

# Urteil vom 13. November 2024, I R 3/21

(Wirtschaftliches Eigentum an zur Sicherheit übereigneten Aktien)

ECLI:DE:BFH:2024:U.131124.IR3.21.0

BFH I. Senat

AO § 39, AO § 42, KStG § 8 Abs 1 S 1, KStG § 8b Abs 1, KStG § 8b Abs 2, KStG § 8b Abs 3, KStG § 8b Abs 4, KStG § 8b Abs 5, KStG § 8b Abs 6, KStG § 8b Abs 7, KStG § 8b Abs 10, EStG § 3c, EStG § 20 Abs 1 Nr 1, EStG § 20 Abs 2a, BGB § 607 Abs 1, HGB § 340b, FGO § 118 Abs 2, KStG VZ 2006

vorgehend FG München, 14. Dezember 2020, Az: 7 K 899/19

## Leitsätze

1. Zur Sicherheit übereignete Aktien sind dem Sicherungsnehmer als Inhaber der Aktien zuzurechnen, wenn dieser die wesentlichen mit den Aktien verbundenen Rechte (insbesondere Veräußerung und Ausübung von Stimmrechten) rechtlich und tatsächlich ab dem Eigentumsübergang unabhängig vom Eintritt eines Sicherungsfalls ausüben kann.
2. Bei der Prüfung der steuerlichen Zurechnung von Wirtschaftsgütern nach § 39 der Abgabenordnung (AO) ist zu prüfen, wem die wesentlichen mit dem Vollrecht an Aktien verbundenen Rechte objektiv und in tatsächlicher Hinsicht zustehen; nicht relevant ist, ob der Inhaber dieser Rechte sie subjektiv auch wahrnehmen möchte.
3. Aus einer zeitlich nach dem Streitjahr eingeführten spezialgesetzlichen Missbrauchsvermeidungsvorschrift (hier: § 8b Abs. 10 des Körperschaftsteuergesetzes i.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008) lässt sich nicht im Wege eines Umkehrschlusses die Folgerung ziehen, dass eine von ihr erfasste Sachverhaltskonstellation vor dem Inkrafttreten den Tatbestand der allgemeinen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO nicht erfüllen kann.

## Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Finanzgerichts München vom 14.12.2020 - 7 K 899/19 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht München zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine Aktiengesellschaft, hatte im Jahr 2006 (Streitjahr) mit der ...bank (Bank) auf der Grundlage eines am ...2006 geschlossenen Rahmenvertrags zahlreiche Wertpapierpensionsgeschäfte mit zeitgleichen gegenläufigen Wertpapierdarlehensgeschäften (umgangssprachlich auch als "Wertpapierleihe" bezeichnet) wie folgt durchgeführt:
- 2 Die Klägerin erwarb von der Bank zu verschiedenen Zeitpunkten festverzinsliche Wertpapiere zum Preis von insgesamt ... € kombiniert mit einer Rückkaufvereinbarung (Repo), nach welcher sie die Wertpapiere zu einem bestimmten vereinbarten Zeitpunkt an die Bank zurückübertragen musste (echte Wertpapierpensionsgeschäfte im Sinne des § 340b Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs --HGB--). Beim Rückkauf zum ursprünglichen Kaufpreis erhielt die Klägerin einen vorher jeweils ausgehandelten Repozins (im Streitjahr in Summe: ... €).
- 3 Die jeweils im Rahmen der Wertpapierpensionsgeschäfte von der Bank erworbenen festverzinslichen Wertpapiere übertrug die Klägerin für die Laufzeit der Wertpapierpensionsgeschäfte darlehensweise unmittelbar an die Bank

zurück (Wertpapier-Sachdarlehen im Sinne des § 607 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Dafür bekam sie eine "Leihgebühr" von 0,02 % auf den Wert der überlassenen festverzinslichen Wertpapiere (im Streitjahr in Summe: ... €). Eine vorzeitige Beendigung des Wertpapierdarlehens war lediglich für den Fall der Vertragsverletzung (zum Beispiel unterlassene Zahlung, unterlassene Leistung beziehungsweise Rückgewähr von Sicherheiten, Insolvenz) oder wegen einer Änderung von Umständen (zum Beispiel Änderung von Rechtsvorschriften oder ihrer amtlichen Auslegung, Bonitätsveränderungen bei einer Umwandlung) grundsätzlich durch Abgabe einer Kündigungserklärung unter Benennung des Beendigungstags möglich (s. Nr. 6 der Allgemeinen Bestimmungen des geschlossenen Rahmenvertrags).

- 4** Zur Absicherung der jeweils darlehensweise überlassenen Wertpapiere übertrug die Bank der Klägerin das Eigentum an einem Aktien-Collateral an börsennotierten britischen Aktiengesellschaften, die beim elektronischen CREST-Börsensystem registriert und über dieses verwaltet wurden. Die Aktien wurden aufgrund einer dinglichen Einigung zwischen der Klägerin und der Bank in einem für die Klägerin bei der Bank geführten Depot gutgeschrieben. Der zwischen der Bank und der Klägerin geschlossene Rahmenvertrag enthielt zur Sicherheitengestellung im "Sicherheitenanhang für Pensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen" (Sicherheitenanhang) unter Nr. 1 Abs. 1 eine Regelung, nach welcher dann, wenn die Verbindlichkeiten einer Partei (des Sicherungsgebers) aus Pensionsgeschäften, Wertpapierdarlehen oder Sicherheitsleistungen nach diesem Anhang die Verbindlichkeiten der anderen Partei (des Sicherungsnehmers) übersteigen, der Sicherungsnehmer durch Erklärung an den Sicherungsgeber diesen auffordern kann, ihm einen Geldbetrag (oder Wertpapiere) zu übertragen, der mindestens dem Betrag des Nettoausfallrisikos entspricht. Nr. 2 Abs. 6 des Sicherheitenanhangs bestimmte dazu näher, dass außer im Fall einer Rückgewähr von Sicherheiten eine Leistung von Sicherheiten nur erfolgt, soweit das Nettoausfallrisiko den gegebenenfalls von den Parteien vereinbarten Schwellenwert überschreitet und falls der Marktwert der zu erbringenden Sicherheitsleistung den gegebenenfalls dafür vereinbarten Mindesttransferbetrag überschreitet. Dieser war nach den besonderen Bestimmungen und einer Ergänzungsvereinbarung für beide Parteien auf jeweils ... € festgelegt. Der Klägerin stand an den übertragenen britischen Aktien das uneingeschränkte Recht zu, über die Wertpapiere zu verfügen (s. Nr. 5 I. Abs. 1 der besonderen Bestimmungen des Rahmenvertrags für Finanzgeschäfte --besondere Bestimmungen--). Sie war jedoch vertraglich verpflichtet, diese Sicherheiten nach Beendigung des Wertpapierdarlehens an die Bank zurückzuliefern (Nr. 2 Abs. 5 des Sicherheitenanhangs). Vertraglich reichte insoweit die Übertragung von Wertpapieren mit gleichem Emittenten, Gattung, Nennwert und verbrieften Rechten wie bei den ursprünglich übertragenen Wertpapieren (Nr. 3 des Sicherheitenanhangs i.V.m. Nr. 2 Abs. 3 des Produktanhangs für Wertpapierdarlehen --Wertpapierdarlehensanhang--).
- 5** Nach den besonderen Bestimmungen des geschlossenen Rahmenvertrags für Finanzgeschäfte war über die Art der zu leistenden Sicherheiten durch den Sicherungsnehmer (Klägerin) und den Sicherungsgeber (Bank) im Einvernehmen zu entscheiden. Alsdann stand dem Sicherungsnehmer die Bestimmung über die Wertpapiere der betreffenden Art zu, wobei der Sicherungsgeber einer Sicherheitsleistung widersprechen konnte (s. II. Abs. 2 der besonderen Bestimmungen). Der Sicherungsgeber konnte mit Zustimmung des Sicherungsnehmers auf seine Kosten die zur Sicherheit übertragenen Wertpapiere durch andere Wertpapiere ersetzen, die im Zeitpunkt der Einigung der Parteien über die Ersetzung einen Marktwert mindestens in Höhe des Marktwerts der durch sie ersetzten Wertpapiere haben (s. Nr. 3 des Sicherheitenanhangs i.V.m. Nr. 3 des Produktanhangs für Pensionsgeschäfte).
- 6** Für Barausschüttungen, die während der Zeit erfolgten, in der die jeweiligen britischen Aktien auf die Klägerin übertragen waren, musste sie am Tag der Ausschüttung an die Bank eine Zahlung in Höhe des Brutto-Ausschüttungsbetrags leisten (s. Nr. 3 des Sicherheitenanhangs i.V.m. Nr. 3 Abs. 1 und 2 des Wertpapierdarlehensanhangs).
- 7** Für die Übertragung des Aktien-Collaterals hatte die Klägerin eine "Arrangierungsgebühr" in Höhe von 2,2 % der unter den Aktien effektiv gezahlten Dividenden an die Bank zu zahlen (im Streitjahr: ... €). Ausweislich eines internen Dokuments der Klägerin sollte die "Arrangierungsgebühr" wirtschaftlich die Prämie dafür sein, dass die Bank die Aktien während der Laufzeit des Wertpapierdarlehens nicht (oder im Rahmen eines Leerverkaufs nur mit zusätzlichem Risiko) verkaufen konnte und zudem auch noch den Kursverlust aufgrund der Dividendenzahlung hinnehmen musste. Sie sollte nur anfallen, wenn während der Laufzeit der Sicherheitengestellung eine Dividendenzahlung erfolgen würde.
- 8** Die Auswahl der als Sicherheiten zu übertragenden Aktien wurde durch einen Mitarbeiter der Wertpapierabteilung der Klägerin vorgenommen. Dieser wählte Aktien, deren Dividendenstichtag kurz bevor stand, und er ließ diese vor Ausschüttung auf die Klägerin übertragen. Nach der Dividendenausschüttung wurden die Aktien regelmäßig gegen

andere Aktien aus dem Bestand der Bank getauscht, für die eine Dividendenzahlung anstand. Die Auswahl im Rahmen des Austauschs erfolgte ebenfalls durch einen Mitarbeiter der Wertpapierabteilung der Klägerin.

- 9 Die Klägerin hielt die auf sie übertragenen Aktien jeweils für einen Zeitraum von wenigen Tagen bis zu maximal drei Wochen. Das Gesamtvolumen der verschiedenen Aktien, die der Klägerin nach und nach zur Sicherheit überlassen wurden, betrug --bedingt durch den häufigen Tausch der Aktien-- im Streitjahr ... €. Die Klägerin vereinnahmte Dividenden in Höhe von ... € und leistete in gleicher Höhe Kompensationszahlungen an die Bank. Stimmrechte auf den Hauptversammlungen der übertragenen Aktien übte die Klägerin nicht aus.
- 10 Kursschwankungen der Aktien wurden entsprechend der vertraglichen Vereinbarungen bei Überschreitung eines Schwellenwerts von ... € über sogenannte Marginzahlungen ausgeglichen. Sank der Wert der Aktien unter den Wert der überlassenen festverzinslichen Wertpapiere, hatte die Bank zu geringe Sicherheiten gestellt und musste eine entsprechende Marginzahlung leisten. Stieg der Wert der Aktien über den Wert der überlassenen festverzinslichen Wertpapiere, hatte die Klägerin zu hohe Sicherheiten erhalten und musste in Höhe der Differenz eine Marginzahlung leisten. Die Zahlungen wurden verzinst. Im Streitjahr entstand der Klägerin aufgrund von Marginzahlungen ein Zinsaufwand von ... €. Am Ende des Wertpapierdarlehens wurden die auf dem Margin-Konto verbuchten Gelder zurückgezahlt.
- 11 Die Klägerin erfasste die an sie zur Sicherheit übertragenen britischen Aktien zum Zeitpunkt der Gutschrift in ihrem Wertpapierdepot mit dem Kurswert. Zudem setzte sie in gleicher Höhe eine Verbindlichkeit auf Rückübertragung dieser Aktien an. Bei Rückgabe oder Austausch der Aktien beziehungsweise der Beendigung des Wertpapierdarlehens buchte sie die Aktien und die Verbindlichkeit auf Rückübertragung mit dem gleichen Wert aus, sodass sich aus der Sicherheitengestellung selbst keine Gewinnauswirkung ergab.
- 12 Die bezogenen Dividenden wurden bei der Klägerin als nach § 8b Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (KStG) steuerfrei behandelt. Gemäß § 8b Abs. 5 KStG erfolgte eine außerbilanzielle Hinzurechnung zum Gewinn in Höhe von ... €. Die Kompensationszahlungen behandelte die Klägerin in voller Höhe als Betriebsausgabe. Aus dem einheitlich behandelten Pensionsgeschäft und dem Wertpapierdarlehen ergab sich vor Steuern im Streitjahr ein Ertrag von ... €.
- 13 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt --FA--) sah in den Geschäften einen Gestaltungsmissbrauch zwecks Generierung eines steuerlichen Verlustes, der wirtschaftlich tatsächlich nicht entstanden sei, und ebenfalls die Umgehung von § 8b Abs. 7 KStG. Das FA erhöhte daher das zu versteuernde Einkommen der Klägerin für das Streitjahr um die bezogenen Dividenden in Höhe von ... € abzüglich des nach § 8b Abs. 5 KStG nicht abziehbaren Betrags von ... € (Summe: ... €).
- 14 Die nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage hat das Finanzgericht (FG) München mit Urteil vom 14.12.2020 - 7 K 899/19 (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2021, 723) als unbegründet abgewiesen.
- 15 Gegen das FG-Urteil richtet sich die Revision der Klägerin.
- 16 Sie beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und den Körperschaftsteuerbescheid 2006 vom 05.02.2016 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 29.03.2019 dahingehend zu ändern, dass das zu versteuernde Einkommen um ... € gemindert wird.
- 17 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

II.

- 18 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 19 Die streitgegenständlichen britischen Aktien waren der Klägerin --entgegen der Ansicht des FG-- im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung gemäß § 39 der Abgabenordnung in der für das Streitjahr geltenden Fassung (AO)

steuerrechtlich zuzurechnen. Dementsprechend hat das FG die in der Konsequenz seiner Rechtsauffassung offen gelassene Frage, ob die vereinbarte Sicherheitengestellung in Form der britischen Aktien im konkreten Streitfall eine missbräuchliche Gestaltung darstellt, im zweiten Rechtsgang aufzuklären.

- 20** 1. Bei der Ermittlung des Einkommens bleiben nach § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (EStG) außer Ansatz. Diese grundsätzlich auf die Klägerin anwendbare Steuerbefreiung von Dividenden setzt jedoch voraus, dass ihr die Dividenden steuerrechtlich zuzurechnen sind (s. allgemein z.B. Senatsurteile vom 16.04.2014 - I R 2/12, BFHE 246, 15; vom 18.08.2015 - I R 88/13, BFHE 251, 190, BStBl II 2016, 961; vom 14.08.2019 - I R 44/17, BFHE 267, 1, Rz 54; Senatsbeschluss vom 04.03.2020 - I B 57/18, BFH/NV 2020, 1236, Rz 22). Dies richtet sich im Streitjahr nach § 20 Abs. 2a EStG --mittlerweile § 20 Abs. 5 EStG n.F.-- i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, wonach der "Anteilseigner" die Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt. Anteilseigner ist derjenige, dem die Anteile an der Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses gemäß § 39 AO zuzurechnen sind (§ 20 Abs. 2a Satz 2 EStG).
- 21** Ob dies bei bilanzierenden Steuerpflichtigen, wie der Klägerin, auch im Lichte des § 340b HGB, dessen Verhältnis zu § 39 AO umstritten ist (s. zum Streitstand: Anzinger, Steuer und Wirtschaft --StuW-- 2022, 199, m.w.N.), uneingeschränkt gilt, kann dahinstehen. Denn § 340b HGB ist auf die im Streitfall vereinbarte Sicherheitengestellung nicht anwendbar. Die Vorschrift gilt nur für echte Pensionsgeschäfte, bei denen eine entgeltliche Übertragung von Wirtschaftsgütern vom Pensionsgeber auf den Pensionsnehmer sowie die entgeltliche Rückübertragung vereinbart ist (s. Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 11.01.2024 - IV R 24/21, BFH/NV 2024, 769, Rz 50; s.a. Heymann/Roth, HGB, 2. Aufl., § 340b Rz 6; Grewe in Kirsch, Rechnungslegung, § 340b HGB Rz 19).
- 22** a) § 39 Abs. 1 AO bestimmt, dass Wirtschaftsgüter dem Eigentümer zuzurechnen sind. "Eigentümer" im Sinne dieser Regelung ist grundsätzlich der zivilrechtliche Eigentümer (Inhaber des Wirtschaftsguts). Abweichend von § 39 Abs. 1 AO bestimmt § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO, dass die Zurechnung an diejenige Person erfolgt, die die tatsächliche Herrschaft über das Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass sie den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann (sogenanntes wirtschaftliches Eigentum). Wirtschaftliches Eigentum in diesem Sinne erlangt der Erwerber von Anteilen an Kapitalgesellschaften dann, wenn er alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen (Verwaltungs- und Vermögens-)Rechte (insbesondere Gewinnbezugs- und Stimmrechte) ausüben kann und die mit den Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen auf ihn übergegangen sind (Senatsurteile vom 02.02.2022 - I R 22/20, BFHE 276, 20, BStBl II 2022, 324, Rz 41 und vom 23.11.2022 - I R 36/19, GmbH-Rundschau 2023, 624, Rz 20).
- 23** Als Beispiel für das Auseinanderfallen des rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums nennt § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO das Sicherungseigentum. Für dieses ist charakteristisch, dass das Sicherungsgut zwar an den Sicherungsnehmer übereignet (Sachen) oder an ihn abgetreten (Forderung) wird, der Sicherungsgeber das Sicherungsgut jedoch weiterhin nutzen kann (s. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.09.2006 - XI ZR 156/05, Neue Juristische Wochenschrift 2007, 216, unter B.II.3.) und den Sicherungsnehmer von der Einwirkung auf das Sicherungsgut ausschließen kann, indem er den Eintritt eines allein durch ihn abwendbaren Sicherungsfalls verhindert. Deshalb ist bei diesem typischen Fall des Sicherungseigentums das Sicherungsgut dem Sicherungsgeber zuzuordnen (vgl. Senatsurteil vom 23.11.1983 - I R 147/78, BFHE 140, 102, BStBl II 1984, 217, unter 2. der Entscheidungsgründe). Kann der Sicherungsnehmer jedoch (anders als im Regelfall des Sicherungseigentums) rechtlich und tatsächlich jederzeit --auch ohne Eintritt des Sicherungsfalls-- das Sicherungseigentum übertragen (veräußern), liegen die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO nicht vor, sodass eine Zurechnung zum Sicherungsnehmer und Eigentümer angezeigt ist (s. z.B. Drüen in Tipke/Kruse, § 39 AO Rz 50; Fu in Gosch, AO § 39 Rz 177; s.a. FG Hamburg, Urteil vom 24.09.1987 - II 133/84, EFG 1988, 475).
- 24** b) Auch wenn die Übertragung der britischen Aktien in den hier zu beurteilenden Verträgen als Sicherheitengestellung bezeichnet wird, liegt kein Fall des in § 39 Abs 2 Nr. 1 Satz 2 AO beispielhaft aufgezählten typischen Sicherungseigentums vor. Denn die Klägerin als Sicherungsnehmerin konnte und durfte die Sicherheit jederzeit auch ohne Eintritt eines Sicherungsfalls veräußern. Aufgrund dieser besonderen rechtlichen Ausgestaltung der Sicherheitsabrede ist die so bezeichnete Vereinbarung vielmehr mit einem Wertpapierdarlehen vergleichbar. Denn die Klägerin erhielt nach der getroffenen Vereinbarung, wie der Darlehensnehmer eines Wertpapierdarlehens, uneingeschränktes (Voll-)Eigentum an den britischen Aktien und schuldete bei Beendigung des abgesicherten Geschäfts die Rückübertragung gattungsgleicher Aktien (und keine Rückgabe der nämlichen Aktien).

- 25** c) Für Wertpapierdarlehen hat der Senat bereits entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum an Wertpapieren im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO ausnahmsweise beim Darlehensgeber verbleiben kann, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls ergibt, dass dem Darlehensnehmer lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition verschafft werden sollte (s. z.B. Senatsurteil vom 18.08.2015 - I R 88/13, BFHE 251, 190, BStBl II 2016, 961). Dies kann der Fall sein, wenn bei einem abgestimmten "Gesamtvertragskonzept" dem Erwerber zwar schuldrechtlich das volle Eigentum an Aktien verschafft werden soll und die freie Verfügung über die Aktien vereinbart ist, allerdings wegen der weiteren abgeschlossenen Verträge im Ergebnis der Erwerber weder die Kursrisiken und Kurschancen trägt noch die Dividenden erhält, er außerdem an einer Verfügung über die Aktien während der Darlehensdauer tatsächlich oder rechtlich gehindert ist und überdies die mit dem Aktienbesitz verbundenen (Verwaltungs- und Vermögens-)Rechte nicht ausüben kann (s. die Sachverhalte der Senatsurteile vom 16.04.2014 - I R 2/12, BFHE 246, 15 und vom 18.08.2015 - I R 88/13, BFHE 251, 190, BStBl II 2016, 961). Eine solche Verschaffung einer lediglich formalen zivilrechtlichen Rechtsposition, die sich bei Gesamtwürdigung als "leere Eigentumshülle" erweist und dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums entgegensteht, liegt hingegen nicht vor, wenn die mit den Aktien verbundenen Kurschancen und Kursrisiken auf den Darlehensnehmer übergegangen sind, weil er an einer Verfügung über die Wertpapiere weder rechtlich noch faktisch gehindert ist und er folglich eine Änderung des Kurswerts durch Veräußerung der Aktien am Markt und spätere Wiederbeschaffung von Aktien der gleichen Gattung realisieren könnte (Senatsurteil vom 29.09.2021 - I R 40/17, BFHE 274, 463, BStBl II 2023, 127).
- 26** Bedeutsam dafür, ob bei einem Wertpapierdarlehen wirtschaftliches Eigentum im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO übergeht, ist insbesondere der Umstand, ob der Darlehensnehmer rechtlich und tatsächlich über die überlassenen Wertpapiere verfügen kann (wirtschaftliche Dispositionsbefugnis, vgl. Senatsurteil vom 02.02.2022 - I R 22/20, BFHE 276, 20, BStBl II 2022, 324, Rz 36); dies wird insbesondere durch Vereinbarungen über die zeitliche Befristung der Überlassung und die Ausgestaltung des Kündigungsrechts mitbestimmt (Anzinger, StuW 2022, 194, 196). Aus der Zusammenschau entsprechender Vereinbarungen kann sich im Einzelfall ergeben, dass der Darlehensnehmer ungeachtet rechtlicher Möglichkeit faktisch nicht sinnvoll über die Wertpapiere verfügen kann, weil er diese --für ihn unvorhersehbar-- innerhalb kürzester Zeit zurückübertragen muss (s. Anzinger, StuW 2022, 194, 197).
- 27** 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze war die Klägerin vor der Fassung des Ausschüttungsbeschlusses nicht nur zivilrechtliche Eigentümerin der britischen Aktien, die Aktien waren ihr zu diesem Zeitpunkt auch nach § 39 AO steuerrechtlich zuzurechnen.
- 28** a) Das FG ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die laufenden Erträge aus den Aktien wirtschaftlich weiterhin der Bank und nicht der Klägerin zustanden, weil die Dividenden betrags- und zeitgleich als Kompensationszahlungen an die Bank ausgekehrt wurden.
- 29** b) Soweit die Vorinstanz allerdings angenommen hat, dass die übrigen mit dem Eigentum an Aktien verbundenen wesentlichen Rechte ebenfalls nicht der Klägerin zustanden, beruht diese Wertung auf einer unzutreffenden Rechtsauffassung und nicht auf einer abweichenden tatsächlichen Würdigung, an die der Senat nach § 118 Abs. 2 FGO grundsätzlich gebunden wäre. Denn das FG hat seine Würdigung allein auf die subjektiven Absichten der Klägerin gestützt und dabei außer Acht gelassen, dass bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentümers danach zu fragen ist, ob die mit dem Vollrecht verbundenen rechtlichen Befugnisse, soweit sie wirtschaftlich wertvoll sind, rechtlich einem anderen zustehen oder tatsächlich von einem anderen wahrgenommen werden können (s. Senatsurteil vom 29.09.2021 - I R 40/17, BFHE 274, 463, BStBl II 2023, 127, Rz 38). Nicht relevant ist hingegen die subjektive Absicht, rechtlich und tatsächlich bestehende Befugnisse auch wahrnehmen zu wollen.
- 30** c) Bei der danach gebotenen objektiven Betrachtungsweise kann es entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Rolle spielen, ob die Klägerin tatsächlich die auf sie übertragenen Aktien hat veräußern oder die mit den Aktien verbundenen Stimmrechte hat ausüben wollen oder ob sie dies tatsächlich auch getan hat. Entscheidend ist vielmehr, ob der Klägerin die Ausübung der mit den Aktien verbundenen Stimmrechte und die Möglichkeit zur Realisation einer Kursänderung der Aktien rechtlich zugestanden haben und ihr auch tatsächlich möglich gewesen sind. Dies war auf der Grundlage der Feststellungen des FG der Fall (gleicher Ansicht z.B. Weitbrecht/Strehlke-Verköhlen, Betriebs-Berater 2021, 2022; s. allgemein auch BeckOK AO/Brühl, § 42 Rz 174 ff.).
- 31** aa) Die Klägerin war nach der Sicherungsabrede rechtlich befugt, über die Aktien zu verfügen, insbesondere sie zu veräußern. Sie war aufgrund dieser Abrede lediglich verpflichtet, nach Beendigung der besicherten Geschäfte (hier: der Wertpapierdarlehensgeschäfte), gattungsgleiche Aktien an die Bank zurückzuübertragen.

- 32** bb) Aus den vom FG getroffenen Feststellungen ergeben sich auch keine faktischen Verfügungsbeschränkungen, aufgrund derer die Klägerin an einer Veräußerung gehindert gewesen wäre, weil sie mit einer jederzeitigen kurzfristigen Fälligkeit der Rückübertragungsverpflichtung hätte rechnen müssen. Eine daraus folgende faktische Unmöglichkeit der Veräußerung ergibt sich zunächst nicht aus dem vereinbarten Austausch von Sicherheiten, weil dieser jedenfalls nicht einseitig durch die Bank erfolgen konnte, sondern entweder einvernehmlich zwischen der Bank und der Klägerin vereinbart werden musste (so die vertraglichen Regelungen) oder sogar von der Klägerin allein ausgeübt werden (so die Feststellungen des FG zur tatsächlichen Umsetzung) und daher von ihr beeinflusst werden konnte. Ferner ergibt sich ein faktisches Veräußerungshindernis auch nicht aus einem kurzfristigen ordentlichen Kündigungsrecht für die Bank. Denn ein solches war im Streitfall vertraglich ausgeschlossen. Daher konnte die Klägerin den Zeitpunkt des Endes des Wertpapierdarlehens, zu dem die Sicherheiten zurückübertragen werden mussten, bereits bei der Übertragung der Aktien und hätte auch tatsächlich planbar eine Veräußerung und rechtzeitige Wiederbeschaffung vornehmen können.
- 33** Schließlich steht auch die zeitliche Dauer der besicherten Wertpapierdarlehensgeschäfte und der damit einhergehenden Dauer der Sicherungsübereignung der britischen Aktien der Möglichkeit, diese tatsächlich zu veräußern, nicht entgegen. Denn die Klägerin hat die jeweiligen Aktien nach den Feststellungen des FG für einen Zeitraum von zwischen wenigen Tagen bis zu drei Wochen tatsächlich gehalten. Unter Berücksichtigung des von ihr selbst veranlassten Austauschs der Aktien als Sicherheit vor Beendigung des abgesicherten Geschäfts lag die Zeit, in welcher sie im Falle des Verzichts auf die vorzeitige Rückgabe Kursänderungen hätte realisieren können, noch darüber. Selbst eine Haltedauer von wenigen Tagen reicht allerdings bereits aus, um Kursschwankungen von börsennotierten Aktien --zu denen die übertragenen britischen Aktien zählten-- kurzfristig realisieren zu können (Senatsurteil vom 29.09.2021 - I R 40/17, BFHE 274, 463, BStBl II 2023, 127, Rz 38).
- 34** cc) Die Klägerin hatte während der Zeit, in der sie zivilrechtlich Inhaberin der Aktien gewesen war, auch die Möglichkeit, die mit den Aktien verbundenen Stimmrechte auszuüben. Nach den Feststellungen des FG wurde der Inhaberwechsel über das elektronische Börsensystem CREST abgewickelt, das automatisch eine zeitgleiche Aktualisierung des von der betreffenden Aktiengesellschaft geführten elektronischen Registers über die Anteilseigner auslöste. Daher war der Klägerin die Ausübung ihrer Stimmrechte für den Fall, dass eine Hauptversammlung in den Zeitraum ihrer zivilrechtlichen Inhaberschaft der Aktien gefallen wäre, auch faktisch möglich, weil die Aktiengesellschaft ungeachtet des kurzfristigen Inhaberwechsels ihre Stellung als neue Inhaberin kannte.
- 35** 3. Der Senat kann wegen fehlender Feststellungen des FG dazu, ob --wie das FA meint-- die Übertragungen der britischen Aktien zur Sicherung der abgeschlossenen Wertpapierdarlehensgeschäfte jeweils als eine unangemessene Gestaltung im Sinne des § 42 AO anzusehen sind, nicht abschließend darüber entscheiden, ob das zu versteuernde Einkommen der Klägerin nach § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG antragsgemäß zu vermindern ist. Das FG hat diese Feststellungen im zweiten Rechtsgang nachzuholen. Dabei können diese Feststellungen und die mit ihr verbundene Zurückverweisung der Sache an das FG --entgegen der von der Klägerin vertretenen Rechtsauffassung-- nicht schon deshalb unterbleiben, weil im vorliegenden Streitfall die Anwendbarkeit von § 42 AO ausgeschlossen wäre.
- 36** a) § 8b Abs. 10 KStG i.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 (UntStRefG 2008) vom 14.08.2007 (BGBl I 2007, 1912, BStBl I 2007, 630) vermag § 42 AO im Streitjahr schon mangels zeitlicher Anwendbarkeit nicht als spezialgesetzliche Missbrauchsvermeidungsvorschrift (s. BFH-Urteil vom 18.12.2013 - I R 25/12, BFH/NV 2014, 904, Rz 18) zu verdrängen.
- 37** b) Aus der nach dem Streitjahr erfolgten Einführung des § 8b Abs. 10 KStG i.d.F. des UntStRefG 2008 ergibt sich auch nicht im Umkehrschluss, dass entsprechende Sachverhaltskonstellationen, auf die diese spätere spezialgesetzliche Regelung abzielt, zuvor nicht vom Tatbestand des § 42 AO umfasst gewesen sein können (ebenso Hessisches FG, Urteil vom 28.01.2020 - 4 K 890/17, EFG 2020, 1160; a.A. Drüen in Tipke/Kruse, § 42 AO Rz 7). Denn ansonsten wäre dem Gesetzgeber die Verwirklichung weiterer mit einer spezialgesetzlichen Missbrauchsvermeidungsregelung verbundener legitimer Ziele --wie einer Verwaltungsvereinfachung-- versagt, wenn er bekannt gewordene konkrete Gestaltungen nachträglich legitimieren und damit auf ein erhebliches Steueraufkommen verzichten wollte. Die Gegenauffassung würdigt nicht ausreichend, dass selbst dann, wenn eine besondere Sachverhaltskonstellation bereits von § 42 AO umfasst war, angesichts der in § 42 Abs. 1 Satz 2 AO angeordneten relativ unbestimmten Rechtsfolge, nach der der Steueranspruch so entsteht, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstanden wäre, ein Bedürfnis des Gesetzgebers

besteht, über die Zielsetzung der allgemeinen Missbrauchsvermeidung hinaus eine für die Verwaltung in der Praxis handhabbare Rechtsfolge zur Korrektur konkret bekannt gewordener häufig praktizierter Gestaltungen anzuordnen.

- 38** c) Schließlich trägt auch der Einwand der Klägerin nicht, § 42 AO könne im Streitfall deshalb nicht angewendet werden, weil dessen Anwendung eine verfassungsrechtlich unzulässige rückwirkende Anwendung von § 8b Abs. 10 KStG i.d.F. des UntStRefG 2008 bewirke. Denn im Streitfall soll nicht § 8b Abs. 10 KStG i.d.F. des UntStRefG 2008 rückwirkend angewendet werden, vielmehr sind allein die Voraussetzungen des bereits im Streitzeitraum gültigen § 42 AO zu prüfen.
- 39** 4. Für den zweiten Rechtsgang (s. zu 3.) weist der Senat auf Folgendes hin:
- 40** a) Für die Beurteilung des Vorliegens einer unangemessenen Gestaltung dürfte der Umstand wesentlich sein, ob die Absicherung des Wertpapierdarlehens durch die Übertragung der britischen Aktien auch außersteuerliche Gründe gehabt hat. Denn hat eine Gestaltung überhaupt keinen über die Verschaffung eines Steuervorteils hinausgehenden eigenen wirtschaftlichen Zweck, ist dies ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer missbräuchlichen Gestaltung (s. BFH-Urteile vom 08.03.2017 - IX R 5/16, BFHE 257, 211, BStBl II 2017, 930, Rz 17; vom 12.06.2018 - VIII R 32/16, BFHE 262, 74, BStBl II 2019, 221, Rz 19; Senatsurteil vom 17.11.2020 - I R 2/18, BFHE 271, 330, BStBl II 2021, 580, Rz 28).
- 41** b) Für das Fehlen eines über die Verschaffung eines Steuervorteils hinausgehenden Grundes für die Sicherheitengestellung spricht jedenfalls, dass wegen der Gegenläufigkeit der zeit- und betragsgleich abgeschlossenen Wertpapierpensionsgeschäfte und der Wertpapierdarlehensgeschäfte kein abzusicherndes Risiko für die von der Klägerin überlassenen Wertpapiere erkennbar ist. Ferner spricht die vereinbarte Höhe der von der Klägerin für die Sicherheitengestellung zu zahlenden "Arrangierungsgebühr" in Höhe von 2,2 % der vereinnahmten Dividenden dafür, dass die Sicherheitengestellung allein zur Verschaffung eines Steuervorteils vereinbart wurde. Denn letztlich erhält die Bank wirtschaftlich deshalb, weil die Bemessungsgrundlage der Gebühr die vereinnahmten Dividenden (und nicht etwa die überlassenen Sicherheiten) sind, eine Provision aus dem generierten Steuervorteil der Klägerin, dem tatsächlich nicht entstandenen steuerlichen Verlust. Schließlich spricht dafür, dass es den Beteiligten nicht auf eine Absicherung der geschlossenen Wertpapierdarlehensgeschäfte ankam, die Art und Weise, wie die Klägerin von der ihr gewährten Möglichkeit zum Austausch von Sicherheiten Gebrauch gemacht hat. Denn sie nahm die Auswahl der Aktien allein unter dem Gesichtspunkt vor, ob zeitnah eine Ausschüttung anstand, und ihre Rückgabe danach, ob die Ausschüttung erfolgt ist. Dies belegt, dass es ihr bei der Auswahl allein um die Generierung eines möglichst hohen steuerlichen Verlustes ging und nicht um den Erhalt einer möglichst effektiven und werthaltigen Sicherheit.
- 42** c) Durch das FG zu prüfen bleibt, ob die Besicherung der Wertpapierdarlehen durch die Übertragung der britischen Aktien tatsächlich (auch) deshalb erfolgt ist, weil sich insoweit versicherungs(aufsichts)rechtliche Vorteile für die Klägerin ergeben haben, für die sie bereit gewesen ist, im Streitjahr Arrangierungsgebühren in Höhe von ... € zu zahlen.
- 43** d) Als außersteuerlicher Grund nicht tragend sein dürfte hingegen der von der Klägerin vorgetragene Umstand, dass die von ihr abgeschlossenen Geschäfte (Wertpapierpensionsgeschäfte, gegenläufige Wertpapierdarlehensgeschäfte sowie Sicherheitengestellung), wenn man sie gemeinsam betrachtet, einen handelsrechtlichen Gewinn erzielt haben. Denn auch bei verbundenen Geschäften kann jedes Geschäft einzeln auf das Vorliegen eines Missbrauchs der Gestaltungsmöglichkeiten untersucht werden. Die Sicherheitengestellung hat bei isolierter Betrachtung nach den bisherigen Feststellungen des FG --abgesehen von der Generierung eines Steuervorteils-- ausschließlich Aufwand in Höhe der gezahlten "Arrangierungsgebühren" von ... € verursacht und könnte damit für die Klägerin wirtschaftlich lediglich nachteilig gewesen sein.
- 44** e) Sollte das FG keine außersteuerlichen Gründe für die Besicherung der Wertpapierdarlehensgeschäfte feststellen können, dürfte in der vereinbarten Sicherheitengestellung eine missbräuchliche Gestaltung zu sehen sein. Denn die Besicherung hätte dann allein dem Zweck gedient, die mit den vereinnahmten Dividenden im Zusammenhang stehenden Beteiligungsaufwendungen, die der Gesetzgeber zur Vermeidung von Nachweisschwierigkeiten typisierend auf 5 % der Dividenden bestimmt hat (vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 12.10.2010 - 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224, Rz 60), mittels Einschaltung einer Körperschaft, die nach § 8b Abs. 7 KStG von der Anwendung des § 8b Abs. 1 bis 6 KStG ausgenommen ist, künstlich in einer vom Gesetz nicht vorgesehenen Weise auf einen Anteil von 100 % der Dividenden zu erhöhen mit der Folge, dass der Klägerin entgegen dem in § 3c EStG zum Ausdruck gekommenen steuerlichen Grundsatz, dass Aufwendungen nicht abgezogen werden dürfen, die im Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen (s. BVerfG-Beschluss vom

12.10.2010 - 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224, Rz 60), der Abzug entsprechender Aufwendungen in erheblichem Umfang (nämlich im wirtschaftlichen Ergebnis in Höhe von 95 % der vereinnahmten Dividenden) möglich wäre.

- 45** 5. Inwieweit die von der Klägerin gerügten Verfahrensfehler vorliegen, kann dahinstehen, da das Verfahren bereits aus materiellen Gründen an das FG zurückzuverweisen ist.
- 46** 6. Die Übertragung der Kostenentscheidung folgt aus § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)