

## Stellungnahme

zu dem Antrag der Fraktion DIE LINKE. „Steuerskandale wie Cum/Ex zukünftig verhindern“ (Drs. 19/16836) sowie zu dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Cum/Ex-Steuerskandal unverzüglich beenden“ (Drs. 19/5765) in Vorbereitung der Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestags am Mittwoch, den 9. September

2020

erstellt von

Prof. Dr. iur. Tim Florstedt

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht  
und Bankrecht

EBS Universität für Wirtschaft und Recht gGmbH, Wiesbaden

7. September 2020

## Inhaltsübersicht

|   |           |
|---|-----------|
| <b>A. Reformbedarf heute</b>  | <b>3</b>  |
| I.    Der aktuelle Stand  | 3         |
| II.    Folgerung  | 4         |
| <b>B. Reformen des Kapitalanlagesteuerrechts</b>  | <b>5</b>  |
| I.    Steuerrechtliche Zurechnung von Wertpapieren  | 5         |
| II.    Kapitalertragsteuerbescheinigung   | 6         |
| III.    Sonstiges   | 7         |
| <b>C. Anzeigepflichten, spezielle und allgemeine Missbrauchsvorschriften</b>  | <b>8</b>  |
| I.    Mitteilungspflichten bei grenzüberschreitenden Gestaltungen, §§ 138d–138k AO  | 8         |
| II.    Missbrauchsvorschriften  | 8         |
| 1.    §§ 36a, 50j EStG  | 8         |
| 2.    § 42 AO   | 8         |
| <b>D. Unternehmensstrafe und Hinweisgeberschutz (Whistleblowing)</b>  | <b>10</b> |
| I.    Unternehmensstrafe  | 10        |
| 1.    Spezial- und Generalprävention, insbesondere Sanktionshöhe und Reputationsverlust   | 10        |
| a.    Ungenügende Sanktionshöhe bisher  | 10        |
| b.    Strafregister (naming and shaming)  | 11        |
| 2.    Entlastung des Individualstrafrechts und der Finanzverwaltung; internal Investigations und Unternehmensbeaufsichtigung (Monitoring) | 11        |
| 3.    Zurechnung  | 12        |
| 4.    Gewinnabschöpfung vs. Einziehung  | 12        |
| II.    Whistleblowing   | 13        |
| 1.    Hinweisgeberschutz  | 13        |
| 2.    Belohnungsanreize für Hinweise  | 13        |
| <b>E. Sonstiges</b>   | <b>15</b> |
| I.    Organisationsfragen   | 15        |
| II.    Lobbyregister  | 15        |
| III.    Rolle der Rechtsberater   | 15        |
| IV.    Verjährung   | 15        |

## A. Reformbedarf heute

### I. Der aktuelle Stand

Vorab: Die öffentliche Berichterstattung und Politik haben den Eindruck vermittelt, Cum/Ex-Geschäfte und das sog. Dividendenstripping seien ähnliche Arten des steuermotivierten Aktienhandels, deren rechtliche und rechtspolitische Bewertung einheitlich erfolgen könne. In diesem Wertungsrahmen liegen auch die Anträge der Fraktion DIE LINKE. „Steuerskandale wie Cum/Ex zukünftig verhindern“ (BT-Drs. 19/16836) und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Cum/Ex-Steuerskandal unverzüglich beenden“ (BT-Drs. 19/5765), aber die Fälle sind keiner Einheitsbewertung zugänglich. Stein des Anstoßes waren die Fälle, in denen eine Erstattung für eine nicht entrichtete Vorsteuer erschlichen wurde, und zwar:

- abgesprochene OTC-Leerverkäufe, die ex Dividende beliefert wurden (**Klassische Cum/Ex-Geschäfte**); sie wurden durch das BMF-Schreiben vom 5.5.2009<sup>1</sup> wesentlich erschwert;
- komplexere Varianten der Cum/Ex-Geschäfte („**2.0**“), die über die Börse abgewickelt wurden und in denen zahlreiche Zwischenerwerber eingeschaltet wurden; diese Gestaltungen wurden durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz<sup>2</sup> ab 1.1.2012 unterbunden;
- Ausgabe von nicht gedeckten Hinterlegungsscheinen (pre-release ADR); diese sog. **Cum/Fake-Geschäfte** wurden insb. durch eine entsprechende Schließung des Datenträgerverfahrens<sup>3</sup> und der Voraussetzung einer schriftlichen Bestätigung der Aktienhinterlegung<sup>4</sup> unterbunden.

Beim Dividendenstripping, das lange als „grundsätzlich zulässig“ angesehen wurde,<sup>5</sup> wird eine gesetzliche Ungleichbehandlung von Steuerausländern und -inländern ausgeglichen, denn nur der unbeschränkt steuerpflichtige Inländer kann sich die Kapitalertragsteuer gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG anrechnen lassen. Der von Gesetzes wegen derart privilegierte Inländer vermittelt dem Steuerausländer gegen Gebühr eine Anrechnungsmöglichkeit. Diese zu Cum/Cum-Fällen umbenannten Gestaltungen sind variantenreich, allein das BMF-Schreiben vom 17.7.2017 erwähnt etwa Konstellationen auf Grundlage von Wertpapierleih- und Repo-Geschäften, von steuerinduzierten Kassageschäften oder Geschäften mit Einbindung von Investmentfonds.<sup>6</sup>

Bekannt geworden sind seither weitere Mischfälle im Anschluss an die sog. OGAW-IV-Umsetzung (2012), in denen die Akteure ihre Erfahrungen mit den Cum/Ex-Transaktionen zu neuen hochkünstlichen Gestaltungen (durch Reverse Market Claims,

---

<sup>1</sup> BMF v. 5.5.2009 IV C 1-S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, 631.

<sup>2</sup> OGAW-IV-UmsG v. 22.6.2011, BGBl. I 2011, 1126.

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/7484, S. 8.

<sup>4</sup> BMF v. 18.12.2018 – IV C 1 - S 2204/12/10003, BStBl. I 2018, 1400.

<sup>5</sup> So noch die Bundesregierung im Jahr 2015, vgl. BT-Drs. 18/7213, S. 1.

<sup>6</sup> BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030 :005, BStBl. I 2017, 986.

Manufactured Overseas Dividends) zur systematischen Vermeidung von Kapitalertragsteuer bis 2016 genutzt haben.

In der Folge – unter der Geltung von §§ 36a, 50j EStG (2016) – finden sich (wenig überraschend) neue Umgehungsansätze, allen voran der eher kuriose Fall des Aktienhandels durch eine vorgeschaltete Stiftung („Kunstraum“).<sup>7</sup> In den Randgebieten des Investmentsteuerrechts hat der Gesetzgeber unlängst mit Wirkung zum 1.1.2020 die Voraussetzung der Anrechenbarkeit von KapErtrSt von Spezial-Investmentfonds und deren Anlegern in § 31 Abs. 3 InvStG verschärft.<sup>8</sup>

## II. Folgerung

Das durch die vorstehende Skizze entstehende Gesamtbild lässt einen akuten und dringlichen Handlungsbedarf nicht erkennen. Das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz (2012), die Einführung von §§ 36a, 50j EStG (2016) und nicht zuletzt die strafrechtliche Aufarbeitung brachten die erhoffte Eindämmung des „saisonalen Aktienhandels“. Dubiose Fondsangebote mit „besonderen“ Dividendenstrategien werden kaum noch vermarktet, die Volumina des steuermotivierten Aktienhandels scheinen spürbar zurückgegangen zu sein. Abstrakte Gesetzeslücken werden vorauseilend und zügig geschlossen (§ 31 Abs. 3 InvStG n.F.). Die untergerichtliche Judikatur in Kassel<sup>9</sup> und Köln<sup>10</sup> hat inzwischen dem steuermotivierten Aktienhandel strenge Grenzen aufgezeigt.

Angesichts dessen ist es an der Zeit, auch auf die Negativfolgen einer eiligen Korrekturgesetzgebung der letzten Jahre hinzuweisen, die unter einem durch jahrelange Untätigkeit gewachsenen politischen Handlungsdruck schnelle Ergebnisse liefern musste. Gesetzgebung und Verwaltungshandeln hatten seither bisweilen eine überschießende Tendenz: Die Regeln in §§ 36a, 50j EStG schränken die Wertpapierleihe als eine international gesehen selbstverständliche Kapitalmarkttransaktion eher unüberlegt ein;<sup>11</sup> die durch das BZSt und BMF erdachten Schranken für sog. Cum/Fake-Geschäfte begrenzen ADR-Programme auch dann, wenn die Hinterlegungsscheine gedeckt sind oder wenn sich die Parteien bei einem sog. pre-release vertragsgemäß verhalten;<sup>12</sup> die auf die BEPS-Problematik zugeschnittenen Meldepflichten der §§ 138d–138k AO beziehen undifferenziert alle möglichen, irgendwie modellhaften Gestaltungen ein, darunter viele nicht anzeigewürdige.<sup>13</sup> Auf der anderen Seite ist es richtig, wenn die Rechtspolitik die abstrakte Gefahrenlage nicht (noch einmal) unterschätzt. In diesem Sinne behalten die in den Anträgen gestellten Fragen ihre Berechtigung.

---

<sup>7</sup> FG Hessen, Beschl. v 17.09.2018 – 4 V 1131/17, juris; vgl. zum Moratorium gegen die beteiligte Depotbank VG Frankfurt v. 22.02.2018 – 7 L 662/18.F, juris.

<sup>8</sup> Anlass gaben (zumindest theoretische) Cum/Cum-Fälle, in denen Anleger von Spezial-Investmentfonds, die im Falle steuerrechtlicher Transparenz (§ 30 Abs. 1 InvStG) als KapErtrSt-Schuldner gelten, über den Dividendenstichtag „ausgetauscht“ werden, vgl. BT-Drs. 19/14909, S. 54.

<sup>9</sup> FG Hessen v. 10.3.2017 – 4 K 977/14, WM 2017, 854; FG Hessen v. 10.2.2016 – 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084.

<sup>10</sup> FG Köln v. 19.7.2019 – 2 K 2672/17, DStRE 2020, 713; Rev. eingelegt Az. BFH: VIII R 5/20.

<sup>11</sup> Näher C. II. 1.

<sup>12</sup> Vgl. die Kritik bei *Weber/Krauß*, DStR 2019, 960 (965).

<sup>13</sup> Näher unter C. I.

## B. Reformen des Kapitalanlagesteuerrechts

### I. Steuerrechtliche Zurechnung von Wertpapieren

Der Frage nach einer (punktuellen) Reform des Kapitalanlagesteuerrechts (durch Einführung von Wertpapier-Etiketten) ist die viel grundsätzlichere Problematik vorgeschaltet, dass in allen der genannten Fälle letztlich unklar ist, wer steuerrechtlich wann Eigentümer der benutzen Aktien wird. In allen Fällen hängt der Gestaltungserfolg aber von dieser Frage ab, denn erstattungs- oder anrechnungsbefugt kann nur sein, wer vom Steuerrecht als Inhaber der Wertpapiere angesehen wird.<sup>14</sup> Diese für die Beurteilung und letztlich auch für die Verhinderung zukünftiger ähnlicher Fälle zentralwichtige Frage, lässt sich derzeit letztlich kaum beantworten: Der I. Senat des BFH hält den Aktienkäufer bei einem Bestandskauf mit Vertragsschluss für den steuerrechtlichen Eigentümer,<sup>15</sup> macht aber seit 2014 eine Ausnahme für „initiierte und modellhaft aufgelegte“ Konstruktionen; welche der eingangs genannten Fälle das wären, bleibt offen.<sup>16</sup> Der VIII. Senat hatte dagegen bei „modellhaften“ Wertpapiertransaktionen den Inhaberwechsel und einen Missbrauch nach § 42 AO bejaht,<sup>17</sup> auf gleicher Linie lag ein Urteil des IX. Senats v. 8.3.2017.<sup>18</sup> Das BMF vertrat in seinem Schreiben vom 11.11.2016 den einen, in dem Schreiben vom 17.7.2017 den anderen Standpunkt.<sup>19</sup> Völlig ungeklärt ist schließlich, wie der steuerrechtliche Eigentumswechsel beim OTC-Handel vermittelst Xetra oder bei Börsengeschäften mit einer zentralen Gegenpartei aufgefasst werden muss.<sup>20</sup> Anders gesagt: Für den realpraktischen Börsenhandel um Stichtage ist die Beurteilung, wer Anteilsinhaber ist, derzeit nicht rechtssicher möglich.

Um die ganze Problematik zu verstehen, muss man ausholend den depotrechtlichen Ausgangspunkt mit in den Blick nehmen. Danach werden auch girosammelverwahrte Aktien wie Sachen übereignet. Diese heute anachronistische Regelung wird von der Praxis weithin ignoriert: Die Buchung im Depot, nicht die spätere Umstellung der Besitzverhältnisse durch den Verwahrer gilt (irrtümlich) als für den Erwerb des verbrieften

<sup>14</sup> Die auf Dividendenzahlungen nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG erhobene Kapitalertragsteuer ist auf die Körperschaftsteuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG anrechenbar, wenn die Schuldnerin als Gläubigerin der Kapitalerträge im Sinne von § 44 Abs. 1 S. 1 EStG anzusehen ist. Das ist der Anteilseigner als Eigentümer der Aktien (§ 20 Abs. 5 S. 1 EStG, § 39 AO).

<sup>15</sup> BFH v. 20.11.2007 – I R 85/05, BFHE 223, 414; BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, BFHE 190, 446.

<sup>16</sup> BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, BFHE 246, 15; s. hierzu *Florstedt*, FR 2016, 641, 644 f. Offenbar noch einen Schritt weiter geht das FG Hessen, das den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (wohl stets) verneint, wenn „lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition, eine „leere Eigentumshülle“, an den übertragenen Aktien verschafft [wurde], während die wesentlichen mit den Anteilen verbundenen Rechte sowie Risiken und Chancen einer Wertminderung bzw. -steigerung“ nicht getragen wurden, FG Hessen v. 28.1.2020 – 4 K 890/17, IStR 2020, 628, 630.

<sup>17</sup> BFH v. 27.7.1999 – VIII R 36/98, BFHE 189, 408, BStBl. II 1999, 769, 771.

<sup>18</sup> BFH v. 8.3.2017 – IX R 5/16, BFHE 257, 211, BStBl. II 2017, 930, 932 ff. Vgl. auch BFH v. 21.8.2012 – VIII R 32/09, BFHE 239, 31, BStBl. II 2013, 16, 17 (zu transitorischen Einlagen auf betrieblichen Konten): „Die kurzfristige Einlage von Geld stellt einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts dar, wenn sie allein dazu dient, die Hinzurechnung nach § 4 Abs. 4a EStG a.F. nicht abziehbarer Schuldzinsen zu umgehen“.

<sup>19</sup> Vgl. BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030 :005, BStBl. I 2017, 986; BMF v. 11.11.2016 – IV C 6 - S 2134/10/10003-02, BStBl I 2016, 1324.

<sup>20</sup> Vgl. dazu bereits *Spengel/Eisengruber*, DStR 2015, 785 (787 ff.).

Rechts maßgeblich. Die Reformkräfte haben bislang nicht dazu gereicht, ein modernes und dematerialisiertes Effektenrecht einzuführen, wie es in den Vereinigten Staaten oder der Schweiz längst geschehen ist.<sup>21</sup> Hier lag eine wichtige Vorbedingung der Cum/Ex-Geschäfte.

Der Referentenentwurf zur Einführung elektronischer Wertpapiere (vom 11.8.2020)<sup>22</sup> deutet nicht die erhoffte Kehrtwende an. Im Gegenteil: Nur als Zusatzoption und (vorerst) nur für Anleihen sollen dematerialisierte Wertpapiere zugelassen werden; die Kryptoanleihe soll dann als Sache behandelt werden.<sup>23</sup> Damit wird der anachronistische Ordnungszugriff nur perpetuiert.<sup>24</sup> An dieser Stelle kann es nur um den rechtspolitischen Anspruch gehen, dass die gebotene Neuordnung des Depotrechts *zugleich die steuerrechtliche Beurteilung der Effektenbewegungen mitbedenkt*. Davon ist man heute weit entfernt.

## II. Kapitalertragsteuerbescheinigung

Vor diesem Hintergrund sind Arbeiten an dem Erstattungssystem (etwa nach dem Vorschlag von *Jarass/Schick*,<sup>25</sup> Antrag BT-Drs. 19/16838, unter I.) eher ein Notbehelf aus Verlegenheit. Der erwähnte Vorschlag läuft, vereinfacht gesagt, darauf hinaus, Bescheinigungen für die (von der AG) abgeführte Steuer bei einem zentralen Prüfsystem zu melden. Wer eine Anrechnung begehrt, hat sich die Bescheinigung zu beschaffen und dem Finanzamt vorzulegen: Doppelte Anrechnungen werden qua System ausgeschlossen.

Der Vorschlag ist nicht eben neu, schon der Steuerberaterverein hatte ein solches Vorgehen im Jahr 2001 gegenüber dem BMF gefordert und vor mehrfachen Erstattungen einmal abgeführter Kapitalertragsteuer gewarnt. Im Rückblick erscheint der Verzicht auf diese so schlichte Option zunächst nicht verständlich. Auch für die Zukunft bleibt es erklärendbedürftig, warum die einfache Spendenquittung gem. § 10b EStG ab einem Betrag von 200 Euro im Original vorgelegt werden muss,<sup>26</sup> das Zuchtrind ein Etikett haben muss, damit Geburt, Mast, Schlachtung, Zerlegung nachvollzogen werden können,<sup>27</sup> man aber beim komplizierten Kapitalmarktgescenen auf analoge Sicherungen des Steueraufkommens verzichtet. Die Geschehnisse seit dem Jahressteuergesetz 2007 sind Grund genug, solche Schutzsysteme in Betracht zu ziehen. Auf der anderen Seite sind die Fälle mit doppelter Erstattung inzwischen wirksam unterbunden worden. Eine erneute Reform sollte auch deswegen sorgfältig die praktischen Folgen bedenken. Es sollten keine Daten erhoben werden, die man für das Steuerverfahren nicht benötigt. Auch gibt es keinen Grund, die Anonymität des Börsenverkehrs auf diesem Umweg infrage zu stellen. Vor allem wäre darauf zu achten, dass der Börsenverkehr nicht beeinträchtigt wird; ein

<sup>21</sup> S. dazu statt vieler nur den Vorschlag *Ulrich Segnas*, Bucheffekten, 2018, S. 601 ff.

<sup>22</sup> Abrufbar auf der Internetseite des BMF.

<sup>23</sup> § 2 Abs. 3 eWpG-RefE.

<sup>24</sup> Anders gesagt: Das ist nicht mehr als ein winziges Entgegenkommen der Politik gegenüber der Berliner Start-up Szene, welches letztlich nur erschwert, dass die gebotene Modernisierung des papierbezogenen Effektenhandels angegangen wird.

<sup>25</sup> BB 2019, 1568 ff.

<sup>26</sup> Bei Zuwendungen i.H.v. und unter € 200,00 genügt unter den Voraussetzungen des § 50 Abs. 4 Nr. 2 EStDV der Bareinzahlungsbeleg oder die Buchungsbestätigung eines Kreditinstituts.

<sup>27</sup> Dazu etwa *Pascher/Bach/Thomas* in: Steuerberater Branchenhandbuch, 222. Lieferung 2020, Tierzucht/Tierpflege, Rn. 58 ff.

gutgläubiger Erwerber, der bei Kassageschäften nicht wissen kann, dass er von einem Leerverkäufer erworben hat, sollte nicht in Zuständigkeitsstreitigkeiten mit dem dinglichen Aktionär gezogen werden. Der Vorschlag führt noch zu weiteren „Prätendentenstreitigkeiten“ zwischen mehreren vermeintlich Berechtigten und ist in diesem Punkt fehleranfällig. Man sollte im Übrigen die Verwaltung auch nicht, wie bisweilen erwogen, auf bestimmte moderne Technologien hin festlegen (Blockchain).<sup>28</sup>

Insgesamt erscheint es vorzugswürdig, nach anderen Wegen einer Sicherung des Kapitalertragsteueraufkommens zu suchen. Die Cum/Ex-Fälle geben auch dazu die Richtung vor: Die Verwahrerstellen haben die Daten (Abführung von KapErtrSt, Inhaberschaft der Aktien) vorliegen und müssten nur entsprechende Systeme einrichten, die eine doppelte Erstattung ausschließen. Diese entsprechend zu verpflichten und andernfalls in die Haftung zu nehmen, wäre ein deutlich einfacherer Weg, um den Kapitalertragsteuerbetrug zu erschweren.<sup>29</sup> Das wird hiermit zur Diskussion gestellt.

### III. Sonstiges

Die derzeitige Börsenpraxis räumt eine Lieferungsfrist von zwei Tagen ein; die Cum/Ex-Fälle und jüngere Varianten der Cum/Cum-Geschäfte (mit Manufactured Overseas Dividends) zeigen, dass diese T2-Regel das Missbrauchspotential deutlich erhöht. Es wird nicht deutlich, wodurch eine so lange Frist heute noch gerechtfertigt ist.

Im Jahressteuergesetz wurden sog. Kompensationszahlungen, welche der Leerverkäufer statt einer Dividende zahlt, in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG einer besonderen Abzugspflicht zugeführt. Alles in allem hat das nicht gut funktioniert. In der Praxis wurde der Unterschied zwischen Dividenden- und Kompensationsleistungen in den Systemen nicht abgebildet; das hat die Geschäfte begünstigt und erschwert die Aufarbeitung der Fälle bis heute. Will man an der Regel dennoch festhalten, sollte sichergestellt werden, dass die Praxis die verschiedenen Zahlungstypen auch unterscheidet.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Vgl. auch *Anzinger*, RdF 1/2019, Editorial.

<sup>29</sup> Siehe auch noch zur Behandlung der sog. Kompensationszahlung durch die Verwahrstellen sogleich unter III.

<sup>30</sup> In diese Richtung bereits *Anzinger*, RdF 2012, 394 (396).

## C.

### Anzeigepflichten, spezielle und allgemeine Missbrauchsvorschriften

#### I. Mitteilungspflichten bei grenzüberschreitenden Gestaltungen, §§ 138d–138k AO

Dass die mit Geltung ab dem 1. Juli 2020 (rückwirkenden) Meldepflichten in den §§ 138d–k AO ein handwerklich defizitäres, unnötig schwer anwendbares Recht sind, ist genügend erörtert worden. Die Regeln nunmehr noch auszuweiten, wird sich nicht empfehlen. Sowohl die Cum/Ex- als auch die Cum/Cum-Fälle sind ohnehin als modellhafte, grenzüberschreitende Fälle bereits anzeigepflichtig. Inlandssachverhalte haben eine untergeordnete Rolle gespielt.<sup>31</sup> Man darf sich auch keine Illusionen darüber machen, dass die besonders brisanten Cum/Ex- oder ADR-Fälle durch Anzeigepflichten unterbunden worden wären: Wer eine „kriminelle Glanzleistung“<sup>32</sup> unternimmt, wird sich weder durch ein schlechtes Gewissen, eine Ordnungswidrigkeit begangen zu haben, noch durch eine Geldbuße von bis zu 25.000 Euro<sup>33</sup> zu einer Meldung anhalten lassen.

#### II. Missbrauchsvorschriften

##### 1. §§ 36a, 50j EStG

Als bereits überschließende Regeln muss man die §§ 36a, 50j EStG anführen, da sie weit über ihren Gegenstand, d.h. die Vermeidung von Cum/Cum-Gestaltungen, hinausgehen und übliche Leihgeschäfte, aber auch die Kapitalanlageentscheidung allgemein in bedenklicher Weise begrenzen. Ein erheblicher Verlust an Steueraufkommen durch Umgehungen von §§ 36a, 50j EStG ist bislang nicht bekannt worden, allerdings auch nicht einfach zu ermitteln. Die Frage, ob Absicherungsgeschäfte im Ausland geschlossen wurden, lässt sich ohnehin kaum durch den Steuerpflichtigen oder die deutschen Behörden zuverlässig prüfen. Tatbestandsveränderungen (längere Haltefristen, höhere Risikotragung) empfehlen sich deswegen nicht. Man vermisst auch eine Diskussion darüber, ob man eigentlich an der Grundentscheidung, Steuerausländer gegenüber Inländern steuerlich schlechter zu stellen, weiter festhalten sollte.<sup>34</sup>

##### 2. § 42 AO

Bei einigen Reformansätzen und -vorschlägen sitzt man der weiteren Illusion auf, dass sich steuermotiviertes Aktienhandeln auch dann verhindern ließe, solange dieses als legal gelten kann: Was soll beispielsweise ein externer Monitor nach § 13 Abs. 2 VerbandsSG-E im

<sup>31</sup> Cum/Cum-Gestaltungen wurden etwa verwendet, um die geringere Besteuerung von Streubesitzveräußerungsgewinnen im Vergleich zu Streubesitzdividenden bei Körperschaften auszunutzen, *Kretschmann/Schwarz*, FR 2017, 223 (224).

<sup>32</sup> So der Vorsitzende Richter des 2. Senats des FG Köln während der mündlichen Begründung des Urt. v. 19.7.2019 – 2 K 2672/17, IStR 2020, 178 (Anm. *Salzmann*).

<sup>33</sup> In den Niederlanden oder Polen können Bußgelder über 500.000 Euro hinaus verhängt werden.

<sup>34</sup> In einem gewissen Sinn kann man sogar sagen, dass die Neigung der heutigen Praxis, trotz einer Berechtigung zur Anrechnung keine Anträge mehr zu stellen, diesen Zustand der Gleichberechtigung gleichsam zufällig herstellt. S. noch zur unionsrechtlichen Problematik *Salzmann/Heyfeler*, IStR 2018, 62 ff.

Unternehmen bewirken, wenn die Geschäftsleitung an ihrer Ansicht festhalten kann, die getätigten Geschäfte seien legal gewesen?

Die Erfahrungen mit der Aufarbeitung der Cum/Ex- und Cum/Cum-Fälle führen zu einer wichtigen Einsicht: Mit der Aufgabe der Missbrauchsbeschränkung ist § 42 AO betraut, aber die Norm erfüllt ihre Funktion nicht. Zu der Aufgabe gehört, dass die Praxis die Gestaltungen anhand klarer Maßstäbe sicher beurteilen kann. Das Erstaunliche ist aber, dass (mit Ausnahme der ADR-Fälle) bis zur Stunde offen ist, ob die Cum/Cum- und selbst die Cum/Ex-Fälle nun missbräuchlich und damit illegal waren oder nicht.<sup>35</sup> Wohlgemerkt: Bei den Cum/Ex-Fällen erlangt der Leerkäufer nicht etwa eine nur „zweite“ Erstattung, vielmehr konnten die Geschäfte wiederholt werden und nur den technischen Umständen des Börsenhandels ist es zu verdanken, dass man nicht eine hundert oder tausendfache Erstattung beantragen konnte. Ein gesetzliches Missbrauchsverbot, das nicht einmal einen solchen Fall eindeutig lösen kann, ist wertlos.

Die rechtspolitische Forderung muss deswegen auch darauf gerichtet werden, ein solches Mindestmaß an Anwendungsklarheit des § 42 AO zumindest für die hier interessierenden rein steuerrechtlich motivierten Aktiengeschäfte herzustellen. Der methodische Fehler des geltenden Rechts liegt noch immer in dem unklaren Verhältnis von spezialgesetzlichen und allgemeinen Missbrauchsnormen. Der Gesetzgeber hat bereits 2008 versucht, das Problem zu bewältigen, aber der Bundesfinanzhof hat das Gesetz nicht in diesem Sinne angewendet.<sup>36</sup> Man könnte es erneut versuchen, § 42 AO zu „optimieren“;<sup>37</sup> der Gesetzgeber hat sich anlässlich der Umsetzung der ATAD unlängst dagegen entschieden,<sup>38</sup> ohne die durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte aufgeworfenen Fragen zu diskutieren. Eine Alternative wäre es, zumindest die rein steuermotivierten Wertpapiergeschäfte zu erschweren: Wertpapiergeschäfte ohne beachtliche wirtschaftliche Substanz könnten auf der Zurechnungsebene (Reform des § 39 AO) steuerrechtlich nicht anerkannt werden; dieser Weg erschwert allerdings unnötig die Wertpapierleihpraxis und bewirkt auch sonst viel Rechtsunsicherheit. Vorzugswürdig erscheint es, solche Geschäfte als steuerrechtliche Scheingeschäfte zu definieren (Reform des § 41 AO) und deswegen nicht anzuerkennen.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Zu Cum/Ex-Geschäften zuletzt *Jachmann-Michel*, jM 2020, 251 (255).

<sup>36</sup> Ausf. dazu *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 85 ff.

<sup>37</sup> Skeptisch und mit Nachweisen zum Meinungsstand *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 731 f.; s. auch *Florstedt*, StuW 2018, 216 (228).

<sup>38</sup> Aus der unterbliebenen Anpassung von § 42 AO an die allgemeine Missbrauchsverhinderungsregelung des Art. 6 ATAD trotz bestehender Umsetzungspflicht wird gefolgert, dass das substanzorientierte europäische Missbrauchsverbot nunmehr die Auslegung von § 42 AO prägt, vgl. *Lindermann*, DStR 2019, 1549.

<sup>39</sup> S. dazu bereits *Florstedt*, StuW 2018, 216 (227).

## D.

### Unternehmensstrafe und Hinweisgeberschutz (Whistleblowing)

Die Cum/Ex- und Cum/Cum-Fälle weisen in Bezug auf die Unternehmensstrafe und eines Hinweisgeberschutzes auf keinen grundlegenden Reformbedarf, wohl aber auf einen Anpassungsbedarf hin.

#### I. Unternehmensstrafe

Die Frage, ob es einer genuin strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen bedürfe, kann nicht pauschal beantwortet werden. Stets zu berücksichtigen sind die bestehenden und fast sachgleichen Ahndungsvorschriften bei Straftaten des Leitungspersonals (§ 30 OWiG) oder mangelnder Aufsicht im Betrieb (§ 130 OWiG) sowie die bankrechtlichen Sonderregeln (*naming and shaming*, Sonderbeauftragte) zu Einzelfragen. Die Stellungnahme begrenzt sich auf Teilfragen mit einem Bezug zu den Cum/Ex-Geschäften.

##### 1. Spezial- und Generalprävention, insbesondere Sanktionshöhe und Reputationsverlust

###### a. Ungenügende Sanktionshöhe bisher

Bei einer ökonomischen Sichtweise wird ein Unternehmen auf ein profitbringendes Fehlverhalten erst verzichten, wenn der Erwartungsnutzen des Geschäfts unter den eines rechtmäßigen Alternativverhaltens fällt.<sup>40</sup> Es ist dann konsequent, dass die Verbandssanktion hoch genug sein muss, sodass sich ein negativer Erwartungsnutzen auch dann einstellt, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Entdeckung mitbedacht wird.<sup>41</sup> Dass die Beteiligten in den Cum/Ex-Fällen sich durch Rechtsgutachten abgesichert haben, weist darauf hin, dass man eine solche Risikokalkulation unternommen hat, ihnen der drohende Nachteil aber nicht wesentlich schien. Es ist allerdings zu bezweifeln, dass die erhöhte Sanktionsdrohung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 VerbandsSG-E (10% des Konzernjahresumsatzes) daran irgendetwas geändert hätte. Umgekehrt wird man aber nicht umhin kommen, die geltenden Sanktionsgrenzen von bis zu 10 Mio. Euro als zu niedrig anzusehen.<sup>42</sup> Es ist zudem der Hinweis anzubringen, dass viele kleinere Unternehmen an den Cum/Ex-Geschäften beteiligt waren, die Diskussion zur Verbandsstrafe aber auf global tätige Industrieunternehmen (wie die Siemens AG oder Volkswagen AG) ausgerichtet ist.<sup>43</sup> Schließlich machen Einzelfälle darauf aufmerksam, dass hohe Sanktionen von vielen Teilnehmern nicht geleistet werden können (Insolvenzproblem und nicht zuletzt die Gefahr eines Bail-Outs). Die Gegner einer Verbandsstrafe weisen auf die hohen Abschöpfungsanteile hin, exemplarisch zu nennen ist die Ahndung der Volkswagen AG in dem Dieselskandal in Höhe von 5 Mio. Euro und einem Gewinnentzug von 995 Mio. Euro. Eine solche Sanktion reicht nach Vielen aus. Die Cum/Ex-Fälle nehmen diesem

<sup>40</sup> Stigler, 78 J. Pol. Econ. 526, 531 (1970).

<sup>41</sup> Coffee, 79 Mich. L. Rev. 386, 389 (1981).

<sup>42</sup> §§ 30 Abs. 2, 130 Abs. 3 S. 3 OWiG.

<sup>43</sup> Eine derart am Umsatz ausgerichtete Sanktion bei solchen Unternehmen, die ihren Umsatz vor allem durch steuermotivierte Aktiengeschäfte betreiben, wie es vorgekommen ist, erreicht schwerlich eine präventivwirksame Sanktion.

verbreiteten Hinweis die Berechtigung: die Gewinnabschöpfung vermittelt hier keine genügende Sanktionswirkung. Gewinnentzug bedeutete hier nur eine Rückgabe an den Geschädigten. Es kommt dann zu Fehlanreizen: Die Unternehmen haben im schlimmsten Fall zu erwarten, das Erlangte zurück zu geben.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass der derzeitige Bußgeldrahmen deutlich, aber nicht notwendig bis zu der Grenze von § 9 Abs. 2 Nr. 1 VerbandsSG-E heraufgesetzt werden sollte.

### **b. Strafregister (naming and shaming)**

Die Cum/Ex-Fälle geben gewisse Hinweise auch für die Handhabung eines Strafregisters; Auskunft darüber kann nach §§ 60 ff. VerbandsSG-E nur einem begrenzten Teilnehmerkreis, v.a. öffentlichen Stellen zur Wahrnehmung bedeutender öffentlicher Aufgaben oder Einrichtungen wissenschaftlicher Forschung erteilt werden. Gem. § 14 VerbandsSG-E kann (nur) bei einer großen Zahl von Geschädigten eine öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung eines Verbands gerichtlich angeordnet werden.<sup>44</sup> Man kann vermuten, dass ein Eintrag in ein solches Register oder eine Bekanntmachung einige Teilnehmer bei den Cum/Ex-Geschäften mehr als die Androhung einer Geldbuße abgeschreckt hätte. Einige Banken, die sich zwischen 2008 bis 2011 gegen eine Teilnahme an Cum/Ex-Geschäften entschieden haben, taten dies in der Tat mit Blick auf Reputationsgefahren (nicht auf Bußgeldandrohungen).<sup>45</sup> Für die Einführung eines VerbandsSG spricht dies allerdings nicht. Da die Teilnehmer überwiegend zu den regulierten Industrien gehören, kann man eher an eine Fortentwicklung der vorhandenen Mechanismen zum *naming and shaming* denken (Erweiterung von § 60b Abs. 1 KWG). Sehr viel bewirkt hätte eine solche Drohung allerdings letztlich nicht.

## **2. Entlastung des Individualstrafrechts und der Finanzverwaltung; internal Investigations und Unternehmensbeaufsichtigung (Monitoring)**

Befürworter der Verbandssanktion weisen auf Entlastungseffekte hin, die angesichts des heutigen Stands der Aufarbeitung solcher Geschäfte und Überforderung von Staatsanwaltschaft und Verwaltung wünschenswert sein mögen. Die präventive Wirkung der Compliance ist infolge des *Dodd-Frank Act*, dessen Umsetzung nach Einschätzung von Standard & Poors allein den acht größten U.S.-amerikanischen Banken Kosten von etwa 34 Mrd. Dollar pro Jahr auferlegt hat,<sup>46</sup> bis heute nicht belegbar. Mehr noch: Die Cum-Ex-Fälle können in Zukunft angesichts der regen Teilnahme der Kreditinstitute (auf allen Seiten: als Verleiher, Depotbank oder Partei des Leerverkaufs) getrost als anekdotischer Beleg dafür angeführt werden, dass diese Aufwertung der Compliance seit der Finanzkrise in den kritischen Entscheidungsfragen (hier: Teilnahme an den Cum/Ex-Geschäften) nichts bewirkt hat.

---

<sup>44</sup> Vgl. auch § 50a BörsG; § 123 WpHG; § 12 Abs. 3 UWG.

<sup>45</sup> Zu denken wäre an aktienverleirende Institute oder inländische Depotbanken, die für ausländische Leerverkäufer gehandelt haben.

<sup>46</sup> Vgl. etwa *Maisch/Benders*, Handelsblatt v. 25.09.2012.

Wenn der Entwurf des VerbandsSG nunmehr auf dieser Linie die internen Untersuchungen (u.a. der Compliance-Strukturen) und die externe Beaufsichtigung (eines Umbaus dieser Strukturen) als Lösung anbietet, ist das vor diesem Hintergrund zu hinterfragen. Der Entwurf ist jedenfalls zu unbestimmt, um die bisherige Praxis in diesem Punkt voranzubringen. Denn interne Untersuchungen durch das Unternehmen werden bereits bußgeldmildernd berücksichtigt<sup>47</sup> und sind aufsichtsrechtlich längst geregelt.<sup>48</sup> Die Bestellung einer externen Unternehmensaufsicht ist bei Banken und Versicherungen gem. § 45c KWG und § 307 VAG möglich; darüber hinaus kann im Ordnungswidrigkeitenverfahren schon heute die Bestellung eines solchen externen Monitors vereinbart werden.<sup>49</sup> Die Bestellung einer das Unternehmen beaufsichtigenden „sachkundigen Stelle“ (§ 13 Abs. 2 VerbandsSG-E) wäre ohnehin in Cum/Ex-Fällen nur sinnvoll, wenn die Verfahren beschleunigt werden und es sich um eine „organisierte Unverantwortlichkeit“ handelt; bei einem vorsätzlichen Handeln der Geschäftsleitung ist ein Monitoring kaum ein geeigneter Weg.

### 3. Zurechnung

In dem VerbandsSG-E verfolgt § 3 Abs. 2 ein Zurechnungskonzept, das strukturelle Zurechnungs- und Beweisprobleme bewältigt, indem schon die Verletzung einer Aufsichtspflicht sanktionsauslösend sein kann. Damit wird ausgeschlossen, dass eine Verantwortung des Unternehmens schon deswegen scheitert, weil die vorsätzliche Teilnahme der Vorstände oder zweiten Führungsebene unbekannt geblieben ist. Die Regelung ist weitgehend. Hier ist nur zu erwähnen, dass die derzeitige steuerrechtliche Parallelregel in §§ 70, 71 AO nahezu unbrauchbar ist: Danach muss die Finanzverwaltung in den Cum/Ex-Fällen in aller Regel eine vorsätzliche Teilnahme der Geschäftsleiter beweisen. Diese Regelungen in der AO sollten angepasst werden.

### 4. Gewinnabschöpfung vs. Einziehung

Der VerbandsSG-E hält an der bisherigen Regel fest, dass neben der Sanktion eine Gewinnabschöpfung vorgenommen werden soll.<sup>50</sup> Das Rechtssystem ist unübersichtlich und nicht kohärent. Neben der Gewinnherausgabe nach dem OWiG und der Inanspruchnahme als Steuer- oder Haftungsschuldner kommt auch noch eine Einziehung nach §§ 73 ff. StGB in Betracht. Die Einziehung geht dabei (mit gutem Grund) über die bloße Gewinnabschöpfung deutlich hinaus.<sup>51</sup> Die Regelungen sollten allerdings besser aufeinander abgestimmt werden. Zu dieser gebotenen Vereinheitlichung sollte der Gesetzgeber dann aber auch den Regress unter den Mittätern und Teilnehmern erleichtern

---

<sup>47</sup> BGH NZG 2018, 36 zu § 30 OWiG.

<sup>48</sup> §§ 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 KWG; § 29 VAG.

<sup>49</sup> Baums/v. Buttlar, ZHR 184 (2020), 259 (283 ff.).

<sup>50</sup> Begr. des RefE, S. 84.

<sup>51</sup> In den Cum/Ex-Fällen kann sich der Leerkäufer bspw. nicht damit verteidigen, im Innenverhältnis eine geringe Anteilsquote an dem Steuervorteil ausverhandelt zu haben; ein Aufwendungsabzug hinsichtlich der gewinnverteilenden Begleitgeschäfte kommt wegen § 73d Abs. 1 S. 2 StGB richtigerweise nicht in Betracht, s. dazu etwa Wolf, NZWiSt 2020, 257 (259 f.).

und vor allem die durch Flüchtigkeitsfehler der Schuldrechtsmodernisierung entstandenen Lücken im Bereich des § 426 BGB schließen.<sup>52</sup>

## II. Whistleblowing

### 1. Hinweisgeberschutz

Das Unionsrecht<sup>53</sup> und ausländische Rechte<sup>54</sup> sehen in steuerrechtlichen Verstößen wichtige Anwendungsfelder eines Hinweisgeberschutzes. Die besondere Bedeutung steht nicht erst seit den mit den Stichworten Panama-Papers oder Lux-Leaks verbundenen Enthüllungen außer Frage und wird durch die Cum/Ex-Fälle bekräftigt. Dazu gehört nicht nur der Ankauf einer Steuer-CD, die Aufklärung durch Mittäter in den Bonner Strafverfahren oder Hinweise durch Angestellte in dem Verfahren gegen die Sarasin-Bank. Vielmehr weist die Komplexität vor allem der Gestaltungen seit 2009 („Cum/Ex 2.0“) darauf hin, dass die Sachverhaltsaufklärung ohne Hinweisgeber bei den kapitalmarktbezogenen Steuerdelikten nicht mehr gelingt.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber sollte deswegen bei der Umsetzung der sog. Whistleblowing-Richtlinie von der Option Gebrauch machen, auch Verstöße gegen nationales Kapitalertragsteuerrecht einzubeziehen.<sup>56</sup>

### 2. Belohnungsanreize für Hinweise

Man wird über den gebotenen Hinweisgeberschutz noch hinausgehen und auch eine erneute Diskussion über maßvolle Anreize für solche Hinweise erwarten.<sup>57</sup> Oft wurde hierzulande gesagt, dass solche extrinsischen Anreize zu großen Gefahren nach sich ziehen (Missbrauch, Qualität der Hinweise);<sup>58</sup> die Überlastung der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden in den Cum/Ex-Fällen, wie sie jetzt in der Heraufsetzung der Verjährung auf 25 Jahre

<sup>52</sup> Dazu *Florstedt*, DStR 2019, 695 (699 f.).

<sup>53</sup> S. etwa Art 2 Abs. 1 lit. c der Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10. 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden („Whistleblowing-RL“) und ErwGr. 18 Whistleblowing-RL: „Diese Richtlinie sollte Maßnahmen vorsehen, um Personen vor Repressalien zu schützen, die über steuerhinterziehende und/oder missbräuchliche Vereinbarungen berichten, die ansonsten unbemerkt bleiben könnten, damit die zuständigen Behörden besser in der Lage sind, einen ordnungsgemäß funktionierenden Binnenmarkt zu gewährleisten“.

<sup>54</sup> Vgl. etwa für die USA 26 U.S.C. § 7623 und das auf dieser Grundlage errichtete „Whistleblower Office“ der US-amerikanischen Bundessteuerbehörde IRS.

<sup>55</sup> Diese Meinung wird auch auf Unionsebene geteilt, vgl. etwa *Europäische Kommission*, Mitteilung über weitere Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz und der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Steuervermeidung, COM (2016) 451 final, S. 9 f. S. auch ErwGr. 18 Whistleblowing-RL.

<sup>56</sup> Für Einbeziehung von Verstößen gegen das nationale Recht insgesamt etwa *Gerdemann*, Überlegungen zur nationalen Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden („Whistleblowing-Richtlinie“), 2019, S.1, 4 ff.; *Hopt*, ZGR 2020, 373 (383f.); *Schmolke*, NZG 2020, 5 (10).

<sup>57</sup> ErwGr. 34 Whistleblowing-RL stellt explizit fest, dass insoweit die Motivlage für den Hinweisgeber unbedeutlich ist. Auch der durch Eigennutz motivierte Hinweisgeber dient der mit dem Whistleblowing verfolgten besseren Rechtsdurchsetzung, s. dazu *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (910). Ein monetärer Anreiz bietet den Vorteil, drohende Nachteile (Vergeltungsmaßnahmen, soziale Diskriminierungen) und damit die privaten Kosten des Hinweisgebers auszugleichen und dessen Kosten-/Nutzen-Analyse zugunsten des Hinweisgebens zu beeinflussen, s. *Fleischer/Schmolke*, NZG 2012, 361 (363f.); *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (910).

<sup>58</sup> S. allgemein zur Kritik *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (913 ff.) und im Kontext des Art. 32 Abs. 4 MAR *Schwark/Zimmer/ Kumpan/Misterek*, KapitalmarktR-Kommentar, Art 32 MAR Rn. 18 ff.; *Eufinger*, WM 2016, 2336 (2341); *Fleischer/Schmolke*, NZG 2012, 361 (364 ff.).

(!)<sup>59</sup> zum Ausdruck kommt, geben Anlass, diese Beurteilung nochmals zu überdenken. In der empirischen Forschung,<sup>60</sup> aber auch in der praktischen Anwendung in fremden Rechtsordnungen sind die Ergebnisse mit Belohnungssystemen mit einem gewissen Missbrauchsschutz (eidesstattliche Versicherung,<sup>61</sup> Filterung der Anzeigen durch summarische Prüfungen<sup>62</sup>) insgesamt durchaus nicht negativ.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Vgl. noch E. IV.

<sup>60</sup> Vgl. dazu *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (915 ff.).

<sup>61</sup> So im Kontext des Art. 32 Abs. 4 MAR *Fleischer/ Schmolke*, NZG 2012, 361 (365).

<sup>62</sup> Zur Rechtslage in den USA *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (916f.).

<sup>63</sup> In den USA wurden seit der Einführung des monetären Anreizsystems 5,7 Milliarden US-Dollar an Steuer- und Steuerstrafzahlungen auf Grundlage von Hinweisgebern eingezogen, die insg. 931,7 Mio. US-Dollar an Belohnungen erhielten, vgl. IRS, Whistleblower Program – Annual Report to Congress, 2019, S. 8.

## E. Sonstiges

### I. Organisationsfragen

Als ein anderes Defizit hat sich die zerstückelte Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung der staatlichen Stellen erwiesen, die eine zügige und wirksame Aufarbeitung der Cum/Ex-Fälle erheblich erschwert. Zu einer reibungsfreien Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft, Finanzverwaltung und Kapitalmarkt- sowie Börsenaufsicht ist die angedachte Sammlung und Aufbereitung der Daten (idealerweise einschließlich der OTC-Geschäfte) bei einer zentralen Stelle zu begrüßen. Ob dies bei dem BZSt oder bei der BaFin geschieht, ist nachrangig. Geboten sind eine genügende Ausstattung, eine Vermeidung von Doppelzuständigkeiten, sowie Ansprüche der anderen staatlichen Stellen auf eine Auskunft in angemessener Frist. Zu begrüßen wäre auch der in anderem Zusammenhang diskutierte Umbau der BaFin in Richtung einer stärker qualitativen Aufsicht, die im Kontext auch den steuermotivierten Aktienhandel materiellrechtlich prüft.

### II. Lobbyregister

Die Entstehung des Jahressteuergesetz 2007 mit seiner durch den Bankenverband beeinflussten Gesetzesbegründung steht in keinem klaren Zusammenhang mit den Forderungen nach einem „Lobbyregister“. Die Probleme heute liegen wohl kaum in direkten oder indirekten Bezahlungen an Personen in den gesetzesvorbereitenden Stellen. Diese dürfen allerdings nicht infolge ihrer (Unter-)Besetzung auf die Sachkunde und damit letztlich stets auch auf den interessengeleiteten Einfluss der Fachleute aus der Finanzindustrie angewiesen sein.

### III. Rolle der Rechtsberater

Soweit das Verhalten der Steuer- und Rechtsberater in Rede steht, hat die ganz überwiegende Mehrheit jede Befassung mit den Cum/Ex-Geschäften abgelehnt. Bislang ist kaum mehr als eine Handvoll von Gegenbeispielen bekannt geworden. Der Zusammenhang von Beratung und Prüfung durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften wird derzeit genügend in anderem Zusammenhang hinterfragt.

### IV. Verjährung

Hinsichtlich einer drohenden Verjährung der staatlichen Ansprüche und angesichts der Abhängigkeit einer Einziehung nach den §§ 73 bis 73c StGB von einer solchen Verjährung (nach dem BGH<sup>64</sup>) sollte der Flüchtigkeitsfehler im zweiten Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise<sup>65</sup> korrigiert werden. Auch darüber hinaus sollte der Gesetzgeber die Rückerlangung der unrechtmäßig ausgezahlten Steuer ohne Beachtung des Rückwirkungsverbots ggf. durch weitere Verjährungsregeln

<sup>64</sup> BGH v. 24.10.2019 – 1 StR 173/19, NStZ-RR 2020, 46; aA LG Bonn v. 18.3.2020 – 62 KLS – 231 41/10 – 1/19, Rn. 2060 ff.

<sup>65</sup> BGBI. 2020 I, Nr. 31, 1512. Danach ist § 375a AO nur in Sachverhalten anzuwenden, in denen Steueransprüche am 1.7.2020 noch nicht verjährt waren, § 34 EGAO.

sicherstellen. Eine echte Rückwirkung wäre nicht nur zulässig, sondern auch geboten: Die Beteiligten sind in ihrem Vertrauen nicht schutzwürdig.

**Prof. Dr. iur. Tim Florstedt**

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Bankrecht

EBS Universität für Wirtschaft und Recht gGmbH

Gustav-Stresemann-Ring 3

65189 Wiesbaden