

Universität Mannheim · LSt für ABWL und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II ·
Prof. Dr. Christoph Spengel · Schloss · 68131 Mannheim

Frau
Katja Hessel, MbB
Vorsitzende des Finanzausschusses des
Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Per E-Mail

Prof. Dr. Christoph Spengel
Schloss
68131 Mannheim
Telefon +49 621 181-1704
spengel@uni-mannheim.de

Sekretariat: Christine Bürner
Telefon +49 621 181-1705
Telefax +49 621 181-1706
buerner@uni-mannheim.de
<http://spengel.bwl.uni-mannheim.de>

Mannheim, den 4. September 2020

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages
zu Anträgen der Fraktionen der DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zum Thema
„Cum/Ex“ am 9. September 2020**

Sehr geehrte Frau Hessel,

zur o.a. öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 9. September überlasse ich Ihnen gerne meine Stellungnahme.

- Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte sind zusammen zu denken, diese Geschäfte sind seit Jahrzehnten trotz der Umstellung des Kapitalertragsteuerabzugsverfahrens vom Netto- auf das Bruttoprinzip im Jahr 2012 bis heute am Markt durch gängige Gestaltungsmodelle anzutreffen; dem deutschen Staat entgehen jährlich Milliarden Euro an Kapitalertragsteuern bzw. Kapitalertragsteuern werden erstattet, obwohl sie nicht vereinnahmt wurden; dies ist ein unerträglicher Zustand, Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte sind endlich zu unterbinden**

Cum/Ex-Geschäfte bezwecken eine Erstattung von Kapitalertragsteuern auf Dividenden in Deutschland, die überhaupt nicht an das Finanzamt abgeführt wurden. Der durch Cum/Ex-Geschäfte verursachte Steuerschaden liegt bis zum Jahr 2011 einschließlich mindestens im zweistelligen Milliardenbereich. Fachleute waren der Ansicht, dass seit dem Jahr 2012 durch die Umstellung auf das Zahlstellenprinzip bzw. den Übergang vom Netto- auf das Bruttoprinzip

im Zuge des OGAW IV¹ Erstattungen gar nicht gezahlter Kapitalertragsteuern nicht mehr möglich sind. Diese Einsicht hat sich als falsch erwiesen, Cum/Ex-Geschäfte sind auch nach Inkrafttreten des OGAW IV bis heute in mutierter Form ihrer technischen Abwicklung möglich und am Markt anzutreffen.

Cum/Cum-Geschäfte umgehen die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland seit mittlerweile mehr als vier Jahrzehnten. Gängige, am Markt anzutreffende Gestaltungsmodelle sind die Wertpapierleihe sowie Ankaufs- und Rückverkaufsstrategien, durch die sich die ansonsten für Steuerausländer in Deutschland fällige und definitive Kapitalertragsteuer auf Dividenden vermeiden lässt. Das OGAW IV hat hieran ebenso nichts geändert wie die verschärften Vorschriften zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG, die im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes 2016 beschlossen wurden und seit dem Jahr 2018 gelten.²

Wieso sind Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte zusammen zu denken und konsequent aufzugreifen? Es ist allgemein bekannt, dass sich rund zwei Drittel der in Deutschland notierten Aktien im Besitz von Steuerausländern befinden. Ohne den Einbezug eines Steuerausländers sind (unberechtigte) Mehrfacherstattungen einer einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer auf Dividenden denklogisch nicht möglich. Es ist somit davon auszugehen, dass in ausländischem Besitz befindliche deutsche Aktien in einem ersten Schritt mit (d.h. cum) Dividende nach Deutschland transferiert werden um anschließend (ggf. mehrfach) leerverkauft (d.h. ex gehandelt) werden. Anschließend werden sämtliche Transaktionen rückabgewickelt.

2. **Cum/Cum-Geschäfte endlich aufgreifen**

Seit Jahrzehnten umgehen Cum/Cum-Geschäfte die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form von Dividendenstripping nicht illegal. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2015³ ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Der Umgang mit Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und dann auch nur bei Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will.

Das Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 28.1.2020⁴ bestätigt nicht nur die Leitsätze des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2015, dass neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmiss-

¹ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-IV-Umsetzungsgesetz – OGAW-IV-UmsG vom 22.6.2011, BGBl. I 2011, S. 1126.

² Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz–InvStRefG) vom 19.7.2016, BGBl. I 2016, S. 1730.

³ BFH vom 18.8.2015 - I R 88/13, BFH/NV 2016, S. 341.

⁴ FG Hessen vom 28.1.2020 - 4 K 890/17, juris, Dokumenten-Nr. STRE202075112.

brauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Im Hinblick auf das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) sieht das Gericht in der Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, welche eine Erstattung von Kapitalertragsteuern auf Dividenden erwirken sollen, die im Ausland ansässigen Inhabern deutscher Aktien nicht zustehen, eine Beweisvermutung für eine missbräuchliche Gestaltung. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004 bis 2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind. Schließlich stellt das Gericht fest, dass der allgemeine Missbrauchstatbestand des § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird.

Der Steuerschaden, der Deutschland durch Cum/Cum-Geschäfte entstanden ist, liegt nach meinen Schätzungen im hohen zweistelligen Milliardenbereich.⁵ Nach einer Abfrage der BaFin im Jahr 2017 erwarten rund 90 Prozent der in Cum/Cum-Geschäfte involvierten deutschen Kreditinstitute finanzielle Mehrbelastungen infolge von Rückforderungen der Kapitalertragsteuer. Allerdings bezieht sich die BaFin-Abfrage lediglich auf § 42 AO-Risiken und für ab dem Jahr 2013 getätigte Cum/Cum-Geschäfte.

Vor dem Hintergrund des Urteils des Hessischen Finanzgerichts besteht dringender Handlungsbedarf. Die BaFin ist – falls sie nicht selbst tätig wird – durch eine unverzügliche Weisung des Bundesfinanzministers aufgefordert, unmittelbar eine neue Abfrage durchzuführen, die auch vor dem Jahr 2013 durchgeführte Cum/Cum-Geschäfte umfasst und neben § 42 AO-Risiken auch § 39 Abs. 2 AO-Risiken einschließt. Die Finanzverwaltung ist aufgefordert, in verdächtigen Fällen, d.h. bei Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, unverzüglich geänderte Anrechnungsbescheide nach § 130 AO zu erlassen bzw. Anrechnungsverfügungen rückgängig zu machen, um die Verjährung zu hemmen. Schließlich sind die Wirtschaftsprüfer der in Cum/Cum-Geschäfte involvierten Kreditinstitute aufgefordert, Rückstellungen wegen Risiken aus Kapitalertragsteuerrückforderungen zu veranlassen, die sich aus § 39 Abs. 2 AO- und § 42 AO-Risiken ergeben.

Für betroffene Steuerpflichtige ist zu beachten, dass ein Fall der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder eine leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen kann, falls in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt gemacht worden sind. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung zu Cum/Ex-Geschäften könnte sich auch bei Cum/Cum-Geschäften die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz stellen.

Der Ausgangspunkt von Cum/Cum-Geschäften liegt in der unterschiedlichen Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen und Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen. Diese fortbestehenden Arbitragemöglichkeiten fordern weiterhin Gestaltungen heraus. Es ist nicht sichergestellt, dass alle Möglichkeiten zur Umwandlung von

⁵ Spengel/Peitzmeier, Schätzung des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens, 16.5.2017 (https://www.bwl.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/bwl/Spengel/Dokumente/Medien/Steuerschaden_Cum-Cum_de.pdf).

beschränkt steuerpflichtigen Dividenden in steuerfreie Veräußerungsgewinne oder Wertpapierleihgebühren verhindert werden und keine Wege gefunden werden können, den Anwendungsbereich von § 36a EStG zu umgehen. Die Arbitragemöglichkeiten ließen sich wirkungsvoll verhindern, indem Veräußerungsgewinne und Wertpapierleihgebühren in Deutschland analog zu Dividenden der beschränkten Steuerpflicht i.S.d. § 49 EStG unterworfen werden.

Zu Cum/Cum-Geschäften verweise ich ausführlich auf meinen Beitrag „Steuerrechtliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften – Folgerungen aus dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 28.1.2020 und Konsequenzen für die Praxis“, der in der Zeitschrift „Der Betrieb“ in Heft Nr. 37 am 14.9.2020 auf den Seiten 1919-1927 abgedruckt wird. Der Beitrag ist meiner Stellungnahme als Anlage beigefügt.

3. Cum/Ex-Geschäfte sind auch nach 2012 am Markt anzutreffen

Cum/Ex-Geschäfte bezwecken eine Erstattung von Kapitalertragsteuern auf Dividenden in Deutschland, die überhaupt nicht an das Finanzamt abgeführt wurden.

Durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf konnten bis zum Jahr 2011 einschließlich mehrere Steuerbescheinigungen für einmal gezahlte Kapitalertragsteuer erwirkt werden. Dies war möglich, weil die Abführung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell auseinandergefallen sind. Während der Emittent der Aktien die Kapitalertragsteuer einbehalten hat, wurde die Steuerbescheinigung von der Depotbank des Inhabers der Aktien ausgestellt. Diese Sollbruchstelle im System nutzten die Initiatoren der Modelle, um durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen für den Leerkäufer eine zweite Steuerbescheinigung durch dessen Depotbank zu erwirken. Die durch die Depotbank des Leerkäufers für die Dividendenkompensationszahlung ausgestellte Steuerbescheinigung hätte nach der eindeutigen Gesetzeslage allerdings nie ausgestellt werden dürfen und war daher falsch. Denn auf die Dividendenkompensationszahlung wurde in den strittigen Fällen niemals Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt.⁶ Das Landgericht Bonn hat Cum/Ex-Geschäfte unlängst für strafbar erklärt und bei den Profiteuren einen Einzug des Vermögensschadens angeordnet.⁷

Fachleute einschließlich mir waren der Ansicht, dass seit dem Jahr 2012 durch die Umstellung auf das Zahlstellenprinzip bzw. den Übergang vom Netto- auf das Bruttoprinzip im Zuge des OGAW IV Erstattungen gar nicht gezahlter Kapitalertragsteuern nicht mehr möglich sind. Diese Einsicht hat sich als falsch herausgestellt, Cum/Ex-Geschäfte sind auch nach Inkrafttreten des OGAW IV bis heute in mutierter Form ihrer technischen Abwicklung möglich und am Markt anzutreffen.

Seit dem Jahr 2012 wird im Zuge des OGAW IV die Dividende brutto vom Emittenten der Aktien an Clearstream Banking AG Frankfurt (CBF) gezahlt. Die Depotbank des Aktieninhabers ist

⁶ Ausführlich Spengel, Sachverständigengutachten nach § 28 PUAG für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, 28.7.2016, S. 4 ff, 19 (https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spengel-data.pdf).

⁷ Landgericht Bonn vom 18.3.2020 - 62 Kls - 213 Js 41/19 - 1/19, juris, Dokumenten-Nr. JURE20009067.

zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet und stellt eine Steuerbescheinigung aus. Insoweit gibt es keine mehrfachen Steuerbescheinigungen mehr.

Verbucht CBF jedoch die Dividende auf eine ausländische Depotbank eines Steuerausländers, wird der ausländischen Depotbank nur die Nettodividende gutgeschrieben und es wird eine Steuerbescheinigung ausgestellt. Die Kapitalertragsteuer wird bei CBF auf ein Steuerkonto gebucht und ist zur Abfuhr an das Finanzamt vorgesehen. Die Kapitalertragsteuer ist allerdings noch nicht abgeführt; dennoch verfügt der Steuerausländer über eine Steuerbescheinigung, mittels der er eine Steuererstattung aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens beantragen kann!

Auch nach Inkrafttreten des OAGW IV sind Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag möglich. So können Steuerausländer weiterhin deutsche Aktien an Steuerinländer vor dem Dividendenstichtag mit Dividendenanspruch (cum Dividende) veräußern und nach dem Dividendenstichtag ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) liefern. Zum Ausgleich des fehlenden Dividendenbezugsrechts werden diese Cum/Ex-Geschäfte technisch wie folgt abgewickelt.

- Im Zuge des sog. Reverse Market Claims wird die ausländische Depotbank in Höhe der Nettodividende belastet und das Steuerkonto von CBF in Höhe der noch nicht abgeführten Kapitalertragsteuer.
- Der Depotbank des Steuerinländers wird die Bruttodividende gutgeschrieben (Nettodividende des Steuerausländers zuzüglich noch nicht abgeführter Kapitalertragsteuer vom CBF-Steuerkonto).
- Die Depotbank des Steuerinländers behält Kapitalertragsteuer ein und führt diese an das Finanzamt ab. Dem Steuerinländer wird die Nettodividende ausgezahlt und er erhält eine Steuerbescheinigung.
- Handelt es sich bei dem Steuerinländer um einen Fonds mit Nichtveranlagungsbescheinigung, wird ihm sogar die Bruttodividende ausgezahlt.

Zu beachten ist, dass neben dem Steuerinländer auch der Steuerausländer über eine Steuerbescheinigung verfügt.

Denkbar sind Cum/Ex-Geschäfte in einem Volumen, durch das im Zuge des Reverse Market Claims das Steuerkonto von CBF vollständig „rückbelastet“ wird. In diesen Fällen erhält der Steuerausländer, da er im Besitz einer Steuerbescheinigung ist, eine Erstattung der Kapitalertragsteuer, obwohl diese von CBF nicht an das Finanzamt abgeführt wurde! Es kommt also durch mutierte Cum/Ex-Geschäfte auch nach Inkrafttreten des OAGW IV in Deutschland weiterhin zur Erstattung von Kapitalertragsteuern, die niemals eingenommen wurden! Presseberichten zufolge stehen die staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungen der Privatbank Hauck &

Aufhäuser Mitte August 2020 in Zusammenhang mit Cum/Ex-ähnlichen Geschäften in Tatzeiträumen bis 2016, und es geht um Reverse Market Claims.⁸

Zur Unterbindung einer Erstattung niemals eingemommener Kapitalertragsteuer ist das Verfahren zum Einbehalt, zur Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer sowie das gesamte Erstattungsverfahren dringend zu reformieren. Im Zeitalter der Digitalisierung sind der Betrag der bescheinigten Kapitalertragsteuer einerseits und der hierfür geltend gemachte Erstattungsbetrag andererseits vergleichsweise einfach miteinander zu verknüpfen. Denkbar wäre auch eine Beweislastumkehr, d.h. derjenige, der eine Kapitalertragsteuer erstattet haben möchte, hat den Nachweis zu erbringen, dass die bescheinigte Kapitalertragsteuer tatsächlich einbehalten und abgeführt worden ist.

Im Übrigen sind die von CBF in entsprechenden Fällen für Steuerausländer ausgestellten Steuerbescheinigungen falsch, da die bescheinigte Kapitalertragsteuer nicht abgeführt wurde. Nach § 45a Abs. 7 EStG haftet CBF für den entstandenen Steuerschaden.

Zu Cum/Ex-Geschäften⁹ nach dem OGAW IV verweise ich ausführlich auf die Darstellung von Herrn Alexander Heist „Mögliche steuergetriebene Transaktionsstrukturen nach OGAW IV“ im Auftrag der Bürgerbewegung Finanzwende e.V.¹⁰

Gez.

Prof. Dr. Christoph Spengel

⁸ Iwersen/Votsmeier, Dauerbesuch der Staatsanwaltschaft: Cum-Ex-Affäre erreicht Führungsetage von Hauck & Aufhäuser, Handelsblatt vom 20.8.2020 (<https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/durchsuchungen-bei-privatbank-dauerbesuch-der-staatsanwaltschaft-cum-ex-afaere-erreicht-fuehrungsetage-von-hauck-und-aufhaeuser/26113282.html?ticket=ST-9435154-UC-cAqlcQBP42V7wu4gOc-ap6>).

⁹ Nicht im Zentrum meiner Stellungnahme steht das Folgende, weil einschlägig bereits bekannt, dennoch im Rechtsstaat äußerst bedenklich: Das rückwirkende Aufgreifen von Cum/Ex-Geschäften durch die Strafverfolgungsbehörden ist zentral dafür, mehrfach und zu Unrecht erstattete Kapitalertragsteuern im hohen zweistelligen Milliardenbereich für die Bundesrepublik Deutschland zurück zu holen. Für die strafrechtliche Aufarbeitung spielt die steuerrechtliche Verjährungsfrist von 10 Jahren für offene Fälle (d.h. Fälle, die steuerlich noch nicht bestandskräftig sind) eine entscheidende Rolle. Inwieweit diese steuerrechtliche Verjährungsfrist der Abgabenordnung auch strafrechtlich relevant ist, ist strafrechtlich mangels spezialgesetzlicher Regelung offen. Geradezu schockierend ist es vor diesem Hintergrund, dass im Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz vom 29.6.2020 mit Wirkung zum 1. Juli 2020 geregelt wurde, dass die strafrechtliche Verjährung für bis zu diesem Zeitpunkt noch steuerrechtlich offene Fälle nach 10 Jahren eintritt (d.h. Fälle, die vor dem 1.7.2010 bestandskräftig geworden sind, werden nicht erfasst). Diese Änderung der Abgabenordnung im Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz, wo sie niemand erwartet hat und wo sie auch nicht hingehört, ist ein weiterer Skandal im gesamten Cum/Ex-Skandal und kostet die Bundesrepublik Deutschland Milliarden Euro! Ich fordere den Gesetzgeber auf, diese Regelung (d.h. § 34 Einführungsgesetz zur Abgabenordnung, zuletzt geändert durch Zweites Corona-Steuerhilfegesetz) unverzüglich abzuschaffen und eine klare strafrechtliche Regelung einzuführen, die es ermöglicht, auch steuerlich bereits verjährte Cum/Ex-Geschäfte strafrechtlich mit der Möglichkeit des Vermögenseinzugs aufzugreifen.

¹⁰ Die Darstellung findet sich auf der Homepage der Bürgerbewegung Finanzwende e.V.: <https://www.finanzwende.de/>.

Anlage: Spengel, Christoph, „Steuerrechtliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften – Folgerungen aus dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 28.1.2020 und Konsequenzen für die Praxis“, Der Betrieb, Heft Nr. 37 am 14.9.2020, S. 1919-1927.

Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim

Steuerrechtliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften

– Folgerungen aus dem Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 und Konsequenzen für die Praxis –

Prof. Dr. Christoph Spengel ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II an der Universität Mannheim, Research Associate am ZEW – Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, Mannheim, sowie Direktor und Sprecher des Leibniz WissenschaftsCampus MannheimTaxation. Spengel ist u.a. Gründungsmitglied von Bürgerbewegung Finanzwende e.V.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Der Beitrag nimmt zunächst eine steuerrechtliche Würdigung von Cum/Cum-Geschäften vor und thematisiert das zögerliche und widerwillige Handeln des BMF, das diese Geschäfte nicht aufgreifen möchte. In einem nächsten Schritt wird das Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 ausführlich erörtert. Anschließend werden die Konsequenzen dieses Urteils für die Praxis dargelegt. Im Ergebnis ist dringender Handlungsbedarf festzustellen, Cum/Cum-Geschäfte beherzt aufzugreifen, es könnte auch eine strafrechtliche Relevanz gegeben sein.

I. Einleitung

Seit Jahrzehnten umgehen Cum/Cum-Geschäfte die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form von Dividendenstripping nicht illegal. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen BFH-Rspr. ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Der Umgang mit Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und auch nur im Fall eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will. Das Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 bestätigt nicht nur die Leitsätze der BFH-Rspr., dass neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004-2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind. Schließlich stellt das Gericht fest, dass § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird.

II. Fragestellungen

Cum/Cum-Geschäfte und Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf bezeichnen Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag, die eine Vermeidung bzw. sogar eine mehrfache Erstattung von KapEst bezwecken. Dieses sog. Dividendenstripping ist seit den 90iger-Jahren des vorherigen Jahrhunderts bekannt und in den

vergangenen Jahren zunehmend in den Fokus der Öffentlichkeit geraten. Bei den bekannt gewordenen Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf wurden die Grenzen der Legalität stets überschritten.¹ Es sind flächendeckende staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren in vollem Gang² und es liegt mittlerweile ein erstes Urteil des LG Bonn vor, das diese Geschäfte als strafbar einstuft.³ Der Beitrag fokussiert nicht auf Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf, vielmehr geht es um Cum/Cum-Geschäfte.

Cum/Cum-Geschäfte sind nicht per se illegal und deswegen auch nicht mit Cum/Ex-Geschäften in der Variante des Leerverkaufs vergleichbar. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen Rspr. des BFH⁴ ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Der Umgang mit Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und auch nur im Fall eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will.⁵ Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland aus Cum/Cum-Geschäften entstanden ist, ist immens, er liegt im hohen zweistelligen Milliardenbereich.

Das jüngste Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020⁶ dürfte entgegen den Bestrebungen des Bundesministeriums der Finanzen zu einem weitreichenderen Aufgreifen von Cum/Cum-Geschäften führen. Denn das Urteil bestätigt im konkret zu beurteilendem Sachverhalt nicht nur die Leitsätze des BFH aus dem Jahr 2015, wonach neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelte, die in den Jahren 2004-2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 zu hinterfragen sind.

Unter III. wird zunächst die Funktionsweise von Cum/Cum-Geschäfte erörtert, eine rechtliche Würdigung dieser Geschäfte vorgenommen und das intransparente Handeln des BMF skizziert. Abschn. IV. würdigt die Feststellungen des Hessischen FG in seinem Urteil vom 28.01.2020. Abschn. V. erörtert die sich aus diesem Urteil ergebenden Konsequenzen für die Praxis. Abschn. VI. fasst zusammen.

1 Vgl. FG Hessen vom 08.10.2012 – 4 V 1661/11, EFG 2013 S. 47; FG Hessen vom 10.02.2016 – 4 K 1684/14, EFG 2016 S. 761; FG Hessen vom 10.03.2017 – 4 K 977/14, EFG 2017 S. 656; FG Köln vom 19.07.2019 – 2 K 2672/17, EFG 2020 S. 367.

2 Vgl. zuletzt Iwersen/Votsmeier, HB vom 16.07.2020 S. 30 f.

3 Vgl. LG Bonn vom 18.03.2020 – 62 KLS – 213 Js 41/19 – 1/19, juris, Dok.-Nr. JURE20009067.

4 Vgl. BFH vom 18.08.2015 – I R 88/13, BFH/NV 2016 S. 341.

5 Vgl. BMF vom 17.07.2017, BStBl. I 2017 S. 986 = DB 2017 S. 1619.

6 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020 – 4 K 890/17, juris, Dok.-Nr. STRE202075112.

III. Cum/Cum-Geschäfte

1. Begrifflichkeit und Funktionsweise

Bei Cum/Cum-Geschäften handelt es sich um Aktientransaktionen, bei denen Steuerausländer kurz vor dem Dividendenstichtag Aktien mit (cum) Dividendenanspruch auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber übertragen und diese Aktien ebenfalls mit (cum) Dividendenanspruch geliefert werden. Kurz nach dem Dividendenstichtag erfolgt eine Rückübertragung der Aktien.⁷ Der Anreiz für diese Gestaltungen liegt in dem Nutzen von Steuerarbitrage, welche durch die unterschiedliche Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen bzw. Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Stpfl. ermöglicht wird. Cum/Cum-Geschäfte bezwecken die Vermeidung der auf Dividenden einbehaltenden KapEst. Diese Geschäfte können auf unterschiedliche Weise ausgestaltet sein, wobei der Verkauf von Aktien mit anschließender Rückübertragung sowie die Wertpapierleihe die gängigsten Ausprägungen darstellen. Im Ausland ansässige Inhaber deutscher Aktien sind mit ihren in Deutschland bezogenen Dividenden beschränkt steuerpflichtig (§ 2 KStG), es fällt KapEst an (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG), die abgeltende Wirkung entfaltet (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG). Die Definitivbelastung von 25% (§ 43a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) wird für KapGes. durch § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG auf 15% reduziert, ggf. kommt eine weitere Reduktion durch die Mutter-Tochter-Richtlinie⁸ oder ein DBA in Betracht (§ 50d Abs. 1 S. 1 und 2 EStG). Die Definitivbelastung mit KapEst schafft einen Anreiz, Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber – in der Regel ein Kreditinstitut – zu übertragen und sie kurz nach dem Dividendenstichtag wieder rückzuübertragen. Auf diese Weise können in Deutschland beschränkt steuerpflichtige Dividenden in steuerfreie Einkünfte (Veräußerungsgewinn bzw. Wertpapierleihgebühr) transformiert werden.

Bei einem Erwerbsgeschäft verkauft ein nicht anrechnungsberechtigter Aktieninhaber die Aktien vor dem Dividendenstichtag an ein in Deutschland ansässiges Kreditinstitut und kauft sie nach Ausschüttung der Dividende zum um die Bruttodividende geminderten Preis zurück. Der Steuerausländer erzielt somit einen Veräußerungsgewinn in Höhe der Bruttodividende. Dieser ist nicht im Katalog des § 49 EStG enthalten und wird mithin nicht besteuert. Der unbeschränkt steuerpflichtige Erwerber der Aktien erhält nach dem bescheinigten Abzug der KapEst die Nettodividende und erleidet aus dem Rückverkauf der Aktien einen Veräußerungsverlust. Da es sich bei dem Erwerber im Regelfall um ein Kreditinstitut handelt, sind nach § 8b Abs. 7 KStG die Vorschriften § 8b Abs. 1 bis 6 KStG nicht anwendbar. Damit ist die Nichtabzugsfähigkeit von Veräußerungsverlusten nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG nicht einschlägig, sodass die steuerpflichtige Dividende in voller Höhe mit dem durch den Ver- und Rückkauf entstehenden Veräußerungsverlust verrechnet werden kann und die KapEst aufgrund eines zu versteuernden Einkommens von Null erstattet wird.

Bei einer Wertpapierleihe (§§ 607 ff. BGB) erwirbt ein in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtiger Entleiher kurz vor dem Dividendenstichtag das zivilrechtliche Eigentum an

den Aktien eines ausländischen Aktieninhabers. Kurz nach dem Dividendenstichtag sind Aktien gleicher Art, Güte und Menge an den Verleiher zurückzugeben. Der Steuerausländer erhält eine Wertpapierleihgebühr in Höhe der Bruttodividende. Da diese nicht zu den nach § 49 EStG beschränkt steuerpflichtigen Einkünften zählt, fließt sie dem Verleiher steuerfrei zu. Der Entleiher erhält nach Abzug der KapEst die Nettodividende und kann die Wertpapierleihgebühr als Betriebsausgabe abziehen. Durch die Verrechnung der steuerpflichtigen Dividende mit der Wertpapierleihgebühr in gleicher Höhe entsteht ein zu versteuerndes Einkommen von Null, sodass die KapEst erstattet wird.

Während also der inländische Erwerber bzw. Entleiher der Aktien nach Steuern einen Gewinn von Null erzielt, entsteht beim Steuerausländer ein „Gewinn“ in Höhe der KapEst; der Steuerausländer wird im Ergebnis so gestellt, als habe er die Dividende steuerfrei bezogen. Dieser „Gewinn“ wird regelmäßig zwischen den Beteiligten durch die Preisgestaltung gegenläufiger Kurssicherungsgeschäfte (z.B. Aktienfutures) aufgeteilt, wobei der inländische Zwischenerwerber bzw. Entleiher der Aktien einen deutlich geringeren Anteil erhält.⁹

Ein Beispiel zur Wertpapierleihe verdeutlicht die Funktionsweise von Cum/Cum-Geschäften.

Beispiel:

Ein nicht zur Anrechnung berechtigter Anteilseigner deutscher Aktien, z.B. ein ausländischer Staats- oder Pensionsfonds, verfügt kurz vor dem Dividendenstichtag über Aktien einer deutschen AG im Wert von 100; der Dividendenbeschluss lautet auf 10. Behält der „Steuerausländer“ die Aktien über den Dividendenstichtag, fließt ihm nach Abzug der deutschen KapEst von 25% eine Nettodividende i.H.v. 7,5 (= 10-2,5) zu. Die KapEst i.H.v. 2,5 steht dem deutschen Fiskus zu.

Der „Steuerausländer“ verleiht nunmehr im Rahmen eines Cum/Cum-Dividendenstrippingmodells die Aktien über den Dividendenstichtag für 9 an eine in Deutschland steuerpflichtige Bank, ihm verbleiben nun 9 anstatt 7,5 (weil die Leihgebühr anders als eine Dividende in Deutschland nicht der KapEst unterliegt).

Für die Bank in Deutschland wirft das Geschäft bei einer Bruttobetrachtung (immer) eine positive Rendite von 1 ab (10-9). Das Geschäft steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Bank die zunächst einbehaltene KapEst anrechnen kann bzw. erstattet bekommt. Im Einzelnen: Nach Abzug der KapEst von 25% beträgt die Nettodividende 7,5 (10-2,5), die Leihgebühr weiterhin 9. Ohne Steuern ergibt sich also ein Verlust von 1,5 (7,5 Nettodividende abzüglich Leihgebühr von 9). Zu versteuern ist freilich – falls die Bank wirtschaftlicher Eigentümer geworden sein sollte – die Bruttodividende von 10 abzüglich Leihgebühr von 9, macht also 1. Darauf fallen in Deutschland rund 30% Steuern (KSt inkl. SolZ und GewSt) an, macht also 0,3 (30% von 1). Auf die 0,3 Steuerzahllast können 2,5 KapEst angerechnet werden bzw. es entsteht ein Erstattungsanspruch.

Wie sieht das Geschäft – falls es steuerlich so akzeptiert werden sollte – in der Gesamtbetrachtung aus? Die Bank in Deutschland hat 7,5 netto erhalten, zahlt 0,3 an Steuern und 9 an Leihgebühr, macht also bis dahin 1,8 Verlust (7,5-0,3-9), kann aber 2,5 KapEst anrechnen bzw. sich erstatten lassen, woraus sich ein Gewinn von 0,7 und Nettoeinkünfte der Bank in Deutschland in gleicher Höhe ergeben.

⁷ Für eine detaillierte Beschreibung der Funktionsweise und finanziellen Anreize von Cum/Cum-Transaktionen vgl. Spengel, Sachverständigengutachten nach § 28 PUAG für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, 28.07.2016, S. 4 ff (19) (<http://hbfm.link/7644> [Abruf: 17.08.20]).

⁸ RL 90/435/EWG, Abl. EG 1990 Nr. L 225 S. 6 ff.

⁹ Siehe etwa Fiand, NWB 2016 S. 349.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Ohne Dividendenstripping bzw. Cum/Cum-Geschäft via Wertpapierleihe hätte der deutsche Fiskus 2,5 an Steuern eingenommen, die ihm auch zustehen. Der Verleiher der Wertpapiere hätte 7,5 netto eingenommen. Falls der deutsche Fiskus die Wertpapierleihe hingegen steuerlich anerkennt, entgehen ihm Steuern von 2,2. Von diesem Steuerschaden profitiert der Verleiher der Wertpapiere i.H.v. 1,5 (er hat 9 anstatt 7,5) und die Bank in Deutschland i.H.v. 0,7. Werden die Transaktionen hingegen nicht anerkannt, ist die (Netto-)Dividende dem Verleiher zuzurechnen. Die Bank in Deutschland muss die KapESt zurückzahlen, womit ein Vermögensverlust i.H.v. 2,5 entsteht. Für manche Banken kann das durchaus bedrohlich sein.

2. Steuerrechtliche Würdigung

Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften ist nicht mit den illegalen Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf gleichzusetzen, es ist aber der konkrete Einzelfall zu prüfen. Eine Anrechnung bzw. Erstattung der KapESt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist seit 2001¹⁰ nur dann statthaft, wenn ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Zwischenerwerber und Rückveräußerer bzw. den Entleiher nach § 39 Abs. 2 AO stattgefunden hat und kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vorliegt. Dies folgt aus der höchstrichterlichen BFH-Rspr.¹¹

Vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rspr. des BFH ist es allgemein anerkannt, dass das wirtschaftliche Eigentum (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Erwerber grundsätzlich mit der Erlangung des zivilrechtlichen Eigentums übergeht.¹² Dennoch verdeutlicht der BFH in seiner st. Rspr., dass die Beurteilung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums einzelfallabhängig ist und nur in der Gesamtschau der Verhältnisse entschieden werden kann.¹³ Dem BFH-Urteil vom 18.08.2015¹⁴ lag eine Wertpapierleihe zugrunde. Obwohl der Entleiher bei einer Wertpapierleihe zivilrechtlicher und regelmäßig auch wirtschaftlicher Eigentümer wird, hat der BFH anhand bestimmter Kriterien den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im vorliegenden Fall verneint. Es kommt mithin auch bei einer Wertpapierleihe auf die Umstände des Einzelfalls an, ob ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums stattfindet. Insbesondere im Falle einer Kündigungsmöglichkeit des Entleihers, einer kurzen Leihdauer und keiner wirtschaftlichen Nutzung der Aktien durch den Entleiher ist voraussichtlich das wirtschaftliche Eigentum nicht übergegangen.

Sofern der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bejaht werden kann, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob ein Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) vorliegt. Wie oben dargelegt, besteht der Anreiz von Cum/Cum-Geschäften in der Regel in der Nutzung von Steuerarbitrage; es mangelt mithin an einem eigenständigen, außersteuerlichen wirtschaftlichen

Zweck der Transaktionen. Es werden häufig gängige Gestaltungen genutzt, um eine Erstattung der KapESt zu erwirken, die Steuerausländern nicht zusteht. In diesen Fällen besteht regelmäßig eine Anscheinsvermutung für einen Gestaltungsmissbrauch. So ist auch der Rspr. des BFH zu entnehmen, dass bei Wertpapiertransaktionen, die zu einem wirtschaftlichen Gesamtverlust führen müssen und sich nur durch die Inanspruchnahme steuerlicher Effekte lohnen, von einem Gestaltungsmissbrauch auszugehen ist.¹⁵ Auch das Hessische FG und das Niedersächsische FG gingen in ihren Entscheidungen vom 10.02.2016¹⁶ betreffend einen Wertpapierkauf bzw. vom 21.11.2013¹⁷ betreffend eine Wertpapierleihe von einem Gestaltungsmissbrauch aus.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht per se illegal sind. Es hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab, ob das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien übergegangen ist und ob ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt. Werden in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt, also zum gesamten Gestaltungsmodell gemacht, kann überdies ein Fall der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO oder eine leichtfertige Steuerverkürzung gem. § 378 AO vorliegen.¹⁸

3. Maßnahmen durch den Gesetzgeber und das BMF

Die Haltung der Bundesregierung und des BMF hinsichtlich des (rückwirkenden) Aufgreifens von Cum/Cum-Geschäften ist unverständlich. Es steht der Verdacht im Raum, dass man diese Geschäfte bewusst nicht aufgegriffen hat, um den deutschen Bankensektor nach Überwindung der Finanzkrise zu schützen, oder nicht ordentlich gearbeitet hat, weil die Finanzverwaltung die Streichung von § 50c EStG mit Wirkung ab Vz. 2001 nicht bedacht und die BFH-Rspr. bewusst falsch verstanden und/oder vor dem rückwirkenden EU-rechtlichen Aufgriff der Besteuerung von Streubesitzdividenden zurückgeschreckt hat. Zentrale Aussagen der Bundesregierung zur steuerrechtlichen Beurteilung von Cum/Cum-Geschäften sind offensichtlich falsch und dazu ergangene BMF-Schreiben lassen bis heute zahlreiche Fragen offen.

Wie in Abschn. III. 2. dargelegt, muss ab dem Jahr 2001 neben dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums in einem weiteren Schritt das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs geprüft werden. Die Finanzverwaltung hat das ignoriert. Die Bundesregierung hat auf eine Kleine Anfrage vom 24.11.2015,¹⁹ ob bei Cum/Cum-Geschäften eine missbräuchliche Gestaltung i.S.v. § 42 AO vorläge, mit Schreiben vom 07.01.2016 geantwortet: „Für bestimmte Konstellationen des sog. Dividendenstripings hat der BFH in den Urteilen vom 15.12.1999 (I R 29/97) und vom 20.11.2007 (I R 85/05) entschieden, dass diese grds. zulässig seien. Ob in anderen Konstellationen die Grenzen des Gestaltungsmissbrauchs überschritten sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.“²⁰ Diese Aussage zeugt von einer fragwürdigen Auffassung des BMF hinsichtlich der rechtlichen Würdigung von Cum/Cum-Geschäften.

10 Im Zeitraum von 1977 bis 1979 wurden Cum/Cum-Geschäfte als missbräuchlich § 42 AO eingestuft, sodass eine Anrechnung von KSt und KapESt zu versagen war. Ab 1980 wurde die Anwendung von § 42 AO durch die Einführung des § 50c EStG überlagert. Durch diese sog. Börsenklausel waren Cum/Cum-Geschäfte legal möglich, sofern sie formal über die Börse abgewickelt wurden. Diese Möglichkeit wurde 1994 eingeschränkt. Mit der Streichung des § 50c EStG muss seit dem Jahr 2001 wieder die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO geprüft werden. Vgl. Spengel (a.a.O. Fn. 7), S. 39 ff.

11 Für eine ausführliche steuerrechtliche Beurteilung von Cum/Cum-Geschäften vgl. Spengel a.a.O. (Fn. 7), S. 39 ff.

12 Vgl. BFH vom 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000 S. 527 = DB 2000 S. 600.

13 Vgl. BFH vom 16.04.2014 – I R 2/12, BFH/NV 2014 S. 1813.

14 Vgl. BFH vom 18.08.2015, a.a.O. (Fn. 4).

15 Vgl. Schwenke, Im Fokus des BFH: Übergang wirtschaftlichen Eigentums bei Aktiengeschäften vom 01.12.2016, <http://hbfm.link/7645> (Abruf: 26.07.2020, mit Verweis auf BFH vom 27.07.1999 – VIII R 36/98, BStBl. II 1999 S. 769 = DB 1999 S. 2292).

16 Vgl. FG Hessen vom 10.02.2016, a.a.O. (Fn. 1).

17 Vgl. FG Niedersachsen vom 21.11.2013 – 6 K 366/12, EFG 2014 S. 494.

18 Vgl. Spengel, a.a.O. (Fn. 7), S. 56 f.

19 BT-Drucks. 18/6863.

20 BT-Drucks. 18/7213 S. 1.

Der BFH hat in den angesprochenen beiden Urteilen § 42 AO lediglich deshalb nicht geprüft, weil seine Anwendung in den Zeiträumen, die den Sachverhalten der Urteile zugrunde lagen, durch die Spezialregelung des § 50c EStG überlagert wurde.²¹ Seit der Abschaffung von § 50c EStG im Jahr 2001 muss die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO jedoch wieder geprüft werden.

Mit Schreiben vom 11.11.2016,²² das gegen ein Ministervotum ergangen ist, was wohl einmalig in der Geschichte der Bundesrepublik ist, hat sich das BMF mit der wirtschaftlichen Zurechnung bei Wertpapiergeschäften, insb. Wertpapierleihen, die Gegenstand des BFH-Urteils vom 18.08.2015²³ waren, beschäftigt. In diesem Schreiben anerkennt das BMF zunächst sämtliche Entscheidungsgründe des Urteils des BFH vom 18.08.2015, welche gegen den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Entleiher sprechen. Darüber hinaus anerkennt das BMF, dass auch im Fall der Bejahung eines Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) in Betracht zu ziehen ist. Das BMF-Schreiben geht anschließend jedoch stets von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie von dem Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) aus, falls aus der Wertpapierleihe ein wirtschaftlicher Vorteil i.S. einer positiven Vorsteuerrendite erzielt wird. Da dies stets der Fall ist, falls vor, also ohne Steuern kalkuliert wird (Bruttodividende 10 abzgl. Leihgebühr 9, siehe obiges Beispiel, Abschn. III. 1), besteht der Verdacht, dass das BMF Ende 2016 Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit reinwaschen wollte.²⁴

In seinem Schreiben vom 17.07.2017²⁵ hat sich das BMF erneut mit der steuerlichen Behandlung von Cum/Cum-Geschäften befasst. Auch hierbei kommt die Vermutung auf, dass Cum/Cum-Geschäfte rückwirkend weitestgehend nicht aufgegriffen werden sollen.²⁶ Erstens ist der Zusammenhang zum o.g. BMF-Schreiben vom 11.11.2016 unklar. Somit bleibt die Frage offen, ob es für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums weiterhin auf das Vorliegen einer positiven Vorsteuerrendite ankommen soll. Zweitens sollen Cum/Cum-Geschäfte lediglich hinsichtlich eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) geprüft werden; eine Überprüfung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Erwerber bzw. Entleiher wird nicht thematisiert. Angesichts der eindeutigen BFH-Rspr. ist das mehr als erstaunlich, es stimmt nachdenklich. Drittens sollen Cum/Cum-Geschäfte, die vor der Einführung des § 8b Abs. 4 KStG stattgefunden haben, nicht rückwirkend aufgegriffen werden, falls der Veräußerer oder Verleiher gem. § 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KStG eine in einem EU/EWR-Staat ansässige KapGes. ist. Diese Ausnahmeregelung ist

nicht nur rechtssystematisch unhaltbar.²⁷ Jedem Insider – und damit auch einer funktionierenden Finanzverwaltung – muss klar sein, dass deutsche Drittstaatenaktienpakete stets mittelbar über EU-Vehikel (meistens über Großbritannien) nach Deutschland weiter verliehen wurden, das BMF-Schreiben vom 17.07.2017 ist somit als weiterer Versuch zur Reinwaschung von Cum/Cum-Geschäften mit Wirkung bis 2013 zu verstehen.

Festzuhalten ist, dass das Aufgreifen von Cum/Cum-Geschäften mit Wirkung für die Vergangenheit durch die Bundesregierung und das BMF widerwillig und intransparent erfolgte. Es besteht der begründete Verdacht, dass das BMF diese Geschäfte spätestens ab dem Jahr 2016 auf Druck von außen reinwaschen wollte. In künftigen Jahren sollen Cum/Cum-Geschäfte durch den im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes 2016²⁸ eingeführten § 36a EStG unterbunden werden. Die Anrechnung der KapESt wird an die Voraussetzungen einer Mindesthaltedauer um den Zeitpunkt der Fälligkeit der Kapitalerträge, das Tragen eines Mindestwertänderungsrisikos sowie das Nichtvorliegen einer Verpflichtung zur Vergütung der Kapitalerträge an andere Personen geknüpft. Damit werden Cum/Cum-Geschäfte in ihrer bisherigen Ausgestaltung sicherlich um einiges erschwert. Der Ausgangspunkt der Geschäfte liegt jedoch, wie gesehen, in der unterschiedlichen Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen und Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Stpfl. Diese fortbestehenden Arbitragemöglichkeiten fordern fortbestehende Gestaltungen heraus.²⁹ Es ist nicht sichergestellt, dass alle Möglichkeiten zur Umwandlung von beschränkt steuerpflichtigen Dividenden in steuerfreie Veräußerungsgewinne oder Wertpapierleihgebühren verhindert werden und keine Wege gefunden werden können, den Anwendungsbereich von § 36a EStG zu umgehen.³⁰

IV. Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020

1. Sachverhalt

Im Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020,³¹ gegen das Revision beim BFH zugelassen wurde, waren im Hinblick auf Cum/Cum-Geschäfte vor allem die Steuerbefreiung von Dividenden gem. § 8b Abs. 1 KStG in den Jahren 2004 bis 2006 im Umfang eines hohen zweistelligen Millionenbetrags sowie die Anrechnung der darauf einbehaltenen KapESt in Höhe eines entsprechend geringeren zweistelligen Millionenbetrags streitgegenständlich. Die Dividenden resultierten aus Aktien, die der Klägerin (A-AG) von der B-Bank zeitweilig als Wertausgleich für die Zurverfügungstellung von festverzinslichen Wertpapieren übertragen wurden. Dazu vereinbarten die A-AG und die B-Bank in einem Rahmenvertrag und mehreren Ergänzungsvereinbarungen die wechselseitige Hin- und Rückübertragung von Aktien und sonstigen Wertpapieren. Konkret hat die A-AG der B-Bank im Rahmen eines Wertpapierleihgeschäfts festverzinsliche Wertpapiere übertragen und im Gegenzug von der B-Bank für den gleichen Zeitraum als Wertausgleich Aktien mehrerer inländischer, börsennotierter Gesellschaften sowie eine Leihgebühr i.H.v. 0,05% des Werts

21 Vgl. Spengel, a.a.O. (Fn. 7), S. 59 f.

22 Vgl. BMF vom 11.11.2016, BSBl. I 2016 S. 1324. Am 01.12.2016 befasste sich die Länderfinanzministerkonferenz mit dem BMF-Schreiben und hat das BMF um Klarstellungen und Ergänzungen gebeten. Vgl. Greive/Votsmeier, Banken sollen zahlen, HB vom 02.12.2016 S. 33.

23 Vgl. BFH vom 18.08.2015, a.a.O. (Fn. 4).

24 Vgl. Spengel, DB 2016 S. 2992. Siehe vor allem die eine Woche nach dem BMF-Schreiben vom 11.11.2016 ergangene Rundverfügung der OFD Frankfurt/M. vom 18.11.2016 (OFD Frankfurt/M. vom 18.11.2016 – S 2134 A – 15 – St 210). Eine positive Vorsteuerrendite als brauchbares Kriterium ablehnend vgl. unmittelbar im Nachgang zum angesprochenen BMF-Schreiben FG Niedersachsen vom 17.11.2016 – 6 K 230/15, juris, Dok.-Nr. STRE201775147, Rn. 70.

25 Vgl. BMF vom 17.07.2017, a.a.O. (Fn. 5).

26 Vgl. hierzu ausführlich Spengel, Kurzstellungnahme zum Schreiben des BMF vom 17.07.2017, Steuerliche Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen, 19.07.2017 (<http://hbfm.link/7646> [Abruf: 17.08.20]).

27 Vgl. Dutt/Spengel/Vay, StuW 2018 S. 235 f., m.w.N.

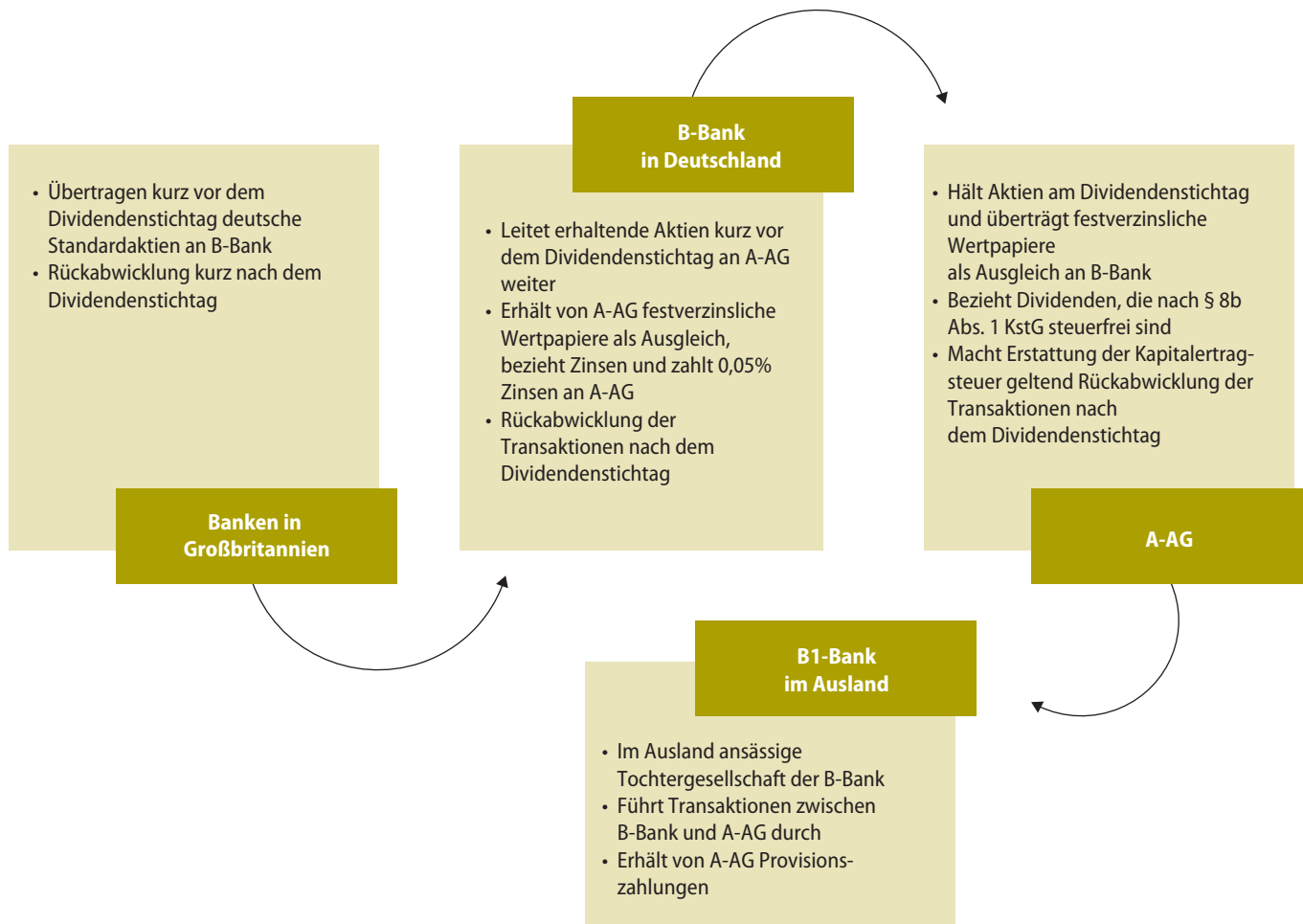
28 InvStRefG vom 19.07.2016, BGBl. I 2016 S. 1730.

29 Vgl. Spengel, a.a.O. (Fn. 7), S. 62.

30 Vgl. auch Anzinger, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG)“, BT-Drucks. 18/8045 S. 10.

31 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 1ff.

Abb. 1: Optimiertes Cum/Cum-Gestaltungsmodell nach FG Hessen vom 28.01.2020



der überlassenen festverzinslichen Wertpapiere erhalten. Die Aktienlieferungen erfolgten jew. vor dem Tag der Hauptversammlung.

Die Erträge aus den wechselseitig überlassenen Wertpapieren wurden während der Haltedauer von den jeweiligen Besitzern vereinnahmt, also die Dividenden von der A-AG und die Zinsen von der B-Bank. Abgesehen von einer Ausnahme, entsprachen sich pro Jahr die Zinsen und die Bruttodividenden der Höhe nach, bereits geringste Schwankungen führten gem. den getroffenen Vereinbarungen zu Wertausgleichsverpflichtungen. Kurz nach der Vereinnahmung der jeweiligen Erträge wurden die wechselseitigen Transaktionen beendet und die jeweiligen Wertpapiere rückübertragen. Während der jeweiligen Haltedauern der Aktien hat die A-AG weder die Stimmrechte ausgeübt noch die Aktien veräußert.

Die Aktien, welche die B-Bank an die A-AG übertragen hat, bezog sie ihrerseits unmittelbar vor der Übertragung an die A-AG von Dritten, an die die Aktien anschließend wieder rückübertragen wurden. Bei den Dritten handelte es sich um nicht ansässige Aktieninhaber (Finanzinstitute) mit Sitz in Großbritannien. Die jeweiligen Übertragungen und Rückübertragungen vom bzw. an den Dritten wurden im Voraus vertraglich geregelt. Die Durchführung der Transaktionen hat die B1-Bank, eine im Ausland ansässige Tochtergesellschaft der B-Bank, übernommen. Dafür zahlte die A-AG der B1-Bank Provisionen in Höhe eines einstelligen Millionenbetrags.

Im Ergebnis ist der Sachverhaltsschilderung zu entnehmen, dass es sich bei den zugrundeliegenden Wertpapiertransaktionen

um ein in Bankenkreisen gängiges Gestaltungsmodell zur Vermeidung der deutschen KapESt auf Dividenden handelt, die nichtanrechnungsberechtigte, im Ausland ansässige Anteilseigner beziehen. Im Rahmen dieser optimierten, „weitergeleiteten“ Wertpapierübertragungen werden über den Dividendenstichtag deutsche Aktien, die von nichtansässigen Anteilseignern gehalten werden, in einem ersten Schritt auf in Deutschland ansässige Kreditinstitute übertragen. Da die Kreditinstitute (vorliegend die B-Bank) aufgrund von § 8b Abs. 7 KStG nicht in Genuss der Steuerbefreiung von Dividenden gem. § 8b Abs. 1 KStG kommen, erfolgt in einem zweiten Schritt eine nochmalige Übertragung der Aktien auf ein weiteres Unternehmen (vorliegend die A-AG), das die Dividenden nach § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei vereinnahmen kann.

2. Feststellungen

a) Kein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO

Nach den Feststellungen des Hessischen FG³² hat die A-AG bei einer Gesamtwürdigung der Umstände des zu beurteilenden Sachverhalts durch die Übertragung der Aktien nicht das wirtschaftliche Eigentum gem. § 39 Abs. 2 AO an den Aktien erlangt. Da die wesentlichen mit den Aktien verbundenen Rechte sowie die Risiken und Chancen einer Wertminderung bzw. Wertsteigerung der Aktien bei der B-Bank verblieben sind, wurde der A-AG im Zuge der Übertragung der Aktien

32 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 173 ff.

lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition, eine „leere Eigentumshülle“, verschafft.

Unter Würdigung der BFH-Urteile vom 14.04.2014³³ und vom 18.08.2015³⁴ kommt es im zu beurteilenden Sachverhalt nach den Feststellungen des Gerichts auch deswegen nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien auf die A-AG, weil im Rahmen der wechselseitigen Wertpapiergeschäfte jeder Vertragspartner infolge der wechselseitigen Abstimmung der wechselseitigen Erträge, d.h. der Bruttodividenden einerseits und den Zinserträgen andererseits, verbunden mit einer Wertausgleichsverpflichtung, genau das erhielt, was er ohne die Übertragung erhalten hätte. Die Übertragung der Aktien war auch nicht darauf angelegt, der A-AG Stimmrechte oder sonstige Verwaltungsrechte zu verschaffen. Schließlich bestand zu keinem Zeitpunkt die Absicht, einen wirtschaftlichen Nutzen aus den überlassenen Aktien zu ziehen.

Da das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien nicht auf die A-AG übergegangen ist, ist sie kein Anteilseigner i.S.d. § 20 Abs. 2a EStG a.F. geworden und erzielt somit auch keine nach § 8b Abs. 1 KStG freizustellenden Dividenden. Da das Vorhandensein von Dividenden Voraussetzung für eine Anrechnung bzw. Erstattung der KapESt ist (§ 31 Abs. 1 Satz 1 KStG 2002 i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 EStG 2002), hat die A-AG auch keinen Anspruch auf Anrechnung bzw. Erstattung der KapESt. Im Ergebnis kommt es bei der A-AG zu einem bilanziellen Verlust in Höhe der Differenz zwischen den Brutto- und Nettodividenden.

b) Vorliegen eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO

Darüber hinaus sieht das Hessische FG³⁵ in den wechselseitigen Wertpapierübertragungen im Streitfall ein Gesamtgestaltungskonzept, das den Tatbestand des Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO erfüllt. Denn im zu beurteilenden Sachverhalt hat sich durch die komplizierten Transaktionen für die Beteiligten wirtschaftlich nichts geändert. Konkret bleibt die Höhe der jeweiligen Erträge, d.h. die Bruttodividenden einerseits und die Zinserträge andererseits, verbunden mit einer Wertausgleichsverpflichtung, unverändert. Rechtsfolge des § 42 AO ist es mithin, dass über die wechselseitigen Transaktionen hinwegzusehen ist und der Besteuerung ein fiktiver, den wirtschaftlichen Vorgängen angemessener Sachverhalt zugrunde zu legen ist.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 42 AO stellt das Gericht zunächst fest, dass mit der Aufhebung des § 50c EStG seit dem Jahr 2001 kein einzelsteuergesetzlicher Missbrauchstatbestand mehr besteht, welcher die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO verdrängt.³⁶ Auch der durch den im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes 2016 als typisierende Missbrauchsvermeidungsregelung eingeführte § 36a EStG führt nach Auffassung des Gerichts zu keinem anderen Ergebnis.³⁷ Rechtsmethodisch unschlüssig und abwegig ist es nach Auffassung des Gerichts, dass § 36a EStG bereits vor seiner Geltung ab dem Jahr 2016 die Anwendung von § 42 AO rückwirkend ausschliesse. Aber auch für die Jahre ab 2016 kommt es durch § 36a EStG nicht zu einer Verdrängung der

allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO, hat doch der Gesetzgeber in § 36a Abs. 7 EStG den § 42 AO explizit weiter für anwendbar erklärt und damit zu erkennen gegeben, dass § 36a EStG lediglich eine typisierende Missbrauchsvermeidungsregelung darstellt, mit der keine abschließende Regelung getroffen werden sollte.³⁸ Im Ergebnis bleibt § 42 AO bei Cum/Cum-Geschäften auch ab 2016 anwendbar, falls zwar die strengereren Voraussetzungen für die Anrechnung der KapESt nach § 36a EStG erfüllt sind, die Anrechnung allerdings durch eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung erwirkt wird. Der Missbrauchsgehalt nach § 42 AO muss darum über die typisierenden Kriterien des § 36a EStG hinausgehen.

Entlang der zu § 42 AO ergangenen höchstrichterlichen Rspr. des BFH benennt das Gericht im Weiteren bedeutsame Indizien, welche bei Cum/Cum-Geschäften im vorliegenden Sachverhalt einen Gestaltungsmissbrauch nahelegen. Das Gericht wertet sowohl die wechselseitigen Wertpapierübertragungen zwischen der A-AG und der B-Bank als auch die Beschaffung der Aktien durch die B-Bank von den im Ausland ansässigen Dritten als Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO.

Die wechselseitigen Wertpapierübertragungen zwischen der A-AG und der B-Bank stellen nach den Feststellungen des Gerichts einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO dar, da es lediglich zu einer Umqualifizierung der Erträge (Bruttodividenden und Zinserträge einschließlich Wertausgleich) kommt, ohne dass sich wirtschaftlich für die Beteiligten etwas geändert hat.³⁹ Durch diese Gestaltung ist die A-AG jedoch in den Genuss der Steuerbefreiung von Dividenden nach § 8b Abs. 1 KStG gekommen, wohingegen sie Zinseinkünfte in gleicher Höhe zu versteuern hätte. Für das Gericht waren keine anderen beachtlichen nicht steuerrechtliche Gründe erkennbar. Als Rechtsfolge des § 42 AO ist über die wechselseitigen Wertpapierübertragungen hinwegzusehen mit folgenden Konsequenzen, die das Gericht ausführt:⁴⁰

- Bei der A-AG sind zum einen die Steuerbefreiung der Dividenden nach § 8b Abs. 1 KStG zu versagen und darüber hinaus die steuerliche Berücksichtigung der Aufwendungen als Betriebsausgaben (hier die Differenz zwischen den Brutto- und Nettodividenden und die Provisionszahlungen an die B1-Bank) sowie die Berücksichtigung der von der B-Bank gezahlten Wertpapierleihgebühren als Betriebseinnahmen zu korrigieren. Zum anderen verblieben die an die B-Bank übertragenen Wertpapiere bei der A-AG, sodass ihr die Zinserträge, welche die B-Bank vereinnahmt hat, steuerlich zuzurechnen wären.
- Der B-Bank wären die Aktien weiterhin zuzurechnen, sodass sie nach § 8b Abs. 7 KStG steuerpflichtige Dividenden erzielte. Sofern sie auch wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien wäre, bestünde eine Berechtigung zur Anrechnung der KapESt.

Darüber hinaus wertet das Gericht die Beschaffung der Aktien durch die B-Bank von einem im Ausland ansässigen Dritten als Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO,⁴¹ weil es bereits in der kurzfristigen Hin- und Rückübertragung von Aktien eines nicht zur Anrechnung der KapESt berechtigten ausländischen Anteilseigners über den Dividendenstichtag an einen anrech-

33 Vgl. BFH vom 16.04.2014, a.a.O. (Fn. 13).

34 Vgl. BFH vom 18.08.2015, a.a.O. (Fn. 4).

35 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 197 ff.

36 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 200.

37 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 202.

38 A.A. explizit Drüen, StW 2020 S. 10 f. Der Beitrag von Drüen basiert auf einer Auftragsarbeit für die DekaBank.

39 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 212 ff.

40 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 218 f.

41 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 221 ff.

nungsberechtigten Steuerinländer (hier B-Bank) unter der Einschaltung eines ebenfalls im Ausland ansässigen Vermittlers (hier BI-Bank) eine Beweisvermutung für einen Gestaltungsmissbrauch zur Umgehung in Deutschland beschränkt steuerpflichtiger Dividenden erkennt. Die Beweisaufnahme habe zudem ergeben, dass es sich dabei in den Streitjahren um ein gängiges Gestaltungsmodell handelte, das in Bankenkreisen bekannt war und in größerem Umfang zur Vermeidung einer Definitivbelastung von Dividenden mit KapEst, die beschränkt Stpfl. beziehen, praktiziert wurde. Hinzu kommt, dass die B-Bank im Hinblick auf die kurzfristig beschafften Aktien lediglich als durchleitende Stelle agierte, ohne eine Risikoposition innezuhaben. Auch basierte das optimierte Gestaltungsmodell, nämlich die Weiterleitung der erlangten Aktien über den Dividendenstichtag an einen nicht unter § 8b Abs. 7 KStG fallenden unbeschränkt Stpfl. (hier A-AG), um die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG zu erlangen, exakt auf einem vorliegenden Rechtsgutachten einer internationalen Anwaltskanzlei, das auch anderen Banken angeboten wurde.

c) Weitere relevante Feststellungen des Gerichts

Mit Blick auf Cum/Cum-Geschäfte sind zum einen die Feststellungen des Hessischen FG zur positiven Vorsteuerrendite bedeutsam. Nach Ansicht des BMF vom 11.11.2016⁴² ist stets von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO sowie von dem Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO auszugehen, falls bei dem die Anrechnung bzw. Erstattung der KapEst Begehrenden ein wirtschaftlicher Vorteil i.S. einer positiven Vorsteuerrendite erzielt wird. Nur klarstellend weist das Gericht zunächst darauf hin, dass Schreiben des BMF im Gegensatz zum Gesetz keine rechtliche Bindungswirkung entfalten.⁴³ Das Kriterium der positiven Vorsteuerrendite ist nach den Feststellungen des Gerichts bereits dem Grunde nach ungeeignet, eine Antwort auf die Frage der wirtschaftlichen Zurechnung zu liefern, da es keine Auswirkungen auf die tatsächliche Sachherrschaft nach § 39 Abs. 2 AO hat.⁴⁴ Ebenso ungeeignet ist dieses Kriterium für die Kennzeichnung eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO, wenn die positive Vorsteuerrendite aus einem Steuervorteil resultiert, dem ein missbräuchliches Umgehungs-geschäft zugrunde liegt.⁴⁵

Zum anderen setzt sich das Gericht mit der Auffassung des BMF vom 17.07.2017⁴⁶ auseinander, nach der Cum/Cum-Geschäfte, die vor der Einführung des § 8b Abs. 4 KStG im Jahr 2013 stattgefunden haben, nicht rückwirkend aufgegriffen werden sollen, falls der Veräußerer oder Verleiher gem. § 32 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KStG eine in einem EU/EWR-Staat ansässige KapGes. ist. Nach Ansicht des Gerichts lässt die EU-rechtswidrige Besteuerung von Streubesitzdividenden keine EU-rechtskonforme Auslegung des § 39 Abs. 2 AO zu, die zwingend zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führt. Denn die EU-Rechtswidrigkeit bezieht sich nicht auf § 39 Abs. 2 AO, inso- weit besteht überhaupt keine Ungleichbehandlung zwischen Inländern und EU-Ausländern, sondern auf das Verfahren zur

Erstattung der KapEst.⁴⁷ Entsprechendes muss dann, ohne dass das Gericht hierzu explizite Ausführungen macht, auch im Hinblick auf die Anwendung des § 42 AO gelten.

3. Ergebnis

Das inzwischen rechtskräftige Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 bestätigt nicht nur die Leitsätze des Urteils des BFH aus dem Jahr 2015, wonach bei Cum/Cum-Geschäften im konkreten Einzelfall neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Mit Blick auf die Überprüfung des wirtschaftlichen Eigentumsübergangs nach § 39 Abs. 2 AO geht das Gericht weit über die Auslegung des BMF hinaus.

Ferner sieht das Gericht in der Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, welche die Weiterleitung kurzfristig aus dem Ausland erlangter Aktien durch eine inländische Bank über den Dividendenstichtag an einen nicht unter § 8b Abs. 7 KStG fallenden unbeschränkt Stpfl. (hier A-AG) beinhalten, eine Beweisvermutung für eine missbräuchliche Gestaltung i.S.d. § 42 AO. Das Vorhandensein solch marktüblicher Gestaltungsmodelle ist somit als Handlungsaufforderung für die Finanzverwaltung bzw. die Bp zu sehen.

Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004-2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst, wie es das BMF praktizieren möchte, ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind.

Schließlich stellt das Gericht fest, dass der allgemeine Missbrauchstatbestand des § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird. Außerdem sieht das Gericht in einer negativen Vorsteuerrendite kein geeignetes Aufgriffskriterium.

V. Konsequenzen für die Praxis

Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland durch Cum/Cum-Geschäfte entstanden ist, ist immens. Einer Schätzung zufolge sollen dem Staat allein im Jahr 2015 durch Cum/Cum-Geschäfte 5-6 Mrd. € Steuern entgangen sein.⁴⁸ Überdies werden zunehmend Einzelfälle und deren Ausmaß bekannt. Im Mai 2016 wurden vertrauliche Daten durch Journalisten ausgewertet, welche auf einen geschätzten KapEst-Ausfall von 1 Mrd. € jährlich im Zeitraum 2013 bis 2015 hindeuten.⁴⁹ Die Commerzbank gibt in ihrem Geschäftsbericht an, per Ende 2017 Rückstellungen von 12 Mio. € für ggf. zurückzuerstattende KapEst gebildet zu haben.⁵⁰ Diese Rückstellungen decken Kundenforderungen ab, weshalb davon auszugehen ist, dass Aktien gewerbsmäßig weiterverliehen wurden. Auch die Landesbank Baden-Württemberg soll nach Berichten des Bayerischen Rundfunks in gewerbsmäßige Cum/Cum-Geschäfte verwickelt gewesen sein.⁵¹ Schließlich wurde im Jahr 2019 bekannt, dass kleinere Banken wie die

42 Vgl. BMF vom 11.11.2016, a.a.O. (Fn. 22).

43 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 233.

44 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 234. Zur ausführlichen Begründung wird auf das Urteil des FG Niedersachsen vom 17.11.2016, a.a.O. (Fn. 24), Rn. 70, verwiesen.

45 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 234.

46 Vgl. BMF vom 17.07.2017, a.a.O. (Fn. 5).

47 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 287.

48 Vgl. Ramthun, Schäuble will Mrd.-Schlupflöcher schließen, WiWo vom 17.04.2015, <http://hbfm.link/7647> (Abruf: 26.07.2020); Ramthun, Aus für Cum-Cum-Trickser, WiWo vom 20.11.2015 S. 26.

49 Vgl. Iwersen/Votsmeier/Osman, Milliardenschaden für den Fiskus durch Dividendenstripping?, HB vom 02.05.2016, <http://hbfm.link/7648> (Abruf: 26.07.2020).

50 Vgl. Commerzbank, Geschäftsbericht 2017, 2018, S. 233.

51 Vgl. Dangelmayer/Kerler/Meyer-Fünffinger, War auch die LBBW dabei?, 19.04.2017, <http://hbfm.link/7649> (Abruf: 26.07.2020).

Sparkasse Bodensee⁵² und die Volksbank Heilbronn⁵³ KapESt i.H.v. insgesamt rund 57 Mio. € aufgrund unzulässiger Cum/Cum-Geschäfte zurückzahlen mussten.

Wird angenommen, dass sämtliche im Ausland ansässigen Eigentümer deutscher Aktien Cum/Cum-Geschäfte getätigt haben, ergibt sich für die Jahre 2001 bis 2016 ein potenzieller Steuerschaden zwischen 49,2 Mrd. € (KapESt inkl. SolZ von 15,825%) und rund 82 Mrd. € (KapESt inkl. SolZ von 26,375%).⁵⁴ Das BMF hat sich in den Jahren 2016⁵⁵ und 2017⁵⁶ in zwei Schreiben mit dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 AO sowie dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs gem. § 42 AO bei Cum/Cum-Geschäften befasst (s.o., Abschn. III.3). Im Mittelpunkt laufender Betriebsprüfungen durch die Finanzverwaltung steht der Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO für ab dem Jahr 2013 getätigte Cum/Cum-Geschäfte.⁵⁷ Am 18.07.2017 befragte die BaFin deutsche Kreditinstitute, ob sie in Cum/Cum-Geschäfte als Erwerber oder Entleiher involviert waren und finanzielle Belastungen infolge von Rückforderungen der KapESt wegen des Vorwurfs eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO befürchten. Insgesamt gaben bis November 2017 85 Kreditinstitute an, in Cum/Cum-Geschäfte involviert gewesen zu sein; 77 Kreditinstitute, also mehr als 90%, befürchten finanzielle Mehrbelastungen aufgrund von § 42 AO-Risiken und haben dafür insgesamt Rückstellungen i.H.v. rund 490 Mio. € gebildet.⁵⁸

Aufgrund des Urteils des Hessischen FG vom 28.01.2020 ist von erheblich höheren finanziellen Risiken in den Bankbilanzen auszugehen. Denn es geht nicht nur um § 42 AO-Risiken, sondern auch um die vorgelagerte Feststellung, ob bei Cum/Cum-Geschäften das wirtschaftliche Eigentum (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Erwerber oder Entleiher übergegangen ist. Zudem sind auch Zeiträume vor dem Jahr 2013, bei denen noch keine Verjährung eingetreten ist, in die Betrachtung einzubeziehen. Vor diesem Hintergrund besteht dringender Handlungsbedarf. Die BaFin ist – falls sie nicht selbst tätig wird – durch eine unverzügliche Weisung des BMF aufgefordert, unverzüglich eine erneute Abfrage bei allen deutschen Kreditinstituten vorzunehmen, ob sie in Cum/Cum-Geschäfte als Erwerber oder Entleiher involviert waren und finanzielle Belastungen infolge von Rückforderungen der KapESt wegen einer Nichterlangung des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) und/oder missbräuchlicher Gestaltung (§ 42 AO) befürchten. Die Finanzverwaltung ist aufgefordert, in verdächtigen Fällen, d.h. bei Vorhandensein gängiger Gestaltungsmodelle, unverzüglich geänderte Anrechnungsbescheide nach § 130 AO zu erlassen bzw. Anrechnungsverfügungen rückgängig zu machen, um die Verjährung zu hemmen. Schließlich sind die WP der in Cum/Cum-Geschäfte involvierten Kreditinstitute aufgefordert, Rückstellungen wegen Risiken aus KapESt-Rückforderungen zu veranlassen, die sich aus den o.a. § 39 Abs. 2 AO- und § 42 AO-Risiken ergeben.

52 Vgl. Rosenberger, *Trickste die Sparkasse Bodensee bei Aktiendeals?*, 18.05.2019, <http://hbfm.link/7650> (Abruf: 26.07.2020).

53 Vgl. Atzler/Votsmeier, *Volksbank Heilbronn hat Ärger mit dem Fiskus*, 22.04.2019, <http://hbfm.link/7651> (Abruf: 26.07.2020).

54 Vgl. Spengel/Peitzmeier, *Schätzung des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens*, 16.05.2017, <http://hbfm.link/7652> (Abruf: 26.07.2020).

55 Vgl. BMF vom 11.11.2016, a.a.O. (Fn. 22).

56 Vgl. BMF vom 17.07.2017, a.a.O. (Fn. 5).

57 Vgl. Dutt/Spengel/Vay, a.a.O. (Fn. 27), S. 235 f.

58 Vgl. BMF vom 20.11.2017.

Für betroffene Stpfl. ist zu beachten, dass ein Fall der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder eine leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen kann, falls in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt gemacht worden sind. Dem Sachverhalt, der vom Hessischen FG zu beurteilen war, lag ein in Bankenkreisen gängiges, steueroptimiertes Gestaltungsmodell zur Vermeidung der deutschen KapESt auf Dividenden zugrunde, in das zahlreiche Akteure im In- und Ausland mit unterschiedlichen Funktionen einbezogen waren. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rspr.⁵⁹ zu Cum/Ex-Geschäften könnte sich auch bei Cum/Cum-Geschäften die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz stellen.

VI. Zusammenfassung

Seit Jahrzehnten umgehen Cum/Cum-Geschäfte die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form von Dividendenstripping nicht illegal. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen BFH-Rspr. ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Das (rückwirkende) Aufgreifen von Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und dann auch nur bei Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will.

Das Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 bestätigt nicht nur die Leitsätze des BFH aus dem Jahr 2015, dass neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Im Hinblick auf das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) sieht das Gericht in der Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, welche eine Erstattung von KapESt auf Dividenden erwirken sollen, die im Ausland ansässigen Inhabern deutscher Aktien nicht zusteht, eine Beweisvermutung für eine missbräuchliche Gestaltung. Die Überprüfung der Vorsteuerrendite ist dagegen kein geeignetes Aufgriffskriterium. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004 bis 2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind. Schließlich stellt das Gericht fest, dass der allgemeine Missbrauchstatbestand des § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird.

Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland durch Cum/Cum-Geschäfte entstanden ist, liegt im hohen zweistelligen Milliardenbereich. Nach einer Abfrage der BaFin im Jahr 2017 erwarten in Cum/Cum-Geschäfte involvierte deutsche Kreditinstitute finanzielle Mehrbelastungen infolge von Rückforderungen der KapESt i.H.v. rund 490 Mio. €. Allerdings bezieht sich die Abfrage lediglich auf § 42 AO-Risiken und für ab dem Jahr 2013 getätigte Cum/Cum-Geschäfte.

Vor dem Hintergrund des jetzt vorliegenden Urteils des Hessischen FG besteht dringender Handlungsbedarf. Die BaFin ist – falls sie nicht selbst tätig wird – durch eine unverzügliche Weisung des BMF aufgefordert, unmittelbar eine neue Abfrage durchzuführen, die auch vor dem Jahr 2013 durchgeführte

59 Vgl. LG Bonn vom 18.03.2020, a.a.O. (Fn. 3).

Cum/Cum-Geschäfte umfasst und neben § 42 AO-Risiken auch § 39 Abs. 2 AO-Risiken einschließt. Die Finanzverwaltung ist aufgefordert, in verdächtigen Fällen, d.h. bei Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, unverzüglich geänderte Anrechnungsbescheide nach § 130 AO zu erlassen bzw. Anrechnungsverfügungen rückgängig zu machen, um die Verjährung zu hemmen. Schließlich sind die WP der in Cum/Cum-Geschäfte involvierte Kreditinstitute aufgefordert, Rückstellungen wegen Risiken aus KapEST-Rückforderungen zu veranlassen, die sich aus § 39 Abs. 2 AO- und § 42 AO-Risiken ergeben.

Für betroffene Stpfl. ist zu beachten, dass ein Fall der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder eine leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen kann, falls in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt gemacht worden sind. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rspr. zu Cum/Ex-Geschäften könnte sich auch bei Cum/Cum-Geschäften die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz stellen.

Redaktioneller Hinweis:

Zum Handlungsbedarf bei Cum/Cum-Geschäften vgl. Spengel, DB 2016 S. 2992 = DB1224506.

METATAGS: zeitschrift_DB;ressort_SR;doctype_aus;SiriusID_1341264;RawID_0;angelegt_20200902;