

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

Universität Mannheim
Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre
und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II
Schloss
68131 Mannheim
Telefon +49(0)6 21 / 1 81-17 04
Telefax +49(0)6 21 / 1 81-17 06
spengel@uni-mannheim.de
<http://spengel.bwl.uni-mannheim.de>
Sekretariat:
Telefon +49(0)6 21 / 1 81-17 05
buerner@uni-mannheim.de

Mannheim, 19. Juli 2017

**Kurzstellungnahme zum Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 17.7.2017
IV C 1 - S 2252/15/10030:005**

Steuerliche Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“

1. Cum/Cum-Geschäfte - Zusammenfassung

Bei Cum/Cum-Geschäften, die in Form des Aktienkaufs oder der Wertpapierleihe vorgenommen wurden kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an, ob wirtschaftliches Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 Abgabenordnung (AO) auf den Erwerber bzw. den Entleiher übergegangen ist oder nicht. Sollte das wirtschaftliche Eigentum übergegangen sein, kommt es wiederum auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an, ob ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO vorliegt. All das ist zu prüfen. Sollte das wirtschaftliche Eigentum nicht übergegangen sein oder die Zurechnung der Dividenden wegen der Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs versagt werden, ist auch die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG zu versagen (vgl. dazu Spengel (2016a)).

Das Verhalten des Bundesfinanzministeriums, der Länderfinanzministerien und der Finanzverwaltung ist vor dem Hintergrund der prognostizierten Steuerausfälle im Milliardenbereich (vgl. dazu Spengel/Peitzmeier (2017)) sowie der gesetzlichen Rahmenbedingungen (§ 39 Abs. 2 AO und § 42 AO) und der Weiterentwicklung der einschlägigen Rechtsprechungsgrundsätze durch den Bundesfinanzhof unverständlich, es verletzt das Rechtsstaatsprinzip. Es liegt eine unerträgliche Situation des kollektiven Versagens und Nichtwollens vor (vgl. dazu Spengel (2017)). Die Finanzverwaltung ist sehr lange Zeit untätig geblieben und es bestehen ernsthafte Zweifel, ob Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit tatsächlich aufgegriffen werden sollen. Darauf deutete bereits das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 11.11.2016 hin, nachdem Cum/Cum-Geschäfte nicht aufzugreifen sind, falls sie eine sog. positive Vorsteuerrendite aufwei-

sen. Typischerweise ist dies aber bei Cum/Cum-Geschäften regelmäßig der Fall. Es besteht deshalb der berechnete Verdacht, dass dadurch Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit reingewaschen werden sollten (vgl. dazu Spengel (2016b)). Diese Zweifel werden leider erneut gestärkt durch ein weiteres Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 17.7.2017.

2. BMF-Schreiben vom 17.7.2017

In seinem Schreiben vom 17.7.2017 verkündet das BMF eine weitere Auffassung zur rechtlichen Würdigung von Cum/Cum-Geschäften. Dabei wird im Bezug dieses Schreibens unmittelbar das umstrittene und höchst fragwürdige BMF-Schreiben vom 11.11.2016 erwähnt, welches, wie o.a. Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit reinwaschen wollte.

Das erneute Schreiben des BMF vom 17.7.2017 zu Cum/Cum-Geschäften ist aus drei Gründen problematisch und verfestigt berechnete Zweifel, dass Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit weitgehend nicht aufgegriffen werden sollen.

Erstens: Unklarer Zusammenhang zum Schreiben des BMF vom 11.11.2016

Es ist völlig unklar, in welchem Zusammenhang das BMF-Schreiben vom 17.7.2017 zum BMF-Schreiben vom 11.11.2016 steht. Das BMF-Schreiben vom 17.7.2017 nimmt in seinem Betreff sowie in Textziffer 5 Bezug auf das BMF-Schreiben vom 11.11.2016. Bleibt es somit dabei, dass nach Auffassung der Finanzverwaltung entgegen des Gesetzeswortlauts und der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs wirtschaftliches Eigentum gem. § 39 Abs. 2 AO bereits immer dann auf den Erwerber bzw. Entleiher übergeht, falls Cum/Cum-Geschäfte eine positive Vorsteuerrendite erzielen? Dies ist typischerweise der Fall, wie sämtliche Beispiele zu Cum/Cum-Geschäften in den Textziffern 16 ff. des BMF-Schreibens vom 17.7.2017 zeigen. All dies bleibt unklar und ist nebulös.

Zweitens: Keine Überprüfung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO auf den Erwerber bzw. Entleiher

Gemäß des BMF-Schreibens vom 17.7.2017 sollen Cum/Cum-Geschäfte ausschließlich hinsichtlich eines steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO überprüft werden. Das ist falsch, denn zuvor, d.h. vor einer Anwendung des § 42 AO, ist aufgrund der Gesetzssystematik unbedingt zu prüfen, ob neben dem zivilrechtlichen Eigentum (vorliegend ist das bei Cum/Cum-Geschäften unbestreitbar der Fall) auch das wirtschaftliche Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO auf den Erwerber bzw. Entleiher übergegangen ist. Die Konsequenzen für die Versagung der KapESt-Anrechnung wären zwar vergleichbar mit § 42 AO (d.h. die Versagung der Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG beim Erwerber bzw. Entleiher), allerdings mit der Aussicht auf eine größere Entdeckungswahrscheinlichkeit. Der Vorrang von § 39 Abs. 2 AO vor § 42 AO folgt auch aus der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu Wertpapierleihgeschäften, siehe BFH vom 18.8.2015. Denn § 39 Abs. 2 AO setzt gerade keinen Gestaltungsmissbrauch voraus; die Versagung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums würde im konkreten Einzelfall mehr Cum/Cum-Geschäfte betreffen und aufgreifen können.

Drittens: Kein rückwirkender Aufgriff von Cum/Cum-Geschäften, falls Veräußerer oder Verleiher eine in einem EU/EWR-Staat ansässige Kapitalgesellschaft ist

In Textziffer 37 des BMF-Schreibens vom 17.7.2017 heißt es zu den Anwendungsregeln, dass Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit nicht nach § 42 AO (und sehr wahrscheinlich auch nicht nach § 39 Abs. 2 AO) aufgegriffen werden, falls der Veräußerer bzw. Verleiher eine Person im Sinne des § 32 Abs. 5 Satz 1 Nummer 1 KStG vor erstmaliger Anwendung

des § 8b Abs. 4 KStG war. Das alleine ist eine komplizierte und für den Laien nicht verständliche Formulierung.

Eine Person im Sinne des § 32 Abs. 5 Satz 1 Nummer 1 KStG ist eine Kapitalgesellschaft, die in einem EU/EWR-Staat ansässig ist. Es geht also um Cum/Cum-Geschäfte, bei denen der Veräußerer bzw. Verleiher in einem EU/EWR-Staat ansässig ist, damit nicht um Cum/Cum-Geschäfte, die aus Drittstaaten wie z.B. den USA mit ihren großen steuerbefreiten Pensionsfonds oder aus Ländern der arabischen Welt abgewickelt werden.

§ 8b Abs. 4 KStG wiederum setzt ein gegen Deutschland gerichtetes Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) um, nachdem – verkürzt ausgedrückt – die Erhebung einer Kapitalertragsteuer (KapEst) auf Dividenden in Deutschland EU-rechtswidrig ist, falls der Empfänger der Dividenden eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft ist. Denn Dividenden waren bis zur Einführung von § 8b Abs. 4 KStG bei deutschen Kapitalgesellschaften als Empfänger unabhängig von der Höhe der Beteiligungsquote von der Körperschaftsteuer befreit und die darauf einbehaltene KapEst wurde erstattet. Dagegen wurde die deutsche KapEst auf Dividenden in Deutschland definitiv, d.h. es fand keine Erstattung der KapEst statt, falls der Empfänger der Dividenden im Ausland ansässig ist. Falls Empfänger der Dividenden eine ausländische EU/EWR-Kapitalgesellschaft ist, hat der EuGH dies als Verstoß gegen die EU-rechtliche garantierte Kapitalverkehrsfreiheit eingestuft. Wie hat Deutschland auf dieses Urteil des EuGH reagiert? Seit dem 1.3.2013 bestimmt nun § 8b Abs. 4 KStG, dass Dividenden, welche deutsche Kapitalgesellschaften empfangen, generell steuerpflichtig sind, falls die Beteiligungsquote an der ausschüttenden Kapitalgesellschaft weniger als 10 Prozent beträgt. Damit unterliegen diese Dividenden in Deutschland seitdem der Körperschaftsteuer und die Kapitalertragsteuer kann bei deutschen Kapitalgesellschaften als Empfänger der Dividenden auf die Körperschaftsteuer angerechnet werden. Freilich verteuert dies unsystematisch die Dividendenbesteuerung für deutsche Kapitalgesellschaften (es wird keine Steuerfreistellung dieser Dividenden bei der Körperschaftsteuer mehr gewährt, weshalb die deutsche KapEst auch für deutsche Kapitalgesellschaften als Empfänger der Dividenden definitiv wird), aber die Regelung des § 8b Abs. 4 KStG beseitigt die EU-rechtliche Diskriminierung insoweit, dass auch deutsche Kapitalgesellschaften die Dividenden auf Streubesitzdividenden zu versteuern haben.¹

Wenn das BMF nun in seinem Schreiben vom 17.7.2017 die Direktive ausgibt, EU/EWR-Sachverhalte erst ab dem 1.3.2013 aufzugreifen, mangelt es dieser Handlungsanweisung an einer Rechtsgrundlage und sie entbehrt auch jeder Logik. Es besteht nämlich für EU-Mitgliedstaaten keine Verpflichtung, dass eine festgestellte EU-Rechtswidrigkeit der Dividendenbesteuerung, die ab dem 1.3.2013 im deutschen Steuergesetz auch behoben wurde, rückwirkend für die Vergangenheit gilt. Im Klartext bedeutet dies, dass das BMF implizit argumentiert, dass die Erhebung einer KapEst auf Dividenden vor März 2013 EU-rechtswidrig war und man deswegen Umgehungsgeschäfte, wie etwa die Wertpapierleihe, rückwirkend steuerlich anerkennen müsse. Das ist absurd.

Vermutlich sollen demnach wohl rückwirkend lediglich Drittstaatsverhalte aufgegriffen werden. Das EU-Recht, hier die einschlägige Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, betreffen ausschließlich EU/EWR-Sachverhalte. § 8b Abs. 4 KStG bereinigt die EU-Rechtswidrigkeit gegenüber EU/EWR-Sachverhalten. Sofern der Veräußerer bzw. Entleiher außerhalb der EU/EWR ansässig ist, gilt nicht die Niederlassungsfreiheit, sondern die Kapitalverkehrsfreiheit. Die Kapitalverkehrsfreiheit wiederum kann zumindest dem Wortlaut nach Wirkungen gegenüber Drittstaaten entfalten, aber das ist höchstrichterlich durch den EuGH noch nicht geklärt. Gegenüber Drittstaaten müsste man fiskalisch bedingungslos einschreiten. Es stellt sich aber die Frage, wie solche Drittstaatsfälle, die das Gros der Cum/Cum-Gestaltungen betreffen, isoliert werden

¹ Für die Nicht-Experten: (1) Bei Beteiligungsquoten von mindestens 10 % wird bei EU/EWR-Sachverhalten aufgrund der Mutter-Tochterrichtlinie keine Kapitalertragsteuer auf Dividenden einbehalten. (2) Die Systemwidrigkeit für deutsche Kapitalgesellschaften als Dividendenempfänger resultiert daraus, dass die Dividenden zusätzlich der Gewerbesteuer unterliegen. Der EuGH hätte mit Weitblick deshalb auch anders entscheiden können.

können? Zudem sollen sie lediglich nach § 42 AO, also im Falle eines Gestaltungsmissbrauchs, aufgegriffen werden. § 42 AO ist aber anders als § 39 Abs. 2 AO für den Rechtsanwender nur schwer operationalisierbar.

3. Fazit

Die Bundesregierung sowie mehrheitlich auch die Länderregierungen verweigern sich beharrlich eines beherzten Aufgreifens des vermutlich größten Steuerskandals in der Geschichte der Bundesrepublik. Auch die Länderfinanzverwaltungen blockieren beharrlich die Aufdeckung von Cum/Cum-Geschäften. Es kann auch sein, dass diese Cum/Cum-Geschäfte in der Vergangenheit fachlich falsch eingeschätzt worden sind.

Die Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 11.11.2016 sowie vom 17.7.2017 sind ein Offenbarungseid, mehr gibt es dazu nicht zu sagen. Jeder soll damit umgehen, wie er will.

Es geht bei Cum/Cum-Geschäften um kriminelle Steuerhinterziehung im hohen zweistelligen Milliardenbereich im Banken- und Finanzsektor, die freilich in jedem konkreten Einzelfall nachzuweisen ist. Einer einzelfallbezogenen Überprüfung teilen das Bundesfinanzministerium sowie mehrheitlich die Bundesländer allerdings eine Absage. Für einen Rechtsstaat sowie das Vertrauen in eine faire Steuergesetzgebung und den Steuervollzug in der Bundesrepublik ist dies ein sehr trauriger, ja beschämender Befund.

Bei allem gilt es, die gesetzlichen Verjährungsfristen im Auge zu behalten. Diese betragen in der Regel nur vier Jahre.

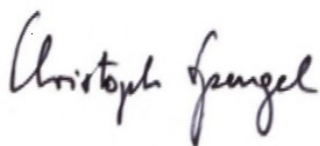
4. Literatur

Spengel, 2016a: Darlegung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, welche bei sogenannten Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen zur mehrfachen Erstattung bzw. Anrechnung von tatsächlich nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer bzw. bis zur Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens nur einmal gezahlter Körperschaftsteuer führten, Sachverständigengutachten für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, Mannheim 2016 (https://www.bundestag.de/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spengel-data.pdf)

Spengel, 2016b: Dringender Handlungsbedarf bei Cum/Cum-Geschäften, in: Der Betrieb (DB) 2016, S. 2988-2995

Spengel, 2017: Kollektivversagen: Cum/Cum, Cum/Ex und Hopp!, in: Wirtschaftsdienst (WD) 2017, S. 454-455

Spengel/Peitzmeier, 2017: Schätzung des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens, https://spengel.bwl.uni-mannheim.de/fileadmin/files/spengel/Dokumente/PDF/Projekte_u_Gutachten/Steuerschaden_Cum-Cum_de.pdf



Christoph Spengel
19.7.2017