

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, 5. Dezember 2016

**Kurzstellungnahme zum Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 11.11.2016  
IV C 6 - S 2134/10/10003-02**

**Wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften;  
Anwendung der Grundsätze des BFH-Urteils vom 18. August 2015 – I R 88/13**

**vor dem Hintergrund des Votums der Finanzministerkonferenz vom 1.12.2016**

**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 Käufer bzw. den Verleiher 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.

Bei den jüngst von einem Journalistennetzwerk im Mai 2016 aufgedeckten Cum/Cum-Geschäften im Bankenbereich, die sich dadurch auszeichnen, dass sie ausschließlich steuerlich motiviert waren, ist regelmäßig nicht von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO auszugehen. Sollte es dazu aufgrund der konkreten Ausgestaltung gleichwohl gekommen sein, ist aufgrund der ausschließlichen steuerlichen Motivation regelmäßig zu vermuten, dass ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO vorliegt.

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.

Das kann gravierende finanzielle Auswirkungen für Banken in Deutschland haben, soweit diese als Entleiher oder kurzfristiger Erwerber agiert haben.



Für Personen, die bei der Abgabe der Steuererklärung mitgewirkt haben, kommt die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO oder eine leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 AO in Betracht, falls nicht der Gesamtsachverhalt offengelegt worden sein sollte. Auch dies ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls.

Das Verhalten des Gesetzgebers und der Finanzverwaltung ist vor dem Hintergrund der prognostizierten Steuerausfälle im Milliardenbereich sowie der gesetzlichen Rahmenbedingungen (§ 39 Abs. 2 AO und § 42 AO und der Weiterentwicklung der einschlägigen Rechtsprechungsgrundsätze durch den Bundesfinanzhof rückblickend bis heute unverständlich. Der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung sind sehr lange Zeit untätig geblieben. Es bestehen zudem Zweifel, ob das Bundesfinanzministerium und die Finanzverwaltung gewillt sind, Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit tatsächlich aufzugreifen, darauf deutet das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 11.11.2016 hin. Aufgrund des Rechtsstaatsprinzips besteht dazu aber eine Verpflichtung. Es hat sich weiter gezeigt, gezeigt, dass dem Gesetzgeber der Wille zu einer grundlegenden Reform fehlt, welche Cum/Cum-Geschäften ihre Gestaltungsmöglichkeiten nimmt. Dies gilt auch für das im Jahr 2016 verabschiedete Investmentsteuerreformgesetz.

Deutschland befindet sich derzeit somit im Zustand einer steuerlichen Cum/Cum-Bananenrepublik, denn diesen Geschäften ist vor dem Hintergrund der Gesetzeslage (§ 39 Abs. 2, § 42 AO) und höchstrichterlichen Rechtsprechung – je nach konkreter Ausgestaltung – die steuerliche Anerkennung zu versagen. Diesen Umstand werden auch die Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Abschlussprüfung betroffener Institute zu beachten haben.

## **2. BMF-Schreiben vom 11.11.2016 und Reaktion der Länderfinanzminister am 1.12.2016**

In seinem Schreiben vom 11.11.2016 gibt das BMF seine Auffassung zur rechtlichen Würdigung des zu einer Wertpapierleihe ergangenen Urteils des BFH vom 18.8.2015 wieder. Das o.a. BMF-Schreiben ist noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

Bei dem Sachverhalt, der dem o.g. BFH-Urteil zugrunde lag, handelte es sich um eine so genannte „strukturierte Wertpapierleihe“, bei der der Entleiher kein Finanzinstitut war. Dem Wortlaut des BMF-Schreibens vom 11.11.2016 ist jedoch an keiner Stelle zu entnehmen, dass der Anwendungsbereich des Schreibens auf „strukturierte Wertpapierleihen“ zu begrenzen ist. Vielmehr wird durchweg von „Wertpapierleihen, Kassa-Geschäften und anderen Wertpapiergeschäften“ gesprochen, was grundsätzlich zu begrüßen ist, da insoweit auch die gleichen gesetzlichen Rahmenbedingungen gelten.

Das BMF-Schreiben ist in weiten Teilen richtig, weil es nahezu wortgetreu die Feststellungen der BFH-Rechtsprechung wiedergibt, an einer entscheidenden Stelle (die Frage nach der positiven „Vorsteuerrendite“) aber zumindest fragwürdig und nicht eindeutig. Abhängig davon, wie diese „Vorsteuerrendite“ interpretiert wird, kann sich ergeben, dass Cum/Cum-Geschäfte im Falle der Beteiligung von Banken als kurzfristiger Erwerber der Aktien mit Wirkung für die Vergangenheit reingewaschen werden. Darauf deutet auch eine nur eine Woche nach Bekanntwerden des o.a. BMF-Schreibens ergangene Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt vom 18.11.2016 hin. Wenn dem so wäre, wäre dies zumindest fragwürdig und dieser Rechtsauffassung des BMF wäre zu widersprechen.

Die Länderfinanzminister teilen dieses Unbehagen. Sie haben das BMF deshalb am 1.12.2016 mit einer großen Mehrheit von zehn zu fünf Stimmen aufgefordert, sein o.a. Schreiben mit entsprechenden Klarstellungen und Ergänzungen zu versehen. Gegen eine Mehrheit auf Länderebene kann das o.a. BMF-Schreiben somit keine Bindungswirkung für die Finanzverwaltung entfalten. Außerdem, und das sollte jedem Rechtsanwender klar sein, ist einem BMF-Schreiben sowieso

keine Gesetzeskraft beizumessen. Das BMF spielt aber dem Vernehmen nach auf Zeit und fordert die Länder seinerseits auf, Formulierungsvorschläge für Klarstellungen zu liefern.

Es wird im Folgenden zunächst dargelegt, dass Cum/Cum-Geschäfte insbesondere in Form der Wertpapierleihe auch unter Beteiligung von deutschen Banken nicht zu der beanspruchten Rechtsfolge - der Vermeidung der Besteuerung von Dividenden beim ausländischen Aktieninhaber und der Anrechnung der Kapitalertragsteuer beim Entleiher - führt. Im Einzelnen betrifft dies die Erlangung des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO durch den Entleiher sowie, falls man die Erlangung des wirtschaftlichen Eigentums bejaht, die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO. In beiden Fällen ist dem Entleiher, das heißt der Bank in Deutschland, eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer zu versagen und die Dividenden blieben effektiv besteuert. Das kann gravierende finanzielle Auswirkungen für Banken in Deutschland haben, soweit diese als Entleiher agiert haben.

Anschließend wird vor dem Hintergrund des eindeutigen Votums der Länderfinanzminister und der geltenden Rechtslage der dringende Handlungsbedarf aufgezeigt sowie Empfehlungen zur Neufassung/Ergänzung des o.a. BMF-Schreibens gegeben.

### **3. Typische Ausgestaltung von Wertpapierleihen unter steuerlichen Gesichtspunkten**

#### **3.1 Wieso könnten sich Cum/Cum-Geschäfte in der Form von Wertpapierleihen unter steuerlichen Gesichtspunkten überhaupt lohnen?**

Unter steuerlichen Gesichtspunkten lohnen sich Wertpapierleihen dann, falls es dadurch gelingt, dem Verleiher für die in seinem Besitz befindlichen Aktien einen höheren Ertrag (eine höhere Rendite) auf die Dividende zu vermitteln. Im Zentrum steht die Berechtigung zur Anrechnung bzw. Erstattung der in Deutschland auf Dividenden einbehaltenen Kapitalertragsteuer in Höhe von regelmäßig 25%.

Beispiel: Ein nicht zur Anrechnung berechtigter Anteilseigner deutscher Aktien, z.B. ein ausländischer Staatsfonds 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 Kapitalertragsteuer von 25% eine Nettodividende in Höhe von 7,5 (= 10-2,5) zu.

Die Kapitalertragsteuer in Höhe von 2,5 steht dem deutschen Fiskus zu.

Durch die Wertpapierleihgestaltung fließen dem „Steuerausländer“ mehr als 7,5 zu, der Mehrbetrag geht allein und ausschließlich zu Lasten des deutschen Fiskus, falls dieser die Wertpapierleihe so wie von den beteiligten Akteuren erwünscht beurteilen sollte, darüber hinaus verbliebe auch bei dem Entleiher noch ein finanzieller Vorteil, der ebenfalls zu Lasten des Fiskus gehen würde. Aus Sicht der Parteien käme es zur wundersamen Geldvermehrung, die allein durch den Steuerzahler ermöglicht wird.

Sollte der Fiskus dieser Beurteilung allerdings nicht folgen, verbliebe beim Verleiher weiterhin ein Vorteil, den dann aber nicht der Fiskus finanziert, sondern der Entleiher (d.h. deutsche Banken). Ggf. hätte der Entleiher dann Regressansprüche gegen den Verleiher.

In der Praxis haben sich in der Vergangenheit zwei Varianten der Wertpapierleihe herauskristallisiert, je nachdem, ob der Entleiher ein Unternehmen oder eine Bank in Deutschland war. Die anzutreffenden Praxisvarianten sind auf spezifische Ausprägungen des Körperschaftsteuergesetzes in Deutschland zurückzuführen.

### 3.2 Wertpapierleihen bei Unternehmen als Entleiher (so genannte strukturierte Wertpapierleihen)

War der Entleiher ein in Deutschland körperschaftsteuerpflichtiges Unternehmen, waren Dividenden gemäß § 8b Abs. 1 Körperschaftsteuergesetz (KStG) steuerbefreit (von der 5%-igen Steuerpflicht gemäß § 8b Abs. 5 KStG wird nachfolgend abgesehen). Dennoch konnten bis zum Jahr 2008 sämtliche, mit den Dividenden zusammenhängende Betriebsausgaben mit steuerlicher Wirkung zum Abzug gebracht werden. Durch die Verrechnung der Betriebsausgaben mit (weiteren) steuerpflichtigen Gewinnen konnte somit beim Entleiher in Deutschland eine Steuerersparnis in Höhe von 30% (dies entspricht dem kombinierten Steuersatz aus Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag sowie Gewerbesteuer) der Betriebsausgaben erzielt werden. Dies alles selbstverständlich unter dem Vorbehalt, dass der Entleiher wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien wurde und auch kein Gestaltungsmissbrauch vorlag, wovon die beteiligten Akteure offensichtlich ausgingen.

Aus diesem Grund wurde bei Unternehmen als Entleiher bei einer Wertpapierleihe regelmäßig eine Leihgebühr vereinbart, welche meist über der beschlossenen Dividende lag. Im Ergebnis hat sich trotz „negativer“ Rendite aus diesen Geschäften auch für den Entleiher - im Falle der steuerlichen Anerkennung - ein positives Ergebnis, das heißt ein Gewinn, zu Lasten des Fiskus ergeben.

Beispiel: Ein nicht zur Anrechnung berechtigter Anteilseigner deutscher Aktien, z.B. ein ausländischer Staatsfonds oder Pensionsfonds, verfügt kurz vor dem Dividendenstichtag über Aktien einer deutschen AG im Wert von 100; der Dividendenbeschluss lautet auf 10. Der „Steuerausländer“ verleiht die Aktien über den Dividendenstichtag für eine Leihgebühr von 13 an ein in Deutschland steuerpflichtiges Unternehmen, ihm verbleiben auf einmal 13 anstatt 7,5 (weil die Leihgebühr für ihn in Deutschland nicht steuerpflichtig ist). Dem Entleiher in Deutschland fließt nach Abzug der Kapitalertragsteuer von 25% eine Nettodividende in Höhe von 7,5 (= 10-2,5) steuerfrei zu, gleichzeitig macht er 13 als Betriebsausgaben geltend, woraus eine Steuerersparnis von rund 4 (30% von 13) resultiert. Gleichzeitig ergibt sich ein Erstattungsanspruch für die Kapitalertragsteuer von 2,5. Dem deutschen Unternehmen verbleiben somit 1, die sich aus der Nettodividende von 7,5, dem Kapitalertragsteueranspruch von 2,5 und der Steuerersparnis von 4 abzüglich der Leihgebühr von 13 ergeben ( $7,5 + 2,5 + 4 - 13$ ).

Dieses Ergebnis ist besonders krass. Denn der Fiskus nimmt 2,5 Kapitalertragsteuer, die ihm eigentlich zusteht, nicht ein. Zusätzlich erleidet der Fiskus einen Aufkommensverlust im Sinne einer Negativsteuer in Höhe von 4, die er erstatten muss, er hat also im Ergebnis 6,5 weniger Steuer eingenommen als wenn das Geschäft nicht gemacht worden wäre. Dies entspricht dem Mehrergebnis des „Steuerausländers“ in Höhe von 5,5 (13 statt 7,5) zuzüglich des Gewinns des deutschen Unternehmens in Höhe von 1.

Diese Form des Dividendenstrippings, die Praxis spricht von so genannten „strukturierten Wertpapierleihen“ ist seit dem Jahr 2008 schon grundsätzlich nicht mehr möglich. Durch den im Zuge der Unternehmenssteuerreform 2008 in das Körperschaftsteuergesetz eingefügten § 8b Abs. 10 KStG sind in den Fällen des Dividendenstripping überschießende Betriebsausgaben steuerlich nicht mehr abzugsfähig, falls die Dividende beim Entleiher steuerfrei ist.

Unabhängig davon hat der BFH dieser Art von Gestaltungen durch sein eingangs genanntes Urteil vom 18.8.2015 auch bereits vor der Gesetzesänderung die steuerliche Anerkennung versagt, er hat entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 AO nicht auf die Entleiherin übergeht, was wiederum zur Konsequenz hat, dass der Entleiher weder steuerfreie Dividenden bezogen hat noch kann er die Kapitalertragsteuer anrechnen. Der BFH hat die Frage, ob es sich - für den Fall, dass entgegen seiner Auffassung das wirtschaftliche Eigentum übergegangen sein

sollte - um einen Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO handelt, aufgeworfen, aber nicht entschieden, da dies nicht entscheidungsrelevant war. Im Ergebnis ebenso hat das FG Nürnberg mit rechtskräftigem Urteil vom 7.6.2016 (1 K 904 147.6.2016 – 1 K 904 14) entschieden.

Anmerkung: In der Praxis wurden diese Geschäfte in der Regel nicht direkt zwischen ausländischen Staatsfonds etc. und deutschen Unternehmen abgeschlossen, sondern unter Zwischenschaltung deutscher Banken, d.h. der „Steuerausländer“ verließ die Aktien zunächst an eine Bank und die Bank hat die Aktien anschließend an das deutsche Unternehmen verliehen. Den Kuchen von 6,5 teilten sich dann drei Parteien.

### 3.3 Wertpapierleihen bei Banken als Entleiher

Ist der Entleiher ein in Deutschland steuerpflichtiges Kreditinstitut, ist § 8b Abs. 10 EStG gemäß § 8b Abs. 7 KStG für das Kreditinstitut nicht anzuwenden und es gilt auch nicht die Steuerbefreiung für Dividenden gemäß § 8b Abs. 1 KStG.

Auf den ersten Blick mag dies das Geschäft steuerlich uninteressant machen, weil empfangene Dividenden beim Entleiher, das heißt der in Deutschland ansässigen Bank, steuerpflichtig sind. Allerdings bleiben in diesem Fall Leihgebühren in Form von Betriebsausgaben vollumfänglich abzugsfähig.

Das wiederum bedeutet, dass im Fall einer in Deutschland ansässigen Bank die Leihgebühr zwingend niedriger sein muss als die Bruttodividende, damit sich das Geschäft überhaupt rentieren kann, es entsteht also zwangsläufig ein Gewinn bei einer Bruttobetrachtung.

Folgendes Beispiel veranschaulicht dies:

Beispiel: Ein nicht zur Anrechnung berechtigter Anteilseigner deutscher Aktien, z.B. ein ausländischer Staatsfonds oder Pensionsfonds, verfügt kurz vor dem Dividendenstichtag über Aktien einer deutschen AG im Wert von 100; der Dividendenbeschluss lautet auf 10. Der „Steuerausländer“ verleiht die Aktien über den Dividendenstichtag für 9 an eine in Deutschland steuerpflichtige Bank, ihm verbleiben auf einmal 9 anstatt 7,5 (weil die Leihgebühr anders als eine Dividende in Deutschland nicht der Kapitalertragsteuer unterliegt).

Für die Bank in Deutschland wirft das Geschäft bei einer Bruttobetrachtung eine positive Rendite von 1 ab ( $10-9$ ). Das Geschäft erscheint also okay zu sein, steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Bank die zunächst einbehaltene Kapitalertragsteuer anrechnen kann bzw. erstattet bekommt. Im Einzelnen: Nach Abzug der Kapitalertragsteuer 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), für die Bank ergibt sich auch ein entsprechender Liquiditätsnachteil. Zu versteuern ist freilich - falls die Bank wirtschaftlicher Eigentümer geworden sein sollte - die Bruttodividende von 10 abzüglich Leihgebühr von 9, macht also 1. Darauf zahlt man in Deutschland rund 30% Steuern, Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer, macht also 0,3 (30% von 1). Auf die 0,3 Steuerzahllast können 2,5 Kapitalertragsteuer angerechnet werden bzw. es entsteht ein Erstattungsanspruch, der entsprechende Liquiditätsvorteil stellt sich allerdings frühestens im Folgejahr ein.

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, zahlt 9 an Leihgebühr, macht also bis dahin 1,8 Verlust ( $7,5-0,3-9$ ), kann aber 2,5 Kapitalertragsteuern anrechnen bzw. sich erstatten lassen, woraus sich ein Gewinn von 0,7 und Nettoeinkünfte der Bank in Deutschland in gleicher Höhe ergeben.

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 steuerlich anerkennt, entgehen ihm Steuern von 2,2. Von diesem Steuerschaden profitiert der Verleiher der Wertpapiere in Höhe von 1,5 (er hat 9 anstatt 7,5) und die Bank in Deutschland in Höhe von 0,7.

Nach dem gesunden Menschenverstand kann auch dieses Ergebnis nicht überzeugen. Weshalb nicht? Weil der ausschließliche Grund für die Wertpapierleihe darin besteht, ohne wirtschaftlichen Grund dem deutschen Staat zustehende Steueransprüche zu entziehen.

Das o.g. BFH-Urteil zur Versagung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums bei bestimmten Wertpapierleihgeschäften ist zwar zu einer Konstellation ergangen, bei der die Kompensationszahlung die Höhe der Bruttodividende nicht unterschritt, aus den Urteilsgründen kann aber nicht entnommen werden, dass dies entscheidungserheblich war. Folglich ist davon auszugehen, dass nach diesen Urteilsgrundsätzen auch in der vorliegenden Konstellation das wirtschaftliche Eigentum wohl nicht übergegangen ist.

Sollte es gleichwohl zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gekommen sein, stellt sich die Frage des Gestaltungsmissbrauchs, da das Geschäft aus allein steuerlichen Gründen abgeschlossen wurde. Ohne die erhofften Steuereffekte hätte es keinerlei Sinn ergeben.

Dass dies wohl auch der BFH so sieht, ergibt sich nicht nur aus seiner Entscheidung vom 18.8.2015, sondern bereits aus einer Entscheidung aus dem Jahre 1999 zu einer ähnlichen Konstellation. Seinerzeit ging der BFH zwar vom Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei einem Kassageschäft aus, warf aber die Frage des Gestaltungsmissbrauchs explizit auf. Aufgrund einer 2001 abgeschafften Spezialvorschrift war er aber an der Prüfung des Gestaltungsmissbrauches gehindert.

#### **4. Zentrale Aussagen des Schreibens des BMF vom 11.11.2016**

Das BMF-Schreiben vom 11.11.2016 nimmt in seinem Betreff explizit Bezug auf das Urteil des BFH vom 18.8.2015, allerdings ohne den zugrundeliegenden Sachverhalt zu erläutern. Dem Urteil des BFH lag eine sogenannte strukturierte Wertpapierleihe zugrunde, welche sich auf Wertpapierleihen zwischen Unternehmen bezogen hat. Das BMF-Schreiben grenzt zu Recht seinen Anwendungsbereich allerdings in keinerlei Hinsicht auf diese Art der Wertpapierleihe ein, sondern spricht allgemein von Wertpapierleihen, Kassa-Geschäften und anderen Wertpapiergeschäften.

In seinem Schreiben vom 11.11.2016 anerkennt das BMF zunächst sämtliche Entscheidungsgründe des Urteils des BFH vom 18.8.2015, welche gegen den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher gemäß § 39 Abs. 2 AO sprechen. Darauf muss deswegen nicht weiter eingegangen werden. Darüber hinaus anerkennt das BMF-Schreiben, dass auch im Fall der Bejahung eines Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO in Betracht zu ziehen ist. Das BMF-Schreiben steht insoweit auch nicht in Widerspruch zu den Entscheidungsgründen des rechtskräftigen Urteils des FG Nürnberg vom 7.6.2016 – 1 K 904 14.

Anschließend überrascht das BMF-Schreiben vom 11.11.2016 allerdings an zwei Stellen. Entgegen der ansonsten üblichen Klarheit und Kleinteiligkeit von BMF-Schreiben fehlt es dem Schreiben an jedweden Beispielen und Klarstellungen, die aber grundsätzlich notwendig sind, damit die

Finanzämter das Schreiben auch anwenden können. Zudem wird ohne jede Rechtsgrundlage und ohne jeden Bezug zu dem analysierten Urteil verfügt, dass von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 AO sowie von einem Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO auszugehen ist, falls aus dem Geschäft, das heißt aus der Wertpapierleihe, ein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne einer positiven Vorsteuerrendite erzielt wird. Es heißt wörtlich:

*„Ungeachtet der Voraussetzungen a) bis d) spricht für eine Zuordnung beim Darlehensnehmer, wenn er aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften (siehe a)) vor Steuer einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) zieht und das zivilrechtliche Eigentum vor dem Dividendenstichtag übergegangen ist.“*

*„Dies (Gestaltungsmissbrauch) ist im Grundsatz nicht der Fall, wenn der Darlehensnehmer aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften vor Steuer einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) erzielt.“*

Zu klären ist vor diesem Hintergrund, ob die die Wertpapiere entleihende Bank „vor Steuer einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) zieht.

Aus dem o.g. zweiten Beispiel ergibt sich, dass, wenn man alle steuerlichen Betrachtungen außen vorlässt (also eine Betrachtung „vor Steuern“ anstellt), die Bank einen Verlust von 1,5 erzielt (7,5 Dividende und 9 Leihgebühr). Vor diesem Hintergrund könnte man auf Basis des BMF-Schreibens zu dem Schluss kommen, dass das wirtschaftliche Eigentum grundsätzlich nicht übergegangen ist. Dies wäre ein überzeugendes Ergebnis, das ohne weiteres aus dem Wortlaut des Schreibens ableitbar ist.

Man könnte aber auch zu dem etwas fernerliegenden Schluss kommen, dass der Bezug auf „vor Steuer“ so zu verstehen ist, dass man unterstellt, dass bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils die Bruttodividende die entscheidende Bezugsgröße ist, dann käme man zu einem wirtschaftlichen Vorteil vor Steuern. Die letztgenannte Auslegung wird bereits öffentlich von Anwälten und wohl auch von den betroffenen Banken vertreten und durch eine Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt vom 18.11.2016 (S 2134 A – 15 – St 210) zum o.a. BMF-Schreiben untermauert. Es wird darin in Beispielen stets von der Bruttodividende ausgegangen, um zu prüfen, ob bei Wertpapierleihen eine positive Vorsteuerrendite vorliegt.

Wörtlich heißt es auf Seite 7, Beispiel 3 der Rundverfügung der OFD Frankfurt:

*Ist das Ergebnis größer Null, „ist vom Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auszugehen. Die Prüfung ist abzuschließen.“*

Es könnte somit der Schluss gezogen werden, dass damit alle Banken keine Probleme mit Cum/Cum Geschäften mehr hätten.

## **5. Votum der Finanzministerkonferenz vom 1.12.2016**

Die Länderfinanzminister teilen dieses berechnete Unbehagen. Sie haben das BMF deshalb am 1.12.2016 mit einer großen Mehrheit von zehn zu fünf Stimmen aufgefordert, sein o.a. Schreiben mit entsprechenden Klarstellungen und Ergänzungen zu versehen.

Im Einzelnen haben die Länderfinanzminister folgende Beschlüsse gefasst:

- 1) Die Grundsätze des o.a. BFH-Urteils vom 18.8.2015 sollen neben der sog. strukturierten Wertpapierleihe auch auf sog. Cum/Cum-Transaktionen Anwendung finden können.

- 2) Das Bundesministerium der Finanzen wird gebeten, dies im Hinblick auf das o.a. BMF-Schreiben vom 11.11.2016 klarzustellen.
- 3) Das o.a. BMF-Schreiben wird vollzogen, soweit dies zur Vermeidung einer Verjährung im Einzelfall notwendig ist.
- 4) Beim Bundeszentralamt für Steuern ist eine Arbeitsgruppe aus Fachprüfern des Bundes und der Länder einzurichten, die die sachgerechte Erfassung und Besteuerung von Cum/Cum-Fällen zwischen den Ländern koordiniert, vor allem die Länder (z.B. BW, HE, NW) sind zu beteiligen.
- 5) Auf Grundlage dieser Erfahrungen soll der Bund zeitnah ein ergänzendes BMF-Schreiben erstellen.

## **6. Beurteilung des Status-quo hinsichtlich Cum/Cum-Geschäften und daraus entstehender Handlungsbedarf**

Die Mehrheit der Länderfinanzminister hat sich am 1.12.2016 gegen das BMF-Schreiben vom 11.11.2016 ausgesprochen und entsprechende Nachbesserungen gefordert. Zunächst kann einem BMF-Schreiben keine Gesetzeskraft beigemessen werden. Außerdem, und das ist im vorliegenden Fall der Cum/Cum-Geschäfte besonders bedeutsam, kann ein BMF-Schreiben gegen eine Mehrheit auf Länderebene niemals Bindungswirkung für die Finanzverwaltung entfalten.

Das BMF-Schreiben vom 11.11.2016 ist folglich nichtssagend. Das BMF spielt dem Vernehmen nach auf Zeit und fordert seinerseits die Länder auf, Formulierungsvorschläge für Klarstellungen zu liefern.

Deutschland befindet sich derzeit somit im Zustand einer steuerlichen Cum/Cum-Bananenrepublik, denn diese Geschäfte sind vor dem Hintergrund der eindeutigen Gesetzeslage (§ 39 Abs. 2, § 42 AO) und höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einzelfall illegal. In beiden Fällen (§§ 39, 42 AO) ist dem Entleiher eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer zu versagen und die Dividenden bleiben effektiv besteuert. Das kann gravierende finanzielle Auswirkungen für Banken in Deutschland haben, soweit diese als Entleiher agiert haben. Dies gilt es auch für die Wirtschaftsprüfer im Zusammenhang mit der Beurteilung der jeweiligen Jahresabschlüsse zu beachten. Für den jeweiligen Einzelfall sind jedenfalls entsprechende Steuerrückstellungen zu bilden. Es ist also dringender Handlungsbedarf angezeigt.

Vor diesem Hintergrund müsste das BMF umgehend zwei Klarstellungen vornehmen:

- Erstens sollte im BMF-Schreiben vom 11.11.2016 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden, dass die Überprüfung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher gemäß § 39 Abs. 2 AO sowie das Vorliegen eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO nach den im BFH-Urteil vom 18.8.2015 aufgestellten Grundsätzen für sämtliche Cum/Cum-Geschäfte unabhängig von der Person des Entleihers erfolgt. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des BMF-Schreibens auf sog. „strukturierte Wertpapierleihen“ würde insoweit zu kurz greifen. Vielmehr geht es insbesondere um Cum/Cum-Geschäften, bei denen Kreditinstitute als Entleiher auftreten.
- Zweitens ist zu präzisieren, was das BMF im Zusammenhang mit Cum/Cum-Geschäften unter einer positiven Vorsteuerrendite versteht und wie diese zu ermitteln ist. Im Grundsatz könnte auf dieses Kriterium zwar verzichtet werden. Hält man daran aber fest, ist unmissverständlich und entgegen der Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt vom



18.11.2016 zum Ausdruck zu bringen, dass bei der Ermittlung der Vorsteuerrendite eine Nettobetrachtung erfolgt, also sämtliche Zahlungen „vor Steuern“ angesetzt. Insbesondere ist bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils die Nettodividende die entscheidende Bezugsgröße. Dies müsste auch durch entsprechende Berechnungsbeispiele verdeutlicht werden, um der Finanzverwaltung einen handhabbaren Leitfaden an die Hand zu geben.

Christoph Spengel  
5.12.2016