

VERRECHNUNGSSTEUERPRAXIS DER ESTV BEI DIVIDENDENERSATZZAHLUNGEN HINFÄLLIG

Aufgrund eines kürzlichen BGer-Urteils sind nun ESTV, Banken und der Gesetzgeber dringend gefordert*

Das Bundesgericht erkannte mit Urteil 2C_123/2016 vom 21. November 2017, dass die jahrzehntelange Praxis der Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) und der Bankenwelt zur Erhebung der Verrechnungssteuer auf Dividendenersatzzahlungen keine gesetzliche Grundlage hat. Die Folgen für die Praxis sind enorm. Für den Handel mit Schweizer Aktien stellt dieses Urteil leider einen «Kollateralschaden» dar.

1. SACHVERHALT

Dem Urteil vom 21. November 2017 (2C_123/2016) lag vereinfacht folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beschwerdeführerin, die in London ansässige A-Ltd., tätigte im Streitjahr 2007 Leerverkäufe mit Schweizer Titeln (Short-Verkäufe), indem sie kurz vor dem Dividendenstichtag Aktien verkaufte, die sie (noch) nicht besass. Die A-Ltd. erhielt von den Aktienkäufern den vollen Kaufpreis für die Aktien inklusive erwarteter Dividendenausschüttung (cum Dividende) sowie etwaiger Möglichkeit zur Verrechnungssteuererstattung. Für die Aktienkäufer war nicht erkennbar, dass die A-Ltd. «short» verkaufte. Kurz vor dem Erfüllungstermin, jedoch erst nach dem Dividendenstichtag, tätigte die A-Ltd. die notwendigen Deckungskäufe (ex Dividende).

Das automatisierte Börsenabwicklungssystem und eine CH-Bank als Verwahrstelle behandelten die Short-Verkäufe aufgrund der vereinbarten Börsen-Usancen wie Long-Verkäufe, also wie wenn die A-Ltd. die Aktien bereits am Verkaufstag besessen hätte (entsprechend dem Zirkular Nr. 6584 der Schweizerischen Bankiervereinigung [SBVg] vom 22. Mai 1990). Dementsprechend belastete die CH-Bank das Konto der A-Ltd. in Höhe der Nettodividende (65%) und überwies diese an die Short-Käufer (sog. «Manufactured Dividend»),

eine Entschädigungszahlung für die «entgangene» Dividende). Zusätzlich belastete die CH-Bank das Konto der A-Ltd. mit der auf «normale» Dividenden anfallenden Verrechnungssteuer in Höhe von 35% und überwies diese der ESTV (Deklaration mit Formular 102M «*Manufactured payments*» unter ihrem Namen). Den Leerkäufern wurden Verrechnungssteuerbescheinigungen ausgestellt, die keinen Hinweis auf den Short-Kauf bzw. die Dividendenersatzzahlung enthielten, sondern die tatsächliche Dividende der Schweizer Aktiengesellschaft und die Verrechnungssteuer hierauf auswiesen. Die Geschäftsabwicklung ist in der *Abbildung* dargestellt.

2. VORGESCHICHTE

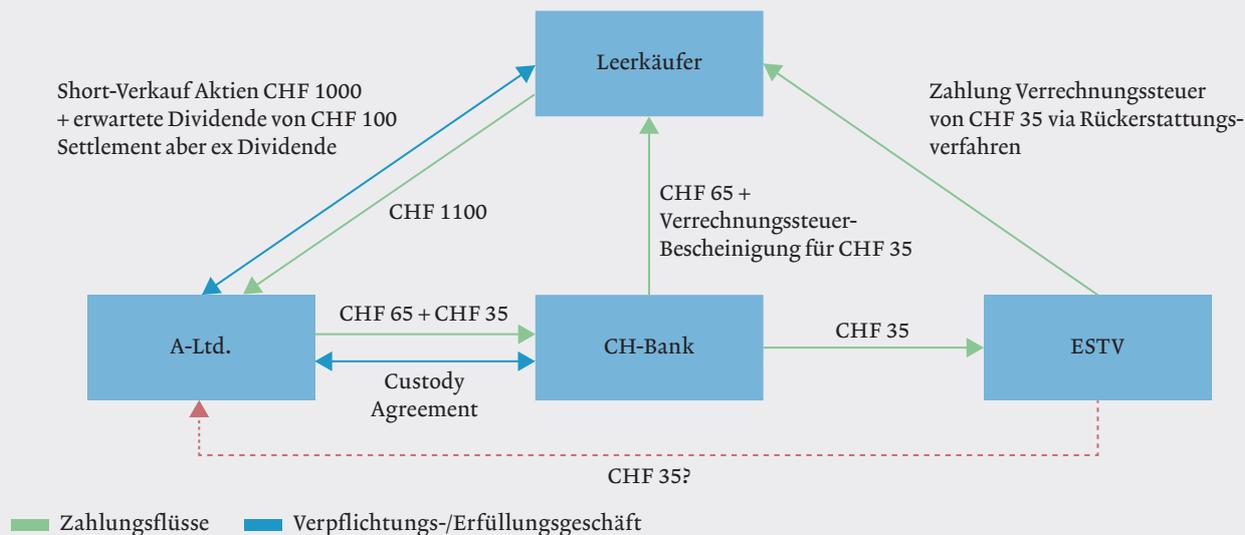
2.1 Zivilprozess. Zuvor hatte die A-Ltd. die CH-Bank bereits zivilrechtlich auf Rückvergütung des eingezogenen und an die ESTV abgeführten Verrechnungssteuerbetrags verklagt. Mit Urteil vom 23. August 2012 (HGo80050-O) entschied das Handelsgericht Zürich, dass die A-Ltd. keinen Anspruch auf Rückzahlung gegenüber der CH-Bank hat. Denn die CH-Bank hat im Einklang mit den Selbstregulierungsbestimmungen der Finanzmarktaufsicht (Finma) sowie dem Zirkular Nr. 6584 der SBVg gehandelt, welche (vereinfacht ausgedrückt) als Gebrauch des Geschäftsverkehrs der Banken Bestandteil des Vertrags zwischen der A-Ltd. und der CH-Bank wurden. Damit besteht kein vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung [1]. Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung wurde ebenfalls verneint, weil die CH-Bank nicht widerrechtlich gehandelt hatte, sondern gerade im Einklang mit den vertraglichen Vereinbarungen [2]. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung schied mangels Bereicherung der CH-Bank ebenfalls aus [3]. Schliesslich verneinte das Bundesverwaltungsgericht noch das Begehren der A-Ltd. auf Ausstellung einer Abzugsbescheinigung gemäss Art. 14 Abs. 2 des *Verrechnungssteuergesetzes* (VStG) [4].

Das Urteil des Handelsgerichts Zürich erwuchs in Rechtskraft und das Bundesgericht erachtete es als bindend.



SUSANNE LIEBEL-KOTZ,
RECHTSANWÄLTIN (D),
STEUERBERATERIN (D),
FACHANWÄLTIN
FÜR STEUERRECHT (D),
ASSOCIATE,
BAKER MCKENZIE,
ZÜRICH

Abbildung: **GESCHÄFTSABWICKLUNG**



2.2 Bundesverwaltungsgerichtsprozesse

2.2.1 Parteistellung der A-Ltd. Das Bundesverwaltungsgericht hatte zunächst über die Parteistellung der A-Ltd. gegenüber der ESTV zu entscheiden (Urteil vom 9. August 2010, A-561/2009), denn die ESTV vertrat die Auffassung, durch die Zahlung der CH-Bank an die ESTV sei keine Rechtsbeziehung zwischen der A-Ltd. und der ESTV entstanden. Die ESTV argumentierte, bei dieser Zahlung handle es sich nur um einen vorweggenommenen Ersatz dafür, dass die ESTV den Handel mit schweizerischen Aktien über «Short»-Positionen zulasse, «ohne dagegen steuerlich zu intervenieren». Dieser Argumentation folgte das Bundesverwaltungsgericht nicht und bejahte die Parteistellung der A-Ltd.

Dies führte dazu, dass das Bundesverwaltungsgericht den Fall ein zweites Mal vorgelegt bekam, um über die materiellen Rechtsfragen zu entscheiden (Urteil vom 17. Dezember 2015, A-5361/2013).

2.2.2 Position der ESTV. Die ESTV vertrat sodann die Position, dass die Belastung durch die CH-Bank zu Recht erfolgt sei und untersagte der CH-Bank, der A-Ltd. eine Verrechnungssteuerbescheinigung auszustellen. Dies begründete die ESTV damit, dass aufgrund der zivilrechtlichen Ausgangslage zwischen den Parteien die Ersatzzahlungen als Erträge aus beweglichem Kapitalvermögen zu behandeln seien, insbesondere sei die A-Ltd. gegenüber den Leerkäufern auch so aufgetreten, als ob sie echte Aktien verkaufen würde. Daher würden die Erträge aus den streitbetreffenden Leerverkäufen unter den Begriff des beweglichen Kapitalvermögens nach Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG fallen. Die CH-Bank hätte, wenn sie die Ersatzzahlung in Höhe von 35% der «regulären» Dividende nicht an die ESTV abgeliefert hätte, zum Vorteil eines anderen eine unrechtmässige Rückerstattung der Verrechnungssteuer oder zumindest einen unrechtmässigen Steuervorteil gemäss Art. 61 lit. c. VStG bewirkt. Im Übrigen stehe das Verhalten der A-Ltd. im Widerspruch zu Treu und Glauben und sei rechtsmissbräuchlich, da sie mittels Leer-

verkäufen Aktien zum vollen Preis verkauft habe, also «cum Dividende» und inklusive potentiellen Anspruchs auf Rückerstattung der darauf entfallenden Verrechnungssteuer, und gegenüber den Leerkäufern den Anschein erweckte, sie verkaufe ihnen eine «Originalaktie».

2.2.3 Position der A-Ltd. Die A-Ltd. hingegen vertrat die Auffassung, dass die ESTV ihr den einbehaltenen Betrag zu erstatten habe. Eventualiter sei die CH-Bank anzuweisen, der A-Ltd. eine Bescheinigung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 VStG auszustellen, die die notwendigen Angaben zur Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs enthalte. Subeventualiter sei die ESTV anzuweisen, der A-Ltd. die Differenz zwischen dem streitigen Betrag und demjenigen Betrag zu überweisen, den sie aufgrund der von der A-Ltd. getätigten Transaktionen Leerkäufern im Rahmen des Rückerstattungsverfahrens vergütet habe. Ihre Anträge begründete die A-Ltd. allesamt damit, dass die ESTV das steuerrechtliche Legalitätsprinzip (Art. 127 Bundesverfassung [BV]) verletze, da der Verkauf einer Aktie als Kapitalgewinn qualifiziert, welcher jedoch nicht von Art. 4 VStG erfasst werde und damit nicht der Verrechnungssteuer unterfallen könne. Ebenso wenig seien Art. 14 VStG, Gewohnheitsrecht oder Zirkulare der SBVg oder gar Normen des Strafrechts eine gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Steuern.

2.2.4 Position der CH-Bank. Die CH-Bank konnte als Verfahrensbeteiligte ebenfalls ihre Auffassung zu Gehör bringen und argumentierte unter anderem, dass sie sich rechtmässig verhalten habe (vgl. auch das Urteil des Handelsgerichts Zürich). Zudem vertrat sie die Auffassung, dass die Geschäfte der A-Ltd. auf einen Profit zulasten des Bundes gezielt hätten und eine Gutheissung der Beschwerde auf das nicht haltbare Ergebnis hinauslaufen würde, dass die A-Ltd. einen Gewinn zulasten des Steuerzahlers zugesprochen bekomme. Entgegen der Auffassung der A-Ltd. liessen sich die Leistungen eines Leerverkäufers unter den Begriff «sonstige Er-

träge» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG subsumieren, sodass die Ablieferung des streitigen Betrags an die ESTV zu Recht erfolgt sei.

2.2.5 Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde der A-Ltd. vollumfänglich ab. Dabei zeichnete es dem Bundesgericht den Lösungsweg fast lehrbuchmässig vor. Hervorzuheben ist insbesondere, dass das Bundesverwaltungsgericht der Praxis der ESTV sowie der Bankiersvereinigung bereits den rechtlichen Boden entzog:

→ Zunächst verwarf das Bundesverwaltungsgericht in aller Deutlichkeit das Argument, dass die Erhebung der Verrechnungssteuer auf Gewohnheitsrecht gestützt werden könnte [5]. Aufgrund des strikt geltenden Legalitätsprinzips dürfen durch Gewohnheitsrecht keine neuen Steuern oder andere steuerrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden. Das Zirkular Nr. 6584 der SBVg stellt einzig eine «verbandsinterne Orientierung» dar bezüglich einer von der ESTV akzeptierten Vorgehensweise (die Regeln des Zirkulars wurden in Zusammenarbeit mit der ESTV entwickelt, vgl. zudem auch das Formular 102M). → Weiter hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die verfassungskonforme Auslegung ihre Schranke – selbst bei festgestellter Verfassungswidrigkeit – im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung findet (Art. 190 BV) [6]. Der Gegenstand der Verrechnungssteuer ist in Art. 4 VStG definiert. Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 VStG umfasst jedoch nicht künstlich geschaffene Dividendenersatzzahlungen wie die streitigen Manufactured Dividends. Denn Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG setzt das tatsächliche Bestehen eines gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnisses voraus, sodass die Erträge aus diesem Verhältnis letzten Endes auf einer Entreichung der leistenden Gesellschaft beruhen [7]. Im Fall von Manufactured Dividends sind die betroffenen Schweizer Gesellschaften jedoch gerade nicht entreichert, da sie an der Schaffung und Auszahlung der künstlich kreierten Dividendenersatzzahlung nicht beteiligt sind.

3. URTEIL DES BUNDESGERICHTS

3.1 Die Aussagen des Bundesgerichtsurteils in Kürze.

Das Bundesgericht folgte zwar zu einem grossen Teil der verrechnungssteuerlichen Argumentation der A-Ltd., nämlich dass gar keine Verrechnungssteuer geschuldet sei, und nicht der Argumentation der ESTV. Demnach muss die ESTV die an sie abgeführte «Verrechnungssteuer» nicht an die A-Ltd. erstatten.

Das Bundesgericht folgte vielmehr der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, welches in seinem Urteil die Abläufe der einzelnen Transaktionselemente sowie ihre rechtliche Einordnung bereits geradezu beispielhaft darstellte. Zunächst definierte das Bundesgericht die zulasten der A-Ltd. erfolgte Zahlung an die Leerkäufer, um die Rechtsnatur der an die ESTV abgeführten Zahlung bestimmen zu können. Es kommt zu dem Ergebnis, dass diese Zahlung kein Verrechnungssteuerobjekt ist. Sodann prüft das Bundesgericht die Erstattungs berechtigung der A-Ltd. gestützt auf Art. 12 Abs. 2 VStV (Erstattung einer Nichtschuld),

die es letzten Endes jedoch verneint. Abschliessend lehnt das Bundesgericht auch einen Anspruch der A-Ltd. aus un gerechtfertigter Bereicherung ab.

3.2 Zahlung in Höhe der Nettodividende durch A-Ltd. an Leerkäufer stellt keine Dividende im Sinne des Art. 4 VStG dar.

Die von der A-Ltd. getätigten Leerverkäufe wurden im Börsenabwicklungssystem und im System der CH-Bank so behandelt, wie wenn die A-Ltd. gedeckte Verkäufe getätigt hätte, d. h. die Short-Käufer wurden wirtschaftlich so gestellt, als hätten sie die Aktien am Tag des Vertragsschlusses erworben (cum Dividende). Dementsprechend belastete die CH-Bank das Konto der A-Ltd. zum einen in Höhe der Nettodividende (Weiterleitung der vermeintlich durch die A-Ltd. erhaltenen Nettodividende an die Leerkäufer) sowie in Höhe des darauf anfallenden Verrechnungssteuerbetrags (inklusive Deklaration und Abführung an die ESTV entsprechend Zirkular Nr. 6584 SBVg).

Anders als bei Long-Verkäufen besass die A-Ltd. jedoch weder am Verkaufstag noch am Dividendenstichtag die zugrunde liegenden Aktien (bzw. Ansprüche hierauf). Damit war sie nicht Inhaberin gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsrechte, und ihr wurden am Dividendenstichtag keine Nettodividenden zugeteilt (die sie anschliessend hätte weiterleiten können). Vielmehr erwarb sie die Aktien nach dem Dividendenstichtag und damit «ex coupon».

Daran ändert sich auch nichts durch die Tatsache, dass Long- und Short-Verkäufe im Abwicklungssystem gleich behandelt werden, denn sowohl zivilrechtlich als auch wirtschaftlich sind die Verkäufe nach Auffassung des Bundesgerichts nicht vergleichbar [8]. Die Beziehungen zwischen der A-Ltd., der CH-Bank sowie den Leerkäufern sind rein vertraglicher Natur und beinhalten keine gesellschafts- oder beteiligungsrechtlichen Komponenten, welche für eine Dividende kennzeichnend sind [9].

Damit konnte die A-Ltd. den Leerkäufern auch keine Nutzungsberechtigung an Dividenden übertragen, obwohl sie zivilrechtlich die Zahlung eines Beteiligungsertrags versprochen hat [10]. Stattdessen hat die A-Ltd. den Leerkäufern nach Auffassung des Bundesgerichts eine Art Schadenersatz geleistet und dadurch den Käufern eine «künstlich geschaffene Nettodividende» zukommen lassen. Aufgrund der Abwicklung als «echte Dividende» (inklusive Ausstellung einer Dividenden- und Verrechnungssteuerbescheinigung) hat die A-Ltd. nach Auffassung des Bundesgerichts den Leerkäufern zudem einen «künstlich geschaffenen Rückerstattungsanspruch» vermittelt [11].

Diese Schadenersatzzahlung oder auch Manufactured Dividend stellt nach Auffassung des Bundesgerichts selbst bei einer weiten Auslegung des Begriffs «bewegliches Kapitalvermögen» keinen sonstigen Ertrag im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG dar: Bei Leerverkäufen sind keine Erträge aus beweglichem Kapitalvermögen erkennbar [12]. Das Bundesverwaltungsgericht führt in diesem Zusammenhang noch konkreter aus, dass der Umstand, dass die A-Ltd. ihre vertraglichen Verpflichtungen nur durch Zuhilfenahme der durch das Abwicklungssystem überschüssig ausgestellten Dividendenbescheinigungen erfüllen konnte, keine

Verrechnungssteuerpflicht begründet [13]. Der Umkehrschluss der ESTV, dass die Gefahr einer übermässigen Rückerstattung mit einer zusätzlichen Steuererhebung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG «ausgeglichen» werden müsse, mithin ein neues Steuerobjekt entstehe, findet keine Stütze im VStG.

Daran vermag – entgegen dem Vorbringen der ESTV – auch die Sicherungsfunktion der Verrechnungssteuer nichts zu ändern [14]. Zwar bezweckt die Verrechnungssteuer auch, Steuerhinterziehung zu bekämpfen (und insbesondere in grenzüberschreitenden Sachverhalten wie dem vorliegenden). Diese Zwecksetzung vermag nach Auffassung des Bundesgerichts jedoch nicht den Wortlaut des Art. 4 VStG zu überschreiten bzw. eine ergänzende Rechtsgrundlage zu schaffen. Teleologische Überlegungen können keine Steuerpflicht begründen [15]. Das Bundesverwaltungsgericht fügt in diesem Zusammenhang noch hinzu, dass keine echte Lücke im Gesetz ersichtlich sei: Probleme bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer können nicht mit der Erhebung von zusätzlichen Abgaben «ausgeglichen» werden [16].

Darüber hilft auch nicht hinweg, dass Schadenersatzzahlungen ertragsteuerlich grundsätzlich steuerbar sind (Art. 57, 58 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG]) [17].

Am allerwenigsten hilft die Tatsache, dass die Abwicklung von Leerverkäufen parallel zu gedeckten Verkäufen stattfand wie vom Zirkular Nr. 6584 SBVg vorgesehen und von der ESTV jahrelang gehandhabt. Rundschreiben von privatwirtschaftlichen Vereinigungen können keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Steuerpflicht darstellen und können auch nicht durch jahrelange Praxis der Steuerbehörden zu Gewohnheitsrecht werden (Legalitätsprinzip in der Eingriffsverwaltung) [18].

Somit mangelt es bereits an einem Steuerobjekt im Sinne des Art. 4 Abs. 1 VStG: Die Zahlung in Höhe der Nettodividende an die Leerkäufer stellt keine Dividende, sondern vielmehr eine Schadenersatzzahlung dar, die sog. Manufactured Dividend.

Folglich ist die A-Ltd. auch nicht steuerpflichtig im Sinne von Art. 10 Abs. 1 VStG. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wurde noch kurz diskutiert, ob die A-Ltd. aufgrund ihres Kontos in der Schweiz bei der CH-Bank als Inländerin im Sinne des Art. 9 Abs. 1 VStG und damit als Verrechnungssteuersubjekt qualifizieren könnte [19]. Dies wurde jedoch vom Bundesverwaltungsgericht zurecht als die Wortlautgrenze sprengende Auslegung der Vorschrift verworfen.

3.3 Keine Rückvergütung des an die ESTV abgeführten Betrags in Höhe der Verrechnungssteuer auf die ursprünglichen Dividenden an die A-Ltd. aufgrund von Art. 12 Abs. 2 VStV. Da die Schadenersatzzahlung der A-Ltd. an die Leerkäufer kein Steuerobjekt im Sinne des Art. 4 VStG darstellt, qualifiziert der durch die CH-Bank an die ESTV abgeführte Betrag in Höhe von 35% der Bruttodividende nicht als Verrechnungssteuerbetrag. Es handelt sich somit um eine Nichtsteuer, die auf die Leerkäufer überwältzt wurde (vgl. Art. 14 Abs. 1 VStG). Die Rückvergütung richtet sich folglich nach Art. 12 Abs. 2 VStV [20]. Hiernach wird die Rückver-

gütung nur gewährt, wenn feststeht, dass der von der Überwälzung Betroffene die Rückerstattung nicht im ordentlichen Rückerstattungsverfahren (z. B. nach Art. 21 ff. VStG) erlangt hat und dass er in den Genuss der Rückerstattung gemäss Art. 12 Abs. 1 VStV gebracht wird – oder einfach ausgedrückt: Erstattungsberechtigt ist, wer die Nichtschuld bezahlt hat [21].

Im Streitfall wurde – wie oben dargestellt – eine Nichtschuld bezahlt. Diese wurde auf die Leerkäufer überwältzt, da die A-Ltd. ihnen lediglich den Betrag der Nettodividende überwies. Nach Auffassung des Bundesgerichts hätte die A-Ltd. den Leerkäufern jedoch statt der Zahlung in Höhe der Nettodividende sowie einer Steuerbescheinigung eine Zahlung in Höhe der Bruttodividende und keine Steuerbescheinigung leisten müssen [22].

So gingen die Käufer davon aus, Nettodividenden erhalten zu haben. Weder für sie noch für die ESTV war aufgrund der Besonderheiten im Abwicklungssystem erkennbar, dass die Käufer gar keine Dividenden, sondern eine Schadenersatzzahlung erhalten haben. Insbesondere ging dies nicht aus den Verrechnungssteuerbescheinigungen hervor. Damit hätten die Leerkäufer die Rückerstattung der einbehaltenen «Verrechnungssteuer» eigentlich nicht verlangen können – was jedoch in der Realität dennoch grösstenteils erfolgt sein dürfte, da die Leerkäufer eine entsprechende Verrechnungssteuerbescheinigung erhielten und die ESTV nicht erkennen konnte, dass sie die Erstattung für eine Nicht-Dividende und damit eine nicht geschuldete Steuer beantragen [23].

Mit anderen Worten ausgedrückt: Die A-Ltd. übertrug den Leerkäufern damit faktisch künstlich geschaffene Nettodividenden (Manufactured Dividends) mit dazugehörigen ebenfalls künstlich geschaffenen Rückerstattungsansprüchen. Diesen Ansprüchen lagen jedoch nie die entsprechenden Beteiligungsrechte zugrunde. Dadurch konnte die A-Ltd. aber ihren vertraglichen Pflichten aus Sicht der Käufer ordnungsgemäss nachkommen, da die Käufer ihren «Rückerstattungsanteil» bei der ESTV geltend machen konnten (ohne zu wissen, dass ihren Rückforderungen gar keine tatsächlich abgelieferte Verrechnungssteuer zugrunde lag und sie im Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts auch kein Nutzungsrecht erworben hatten bzw. hatten erwerben können). Für die ESTV war es aufgrund der identischen Bescheinigungen nicht möglich zu unterscheiden, ob eine «normale» oder eine «künstliche» Dividende Grundlage für den Antrag auf Rückerstattung war [24].

Die A-Ltd. bediente sich somit dieses Abwicklungssystems, anstatt – wie aus vertraglicher Sicht notwendig – den Käufern Schadenersatz in der Höhe des (rückforderbaren) Teils der Verrechnungssteuer zu leisten [25]. Denn die A-Ltd. und ihre Berater kannten den Schadenersatzcharakter ihrer Ersatzzahlung und wussten, dass das Abwicklungssystem dazu führt, dass die Leerkäufer und die ESTV von «echten» Dividenden ausgehen würden. Absichtlich hat die A-Ltd. ihre vertraglichen Verpflichtungen in einer Weise erfüllt, wie wenn es sich tatsächlich um die Weiterleitung einer verrechnungssteuerpflichtigen Dividende gehandelt hätte – obwohl sie positiv wusste, dass dem nicht so ist. Sie nutzte

demnach das Abwicklungssystem, das nicht zwischen Long- und Short-Verkäufen unterscheidet, um ihre Ersatzzahlungen auf die Höhe der Nettodividende zu reduzieren. Dadurch versuchte die A-Ltd., ihren Aufwand faktisch um die nicht geschuldete Verrechnungssteuer auf die Dividendenersatzzahlung zu vermindern [26]. Denn die Leerkäufer bezahlten ihr als Kaufpreis den Betrag für die Aktien cum (Brutto-)Dividende.

Nicht weiter einzugehen brauchte das Bundesgericht schliesslich auf die Frage, ob die Forderung der A-Ltd. nach Rückvergütung der Verrechnungssteuer-Nichtschuld angesichts dieser Konstellation nicht sogar rechtsmissbräuchlich sei [27].

3.4 Keine Rückvergütung des an die ESTV abgeführten Betrags in Höhe der Verrechnungssteuer auf die ursprünglichen Dividenden an die A-Ltd. aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung. Das Bundesgericht liess offen, ob neben der *lex specialis* des Art. 12 Abs. 2 VStV überhaupt noch Raum für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bestehen könnte, da die Tatbestandsvoraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung ohnehin nicht vorlagen. Die unmittelbare Bereicherung setzt unter anderem voraus, dass der Schuldner eine Bereicherung zumindest mittelbar auf Kosten des (behaupteten) Bereicherungsgläubigers erlangt hat. Die Beweislast liegt beim (behaupteten) Bereicherungsgläubiger [28].

Im Streitfall lag zwar zunächst eine Bereicherung der ESTV vor, weil eine Verrechnungssteuer ohne Rechtsgrundlage bezahlt wurde (durch die CH-Bank an die ESTV). Allerdings erfolgte diese Bereicherung nicht auf Kosten der A-Ltd., sondern auf Kosten der Leerkäufer. Denn die A-Ltd. hat den Leerkäufern lediglich eine Ersatzzahlung in Höhe von 65% der Bruttodividende zukommen lassen und nicht – wie vertraglich geschuldet – in Höhe von 100%. Denn die Leerkäufer haben der A-Ltd. den vollen Kaufpreis für die Aktien inklusive erwarteter Dividendenausschüttung (cum Dividende sowie etwaiger Möglichkeit zur Verrechnungssteuererstattung) bezahlt. Dadurch ist die A-Ltd. so gestellt worden, als ob sie ihren Vertrag korrekt erfüllt hätte. Dementsprechend ist sie nicht entreichert [29].

Anders würde sich die Situation nur präsentieren, wenn die A-Ltd. eine allfällige Rückerstattung den Leerkäufern übertragen würde. Diese Absicht hat die A-Ltd. jedoch nicht belegt [30].

Das Bundesgericht folgt auch hier dem Bundesverwaltungsgericht und stellt in den Raum, dass die A-Ltd. sich des Abwicklungssystems bediente, um ihre Leistungspflicht zu vermindern bzw. in Kauf nahm, dass die ESTV für die verbleibenden 35% aufzukommen habe. Nichtsdestotrotz liess das Bundesgericht die Frage offen, ob die A-Ltd. mit ihrer Forderung nach Rückvergütung nicht sogar rechtsmissbräuchlich handelte (diese Frage musste angesichts der obigen Erwägungen nicht mehr entschieden werden). Mit anderen Worten steht also im Raum, dass die A-Ltd. durch ihr prozessuales Vorgehen versuchte, einen ungerechtfertigten Profit in Höhe von 35% der «regulären» Dividende zulasten des Bundes zu erzielen.

4. BEDEUTUNG DES URTEILS

4.1 Hintergrund und bisherige Praxis der ESTV sowie der Schweizer Banken

4.1.1 Potenzielle Gefährdungen des Verrechnungssteuersystems. Hintergrund des Urteils ist das nicht auf einer gesetzlichen Grundlage basierende Vorgehen sowohl der ESTV als auch der SBVg in den letzten Jahrzehnten, die damit praktische Schwierigkeiten der Verrechnungssteuererhebung verhindern wollten.

An den Finanzmärkten kommt es immer wieder zu Situationen, welche die praktische Funktionstüchtigkeit des Verrechnungssteuersystems gefährden können. So gehen beispielsweise bei Short-Verkäufen über den Dividendenstichtag die mit den Aktien verbundenen Rechte und Pflichten – insbesondere das Dividendenrecht – aufgrund der Bankensanzen bereits mit dem Vertragsabschluss auf den Käufer über. Dieser hat somit zivilrechtlich – trotz des Short-Kaufs – Anspruch auf die Dividende. Weil eine «echte» Dividende nur von der tatsächlich ausschüttenden Gesellschaft selber ausbezahlt werden kann, spricht man bei der Zahlung des Short-Verkäufers an den Käufer von einer *Manufactured Dividend* (einer künstlichen Dividende). Auch diesem Käufer wird für diese Zahlung bescheinigt, dass sie mit Verrechnungssteuer belastet ist – obwohl die Verrechnungssteuer tatsächlich nur einmal entrichtet wurde.

4.1.2 Systematik des Verrechnungssteuergesetzes. Aus steuersystematischer Sicht ist es undenkbar, dass es (gesetzeskonforme) Konstellationen geben darf, in welchen es mehr potenzielle rückerstattungsberechtigte Leistungsempfänger bzw. Rückerstattungsbeträge gibt, als der ESTV im Rahmen der Steuererhebung vom Steuerpflichtigen tatsächlich Verrechnungssteuern abgeliefert wurden: Nur, was in einem ersten Schritt erhoben wird, darf später (teilweise) rückerstattet werden.

Auf den ersten Schritt, die Steuererhebung gemäss Art. 4 ff. VStG, haben die ESTV und die kantonalen Steuerbehörden praktisch keinen Einfluss. Die Steuererhebung liegt allein in der Hand des Steuerschuldners bzw. der von ihm mit den entsprechenden Pflichten betrauten Personen (wie beispielsweise die als Zahlstelle fungierenden Banken).

Letzten Endes haben die ESTV bzw. die zuständigen kantonalen Behörden (nur) die Möglichkeit, in einem zweiten Schritt im Rahmen des Rückerstattungsverfahrens gemäss Art. 21 ff. VStG auf die sich stellenden Probleme zu reagieren. Wenn nun den Behörden bekannt ist, dass überzählige Dividendenbescheinigungen im Umlauf sind, wobei nicht ersichtlich ist, für welche tatsächlich Verrechnungssteuer geleistet wurde, würden sämtliche Bescheinigungen zwangsläufig ihre Beweisfunktion verlieren – damit wären Verrechnungssteuererstattungen in der Praxis kaum mehr durchführbar. Das würde zu erheblichen weiteren praktischen Auswirkungen führen, im Ergebnis würde der Handel mit Schweizer Aktien erheblich beeinträchtigt werden [31].

4.1.3 Bisherige Praxis der ESTV und SBVg. Mit dem Zirkular Nr. 6584 der SBVg vom 22. Mai 1990 und der darin vereinbarten Abwicklung von Short-Käufen analog den Long-Käufen haben sich die Mitglieder der SBVg in Zusammenarbeit mit

der ESTV auf ein Vorgehen geeinigt, welches verhindern sollte, dass der Beweiswert eines Teils der Dividendenabrechnungen verloren gehen könnte. Um zu vermeiden, dass es zu einer doppelten Rückerstattung der nur einmal entrichteten Verrechnungssteuer durch den Long- und den Short-Käufer kommt (beide verfügen über eine Bescheinigung, dass ihre «Dividende» mit der Verrechnungssteuer belastet ist), wurde vorgesehen, dass auch auf den Manufactured Dividends eine Ersatzabgabe in der Höhe von 35% der «regulären» Dividende an die ESTV abzuführen ist.

Für Aktienkäufer ist es bei dieser Vorgehensweise ohne Relevanz, ob der Verkäufer im Dividendenzeitpunkt bereits über die Aktien verfügt (Long-Kauf) oder sie erst danach erwirbt (Short-Kauf). Sie erhalten in beiden Fällen eine Dividendenbescheinigung und können so die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen (natürlich unter Inkaufnahme allfälliger direktsteuerlicher Konsequenzen). Dem Staat entsteht kein finanzieller Schaden. Damit können die Marktteilnehmer auch die ihnen von den Dividenden ausschüttenden Gesellschaften übertragenen Aufgaben (Ausstellen der Bescheinigungen und Abwicklung der Dividendenzahlungen) problemlos unter Nutzung des bisherigen Abwicklungssystems erfüllen [32].

Aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Grundlage für dieses Vorgehen hat die ESTV zwar keine Möglichkeit, die so «kreierte» Verrechnungssteuer von den Marktteilnehmern mittels hoheitlicher Anordnung einzufordern [33]. Solange die Marktteilnehmer sich jedoch an diese Vorgehensweise halten, besteht für die ESTV kein Anlass, deren Vorgehen zu unterbinden. Dementsprechend ist die ESTV dieser Vorgehensweise nicht entgegengetreten, sondern hat sie vielmehr aktiv gefördert – es besteht insoweit ein «Gentlemen's Agreement» [34] zwischen der ESTV und der SBVg. Diese Förderung bestand unter anderem in der Zurverfügungstellung des Formulars 102M («Manufactured payments») für die Meldung und Abführung der «Verrechnungssteuerbeträge» auf Manufactured Dividends sowie in den Anweisungen im Kreisschreiben Nr. 21 vom 1. April 2008 («Belege für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei Ertragsgutschriften inländischer Banken»), welches das Zirkular Nr. 6584 SBVg in der Praxis ersetzte. Hierin stellte die ESTV selbst explizit fest, dass beim Zusammentreffen von Short-Verkäufen mit Transaktionen über den Dividendenstichtag (cum/ex) das Risiko bestünde, dass Bescheinigungen über mehr Verrechnungssteuer in den Umlauf gelangen könnten, als effektiv von der Dividenden ausschüttenden Gesellschaft abgeliefert worden sind [35]. Dementsprechend sieht die ESTV in diesem Schreiben für Manufactured Dividends «zusätzliche Massnahmen» vor, die sie nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützt (und auch nicht stützen kann) [36]:

→ *Short-Positionen bei inländischen Banken oder Depotstellen:* Wird durch eine Schweizer Bank oder inländische Depotstelle infolge eines Short-Verkaufs (eigene oder Kunden-Verkäufe) eine Manufactured Dividend ins System eingeführt, besteht für die Bank oder Depotstelle die Verpflichtung, diese nicht von der ausschüttenden Gesellschaft stammende Manufactured Dividend zu 100% zu belasten, in einem der Verrechnungssteuer gleich kommenden Umfang von 35% zu

kürzen und den entsprechenden Betrag an die ESTV abzuliefern. Dies entspricht der im Zirkular Nr. 6584 SBVg vorgesehenen Vorgehensweise und dem Urteilsfall. → *Short-Positionen bei ausländischen Banken oder Depotstellen:* Da durch die ESTV nicht bewirkt werden kann, dass ausländische Stellen auf Manufactured Dividends einen der Verrechnungssteuer entsprechenden Abzug vornehmen, wird zur Vermeidung ungerechtfertigter Steuerrückforderungen das Tax-Voucher-System eingeführt.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die ESTV es durch diese Praxis – in Zusammenarbeit mit der SBVg – geschafft hat, die in anderen Ländern vielfach vorzufindende Problematik der doppelten oder gar mehrfachen Erstattung der lokalen Verrechnungssteuer bei cum/ex-Geschäften weitgehend zu vermeiden (vgl. zum Beispiel die pressebekannten Fälle in Deutschland oder den Niederlanden). Die übereinstimmende Praxis von ESTV und SBVg hat dem Bund so wohl Millionen, wenn nicht gar Milliarden an unrechtmässigen Verrechnungssteuer-Erstattungen erspart. Allerdings basierte dieses Vorgehen nicht auf einer gesetzlichen Basis.

4.2 Fazit und Ausblick. Der Vorgehensweise der ESTV sowie der Bankenpraxis ist nun höchstrichterlich eine klare Absage erteilt worden. Manufactured Dividends sind kein Objekt der Verrechnungssteuer, Verrechnungssteuer darf deshalb auf Dividendenersatzzahlungen nicht erhoben werden. Das Urteil hat damit eine seit Jahren praktizierte und allgemein akzeptierte Verfahrensweise aus den Angeln gehoben. Keinem der Verfahrensbeteiligten ist mit dem Urteil wirklich geholfen, stattdessen bewirkt es einen «Kollateralschaden» für den Bund sowie die Praxis der ESTV und der Bankenwelt.

Entscheidend wird nun sein, wie die Praxis und der Gesetzgeber auf dieses Urteil reagieren.

Es dürfte klar sein, dass Short-Käufer gegenüber ihren Verkäufern bzw. – je nach vertraglicher Gestaltung – den abwickelnden Banken und Depotstellen oftmals einen Anspruch auf Ersatz des an sie nicht ausbezahlten «Verrechnungssteuerbetrags» haben (also die Differenz zur Bruttodividende). Ob und wie diese Ansprüche durchgesetzt werden können, erscheint fraglich – das aktuelle Abwicklungssystem lässt Short-Käufer gerade nicht erkennen, dass sie eine Ersatzzahlung statt einer regulären Dividende bekommen haben.

Konsequenterweise müssen nun die Banken und Depotstellen, die Schweizer Aktien verwalten, ihr Abwicklungssystem mit sofortiger Wirkung ändern, sodass im Falle von Short-Transaktionen über den Dividendenstichtag keine zweite (oder gar dritte oder vierte) Dividendenbescheinigung für die Dividendenersatzzahlung ausgestellt wird. Aufgrund der jahrelangen Praxis erscheint es fraglich, ob dies zeitnah möglich ist.

Zudem sind aufseiten der ESTV die flankierenden Massnahmen bei Manufactured Dividends des Kreisschreibens 21 sowie das Formular 102M mit sofortiger Wirkung hinfällig, da sie eine vom Bundesgericht nicht anerkannte Praxis darstellen. Hiervon erfasst sind auch die verrechnungssteuer-

lichen Anweisungen der ESTV im Kreisschreiben Nr. 13 vom 1. Januar 2018 bezüglich Ausgleichszahlungen bei Securities-Lending- und Repo-Geschäften – auch hier ist keine gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Verrechnungssteuer ersichtlich. Nichtsdestotrotz haben die ESTV und die SBVg mit SBVg Zirkular Nr. 7953 vom 6. März 2018 bereits verlautbart, dass dieses Kreisschreiben zumindest für die jetzt anstehenden Dividendenausschüttungen von börsenkotierten Schweizer Gesellschaften weiterhin gültig sein soll.

De lege lata müssen im Fall von Short-Transaktionen dem Short-Verkäufer 100% der Bruttodividende als Ersatzzahlung belastet werden, welche wiederum zu 100% und nicht gekürzt um einen Verrechnungssteuerbetrag an den Leerkäufer ausgekehrt werden. Dies war bislang von der ESTV und der Bankenwelt nicht gewollt.

Ohne diese Änderung im Abwicklungssystem würde die Situation eintreten, dass die gesamten, durch dieses Abwicklungssystem erstellten Dividendenbescheinigungen ihren Beweiswert verlieren würden – was wiederum zur Folge hätte, dass jeglicher Erstattungsantrag von der ESTV abgewiesen werden könnte. Die betroffenen Aktionäre müssten anderweitig beweisen, dass ihnen die «reguläre» Dividende und keine Ersatzzahlung zugeflossen ist. Dies dürfte mit ganz erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein.

Für die Käufer von Schweizer Aktien stellt sich die Situation deshalb ebenfalls misslich dar, und zwar unabhängig davon, ob sie ihre Aktien von einem Short- oder Long-Verkäufer erworben haben. Denn wie dargestellt verlieren konsequenterweise alle Dividendenbescheinigungen und Tax Voucher ihren Beweiswert. Den Aktienkäufern dürfte es jedoch zumindest aufgrund Treu und Glaubens nicht unter sagt werden, ihre bisherigen Dividendenbescheinigungen und Tax Voucher zu nutzen; alternativ dürften sie gegenüber der ESTV einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung haben – ggf. unter der Voraussetzung, dass sie keinen wirksamen oder durchsetzbaren Anspruch gegenüber ihren jeweiligen Verkäufern haben (z. B. aufgrund Nichterkennbarkeit des Verkäufers wegen der Besonderheiten des Abwicklungssystems).

Mit der notwendigen Änderung des Abwicklungssystems ergeben sich auch ganz erhebliche Auswirkungen auf die Veranlagungspraxis: Die Steuerbehörden haben dann keine Überwachungsmöglichkeit im Hinblick auf Dividendenersatzeinkommen. Zudem geht insoweit der Sicherungszweck

der Verrechnungssteuer ins Leere, da auf Manufactured Dividends gar keine Verrechnungssteuer geschuldet ist.

Die genauen Praxisauswirkungen sind zurzeit noch nicht absehbar, da weder ESTV noch SBVg sich bislang dazu geäußert haben, wie sie mit dieser Situation konkret umzugehen gedenken. Das im Einvernehmen mit der ESTV verfasste Zirkular Nr. 7953 der SBVg legt lediglich nahe, dass ESTV und Bankenwelt (vorerst) an ihrer (unrechtmässigen) Praxis festhalten wollen.

Die Alternative hierzu wäre, dass der Gesetzgeber eingreift und eine gesetzliche Grundlage schafft, um den dargestellten Risiken und Problemen vorzubeugen. Die wohl einfachste Lösung bestünde darin, auch Dividendenersatzzahlungen der Verrechnungssteuer zu unterwerfen und Art. 4 VStG entsprechend anzupassen. Zusätzlich wäre zu überlegen, ob Manufactured Dividends den regulären Dividenden nicht gänzlich gleichgestellt werden sollten und auch als Beteiligungsertrag im Sinne des Art. 70 DBG, Art. 28 Abs. 1 StHG qualifizieren sollten. Andere Jurisdiktionen haben diesen Weg bereits beschritten, vgl. zum Beispiel in Deutschland §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4, 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Einkommenssteuergesetzes.

Als weitere – nichtsteuerliche – Alternative käme in Betracht, Short-Verkäufe mit Schweizer Aktien gänzlich zu verbieten.

Zusammengefasst kann festgestellt werden, dass dieser Prozess keinen Sieger kennt. Die A-Ltd. verlor den Prozess und damit ihren erhofften Profit. Die jahrelange Praxis der ESTV, der SBVg sowie der beteiligten Banken wurde für unzulässig erklärt und ist einzustellen. Die am Abwicklungssystem beteiligten Banken selbst erleiden zwar keinen direkten Schaden, stehen aber nun vor der schwierigen Aufgabe, dass ihr Abwicklungssystem, das sich ja eigentlich bestens bewährt hat, umzustellen ist.

Für den Handel mit Schweizer Aktien stellt dieses Urteil damit leider einen Kollateralschaden dar. Das Urteil wirft einige interessante Fragen auf, die ganz erhebliche Auswirkungen auf die Praxis des Schweizer Aktienhandels haben werden und schnellstmöglich beantwortet werden müssen. Die kürzlich per SBVg Zirkular Nr. 7953 bekannt gegebene Fortsetzung der bisherigen Praxis von ESTV und Bankenwelt vermag diese Fragen nicht zu beantworten, da hierdurch lediglich eine Perpetuierung eines rechtswidrigen Zustands angestrebt wird. ■

Anmerkungen: *Die Autorin dankt Hans Koch sowie Tobias F. Rohner, jeweils Partner bei Baker McKenzie Zürich, für die wertvollen Hinweise. 1) Vgl. insbesondere Ziff. 3.3.2, 3.3.3 sowie 3.4 des Urteils des Handelsgerichts Zürich vom 23. August 2012 (HG080050-O; im Folgenden «Handelsgerichts-Urteil»). 2) Vgl. Ziff. 4.3 des Handelsgerichts-Urteils. 3) Vgl. Ziff. 5.3 des Handelsgerichts-Urteils. 4) Vgl. Ziff. 6.3 des Handelsgerichts-Urteils. 5) Vgl. Ziff. 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. August 2010 (A-561/2009; im Folgenden «BVGer-Urteil»). 6) Vgl. Ziff. 2.3 des BVGer-Urteils. 7) Vgl. Ziff. 3.5.2 des BVGer-Urteils. 8) Vgl. Ziff. 4.2.2

des Urteils des Bundesgerichts vom 21. November 2017 (2C 123/2016; im Folgenden «BGer-Urteil»). 9) Ebenda. 10) Vgl. Ziff. 4.2.1 des BGer-Urteils. 11) Vgl. Ziff. 4.2.2 des BGer-Urteils. 12) Vgl. Ziff. 4.2.2 des BGer-Urteils. 13) Vgl. Ziff. 4.1.6.7 des BVGer-Urteils. 14) Vgl. Ziff. 4.2.3 des BGer-Urteils. 15) Ebenda. 16) Vgl. Ziff. 4.6.2 des BVGer-Urteils. 17) Vgl. Ziff. 4.2.3 des BGer-Urteils. 18) Vgl. Ziff. 4.2.5, 5.2.3 und 5.2.4 des BGer-Urteils. 19) Vgl. Ziff. 3.4 des BVGer-Urteils. 20) Vgl. Ziff. 5.2.1 des BGer-Urteils. 21) Robert Pfund, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil, 1971, N. 6.1 Vorbemerkung zu Art. 17. 22) Vgl. Ziff. 5.2.2 des

BGer-Urteils. 23) Ebenda. 24) Ebenda. 25) Ebenda. 26) Ebenda. 27) Vgl. Ziff. 5.2.2 des BGer-Urteils. 28) Vgl. Ziff. 5.3 des BGer-Urteils. 29) Vgl. Ziff. 5.3.4 des BGer-Urteils. 30) Vgl. Ziff. 5.4 des BGer-Urteils. 31) Vgl. zu allem Ziff. 6 des BVGer-Urteils. 32) Vgl. Ziff. 6 des BVGer-Urteils. 33) Vgl. Ziff. 6 des BVGer-Urteils. 34) Bauer-Balmelli, IFF Forum für Steuerrecht 2002, 162, 167. 35) Vgl. Ziff. 2.4 des Kreisschreibens Nr. 21 vom 1. April 2008 («Belege für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei Ertragsgutschriften inländischer Banken»); im Folgenden «KS 21»). 36) Vgl. Ziff. 3 des KS 21.