

**Georg Kofler\***

# Abkommensrechtliche Einkünftezurechnung bei „Cum-/Ex-Geschäften“

## INCOME ATTRIBUTION IN CUM/EX DEALS UNDER TAX TREATY LAW

The Austrian Supreme Administrative Court (VwGH) recently held that the subject of attribution of dividend income is the person who economically owns the underlying shares at the time when the dividend distribution resolution is made. Subsequent dispositions of the shares (e.g., sales “*cum*” dividend) cannot change this and would hence not entitle the actual recipient of the dividend to claim a withholding tax refund. This solution deviates from the opinion previously held by the Austrian Ministry of Finance and the Federal Fiscal Court (BFG), which had attempted to reconcile income attribution and stock exchange practice by relying on economic ownership on the “*cum day*”. Georg Kofler puts the Austrian Supreme Administrative Court’s decision in context of that practice and analyzes its impact, also from the perspective of tax treaties.

### I. Einleitung und Problemstellung

Bei „*Cum-/Ex-Geschäften*“ denkt man nahezu zwangsläufig an einen der größten Steuerskandale der vergangenen Jahre: Durch gezielte Wertpapiergeschäfte rund um den Dividendenstichtag (insbesondere iZm Leerverkäufen und Wertpapierleihen) wurden in mehreren europäischen Staaten mehrfache Anrechnungen oder Erstattungen – etwa auf der Grundlage von DBA – einer bloß einmal abgeführten Kapitalertragsteuer erwirkt.<sup>1)</sup> Alleine in Deutschland haben solche Cum-/Ex-Geschäfte einen Milliarden-schaden<sup>2)</sup> verursacht und Politik, Gesetzgeber und Steuerverwaltungen über viele Jahre intensiv beschäftigt.<sup>3)</sup> Mittlerweile wurde von den deutschen Höchstgerichten bei modellhaften Gestaltungen nicht nur der Mehrfacherstattung der Kapitalertragsteuer eine Absage erteilt,<sup>4)</sup> sondern auch aus strafrechtlicher Sicht eine Steuerhinterziehung angenommen.<sup>5)</sup> Auch die EU sieht im Bereich der Cum-/Ex-Geschäfte Handlungsbedarf: Die *European Securities and Markets Authority* (ESMA) hat im September 2020 umfas-send Bericht erstattet,<sup>6)</sup> das Europäische Parlament im März 2022<sup>7)</sup> eine Reihe von Vor-

\* Univ.-Prof. Dr. Georg Kofler, LL.M. ist Universitätsprofessor für internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

<sup>1)</sup> Für instruktive Beschreibungen der „*Cum-/Ex-Modelle*“ mit Leerverkäufen siehe zB Petutschnig/Resenig, *Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich?* ÖStZ 2018, 693 (693 ff), und Schwarzinger/Wallner, *Cum-/Ex-Gestaltungen – technische Hintergründe und rechtliche Überlegungen*, SWK 11/2022, 514 (514 ff).

<sup>2)</sup> Siehe zB Spengel/Dutt/Vay, Schätzung des durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen entstandenen Steuerschadens (2017), die den Betrag von „rund 7,2 Mrd. EUR [...] als absolute Untergrenze“ ermittel-ten. Für eine empirische Analyse siehe auch Wagner/Wei, Ex-dividend day price and volume: the case of cum-ex trading (2022).

<sup>3)</sup> Siehe den mehr als 800-seitigen Bericht des 4. Untersuchungsausschusses des Bundestages, BT-Drs 18/12700 vom 20. 6. 2017, und dazu ausführlich Salditt, Der Cum/Ex-Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages: Unerwünschte Erkenntnisse, in Achatz/Brandl/Kert, *Steuerrecht – Finanzstraf-recht – Wirtschaftsstrafrecht*, FS Leitner (2022) 461 (461 ff). Zur Beschreibung und Analyse dieser Ge-schäfte siehe zB auch Spengel, Darlegung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, welche bei sogenannten Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen zur mehrfachen Erstattung bzw. Anrechnung von tatsächlich nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer bzw. bis zur Abschaffung des Körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens nur einmal gezahlter Körperschaftsteuer führen, Sachverständigungsgutachten MAT-A-SV-2 (28. 7. 2016).

<sup>4)</sup> BFH 2. 2. 2022, I R 22/20 (vorgehend FG Köln 19. 7. 2019, 2 K 2672/17).

<sup>5)</sup> BGH 28. 7. 2021, 1 StR 519/20 (vorgehend LG Bonn 18. 3. 2020, 62 KLS - 213 Js 41/19 - 1/19), und BGH 17. 11. 2022, 1 StR 255/22 (vorgehend LG Bonn 9. 2. 2022, 62 KLS - 213 Js 131/20 - 3/20).

<sup>6)</sup> European Securities and Markets Authority, Final Report on Cum/Ex, Cum/Cum and withholding tax reclaim schemes, ESMA70-155-10272 (23. 9. 2020).

<sup>7)</sup> European Parliament resolution of 10 March 2022 on a European Withholding Tax framework, P9\_TA(2022)0075 (10. 3. 2022).

schlägen vor allem zum Informationsaustausch unterbreitet und die Europäische Kommission sich in den ersten Überlegungen für ein angestrebtes EU-weites System für die Quellensteuer auf Dividenden oder Zinszahlungen ausdrücklich auf die Verhinderung vom Cum-/Ex-Gestaltungen bezogen.<sup>9)</sup>

Während der Steuerschaden in Deutschland ua auf das Fehlen eindeutiger gesetzlicher Bestimmungen bis 2012<sup>9)</sup> und die mehrfache Ausstellung von Steuerbescheinigungen (sowohl für die Originaldividende als auch die Kompensationszahlungen) zurückzuführen ist, was eine doppelte oder mehrfache Steuerbescheinigung zur Folge haben konnte,<sup>10)</sup> war nach österreichischem Recht eine Mehrfacherstattung aus rechtlicher Sicht im Grunde stets ausgeschlossen. Dennoch ist es durch Betrugsversuche mit Mehrfacherstattungen bei Cum-/Ex-Geschäften auch in Österreich offenbar zu Steuerausfällen in Höhe von 111,7 Mio Euro<sup>11)</sup> gekommen. Mehrere parlamentarische Anfragebeantwortungen<sup>12)</sup> und Berichte des Rechnungshofs<sup>13)</sup> zeigen hier deutlich, dass die Steuerausfälle auf die Nutzung von Unklarheiten hinsichtlich des Zurechnungssubjekts, vor allem aber auf administrative Unzulänglichkeiten zurückzuführen waren. Der erste Problembereich wurde vom BMF im Jahr 2014 im Wege einer Information<sup>14)</sup> dahingehend zu klären versucht, dass Zurechnungssubjekt einer Dividende nur derjenige sein könne, dem Aktien spätestens am Ende des „Cum-Tages“ ins Depot eingeliefert wurden. Der zweite Problembereich wurde von Gesetzgebung und Verwaltungspraxis ua aufgegriffen durch einen unmittelbaren Auszahlungsstopp und genauere Überprüfungen nach Bekanntwerden des Cum-/Ex-Modells,<sup>15)</sup> eine Konkretisierung der Antragsvoraussetzungen, ein neues Erstattungsverfahren (§ 240a BAO),<sup>16)</sup> die vertiefte Überprüfung der Anträge auf KESt-Erstattung und die Verbesserung der IT-Infrastruktur;<sup>17)</sup> hinzu traten

---

<sup>8)</sup> Ares(2021)5900310 (28. 9. 2021).

<sup>9)</sup> Zunächst erfolgte durch das JStG 2007 die Anordnung, dass auch Dividendenkompensationszahlungen als Einkünfte aus Kapitalvermögen gelten (damals wie heute § 20 Abs 1 Nr 1 Satz 4 dESTG) und dem Kapitalertragsteuerabzug durch die inländische Depotbank des Leerverkäufers unterliegen (seinerzeit § 44 Abs 1 Satz 3 dESTG); auf das offenkundige Ausweichen auf ausländische Depotbanken wurde mit dem OGAW-IV-UmsG (dBGBl I 2011, 1126) reagiert und die Abzugspflicht der letzten inländischen auszahllenden Stelle auferlegt (zB dem inländischen Kreditinstitut oder der Wertpapiersammelbank, dh der *Clearstream Banking AG*, welche Beiträge an ein ausländisches Kreditinstitut auszahlt) (§ 44 Abs 1 Satz 4 Nr 3 dESTG). Damit wurde auch die doppelte Ausstellung von Steuerbescheinigungen grundsätzlich ausgeschlossen. Siehe dazu etwa Desens, Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, DSTZ 2012, 142 (153 f).

<sup>10)</sup> Siehe allerdings zur Möglichkeit doppelter Erstattungen auch nach 2012 durch Einbindung ausländischer Banken etwa das Statement von Spengel, Public Hearing of the Subcommittee on Tax Matters of the European Parliament on the Cum-Ex/Cum-Cum Scandal, 24. 2. 2021, abrufbar auf <https://www.europarl.europa.eu> (Zugriff am 12. 12. 2022).

<sup>11)</sup> Siehe dazu und zur entsprechenden Rückforderung auf Basis des § 241a BAO die Anfragebeantwortung 1273/AB 27. GP (zu „Schadensbegrenzung nach Cum-Ex-Skandal“).

<sup>12)</sup> Siehe insbesondere die Anfragebeantwortungen 8766/AB 25. GP (zu „Cum-Ex Aktiendeals in Österreich“); 9634/AB 25. GP (zu „Strafrechtliche Verfolgung von Cum/Ex Aktiendeals in Österreich“); 10125/AB 25. GP (zu „Steuerhinterziehung durch Cum-Ex-Geschäfte“); 3612/AB 26. GP (zu „Umsetzung der Empfehlungen des Rechnungshofes zu KESt-Rückerstattungen“); 1273/AB 27. GP (zu „Schadensbegrenzung nach Cum-Ex-Skandal“).

<sup>13)</sup> Siehe *Rechnungshof Österreich, Kapitalertragsteuer-Erstattungen nach Dividendausschüttungen*, Reihe Bund 2018/35 (III-165 BlgNR 26. GP), und *Rechnungshof Österreich, Kapitalertragsteuer-Erstattungen nach Dividendenausschüttungen – Follow-up-Überprüfung*, Reihe Bund 2022/4 (III-567 BlgNR 27. GP); dazu auch Petutschnig/Resenig, ÖStZ 2018, 693 (693 ff).

<sup>14)</sup> Info des BMF vom 18. 9. 2014, Information zur Einbehaltung und Rückerstattung der KESt auf Dividenden von börsennotierten Aktiengesellschaften an beschränkt Steuerpflichtige, BMF-010203/0314-VII/1/2014, und nachfolgend auch EAS 3345 vom 21. 11. 2014 (zum unvorhergesehenen Aktienübergang erst nach dem Ex-Tag).

<sup>15)</sup> Dadurch konnte offenbar ein Schaden von rund 38 Mio Euro abgewendet werden; siehe die Anfragebeantwortung 3612/AB 26. GP (zu „Umsetzung der Empfehlungen des Rechnungshofes zu KESt-Rückerstattungen“).

<sup>16)</sup> Eingeführt durch das 2. AbgÄG 2014 (BGBl I 2014/105) und wesentlich erweitert durch das JStG 2018 (BGBl I 2018/62).

<sup>17)</sup> Siehe dazu auch die Aufstellung in der parlamentarischen Anfragebeantwortung 8766/AB 25. GP (zu „Cum-Ex Aktiendeals in Österreich“) und ausführlich die Anfragebeantwortung 3612/AB 26. GP (zu „Umsetzung der Empfehlungen des Rechnungshofes zu KESt-Rückerstattungen“).

zuletzt die neue Zuständigkeit des Finanzamts für Großbetriebe für diese Verfahren (§ 61 Abs 4 BAO) und eine spezielle Regelung zur Rückforderung von Rückzahlungen oder Erstattungen, die ohne Rechtsgrund erlangt wurden (§ 241a BAO).<sup>18)</sup> In den vergangenen Jahren kam es entsprechend zu speziellen Cum-/Ex-Überprüfungen (Aufrollungen) und Rückforderungen auf Basis des neuen § 241a BAO.<sup>19)</sup>

Der „Cum-/Ex-Skandal“ verstellt freilich den Blick darauf, dass der Wertpapierhandel rund um den Dividendenstichtag im Grunde nichts Ungewöhnliches ist. Er schärft aber umgekehrt den Fokus, dass die börsentechnische Abwicklung der Dividendenzahlung und dessen Abstellen auf die Depoteinbuchung zu einem bestimmten Stichtag und die steuerliche Einkünftezurechnung nach der *Ruppe'schen Markteinkommenstheorie*,<sup>20)</sup> die auf die Dispositionsbefugnis über die Einnahmequelle rekurriert, ganz grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis stehen können.<sup>21)</sup> Im Folgenden wird daher kurz die schuld- und sachenrechtliche Abwicklung von Börsengeschäften rund um den Dividendenstichtag dargelegt (Pkt II.), bevor sie in Bezug zur steuerlichen Einkünftezurechnung gesetzt wird (Pkt III.); den Abschluss bildet eine zusammenfassende Würdigung der Ergebnisse auch aus der Perspektive der praktischen Abwicklung (Pkt IV.).

## **II. Abwicklung des Wertpapierhandels und der Ausschüttung nach den Börsenusancen versus einkommensteuerliche Zurechnung**

Bevor man sich dem steuerlichen Zurechnungsproblem bei Cum-/Ex-Geschäften nähern kann, bedarf eines kurzen Blicks auf das einfache, aber dennoch erhellende Beispiel eines normalen Aktiengeschäfts an der Wiener Börse rund um den Dividendenstichtag. Die zivilrechtliche Kernfrage entsteht hier durch das börsenusancenbedingte Auseinanderfallen von schuldrechtlichem Aktienkauf und sachenrechtlicher Umbuchung beim Zentralverwahrer und nachfolgender Einlieferung in das Käuferdepot bei der Geschäftsbank: Erwirbt ein Käufer eine Aktie kurz vor dem Dividendenstichtag schuldrechtlich „mit“ Dividendenanspruch (also „cum“ Dividende), so hat er die Erwartung und den schuldrechtlichen Anspruch, dass er auch die nachfolgende Ausschüttung erhält, also so gestellt wird, als habe er das sachenrechtliche Eigentum an der Aktie bereits zum Abschlusszeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts an der Börse erhalten.

Wird aber die Aktie sachenrechtlich erst nach einigen Tagen und „ohne“ Dividendenanspruch (also „ex“ Dividende) in das Depot des Käufers gebucht, bedarf es eines Ausgleichsmechanismus, um ein mögliches Auseinanderfallen zwischen der aus dem Depotstand zu einem gewissen Stichtag abgeleiteten Zuweisung der (quellensteuerbelasteten) Originaldividende zum Verkäufer und der schuldrechtlichen Berechtigung des Käufers zu kompensieren. Dazu wurden von den Abwicklungsstellen Mechanismen entwickelt, die im Ergebnis dazu führen, dass die Dividende – durch Sperrvermerk am Verkäuferdepot, Verrechnung und (quellensteuerfreie) Kompensationszahlung in Höhe der Nettodividende („Dividendenkompensation“) – vom Verkäufer zum Käufer „umgeleitet“ wird (sogenannte „Regulierung“ bzw. „market claims“).<sup>22)</sup>

<sup>18)</sup> Eingeführt durch AbgÄG 2020 (BGBl I 2019/91). Siehe dazu *Stieglitz/Gleiss*, Fragen zur Rückforderung von Abgaben gem § 241a BAO, ZSS 2020, 136 (136 ff).

<sup>19)</sup> Siehe dazu die Anfragebeantwortung 1273/AB 27. GP zu „Schadensbegrenzung nach Cum-Ex-Skandal“).

<sup>20)</sup> Vgl *Ruppe*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, in *Tipke*, Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht<sup>2</sup>, DStJG Bd 1 (1979) 7 (16 ff).

<sup>21)</sup> Siehe bereits ausführlich *Blum*, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015, 356.

<sup>22)</sup> Unter *market claim* „wird somit der Prozess der Neu-Zuteilung der Erträge einer Distribution verstanden, sodass den tatsächlich Anspruchsberechtigten die ihnen zustehenden Geldbeträge/Stücke zukommen“; siehe Anhang 25 der AGB der OeKB CSD Transaction Management unter T2S (1. 1. 2022) 8 ff.

Diese Regulierung durch Dividendenkompensation hat freilich im „normalen“ Börsenhandel mittlerweile an Bedeutung verloren: Seit 16. 11. 2015 ist mit dem sogenannten „*record date*“ ein Mechanismus eingeführt worden, der den Zeitpunkt der Ermittlung der schuldrechtlichen Dividendenberechtigung mit der sachenrechtlichen Lieferzeit der Wertpapiere abstimmt und in aller Regel dazu führt, dass – ohne weitere Regulierung – schon dem Käufer die (quellensteuerreduzierte) Originaldividende überwiesen wird.

Dazu kurz ein Beispiel:

- **Beispiel**

Für die Teilnahmeberechtigung an der Hauptversammlung (und damit der Mitwirkung am Ausschüttungsbeschluss) einer börsennotierten Aktiengesellschaft ist der „Nachweisstichtag“ entscheidend: Maßgeblich ist der Anteilsbesitz (Depotstand<sup>23)</sup>) „am Ende des zehnten Tages vor dem Tag der Hauptversammlung“ (§ 111 Abs 1 AktG). Wer Aktien nach dem Nachweisstichtag kauft, darf zwar an der Hauptversammlung nicht teilnehmen, ist aber dividendenberechtigt.<sup>24)</sup> Bei der Hauptversammlung wird sodann die Gewinnausschüttung beschlossen, und mehrere darauffolgende Tage erhalten eine besondere börsentechnische Bedeutung: Typischerweise kurz nach der Hauptversammlung liegen der „*Cum-Tag*“ (letzter Tag, an dem die Aktie mit – also „*cum*“ – Anspruch auf Dividende gekauft werden kann) und der unmittelbar darauffolgende „*Ex-Tag*“ (an dem die Aktie erstmals ohne – also „*ex*“ – Dividendenanspruch gehandelt wird).

Das – in Österreich seit 16. 11. 2015 eingeführte<sup>25)</sup> – „*record date*“<sup>26)</sup> ist sodann der Bankarbeitstag nach dem Ex-Tag und hat besondere Bedeutung für die Dividendenabwicklung: Am Ende des *record date* werden nämlich beim Zentralverwahrer für Wertpapiere („*central securities depository*“, in Österreich die OeKB CSD GmbH), bei dem die Originalwertpapiere nach Emission verwahrt und in „Buchpapiere“ umgewandelt werden, die dividendenanspruchsberechtigten Aktienbestände festgestellt.<sup>27)</sup> Wer also aus der Perspektive des Zentralverwahrers die Aktie am Ende des *record date* in seinem Depot hält, bekommt auch die dazugehörige Dividende zugewiesen. Die Nettodividende wird vom Zentralverwahrer bei der Zahlstelle der Aktiengesellschaft angefordert (die darauf entfallende Kapitalertragsteuer wird direkt von der ausschüttenden Aktiengesellschaft nach §§ 93, 95 EStG abgeführt), und die Auszahlung der Dividende an die Aktionäre im Wege des Zentralverwahrers erfolgt sodann am Zahltag („*payment date*“), der zeitlich kurz auf das *record date* folgt (in der Regel der nächste Bankarbeitstag).

Diese seit Ende 2015 etablierte Abwicklungsreihenfolge soll sicherstellen, dass die Dividende ohne weitere Regulierung bei jenem Erwerber „ankommt“, der die Aktie spätestens am Cum-Tag (zB 9. 1.) – also samt dem Dividendenanspruch (*cum* Dividende) – erworben hat: Wird eine Aktie am Cum-Tag erworben (also am „*Ex-Tag – 1*“), dann wird sie nach dem derzeitigen Abwicklungszeitraum der Wiener Börse am übernächsten Tag („*T + 2*“, also am 11. 1.) dem Erwerber zugeordnet (sogenanntes „*settlement*“). Dies ist zugleich das *record date* (11. 1.), an dessen Ende die dividendenanspruchsberechtigten Aktienbestände festgestellt werden. Am *payment date* (zB 12. 1.) wird dann vom Zentralverwahrer die Dividende ausgezahlt und nachfolgend dem Kunden – im Wege seiner Geschäftsbank – gutgeschrieben. Eine Regulierung ist daher bei einer solchen Abwicklung (Kauf ab „*Ex-Tag – 1*“) nicht mehr notwendig, da bereits die Originaldividende dem Erwerber und nicht dem Veräußerer gutgeschrieben wird.<sup>28)</sup>

Vor Einführung des *record date* ermittelte der Zentralverwahrer die Ansprüche für die auf den Wertpapierdepots verbuchten Aktien am Cum-Tag („*Ex-Tag – 1*“, im Beispiel also am 9. 1.) und nahm die Gutschrift der Dividende am *payment date* (zB 11. 1.) vor. Am *payment date* wurde aber nach dem Abwicklungszeitraum der Wiener Börse („*T + 2*“) auch der Wertpapierauf „gesettelt“ und war daher bei der Gutschrift der Dividende noch nicht berücksichtigt; die Originaldividende wurde also technisch noch dem Verkäufer zugeordnet (der Verkauf aber auf dessen Depot mit „Sperervermerk“ kenntlich gemacht). Diese – aus schuldrechtlicher Sicht: falsche – Zuordnung der Dividende musste sodann vom Zentralverwahrer im Rahmen eines Marktausgleichsverfahrens (*market claims*) reguliert werden: Eine Zahlung in Höhe der Nettodividende wurde vom Veräußerer eingezogen bzw. verrechnet und – ohne weiteren Kapitalertragsteuerabzug – dem Erwerber gutgeschrieben (Kompensationszah-

<sup>23)</sup> Siehe zu Inhaberpapieren *Deutsch/Ebner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> (2021) § 111 Rz 6.

<sup>24)</sup> Die Regelung nimmt damit in Kauf, dass Teilnahmeberechtigung und Aktionärsstellung auseinanderfallen, wenn die Aktien zwischen Nachweisstichtag und Tag der Hauptversammlung veräußert werden. Dazu etwa *Deutsch/Ebner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 8.

<sup>25)</sup> Siehe *Corporate Actions National Implementation Group, Frequently Asked Questions (FAQ)* zum Thema „Einführung des Record Date in Österreich im November 2015“ (27. 8. 2015).

<sup>26)</sup> Oft auch als „*Nachweisstichtag*“ bezeichnet, was allerdings nicht mit dem Nachweisstichtag nach § 111 Abs 1 AktG für die Teilnahmeberechtigung an der Hauptversammlung verwechselt werden darf.

<sup>27)</sup> Für Details zur Verwahrungsstrecke im Verhältnis zwischen Zentralverwahrer, Geschäftsbanken und Kunden siehe zB *Schwarzinger/Wallner*, SWK 11/2022, 514 (517).

<sup>28)</sup> Siehe im Übrigen zur „Regulierung“ durch sogenannte „*market claims*“ ausführlich den Anhang 25 der AGB der OeKB CSD Transaction Management unter T2S, 8 ff.

lung).<sup>29)</sup> An diesem Punkt setzten auch die bekannten Cum-/Ex-Gestaltungen mit Leerverkäufen an, die letztlich darauf abzielten, für ein und dieselbe Aktie zum relevanten Stichtag (also am Cum-Tag) mehrere wirtschaftliche Eigentümer mit eigenständigen Erstattungsansprüchen (zB auf der Grundlage von DBA) zu behaupten.

Im Lichte dieser Handhabung und der schuldrechtlichen Zuordnung der Originaldividende an jenen, der *cum* Dividende erworben hat, liegt aber auch die steuerrechtliche Frage auf der Hand: Wem ist die Dividende nun steuerrechtlich zuzurechnnen? Die BMF-Information aus 2014<sup>30)</sup> und auch das BFG in einem Erkenntnis vom 20. 6. 2021<sup>31)</sup> versuchten sich zunächst für Perioden vor 2015 an den Börsenusancen zu orientieren und stellten für die Zurechnung der Dividende an den Erwerber auf die Einlieferung in dessen Depot spätestens am Cum-Tag ab (was aber aufgrund der Abwicklungsduer – „T + 2“ oder früher „T + 3“ – typischerweise den Kauf der Aktien mehrere Tage vor dem Cum-Tag erforderte); nur dieser sei wirtschaftlicher Eigentümer und berechtigt, eine – etwa abkommensrechtliche – Erstattung der Kapitalertragsteuer geltend zu machen. Dies war im Lichte der allgemeinen Grundsätze der Einkünftezurechnung nicht unumstritten, und es wurde etwa argumentiert, der Erwerber erlange schon durch das schuldrechtliche Geschäft (etwa den Kauf am Cum-Tag) das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien.<sup>32)</sup> Der VwGH klärte diese Streitfrage mit Erkenntnis vom 28. 6. 2022<sup>33)</sup> ganz grundlegend und unabhängig von der börsentechnischen Abwicklung: Es kommt auf das wirtschaftliche Eigentum zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses an (und nicht auf den Depotstand am Cum-Tag oder am *record date*), nachfolgende Dispositionen über die Dividende können diese Zurechnung nicht mehr verändern. Das BMF hat sich dieser Ansicht in einer neuen Information im November 2022<sup>34)</sup> angeschlossen.

### **III. Innerstaatliche und abkommensrechtliche Einkünftezurechnung bei Wertpapiergeschäften rund um den Dividendenstichtag**

In dem vom BFG<sup>35)</sup> und nachfolgend vom VwGH<sup>36)</sup> zu beurteilenden Fall ging es um den Antrag auf vollständige Rückzahlung von 2013 erhobener österreichischer Kapitalertragsteuer nach Art 10 DBA Vereinigte Arabische Emirate (keine Quellenbesteuerung) iVm § 240 Abs 3 BAO durch eine beschränkt steuerpflichtige, in den Vereinigten Arabischen Emiraten ansässige Kapitalgesellschaft. Diese hatte Aktien österreichischer Gesellschaften außerbörslich („over the counter“, OTC) jeweils vor dem Ex-Tag erworben, der Erwerb war aber zum Dividendenstichtag (damals: Cum-Tag) noch nicht „gesetzt“, sondern erst drei Tage nach dem schuldrechtlichen Geschäft (damals: „T + 3“). Die Aktien wurden daher ex Dividende geliefert, und die Erwerberin erhielt dement-

<sup>29)</sup> Siehe zB Schwarzinger/Wallner, SWK 11/2022, 514 (518).

<sup>30)</sup> Info des BMF vom 18. 9. 2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014.

<sup>31)</sup> BFG 20. 7. 2021, RV/7102008/2017; dazu insbesondere Tumpel, KEST-Erstattung bei Cum-/Ex-Geschäften nicht ohne Depotzugang, SWK 26/2021, 1218; Schohaj, Keine KEST-Rückerstattung im Cum-/Ex-Geschäft ohne Dividendenzurechnung, BFGjournal 2021, 300; Schwarzinger/Wallner, SWK 11/2022, 514; Gröhs/Hayden/Komar/Thorbauer, BFG zu Cum-Ex-Geschäften, KEST-Rückerstattung auf Dividenden bzw Kompensationszahlungen, ÖStZ 2021, 623; Hatzennichler/Schaffer, Steuerliche Behandlung vom „Cum-Ex-Geschäften“, GES 2022, 157; Beiser, Die Zurechnung von Ausschüttungen aus Kapitalgesellschaften – eine systematische Analyse, ÖStZ 2022, 52.

<sup>32)</sup> Siehe zB Gröhs/Hayden/Komar/Thorbauer, ÖStZ 2021, 623.

<sup>33)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002; dazu insbesondere Zorn, VwGH zur Einkünftezurechnung beim Aktienkauf durch Cum-/Ex-Geschäft, RdW 2022, 567; Tumpel, KEST-Erstattung bei Cum-/Ex-Geschäften nur für den wirtschaftlichen Eigentümer im Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses, SWK 25/2022, 998; Schmidjell-Dommes, Erstattung der KEST bei Cum-/Ex-Gestaltungen an Verkäufer oder Käufer der Aktien? SWI 2022, 583; Achatz/Kirchmayr, VwGH zu Cum/Ex-Geschäften, taxlex 2022, 305; Beiser, Ausschüttungen aus Kapitalgesellschaften und KEST-Erstattung – der VwGH klärt die Zurechnung von Ausschüttungen bei „cum-/ex-Geschäften“, ÖStZ 2022, 489.

<sup>34)</sup> Info des BMF vom 15. 11. 2022, Information zur Einbehaltung und Rückerstattung der KEST auf Dividenden von börsennotierten Aktiengesellschaften an beschränkt Steuerpflichtige, 2022-0.816.735.

<sup>35)</sup> BFG 20. 7. 2021, RV/7102008/2017.

<sup>36)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002.

sprechend nicht die originären Dividendenzahlungen, sondern Kompensationszahlungen.

Der VwGH wies zunächst darauf hin, dass im Gefüge des § 240 Abs 3 BAO iVm § 77 Abs 1 BAO und § 95 Abs 1 EStG die Erstattung der Kapitalertragsteuer voraussetzt, dass die Revisionswerberin „*Abgabenschuldnerin ist, dass ihr also die Kapitalerträge (Dividenden) ertragsteuerlich zuzurechnen sind*“<sup>35</sup>. Der nachfolgende Kern des Erkenntnisses ist kurz und prägnant:

- „35 Zurechnungssubjekt von Dividenden ist, wer im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits im Erkenntnis vom 21. November 1995, 95/14/0035, ausgesprochen hat, kommt einem Aktionär nach § 126 Abs. 1 AktG (nunmehr § 104 Abs. 2 Z 2 AktG) oder dem Gesellschafter einer GmbH nach § 35 Abs. 1 Z 1 GmbHG die Mitwirkung bei der Verteilung des Reingewinns zu, was entscheidend für die Zurechnung der Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft ist [...].<sup>36</sup>
- 36 Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Einkunftsstatbestand erfüllt [...]. Einkünfte werden also ausschließlich demjenigen zugerechnet, der den Tatbestand verwirklicht hat, wobei es für die Frage der Zurechnung nicht darauf ankommt, wer im Zeitpunkt des Zuflusses über die Einkunftsquelle verfügt. Es ist nicht möglich, durch den Ankauf einer bereits entstandenen Forderung vom bisherigen Einkünftezurechnungssubjekt auch die Stellung als Zurechnungssubjekt der Einkünfte, die zu dieser Forderung geführt haben, zu erwerben [...].<sup>37</sup>
- 37 Der Aktionär hat ab dem Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses der Hauptversammlung die – wenn auch noch nicht fällige – vermögensrechtliche Forderung auf Dividendenausschüttung; tritt er in der Folge diese Forderung (in der Regel zusammen mit der Aktie) einem Dritten ab, kann der Dritte nicht Zurechnungssubjekt für den bereits vorher entstandenen Dividendenanspruch sein. Dem Dritten obliegt es lediglich, die angekauft Forderung (auf Dividendenbezug) einzuziehen [...].“<sup>38</sup>

Für den VwGH war damit klar, dass (spätestens) mit der Beschlussfassung über die Ausschüttung das Zurechnungssubjekt von Dividenden unveränderbar definiert ist, also – wie Zorn formuliert – die „*Stellung als einkommensteuerliches Zurechnungssubjekt [...] nicht am Markt handelbar*“ ist.<sup>39</sup>) Nach diesem Zeitpunkt kann nur mehr eine (noch nicht fällige) Forderung auf Dividendenzahlung erworben werden, nicht aber jene Einkünfte, die originär zum Entstehen dieser Forderung geführt haben.<sup>40)</sup> Der entgeltliche Erwerb eines bereits bestehenden Dividendenanspruchs bewirkt also nicht, dass die Einkunftsverzettelung dem Käufer zugerechnet wird.<sup>41)</sup> Dieser hat damit auch keinen KESt-Erstatungsanspruch.<sup>42)</sup>

Zurechnungssubjekt von Dividenden ist dabei nach dem VwGH, „*wer im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien ist*“.<sup>41)</sup> Dies ist im Ergebnis insofern wenig überraschend, als schon bisher überwiegend davon ausgegangen wurde, dass etwa bei Wertpapieren die Grundsätze des wirtschaftlichen Eigentums iSd § 24 BAO für Wirtschaftsgüter auch für die Zurechnung der daraus erfließenden Einkünfte (zB Dividenden) maßgeblich sind<sup>42)</sup> (wenngleich es im Übrigen bei der Zurech-

<sup>37)</sup> Zorn, RdW 2022, 567 (568).

<sup>38)</sup> Ausführlich Beiser, ÖStZ 2022, 52 (52 ff), und diesem ausdrücklich folgend VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 36 f.

<sup>39)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 40.

<sup>40)</sup> Siehe auch Beiser, ÖStZ 2022, 489 (490).

<sup>41)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 35.

<sup>42)</sup> So zB Zorn, Einkünftezurechnung bei Abtretung einer stillen Beteiligung, RdW 1994, 290 (291 f) („*Die Zurechnung des Gewinnanteiles aus im Privatvermögen gehaltenen Aktien hat daher an denjenigen zu erfolgen, der wirtschaftlicher Eigentümer zum Zeitpunkt der Beschlusffassung über die Gewinnausschüttung ist*“); Gassner, Grundsatzfragen der Einkünftezurechnung, ÖStZ 2003, 438 (438 ff); Gassner, Grundsatzfragen der Einkünftezurechnung, 15. ÖJT Bd III/2 (2004) 67 (67 ff); Loukota, Einkünftezurechnung im Internationalen Steuerrecht, 15. ÖJT Bd III/2, 101 (106); Lechner, Die Bedeutung des wirtschaftlichen Eigentums für die Zurechnung von Einkünften, in Tanzer, Die BAO im 21. Jahrhundert (2005) 51 (54 f); Kofler, Austrian Branch Report, in IFA, Conflicts in the Attribution of Income to a Person, CDFI 92b (2007) 85 (87 und 95 f); differenzierend Tanzer, Einkünftezurechnung im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, 15. ÖJT Bd III/1 (2003) 12 ff; dazu auch Blum, ÖStZ 2015, 356 (357 f).

nung von Einkünften auf die wirtschaftliche Dispositionsbefugnis über die Einkünfte und nicht auf eine allenfalls nach § 24 BAO zu lösende Zurechnung von Wirtschaftsgütern ankommt<sup>43)</sup>). Der VwGH sieht sich damit auch im Einklang mit dem BFH, „dass Zurechnungssubjekt von Dividenden derjenige ist, der im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses wirtschaftlicher Eigentümer des Anteils ist“.<sup>44)</sup> Die Absolutheit der Aussage des VwGH lässt allenfalls Zweifel auftreten, ob es von diesem Einklang zwischen Zurechnung eines Wirtschaftsgutes und Einkünftezurechnung auch Ausnahmen geben kann (zB bei Fruchtgenüssen<sup>45)</sup>). Sie beantwortet aber jedenfalls die Frage der Einkünftezurechnung bei Wertpapierkäufen rund um den Dividendenstichtag insofern eindeutig, als – auf einer Linie mit der älteren Verwaltungspraxis<sup>46)</sup> – der Gewinnverteilungsbeschluss (und nicht eine nachfolgende Verfügung) in den Blick genommen wird.

Die Begründung des VwGH hinterlässt allerdings das Störgefühl, dass maßgeblich auf die Mitwirkung des Gesellschafters bei der Verteilung des Reingewinns (§ 104 Abs 2 Z 2 AktG bzw § 35 Abs 1 Z 1 GmbH) rekurriert wird, „was“ – so der VwGH unter Berufung auf seine Vorjudikatur<sup>47)</sup> und Zorn<sup>48)</sup> – „entscheidend für die Zurechnung der Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft“ sei.<sup>49)</sup> Selbst wenn man auf die – vor allem bei Kleinaktionären – bloß potenzielle Mitwirkung am Gewinnausschüttungsbeschluss abstellt, wäre eine solche nicht möglich, wenn die Aktien erst nach dem „Nachweistichtag“ iSd § 111 Abs 1 AktG („am Ende des zehnten Tages vor dem Tag der Hauptversammlung“) in das Depot erworben wurden. Denn diesfalls ist der Erwerber zwar dividendenberechtigt, darf aber aktienrechtlich nicht an der Hauptversammlung und damit am Gewinnverteilungsbeschluss teilnehmen.<sup>50)</sup> Dementsprechend könnte nach Zorn sogar in Betracht gezogen werden, auf das wirtschaftliche Eigentum am Nachweistichtag nach § 111 AktG abzustellen.<sup>51)</sup> Das BMF scheint freilich davon auszugehen, dass es auf den Depotstand bei der Hauptversammlung ankommt: Damit jemand „zum Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie ist“, „müssen die erworbenen Aktien bereits vor dem Tag der Beschlussfassung der Gewinnverteilung (Hauptversammlung) am Depot des Steuerpflichtigen (des Kunden) eingeliefert sein; relevant ist somit der Depotbestand am Ende des Vortages der Hauptversammlung (HV-Tag minus eins)“.<sup>52)</sup>

Mit diesem Fokus auf den Gewinnausschüttungsbeschluss werden zudem zahlreiche bisherige Überlegungen für den VwGH automatisch irrelevant.<sup>53)</sup> Wenn der Kauf der Aktien erst nach der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Gewinnausschüttung erfolgt ist (also das Zurechnungssubjekt der Dividende bereits festgelegt ist), ist es unmaßgeblich, ob die Aktien sodann mit („cum“) oder ohne („ex“) Dividendenanspruch veräußert werden. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Erwerber

<sup>43)</sup> Siehe zB VwGH 26. 9. 2000, 98/13/0070 (zu Einkünften aus der Vermietung von Wohnungen).

<sup>44)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 38, unter Hinweis auf BFH 1. 2. 2022, I R 22/20, Rn 26 mwN. Das deutsche Recht behandelt allerdings – im Unterschied zum österreichischen – auch die Kompensationszahlung als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs 1 Nr 1 Satz 4 dEStG); zu dieser Divergenz im Hinblick auf Cum-/Ex-Geschäfte auch Zorn, RdW 2022, 567 (568).

<sup>45)</sup> Für einen Überblick zum Meinungsstand siehe zB Aigner/Kofler/Tumpel, Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf Privatstiftungen unter Vorbehalt des Fruchtgenusses, GES 2016, 282 (282 ff).

<sup>46)</sup> Siehe insbesondere EAS 381 vom 2. 2. 1994: „Nur dann, wenn eine Anteilsabtretung nach Zustandekommen eines Gewinnverteilungsbeschlusses erfolgt ist, wird die von diesem Gewinnverteilungsbeschluss betroffene Dividendenausschüttung noch dem Veräußerer zugerechnet (und dies selbst dann, wenn der Veräußerer die Gesellschaft anweist, die Dividende dem neuen Aktionär auszuzahlen [...]).“

<sup>47)</sup> VwGH 21. 11. 1995, 95/14/0035.

<sup>48)</sup> Zorn, RdW 1994, 290 (291 f).

<sup>49)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 35.

<sup>50)</sup> Siehe bereits oben Pkt II.

<sup>51)</sup> Zorn, RdW 2022, 567 (568); kritisch Achatz/Kirchmayr, taxlex 2022, 305 (305).

<sup>52)</sup> Info des BMF vom 15. 11. 2022, 2022-0.816.735; ebenso explizit zB Achatz/Kirchmayr, taxlex 2022, 305 (305).

<sup>53)</sup> Siehe auch Beiser, ÖStZ 2022, 489 (490).

schon mit Abschluss der schuldrechtlichen Kaufvereinbarung oder erst mit sachenrechtlicher Einlieferung der Aktien in das Depot wirtschaftliches Eigentum erworben hat. Beides ist für die Einkünftezurechnung „zu spät“. Ebenso wenig kommt es auf den Zufluss (und damit auf wirtschaftliches Eigentum am „Zahltag“) an. Ebenso ist es konsequenterweise irrelevant, dass die Auszahlung der Dividende über den Zentralverwahrer erfolgt ist oder ob es sich um die weitergeleitete „Originaldividende“ oder eine „regulierte Kompensationszahlung“ handelt.<sup>54)</sup>

Damit verblieb insbesondere noch der Einwand, die Nichterstattung der Kapitalertragsteuer sei diskriminierend und würde „gegen Art. 10 DBA Vereinigte Arabische Emirate verstoßen, weil Österreich durch diese Bestimmung verpflichtet sei, die einbehaltene Kapitalertragsteuer zu erstatten“. Der VwGH trat diesem Argument folgendermaßen entgegen:

<sup>54)</sup> *Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass die Zurechnung von Dividenden nach Maßgabe des wirtschaftlichen Eigentums bei Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Gewinnausschüttung nicht vom Wohnsitz oder von der Staatsangehörigkeit des Aktionärs abhängt. Das DBA mit den Vereinigten Arabischen Emiraten normiert in Art. 10 die Steuerbefreiung bestimmter Dividendenerträge. Aus dem DBA ergeben sich aber keine Regeln für die Zurechnung der Einkünfte.* <sup>55)</sup>

Dies entspricht auch der gängigen Ansicht, wonach sich die Zurechnung von Einkünften nach dem innerstaatlichen Recht richtet (und nicht dem Abkommensrecht);<sup>56)</sup> nach österreichischem Verständnis deckt sich diese innerstaatliche, nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgende Einkünftezurechnung auch mit dem abkommensrechtlichen Konzept der „Nutzungsberechtigung“ (Art 10 Abs 2 OECD-MA).<sup>57)</sup> Für eine abkommensautonome, vom nationalen Recht abweichende Zurechnungsentscheidung bleibt damit kein Platz.<sup>58)</sup> Auch die Lösung der älteren Verwaltungspraxis, wonach bei unvorhergesehenem Aktienübergang nach dem Ex-Tag unter gewissen Voraussetzungen dem Erwerber dennoch eine KEST-Entlastung gewährt werden könne, wenn eine korrespondierende Vorgehensweise zwischen den DBA-Partnerstaaten sichergestellt ist,<sup>59)</sup> scheint damit überholt. Allerdings setzt sich diese Perspektive wohl in ein Spannungsverhältnis zum OECD-Partnership-Report,<sup>60)</sup> der bei grenzüberschreitenden Zurechnungskonflikten – insbesondere hybriden Personengesellschaften – davon ausgeht, dass die Beurteilung des Empfängerstaates auch für den Quellenstaat bindend ist.<sup>61)</sup> Dem VwGH kam es demgegenüber im konkreten Fall offenkundig nicht darauf an, wen die Vereinigten Ara-

<sup>54)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 44 f.

<sup>55)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 48.

<sup>56)</sup> Zur Verknüpfung von innerstaatlicher Zurechnung der Dividende und Anwendung des abkommensrechtlichen Dividendenartikels siehe auch VwGH 10. 12. 1997, 93/13/0185 („treaty shopping I“); weiters zB BFH 29. 10. 1997, I R 35/96; 24. 3. 1999, I R 114/97. Für das Abstellen auf die österreichischen Zurechnungsgrundsätze als „Vorstufe“ für die Abkommensanwendung siehe zudem aus der Verwaltungspraxis zB EAS 381 vom 2. 2. 1994 (KEST-Rückerrstattung nach Anteilsabtretung unter Rückbehalt des Dividendenkupons); EAS 759 vom 21. 11. 1995 (zu einem Gewinnausschüttungsvorbehalt anlässlich der Veräußerung einer Beteiligung); EAS 2294 vom 10. 6. 2003 (zur Dividendenzurechnung im Fall des Vorbehaltstrichtgenusses); EAS 2470 vom 5. 7. 2004 (zur Liquidationsbesteuerung). Ebenso aus dem Schrifttum allgemein zB Kofler in IFA, Conflicts in the Attribution of Income to a Person, 85 (90 f mwN), und Rust in Reimer/Rust, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions<sup>5</sup> (2022) Art 1 Rz 30; speziell im Kontext von cum/ex Blum, ÖStZ 2015, 356 (364), sowie Beiser, ÖStZ 2022, 489 (490), jeweils mwN.

<sup>57)</sup> Siehe zB Jirousek, Austrian Branch Report, in IFA, Double Non-taxation, CDFI 89a (2004) 169 (172 ff); Kofler in IFA, Conflicts in the Attribution of Income to a Person, 85 (97 ff mwN) weiters zu diesem Einklang von nationaler und abkommensrechtlicher Zurechnung etwa EAS 1040 vom 24. 3. 1997, und EAS 2415 vom 13. 2. 2004 (zu Lizenzgebühren).

<sup>58)</sup> Zustimmend Achatz/Kirchmayr, taxlex 2022, 305 (305).

<sup>59)</sup> Siehe EAS 707 vom 1. 9. 1995, und EAS 2945 vom 22. 2. 2008; einschränkend bereits EAS 3345 vom 21. 11. 2014.

<sup>60)</sup> OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No 6 (1999).

<sup>61)</sup> Dazu ausführlich im Kontext von cum/ex bereits Blum, ÖStZ 2015, 356 (364 f); allgemein bereits Lang, Taxation of Income in the Hands of Different Taxpayers from the Viewpoint of Tax Treaty Law, BIT 2000, 596 (596 ff).

bischen Emirate als Zurechnungssubjekt der Dividende ansehen.<sup>62)</sup> Dies könnte etwa daran liegen, dass es entweder keine sachverhaltsmäßigen Anhaltspunkte für einen Zurechnungskonflikt gab, oder dass der VwGH die Perspektive des Ansässigkeitsstaates (zumindest) für die Frage der subjektiven Dividendenzurechnung für unbeachtlich hält, wenn nicht die abweichende Charakterisierung des Zurechnungsempfängers (zB als Personen- oder Kapitalgesellschaft, als individuelle Eheleute oder als Ehegattengemeinschaft<sup>63)</sup>), sondern eine zeitliche Komponente (wirtschaftliches Eigentum beim Gewinnverteilungsbeschluss) zur Rede steht.<sup>64)</sup>

#### IV. Zusammenfassende Würdigung

Mit seinem Erkenntnis vom 28. 6. 2022<sup>65)</sup> hat der VwGH die einkommensteuerliche Einkünftezurechnung klar von der börsentechnischen Abwicklung von Geschäften rund um den Dividendenstichtag „entkoppelt“: Steuerrechtlich kommt es ausschließlich auf das wirtschaftliche Eigentum zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses an, Folgeverfügungen – etwa der Verkauf des Wertpapiers mit („cum“) Dividendenanspruch – sind ebenso irrelevant wie der nach dem Ausschüttungsbeschluss liegende Zeitpunkt der Einlieferung des Wertpapiers in das Depot des Erwerbers (am Cum-Tag, am Ex-Tag oder am *record date*). Das BMF hat sich dieser Ansicht in einer neuen Information im November 2022<sup>66)</sup> angeschlossen und dabei die ursprünglich vertretene Auffassung,<sup>67)</sup> es komme auf den Depotstand des Erwerbers zum Cum-Tag<sup>68)</sup> an, aufgegeben. Maßgeblich ist das wirtschaftliche Eigentum zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses (Depotstand am Ende des Vortages der Hauptversammlung) dabei nicht nur für die KEst-Rückerstattung (§ 240a BAO), sondern auch für die Entlastung an der Quelle (zB nach § 94 Z 2 EStG oder aufgrund eines DBA).<sup>69)</sup> Diese einkommensteuerliche Einkünftezurechnung ist nach Ansicht des VwGH auch abkommensrechtlich relevant, ergeben sich doch aus dem DBA „keine Regeln für die Zurechnung der Einkünfte“.<sup>70)</sup> Damit scheint auch die ältere Verwaltungspraxis, die in Einzelfällen auf eine korrespondierende Behandlung im jeweiligen DBA-Partnerstaat abstellt,<sup>71)</sup> überholt. Unangesprochen blieb allerdings das mögliche Spannungsverhältnis zur OECD-Sichtweise, wonach bei Zurechnungskonflikten auf die Zurechnungsentscheidung des Empfänger- und nicht des Quellenstaates abzustellen sei.<sup>72)</sup>

Im Ergebnis fallen damit bei Geschäften rund um den Dividendenstichtag die Einkünftezurechnung und der faktische Dividendenbezug fast notwendigerweise auseinander. Erstattungs- bzw entlastungsberechtigtes Zurechnungssubjekt der Dividende ist, wer am Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses wirtschaftlicher Eigentümer ist (Depotstand am Vortag der Hauptversammlung<sup>73)</sup>), wohingegen die Dividende schuld- und sachengerichtet jenem zukommt, der das zugrunde liegende Wertpapier am *record date* im

<sup>62)</sup> Siehe dazu kritisch Lang, Aktuelle Rechtsprechung des VwGH zur Einkünftezurechnung im DBA-Recht, SWI 2022, 494 (497 f).

<sup>63)</sup> Dazu VwGH 28. 6. 2022, Ra 2020/13/0053.

<sup>64)</sup> Für eine Analyse der widersprüchlichen Judikatur des VwGH, die vielfach sehr wohl die Zurechnungsentscheidung im DBA-Partnerstaat ins Auge nimmt, siehe aber Lang, SWI 2022, 494 (494 ff).

<sup>65)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002.

<sup>66)</sup> Info des BMF vom 15. 11. 2022, 2022-0.816.735.

<sup>67)</sup> Info des BMF vom 18. 9. 2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014, und nachfolgend auch EAS 3345 vom 21. 11. 2014 (zum unvorhergesehenen Aktienübergang erst nach dem Ex-Tag).

<sup>68)</sup> Richtigerweise müsste wohl seit dem 16. 11. 2015 auf das „*record date*“ abgestellt werden; dazu Tumpel, SWK 26/2021, 1218 (1220).

<sup>69)</sup> Info des BMF vom 15. 11. 2022, 2022-0.816.735.

<sup>70)</sup> VwGH 28. 6. 2022, Ro 2022/13/0002, Rz 48.

<sup>71)</sup> Siehe EAS 707 vom 1. 9. 1995, und EAS 2945 vom 22. 2. 2008; einschränkend bereits EAS 3345 vom 21. 11. 2014.

<sup>72)</sup> Dazu Lang, SWI 2022, 494 (497 f).

<sup>73)</sup> In diesem Sinne konkretisierend auch die Info des BMF vom 15. 11. 2022, 2022-0.816.735.

Depot hat. Der Verkäufer *cum* Dividende hat die ihm steuerlich zuzurechnende Dividende wirtschaftlich durch den Kaufpreis abgegolten bekommen, der Käufer die im Cum-Preis mitbezahlte Dividende durch den nachfolgenden Zufluss der quellenbesteuerten Originaldividende im Wege des Zentralverwahrers. Dieses Auseinanderfallen ist eine konsequente Folge der Anwendung der einkommensteuerlichen Zurechnungsregeln, könnte aber zu erheblichen Problemen führen, da steuerrelevante Nachweise (zB „*tax vouchers*“) sich vielfach auf den Depotstand am *record date* beziehen und damit nicht mit der steuerlichen Zurechnung übereinstimmen. Das BMF hat daher in seiner Information vom November 2022 die Nachweispflichten konkretisiert:<sup>74)</sup> Der Rückerstattungswerber hat die Einlieferung der Aktien (Depotstand) spätestens am Ende des Vortages der Hauptversammlung anhand entsprechender Bankbestätigungen nachzuweisen, wobei aus den Unterlagen bei Kaufvorgängen sowohl das Datum des Vertragsabschlusses als auch das Datum der tatsächlichen Einlieferung erkennbar sein müssen. Für die Rückerstattungsberechtigung ist es dabei konsequenterweise unschädlich, wenn der Eingang der Dividende nicht nachgewiesen werden kann, weil die Aktien nach dem Tag der Hauptversammlung bereits veräußert wurden.

<sup>74)</sup> Siehe dazu und für weitere Details bei Rückerstattung und Quellenentlastung, die anwendbaren Verfahrensregeln und die mögliche Aufhebung und Neuerlassung bei früherer Rückerstattung der KESt auf Basis des Depotstands am Ende des „Cum-Tages“ die Info des BMF vom 15. 11. 2022, 2022-0.816.735.

## Rückblick in das Jahr 2016 (SWI 2016, 144)

Constitutionality of Treaty Overrides

Georg Kofler / Alexander Rust\*)

### Deutsches BVerfG zur Verfassungskonformität von „Treaty Overrides“

GERMAN CONSTITUTIONAL COURT ON THE CONSTITUTIONALITY OF TREATY OVERRIDES

The enactment of national legislation intended to nullify unilaterally the application of international treaty obligations is generally referred to as “*treaty override*”. However, specifically in Germany

#### Impressum

Periodisches Medienwerk: SWI – Steuer & Wirtschaft International – Tax And Business Review. Grundlegende Richtung: Beiträge zum internationalen Steuer- und Wirtschaftsrecht. Erscheint monatlich, Jahresabonnement (Print) 2023 EUR 358,00, (Print inkl. Online) 2023 EUR 412,00 jeweils inkl. MwSt. zzgl. Versandspesen. Auslandsversandspesen werden separat verrechnet. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das Abonnement automatisch zu den jeweils gültigen Konditionen auf ein Jahr weiter. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis jeweils spätestens 30. November schriftlich erfolgen. Nachdruck – auch auszugsweise – ist nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Verlages gestattet. Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Fachzeitschrift trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Verlages oder Autors ausgeschlossen ist. Für Publikationen in den Fachzeitschriften des Linde Verlags gelten die AGB für Autorinnen und Autoren (abrufbar unter <https://www.lindeverlag.at/agb>) sowie die Datenschutzerklärung (abrufbar unter <https://www.lindeverlag.at/datenschutz>).

Medieninhaber, Herausgeber, Medienunternehmen:  
LINDE VERLAG Ges.m.b.H., 1211 Wien, Scheydgasse 24, PF 351  
Telefon: +43 1 24 630 Serie, Telefax: +43 1 24 630-723 DW  
E-Mail: office@lindeverlag.at; [www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)  
DVR 0002356. Rechtsform der Gesellschaft: Ges.m.b.H., Sitz: Wien  
Firmenbuchnummer: 102235x  
ISSN: 1025-806X

Firmenbuchgericht:  
Gesellschafter:  
Geschäftsführer:  
Anzeigenverkauf und -beratung:

Handelsgericht Wien. ARA-Lizenz-Nr.: 3991  
Frau Anna Jentzsch (35 %) und  
Jentzsch Holding GmbH (65 %)  
Mag. Klaus Kormer; Benjamin Jentzsch  
Gabriele Hladik, Tel.: +43 1 24 630-719  
E-Mail: gabriele.hladik@lindeverlag.at  
Sonja Grobauer, Tel.: +43 664 78733376  
E-Mail: sonja.grobauer@lindeverlag.at

Herstellung  
**jentzsch**

Druckerei Hans Jentzsch & Co. GmbH  
1210 Wien, Scheydgasse 31, Tel.: 01/2784216-0; office@jentzsch.at - [www.jentzsch.at](http://www.jentzsch.at)