

Es scheint, als habe der BFH das Kapitel „Erstattung von nicht gezahlter Kapitalertragsteuer“ endgültig abgeschlossen. Mit Urteil vom 2.2.2022 – I R 22/20 hat er zum Thema Cum-Ex-Geschäfte, Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien entschieden. Dabei hat er dem „Geschäftskonzept“ durch die wirtschaftliche Zuordnung von Aktien eine einmal einbehaltene Abzugsteuer vom Fiskus zweifach oder gar mehrfach angerechnet bzw. ausgezahlt, eine Abfuhr erteilt, wie schon die Vorinstanz das FG Köln mit Urteil vom 19.7.2019 – 2 K 2672/17. In der Urteilsbegründung führte der Finanzgerichtspräsident *Benno Scharpenberg* aus: „Wer vom Staat Geld für eine Steuer zurückhaben will, muss den Nachweis erbringen, dass er diese Steuer zuvor abgeführt hat.“ Der BFH drückt dies so aus, dass nur dann ein Anspruch auf Erstattung von Abzugsteuer besteht, wenn nach Maßgabe der nationalen Steuervorschriften zuvor die Kapitalerträge in eigener Gläubigerschaft entstanden sind, die Abzugsteuer einbehalten und abgeführt wurde. In der Pressemitteilung weist der BFH zudem darauf hin, dass der Bundesgerichtshof in einer ähnlichen Fallgestaltung eine strafbare Steuerhinterziehung gesehen habe. Damit dürften den Beteiligten an diesem Geschäftsmodell unruhige Zeiten bevorstehen.



Prof. Dr. Michael  
Stahlschmidt,  
Ressortleiter Steuerrecht

## Entscheidungen

### **EuGH-Schlussanträge: Abzug von Verlusten einer in einem Mitgliedstaat belegenen Betriebsstätte, die zu einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft gehört**

Art. 43 in Verbindung mit Art. 48 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (jetzt Art. 49 in Verbindung mit Art. 54 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union) steht Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegen, die es einer gebietsansässigen Gesellschaft verwehren, von ihrem steuerpflichtigen Gewinn Verluste einer in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Betriebsstätte abzuziehen, wenn die Gesellschaft zum einen alle Möglichkeiten zum Abzug dieser Verluste ausgeschöpft hat, die ihr das Recht des Mitgliedstaats bietet, in dem die Betriebsstätte belegen ist, und zum anderen über diese Betriebsstätte keine Einnahmen mehr erzielt, so dass keine Möglichkeit mehr besteht, dass die Verluste in diesem Mitgliedstaat berücksichtigt werden („finale“ Verluste), sofern die betreffenden Rechtsvorschriften Gewinne und Verluste aufgrund eines bilateral zwischen den beiden Mitgliedstaaten vereinbarten Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung freistellen.

**GA Collins**, Schlussanträge vom 10.3.2022 – C-538/20

Volltext: [BB-ONLINE BBL2022-661-1](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

### **BFH: Sog. Cum/Ex-Geschäfte: Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien**

1. Einen Anspruch auf Erstattung von Abzugsteuer (Kapitalertragsteuer/Solidaritätszuschlag) gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG hat ein US-amerikanischer Pensionsfonds i. S. des Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA-USA 1998/2008 nur dann, wenn er nach Maßgabe nationalen Steuerrechts Gläubiger der Kapitalerträge ist und die Abzugsteuer „einbe-

halten und abgeführt“ worden ist. Gläubiger der Kapitalerträge ist die Person, die die Einkünfte aus Kapitalvermögen (als Dividenden i. S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG oder als Dividendenkompensationszahlungen i. S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG) erzielt (§ 20 Abs. 5 EStG). Dies ist die Person, der die Anteile an dem Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG) oder des Zuflusses der Dividendenkompensationszahlung (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG) nach § 39 Abs. 1 AO zivilrechtlich oder – wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über die Anteile hat – nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO wirtschaftlich zuzurechnen sind.

2. Wirtschaftliches Eigentum über die Anteile wird bei sog. Cum/Ex-Geschäften nicht erworben, wenn der Erwerb der Aktien Teil eines modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzepts ist, nach welchem der zivilrechtliche Erwerber die wesentlichen mit einem Aktienerwerb verbundenen Rechte weder ausüben kann noch nach der gestalterischen Konzeption soll, 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. Ob sich die maßgebenden Transaktionen „außerbörslich“ (Erwerb von sog. Single Stock Futures mit nachfolgender Abwicklung über die Eurex Clearing AG) oder „börslich“ (im Rahmen sog. Schlussauktionen) abgespielt haben, ist insoweit ohne Bedeutung.

**BFH**, Urteil vom 2.2.2022 – I R 22/20  
(amtliche Leitsätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2022-661-2](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

### **BFH: Entlastungsanspruch und unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

1. Die Versäumung der Antragsfrist nach § 96 Abs. 2 EnergieStV steht wegen des unionsrecht-

lichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dem in § 52 Abs. 1 EnergieStG normierten und auf Art. 14 Abs. 1 Buchst. c EnergieStRL beruhenden Entlastungsanspruch für die für die Schifffahrt in Meeresgewässern der Gemeinschaft verwendeten Energieerzeugnisse nicht entgegen, wenn die materiellen Voraussetzungen für den Entlastungsanspruch erfüllt sind.

2. Bei einem unsteuererten Bezug von Energieerzeugnissen entsteht der Entlastungsanspruch nach § 52 Abs. 1 EnergieStG nicht bereits mit deren Verwendung, sondern frühestens mit der Festsetzung der für das bezogene Energieerzeugnis entstandenen Energiesteuer.

**BFH**, Urteil vom 19.10.2021 – VII R 26/20  
(amtliche Leitsätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2022-661-3](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

### **BFH: Wirtschaftlicher Arbeitgeber bei konzerninterner internationaler Arbeitnehmerentsendung**

1. Im Falle einer konzerninternen internationalen Arbeitnehmerentsendung wird das aufnehmende inländische Unternehmen zum wirtschaftlichen Arbeitgeber i. S. von § 38 Abs. 1 Satz 2 EStG, wenn es den Arbeitslohn für die ihm geleistete Arbeit wirtschaftlich trägt, der Einsatz des Arbeitnehmers bei dem aufnehmenden Unternehmen in dessen Interesse erfolgt, der Arbeitnehmer in den Arbeitsablauf des aufnehmenden Unternehmens eingebunden und dessen Weisungen unterworfen ist.

2. Das wirtschaftliche Tragen des Arbeitslohns ersetzt in den Fällen des § 38 Abs. 1 Satz 2 EStG die für den zivilrechtlichen Arbeitgeberbegriff erforderliche arbeits- bzw. dienstvertragliche Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf der die Zahlung des lohnsteuerpflichtigen Arbeitslohns (zivilrechtlich) im Regelfall beruht. Unbeschadet dessen muss die entsandte Person nach allgemeinen Grundsätzen als Arbeitnehmer des wirtschaftlichen Arbeitgebers anzusehen sein.