

Univ.-Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger

heribert.anzinger@uni-ulm.de

An die
Vorsitzende des Finanzausschusses
Frau Katja Hessel, MdB
Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Paul-Löbe-Haus
11011 Berlin

nur via Mail: finanzausschuss@bundestag.de

Ulm, 7. September 2020

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zu Anträgen der Fraktionen DIE LINKE. (BT-Drucks. 19/16836) und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 19/5765) zum Thema „Cum/Ex“

Sehr geehrte Frau Hessel,

vielen Dank für die Einladung zur öffentlichen Anhörung zu o.g. Bundestagsdrucksachen. Die Gelegenheit, dem Ausschuss vorab eine schriftliche Stellungnahme zukommen zu lassen, nehme ich mit diesem Schreiben wahr. In der gebotenen Kürze beschränke ich mich auf einzelne Eckpunkte der Anträge.

A. Zielsetzung der Anträge

Der ältere der beiden Anträge, von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 13.11.2018 (BT-Drucks. 19/5765), knüpft an die Erkenntnisse aus dem 4. Untersuchungsausschusses gemäß Artikel 44 des Grundgesetzes der 18. Wahlperiode („Cum/Ex-Untersuchungsausschuss“, Abschlussbericht v. 20.6.2017, BT-Drucks. 18/12700) an und nimmt nachfolgende Erkenntnisse über „Cum/Cum“-Geschäfte und Entwicklungen im Ausland zum Anlass für rechtspolitische, administrative und gesetzgeberische Vorschläge. Im Einzelnen:

1. alle Geschäftsmodelle zu bekämpfen, bei denen der Ertrag allein in dem angestrebten Steuervorteil besteht, auch um neue Cum/Ex-ähnliche Fälle zu vermeiden;
2. alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um sämtliche Cum/Ex-Fälle aufzudecken und zu verfolgen sowie die einzelnen Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen;
3. Auswertungen der börslichen Handelsvolumina und der Transaktionsdaten durch die BaFin durchzuführen und Erstattungen systematisch durch die Steuerbehörden analysieren zu lassen.

Auffälligkeiten und Hinweise auf illegale Marktaktivitäten sind unverzüglich dem BMF zu berichten. Bestehende Finanzalgorithmen müssen permanent in Bezug auf neue illegale Praktiken untersucht werden;

4. auf europäischer Ebene die Initiative zu ergreifen, den Europäischen Finanzaufsichtsbehörden Kriseninterventionsrechte zu geben, um die schmutzigen Steuergeschäfte auf den europäischen Finanzmärkten zu stoppen und eine mit europa- weiten Ermittlungsbefugnissen ausgestattete Behörde zu schaffen, die europaweit organisierte Kriminalität bekämpft;
5. bei Cum/Cum-Geschäften die Haltefrist um den Dividendenstichtag auf mindestens 90 Tage zu verlängern und das zu tragende wirtschaftliche Risiko auf 100 Prozent zu erhöhen sowie effektive Abwehrregelungen gegen Cum/Cum Treaty Shopping einzuführen;
6. Strafen bei Rechtsverstößen von Unternehmen einzuführen, denn in den aktuell verhandelten Finanzgerichtsverfahren geht es teilweise um kriminelle Vorgänge, doch über die bloße Erstattung des Steuerschadens hinaus haben die Ertappten nichts zu befürchten;
7. die Steuerzuständigkeit für große Konzerne und reiche Bürgerinnen und Bürger von den Ländern auf den Bund zu übertragen, für eine bessere Vernetzung zwischen und innerhalb der zuständigen Behörden zu sorgen und eine Einsatzgruppe beim Bundeszentralamt für Steuern einzurichten, in der Steuer- und Finanzmarktexpertise gebündelt werden;
8. Wirtschaftsprüfung und Beratungsgeschäft zu trennen, die zivil- und standes- rechtliche Verantwortlichkeit von Rechtsanwälten und Steuerberatern zu verschärfen und die Anzeigepflicht für Steuergestaltungsmodelle einzuführen;
9. Hinweisgeber gesetzlich vor Repressalien zu schützen und den Umgang mit Hin- weisen klar zu regeln, einschließlich der Sicherung der Vertraulichkeit und der Einrichtung eindeutig definierter Meldestellen;
10. Lobbyeinflüsse in Gesetzgebungsverfahren transparent zu machen mithilfe eines legislativen Fußabdrucks und eines Lobbyregisters und Gesetzentwürfe spätestens dann an die Fraktionen des Deutschen Bundestages zu übermitteln, wenn sie an Verbände oder sonstige Externe gegeben werden.“

Der jüngere der beiden Anträge, von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE., v. 28.1.2020 (BT-Drucks. 19/16836) bezieht neuere Erkenntnisse aus der öffentlichen Berichterstattung über Besteuerungs- und Strafverfahren zur Aufarbeitung von Cum/Ex-Gestaltungen ein und greift auch jüngere rechtspolitische Vorschläge im Schrifttum auf, insbesondere zur Einführung eines datenbankgestützten Kapitalertragsteuerabgleichs und enthält vier rechtspolitische Forderungen:

- „1. unrechtmäßige Steuererstattungen auszuschließen. Dafür ist der Mechanismus zur Einbehaltung und Erstattung von Kapitalertragsteuern zu modernisieren und ein lückenloser datenbankgestützter Abgleich von Erstattungsanträgen mit tatsächlichen Steuerzahlungen einzuführen. Dieser muss auch für spezialisierte Produkte wie etwa American Depository Receipts (ADR) greifen sowie bei Sammelverwahrung und Stückelungen der Wertpapiere praktikabel sein;
2. Finanzmarktaufsicht und Finanzverwaltung in Kooperation mit den Ländern in die Lage zu versetzen, systematisch Handelsmuster am Kapitalmarkt und steuerliche Gestaltungen zu analysieren, um neue Betrugsformen frühzeitig zu erkennen. Dafür sind alle rechtlichen und materiellen Voraussetzungen inklusive hinreichendem Datenzugang, Personal und Infrastruktur sowie politische Rückendeckung sicherzustellen, um entsprechende Analysen proaktiv in gebotener Tiefe und gegebenem Umfang durchzuführen. Nötig sind außerdem ein umfassender Schutz und eine zentrale Anlaufstelle für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber sowie eine Meldepflicht auch nationaler Gestaltungsmodelle;
3. die Aufarbeitung steuergetriebener Kapitalmarktgeschäfte zu verstärken, um das Verjährungsrisiko strafbewehrter Vorgänge zu minimieren und unrechtmäßige Gewinne umfänglich abzuschöpfen. Dies erfordert umfängliche Kooperation der Behörden von Bund und Ländern und die Aufstockung von (Personal)Ressourcen in Strafverfolgung und Finanzverwaltung. Hierzu soll die Bundesregierung unter anderem einen Gesetzentwurf vorlegen, durch den für die Länder mittelfristig

Anreize im Länderfinanzausgleich geschaffen werden, damit Mehreinnahmen durch Verbesserungen des Steuervollzugs im jeweiligen Bundesland einbehalten werden können;

4. einen Gesetzentwurf vorzulegen, durch den sachgerechte Sanktionsinstrumente wie ein Unternehmensstrafrecht eingeführt werden, um Finanzkriminalität umfassender abzuschrecken und ahnden zu können (vgl. Drucksache 19/7983)“.

Beiden Anträgen ist der Befund gemein, dass auch nach den vorgenommenen Gesetzesänderungen und den bereits eingeleiteten Maßnahmen in den Finanzbehörden und durch die Strafverfolgung noch weiterer rechtspolitischer Handlungsbedarf bezogen auf Cum/Ex-Sachverhalte und damit begrifflich verwandte Gestaltungen besteht. Deshalb sind zunächst Wesensmerkmale und Wesensunterschiede von „Cum/Ex“, „Cum/Cum“ und „Cum/Fake“ – Sachverhalten und sodann der Reformbedarf und die Reformüberlegungen zu beurteilen.

B. Wesensmerkmale und Wesensunterschiede von „Cum/Ex“, „Cum/Cum“ und „Cum/Fake“ - Gestaltungen

I. Kapitalertragsteuer bei Dividenden

„Cum/Ex“, „Cum/Cum“ und „Cum/Fake“ – Sachverhalte handeln von Gestaltungen, Sachverhalten und Steuerhinterziehungsmodellen im Bereich des Kapitalertragsteuerrechts und der Dividendenbesteuerung.

Die Kapitalertragsteuer ist eine besondere Erhebungsform der Einkommensteuer und der Körperschaftsteuer durch Steuerabzug vom Kapitalertrag, keine eigene Steuerart. Sie setzt deshalb dem Grunde nach einen materiellen Besteuerungsanspruch im Einkommen- oder Körperschaftsteuerrecht voraus. Besteht dieser nicht, etwa weil Doppelbesteuerungsabkommen eine Steuerfreistellung vorsehen, keine sachliche Steuerpflicht der Kapitalerträge besteht oder der Dividendenempfänger bereits nach deutschem Recht persönlich steuerbefreit ist und wurde ein Kapitalertragsteuerabzug gleichwohl vorgenommen, kommt es zu Erstattungsansprüchen.

Deren Verwirklichung setzt nach § 32 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 und 2 EStG voraus, dass Kapitalertragsteuer tatsächlich einbehalten worden ist und zusätzlich, dass ein Nachweis über den vorgenommenen Abzug, regelmäßig in Gestalt einer Steuerbescheinigung, vorgelegt werden kann. Der Gesetzgeber muss also in den Vorschriften über den Kapitalertragsteuerabzug regeln, wer den Steuerabzug vorzunehmen hat und wer die Bescheinigung auszustellen hat. Im geltenden Recht fällt dies häufig nicht zusammen und ist Gegenstand hochdifferenzierter und komplexer Regelungen in den §§ 36a, 43 – 45e, 50j EStG und § 32 KStG, die den gleichheitsgerechten Steuervollzug anspruchsvoll ausgestalten.

II. Cum/Ex

Die zwischen 2007 und 2011 beobachteten und vielfach beschriebenen Cum-/Ex-Gestaltungen stellen nach überzeugender Ansicht und bislang einheitlicher erstinstanzlicher Rechtsprechung ohne pflichtgemäße Offenlegung durch den Steuerpflichtigen eine Form der Steuerhinterziehung dar, deren Aufdeckung durch das Auseinanderfallen der zum Steuerabzug verpflichteten und der zur Erteilung der Bescheinigung über den vorgenommenen Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Stellen erschwert wurde. Der Kern des Problems bestand darin, dass die Sphären für den Steuerabzug und die Ausstellung der Bescheinigung auseinanderfielen und die Information über den vorgenommenen oder unterbliebenen Abzug nicht verlässlich an die bescheinigende Stelle gelangte. Nach der bis 2011 geltenden Rechtslage

war der Kapitalertragsteuerabzug von ausgeschütteten Dividenden auch bei girosammelverwahrten Aktien für alle Aktionäre durch die ausschüttende Aktiengesellschaft selbst vorzunehmen. Zur Ausstellung einer Steuerbescheinigung über den vorgenommenen Kapitalertragsteuerabzug waren aber erst die Depotbanken der Aktionäre verpflichtet. Diese hatten in ihren Organisationsabläufen unterstellt, dass eine über die Wertpapiersammelbank, oft nach Zwischenschaltung weiterer Depotbanken eingehende und weiterzureichende Nettodividende stets zuvor einem Kapitalertragsteuerabzug unterlegen haben musste.

Weil aber das Abwicklungssystem der von den Depotbanken als Erfüllungsgehilfe eingesetzten Wertpapiersammelbank unzureichend ausgestaltet war, konnte es bei Leerverkäufen um den Dividendenstichtag vorkommen, dass über die Wertpapiersammelbank an die Depotbanken weitergeleitete Nettozahlungen von diesen als Dividendenzahlungen mit Kapitalertragsteuerabzug identifiziert wurden, obwohl das nicht der Fall war. Die Ausgestaltung des technischen Abwicklungssystems der Wertpapiersammelbank konnte zwar recht zuverlässig vermeiden, dass Dividenden nicht mehrfach ausbezahlt wurden, nicht aber, dass Kapitalertragsteuerbescheinigungen losgelöst von einem und auch ohne einen vorangegangenen Steuerabzug ausgestellt wurden, weil Dividenden und Kompensationszahlungen in den Abwicklungssystemen der Depotbanken nach den durch die Wertpapiersammelbank übermittelten Informationen nicht auseinandergehalten werden konnten. In den Finanzbehörden wurden wiederum bis 2010 Kapitalertragsteuererstattungen im Regelfall auf der Grundlage der Kapitalertragsteuerbescheinigungen ohne grundlegende Prüfung vorgenommen. Dadurch konnte es zu unerkannt rechtswidrigen Übererstattungen kommen, wenn insgesamt von den Depotbanken ein höherer Steuerabzug bescheinigt als von den Emittenten (Aktiengesellschaften) vorgenommen worden war.

Durch die im Zusammenhang mit dem OGAW-IV-Umsetzungsgesetz¹ vorgenommenen Gesetzesänderungen wurde der Kapitalertragsteuerabzug bei im Inland girosammelverwahrten Aktien für ab 2012 ausbezahlte Dividenden auf die letzte im Inland auszahlende Stelle und damit auf die Depotbanken übertragen. Damit konnten Steuerabzug und Steuerbescheinigung für die Masse der Fälle in einer Stelle vereint und die Überprüfung der Berechtigung von Erstattungsanträgen für die Finanzbehörden erleichtert werden. Die bis 2011 beobachteten Gestaltungen wurden damit weitgehend ausgeschlossen.

Das neue System weist aber weiter drei Schwachpunkte auf, über deren praktische Bedeutung nur spekuliert werden kann. Zum einen gilt das neue System nur für im Inland girosammelverwahrte Aktien. Für Aktien, die bei einer Wertpapiersammelbank im Ausland, etwa in Luxemburg, verwahrt würden, bliebe es beim alten System. Zum anderen bleiben Fälle, bei denen die auszahlende Stelle und die den Steuerabzug bescheinigende Stelle auseinanderfallen. Das ist etwa bei den in der öffentlichen Berichterstattung unter dem Begriff „Cum/Fake“ vielzitierten Sachverhalten mit unechten Hinterlegungsscheinen (Pre-Sale-American-Depository-Receipts) der Fall. Schließlich verhindert die Umstellung offenbar nicht eine Ausgestaltung des technischen Abwicklungssystems der Wertpapiersammelbank, die wiederum zu rechtswidrigen Kapitalertragsteuerausfällen führt².

¹ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmter Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren vom 22.06.2011, BGBI. I 2011, 1126.

² Vgl. dazu die Stellungnahme von Heist, Mögliche Steuergetriebene Transaktionsstrukturen nach OGAW IV v. 4.9.2020.

III. Cum/Fake und Reverse Market Claim

Die in der öffentlichen Berichterstattung³ und auch im Bundestag⁴ unter dem Begriff „Cum/Fake“ gekennzeichneten Sachverhalte stehen in Verbindung mit stellvertretend für Aktien handelbaren Hinterlegungsscheinen, die als American Depository Receipts (ADR) insbesondere für den Handel deutscher Aktien auf dem US-amerikanischen Kapitalmarkt praktisch relevant geworden sind⁵. Nach den allgemeinen Regeln ist zutreffend der Inhaber des Hinterlegungsscheins als wirtschaftlicher Eigentümer und damit ertragsteuerrechtlich als Dividendenbezugsberechtigter anzusehen, für dessen Rechnung auch ein Kapitalertragsteuerabzug vorgenommen wird. Nach der bisherigen Verwaltungspraxis (BMF v. 24.5.2013 – IV C 1 – S 2204/12/10003) hatten die inländischen Hinterlegungsstellen der Aktien auf Anforderung der inländischen oder ausländischen depotführenden Stellen, die die ADRs für ihre Endkunden verwahren, eine Steuerbescheinigung auszustellen. Zulässig war dies auch in Form einer Sammelsteuerbescheinigung.

Berichten über ein Verfahren der U.S.-amerikanischen Börsenaufsicht SEC konnte entnommen werden, dass es möglich gewesen sein könnte, dass auch unechte Hinterlegungsscheine ausgegeben wurden, für die keine Aktien hinterlegt waren. Wenn für solche Hinterlegungsscheine Kapitalertragsteuerbescheinigungen angefordert, ausgestellt oder nur behauptet wurden, könnte es in den weitgehend automatisierten Verfahren beim Bundeszentralamt für Steuern zur rechtswidrigen Erstattung von Kapitalertragsteuern ohne vorangegangenen Steuerabzug gekommen sein. Die Verwaltungspraxis hat daher zu Recht zeitnah automatisierte Verfahren ausgesetzt und die Nachweiserfordernisse heraufgesetzt, bis die Sachverhalte aufgeklärt sind (BMF v. 18.12.2018 – IV C 1 – S 2204/12/10003). Sie muss aber auch auf die Tax Compliance Managementsysteme und die Abwicklungssysteme der Hinterlegungsstellen, der Wertpapiersammelbank und der Depotbanken vertrauen können und diese in die Pflicht nehmen, wenn Sorgfaltspflichten verletzt wurden.

In ihrer Wirkungsweise ähnlich wären Sachverhalte einzuordnen, nach denen sich der Kapitalertragsteuerabzug, wiederum wegen Unzulänglichkeiten in den technischen Abwicklungs-systemen der Wertpapiersammelbank und der Depotbanken, vermeiden lässt und dennoch eine Steuerbescheinigung ausgestellt wird. Über diese Sachverhalte sind aber bisher nur Fragmente und die auf das technische Vorgehen hindeutende Bezeichnung Reverse Market Claims berichtet worden⁶. Deshalb lässt sich ohne Einblicke in einzelne Verfahren keine Aussage über ihre praktische Bedeutung machen. Ein von außen beobachtetes, gesteigertes Handelsvolumen lässt keinen Schluss auf solche Gestaltungen zu. Es kann aber auf Cum/Cum-Sachverhalte hindeuten.

IV. Cum/Cum

Cum/Cum-Gestaltungen sind aus zwei Gründen streng von Cum/Ex-Gestaltungen zu unterscheiden. Zum einen kann es maximal zur Vermeidung einer Steuerbelastung, nicht aber, wie bei Cum/Ex-Gestaltungen zur Umkehr der Steuer in eine Ertragsquelle kommen. Zum anderen beruhen Cum/Cum-Gestaltungen auf mehreren bewussten Entscheidungen des Ge-

³ F.A.Z. Nr. 22 v. 22.11.2018, S. 20.

⁴ BT-Drucks. 19/7091; BT-Drucks. 19/7484; BT-Drucks. 19/9405.

⁵ Dazu *Helios/Gieffers*, DB 2019 S. 263 – 269; *Westermann*, DStZ 2019, 467 – 474.

⁶ Handelsblatt Nr. 159 v. 19.8.2020, S. 30.

setzgebers, grenzüberschreitende Kapitaleinkommen nur lückenhaft in Deutschland zu besteuern⁷.

Nach dem geltenden Einkommensteuerrecht unterliegen zwar Dividenden inländischer Gesellschaften, auch von Gebietsfremden, der inländischen beschränkten Steuerpflicht, nicht aber Veräußerungsgewinne aus Aktien, die im Ausland ansässige Anteilseigner erzielen. Sie sind unabhängig vom Bestehen eines Doppelbesteuerungsabkommens steuerfrei. Für Ausländer steuerfrei sind auch aus Deutschland bezogene Wertpapierleihgebühren und an die Stelle von Dividenden tretende Dividendensurrogate. Im wirtschaftlichen Wert unterscheiden sich Dividendenausschüttungen und realisierte Anteilswertsteigerungen kaum. Im Steuerrecht bildet dieser Unterschied eine scharfe Trennlinie zwischen Besteuerung und Steuerfreiheit.

Cum/Cum-Gestaltungen suchen dieses vom deutschen Gesetzgeber bewusst angelegte Belastungsgefälle im materiellen Recht auszunutzen. Dazu gibt es zwei Möglichkeiten. Der ausländische Anleger kann seine Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag an einen inländischen steuerbefreiten Anleger verkaufen und zu einem niedrigeren Preis zurückkaufen oder darlehenshalber im Wege einer Wertpapierleihe um den Dividendenstichtag übertragen. In beiden Fällen erzielt er keine steuerpflichtige Dividende, sondern steuerfreie Wertpapierleihgebühren, steuerfreie Dividendensurrogate oder einen steuerfreien Veräußerungsgewinn. Der inländische Handelspartner kann die Dividende, wenn sie ihm nach § 39 AO zuzurechnen ist, regelmäßig, zB. nach den Regeln des § 8b KStG, beinahe steuerfrei vereinnahmen und sich deshalb eine zuvor einbehaltene Kapitalertragsteuer erstatten lassen.

Die zuerst mit dem Investmentsteuerreformgesetz⁸ und ergänzend für das „Cum/Cum-Treaty-Shopping“ im Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und Verlagerungen v. 20.12.2016⁹ geregelten Maßnahmen des Gesetzgebers zur Begegnung von Cum/Cum-Gestaltungen adressieren den inländischen Handelspartner und suchen nach einer Abgrenzung zwischen ausgeschütteten Dividenden, realisierten Veräußerungsgewinnen und Dividendensurrogaten die wirtschaftlich kaum zu begründen ist. Sie findet sich in den §§ 36a und 50j EStG. Mit den dort vorgenommenen Typisierungen sucht der Gesetzgeber die Widersprüche zu überstreichen, die er selbst im System der Internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung angelegt hat. Ein Gestaltungsmisbrauch lässt sich in Cum/Cum-Gestaltungen nur in der kurzen Haltedauer und dem Abschluss gegenläufiger Geschäfte festmachen und nur begründen, wenn sonstige beachtliche nicht-steuerliche Gründe für das Geschäft nicht ersichtlich sind. Zutreffend hat das FG Kassel in seinem Urteil v. 28.1.2020 (4 K 890/17) entschieden, dass die Neuregelung des § 36a EStG die Anwendung des § 42 AO für Altfälle nicht ausschließt. Es bleibt für die Altfälle aber wegen der widersprüchlichen Grundentscheidungen auch nach der Entscheidung des FG Kassel v. 28.1.2020 bei einer Rechtsunsicherheit.

Die Bemessung der Haltedauer, bei deren Unterschreiten, nach § 36a EStG der inländische Handelspartner durch einen Teilverlust des Kapitalertragsteuererstattungsanspruchs bestraft wird, der ihm nach materiellem Recht zusteht, unterliegt oberhalb bestimmter Grenzen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Das geltende Recht sieht eine Mindest-

⁷ Dazu Anzinger, Internationale Kapitaleinkommensbesteuerung, in Schön/Sternberg (Hrsg.) Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159 ff.

⁸ Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG) v. 19.7.2016, BGBl. I 2016, 1730; dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses: BT-Drucks. 18/8739.

⁹ BGBl. I 2016, 3000.

haltezeit von 45 Tagen vor, die innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach der Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden und in der Steuerpflichtige eine Mindestwertänderungsrisiko von 70 % tragen muss. Das wird nicht alle Geschäfte, aber eine Großteil unattraktiv machen.

C. Einordnung der rechtspolitischen Vorschläge in den Anträgen

I. Vollzugseffizienz

Beide Anträge verbindet der rechtspolitische Anspruch, Cum/Ex-ähnliche Fälle zu vermeiden, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um sämtliche Cum/Ex-Fälle aufzudecken und zu verfolgen, die einzelnen Verantwortlichen zur Verantwortung zu ziehen (BT-Drucks. 19/5765, II. 1. – 2.) und die Finanzmarktaufsicht und Finanzverwaltung in Kooperation mit den Ländern in die Lage zu versetzen, systematisch Handelsmuster am Kapitalmarkt und steuerliche Gestaltungen zu analysieren, um neue Betrugsformen frühzeitig zu erkennen (BT-Drucks. 19/16838, II. 2. und BT-Drucks. 19/5765, II. 3.).

Aus der Perspektive der Steuerrechtswissenschaft ist bezogen hierauf zunächst festzustellen, dass mit Cum/Ex, Cum/Cum und Cum/Fake-Gestaltungen hochkomplexe Rechtsfragen verbunden sind, die in den letzten Jahren soweit mit hinreichender Rechtssicherheit beantwortet werden konnten, dass die Verwaltungspraxis und die Strafverfolgungsbehörden die große Masse der Fälle nunmehr in der Breite verfolgen können. Bei den ersten Aufklärungsschritten waren noch selbst vorbereitende Aufklärungsmaßnahmen der Betriebsprüfungen vor den Gerichten angegriffen worden¹⁰ und mit Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen musste sich bis 2017 gar das Bundesverfassungsgericht befassen¹¹.

Mittlerweile hat sich zumindest erstinstanzlich in Präzedenzfällen vor den Finanzgerichten und den Strafgerichten eine Rechtspraxis entwickelt, die ein entschlosseneres und auch abschreckendes Vorgehen ermöglichen wird. Hervorzuheben sind die rechtskräftigen Entscheidungen des FG Kassel v. 10.2.2016 (4 K 1684/14) und v. 10.3.2017 (4 K 977/14) in Besteuerungsverfahren und des LG Bonn v. 18.3.20 – 62 Kls 1/19, nichtrechtskräftig in einem Strafverfahren. Hinzuweisen ist aber auch ein zunächst dem VIII. Senat, nunmehr dem I. Senat zugewiesenes, beim Bundesfinanzhof anhängiges Revisionsverfahren zu dem vom FG Köln erstinstanzlich entschiedenen Verfahren¹², dem ebenso grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Aus dem Blickwinkel der Bekämpfung von Cum/Ex-ähnlichen Gestaltungen vielversprechend ist auch die in dem älteren Antrag eingeforderte (BT-Drucks. 19/5765, II. 8.) und nunmehr für, die hier relevanten, grenzüberschreitende Steuergestaltungen geltende Anzeigepflicht. Die Finanzbehörden sind nunmehr herausgefordert, die eingehenden Meldungen auch auszuwerten. Geschieht dies nicht zielführend, würde sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Anzeigepflichten stellen. Sie stellen eine erhebliche Belastung auch für solche Steuerpflichtige dar, die mit ihren Steuerzahlungen die mehrfachen Kapitalertragsteuererstattungen (vor-)finanzieren mussten, ohne solche Gestaltungen je in Betracht zu ziehen. Kann die Anzeigepflicht hingegen ihren Zweck erfüllen, bewährt sie sich und wird sie verhältnismäßig nachjustiert, sollte auch die rechtspolitische Option einer Ausdehnung auf inländische

¹⁰ FG Kassel v. 7.8.2012 – 4 V 3084/11.

¹¹ BVerfG v. 2.3.2017 – 2 BvR 1163/13.

¹² FG Köln v. 19.7.2019 – 2 K 2672/17, nichtrechtskräftig Az. des BFH VIII R 5/20, abgegeben an I. Senat, neues Az.: I R 22/20.

Gestaltungen erwogen werden. Ausgebaut werden sollte in jedem Fall die Praxis der zeitnahen Betriebsprüfung.

Die in den Anträgen eingeforderte Auswertung von Handelsmustern am Kapitalmarkt durch die Finanzbehörden sollte selbstverständlich sein, wo doch heute bereits durch die Finanzbehörden im Internet „Web-Crawler“ eingesetzt werden, um gewerbliche Händler auf Warenhandelsplattformen¹³ zu entdecken oder Biergartenumsätze mit Wetterdaten abgeglichen werden und die Auswertung von Handelsmustern auch investigativen Journalisten mit öffentlich verfügbaren Daten möglich ist¹⁴. Naheliegend sind neue Möglichkeiten des Monitoring mittels digitaler Lösungen.

II. Verlagerung der Steuerzuständigkeit für „große Konzerne“ und „reiche Bürgerinnen und Bürger“

Größenorientierte Zuständigkeitskriterien sind der Verwaltungspraxis nicht fremd. Eingeführt sind die Kategorien „Großbetriebe“ und „Steuerpflichtige mit bedeutenden Einkünften“, die häufig mit einer Zuständigkeitskonzentration bei bestimmten Finanzämtern verbunden sind. Fraglich ist aber, ob sich gerade der Bereich der grenzüberschreitenden Kapitalertragsteuererhebung eignet, um die alte Debatte um die Einführung einer Bundessteuerverwaltung wieder aufleben zu lassen. In weiten Teilen besteht im Bereich der grenzüberschreitenden Kapitalertragsteuer bereits eine Zuständigkeitskonzentration beim Bundeszentralamt für Steuern. Einige der Argumente, die für eine Verlagerung von Verantwortung weg von den, nicht unbegründet, aber übertrieben im Verdacht der Standortpolitik stehenden, Landesfinanzbehörden, hin zu einer, ebenso der Standortpolitik verpflichteten, Bundessteuerverwaltung sprechen, ließen sich auch für eine Stärkung des Bundesrechnungshofs anführen. Er könnte das Parlament stärker als bislang auch bei Steuergesetzgebungsvorhaben beraten. Beachtung verdient der Vorschlag, Anreize im Länderfinanzausgleich zu schaffen (BT-Drucks. 19.16836, II. 3.), der sich hier aber in der Kürze nicht mit konkreten Vorstellungen bewerten lässt.

III. Europäische Initiativen

Überzeugend ist der Hinweis (BT-Drucks. 19/5765, II. 4.), dass auch auf europäischer Ebene Initiativen ergriffen werden sollten. Dabei kann an den von der Kommission im Juli 2020 vorgelegten „Aktionsplan für eine faire und einfache Besteuerung zur Unterstützung der Aufbaustrategie“¹⁵ angeknüpft werden. Das Arbeitsprogramm der Kommission enthält dort bereits den Hinweis auf eine Gesetzgebungsinitiative „zur Einführung eines gemeinsamen, standardisierten EU-weiten Systems für Quellensteuererleichterungen an der Quelle“. Die Kommission will auch prüfen, ob Bedarf für Informationsaustausch und Zusammenarbeit zwischen den Steuerbehörden und den Finanzmarktaufsichtsbehörden besteht.¹⁶ In diese Überlegungen könnte sich die Bundesrepublik aktiv einbringen, auch mit bereits vorliegenden Vorschlägen für eine datenbankgestützte elektronische Steuerbescheinigung.

¹³ Ernüchternd allerdings noch der Bericht des Bundesrechnungshofs v. 13.11.2006, BT-Drucks. 16/3200, S. 37.

¹⁴ Podkul/Groeger, „Tax Avoidance Has a Heartbeat“, ProPublica v. 3.5.2016, <https://projects.propublica.org/graphics/dividend> (Abruf am 7.9.2020).

¹⁵ COM(2020) 312 v. 15.7.2020.

¹⁶ COM (2020) 312 v. 15.7.2020, S. 12.

IV. Unternehmensstrafrecht, Whistleblower, Lobbyregister

Weit über die einzelnen Herausforderungen durch Cum/...-Sachverhalte und das Steuerrecht hinaus reichen die Forderungen nach Einführung eines Unternehmensstrafrechts, nach Einrichtung eines geschützten Whistleblower-Systems und nach Transparenz von Lobbyeinflüssen (BT-Drucks. 19/5765, II. 6., 9., 10. und BT-Drucks. 19/16836, II. 2. und 4.). Vor Einrichtung eines Hinweisgebersystems im Steuerrecht bietet sich eine rechtsvergleichende Analyse und eine Auswertung der Erfahrungen in anderen Staaten an. Insbesondere in den Vereinigten Staaten gibt es dazu einen reichen Erfahrungsschatz. Ob sich durch Unternehmensstrafen die Abschreckung bei Cum/Ex-ähnlichen Gestaltungen noch weiter steigern lässt, lässt sich mit Blick auf die bestehenden Sanktionen und deren Wirkungen anzweifeln. Steuerrückforderung und Einziehung wirken angesichts der hohen, längst verwendeten Beträge für alle Tatbeteiligten einschneidend bis existenzbedrohend. Die persönliche zivilrechtliche Haftung und Strafbarkeit der handelnden Personen wird, wenn sie in der Breite durchgesetzt ist, eine hinreichende lenkende Wirkung entfalten. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass diese Wirkung nicht durch zu kurze Verjährungsfristen unterlaufen wird. Steuerhinterziehung sollte sich weder bezogen auf die Abschöpfung der Vermögensvorteile noch bezogen auf die Realisation persönlicher Sanktionen „aussitzen“ lassen.

V. Verlängerung der Haltefristen bei § 36a EStG

Der ältere Antrag sieht vor bei Cum/Cum-Geschäften die Haltefrist um den Dividendenstichtag auf mindestens 90 Tage zu verlängern und das zu tragende wirtschaftliche Risiko auf 100 Prozent zu erhöhen sowie effektive Abwehrregelungen gegen Cum/Cum Treaty Shopping einzuführen.

Der Antrag stellt damit die durch das Investmentsteuerreformgesetz eingefügte geltende Regelung des § 36a Abs. 2 EStG in Frage. Hierzu hat das BMF im Frühjahr 2020 die im Gesetzgebungsverfahren für das Investmentsteuerreformgesetz vorgesehene externe Evaluierung in Auftrag gegeben. Gegenstand dieser Evaluierung ist auch die Wirksamkeit der Missbrauchsabwehrregelungen in den §§ 36a und 50j EStG. Die Ergebnisse dieser Evaluierung sollten abgewartet werden, bevor diese Regelungen, möglicherweise bezogen auf das Ziel der Missbrauchsbekämpfung an den falschen Stellen, verändert werden.

VI. Datenbankgestützter Abgleich von Erstattungsanträgen

Einen ernsthaft erwägenswerten Vorschlag aus dem Schrifttum (Jarass/Schick, BB 2019, 1568 – 1570) greift der jüngere Antrag mit dem Gedanken eines datenbankgestützten Abgleichs von Erstattungsanträgen auf (BT-Drucks. 19/16836, II. 1.). Einen ähnlichen Vorschlag hat das BMF im Frühjahr 2020 mit einem eigenen Konzept einer elektronischen Steuerbescheinigung mit Datenabgleich verbunden mit einer erheblich verschärften Haftung der Aussteller entwickelt und konsultiert¹⁷. Bereits der Entwurf des BMF würde einen elektronischen Abgleich von Steuerbescheinigungen und Steuerabzug ermöglichen. Der Vorschlag im Schrifttum geht aber wesentlich weiter. Er sieht zunächst überzeugend vor, den Steuerabzug wieder zurück an die Quelle, also zu den Emittenten zu verlagern. Diese sollen auch verpflichtet werden, für jede Aktie, auf deren Dividendenausschüttung ein

¹⁷ BMF v. 4.5.2020 – IV C 1 – S 2401/20/10001, NWB MAAAH-49364.

Kapitalertragsteuerabzug einbehalten worden ist, eine fortlaufend nummerierte elektronische Steuerbescheinigung auszugeben. Da rechtlich nach wie vor Dividendenscheine (Coupons) pro Aktie ausgegeben werden könnten, was in den Satzungen der meisten Gesellschaften freilich ausgeschlossen ist, und die Höhe der Dividende sich auf die Aktien verteilt, steht einem Herunterbrechen der Steuerbescheinigungen auf Aktienebene grundsätzlich nichts entgegen.

Mit einem solchen wertmarkenähnlichen System könnten nicht mehr Steuerbescheinigungen im Umlauf sein als aktienbezogen Kapitalertragsteuerabzüge vorgenommen worden sind. Der Abgleich könnte in einer beim BZSt eingerichteten zentralen Datenbank, ähnlich ELSTAM oder KISTAM, vorgenommen werden oder dezentral als Anwendungsfall für den Einsatz von Distributed Ledger Technologien eingerichtet werden. Naheliegend wäre es, die Umsetzung mit der im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung elektronischer Wertpapiere vorgesehenen Einführung von zentralen Registern und Kryptowertpapierregistern zu verbinden. Mit diesem Gesetz würde sich ohnehin ein Umbruch in der Struktur der Wertpapierabwicklung und damit auch in den Wertpapierabwicklungssystemen ergeben. Der Vorschlag könnte zudem datensparsam umgesetzt werden und sowohl Bürokratie wie Vollzugsaufwand verringern. Dies könnte die erheblichen Umstellungskosten relativieren. Gestaltungen, mit denen Kapitalertragsteuer geltend gemacht werden soll, die so nicht abgeführt worden ist, könnte dieses Verfahren wie keiner der anderen Vorschläge unterbinden.

D. Weitergehender Reformbedarf und Reformüberlegungen im Bereich der Kapitalertragsteuer

Cum/Ex, Cum/Cum und Cum/Fake-Sachverhalte sind in das System des Kapitalertragsteuerabzugs und in das System der Internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung einzuordnen. Sie sind auch mit Überlegungen der OECD für ein Treaty Relief and Compliance Enhancement (TRACE)¹⁸ zu verbinden, die insbesondere den Quellensteuerabzug adressieren. Widersprüche im System der Kapitaleinkommensbesteuerung, etwa die unterschiedliche Behandlung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien, die unterschiedliche Behandlung von Dividenden und Dividendensurrogaten und das überkomplexe System des Kapitalertragsteuerabzugs mit seinen Zuständigkeitskonflikten, Ausnahmen, Rückausnahmen und Missbrauchsvorschriften bedarf zuletzt zur Abstimmung mit der Besteuerung von Arbeits- und Unternehmenseinkommen einer grundlegenden Reform. Ein einfaches, widerspruchsfreies Kapitalertragssteuersystem und eine folgerichtig ausgestaltete Kapitaleinkommensbesteuerung würden nicht nur zur Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips beitragen, sondern wesentlich auch die Vollzugskosten und die Gestaltungsanfälligkeit des deutschen Steuersystems verringern.

¹⁸ OECD, Trace Implementation Package for the adoption of the Authorised Intermediary System. A Standardised System for Effective Withholding Tax Relief Procedures For Cross-Border Portfolio Income, 2013.