

**Gutachten**  
**zur steuer(straf)rechtlichen Beurteilung des sogenannten**  
**„Dividendenstripping“**

I.

1. Der Hessische Wirtschaftsminister Ernst Welteke ist erstmals im Dezember 1991 mit der Behauptung an die Öffentlichkeit getreten, Börsenbeteiligte und insbesondere Vertreter der Maklerschaft hätten die Institution der öffentlich-rechtlichen Frankfurter Wertpapierbörse in den vergangenen Jahren offensichtlich in starkem Maße als „Steuerverkürzungseinrichtung“ missbraucht (s. Erklärung des Hessischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 05.12.1991; FAZ vom 05.12.1991, Seite 24). Denn zu eben diesem Zweck seien seit längerem verschiedene Formen des „Dividendenstripping“ von Maklern eingesetzt worden. Diesen schweren Vorwurf hat der Hessische Minister dann allerdings später erheblich abgeschwächt und auf einer zu diesem Thema am 15.04.1992 gegebenen Pressekonferenz vorsichtiger formuliert, Geschäfte dieser Art begründeten den „Anfangsverdacht“ eines Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO.

Mit dieser Korrektur hat der Minister der juristischen Kompliziertheit der Materie Rechnung getragen - die durch sein vorausgegangenes Vorpreschen ausgelöste Verunsicherung in den Kreisen der Börsenmakler und Banken wurde damit aber nicht ausgeräumt.

Die Klärung der Frage, ob die als „Dividendenstripping“ inkriminierten Geschäfte als Gestaltungsmissbrauch oder gar als Steuerverkürzung anzusehen sind, ist daher dringlich geblieben.

2. Anlass der erhobenen Vorwürfe sind folgende, von Herrn Minister Welteke als „typische Grundmuster“ des sogenannten „Dividendenstripping“ ausgemachte Geschäftsabläufe

- a) Geschäfte unter Einschaltung „junger“ Aktien

Taggleich und mit demselben Handelspartner, bei dem es sich stets um eine Bank handelt, erwirbt und veräußert der Makler vor dem sogenannten „ex-Tag“ die jeweils gleiche Stückzahl an Aktien. Bei den gekauften Aktien handelt es sich um sogenannte „alte“ Aktien, also solche, die unmittelbar vor einer Dividendenausschüttung stehen. Verkauft werden dagegen „junge“ Aktien; so sollen in vorliegendem Zusammenhang Aktien ohne Dividendenanspruch bei der bestehenden Ausschüttung bezeichnet werden. In den Kaufpreis der „alten“ Aktien wird die unmittelbar zur Ausschüttung anstehende Dividende einkalkuliert. „Ex Dividende“, also nach Abtrennung und Einlösung des Dividendencoupons am Tag

nach der Hauptversammlung, steht die alte Aktie der jungen rechtlich und wirtschaftlich gleich.

Die Belieferung des Geschäfts aus dem Verkauf der jungen Aktien erfolgt nach der „Umwandlung“ der jungen in alte Aktien mit den im Gegengeschäft erworbenen, ursprünglich „alten“ Aktien. Kauf- und „Rückkauf“geschäft sollen dabei stets als Einheit vereinbart worden sein. Die Kursdifferenz zwischen dem Erwerbkurs der alten und dem Veräußerungskurs der jungen Aktien liegt dabei in der Regel 20-25 % über dem Auszahlungsbetrag der Dividende und trägt so dem anfallenden Steuererstattungsanspruch nach § 20 EStG Rechnung.

- b) Geschäfte ohne Einschaltung junger Aktien, aber mit unterschiedlicher Valutastellung.

Vor den Dividendenstichtag kauft der Börsenmakler eine bestimmte Anzahl Aktien mit Wertstellung zum Hauptversammlungstermin.

Taggleich und an denselben Handelspartner, eine Bank, verkauft er die gleiche Stückzahl Aktien mit Wertstellung zum Tag „ex Dividende“. Die Kursgestaltung erfolgt wie bei der Zwischenschaltung junger Aktien.

- c) Aufgabegeschäfte:

Gemäß § 12 der Geschäftsbedingungen der Frankfurter Wertpapierbörse sind Makler zum Abschluss von Geschäften unter dem Vorbehalt der Benennung des Handelspartners ein bis drei Tage nach Geschäftsabschluss berechtigt (Aufgabegeschäfte).

Auch hier wird in der Regel eine bestimmte Anzahl Aktien vor dem Hauptversammlungstermin von einer Bank gekauft und taggleich mit gleicher Anzahl Aktien „an Aufgabe“ verkauft (genommen).

Der Makler ist am Tag des Hauptversammlungstermins dividendenberechtigt. Am Tag „ex Dividende“ schließt der Makler dann die offene Adresse durch die Benennung der Bank, die ihm die Aktien vor dem Dividendenstichtag verkauft hat. Die sich aus der Aufgabeschließung ergebenden Kursdifferenzen bewegen sich dabei regelmäßig in der Größenordnung wie bei den vorhergenannten Fällen.

3. Die dargelegten Erscheinungsformen sind vom äußeren Ablauf her unterschiedlich. Gemeinsam ist allen beschriebenen Geschäften jedoch, dass einem Aktienerwerb mit Wirkung „cum Dividende“ auf Seiten des Maklers ein zeit- und ansonsten weitgehend inhaltsgleiches Gegengeschäft auf Aktienveräußerung „ex Dividende“ gegenübersteht. Dabei ergibt sich zunächst ein Handelsverlust des Maklers aus der Differenz zwischen dem höheren Erwerbkurs der alten und dem niedrigeren Veräußerungskurs für die jungen Aktien, der auch durch die ihm zufließenden Dividenden nicht vollständig ausgeglichen wird; erst durch die Realisierung des Anspruchs auf Anrechnung bzw. Erstattung der von der ausschüttenden AG geschuldeten Körperschaftssteuer und Kapitalertragsteuer entsteht bei Makler ein den Verlust übersteigender Gewinn.

- a) Dies liegt an dem mit der Dividende verbundenen Steueranrechnungs- bzw. erstattungsanspruch in Höhe von insgesamt 52 % der Bruttodividende:

Der 1977 neu gefasste § 20 des Einkommensteuergesetzes hat als wichtigste Änderung die Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne von Kapitalgesellschaften mit Körperschafts- und Einkommensteuer eingeführt. Zur Vermeidung dieser Folge hat sich der Gesetzgeber 1977 für ein zweistufiges Anrechnungsverfahren entschieden, mit dem Resultat, dass Kapitalerträge endgültig nur noch mit der persönlichen Einkommensteuer des Anteilseigners belastet sind. Auf der Ebene der Kapitalgesellschaft – erste Stufe – wird der zur Ausschüttung bestimmte Gewinn vor Körperschaftssteuer mit 36 % belastet (Ausschüttungsbelastung, § 27 KStG); von dem verbleibenden Betrag werden zudem 25 % Kapitalertragsteuer abgezogen (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG; § 50 KStG). Von einem Gewinn von DM 100,0 vor Körperschaftssteuer können somit im Ergebnis DM 48,00 ausgeschüttet werden:

Auf der Ebene des Kapitaleigners – zweite Stufe – wird die abgeführte bzw. geschuldete Kapitalertragssteuer als Einnahme des Kapitaleigners dem persönlichen Einkommensteuersatz des Anlegers unterworfen und dann die bereits abgeführten Steuern angerechnet (s. hierzu auch Littmann/Bitz/Meincke, Das Einkommensteuerrecht, 14. Aufl. 1985, Anmerkung 47/48 zu § 20 EStG; Schmidt, Kommentar zum EStG, Rn. 11 zu § 20):

Einnahmen des Anteilseigners:

Dividendenausschüttung	48,00 DM	
zuzüglich Kapitalertragsteuer	<u>16,00 DM</u>	64,00 DM
zuzüglich Körperschaftssteuer		<u>36,00 DM</u>
		100,0 DM
persönlicher Einkommensteuersatz		X
Steuerschuld aus Kapitalerträgen		Y
Anrechnung (16 + 36 =)		52,00 DM

Erstattung/Nachzahlung: Differenz Y zu 52

- b) Die Anwendung dieses Anrechnungssystems führt bei den hier in Rede stehenden Wertpapiergeschäften nahe dem Dividendenstichtag trotz des dem Makler zunächst entstehenden Handelsverlusts im Ergebnis zu einem Einnahmenüberschuss. Ein fiktives und vereinfachtes Rechenbeispiel unter Zugrundelegung einer Bruttodividende von DM 12,00 (und ohne Berücksichtigung anfallender Spesen) soll das wirtschaftliche Ergebnis verdeutlichen.

Börsenkurs am Tag vor der HV	300,00 DM
Börsenkurs am „ex Tag“	<u>285,00 DM</u>
Kursverlust	15,00 DM
Nettodividende	9,00 DM

Kapitalertragsteuererstattungsanspruch	3,00 DM
Körperschaftsteuererstattungsanspruch	<u>6,75 DM</u>
ergibt	18,75 DM
abzüglich Kursverlust	<u>15,00 DM</u>
Einnahmeüberschuss	3,75 DM

- c) Würde man die eingangs genannten Transaktionen vor dem Hintergrund dieses Beispielfalles als „missbräuchlich“ im Sinne des § 42 AO ansehen, wäre dem Makler in der Konsequenz die Anerkennung des Steuererstattungsanspruchs zu versagen (so im Ergebnis der Erlass der Finanzverwaltung Nordrhein-Westfalen vom 28. 08.1978, StEK Nr. 63 zu § 20 EStG). Denn § 42 AO betrifft nicht nur die Umgehung der „Steuerpflicht“; der steuerliche Vorteil eines Umgehungs-geschäftes muss nicht einen Steueranspruch betreffen, er kann sich auch auf Erstattungs- und Vergütungsansprüche beziehen (vergl. Hübschmann/Hepp/Spittaler, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl. 1991, Anmerkung 87).

In der Tat hat der Bundesminister der Finanzen in einem an die Bankenverbände gerichteten Schreiben vom 02.08.1978 die Auffassung vertreten, es sei kein wirtschaftlicher Zweck dieser Transaktionen zu erkennen, der neben der Absicht, die Steueranrechnung zu erlangen, ins Gewicht fiele; die Anrechnung sei daher in Anwendung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 42 AO entwickelten Grundsätze zu versagen.

4. Für die Beantwortung der Frage, ob die Inanspruchnahme der Steuererstattungsansprüche in den vorliegend beschriebenen Fällen einen Gestaltungsmissbrauch darstellt, sind die wirtschaftlichen Gründe eines solchen Geschäfts von maßgebender Bedeutung.

Folgende zwei Fallgestaltungen mit unterschiedlichen Motivlagen spielen in der Praxis eine Rolle:

- a) Der Aktieninhaber, der hinter der Bank steht, ist (z.B. als Ausländer oder inländische gemeinnützige Körperschaft) nur beschränkt steuerpflichtig. (Vereinfachend und nur zum leichteren Verständnis der nachfolgenden Darlegungen soll diese Variante als „Ausländergeschäft“ bezeichnet werden.)

In diesen Fällen ist dem Anteilseigner die Anrechnung der vorab abgezogenen Steuern (Körperschafts- und Kapitalertragsteuer) gemäß § 51 i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 2 KStG verwehrt. Der Grund hierfür liegt darin, dass bei einem beschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner die Einkommensteuerpflicht von Kapitaleinkünften als mit der vorher schon bei der Kapitalgesellschaft abgezogenen Körperschaftssteuer (Ausschüttungsbelastung von 36 %) abgegolten gilt. Die Doppelbesteuerung, die § 20 EStG vermeiden will, tritt daher gar nicht erst ein. Im Gegenteil:

„Wollte man in den Fällen, in denen die abzugspflichtigen Einkünfte nicht der normalen Besteuerung unterliegen oder jedenfalls gemäß § 50 Abs. 1 KStG außerhalb der Veranlagung bleiben, Körperschaftssteuer anrechnen, so

würden die ausgeschütteten Gewinne von jeder Körperschaftssteuerbelastung befreit. Dies entspricht jedoch nicht der Zielrichtung des Anrechnungsverfahrens“ (s. Blümich, Kommentar zum KStG, 14. Aufl. 1992, Anmerkung 1 zu § 51 KStG).

Eine solche, mindestens teilweise Befreiung von der Körperschaftsteuer wird aber durch die beschriebenen Geschäftsabläufe auf anderem Wege erreicht:

Hätte der beschränkt Steuerpflichtige die Aktien behalten, hätte er in dem vorstehenden Beispielfall 9,00 DM Dividende erhalten, die nicht weiter zu versteuern gewesen wären. An den Fiskus wären in diesem Fall als Steuereinnahmen aus ausgeschütteten Gewinnen 9,75 DM geflossen (unbeschadet des Erstattungsanspruches aus Doppelbesteuerungsabkommen). Dagegen erzielt der Ausländer bei einem Aktienverkauf mit anschließendem Rückkauf im Beispielfall per Saldo 19,00 DM. Damit wird er nicht nur für seinen Verzicht auf die Dividende entschädigt. Je nachdem wie die konkrete Kursgestaltung ist, wird in dem Transaktionsgewinn auch der Steuererstattungsanspruch berücksichtigt, indem er als ein dem Steuerinländer verfügbarer wirtschaftlicher Vorteil in die Kaufpreisabrede teilweise einfließt.

- b) Bei den anderen Fallgestaltungen („Inländergeschäfte“) ist der Aktieninhaber zwar selbst unbeschränkt steuerpflichtig; sein Handlungsmotiv besteht hier stattdessen in der Realisierung eines Gewinns oder auch Verlusts, um sich „verbilligt“ erneut zu engagieren. Solche Anteilseigner können insbesondere (inländische) Banken oder (Investment-)Fonds sein. Es kann sich aber auch um (inländische) Privatanleger handeln. Diese Fälle des „Inländergeschäfts“ haben meist folgende Hintergründe:
  - aa) So fließen bei vielen Banken die Dividendenerträge nicht den Handelsabteilungen der Banken zu, sondern anderen Abteilungen. Durch den Verkauf „cum Dividende“ und anschließenden Rückkauf „ex Dividende“ verbilligt der Bankenhändler seinen Einstandspreis für die im eigenen Bestand gehaltenen Werte. Verkauft er z.B. eine zu einem historischen Einstandspreis gekaufte Aktie zum Tageskurs von 615,00 DM vor dem Dividendenstichtag und erwirbt er sie „ex Dividende“ mit 598,00 DM zurück, muss er den Dividendenabschlag nicht als Verlust ausweisen. Denn es liegt für ihn ein Verkauf mit Gewinn- oder Verlustrealisierung sowie eine anschließende Neuanschaffung vor.
  - bb) Eine andere Gruppe sind Fonds, die dann keinen Wert auf die Dividende legen, wenn sie schon genügend Erträge erzielt haben, die für eine Ausschüttung ausreichen. Die Fondsverwaltung gibt stattdessen die Papiere vor dem Stichtag weg, um die „Performance“ zu verbessern. Es findet damit derselbe Verbilligungseffekt statt, wie schon oben aufgeführt.
  - cc) Eine dritte Gruppe sind (unbeschränkt steuerpflichtige) Privatanleger mit Aktien im Dauerbesitz. Der Privatanleger verkauft seine alten Stücke und kauft zugleich junge Aktien ein. Er vermeidet dadurch die Dividendenausschüttung und deren Versteuerung. Die dem Privatanleger verbleibende Differenz zwischen dem Verkaufspreis für die alte Aktie und den Anschaffungskosten für die junge Aktie ist in der Regel größer als der zu versteuernde Zufluss aus den Dividendenerträgen.

In allen diesen Fällen ist der Steuererstattungsanspruch, der auch hier wieder neben der Dividende bei der Preisbildung der Aktien berücksichtigt wird und so auch Handelsgegenstand ist, im Gegensatz zu dem vorgenannten Fall des „Ausländergeschäfts“ auch in der Person des die Aktien veräußernden Aktionärs gegeben.

- c) Je nachdem, ob es sich bei dem „Dividendenverkauf“ um ein Ausländer- oder Inländergeschäft handelt, sind die steuerlichen Auswirkungen daher verschieden. Auch die Motive für das sogenannte „Dividendenstripping“ sind jeweils andere.

Dagegen ist die unterschiedliche börsentechnische Abwicklung des „Dividendenstripping“ wegen des gleich bleibenden wirtschaftlichen und steuerlichen Resultates im Rahmen des § 42 AO ohne weitere Bedeutung. Nur unter Zugrundelegung des jeweils unterschiedlichen Geschäftshintergrundes lässt sich daher die Frage beantworten, ob je nachdem von einem Gestaltungsmissbrauch auszugehen ist:

## II.

### Die Vorschrift des §§ 42 AO

1. Schon die Entstehungsgeschichte des § 42 macht deutlich, dass große Vorsicht angebracht ist, wenn der Vorwurf des Gestaltungsmissbrauchs und sogar der einer hiermit einhergehenden Steuerverkürzung aufgeworfen wird. Denn diese Bestimmung ist wegen ihrer sehr unklaren Tatbestandsmerkmale bis heute umstritten. Schon die Reichsabgabenordnung von 1919 kannte eine dem § 42 AO entsprechende Vorschrift, deren Wortlaut aber -- bis heute ohne großen Erfolg - vielfachen Verbesserungsversuchen unterworfen wurde (s. hierzu Hübschmann/Hepp/Spittaler, Kommentar zur AO und FGO, 9. Aufl. Köln 1991, Anmerkung 1 ff. zu § 42 AO m. w. N.).

Der Tatbestand der Steuerumgehung nach § 42 AO lautet heute wie folgt:

„Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Liegt ein Missbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht“.

Die Frage, wann Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorliegen, umschreibt der Gesetzgeber in § 42 AO nicht näher; Rechtsprechung und Literatur haben daher insoweit eigene Definitionen entwickelt.

2. a) Es ist allgemein anerkannt, dass es nicht das Ziel des § 42 AO ist, dem Steuerpflichtigen Steuersparmöglichkeiten zu verschließen. Der Bundesfinanzhof hat hierzu festgestellt:

„Dem Steuerpflichtigen kann es grundsätzlich nicht verwehrt werden, seine Rechtsverhältnisse beliebig zu gestalten, selbst wenn dies entscheidend aus Steuerersparnisgründen geschieht ... „ (s. BFHE 83, 545).

Die Schwierigkeit liegt daher in der Abgrenzung der grundsätzlich erlaubten Steuerersparnis von der rechtlich zu missbilligenden Steuerumgehung.

- b) Rechtsprechung und Literatur haben zur Abgrenzung unterschiedliche Lösungsansätze vorgeschlagen, um das Tatbestandsmerkmal der „unangemessenen“ rechtlichen Gestaltung durch andere Begriffe zu konkretisieren.

Die „unangemessene“ Gestaltung wurde dabei verschiedentlich mit der „ungewöhnlichen“ Gestaltung gleichgesetzt (so BFH BStBl 1981 II, 220; weitere Nachweise bei Hübschmann/Hepp/Spittaler, Rn. 33 zu § 42 AO).

Verschiedentlich wurde ein „unüblicher“ Weg als zugleich „unangemessen“ bezeichnet. So definierte Bundesfinanzhof in seinem Urteil vom 18.01. 1992 den Begriff „missbräuchlich“ als: den „wirtschaftlichen Verhältnissen unangemessen und gekünstelt“ (siehe BFHE 104,119).

Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Rechtsordnung für alle Regelungsbereiche eine möglichst einfache, rechtliche Gestaltung zur Verfügung stellt, die von den Steuerpflichtigen normalerweise auch gewählt wird. Wird stattdessen ein „Schleichweg“ gewählt, deutet dies auf das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs hin (so z.B. Becker/Rehwald/Koch, Anmerkung 1 (8) zu § 6 StAnpG).

Jedoch stellen Hübschmann/Hepp/Spittaler zu allen diesen Bemühungen zu Recht fest:

„Rechtsprechung und Literatur haben viel Wortfindungsfantasie aufgewendet, um die „unangemessene Gestaltung“ durch sich gegenseitig substituierende Hilfsbegriffe ... zu umschreiben“ (a.a.O., Rn. 41 zu § 42 AO m. w. N.).

Eine letztlich befriedigende Lösung ist damit nicht gelungen.

Erst in jüngerer Zeit hat der Bundesfinanzhof zu einer zwar nicht alle Schwierigkeiten ausräumenden, dann aber doch die Tatbestandsmerkmale weitgehend präzisierenden Formulierung gefunden.

3. Der Bundesfinanzhof folgert unter Rückgriff auf eine schon vom Reichsgericht häufig verwandte Definition in seiner neueren Rechtsprechung nunmehr,

„dass eine wirksame bürgerlich-rechtliche Gestaltung dann als missbräuchlich anzusehen ist, wenn sie, gemessen an dem erstrebten Ziel, unangemessen, also ungewöhnlich ist, der Steuererminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist“ (BFH Urteil vom 05.11.1990, BStBl II 1981,220).

Diese Umschreibung ist in der Literatur allgemein anerkannt worden (vgl. Hübschmann/Hepp/Spittaler, a. a. O., Rn. 33 zu § 42 AO m.w.N.) und wird vom Bundesfinanzhof nunmehr in ständiger Rechtsprechung vertreten (BFH in „Betriebsberater“ 1992, 1053 m.w.N.).

Missbräuchlich im Sinne des § 42 AO ist danach eine Gestaltung, die

- gemessen an dem angestrebten Ziel, unangemessen, also ungewöhnlich ist,
- der Steuerminderung dienen soll und
- für die keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen nichtsteuerlichen Gründe vorliegen.

Anhand dieser Tatbestandsmerkmale und unter Zuhilfenahme schon von der Rechtsprechung entwickelter Fallgruppen soll nun geklärt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die von den Maklern vorgenommenen Geschäfte als Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO anzusehen sind.

### III.

Wie bereits erwähnt, sind die Begriffe der „unangemessenen“ oder „ungewöhnlichen“ Gestaltung wenig aussagekräftig. Der Untersuchung sollen daher die anderen, noch einigermaßen präzisen Begriffsmerkmale einer missbräuchlichen Gestaltung vorangestellt werden:

#### 1. Umgehung durch Minderung der Steuer

- a) Diese an sich selbstverständliche Tatbestandsvoraussetzung ist im Wortlaut des § 42 AO im Gegensatz zu dem Vorläufer dieser Vorschrift, § 6 StAnpG, nicht mehr wörtlich zu entnehmen. Dennoch ist allgemein anerkannt, dass § 42 AO nicht etwa der Korrektur von Gestaltungen dient, die – zu Lasten des Steuerpflichtigen – zu einer höheren Steuer führen (s. BFH vom 12.07.1989, BStBl II 1990, 113; Tipke/Kruse, Kommentar zur AO und FGO, Rn. 18 zu § 42 AO m.w.N.; Hübschmann/Hepp/Spittaler, a.a.O., Rn. 101 zu § 42 AO). Vielmehr kann nur im Falle der Minderung bzw. des Wegfalls der Steuerpflicht sinnvollerweise von einem „Missbrauch“ von Gestaltungsmöglichkeiten gesprochen werden. Noch immer gilt die Feststellung des Bundesfinanzhofes:

„§ 6 StAnpG setzt aber voraus, dass die missbräuchliche Gestaltung zu einer Steuerminderung führt. Ob das der Fall ist, kann regelmäßig erst beurteilt werden, wenn die Berechnungsgrundlage, der Umfang der Steuerpflicht, bestimmt ist ...“ (s. BFH vom 01.12.1982, BStBl 1985 II, 3).

- b) Im vorliegenden Fall kommt § 42 AO daher überhaupt nur zur Anwendung, wenn dem Fiskus durch das sogenannte „Dividendenstripping“ steuerliche Einnahmen entgehen. Hierzu sind nach der vorstehend zitierten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes die konkreten, steuerlichen Auswirkungen einer genauen Betrachtung zu unterziehen. Dies ist im Rahmen einer abstrakten, rechtlichen Bewertung naturgemäß schwierig und nur unter Zugrundelegung eines fiktiven Rechenbeispiels möglich. Auch hier soll wieder auf das schon zuvor dargelegte Rechenmodell zurückgegriffen werden. Auf dieser Basis ergibt sich für die beschriebenen Geschäftsabläufe folgendes:



#### aa) Ausländergeschäft

Hätte der Ausländer seine Aktien behalten, so hätte der Fiskus nach dem vorstehend Berechneten pro Aktie 9,75 DM (nämlich 6,75 DM Körperschaftsteuer und 3,00 DM Kapitalertragsteuer) eingenommen. Damit wäre die inländische Steuerschuld des Ausländers pauschal abgegolten gewesen; weder hätte ein Steueranrechnungsguthaben geltend gemacht werden können, noch wäre eine Nachversteuerung nach dem individuellen Steuersatz des Ausländers erfolgt.

Bei einem Aktienverkauf mit anschließendem Rückkauf hat der Fiskus ebenfalls 9,75 DM von der Dividende vorab erhalten. Diese verbleiben ihm jedoch nur zum Teil: Der Makler erzielt steuerbare Einnahmen in Höhe der Nettodividende zuzüglich vorausbezahlter Körperschaftsteuer/Kapitalertragsteuer, insgesamt 18,75 DM, gekürzt um den Handelsverlust von 15,00 DM aus der Transaktion. Die Differenz von 3,75 DM unterliegt seinem persönlichen Einkommensteuersatz; in der Spitze (52 %) fallen also 1,95 DM Einkommensteuer an. Dem steht ein Verrechnung- bzw. Erstattungsanspruch von 9,75 DM aus der anrechenbaren Körperschaftsteuer/Kapitalertragsteuer gegenüber. In Höhe der nach Verrechnung verbleibenden Differenz entstehen dem Fiskus Mindereinnahmen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass im Falle des sogenannten „Ausländergeschäfts“ durch die Herbeiführung einer Inlandsberührung ein in der Person des veräußernden Aktionärs zunächst nicht bestehender Erstattungsanspruch neu entsteht, der nach Verrechnung mit der tarifmäßig festgesetzten Einkommensteuerschuld des Aktionärs zu einer Steuerminderung führt.

#### bb) Anders aber in den übrigen drei dargestellten Fällen, in denen jeweils ein unbeschränkt steuerpflichtiger Inländer aus verschiedenen Motiven seine Aktien und damit seinen Dividendenanspruch an den Makler verkauft.

Zwar könnte ein etwa bestehendes steuerliches Gefälle zwischen Aktienverkäufer und -erwerber im Einzelfall auch hier zu einer Steuerminderung führen. Dies wäre stets dann der Fall, wenn der Makler als Aktienerwerber einen niedrigeren persönlichen Steuersatz von beispielsweise 42 %, der unbeschränkt steuerpflichtige Aktienverkäufer einen höheren von z.B. 52 % hätte. Denn dann würde die Differenz aus der Bruttodividende inklusive Körperschaftsteuer/Kapitalertragsteuer und dem Handelsverlust, also 3,75 DM, nur mit 42 % besteuert. Der Aktienverkäufer könnte, hätte er die Stücke behalten, keine Erstattung geltend machen, da sich Anrechnungsguthaben und tariflich geschuldete Einkommensteuer aufheben. Infolge der Veräußerung entsteht eine Steuerminderung von: 9,75 DM Anrechnungsanspruch abzgl. 42 % aus DM 3,75 (= 1,57 DM), somit 8,18 DM.

Diese Konstellation wird jedoch höchst selten gegeben sein, da die Börsenmakler, die an den beschriebenen Geschäften beteiligt sind, in aller Regel zu den Höchstbesteuerten zählen, ein steuerliches Gefälle also allenfalls in umgekehrter Richtung vorliegt. Wird aber der Makler als Erwerber der Stücke höher besteuert als der unbeschränkt steuerpflichtige Veräußerer, so erwachsen dem Fiskus unter Umständen sogar Mehreinnahmen, nämlich dann, wenn sich der Anteilseigner nach den Dividendenstichtag von der Aktie trennt und von ihm – als Privatmann unter den Voraussetzungen eines Spekulationsgeschäfts (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 b, Abs.

4 S. 3 EStG) – der eingetretene Kursabschlag als Verlust steuerlich geltend gemacht werden kann.

Damit kann es bei „Inländergeschäften“ je nach den Umständen und Dispositionen des Anteilseigners am Tatbestandsmerkmal der „Steuerminderung“ fehlen, weil der steuerliche Vorteil nur von einer auf die andere Person übertragen wird.

Unter anderem mit dieser Begründung hat der Große Senat des Bundesfinanzhofes mit Beschluss vom 29.11.1982 die Inanspruchnahme der Steuerfreiheit nach § 3 a EStG im Fall des sogenannten „Wertpapierpensionsgeschäfts“ nicht als Gestaltungsmissbrauch angesehen. Hierzu führte der BFH aus:

„Das Gestaltungsmotiv der Ersparnis von Steuern macht die Gestaltung nicht unangemessen ..., zumal wenn – wie vorstehend ... dargelegt – die Inanspruchnahme der Steuerfreiheit nach § 3a EStG nicht nur dem ursprünglichen Kapitalüberlasser, sondern auch jedem späteren Inhaber der steuerbegünstigten Wertpapiere offensteht“ (s. BStBl 1983 II, S. 277).

Der Bundesfinanzhof berücksichtigt damit, dass es in den Fällen, in denen grundsätzlich beiden Parteien eines Übertragungsgeschäfts bestimmte steuerliche Vorteile zustehen, außersteuerliche wirtschaftliche Gesichtspunkte gewesen sein müssen, die ausschlaggebend für die gewählte Gestaltung waren. Tatsächlich wird damit die Auffassung bestätigt, dass nur eine angestrebte Steuerminderung auf einen Missbrauch im Sinne des § 42 AO schließen lasse. Ist eine Steuer-minderung nicht das Ziel des durchgeführten Geschäfts, so liegen hierfür höchstwahrscheinlich andere, gewichtige Gründe vor. Damit wird das Fehlen eines weiteren Tatbestandsmerkmals des § 42 AO indiziert:

## 2. **Kein wirtschaftlicher oder beachtlicher außersteuerlicher Grund:**

Im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals kommt den Motiven und geschäftlichen Hintergründen der gewählten Gestaltung besonderes Gewicht zu.

Der Bundesfinanzhof hat hierzu in ständiger Rechtsprechung die gesamten Umstände des Einzelfalles herangezogen und daher regelmäßig die Motivation aller am möglichen Umgehungsgeschäft Beteiligten untersucht (s. zuletzt BFH in „Betriebsberater“ 1992, 1053; auch Kühn/Kutter/Hofmann, Kommentar zur AO 1991, Rn. 2 zu § 42 AO).

Es ist daher grundsätzlich die Motivation aller am betreffenden Geschäft beteiligten Personen maßgeblich.

Daher ist im vorliegenden Fall sowohl die Seite des Aktienerwerbers wie die des -verkäufers zu betrachten. Die für das sogenannte „Dividendenstripping“ relevanten Hintergründe wurden bei den jeweils verkürzt mit „Ausländer-“ und „Inländergeschäft“ bezeichneten Vorgängen bereits dargelegt. Hieraus ergibt sich für den vorliegenden Fall folgendes:

- a) Der eingeschaltete Börsenmakler erzielt durch den An- und Verkauf der Aktien unter dem Strich einen Gewinn. Das mit Hilfe des Steuererstattungsanspruchs erzielte wirtschaftliche Resultat bestimmt seinen Entschluss zur Durchführung der

ihm angetragenen Transaktion. Für seinen Entschluss ist es unerheblich, ob es sich bei dem Anteilseigner um eine beschränkt oder unbeschränkt steuerpflichtige Person handelt; hierüber weiß er auch in aller Regel nichts, da ihm das Geschäft über eine Bank angetragen wird.

Der Makler verhält sich daher im Ergebnis marktkonform und wirtschaftlich sinnvoll. Ein „wirtschaftlicher oder beachtlicher außersteuerlicher Grund“ liegt jedoch nur vor, wenn es nicht in erster Linie der steuerliche Vorteil ist, der das Verhalten bestimmt. Allen Entscheidungen des Bundesfinanzhofes hierzu ist zu entnehmen, dass der steuerliche Vorteil außer Betracht zu lassen ist. Dies bedeutet, dass ein wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Grund nur dann vorliegt, wenn es zu dem Geschäftsabschluss auch dann gekommen wäre, wenn der steuerliche Vorteil nicht bestünde.

Es liegt aber auf der Hand, dass die vorliegenden Geschäftsabläufe für den Makler – auch unter Berücksichtigung seiner Courtageansprüche – nur dann wirtschaftlich rentabel sind, wenn er den Steueranrechnungsanspruch geltend machen kann. Entfällt dieser, entfällt für den Makler auch der nötige Geschäftsanreiz. Denn ein Gewinn (vor im Beispielsfall 3,75 DM) ergibt sich eben nur dann aus der Transaktion, wenn den als Einnahmen gewinnerhöhend zu berücksichtigenden Körperschaftsteuer-/Kapitalertragsteuerzahlungen ein Anrechnungsanspruch gegenübersteht. Daher ist auf Seiten des Maklers kein wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher nichtsteuerlicher Grund für sein Handeln ersichtlich.

- b) Deswegen allein ist jedoch noch nicht von einem Gestaltungsmissbrauch auszugehen, denn der Bundesfinanzhof stellt regelmäßig auch auf die Motivation des anderen Handelspartners ab (siehe z.B. BFH Bundessteuerblatt 1973,807; 1979,232 beim Zusammenwirken von GmbH und Gesellschafter).

Zur Beurteilung der Frage, ob eine Steuerumgehung vorliegt, ist daher die Motivationslage auf Seiten der Aktienverkäufer entscheidend. Die Situation ist hier beim „Ausländer-“ und „Inländergeschäft“ jeweils unterschiedlich:

aa) Inländergeschäfte

Handelt es sich bei dem seine Dividende veräußerten Anteilseigner um eine unbeschränkt steuerpflichtige Person, so ist das unmittelbar erzielte wirtschaftliche Ergebnis des Geschäftes sicher nicht ausschlaggebend, denn dem erzielten „Kursgewinne“ steht der Verlust der Dividende und des Steuererstattungsanspruchs entgegen. Es ist sogar nicht ausgeschlossen, dass in Wirklichkeit angesichts des ursprünglichen Ankaufrispreises der Aktie ein Kursverlust realisiert wird und im Ergebnis der später erlöste „Kursgewinne“ den Dividendenanspruch sogar übersteigt. Überwiegendes Gewicht kommt daher ganz offensichtlich einem außersteuerlichen Erfolg zu. Zu denken ist nach dem zuvor Dargelegten in diesem Fall an die Verbilligung von Eigenbeständen aus bilanztechnischen Gründen, schlicht, um innerbetrieblich und im Vergleich zu Konkurrenten „eine gute Figur zu machen „(Performancevergleich).

Dieses Motiv ist zumindest dann ohne Zweifel beachtlich, wenn es für den Fiskus steuerlich neutral ist. Dies ist der Fall, denn wer letztlich die Dividende erhält und den Erstattungsanspruch geltend macht, ist jedenfalls dann gleichgültig, wenn beide an dem Geschäft beteiligten Personen erstattungsberechtigt sind und kein steuerliches Gefälle besteht: Ein solches liegt aber (siehe oben) zwischen dem Makler und dem die Aktie im Rahmen des sogenannten „Dividendenstripping“

veräußernden Anteilseigner in der Regel nicht vor. Ergeben sich aber für die „Inländergeschäfte“ beachtliche außersteuerliche Gründe, so fehlt es insoweit an den einer Tatbestandsvoraussetzung des § 42 AO.

bb) Bei den sogenannten „Ausländergeschäften“ ergibt sich folgendes:

Das wirtschaftliche Ergebnis ist für den beschränkt Steuerpflichtigen bei einem vorübergehenden Verkauf unter dem Strich deutlich positiv, weil aus markttechnischen Gründen der Kursabschlag meist höher ausfällt, als die Nettodividende. Dies ist deswegen der Fall, weil die amtlich notierten Preise der Aktie „cum“ und „ex Dividende“ auch den Steueranrechnungsanspruch berücksichtigen. Entschließt sich ein beschränkt Steuerpflichtiger zur Veräußerung seiner Stücke, so macht er sich die amtliche und damit marktübliche Preisbildung – und dadurch wirtschaftlich den bei ihm an sich nicht bestehenden Anrechnungsanspruch – zunutze. Sein Motiv ist nichtsteuerlicher Art, insbesondere nicht auf einen eigenen oder fremden Steuervorteil gerichtet; er veräußert zum Börsenpreis und erwirbt zum Börsenpreis zurück, weil die Realisierung der im Markt vorhandenen Preisspanne für ihn vorteilhafter ist, als die Vereinnahmung der Nettodividende. In dieser Ausnutzung eines im börslichen Markt vorhandenen Vorteils liegt ein „wirtschaftlicher Grund“, der folglich den Tatbestand einer Steuerumgehung nach § 42 AO ausschließt.

Hinzu kommt, dass je nach individueller Motivationslage des beschränkt Steuerpflichtigen noch weitere außersteuerliche Gründe für den Verkauf der Aktien ausschlaggebend gewesen sein können. Dazu gehört, dass etwa ein ausländischer Investmentfonds denselben Verbilligungseffekt anstreben kann die er zuvor für inländische Anleger dargelegt wurde.

c) Zusammenfassend ist festzustellen, dass in allen typisierten Fällen beachtliche außersteuerliche Gründe für die Transaktion in der legalen Ausnutzung der börslichen Preis(bildungs)verhältnisse und unter Umständen zusätzlich in der Verbilligung der Eigenbestände zu sehen sind. Auch unter diesem Aspekt ist insoweit von einem Gestaltungsmissbrauch nicht auszugehen.

4. Nach der schon zuvor dargelegten, früher gebräuchlichen Definition des Steuerumgehungstatbestandes war ausschlaggebend, dass die gewählte Gestaltung a) ungewöhnlich und b) als vom Gesetz missbilligt anzusehen ist.

a) Der taggleiche An- und Verkauf von Aktien durch einen Makler ist Bestandteil seiner Vermittlungstätigkeit und daher nicht ungewöhnlich. Gerade an Bewertungstichtagen erhöht sich das Geschäftsvolumen der Börsenmakler aus den unterschiedlichsten Gründen oft erheblich, was aber keineswegs nur auf eine Vielzahl von Geschäften unter gleichzeitigem An- und Verkauf schließen lässt, denn selbstverständlich kaufen und verkaufen auch zahlreiche Anleger stichtagsnah ohne Abschluss von „Gegengeschäften“. Bei ihnen spielt (allein) die Einschätzung der Marktentwicklung eine Rolle.

Auffällig erscheint aber auf den ersten Blick, dass es sich bei den vom Hessischen Wirtschaftsminister als typische Grundmuster des Dividendenstripping bezeichneten Geschäften jeweils um denselben Handelspartner handelt, der die jeweils gleiche Stückzahl Aktien verkauft und mit einem zu diesem Zeitpunkt ebenfalls feststehenden Preis zugleich ankauft.

## Die Geschäftsmerkmale

- identische Handelspartner
- identische Aktienstückzahl und
- zum Zeitpunkt des Aktienverkaufs vereinbarter Rückkaufspreis

könnten in der Tat je nach den Umständen für ein Geschäft sprechen, das auch an der Börse nicht alltäglich ist. Bei der näheren Untersuchung ist nach den drei Grundmustern und der Fallgestaltungen zu differenzieren.

aa) Beim Verkauf von Aktien „cum“ und Kauf „ex Dividende“ scheinen die oben genannten Merkmale zunächst auf eine ungewöhnliche Gestaltung hinzuweisen. Aber hinter den identischen Handelspartnern können durchaus verschiedene Kunden, kann auch ein Nostrogeschäft der Bank stehen. Auch hat es der Makler oft mit verschiedenen Bankenhändlern als Vertreter ein und desselben Handelspartners zu tun.

Ob die Stückzahl der Höhe nach auffällig erscheint, ist von der Adresse und dem Börsenplatz abhängig; eine übereinstimmende Stückzahl kann – muss aber nicht – auffällig sein. Dies gilt auch für den identischen Zeitpunkt.

bb) Bei der Fallgestaltung ohne junge Aktien, jedoch mit unterschiedlicher Valutastellung liegt eine ungewöhnliche Gestaltung vor, weil Handelsgegenstand Aktien sind, die physisch noch nicht existieren. Die Identität von Stückzahl und Handelspartner dürfte stets gegeben sein.

cc) Die Gestaltung als Aufgabegeschäft ist dagegen keineswegs ungewöhnlich, auch nicht bei identischem Handelspartner und gleicher Stückzahl.

b) Von besonderer Bedeutung für die Beurteilung in diesem Zusammenhang ist auch, dass sich durch vielfältige Neuentwicklungen, wie Termingeschäfte über die DTB, Wertpapierleihe und derivative Instrumente die Geschäftsformen an der Börse gewandelt haben.

aa) In erster Linie ist hierbei an neuere Geschäftsmöglichkeiten über die Deutsche Terminbörse zu denken. Dabei können sich beschränkt Steuerpflichtige den Umstand zunutze machen, dass bei der Preisbildung von an der DTB gehandelten Optionen auch künftige Ereignisse, wie etwa eine bevorstehende Dividendenzahlung, berücksichtigt werden. Dabei spielt auch die unbeschränkt Steuerpflichtigen zustehende Steuergutschrift als preisbildender Faktor eine Rolle. Für die technische Abwicklung über die DTB stehen mehrere Möglichkeiten offen:

Der beschränkt steuerpflichtige Aktionär verkauft seine Stücke vor dem Hauptversammlungstermin „cum Dividende“ und verkauft gleichzeitig eine hoch im Geld liegende Verkaufsoption (Put) an der DTB. Damit räumt er dem Erwerber des Put das Recht ein, ihm bis zum Verfallstag jederzeit Aktien gleicher Gattung zu dem vereinbarten Basispreis anzudienen. Da der Put hoch im Geld liegt, kommt es sehr wahrscheinlich zur Ausübung der Option, so dass die Stücke „ex Dividende“ an den beschränkt Steuerpflichtigen zurückgehen. Die von diesem vereinnahmte Optionsprämie enthält die Dividende und (teilweise) die Steuergutschrift. Letztere verbleibt ihm (teilweise) nach Verrechnung der vereinnahmten Optionsprämie mit dem Handelsverlust aus der Veräußerung „cum Dividende“ und deren Rückerwerb zu einem über dem Kurs „ex Dividende“ liegenden Basispreis. Im Einzelnen sei dazu verwiesen auf die Beispielsrechnung von Widow in der Börsenzeitung vom

03.06.1992 („Dividendenzahlungen ohne Aktienbesitz via DTB“) sowie auf Hidding (a.a.O., „DTB sorgt sich um Strippingfragen“).

Dasselbe Ergebnis, nämlich die zumindest teilweise Realisierung der im Börsenpreis enthaltenen Steuergutschrift kann der beschränkt Steuerpflichtige dadurch erreichen, dass er parallel zur Veräußerung seiner Aktien „cum Dividende“ über die DTB einen entsprechenden Call kauft, also das Recht erwirbt, vom Stillhalters zum Verfalltag jederzeit Aktien zu einem vereinbarten Basispreis zu beziehen.

Wenn aber die DTB Geschäftsmöglichkeiten nicht nur zur Verfügung stellt, sondern geradezu institutionalisiert, die das im Kassahandel beanstandete „Dividendenstripping“ ermöglichen, so stellt sich – auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung – verstärkt die Frage, ob ein derartiges geschäftliches Verhalten noch als „ungewöhnlich“ im Sinne des § 42 AO bezeichnet werden kann.

- bb) Als weiteres Instrument zur Realisierung der Steuergutschrift ist die Wertpapierleihe anzuführen. Hierbei bilden Kreditinstitute Pools, in denen die zur Verleihung bestimmten Wertpapiere unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtiger gegeben werden. Dividendenanspruch und Steuerguthaben schlagen sich bei der Verleihung aus dem Pool als preisbildender Faktor für die Bemessung der Entleihgebühr nieder, wenn die Verleihung der Stücke über den Dividendenstichtag hinaus erfolgt, bzw. sie stehen als „Früchte des Rechts“ gemäß § 99 Abs. 2 BGB per se dem Verleiher zu.
- cc) Ein weiteres Argument ergibt sich aus dem IBIS-Handel: Für dieses elektronische Handelssystem können am jeweiligen Hauptversammlungstag noch bis zum Handelsschluss um 15:30 Uhr Aktien der betreffenden Gattung „cum Dividende“ gehandelt werden, während dieselben Aktien gleichzeitig im Telefonhandel „ex Dividende“ handelbar sind. Da für die IBIS-Teilnehmer die Adresse des Kontrahenten nicht ersichtlich ist, kann dies in der Praxis dazu führen, dass ein und dasselbe Kreditinstitut einen Kurs in IBIS „cum Dividende“ stellt und gleichzeitig im Telefonhandel nach dem „ex“-Kurs fragt.

Das IBIS-System ist in die Frankfurter Wertpapierbörse integriert und von der Hessischen Börsenaufsichtsbehörde genehmigt und überwacht.

- c) Damit drängt sich zugleich die Frage auf, ob das „Dividendenstripping“ von ausländischen Anteilseignern als rechtlich missbilligt angesehen werden kann, wenn es institutionalisierte Wege zur Durchführung solcher Geschäfte gibt.

Zweierlei spricht scheinbar dafür: Die Wertung des § 50 c Abs. 1 EStG und ein unter den obersten Finanzbehörden der Länder mit dem BMF abgestimmter Erlass der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28.08.1978 (abgedruckt in StEK EStG Nr. 62 zu § 20).

- aa) Zu einer Fallgestaltung des „Dividendenstripping“ hat die Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen und den obersten Finanzbehörden der anderen Bundesländer die Auffassung vertreten, dass die einem unbeschränkt Steuerpflichtigen beim Kauf von Aktien „cum Dividende“ gegebene Zusage des Rückkaufs zum Tageskurs „ex Dividende“ den Tatbestand des § 42 AO erfülle, wenn eine über die Steuer-

ersparnis hinausreichende wirtschaftlich anzuerkennende Bedeutung des Vorganges nicht zu erkennen sei. In diesem Fall soll der unbeschränkt steuerpflichtige Beteiligte die mit den Dividenden verbundene Anrechnung von Körperschaftsteuer und Kapitalertragsteuer nicht beanspruchen können.

Dazu kann nach obigen Ausführungen festgestellt werden, dass die hier aufgrund einer näheren Prüfung der Motive der Steuerpflichtigen und der Tatbestandsmerkmale des § 42 AO getroffene Wertung mit der Beurteilung der Finanzverwaltung nur teilweise übereinstimmt. Zwar geht auch die Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen offensichtlich davon aus, dass das reine „Inländergeschäft“ unbedenklich sei. Nicht hinreichend berücksichtigt scheint aber, dass auch im „Ausländergeschäft“ aner kennenswerte wirtschaftliche Motive für den „Aktientausch“ vorliegen. Außerdem erfolgt die Beurteilung in dem Erlass offenbar allein unter Zugrundelegung des Sachverhaltes aus Sicht der Banken.

Es muss aber noch aus weiteren Gründen bezweifelt werden, ob dieser Erlass heute noch Geltung beanspruchen kann. Denn es sind, wie oben ausgeführt, durch die Errichtung der damals noch unbekannteren Terminbörse neue Gestaltungsformen von Börsentransaktionen ermöglicht worden. So ist auch das „Dividendenstripping“ mit Mitteln des Optionshandels, der Wertpapierleihe und des Derivats ohne weiteres in unbeanstandeter Weise möglich geworden.

Diesen besonderen und stark gewandelten Bedingungen des Börsenhandels wird durch den Erlass aus dem Jahre 1978 nicht mehr hinreichend Rechnung getragen.

bb) Für eine rechtliche Bewertung der Vorgänge drängt sich zudem eine Parallele zu dem in § 50 c EStG gesetzlich geregelten Fall auf, dass unbeschränkt Steuerpflichtige gewisse Gewinnminderungen (wie Teilwertabschreibungen, Veräußerungsverluste) aus dem Erwerb von Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften von beschränkt Steuerpflichtigen während einer längeren Sperrfrist steuerlich nicht geltend machen dürfen – ausgenommen, der Erwerbsvorgang vollzieht sich über die Börse; denn in diesem Fall ist für die Finanzverwaltung nicht nachvollziehbar, von wem die Aktien veräußert worden sind.

§ 50 c Abs. 1 EStG lautet:

„Hat ein zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigter Steuerpflichtiger einen Anteil an einer unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft von einem nicht anrechnungsberechtigten Anteilseigner erworben, sind Gewinnminderungen, die

1. durch den Ansatz des niedrigeren Teilwertes oder
2. durch Verluste aus der Veräußerung oder Entnahme des Anteiles

im Jahre des Erwerbs oder in einem der folgenden neuen Jahre entstehen, bei der Gewinnermittlung nicht zu berücksichtigen ...“

Auch § 50 c EStG behandelt Möglichkeiten eines beschränkt Steuerpflichtigen, in den Genuss steuerlicher Vorteile zu kommen, die unbeschränkt Steuerpflichtigen vorbehalten sind. Der der gesetzgeberischen Wertung zugrunde liegende Fall ist

dabei dem des „Dividendenstripping“ vergleichbar. Denn der Sinn dieser Vorschrift ist der folgende:

„Die Vorschrift will lediglich sicherstellen, dass die vor der Veräußerung erzielten Gewinne der Kapitalgesellschaft bei Ausschüttungen an einen anrechnungsberechtigten Erwerber bei diesem entsprechend seiner individuellen Einkommensteuerbelastung versteuert werden. Deshalb verbietet § 50 c die steuermindernde Wirkung von Gewinnminderungen beim anrechnungsberechtigten Erwerber, die durch ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibungen und Veräußerungs- oder Entnahmeverluste entstehen. Damit soll erreicht werden, dass der Erwerber dem nicht anrechnungsberechtigten Veräußerer keinen um das Steuerguthaben erhöhten Kaufpreis für die Anteile zahlt, weil der Erwerber bei dieser Regelung die Ausschüttungen und die darauf entfallenden Steuergutschriften versteuern muss. Gleichzeitig soll damit verhindert werden, dass der nicht anrechnungsberechtigte Veräußerer das mit den verkauften Rücklagen verbundene Steuerguthaben zu seinen Gunsten realisiert“ (s. Blümich, Kommentar zum EStG 1992, Anmerkung 5 zu § 50 c EStG).

§ 50 c EStG stellt sich damit als Spezialtatbestand zu § 42 AO dar. Auch hierbei handelt es sich um eine Vorschrift, die Steuerumgehungen unterbinden will. § 50 c EStG will unter anderem verhindern, dass sich nach § 51 KStG nicht anrechnungsberechtigte Anteilseigner über die Preisgestaltung beim Verkauf der Anteile an einer inländischen Kapitalgesellschaft Steuerguthaben zunutze machen wollen, die nur dem unbeschränkt Steuerpflichtigen zustehen sollen.

Insofern besteht eine Parallele zum „Dividendenstripping“, nämlich der Verkauf an einen anrechnungsberechtigten Steuerpflichtigen. Die Vergleichbarkeit beider Sachverhalte rechtfertigt eine Anwendung der gesetzlichen Wertung des § 50 c EStG auch auf die Fälle des sogenannten „Dividendenstripping“. Denn es ist anerkannt, dass § 42 AO durch spezialgesetzliche Vorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung verdrängt wird, wenn und soweit der Gesetzgeber seine Wertung für einen speziellen Bereich konkretisiert hat (s. hierzu mit Beispielen: Hübschmann/Hepp/Spittaler, a.a.O., Rn. 10 zu § 42 AO).

Diese Übertragung der Vorstellungen des Gesetzgebers würde auf den ersten Blick dafür sprechen, dass auch das „Dividendenstripping“ als rechtlich missbilligt anzusehen wäre, wenn der die Aktien kurzfristig veräußernde Anteilseigner nur beschränkt steuerpflichtig und daher gemäß § 51 KStG von der Geltendmachung von Steuererstattungsguthaben ausgeschlossen ist.

Jedoch hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit von § 50 Abs. 1 - 7 EStG für den an der Börse abgewickelten An- und Verkauf von Geschäftsanteilen expressis verbis ausgeschlossen (§ 50 c Abs. 8 EStG). Er hat damit für diesen Sonderfall der Steuerumgehung der Tatsache Rechnung getragen, dass bei Börsengeschäften regelmäßig praktisch nicht feststellbar ist, ob die erworbenen Anteile von einem nicht anrechnungsberechtigten Anteilseigner stammen (Blümich, a.a.O., Rn. 45 zu § 50 c EStG; Littmann/Bitz/Meincke, Das Einkommensteuerrecht, 14. Aufl. 1985, Anmerkung 66 zu § 50 c EStGm.w.N.).

Der Gesetzgeber hat damit den besonderen Bedingungen des Börsenhandels Rechnung getragen, aber auch einen Umstand berücksichtigt, der in der aktuellen Diskussion über die Zulässigkeit des „Dividendenstripping“ nicht oder doch nicht genügend beachtet wird.



cc) Aber auch dann, wenn der Erwerb *im Einzelfall nicht über die Börse* erfolgt sein sollte, dürfte § 50 c Abs. 1 EStG als Spezialnorm des § 42 AO nicht (immer) anwendbar sein: Der erforderliche Nachweis der Identität der veräußerten und zurückerworbenen Stücke kann bei girosammelverwahrten Wertpapieren nämlich nicht ohne weiteres geführt werden.

Nach den Geschäftsbedingungen der Deutsche Kassenverein AG werden eingelieferte Wertpapiere grundsätzlich ungetrennt von Beständen anderer Kontoinhaber verwahrt (Sammelverwahrung). Dem Hinterleger steht ein Miteigentumsanteil am Sammelbestand zu (§ 6 Abs. 1 S. 1 DepotG), mithin kein Herausgabeanspruch auf die eingelieferten Stücke. Daraus folgt, dass mit Einlieferung nicht mehr nachvollziehbar ist, ob bestimmte Aktien von einem Anrechnungsberechtigten oder einem Nichtanrechnungsberechtigten stammen.

Der strikte Identitätsnachweis wird zwar von der Finanzverwaltung teilweise wieder durchbrochen; etwa bei der Frage, ob Veräußerungsgeschäfte innerhalb der Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 b EStG liegen oder nicht. Insoweit wird teilweise von der Finanzverwaltung das Lifo-Verfahren (last in, first out) mit der Maßgabe angewandt, dass die zuletzt angeschafften Wertpapiere als zuerst wieder verkauft gelten; damit würden nur diejenigen Aktien außerhalb der Spekulationsbesteuerung bleiben, die zahlenmäßig über der Anzahl der während der Spekulationsfrist insgesamt angeschafften und veräußerten Aktien beim Anleger vorhanden sind.

Angewandt auf § 50 c Abs. 1 EStG würde dies bedeuten, dass die von einem beschränkt Steuerpflichtigen erworbenen Stücke gegenüber den von unbeschränkt Steuerpflichtigen erworbenen als zuerst veräußert gelten.

Nach einer abweichenden Betrachtungsweise des Finanzgerichts Niedersachsen (Urteil vom 15.12.1989) für den Bereich der Feststellung von Spekulationsgewinnen im girosammelverwahrten Wertpapieren ist der fehlende Identitätsnachweis auf diejenigen Wertpapiere zu beschränken, die sich bereits über die Spekulationsfrist hinaus im Bestand des Anlegers befinden. Dieser „Altbestand“ gilt als nicht während der Spekulationsfrist veräußert.

Die entsprechende Anwendung dieses Grundsatzes auf die Bestimmung des § 50 c Abs. 1 EStG würde dazu führen, girosammelverwahrte Aktien in demjenigen zahlenmäßigen Umfang als nicht identifizierbar anzusehen, wie sie sich bereits vor dem Erwerb von einem Nichtanrechnungsberechtigten im eigenen Bestand der Bank befunden haben.

Es ist bisher höchstrichterlich ungeklärt, ob das Problem der mangelnden Identifizierbarkeit von girosammelverwahrten Aktien im Rahmen des § 50 c Abs. 1 EStG durch entsprechende Anwendung der im Rahmen des § 23 EStG zu Spekulationsgeschäften entwickelten Grundsätze zu lösen ist und gegebenenfalls durch welche. Prinzipiell muss jedenfalls davon ausgegangen werden, dass der Gesichtspunkt der fehlenden Identifizierbarkeit der Stücke im Rahmen des § 50 c Abs. 1 EStG – und damit auch im außerbörslichen Handel – eine Rolle spielt und eine Einzelfallbetrachtung notwendig macht.

dd) Rechtliche Folgerungen für die hier zu beurteilenden Fälle können schließlich auch aus der inzwischen höchstrichterlich geklärten Frage der Zurechnung steuerfreier Zinserträge bei Wertpapierpensionsgeschäften gezogen werden: Bei

echten Wertpapierpensionsgeschäften werden dem Sicherungsgeber gehörende Wertpapiere auf Zeit gegen Entgelt auf den Pensionsnehmer übertragen, mit der Maßgabe, dass dieser verpflichtet ist, die Papiere nach Ablauf der Pensionszeit auf den Pensionsgeber zurück zu übertragen. Sind die Zinserträge aus den in Pension genommenen Wertpapieren gemäß § 3a EStG steuerfrei, so war früher streitig, ob dieser Vorteil der Steuerbefreiung auch dem Pensionsnehmer zustehen soll. Verneint wurde dies mit der Begründung,

- bei der Verpensionierung sei kein Austausch von Vermögenssubstanz und Einkunftsquellen vorgenommen, die Wertpapiere seien also weiterhin den Pensionsgeber zuzurechnen;
- hingegen seien lediglich Erträge des Pensionsgebers aus eigenem Kapitalvermögen zugewandt, d. h. Zinsansprüche gegen Entgelt abgetreten; diese stellten infolge der Zession keine Erträge aus dem begünstigten Kapitalvermögen mehr dar (vgl. die Darstellung der Rechtsauffassung der Vorinstanz und des BMF im Beschluss des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982, BStBl 1982 II, S. 272 ff).

Demgegenüber hat der Große Senat des Bundesfinanzhofs die Zurechnung der Zinserträge an den jeweiligen Pensionsnehmer und dessen Steuerfreiheit bejaht. Aus den Gründen:

- (1) Die zivilrechtliche Wirksamkeit des Eigentumserwerbs sei bei echten Pensionsgeschäften zweifelsfrei.
- (2) Der Pensionsnehmer erziele originäre Einnahmen aus Kapitalvermögen, weil er als Rechtsnachfolger des Pensionsgebers Kapital zur Nutzung (dem Emittenten der steuerbegünstigten Wertpapiere) überlasse.
- (3) Aus der gesetzlichen Regelung über die Veräußerung von Dividendenscheinen (§ 20 Abs. 2 Nr. 2 EStG) bei der die Gegenleistung, das Entgelt, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen zu rechnen sei, könne weder analog noch a fortiori anderes geschlossen werden; denn hier realisiere der Veräußerer der Dividendenscheine den Ertrag der Aktie mit dem vereinbarten Entgelt, ohne sich von dieser selbst zu trennen, während der Pensionsgeber sich weitergehend seiner Rechte an dem Wertpapier entäußere und während der Pension gerade nicht mehr Aktionär sei (BFH a.a.O., S.275).
- (4) Beim echten Pensionsgeschäft liege zivilrechtlich und wirtschaftlich ein „Kauf und Rückkauf“ vor, weil
  - der Erwerber in seiner Verfügungsbefugnis nicht beschränkt sei,
  - das Pensionsgut zur Haftungsmasse seiner Gläubiger, auch zur Konkursmasse gehöre,
  - der Pensionsgeber zwar das Kursrisiko der Papiere trage, wenn ein Rücknahmekurs fest vereinbart sei,
  - dem aber das Bonitätsrisiko hinsichtlich der zeitweiligen Weiterveräußerung seitens des Pensionsnehmers während der Pensionszeit gegenüberstehe,

- der Pensionsnehmer das Risiko der Gegenleistung nach Ablauf der Pensionszeit und das Risiko des zufälligen Untergangs trage, ebenso das Ertragsrisiko,
- der Pensionsnehmer das Stimmrecht ausüben könne.

(5) Allein der Umstand, „ dass das Pensionsgut nur dazu dient, dem Pensionsnehmer die Nutzungen aus dem Wirtschaftsgut zu übertragen“, rechtfertige ebenfalls kein Abweichen von der zivilrechtlichen Rechtslage; sonst müsse Gleiches beim Erwerb von Aktien auf Zeit regelmäßig angenommen werden.

(6) Schließlich könne auch „der Grund, weshalb Eigentum übertragen worden ist“, der Umstand, dass mit dem übertragenen Eigentum „steuerliche Vorteile verbunden sind oder erreicht werden können“, nicht zu einer vom Zivilrecht abweichenden Betrachtung führen.

(7) Ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten liege nur dann vor, wenn eine Gestaltung gewählt wurde, „die – gemessen an dem erstrebten Ziel – unangemessen, also ungewöhnlich“ sei. Wenn aber hier eine Vertragsgestaltung den Zweck verfolge, „vom Gesetzgeber für Wertpapiererträge die in § 3a EStG vorgesehene Steuerfreiheit im Zuge kommen zu lassen“, sei dies „nicht schon deshalb als rechtsmissbräuchlich anzusehen“ (BFH, a.a.O., S. 275 ff., 277).

Auch im Falle des „Dividendenstripping“ handelt es sich zweifelsfrei um zivilrechtlich wirksame Wertpapiergeschäfte.

(1) Beim Tausch „alter“ gegen „junge“ Aktien handelt es sich zivilrechtlich und wirtschaftlich ebenfalls um einen Kauf und Rückkauf, wobei letzterer ein aliud, nämlich die Aktie „ex Dividende“, betrifft.

Der Vorgang lässt sich auch nicht als Veräußerung des Dividendenscheins ansehen, mit der Folge, dass beim Veräußerer Einkünfte aus Kapitalvermögen anfielen (§ 20 Abs. 2 Nr. 2 EStG); der Veräußerer trennt sich hier mit allen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen endgültig von der Aktie „cum Dividende“. Der unbeschränkt steuerpflichtige Erwerber vereinnahmt die Dividende originär. Weder der Umstand, dass die Parteien bezwecken, dem beschränkt Steuerpflichtigen letztlich nur die „Nutzungen aus dem Wirtschaftsgut zu übertragen“ noch der Geschäftsanlass und -grund, „steuerliche Vorteile“ zu erreichen, rechtfertigen auch hier eine von der zivilrechtlichen Rechtslage abweichende steuerliche Beurteilung.

(2) Auch bei der Eingehung eines Aufgabengeschäfts und der Schließung der Aufgabe nach dem Dividendenstichtag gegenüber derselben Partei handelt es sich um eine legale, häufig vorkommende Geschäftsmöglichkeit. Es ist insbesondere auch zulässig, Aufgaben über den Hauptversammlungstermin hinaus offenzuhalten. Während der offenen Aufgabe trägt der Makler das Risiko der weiteren Geschäftsabwicklung, wegen seiner Selbsteintrittspflicht insbesondere das gesamte Erfüllungsrisiko; Dividende und Steuergutschrift sind ihm daher zivil- und steuerrechtlich zuzurechnen.

Aus der Parallele zur rechtlichen Beurteilung steuerfreier Zinserträge bei Wertpapierpensionsgeschäften im Beschluss des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982 lässt sich daher folgern, dass zumindest zwei Varianten des „Dividendenstripping“ als zivil- und steuerrechtlich wirksame Geschäftsmöglichkeiten anzusehen sind.

5. Der Tatbestand des § 42 AO erfordert eine Missbrauchsabsicht (vgl. Hübschmann/Hepp/Spittaler, a.a.O., Rn. 103 zu § 42 AO m.w.N.)

Dieses Tatbestandsmerkmal ist zwar in neuester Zeit zunehmend umstritten, für die wohl noch herrschenden Meinung ist jedoch Missbrauch eine auf die Umgehung eines Steuergesetzes zweckgerichtete Handlung, die somit eine Umgehungsabsicht voraussetzt. Dieser Auffassung folgt auch der BFH nach wie vor (s. BFH, Urt. vom 5.3.1986, BStBl II, 1986,496).

Allerdings wird in der Literatur von einigen Autoren die Frage, ob eine Umgehungsabsicht vorliege, zu Recht für weitgehend theoretischer Natur gehalten. So führen Tipke/Kruse aus:

„Ist der Tatbestand des §§ 42 AO nämlich im Übrigen erfüllt, so lässt sich die Umgehungsabsicht regelmäßig im Wege des Indizienbeweises feststellen; gegen den Steuerpflichtigen spricht daher, wenn er die von ihm gewählte Rechtsgestaltung nicht durch eine plausible Erklärung zu rechtfertigen vermag“ (Tipke/Kruse, Rn. 17 zu § 42 AO).

Diese Indizwirkung besteht jedoch dann nicht, in der an dem Geschäft Beteiligte die Beweggründe seines Geschäftspartners nicht kennt und als solche Beweggründe sowohl steuerrechtlich gerechtfertigte als auch bedenkliche Gründe in Betracht kommen. Diese Voraussetzungen werden in Fällen der vorliegenden Art oft vorliegen.

- a) Der Makler erhält das Angebot zum Kauf und Verkauf von Aktien in aller Regel über eine Bank. Den hinter der Bank stehenden Handelspartner kennt er nicht. Er kann daher nicht wissen, ob Aktienverkäufer eine beschränkt oder unbeschränkt steuerpflichtige Person ist, diesem also der Steuererstattungsanspruch ebenfalls zusteht und steuerrechtlich unbedenkliche Gründe, wie z.B. die Verbesserung der Performance ausschlaggebend sind oder ob es sich um einen nur beschränkt Steuerpflichtigen handelt, auf diesem Wege einen an sich nicht stehenden Steuererstattungsanspruch realisieren will.

Das obige Beispiel mit dem Handel über IBIS zeigte, ist bei derartigen Geschäften auch die preisstellende Bank für den Makler anonym. Dass diese in der Natur von außen Geschäftspläne liegende Unkenntnis des Handelsmaklers auch im Rahmen des § 42 AO von Bedeutung ist, bestätigt der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 50c Abs. 8 EStG.

Zugleich liegt hierin der Unterschied zu den unter der Fallgruppe der sogenannten „Beeinflussung von Stichtagswerten“ bekannt gewordenen Fällen (s. hierzu allgemein Tipke/Kruse, a.a.O., Rn. 27 zu § 42 AO). Ganz gleich, ob es sich um die Steuervergünstigung des § 10a EStG, um den Bewertungsabschlag nach § 80 EStDV oder um die Beeinflussung von Betriebsvermögen und Gewerkekaptial handelt – in allen diesen Fällen ist kennzeichnend, dass der die Beeinflussung des

Stichtagswert Vornehmende genaue Kenntnis von den Umständen und Hintergründen des Geschäftes hat. Die Umgehungsabsicht ist damit ohne Zweifel indiziert.

- b) Anders liegt es, wie zuvor dargelegt, beim Makler. Dieser könnte sich nur dann nicht auf eine „Unkenntnis“ der unter seiner Einschaltung vorgenommenen Umgehung berufen, wenn in jedem Fall des „Dividendenstripping“ von einem Gestaltungsmissbrauch auszugehen wäre. Dies ist jedoch grundsätzlich nicht der Fall. Es ist nämlich die Regel, dass es sich bei dem die Anteile kurzfristig auf diesem Wege veräußernden Aktieninhaber um eine unbeschränkt steuerpflichtige inländische Person handelt, die ein steuerlich beachtliches Interesse, nämlich die Verbilligung ihrer Eigenbestände und die Verbesserung der Performance geltend machen kann. Darüber hinaus kann sich die bankenseits dem Makler erteilte Order selbstverständlich auch gemischt aus In- und Auslandskunden zusammensetzen, die aus unterschiedlichen Beweggründen gleichzeitig verkaufen oder kaufen wollen. Teile der Order können auch Nostrohandel der Bank sein.
- c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Umgehungsabsicht in Fällen der vorliegenden Art nicht wie sonst indiziert ist, sondern für den Einzelfall nachgewiesen werden muss. In diesem Zusammenhang sind die besonderen Umstände des Geschäfts im konkreten Einzelfall heranzuziehen. So kann es sein, dass der Makler im konkreten Einzelfall den die Aktie veräußernden Anteilsinhaber tatsächlich kennt; dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Makler außerbörslichen via Telefon direkt mit einer ausländischen Bank oder mit einem ausländischen Kunden kontrahiert hat. In diesem Fall muss er zumindest damit rechnen, dass Aktienbestände eines nur beschränkt Steuerpflichtigen verkauft werden und ein Teil des dem Ausländer an sich nicht zustehenden Steuererstattungsanspruchs auf diesem Wege realisiert werden soll.

Dieser Umstand wäre ein Indiz für die im Rahmen des § 42 AO erforderliche Missbrauchsabsicht. Auch der Zeitpunkt der Auftragserteilung kann Indizwirkung entfalten. Je näher der Hauptversammlungstermin rückt, um so weniger ist anzunehmen, dass dividendenbezogene und steuerliche Motive der Beteiligten eine Rolle spielen. Denn der beschränkt Steuerpflichtige kann die zeitliche Nähe zum Dividendenstichtag (und eine etwa damit verbundene nachteilige Indizwirkung) ohne weiteres auf dem beschriebenen Weg über die Terminbörse vermeiden, was in der Praxis auch geschieht. Dieser Tatbestand spricht dafür, dass bei Geschäften unmittelbar um den Dividendenstichtag als überwiegend unbeschränkt steuerpflichtige Inländer beteiligt sind. Die international übliche siebentägige Erfüllungspflicht für Lieferungen aus Wertpapiergeschäften unterstreicht diese Indizwirkung gegen Ausländerbeteiligungen zusätzlich.

6. Damit ist zusammenfassend festzustellen, dass die unter dem Begriff des „Dividendenstripping“ bekannt gewordenen Geschäftstransaktionen den Tatbestand des § 42 AO in der Regel nicht erfüllen.

Sind an diesem Geschäft unbeschränkt steuerpflichtige Inländer beteiligt, kann es unter Umständen schon an der mit dem Geschäft bezweckten Steuererminderung fehlen; regelmäßig fehlt es aber an der Voraussetzung, dass für das Geschäft kein beachtlicher, nichtsteuerlicher Grund vorliegt. Die Gestaltung ist nicht ungewöhnlich und rechtlich nicht missbilligt. Eine Missbrauchsabsicht ist gerade nicht indiziert.

Diese Tatbestandsmerkmale sind auch dann nicht erfüllt, wenn der die Aktien veräußernde Aktionär eine nur beschränkt steuerpflichtige Person ist. In diesem Fall fehlt es insbesondere auch an der im Rahmen des § 42 AO erforderlichen rechtlichen Missbilligung des über die Börse geleiteten Geschäfts, sowie an der Missbrauchsabsicht. Denn wenn der Grund für das dem Makler angetragene Geschäft auch ein rechtlich völlig einwandfreier sein kann (wie beim Inländergeschäft der Fall), ist eine Missbrauchsabsicht nicht indiziert und muss im Einzelfall nachgewiesen werden.

Dies wird in der Regel nicht gelingen, da die Stichtagsnähe eine Ausländerbeteiligung kontraindiziert und der Makler den Kunden seines Handelspartners in aller Regel nicht positiv kennt.

#### IV.

#### Steuerverkürzung?

Zu klären bleibt schließlich die Frage, ob sich die an dem „Dividendenstripping“ beteiligten Makler steuerrechtlich strafbar gemacht hätten, sofern diese Geschäfte als Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO anzusehen gewesen wären:

1. Die Frage, in welchen Fällen beim Vorliegen des Tatbestandes des § 42 AO zugleich von einer Steuerstraftat auszugehen ist, ist umstritten. Verschiedentlich und nicht ohne Grund wurde in der juristischen Lehre der Einwand erhoben, § 42 AO entspreche nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG und könne daher nicht Grundlage einer strafrechtlichen Verfolgung sein (s. hierzu Ulsenheimer, „Zur Problematik der überlangen Verfahrensdauer und richterlichen Aufklärungspflicht im Strafprozess sowie zur Frage der Steuerhinterziehung durch Steuerumgehung“ in wistra 1983, Seite 15 m. w. N).

Dieser Auffassung hat der Bundesgerichtshof allerdings eine Absage erteilt (s. BGH in wistra 1982, Seite 108 ff.). Nach wie vor gilt jedoch der Grundsatz, dass die Steuerumgehung als solche nicht strafbar ist (so BFH vom 1.2.1983 in BStBl II, 1983, 534 mit umfangreichen Nachweisen aus dem Schrifttum). Hübschmann/Hepp/Spittaler führen hierzu aus:

„Denn wenn der Steuerpflichtige der Finanzbehörde einen rechtsmissbräuchlichen Sachverhalt offenbart, ermöglicht er ihr es, mittels § 42 die Steuer zutreffend festzusetzen. Anders liegt es, wenn der Steuerpflichtige den Gestaltungsmissbrauch verschleiert und deshalb eine Verkürzung von Steuern eintritt“ (a.a.O., Rn. 24 zu § 42 AO).

Es müssen daher besondere Verschleierungshandlungen des Steuerpflichtigen hinzukommen, die darauf gerichtet sind, der Finanzbehörde den missbräuchlichen Tatbestand nicht ohne weiteres erkennbar zu machen.

2. Solche besonderen Verschleierungshandlungen sind bisher auch vom Hessischen Wirtschaftsminister nicht behauptet oder entdeckt worden.

Zwar hat das Finanzamt von den Umständen des Geschäfts keine genaue Kenntnis, denn den der Finanzverwaltung zur Prüfung eingereichten Unterlagen ist

der konkrete Geschäftsverlauf nicht ohne weiteres zu entnehmen, und damit auch nicht, dass die zur Dividende und Steuererstattungsanspruch berechtigenden Aktien nur kurzzeitig um den Hauptversammlungstermin herum im Besitz des Börsenmaklers waren. Doch ist es den Finanzbehörden bekannt, dass Handelsmakler in aller Regel keine zu großen Dividenden und Steuererstattungsansprüchen berechtigenden Aktienpaket halten und daher in der Regel keine nennenswerten Dividendeneinnahmen erzielen. Das Geschäft des Maklers besteht im An- und Verkauf von Aktien, nicht im Anlegen größerer Portefeuilles. Denn der Kapitalbedarf hierfür übersteigt die Möglichkeiten eines Maklers und steht in der Regel nur Großanlegern, wie Banken und Versicherungen, zur Verfügung.

Ohne große Fantasie war daher seitens der mit der Prüfung befassten Finanzämter zu erkennen, dass es sich angesichts der Höhe der geltend gemachten Steuererstattungsansprüche um einen kurzfristigen An- und Verkauf von Aktien um den Hauptversammlungstermin gehandelt haben muss. Wäre den Finanzämtern hieran etwas merkwürdig vorgekommen, hätten sie sich über den Ablauf und die Art und Weise des Geschäftes durch eine Einsichtnahme in die Unterlagen des Handelsmaklers unschwer Gewissheit verschaffen können.

An einer Verschleierungshandlung des Maklers, die allein den Vorwurf einer Steuerstraftat durch Steuerumgehung begründen könnte, fehlt es somit.

## V.

### Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die mit dem Begriff des „Dividendenstripping“ vom Hessischen Wirtschaftsminister Welteke bezeichneten Geschäftstypen erfüllen den Tatbestand der Steuerumgehung im Sinne des § 42 AO aus verschiedenen Gründen nicht.

a) § 50 c Abs. 8 EStG ist Spezialnorm zu § 42 AO, dieser also für über die Börse geleitete Geschäfte unanwendbar. Damit hat der Gesetzgeber der Anonymität von börslichen Massengeschäften Rechnung getragen, die darin besteht, dass die Person des Anteilseigners der Stücke und das Bestehen oder Nichtbestehen eines steuerlichen Anrechnungsanspruchs bei über die Börse geleiteten Geschäften weder für die am Handel Beteiligten noch für die Finanzverwaltung feststellbar ist.

Eine Individualisierung kann bei girosammelverwahrten Stücken selbst bei außerbörslich abgewickelten Geschäften nur mit Hilfe steuerlich noch nicht abschließend geklärter Fiktionen vorgenommen werden.

b) Für nicht über die Börse geleitete Geschäfte des „Dividendenstripping“ gilt:

aa) Handelt es sich um ein sogenanntes „Inländergeschäft“, so kann nur anhand der näheren Umstände des Einzelfalles festgestellt werden, ob das Tatbestandsmerkmal einer „Steuerminderung“ vorliegt. Dies wäre nur dann stets zu bejahen, wenn ein Gefälle des persönlichen Steuersatzes vom Verkäufer hin zum Makler bestünde. Ist es – wie meist – umgekehrt und besteht ein steuerliches Gefälle vom Makler zum Veräußerer, so entsteht eine „Steuerminderung“ dann nicht, wenn der ursprüngliche Aktionär nicht Daueranleger ist und einen bei der späteren

Veräußerung erlittenen Spekulationsverlust steuerlich wirksam geltend machen kann.

Beim sogenannten „Ausländergeschäft“ entstehen dem Fiskus stets Mindereinnahmen.

bb) Dagegen liegt das Tatbestandsmerkmal des „Fehlens eines beachtlichen außersteuerlichen Grundes“ in beiden Fallgestaltungen nicht vor. „Wirtschaftlicher Grund“ für den Geschäftsabschluss ist stets die Ausnutzung eines im börslichen Markt vorhandenen Geschäftsvorteils, in der Handelsspanne zwischen „alten“ und „jungen“ Aktien zum Ausdruck kommt. Diese Spanne enthält typischerweise neben dem Netto-Dividendenanspruch auch Teile des Steueranrechnungsanspruchs.

Daneben spielen als individuelle wichtige Motive die Verbilligung des Bestandes und die Verbesserung der Performance (etwa bei einer Fondsgesellschaft) eine Rolle.

cc) Wie zahlreiche Beispiele zeigen, ist die inkriminierte Gestaltung weder „ungewöhnlich“ noch „rechtlich zu missbilligen“.

Neuere Handelsmöglichkeiten über die DTB, Instrumente der Derivate und der Wertpapierleihe, Geschäfte über IBIS, lassen die frühere Auffassung der Finanzverwaltung zum „Dividendenstripping“ als von der Entwicklung überholt erscheinen.

dd) Die Entscheidung des Großen Senats des BFH zur Zurechnung steuerfreier Zinserträge bei Wertpapierpensionsgeschäften rechtfertigt die Parallelwertung, auch das „Dividendenstripping“ als zivilrechtlich und steuerrechtlich wirksam anzusehen.

ff) Schließlich ist das subjektive Tatbestandsmerkmal des § 42 AO, das Bestehen einer „Missbrauchsabsicht“ vorliegend nicht indiziert; im Gegenteil: Es spricht eine faktische Vermutung dafür, dass hinter Geschäftsabschlüssen nahe dem Dividendenstichtag ganz überwiegend inländische Kundschaft steht. Die konkrete Kenntnis der Person des Aktionärs und seiner bestehenden oder fehlenden Anrechnungsberechtigung fehlt beim Makler regelmäßig. Eine Missbrauchsabsicht liegt daher bei ihm nur ausnahmsweise vor und ist konkret nachzuweisen.

2. Eine Strafbarkeit des am sog. „Dividendenstripping“ beteiligten Börsenmaklers wegen Steuerhinterziehung würde voraussetzen, dass über den objektiven und subjektiven Umgehungstatbestand des § 42 AO hinaus zusätzlich noch besondere Verschleierungshandlungen des Steuerpflichtigen hinzukommen müssten.

Dazu liegen keinerlei konkrete Feststellungen vor.

Dr. Uwe Schlüter

Rechtsanwalt