


URL: <http://www.deloitte-tax-news.de/steuern/unternehmensteuer/fg-koeln-wirtschaftliches-eigentum-bei-cum-ex-geschaeften.html>

 23.04.2020

Unternehmensteuer

## **FG Köln: Wirtschaftliches Eigentum bei Cum-Ex-Geschäften**

BFH-Urteil vom 02.02.2022 (I R 22/20):

Auch der BFH verneint den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften, wenn der Erwerb der Aktien Teil eines modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzepts ist, nach welchem der Erwerber die wesentlichen mit einem Aktienerwerb verbundenen Rechte nicht ausüben kann und er vielmehr nur die Funktion hat, seine (aufgrund Abkommensrechts gestaltungsermöglichende) Rechtsform in den Geschäftsablauf einzubringen und angesichts der umfassenden Kontrolle jedes Geschäftsdetails durch Dritte lediglich als "passiver Teilnehmer" ("Transaktionsvehikel") im Geschäftsablauf anzusehen ist (siehe [Deloitte Tax News](#)).

FG Köln, Urteil vom 19.07.2019 (2 K 2672/17):

Die Geltendmachung eines abkommensrechtlichen Anspruchs auf Erstattung einbehaltener Kapitalertragsteuer bei Cum-/Ex-Geschäften setzt wirtschaftliches Eigentum des Aktienkäufers im Zeitpunkt des Dividendenstichtags voraus. Auch bei börslichen (Cum-Ex-) Geschäften über den Zentralen Kontrahenten erfolgt ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Verträge, sondern erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktien. Der Zentrale Kontrahent qualifiziert als Leerverkäufer. Mehrfaches wirtschaftliches Eigentum an der gleichen Aktie ist nicht möglich.

Es handelt sich hier um das erste beim BFH anhängige Revisionsverfahren zur Cum-Ex-Problematik. Dieses Verfahren bildet ein Musterverfahren für eine Vielzahl derzeit noch beim Bundeszentralamt für Steuern anhängiger vergleichbarer Streitfälle.

### **Sachverhalt**

Eine Personengesellschaft in Gibraltar, an der ein US-Pensionsfonds (Kläger) beteiligt ist, hat Aktien deutscher Unternehmen kurz vor dem Hauptversammlungstag mit Dividendenanspruch (cum Dividende) erworben. Die Aktien sind aber erst nach dem Dividendenstichtag ohne Dividende (Ex) geliefert wurden (sog. Cum-/Ex-Geschäfte).

Die Aktiengeschäfte wurden überwiegend außerbörslich (over the counter = OTC) geschlossen. Ein geringfügiger Teil der Aktien wurde auch über die Börse erworben. Die Abwicklung der Transaktionen erfolgte über die EUREX Clearing AG als Zentraler Kontrahent und durch Einschaltung einer ausländischen und einer inländischen Depotbank. Die Klägerin begehrt die Erstattung der ausweislich der Bescheinigungen der inländischen Depotbank abgezogenen Kapitalertragsteuer nach § 50d Abs. 1 S. 2 EStG a.F. i.V.m. Art. 10 DBA-USA.

### **Entscheidung**

Das FG kommt zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Kapitalertragsteuer-Erstattung gemäß § 50d Abs. 1 S. 2 EStG a.F. i.V.m. Art. 10 DBA-USA nicht erfüllt sind.

Weder zivilrechtlicher noch wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere

Die Erstattung von Kapitalertragsteuer gemäß § 50d Abs. 1 S. 2 EStG a.F. setze – als erste Voraussetzung - zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum des US Pensionsfonds an den Wertpapieren voraus.

Der US-Pensionsfonds sei im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses noch nicht zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien geworden, da die mit schuldrechtlichem Vertrag erworbenen Aktien seinem Depotkonto noch nicht gutgeschrieben waren und er demzufolge den für den sachenrechtlichen Eigentumsübergang erforderlichen anteiligen Mitbesitz an den Wertpapieren bzw. der Globalurkunde noch nicht erworben hatte.

Nach Ansicht des FG war der US-Pensionsfonds im Zeitpunkt der jeweiligen Dividendenstichtage auch nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere.

### Wirtschaftliches Eigentum bei außerbörslichen (OTC-)Aktiengeschäften

Rechtsprechungsgrundsätze (vgl. BFH-Urteil vom 15.12.1999, I R 29/97), die zu Aktiengeschäften, die über die Börse abgewickelt worden sind, ergangen sind, sind laut dem FG nicht auf außerbörsliche Aktiengeschäfte übertragbar. Mangels Sperrvermerks bei außerbörslichen OTC-Geschäften habe der Aktienkäufer lediglich einen schuldrechtlichen Lieferanspruch gegen den Aktienverkäufer und sei dadurch nicht in der Lage, den zivilrechtlichen Eigentümer von der Sachherrschaft über die Aktien auszuschließen.

Ein mehrfaches wirtschaftliches Eigentum an derselben Aktie, was gegenteilige Auffassungen für möglich halten, würde sowohl dem inneren System des Zivilrechts als auch dem des Steuerrechts sowie dem Wortlaut des § 39 AO widersprechen.

Die Auffassung des FG stehe auch im Einklang mit dem BFH-Urteil vom 16.04.2014 (I R 2/12). Der BFH habe dort zwar den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien vor deren Lieferung im Rahmen eines außerbörslichen Verkaufs für möglich gehalten, jedoch musste über diese Frage im Rahmen des damaligen Streitfalls nicht entschieden werden.

Auch der Gesetzesbegründung zum JStG 2007 könne keine gegenteilige Auffassung entnommen werden, da insbesondere die gesetzliche Norm zum wirtschaftlichen Eigentum (§ 39 AO) nicht verändert worden sei.

Unabhängig von der Frage, ob bei außerbörslichen Geschäften bereits mit Vertragsschluss wirtschaftliches Eigentum erworben werden kann, stehe im Streitfall dem Erwerb von wirtschaftlichen Eigentum durch den US-Pensionsfonds auch das Gesamtbild entgegen (vgl. BFH-Urteil vom 16.04.2014, I R 2/12). Denn der US-Pensionsfonds habe keine Herrschaft über die Wertpapiere, sei sehr stark gegen alle Risiken abgesichert und nur unwesentlich am Gewinn beteiligt.

### Wirtschaftliches Eigentum bei Aktiengeschäften über die Börse

Der US Pensionsfonds war nach dem FG auch hinsichtlich der börslichen Aktiengeschäfte im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung kein wirtschaftlicher Eigentümer.

Seit 2003 vollzieht sich der Wertpapierhandel unter Einschaltung eines Zentralen Kontrahenten, der als Vertragspartei zwischen Käufer und Verkäufer eingeschoben ist und über keinen eigenen Aktienbestand verfügt. Folglich stelle der Zentrale Kontrahent im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Leerverkäufer dar. Ein Leerverkauf unterscheide sich entscheidend von einem Aktieninhaberverkauf. So ist es laut dem FG beim Erwerb vom Leerverkäufer nicht so, dass dem Käufer die Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können. Dies wäre aber entscheidend, um den Übergang wirtschaftlichen Eigentums auf den Leerkäufer annehmen zu können.

Folglich erwerbe der Zentrale Kontrahent (Leerverkäufer) zu keinem Zeitpunkt das wirtschaftliche Eigentum an den Wertpapieren und könne somit auch kein wirtschaftliches Eigentum an den Käufer übertragen.

Auch das BFH-Urteil vom 15.12.1999 (I R 29/97) stehe der Auffassung des FG nicht entgegen, da der damalige Streitfall nicht einen Leerverkauf, sondern einen Inhaberverkauf betraf. Auch der Gesetzesbegründung zum JStG 2007 sei im Ergebnis nichts anderes zu entnehmen.

### Objektive Feststellungs- und Beweislast des Aktienkäufers

Auch wenn man den Zentralen Kontrahenten ausblende, sei nicht auszuschließen, dass der US-Pensionsfonds in der „Erwerbskette“ und bei einer Durchgriffsbetrachtung von einem Leerverkäufer erworben habe. Im Streitfall sei unklar, ob der US Pensionsfonds von einem Bestands- oder einem Leerverkäufer erworben habe. Gemäß den allgemeinen Regeln zur objektiven Feststellungs- und Beweislast obliege es dem Aktienkäufer bei Geschäften über den Zentralen Kontrahenten den Aktienverkäufer zu benennen. Sofern nicht geklärt werden könne, ob es sich um einen Inhaberverkäufer oder um einen Leerverkäufer handele, sei die Kapitalertragsteuer-Erstattung auch aus diesem Grund zu versagen.

### Einbehaltung und Abführung von Kapitalertragsteuer für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge

Als zweite Voraussetzung für die Kapitalertragsteuer-Erstattung müsse die Kapitalertragsteuer auch für Rechnung des US Pensionsfonds einbehalten und abgeführt worden sein. Im Streitfall konnte der US-Pensionsfonds nicht nachweisen, dass die Kapitalertragsteuer für ihn einbehalten und abgeführt worden sei. Laut dem FG reiche es nicht aus, dass „irgendeine“

Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt werde.

### **Betroffene Normen**

§ 50d Abs. 1 S. 2 EStG a.F., § 20 Abs. 1 u. 5 EStG a.F., § 44 Abs. 1 S. 3 EStG a.F., § 45a Abs. 3 S. 2 EStG a.F., § 39 AO

Streitjahr 2011

### **Anmerkungen**

Hintergrund: Cum-Ex-Geschäfte:

Bei sog. Cum-Ex-Geschäften werden Aktien kurz vor dem Termin der Dividendenzahlung mit Dividendenanspruch (cum Dividende) erworben. Tatsächlich werden die Aktien aber erst nach dem Dividendenstichtag ohne Dividende (Ex) geliefert. Als Ausgleich für die nicht erhaltene Dividende wird eine Kompensationszahlung in Höhe der Nettodividende (d.h. Dividende abzüglich einbehaltener Kapitalertragsteuer) geleistet.

In der Vergangenheit kam es zu Mehrfacherstattung der (nur einmalig an die Finanzbehörden abgeführten) Kapitalertragsteuer durch die Finanzbehörden, da sowohl der ursprüngliche Aktieninhaber als auch der Aktienerwerber Kapitalertragsteuer aufgrund des Erhalts einer Dividende bzw. einer Kompensationszahlung bescheinigt und erstattet bekommen hatten.

Einordnung des o.g. FG-Urteils vom 19.07.2019:

Das FG Köln hat mit o.g. Urteil erstmalig in einem sog. Cum-Ex-Verfahren einer im Ausland ansässigen Klägerin entschieden. Mittlerweile ist das Verfahren beim BFH anhängig. Auch hier handelt es sich um das erste Revisionsverfahren zur Cum-Ex-Problematik, welches beim BFH anhängig ist. Dieses Verfahren bildet ein Musterverfahren für eine Vielzahl derzeit noch beim Bundeszentralamt für Steuern anhängiger vergleichbarer Streitfälle.

Gesetzesänderungen:

Mittlerweile hat sich die Gesetzeslage geändert:

- Aufgrund der Änderungen durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz sind Gestaltungen, die eine mehrfache Kapitalertragsteueranrechnung bezwecken, seit dem 01.01.2012 nicht mehr möglich, da die Zahlstelle als Abzugsverpflichtete nun auch die Steuerbescheinigung ausstellt (sog. Zahlstellenprinzip), so dass abgeführte und bescheinigte Steuer übereinstimmen.
- Im Rahmen des Investmentsteuerreformgesetzes wurde mit Wirkung zum 01.01.2016 ein neuer § 36a EStG eingeführt, durch den sog. „Cum/Cum-Geschäfte“ verhindert werden sollen (siehe [Deloitte Tax-News](#)). Gemäß § 36a EStG wird eine Anrechnung von Kapitalertragsteuer nur noch gewährt, wenn der inländische Steuerpflichtige während der Mindesthaltedauer (45 Tage vor und nach der Fälligkeit der Kapitalerträge) ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien ist, mindestens 70% des Wertänderungsrisikos trägt und nicht verpflichtet ist, die Kapitalerträge anderer Personen zu vergüten.

BFH-Urteil vom 15.12.1999 (grundlegende Entscheidung zum sog. Dividendenstripping):

Mit Urteil vom 15.12.1999 hat der BFH entschieden, dass im Rahmen von Veräußerungsgeschäften, die über Börsen abgewickelt werden, bereits mit Abschluss des (schuldrechtlichen) Kaufvertrags - d.h. vor Übergang des zivilrechtlichen Eigentums - das wirtschaftliche Eigentum an den Käufer übergehen kann (hier allerdings Inhaberverkauf, nicht Leerverkauf). Entscheidend für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ist nach Auffassung des BFH, dass nach den einschlägigen Börsenusancen dem Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche nicht mehr entzogen werden können.

BFH-Urteil vom 16.04.2014:

Der BFH hat mit Urteil vom 16.04.2014 entschieden, dass das im Streitfall gewählte modellhaft aufgelegte Gesamtvertragskonzept im Rahmen eines außerbörslichen Geschäfts der Annahme des wirtschaftlichen Eigentums beim Erwerber entgegensteht. Die Wertpapiererwerbe standen im untrennbaren Zusammenhang mit Finanzierungs-, Wertpapierleih- und (Total-Return-)Swappgeschäften sowie einem kurzfristigen Rückverkauf. Es konnte im Streitfall offen bleiben, ob im Fall eines sog. Leerverkaufs bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirtschaftliches Eigentum erworben werden kann. Der BFH betonte allerdings, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass bereits bei Vertragsschluss im

Falle eines Leerverkaufs der Erwerber das wirtschaftliche Eigentum erlangt (o.g. BFH-Urteil, Rn. 31, vgl. BTDrucks 16/2712, S. 46 ff., S. 47; a.A. BMF-Schreiben vom 24.06.2015).

### **Fundstellen**

BFH, [Urteil vom 02.02.2022, I R 22/20](#)

FG Köln, Urteil vom 19.07.2019, [2 K 2672/17](#), EFG, S. 367; BFH-anhängig: VIII R 5/20, EFG 2020, S. 367

### **Weitere Fundstellen**

BFH, Urteil vom 15.12.1999, I R 29/97, BStBl. II 2000, S. 527

BFH, Urteil vom 16.04.2014, I R 2/12, BFH/NV 2014, S. 1813, siehe [Deloitte Tax-News](#)

BMF, Schreiben vom 24.06.2015

---

[www.deloitte-tax-news.de](http://www.deloitte-tax-news.de)

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko. Deloitte GmbH übernimmt keinerlei Garantie oder Gewährleistung noch haftet sie in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grunde empfehlen wir stets, eine persönliche Beratung einzuholen.

This client information exclusively contains general information not suitable for addressing the particular circumstances of any individual case. Its purpose is not to be used as a basis for commercial decisions or decisions of any other kind. This client information does neither constitute any advice nor any legally binding information or offer and shall not be deemed suitable for substituting personal advice under any circumstances. Should you base decisions of any kind on the contents of this client information or extracts therefrom, you act solely at your own risk. Deloitte GmbH will not assume any guarantee nor warranty and will not be liable in any other form for the content of this client information. Therefore, we always recommend to obtain personal advice.