöglichkeit durch den Darlehensnehmer.

Ist das Ergebnis **kleiner als** oder **gleich Null**, ist mit Prüfungsschritt 3 fortzufahren.

³ Vgl. FG Niedersachsen v. 21.11.2013 – 6 K 366/12, EFG 2014, 494: „Soweit die Klägerin auf die verzinsten Geldanlage von 25 Millionen € verweist, ist festzuhalten, dass sie auch ohne Abschluss von Wertpapierdarlehensgeschäften eine Verzinsung in entsprechender Höhe hätte erzielen können.“ Der BFH (v. 18.8.2015, I R 88/13) schließt sich dieser Auffassung offenbar an, da er in die Berechnung ebenfalls nur Dividenden, Dividendenkompensationszahlungen und Leihgebühren einbezieht.

Beispiel 1

Sachverhalt in Anlehnung an BFH-Urteil v. 18.8.2015, I R 88/13

	EUR	9.836.737,99	(Brutto-Dividende)
./.	EUR	9.836.737,99	(Kompensationszahlung = 100% der Brutto-Dividende)
./.	EUR	305.069,30	(Darlehensentgelt = 2% p.a. Marktwert Aktien auf Laufzeit)
+	EUR	0,00	(Mehrertrag aus gestellten Sicherheiten = Differenz zwischen [(erhaltenen) Zinsen für Darlehen (EUR 25 Mio.) verzinst mit 3,693% zeitanteilig = lt. SV BFH-Urteil EUR 474.447,92] und [hypothetischen am Kapitalmarkt erzielbaren Zinsen (nach Vorinstanz FG Niedersachsen v. 21.11.2013 – 6 K 366/12, EFG 2014, 494 identisch) = EUR 474.447,92])
=	EUR	./ 305.069,30	(keine <u>positive</u> Vorsteuerrendite)

Ergebnis: Das Ergebnis ist kleiner Null. Es ist mit Prüfungsschritt 3 fortzufahren.

Beispiel 2

Wertpapierleihe über 325.000 Stück Aktien (Dividende EUR 2,60) vom 19.04.2013 (Kurs EUR 72,40) bis 03.05.2013 (= 14 Tage) mit Sicherheit

	EUR	845.000,00	(Brutto-Dividende = 325.000 Stück * EUR 2,60)
./.	EUR	845.000,00	(Kompensationszahlung = 100% der Brutto-Dividende)
./.	EUR	7.320,44	(Darlehensentgelt = Marktpreis * Fee 0,8%/360 Tage * 14 Tage)
+	EUR	4.575,28	(Mehrertrag aus gestellten Sicherheiten [= Differenz zwischen vereinbartem und hypothetischem Zins] = 0,5% auf Marktpreis, zeitanteilig 14 Tage)
=	EUR	./ 2.745,16	(keine <u>positive</u> Vorsteuerrendite)

Ergebnis: Das Ergebnis ist kleiner Null. Es ist mit Prüfungsschritt 3 fortzufahren.

Beispiel 3

Wertpapierleihe über 325.000 Stück Aktien (Dividende EUR 2,60) vom 19.04.2013 (Kurs EUR 72,40) bis 03.05.2013 (= 14 Tage) ohne Sicherheit

	EUR	845.000,00	(Brutto-Dividende = 325.000 Stück * EUR 2,60)
./.	EUR	760.500,00	(Kompensationszahlung = 90% der Brutto-Dividende)
./.	EUR	39.804,92	(Darlehensentgelt = Marktpreis * Fee 4,35%/360 Tage * 14 Tage)
+	EUR	0,00	(kein Mehrertrag, da ohne Sicherheit)
=	EUR	44.695,08	(<u>positive</u> Vorsteuerrendite)

Ergebnis: Das Ergebnis ist größer Null. Es ist vom Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auszugehen. Die Prüfung ist abzuschließen.

Prüfungsschritt 3: Rein formale Eigentümerposition des Darlehensnehmers

Trotz des Übergangs zivilrechtlichen Eigentums auf den Darlehensnehmer spricht für eine wirtschaftliche Zuordnung der Wertpapiere beim Darlehensgeber, wenn die Wertpapiere [...] oder die Eigentümerposition des Darlehensnehmers im Rahmen einer Gesamtschau aus den nachfolgend aufgeführten Kriterien als eine rein formale erscheint; [...]. Der Darlehensnehmer trägt in diesen Fällen die Beweislast dafür, dass ihm die Wertpapiere gleichwohl wirtschaftlich zuzurechnen sind. Nachfolgend aufgeführte Kriterien sind im Sinne einer Gesamtschau heranzuziehen.

a) Bemessung des Gesamtentgelts

Gegen eine wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer spricht, wenn aus dem Wertpapiergeschäft ein Steuervorteil für die Parteien oder Dritte entsteht und das Gesamtentgelt für das Wertpapiergeschäft – unter Berücksichtigung auch solcher Geschäfte, die im sachlichen Zusammenhang mit dem Wertpapierleihgeschäft stehen – auch hieran bemessen ist.

Es ist zu prüfen, ob ein Steuervorteil entsteht und das Gesamtentgelt an diesem Steuervorteil bemessen wird.

Der Steuervorteil kann beim Darlehensgeber, Darlehensnehmer oder einem Dritten entstehen. Als Dritte sind nahestehende Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG anzusehen. Kommt es beim inländischen Steuerpflichtigen zu einer Anrechnung, ist von einem Steuervorteil auszugehen.

Das Gesamtentgelt für das Wertpapierdarlehensgeschäft ist die Summe aus Kompensationszahlung und Wertpapierdarlehensgebühr („Wertpapierleihgebühr“).

Das Gesamtentgelt für das Wertpapierdarlehensgeschäft ist an dem Steuervorteil bemessen, wenn der Steuervorteil zwischen den Parteien und/oder Dritten aufgeteilt wird. Die Aufteilung muss nicht zu gleichen Teilen erfolgen. Von einer Aufteilung in diesem Sinn ist auch auszugehen, wenn das Geschäft nur für eine Partei vorteilhaft, ein anders Geschäft aber für diese Partei nachteilhaft ist.

b) Keine Liquiditätsvorteile beim Darlehensnehmer aus der Dividendenzahlung

Gegen eine wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer spricht, dass ihm durch das Geschäft auch kein Liquiditätsvorteil aus einer Vereinnahmung und Verausgabung der mit dem Wertpapiergeschäft getätigten Zahlungen entsteht, etwa weil diese zeit- und betragsgleich erfolgen.

Es ist zu prüfen, ob der Darlehensnehmer aus der Dividendenzahlung Liquiditätsvorteile hat.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass dem Darlehensnehmer bei Cum/Cum-Geschäften kein Liquiditätsvorteil entsteht, wenn sich die Kompensationszahlung anhand der Brutto-Dividende berechnet und die Steueranrechnung erst im Rahmen der Veranlagung erfolgt.

c) Keine Ausübung von Stimmrechten

Gegen eine wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer spricht, wenn die Ausübung des Stimmrechts vertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde, sodass der Darlehensnehmer aus dem „Leihgeschäft“ keinen gesellschaftsrechtlichen Vorteil erlangt. Dies gilt auch, wenn es dem Darlehensnehmer auf die Ausübung der Stimmrechte nicht ankommt.

Es ist zu prüfen, ob der Darlehensnehmer an der Ausübung von Stimmrechten gehindert ist.

Hat die Aktiengesellschaft die Ausübung von Stimmrechten per Satzung von der vorherigen Anmeldung abhängig gemacht (§ 123 Abs. 2 Satz 1 AktG) und wurden die Wertpapiere innerhalb einer Frist von sechs Tagen vor der Hauptversammlung entliehen, ist die Ausübung von Stimmrechten durch den Darlehensnehmer ausgeschlossen, da die Anmeldung der Gesellschaft unter der in der Einberufung hierfür mitgeteilten Adresse, mindestens sechs Tage vor der Versammlung zugehen muss (§ 123 Abs. 2 Satz 2 AktG). Bei einem Wertpapierübertrag innerhalb von 6 Tagen vor der Hauptversammlung ist davon auszugehen, dass dem Steuerpflichtigen am Tage der Hauptversammlung keine Stimmrechte zustanden. Der Steuerpflichtige kann den Gegenbeweis führen.

Wurden die Wertpapiere außerhalb einer Frist von sechs Tagen vor der Hauptversammlung entliehen gelten die folgenden Grundsätze:

- **„Namensaktien“** (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AktG) („registered shares“): Es kann davon ausgegangen werden, dass der Darlehensnehmer zur Ausübung von Stimmrechten berechtigt ist. Bei Namensaktien gilt gegenüber der Aktiengesellschaft nur derjenige als Aktionär, der im Aktienregister (vormals: „Aktienbuch“) eingetragen ist (§ 67 Abs. 2 Satz 1 AktG). Bei Namensaktien börsennotierter Gesellschaften folgt aus der Eintragung im Aktienregister zugleich die Berechtigung zur Ausübung des Stimmrechts gemäß § 67 Abs. 2 Satz 1 AktG (§ 123 Abs. 5 AktG). Ein vertraglicher Ausschluss oder eine Einschränkung der Ausübung von Stimmrechten aus den dem Wertpapierdarlehensgeschäft zugrunde liegenden (Rahmen-)Verträgen inklusive Zusatzvereinbarungen ist nur zu prüfen, wenn gewichtige Anhaltspunkte für einen Ausschluss / eine Beschränkung vorliegen.
- **„Inhaberaktien“** (§ 10 Abs. 1 Satz 2 AktG): Liegen keine Anhaltspunkte für Vereinbarungen zur Beschränkung von Stimmrechten vor, die eine Hinderung des Darlehensnehmers an der Ausübung von Stimmrechten nahelegen, kann davon ausgegangen

werden, dass der Darlehensnehmer Stimmrechte ausüben kann und aus dem „Leihgeschäft“ daher einen gesellschaftsrechtlichen Vorteil erlangt.

d) Schwache Rechtsposition des Darlehensnehmers

Gegen den Übergang wirtschaftlichen Eigentums spricht, wenn dem Darlehensnehmer jederzeit oder mit nur kurzer Frist (z. B. innerhalb von drei Bankarbeitstagen) die Rechtsposition aus dem Wertpapiervertrag entzogen werden kann (z.B. durch Kündigung).

Es ist zu prüfen, ob der Wertpapierdarlehensvertrag mit einer Frist von drei Bankarbeitstagen oder weniger gekündigt werden kann und der Darlehensnehmer zur Rückübertragung der Wertpapiere verpflichtet ist.

Eine Kündigungsfrist von drei Bankarbeitstagen ist in der Praxis der Regelfall⁴.

Von einer schwachen Rechtsposition ist ferner auszugehen, wenn dem Darlehensnehmer aufgrund sonstiger vertraglicher Rechte des Darlehensgebers keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Wertpapiere möglich ist.

Es ist zu prüfen, ob der Darlehensnehmer durch sonstige vertragliche Rechte, insbesondere Verfügungsbeschränkungen (z.B. Vorkaufsrechte des Darlehensgebers bei einem Weiterverkauf durch den Darlehensnehmer an einen Dritten) oder die zeitgleiche (Rück-)Verpfändung der Wertpapiere an den Darlehensgeber, gehindert ist.

Für eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung spricht dagegen insbesondere die Verwendung der Wertpapiere (z.B. durch weitere Wertpapierdarlehensgeschäfte, Sicherheitengestellung oder zur Erfüllung von Verkaufsverpflichtungen).

III. Rechtsfolgen

1. Bilanzielle Betrachtung

In Ermangelung besonderer Regelungen gelten die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung. Danach hat der Kaufmann seine Vermögensgegenstände und seine Schulden in der Bilanz auszuweisen.

a) Wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensnehmer gemäß § 39 Absatz 1 AO

Mit der zivilrechtlichen Übertragung des Eigentums ist dem Darlehensnehmer im Grundfall die Darlehensvaluta steuerlich zuzurechnen; eine Zurechnung beim Darlehensgeber ist ausgeschlossen. Dadurch wird vermieden, dass die Wertpapiere bei einer anschließenden Übereig-

⁴ Vgl. Rahmenvertrag für Wertpapierdarlehen, 1999 Bank-Verlag Köln 43.034 (11/99), unter 7(1)(a).

nung durch den Darlehensnehmer an einen Dritten mehrfach - nämlich sowohl beim Darlehensgeber als auch bei einem Dritten - erfasst werden. Beim Darlehensgeber tritt an die Stelle der Wertpapiere eine Forderung auf Lieferung von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge. Diese Sachforderung ist mit dem Buchwert der hingegebenen Wertpapiere anzusetzen. Eine Gewinnrealisierung aufgrund der ggf. in den Wertpapieren enthaltenen stillen Reserven (z. B. durch Kurssteigerungen) tritt durch diesen Aktivtausch nicht ein. Beim Entleiher steht dem Zugang der Wertpapiere eine Passivierung der Lieferverpflichtung gegenüber.

b) Wirtschaftliche Zurechnung beim Darlehensgeber gemäß § 39 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 AO

Führt die Gesamtbetrachtung zum Ergebnis, die Wertpapiere trotz der zivilrechtlichen Übertragung wirtschaftlich dem Darlehensgeber zuzuordnen, sind die Wertpapiere ununterbrochen in der Bilanz des Darlehensgebers auszuweisen. Die Dividende ist wirtschaftlich dem Darlehensgeber zuzurechnen und bei diesem zu besteuern.

2. Anrechnung der Kapitalertragsteuer

Im Hinblick auf den Einbehalt und die Anrechnung der Kapitalertragsteuer gelten die allgemeinen Grundsätze. Die Kapitalertragsteuer wird bei einem unbeschränkt steuerpflichtigen Darlehensnehmer auf die Einkommensteuer oder die Körperschaftsteuer angerechnet, wenn

- dem Darlehensnehmer die Aktien zuzurechnen sind (§ 20 Absatz 5 EStG i. V. m. § 39 AO),
- die Kapitalertragsteuer erhoben wurde (§ 36 Absatz 2 Nummer 2 Satz 1 EStG) und
- der Steuerpflichtige seinem Veranlagungsfinanzamt die Steuerbescheinigung im Original vorlegt (§ 36 Absatz 2 Nummer 2 Satz 2 EStG).

Bei beschränkt steuerpflichtigen Darlehensnehmern sind insbesondere die §§ 43b, 50 Absatz 2 und 50d EStG sowie § 32 KStG zu beachten.

Ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach den vorgenannten Grundsätzen zu verneinen, ist der Darlehensnehmer nicht zur Anrechnung der auf die Dividenden einbehaltenen Kapitalertragsteuer berechtigt, da ihm die Kapitalerträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG nicht nach § 20 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG zuzurechnen sind (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 EStG).

Hat der Darlehensnehmer im Zeitpunkt des Dividendenzuflusses i.H.d. auf die Dividende einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer eine Forderung gegenüber dem Finanzamt aktiviert, ist dieser Bilanzansatz zu korrigieren. Die Korrektur hat in dem Jahr des Dividendenzuflusses zu erfolgen. Die gilt auch wenn die Forderung später durch Erstattung der Kapitalertrag-

steuer im Rahmen der Veranlagung erloschen ist. Eine Hinzurechnung der Kapitalertragsteuer nach § 10 Nr. 2 KStG hat nicht zu erfolgen.

3. Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO)

Die Wertpapiere sind dem Darlehensnehmer auch dann nicht wirtschaftlich zuzurechnen, wenn die gewählte Gestaltung als missbräuchlich einzuordnen ist. Vom Fehlen eines wirtschaftlich vernünftigen Grundes für das Rechtsgeschäft und damit von Gestaltungsmissbrauch ist bei Wertpapiergeschäften auszugehen, deren Wirtschaftlichkeit im Wesentlichen in einem Steuervorteil besteht.

Es ist zu prüfen, ob die Wirtschaftlichkeit des Wertpapierdarlehensgeschäfts im Wesentlichen in einem Steuervorteil besteht. Dabei ist von einer konzeptionellen Betrachtung auszugehen. Die Höhe des Steuervorteils des Einzelgeschäfts ist unbeachtlich.

Dies ist im Grundsatz nicht der Fall, wenn der Darlehensnehmer aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften vor Steuer einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) erzielt.

Die Berechnung einer (positiven) Vorsteuerrendite im Rahmen des § 42 AO entspricht den vorgenannten Grundsätzen zu § 39 AO. Die Einschränkung „im Grundsatz“ lässt Ausnahmefälle zu. Vom Fehlen eines wirtschaftlich vernünftigen Grundes für das Rechtsgeschäft ist insbesondere auszugehen, wenn das Geschäft auf die Generierung eines steuerlichen Verlustes angelegt war. Ein solcher kann sich daraus ergeben, dass die vom Darlehensnehmer vereinnahmten Dividenden nach § 8b KStG im Ergebnis zu 95 Prozent steuerfrei, die gezahlten Kompensationszahlungen und Darlehensgebühren aber als voll steuerlich abzugsfähig behandelt werden („strukturierte Wertpapierleihe“).⁵

Bei der Prüfung des § 42 AO ist ferner von folgenden Grundsätzen auszugehen:

- Die Einführung des § 36a EStG führt nicht zur Anerkennung von Cum/Cum-Gestaltungen für die Vergangenheit.⁶
- Die Anwendung des § 42 AO auf Cum/Cum-Gestaltungen ist nicht (mehr) durch § 50c EStG a.F. gesperrt.⁷

⁵ Dazu BFH-Urteil v. 18.08.2015 (I R 88/13) und § 8b Abs. 10 KStG (zur rückwirkenden Anwendung ab 01.01.2007 siehe § 34 Abs. 7 Satz 2 KStG). Das FG Niedersachsen (v. 21.11.2013 – 6 K 366/12, EFG 2014, 494) als Vorinstanz des BFH hatte einen Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO bejaht.

⁶ BT-Drucks. 18/8739, 94.

⁷ FG Hessen vom 10.02.2016 – 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084 in einem „obiter dictum“

- Die Zuständigkeit für den Steuerabzug und die Anrechnung von KapESt ist innerhalb des BFH vom I. auf den VIII. Senat übergegangen. Es ist daher verstärkt auf die Rechtsprechung des VIII. Senats zu § 42 AO abzustellen.

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse kann danach der Tatbestand des § 42 AO erfüllt sein, wenn die gewählte Gestaltung den wirtschaftlichen Vorgängen nicht angemessen ist. Hierfür können eine ungewöhnlich kurze Dauer des Wertpapierdarlehens, ein ungewöhnliches Darlehensentgelt, eine ungewöhnliche tatsächliche Abwicklung oder Darlehensgeschäfte mit einander nahestehenden Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG sprechen.

Beispiel 4

Wertpapierleihe über 325.000 Stück Aktien (Dividende EUR 2,60) vom 19.04.2013 (Kurs EUR 72,40) bis 13.05.2013 (= 14 Tage) ohne Sicherheit (Konzernfall)

	EUR	845.000,00	(Brutto-Dividende = 325.000 Stück * EUR 2,60)
./.	EUR	845.000,00	(Kompensationszahlung = 100% der Brutto-Dividende)
+	EUR	5.947,86	(Darlehensentgelt = Marktpreis * Fee ./ 0,65%/360Tage * 14 Tage)
+	EUR	0,00	(kein Mehrertrag, da ohne Sicherheit)
=	EUR	+ 5.947,86	(<u>positive Vorsteuerrendite</u>)

Ergebnis: Trotz positiver Vorsteuerrendite sind die entliehenen Wertpapiere dem Darlehensnehmer nicht zuzurechnen, da der Darlehensgeber ein Entgelt für die Darlehensgewährung leisten muss und das Geschäft zwischen nahestehenden Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG abgeschlossen wurde.

Beispiel 5

Wertpapierleihe über 325.000 Stück Aktien (Dividende EUR 2,60) vom 19.04.2013 (Kurs EUR 72,40) bis 17.05.2013 (= 28Tage) strukturierte Wertpapierleihe

	EUR	845.000,00	(Brutto-Dividende = 325.000 Stück * EUR 2,60)
./.	EUR	760.500,00	(Kompensationszahlung = 90% der Brutto-Dividende)
./.	EUR	79.609,84	(Darlehensentgelt = Marktpreis * Fee 4,35%/360Tage * 28 Tage)
+	EUR	0,00	(kein Mehrertrag)
=	EUR	+ 4.890,16	(<u>positive Vorsteuerrendite</u>)

Ergebnis: Trotz positiver Vorsteuerrendite sind die entliehenen Wertpapiere dem Darlehensnehmer nicht zuzurechnen, da es sich um einen Fall der strukturierten Wertpapierleihe handelt.

II. Repo-Geschäfte, Wertpapierpensionsgeschäfte

Im Fall von Repo-Geschäften⁸ oder (echten und unechten) Wertpapierpensionsgeschäften i.S.d. § 340b HGB sind die vorgenannten Prüfungsschritte unter I. entsprechend anzuwenden.

III. Kassa-Geschäfte

Im Fall von reinen Kassa-Geschäften ist die vorgenannte Prüfungsreihenfolge wie folgt zu modifizieren:

Prüfungsschritt 1: Laufzeit des Kassa-Geschäfts

Prüfungsschritt 1 unter I. findet keine Anwendung, da reine Kassa-Geschäfte keine Laufzeit besitzen. Eine Zuordnung einer Veräußerung zu einem Erwerb ist nur möglich, soweit Absprachen existieren.

Sind keine Absprachen feststellbar, ist mit Prüfungsschritt 2 fortzufahren.

Sind Absprachen feststellbar, ist die Zeitspanne zwischen Erwerb und Veräußerung des Wertpapiers zu prüfen. Maßgeblich für die Berechnung sind die Vertragsabschlüsse (schuldrechtliches Geschäft). Beträgt die Zeitspanne 45 Tage oder mehr, ist von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber auszugehen. Beträgt sie weniger als 45 Tage, ist mit Prüfungsschritt 2 fortzufahren.

Prüfungsschritt 2: Wirtschaftlicher Vorteil (positive Vorsteuerrendite) beim Erwerber

Die Berechnung der (positiven) Vorsteuerrendite entspricht den vorgenannten Grundsätzen zu I. Prüfungsschritt 2.

Die Berechnung der Vorsteuerrendite eines Kassa-Geschäfts auf Basis eines einzelnen Geschäftsabschlusses dürfte nur schwer möglich sein, da eine Zuordnung von Erwerb und Veräußerung innerhalb der Bank regelmäßig ausgeschlossen sein dürfte. Dies gilt nicht, soweit Absprachen bekannt sind, die eine Zuordnung ermöglichen.

Die Berechnung der Vorsteuerrendite hat daher auf Basis der Strategie des Steuerpflichtigen bei Kassa-Geschäften zu erfolgen. Im Rahmen einer Prüfungsanfrage ist nach einer möglichen Strategie für Kassa-Geschäfte zu fragen. Existiert eine Geschäftsstrategie, ist zu prüfen, ob diese zu einer positiven oder negativen Vorsteuerrendite führt und dieses Ergebnis anhand einer exemplarischen Zahl (regelmäßig zwei bis drei) von Geschäftsabschlüssen zu plausibilisieren.

⁸ Rechtlich handelt es sich um Verträge über den Verkauf von Finanzinstrumenten oder Forderungen mit gleichzeitigen Rückkaufvereinbarungen, vgl. § 340b Abs. 1 HGB. Wirtschaftlich und bilanziell entsprechen Repo-Geschäfte echten Pensionsgeschäften (Rückkaufverpflichtung, vgl. § 340b Abs. 2 HGB) auf vertretbare Sachen.

Führt die Geschäftsstrategie zu einer positiven Vorsteuerrendite, ist von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auszugehen. Führt die Geschäftsstrategie zu einer negativen Vorsteuerrendite, ist mit Prüfungsschritt 3 fortzufahren.

Liegt keine Geschäftsstrategie vor, ist mit Prüfungsschritt 3 fortzufahren.

Prüfungsschritt 3: Rein formale Eigentümerposition des Erwerbers

Es ist eine entsprechende Prüfungsanfrage an den Steuerpflichtigen zu allen vier Kriterien zu richten. Die Prüfung der einzelnen Kriterien erfolgt entsprechend den Ausführungen zu I. Prüfungsschritt 3.