

Gz. IV C 1 - S 2252/13/10005

MAT-A-BMF-8-1-1  
Ordner 41 von 107

105

Dok.-Nr. 201410352259

Rott

(Pool IV)

**Von:** [REDACTED] (IV C 1)  
**Gesendet:** Donnerstag, 10. April 2014 21:04  
**An:** IV C 1 - BSB  
**Betreff:** Hintergrundvermerk zum Sachverhalt und zu Rechtsfrage des BFH-Verfahrens zu Cum-/Ex-Gestaltungen

Reg IV C 1, bitte

- Vorgang unter IV C 1 - S 2252/13/10005 (BFH I R 2/12, Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ...) in Domea erfassen, als Betreff für Domea den Betreff der E-Mail verwenden
- ausdrucken (einschließlich der enthaltenen Dateien) und ablegen
- Stichwort(e):
- Bemerkung:

-----Ursprüngliche Nachricht-----

**Von:** [REDACTED] (IV C 1)  
**Gesendet:** Donnerstag, 10. April 2014 19:07  
**An:** [REDACTED] (L K P)  
**Cc:** [REDACTED] (IV C 1 / Ast); [REDACTED] (IV C 1)  
**Betreff:** BFH-Verfahren zu Cum-/Ex-Gestaltungen

Hallo, [REDACTED],

nachfolgend habe ich einen Vorschlag für einen Hintergrundvermerk erstellt. Diesen Vermerk konnte ich nicht mehr im Referat abstimmen. Es gab, wie vorhin besprochen, auch Vorbehalte in meinem Referat gegenüber der Pressearbeit im Vorfeld der mündlichen Verhandlung. Da ich morgen frei habe, schlage ich vor, dass Sie mit Herrn [REDACTED] und Herrn [REDACTED] sprechen, ob Sie meinem Vermerk so (oder vielleicht in geänderter Form) verwenden können. Falls nein, haben Sie zumindest etwas mehr Info zu den Verfahrensinhalten.

Viele Grüße

Dem BFH-Verfahren liegt folgender vom Finanzgericht festgestellter Sachverhalt zu Grunde:

Der gesamte Geschäftsinhalt der klagenden GmbH (im Weiteren "Klägerin") bestand ausschließlich aus dem außerbörslichen Erwerb (sog. OTC-Geschäfte) von fünf großen Aktienpaketen über den Dividendentichtag und damit verbundener Swap-, Finanzierungs- und Wertpapierleihverträge mit einer britischen Bank (im Weiteren "Finanzierungs-Bank"). Gekauft hat die Klägerin von einer britischen Brokergesellschaft (im Weiteren „Y-Broker“). Der Y-Broker behauptet, er hätte gleichzeitig bei einer anderen Person Aktien gekauft, um die Klägerin beliefern zu können. Der Y-Broker weigert sich aber bislang den Namen des Verkäufers zu offenbaren.

Die Verträge zwischen der Klägerin und der Finanzierungs-Bank wirken im Ergebnis so, dass die Finanzierungs-Bank während der gesamten Transaktionsphase die Kontrolle über die gekauften Aktien ausübt und alleine das Wertveränderungsrisiko trägt. Zudem überlässt die Finanzierungs-Bank der Klägerin mittels einer Swap-Vereinbarung 5 % der Dividende. D. h. die Klägerin erzielt bei dem Gesamtpaket der Gestaltung garantiert 5 % der vereinnahmten Brutto-Dividenden ohne ein Risiko zu tragen, aber auch ohne Aussicht darauf, einen darüberhinausgehenden Ertrag zu erzielen.

Aufgrund dieser Vertragsgestaltung ist das für die Klägerin zuständige Finanzamt davon ausgegangen, dass die 1 0 6  
Klägerin niemals wirtschaftliches Eigentum an den gekauften Aktien erlangt hat, sondern dass das Eigentum von der  
Finanzierungs-Bank erworben wurde. Aufgrund dieser rechtlichen Wertung hat das Finanzamt die vereinnahmten  
Leistungen in Höhe der Netto-Dividende nicht der Klägerin zugerechnet. Mangels erzielter Einkünfte hat das  
Finanzamt eine Veranlagung abgelehnt. D. h. es wurde kein Körperschaftsteuerbescheid, sondern nur ein  
Ablehnungsbescheid erlassen.

Die Klägerin hat gegen den Ablehnungsbescheid vor dem Finanzgericht Hamburg Klage erhoben, mit dem Ziel, dass  
die eine Veranlagung durchgeführt wird bzw. der entgegenstehende Ablehnungsbescheid aufgehoben wird und das  
Kapitalertragsteuer angerechnet wird.

Das Finanzgericht hat mit Urteil vom 24.11.2011 (6 K 22/10) die Klage abgewiesen. Es hielt die Klage hinsichtlich der  
Anrechnung der Kapitalertragsteuer für unzulässig, weil es hierfür erst mal eine Veranlagung mit entsprechenden  
Steuerbescheiden geben müsse. Die Klage hinsichtlich des Ablehnungsbescheids sei zwar zulässig aber unbegründet.  
Das FG ist zwar - entgegen der Ansicht des Finanzamts - davon ausgegangen, dass die Klägerin wirtschaftliches  
Eigentum erlangt habe. Aufgrund des Wertpapierleihvertrages hätte die Klägerin aber das wirtschaftliche Eigentum  
wieder verloren und folglich seien die Leistungen in Höhe der Netto-Dividende nicht der Klägerin zuzurechnen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin nun vor dem BFH.

Der BFH hatte zunächst einen Gerichtsbescheid am 6.3.2013 (I R 2/12) erlassen. Ein Gerichtsbescheid gilt nach § 90.  
Absatz 3 der Finanzgerichtsordnung als nicht ergangen, wenn - wie hier - die mündliche Verhandlung beantragt  
wurde.

In dem Gerichtsbescheid hatte der BFH inhaltlich die Entscheidung des FG weitgehend mitgetragen aber die Sache  
zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das FG zurückverwiesen. In den Gründen hat der BFH ausgeführt, dass es  
auf die von dem Finanzamt angeführte Frage des wirtschaftlichen Eigentums nicht ankomme. Das Gericht hielt es für  
unerheblich, ob es sich um Einkünfte aus tatsächlichen Dividendenzahlungen i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 1  
EStG oder um eine Kompensationsleistung eines Leerverkäufers i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG handelt;  
in beiden Fällen würden Einkünfte vorliegen. Wörtlich hat der BFH ausgeführt: „Der von der Klägerin begehrte  
Ansatz von Kapitalerträgen sowie der darauf entfallenden anrechenbaren Steuern als Einnahmen kann allerdings  
auch darauf beruhen, dass sie sonstige Bezüge aus Aktien (§ 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 1 i. V. m. Satz 4 EStG 2002  
n.F.) erwirtschaftet hat.“

In einschlägigen Beraterkreisen wurde dieser Satz des BFH aus seinem Kontext herausgelöst und so ausgelegt, dass  
es in Leerverkaufsfällen generell einen Anspruch auf Anrechnung der Kapitalertragsteuer geben würde. Eine  
mehrmalige Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer sei zulässig, auch wenn nur einmal  
Kapitalertragsteuer einbehalten worden sei.

Zu dieser Interpretation der Gestalterseite ist Folgendes anzumerken: Wenn ein Leerverkauf über eine inländische  
Bank abgewickelt wird, muss diese seit 2007 von dem Leerverkäufer Kapitalertragsteuer erheben. Wenn die  
Kapitalertragsteuer erhoben wurde, dann ist der Käufer selbstverständlich zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer  
berechtigt. Wenn jedoch der Leerverkauf über eine im Ausland ansässige Bank abgewickelt wurde, fehlt es an einer  
Erhebung der Kapitalertragsteuer, weil der deutsche Staat im Ausland ansässigen Banken nicht zu einer  
Steuererhebung zu seinen Gunsten verpflichtet kann. Mangels einer erhobenen Steuer kann es in diesen Fällen  
keinen Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch geben. Das hat das Hessische Finanzgericht in seiner Entscheidung  
vom 8. Oktober 2012 (4 V 1661/11) auch in aller Deutlichkeit herausgestellt und die Gegenfassung als abwegig  
bezeichnet.

Der BFH hat sich in dem Gerichtsbescheid nicht mit der Frage einer Anrechnungsberechtigung bei fehlender  
Kapitalertragsteuererhebung in Leerverkaufsfällen auseinander gesetzt. Vielmehr ging es in dem bisherigen  
Verfahren noch nicht um die Frage, ob ein Leerverkauf vorlag. Es wurden weder vom Finanzamt noch vom  
Finanzgericht Feststellung zur Frage eines Leerverkaufs getroffen.

Als das BMF dem Verfahren beigetreten ist, hat es sich jedoch intensiv mit der Frage eines möglichen Leerverkaufs  
auseinander gesetzt. Das BMF hat vorgetragen, dass die ganze Gestaltung wirtschaftlich keinen Sinn machen würde,

wenn sie nicht auf einem Leerverkauf beruhen würde. Man muss sich nämlich fragen, worin andernfalls der wirtschaftliche Nutzen für die Finanzierungs-Bank liegen könnte. Die Finanzierungs-Bank stellt das zum Kauf erforderliche Kapital zur Verfügung und trägt aufgrund der vertraglichen Gestaltungen (vor allem aufgrund der Swap-Verträge) sämtliche Risiken und Chancen aus den von der Klägerin erworbenen Aktien. Gleichzeitig garantiert sie der Klägerin durch den jeweiligen Swap-Vertrag 5 % der Brutto-Dividende. Warum sollte sie das tun? Aus Sicht des BMF machen die Geschäfte für die Finanzierungs-Bank nur dann Sinn, wenn sie selbst oder ein mit ihr verbundenes Unternehmen einen Leerverkauf an den Y-Broker vorgenommen hat, um daraus einen Profit in Höhe nicht abgeführter Kapitalertragsteuer zu erzielen. 1 0 7

Da der BFH grundsätzlich keine Feststellungen zu Tatsachen trifft, geht das BMF davon aus, dass der BFH an der Entscheidung im Gerichtsbescheid festhält und die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das Finanzgericht zurückverweist. Das BMF möchte erreichen, dass der BFH dabei das FG auch zu Sachverhaltsaufklärungen hinsichtlich eines Leerverkaufs auffordert. Außerdem erwartet das BMF ein klares Signal des BFH, dass bei einem Leerverkauf über eine im Ausland ansässige Bank eine Anrechnung oder Erstattung ausgeschlossen ist, weil in diesen Fällen keine Steuer erhoben wurde.