

Neue BMF-Rundschreiben zu Cum/Cum-Transaktionen und zur wirtschaftlichen Zurechnung bei Wertpapiergeschäften

September 2021

Mit zwei Schreiben vom 9. Juli 2021 wurden durch das Bundesministerium der Finanzen (BMF) das Rundschreiben betreffend die steuerliche Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“ vom 17. Juli 2017 sowie das Rundschreiben betreffend die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften vom 11. November 2016 neu gefasst.

Hintergrund für die vom BMF vorgenommenen Änderungen ist primär die Umsetzung der von dem Hessischen Finanzgericht in seinem Urteil vom 28. Januar 2020 aufgestellten Grundsätze im Hinblick auf die steuerliche Behandlung von steuerinduzierten Cum/Cum-Transaktionen.

Während der Fokus der Finanzverwaltung bei derartigen Gestaltungen bisher auf die Prüfung eines steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO ausgerichtet war, rückt die Finanzverwaltung nun erkennbar von ihrer bisherigen Positionierung ab und versagt grundsätzlich den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Die Auswirkungen dieser Kehrtwende sind beachtlich, da das geänderte Rundschreiben insbesondere auf alle noch offenen Fälle in der Vergangenheit Anwendung findet.

Bei Transaktionen, die dem Regelungsbereich des geänderten Cum/Cum-Rundschreibens unterfallen, werden die Veräußerer und Erwerber von über den Dividendenstichtag gehandelten inländischen Aktien genau zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach Maßgabe des BMF-Schreibens vorliegen. Da das BMF-Rundschreiben diesbezüglich keine abschließenden Vorgaben macht, sind Probleme bei der Implementierung unvermeidbar.

Für die steuerliche Anerkennung von nicht dem Regelungsbereich des Cum/Cum-Rundschreibens unterliegenden Transaktionen wird es unter dem geänderten Schreiben zur wirtschaftlichen Zurechnung bei Wertpapiergeschäften in der Praxis zukünftig entscheidend auf den Nachweis ankommen, dass das Geschäft keinen Steuervorteil für die Parteien oder Dritte enthält. Insbesondere aufgrund der durch das BMF geforderten Einbeziehung von verbundenen Geschäften in die Prüfung sind Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung und Dokumentation dabei absehbar.

BMF-Schreiben vom 9. Juli 2021 betreffend die steuerliche Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen

Hintergrund

Mit dem neuen Schreiben vom 9. Juli 2021 zur steuerlichen Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen greift das BMF wie erwartet, das Urteil des FG Hessen vom 28. Januar 2020 auf und setzt es in eine Verwaltungsanweisung um. Das Schreiben ersetzt damit das bisherige

Schreiben zur steuerlichen Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen vom 17. Juli 2017.

Cum/Cum-Gestaltungen zeichnen sich dabei nach den o.g. BMF-Schreiben insbesondere dadurch aus, dass Steuerausländer eine Definitivbelastung mit deutscher Kapitalertragsteuer zu vermeiden suchen, in dem sie von ihnen gehaltene inländische Aktien über den Dividendenstichtag auf einen anrechnungsberechtigten Steuerinländer übertragen. Anders als bei

den sog. „Cum/Ex-Transaktionen“ erfolgt die Übertragung dabei so zeitgerecht, dass der Erwerber am Dividendenstichtag bereits zivilrechtlicher Eigentümer der betreffenden Aktien ist.

Die betreffenden Gestaltungen wurden vom BMF dabei bisher unter dem Gedanken des Gestaltungsmissbrauchs nach Maßgabe des § 42 AO sowie ergänzend nach Maßgabe des § 36a EStG gewürdigt und aufgegriffen, wohingegen der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber („Taker“) grundsätzlich nicht in Frage gestellt wurde.

Sofern Wertpapiere im Zuge sog. „strukturierter Wertpapierleihegeschäfte“ übertragen werden, sind - wie bisher - die besonderen steuerlichen Ausführungen des separat hierzu ergangenen BMF-Schreibens zu beachten, das ebenfalls mit Datum vom 9. Juli 2021 neu gefasst wurde (siehe hierzu im Detail auch die separaten Ausführungen weiter unten).

Die wesentliche Neuausrichtung

Mit seinem neuen Cum/Cum-Schreiben verlässt das BMF den bisherigen Ansatz, Cum/Cum-Gestaltungen materiell-rechtlich primär unter dem Gesichtspunkt des § 42 AO zu würdigen, sondern übernimmt den Ansatz der jüngeren Rechtsprechung, nach dem bei entsprechenden steuerinduzierten Gestaltungen zwar das zivilrechtliche nicht jedoch das wirtschaftliche Eigentum auf den Erwerber übergehe.

Das BMF stellt dabei auf folgende Indikatoren ab:

(i) Kein Übergang von Chancen und Risiken

Bei Cum/Cum-Gestaltungen erfolge kein Übergang der Chancen und Risiken, denn der Empfänger der Aktien übertrage diese ohne Kursrisiko nach der Dividendenausschüttung wieder an den Veräußerer („Giver“) zurück, da er entweder

- die Aktien über eine Wertpapierleihe vom Veräußerer übertragen bekomme;
- der Verkaufspreis im Falle der Rückveräußerung als Bestandteil der Gestaltung bereits feststehe oder
- die Aktien während der Haltedauer im Rahmen des Gesamtkonzepts gegen Kursschwankungen gesichert werden.

(ii) Keine Ertragshoheit und kein Liquiditätsvorteil

Auch seien die Verträge so ausgestaltet, dass der Erwerber die daraus resultierenden Erträge bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht wirklich bei sich vereinnahme und aus der Gestaltung auch keinen Liquiditätsvorteil erziele. Tatsächlich verbleibe beim Erwerber als zivilrechtlichem Eigentümer aus der Gestaltung nur ein Bruchteil der Bruttodividende, die er im Übrigen an den Veräußerer weiterleite. Dieser Anteil könne direkt aus einer prozentualen Beteiligung an der Dividendenzahlung berechnet sein, möglich sei aber auch die Erzielung eines Vorteils aus anderen Rechtsgeschäften mit dem Veräußerer, die anlässlich der Übertragung der Aktien abgeschlossen werden. Beispielfhaft führt das BMF hierzu folgende Konstellationen an:

- „Provisionszahlungen“ oder Gebühren, die von dem Veräußerer an den Erwerber der Aktien geleistet werden;
- Zinserträge, die aus mit der Wertpapierübertragung im Zusammenhang stehenden Darlehensgeschäften resultieren.

(iii) Möglichkeit der Renditesteigerung irrelevant und kurzfristige Haltedauer

Nach Ansicht des BMF lasse sich der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums dabei auch nicht (allein) aus dem Umstand ableiten, dass der Empfänger der Aktien während der Dauer der Cum/Cum-Gestaltung seine Rendite durch die Weiterverwendung der Aktien verbessern könne.

Ein Indiz für das Vorliegen einer Cum/Cum-Gestaltung sei, dass diese darauf angelegt sei, kurzfristig Aktien auf einen Empfänger zu übertragen, um die auf die Dividende entfallende Kapitalertragsteuer zu vermeiden oder zumindest zu reduzieren. Kurzfristig sei dabei in jedem Fall ein Zeitraum von weniger als 45 Tagen.

Wie das BMF hervorhebt, könne dieses Ziel aber auch bei längeren Haltedauern erreicht werden, so dass die Kurzfristigkeit einer Transaktion rund um den Dividendenstichtag zwar ein erstes Indiz ist, maßgeblich aber letztlich die Reduzierung der Kapitalertragsteuerbelastung sein dürfte. Dennoch ist zu erwarten, dass

dem nun vom BMF aufgestelltem 45-Tage-Kriterium in der Praxis sicherlich eine relevante Bedeutung zukommen wird.

Gestaltungsmissbrauch ist ebenfalls ein relevanter Prüfungsaspekt

Auch wenn das BMF mit seinem neuen Schreiben den Fokus auf die materiell-rechtliche Prüfung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums legt, macht es aber klar, dass daneben auch zu prüfen sei, ob die Gestaltung als rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 42 AO einzuordnen ist.

Dies sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Zweck der Gestaltung in der Umgehung der Definitivbelastung mit Kapitalertragsteuer auf die Dividendenzahlung besteht, da dies zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führe.

Bei Bejahung des § 42 AO sei der relevante Sachverhalt in der Rechtsfolge so zu beurteilen, als ob eine rechtlich angemessene Gestaltung gewählt worden wäre. D.h., der Besteuerung sei anstelle des tatsächlich realisierten ein den wirtschaftlichen Verhältnissen angemessener Sachverhalt zugrunde zu legen. Als Folge seien die Dividendeneinkünfte dem wirtschaftlichen Eigentümer der Aktien zuzurechnen, der (bei angemessener Gestaltung) auch mit der hierauf entfallenden Kapitalertragsteuer belastet worden wäre. Im Ergebnis seien dem Empfänger der Aktien damit auch die Geltendmachung von Aufwendungen aus der steuerlich nicht anzuerkennenden Gestaltung zu versagen, wie namentlich aus der Nichtanrechnung bzw. der Rückforderung der Kapitalertragsteuer.

Rechtsfolgen aus der Anwendung der vom BMF aufgestellten (neuen) Grundsätze

(i) Versagung der Anrechnung von KapEst 5/5 statt 3/5

Die Rechtsfolge der Anwendung der obigen beschriebenen Grundsätze ist nach Ansicht des BMF, dass der Empfänger von Aktien, die dieser im Zuge einer Cum/Cum-Gestaltung erworben hat, nicht der steuerliche Anteilseigner i.S.d. § 20 Abs. 5 EStG ist und damit nicht zur Anrechnung oder Erstattung der auf die Dividendenzahlung abgeführten Kapitalertragsteuer berechtigt ist. Sofern die Dividendenzahlung keinem Kapitalertragsteuerabzug unterworfen wurde (z.B. wegen Vorlage einer NV-Bescheinigung) oder die Kapitalertragsteuer erstattet wurde, sei sie nachzuzahlen.

(ii) Kein Betriebsausgabenabzug für den nicht anrechenbaren Teil der Kapitalertragsteuer

Wie bereits oben ausgeführt, dürfe der Erwerber die ihm hieraus entstehenden Aufwendungen nach Maßgabe des § 42 AO steuerlich nicht geltend machen.

Unter Zugrundelegung der bereits im Schreiben vom 17. Juli 2017 beschriebenen Beispiele entwickelt das BMF diese daher dergestalt weiter, dass die aus der Rückforderung der Kapitalertragsteuer beim Empfänger entstehenden Verluste außerbilanziell wieder hinzuzurechnen sind, so dass sich bei diesem aus der Transaktion ein steuerliches Null-Ergebnis ergibt.

(iii) Anwendungsregelung und § 36a EStG

Das neue Schreiben ersetzt das bisherige Schreiben vom 17. Juli 2017 und ist in allen noch offenen Fällen anzuwenden.

Anders als im bisherigen Schreiben vom 17. Juli 2017 geht das BMF nun nicht mehr auf die Anwendbarkeit des § 36a EStG ein. Da dieser den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber voraussetzt, ist dies bei Verneinung desselben folgerichtig.

Auch bei alleiniger Anwendung der Grundsätze des § 42 AO mit den vom BMF beschriebenen Rechtsfolgen, bleibt jedoch konsequenterweise kein Raum mehr für die ergänzende Anwendung des § 36a EStG, weshalb die Nichterwähnung dieser Vorschrift aus Sicht des BMF nachvollziehbar erscheint. Tatsächlich stellt sich damit aber die Frage, welcher praktische Anwendungsbereich für § 36a EStG als spezielle Rechtsmissbrauchsbekämpfungsvorschrift noch verbleibt.

(iv) Anwendbarkeit nun auch für EU/EWR-Fälle vor dem 28.2.2013

Nicht mehr enthalten ist zudem die Rückausnahme für EU/EWR-Fälle (Verleiher/Veräußerer) vor dem 28.2.2013. Dies erscheint aus Sicht des BMF nachvollziehbar. Denn die bisherige Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs aufgrund einer möglichen Europarechtswidrigkeit bis zur Einführung der Steuerpflicht bei Streubesitzdividenden nach § 8b Abs. 4 KStG am 28.2.2013 schlug zumindest in EU/EWR-Fällen fehl. Anders nun bei fehlendem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Dieses nun neue grundsätzliche Verständnis wäre auch für Fälle vor dem genannten Zeitraum einschlägig, weshalb in allen offenen Fällen das

neue BMF Schreiben zusätzliche Sachverhalte betreffen könnte, die bisher aufgrund der Rückausnahme nicht im Fokus waren.

Berichtigungspflicht nach § 153 AO

Das BMF-Schreiben stellt ebenfalls klar, dass bei noch offenen Cum/Cum-Sachverhalten eine Anzeige- und Berichtigungspflicht gemäß § 153 AO besteht, wenn der Steuerpflichtige nachträglich vor Ablauf der Festsetzungsfrist erkennt, dass er die betreffenden Sachverhalte in seiner Steuererklärung objektiv unrichtig oder unvollständig erklärt hat und es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist. Entscheidend wird es hier auf die konkreten Umstände des Einzelfalles ankommen.

Unklarheiten und Auswirkungen für die Praxis

Die Umsetzung des neuen BMF-Schreibens dürfte in der Praxis herausfordernd sein.

Mit Blick auf die Vergangenheit gerichtet stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen durch das neue BMF-Schreiben eine Berichtigungspflicht nach § 153 AO ausgelöst werden kann.

Eine weitere Herausforderung besteht darin, dass Veräußerer und Erwerber von über den Dividendenstichtag gehandelten inländischen Aktien nunmehr genau prüfen müssen, ob die Voraussetzungen für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gegeben oder nach Maßgabe des BMF-Schreibens ggf. zu verneinen sind.

Genaue und eindeutige Vorgaben für eine solche Prüfung liefert das BMF-Schreiben dabei nicht. Letztlich enthält das Schreiben nur typisierte Beispiele für Cum/Cum-Gestaltungen, bei denen der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber zu verneinen sei. Dies wird gleich zu Beginn des Schreibens (Rz. 2) verdeutlicht, in dem das BMF ausführt, dass Cum/Cum-Gestaltungen "in der Regel" durch die dann nachstehend beschriebenen Merkmale gekennzeichnet seien. Auch in Bezug auf die im Schreiben aufgeführten Beispielfälle stellt das BMF klar, dass diese keine abschließende Aufzählung relevanter Fallgestaltungen sei.

Aus dem BMF-Schreiben lassen sich dementsprechend vor allem Indizien ableiten, die im Gesamtgefüge gegen den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums sprechen.

Die wichtigsten Indizien lassen sich im Zuge einer Checkliste dabei wie folgt zusammenfassen:

- das Fehlen von Kursrisiken;
- die Weitergabe des wesentlichen Ertrages der Bruttodividende;
- die Vermeidung oder Reduzierung der Definitivbelastung der Dividende mit der auf sie entfallenden Kapitalertragsteuer auf Seiten des Veräußerers;
- (kurzfristige) Rückübertragung der Aktien vom Erwerber auf den Veräußerer (+/- 45-Tage-Kriterium) - wobei eine längerfristige Haltedauer kein zwingendes Ausschlusskriterium für den fehlenden Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ist.

Inwiefern auch Transaktionen gefährdet sind, bei denen die Aktien nicht (direkt) von dem Erwerber an den Veräußerer rückübertragen werden, bleibt offen.

Sollten die Parteien sich über den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums uneinig sein, stellt sich die Frage des praktischen Umgangs mit einem solchen Sachverhalt.

Weiterhin ergeben sich im Zweifel gesteigerte Anforderungen an die Dokumentation entsprechender Transaktionen gemäß der oben skizzierten Kriterien (Indizien) sowie ggf. ein Anpassungsbedarf bei den zugrundeliegenden Vertragswerken.

Spätestens nach Inkrafttreten der Neuregelungen zur Ausstellung von Steuerbescheinigungen nach Maßgabe des Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetzes (AbzStEnt-ModG) stellt sich auch die Frage, inwiefern eine Bank als auszahlende Stelle der Dividende wegen der Ausstellung von Steuerbescheinigungen zugunsten eines Erwerbers, der nach Maßgabe des neuen BMF-Schreibens kein wirtschaftliches Eigentum an den gehandelten Aktien erworben hat, für die dann fehlerhaft ausgestellten Steuerbescheinigungen (ohne Möglichkeit einer Exkulpation) haftbar gemacht werden kann.

BMF-Schreiben vom 9. Juli 2021 betreffend die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften

Hintergrund

Mit Urteil vom 18. August 2015 (I R 88/13) hatte der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, die im Rahmen eines Wertpapierleihegeschäftes an den Entleiher zivilrechtlich übereignet werden, ausnahmsweise beim Verleiher verbleibt, wenn die durch den Entleiher erlangte zivilrechtliche Position eine lediglich formale ist („leere Eigentumshülle“).

Das Urteil vom 18. August 2015 wurde durch das BMF in der Folge aufgegriffen und mit Rundschreiben vom 11. November 2016 wurden insbesondere die Kriterien für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Wertpapiergeschäften basierend auf den durch den BFH angewandten Kriterien festgeschrieben.

Unveränderte Grundaussage

Die in dem BMF-Schreiben vom 11. November 2016 enthaltenen Grundaussagen bleiben in dem neuen BMF-Schreiben vom 9. Juli 2021 hierbei unverändert.

Wertpapierleihegeschäfte führen als Sachdarlehen damit zu einem Übergang des zivilrechtlichen Eigentums an den Wertpapieren auf den Entleiher und damit gemäß § 39 Abs. 1 AO grundsätzlich auch zu einer wirtschaftlichen Zurechnung beim Entleiher. Wie oben dargestellt, gilt dies gleichwohl nicht im Rahmen von sog. Cum/Cum-Gestaltungen.

Trotz des Übergangs des zivilrechtlichen Eigentums auf den Entleiher spricht aber auch nach dem weiteren BMF-Schreiben vom 9. Juli 2021 für eine verbleibende wirtschaftliche Zuordnung der Wertpapiere beim Verleiher, wenn die Wertpapiere nur über einen kurzen Zeitraum über den Dividendenstichtag übertragen werden oder die Eigentümerposition des Entleihers als eine lediglich formale erscheint. Als kurzer Zeitraum gilt hierbei in jedem Fall eine Haltedauer von weniger als 45 Tagen.

Der Entleiher trägt in diesen Fällen die **Beweislast** dafür, dass ihm die Wertpapiere gleichwohl zuzurechnen sind.

Kriterien für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums

Die im Sinne einer Gesamtschau heranzuziehenden Kriterien gegen einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher werden durch die Finanzverwaltung unverändert zu dem Schreiben vom 11. November 2016 wie folgt definiert:

- (i) Aus dem Wertpapiergeschäft entsteht ein Steuervorteil für die Parteien oder Dritte und das Gesamtentgelt ist hieran bemessen;
- (ii) Dem Entleiher entsteht kein Liquiditätsvorteil;
- (iii) Die Ausübung von Stimmrechten durch den Entleiher wurde vertraglich ausgeschlossen oder es kommt dem Entleiher nicht darauf an;
- (iv) Dem Entleiher kann die Rechtsposition aus dem Wertpapierleihevertrag jederzeit oder mit nur kurzer Frist (z.B. drei Bankarbeitstagen) entzogen werden oder für den Entleiher ist aufgrund sonstiger vertraglicher Rechte keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Wertpapiere möglich.

Die in dem BMF-Rundschreiben vom 11. November 2016 enthaltene Aussage, dass es ungeachtet der obigen Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Zuordnung beim Entleiher spricht, wenn dieser aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften eine „positive Vorsteuerrendite“ erzielt, ist in dem neuen BMF-Schreiben vom 9. Juli 2021 nicht mehr enthalten.

Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO

Auch in Bezug auf das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO bleiben die bereits in dem BMF-Schreiben vom 11. November 2016 enthaltenen Grundaussagen unverändert.

Die Wertpapiere sind dem Entleiher demnach auch dann nicht wirtschaftlich zuzurechnen, wenn die gewählte Gestaltung als missbräuchlich einzuordnen ist.

Von einem Gestaltungsmissbrauch ist bei solchen Wertpapiergeschäften auszugehen, deren Wirtschaftlichkeit im Wesentlichen in einem Steuervorteil liegt.

Die in dem BMF-Schreiben vom 11. November 2016 enthaltene Feststellung, dass nicht von einem Steuervorteil auszugehen ist, wenn der

Entleiher aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften eine „**positive Vorsteuerrendite**“ erzielt, wurde durch das BMF in dem neuen Schreiben vom 9. Juli 2021 gestrichen.

In Bezug auf die Anwendung des § 42 AO stellt das BMF ergänzend klar, dass beim Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs der Steueranspruch so entsteht, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstanden wäre. Bei einem aufgelegten Gestaltungskonzept sind die einzelnen Verträge und die mit dem Abschluss der Verträge zusammenhängenden Vereinbarungen zusammenfassend zu beurteilen und im Rahmen einer fingierten wirtschaftlich angemessenen Gestaltung gegebenenfalls außerbilanziell zu korrigieren.

Beispielsfälle

Durch das BMF wurde das Schreiben um zwei Beispielsfälle zu Wertpapierleihegeschäften ergänzt, um die Rechtsfolgen aus dem fehlenden Übergang des wirtschaftlichen Eigentums und des Vorliegens eines steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs zu veranschaulichen.

Die Beispielsfälle behandeln die Verleihung von inländischen und ausländischen Aktien an einen deutschen Entleiher über den Dividendenstichtag zwecks Generierung eines künstlichen Betriebsausgabenüberhangs auf der Ebene des Entleihers durch die Kompensationszahlungen und Beratungsgebühren. Die Fälle betreffen mithin die Rechtslage vor Einführung des § 8b Abs. 10 KStG.

Die Besteuerungsfolgen legt das BMF hierbei wie folgt fest:

- Da der Entleiher nicht wirtschaftlicher Eigentümer wird, kommt § 8b Abs. 1 KStG auf die Dividendenzahlungen nicht zur Anwendung, so dass es von vornherein nicht zu einem künstlichen Betriebsausgabenüberhang kommen kann.
- Da die Gestaltung darüber hinaus als missbräuchlich im Sinne des § 42 AO anzusehen ist, entsteht der Steueranspruch so, wie er ohne die Gestaltung entstanden wäre. Das Einkommen des Entleihers ist daher um die Dividendenerträge zu reduzieren und um die Kompensationszahlungen und Gebühren zu erhöhen.

Würdigung des BMF-Schreibens und Auswirkungen für die Praxis

Das geänderte BMF-Schreiben vom 9. Juli 2021 betreffend die wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften stellt eine Anpassung an die Entwicklung der Finanzrechtsprechung dar.

Primäre Änderung ist die Streichung des Kriteriums der positiven Vorsteuerrendite für die Prüfung des wirtschaftlichen Eigentums und des Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO.

Hierdurch setzt das BMF die Rechtsprechung des Finanzgerichts Hessen aus dem Urteil vom 28. Januar 2020 (4 K 890/17) um, in dem das Gericht entschieden hatte, dass eine positive Vorsteuerrendite weder bei der Beurteilung der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums noch bei der Prüfung des Vorliegens eines Gestaltungsmissbrauchs ein geeignetes Kriterium darstellen kann.

Durch die zusätzlichen Erläuterungen zur möglichen Anwendung des § 42 AO auf Wertpapierleihegeschäfte sowie durch die eingefügten Beispielsfälle wird durch das BMF das Nebeneinander der Grundsätze zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Wertpapieren und der Missbrauchsbekämpfungsvorschrift des § 42 AO hervorgehoben.

Mit der Aufhebung der „Entlastungsmöglichkeit“ der positiven Vorsteuerrendite hat das BMF klargestellt, dass sich das zugrunde liegende Wertpapiergeschäft einzig an den oben dargestellten Kriterien für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums und für das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs messen lassen muss und weitere einzelfallbezogene ökonomische Aspekte keine Rolle spielen.

Die Grundsätze des BMF-Schreibens gelten hierbei ausdrücklich entsprechend für andere Wertpapiergeschäfte, soweit das Wertminderungsrisiko nach einer Gesamtwürdigung der Umstände nicht übergegangen ist. Als Beispiele werden Repo-Geschäfte, Wertpapierpensionsgeschäfte und Kassa-Geschäfte genannt.

Für die Besteuerungspraxis ist davon auszugehen, dass kurzfristig über den Dividendenstichtag abgeschlossene Wertpapiergeschäfte ohne vollständigen Übergang des Wertminderungsrisikos, die als steuerinduziert anzusehen sind, nach der Verwaltungsauffassung nicht zu einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen können und darüber hinaus als Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO anzusehen sind.

Praktisch herausfordernd für den zivilrechtlichen Eigentümer der Wertpapiere am Dividendenstichtag wird hierbei sein, wie er (als Beweisbelasteter) den durch ihn für eine Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer zu führende Nachweis erbringen kann, dass das Wertpapiergeschäft und die damit zusammenhängenden Geschäfte keinen Steuervorteil für die Parteien oder Dritte enthalten.

Selbst wenn ein solcher Vorteil nachweislich nicht vorliegt, kann der Nachweis des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums anhand

der vom BMF aufgestellten Kriterien problematisch werden, da auch bei nicht steuerinduzierten Wertpapiergeschäften nicht zwingend insbesondere von einem Liquiditätsvorteil oder der Absicht der Stimmrechtsausübung des zivilrechtlichen Eigentümers (z.B. des Entleihers bei der Wertpapierleihe) ausgegangen werden kann.

Ihr PwC Team

Wir freuen uns auf Ihr Feedback.

Christian Malisius
Partner

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37
60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (69) 9585 7730
Mobile: +49 (151) 522 63954
christian.malisius@pwc.com

Dr. Mathias Link
Partner

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37
60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (69) 9585 6171
Mobile: +49 (151) 633 09968
mathias.link@pwc.com

Frank Benjamin Laves
Senior Manager

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37
60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (69) 9585 6889
Mobile: +49 (160) 963 83522
frank.benjamin.laves@pwc.com

Jan Christoph Kubicki
Senior Manager

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37
60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (69) 9585 5438
Mobile: +49 (171) 760 2902
jan.christoph.kubicki@pwc.com