

Zum Verständnis von „cum/ex“ – Funktionsweise und Sachstand

Simon Alexander Scheidt, Bonn/Colombo, Sri Lanka*

Das von Prof. Jens Koch am 13.12.2018 veranstaltete „bankenrechtliche Praktikerseminar“ zum Thema "Cum/Ex-Geschäfte – Standortbestimmung und aktuelle Entwicklungen" mit Prof. Tim Florstedt (EBS Universität Wiesbaden) sowie die bevorstehende strafrechtliche Aufarbeitung vor dem Landgericht Bonn sind Anlass dieses Aufsatzes. Dieser soll eine Einführung in die Thematik bieten. Auf eine vertiefte Darstellung insbesondere der steuer- und strafrechtlichen Problematik und der damit verbundenen Rechtsauffassungen wird aus diesem Grund bewusst verzichtet.

Vielmehr werden nach einer Einleitung (A.) die unterschiedlichen Geschäftsmodelle begrifflich bestimmt, ihre Zielsetzung erläutert und zueinander ins Verhältnis gesetzt. In der öffentlichen Diskussion erfolgt häufig keine klare Trennung, was Missverständnisse vorprogrammiert (B.). Anschließend werden Dividendenbesteuerung und -regulierung beleuchtet und ihr Zusammenwirken als Ursache der erfolgreichen Durchführung von „cum/ex“-Leerverkaufsgestaltungen dargestellt (C.) Zum besseren Verständnis werden die wesentlichen Entwicklungen sowie ergriffene Gegenmaßnahmen unter Punkt D. resümiert. Die facettenreiche rechtliche Relevanz der „cum/ex“-Leerverkaufsgestaltungen ist Gegenstand des Abschnitts E. Der Aufsatz schließt mit dem Ablaufplan eines „cum/ex“-Geschäftes unter Verwendung eines Leerverkaufs (F.).

A. Einleitung

Ende November 2012 wurde erstmals der Verdacht publik, dass mehr Kapitalertragsteuer durch den Staat erstattet als zuvor abgeführt worden sei. Seitdem findet unter dem Schlagwort „cum/ex“ eine lebhafte Diskussion aus rechtlicher, aber auch politischer sowie wirtschaftlicher und nicht zuletzt moralischer Sicht statt. Den Auftakt bildete eine Razzia bei der Hypovereinsbank.¹ Vom Sog der anschließend ausgeweiteten Ermittlungsmaßnahmen wurden zahlreiche weitere Banken erfasst und durchsucht, darun-

ter auch Landesbanken.² Dem immer größer werdenden Interesse an Aufklärung verlieh man durch die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses³ Ausdruck. Zudem ist das Thema konstant Gegenstand der medialen Berichterstattung. Die Veröffentlichung der sog. "CumEx-Files" sowie eines Insider-Interviews durch den Recherchezusammenschluss „correctiv“⁴ bildet den vorerst letzten Höhepunkt in einer Debatte, die uns noch lange begleiten wird. Aus Sicht der Einen handelt es sich um die legitime Ausnutzung einer steuerlichen Regelungslücke, aus Sicht der Anderen ist es der größte Steuerskandal in der deutschen Geschichte. Eine abschließende Bezifferung des Schadens ist gegenwärtig nicht zuverlässig möglich. Der Untersuchungsausschussbericht weist eine Gesamtschadensuntergrenze von rund 10 Milliarden Euro für realistisch aus.⁵ Die medial wirksame Schadenssumme von rund 32 Milliarden Euro, die von Prof. Christoph Spengel (Universität Mannheim) errechnet wurde, ist insoweit zu relativieren, als es zu einer Vermischung von Schäden resultierend aus „cum/cum“- (24 Milliarden Euro) und „cum/ex“-Geschäften“ (8 Milliarden) kommt.⁶ Wie dieser Beitrag zeigen wird, sollte hinsichtlich der rechtlichen Bewertung jedoch eine klare Trennung vorgenommen werden.

B. Begriffsbestimmung und Zielsetzung⁷

Die Bezeichnung „Dividendenstripping“ bildet den übergeordneten Begriff für verschiedene Varianten der Steuergestaltung um den Dividendenstichtag, bei denen die Aktien kurzzeitig an einen Steuerprivilegierten zur Vereinnahmung der Dividende ausgelagert werden. Es kommt

* Der Autor studierte Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Er absolvierte seinen Schwerpunkt im Bereich „Unternehmen, Kapitalmarkt und Steuern“. Derzeit ist der Autor Rechtsreferendar in der Verwaltungsstation.

1 N/A, HVB-Razzia wegen Cum-Ex-Trades: Vorstand und Aufsichtsrat wappnen sich mit Strafrechtlern, juve.de, www.juve.de/nachrichten/verfahren/2012/11/hvb-razzia-wegen-cum-ex-trades-vorstand-und-aufsichtsrat-wappnen-sich-mit-strafrechtlern, Abruf v. 20.2.2019.

2 N/A, Glimpflich davongekommen, handelsblatt.com, www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/ibbw-glimpflich-davongekommen/13049294.html, Abruf v. 20.2.2019.

3 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode nach Artikel 44 des Grundgesetzes, eingesetzt durch Beschl. v. 4.12.2015.

4 Abrufbar unter correctiv.org/thema/aktuelles/cumex-files/.

5 Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG v. 20.06.2017, BT-Drs. 18/12700, S. 472.

6 Yvonne Kaul, Interview mit Prof. Spengel, Der größte Steuerskandal in der Geschichte der Bundesrepublik, uni-mannheim.de, www2.uni-mannheim.de/forum/forschung/Ausgabe%202017/Der%20gr%C3%B6%C3%9Fte%20Steuerskandal%20in%20der%20Geschichte%20der%20Bundesrepublik/, Abruf v. 20.2.2019.

7 Die Darstellung orientiert sich an Spengel, Sachverständigengutachten von Herrn Prof. Dr. Christoph Spengel v. 28. 7.2016, MAT A-SV-2.

mithin zu einer sog. Coupontrennung, d.h. der Dividendenanspruch wird von der zugrundeliegenden Aktie getrennt. Der Erwerber, gewöhnlich durch ein Doppelbesteuerungsabkommen privilegiert, überträgt die Aktien in aller Regel an den ursprünglichen Eigentümer zurück. Die Varianten können nach dem Erfüllungszeitpunkt des schuldrechtlichen Lieferanspruches, müssen aber insbesondere hinsichtlich ihrer steuerlichen Zielsetzung differenziert werden.

I. Der Unterschied zwischen „cum/cum“- und „cum/ex“-Geschäften

1. „cum/cum“-Geschäfte

Unter „cum/cum“-Geschäften werden Aktientransaktionen verstanden, bei denen die Aktie sowohl beim Erwerb (schuldrechtliches Geschäft) als auch bei der Lieferung (dingliches Rechtsgeschäft) noch mit (cum) einem Dividendenanspruch verbunden sind. In dieser Variante findet somit auch die Erfüllung des schuldrechtlichen Anspruches vor dem Dividendenstichtag statt.

2. „cum/ex“-Geschäfte

Der Begriff „cum/ex“ bezeichnet zunächst nichts anderes als die Nichtübertragung des Dividendenanspruches durch das Auseinanderfallen des schuldrechtlichen (cum Dividende) und des dinglichen Rechtsgeschäftes (ex Dividende). Der Begriff „cum/ex“ alleine trifft somit – anders als von der Presse häufig suggeriert – keinerlei Aussage darüber, ob es für den Staat zu einem Missverhältnis zwischen erhaltender und erstatteter Kapitalertragsteuer gekommen ist. Eine Aussage darüber lässt sich erst treffen, wenn feststeht, ob der Käufer der Aktien diese von einem Inhaber oder im Rahmen eines ungedeckten Leerverkaufs erworben hat.

II. Die Unterscheidung nach der steuerlichen Zielsetzung

1. „einfache Erstattung“

In diese Kategorie fallen „cum/cum“- und „cum/ex“-Inhabergeschäfte.

Diese bilden – stark vereinfacht dargestellt – Gestaltungsmöglichkeiten im Zwei-Personen-Verhältnis. Ein Leerverkauf und somit eine dritte Partei ist in dieser Konstellation nicht erforderlich. In diesen Varianten findet keine mehrfache Erstattung einer nur einmal abgeführten Kapitalertragsteuer statt. Diese Gestaltungen zielen folglich „nur“ darauf ab, eine Definitivbesteuerung durch Auslagerung der Aktien an einen Steuerprivilegierten über den Dividendenstichtag zu reduzieren oder ganz zu vermeiden. Sowohl für den Erwerber als auch für den Veräußerer würde es sich im Rahmen eines „perfekten Marktes“, in

dem der Dividendenabschlag voll eingepreist ist, um ein „Nullsummenspiel“ handeln. Eine Bezahlung des steuerlich privilegierten Erwerbers für das Halten der Aktie über den Dividendenstichtag ist jedoch über den Rückveräußerungspreis, der über einen zeitgleich abgeschlossenen Future-Kontrakt (Termingeschäft) abgesichert wird, möglich oder kann durch eine Verrechnung im Rahmen einer Wertpapierleihe realisiert werden. Der gegenüber dem ursprünglichen Verkaufspreis abzüglich Dividende erhöhte Futurepreis bildet dabei „die Bezahlung“ des steuerlich Nichtprivilegierten für die Auslagerung der Aktien über den Dividendenstichtag an einen steuerlich Privilegierten. Für den Veräußerer ist dies lohnenswerter als voll besteuert zu werden. Auch die rechtliche Bewertung von „cum/cum“-Geschäften ist durch die Aufarbeitung des „cum/ex“-Skandals unlängst in den Fokus gerückt.

2. „mehrfache Erstattung“

In diese Kategorie fällt die „cum/ex“-Variante unter Verwendung eines ungedeckten Leerverkaufs.

Diese bilden – wiederum stark vereinfacht – eine Gestaltungsvariante im Drei-Personen-Verhältnis. Denn um seine künftige (schuldrechtliche) Lieferverpflichtung aus dem ungedeckten Leerverkauf erfüllen zu können, muss sich der Leerverkäufer bis zum Erfüllungszeitpunkt mit den erforderlichen Aktien eindecken. Somit wird ein Inhaber der entsprechenden Aktien notwendig, der erst nach dem Dividendenstichtag an den Leerverkäufer veräußert. Ziel ist es eine oder mehrere Steuerbescheinigungen als Erstattungsgrundlage zu generieren, der keine Abführung der Kapitalertragsteuer gegenüber steht. Geht das System auf, erhält *erstens* derjenige, der den Leerverkäufer beliefert hat, als zivilrechtlicher und wirtschaftlicher (§ 39AO) Eigentümer am Dividendenstichtag eine Steuerbescheinigung. Für diesen wurde auch Kapitalertragsteuer einbehalten und an das Finanzamt entrichtet. Zweitens erhält *zusätzlich* derjenige eine Steuerbescheinigung, der vom Leerverkäufer erworben hat. Der zusätzlichen Ausstellung liegt jedoch keine weitere Entrichtung der Kapitalertragsteuer zu Grunde. Es handelt sich somit nicht „lediglich“ um ein Modell zur Vermeidung der Besteuerung, sondern führt – sofern erfolgreich praktiziert – zur doppelten (oder mehrfachen) Erstattung einer nur einmal vereinnahmten Kapitalertragsteuer, ergo zu unmittelbaren Verlusten für den Staat, die somit mittelbar auch die Steuerzahler belasten.

C. Dividendenbesteuerung und Dividendenregulierung

Die Möglichkeit zur Generierung eines Überhangs von Steuerbescheinigungen durch „cum/ex“-Geschäften unter Verwendung eines ungedeckten Leerverkaufs resultiert im Ursprung aus der missglückten Abstimmung zweier Regelungskomponenten aufeinander. Einerseits den

steuerlichen Regelungen zu Einbehalt und Abführung sowie Bescheinigung der Kapitalertragsteuer. Andererseits der börslichen und außerbörslichen („Over The Counter“) Dividendenregulierung.⁸

I. Dividendenbesteuerung – Einbehalt, Abführung und Bescheinigung

Bei einer Dividende handelt es sich um den auf die einzelne Aktie entfallenden Anteil am Bilanzgewinn.⁹ Die Anteile der Aktionäre am Gewinn richten sich dabei nach ihren Anteilen am Grundkapital (§ 60 Abs. 1 AktG). Der auszuschüttende Betrag wird im Rahmen der Hauptversammlung – auf Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat – durch einen sog. „Gewinnverwendungsbeschluss“ gefasst (§ 174 Abs. 2 Nr. 2 AktG). Dieses Ereignis bildet zugleich den Dividendenstichtag. Am Folgetag findet – bereinigt durch die Marktgegebenheiten – eine Notierung ex Dividende statt. In der Vergangenheit war an diesem Tag auch die Ausschüttung durch inländische Unternehmen an die Aktionäre fällig. Seit der Aktienrechtsnovelle 2016 ist der Anspruch frühestens am dritten auf den Hauptversammlungsbeschluss folgenden Geschäftstag fällig (§ 58 Abs. 4 S. 2 und 3 AktG). Der sog. Dividendenabschlag findet jedoch unverändert am ersten Handelstag nach der Hauptversammlung statt.

Dividenden unterliegen in Deutschland der Kapitalertragsteuer mit einem Steuersatz i. H. v. 25 Prozent.¹⁰ Bei der Kapitalertragsteuer handelt es sich um eine Erhebungsform der Einkommens- (EStG) und Körperschaftsteuer (KStG), die als Quellensteuer unmittelbar von der die Dividende auszahlenden Stelle für den Gläubiger der Dividende als Steuerschuldner einbehalten und an das Finanzamt abgeführt wird. Bis zum OWAG-IV-Umsetzungsgesetz, das am 01.01.2012 in Kraft trat, oblag die Abführung der Kapitalertragsteuer an das Finanzamt der Aktiengesellschaft, die die Ausschüttung der Dividende schuldet (§ 44 Abs. 1 S. 3 EStG a.F., sog. Schuldnerprinzip). Die Steuerbescheinigung, aus der sich ein Anspruch auf Steuergutschrift ergibt, wird und wurde auch vor 2012 hingegen gem. § 45a Abs. 3 EStG von der inländischen depotführenden Bank des Gläubigers ausgestellt. Es kam somit zu einem Auseinanderfallen der Pflicht zur Abführung der Kapitalertragssteuer (Aktiengesellschaft) und der Bescheinigung über den tatsächlichen Vollzug dieses Vorganges (Depotbank). Mit dem OWAG-IV-Umsetzungsgesetz wurde das Zahlstellenprinzip etabliert.¹¹ Dies vereint Einbehalt und Abführung der Kapitalertragsteuer sowie die Ausstellung der Steuerbescheinigung auf die Depotbanken

bzw. die Clearstream Banking AG (Clearstream) als zentralem Girosammelverwahrer (§ 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 EStG).

II. Dividendenregulierung

Eine börsliche Transaktion besteht im Wesentlichen aus vier Schritten: Order, Matching, Clearing und Settlement. Für das Folgende reicht es sich zu vergegenwärtigen, dass zwischen Order (schuldrechtliches Geschäft) und Settlement (Erfüllung) ein zeitlicher Abstand liegt. Gemäß § 4 Abs. 1 der Geschäftsbedingungen der Frankfurter Börse findet die Erfüllung am zweiten Geschäftstag nach dem Tag des Geschäftsabschluss statt (t+2).¹² Die Eigentumsübertragung auf den Aktienerwerber erfolgt durch Eintragung eines Übertragungsvermerks (Umbuchung) durch Clearstream.¹³

Diese nimmt als zentraler Girosammelverwahrer für Deutschland auch die Regulierung der Dividenden vor. Die Dividendenregulierung folgt einem zweistufigen Verfahren. Der erste Schritt richtet sich nach den am Dividendenstichtag bei Clearstream gebuchten Depotbeständen. Entsprechend dieser werden die Dividenden an die Depotbanken übermittelt. Sofern noch kein „Settlement“ erfolgt ist (t+2), findet in diesem Schritt keine Berücksichtigung statt. In einem zweiten Schritt werden offene Verkaufspeditionen berücksichtigt. Sofern Geschäfte am oder kurz vor dem Dividendenstichtag geschlossen wurden (schuldrechtliches Geschäft), wird bei offenen Verkaufspeditionen die im ersten Schritt zugewiesene Dividende bei der Depotbank des Verkäufers eingezogen und an die Käuferbank überwiesen (sog. market claim process).¹⁴

Bei einem Inhaberverkauf, d.h. die Aktie befindet sich zum Veräußerungszeitpunkt im Depot des Verkäufers, setzt die den Verkauf abwickelnde Depotbank einen Sperrvermerk. Dieser stellt im börslichen Verkehr sicher, dass keine weiteren Transaktionen unter Verwendung des bereits veräußerten Bestandes erfolgen können.¹⁵ Im außerbörslichen Handel („Over The Counter“), hingegen findet eine Überwachung und Regulierung in diesem Maße nicht statt. Er ist weitaus weniger institutionalisiert. Der Reiz sich an diesem Markt zu betätigen ist insbesondere darin begründet, dass außerbörsliche Käufe nicht der an der Börse vorgeschriebenen Erfüllbarkeit (t+2) unterliegen. In der Regel ist eine kürzere, teils taggleiche, Erfüllung vorgesehen. Daraus resultierend ist es möglich sich vor dem Dividendenstichtag schuldrechtlich zur Lieferung einer Aktie cum Dividende, die man nicht innehat, zu verpflichten und trotzdem der geschuldeten börslichen Erfüllungspflicht (t+2) nachzukommen, indem man sich erst nach dem Dividendenstichtag außerbörslich mit den notwendigen Wertpapieren eindeckt.

⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG v. 20.6.2017, BT-Drs. 18/12700, S. 76.

⁹ Oser, Dividende, Gabler Wirtschaftslexikon, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/dividende-33380/version-256906>, Abruf v. 20.2.2019.

¹⁰ § 43a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG.

¹¹ Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG v. 20.06.2017, BT-Drs. 18/12700, S. 218 ff.

¹² Abrufbar unter <https://www.xetra.com/xetra-de/meta/regelwerke>

¹³ Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG v. 20.6.2017, BT-Drs. 18/12700, S. 77.

¹⁴ Fn. 13.

¹⁵ Fn. 13.

Genau an diesem Punkt wird es problematisch. Da der Leerverkäufer sich lediglich mit einer Aktie ex Dividende eingedeckt hat, kann er den Lieferanspruch des Erwerbers nicht vollumfänglich erfüllen. Dieser hat schließlich cum Dividende erworben und entrichtet den entsprechenden Preis. Aus diesem Grund leistete der Leerverkäufer eine sog. Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende. Eine zusätzliche Kapitalertragsteuer entrichtete er nicht. Da sich die Aktie am Dividendenstichtag nicht im Depot des Leerverkäufers befand lief ein Sperrvermerk – anders als beim Inhaberverkauf – ins Leere.¹⁶ An diesem Punkt wird das Zusammenwirken von Dividendenregulierung und Einbehalt sowie Bescheinigung der Kapitalertragsteuer relevant. Die depotführende Bank des Erwerbers (Leerkäufer) registriert lediglich, dass eine Zahlung in Höhe der Nettodividende durch den (Leer-)Verkäufer geleistet worden ist. Ob es sich bei der eingehenden Zahlung um die originäre Dividende des Emittenten oder eine Kompensationszahlung des Leerverkäufers handelt, ist für sie dabei ohne Weiteres nicht zu erkennen. Da sie vor 2012 auch nicht für den Einbehalt und Abführung der Steuer an das Finanzamt zuständig war, stellte sie dem Leerkäufer eine weitere Steuerbescheinigung als Erstattungsgrundlage aus.¹⁷ Dadurch wurde eine Diskrepanz zwischen bescheinigter und tatsächlich abgeführter Kapitalertragsteuer hervorgerufen.

D. Kurzdarstellung der Entwicklung und Gegenmaßnahmen

In einer *Grundlagenentscheidung* vom 15.12.1999¹⁸ fasste sich der Bundesfinanzhof (BFH) mit der Frage, wer im Falle eines Aktienerwerbs über die Börse bei Auseinanderfallen von schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft über den Dividendenstichtag Eigentümer der Aktie und damit Bezugsberechtigter der Dividende ist. Der BFH befand, dass zwar der Verkäufer am Dividendenstichtag unstreitig zivilrechtlicher Eigentümer sei, der Erwerber jedoch wirtschaftliches Eigentum gem. § 39 AO erlange, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und Kurschancen, auf den Erwerber übergegangen sind. Der Umstand, dass die entsprechende Umbuchung ggf. erst zwei Tage nach dem Vertragsabschluss (t+2) vorgenommen wird, beeinflusse den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht.¹⁹ Folglich seien dem Erwerber wirtschaftlich auch die Dividendenansprüche zuzurechnen. Diese Entscheidung wird heute teilweise als Legitimation von „cum/ex“-Leerverkaufsgestaltungen angeführt.²⁰

16 Bruns, DStR 2017, 2360 (2362).

17 Schmitt, Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Ministerialdirigenten Prof. Dr. Michael Schmitt v. 07.04.2016, Aussch.-Drs. 18(30)97, S. 9.

18 BFH, Urteil v. 15.12.1999 – I R 29/97 – juris.

19 BFH, Urteil v. 15.12.1999 – I R 29/97, 2. Orientierungssatz – juris.

Unberücksichtigt bleibt dabei allerdings die Tatsache, dass die Entscheidung (i) sich mit der Übertragbarkeit der richterlichen Wertung auf außerbörslich gehandelte Aktien nicht auseinandersetzt und (ii) keine Aussage zur (Un)Maßgeblichkeit daraus resultierender mehrfach ausgestellten Steuerbescheinigungen für eine Erstattung trifft. Ausgehend vom Wortlaut des § 39 AO²¹ scheint es ohnehin ausgeschlossen, dass wirtschaftlicher und zivilrechtlicher Eigentümer personenverschieden nebeneinander bestehen oder es zu einer Vervielfachung von wirtschaftlichen Eigentümern kommen könnte. Dass der Inhaber der Aktien, der erst nach dem Dividendenstichtag ein schuldrechtliches Geschäft mit dem lieferpflichtigen Leerverkäufer abschließt, zum Zeitpunkt der Entstehung des Dividendenanspruchs zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie gewesen ist, dürfte jedoch nur schwerlich zu bestreiten sein.²²

Bereits Ende 2002 wies der Bundesverband deutscher Banken das Bundesministerium der Finanzen auf die aus der zeitlichen Nähe zum Dividendenausschüttungstermin resultierenden Probleme von Leerverkäufen hin. Mit Verzögerung kam der Gesetzgeber der Gestaltung durch das Jahressteuergesetz (JStG) 2007 nur unzureichend nach. Zwar unterlag seit Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG fortan auch die Dividendenkompensationszahlung der Besteuerung. Jedoch wurden durch die Gesetzesänderung nur inländische Banken zu Einbehalt und Abführung von Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen verpflichtet. Dies löste das Problem nicht vollends, sondern sorgte lediglich für eine Verlagerung der Handelsstrukturen auf ausländische Wertpapier- und Finanzdienstleistungsinstitute. Erst 2012 wurde die Möglichkeit mehrfache Steuerbescheinigungen trotz nur einmaliger Abführung zu generieren durch die Einführung des sog. Zahlstellenprinzips (siehe C.I.) endgültig beseitigt. Somit ist seit dem 01.01.2012 die Durchführung von „cum/ex“-Geschäften – zumindest in der bis dahin praktizierten Form – nicht mehr möglich.

E. rechtliche Relevanz

Die juristische Aufarbeitung und Beurteilung der „cum/ex“-Leerverkaufsvariante ist facettenreich. Stand Januar 2019 sind lt. Bundesregierung über 400 Verdachtsfälle mit einem Gesamtvolumen von rund 5,75 Milliarden

20 Desens, DStZ 2012, 246 (250); Englisch, FR 2010, 1023. Angemerkt sei an dieser Stelle, dass auch die Beziehungen der vorgenannten Autoren zu einem der führenden beratenden Anwälte in Sachen („cum/ex“) Gegenstand des Untersuchungsausschusses war, vgl. dazu Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Artikel 44 GG v. 20.6.2017, BT-Drs. 18/12700, S. 185 ff.

21 § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO: „Übt ein *anderer* als der Eigentümer [...]“

22 Florstedt, FR 2016, 641 (645 f.).

Euro bekannt. Erfasst sind in dieser Statistik jedoch leider auch „vergleichbare Geschäfte“.²³

Neben der offensichtlichen Beschäftigung der Finanz- und Strafgerichtsbarkeit mit dem Thema, zieht der Komplex „cum/ex“ auch zivilrechtliche Fragestellungen mit sich.

Die Finanzgerichte, insbesondere das Finanzgericht Köln und das hessische Finanzgericht, sind mit der Frage betraut, ob die Geltendmachung der Erstattung der Kapitalertragsteuer durch denjenigen, der vom Leerverkäufer erwirbt, rechtmäßig ist. In der Tendenz ist absehbar, dass der doppelten Geltendmachung bei nur einmaliger Abführung der Zuschuss versagt werden wird.²⁴ Zuvor angestrebte Amtshaftungsprozesse aufgrund der durch die Prüfung resultierenden Verzögerungen scheiterten sowohl vor dem Landgericht Bonn²⁵ als auch vor dem Oberlandesgericht Köln²⁶ als Rechtsmittelinstanz. Zusätzlich sehen sich Banken dem Erlass von Rückforderungsbescheiden ausgesetzt. Zuletzt berichtete die Süddeutsche Zeitung am 7.2.2019, dass die Bayerischen Finanzbehörden 312 Mio. Euro von einer Tochtergesellschaft der französischen Großbank Crédit Agricole zurückfordern werden.²⁷

Die strafrechtliche Aufarbeitung ist Gegenstand zahlreicher staatsanwaltlicher Ermittlungsverfahren. Der Schwerpunkt der Ermittlung und wohl mit Abstand größte Verfahrenskomplex liegt bei der Staatsanwaltschaft Köln unter Federführung von StAin Anne Brorhilker.²⁸ Aufgrund der örtlichen Zuständigkeit, bedingt durch den Sitz des Bundeszentralamtes für Steuern in Bonn, werden die Verfahren das Landgericht Bonn die nächsten Jahre beschäftigen. Es wird vornehmlich um Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall gehen. Bereits jetzt ist absehbar, dass sich zumindest ein Teil der Betroffenen, die bei der Staatsanwaltschaft umfassend ausgesagt haben, auch im Hauptsacheverfahren zur Sache einlassen wird.

Zu Beginn der zivilrechtlichen Aufarbeitung stand die Frage nach Haftungs- und Rückabwicklungsansprüchen aus

fehlerhafter Anlageberatung im Vordergrund.²⁹ Durch die Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 25.04.2018³⁰ ist jedoch die Haftung der Depotbanken vermehrt in den Fokus gerückt worden. Das Gericht sprach der klagenden Landesbank Hessen-Thüringen (Hebala) gegen die beklagte Société Générale einen Schadensersatz in Höhe von 22.9 Mio. Euro zu. In Rn. 139 der Urteilsbegründung heißt es: „Die Société Générale hat den Einbehalt der Kapitalertragsteuer vorliegend unstrittig nicht vorgenommen. Nach den §§ 44 Abs. 1 S. 3 i. V. m. 20 Abs. 1 Nr. 1 S.4 EStG wäre sie dazu jedoch verpflichtet gewesen.“ Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die Hebala Aktien von der Beklagten über deren in Deutschland beschränkt steuerpflichtige Zweigniederlassung bezogen. Das Gericht sah in der Verletzung der Pflichten zum Kapitalertragsteuereinbehalt und -abführung eine vertragliche Nebenpflichtverletzung gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Die Société Générale hat am 22.5.2018 gegen das Urteil Berufung eingelegt.³¹ Dass dem Urteil trotzdem erhebliche Signalwirkung zukommt, zeigt sich daran, dass jüngst die Hamburger Privatbank Warburg Klage gegen die Deutsche Bank erhoben hat.³² Da dem jeweiligen Vorstand wegen der „Business Judgement Rule“ gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kaum Spielraum verbleiben dürfte,³³ bei Aussicht auf Erfolg nicht zu klagen, ist die *Bedeutung des Urteils nicht zu unterschätzen und könnte die bestehenden Schadensansprüche der Beteiligten untereinander neu ordnen.*

F. Ablaufplan eines cum/ex-Geschäftes unter Verwendung eines ungedeckten Leerverkaufes

I. Kennzahlen des Beispielsfalles

• Wert der Aktie cum Dividende:	1000 Euro
• Dividende (brutto):	100 Euro
• Dividende (netto):	75 Euro
• Dividendenkompensationszahlung	75 Euro
• Kapitalertragsteuer (vereinfacht)	25 Euro
(entspricht 25 % der Bruttodividende)	
• Wert der Aktie ex Dividende	900 Euro

23 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Fabio De Masi u.a. v. 15.1.2019, Cum-Ex: Internationale Aspekte und juristische Aufarbeitung, Drucksache 19/7006, S. 14 f.

24 Vgl. nur Hess. FG, Beschluss v. 8. 10.2012 – 4 V 1661/11, Rn. 42 – juris: „Die Ansicht der Antragstellerin, die Kapitalertragsteuer sei wegen der gesetzlichen Regelungslücke auch ggf. doppelt anzurechnen, obwohl sie nur einmal abgeführt worden sei, ist abwegig. Sie widerspricht bereits dem Grundverständnis der Kapitalertragsteuer als Abzugssteuer.“

25 LG Bonn, Urteil v. 15.1.2014 – 1 O 271/12 – juris.

26 OLG Köln, Urteil v. 11.12.2014 – I-7 U 23/14 – juris.

27 Ott/Willmroth, Saftige Rechnung für den Cum-Ex-Skandal, sz.de, www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cum-ex-steuerraub-straefe-1.4320424, Abruf v. 20.2.2019.

28 Votsmeier/Iwersen, Unterschätzte Steuerjägerin – Kölner Staatsanwältin steht in Cum-Ex-Verfahren vor dem Durchbruch, handelsblatt.com, www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/anne-brorhilker-unterschaetzte-steuerjaegerin-koelner-staatsanwaeltin-steht-in-cum-ex-verfahren-vor-dem-durchbruch/22789454.html, Abruf v. 20.2.2019.

29 OLG Stuttgart, Urteil v. 14.9.2018 – 5 U 98/17 – juris.

30 LG Frankfurt, Urteil v. 25.4.2018, 2-12 O 262/16 – juris.

31 Iwersen / Votsmeier, Banken schieben sich die Schuld im Cum-Ex-Skandal zu, handelsblatt.com, www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/steuerbetrug-banken-schieben-sich-die-schuld-im-cum-ex-skandal-zu/22625812.html?ticket=ST-1832860-5e3gdLgaWIFMezlorXeJ-ap4, Abruf v. 20.2.2019.

32 Lea Busch u.a., Privatbank Warburg verklagt Deutsche Bank, tagesschau.de, www.tagesschau.de/wirtschaft/warburg-deutsche-bank-101.html, Abruf v. 20.2.2019.

33 vgl. zur Thematik der Vorstandshaftung: Florstedt, NZG 2017, 601.

II. Beteiligte Personen (vereinfachte Darstellung)

- Leerverkäufer
- Leerkäufer
- Inhaber („Dritter“)

III. Ablauf der einzelnen Geschäfte

1. Geschäfte vor dem Dividendenstichtag (Handel mit Aktie „cum“ Dividende)

Der Leerverkäufer und der Leerkäufer schließen einen Kaufvertrag vor dem Dividendenstichtag ab.

- Der Leerverkäufer verpflichtet sich dadurch den Leerkäufer mit einer Aktie cum Dividende zu beliefern.
- Für seinen Lieferanspruch cum Dividende bezahlt der Leerkäufer einen Preis von 1000 Euro.

2. Geschäfte nach dem Dividendenstichtag (Erfüllung durch Aktie ex Dividende)

Zu diesem Zeitpunkt ist bereits die Kapitalertragsteuer durch die ausschüttende Aktiengesellschaft abgeführt und durch die inländische Depotbank eine Steuerbescheinigung darüber ausgestellt worden. Steuerschuldner und Erstattungsberechtigter ist in unserem Beispiel der Inhaber, da er das schuldrechtliche Geschäft mit dem lieferpflichtigen Leerverkäufer erst nach dem Dividendenstichtag abschließt.

a) Der Leerverkäufer deckt sich beim Inhaber („Dritter“) mit einer Aktie ex Dividende ein

aa) Leerverkäufer

- Der Leerverkäufer sieht sich immer noch einem Lieferanspruch cum Dividende des Leerkäufers ausgesetzt.
- Da er zum Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Geschäftes die Aktie in keiner Form besaß (ungedeckter Leerverkauf), muss er sich nun am außerbörslichen Markt bei einem Inhaber („Dritter“) bedienen, um den schuldrechtlichen Lieferanspruch des Leerkäufers rechtzeitig erfüllen zu können.
- Der Leerverkäufer erhält vom Inhaber lediglich eine Aktie ex Dividende. Im Gegenzug muss er dafür nur den um den Dividendenabschlag (in Höhe der Bruttodividende) geminderten Preis bezahlen (900 Euro).
- Alternativ besteht für den Leerverkäufer die Möglichkeit die Aktie im Rahmen eines Wertpapierleihgeschäfts vom Dritten zu beziehen.

bb) „Dritter“

- Der Dritte hat bereits die Nettodividende vereinnahmt. Wird sein Antrag als Erstattungsberechtigter positiv beschieden, konnte er die gesamte Bruttodividende (100 Euro) vereinnahmen.
- Im Anschluss veräußert er seine Aktie nach Dividendenabschlag zum Preis von 900 Euro.
- Fungiert der Dritte zur Deckung der Lieferverpflichtung des Leerverkäufers als Wertpapierverleiher, lässt er sich dies durch eine Wertpapierleihgebühr vergüten.

b) Der Leerverkäufer beliefert den Leerkäufer

aa) Leerverkäufer

- Der Leerverkäufer beliefert den Leerkäufer mit den vom „Dritten“ erworbenen Aktien.
- Da es sich dabei lediglich um Aktien ex Dividende handelt, er jedoch cum Dividende schuldet, kann er seine geschuldete Lieferverpflichtung nicht vollständig erfüllen.
- Die Differenz zwischen dem Wert der Aktie cum (geschuldet) und ex (geliefert) Dividende wird durch eine Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende ausgeglichen. Die Kompensationszahlung wird dem Leerverkäufer durch Clearstream in Rechnung gestellt.
- Eine zusätzliche Kapitalertragsteuer entrichtete er nicht. Im Ergebnis vereinnahmt er 1000 Euro vom Leerkäufer durch die Verpflichtung eine Aktie cum Dividende zu liefern, muss jedoch nur 975 Euro (900 Euro Erwerbspreis der Aktie ex Dividende zzgl. 75 Euro Dividendenkompensationszahlung) aufwenden um den Lieferanspruch (scheinbar) zu erfüllen.
- Gewinn = Verkaufspreis der Aktie cum Dividende abzgl. Erwerbspreis der Aktie ex Dividende und Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende.

bb) Leerkäufer

- Der Käufer hat 1000 Euro für den Anspruch auf eine Aktie cum Dividende bezahlt. Er erhält eine Aktie ex Dividende im Wert von 900 Euro sowie eine Kompensationszahlung in Höhe 75 Euro.
- Auch wenn keine Kapitalertragsteuer durch den Leerverkäufer entrichtet worden ist, erhält der Leerkäufer von seiner depotführenden Bank eine weitere Steuerbescheinigung. Dies liegt am bereits dargestellten Auseinanderfallen von Inhalt und Abführung der Steuer einerseits und Bescheinigung darüber andererseits. Für die Depotbank des Leerkäufers ist es nicht ohne weiteres erkennbar, dass es sich lediglich um eine Kompensationszahlung in Höhe der Nettodividende handelt.

IV. Ökonomischer Nutzen für die Beteiligten

Betrachtet man die Ergebnisse unseres – zugegebenermaßen stark vereinfachten - Beispiels zunächst unter Ausblendung von Absprachen, wird ersichtlich, dass nur der Leerverkäufer mit einem Gewinn in Höhe der nicht abgeführten Kapitalertragsteuer i. H. v. 25 Euro profitiert. Isoliert betrachtet fällt auf, dass sein Gewinn völlig unabhängig vom Erfolg bzw. Misserfolg des Erstattungsantrags der anderen Beteiligten, insbesondere der Bescheidung des Dritten, anfällt.

Dies zeigt, dass - abstrakt gesehen - nicht die Möglichkeit der mehrfachen Erstattung Grundlage des System „cum/ex“ ist, sondern die Generierung von Steuerbescheinigungen als Erstattungsgrundlage durch die Verwendung von Leerverkäufen mit der keine tatsächlich einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer korrespondiert.

Der Dritte ist in jeden Fall Bezugsberechtigter der Dividende, da er am Dividendenstichtag zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie war. Da er die Bruttodividende vereinnahmt, eine Steuerbescheinigung über die zu seinen Gunsten abgeführte Kapitalertragsteuer erhält und anschließend die Aktie unter Berücksichtigung des Dividendenabschlags zum Preis ex Dividende verkauft, erzielt er in unserem vereinfachten Beispiel weder Gewinn noch Verlust. Der Leerkäufer, der die Aktie gerade erhält, um als steuerlich Privilegierter eine Erstattung erfolgreich geltend zu machen, ist sogar auf die positive Bescheidung angewiesen, um keine Verluste zu erwirtschaften. Schließlich hat er cum Dividende eingekauft und bezahlt. Liegen keine Absprachen vor, kann sich für den Leerkäufer das Problem stellen, ohne gesonderte Kenntnis zu erkennen, dass er von einem Leerverkäufer, der keine Kapitalertragsteuer abgeführt hat, erwirbt.

Grundsätzlich könnte daher dem Leerverkäufer daran gelegen sein, den Kreis der Mitwisser klein zu halten, um den Gewinn nicht über das notwendige Maß hinaus teilen zu müssen. In der Realität ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich um großvolumige Transaktionen handelt. Zum einen ist der Leerverkäufer daher auf eine zuverlässige, kurzfristige Versorgung durch einen Dritten zur Erfüllung seiner Lieferverpflichtung gegenüber dem Leerkäufer angewiesen. Diese „Dienstleistung“ wird er sich entsprechend vergüten lassen. Zum anderen möchte der Leerkäufer die Aktien nur kurzfristig halten. Der Erwerb bindet finanzielle Ressourcen und nur durch die wiederholte Durchführung lässt sich für ihn als steuerlich Privilegierten Geld verdienen. Wie oben dargestellt findet eine Beteiligung über einen parallel zum schuldrechtlichen Geschäft abgeschlossenen Futurekontrakt (Termingeschäft) statt, der die Rückübertragung auf den ursprünglichen Lieferanten bewirkt und sichert. Alles dies spricht für ein kollusives Zusammenwirken der Parteien. Sollten Wertpapierleihen zur Vornahme der Geschäfte verwendet werden, wird dies noch evidenter.

Wirken die Beteiligten zusammen, ist die positive Be-

scheidung des Erstattungsantrages des Leerkäufers für den unter den Parteien zu teilenden Gewinn zwingend. Wird die Erstattung versagt, so hebt der Verlust des Leerkäufers (Differenz zwischen Erwerbspreis cum Dividende und Erhalt der Aktie ex Dividende zzgl. Dividendenkompensationszahlung) im Saldo den Gewinn des Leerverkäufers (Saldo aus Veräußerungspreis cum Dividenden abzgl. (i) Kaufpreis der Aktie ex Dividende und (ii) Dividendenkompensationszahlung), auf. Zusätzlich anfallende Transaktions- und Fremdfinanzierungskosten sowie Vergütungen von Beteiligten vor Bescheidung der Erstattung machen das Geschäft zu einem wirtschaftlichen Misserfolg.

Kein Porsche für 5,50 €?!

Zur Frage des Rechtsmissbrauchs bei Internetauktionen

PD Dr. *Matthias Maetschke*, Bonn*

Ist es möglich, bei einer eBay-Versteigerung rechtswirksam einen Porsche für 5,50 EUR zu kaufen? Dies ist jedenfalls dann umstritten, wenn der Vertragsschluss auf einem unberechtigten Auktionsabbruch beruht. Insbesondere der BGH und das OLG Koblenz sind unterschiedlicher Meinung, unter welchen Voraussetzungen in dieser Situation der Einwand des Rechtsmissbrauchs eingreift. Dabei geht es nicht nur um die richtige Anwendung der Fallgruppen des § 242 BGB. Auf der Wertungsebene ist zu entscheiden, ob die Internetauktion ein ‚guter‘ oder ‚schlechter‘ Preisbildungsmechanismus ist.

A. Internetauktion und Rechtsmissbrauch: Karlsruhe vs. Koblenz

Seit einiger Zeit genießt eine Fallkonstellation bei Internetauktionen die besondere Aufmerksamkeit der Juristen: Der Anbieter beendet die Auktion vor ihrem regulären Ende durch einen Auktionsabbruch. Der Abbruch erfolgt jedoch unberechtigt. Deshalb kommt der Vertrag mit dem zum Zeitpunkt des Abbruchs Höchstbietenden zustande. In diesem frühen Stadium der Versteigerung sind in der Regel noch nicht viele Gebote eingegangen. Der Erwerber ersteigert den Artikel daher zu einem Preis, der um ein Vielfaches unter dessen Wert liegt.¹

Umstritten ist dabei insbesondere, ob Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche des Erwerbers aufgrund des Einwands des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB versagt werden können.² Stein des Anstoßes ist eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz aus dem Jahr 2009.³ Das Gericht hatte sich mit folgendem Sachverhalt zu befassen: Der Anbieter stellte auf eBay einen Porsche 911 im Wert von 75.000 EUR ein. Er legte das Mindestgebot auf einen Euro fest. Nach nur acht Minuten brach er die Aukti-

on wieder ab. Dies war deutlich vor Ablauf der regulären Auktionszeit. Der Anbieter begründete den vorzeitigen Abbruch später damit, dass er die Zahl der Bilder im Angebot von fünf auf sieben erhöhen und ihre Vergrößerung zulassen wollte.

Der Auktionsabbruch war nach den AGB von eBay zwar möglich. Er hatte jedoch zur Folge, dass ein Vertrag mit dem im Moment des Abbruchs Höchstbietenden zustande kam. Etwas Anderes hätte nur dann gegolten, wenn der Anbieter gesetzlich zum Abbruch berechtigt gewesen wäre. Das Einstellen besserer Bilder reichte hierfür jedoch nicht aus.

Im Moment des Abbruchs war der Anspruchsteller Höchstbietender mit dem Gebot von 5,50 EUR. Er verlangte vom Anbieter die Übergabe des Autos gegen Überweisung dieses Betrags. Dieser weigerte sich. Der Bieter erhob daraufhin Klage. Er verlangte Schadensersatz in Höhe von 75.000 EUR.

Das OLG Koblenz urteilte, dass dieses Schadensersatzverlangen rechtsmissbräuchlich sei. Der Anbieter habe sich mit dem Auktionsabbruch nicht willkürlich dem Gebot des Bieters entziehen wollen. Deshalb sei er durch das nur noch als extrem zu bezeichnende Missverhältnis zwischen dem bei der Auktion erzielten Preis von 5,50 EUR und dem Wert des Fahrzeugs von 75.000 EUR unangemessen benachteiligt. Denn bei ungestörtem Verlauf der Auktion hätte er einen deutlich besseren Erlös erzielt.⁴

Der BGH sah dies bei einem vergleichbaren Fall im Jahr 2014 ganz anders.⁵ In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte der Bieter bei eBay nach einem Auktionsabbruch einen VW Passat im Wert von über 5.000 EUR für 1 EUR ersteigert. Der Anbieter gab den Wagen zu diesem Preis nicht heraus.⁶ Der BGH billigte dem Bieter daraufhin den beantragten Schadensersatz zu.

In der Begründung verwarf der BGH die Auffassung des OLG Koblenz zu § 242 BGB ausdrücklich. Die Koblenzer Richter übersähen, dass der Anbieter nicht schutzwürdig sei. Denn dieser habe den für ihn ungünstigen Auktionsverlauf durch den niedrigen Startpreis und den Auktionsabbruch selbst verursacht.⁷

* Der Autor ist Referatsleiter beim Bundesamt für Justiz. Der Beitrag ist die leicht überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 29.05.2018 an der Eberhard Karls Universität Tübingen gehalten hat.

1 Beispiele: Gastronomieeinrichtung im Wert von 34.000 EUR für 1.000 EUR (BGHZ 189, 346 (346 f.)); Stromaggregat im Wert von 8.500 EUR für 1 EUR (BGH, NJW 2015, 1009 (1009 f.)); VW Golf im Wert von 4.000 EUR für 1 EUR (AG *Eschweiler*, Urt. v. 1.10.2013, 26 C 111/13 - juris); Jetski im Wert von 4.500 EUR für 5,50 EUR (LG *Gießen*, Beschl. v. 25.7.2013, 1 S 128/13 - juris).

2 *Dastis*, JURA 2015, 376 (380 f.).

3 *OLG Koblenz*, MMR 2009, 630 (630 f.); eine ausführliche Schilderung des Sachverhalts enthält das Urteil der Vorinstanz *LG Koblenz*, NJW 2010, 159-161.

4 *OLG Koblenz*, MMR 2009, 630 (631).

5 *BGH*, NJW 2015, 548 (548 f.).

6 *BGH*, NJW 2015, 548 (548); eine ausführlichere Schilderung des Sachverhalts enthält das Urteil der Vorinstanz *OLG Jena*, Urt. v. 15.1.2014, 7 U 399/13 - BeckRS 2014, 18477.

7 *BGH*, NJW 2015, 548 (549); zustimmend *Oechsler*, NJW 2015, 665 (667).

Schon im August 2016 sah sich der BGH allerdings genötigt, seine klare Position in einem obiter dictum teilweise wieder einzuschränken. Die Vorinstanz hatte in der bekannten Fallkonstellation Ansprüche des Bieters für rechtsmissbräuchlich gehalten, weil er als sogenannter ‚Abbruchjäger‘ tätig gewesen sei.⁸ Solche Abbruchjäger bieten gezielt bei einer Vielzahl von Auktionen niedrige Gebote. Sie spekulieren darauf, dass der Anbieter die Versteigerung regelwidrig abbricht und sie den Artikel zu einem unverhältnismäßig niedrigen Preis zu erhalten. Dabei geht es ihnen nicht um die Sache selbst, sondern um den Gewinn.⁹ Obwohl es für den BGH nicht entscheidungserheblich war, lobte er „die Ausführungen des Berufungsgerichts zum [...] ohne erkennbaren Rechtsfehler bejahten Rechtsmissbrauch [...]“.¹⁰

Zusammengefasst kommen das OLG Koblenz und der BGH in der Frage des Rechtsmissbrauchs bei Internetauktionen nicht nur zu unterschiedlichen Ergebnissen. Sie legen ihrer jeweiligen Antwort auch verschiedene Kriterien zugrunde. Es stellt sich die Frage, welche der beiden vorgeschlagenen Lösungen zu § 242 BGB aus rechtswissenschaftlicher Sicht überzeugender ist.

Die Wahl gerade dieser Fragestellung bringt eine dreifache Beschränkung des Untersuchungsgegenstands mit sich. Zum einen wird die Möglichkeit, den Rechtsmissbrauch in der vorliegenden Fallkonstellation ganz abzulehnen, nicht betrachtet. Denn beide Gerichte greifen, wenn auch in unterschiedlicher Weise, auf den Rechtsmissbrauch zurück. Zum anderen setzen sich die nachfolgenden Überlegungen allein mit der Anwendung von § 242 BGB auseinander. Andere für die Falllösung relevante Normen werden nur in den Blick genommen, soweit dies hierfür erforderlich ist. Schließlich bleiben die zum Teil schwierigen Beweisfragen, welche die Gerichte in der genannten Fallkonstellation zu bewältigen haben, vorliegend außer Betracht.

Unter Beachtung dieser Einschränkungen ist im Ergebnis der Rechtsansicht des OLG Koblenz zu folgen.

Dies liegt daran, dass die Bundesrichter in Karlsruhe einseitig vom Charakter der Internetauktion als Spekulationsgeschäft ausgehen. Auktionsteilnehmer sind daher Spekulanten. Sie nehmen bewusst ein hohes Risiko auf sich. Alternativ greifen sie auf strategisches Verhalten zurück, um das Spekulationsrisiko der Gegenseite zuzuweisen. In beiden Fällen sind sie nicht schutzwürdig. Deshalb sind Ihnen auch sehr nachteilige Rechtsfolgen zumutbar.

Die Grundannahme des zuständigen VIII. Senats überzeugt jedoch nicht. Tatsächlich dient die Internetauktion nicht nur der Spekulation. Sie ist auch ein Mechanismus zur Ermittlung fairer, marktgerechter Preise. Es wird daher dem Einzelfall nicht gerecht, jedem Auktionsteilnehmer

eine Spekulationsabsicht oder strategisches Verhalten zu unterstellen. Die Schutzwürdigkeit kann daher nicht pauschal verneint werden.

Das OLG Koblenz zeigt am Beispiel des Auktionsabbruchs, wie in dieser Situation eine am Einzelfall orientierte Lösung zu finden ist. Demnach ist die Schutzwürdigkeit anhand von vier Kriterien zu prüfen: der Umfang des Einverständnisses in einen Vermögensverlust, die Verwendung strategischen Verhaltens, das Vorliegen einer unangemessenen Belastung und der hypothetische Auktionsverlauf ohne Abbruch. Bei Anwendung dieser Maßstäbe kann es im Einzelfall durchaus geboten sein, auf große Vermögensverluste mit § 242 BGB zu reagieren.

Um diese Thesen plausibel zu machen, soll im Folgenden zunächst die Internetauktion als Methode der Preisbildung vorgestellt werden (hierzu unter B.). Hierauf aufbauend werden die genannten Urteile des BGH analysiert (hierzu unter C.). Im Anschluss wird dieser Rechtsprechung die Entscheidung des OLG Koblenz gegenübergestellt (hierzu unter D.).

B. Internetauktion: faire Preise, Spekulation und strategisches Verhalten

Online-Auktionen sind eine Methode der Preisfindung. Als solche haben sie zwei Seiten.¹¹ Sie können zu fairen Preisen führen. Sie haben aber auch, wie das OLG Hamm ausführt, einen „spekulativen Charakter“.¹²

Vielen Beobachtern beweist der Erfolg der Internetversteigerungen, dass es sich um einen besonders vorteilhaften Preismechanismus handelt. In der Gründungsphase von eBay ging es um nichts Geringeres als darum, mithilfe virtueller Geschäfte den perfekten Preis für ein Produkt zu finden.¹³

Ganz in diesem Sinne schreibt der Zivilrechtler Rüfner über Online-Versteigerungen:¹⁴ „Wer sich auf eine Auktion einläßt, überläßt es ja nicht dem blinden Zufall, ob und was für eine Gegenleistung er für den angebotenen Gegenstand erhält. Er unterwirft sich vielmehr einem Marktmechanismus, der wegen der großen Zahl der potentiellen Marktteilnehmer, der Zugänglichkeit des Marktes und der herrschenden Transparenz eine besondere Gewähr für die Bildung eines fairen [...] Preises bietet“. Und nach dem OLG Stuttgart darf der Bieter bei Internetauktionen „die Erwartung haben, dass die konkurrierenden Gebote auf einer tatsächlichen Nachfrage beruhen, der Gebotsverlauf mithin den tatsächlichen Marktverhältnissen entspricht“.¹⁵

8 *LG Görlitz*, Urt. v. 29.7.2015, 2 S 213/14 - BeckRS 2016, 08624: Yamaha-Motorrad im Wert von fast 5.000 EUR für 1 EUR nach Auktionsabbruch.

9 Zur Definition *Stieper*, MMR 2015, 627 (627); *Wagner/Zenger*, MMR 2016, 738 (738); *Kopp/Ritter*, MMR 2016, 793 (793).

10 *BGH*, MMR 2016, 737 (738); wohl bestätigt durch *BGHZ* 211, 331 (349); zustimmend *Pfeiffer*, NJW 2017, 1437 (1437); ablehnend: *OLG Hamm*, MMR 2015, 25 (28).

11 *Kreße*, NJ 2016, 60 (61).

12 *OLG Hamm*, JZ 2001, 764 (768).

13 *Cohen*, *The Perfect Store: Inside eBay*, 2002, 20; *Stone*, *Der Allesverkäufer*, 2013, 93.

14 *Rüfner*, JZ 2000, 715, 719; ähnlich *Amor*, *Dynamic Commerce*, 2000, 71: „Unabhängig von der Auktionsart wird in der Praxis häufig ein sehr marktgerechter Preis gefunden, der sowohl dem Anbieter als auch dem Höchstbieter entgegenkommt.“

15 *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2015, 1363 (1368).