

# Berater Magazin

**Tax & Finance**

**Genussrechte • Cum-Cum •  
Brexit • Steuerhinterziehung**

# TAX

# Steuerrecht

Grundmodul | PLUS | PREMIUM | PREMIUM International



**Steuern**

## Steuerrecht Grundmodul

Blümich, EStG, KStG, GewStG, Nebengesetze; Bunjes, UStG; Klein, AO. Dazu umfangreiche Rechtsprechung, Gesetzestexte, Verwaltung und Formulare.

Infos: [www.beck-shop.de/bvrfk](http://www.beck-shop.de/bvrfk)

► schon ab € 60,-/Monat  
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

4 Wochen kostenlos testen

## Steuerrecht PLUS

Zusätzlich zum Grundmodul: Gosch, KStG; Sölch/Ringleb, UStG; Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG; Koenig, AO.

Infos: [www.beck-shop.de/brlj](http://www.beck-shop.de/brlj)

► schon ab € 73,-/Monat  
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

## Steuerrecht PREMIUM

Die Erweiterung für Spezialisten: Mit Boruttau, GrESTG; Meincke, ErbStG; Gräber, FGO.

Infos: [www.beck-shop.de/brlk](http://www.beck-shop.de/brlk)

► schon ab € 122,-/Monat  
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

## Steuerrecht PREMIUM International

Neben den Inhalten aus Steuerrecht Grundmodul, PLUS und PREMIUM: Wassermeyer, DBA; Kraft, AStG, Zeitschrift IStR.

Infos: [www.beck-shop.de/bvwka](http://www.beck-shop.de/bvwka)

► schon ab € 170,-/Monat  
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

[facebook.com/beckonline](https://www.facebook.com/beckonline) | [twitter.com/beckonlinede](https://twitter.com/beckonlinede)



© Jens Braune del Angel

## „Tax & Finance“ – gewaltiger Auftakt

**D**a es steuerliche Konfliktfelder in die Primetime sämtlicher TV-Programme geschafft haben, war es nur folgerichtig, die EURO FINANCE WEEK, das größte Branchentreffen der Finanzindustrie in Europa, um eine steuerliche Veranstaltung, die „Tax & Finance“, zu erweitern.

Vor rund 100 Teilnehmern diskutierten hochrangige Vertreter der Finanzgerichtsbarkeit, der Finanzverwaltung, der Steuerfahndung sowie der Beraterschaft über steuerliche Zweifelsfragen und suchten nach Lösungen.

Zum Auftakt gab Michael Sell, BMF, einen steuerpolitischen Ausblick auf die neue Legislaturperiode. Eines der drängendsten Themen für die Finanzindustrie war während des Wahlkampfes die drohende Abschaffung der erst 2008 eingeführten Abgeltungsteuer, obwohl sie sich in den letzten Jahren bewährt hat. Sell zeigte auf, dass bei einer Abschaffung Mindereinnahmen für den Fiskus drohen.

Im Anschluss daran referierte unter anderem Franz Hruschka, Finanzämter München, über die steuerlichen Implikationen des Brexit. Der Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union führt nicht nur zu einer Neuausrichtung des geografischen Koordinatensystems in Europa, sondern wird auch durch ein steuerliches Brexit-Umsetzungsgesetz begleitet, um etwaige ertragsteuerliche Nachteile des Austritts abzufedern.

Dem Thema Bilanzierung und Zahlung der Vergütungen bei Genussrechten widmete sich das Panel unter der Leitung von Christian Malisius, vormals DZ Bank. Hybridkapital ist nicht nur regulatorisch

attraktiv, bisher konnten die Zahlungen auf Genussrechte unter bestimmten steuerlichen Voraussetzungen auch als Betriebsausgabe geltend gemacht werden. Diesem tradierten Verständnis ist nun die Finanzverwaltung entgegengetreten. Dabei geht es um eine dem Genussrechtstest vorgeschaltete Prüfung, ob handelsrechtlich Fremdkapital vorliegt.

Die steuerliche Behandlung von Cum-Cum-Altfällen stand im vierten Panel, moderiert von Dr. Martin Haisch, Noerr LLP, im Vordergrund. Zahlreiche offengebliebene Fragen des BMF-Schreibens vom 17.07.2017 wurden beleuchtet und Lösungsvorschläge aufgezeigt. Der von der Finanzverwaltung vorgeschlagene Weg, entsprechende Transaktionen als missbräuchliche Gestaltung anzugreifen, wird – dies hat die Diskussion gezeigt – gerichtlich überprüft werden. Den Schlusspunkt bildete das Thema Tatort Steuerhinterziehung – Klima entschärfen, Vertrauen aufbauen. Joachim Zimmermann, Vorsitzender des Steuerausschusses des BdB, erläuterte zunächst Gründe, die für den Vertrauensverlust ursächlich waren. Anschließend wurden Wege und Lösungen diskutiert, um das verloren gegangene Vertrauen zwischen Steuerpflichtigem und Finanzverwaltung wiederherzustellen.

Wir freuen uns auf die Fortsetzung der nunmehr jährlich stattfindenden Leuchtturm-Veranstaltung. Ad multos annos.

**Dr. Marcus Helios**

Partner, Ernst & Young GmbH

### IMPRESSUM

Berater-Magazin »Tax«

**dfv** Mediengruppe

**VERLAG:** Deutscher Fachverlag GmbH  
Fachmedien Recht und Wirtschaft  
Mainzer Landstraße 251  
60326 Frankfurt am Main  
Fon: 069/7595-2711 Fax: 069/7595-2710  
www.dfv.de, www.ruw-online.de

**GESCHÄFTSFÜHRUNG:** Angela Wisken  
(Sprecherin), Peter Esser, Markus Gotta,  
Peter Kley, Holger Knapp, Sönke Reimers

**AUFSICHTSRAT:** Klaus Kottmeier,  
Andreas Lorch, Catrin Lorch, Peter Ruß

**GESAMTVERLAGSLEITUNG FACHMEDIEN  
RECHT UND WIRTSCHAFT:** Torsten Kutschke

**REGISTERGERICHT:** Amtsgericht  
Frankfurt am Main, HRB 8501

**GESAMTLEITUNG:** Marion Gertzen (V.i.S.d.P.)  
E-Mail: marion.gertzen@dfv.de  
Fon: 069/7595-2711

**REDAKTIONSLEITUNG:** Hans Thurn-Frähmke  
(V.i.S.d.P.)  
E-Mail: hans.thurn@dfv.de  
Fon: 069/7595-3052

#### ANZEIGEN:

Oliver Glaser-Gallion  
E-Mail: oliver.glaser-gallion@dfv.de  
Fon: 069/7595-2717

Lena Moneck  
E-Mail: lena.moneck@dfv.de  
Fon: 069/7595-2713

**GESTALTUNG UND SATZ:**  
dfv Corporate Media,  
Rainer Stenzel

**DRUCK:** Kuthal GmbH & Co. KG  
Johann-Dahlem-Straße 54  
63814 Mainaschaff

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Keine Haftung für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Alleinveröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte, einschließlich der Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank.

© 2017 Deutscher Fachverlag GmbH,  
Frankfurt am Main

Berater-Magazin, ISSN 2510-2095



# Brexit – Handlungsnotwendigkeit bei Unternehmen?!

Für die EU-Staaten ist der **Brexit** eine Premiere mit Folgen. Unter anderem müssen diverse **steuerliche Fragen** geklärt werden. Worum es konkret geht, lesen Sie hier.

**D**ie Entscheidung des 23. Juni 2016 der Bürgerinnen und Bürger Großbritanniens (GB) führt zu einer unliebsamen Premiere. Zwar ist seit der Einführung des Art. 50 EUV durch den Vertrag von Lissabon der Weg des Ausscheidens im EU-Vertrag skizziert, die tatsächliche Anwendung der Vorschrift war wohl dennoch nicht beabsichtigt. Seit dem 29. März 2017 und der Antragstellung von Premierministerin May zum Austritt läuft nunmehr eine Zweijahresfrist. Diese Frist erweist sich aktuell als große Herausforderung, denn innerhalb dieser Frist soll ein Austrittsabkommen verhandelt werden, welches gem. Art. 50 Abs. 2 EUV den eigentlichen Austritt regelt und zusätzlich auch die zukünftigen Beziehungen der EU zu GB beinhalten soll. Das Ausscheiden von GB ist jedoch nicht von dem Zustandekommen eines solchen Abkommens abhängig (ungeregelter Austritt).<sup>1</sup> Für die Beurteilung steuerlicher Veränderungen ist das zukünftige Verhältnis von GB und der EU von hoher Bedeutung. Bislang kann jedoch nur vermutet werden, ob sich GB für eine Mitgliedschaft im EWR, für ähnliche Lösungen wie sie in Bezug zur Schweiz bestehen oder für gesonderte Freihandelsabkom-

men entscheiden wird. Da aus der Ferne betrachtet der Themenbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit eine wesentliche Bedeutung bei der Entscheidung der Bürger für einen Austritt hatte, erscheinen die ersten beiden Varianten eher unrealistisch.

## **EIN PRÄZEDENZFALL**

Mit Blick auf die steuerlichen Fragen, die aus einem Austritt eines Mitgliedstaates aus der Union entstehen, verbleibt das Bild unscharf. Es ist ein Präzedenzfall. Offensichtlich ist, dass nach einem Austritt das Unionsrecht in GB grundsätzlich keine Anwendung mehr erfährt. Da jedoch Richtlinien wie beispielsweise die Mutter-Tochter-Richtlinie oder die Zins- und Lizenzrichtlinie eine Umsetzung ins nationale Recht erfordern, bedarf es einer Gesetzeskorrektur in GB um diese Regelungen zu ändern oder gar abzuschaffen. Anders verhält es sich im Bereich der Grundfreiheiten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH fallen die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, doch müssen diese ihre Zuständigkeit unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Zum einseitigen Kündigungsrecht siehe Cloer/Holle, FR 2016, S. 921. <sup>2</sup> EuGH v. 21. 9. 1999 – Rs. C-307/97 – Saint Gobain, ECLI:EU:C:1999:438, Rz. 56f. <sup>3</sup> Zur Erga-omnes-Wirkung siehe Bannes/Holle, StuW 2017, S. 114. <sup>4</sup> Schön, EBOR 2016, S. 229 ff. <sup>5</sup> BFH vom 12. 10. 2016, I R 80/14. Siehe dazu Bannes/Cloer/Holle, FR 2017, S. 620 ff. <sup>6</sup> Ob auch gegenüber Drittstaaten ein Substantztest erforderlich ist, siehe Kahlenberg/Schiefer, IStR 2017, S. 889 ff. <sup>7</sup> Dazu Bannes/Holle, IStR 2016, S. 413. <sup>8</sup> Herbst/Gebhardt, DStR 2016, S. 1707. <sup>9</sup> Dazu umfassend Herbst/Gebhardt, DStR 2016, S. 1707; Holle/Keilhoff, IStR 2017, S. 245 ff. <sup>10</sup> Zum GewStG siehe Lüdicke, IStR 2017, S. 936 ff.

Nach dem Ausscheiden aus der EU verbleibt allein die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar, denn diese entfaltet ihre Schutzfunktion (bedingungslos<sup>3</sup>) auch gegenüber Drittstaaten. Dabei ist die neuere Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, die der Kapitalverkehrsfreiheit eine höhere Bedeutung einräumt.<sup>4</sup> Als ein Anwendungsbeispiel soll hier nur die aktuelle Vorlage zum EuGH zur Hinzurechnungsbesteuerung von Einkünften mit Kapitalanlagecharakter von § 7 Abs. 6, 6a AStG genannt werden.<sup>5</sup>

### MIT ZWEIFELHAFTER FOLGE

Die Hinzurechnungsbesteuerung ist bei steuerlichen Überlegungen des Brexit zudem von weiterer Bedeutung. Die Exkulpationsklausel des § 8 Abs. 2 AStG, die bei Vorliegen einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in GB einen Escape von der Hinzurechnungsbesteuerung ermöglicht, ist allein für EU/EWR-Staaten möglich. Entsprechend entfällt potenziell die Möglichkeit eines Substanznachweises für deutsch beherrschte Gesellschaften in GB.<sup>6</sup> Diese Überlegungen sind von hoher praktischer Bedeutung, da der Steuersatz in GB aktuell 20 Prozent beträgt und damit unterhalb der in § 8 Abs. 3 AStG festgelegten Schwelle einer Niedrigbesteuerung von 25 Prozent. Im Ergebnis würde durch den Austritt von GB eine unveränderte Kapitalbeteiligung als missbräuchlich behandelt und zukünftig der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen, ohne dass sich die Tätigkeit der Gesellschaft verändert hat. Diese Folge erscheint zweifelhaft.

Als weiteres Problemfeld erweisen sich die Vorschriften, die aufgrund einer Einschränkung des deutschen Besteuerungsrechts und der Rechtsprechung des EuGH<sup>7</sup> eine (wirtschaftlich betrachtet) Steuerstundung ermöglichen. Hier besteht zum Beispiel bei § 6 Abs. 5 AStG, § 4g Abs. 1 EStG, § 6b Abs. 2a EStG und § 36 Abs. 5 EStG im Zusammenhang mit GB die Sorge, dass diese gewährten Steuerstundungen durch den Austritt widerrufen werden beziehungsweise der noch nicht entrichtete Teil der Steuer binnen Monatsfrist fällig wird. Es stellt sich jedoch die grundlegende Frage, ob es für das Auslösen einer Besteuerung einer aktiven Handlung des Steuerpflichtigen bedarf oder ob eine Statusänderung eines Staates dafür bereits genügt.<sup>8</sup> Der Gesetzgeber sollte durch eine gesetzliche Klarstellung die aktuell bestehende Unsicherheit im Bereich dieser Normen beseitigen. Bei allen politischen Überlegungen eines „harten“ Brexit ist es nicht notwendig, inländische Unternehmen mit Aktivitäten in GB nunmehr durch sofortige Besteuerung zu belasten. Vielmehr zeigt sich an diesen Stellen, dass das nationale Steuerrecht auf den Austritt eines Mitgliedstaates aus der Union (noch) nicht vorbereitet ist.

Ein ähnliches Bild ergibt sich mit Blick auf bereits erfolgte Unternehmensumstrukturierungen und die zukünftigen Möglichkeiten. Auch § 22 Abs. 2 UmwStG sieht einen Besteuerungstatbestand vor, sofern die Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 UmwStG nicht mehr erfüllt sind. Hiervon könnten Einbringungsvorgänge der Vergangenheit erfasst sein. Auch in diesem Fall ist unklar, ob der Gesetzgeber eine Klarstellung plant. Denkbar wäre auch hier ein Auslaufen der Siebenjahresfrist zu ermöglichen. Sofern eine solche Klarstellung vor dem Austrittsdatum erfolgen würde, könnten notwendige Strukturveränderungen steuerneutral durchgeführt werden. Nach dem Ausscheiden GB aus der EU verbleiben nur noch sehr wenige Möglichkeiten der steuerneutralen Umstrukturierung.<sup>9</sup>

Durch das Entfallen der Wirkung der EU-Richtlinien gewinnt das Doppelbesteuerungsabkommen mit GB wieder an Bedeutung. Wo bisher die Mutter-Tochter- oder Zins- und Lizenz-Richtlinie einer Quellenbesteuerung entgegenstand, muss nunmehr das Doppelbesteuerungsabkommen geprüft werden. Hierbei ist festzustellen, dass im DBA eine Quellensteuerbefreiung für Zinsen und Lizenzen unabhängig von einer Mindestbeteiligung gewährt wird. Im Falle von Dividenden reduziert sich das Quellensteuerrecht ab einer Beteiligung von 10 Prozent auf 5 Prozent der Bruttodividende, wobei GB aktuell jedoch auf eine Quellenbesteuerung verzichtet. Losgelöst von der grundsätzlichen Freistellung des § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ist jedoch beim Dividendenzufluss bei einer inländischen Muttergesellschaft das Gewerbesteuerrecht gesondert zu prüfen.<sup>10</sup> Sofern die jeweiligen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, drohen erhebliche Mehrbelastungen.

### FAZIT

Für die Wissenschaft gibt der anstehende Brexit einen Anlass, das nationale und internationale Steuerrecht auf mögliche Folgen eines Austritts eines Mitgliedstaates aus der Union zu überprüfen. Gleichzeitig zeigt sich, wie stark das Ertragsteuerrecht bereits durch das Primär- und Sekundärrecht der EU geprägt ist. Für den Rechtsanwender stellen sich vor allem zahlreiche Rechtsfragen. Diese Rechtsunsicherheit sollte der Gesetzgeber zeitnah in den Blick nehmen und einen Beitrag zur Planungssicherheit leisten. Unternehmen sind gut beraten, wenn sie sich bereits jetzt auf mögliche Zukunftsszenarien vorbereiten und damit eine Unabhängigkeit von politischen Entwicklungen in GB erreichen. Die Möglichkeit der Anwendung des UmwStG bis zum Brexit sollte bei diesen Überlegungen berücksichtigt werden. Bei allen Überlegungen verbleibt jedoch die Unsicherheit des zukünftigen Verhältnisses zwischen GB und der EU.



### Autor

Dr. Florian Holle

Steuerberater, Abteilungsdirektor Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V., Leiter Gruppe Steuern, Lehrbeauftragter an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden



# Genussrechte im Steuerrecht

Das dritte Panel der **Tax & Finance** widmete sich der Bilanzierung und Zahlung der Vergütung bei Genussrechten. Im Zentrum standen eine umstrittene Verwaltungspraxis zum Ausweis in der **Steuerbilanz** und zur Abzugsfähigkeit von **Genussrechtsvergütungen** sowie ein mögliches Gesetzgebungsvorhaben.

Die Gestaltungspraxis hat mit hybriden Finanzinstrumenten lange eine Janusköpfigkeit verbunden. Nach einer Verlautbarung des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) von 1994 (IDW HFA 1/1994) sollten Genussrechte bei geeigneter Ausgestaltung in der Handelsbilanz im Eigenkapital ausgewiesen werden können, die Vergütungen in der handelsrechtlichen GuV aber gleichzeitig Aufwand darstellen. Für die Steuerbilanz orientierte sich die Praxis davon losgelöst an der in § 8 III 2 KStG vorgenommenen Abgrenzung. Genussrechte, welche den Genussrechtstest dieser Vorschrift bestehen, sollten in der Steuerbilanz als Fremdkapital ausgewiesen werden können, auch wenn sie in der Handelsbilanz dem Eigenkapital zugeordnet wurden. Praktisch bedeutsam war dieses Auseinanderfallen von Handels- und Steuerbilanz vor allem bei Sanierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit einem Debt-Mezzanine-Swap, also der Umwandlung von Verbindlichkeiten in Genussrechte. Diese Praxis wurde erstmals durch eine Rechtsauffassung der OFD Rheinland vom 14. 12. 2011 gestört. Sie ist durch eine länderübergreifend abgestimmte Verfügung der OFD Nordrhein-Westfalen vom 12. 5. 2016 auf die Anwendung der Abzugsbeschränkung des § 8 Abs. 3 KStG ausgedehnt worden. Genussrechte, die nach den handelsrechtlichen GoB in der Handelsbilanz Eigenkapital darstellen, seien danach in der Steuerbilanz ebenfalls als solches auszuwei-

sen. Darüber hinaus sollen die Vergütungen auf derartige Genussrechte wie Gewinnausschüttungen bereits nach § 8 III 1 KStG bei der Emittentin nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen sein.

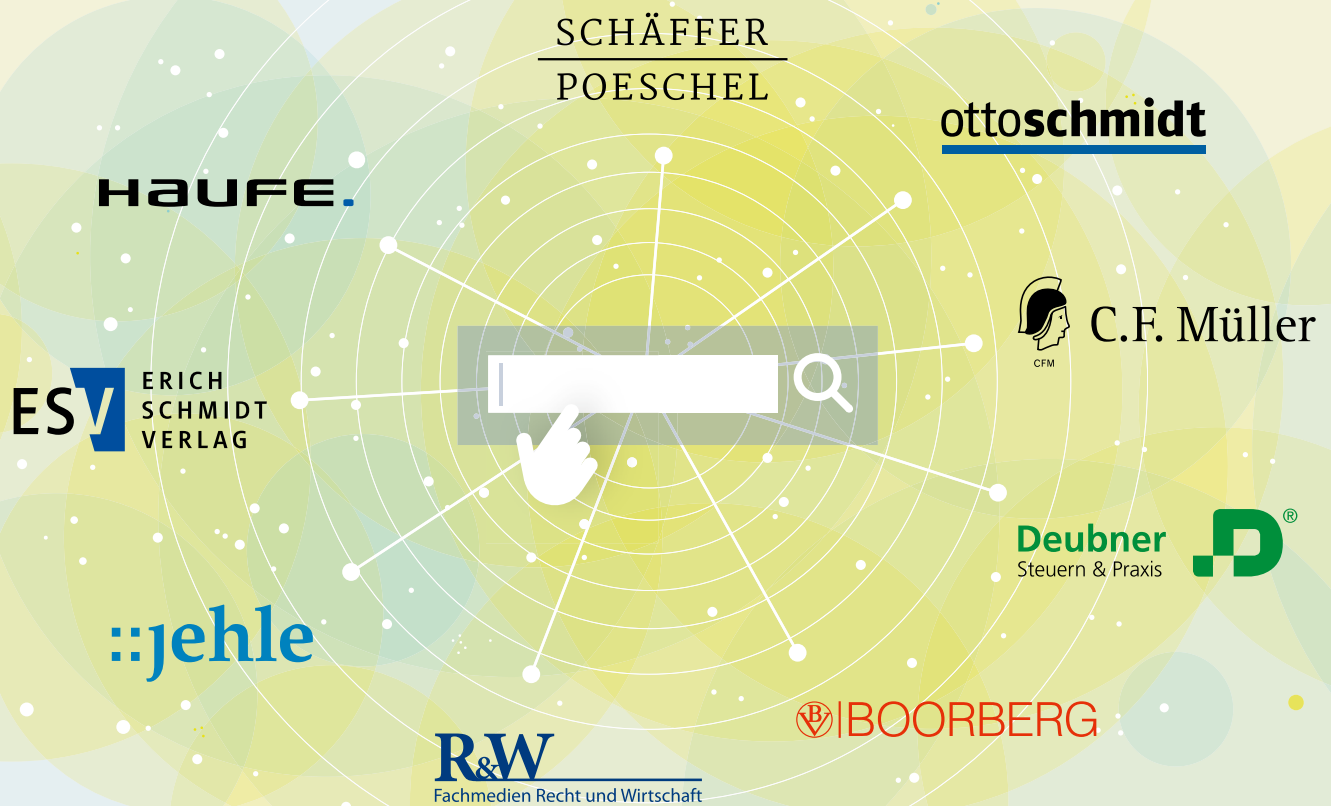
## Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für den Eigenkapitalausweis?

Im Zentrum der Diskussion im Schrifttum standen bisher Geltung und Reichweite der Maßgeblichkeit für den Ausweis von Genussrechten im Eigen- oder im Fremdkapital. Die neuere Verwaltungspraxis stieß insbesondere mit ihrer Annahme einer Ausweismaßgeblichkeit der handelsrechtlichen GoB, in ihrer Interpretation durch den IDW, auf Widerspruch. Eine weit verbreitete Auffassung im Schrifttum verneint bereits die Geltung der Maßgeblichkeit für die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital. Zutreffend ist, dass aus § 5 I EStG keine Maßgeblichkeit des Eigenkapitalausweises in der Handelsbilanz folgt. Diese Vorschrift regelt die Geltung der handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung für den Ausweis des Betriebsvermögens. Dessen Elemente bilden Aktivposten und Schulden. Das Eigenkapital ist nur eine Saldogröße. Wenn aber ein Posten nach den GoB als Verbindlichkeit in den Schulden auszuweisen ist, dann ist er Teil des Betriebsvermögens. Deshalb ist die Beurteilung eines Postens als Fremdkapital auch für den Ausweis in



Auf dem Podium (v. l. n. r.): Dr. Heinz-Jürgen Tischbein, Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V., Dr. Michael Schwenke, Bundesfinanzhof, Prof. Dr. Heribert M. Anzinger, Universität Ulm, MRin Ingetraut Meurer, Bundesministerium der Finanzen, Christian Malisius, DZ Bank AG

# EINMAL SUCHEN, ALLES FINDEN. VERLAGSÜBERGREIFEND!



## TOP-INHALTE AUF EINER RECHERCHE-PLATTFORM

Sie wünschen sich einen Ort, an dem Sie alle Ihre Nachschlagewerke durchsuchen können? Und kanzeleiinternes Wissen langfristig sichern?

Die Recherche-Plattform von Haufe bietet Ihnen genau das! Wählen Sie aus einem großen Portfolio die relevanten Werke aus und stellen Sie diese individuell zusammen. Zusätzlich können Sie auch kanzeleigene Inhalte integrieren. Damit finden Sie Inhalte von Haufe und Partnern sowie kanzeleigene Inhalte.

Mehr Informationen unter:  
[www.haufe.de/digitales-fachwissen](http://www.haufe.de/digitales-fachwissen)

Oder unter:  
0800 000 4580 (kostenlos)

der Steuerbilanz maßgeblich. Das wirkt sich mittelbar auch auf das Eigenkapital aus, weil es als Saldogröße von der Qualifikation von Finanzinstrumenten als Fremdkapital abhängt. Auf dem Panel sind beide Positionen vertreten worden.

## Durchbrechung der Maßgeblichkeit durch § 8 Abs. 3 KStG?

Folgt man der Auffassung, dass sich die Maßgeblichkeit auch auf den Ausweis erstreckt, stellt sich die Folgefrage ihrer Durchbrechung. Verwiesen wurde auf § 5 VI EStG. Nach dieser Vorschrift gehen im Rahmen des Betriebsvermögensvergleichs die Regelungen über den Betriebsausgabenabzug den GoB vor. Im Schrifttum ist vertreten worden, dass er für Genussrechte in § 8 III 2 KStG abschließend geregelt wird. Fraglich ist aber, ob § 8 III KStG eine Aussage über die Steuerbilanz trifft. Dazu müsste sich die Vorschrift unmittelbar auf den Betriebsvermögensvergleich iSd. § 5 I 1 EStG beziehen. Er ist dort, mit dem Ziel der Ermittlung des Unterschiedsbetrags, aber nur die erste Stufe der Gewinnermittlung iSd. § 4 I 1 EStG. Auf der zweiten Stufe, und damit außerhalb der Bilanz, findet die Korrektur um Einlagen und Entnahmen statt. Bei der Kapitalgesellschaft wird diese Regelung durch eine Vorschrift über die Ermittlung des Einkommens ersetzt. § 8 III KStG enthält wie § 4 I 1 keine Betriebsausgabenabzugsbeschränkung. Er regelt eine außerbilanzielle Korrektur. Für den Ausweis in der Steuerbilanz sind § 8 III 1 und 2 KStG unmaßgeblich. Auf dem Panel war das umstritten.

## Ausweis in der Handelsbilanz und Relevanz des Meinungsstreits?

Sowohl die Verwaltungspraxis als auch ihre Kritik im Schrifttum setzen die Qualifikation von Genussrechten durch das IDW unhinterfragt mit einer Aussage über die handelsrechtlichen GoB gleich. Indessen ist zweifelhaft, ob im Zentrum der Verlautbarung HFA 1/1994 der Ansatz von Fremdkapital nach den handelsrechtlichen GoB steht. Sie betrifft die Auslegung des § 265 V 2 HGB. Danach dür-

fen der Bilanz neue Posten hinzugefügt werden, wenn ihr Inhalt nicht von den vorgeschriebenen gedeckt wird. Über diese Vorschrift suchte das IDW einen Weg von der, durch §§ 266 III, 272 HGB geregelten, abschließenden Definition des Eigenkapitals in eine andere Darstellung der Genussrechte und rechtfertigt seine materielle Abgrenzung. Unter den verschiedenen möglichen Abgrenzungskriterien wählt es aber nur die Haftungsfunktion als Leitkriterium. Für eine funktionale Abgrenzung hätte es daneben auch die Zuweisung von Mitwirkungsrechten, die Ergebnisverteilung und die Kontinuitätsfunktion einbeziehen müssen. Für die Annahme, dass IDW HFA 1/1994 keinen GoB über Ansatz und Ausweis von Genussrechten beschreibt, sprechen auch die in derselben Verlautbarung geäußerten Thesen zur Behandlung von Genussrechtsvergütungen in der GuV. Im Gewinnfall soll es sich für die Emittentin um Aufwand handeln. Dieser Widerspruch zwischen dem Ausweis in Bilanz und GuV lässt sich nicht in das System der GoB einpassen. IDW HFA 1/1994 mag einen vertretbaren Standard für die Darstellung bilden. Er beschreibt aber keinen für die Steuerbilanz verbindlichen GoB. Geht man von den Zwecken der Handelsbilanz und den Funktionen des Eigenkapitals aus, ist seine Kontinuitätsfunktion zu betonen. Genussrechte können danach nur dann als solche qualifiziert werden, wenn die Unentziehbarkeit des Kapitals für die Dauer der längstlaufenden Verpflichtung des Kaufmanns bei nächstmöglicher Beendigung des Geschäftsbetriebs gewährleistet ist. Bei Genussrechten mit fünfjährigen Laufzeiten ist das regelmäßig nicht der Fall. Sie sind nach den GoB in der Steuerbilanz als Fremdkapital auszuweisen.

## Berücksichtigung der Genussrechtsvergütungen

Mit dieser Feststellung zu den handelsrechtlichen GoB finden Verwaltungs- und Gestaltungspraxis in der Behandlung der Genussrechtsvergütungen wieder zusammen. Für Genussrechte, die nach den GoB als Fremdkapital auszuweisen sind, gilt nur § 8 III 2 KStG. Und dieser sieht eine außerbilanzielle Hinzurechnung der als Betriebsausgabe abgezogenen Genussrechtsvergütung nur bei einer Beteiligung des Genussrechtinhabers am Liquidationserlös vor. Das lässt sich in den Genussrechtsbedingungen ausschließen. Und auch die Gefahren beim Debt-Mezzanine-Swap sind gebannt, wenn Genussrechte als Fremdkapital zu behandeln sind. Nach den IFRS gilt dies ohnehin.

## Ausblick

Dem Vernehmen nach sind sowohl Rechtsmittel eingelegt als auch Gesetzentwürfe vorbereitet worden. Im Interesse eines widerspruchsfreien Steuerrechts darf man sich wünschen, dass es zu keiner weiteren Durchbrechung der Maßgeblichkeit und zu einer Rückbesinnung auf die GoB im Handelsbilanzrecht kommt. Die Qualifikation der Genussrechte als Fremdkapital würde die Konvergenz zu den IFRS erhöhen. Die insolvenzrechtliche Überschuldungsbilanz folgt ohnehin anderen Regeln als den GoB.



## Autor

Prof. Dr. Heribert M. Anzinger<sup>1</sup>  
Universität Ulm

<sup>1</sup> In Heft 1/2018 der ebenfalls von der dfv Mediengruppe publizierten Zeitschrift „Recht der Finanzinstrumente“ (RdF), das am 19.2.2018 erscheint, finden Sie einen ausführlichen Beitrag des Autors zum Thema „Bilanzierung und Betriebsausgabenabzug bei Genussrechten und stillen Beteiligungen“.



# Alles aus einer Hand!



## Für alle wesentlichen Aufgaben der Steuerberatung.

Intuitive Benutzerführung und ein optimal aufeinander abgestimmtes Zusammenspiel aller Module:

- Finanzbuchhaltung
- Anlagenverwaltung
- Jahresabschluss
- Lohnabrechnung mit kostenfreiem DEÜV-Modul
- Steuern
- DMS-System

## Mit Mandantensoftware Prozesse digital gestalten



**Stotax Select**

Gratistest und mehr Informationen unter:

Telefon: 0800 5225575 (gebührenfrei)

[www.stotax-kanzlei-software.de](http://www.stotax-kanzlei-software.de)

# Die Software-Lösung für Steuerberater.

## Stotax Kanzlei

Ihr Startpaket  
ab € 44,00 monatlich zzgl. USt  
GoBD- und GKV-zertifiziert

### Ihre inklusiven Online-Mehrwerte

#### ■ Fachportal Stotax Basismodul Steuern

7 Kommentare, 4 Fachzeitschriften,  
3 Handbücher, 9 Praxis-Ratgeber,  
7 Handausgaben u.v.m.



#### ■ Stotax Select – Die Anwendungen

Belege & Nachrichten online  
Grundbücher online  
Angebot & Rechnung online  
Lohnbüro online  
Finanzbuchhaltung online

**STOTax**  
Stollfuß Medien

# Tatort Steuerhinterziehung – Klima entschärfen, Vertrauen aufbauen

Unter dieser Überschrift fand im Rahmen des **Tax & Finance-Tages** der Euro Finance Week am 16.11.2017 eine **Podiumsdiskussion** statt, an der Vertreter der Staatsanwaltschaft, **Steuerfahndung**, Banken und ein Kommunikationsexperte teilnahmen<sup>1</sup>. Der Verfasser leitete die Diskussion.



**D**er nachfolgende Beitrag reflektiert auch die dort gehaltenen Impulsvorträge sowie Diskussionsbeiträge der Teilnehmer. Gegenstand des Beitrags sind in Anbetracht des Themas weniger juristische Details des Steuer- und Steuerstrafrechts als vielmehr die veränderte Kultur im Umgang der Beteiligten untereinander und miteinander. In seinem Eingangsstatement wies der Vertreter der Banken darauf hin, dass alle Seiten, also steuerpflichtige Unternehmen und deren Berater, aber auch Finanz- und Justizbehörden sowie Journalismus und Politik und nicht zuletzt auch Rechtsprechung und Gesetzgeber zur Veränderung – will heißen Verschlechterung – des Klimas und dem Verlust von gegenseitigem Vertrauen beigetragen haben. So hat sich in den vergangenen Jahren das Steuerstrafrecht durch richterliche und gesetzliche Veränderung der Rechtslage deutlich verschärft. Man führe sich beispielsweise die Verschärfung der Anforderungen an die Voraussetzungen eines „besonders schweren Falls“ (§ 370 Abs.3 AO) oder auch an die Wirksamkeit einer Selbstanzeige (§§ 371, 398a AO) vor Augen. Auch das Verhalten von Steuerpflichtigen und deren Berater hat negative Spuren im Umgang miteinander hinterlassen und damit die Kultur im Umgang der Beteiligten geändert. So haben nicht nur Cum-Ex- oder Cum-Cum-Geschäfte, sondern auch andere „steuer-strukturierte“ Transaktionen mancher Banken, Industrieunternehmen oder auch privater Personen (Stichwort beispielsweise „Gold-

finger“) zu Verdruss auf Seiten der Verwaltung geführt. Allerdings hat nach der Erkenntnis des Verfassers insbesondere die Finanzindustrie bereits seit geraumer Zeit reagiert und manchen Strukturierungsbereich, dessen Produkte regelmäßig zwar legal, aber vielleicht nicht legitim gewesen sein mögen, eingestellt.

## ÜBERS ZIEL HINAUSGESCHOSSEN

Auch auf Seiten der Behörden wurde (und wird?) gelegentlich übers Ziel hinausgeschossen. Das Gegenstück zum „Wohlverhalten“ des Steuerpflichtigen dürfte wohl das immer wieder zitierte „Augenmaß“ auf Seiten der Behörden und deren Verpflichtung zur Objektivität sein, auf die die Vertreter der Justiz im Rahmen der Paneldiskussion auch deutlich hingewiesen haben. Von allen eingehalten wird das aber wohl nicht immer. Just am Tag der Podiumsdiskussion war in der Tagespresse (16. 11. 2017) zu lesen, dass im Rahmen der Ermittlungen bei Volkswagen wegen des möglicherweise überhöhten Gehalts des Betriebsratsvorsitzenden auch das Büro des Finanzvorstands durchsucht wurde. Denn wäre das Gehalt zu hoch und insoweit als Bestechung zu werten, dann hätte insoweit eine Steuerhinterziehung vorgelegen, da das Gehalt dann partiell nicht als Betriebsausgabe hätte abgezogen werden dürfen. Das mag abstrakt rechtlich denkbar sein. Ob es rechtfertigt, das Büro des Finanzvorstands eines Unternehmens zu durchsuchen, das laut derselben Zei-

tungsmeldung 3,5 Milliarden Euro Steuern bezahlt, weil dort entsprechende Unterlagen zu vermuten wären, scheint zweifelhaft. Ein gutes Beispiel für den Beitrag einiger Medienvertreter zum aktuell kritischen Umgang miteinander bietet das große Feld der sog. Cum-Cum- und Cum-Ex-Geschäfte. Häufig oder fast schon regelmäßig wird nicht unterschieden, ob eine steuerlich zulässige Struktur, eine steuerlich unzulässige, aber dennoch nicht strafrechtlich relevante Struktur oder tatsächlich eine mögliche Steuerhinterziehung vorliegt. Bis auf zwei Kalendertage im Jahr sind zunächst einmal alle Aktiengeschäfte „cumcum“ und an diesen beiden Tagen „cumex“, ohne dass dies steuerrechtlich besonders beachtlich wäre. Nur unter bestimmten Umständen sind diese Geschäfte steuerlich möglicherweise fragwürdig und vielleicht sogar bei Anwendung der §§ 39 oder 42 AO steuerlich unwirksam. Aber auch dann sind sie noch immer nicht strafbar, wenn der Finanzverwaltung alle notwendigen Informationen zur Würdigung des Sachverhalts offengelegt wurden. Strafrechtlich relevant können nur Transaktionen sein, die einerseits steuerlich nicht anzuerkennen sind und bei denen es andererseits (vorsätzlich) an ausreichender Offenlegung durch den Steuerpflichtigen fehlt. Diese Unterscheidungen sollten zumindest von den Fachmedien erkannt und berücksichtigt werden. Dass es ansonsten nach gefestigter Rechtsprechung dem Steuerpflichtigen freisteht, sich im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit steueroptimal einzurichten, darauf wiesen ausdrücklich auch die Vertreter der Justiz im Rahmen der Diskussion hin. Dass die Unterschiede zwischen zulässig / unzulässig / strafrechtlich relevant verwischt werden, ist insbesondere auch im politischen Umfeld mehr als zu bedauern; und vor allem, wenn dies bisweilen vielleicht nicht nur mangels besserer Kenntnis geschieht.

### ANSTÄNDIGKEIT AUF BEIDEN SEITEN

Nicht nur aus rechtlicher Sicht, sondern auch „klimatisch“ war deshalb der Beschluss des Bundesgerichtshofs richtig und wichtig, die Durchsuchung einer Anwaltskanzlei nicht zuzulassen, weil diese beabsichtigte Durchsuchung nicht vom Zweck des die Durchsuchung beantragenden Untersuchungsausschusses gedeckt war. Es bleibt zu hoffen – und zu vermuten –, dass die zwischenzeitlich laut Presse dennoch erfolgte Durchsuchung dann auf rechtlich korrekter Grundlage erfolgte. So wesentlich wie das vom Steuerpflichtigen und seinen Beratern geforderte „anständige“ Verhalten ist, so ist es auch das rechtsstaatliche, also recht- und verhältnismäßige Verhalten der Finanz- und Justizbehörden. Nicht ganz glücklich erscheint dem Verfasser deshalb das im Hinblick auf Cum-Cum-Geschäfte von der Finanzverwaltung mit Datum vom 17.7.2017 veröffentlichte Schreiben. Denn es widerspricht zumindest in Teilen eigenen Veröffentlichungen der Verwaltung (Anwendungserlass zu § 42 AO Ziff. 2.3 S.3, 4). Möglicherweise war die Finanzverwaltung hier selbst politisch-öffentlichem Druck ausgesetzt und damit ein Opfer falscher politischer Kultur. Man muss solche Geschäfte nicht für gut halten. Steuerrecht (und im Übrigen auch der objektive Tatbestand im Steuerstrafrecht) ist aber kein Moralrecht, sondern lebt im Rechtsstaat von klar bestimmten Definitionen einer Eingriffsverwaltung, auch wenn das zuweilen zu Ergebnissen führen mag, die als ungerecht empfunden werden. Dies zu berücksichtigen ist immer wieder auch im politischen Diskurs wichtig.



## Autor

**Dr. Götz Weitbrecht**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht  
Partner bei Baker Tilly Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Denn die Politik prägt den Rechtsstaat und damit auch die Kultur im Umgang der beteiligten Bürger und Behörden.

Zugute zu halten ist der Politik, dass auch sie gelegentlich „Getriebene“ ist. In Zeiten von 140 oder in Zukunft auch 280 Twitter-Zeichen und regelmäßig veröffentlichten Panama- oder Paradise-Papers geht die Möglichkeit zu feiner und zeitweise selbst auch nur grober Differenzierung schnell verloren. Und sogar in der scheinbar fachbezogenen BEPS-Diskussion spricht sich beispielsweise nur langsam herum, dass die Amazons, Googles und Apples keine deutschen steuerpflichtigen Konzerne sind. Mit dieser medialen Realität müssen alle Beteiligten und insbesondere auch Unternehmen aber schlicht umgehen. Darauf wies der Kommunikationsexperte hin.

Allerdings hoben die Teilnehmer aber auch zwei positive Entwicklungen hervor: Der Hinweis im Anwendungserlass zu § 153 AO enthält viele Konjunktive und bindet auch rechtlich nur die Finanzverwaltung. Er wurde aber – mangels besserer Alternativen – ausdrücklich auch vom Vertreter der Banken als das in der aktuellen Situation bestmögliche „Angebot“ der Verwaltung zum besseren Miteinander gesehen, das die Steuerpflichtigen auch „annehmen“ sollten.

Einig waren sich die Beteiligten auch darin, dass steuerstrafrechtliche Verfahren verbessert werden können. Da der Weg über § 396 AO (Aussetzung des Strafverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Besteuerungsverfahrens) häufig eine für die Beteiligten unzumutbare Länge des Strafverfahrens bedeuten würde, wurde zumindest die Bildung speziell steuerlich versierter Spruchkammern allseits für gut geheißen.

1 Erster StA Kai Sackreuther, Staatsanwaltschaft Mannheim, RD Andreas Bauer, HSGL Steufa Kassel, Joachim Zimmermann, RA, Steuerabteilungsleiter und Vorsitzender des Steuerausschusses des BdB, Dr. Hartmut Vennen, Senior MD FTI Consulting.



© Jens Braune del/ Angel

# Cum/Cum – legal oder illegal?

**Cum/Cum-Transaktionen** erhitzen seit längerem die Gemüter. Die Frage ist: Sind sie als missbräuchlich oder strafrechtlich relevant einzuordnen? **Antworten** gibt Prof. Dr. Dietmar Gosch.

**1.** Durch das InvStRefG vom 19. 7. 2016 erhielt das EStG einen neuen Paragraphen – § 36a. Bezogen auf die Anrechnung von Kapitalertragsteuer wurden hierdurch komplexe Regelungen geschaffen, die vor allem darauf abzielen, bislang weitgehend unbeanstandet gebliebene, nunmehr – im Zuge von Cum/Ex – rechtspolitisch unerwünschte und zum Teil als rechtsmissbräuchlich qualifizierte sogenannte Cum/Cum-Transaktionen zu bekämpfen. Denn, so die „amtliche“ Regelungsbegründung:

„Es ist bekannt, dass Steuerausländer verschiedene Gestaltungsvarianten nutzen, um die Dividendenbesteuerung in Deutschland zu umgehen. Seit der Einführung einer Steuerpflicht für Streubesitz-Dividenden im Jahr 2013 ist davon auszugehen, dass auch inländische Körperschaften die gleichen Gestaltungsmodelle einsetzen. Derartige Gestaltungen sind unter der geltenden Rechtslage unter Anwendung der einschlägigen Zurechnungsregelungen des § 20 Abs. 5 EStG und des § 39 AO – und damit der steuerspezifischen sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise – zu prüfen. Durch den Verkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag und eine gleichzeitige Rückveräußerung nach dem Dividendenstichtag (durch Termingeschäft) oder durch eine Wertpapierleihe, gegebenenfalls auch über Fondsstrukturen als Transaktionsvehikel, kann ein Steuerausländer oder eine inländische Körperschaft die Besteuerung der Dividenden vermeiden. Die Transaktionen sind so ausgestaltet, dass auf der Käuferseite zwar steuerpflichtige Dividenden anfallen, aber gleichzeitig Verluste aus einer späteren Rückveräußerung der Aktien oder Aufwendungen aus einer Wertpapierleihgebühr entstehen. Im Ergebnis kommt es bei dem Aktienkäufer zu fast keiner Steuerlast, sodass die einbehaltene Kapitalertragsteuer an den Käufer erstattet werden muss. Die Steuerersparnis teilen sich Verkäufer und Käufer.“

Es geht also um das als „Steuerarbitrage“ bekannte Verteilungsphänomen, von Vertretern der Finanzverwaltung, so hört man, gerne als „Beuteteilung“ bezeichnet. Ihm gilt es aus Sicht des Gesetzgebers entgegenzutreten. Dafür nahm er Anleihe bei US-amerikanischen und australischen Vorbildern und schaffte mit § 36a EStG eine spezifische und typisierte Missbrauchsverhinderungsregelung – nicht zuletzt, damit „das Ganze auch in Massenverfahren gangbar wird“; sie soll die „ökonomische Rentabilität“ des einschlägigen Geschäftsgabarens ausschließen.

**2.** Das alles soll im Veranlagungszeitraum 2016 „unecht“ rückwirkend mit erstmaliger Anwendung auf Kapitalerträge anzuwenden sein, die ab dem 1. 1. 2016 zufließen. Das wirft Zweifel auf, weil bereits ins Werk gesetzte Transaktionen rückwirkend „ins steuerliche Unrecht“ gezogen werden.

**3.** Unabhängig davon kümmert sich die Finanzverwaltung aber auch um Cum/Cum-Gestaltungen, die vor dem 1. 1. 2016 disponiert worden sind, also vor der Neuschaffung der spezialgesetzlichen Missbrauchsvermeidungsnorm des § 36a EStG. Solche „Alt-Cum/Cum-Geschäfte“ wurden in einem BMF-Schreiben vom 11. 11. 2016 zunächst in erster Linie unter dem Maßstab des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO geprüft. In Anlehnung an das BFH-Urteil vom 18. 8. 2015 – I R 88/13 zur sogenannten Wertpapierleihe geht es darum, ob das sogenannte wirtschaftliche Eigentum an den verkauften Aktien tatsächlich auf den Erwerber übergegangen ist. Gestaltungsmissbrauch spielte in diesem Schreiben nur eine Nebenrolle, nicht zuletzt deshalb, weil man es genügen ließ, wenn dem Aktienkäufer per Saldo ein wirtschaftlicher Vorteil in Gestalt einer positiven Vorsteuerrendite verblieb.



Direkt bei Erscheinen auch  
in unserer Online-Datenbank  
[online.ruw.de](http://online.ruw.de)

# Unsere Highlights zum Kapitalanlagerecht



Lieferbar



2. Quartal  
2018



3. Quartal  
2018



Lieferbar

- Praxisnahe, wissenschaftlich fundierte und umfassende Abbildung des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB)
- Hochaktuell: Änderungen im Rahmen des OGAW-V-UmsG vom März 2016 bereits berücksichtigt
- Enthält aktuelle Synopse KAGB – AIFM-RL – InvG

- Umfassende Kommentierung des ab dem 1.1.2018 geltenden neuen Investmentsteuerrechts
- **Insbesondere:**
  - Aufgabe des bisherigen Transparenzprinzips für Investmentfonds zugunsten eines intransparenten Besteuerungssystems
  - Grundlegende Änderungen im Bereich der Spezial-Investmentfonds
  - Integration des durch das AIFM-StAnpG eingeführten Besteuerungsregimes in das neue System

- Eingehende Behandlung sämtlicher praxisrelevanter Vermögensgegenstände
- **Erläuterungen u.a. zu:**
  - Aktien-, Renten-, Misch- und Geldmarktfonds sowie Exchange Traded Funds
  - Immobilien-, Infrastrukturfonds, Rohstofffonds, Energiefonds, Flugzeugfonds und Schiffsfonds
  - Private Equity-Fonds, Hedgefonds, Kredit- und Kunstfonds
- Analyse offener wie geschlossener Fondsstrukturen

- Ausführliche Darstellung der Besteuerung privater Kapitalanlagen
- Systematische Erläuterung aller wichtigen Fragen aus der Praxis
- Hohe Aktualität durch Berücksichtigung aller Reformen der letzten Jahre
- Grafiken und Beispiele zur Veranschaulichung der komplexen Materie

Bestellen Sie auf  
[www.shop.ruw.de](http://www.shop.ruw.de)

## Frankfurter Kommentare zum Kapitalanlagerecht

### Band 1 – KAGB – Kapitalanlagegesetzbuch

2016, 5.059 Seiten in 2 Teilbänden,  
Geb., € 529,-  
ISBN: 978-3-8005-1570-7

### Band 2 – InvStG – Investmentsteuergesetz

2., vollständig neugefasste Aufl. 2018,  
ca. 2.500 Seiten, Geb., ca. € 359,-  
ISBN: 978-3-8005-1658-2

2. Auflage

### Band 3 – Recht der Assetklassen

August 2018, ca. 1.100 Seiten,  
Geb. ca. € 249,-  
ISBN: 978-3-8005-1582-0

### Besteuerung privater Kapitalanlagen

2017, 1.840 Seiten,  
Geb., € 279,-  
ISBN: 978-3-8005-2096-1

**Gesamtwerk  
zum Vorzugspreis**

ISBN: 978-3-8005-1583-7 | Vorbestellbar, Lieferung jeweils bei Erscheinen  
Bei Gesamtabnahme aller 3 Bände gilt ein Vorzugspreis von ca. € 1.050,-  
statt bei Einzelabnahme: ca. € 1.137,-  
Vorzugspreise bei Paketabnahme:  
Band 1 € 489,- | Band 2 ca. € 334,- | Band 3 ca. € 227,-

**Es besteht eine Gesamtabnahmeverpflichtung bei Paketbestellung!**



Das BMF-Schreiben vom 11. 11. 2016 geriet jedoch unmittelbar nach seiner Veröffentlichung in das Kreuzfeuer der einen oder anderen Länder-Finanzverwaltung, insbesondere des seinerzeit noch im Amt befindlichen nordrhein-westfälischen Finanzministers Norbert Walter-Borjans, dem „Star der Steuerfahnder“ (so die Zeitschrift Cicero <<https://www.cicero.de/innenpolitik/der-star-der-steuerfahnder/52497>>). Konsequenz dieser Hintergrund-Aktivitäten war sodann das weitere BMF-Schreiben vom 17. 7. 2017 und damit eine veritable „Einschätzungsvolte“: Die Frage nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf Basis des vorhergehenden BMF-Schreibens vom 11. 11. 2016 ist danach nur noch für sogenannte strukturierte Wertpapierleihen einschlägig; alle weiteren (Alt- wie Neu-)Gestaltungsformen von Cum/Cum werden fortan davon abgehoben vorrangig und prima vista als gestaltungsmisbräuchlich qualifiziert: „Ein Gestaltungsmissbrauch ist dann anzunehmen, wenn ein wirtschaftlich vernünftiger Grund für das Rechtsgeschäft fehlt und der Fall insgesamt eine steuerinduzierte Gestaltung (Steuerarbitrage) aufweist. An einem wirtschaftlich vernünftigen Grund fehlt es insbesondere, wenn aus dem Geschäft im Wesentlichen nur ein Steuervorteil für die Parteien oder Dritte entsteht und das Gesamtentgelt des Entleihers beziehungsweise Erwerbers für die Durchführung der Cum/Cum-Gestaltungen – unter Berücksichtigung auch solcher Geschäfte, die im sachlichen Zusammenhang mit der Cum/Cum-Transaktion stehen – auch hieran bemessen ist.“ Wertungsmäßig läuft das auf die rechtsgrundlose Vorwegnahme des späteren § 36a EStG hinaus.

**4.** Parallel dazu sind die Gestaltungen strafrechtlichen Vorwürfen und vor allem bei Banken staatsanwaltlichen Ermittlungen ausgesetzt. Das, obschon die Finanzgerichte, namentlich der BFH, bislang keine Gelegenheit hatten, das fachgerichtlich zu beurteilen. Vor allem Letzteres wäre aber anzunehmen. Denn schaut man sich die Spruchpraxis des BFH der letzten 20 Jahre zu der deutschen General Anti-Avoidance Rule, also des § 42 AO an, dann mag man füglich Zweifel daran haben, ob Cum/Cum-Gestaltungen – vorgeblich die (in Anbetracht der völlig unterschiedlichen Wirkungsweisen aber sehr) „kleine Schwester von ‚Cum-Ex‘“ (so Corinna Budras in der FAZ vom 13. 6. 2016) – sich jedenfalls in der erwähnten Allgemeinheit und „über einen Kamm geschoren“ als missbräuchlich und gar als strafrechtsrelevant brandmarken lassen. Beispielhafte Stichworte sind hier ebenfalls rein „steuerinduzierte“ Gestaltungen, so im Kontext des früheren körperschaftsteuerrechtlichen Anrechnungsverfahrens das sogenannte „Schütt-aus-hol-zurück“- sowie das sogenannte „Leg-ein-hol-zurück“-Verfahren, auch die Mobilisierung von Anrechnungsguthaben vermittels des sogenannten Rücklagenmanagements: Erwerb eines Zwerganteils an einer „guthabenträchtigen“ Kapitalgesellschaft mit anschließender inkongruenter Gewinnausschüttung, des Weiteren die Verlustübertragung auf den Gesellschafter oder auf andere Gesellschaften („Mantelkauf“) zur Verlustnutzung, die sogenannte Anteilsrotation und die sogenannten Quartett- und Quintettlösungen bei § 17 EStG und so fort. All das ist „steuerinduziert“ gestaltet und gestaltbar – weil es in einem Rechtsstaat eben freiheitlicher Verfassung wie gewachsener Rechtskultur entspricht, dass „der Steuerpflichtige seine

Verhältnisse so gestalten (darf), dass keine oder möglichst geringe Steuern anfallen. Dabei kann er gesetzliche Wahlrechte frei ausüben und Rechtsformen wählen, die vom Gesetz vorgesehen sind“ (so zuletzt der BFH in seinem Urteil vom 19. 1. 2017 IV R 10/14). Voraussetzung ist, wie der BFH (im Urteil vom 8. 3. 2017 IX R 5/16) ebenfalls hat wissen lassen, allein, dass das gewollt Gestaltete dann auch tatsächlich und nicht bloß vordergründig formal umgesetzt wird. Mit dem fragilen Begriff des Missbrauchs, mit dem Missbrauchsvorwurf sollte man also höchst behutsam umgehen. Ein solcher Vorwurf ist jedenfalls unangebracht, wenn eine Gestaltung auf einen im Gesetz angelegten Steuervorteil abzielt. Das ist bei Cum/Cum indes zweifelsfrei der Fall: Die Anrechnung der Kapitalertragsteuer steht dem Steuerinländer zu. Dem Steuerausländer womöglich nicht. Aber zum einen ist die unterschiedliche Behandlung aus unionsrechtlichen Gründen ohnehin mehr als umstritten; gegen die Unterscheidung steht die prinzipiell weltweit wirkende Kapitalverkehrsfreiheit. Und zum anderen ist der Steuerausländer vielfach ein fremder „Dritter“, und es ist alles andere als ausgemacht, dass der von einem solchen fremden Dritten erlangte „Steuervorteil“ ohne weiteres nach Maßgabe des § 42 AO missbilligt werden kann.

**5.** Ob sich das alles schlicht auf den Kopf stellen lässt, weil schon das Wörtchen „Cum“ im Zusammenhang mit Dividendentransaktionen bestimmte Gemüter zeitgeistig erregt? Man mag es kaum glauben.

Würde man das bejahen, dann bliebe in unserer „induzierten“ Welt eigentlich so manches zu ahnden. Dem Verfasser dieser Zeilen geriet kürzlich im Internet <<http://st-pedali.blogspot.com/2014/04/mitstadtrad-rund-hamburg-zeitfahren.html>> der Bericht eines fahrradbessenen Mitbürgers in den Blick. Die Überschrift lautete „Mit dem Stadtrad rund Hamburg: Zeitfahren der besonderen Art zum Nulltarif“, und man erläutert das dann wie folgt:

„1650 Stadträder, 129 Stationen, fast 220000 Kunden – Stadtrad Hamburg ist unbestritten ein Erfolgsmodell. Die meisten Fahrten bleiben unter 30 Minuten und damit kostenfrei. Das brachte mich auf eine Idee: einmal rund Hamburg, von der südlichsten, über die östlichste, nördlichste und westlichste Station zurück zum Ausgangspunkt. Und das ohne einen Cent zu zahlen. Eine logistische und sportliche Herausforderung. ... Gut für die Ausleiher, schlecht für den Betreiber, da Stadtrad Hamburg wenig Geld in die Kasse kommt. Sollte die Strecke zu weit sein, um unter 30 Minuten zu bleiben, wird das Stadtrad oft schnell an einer Station zurück gegeben, danach erneut angemietet und die Fahrt danach fortgesetzt. Mit dieser Methode bleibt die Ausleihe auch bei längeren Touren gratis. ...“. Sic!

Beides spiegelt den homo oeconomicus. Ist das eine, das „Steuerinduzierte“, missbräuchlich, das andere, das „Gebühreninduzierte“, aber nicht? Ist das eine „illegal“, das andere „legal“? Oder „illegitim“ und „legitim“? Entscheidet die „Schadenshöhe“ oder die vorgeblich „bessere Gesinnung“? Bei Licht betrachtet gilt wohl eher der Satz, dass Steuerrecht „moralisch neutral“ ist. Und es gilt denn wie so oft, im „wahren Leben“ wie im Steuer- (und Gebühren-)wesen, Augenmaß und kühlen Kopf zu bewahren und, wenn es denn sein soll, „gute“ Abwehrgesetze zu schaffen.

# HAARMANN 2018 STEUER KONFERENZ

22.-23. Februar 2018

Hotel Adlon Kempinski, Berlin

## Steuerrechtsforum der Industrie, Banken und Versicherungen

Industriepanel • Abgabenordnung und Steuerstrafrecht • Konzernsteuerrecht • Unternehmens- und Bilanzsteuerrecht • Erbschaftsteuer • Umsatzsteuer • OECD Aktivitäten im Steuerrecht, Europäisches Steuerrecht, Beihilfe • Besteuerungsentwicklung in Frankreich, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Schweiz, USA, Vereinigtes Königreich • Doppelbesteuerungsabkommen • Verrechnungspreise • Betriebsstätten • APA • Rulings • Berichtswesen • Auskunftsverfahren • Hinzurechnungsbesteuerung, Treaty Shopping, Missbrauchsklausel nach dem Multilateralen Abkommen, Verständigungsverfahren, Schiedsverfahren • Besteuerung von Kapitalanlagen, einschließlich Investmentsteuerrecht •  
Parlamentarische Runde mit den finanzpolitischen Sprechern

[www.haarmann-steuerkonferenz.de](http://www.haarmann-steuerkonferenz.de)

Torsten Merk | dfv Mediengruppe | Betriebs-Berater | E-Mail: [torsten.merk@dfv.de](mailto:torsten.merk@dfv.de)

Betriebs-Berater

# JETZT NOCH EINFACHER SUCHEN MIT JURIS.DE



Intelligenter  
suchen



Besser  
überblicken



Intuitiver  
bedienen

Ihre Suche noch einfacher zu machen – das ist einer der Vorteile der neuen juris Recherche. Mit einer optimalen Treffersortierung, einer verbesserten Kategorisierung der Inhalte mit Werken der gesamten jurisAllianz sowie der intuitiven Schnellsuche kommen Sie ab sofort noch schneller ans Ziel. Überzeugen Sie sich selbst!

[www.juris.de](http://www.juris.de)

**juris**® Das Rechtsportal

**jurisAllianz**  
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.