

# Hessisches Finanzgericht

Vorsitzender Richter Helmut Lotzgeselle



## **Cum/ex- und Cum/cum-Geschäfte** **Rechtsprechungsgrundsätze und dringender Handlungsbedarf**

Der 4. Senat des Hessischen Finanzgerichts hat in 2016 und 2017 zwei Grundsatzentscheidungen (4 K 1684/14 und 4 K 977/14) zu Cum/ex-Aktiengeschäften (mehrfache Erstattung einmal gezahlter Kapitalertragsteuer) getroffen, die nunmehr Grundlage für die Strafverfolgung der dafür Verantwortlichen sind. Den Rechtsstreiten lagen außerbörsliche Aktiengeschäfte zugrunde, die vor dem Dividendenstichtag mit einem Anspruch auf die zu erwartende Dividende (cum) abgeschlossen, die aber erst nach dem Dividendenstichtag mit Aktien ohne Dividende (ex) beliefert wurden. Beide Urteile sind rechtskräftig geworden.

In den Urteilen hat das Gericht die Abläufe im Aktienhandel aus steuerlicher Sicht dargestellt und die Voraussetzungen für die Berechtigung zur Erstattung von Kapitalertragsteuer aufgearbeitet. Insbesondere hat das Gericht den Begriff des wirtschaftlichen Eigentums, der Grundlage für die Erzielung von Dividendeneinkünften und demzufolge auch für die Erstattungsberechtigung von Kapitalertragsteuer ist, klargestellt.

In diesem Jahr hatte das Gericht mit einem im Juni veröffentlichten Urteil (4 K 890/17) nunmehr erstmalig über eine sog. Cum/cum-Gestaltung zu entscheiden. Bei den Cum/cum-Geschäften werden Aktien ausländische Anteilseigner zeitlich befristet über den Dividendenstichtag von ausländischen Anteilseignern an inländische Gesellschaften, zumeist Banken, verkauft oder verliehen, um die gesetzlich vorgesehene Definitivbesteuerung durch Erhebung der Kapitalertragsteuer zu umgehen.

In diesem Urteil, das ebenfalls zwischenzeitlich rechtskräftig ist, hat das Gericht den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums verneint und darüber hinaus einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) angenommen und ausführlich die Voraussetzungen der Norm interpretiert.

### **Ausgangssituation:**

#### Cum/ex-Geschäfte:

Nicht erst seit 2007 haben Leerverkäufe dividendenberechtigter girosammelverwahrter Aktien um den Dividendenstichtag zu einer mehrfachen Steueranrechnung einmal einbehaltener Kapitalertragssteuer geführt. Eine wesentliche Ursache dafür war, dass die Kreditwirtschaft aus einem Urteil des BFH zum Dividendenstripping vom 15.12.1999 (I R 29/97) ableitete, dass das wirtschaftliche Eigentum bei girosammelverwahrten Aktien, das Voraussetzung für den Dividendenbezug nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG ist, bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Aktienkaufvertrages auf den Erwerber übergeht. Die Einführung eines weiteren Einkünftebestands in § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG durch das Jahressteuergesetz 2007 sowie die Verpflichtung zur Einbehaltung von Kapitalertragssteuer auf Dividendenkompensationszahlungen, führte nicht zur gewünschten Einschränkung der unberechtigten Kapitalertragssteuererstattungen.

#### Cum/cum-Geschäfte:

Gleichzeitig hat der BFH in seinem o.g. Urteil vom 15.12.1999 die Anwendung des § 42 AO (Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten) auf sog. Dividendenstripping (Cum/cum)-Geschäfte für nicht anwendbar erklärt, da der Gesetzgeber für solche Geschäfte – um der Umgehung des für ausländische Anteilseigner geltenden Anrechnungsverbots entgegenzuwirken – mit § 50c EStG einen speziellen Missbrauchstatbestand eingeführt hatte. Dieser sah jedoch mehrere Ausnahmen u.a. für Geschäfte i.S.d. sog. Börsenklausel im § 50c Abs. 8 S. 2 EStG vor, was dazu führte, dass im Zeitraum zwischen 1980 und 2000

Cum/cum-Geschäfte zur Verhinderung der Definitivbesteuerung ausländische Anteilseigner mit Kapitalertragsteuer - sofern sie formal über die Börse abgewickelt wurden und das wirtschaftliche Eigentum übergehen sollte - legal möglich waren. Zwar hat der Gesetzgeber daraufhin ab dem Jahr 2001 den § 50c EStG abgeschafft, so dass kein besonderer einzelsteuergesetzlicher Missbrauchstatbestand mehr bestand, welcher den allgemeinen Missbrauchstatbestand des § 42 AO verdrängt hätte. Gleichwohl hat dies in der Praxis nicht dazu geführt, dass die Finanzverwaltung diese Geschäfte, die von Banken in großem Umfang weiter betrieben wurden und einen jährlichen Milliarden Schaden verursacht haben, unter Missbrauchsgesichtspunkten aufgegriffen hat.

### **Cum/ex-Geschäfte:**

#### **Worüber hatte das Gericht zu entscheiden?**

Den Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, in denen die Kläger unter Vorlage von Steuerbescheinigungen die Erstattung der Kapitalertragsteuer begehrten. In allen Fällen befanden sich die Aktien zum Ausschüttungszeitpunkt nicht im Depot der Kläger. Außer der beim Emittenten einbehaltenen Kapitalertragsteuer war keine weitere Kapitalertragsteuer auf Kompensationszahlungen abgeführt worden.

#### **Warum wurde keine Kapitalertragsteuer einbehalten?**

Im 1. Fall lag eine Vereinbarung zwischen der Depotbank und der Aktienkäuferin vor, nach der die Gutschrift der Dividende bei der Aktienkäuferin - unabhängig vom Tag der tatsächlichen Erfüllung durch Lieferung der Aktien - bereits nach der schuldrechtlichen Vereinbarung am Tag des Geschäftsabschlusses per Valutatag erfolgen sollte. Da die Aktien verspätet geliefert wurden und die Aktienkäuferin taggleich deckungsgleiche Aktienverkäufe vorgenommen hatte, glichen sich die vorgenommenen Gutschriften und Belastungen von der zentralen Wertpapiersammelbank Clearstream auf dem Kundenkonto der Aktienkäuferin bei der Depotbank aus, woraufhin die Erhebung von Kapitalertragssteuer auf eine Dividendenkompensationszahlung unterblieb.

Im 2. Fall nahm die Depotbank zunächst eine Verrechnung zwischen deckungsgleichen Aktienkäufen und -verkäufen vor und führte nur auf die Dividendenzahlungen aus der verbleibenden Aktiendifferenz Kapitalertragsteuer auf Kompensationszahlungen ab. Das bedeutet, dass in all denjenigen Fällen, in denen die Aktien von einer ausländischen Depotbank bezogen wurden, die Verrechnung der gegenseitigen gleichartigen Aktiengeschäfte auf Basis der schuldrechtlichen Verträge (gedeckte Aktienverkäufe) zu Steuerausfällen führte, da für ausländische Depotbanken keine Verpflichtung zur Erhebung von Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen besteht. (Nach den Feststellungen des Gerichts wurden solche Aktienkäufe über Kettengeschäfte durch Absprachen bewusst initiiert.)

Nach dem gleichen Prinzip funktioniert die Abwicklung über die Eurex-Plattform als zentralem Kontrahenten, wo erst nachdem gleichartige Aktiengeschäfte gegeneinander verrechnet worden sind (Netting), allenfalls auf den Spitzenausgleich Kapitalertragsteuer einbehalten wird.

### **Was hat unser Gericht entschieden?**

Der Senat hat die Klagen trotz Vorlage der Kapitalertragsteuerbescheinigungen abgewiesen, da der Kläger (Aktienkäufer) zum Dividendenstichtag nicht Anteilseigner/wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien war, so dass ihm die vom Emittenten der Aktien einbehaltene Kapitalertragsteuer nicht zugerechnet werden konnte und Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlungen wegen der Verrechnung gleichartiger Aktiengeschäfte gar nicht erst einbehalten worden war.

### **Welche Kernaussagen hat das Gericht in seinen Entscheidungen getroffen?**

Bereits in 2014 hatte unser Senat in einem Beschluss Az. 4 V 1661/12, ausgeführt, dass eine Anrechnung von Kapitalertragsteuer, die eine Vorauszahlung auf die Steuerschuld darstellt, nach der Systematik der Anrechnung nur in Betracht kommt, wenn Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist. Ebenso sei es denklogisch ausgeschlossen, einmal abgeführte Kapitalertragsteuer mehrmals anzurechnen.

Die vom Emittenten der Aktien einbehaltene Kapitalertragsteuer ist dem Anteilseigner/ wirtschaftlichen Eigentümer der Aktien (§ 20 Abs. 5 EStG) am Dividendenstichtag zuzurechnen, nur er ist zur Anrechnung befugt (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG).

Beim außerbörslichen Erwerb börsennotierte Aktien (OTC-Geschäft) wird wirtschaftliches Eigentum an den Aktien nicht bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung, sondern erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktien (Verbuchung bei der Depotbank) erworben.

Die Entscheidung des BFH vom 15.12.1999 (I R 29/97), die zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums den Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages ausreichen lässt, gilt nur aufgrund der seinerzeit bestehenden Börsenusancen bei Verkäufen über die Börse durch einen privaten Bestandsverkäufer und ist praktisch bedeutungslos. Entscheidender Gesichtspunkt für das wirtschaftliche Eigentum ist, dass der zivilrechtliche Eigentümer nicht mehr auf die Substanz und den Ertrag des Wirtschaftsgutes einwirken und darüber verfügen kann. Mehrfaches wirtschaftliches Eigentum ist denklogisch ausgeschlossen.

Ein Anspruch auf die Anrechnung von Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen besteht für den Aktienkäufer nur, wenn durch die inländische Depotbank des Aktienverkäufers auch Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung erhoben wurde.

Dem die Anrechnung der Kapitalertragsteuer begehrenden Aktienkäufer obliegt die Feststellungslast für die Erhebung der Abzugssteuer auf Dividendenkompensationszahlungen.

Für Geschäfte, bei denen die Aktien außerbörslich (OTC-Geschäft) einschließlich eines Dividendenanspruchs erworben werden, deren Belieferung allerdings abweichend von der Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag erfolgt, wird der Anscheinsbeweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer regelmäßig erschüttert und kommt nicht zum Tragen.

Nach der gesetzlichen Regelung (§ 44 Abs. 1 EStG) ist die Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen auf jeder Handelsstufe zu erheben. Eine Verrechnung der Aktienverkäufe mit gleichartigen Aktienkäufen auf Ebene der inländischen Depotbank (z.B. Omnibus-Account) ist im Hinblick auf die Einbehaltung von Kapitalertragsteuer rechtswidrig.

Die diesbezügliche Unzulässigkeit der Verrechnung gilt auch für Geschäfte über die Eurex-Börse im elektronischen Xetra-Handel, wo die Eurex zur Wahrung der Anonymität der Geschäfte als zentrale Gegenpartei zwischengeschaltet wird. Denn auch hier werden die Geschäfte auf schuldrechtlicher Basis zusammengeführt und die wechselseitigen Ansprüche verrechnet, so dass eine tatsächliche Belieferung nach sachenrechtlichen Grundsätzen lediglich im Rahmen des so genannten Spitzenausgleich erfolgt. Durch die Verrechnung („Netting“) zwischen kapitalertragssteuerpflichtigen Aktienverkäufen und gleichartigen Aktienkäufen von einer ausländischen Depotbank entsteht ein Steuerausfall in Höhe der Kapitalertragsteuer auf Dividenden aus den Aktienkäufen aus dem Ausland.

### **Was folgt daraus im Rahmen einer Gesamtbetrachtung?**

Die gesetzliche Regelung als solches weist keine Lücke auf, die es ermöglichen würde, einmal gezahlte Kapitalertragsteuer sich mehrmals erstatten zu lassen.

Gleichwohl gelingt es den Finanzakteuren durch besondere Gestaltungen und gezielt abgestimmte Kettengeschäfte unter Ausnutzung der Verwaltungsregularien und Abläufe im Börsenhandel rechtswidrig eine Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer zu erreichen.

Ermöglicht wurde dies in beiden zu entscheidenden Fällen durch die Verrechnung gleichartiger Aktienkäufe und -verkäufe und eine Erhebung von Kapitalertragsteuer nur auf die Dividendenkompensationszahlungen, die sich aus dem Spitzenausgleich der Aktiengeschäfte ergeben.

### **Welche weiteren Schlussfolgerungen haben sich daraus ergeben?**

Das Gericht hat in den Urteilsgründen ausdrücklich dargelegt, dass wegen der rechtswidrigen Nichteinbehaltung der Kapitalertragsteuer aufgrund der Verrechnung der Ansprüche auf schuldrechtlicher Basis in Kenntnis der Abläufe eine vorrangige Haftungsanspruchnahme der handelnden inländischen Depotbanken nach § 44 Abs. 5 EStG vorzunehmen ist.

Gleichwohl ist bisher - mit einzelnen Ausnahmen in Bayern und Nordrhein-Westfalen - keine Haftungsanspruchnahme von Depotbanken durch die Finanzverwaltung für die rechtswidrig nicht einbehaltene und demzufolge zu Unrecht erstattete Kapitalertragsteuer bekannt geworden.

In dem 2. Urteil, wo der begründete Verdacht der vorsätzlichen Steuerhinterziehung durch die verantwortlichen Bankenvertreter wegen Nichteinbehaltung der Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen besteht, ist das Gericht seiner Verpflichtung aus § 116 AO nachgekommen und hat im Mai 2017 über die zuständige Steuerfahndung bei der Generalstaatsanwaltschaft Strafanzeige erstattet. Obwohl zwischenzeitlich mehr als 3 Jahre vergangen sind, liegen bisher keine Informationen über eingeleitete Ermittlungsmaßnahmen vor.

### **Cum/cum-Geschäfte**

#### **Worüber hatte das Gericht zu entscheiden?**

Bei dem zu entscheidenden Fall handelte es sich um eine sog. „optimierte Wertpapierübertragung“ bei der die zum Zwecke des Dividendenstripings kurzzeitig übertragenen Aktien während dieser Zeit von einer Bank an eine inländische Gesellschaft weitergereicht wurden, um zusätzlich neben der Freistellung des ausländischen Anteilseigners von der Definitivbelastung mit Kapitalertragsteuer noch die Steuerbefreiung für Dividenerträge nach § 8b Abs. 1 KStG in Anspruch zu nehmen.

### **Welche Entscheidung hat das Gericht getroffen?**

Der Senat hat in der ihm vorliegenden Sache entschieden, dass bei der Übertragung der Aktien über den Dividendenstichtag aufgrund der vertraglichen Gestaltung lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition an den Aktien, eine leere Eigentumshülle, verschafft wurde und die Geschäfte von vornherein darauf angelegt waren, dem ursprünglichen Aktieninhaber die Erträge aus den Aktien im wirtschaftlichen Sinne zukommen zu lassen.

Entsprechend der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 18.8.2015, I R 88/13) hat dies zur Folge, dass der ausländische Aktieninhaber wirtschaftlicher Eigentümer und damit Anteilseigner geblieben ist, dem die Dividendenerträge, die zum Kapitalertragssteuerabzug berechtigen, zuzurechnen sind.

Darüber hinaus hat der Senat bei einer solchen Cum/cum-Gestaltung einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO bejaht, da die mit der Gestaltung beabsichtigte Steuerbefreiung den Wertungen des Gesetzgebers entgegensteht und sonstige beachtliche nicht-steuerliche Gründe nicht ersichtlich sind.

Die Beurteilung als Gestaltungsmissbrauch führt steuerlich zur Rückabwicklung der Geschäfte und zur Versagung der Kapitalertragssteuererstattung. Des Weiteren sind alle mit der Aktienübertragung unmittelbar zusammenhängenden Geschäfte, die im Rahmen des Gesamtplanes Teil des Gestaltungsmodells sind, rückabzuwickeln. Die bilanziellen Gewinnauswirkungen sind außerbilanziell zu korrigieren.

### **Welche weiteren Kernaussagen hat das Gericht in seiner Entscheidung getroffen?**

An der Anwendbarkeit des § 42 AO bestehen nach der ersatzlosen Aufhebung des § 50c EStG ab dem Jahr 2001 keine Zweifel.

§ 36a EStG schließt die Anwendung des § 42 AO nicht aus

Da es sich bei der kurzfristigen Hin- und Rückübertragung der (gattungs-) gleichen Aktien eines ausländischen Anteilseigners über den Dividendenstichtag an einen Steuerinländer, insbesondere unter Einschaltung eines ausländischen Vermittlers, um ein gängiges Gestaltungsmodell handelte, das insbesondere von Banken in großem



Umfang zur Umgehung der Definitivbelastung des Steuerausländers mit Kapitalertragsteuer auf Dividendenausschüttungen praktiziert wurde, hat das Gericht eine Beweisvermutung für einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO bejaht. Sonstige wirtschaftlich beachtlichen Gründe für eine solche Gestaltung liegen regelmäßig nicht vor.

**Welche Schlussfolgerungen sind aus dem Urteil zu ziehen?**

Es besteht dringender Handlungsbedarf für die Finanzverwaltung, diese Cum/cum-Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs aufzugreifen.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum erst jetzt einzelne Fälle zu dieser Thematik zur Entscheidung anstehen, obwohl die spezialgesetzliche Regelung des § 50c EStG bereits ab dem Jahr 2001 abgeschafft wurde und darüber hinaus der BFH bereits in 2015 entschieden hat, dass bei Bestehen eines Gesamtvertragskonzepts, das die wirtschaftliche Nutzung der Aktien ausschließt, das wirtschaftliche Eigentum nicht auf den Aktien-erwerber übergeht.

Schließlich ist bekannt, dass diese Geschäfte mit Hilfe von Gestaltungskonzepten – regelmäßig erstellt durch große Steuerberatungsgesellschaften – in großem Umfang insbesondere von Banken betrieben wurden.