



Wortprotokoll der 94. Sitzung

Finanzausschuss

Berlin, den 9. September 2020, 14:00 Uhr
Berlin, Plenarbereich Reichstagsgebäude,
Sitzungssaal der CDU/CSU-Fraktion
3 N 001

Vorsitz: Katja Hessel, MdB

Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt 1 Seite 5

Antrag der Abgeordneten Fabio De Masi, Jörg Cezanne, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Federführend:
Finanzausschuss

Steuerskandale wie Cum/Ex zukünftig verhindern

BT-Drucksache 19/16836

Tagesordnungspunkt 2 Seite 5

Antrag der Abgeordneten Dr. Gerhard Schick, Anja Hajduk, Dr. Danyal Bayaz, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Federführend:
Finanzausschuss

Cum-Ex-Steuerskandal unverzüglich beenden

BT-Drucksache 19/5765

Ein Fragenkatalog wurde nicht erstellt. Die Sachverständigenliste ist als Anlage beigefügt.



Teilnehmende Sachverständige:

Anzinger, Prof. Dr. Heribert

Universität Ulm

Bund Deutscher Kriminalbeamter e.V.

Fiedler, Sebastian (Teilnahme per Videokonferenz)

Bundesrechnungshof

Dingendorf, Dr. Markus

Bundeszentralamt für Steuern

Görg, Janine

Deutsche Steuer-Gewerkschaft e. V.

Eigenthaler, Thomas

Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf

Klockner, Jörg

Finanzamt München – Steuerfahndung

Heinrich, Helmut

Florstedt, Prof. Tim

EBS Universität für Wirtschaft und Recht

Heist, Alexander

Heist Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Lotzgeselle, Helmut (Teilnahme per Videokonferenz)

Hessisches Finanzgericht



Schröm, Oliver

Journalist

Spengel, Prof. Dr. Christoph (Teilnahme per Videokonferenz)

Universität Mannheim

**Mitglieder des Ausschusses**

	Ordentliche Mitglieder	Stellvertretende Mitglieder
CDU/CSU	Brodesser, Dr. Carsten Güntzler, Fritz Hauer, Matthias Michelbach, Dr. h. c. Hans Müller, Sepp Tillmann, Antje	
SPD	Arndt-Brauer, Ingrid Binding (Heidelberg), Lothar Kiziltepe, Cansel Schrodi, Michael	
AfD	Gottschalk, Kay	
FDP	Herbrand, Markus Hessel, Katja	
DIE LINKE.	De Masi, Fabio Liebich, Stefan	
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Paus, Lisa	

Die übrigen Mitglieder waren per Telefonkonferenz zugeschaltet.



Beginn der Sitzung: 13:48 Uhr

Tagesordnungspunkt 1

Antrag der Abgeordneten Fabio De Masi, Jörg Cezanne, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Steuerskandale wie Cum/Ex zukünftig verhindern

BT-Drucksache 19/16836

Tagesordnungspunkt 2

Antrag der Abgeordneten Dr. Gerhard Schick, Anja Hajduk, Dr. Danyal Bayaz, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Cum-Ex-Steuerskandal unverzüglich beenden

BT-Drucksache 19/5765

Vorsitzende **Katja Hessel**: Guten Tag meine Damen und Herren, ich eröffne die Sitzung und begrüße zunächst ganz herzlich alle anwesenden Sachverständigen. Herzlichen Dank, dass Sie der Vorverlegung des Termins so spontan nachgekommen sind. Sie haben es wahrscheinlich gemerkt: Wir haben heute einen größeren Cum/Ex-Tag im Finanzausschuss. Um 15:20 Uhr beginnt mit etwas Verspätung eine Aktuelle Stunde im Plenum zu dem Thema, sodass wir a) die Anhörung nach vorne verlegen mussten, und b) sie auch ein Stück kürzen mussten. Vielen, vielen Dank nochmals für Ihr Verständnis.

Ganz besonders herzlich darf ich natürlich auch die zugeschalteten Herren Lotzgeselle vom Hessischen Finanzgericht, Herrn Prof. Dr. Spengel von der Universität Mannheim sowie Herrn Fiedler vom Bund Deutscher Kriminalbeamter begrüßen, die uns per Videokonferenz zugeschaltet sind. Sie sehen sie hinter uns auf den Leinwänden.

Die heutige Anhörung wird vom Parlamentsfernsehen aufgezeichnet und ist ab morgen in der Mediathek des Deutschen Bundestages abrufbar. Gegenstand der Anhörung sind der Antrag der Fraktion DIE LINKE. - Steuerskandale von Cum/Ex zukünftig verhindern BT-Drucksache 19/16836 und der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN - Cum/Ex-Steuerskandal unverzüglich beenden BT-Drucksache 19/5765. Soweit Sie als Sachverständige davon Gebrauch gemacht haben, dem

Finanzausschuss vorab eine schriftliche Stellungnahme zukommen zu lassen, sind diese an alle Mitglieder des Ausschusses verteilt worden. Sie werden auch Bestandteil des Protokolls der heutigen Sitzung. Ich begrüße sodann die Kolleginnen und Kollegen des Finanzausschusses und, soweit sie hier anwesend sind, die der mitberatenden Ausschüsse. Für das Bundesministerium der Finanzen darf ich Herrn Ministerialdirektor Dr. Möhlenbrock begrüßen. Ferner begrüße ich die Vertreter der Länder.

Bevor wir mit der Anhörung starten, habe ich noch ein paar Hinweise zum Ablauf. Für die Anhörung ist ein Zeitraum von 1 Stunde und 30 Minuten vorgesehen, also bis ca. 15:15 Uhr. Ziel ist es, möglichst vielen Kolleginnen und Kollegen die Möglichkeit zur Fragestellung zu geben. Um dieses Ziel zu erreichen, hat sich der Finanzausschuss in dieser Legislaturperiode für ein neues Modell der Befragung entschieden, d. h. die vereinbarte Gesamtzeit wird entsprechend der Fraktionsstärke in Einheiten von jeweils 5 Minuten unterteilt. In diesem Zeitraum müssen sowohl Fragen als auch Antworten erfolgen. Je kürzer die Fragen formuliert werden, desto mehr Zeit bleibt für die Antworten. Wenn mehrere Sachverständige gefragt werden, bitten wir, fair darauf zu achten, den folgenden Experten ebenfalls Zeit zur Antwort zu lassen. Um Ihnen ein Gefühl für die Zeit zu vermitteln, wird die Redezeit auf der Leinwand hinter mir angezeigt. Nach 4 Minuten und 30 Sekunden ertönt ein Signalton. Dann verbleiben noch 30 Sekunden für die Antwort. Die fragstellenden Kolleginnen und Kollegen darf ich bitten, stets zu Beginn ihrer Frage die Sachverständigen zu nennen, an die sich die Frage richtet, und bei einem Verband nicht die Abkürzung, sondern den vollen Namen zu nennen, um Verwechslungen zu vermeiden. Die Fraktionen werden gebeten, soweit nicht bereits geschehen, ihre Fragesteller im Vorhinein bei mir anzumelden.

Zu der Anhörung wird ein Wortprotokoll erstellt. Zu diesem Zweck wird die Anhörung mitgeschnitten. Zur Erleichterung derjenigen, die unter Zuhilfenahme des Mitschnitts das Protokoll erstellen, werden die Sachverständigen vor jeder Abgabe einer Stellungnahme von mir namentlich aufgerufen. Ich darf alle bitten, die Mikrofone zu benutzen und sie am Ende der Redebeiträge wieder abzuschalten, damit es zu keinen Störungen kommt. Damit sind wir beim Beginn der Anhörung.



Die erste Frage für die Fraktion der CDU/CSU stellt der Herr Kollege Fritz Güntzler.

Abg. **Fritz Güntzler** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Es ist heute alles etwas ungewohnt, nicht nur, weil wir einen Cum/Ex-Tag haben, sondern auch, weil wir heute von der Seite auf die Sachverständigen schauen. Ich hätte eine erste Frage an Herrn Eigenthaler von der Deutschen Steuergewerkschaft und an Herrn Klockner vom Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung in Düsseldorf. Cum/Ex hat uns ja lange beschäftigt, auch im Untersuchungsausschuss, Kapitalertragsteuer ist das Thema. Zwei Fragen – die erste wäre, haben Sie in der Finanzverwaltung das Instrumentarium, um Cum/Ex-Fälle aufzudecken? Zweitens, sehen Sie ähnliche Gestaltungen, bei denen wir als Gesetzgeber reagieren müssten, um zu verhindern, dass etwas Ähnliches wieder geschieht?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, die Frage hat sich zunächst an Herrn Eigenthaler von der Deutschen Steuergewerkschaft gerichtet.

Sv **Thomas Eigenthaler** (Deutsche Steuer-Gewerkschaft e. V.): Frau Vorsitzende, Herr Abgeordneter, vielen Dank. Die erste Frage war die nach dem Instrumentarium. Das ist zunächst eine Frage der personellen Ressourcen. In diesem Kontext muss man sagen, dass die ganze Sache schon seit vielen Jahren andauert und am Anfang sehr ruckelig verlief. Nach meiner Erinnerung fing das Ganze als Steuergestaltungsmodell an. Viel wurde diskutiert, viel wurde geschrieben, und auch der Bundesfinanzhof hat sich zum Dividendenstripping nie völlig ablehnend geäußert, sodass man erst spät in „die Pötte“ kam, wenn ich mir die Bemerkung erlauben darf. Jetzt haben wir in gewisser Weise „den Salat“, wenn ich höre, dass allein bei der Staatsanwaltschaft Köln 70 Ermittlungsverfahren mit 900 Beschuldigten laufen. Und das ist nur Köln.

Jetzt wird die Sache natürlich sehr dringend. Da es sich um Altfälle handelt, muss man schauen, ob es um Fälle geht, die bislang noch nie angefasst wurden. Es gab ja in den letzten Tagen neue Durchsuchungen. Dort haben wir schon das Problem, ob nicht die Festsetzungsverjährung vielen Dingen einen Strich durch die Rechnung macht. Hätte man die Steuerfahndung über all die Jahre energischer und forcierter aufgestellt, auch personell, und hätte

man intensiver durchgegriffen, würden wir uns heute leichter tun.

Ob es darüber hinaus weitere Gestaltungen gibt, kann ich aus eigenem Empfinden nicht beurteilen. Ich lese in der Zeitung, dass es wieder neue Modelle geben soll. Ich denke aber, dass das erst die Ermittlungen wirklich zu Tage fördern werden. Ausschließen kann man das nie. „Steuergestaltungskroakaten“ sind dem Fiskus immer ein paar Kilometer voraus, wir sind nachläufig. Aber wir haben natürlich auch Erfahrungen gesammelt. Deshalb gehe ich davon aus, dass man, wenn wir wieder einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten sehen, mit dem Wissen, das man in den letzten 15 Jahren gesammelt hat, viel härter und intensiver zuschlagen wird. Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Eigenthaler. Dieselbe Frage ging auch an Herr Klockner vom Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf.

Sv **Jörg Klockner** (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf): Die Frage nach dem Instrumentarium würde ich mit „ja“ beantworten: Das Instrumentarium gibt es. Wie viele Leute sie einsetzen müssen? Darüber können sie lange streiten. Sie können ganz viele einsetzen, dann geht es wahrscheinlich schneller, als wenn sie wenige einsetzen. Im Moment haben wir 24 hochqualifizierte Leute im Einsatz, die die Arbeitsaufträge der Staatsanwaltschaft auch abgearbeitet bekommen. Ich bin sehr optimistisch, dass wir damit weiter kommen, und dass wir weitere Verfahren vor Gericht bringen werden. Wir werden sicher auch einen Effekt sehen, wenn weitere Verfahren nach dem ersten mit Verurteilungen enden werden. Wir sind durchaus optimistisch, dass es uns gelingen wird, diese Dinge nachzuweisen. Was die aktuellen Diskussionen angeht, ADR-Papiere und Cum/Fake, dort gibt es erste Anzeichen, dass es das gibt. Ich lese das, Herr Eigenthaler hat es gerade gesagt, in der Literatur genauso. Wir haben das aber noch nicht überprüft.

Ich meine, die Finanzverwaltung muss leider zugehen, dass sie lange gebraucht hat, um zu erkennen, wie die anderen Dinge (Cum/Ex) gelaufen sind.

Ich möchte an dieser Stelle schon darauf hinweisen, dass es sich hier immer um Geschäfte handelt, die es im normalen Geschäftsleben von Banken



auch gibt. Und nicht jedem Geschäft ist auf die Stirn geschrieben, dass es ein schädliches Geschäft ist. Und genau das macht die Ermittlungsarbeit auch so schwer. Unsere großen Konzernbetriebsprüfungsstellen können, wenn überhaupt, nur sehr schwer erkennen, ob noch legale oder bereits illegale Geschäfte vorliegen. Ich glaube, dass es diese Geschäfte gibt. Wir werden auch weiter daran arbeiten.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Klockner. Die nächste Frage, für die Fraktion der SPD, stellt der Kollege Lothar Binding.

Abg. **Lothar Binding** (SPD): Ich möchte Herrn Prof. Dr. Anzinger danach fragen, wie die Geschäfte wirklich aussehen. Das Protokoll wird später auch von Leuten gelesen, die damit nicht täglich zu tun haben. Und auch im politischen Raum gibt es gelegentlich eine Begriffsverwirrung zwischen Cum/Ex und Cum/Cum. Könnten Sie vielleicht den Unterschied und die Modelle noch einmal erklären, gewissermaßen als grundlegende Einführung in die heutige Anhörung.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich an Herrn Prof. Dr. Anzinger, Universität Ulm.

Sv **Prof. Dr. Heribert Anzinger** (Universität Ulm): Vielen Dank, das mache ich gerne in dem hier angemessenen Umfang. Zunächst erscheint es mir ganz wichtig, dass wir in der Bewertung des geltenden Rechts und seines Vollzugs, die mit den Schlagwörtern Cum/Ex und Cum/Cum verbundenen Fallgruppen voneinander trennen. Die Gestaltungsziele sind verschieden, ebenso wie die Rechtsgrundlagen.

Mit dem Begriff Cum/Ex hat sich ein Schlagwort für Sachverhalte herausgebildet, in denen Steuerbescheinigungen ausgestellt wurden, ohne dass Steuern abgeführt worden sind. Das war nach überzeugender Rechtsauffassung weder im alten Recht legitim, noch lässt dies das geltende Recht zu. In dem überkomplexen System der Kapitalertragsteuer hat es fast ein Jahrzehnt und damit bis in diese Tage hinein gedauert, bis sich diese Rechtsauffassung auch durchsetzen konnte und sich die Marktteilnehmer marktkonform verhalten. Und das ist Gegenstand der Strafverfahren, der Steuerverfahren und der Zivilverfahren, die wir heute sehen.

Wenn man sich fragt, warum das so lang gedauert hat, muss man sich vielleicht noch einmal vergegenwärtigen, mit welchem unglaublichem Widerstand am Anfang gegen jede Maßnahme vorgegangen worden ist. Die ersten Entscheidungen handelten davon, dass eine Betriebsprüfung lediglich eine Auskunft verlangt hat. Selbst das mussten Gerichte klären. Später, im Jahr 2017, musste sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage beschäftigen, ob eine Durchsuchung überhaupt zulässig ist, wo doch die Rechtslage so unklar ist. Also bis 2017 konnten diese Maßnahmen gar nicht richtig greifen. Jetzt nimmt das Ganze, auch in meinen Augen, ganz schön Fahrt auf.

Mit Cum/Cum verbinden sich ganz andere Gestaltungen. In denen geht es nicht um das Erschleichen von Steuerbescheinigungen, sondern dort geht es darum, dass der Kapitalertragsteuerabzug insgesamt vermieden werden soll. Dabei muss ich daran erinnern, dass die Kapitalertragssteuer keine eigene Steuer ist. Sie ist eine besondere Erhebungsform der Einkommen- und der Körperschaftsteuer.

Hier gibt es eine Grundentscheidung des Gesetzgebers: Der Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, Dividenden zu besteuern. Veräußerungsgewinne, Wertpapierleihgebühren und Dividendenkompensationszahlungen aber nicht – bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Jede Unterscheidung und jeder Systembruch im Steuerrecht löst natürlich Gestaltungen aus, das sehen wir jetzt im Kapitalertragsteuerrecht. Die Gestaltungen sollen ja nur absichern, was das materielle Steuerrecht sagt. Und wenn es diesen Unterschied gibt, wird es auch Gestaltungen geben, die danach suchen, um diesen Unterschied zu nutzen. Jetzt kann man sagen: Das ist missbräuchlich, wenn man über wenige Tage aus einer Dividende einen Veräußerungsgewinn macht. Dann muss man aber die Frage beantworten, wie viele Tage es denn sein sollen. Das ist das, was in § 36a EStG passiert.

Es sind völlig verschiedene Themen, die in meinen Augen vermischt werden. Das Einzige, was diese Themen gemein haben, ist, dass es um Kapitalertragsteuer geht, dass es um Dividenden geht und dass die Technik ganz ähnlich ist. Wenn man aber dem Problem begegnen will, muss man sich die Wurzeln angucken. In einem Fall geht es um Steuerbescheinigungen, im anderen Fall um die Ausgestaltung der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung.



Die Steuerbescheinigungen müssen natürlich korrekt erteilt werden. Dabei liegt das zentrale Problem in meinen Augen bei Cum/Ex-Gestaltung in den Abwicklungssystemen der Wertpapiersammelbanken und der Depotbanken. Hier müssen das Recht und das Abwicklungssystem aufeinander abgestimmt werden. Mit dem OGAW-IV-Umsetzungsgesetz hat man im Jahr 2011 eine ganze Menge getan. Es gibt noch andere Ideen, über die wir vielleicht reden können. Aber zunächst einmal ist damit doch ein großer Schritt getan worden, so dass auch ich glaube, dass die Kernproblematik heute nicht mehr in dem Maße besteht, bis auf die Probleme bei Cum/Cum-Gestaltungen.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Prof. Dr. Anzinger. Herr Binding schenkt uns die letzten 40 Sekunden. Dann machen wir weiter, der nächste Fragesteller ist für die Fraktion der AfD, Herr Gottschalk.

Abg. **Kay Gottschalk** (AfD): Vielen Dank, Frau Hessel. Meine Frage richtet sich an Herrn Rechtsanwalt Alexander Heist. Sie gehen in Ihrer Stellungnahme, die ich sehr interessiert gelesen habe, davon aus, dass Steuerhinterziehung weiterhin über Cum/Ex-Modelle möglich sei oder sein könnte. Darüber hinaus bezweifeln Sie, dass die OGAW-IV-Gesetzgebung die große Lösung für das Problem ist. Sie selbst skizzieren einen Lösungsvorschlag in Ihrer Stellungnahme. Ich würde Ihnen an dieser Stelle gerne die ganze Zeit einräumen, damit Sie mir und uns Ihren Ansatz erläutern und Ihre, aus meiner Sicht berechtigten, Zweifel konkretisieren können. Danke.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich an Herrn Rechtsanwalt Heist.

Sv **Alexander Heist** (Heist Legal Rechtsanwalts-gesellschaft mbH): Vielen Dank für die Frage. Ich möchte diese Frage auch mit Bezug zu den vorherigen Ausführungen gerne beantworten. Zum einen haben wir die OGAW-IV-Gesetzgebung, die im Wesentlichen die Umstellung der Verbuchung von Dividendenzahlungen von Netto auf Brutto beinhaltet. Die Diskussion, ob man brutto oder netto verrechnen soll, wurde im Übrigen seit der Körperschaftsteuerreform 1978 in der Literatur immer wieder geführt. Nach meinem Eindruck stellt das keine Lösung dar.

Wir haben gesehen, dass es synthetische Abbildungen der Wertentwicklungen an der Börse gibt. In

dem Sinne kommt es auf das tatsächliche Innehaben von Wertpapieren überhaupt nicht mehr an. Wir sehen verstärkt Rechtsprechung, die von „leeren zivilrechtlichen Hüllen“ spricht. Mithin kommt es aus meiner Sicht überhaupt nicht darauf an, in welchem Depot welche Aktie eingebucht ist. Wir können beobachten, dass alles derivativ abgebildet wird. Bei dem unlängst entschiedenen Vorgehen, ich meine das Urteil des hessischen Finanzgerichts, wurde ein festverzinsliches Wertpapier von einer Körperschaft herausgegeben und eine dividendenbringende Aktie hereingenommen. Dieser Tausch ist, wenn ich das richtig verstanden habe, physisch vorgenommen worden. Diesen Tausch von Zahlungsströmen kann man derivativ genauso abbilden, ohne die Aktie überhaupt zu berühren.

Heutzutage gibt es, ich weiß nicht, ob der Begriff bekannt ist, sogenannte dark pools. Dazu möchte ich etwas erzählen: Dark pools existieren schon lange, und es gibt sie immer stärker. In diesen dark pools sind auch Aktien enthalten. Diese dark pools werden heute professionell gemanaged. Ein Blocktrade einer großen Menge Aktien außerhalb des Orderbuchs, beispielsweise der Eurex, gehört zu diesen *dark pool* Geschäften. Das bedeutet, sie sehen das an der Börse nicht mehr.

Es sind mehrere Aspekte angesprochen worden, die äußerst interessant sind. Die ADR-Konstellationen, die Verlautbarungen der Securities Exchange Commission, die von einer Verletzung des US Securities Act von 1934 sprechen, dass nämlich ein ADR oder ein pre-release ADR vorhanden war, wo keine deutsche Aktie hinterlegt war. Von der Securities Exchange Commission konnte auch kein Prozess der involvierten Depotbanken festgestellt werden, der die Abfuhr einer ausländischen Kapitalertragsteuer in irgendeiner Form vorsieht. Da nach dem Datenträgerverfahren und nach weiteren Verfahren eine Steuererstattung über Doppelbesteuerungsabkommen nach wie vor möglich war, war es nach meinem absoluten Dafürhalten aus deutscher Sicht nicht möglich, auch nur im Ansatz zu beurteilen, ob der vorgezeigten Nettzahlung im Datenträgerverfahren (ein bloßer Kontoauszug, der eine Nettzahlung ausweist) tatsächlich ein Steuerabzug gegenüberstand oder nicht. Das halte ich für systemisch nicht nachvollziehbar.

Entscheidender Punkt meiner Darstellung sollte sein, dass die Verbuchungslogik bei Clearstream,



aber auch auf der Depotbankenebene, bis zum heutigen Tage Stornierungen bzw. Umbuchungen von Dividenden beinhaltet. Der market claim, die Cum/Ex-Problematik, basiert auf Korrekturbuchungen von Dividenden. Es ist eben nicht mehr möglich festzustellen, ob eine Nettodividende aus dem gezahlten Bruttokaufpreis stammt – geldtechnisch – oder ob es eine vom Emittenten versteuerte Nettzahlung ist. So das alte System. Dort wurde in eine Bruttoverrechnung getauscht. Heute ist es eben so, dass man nicht mehr weiß, ob die Bruttozahlung, die jetzt zur Korrekturbuchung herangezogen wird, aus dem Bruttokaufpreis für die Aktie stammt oder ob es die vom Emittenten ausgezahlte Dividende ist. Das führt nach den OGAW-IV-Regelungen dazu – mal ganz stark vereinfacht gesprochen, dass ich 100 Euro gebe und aufgrund des Korrekturprozesses bei Clearstream 100 Euro plus Steuerbescheinigung zurückbekomme. Das ist der Grundtatbestand. Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Heist. Die nächste Frage stellt für die Fraktion der CDU/CSU Frau Kollegin Tillmann.

Abg. **Antje Tillmann** (CDU/CSU): Dankeschön. Wir wollen Cum/Ex-Fälle verfolgen und wir wollen, dass der Staat sich das Geld, dort wo es hinterzogen wurde, zurückholt. Wir haben mit dem Corona-Steuerhilfegesetz versucht, bei den Verjährungsfristen sicherzustellen, dass wir noch offene Fälle nachvollziehen können. Das scheint uns nicht in jedem Punkt umfangreich gelungen zu sein. Deshalb hätte ich gern vom Bundeszentralamt für Steuern und vom Finanzamt für Steuerstrafsachen Düsseldorf gewusst, wie wir eine Regelung finden könnten, die dann tatsächlich alle offenen Fälle nachvollziehbar macht.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich zuerst an Frau Görg vom Bundeszentralamt für Steuern

Sve **Janine Görg** (Bundeszentralamt für Steuern): Vielen Dank. Zunächst möchte ich sagen, dass wir im Besteuerungsverfahren bei einer ganzen Menge an Fällen die Verjährung gehemmt haben. Das ist natürlich auch wichtig für die Strafverfolgung. Zudem haben wir im Rahmen des Einziehungsverfahrens die Möglichkeit, sofern die Fälle nicht schon steuerrechtlich verjährt sind, die Steuer zurückzufordern. Wenn überhaupt, wird es proble-

matisch, wenn jetzt noch Fälle auftreten, die vielleicht bisher noch gar nicht ermittelt wurden und in denen keine verjährungshemmenden Maßnahmen getroffen wurden. Das ist in der Tat ein Thema. Aber ich kann sagen, dass wir von der Besteuerungsseite diese Fälle eigentlich umfassend und auch systematisch aufgegriffen haben, sodass ich mir eigentlich nur schwer vorstellen kann, dass wir Fälle haben, jedenfalls bis 2012, bei denen wir wirklich in eine Verjährungsproblematik kommen. Die Fälle, die die wesentlichen Summen betreffen, sollten wir alle aufgegriffen haben.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank. Der zweite Teil der Frage richtet sich an Herrn Klockner vom Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf.

Sv **Jörg Klockner** (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung): Herzlichen Dank. Ich glaube, dass das Thema Verjährung sehr hochgespielt worden ist. Das, was beabsichtigt war, hat natürlich eine positive Wirkung für uns. Wir hätten uns darüber sicherlich auch gefreut. Das bezieht sich aber in erster Linie auf neue, noch nicht entdeckte Verfahren. Frau Görg hat es eben gesagt: Bisher gehen wir tatsächlich davon aus, dass wir weitgehend überall die Verjährung so unterbrochen haben, dass eine Rückforderung noch möglich ist.

Ich gebe zu: Es gibt natürlich bereits verjährte Verfahren, das kann man auch der Presse entnehmen. Natürlich hat es an einzelnen Stellen schon mal Verjährungsfragen gegeben. Aber wie wir das lösen können, ist eine große Frage: Ob wir also tatsächlich mit einer Gesetzesänderung heute schon verjährte Verfahren wieder als nicht verjährt betrachten können. Sehen sie mir es nach, das müssen dann am Ende die Politik und die Bundesregierung lösen. Ich habe in meinem Studium gelernt, dass das jedenfalls ein Problem ist. Von daher muss man mal weitersehen. Ich kann jedenfalls nachvollziehen, dass diese Regelung so ausgegangen ist, wie sie ausgegangen ist. Wir werden das Beste dabei herausholen.

Wie gesagt, ich kann Ihnen heute aus dem Stegreif keine Fälle nennen, die wir wegen Verjährung nicht mehr beigetrieben bekommen, gerade in Nordrhein-Westfalen. Anders als das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) haben wir die Anrechnungsfälle, die auf die Körperschaftssteuer ange-



rechnet werden, in den Veranlagungsverfahren laufen. Wir sind dabei, diese Fälle alle so aufzuarbeiten, dass wir - ohne dabei in die Verjährung zu geraten - dort Haftungsbescheide an den Mann bringen. Die Verfahren sind eingeleitet. Wir haben dafür ein eigenes Referat in der Oberfinanzdirektion eingerichtet. Ich gehe davon aus, dass wir das alles hinkriegen. Nach meinem Kenntnisstand sind wir auf einem guten Weg.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank. Frau Tillmann, wir haben noch zwei Minuten.

Abg. **Antje Tillmann** (CDU/CSU): Dann würde ich die Frage auch Herrn Eigenthaler stellen.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Dankeschön. Herr Eigenthaler von der Deutschen Steuer-Gewerkschaft.

Sv **Thomas Eigenthaler** (Deutsche Steuer-Gewerkschaft e. V.): Dazu möchte ich Folgendes sagen: In den zwei Anhörungen, die wir hier am 25. Mai und 22. Juni hatten, wurden gerade die letzten Fälle, die hier eben im Raum standen, angemahnt. Damals haben wir gesagt: „Mensch, muss nicht Corona-bedingt ein Hinausschieben um sechs bis 12 Monate organisiert werden?“ Wir wissen doch alle, dass auch die Fahnder und die Ermittler wegen der Corona-Pandemie ein bisschen gebremst worden sind. Das war der Versuch von uns, jetzt nicht mit einem „großen Hammer“ zu kommen. Aber auch auf die Forderung nach einem Corona-bedingten Hinausschieben ist leider niemand eingegangen.

Zu dem neuen § 375a AO. Ich habe das damals zwar nicht in der Schärfe gesehen, wäre ich aber gefragt worden, hätte ich gesagt, dass auch ich juristisch große Probleme damit hätte, rückwirkend und belastend einen Sachverhalt zu organisieren, wenn steuerrechtlich bereits Verjährung eingetreten ist. Für mich ist die Einziehung immer nur ein subsidiäres Mittel. Es ist rechtlich unheimlich kompliziert, es wird alles angefochten. Ob wir hier je zu einem guten Ergebnis kommen, werden wir erst in ein paar Jahren wissen. Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Eigenthaler. Wir machen weiter mit der FDP-Fraktion. Die nächste Frage stellt der Kollege Markus Herbrand.

Abg. **Markus Herbrand** (FDP): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Selten sind wir ja im Ziel so einer Meinung. Alleine, wir unterhalten uns über die

Mittel, die dazu führen und das ist nun auch nicht ganz trivial. Deshalb meine Frage zunächst an den Bundesrechnungshof. Und vielleicht könnten Sie dann noch Herrn Prof. Dr. Spengel von der Universität Mannheim Raum für Ergänzungen lassen. Der Bundesrechnungshof spricht davon, dass die bestehenden Gegenmaßnahmen zum Cum/Ex und Cum/Cum-Geschäft nicht bei Cum/Fake-Geschäften ziehen. Können Sie darstellen, weshalb Sie das sogenannte Trace-Verfahren für sinnvoll halten? Welche Aspekte sollte und könnte der Gesetzgeber gezielt in den Fokus rücken, um diese und weitere Formen illegalen Betrugs zu verhindern?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich an Herrn Dr. Dingendorf vom Bundesrechnungshof.

Sv **Dr. Markus Dingendorf** (Bundesrechnungshof): Herzlichen Dank für das Wort, Frau Vorsitzende. Herzlichen Dank für die Frage, Herr Abgeordneter. Der Bundesrechnungshof hat die Risiken bei der Erstattung von Kapitalertragsteuer aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) untersucht und dabei zukunftsorientiert die systembedingten Schwächen des Verfahrens im Fokus gehabt. Die Ergebnisse der Untersuchung liegen verschiedenen Ausschüssen des Bundestages vor. Sie stehen auch auf der Agenda des Haushaltsausschusses und bedürfen weitergehender Beratung. Ich bitte deshalb darum, meine Ausführungen als erste fachliche Einschätzung anzusehen.

Dass die Erstattung von Kapitalertragsteuer aufgrund von DBA in hohem Maße gestaltungs- oder missbrauchsanfällig ist, ist eigentlich ein öffentlicher Befund. Wir hatten verschiedene Fallgestaltungen für Cum/Ex und Cum/Cum. Jetzt sind wir bei Cum/Fake, was wieder eine besondere Spielart ist. Der Gesetzgeber hat verschiedene Maßnahmen getroffen. Jetzt sind wir wieder bei einer Gestaltung, wo es noch keine Maßnahmen gibt. Wir kommen zu dem Schluss, dass das System in der derzeitigen Ausgestaltung nicht in der Lage ist, die Ordnungsmäßigkeit zu gewährleisten. Hauptmangel ist für uns, dass es keine exakte Zuordnung der abgeführten Kapitalertragsteuer zu dem berechtigten Anteilseigner gibt, es also eine gewisse Anonymität gibt, die sich durch Gestaltungen ausnutzen lässt.

Uns scheint hier eine Systementscheidung geboten: Ob man das jetzt so machen will, dass man das



bestehende System verbessert, also alle Erstattungsansprüche rechtssicher abwickelt, was einen gewissen Verwaltungsaufwand bedeuten kann; oder ob man eine Systemumstellung favorisiert, wie wir das mit dem Stichwort *Trace* in die Diskussion bringen wollen, ist eine Frage der Abwägung. Nur kurz gesagt: *Trace* bedeutet, dass statt des derzeit nachgelagerten Erstattungsverfahrens eine vorverlagerte Ermäßigung stattfindet, d. h. die Steuerbelastung wird gleich bei der Auszahlung an den Anteilseigner auf die Definitivbelastung nach DBA, also in der Regel 15 Prozent, ermäßigt. Die Folge ist, dass es kein nachgelagertes Erstattungsverfahren gibt, es auch keine Steuerbescheinigung gibt, die dann eben missbrauchsanfällig ist, und dass - vielleicht etwas platt gesagt - der Erstattungstopf kleiner wird und man nicht so tief hinein greifen kann.

Sv Prof. Dr. Christoph Spengel (Universität Mannheim): Dankeschön. Also das Kapitalertragsteuererstattungsverfahren ist das Kernproblem bei Cum/Ex-Geschäften. Wir befinden uns im digitalen Zeitalter, und da muss gewährleistet werden, dass die abgeführte Kapitalertragsteuer mit der Höhe der beantragten Kapitalertragsteuererstattung verknüpft wird. Hierfür gibt es mehrere technische Möglichkeiten.

Das Problem ist bei Cum/Cum-Geschäften anders. Dort wird eine Steuer im Einzelfall zu Unrecht erstattet, die bezahlt worden ist. In dem Sinne muss man sicherstellen, dass man keine steuerpflichtigen Dividenden in steuerfreie Veräußerungsgewinne oder Wertpapierleihgebühren transformieren kann. Das Ganze ließe sich bewerkstelligen, wenn man die beschränkte Steuerpflicht in Deutschland ausweitet. Dann ist die Arbitragemöglichkeit Geschichte.

Im Hinblick auf eine mögliche Erstattung der Kapitalertragsteuer auf eine Wertpapierleihgebühr nach dem Doppelbesteuerungsabkommen ist ganz klar zu sagen: Der ganze Sachverhalt ist offen zu legen. Dann kann man auch prüfen. Es ist heute noch möglich, im elektronischen Erstattungsverfahren eine Steuererstattung zu beantragen, ohne überhaupt physisch eine Bescheinigung vorzulegen.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Prof. Dr. Spengel. Die nächste Frage für die Fraktion DIE LINKE. stellt der Kollege De Masi.

Abg. **Fabio De Masi** (DIE LINKE.): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich möchte Herrn Prof. Dr. Spengel von der Universität Mannheim befragen. Wenn dann noch etwas Zeit ist, auch Herrn Oliver Schröm vom Nord-Deutschen Rundfunk. Herr Prof. Dr. Spengel, Sie haben in Ihrer Stellungnahme ausgeführt, dass man Cum/Cum und Cum/Ex zusammen denken müsse. Auch sind nach Ihrer Auffassung Cum/Ex-ähnliche Gestaltungen weiterhin möglich. Könnten Sie bitte beschreiben, wo Sie dort das größte konkrete Einfallstor sehen? Erscheint Ihnen ein *matching* von tatsächlich gezahlter Kapitalertragsteuer und Erstattungsanträgen, wie dies in den Anträgen angesprochen wird, als eine sinnvolle Maßnahme? Herrn Schröm möchte ich gerne fragen, ob Sie aus Ihrer journalistischen Praxis und bei Ihren Recherchen den Eindruck gewinnen konnten, dass es auch Cum/Ex-ähnliche Gestaltungsmodelle in Deutschland noch gibt? Haben Sie das Gefühl, dass die Politik das Problem hinreichend erfasst und begriffen hat?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich zunächst an Herrn Prof. Dr. Spengel von der Universität Mannheim.

Sv Prof. Dr. Christoph Spengel (Universität Mannheim): Cum/Cum und Cum/Ex-Geschäfte sind zusammen zu denken. Mehr als zwei Drittel der deutschen Aktien befinden sich im Ausland. Diese müssen erst nach Deutschland kommen. Es hat sich in den praktisch aufgegriffenen Fällen gezeigt, dass einem Cum/Ex-Geschäft häufig ein Cum/Cum-Geschäft vorausgegangen ist. Die Aktien sind für eine gewisse Zeit in Deutschland, bevor sie dann noch einmal leer verkauft werden. Dann bin ich sozusagen bei der Kombination von Cum/Cum und Cum/Ex. Deswegen ist das Ganze zusammen zu denken.

Das Kardinalproblem ist der Steuerausländer. Es geht immer um die Erstattung der deutschen Kapitalertragsteuer nach dem Doppelbesteuerungsabkommen. Cum/Cum-Geschäfte, das haben wir gesehen, laufen bis heute noch. Das Geschäft läuft bei ganz kleinen Banken. Ich habe das in meiner Stellungnahme aus der Presse zitiert: Sparkasse Bodensee, dort geht es um hohe zweistellige Millionenbeträge.

Das Finanzgericht Hessen hat in einem konkreten Fall Gestaltungsmodelle aufgezeigt, die rechtsmissbräuchlich sind. Da stellt sich auch die Frage nach



der Strafbarkeit. Cum/Ex-Geschäfte sind strafbar, sie sind illegal, und sie funktionieren in heutiger Zeit weiterhin. Herr Heist hat es in seiner Stellungnahme skizziert. Ich möchte es noch einmal auf den Punkt bringen: Es gibt ein Problem bei Clearstream. Wenn Dividenden an Ausländer ausgezahlt werden, werden diese netto ausgezahlt. Es gibt eine Steuerbescheinigung, aber die Kapitalertragsteuer ist noch nicht abgeführt. Wenn diese Geschäfte nun über einen Leerverkauf rückabgewickelt werden, wird die Kapitalertragsteuer einer deutschen Depotbank gutgeschrieben und es gibt eine zweite Steuerbescheinigung, der Ausländer hat diese weiterhin. Wie man das verhindern kann, Herr De Masi? Das haben Sie und Ihre Fraktion in Ihrem Antrag vom 28. Januar 2020 beschrieben: Wir müssen die Kapitalertragsteuerabführung und –erstattung durch bestimmte Technologien technisch zusammenbringen, das sollte heute möglich sein. Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Prof. Dr. Spengel. Der zweite Teil der Frage hat sich an Herrn Schröm gerichtet.

Sv **Oliver Schröm** (Journalist): Vielen Dank. Journalisten sind ja zuständig für schlechte Nachrichten. Dahingehend will ich Sie in der verbleibenden Minute nicht enttäuschen. Nach unseren Recherchen sind Mutationen von Cum/Ex-Geschäften weiterhin möglich und werden auch umgesetzt. Ich war Mitinitiator und Leiter einer internationalen Recherchekooperation von 40 Journalisten in 12 Ländern. Wir sind der Frage nachgegangen, ob Cum/Ex auch außerhalb Deutschlands umgesetzt wurde. Die Frage kann ich ganz schnell mit „ja“ beantworten. Halb Europa ist Opfer, was bis dato nicht bekannt war.

Im Zuge dieser Recherche haben wir uns auch die Frage gestellt, ob das weiterhin umgesetzt wird. In dem Zusammenhang bekamen wir von einer Quelle aus Dubai ein market offer zugespielt. Für uns war natürlich die Frage, Papier ist geduldig, ist das Papier echt, oder versucht hier nur jemand etwas in die Welt zu setzen? Ist es Wunschdenken? Wir sind dann in die Rolle von Milliardären geschlüpft, das klingt jetzt ein bisschen nach „Slapstick“, war aber eine monatelange, aufwändige Operation mit Briefkastenfirmen etc. Wir haben dann einen paper trade mit einem Anbieter zustande gebracht, der sein Geschäft bei der Warengoldbank in Hamburg

gelernt hat. Und, siehe da, die Geschäfte sind möglich. Unsere Recherchen wurden von der europäischen Aufsichtsbehörde Ende 2018 in einem Zwischenbericht bestätigt. Marktbeobachtungen haben gezeigt, dass die Geschäfte weitergehen. Auf den Endbericht warten wir seit zwei Jahren.

Jetzt zu der Frage, ob die Politik genügend oder ausreichend dagegen vorgeht? Auch die Bankenaufsichtsbehörde wurde vom EU-Parlament beauftragt, auf der Grundlage unserer Recherchen die Sache zu untersuchen. Sie hat dazu Fragebögen an sämtliche Aufsichtsbehörden in Europa verschickt. Das Ergebnis wurde im April vorgelegt. Das Ergebnis ist ein Desaster, um es mal freundlich auszudrücken. Es herrscht Uneinigkeit bei den Aufsichtsbehörden in Europa, ob Cum/Ex-ähnliche Geschäfte überhaupt strafbar sind, und ob man dagegen vorgehen muss. Das ist als Ergebnis vielleicht festzuhalten. Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Dankeschön. Die nächste Frage stellt für BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Frau Kollegin Paus.

Abg. **Lisa Paus** (B90/GR): Meine Frage geht an Herrn Heist. Sie hatten schon erläutert, dass das nach Ihrer Auffassung solche Geschäfte noch in größerem Umfang möglich sind. Könnten sie noch einmal sagen, wie Ihre Lösung dazu aussieht? Mich interessiert auch Ihre Einschätzung, was die finanziellen Dimensionen angeht. Wenn dann noch Zeit ist, würde ich gerne den Kollegen vom Finanzamt Düsseldorf noch einmal fragen. Sie hatten zwar gesagt, Sie könnten es nicht beziffern, Ihnen seien aber Fälle von Verjährungen bekannt. Uns wurde immer auf Nachfrage vom Bundesfinanzministerium gesagt, es seien keine Fälle bekannt. Könnten Sie dazu noch einmal etwas sagen. Aber bitter zunächst Herr Heist.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich zunächst an Herrn Heist.

Sv **Alexander Heist** (Heist Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH): Vielen Dank Frau Paus für die Frage. Anlass zur Sorge gibt das Handelsvolumen über den Dividendenstichtag. Bis zum heutigen Tag werden sehr große Aktienvolumen über den Dividendenstichtag geschoben, im Vergleich zum Jahresmittel der Transaktionen erheblich erhöht. Nach meinem „Börseneindruck“ sind der Trigger hierfür selbstverständlich Steuern. Es lässt sich nicht an-



ders erklären, warum gerade um den Dividendenstichtag herum derartige Volumina verbucht werden, wenn im übrigen Jahr das Ganze nicht passiert. Insofern bin ich mir sicher, dass es sich um steuergetriebene Geschäfte handelt.

Nach dem neuen System der Bruttoverbuchung und des Zahlstellenprinzips, Herr Prof. Dr. Spengel hat es bereits ausgeführt, haben wir eben den Umstand, dass die Steuer bei Zahlung ins Ausland definitiv einbehalten wird. Es landet eine Nettzahlung im Ausland, der Steuereinbehalt erfolgt entweder von Clearstream oder auf Ebene der jeweiligen Depotbank, die als letzte inländische Stelle den Steuereinbehalt vorzunehmen hat. Das Problem ist aber, dass nach § 44 Abs. 1 Satz 5 EStG es eben darum geht, dass die einbehaltene Steuer dann abzuführen ist, wenn sie dem Gläubiger der Kapitalerträge letztlich zufließt.

Da möchte ich ganz deutlich auf die bisher wenig bis gar nicht beachtete Rolle von Sondervermögen mit Nichtveranlagungsbescheinigungen hinweisen. Wenn eine Bruttodividende in ein solches Sondervermögen mit Nichtveranlagungsbescheinigung hineingebucht wird, erfolgt keine Steuerabfuhr. Jedenfalls dann nicht, wenn das Geschäftsjahresende des Sondervermögens noch nicht erreicht ist. Damit wird die einbehaltene, aber bis dahin noch nicht abgeführte Steuer in den Sondervermögen sozusagen „zwischengeparkt“. Dann gibt es, das können Sie bereits in der Steuerrechtsliteratur zum Investmentsteuergesetz aus dem Jahre 2011 nachlesen, einen negativen Ertragsausgleich auf Fondsebene. Des Weiteren wird selbst vom BMF in öffentlichen Rundschreiben darauf hingewiesen, dass es die unterjährige Auflösung dieser Sondervermögen gibt.

Die Frage, wie viele Betriebsprüfungen bei unterjährig aufgelösten Sondervermögen durchgeführt werden und was mit der einbehaltenen Steuerliquidität letztlich passiert, ist nach meinem Dafürhalten überhaupt nicht geklärt. Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Danke. Der zweite Teil der Frage hat sich an Herrn Klockner vom Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf gerichtet.

Sv **Jörg Klockner** (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf): Wir müssen zwei verschiedene Verjährungen unterscheiden, die strafrechtliche und die steuerrechtliche Verjährung.

Die bisherigen Fragen, so war das glaube ich zu verstehen, gingen in Richtung der strafrechtlichen Verfolgbarkeit. Da ist mir kein Fall bekannt, gegen den wir nicht strafrechtlich vorgehen können. Ich darf Ihnen jetzt keine einzelnen Steuerfälle nennen, aber ich kenne Fälle, wo in der steuerlichen Rückforderung zumindest einzelne Jahre verjährt sind. Einer steht in der Zeitung. Über den haben Sie, glaube ich, heute Morgen gesprochen. Und den anderen kann ich Ihnen nicht nennen.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Klockner. Frau Paus hat noch Zeit.

Abg. **Lisa Paus** (B90/GR): Genau, und die möchte ich nutzen. Ich wollte noch einmal zur Einschätzung der Größenordnung nachfragen und ob Sie Vorschläge für eine Lösung haben.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Ich nehme an, die Frage richtet sich an Herrn Heist.

Sv **Alexander Heist** (Heist Legal Rechtsanwalts-gesellschaft mbH): Vielen Dank. Größenordnungen sind sehr schwierig zu schätzen. Wir haben eine jährliche Auszahlung von Dividenden in einem Umfang von 30 bis 35 Milliarden Euro. Das sind Zahlen aus 2018/2019. Wie bereits von Herrn Prof. Dr. Spengel ausgeführt, befindet sich die überwiegende Anzahl deutscher Dividententitel, die hier relevant sind, im Ausland. Das ist grundsätzlich der Rahmen, um den es hier geht.

Wir haben viele Ausländer, Sie haben es vorhin gesagt, die eine Definitivbesteuerung erleiden. Diese werden Aktien brutto verkaufen. Wie hier schon richtig gesagt wurde, ist der über den Kaufpreis erzielt Gewinn nicht steuerbar. Insofern können Sie jetzt ausrechnen, was theoretisch der zu verdienende Betrag ist.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Heist. Die nächste Frage stellt für die Fraktion der SPD der Kollege Michael Schrodi.

Abg. **Michael Schrodi** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine Fragen richten sich zunächst an Herrn Prof. Anzinger. Wir haben gerade von Herrn Prof. Dr. Spengel ausgeführt bekommen, dass Cum/Ex-Geschäfte auch nach 2012 in geänderter Form möglich seien. Meine Fragen an Herrn Prof. Dr. Anzinger: Halten auch Sie es für möglich, dass weitere Möglichkeiten bestehen, Cum/Ex-Geschäfte nach 2012 durchzuführen? Wären solche Geschäfte auch rechtmäßig? Und an Frau Görg die Frage: Ist



es richtig, dass Clearstream sofort eine Steuerbescheinigung ausstellt, wenn der Steuerausländer die Nettodividende ausgezahlt bekommt? Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Schrodi. Die Frage richtet sich zunächst an Prof. Dr. Anzinger von der Universität Ulm.

Sv **Prof. Dr. Heribert Anzinger** (Universität Ulm): Vielen Dank. Wenn ich solche Beschreibungen lese, ist es für mich immer schwierig nachzuvollziehen, was eigentlich „möglich“ bedeutet. Denn natürlich ist es auch möglich, dass ich in meiner Steuererklärung angebe, mir schwarze Socken gekauft zu haben, und diese als Werbungskosten geltend machen möchte. Wenn ich das offenlege, ist es keine Steuerhinterziehung. Das Finanzamt wird aber trotzdem sagen, dass das nicht geht und man die Socken nicht als Werbungskosten abziehen kann.

Und so ist es auch bei diesen Gestaltungen. Wenn Steuerbescheinigungen ausgestellt worden sind, kann das darauf hindeuten, dass es rechtswidrig war. Dann muss man der Sache natürlich nachgehen. Wenn Sie mich fragen, lässt das Recht es zu, dass solche Steuerbescheinigungen ausgestellt und deshalb auch Steuern erstattet werden, so muss man ergänzen, dass allein mit der Steuerbescheinigung noch keine Steuererstattung erlangt werden kann. Es müssen zwei Dinge erfüllt sein: Die Steuerbescheinigung muss vorgelegt werden, und es muss ein Steuerabzug vorgenommen worden sein. Gerade bei den Cum/Fake-Gestaltungen war mein Eindruck, dass jetzt tatsächlich im Einzelnen geprüft wird, was da passiert ist, und nicht allein die Steuerbescheinigung zur Grundlage genommen wird.

Wenn nun in diesen Gestaltungen, die als reverse market claims-Gestaltungen beschrieben werden, tatsächlich solche Geschäfte durchgeführt worden sind, muss man noch einmal genau nachfragen, ob denn hier die Wertpapiersammelbank tatsächlich eine Steuerbescheinigung ausgestellt hat. Nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes dürfte sie es nur tun, wenn ein Steuereinbehalt vorgenommen worden ist. Und wenn das wieder zurückgebucht worden ist, müsste diese Steuerbescheinigung auch wieder einkassiert werden. Diese müsste dann zurückgefordert und berichtigt werden. Herr Prof. Dr. Spengel hat das in seiner Stellungnahme

auch richtig beschrieben: Wenn das nicht passiert, dann haftet die Wertpapiersammelbank dafür. Man muss also nur dafür sorgen, dass das Recht auch tatsächlich durchgesetzt wird.

Die Frage, die man stellen muss, lautet: Mit welchem Aufwand kann man unterbinden, dass diese Geschäfte stattfinden? Dazu hat der Bundesrechnungshof, wie ich finde, schon auch richtige Hinweise gegeben. Im Moment scheint mir der Aufwand für alle Seiten enorm zu sein, sowohl für die Finanzverwaltung, als auch für die Depotbanken, als auch für die Wertpapiersammelbanken, die sich, wie ich vermute, auch rechtstreu verhalten wollen. Daher sollte man tatsächlich darüber nachdenken, ob es nicht eine Möglichkeit gibt, das System so weiterzuentwickeln, dass es sowohl für die Finanzbehörden, für die Wertpapiersammelbanken und für die Depotbanken mit weniger Vollzugsaufwand und gestaltungsfeindlicher abzuwickeln ist. Das ist nicht so einfach, wie man sich das vorstellt, denn unser Kapitalertragsteuersystem ist extrem komplex. Das ist es nicht nur in Deutschland, das ist es auch in anderen Staaten. Herr Heist hat in seiner Stellungnahme auf eine Anhörung im US-Senat hingewiesen, die das US-amerikanische System betraf, also auch da scheint es Probleme zu geben.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank. Der zweite Teil der Frage richtet sich an Frau Görg vom Bundeszentralamt für Steuern.

Sve **Janine Görg** (Bundeszentralamt für Steuern): Vielen Dank. Ich finde die Frage sehr wichtig, ob Clearstream schon während des market claim-Prozesses Steuerbescheinigungen ausstellt oder nicht, weil es letztendlich die Frage beantwortet, ob Clearstream zu viele Steuerbescheinigungen ausstellt. Dazu kann man ganz klar sagen, dass das in dem Handbuch, was Clearstream selbst veröffentlicht, so dargestellt wird, dass das nicht der Fall ist. Danach wird die Steuerbescheinigung nämlich erst nach Abschluss der market claim Periode ausgestellt, so dass wir nicht davon ausgehen können, dass nach 2012 wirklich noch Cum/Ex-Geschäfte durchgeführt wurden. Cum/ex in dem Sinne, dass ich wirklich eine doppelte Kapitalertragsteuererstattung habe, obwohl nur einmal Kapitalertragsteuer abgeführt wurde. Ich denke, da muss man ganz eindeutig unterscheiden zwischen Cum/Ex und anderen Geschäften, die vielleicht noch möglich sind.



Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Frau Görg. Die nächste Frage stellt für die Fraktion der CDU/CSU der Kollege Fritz Güntzler.

Abg. **Fritz Güntzler** (CDU/CSU): Vielen Dank. Meine Frage richtet sich an Herrn Heinrich vom Finanzamt München – Steuerfahndung. Haben Sie das notwendige Instrumentarium? Welche Fälle kennen Sie, die sozusagen nach Cum/Ex gekommen sind? Und vielleicht beantworten Sie auch die Verjährungsproblematik.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank. Die Frage richtet sich an Herrn Heinrich vom Finanzamt München – Steuerfahndung.

Sv **Helmut Heinrich** (Finanzamt München – Steuerfahndung): Vielen Dank für die Frage. Die Ausstattung in München ist sehr gut, die personelle Ausstattung wurde den Fällen angemessen getroffen. Wir haben ein Sachgebiet, das speziell für Cum/Ex-Fälle eingerichtet worden ist. Die technische Ausstattung wäre vielleicht ein bisschen verbesserungswürdig. Denn wir sprechen hier von Fällen, die man in der Finanzverwaltung so nicht kennt und bei denen auch die Technik ein bisschen ins Schwitzen kommt. Mit einer etwas besseren technischen Ausstattung wären wir gut bedient. Aber noch einmal zum Personal: Es ist keine Frage, wie viele Personen ich damit beschäftige. Es ist eine Frage der Organisation als solche. Und das haben wir in München sehr gut gelöst. Wir haben also aktuell keine Notwendigkeit, weiter enorm Personal zuzuführen. Wir können alle unsere Fälle abarbeiten.

Wir haben auch kein Verjährungsproblem. Wir werden bis Ende des Jahres 87 Prozent der Steuern zurückfordern. Für die restlichen 13 Prozent sind Hemmungstatbestände gegeben, bei denen es zu keiner Verjährung kommt. Auch strafrechtlich drückt uns keine Verjährung.

Zur Frage nach neuen Fällen: Wir haben einen Blick darauf. Wir haben einen Blick auf die ADR-Geschäfte, wir haben einen Blick auf Cum/Cum. Hier stehen wir in einem regen Austausch mit der Staatsanwaltschaft, die jeden Fall in dem uns Cum/Cum gemeldet wird, anschaut und sagt, ob strafrechtlich etwas veranlasst ist oder nicht. Bei den ADR-Geschäften ist Bayern in der günstigen Position, dass wir keine Hinterlegungsbank haben. Aber auch hier sind wir gewappnet, falls etwas kommen sollte. Wir haben es im Blick. Wir

beobachten jetzt auch die neuere Entwicklung, die jetzt seit der Durchsuchung von vor zwei bis drei Wochen im Gespräch ist, eben dieses reverse market claim. Dies ist für uns Neuland, aber wir haben ein Auge darauf. Wie gesagt, die personelle Ausstattung ist okay.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Heinrich. Eine Rückfrage für zwei Minuten.

Abg. **Fritz Güntzler** (CDU/CSU): Meine Frage richtet sich an Herrn Prof. Dr. Spengel. Sie haben das Cum/Cum-Problem ja adressiert. Wir haben damals bei dem Investmentsteuerreformgesetz den § 36 a EStG eingeführt. Halten Sie die Vorschrift, was ich vermute, nicht für ausreichend? Was sollten wir anders machen? Wie sollten wir ihn gestalten? Was sollten wir klarstellen?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage geht an Herrn Prof. Dr. Spengel von der Universität Mannheim.

Prof. Dr. Christoph Spengel (Universität Mannheim): Der § 36 a EStG ändert nichts an der Tatsache, dass man durch Gestaltungen eine Kapitalertragsteuer auf Dividenden erstattet bekommt, obwohl einem der Erstattungsanspruch nicht zusteht, wie dies das hessische Finanzgericht unlängst entschieden hat. Der § 36 a EStG erhöht über die längeren Haltedauern, die erforderlich sind, die nichtsteuerlichen Kosten dieser Gestaltungsmodelle in Form von Kurssicherungsgebühren. In einem Nullzinsumfeld sind diese Kosten aber unerheblich. Die Symptome sind zu kurieren. Das heißt, wir müssen im Rahmen des § 49 EStG Wertpapierleihgebühren, das sind Surrogate für Dividenden und Veräußerungsgewinne, der beschränkten Steuerpflicht unterwerfen.

Wir wissen auch, dass es nach dem Doppelbesteuerungsabkommen keinen Besteuerungsanspruch gibt, man muss aber die Ermäßigung beantragen. Wenn ich sozusagen mal „die Daumen auf der Steuer drauf habe“, kann ich durch ein wasserdichtes Erstattungsverfahren, in dem der gesamte Sachverhalt offenzulegen ist, vermeiden, dass es zu einer ungerechtfertigten Erstattung von Steuern kommt.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Jetzt wollte er aber nur zwei Minuten, Herr Güntzler.

Abg. **Fritz Güntzler** (CDU/CSU): Ja, aber der Herr Heist hat so kräftig genickt. Deshalb möchte ich



ihm die Chance geben, das Nicken auch mit Worten zu untermalen.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage geht an Herrn Heist.

Sv **Alexander Heist** (Heist Legal Rechtsanwalts-gesellschaft mbH): Vielen Dank, Herr Güntzler. Der § 36 a EStG sieht, wenn ich mich recht entsinne, derzeit ein Mindestkurspreisrisiko von 70 Prozent vor. Dazu möchte ich ganz grundsätzlich sagen, dass es aus meiner Perspektive bei einer Großbank für eine Betriebsprüfung wahrscheinlich unmöglich ist, sämtliche konzernweiten derivativen Konstrukte zu berechnen, die zu einer faktischen Absicherung irgendeiner Aktienposition führen können. Also, wenn Sie sich die Derivatebücher von Großbanken einmal vorstellen: Da sind zunächst verschiedene Bücher innerhalb der Bank. Dann haben wir verschiedene Banken innerhalb des Konzerns und verschiedene Tochtergesellschaften innerhalb und außerhalb des Konsolidierungskreises. Ich erinnere an die Formulierung „nahestehende Personen“ in § 36 a EStG. Damit sind Gesellschaften gemeint, juristische ebenso wie natürliche Personen. Dort haben wir ganz einfach das Problem, dass es schon bei der Ermittlung dieses Wertänderungsrisikos von 70 Prozent mir faktisch unmöglich erscheint, wirklich sicher auszurechnen, ob dieses Wertänderungsrisiko besteht.

Zum anderen möchte ich ausdrücklich sagen, dass § 36 a EStG einen Zustand beschreibt, den es nicht gibt. Sie werden keine offene Buchposition mit 70 Prozent Wertänderungsrisiko in einer Bank vorfinden. Das ist nicht denkbar. Die Portfolios sind selbstverständlich immer gehedged. Sie müssten sich nach den Basel-Kriterien mal überlegen, was sie an Kernkapital hinterlegen müssten, wenn die Banken in diesen Volumen offene Positionen hätten. Das wäre unmöglich. Sie werden kein Sondervermögen und keinen Aktienbestand finden, der auch nur 10 Prozent Wertänderungsrisiko im Jahresmittel hat, weil sie das mit den entsprechenden Mindestkapitalanforderungen, die solvenzrechtlich vorgeschrieben sind, überhaupt nicht abgebildet kriegen.

Deswegen ist es wahrscheinlich schwierig festzustellen, welcher hedge - bezogen auf den Kursverlust brutto an der Börse infolge der Dividendenauszahlung - das Marktpreisänderungsrisiko betrifft. Er arbitriert eben den Unterschied zwischen dem

brutto und netto aus. Weil das ist der Motor aller Geschäfte, über die wir hier sprechen: Dass jemand, der die Definitivbesteuerung erleidet, Herr Prof. Dr. Spengel hat es gesagt, einen steuerfreien Veräußerungsgewinn erzielt, das ist ja eine Tatsache.

Wer verbietet mir denn, mein Wertpapier zu verkaufen, wenn ich eine Definitivbesteuerung erleide? Das passiert selbstverständlich. Und die Frage, wie sich der hedge im Einzelnen auswirkt, ist kaum zu beantworten. Ich weise noch einmal daraufhin, dass es bilaterale Nebenabreden geben kann, die sich nicht nur auf eine Leihgebühr beschränken, sondern auch sonstige zivilrechtliche Nebenabreden, die zur Verlagerung der so erzielten Gewinne führen. Das ist ein unendliches Universum. Wir befinden uns hier im Bereich der Privatautonomie. Sie können vereinbaren, was sie wollen. Und das „Hase-Igel-Spiel“, das kennt jeder Finanzbeamte, das geht bei der Privatautonomie nahezu endlos weiter, weil immer neue Wege gefunden werden. Vielen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Heist. Die nächste Frage stellt für die AfD Fraktion Herr Gottschalk.

Abg. **Kay Gottschalk** (AfD): Vielen Dank, Frau Hessel. Meine Frage richtet sich zunächst an Herrn Prof. Dr. Tim Florstedt, EBS Universität für Wirtschaft und Recht. Es geht in die gleiche Richtung. Sie kritisieren, ich zitiere: „Die Reformkräfte haben bislang nicht dazu gereicht, ein modernes und dematerialisiertes Effektenrecht einzuführen, wie es in den Vereinigten Staaten oder in der Schweiz längst geschehen ist.“ Können Sie uns vielleicht erklären, was die Vereinigten Staaten und die Schweiz besser gemacht haben? Wie können wir das vielleicht in Deutschland ansatzweise umsetzen? Das, was Herr Schröm eben gesagt hat, beunruhigt mich schon.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich an Herrn Prof. Dr. Florstedt, EBS Universität für Wirtschaft und Recht.

Sv **Prof. Dr. Tim Florstedt** (EBS Universität für Wirtschaft und Recht): Vielen Dank für die Frage. Darf ich nochmal eine Rückfrage stellen: Was meinen Sie mit dem Brückenschlag zu der Aussage von Herrn Schröm?

Abg. **Kay Gottschalk** (AfD): Wir haben hier doch einen gewissen Gegensatz. Einerseits wird gesagt,



dass Cum/Ex seit 2006 und mit vielen anderen Dingen nicht möglich ist. Wir haben aber auch Schilderungen, wie es doch möglich sein könnte. Sie haben in Ihren Ausführungen von dem Erfordernis eines dematerialisierten Effektenrechts gesprochen. Das weist für mich darauf hin, dass wir den Erfordernissen eines modernen, internetbasierten Millisekunden-Handels Rechnung tragen müssen. Dazu wollte ich gerne von Ihnen Lösungsvorschläge hören, insbesondere am Beispiel der Vereinigten Staaten und der Schweiz.

Sv **Prof. Dr. Tim Florstedt** (EBS Universität für Wirtschaft und Recht): Vielen Dank. Ich will mal ganz einfach anfangen. Ich bin mir nicht sicher, dass jeder weiß, wie man eine Aktie überträgt. Eine Aktie übertrage ich nicht, wie man es denken würde, digital im Computer, sondern durch Übergabe eines Papiers. Sie übereignen eine einzige Aktie, die irgendwo im Tresor bei der Clearstream liegt, indem sie ein gedachtes Papierstück übergeben. Das können Sie im Grunde dem Markt nicht vermitteln, das können sie im Grunde niemandem vermitteln. Die Amerikaner und die Schweizer haben längst auf ein modernes digitales Effektenverkehrssystem umgestellt. Wir schaffen das in Deutschland seit Jahrzehnten nicht. Da gibt es ganz viele Reformvorschläge. Was ich nur sagen wollte: Das wird gerade reformiert, aber man schafft es nicht so richtig, vom Sachenrecht loszukommen. Dort liegen auch die zivilrechtlichen Vorbedingungen, die Cum/Ex verursacht haben. Man blendet das einfach aus. Wenn man grundsätzlich an die Dinge herangeht, müsste man dort erst einmal anfangen. Aber die Reformkräfte reichen seit 20 Jahren nicht. Im Grunde müsste man dies hier heute mitdiskutieren, tut man aber nicht.

Abg. **Kay Gottschalk** (AfD): Nachfrage. Könnte das am Abstraktionsprinzip unseres deutschen Rechtssystems liegen? Wie könnte man das an der Stelle eventuell verbessern?

Sv **Prof. Dr. Tim Florstedt** (EBS Universität für Wirtschaft und Recht): Das ist im Grunde die Idee mit dem Etikettensystem. Das ist ja sehr zweifelhaft: Warum muss man bei einer Spende ein Original einreichen, bei einer Aktie aber nicht? Das ist das, was wir heute schon mehrfach gehört haben. Da gibt es ganz viele Vorschläge, wie man das ändern kann. Es wäre jetzt natürlich der große Wurf, wenn man das Depotrecht ändert, in dem wir digitale Aktien haben. Und mit der digitalen Aktie sind

die Kapitalertragsteuerbescheinigungen gleich mit verbunden. Dann können Sie auch nachvollziehen, wer das ist. Davon sind wir aber zehn Jahre entfernt.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Herr Gottschalk, Sie haben noch 1:30 Minute.

Abg. **Kay Gottschalk** (AfD): Dann würde ich noch einmal Herrn Schröm bitten. Sie haben so schön aufgesetzt, dass sie sich auch in Europa umgehört hätten und es Staaten gibt, die das, was Sie geschildert haben, nicht als Straftatbestand ansehen. Könnten Sie hier Schwerpunkte bilden? Gibt es klassische Länder, die sich auch schon früher mit Steuervermeidungsstrategien bekannt gemacht haben? Könnten Sie Länder, Namen, Fakten, Zahlen, Daten nennen?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Dann geht die Frage für 1:08 Minute an den Herrn Schröm.

Sv **Oliver Schröm** (Journalist): Das kann ich leider nicht, weil der Report der ESMA, der europäischen Finanzmarktaufsichtsbehörde, anonymisiert ist. Die ESMA hat nicht kenntlich gemacht, welche Aufsichtsbehörde in Europa wie geantwortet hat, es ist nur summarisch aufgelistet. Ich glaube, neun der befragten Aufsichtsbehörden waren sich unsicher, ob Cum/Ex oder Cum/Ex-Mutationen in ihren Ländern überhaupt strafbar sind, und ob man dagegen vorgehen kann und soll. Was in diesem Report vom April dieses Jahres auch ins Auge sprang, ist, dass es überhaupt keinen Austausch, keine Kommunikation unter den Aufsichtsbehörden in Europa gibt. Ich glaube, das ist einfach ein schwerwiegendes Problem. Es fehlt am Austausch.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Schröm. Die nächste Frage für die SPD Fraktion stellt wieder der Kollege Schrodi.

Abg. **Michael Schrodi** (SPD): Vielen Dank. Meine Frage richtet sich an Herrn Lotzgeselle vom Hessischen Finanzgericht. Es geht auch dort um die Frage von Cum/Ex und der juristischen Aufarbeitung. Das Hessische Finanzgericht hat in Cum/Ex-Fällen trotz Vorlage einer Kapitalertragsteuerbescheinigung eine Steuererstattung versagt. Mich würde interessieren, mit welcher Begründung? Welche Kernaussagen hat das Gericht in seinen Entscheidungen getroffen? Und dann noch die Frage: Weißt denn das Gesetz eine Lücke auf, die es irgendwie ermöglichen würde, sich eine einmal



gezahlte Kapitalertragsteuer mehrmals erstatten zu lassen?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage geht an Herrn Lotzgeselle vom Hessischen Finanzgericht.

Sv **Helmut Lotzgeselle** (Hessisches Finanzgericht): Vielen Dank für die Frage. Gerichte befassen sich ja immer mit abgeschlossenen Sachverhalten und arbeiten diese rechtlich auf. Das Problem ist oft, dass diese Sachverhalte erst Jahre später zu uns kommen. Das ist insbesondere bei denjenigen Cum/Ex und Cum/Cum-Sachen misslich, wo Verjährung droht. Zu Ihrer Frage ganz konkret: Ich beginne mal mit dem Ergebnis, also mit der dritten Frage.

Die rechtliche Prüfung hat gezeigt, dass das Gesetz aus 2006 seinerzeit keine Lücke aufwies, die eine mehrfache Erstattung einmal gezahlter Kapitalertragsteuern zugelassen hat. Ausgangspunkt im Steuergesetz ist, dass es anrechnungsberechtigt der Anteilseigner ist, das ist der wirtschaftliche Eigentümer, der die Dividendeneinkünfte erzielt. Wirtschaftlicher Eigentümer - das ist die Kernaussage unserer Entscheidung - ist regelmäßig derjenige, auf dessen Depot sich die Aktien zum Ausschüttungszeitpunkt befinden. Ihm wird die von der Aktiengesellschaft ausgeschüttete Dividende und die darauf einbehaltene Kapitalertragsteuer zugerechnet.

Die Annahme, die in der Literatur und den einschlägigen Kreisen zunächst kursierte, das wirtschaftliche Eigentum bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Aktienkaufvertrages übergehe, würde in der Konsequenz zu einem mehrfachen wirtschaftlichen Eigentum führen. Und das ist, das muss ich deutlich sagen, juristischer Unsinn. Denn wirtschaftliches Eigentum setzt gerade voraus, dass man den bisherigen Eigentümer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließen kann. Und das kann man nicht, wenn der zivilrechtliche Eigentümer weiterhin über die Aktien verfügen kann.

Was die Kapitalertragsteuerbescheinigung betrifft, so hat diese nach dem Gesetz eine doppelte Funktion. Sie ist zum einen Voraussetzung für die Abziehbarkeit der Kapitalertragsteuer. Zum anderen liefert sie einen Anscheinsbeweis für die Einbehaltung der Kapitalertragsteuer, jedoch keinen Vollbeweis. Das ist letztlich das Entscheidende. Wenn in den Fällen neben der Kapitalertragsteuer-

bescheinigung für die einbehaltene Kapitalertragsteuer auf die originäre Dividende weitere Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt worden sind, da der Aktienkäufer über seine Depotbank Zahlungen in Höhe der Nettodividende erhalten hat, dann ist das vom Gesetz her regelmäßig zurecht erfolgt. Und zwar ist dort eine Einbehaltung der Kapitalertragsteuer aus Dividendenkompensationszahlungen bescheinigt worden, wenn die Zahlung durch eine inländische Depotbank des Aktienverkäufers erfolgte. Denn für diese bestand die Verpflichtung zur Einbehaltung der Kapitalertragsteuer.

Wichtig ist die Aussage des Gerichts, dass die Kapitalertragsteuer auf jeder Handelsstufe, also für jede Dividendenzahlung, die von Clearstream letztlich vorgenommen wird, von der inländischen Depotbank zu erheben ist. Das war in den von uns entschiedenen Fällen auch die Sollbruchstelle. Und zwar die Schnittstelle zwischen den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten: einmal im Steuerrecht und zum anderen bei den Börsenabläufen. Denn die steuerrechtlichen Regelungen knüpfen an der Anrechnung am Eigentum an, während die Kapitalertragsteuereinbehaltung und die Ausstellung der Kapitalertragsteuerbescheinigungen sich nach den schuldrechtlichen Abläufen, also dem Abwicklungssystem bei Clearstream im Rahmen des market claims richtete. Hier war das Problem, statt, wie gesetzlich vorgeschrieben, Kapitalertragsteuer auf die Dividenden aus den Aktienverkäufen einzubehalten, haben die inländischen Depotbanken zunächst eine Verechnung der Aktienverkäufe mit gleichartigen Aktienkäufen vorgenommen und haben nur auf den Ausgleichsbetrag Kapitalertragsteuer einbehalten. Diese Verechnung führte durch initiierte Kettengeschäfte dazu, dass auf die Dividendenzahlungen der Aktienverkäufe keine Kapitalertragsteuer einbehalten wurde, dadurch ist der Schaden entstanden.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank für Ihre Ausführungen. Der nächste Fragesteller ist für die Fraktion der CDU/CSU der Kollege Fritz Güntzler.

Abg. **Fritz Güntzler** (CDU/CSU): In Anbetracht der fortgeschrittenen Zeit verzichten wir auf unser Fragerecht und wollen den kleinen Fraktionen die Möglichkeit geben, noch weitere Fragen zu stellen.



Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Güntzler, dann ist für die Fraktion der FDP Kollege Markus Herbrand an der Reihe.

Abg. **Markus Herbrand** (FDP): Vielen Dank an die CDU, das ist sehr großzügig. Mich interessiert zunächst noch einmal die Einschätzung des Bundeszentralamtes für Steuern und auch die Einschätzung von Herrn Prof. Dr. Florstedt. Gibt es nach ihrer Einschätzung derzeit Hinweis oder Anzeichen dafür, dass es neben den bekannten Cum/Ex, Cum/Cum und Cum/Fake-Geschäften auch noch andere Geschäftsmodelle gibt, bei denen es zu unberechtigten Steuererstattungen kommt oder kommen kann.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Frau Görg, bitte.

Sve **Janine Görg** (Bundeszentralamt für Steuern): Ich hatte eingangs schon erwähnt, dass man sehr klar unterscheiden muss zwischen Cum/Ex, also der doppelten Erstattung, und den übrigen Gestaltungen, also Cum/Cum-Geschäften, ADR-Geschäften oder auch „reverse market claim“-Gestaltungen. Es gibt vielleicht Anhaltspunkte, dass das tatsächlich so gemacht wurde, mir ist jedenfalls nichts bekannt. Dort geht es letztlich eigentlich nur darum, dass der Falsche die Kapitalertragsteuer erstattet bekommen hat. Insofern handelt es sich nicht um eine doppelte Kapitalertragsteuergestaltung. Letztlich hat das etwas damit zu tun, dass freie Kontingente ausgeschöpft werden und die Steuerbescheinigung nicht für den Anteilseigner, sondern für eine andere Person ausgestellt wird. Aber, ob sich wirklicherhärtert, dass es diese Gestaltungen gibt, so weit sind wir, was die Ermittlungen angeht, noch nicht.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Frau Görg. Herr Prof. Dr. Florstedt.

Sv **Prof. Dr. Tim Florstedt** (EBS Universität für Wirtschaft und Recht): Vielen Dank für die Frage. Ich möchte vielleicht noch einmal ganz kurz einen Schritt zurückgehen. Ich habe mich - auch in der Vorbereitung - gefragt, welche Relevanz hat das heute? Ich glaube, wenn sie heute zugehört haben, haben sich das alle gefragt. Ich will mal resümieren, was dabei herumgekommen ist.

Nach 2012 gibt es keine Cum/Ex-Geschäfte mehr, gar keine. Die ADR-Geschäfte waren vereinzelt in Amerika, Deutschland war auch betroffen. Diese scheint es auch nicht mehr zu geben. Niemand hat

einen einzigen Fall mit einer unrechtmäßigen Erstattung nach 2012 gefunden. Das sind die sogenannten Cum/Cum-Fälle, über die wir heute reden.

Die Fälle, die jetzt in der Presse sind, das sind die Fälle, die bis 2016 liefen, danach vereinzelt. Jetzt haben wir zwei Dinge gehört, die heute noch relevant sind. Zunächst dieser Kunstformfall mit einer vorgeschalteten Stiftung. Das ist ein Fall, den kann man abends mal unter Kollegen erzählen, der hat Unterhaltungswert, das ist wirtschaftlich nicht sehr ernst zu nehmen.

Und dann gibt es noch das, was Herr Prof. Dr. Spengel oder Herr Heist gesagt haben. Es ist natürlich vorstellbar, dass unter dem sehr scharfen § 36 a EStG heute die Konzerntochter, die Aktien 91 Tage hält, und dann die Sicherungsgeschäfte verschweigt. Das kann man sich vorstellen. Das wird beobachtet, und dazu gibt es auch schon eine Evaluierung.

Vielleicht noch einen letzten Punkt: Der Kollege vom Finanzamt München hat vorhin gefragt, warum eigentlich nichts mehr passiert - dubiose Fondsangebote gibt es nicht mehr. Keiner konnte heute sagen, dass das wirklich noch relevant ist. Warum? Im Markt greift das, was geschehen ist - möglicherweise tausend Verurteilte, tausend Angeklagte. Sie verzichten heute lieber auf die Erstattung, als sie zu beantragen. Ich glaube das, was der Gesetzgeber getan hat, hat sehr gewirkt. Das ist mein Eindruck.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Prof. Florstedt. Herr Herbrand hat noch 1:20 Minute.

Abg. **Markus Herbrand** (FDP): Dann noch eine Frage an Richter Helmut Lotzgeselle vom Hessischen Finanzgericht. Sie schreiben auf Seite sieben Ihrer Stellungnahme: „Gleichwohl ist bisher - mit einzelnen Ausnahmen in Bayern und Nordrhein-Westfalen - keine Haftungsinanspruchnahme von Depotbanken durch die Finanzverwaltung für die rechtswidrig nicht einbehaltene und demzufolge zu Unrecht erstattete Kapitalertragsteuer bekannt geworden.“ Mich würde interessieren, wie Sie das bewerten und was Sie sich dort wünschen.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Herr Lotzgeselle vom Hessischen Finanzgericht.



Sv **Helmut Lotzgeselle** (Hessisches Finanzgericht): Ich wünsche mir, dass in diesem Bereich entsprechende personelle Ressourcen zur Verfügung gestellt werden, um diese Fälle aufzuklären. Ich denke, dass sich anhand der Kapitalertragsteueranmeldung der einzelnen Banken und aus der Anzahl der Geschäfte Rückschlüsse ziehen lassen, dass entsprechende Geschäfte vorgenommen worden sind. Und dann muss man eben vor Ort ermitteln.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank Herr Lotzgeselle. Dann machen wir weiter mit der Fraktion DIE LINKE., Herr Kollege De Masi.

Abg. **Fabio De Masi** (DIE LINKE.): Vielen Dank, vielen Dank auch für die großzügige Geste von der Union. Ich will noch einmal zurückkommen auf das, ich nenne das jetzt mal untechnisch, „digitale matching“ von Auszahlungen und Erstattungsanträgen. Das haben wir schon am Anfang thematisiert. Ich möchte Herrn Prof. Dr. Spengel fragen: Aus Ihren Gesprächen mit Entscheidungsträgern oder mit Praktikern aus der Finanzverwaltung - was ist denn aus Ihrer Sicht vielleicht der größte Hinderungsgrund, dass das umgesetzt wird? Ist das der Föderalismus? Oder was wird Ihnen in den Gesprächen geschildert?

Eine Frage noch an Herrn Schröm. Sie hatten ausgeführt, dass die europäische Aufsichtsbehörde, ich glaube die ESMA, seit 2018 noch einen Bericht zu liefern hätte. Was ist denn die Begründung für die Verzögerung? Hielten Sie es für begrüßenswert, wenn die politische Ebene dort mal nachhakt? Und wenn noch Zeit ist, eine Frage an den Kollegen vom Finanzamt München: Wie vielen Fälle mit Cum-Bezug wird momentan überhaupt nachgegangen? Mit wie viel Personal?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Dann probieren wir das mal sportlich. Herr Prof. Dr. Spengel, Universität Mannheim.

Sv **Prof. Dr. Christoph Spengel** (Universität Mannheim): Das Hauptproblem, das wir im Zusammenhang mit der Kapitalertragsteuer haben, ist der Fiskalföderalismus. Die Steuer wird, wenn sie abgeführt wird, an das Finanzamt gezahlt, das ist eine Landesbehörde. Die Bescheinigung erfolgt in Bonn durch das Bundeszentralamt für Steuern. Diese Behörden sind nicht miteinander vernetzt, wie auch noch so vieles in der Finanzverwaltung analog läuft. Um es einmal ganz deutlich zu sagen: So

könnte man nicht einmal einen privaten 3-Personen-Haushalt führen, wie hier mit Steuereinnahmen und -erstattungen umgegangen wird.

Ich glaube, Herr Prof. Dr. Florstedt hat das richtige Stichwort gegeben. Wir müssen im Zeitalter der Digitalisierung die an das Finanzamt gezahlte Kapitalertragsteuer markieren und mit dem Steuerbescheid zusammenfügen. Das ist technisch möglich. Und ich würde alle Anstrengungen unternehmen, um dort zu investieren. Das tut unserem Land nur gut.

Ich möchte nicht den Eindruck erwecken, dass im Moment am Markt gar nichts mehr läuft. Ich hätte vom Bundeszentralamt für Steuern mal gerne gewusst, wie hoch die Erstattungen in den letzten Jahren waren, wie hoch sie heute sind und wie hoch die Einnahmen sind. Das weiß niemand. Von daher besteht dringender Handlungsbedarf zu modernisieren.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Prof. Dr. Spengel. Herr Schröm.

Sv **Oliver Schröm** (Journalist): Vielen Dank. Die ESMA ist diesen Bericht seit über zwei Jahren schuldig. Nach unserer Veröffentlichung hat das Europäische Parlament (EP) eine Resolution erlassen, in der eine Untersuchung gefordert wurde. Der Resolution ist die ESMA auch nachgekommen und hat umgehend einen Zwischenbericht abgegeben. Dieser war auch wirklich erschütternd, weil die ESMA bestätigt hat, dass zumindest bis Ende 2018 - bis zu diesem Zeitpunkt lagen Daten vor - solche Geschäfte in Europa stattgefunden haben. Auch in Deutschland haben solche Geschäfte stattgefunden, wenn auch geringer als in anderen Ländern, weil der Ermittlungsdruck doch auch Wirkung zeigt. Warum seit zwei Jahren kein Abschlussbericht geliefert wird, kann ich leider nicht beantworten. Ich glaube, da muss die Politik die Antwort liefern bzw. Druck auf die ESMA ausüben, damit der Bericht endlich geliefert wird. Ich denke, wir warten alle gespannt auf diesen Abschlussbericht.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank. Dann Herr Heinrich, Finanzamt München Steuerfahndung.

Sv **Helmut Heinrich** (Finanzamt München – Steuerfahndung): Wir prüfen aktuell sieben Komplexe. Ein Komplex kann aus mehreren eigenen Fällen



bestehen. Insgesamt sind es 12 Fälle, darauf angesetzt sind 12 Prüfer und ein Fahnder aus der IT. Diese Ausstattung reicht. Wie gesagt, es ist alles eine Frage der Organisation. Wenn die vernünftig funktioniert, kann es auch mit 12 Leuten funktionieren. Bei Bedarf könnte ich, so auch die Zusage der Amtsleitung, jederzeit nachfassen. Aktuell besteht aber kein Bedarf. Wir haben weder einen Verjährungsdruck noch irgendeinen anderen Druck. Wir werden mit unserem Personal fertig.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank für diese Punktlandung. Herr Güntzler verzichtet auch auf die nächste Frage, herzlichen Dank dafür. Dann geht die nächste Frage an BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Frau Kollegin Paus.

Abg. **Lisa Paus** (B90/GR): Meine Frage geht an Herrn Fiedler. Von ihm würde ich auch gern noch einmal wissen, wie er die aktuelle personelle Ausstattung und insgesamt die Ermittlungsressourcen in den Cum/Ex-Fällen einschätzt. Wir kennen einige Zahlen, aber vielleicht könnten Sie uns noch einmal insgesamt ins Bild setzen. Was ist Ihre Einschätzung, was auf der einen Seite die Ressourcen angeht und auf der anderen Seite die Dimension des aufzuarbeitenden Komplexes.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank. Die Frage geht an Herrn Fiedler, Bund Deutscher Kriminalbeamter. Herr Fiedler.

Sv **Sebastian Fiedler** (Bund Deutscher Kriminalbeamter e. V.): Vielen herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Vielen herzlichen Dank für die Frage. Ich werde versuchen, andere Texte unterzubringen. Denn mein Blick auf die Wirklichkeit - zumindest in Nordrhein-Westfalen - ist ein deutlich anderer, als der, der gerade dargestellt worden ist. Wir haben vom Kollegen Eigenthaler schon gehört, dass wir dort 70 Verfahren mit etwa 900 Beschuldigten derzeit in der Bearbeitung haben. Inklusive einer Hand voll Kriminalbeamter, die mit dabei sind, haben wir weniger als 30 Ermittlungsbeamte.

Wenn wir in einer normalen Ermittlungssituation an solche Sachverhalte herangehen würden, würden wir pro Sachverhalt eine Ermittlungskommission einsetzen, die zwischen vier und zehn Leute stark wäre. Jetzt können Sie in etwa hochrechnen, wie viele Ermittlungsressourcen wir uns eigentlich vorstellen würden. Das heißt: Wir sind Dimensionen von einer halbwegs ausreichenden Personalausstattung entfernt. Wir haben in diesem Fall

noch nicht einmal einen halben Ermittler pro Ermittlungsfall. Auch das Verhältnis zwischen Ermittlern und Staatsanwälten klappt wirklich Wellen auseinander.

Und es geht in diesen Sachverhalten nicht um irgendwelche Fahnder, um irgendwelche Ermittlungsbeamten, die wir brauchen. Wir haben es hier mit internationalem Börsengeschehen zu tun, mit einer branchenspezifischen Sprache, häufig auf Englisch, es wird viel mit Abkürzungen gearbeitet. Wenn Sie mit den Kolleginnen und Kollegen sprechen, gehen diese realistisch davon aus, dass neue Leute, die jetzt eingesetzt werden, zwischen sechs und 12 Monaten brauchen, bis sie halbwegs lauffähig sind, um in den Ermittlungen effektiv arbeiten zu können.

Damit sind wir noch nicht fertig. Wie Sie der Presse hin und wieder entnehmen können, machen wir auch häufig mal Durchsuchungen mit Massen von Asservaten. Es gibt keine Räumlichkeiten, es gibt keine ausreichenden Lagerkapazitäten. Wir brauchen IT-Ausstattung, wir brauchen Software, idealerweise künstliche Intelligenz. Weil mir nicht viel Zeit zu Verfügung steht, versuche ich, dies mal mit wenigen Worten deutlich zu machen. Wir könnten ganze 90 Minuten allein zu diesem Sachverhalt reden. Angesichts der Tatsache, dass wir über das größte Wirtschaftsverbrechen der Nachkriegsgeschichte mit zehn Milliarden Euro an Steuerausfällen diskutieren, fehlt mir jegliches Verständnis für diese Ausstattung.

Damit Sie ein bisschen ein Gespür für den Vergleich bekommen: Wir haben 2015/2016 erhebliche Steigerungen bei der Einbruchskriminalität gehabt. Damals hat allein das Land Hamburg 100 Leute eingesetzt, um sich mit diesem Themenbereich auseinanderzusetzen. Sie kennen den Ansatz von Personalressourcen im Bereich Kindesmisshandlung und Kinderpornografie. Ich muss Ihnen sagen, wir schauen beim vorliegenden Thema viel zu wenig auf die Innenseite. Und das hat damit zu tun, dass wir hier über organisierte Kriminalität reden. Es geht hier nicht um irgendwelche Finanzkriminalität, sondern im typischen Wortsinne um organisierte Kriminalität. Wir müssen hier das Hochreck der Kriminalistik bedienen, gepaart mit den Spezialkompetenzen, die wir im Finanzsegment brauchen.



Christoph Spengel hat es gerade angedeutet: Möglicherweise ist es zu kurz gesprungen, dies den einzelnen Ländern zu überlassen. Angesichts der Tatsache, dass die Steuern, die wieder hereingeholt werden, auch dem Bund zugutekommen, könnte sich hier durchaus auch der Bund engagieren. Wir sollten intensiver darüber diskutieren, wo wir überhaupt theoretisch solche Kolleginnen und Kollegen herbekommen könnten. Ich hoffe, dass Herr Münch mich nicht kreuzigt, aber man könnte in diesem Zusammenhang zum Beispiel das BKA in die Diskussion hineinwerfen.

Ich will noch einen Satz zum Thema Verjährung anbringen, weil wir dies nicht als ganz so problemlos betrachten, wie dies hier teilweise dargestellt worden ist. Immer dann, wenn neue Durchsuchungen stattfinden und potenziell neue Beschuldigte auftauchen, haben wir durchaus die Sorge, dass wir strafrechtlich relevant die Verjährung nicht rechtzeitig unterbrechen können. Deswegen regen wir an, mit Bezug auf die aktuell im Bundestag befindlichen Diskussionen zum Verbandssanktionengesetz - untechnisch gesprochen ein „Unternehmensstrafrecht light“ - in die juristische und rechtspolitische Diskussion die Frage mit einzuführen, ob wir nicht eine Verjährungsunterbrechung für natürliche Personen in der Zukunft in den Fällen hinbekommen können, in denen ein Verfahren nach dem künftigen Verbandssanktionengesetz geführt wird. Das ist eine neue rechtliche Diskussion, die aus der Praxis heraus jedenfalls höchste Relevanz hätte. Das wäre der Impuls am Ende meiner wenigen Minuten, die ich zur Verfügung habe. Herzlichen Dank.

Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Fiedler. Die letzte Frage in dieser Anhörung stellt für die SPD Fraktion der Kollege Binding.

Abg. **Lothar Binding** (SPD): Vielen Dank, ich wollte Herrn Prof. Dr. Florstedt eigentlich nur noch einmal um eine Bestätigung bitten. Wenn ich es richtig verstanden habe, dann sagen Sie: Die Missbrauchsbekämpfungsvorschrift im § 36 Abs. 2a EStG funktioniert. Dann leite ich daraus ab, dass wir keine weiteren gesetzgeberischen Schritte zur Verhinderung von Cum/Cum-Geschäften mehr brauchen, ist das richtig?

Vorsitzende **Katja Hessel**: Die Frage richtet sich an Herrn Prof. Dr. Florstedt, EBS Universität für Wirtschaft und Recht.

Sv **Prof. Dr. Tim Florstedt** (EBS Universität für Wirtschaft und Recht): Vielen Dank für die Nachfrage, um das klarstellen zu können. Was nicht funktioniert, ist die allgemeine Missbrauchsvorschrift, also der § 42 AO. Wenn ich das ganz kurz sagen darf, das wäre mir wichtig, dass das nachvollzogen wird. Herr Lotzgeselle hat es gerade angedeutet. Es gibt schon eine Vorschrift, die allgemein im Steuerrecht unterbinden soll, dass Missbrauch entsteht. Jetzt haben wir einen Fall, wo jemand nicht zweimal, sondern theoretisch 100 mal eine Erstattung erlangt, aber er hatte nie die dazugehörige Aktie. Das kann nicht richtig sein. Ich glaube, da sind wir uns alle einig. Und § 42 AO kann den Fall nicht lösen? Das kann nicht sein. Man kann nicht im Steuerrecht eine Missbrauchsvorschrift haben, die diesen einfachsten Fall nicht lösen kann.

Weil das mit § 42 AO nicht funktioniert, kommt jetzt § 36 a EStG ins Spiel. Und ich glaube, diese Vorschrift funktioniert. Aber, auch das haben wir schon gehört, wir wissen es nicht, es wird nicht untersucht. Es kann sehr wohl sein, dass im Moment Steuerpflichtige, die eigentlich dazu berechtigt wären, die Erstattung nicht einreichen. Das haben wir auch gerade gehört: Das landet alles sofort bei der Staatsanwaltschaft, da warten die lieber zwei Jahre. In fünf Jahren kann es durchaus so sein, dass in den Konzernen überall Sicherungsgeschäfte getätigt werden. Das kann die deutsche Konzerntochter, die 91 Tage lang oder länger die Aktien hat, nicht wissen. Und dann kann wieder systematisch Missbrauch entstehen. Das kann wiederkommen. Ich habe den Eindruck, dass wegen der Strafverfahren der Markt im Moment ganz ruhig ist.



Vorsitzende **Katja Hessel**: Vielen Dank, Herr Prof. Dr. Florstedt. Ich gehe davon aus, dass Herr Binding uns die restliche Redezeit geschenkt hat. Damit sind wir am Ende der heutigen Anhörung. Ich darf mich ganz herzlich bei den angereisten Sachverständigen bedanken. Danke auch nochmals für ihr Verständnis, dass wir die Anhörung gekürzt und vorverlegt haben. Auch ganz herzlichen Dank an die drei Herren, die uns per Video zugeschaltet waren. Ich freue mich, die Kolleginnen und Kollegen gleich bei der Aktuellen Stunde zu Cum/Ex

unten im Plenum wiederzusehen. Allen eine schöne Woche. Die Anhörung ist beendet.

Schluss der Sitzung: 15:12 Uhr

Katja Hessel, MdB
Vorsitzende



- Anlagenverzeichnis -

- Anlage 1:** Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Heribert Anzinger, Universität Ulm
- Anlage 2:** Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Tim Florstedt, EBS Universität für Wirtschaft und Recht
- Anlage 3:** Stellungnahme von Herrn Alexander Heist, Heist Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- Anlage 4:** Stellungnahme von Herrn Helmut Lotzgeselle, Hessisches Finanzgericht
- Anlage 5:** Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Christoph Spengel, Universität Mannheim

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. Untersuchungsausschuss 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 Hinweisen 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 Depositary 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 gebotenen 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 Nettoszahungen 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-Depositary-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, BGBl. 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 Depositary 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 Abwicklungssystemen 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 Gestaltungsmissbrauch 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.

haldedauer 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 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.

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

A. Reformbedarf heute	3
I. Der aktuelle Stand	3
II. Folgerung	4
B. Reformen des Kapitalanlagesteuerrechts	5
I. Steuerrechtliche Zurechnung von Wertpapieren	5
II. Kapitalertragsteuerbescheinigung	6
III. Sonstiges	7
C. Anzeigepflichten, spezielle und allgemeine Missbrauchsvorschriften	8
I. Mitteilungspflichten bei grenzüberschreitenden Gestaltungen, §§ 138d–138k AO	8
II. Missbrauchsvorschriften	8
1. §§ 36a, 50j EStG	8
2. § 42 AO	8
D. Unternehmensstrafe und Hinweisgeberschutz (Whistleblowing)	10
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
E. Sonstiges	15
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 5.5.2009¹ 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-Umsetzungsgesetz² 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 Datenträgerverfahrens³ und der Voraussetzung einer schriftlichen Bestätigung der Aktienhinterlegung⁴ unterbunden.

Beim Dividendenstripping, das lange als „grundsätzlich zulässig“ angesehen wurde,⁵ 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.⁶

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,

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

² OGAW-IV-UmsG v. 22.6.2011, BGBl. I 2011, 1126.

³ BT-Drs. 19/7484, S. 8.

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

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

⁶ 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“).⁷ 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.⁸

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 vorausseilend und zügig geschlossen (§ 31 Abs. 3 InvStG n.F.). Die untergerichtliche Judikatur in Kassel⁹ und Köln¹⁰ 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;¹¹ 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;¹² die auf die BEPS-Problematik zugeschnittenen Meldepflichten der §§ 138d–138k AO beziehen undifferenziert alle möglichen, irgendwie modellhaften Gestaltungen ein, darunter viele nicht anzeigewürdige.¹³ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

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

¹¹ Näher C. II. 1.

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

¹³ 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 benutzten 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.¹⁴ 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,¹⁵ macht aber seit 2014 eine Ausnahme für „initiierte und modellhaft aufgelegte“ Konstruktionen; welche der eingangs genannten Fälle das wären, bleibt offen.¹⁶ Der VIII. Senat hatte dagegen bei „modellhaften“ Wertpapiertransaktionen den Inhaberwechsel und einen Missbrauch nach § 42 AO bejaht,¹⁷ auf gleicher Linie lag ein Urteil des IX. Senats v. 8.3.2017.¹⁸ Das BMF vertrat in seinem Schreiben vom 11.11.2016 den einen, in dem Schreiben vom 17.7.2017 den anderen Standpunkt.¹⁹ Völlig ungeklärt ist schließlich, wie der steuerrechtliche Eigentumswechsel beim OTC-Handel vermitteltst Xetra oder bei Börsengeschäften mit einer zentralen Gegenpartei aufgefasst werden muss.²⁰ Anders gesagt: Für den realpraktischen Börsenhandel um Stichtage ist die Beurteilung, wer Anteilinhaber 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

¹⁴ 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).

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

¹⁶ 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.

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

¹⁸ 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“.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.²¹ Hier lag eine wichtige Vorbedingung der Cum/Ex-Geschäfte.

Der Referentenentwurf zur Einführung elektronischer Wertpapiere (vom 11.8.2020)²² 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.²³ Damit wird der anachronistische Ordnungszugriff nur perpetuiert.²⁴ 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*,²⁵ 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 erklärungsbedürftig, warum die einfache Spendenquittung gem. § 10b EStG ab einem Betrag von 200 Euro im Original vorgelegt werden muss,²⁶ das Zuchtrind ein Etikett haben muss, damit Geburt, Mast, Schlachtung, Zerlegung nachvollzogen werden können,²⁷ man aber beim komplizierten Kapitalmarktgeschehen 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

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

²² Abrufbar auf der Internetseite des BMF.

²³ § 2 Abs. 3 eWpG-RefE.

²⁴ 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.

²⁵ BB 2019, 1568 ff.

²⁶ 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.

²⁷ 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).²⁸

Insgesamt erscheint es vorzugswürdig, nach anderen Wegen einer Sicherung des Kapitalertragsteueraufkommens zu suchen. Die Cum/Ex-Fälle geben auch dazu die Richtung vor: Die Verwahrstellen 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.²⁹ 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.³⁰

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

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

³⁰ 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.³¹ 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“³² unternimmt, wird sich weder durch ein schlechtes Gewissen, eine Ordnungswidrigkeit begangen zu haben, noch durch eine Geldbuße von bis zu 25.000 Euro³³ zu einer Meldung anhalten lassen.

II. Missbrauchsvorschriften

1. §§ 36a, 50j EStG

Als bereits überschießende 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.³⁴

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

³¹ 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).

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

³³ In den Niederlanden oder Polen können Bußgelder über 500.000 Euro hinaus verhängt werden.

³⁴ 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/Henfelder*, 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.³⁵ Wohlgermerkt: 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.³⁶ Man könnte es erneut versuchen, § 42 AO zu „optimieren“;³⁷ der Gesetzgeber hat sich anlässlich der Umsetzung der ATAD unlängst dagegen entschieden,³⁸ 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.³⁹

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

³⁶ Ausf. dazu *Osterlob-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 85 ff.

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

³⁸ 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.

³⁹ 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.⁴⁰ 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.⁴¹ 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.⁴² 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.⁴³ 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

⁴⁰ Stigler, 78 J. Pol. Econ. 526, 531 (1970).

⁴¹ Coffee, 79 Mich. L. Rev. 386, 389 (1981).

⁴² §§ 30 Abs. 2, 130 Abs. 3 S. 3 OWiG.

⁴³ 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.⁴⁴ 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).⁴⁵ 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,⁴⁶ 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.

⁴⁴ Vgl. auch § 50a BörsG; § 123 WpHG; § 12 Abs. 3 UWG.

⁴⁵ Zu denken wäre an aktienverleihende Institute oder inländische Depotbanken, die für ausländische Leerverkäufer gehandelt haben.

⁴⁶ 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 berücksichtigt⁴⁷ und sind aufsichtsrechtlich längst geregelt.⁴⁸ 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.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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.⁵¹ 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

⁴⁷ BGH NZG 2018, 36 zu § 30 OWiG.

⁴⁸ §§ 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 KWG; § 29 VAG.

⁴⁹ *Baums/v. Buttler*, ZHR 184 (2020), 259 (283 ff.).

⁵⁰ Begr. des RefE, S. 84.

⁵¹ 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.⁵²

II. Whistleblowing

1. Hinweisgeberschutz

Das Unionsrecht⁵³ und ausländische Rechte⁵⁴ 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.⁵⁵ Der Gesetzgeber sollte deswegen bei der Umsetzung der sog. Whistleblowing-Richtlinie von der Option Gebrauch machen, auch Verstöße gegen nationales Kapitalertragsteuerrecht einzubeziehen.⁵⁶

2. Belohnungsanreize für Hinweise

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

⁵² Dazu *Florstedt*, DStR 2019, 695 (699 f.).

⁵³ 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“.

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

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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).

⁵⁷ ErwGr. 34 Whistleblowing-RL stellt explizit fest, dass insoweit die Motivlage für den Hinweisgeber unbeachtlich 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).

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

(!)⁵⁹ zum Ausdruck kommt, geben Anlass, diese Beurteilung nochmals zu überdenken. In der empirischen Forschung,⁶⁰ aber auch in der praktischen Anwendung in fremden Rechtsordnungen sind die Ergebnisse mit Belohnungssystemen mit einem gewissen Missbrauchsschutz (eidesstattliche Versicherung,⁶¹ Filterung der Anzeigen durch summarische Prüfungen⁶²) insgesamt durchaus nicht negativ.⁶³

⁵⁹ Vgl. noch E. IV.

⁶⁰ Vgl. dazu *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (915 ff.).

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

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

⁶³ 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 gesetzestvorbereitenden 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 BGH⁶⁴) sollte der Flüchtigkeitsfehler im zweiten Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise⁶⁵ korrigiert werden. Auch darüber hinaus sollte der Gesetzgeber die Rückerlangung der unrechtmäßig ausgezahlten Steuer ohne Beachtung des Rückwirkungsverbots ggf. durch weitere Verjährungsregeln

⁶⁴ 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.

⁶⁵ BGBl. 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

**MÖGLICHE STEUERGETRIEBENE
TRANSAKTIONSSTRUKTUREN NACH OGAW IV**

**–DARSTELLUNG IM AUFTRAG DER BÜRGERBEWEGUNG
FINANZWEINDE E.V.–**

STAND 4. SEPTEMBER 2020

Inhalt

1	Fragestellung	1
2	Exzerpt	1
3	Aktienhandel über den Dividendenstichtag vor und nach OGAW IV	2
4	Aus Cum/Ex wird „derivatives Cum/Ex“	5
4.1	Cum/Cum-Strategie vor der Gesetzesänderung zum 1. Januar 2012	5
4.2	Übertrag der Cum/Cum-Strategie auf die OGAW IV-Buchungslogik	7
4.3	„Derivatives Cum/Ex“	8
4.4	Keine Steuerabfuhr	10
4.5	Warum Cum/Ex zu Cum/Cum-Erträgen mit Leerverkäufen wurde	11
5	Strategien im Anschluss an das Prinzip „derivatives Cum/Ex“	12
5.1	Doppelbesteuerungsabkommen	12
5.2	American Depositary Receipt (ADR)	13
5.3	Investorenebene der Fonds	13
5.4	Kursverlust als „Arbitragegewinn“	14
5.5	Reverse Claim	14
5.6	Vervielfachung von „Bruttodividenden“	15
6	Ex/Cum	16
6.1	Nettozahlungen im Inland	16
6.2	Lösungsansätze	16
7	Disclaimer	18

1 Fragestellung

Die Bürgerbewegung Finanzwende e.V. hat mich beauftragt darzustellen, ob auch nach dem Inkrafttreten der Rechtsänderungen durch das OGAW IV Umsetzungsgesetz steuergetriebene Geschäfte über den Dividendenstichtag nach den bekannten Cum/Ex bzw. Cum/Cum Mustern möglich sind.

2 Exzerpt

Auch heute erscheint es möglich, dass so gut wie keine Kapitalertragsteuer auf Dividendenauszahlungen beim Fiskus ankommt. Aufgrund von Ansprüchen aus Doppelbesteuerungsabkommen kann es darüber hinaus weiterhin zur (mehrfachen) Erstattung nicht gezahlter Steuer kommen. Bei der „Körperschaftsteuergestaltung“ spielt der Cum/Ex-Trade weiterhin eine Rolle.

Steuergetriebene Cum/Ex-Trades sollten mit einer Gesetzesänderung zum Jahresbeginn 2012 endgültig abgeschafft werden. Dividendenauszahlungen können bei entsprechend strukturiertem Handel um den Auszahlungstichtag aber noch heute als handelsrechtlich entstandener buchmäßiger Verlust betrachtet werden. Das Phänomen tritt buchhalterisch auf und ist den Gegebenheiten der Aktienverwahrung und der entsprechenden Buchungslogik geschuldet.

Lange Zeit wurde nach der öffentlichen Berichterstattung erhebliches Steuervolumen, teilweise in dreistelliger Millionenhöhe, unter anderem an „Briefkastenfirmen“ ausbezahlt. Dies führte zum Zugriff durch die Finanzverwaltung und letztlich zur Aufdeckung des Cum/Ex-Skandals. Mittlerweile hat die Finanzverwaltung mit der Auszahlung an diese Stellen und in diesem Umfang den Verlautbarungen nach aufgehört. Es besteht jedoch Anlass anzunehmen, dass die Cum/Ex-Geschäfte mit veränderter Struktur bis zum heutigen Tage weiterlaufen.

In diesem Papier werden auftragsgemäß ausgewählte denkbare Gestaltungen ab 2012 behandelt:

1. Die klassische Gestaltung, durch die dem Fiskus die höchsten Beträge vorenthalten werden können, wird in **Kapitel 4** unter der Bezeichnung „derivatives Cum/Ex“ oder „Cum/Cum mit Leerverkäufen“ beschrieben.
2. An den im Kapitel 4 beschriebenen Trade können weitere Gestaltungen angeknüpft werden. Von diesen zeige ich in **Kapitel 5** exemplarische Strukturen auf.
3. Schließlich wird ein Beispiel für einen bis heute möglichen Körperschaftsteuereffekt in Form des Ex/Cum-Trades in **Kapitel 6** dargestellt.

3 Aktienhandel über den Dividendenstichtag vor und nach OGAW IV

Die OGAW IV Gesetzgebung diente der Umsetzung der EU-Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung des Rechts der Kapitalanlagen. Im Gesetzgebungsprozess wurde zugleich die Problematik des Aktienhandels über den Dividendenstichtag einer vermeintlichen Lösung zugeführt. Die Gesetzesänderungen waren in Gänze ab dem Jahr 2012 wirksam. Der Aktienhandel über den Dividendenstichtag führte bis zur Gesetzesänderung bei Cum/Ex-Geschäften in Verbindung mit Leerverkäufen zu erkennbar großen Steuerschäden.

Dividendenzahlungen unterliegen dem Kapitalertragsteuerabzug. Die Kapitalertragsteuer stellt eine Vorauszahlung auf Körperschaft- oder Einkommensteuer dar. Schuldner der Kapitalertragsteuer ist vor und nach den OGAW IV Gesetzesänderungen der Dividendenberechtigte (Gläubiger der Kapitalerträge), der die Dividendenzahlung bei seiner Körperschaftsteuererklärung als Einkunft zu veranlagern hat. Die Kapitalertragsteuer wird als Quellensteuer einbehalten. Daher ist eine steuerlich privilegierte Körperschaft bei Feststellung ihrer Steuerlast am Geschäftsjahresende grundsätzlich zur Anrechnung bzw. Erstattung von abgeführter Kapitalertragsteuer berechtigt. Vor den OGAW IV Gesetzesänderungen wurde die Steuerabfuhr vom Emittenten der Aktien vorgenommen. Betragsmäßig wurde die Dividende netto von den Depotbanken zunächst an die Anteilseigner weitergereicht. Die zur Anrechnung berechtigende Steuerbescheinigung wurde von der Depotbank des jeweiligen Aktieinhabers oder von der Clearstream Banking AG, Frankfurt (CBF) ausgestellt.¹

Cum/Ex-Geschäfte ermöglichten nach den Ergebnissen des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages die Anrechnung bzw. Erstattung zuvor nicht gezahlter Kapitalertragsteuer. Dazu haben sich Marktteilnehmer den Umstand zu Nutze gemacht, dass der Kapitalertragsteuerabzug von einer anderen Stelle bescheinigt wurde als von derjenigen, die den Abzug tatsächlich vorgenommen hat.

Manche Marktteilnehmer legten nach den gewonnenen Erkenntnissen des Untersuchungsausschusses modellhafte Gesamtvertragskonzepte auf, deren Ziel es war, Belege für Aktienbuchungen zu generieren. Es ging den Beteiligten dabei nicht darum, Aktien für eine dauerhafte Investition zu erwerben oder von deren Kursgewinnen auch nur kurzfristig zu profitieren. Ziel der beobachteten Transaktionen sei lediglich das Auslösen von Buchungsvorgängen bei ihren Depotbanken gewesen, sodass entsprechende Depotauszüge und schließlich korrespondierende Steuerbescheinigungen generiert werden konnten. Aufgrund der Buchungslogik bei Aktiengeschäften konnten die Vorgänge ohne tatsächlichen Bestand von Aktien angestoßen werden. Wenn die Aktiengeschäfte mit Lieferzeit

¹ Die Zentralverwahrstelle für Aktien deutscher Gesellschaften ist in der Regel die Clearstream Banking AG, Frankfurt (CBF) als Tochter der Deutsche Börse AG. Die der CBF nachgelagerten Depotbanken verbuchen Aktien für ihre Kunden in der Regel nach dem Vorbild der CBF.

über den Dividendenstichtag geschlossen wurden, lösten sie auch ohne Bestand Buchungen von Dividendenkompensationszahlungen aus. Dadurch wurden mehr „Nettodividendenbuchungen“ veranlasst als Dividendenzahlungen von der Aktiengesellschaft vorgenommen wurden. Damit überstieg das Anrechnungs- bzw. Erstattungsvolumen die vom Emittenten versteuerten Dividendenzahlungen. Auch die mit Jahressteuergesetz 2007 eingeführte Besteuerung von Dividendenkompensationszahlungen vermochte hieran nichts zu ändern. Die Marktteilnehmer erhielten Steuerbescheinigungen trotz unterbliebener Abfuhr, der Staat habe im Ergebnis „draufgelegt“. Der Erhalt einer solchen Zahlung in Höhe der Nettodividende reichte als Anschein für die Abfuhr der Steuer aus. Der Betriebsprüfung des Finanzamtes war es nach den Feststellungen des Untersuchungsausschusses nur möglich, die Nettobeträge mit den vorgelegten Steuerbescheinigungen abzugleichen. Zur Ausstellung der Steuerbescheinigung war jedoch die Depotbank des Käufers verpflichtet, obwohl sie selbst mit der Abfuhr der Steuer nichts zu tun hatte. Damit wurden im Ergebnis Steuern angerechnet oder erstattet, die nie gezahlt wurden.² Die Versteuerung der Kompensationszahlung (also der nicht vom Emittenten versteuerten „Dividende“) sollte die „den Verkaufsauftrag ausführenden Stelle“ vornehmen. Bis heute ist nicht durch reproduzierbare Auslegung ermittelt, wer damit vom Gesetzgeber gemeint war.³

Die Gesetzesänderungen zum 1. Januar 2012 sollten die Ausstellung von Steuerbescheinigungen und Steuerabzug beim Handel von Aktien über den Dividendenstichtag technisch bei derselben Instanz bündeln. Der angedachte Mechanismus zur Verhinderung der Cum/Ex-Trades war die Neuzuweisung der zum Steuerabzug verpflichteten Stelle. Abgeführt wurde die Quellensteuer vor der Gesetzesänderung wie ausgeführt vom Emittenten. Seit der Gesetzesänderung zum Jahr 2012 wird die Steuer von der Bank, die die Dividende an den Aktionär letztlich auszahlt, bescheinigt und abgeführt. Als die Kapitalertragsteuer vor Einführung der OGAW IV Gesetzgebung auf der Ebene der Aktiengesellschaft einbehalten wurde, wurden von den nachfolgenden Banken nur Nettozahlungen verbucht. Der Dividendenberechtigte erhielt für die Nettozahlung von seiner Depotbank eine Steuerbescheinigung, auch wenn es sich nicht um eine Dividenden- sondern um eine Dividendenkompensationszahlung gehandelt hat und der Steuerabzug hierauf nicht nachvollzogen werden konnte.

Seit der OGAW IV Gesetzesänderung werden die Dividendenzahlungen über die Depotbanken bis zur letzten auszahlenden Stelle brutto verbucht. Der Steuerabzug soll bei der letzten Stelle vorgenommen werden, die die Bescheinigung erst ausstellt, wenn sie selbst die Steuer abgezogen hat (sog. Zahlstellenprinzip). Damit fällt bei der Bruttoverbuchung die die Steuer abführende und die den

² Vgl. beispielhaft die Zeugenvernehmung von Dr. Wolfgang Schäuble, damaliger Bundesfinanzminister im 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages, zusammengefasst abrufbar unter https://www.bundestag.de/presse/hib/2017_02/493794-493794 (zuletzt abgerufen am 3.9.2020).

³ Nach der OGAW IV Gesetzgebung soll die Steuer von der letzten inländischen Stelle abgeführt werden. Hier besteht m.E. ein nahezu identisches Problem bei nachträglichen Korrekturbuchungen.

Steuerabzug bescheinigende Stelle nicht mehr auseinander. Der Verkauf einer Aktie über den Dividendenstichtag löst damit keine Nettokompensationszahlung mehr aus, die als Anschein für eine Steuerbescheinigung dienen könnte. Nunmehr findet eine Bruttoverbuchung statt. Das Problem scheint gelöst.

Der Verkauf von Aktien ohne Bestand (Leerverkauf, struktureller Leerverkauf) mit Lieferzeit über den Dividendenstichtag führt jedoch faktisch weiterhin zur kurzfristigen buchhalterischen Vervielfältigung von Aktienbeständen und damit von „Dividendenbuchungen“. Aufgrund der Änderung der Netto- zur Bruttoverrechnung werden nunmehr Bruttozahlungen vervielfältigt, sodass im Regelfall eine Bescheinigung ohne Steuerabzug nicht ausgestellt wird.⁴

Trotzdem haben die Marktteilnehmer weiterhin großvolumigen Handel über den Dividendenstichtag betrieben. Motive dafür sehe ich nur in Steuereffekten. Mögliche Szenarien habe ich im Folgenden zusammengefasst.

⁴ Ausnahmen unter anderem: BMF-Schreiben vom 20.12.2012 - IV C 1 – S 2401/08/10001:008 BStBl 2013 I S. 36.

4 Aus Cum/Ex wird „derivatives Cum/Ex“

Auch nach der Einführung von OGAW IV sehe ich aus öffentlichen Quellen deutliche Hinweise auf Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag. Bei dem beobachteten Handel geht es den Beteiligten nach meinem Eindruck nicht darum Aktien zu übertragen, sondern vielmehr darum, Buchungsvorgänge bei Depotbanken auszulösen. Erkennbar bleiben die typischen Kreisgeschäfte, bei denen Aktien zu identischen Kursen zwischen den gleichen Parteien hin und her gebucht werden. Da die Geschäfte ohne Kursrisiko stattgefunden haben dürften,⁵ kann es bei wirtschaftlicher Betrachtung nur einen steuerlichen Hintergrund für die Transaktionen geben.

Eine Erklärung ist die Umsetzung von Strategien mit dem Effekt der Cum/Cum-Geschäfte vor OGAW IV. Dazu stelle ich den Ablauf einer Cum/Cum-Gestaltung vor der OGAW IV Gesetzgebung dar. Danach leite ich daraus die Cum/Cum-Gestaltung nach der neuen Gesetzgebung ab. Der Übertrag ermöglicht die Darstellung der Strategie „derivatives Cum/Ex“, die nach der OGAW IV Gesetzgebung im Markt umgesetzt werden konnte.

4.1 Cum/Cum-Strategie vor der Gesetzesänderung zum 1. Januar 2012

Ein ausländischer Investor hält eine Aktie einer deutschen Gesellschaft, deren Dividendenauszahlung ansteht. Die Dividende wird netto an die Anteilseigner ausgeschüttet, der Emittent hat die Kapitalertragsteuer abführt. Der Steuerausländer kann den Kapitalertragsteuerabzug nicht in vollem Umfang geltend machen. Dadurch würde er die einbehaltene Kapitalertragsteuer auf seine Dividende zumindest teilweise verlieren (sog. Definitivbesteuerung). Um den definitiven Kapitalertragsteuerabzug zu umgehen, verkauft der Steuerausländer die Aktie an einen Steuerinländer und liefert die Aktie cum Dividendenauszahlungsanspruch.⁶ Der Steuerausländer erzielt einen Verkaufspreis für die Aktie, der die Bruttodividende enthält. Die Rückführung der Aktie ohne Auszahlungsanspruch erfolgt zu vorher vereinbarten Konditionen preisneutral. Jedoch umgeht der Steuerausländer hierdurch die Besteuerung der Dividende, die er in den Verkaufspreis umgewandelt hat. Bei ausschließlicher Betrachtung der Differenz von Verkaufspreis der Aktie cum Dividendenanspruch (teuer) und Rückkaufspreis ex Dividendenanspruch (billig) realisiert der Steuerausländer einen Gewinn aus Aktiengeschäften. Setzt man den Verlust des Dividendenauszahlungsanspruchs an, handelt es sich wirtschaftlich betrachtet um ein Nullsummenspiel.

⁵ Die Geschäfte in relevanten Aktienvolumen mussten auch aus regulatorischen Gründen abgesichert sein. Selbst eine große Bank kann eine offene Buchposition in einer relevanten Größe nicht ohne Absicherung aufweisen.

⁶ Es kommen auch andere vertragliche Gestaltungen als Kaufverträge in Betracht. Jedenfalls werden die Geschäfte im Ergebnis als „Kauforder“ bei der Depotbank eingegeben.

Die Aktiengesellschaft schüttet die Dividende netto (73,625% der Bruttodividende) aus und hat den Steueranteil (26,375% der Bruttodividende) an das zuständige Finanzamt abgeführt. Die Dividende wird als Nettozahlung an die Depotbank des Inländers weitergeleitet. Auf die Nettozahlung stellt die Depotbank, die mit der Steuerabfuhr nicht in Berührung kommt, eine Steuerbescheinigung aus.

Der Inländer verbucht die Nettodividende und erhält eine Steuerbescheinigung, mit der die Zahlung bei seiner Steuerveranlagung berücksichtigt werden kann. Sobald die Steuer angerechnet bzw. erstattet wird, handelt es sich auch für den Steuerinländer um ein Nullsummenspiel. Das Geschäft wird von den Parteien mit Derivaten gegen Kursveränderungen der Aktie abgesichert, worüber der Steuerinländer regelmäßig eine Gewinnbeteiligung von wenigen Dividendenpunkten⁷ erhält. Bei Betrachtung des Kaufpreises der Aktie cum Dividendenanspruch und Verkaufspreis der Aktie ex Dividendenanspruch realisiert der Steuerinländer einen Verlust aus Aktiengeschäften in Höhe der Bruttodividende. Aufgrund der Dividendenzahlung und der geschäftsjährlichen Steueranrechnung bleiben die Aktiengeschäfte ein Nullsummenspiel. Der Gewinn wird im Beispiel über das Absicherungsderivat in Gestalt von sog. Dividendenpunkten (oder auch Dividendenlevel genannt) verteilt. Denkbar sind aber auch sonstige gewinnverlagernde Nebenabreden wie Gebühren.

Steuerlich erlangt der Steuerinländer eine Anrechnungsposition aufgrund eines Geschäfts, das wirtschaftlich betrachtet keinen außersteuerlichen Zweck erfüllt. Handelt es sich bei Kauf und Rückführung der Aktie um „wechselseitige Austauschgeschäfte“, wird „lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition“ verschafft, mit der keine Steuerposition verbunden ist.⁸

Der Name Cum/Cum-Geschäft rührt daher, dass die Aktien dem Steuerinländer cum Dividendenanspruch verkauft und cum Dividendenanspruch geliefert werden, mithin also eine Einbuchung cum Dividende auf dessen Depot erfolgt.

Der Aktienkauf kann schuldrechtlich auch mit Lieferzeit über den Dividendenstichtag vereinbart werden. Dann erfolgt die „sachenrechtliche Lieferung“ erst nach dem Dividendenstichtag, also mit einer Aktie ex Dividendenberechtigung. Dann handelt es sich um Cum/Ex-Geschäfte. Es wird aufgrund der

⁷ Ein Dividendenpunkt bedeutet 1% der Bruttodividende. Die Bruttodividende besteht zu 73,625 Dividendenpunkten aus Nettodividende und zu 26,375 Dividendenpunkten aus Kapitalertragsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag.

⁸ So beispielsweise FG Hessen, vom 28.1.2020, Az. 4 K 890/17; Außerdem stellen die Geschäfte demnach eine missbräuchliche Steuergestaltung i.S.d. § 42 AO dar.

Buchungslogik eine Nettokompensationszahlung erzeugt, bei Handel ohne strukturellen Bestand werden auf diesem Wege Steuerbescheinigungen gegenüber dem tatsächlichen Steuerabzug vervielfältigt.⁹

4.2 Übertrag der Cum/Cum-Strategie auf die OGAW IV-Buchungslogik

Die Cum/Cum-Strategie kann auch nach Einführung der Bruttoverbuchung umgesetzt werden. Im Folgenden erläutere ich ein Vorgehen, das nach der Gesetzesänderung zum gleichen Effekt wie die oben beschriebene Strategie führen würde.

Vor der OGAW IV Gesetzgebung hat der Emittent die Kapitalertragsteuer abgeführt und die Dividende netto über das Verwahrsystem an die Aktionäre verteilt. Nach der OGAW IV Gesetzesänderung und mit der Einführung des Zahlstellenprinzips verteilen die Zentralverwahrstelle und Depotbanken die Dividende in der Regel brutto an ihre Kunden. Etwa deutsche Depotbanken erhalten die Dividende brutto weitergereicht. Auch Fonds mit Nichtveranlagungsbescheinigung erhalten die Dividenden brutto ausbezahlt. Verbucht die Zentralverwahrstelle oder ein Zwischenverwahrer die Dividende bei einem Steuerausländer, wird hingegen nur der Nettobetrag gutgeschrieben. Die Differenz wird zunächst auf einem gesonderten Konto einbehalten.

Wenn die Verwahrstelle eine Dividende netto verbucht, bleibt bei ihr der Betrag der Steuer zurück, da sie zuvor die Dividende brutto zur Verfügung gestellt bekommen hat. Der Betrag der Steuer ist für die Abfuhr an das Finanzamt vorgesehen, wird jedoch zunächst auf einem Konto bei der jeweiligen Verwahrstelle (Depotbank oder Zentralverwahrer) verbucht. Die Verwahrstelle führt Buch darüber, wie viel der Steuerliquidität sie für jeden ihrer Kunden einbehalten hat.

Zur Umgehung des Steuereinhalts durch die auszahlende Stelle bei Buchungen in das Ausland kann nach dem Muster der oben dargestellten Cum/Cum-Geschäfte vorgegangen werden. Ein ausländischer Investor hält eine Aktie einer deutschen Gesellschaft mit Dividendenauszahlungsanspruch. Als Steuerausländer würde von der letzten inländischen Stelle die Kapitalertragsteuer einbehalten. Zunächst hätte die letzte inländische Stelle die einbehaltene Steuer auf einem eigenen Konto zurückzuhalten, schließlich aber an das Finanzamt abzuführen. Die einbehaltene Kapitalertragsteuer kann der Steuerausländer nicht ohne weiteres bei seiner Veranlagung geltend machen, er erleidet unter Umständen einen definitiven Steuerabzug.

⁹ LG Bonn vom 18.3.2020, 62 KLS – 213 Js 41/19 -1/19, Kurzfassung Cum/Cum und Cum/Ex Rn. 368 ff. (nicht rechtskräftig).

In Ansehung dieses Umstandes verkauft und liefert er beispielsweise die Aktie mit dem Dividendenauszahlungsanspruch einem steuerinländischen Fonds mit Nichtveranlagungsbescheinigung. Der inländische Fonds erhält die Dividende brutto, der Steuerausländer über den Kaufpreis die Bruttodividende betragsmäßig ebenso. Der Steuerausländer leistet über das Derivat eine geringe Zahlung an den Fonds.¹⁰ Die Rückführung der Aktie erfolgt zu vorher vereinbarten Konditionen preisneutral. Auch wenn der in das Ausland gezahlte Kaufpreis die Bruttodividende enthält, fühlt sich unter Umständen keine beteiligte Bank zum Steuerabzug als letzte inländische Stelle verpflichtet. Die Bruttodividende gelangt aber über den Kaufpreis in das Ausland. Die Aktien werden also zur Umgehung der Definitivbesteuerung im Ausland dem Steuerinländer zum Preis cum Dividendenanspruch verkauft und cum Dividendenanspruch geliefert.

Der zum Jahr 2016 eingeführte § 36a EStG untersagt in gewissen Konstellationen die Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer bei Cum/Cum-Geschäften. In dem hier gewählten Beispiel erhält jedoch ein Fonds in Deutschland die Bruttodividenden ausbezahlt. Damit muss der Fonds im Ergebnis nichts anrechnen, um den Cum/Cum-Steuvorteil zu erreichen.¹¹

4.3 „Derivatives Cum/Ex“

Ein Steuerausländer verkauft Aktien einer deutschen Gesellschaft mit Dividendenauszahlungsanspruch an einen Steuerinländer. Dem Steuerinländer wird die Aktie aber ohne Dividendenauszahlungsanspruch geliefert. Die Aktiengesellschaft schüttet die Dividende brutto an die Verwahrstelle aus. Bei der Verwahrstelle ist der Verkauf der Aktie vom Steuerausländer zum Steuerinländer noch nicht verbucht. Folglich wird dem Steuerausländer zunächst die Dividendenzahlung netto gutgeschrieben. Die Verwahrstelle hält die Differenz zwischen der Bruttozahlung und der Nettoauszahlung als Steuerliquidität auf einem dem Steuerausländer zugeordneten Steuerkonto vor.

Nach dem Ausschüttungstichtag wird die Aktie auf dem Konto des Steuerinländers verbucht. Mit ihr ist kein Dividendenbezugsrecht gegen den Emittenten mehr verbunden. Zum Ausgleich des fehlenden Dividendenbezugsrechts wird dem Steuerinländer eine Dividendenkompensationszahlung des Steuerausländers gutgeschrieben. Die Regulierung der Ansprüche findet im sogenannten Market Claim Prozess statt. Bei dem Steuerausländer wird das Geldkonto in Höhe der Nettodividende belastet, das Steuerkonto in Höhe der Steuer, also der betragsmäßigen Differenz zwischen Brutto- und

¹⁰ Die Zahlung erfolgt in der Regel über „mispriced“ Derivate.

¹¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 17.7.2017 - IV C 1 - S 2252/15/10030: 005 (BStBl 2017 I S. 986).

Nettozahlung. Dem Steuerinländer wird der so wieder zusammengesetzte Betrag, also die Bruttodividende, gutgeschrieben. Wirtschaftlich stellt die Verwahrstelle den Zustand her, den die Parteien vertraglich vereinbart und jedenfalls wegen der steuerlichen Effekte beabsichtigt hatten.¹²

Der Steuerinländer hat an den Steuerausländer den Kaufpreis für eine Aktie mit Bruttodividende gezahlt. Durch die Korrekturbuchung verliert der Steuerausländer seine Dividendengutschrift und dem Steuerinländer wird eine Zahlung in der Höhe der Bruttodividende gutgeschrieben.¹³

Der Market Claim Prozess, der der Korrekturbuchung zu Grunde liegt, kann angestoßen werden, wenn die Aktie nur für eine „juristische Sekunde“ im Depot des Steuerinländers gebucht war. Das ermöglicht eine Strukturierung der Geschäfte ohne Bestand an Cum-Stücken bei dem Steuerausländer bzw. die Wiederverwendung von Aktien (Looping oder Recycling). Dadurch kann das Steuerkonto des Steuerausländers effektiv leergebucht werden, sodass kein Steuerkontingent mehr vorhanden ist. Das an den Staat abzuführende Steuervolumen wird damit auf null reduziert. Dieses Vorgehen ist dem Grunde nach bereits im Levin-Report von 2008 beschrieben worden.¹⁴

Die Verwahrstelle setzt das mit der OGAW IV Gesetzgebung eingeführte Prinzip um, dass bei Kompensationsprozessen „immer brutto belastet“ wird. Jedoch wird das Girogeldkonto des Steuerausländers weiterhin nur netto belastet, der Bruttobetrag kommt durch die Hinzunahme des Steuerkontos zu Stande. Dadurch kann das von der Verwahrstelle geführte Steuerkonto auf die beschriebene Weise mit Hilfe von Aktiengeschäften ohne nennenswerten Bestand leergebucht werden. Sollte das individuelle Steuerkonto des Steuerausländers erschöpft sein, wird sein Geldkonto brutto belastet. Es bleibt insoweit, also ohne Transaktions- und Zinskosten, bei einem Nullsummenspiel. Über die Absicherungsgeschäfte (Derivate) oder sonstige Nebenabreden erhält der Steuerinländer Dividendeneinheiten (auch Dividendenlevel genannt) als Gewinnbeteiligung vom Steuerausländer.

Die Geschäfte werden schuldrechtlich als Kauf einer Aktie mit Dividendenberechtigung abgeschlossen, die sachenrechtliche Lieferung erfolgt ohne Dividendenberechtigung. Damit handelt es sich um Cum/Ex-Geschäfte. Dadurch, dass die Verwahrstellen seit der Gesetzesänderung Steuerkonten führen, konnte der Steuerverlust auf einen Betrag begrenzt werden, der sich in der Größenordnung des gesamten bei einer Dividendenausschüttung entstehenden Steuerkontingents bewegt. Anders als im Ergebnis der Fiskus, legt die privatwirtschaftlich geführte Verwahrstelle kein eigenes Geld zur Generierung von Bruttoausgleichszahlungen drauf. Vor Einführung der OGAW IV Gesetzgebung war der

¹² Die Wirksamkeit der Geschäfte erfordert eine genaue zivilrechtliche Betrachtung.

¹³ Sollte der Steuerinländer auch in einer Position sein, in der ihm nur Nettodividenden ausgezahlt werden, wird ihm der Steuerabzug bescheinigt.

¹⁴ DIVIDEND TAX ABUSE: HOW OFFSHORE ENTITIES DODGE TAXES ON U.S. STOCK DIVIDENDS. HEARING BEFORE THE PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS OF THE COMMITTEE ON HOMELAND SECURITY; kurz: Levin-Report.

Steuerschaden durch Cum/Ex-Geschäfte theoretisch unbegrenzt. In gewissen Konstellationen kann das noch heute der Fall sein.

Jedoch bedingt die OGAW IV Gesetzgebung in Kombination mit der steuerlichen Anerkennung der Kompensationszahlung nach dem Jahressteuergesetz 2007, dass Cum/Cum-Gestaltungen heute ohne jeden Bestand durchgeführt werden können. Im Ergebnis wurde an der Funktionsweise der Vervielfältigung von „Dividendenbuchungen“ durch Cum/Ex-Geschäfte nichts geändert. Nur erhält der Steuerinländer bei vorliegender Nichtveranlagungsbescheinigung jetzt sofort eine Bruttodividende. Ein Bestand ist für Cum/Cum-Geschäfte nicht erforderlich. Der denkbare Steuerschaden wurde effektiv nicht beschränkt. Ob der Schaden durch Cum/Ex-Geschäfte oder die neuen Cum/Cum-Leerverkäufe entsteht, sollte bei Betrachtung von außen keinen Unterschied machen. Die von der Verwahrstelle durchzuführende Prüfung und Verbuchung des Steuerkontingents läuft im Ergebnis aus Sicht des Fiskus leer. Die einbehaltene Steuer wird dem Staat nicht betragsmäßig zur Verfügung gestellt.

Wenn der Steuerausländer Aktien als Depotbank für Kunden verwahrt, kann der Kunde nicht nachvollziehen, wie das Guthaben auf dem Steuerkonto seiner Depotbank bei der inländischen Verwahrstelle konkret verwendet wurde. Um das für ihn im Inland geführte Steuerkonto leer zu buchen, muss der Steuerausländer nicht die Aktien seiner Kunden verwenden, sondern kann auf die Mehrfachverwendung von Aktien im Eigenbestand, dem sogenannten Looping, oder auf sogenanntes Recycling von Ex/Ex-Stücken zurückgreifen. Beides ist aufgrund der Buchungslogiken nachweislich möglich. Damit kann ein Kunde des Steuerausländers nicht wissen, ob auf seine Aktien – für die er eine Nettodividende erhalten hat – Steuern abgeführt wurden. Es ist zu befürchten, dass dieser Umstand – wie vor den Rechtsänderungen durch das OGAW IV Umsetzungsgesetz – von Marktteilnehmern zu steuerschädlichen Gestaltungen genutzt wurde.

4.4 Keine Steuerabfuhr

Ist der inländische Investor ein Fonds, beschreibt das BMF zur Veranschaulichung eines steuerlichen Problems praktisch eine Möglichkeit, wie der Fonds seine Steuerabfuhr umgehen kann:

„Die KapSt wird gemäß § 11 Absatz 2 InvStG 2004 an den inländischen Investmentfonds erstattet und über die Kompensationszahlungen größtenteils an den ausländischen Fonds weitergereicht. Wenige Monate später wird der inländische Investmentfonds aufgelöst.“¹⁵

¹⁵ BMF-Schreiben vom 17.7.2017 - IV C 1 - S 2252/15/10030: 005 (BStBl 2017 I S. 986), Rz. 29.
10

Ich weise darauf hin, dass es auch andere Möglichkeiten zur Vermeidung der Steuerabfuhr nach Inkrafttreten der Rechtsänderungen durch das OGAW IV Umsetzungsgesetz gibt als die unterjährige Auflösung von Sondervermögen. Jedoch scheint das BMF die faktischen Konsequenzen des oben wiedergegebenen eigenen Beispiels nicht korrekt einzuschätzen. Der Fonds erhält die Dividenden brutto, weil er dazu verpflichtet ist, bei Ausschüttung bzw. Thesaurierung die Steuern abzuführen. Wird der Fonds unterjährig aufgelöst, wird der Steuerabzug nicht vorgenommen, dem Fiskus also nicht der mit der Steuerbescheinigung korrespondierende Betrag zur Verfügung gestellt. Hier wäre es angezeigt, die Prüfdichte von unterjährig aufgelösten Sondervermögen zu erhöhen. Nach meiner Marktkenntnis werden solche Sondervermögen selten geprüft.

4.5 Warum Cum/Ex zu Cum/Cum-Erträgen mit Leerverkäufen wurde

Die dargestellte Grundform des Geschäfts bedeutet nach 2012 strukturell die Umsetzung von Cum/Ex mit Leerverkäufen. Dabei wird meinem Eindruck nach ein Gewinn erzielt, der der Höhe nach bis 2012 in etwa mit Cum/Cum-Geschäften erzielt wurde. Aus der Perspektive der Cum/Cum-Geschäfte vor der Einführung der OGAW IV Gesetzgebung ermöglicht die Gesetzesänderung nun eine kostengünstige Umsetzung der ursprünglichen Cum/Cum-Strategie. Die Aktie muss statt einiger Tage nur noch eine „juristische Sekunde“ im Depot sein und kann deshalb mehrfach verwendet werden.

Technisch handelt es sich um Cum/Ex-Geschäfte, deren direkter Steuerschaden jedoch aufgrund der internen Buchhaltung bei der Verwahrstelle zunächst begrenzt ist. Dank der Gesetzesänderung kann der unmittelbare Schaden durch die Cum/Ex-Geschäfte zunächst nur in der Größenordnung des pro Jahr anfallenden Kapitalertragsteuervolumens auf alle in Deutschland ausgeschütteten Dividenden liegen. Aufgrund dieser Deckelung scheint der Markt sich dahingehend entwickelt zu haben, dass der Erlös des Steuerinländers aufgrund der Konkurrenz am Markt und der hohen Optimierung bei einem deutlich geringeren Anteil an der nicht gezahlten Steuer liegt. Dies kann monetär aber durch mehr durchgeführte Transaktionen ausgeglichen werden.

5 Strategien im Anschluss an das Prinzip „derivatives Cum/Ex“

Neben der Umsetzung von Cum/Cum durch Leerverkäufe nach 2012 können die Bescheinigungen, die die Buchungsvorgänge erzeugen, für weitere Steuereffekte genutzt werden. Meine Darstellung beschränkt sich auf das „Dividendenkarussell“, da es eine fast exakte Weiterführung der Cum/Ex-Geschäfte über die Einführung der Bruttoverbuchung (und damit über die Rechtsänderungen des OGAW IV Umsetzungsgesetzes hinaus) darstellt. Die Grundfunktionalitäten dieser Geschäfte sind gemeinhin bekannt.

Denkbar sind Gestaltungen mit Fonds, die das in sie investierte Kapital mit Hebelmechanismen in ein Vielfaches an Dividendensteuervolumen verwandeln können. Aufgrund der Struktur der Geschäfte fließen die Dividenden dabei sofort aus dem Fonds ab, im Fonds bleibt lediglich eine kleine „Gebühr“ für das Cum/Cum-Geschäft. Ein Fonds, in den beispielsweise 10 Millionen Euro investiert wurden, kann so eine Rendite von 1 Million Euro erzielen und hat im Ergebnis 100 Millionen Euro Dividenden umgesetzt.

Dabei entstehen Buchungsvorgänge, die für weitere nachgelagerte Strategien genutzt werden können. Im oben dargestellten Beispiel „Cum/Cum durch Leerverkäufe“ kommt es zunächst zu keiner „mehrfachen Erstattung“ von Steuern, lediglich zu einer immensen „Steuervermeidung“ durch Cum/Cum-Geschäfte. Betrachtet man die Perspektive des Steuerausländers, kommt es zu einer doppelten Nichtbesteuerung.¹⁶ Bei den nachgelagerten Strategien mit Auslandsbezug ist auch die Erstattung von nicht gezahlter Steuer denkbar.

5.1 Doppelbesteuerungsabkommen

Wenn der Steuerausländer Aktien für Kunden in seinem Bestand gehalten hat (ausländische Zwischenverwahrung), erwartet der Kunde nur eine Nettodividendenzahlung. Der Kunde des Steuerausländers kann nun mit der Nettodividendenzahlung und den Aktien, die sich die ganze Zeit unbewegt in seinem Depot befunden haben, Ansprüche aus dem Doppelbesteuerungsabkommen gegen die Bundesrepublik geltend machen. Dazu kommt der Anspruch des Steuerausländers, eine Steuerbescheinigung zu erhalten.

„Für Kapitalerträge, die nach § 43 Absatz 1 EStG dem Steuerabzug unterliegen, sind der Schuldner der Kapitalerträge oder die auszahlende Stelle verpflichtet, dem Gläubiger der

¹⁶ Lösungsvorschlag beispielsweise: MITTEILUNG DER KOMMISSION. Doppelbesteuerung im Binnenmarkt, Brüssel der 11.11.2011, KOM(2011) 712.

Kapitalerträge auf Verlangen eine Steuerbescheinigung nach amtlich vorgeschriebenem Muster auszustellen, die die nach § 32d EStG erforderlichen Angaben enthält; die Verpflichtung besteht unabhängig von der Vornahme eines Steuerabzugs.¹⁷

Damit wurde für die Dividendenzahlung auf die Aktie, für die der Steuerausländer einen Antrag nach Doppelbesteuerungsabkommen stellt, tatsächlich keine Steuer abgeführt. Die Lücke im System ist hier klar erkennbar.

5.2 American Depositary Receipt (ADR)

Der beschriebene Trade kann beispielsweise dafür genutzt werden, bei ADR-Gestaltungen die Steuerabfuhr auf die unterliegende Aktie zu vermeiden und gleichwohl eine Steuergutschrift zu erhalten. Auch bei ADR, einem eigenständigen Wertpapier mit US-Amerikanischer ISIN und Verwahrstelle, besteht die Erstattungsmöglichkeit über die Doppelbesteuerungsabkommen.¹⁸ Denkbar ist auch, dass unter dem ADR gar keine Aktie gehalten wird.¹⁹ Der Effekt wäre hinsichtlich des Steueraufkommens aus deutscher Sicht identisch.

5.3 Investorenebene der Fonds

Wenn der zahlungsempfangende Steuerinländer etwa ein Fonds mit Nichtveranlagungsbescheinigung ist, erhält er die Dividende brutto. Damit ist er im Verhältnis zu seinem Investor die auszahlende Stelle. Der Fonds ist zum Steuereinbehalt verpflichtet und kann eine Steuerbescheinigung ausstellen. Auch wenn der Fonds die erhaltenen Dividenden über den Kaufpreis ständig ins Ausland abgeführt hat und nicht versteuert, ist es denkbar, dass er seinem Investor eine Bescheinigung nach Muster ausstellt und mithin bescheinigt, dass er für den Investor als Schuldner der Kapitalertragssteuer die auf die Dividendenzahlungen anfallenden Steuern abgeführt hat. Der Fonds bescheinigt praktisch, dass der die Steuerliquidität zur Steuerabfuhr zu einem späteren Zeitpunkt vorhält, das stellt eine deutliche Parallele zum bekannten klassischen Umsatzsteuerkarussell dar.

Wie offensiv die jeweiligen Strategien – die sich zum Teil aus der öffentlichen Steuerrechtsliteratur ableiten lassen – umgesetzt wurden, kann nur in Ansehung des konkreten Einzelfalls festgestellt werden. Die solche Praktiken im Grundsatz rechtfertigende Ansicht war jedoch zum wesentlichen Teil

¹⁷ BMF-Schreiben vom 20.12.2012 - IV C 1 – S 2401/08/10001:008 BStBl 2013 I S. 36; Unterstreichung durch mich.

¹⁸ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP – Drucksache 19/8251 – Maßgebliche Mehrfacherstattung von Kapitalertragsteuer mittels „Phantom-Aktien“ – Teil 2, Drucksache 19/9405.

¹⁹ Vgl. insoweit beispielhaft das SEC Administrative Proceeding Release No. 10600 vom 26.12.2018 gegen JPMorgan Chase Bank, N.A., abrufbar unter <https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/33-10600.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2020).

bereits vor Inkrafttreten der Rechtsänderungen durch das OGAW IV Umsetzungsgesetz in der Steuerrechtsliteratur veröffentlicht worden. Die Finanzierung mancher „wissenschaftlicher Arbeiten“ sollte nach wie vor Anlass zu Zweifeln geben.²⁰ Bis dato ist in Ansehung möglicher nach 2012 über den Dividendenausschüttungstermin durchgeführter steuergetriebener Geschäfte weder eine erschöpfende Sachverhaltsaufarbeitung noch eine zutreffende rechtliche Würdigung in sichtbare Nähe gerückt.

5.4 Kursverlust als „Arbitragegewinn“

Durch den Kauf der Aktie zum Preis cum Dividende und Verkauf der Aktie ex Dividende realisiert der Investor einen Verlust. Dem steht wirtschaftlich die Dividendenzahlung entgegen, jedoch kann der Investor im Ergebnis und bei Vorliegen einer entsprechenden Struktur argumentieren, dass die Dividendenzahlung steuerlich nicht mit dem Kursverlust zu verrechnen ist.

Durch Leerverkäufe, Aktienleihe, Derivate oder Stornierungen von Kaufordern kann der Effekt, dass Dividendenauszahlungen steuerlichen Verlust darstellen, von der Zahl der tatsächlich im Umlauf befindlichen Aktien entkoppelt werden. Das führt zu einer grundsätzlich unbegrenzten Vervielfältigung des „Steuervolumens“.

5.5 Reverse Claim

Steuerschädliche Cum/Ex-Geschäfte erzeugten vor Einführung der Rechtsänderungen durch das OGAW IV Umsetzungsgesetz eine Nettokompensationszahlung, der kein Steuerabzug zu Grunde lag. Die Depotbanken gaben vor, die Nettokompensationszahlung nicht von der originären Dividendenzahlung unterscheiden zu können. Deshalb wurde im Ergebnis für beides eine Steuerbescheinigung ausgestellt.

Nach Einführung von OGAW IV und der Record-Date-Verarbeitung bei der CBF kann die Dividendenkompensationszahlung nicht nur im Market Claim vom Verkäufer an den Käufer gebucht werden. Mit dem Reverse Claim kann eine Kompensationszahlung vom Käufer an den Verkäufer zurückgebucht werden. Das hat unmittelbar zwei Folgen für die Vertrauenswürdigkeit der Kontobewegungen, die auf Ebene der Depotbanken einer Prüfung unterzogen werden können: Die bloße Möglichkeit, dass eine Dividendenkompensationszahlung auch auf einem Reverse Claim beruhen könnte, macht es auch nach 2011 unmöglich, zwischen Dividendenzahlungen und Kompensationszahlungen zu unterscheiden. Dank des Reverse Claim können darüber hinaus auch zu einem Zeitpunkt nach der

²⁰ Vgl. Bericht des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages.

Dividendenausschüttung – wenn Aktien nur noch ex Dividendenanspruch existieren – Aktiengeschäfte zu cum-Preisen verbucht werden.

5.6 Vervielfachung von „Bruttodividenden“

Der Reverse Claim kann Bestandteil einer Strategie zur Vervielfältigung der Bruttokompensationszahlungen darstellen, also einer „kapitaleffizienten“ Durchführung der Strategie. Dabei wird eine Aktie mehrfach leer über den Dividendenstichtag hin und her gebucht. Damit kann die Cum/Ex-Logik weiterverwendet werden, die jeweilige Strategie mag dann als „derivatives Cum/Ex“, „Cum Fake“ oder „Ex/Cum“ bezeichnet werden. Gemein ist den Konstruktionen neben ihrer offensichtlichen Steuergetriebenheit ihre völlige Intransparenz die tatsächliche Steuerabfuhr betreffend.

6 Ex/Cum

Aktiengeschäfte können unter der Record-Date-Verarbeitung bei der CBF noch cum abgerechnet werden, obwohl sie nach dem Willen der Parteien erst ex beliefert werden sollten. Die „falsch“ verbuchte Dividende kann dann mit dem Reverse Claim umgebucht werden. Wirtschaftlich ist die Rückbuchung weiterhin ein Nullsummenspiel, die Buchung in Höhe einer Bruttodividende ist aber von einer tatsächlichen (vom Emittenten stammenden) Bruttodividende nicht zu unterscheiden.

Gehandelt wird ohne Bestand an Aktien cum Dividendenanspruch. Damit ist das Steuerkonto in diesem Beispiel zu Beginn der Transaktionen leer. Trotzdem werden Dividendenkompensationszahlungen brutto belastet, sodass das Steuerkonto hierdurch gefüllt wird. Der Trade lohnt sich unter Umständen auch, wenn die Steuer abgeführt wird (sog. Cum/Cum Effekt). Eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft bucht den Kaufpreis brutto aus und erhält eine Nettodividende zurück. Damit hat sie steuerlich bei Vorliegen einer entsprechenden Struktur Verlust gemacht.

6.1 Nettozahlungen im Inland

Cum/Ex-Geschäfte haben vor der Einführung der OGAW IV Gesetzgebung daraus bestanden, dass Nettozahlungen, denen kein Steuereinbehalt entgegenstand, zur Anrechnung auf die Kapitalertragsteuer genutzt werden konnten. Dazu wurden die Nettozahlungen unter Ausnutzung der Buchungslogik bei der CBF vervielfältigt. Auch nach der OGAW IV Gesetzgebung können die Nettozahlungen an unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften vervielfältigt werden. Obwohl den Nettozahlungen in der hier beschriebenen Konstellation regelmäßig ein Steuereinbehalt entgegensteht, können damit Cum/Ex-Effekte wie vor dem Inkrafttreten der OGAW IV Gesetzesänderung genutzt werden. Insbesondere vertieft sich ein etwaiger Steuerschaden dadurch, dass die einbehaltene Steuer betragsmäßig nicht dem Fiskus zur Verfügung gestellt wird, beispielsweise durch unterjährige Auflösung des Fonds.

Indem eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft ihre Buchpositionen in eine Nettodividendenzahlung verwandeln kann, kann sie ihr Körperschaftsteuervolumen zumindest auf null reduzieren. Das ist auch die Konsequenz aus dem zuvor beschriebenen Trade, wenn die Transaktion ganz ohne Aktienbestand durchgeführt wird.

6.2 Lösungsansätze

Der Ex/Cum-Trade ist ein Beispiel dafür, dass Dividendenkompensationszahlungen bis heute als steuerlicher Verlust geltend gemacht werden könnten. Die Verbuchungen brutto oder netto ändern hieran nichts. Dieses buchhalterische Phänomen lässt sich aufgrund der technischen Möglichkeit von

Leerverkäufen oder Korrekturbuchungen, aber auch aufgrund von Derivaten, vervielfältigen. Dies hat zum Ergebnis, dass „steuerlicher Verlust“ quasi unbegrenzt zur Verfügung steht.

Der Cum/Ex-Trade bis 2012 hätte sich auch gelohnt, wenn der Leerverkäufer die Steuer abgeführt hat. Dies gehört zu den wesentlichen Erkenntnissen bei der wirtschaftlichen Betrachtung der Transaktion. Er hätte in dem gedachten Fall dazu gedient, den steuerlichen Verlust, der bei Dividendenausschüttung entsteht, ohne Aktie nachzubilden. Aufgrund eines aufgesetzten Gesamtvertragskonzepts kann es sich nach meinem Dafürhalten auch heute um eine steuerschädliche Struktur handeln.

Es ist nach meinem Eindruck bis heute nicht möglich, auf Grundlage der bekannten Buchungslogik von CBF echte Dividendenzahlungen von Kompensationszahlungen zu unterscheiden. Das Problem ist rein technischer Natur. Vor den Rechtsänderungen durch das OGAW IV Umsetzungsgesetz waren die Nettozahlungen nicht unterscheidbar – heute sind es die Bruttozahlungen. Seit den 1980er Jahren dreht sich die Diskussion der Lösungsvorschläge um Brutto- oder Nettoverbuchungen.²¹ Dass ein solcher Vorschlag vor dem historischen Hintergrund keine Lösung darstellen kann, kann erst bei einer grundlegenden Beschäftigung mit der Funktionsweise der Börsen und des globalen Giroeffektenverkehrs definitiv beurteilt werden. Das BMF jedenfalls hat die OGAW IV Gesetzgebung als „große Lösung“ des Problems des Handels über den Dividendenstichtag bezeichnet. Dies möchte ich an dieser Stelle deutlich hinterfragen. Als Lösungsvorschlag kommt nach meinem Dafürhalten neben der inhaltlichen Durchdringung der tatsächlichen Vorgänge (bei CBF, auf Depotbankebene sowie in der jeweiligen Fondsbuchhaltung) und deren korrekter juristischer Beschreibung folgendes in Betracht: Bei angezeigttem Handel²² über den Dividendenstichtag ist zunächst seitens der Finanzverwaltung zu vermuten, dass ein steuergetriebenes Geschäft vorliegt. Es muss in der Folge der Beweis seitens des Steuerpflichtigen erbracht werden, dass eine tatsächliche Steuerabfuhr vorgenommen wurde und die Transaktion auf außersteuerlichen Gründen beruht. Ohne diese - gegenüber der üblichen Praxis - faktische Beweislastumkehr ist nach meiner Einschätzung auf Basis des gegenwärtigen systemischen Rahmens der Dividendenverbuchung eine fundierte Einschätzung des Bestehens von Ansprüchen auf Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragssteuern auf Dividendenzahlungen durch die Finanzverwaltung ausgeschlossen.

²¹ Vgl. insoweit den Bericht des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages, beispielhaft S. 101, 116, 117, 119, 134 f., 141.

²² Vgl. insoweit auch die grundsätzlich seit dem 1.7.2020 bestehende Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen, eingeführt durch das Gesetz zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen vom 21.12.2019 (BGBl. I S. 2875). Dies betrifft auch Altfälle, deren erster Schritt nach dem 24.6.2018 umgesetzt geworden ist. Aktuell sind die Meldefristen jedoch aufgrund der Corona-Pandemie in das Jahr 2021 hinein verlängert worden.

7 Disclaimer

Diese Unterlage stellt kein Rechtsgutachten und auch keine rechtliche Beratungsleistung dar. Es handelt sich hierbei um eine bloße Darstellung wirtschaftlicher Gegebenheiten und Abläufe. Sie enthält lediglich vorläufige allgemeine Informationen, welche sich auf abstrakte und fiktive Sachverhalte beziehen, die aus öffentlich verfügbaren Informationen abgeleitet wurden. Sie ist daher nicht geeignet, als abschließende Grundlage für rechtliche, wirtschaftliche oder politische Entscheidungen zu dienen. Die Heist Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erbringt hiermit keinerlei Rechtsberatungs- oder damit verwandte Dienstleistungen und übernimmt daher auch keine Verantwortung für wirtschaftliche Schäden, welche durch oder im Vertrauen auf diese Unterlage entstehen.



Hessisches Finanzgericht

Vorsitzender Richter Helmut Lotzgeselle

Cum/ex- und Cum/cum-Geschäfte **Rechtsprechungsgrundsätze und dringender Handlungsbedarf**

Der 4. Senat des Hessischen Finanzgerichts hat in 2016 und 2017 zwei Grundsatzentscheidungen (4 K 1684/14 und 4 K 977/14) zu Cum/ex-Aktiengeschäften (mehrfache Erstattung einmal gezahlter Kapitalertragsteuer) getroffen, die nunmehr Grundlage für die Strafverfolgung der dafür Verantwortlichen sind. Den Rechtsstreiten lagen außerbörsliche Aktiengeschäfte zugrunde, die vor dem Dividendenstichtag mit einem Anspruch auf die zu erwartende Dividende (cum) abgeschlossen, die aber erst nach dem Dividendenstichtag mit Aktien ohne Dividende (ex) beliefert wurden. Beide Urteile sind rechtskräftig geworden.

In den Urteilen hat das Gericht die Abläufe im Aktienhandel aus steuerlicher Sicht dargestellt und die Voraussetzungen für die Berechtigung zur Erstattung von Kapitalertragsteuer aufgearbeitet. Insbesondere hat das Gericht den Begriff des wirtschaftlichen Eigentums, der Grundlage für die Erzielung von Dividendeneinkünften und demzufolge auch für die Erstattungsberechtigung von Kapitalertragsteuer ist, klargestellt.

In diesem Jahr hatte das Gericht mit einem im Juni veröffentlichten Urteil (4 K 890/17) nunmehr erstmalig über eine sog. Cum/cum-Gestaltung zu entscheiden. Bei den Cum/cum-Geschäften werden Aktien ausländische Anteilseigner zeitlich befristet über den Dividendenstichtag von ausländischen Anteilseignern an inländische Gesellschaften, zumeist Banken, verkauft oder verliehen, um die gesetzlich vorgesehene Definitivbesteuerung durch Erhebung der Kapitalertragsteuer zu umgehen.

In diesem Urteil, das ebenfalls zwischenzeitlich rechtskräftig ist, hat das Gericht den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums verneint und darüber hinaus einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) angenommen und ausführlich die Voraussetzungen der Norm interpretiert.

Ausgangssituation:

Cum/ex-Geschäfte:

Nicht erst seit 2007 haben Leerverkäufe dividendenberechtigter girosammelverwahrter Aktien um den Dividendenstichtag zu einer mehrfachen Steueranrechnung einmal einbehaltener Kapitalertragssteuer geführt. Eine wesentliche Ursache dafür war, dass die Kreditwirtschaft aus einem Urteil des BFH zum Dividendenstripping vom 15.12.1999 (I R 29/97) ableitete, dass das wirtschaftliche Eigentum bei girosammelverwahrten Aktien, das Voraussetzung für den Dividendenbezug nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG ist, bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Aktienkaufvertrages auf den Erwerber übergeht. Die Einführung eines weiteren Einkünftebestands in § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG durch das Jahressteuergesetz 2007 sowie die Verpflichtung zur Einbehaltung von Kapitalertragssteuer auf Dividendenkompensationszahlungen, führte nicht zur gewünschten Einschränkung der unberechtigten Kapitalertragssteuererstattungen.

Cum/cum-Geschäfte:

Gleichzeitig hat der BFH in seinem o.g. Urteil vom 15.12.1999 die Anwendung des § 42 AO (Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten) auf sog. Dividendenstripping (Cum/cum)-Geschäfte für nicht anwendbar erklärt, da der Gesetzgeber für solche Geschäfte – um der Umgehung des für ausländische Anteilseigner geltenden Anrechnungsverbots entgegenzuwirken – mit § 50c EStG einen speziellen Missbrauchstatbestand eingeführt hatte. Dieser sah jedoch mehrere Ausnahmen u.a. für Geschäfte i.S.d. sog. Börsenklausel im § 50c Abs. 8 S. 2 EStG vor, was dazu führte, dass im Zeitraum zwischen 1980 und 2000

Cum/cum-Geschäfte zur Verhinderung der Definitivbesteuerung ausländische Anteilseigner mit Kapitalertragsteuer - sofern sie formal über die Börse abgewickelt wurden und das wirtschaftliche Eigentum übergehen sollte - legal möglich waren. Zwar hat der Gesetzgeber daraufhin ab dem Jahr 2001 den § 50c EStG abgeschafft, so dass kein besonderer einzelsteuergesetzlicher Missbrauchstatbestand mehr bestand, welcher den allgemeinen Missbrauchstatbestand des § 42 AO verdrängt hätte. Gleichwohl hat dies in der Praxis nicht dazu geführt, dass die Finanzverwaltung diese Geschäfte, die von Banken in großem Umfang weiter betrieben wurden und einen jährlichen Milliarden Schaden verursacht haben, unter Missbrauchsgesichtspunkten aufgegriffen hat.

Cum/ex-Geschäfte:

Worüber hatte das Gericht zu entscheiden?

Den Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, in denen die Kläger unter Vorlage von Steuerbescheinigungen die Erstattung der Kapitalertragsteuer begehrten. In allen Fällen befanden sich die Aktien zum Ausschüttungszeitpunkt nicht im Depot der Kläger. Außer der beim Emittenten einbehaltenen Kapitalertragsteuer war keine weitere Kapitalertragsteuer auf Kompensationszahlungen abgeführt worden.

Warum wurde keine Kapitalertragsteuer einbehalten?

Im 1. Fall lag eine Vereinbarung zwischen der Depotbank und der Aktienkäuferin vor, nach der die Gutschrift der Dividende bei der Aktienkäuferin - unabhängig vom Tag der tatsächlichen Erfüllung durch Lieferung der Aktien – bereits nach der schuldrechtlichen Vereinbarung am Tag des Geschäftsabschlusses per Valutatag erfolgen sollte. Da die Aktien verspätet geliefert wurden und die Aktienkäuferin taggleich deckungsgleiche Aktienverkäufe vorgenommen hatte, glichen sich die vorgenommenen Gutschriften und Belastungen von der zentralen Wertpapiersammelbank Clearstream auf dem Kundenkonto der Aktienkäuferin bei der Depotbank aus, woraufhin die Erhebung von Kapitalertragssteuer auf eine Dividendenkompensationszahlung unterblieb.

Im 2. Fall nahm die Depotbank zunächst eine Verrechnung zwischen deckungsgleichen Aktienkäufen und -verkäufen vor und führte nur auf die Dividendenzahlungen aus der verbleibenden Aktiendifferenz Kapitalertragsteuer auf Kompensationszahlungen ab. Das bedeutet, dass in all denjenigen Fällen, in denen die Aktien von einer ausländischen Depotbank bezogen wurden, die Verrechnung der gegenseitigen gleichartigen Aktiengeschäfte auf Basis der schuldrechtlichen Verträge (gedeckte Aktienverkäufe) zu Steuerausfällen führte, da für ausländische Depotbanken keine Verpflichtung zur Erhebung von Kapitalertragssteuer auf Dividendenkompensationszahlungen besteht. (Nach den Feststellungen des Gerichts wurden solche Aktienkäufe über Kettengeschäfte durch Absprachen bewusst initiiert.)

Nach dem gleichen Prinzip funktioniert die Abwicklung über die Eurex-Plattform als zentralem Kontrahenten, wo erst nachdem gleichartige Aktiengeschäfte gegeneinander verrechnet worden sind (Netting), allenfalls auf den Spitzenausgleich Kapitalertragsteuer einbehalten wird.

Was hat unser Gericht entschieden?

Der Senat hat die Klagen trotz Vorlage der Kapitalertragsteuerbescheinigungen abgewiesen, da der Kläger (Aktienkäufer) zum Dividendenstichtag nicht Anteilseigner/wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien war, so dass ihm die vom Emittenten der Aktien einbehaltene Kapitalertragsteuer nicht zugerechnet werden konnte und Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlungen wegen der Verrechnung gleichartiger Aktiengeschäfte gar nicht erst einbehalten worden war.

Welche Kernaussagen hat das Gericht in seinen Entscheidungen getroffen?

Bereits in 2014 hatte unser Senat in einem Beschluss Az. 4 V 1661/12, ausgeführt, dass eine Anrechnung von Kapitalertragsteuer, die eine Vorauszahlung auf die Steuerschuld darstellt, nach der Systematik der Anrechnung nur in Betracht kommt, wenn Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist. Ebenso sei es denklogisch ausgeschlossen, einmal abgeführte Kapitalertragsteuer mehrmals anzurechnen.

Die vom Emittenten der Aktien einbehaltene Kapitalertragsteuer ist dem Anteilseigner/ wirtschaftlichen Eigentümer der Aktien (§ 20 Abs. 5 EStG) am Dividendenstichtag zuzurechnen, nur er ist zur Anrechnung befugt (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG).

Beim außerbörslichen Erwerb börsennotierte Aktien (OTC-Geschäft) wird wirtschaftliches Eigentum an den Aktien nicht bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung, sondern erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktien (Verbuchung bei der Depotbank) erworben.

Die Entscheidung des BFH vom 15.12.1999 (I R 29/97), die zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums den Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages ausreichen lässt, gilt nur aufgrund der seinerzeit bestehenden Börsenusancen bei Verkäufen über die Börse durch einen privaten Bestandsverkäufer und ist praktisch bedeutungslos. Entscheidender Gesichtspunkt für das wirtschaftliche Eigentum ist, dass der zivilrechtliche Eigentümer nicht mehr auf die Substanz und den Ertrag des Wirtschaftsgutes einwirken und darüber verfügen kann. Mehrfaches wirtschaftliches Eigentum ist denklogisch ausgeschlossen.

Ein Anspruch auf die Anrechnung von Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen besteht für den Aktienkäufer nur, wenn durch die inländische Depotbank des Aktienverkäufers auch Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung erhoben wurde.

Dem die Anrechnung der Kapitalertragsteuer begehrenden Aktienkäufer obliegt die Feststellungslast für die Erhebung der Abzugssteuer auf Dividendenkompensationszahlungen.

Für Geschäfte, bei denen die Aktien außerbörslich (OTC-Geschäft) einschließlich eines Dividendenanspruchs erworben werden, deren Belieferung allerdings abweichend von der Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag erfolgt, wird der Anscheinsbeweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer regelmäßig erschüttert und kommt nicht zum Tragen.

Nach der gesetzlichen Regelung (§ 44 Abs. 1 EStG) ist die Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen auf jeder Handelsstufe zu erheben. Eine Verrechnung der Aktienverkäufe mit gleichartigen Aktienkäufen auf Ebene der inländischen Depotbank (z.B. Omnibus-Account) ist im Hinblick auf die Einbehaltung von Kapitalertragsteuer rechtswidrig.

Die diesbezügliche Unzulässigkeit der Verrechnung gilt auch für Geschäfte über die Eurex-Börse im elektronischen Xetra-Handel, wo die Eurex zur Wahrung der Anonymität der Geschäfte als zentrale Gegenpartei zwischengeschaltet wird. Denn auch hier werden die Geschäfte auf schuldrechtlicher Basis zusammengeführt und die wechselseitigen Ansprüche verrechnet, so dass eine tatsächliche Belieferung nach sachenrechtlichen Grundsätzen lediglich im Rahmen des so genannten Spitzenausgleich erfolgt. Durch die Verrechnung („Netting“) zwischen kapitalertragssteuerpflichtigen Aktienverkäufen und gleichartigen Aktienkäufen von einer ausländischen Depotbank entsteht ein Steuerausfall in Höhe der Kapitalertragsteuer auf Dividenden aus den Aktienkäufen aus dem Ausland.

Was folgt daraus im Rahmen einer Gesamtbetrachtung?

Die gesetzliche Regelung als solches weist keine Lücke auf, die es ermöglichen würde, einmal gezahlte Kapitalertragsteuer sich mehrmals erstatten zu lassen.

Gleichwohl gelingt es den Finanzakteuren durch besondere Gestaltungen und gezielt abgestimmte Kettengeschäfte unter Ausnutzung der Verwaltungsregularien und Abläufe im Börsenhandel rechtswidrig eine Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer zu erreichen.

Ermöglicht wurde dies in beiden zu entscheidenden Fällen durch die Verrechnung gleichartiger Aktienkäufe und -verkäufe und eine Erhebung von Kapitalertragsteuer nur auf die Dividendenkompensationszahlungen, die sich aus dem Spitzenausgleich der Aktiengeschäfte ergeben.

Welche weiteren Schlussfolgerungen haben sich daraus ergeben?

Das Gericht hat in den Urteilsgründen ausdrücklich dargelegt, dass wegen der rechtswidrigen Nichteinbehaltung der Kapitalertragsteuer aufgrund der Verrechnung der Ansprüche auf schuldrechtlicher Basis in Kenntnis der Abläufe eine vorrangige Haftungsanspruchnahme der handelnden inländischen Depotbanken nach § 44 Abs. 5 EStG vorzunehmen ist.

Gleichwohl ist bisher - mit einzelnen Ausnahmen in Bayern und Nordrhein-Westfalen - keine Haftungsanspruchnahme von Depotbanken durch die Finanzverwaltung für die rechtswidrig nicht einbehaltene und demzufolge zu Unrecht erstattete Kapitalertragsteuer bekannt geworden.

In dem 2. Urteil, wo der begründete Verdacht der vorsätzlichen Steuerhinterziehung durch die verantwortlichen Bankenvertreter wegen Nichteinbehaltung der Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen besteht, ist das Gericht seiner Verpflichtung aus § 116 AO nachgekommen und hat im Mai 2017 über die zuständige Steuerfahndung bei der Generalstaatsanwaltschaft Strafanzeige erstattet. Obwohl zwischenzeitlich mehr als 3 Jahre vergangen sind, liegen bisher keine Informationen über eingeleitete Ermittlungsmaßnahmen vor.

Cum/cum-Geschäfte

Worüber hatte das Gericht zu entscheiden?

Bei dem zu entscheidenden Fall handelte es sich um eine sog. „optimierte Wertpapierübertragung“ bei der die zum Zwecke des Dividendenstripings kurzzeitig übertragenen Aktien während dieser Zeit von einer Bank an eine inländische Gesellschaft weitergereicht wurden, um zusätzlich neben der Freistellung des ausländischen Anteilseigners von der Definitivbelastung mit Kapitalertragsteuer noch die Steuerbefreiung für Dividenerträge nach § 8b Abs. 1 KStG in Anspruch zu nehmen.

Welche Entscheidung hat das Gericht getroffen?

Der Senat hat in der ihm vorliegenden Sache entschieden, dass bei der Übertragung der Aktien über den Dividendenstichtag aufgrund der vertraglichen Gestaltung lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition an den Aktien, eine leere Eigentumshülle, verschafft wurde und die Geschäfte von vornherein darauf angelegt waren, dem ursprünglichen Aktieninhaber die Erträge aus den Aktien im wirtschaftlichen Sinne zukommen zu lassen.

Entsprechend der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 18.8.2015, I R 88/13) hat dies zur Folge, dass der ausländische Aktieninhaber wirtschaftlicher Eigentümer und damit Anteilseigner geblieben ist, dem die Dividendenerträge, die zum Kapitalertragssteuerabzug berechtigen, zuzurechnen sind.

Darüber hinaus hat der Senat bei einer solchen Cum/cum-Gestaltung einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO bejaht, da die mit der Gestaltung beabsichtigte Steuerbefreiung den Wertungen des Gesetzgebers entgegensteht und sonstige beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht ersichtlich sind.

Die Beurteilung als Gestaltungsmissbrauch führt steuerlich zur Rückabwicklung der Geschäfte und zur Versagung der Kapitalertragssteuererstattung. Des Weiteren sind alle mit der Aktienübertragung unmittelbar zusammenhängenden Geschäfte, die im Rahmen des Gesamtplanes Teil des Gestaltungsmodells sind, rückabzuwickeln. Die bilanziellen Gewinnauswirkungen sind außerbilanziell zu korrigieren.

Welche weiteren Kernaussagen hat das Gericht in seiner Entscheidung getroffen?

An der Anwendbarkeit des § 42 AO bestehen nach der ersatzlosen Aufhebung des § 50c EStG ab dem Jahr 2001 keine Zweifel.

§ 36a EStG schließt die Anwendung des § 42 AO nicht aus

Da es sich bei der kurzfristigen Hin- und Rückübertragung der (gattungs-) gleichen Aktien eines ausländischen Anteilseigners über den Dividendenstichtag an einen Steuerinländer, insbesondere unter Einschaltung eines ausländischen Vermittlers, um ein gängiges Gestaltungsmodell handelte, das insbesondere von Banken in großem

Umfang zur Umgehung der Definitivbelastung des Steuerausländers mit Kapitalertragsteuer auf Dividendenausschüttungen praktiziert wurde, hat das Gericht eine Beweisvermutung für einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO bejaht. Sonstige wirtschaftlich beachtlichen Gründe für eine solche Gestaltung liegen regelmäßig nicht vor.

Welche Schlussfolgerungen sind aus dem Urteil zu ziehen?

Es besteht dringender Handlungsbedarf für die Finanzverwaltung, diese Cum/cum-Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs aufzugreifen.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum erst jetzt einzelne Fälle zu dieser Thematik zur Entscheidung anstehen, obwohl die spezialgesetzliche Regelung des § 50c EStG bereits ab dem Jahr 2001 abgeschafft wurde und darüber hinaus der BFH bereits in 2015 entschieden hat, dass bei Bestehen eines Gesamtvertragskonzepts, das die wirtschaftliche Nutzung der Aktien ausschließt, das wirtschaftliche Eigentum nicht auf den Aktien-erwerber übergeht.

Schließlich ist bekannt, dass diese Geschäfte mit Hilfe von Gestaltungskonzepten – regelmäßig erstellt durch große Steuerberatungsgesellschaften – in großem Umfang insbesondere von Banken betrieben wurden.

Universität Mannheim · LSt für ABWL und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II ·
Prof. Dr. Christoph Spengel · Schloss · 68131 Mannheim

Frau
Katja Hessel, MbB
Vorsitzende des Finanzausschusses des
Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Per E-Mail

Prof. Dr. Christoph Spengel
Schloss
68131 Mannheim
Telefon +49 621 181-1704
spengel@uni-mannheim.de

Sekretariat: Christine Bürner
Telefon +49 621 181-1705
Telefax +49 621 181-1706
buerner@uni-mannheim.de
<http://spengel.bwl.uni-mannheim.de>

Mannheim, den 4. September 2020

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages
zu Anträgen der Fraktionen der DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zum Thema
„Cum/Ex“ am 9. September 2020**

Sehr geehrte Frau Hessel,

zur o.a. öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 9. September überlasse ich Ihnen gerne meine Stellungnahme.

- Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte sind zusammen zu denken, diese Geschäfte sind seit Jahrzehnten trotz der Umstellung des Kapitalertragsteuerabzugsverfahrens vom Netto- auf das Bruttoprinzip im Jahr 2012 bis heute am Markt durch gängige Gestaltungsmodelle anzutreffen; dem deutschen Staat entgehen jährlich Milliarden Euro an Kapitalertragsteuern bzw. Kapitalertragsteuern werden erstattet, obwohl sie nicht vereinnahmt wurden; dies ist ein unerträglicher Zustand, Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte sind endlich zu unterbinden**

Cum/Ex-Geschäfte bezwecken eine Erstattung von Kapitalertragsteuern auf Dividenden in Deutschland, die überhaupt nicht an das Finanzamt abgeführt wurden. Der durch Cum/Ex-Geschäfte verursachte Steuerschaden liegt bis zum Jahr 2011 einschließlich mindestens im zweistelligen Milliardenbereich. Fachleute waren der Ansicht, dass seit dem Jahr 2012 durch die Umstellung auf das Zahlstellenprinzip bzw. den Übergang vom Netto- auf das Bruttoprinzip

im Zuge des OGAW IV¹ Erstattungen gar nicht gezahlter Kapitalertragsteuern nicht mehr möglich sind. Diese Einsicht hat sich als falsch erwiesen, Cum/Ex-Geschäfte sind auch nach Inkrafttreten des OGAW IV bis heute in mutierter Form ihrer technischen Abwicklung möglich und am Markt anzutreffen.

Cum/Cum-Geschäfte umgehen die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland seit mittlerweile mehr als vier Jahrzehnten. Gängige, am Markt anzutreffende Gestaltungsmodelle sind die Wertpapierleihe sowie Ankaufs- und Rückverkaufsstrategien, durch die sich die ansonsten für Steuerausländer in Deutschland fällige und definitive Kapitalertragsteuer auf Dividenden vermeiden lässt. Das OGAW IV hat hieran ebenso nichts geändert wie die verschärften Vorschriften zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG, die im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes 2016 beschlossen wurden und seit dem Jahr 2018 gelten.²

Wieso sind Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte zusammen zu denken und konsequent aufzugreifen? Es ist allgemein bekannt, dass sich rund zwei Drittel der in Deutschland notierten Aktien im Besitz von Steuerausländern befinden. Ohne den Einbezug eines Steuerausländers sind (unberechtigte) Mehrfacherstattungen einer einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer auf Dividenden denklogisch nicht möglich. Es ist somit davon auszugehen, dass in ausländischem Besitz befindliche deutsche Aktien in einem ersten Schritt mit (d.h. cum) Dividende nach Deutschland transferiert werden um anschließend (ggf. mehrfach) leerverkauft (d.h. ex gehandelt) werden. Anschließend werden sämtliche Transaktionen rückabgewickelt.

2. Cum/Cum-Geschäfte endlich aufgreifen

Seit Jahrzehnten umgehen Cum/Cum-Geschäfte die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form von Dividendenstripping nicht illegal. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2015³ ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Der Umgang mit Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und dann auch nur bei Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will.

Das Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 28.1.2020⁴ bestätigt nicht nur die Leitsätze des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2015, dass neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmiss-

¹ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-IV-Umsetzungsgesetz – OGAW-IV-UmsG vom 22.6.2011, BGBl. I 2011, S. 1126.

² Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz–InvStRefG) vom 19.7.2016, BGBl. I 2016, S. 1730.

³ BFH vom 18.8.2015 - I R 88/13, BFH/NV 2016, S. 341.

⁴ FG Hessen vom 28.1.2020 - 4 K 890/17, juris, Dokumenten-Nr. STRE202075112.

brauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Im Hinblick auf das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) sieht das Gericht in der Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, welche eine Erstattung von Kapitalertragsteuern auf Dividenden erwirken sollen, die im Ausland ansässigen Inhabern deutscher Aktien nicht zustehen, eine Beweisvermutung für eine missbräuchliche Gestaltung. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004 bis 2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind. Schließlich stellt das Gericht fest, dass der allgemeine Missbrauchstatbestand des § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird.

Der Steuerschaden, der Deutschland durch Cum/Cum-Geschäfte entstanden ist, liegt nach meinen Schätzungen im hohen zweistelligen Milliardenbereich.⁵ Nach einer Abfrage der BaFin im Jahr 2017 erwarten rund 90 Prozent der in Cum/Cum-Geschäfte involvierten deutschen Kreditinstitute finanzielle Mehrbelastungen infolge von Rückforderungen der Kapitalertragsteuer. Allerdings bezieht sich die BaFin-Abfrage lediglich auf § 42 AO-Risiken und für ab dem Jahr 2013 getätigte Cum/Cum-Geschäfte.

Vor dem Hintergrund des Urteils des Hessischen Finanzgerichts besteht dringender Handlungsbedarf. Die BaFin ist – falls sie nicht selbst tätig wird – durch eine unverzügliche Weisung des Bundesfinanzministers aufgefordert, unmittelbar eine neue Abfrage durchzuführen, die auch vor dem Jahr 2013 durchgeführte Cum/Cum-Geschäfte umfasst und neben § 42 AO-Risiken auch § 39 Abs. 2 AO-Risiken einschließt. Die Finanzverwaltung ist aufgefordert, in verdächtigen Fällen, d.h. bei Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, unverzüglich geänderte Anrechnungsbescheide nach § 130 AO zu erlassen bzw. Anrechnungsverfügungen rückgängig zu machen, um die Verjährung zu hemmen. Schließlich sind die Wirtschaftsprüfer der in Cum/Cum-Geschäfte involvierten Kreditinstitute aufgefordert, Rückstellungen wegen Risiken aus Kapitalertragsteuerrückforderungen zu veranlassen, die sich aus § 39 Abs. 2 AO- und § 42 AO-Risiken ergeben.

Für betroffene Steuerpflichtige ist zu beachten, dass ein Fall der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder eine leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen kann, falls in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt gemacht worden sind. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung zu Cum/Ex-Geschäften könnte sich auch bei Cum/Cum-Geschäften die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz stellen.

Der Ausgangspunkt von Cum/Cum-Geschäften liegt in der unterschiedlichen Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen und Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen. Diese fortbestehenden Arbitragemöglichkeiten fordern weiterhin Gestaltungen heraus. Es ist nicht sichergestellt, dass alle Möglichkeiten zur Umwandlung von

⁵ Spengel/Peitzmeier, Schätzung des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens, 16.5.2017 (https://www.bwl.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/bwl/Spengel/Dokumente/Medien/Steuerschaden_Cum-Cum_de.pdf).

beschränkt steuerpflichtigen Dividenden in steuerfreie Veräußerungsgewinne oder Wertpapierleihgebühren verhindert werden und keine Wege gefunden werden können, den Anwendungsbereich von § 36a EStG zu umgehen. Die Arbitragemöglichkeiten ließen sich wirkungsvoll verhindern, indem Veräußerungsgewinne und Wertpapierleihgebühren in Deutschland analog zu Dividenden der beschränkten Steuerpflicht i.S.d. § 49 EStG unterworfen werden.

Zu Cum/Cum-Geschäften verweise ich ausführlich auf meinen Beitrag „Steuerrechtliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften – Folgerungen aus dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 28.1.2020 und Konsequenzen für die Praxis“, der in der Zeitschrift „Der Betrieb“ in Heft Nr. 37 am 14.9.2020 auf den Seiten 1919-1927 abgedruckt wird. Der Beitrag ist meiner Stellungnahme als Anlage beigefügt.

3. Cum/Ex-Geschäfte sind auch nach 2012 am Markt anzutreffen

Cum/Ex-Geschäfte bezwecken eine Erstattung von Kapitalertragsteuern auf Dividenden in Deutschland, die überhaupt nicht an das Finanzamt abgeführt wurden.

Durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf konnten bis zum Jahr 2011 einschließlich mehrere Steuerbescheinigungen für einmal gezahlte Kapitalertragsteuer erwirkt werden. Dies war möglich, weil die Abführung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell auseinandergefallen sind. Während der Emittent der Aktien die Kapitalertragsteuer einbehalten hat, wurde die Steuerbescheinigung von der Depotbank des Inhabers der Aktien ausgestellt. Diese Sollbruchstelle im System nutzten die Initiatoren der Modelle, um durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen für den Leerkäufer eine zweite Steuerbescheinigung durch dessen Depotbank zu erwirken. Die durch die Depotbank des Leerkäufers für die Dividendenkompensationszahlung ausgestellte Steuerbescheinigung hätte nach der eindeutigen Gesetzeslage allerdings nie ausgestellt werden dürfen und war daher falsch. Denn auf die Dividendenkompensationszahlung wurde in den strittigen Fällen niemals Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt.⁶ Das Landgericht Bonn hat Cum/Ex-Geschäfte unlängst für strafbar erklärt und bei den Profiteuren einen Einzug des Vermögensschadens angeordnet.⁷

Fachleute einschließlich mir waren der Ansicht, dass seit dem Jahr 2012 durch die Umstellung auf das Zahlstellenprinzip bzw. den Übergang vom Netto- auf das Bruttoprinzip im Zuge des OGAW IV Erstattungen gar nicht gezahlter Kapitalertragsteuern nicht mehr möglich sind. Diese Einsicht hat sich als falsch herausgestellt, Cum/Ex-Geschäfte sind auch nach Inkrafttreten des OGAW IV bis heute in mutierter Form ihrer technischen Abwicklung möglich und am Markt anzutreffen.

Seit dem Jahr 2012 wird im Zuge des OGAW IV die Dividende brutto vom Emittenten der Aktien an Clearstream Banking AG Frankfurt (CBF) gezahlt. Die Depotbank des Aktieninhabers ist

⁶ Ausführlich Spengel, Sachverständigengutachten nach § 28 PUAG für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, 28.7.2016, S. 4 ff, 19 (https://www.bundestag.de/resource/blob/438666/15d27facf097da2d56213e8a09e27008/sv2_spengel-data.pdf).

⁷ Landgericht Bonn vom 18.3.2020 - 62 Kls - 213 Js 41/19 - 1/19, juris, Dokumenten-Nr. JURE20009067.

zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet und stellt eine Steuerbescheinigung aus. Insoweit gibt es keine mehrfachen Steuerbescheinigungen mehr.

Verbucht CBF jedoch die Dividende auf eine ausländische Depotbank eines Steuerausländers, wird der ausländischen Depotbank nur die Nettodividende gutgeschrieben und es wird eine Steuerbescheinigung ausgestellt. Die Kapitalertragsteuer wird bei CBF auf ein Steuerkonto gebucht und ist zur Abfuhr an das Finanzamt vorgesehen. Die Kapitalertragsteuer ist allerdings noch nicht abgeführt; dennoch verfügt der Steuerausländer über eine Steuerbescheinigung, mittels der er eine Steuererstattung aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens beantragen kann!

Auch nach Inkrafttreten des OAGW IV sind Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag möglich. So können Steuerausländer weiterhin deutsche Aktien an Steuerinländer vor dem Dividendenstichtag mit Dividendenanspruch (cum Dividende) veräußern und nach dem Dividendenstichtag ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) liefern. Zum Ausgleich des fehlenden Dividendenbezugsrechts werden diese Cum/Ex-Geschäfte technisch wie folgt abgewickelt.

- Im Zuge des sog. Reverse Market Claims wird die ausländische Depotbank in Höhe der Nettodividende belastet und das Steuerkonto von CBF in Höhe der noch nicht abgeführten Kapitalertragsteuer.
- Der Depotbank des Steuerinländers wird die Bruttodividende gutgeschrieben (Nettodividende des Steuerausländers zuzüglich noch nicht abgeführter Kapitalertragsteuer vom CBF-Steuerkonto).
- Die Depotbank des Steuerinländers behält Kapitalertragsteuer ein und führt diese an das Finanzamt ab. Dem Steuerinländer wird die Nettodividende ausgezahlt und er erhält eine Steuerbescheinigung.
- Handelt es sich bei dem Steuerinländer um einen Fonds mit Nichtveranlagungsbescheinigung, wird ihm sogar die Bruttodividende ausgezahlt.

Zu beachten ist, dass neben dem Steuerinländer auch der Steuerausländer über eine Steuerbescheinigung verfügt.

Denkbar sind Cum/Ex-Geschäfte in einem Volumen, durch das im Zuge des Reverse Market Claims das Steuerkonto von CBF vollständig „rückbelastet“ wird. In diesen Fällen erhält der Steuerausländer, da er im Besitz einer Steuerbescheinigung ist, eine Erstattung der Kapitalertragsteuer, obwohl diese von CBF nicht an das Finanzamt abgeführt wurde! Es kommt also durch mutierte Cum/Ex-Geschäfte auch nach Inkrafttreten des OAGW IV in Deutschland weiterhin zur Erstattung von Kapitalertragsteuern, die niemals eingenommen wurden! Presseberichten zufolge stehen die staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungen der Privatbank Hauck &

Aufhäuser Mitte August 2020 in Zusammenhang mit Cum/Ex-ähnlichen Geschäften in Tatzeiträumen bis 2016, und es geht um Reverse Market Claims.⁸

Zur Unterbindung einer Erstattung niemals eingemommener Kapitalertragsteuer ist das Verfahren zum Einbehalt, zur Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer sowie das gesamte Erstattungsverfahren dringend zu reformieren. Im Zeitalter der Digitalisierung sind der Betrag der bescheinigten Kapitalertragsteuer einerseits und der hierfür geltend gemachte Erstattungsbetrag andererseits vergleichsweise einfach miteinander zu verknüpfen. Denkbar wäre auch eine Beweislastumkehr, d.h. derjenige, der eine Kapitalertragsteuer erstattet haben möchte, hat den Nachweis zu erbringen, dass die bescheinigte Kapitalertragsteuer tatsächlich einbehalten und abgeführt worden ist.

Im Übrigen sind die von CBF in entsprechenden Fällen für Steuerausländer ausgestellten Steuerbescheinigungen falsch, da die bescheinigte Kapitalertragsteuer nicht abgeführt wurde. Nach § 45a Abs. 7 EStG haftet CBF für den entstandenen Steuerschaden.

Zu Cum/Ex-Geschäften⁹ nach dem OGAW IV verweise ich ausführlich auf die Darstellung von Herrn Alexander Heist „Mögliche steuergetriebene Transaktionsstrukturen nach OGAW IV“ im Auftrag der Bürgerbewegung Finanzwende e.V.¹⁰

Gez.

Prof. Dr. Christoph Spengel

⁸ Iwersen/Votsmeier, Dauerbesuch der Staatsanwaltschaft: Cum-Ex-Affäre erreicht Führungsetage von Hauck & Aufhäuser, Handelsblatt vom 20.8.2020 (<https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/durchsuchungen-bei-privatbank-dauerbesuch-der-staatsanwaltschaft-cum-ex-afaere-erreicht-fuehrungsetage-von-hauck-und-aufhaeuser/26113282.html?ticket=ST-9435154-UC-cAqlcQBP42V7wu4gOc-ap6>).

⁹ Nicht im Zentrum meiner Stellungnahme steht das Folgende, weil einschlägig bereits bekannt, dennoch im Rechtsstaat äußerst bedenklich: Das rückwirkende Aufgreifen von Cum/Ex-Geschäften durch die Strafverfolgungsbehörden ist zentral dafür, mehrfach und zu Unrecht erstattete Kapitalertragsteuern im hohen zweistelligen Milliardenbereich für die Bundesrepublik Deutschland zurück zu holen. Für die strafrechtliche Aufarbeitung spielt die steuerrechtliche Verjährungsfrist von 10 Jahren für offene Fälle (d.h. Fälle, die steuerlich noch nicht bestandskräftig sind) eine entscheidende Rolle. Inwieweit diese steuerrechtliche Verjährungsfrist der Abgabenordnung auch strafrechtlich relevant ist, ist strafrechtlich mangels spezialgesetzlicher Regelung offen. Geradezu schockierend ist es vor diesem Hintergrund, dass im Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz vom 29.6.2020 mit Wirkung zum 1. Juli 2020 geregelt wurde, dass die strafrechtliche Verjährung für bis zu diesem Zeitpunkt noch steuerrechtlich offene Fälle nach 10 Jahren eintritt (d.h. Fälle, die vor dem 1.7.2010 bestandskräftig geworden sind, werden nicht erfasst). Diese Änderung der Abgabenordnung im Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz, wo sie niemand erwartet hat und wo sie auch nicht hingehört, ist ein weiterer Skandal im gesamten Cum/Ex-Skandal und kostet die Bundesrepublik Deutschland Milliarden Euro! Ich fordere den Gesetzgeber auf, diese Regelung (d.h. § 34 Einführungsgesetz zur Abgabenordnung, zuletzt geändert durch Zweites Corona-Steuerhilfegesetz) unverzüglich abzuschaffen und eine klare strafrechtliche Regelung einzuführen, die es ermöglicht, auch steuerlich bereits verjährte Cum/Ex-Geschäfte strafrechtlich mit der Möglichkeit des Vermögenseinzugs aufzugreifen.

¹⁰ Die Darstellung findet sich auf der Homepage der Bürgerbewegung Finanzwende e.V.: <https://www.finanzwende.de/>.

Anlage: Spengel, Christoph, „Steuerrechtliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften – Folgerungen aus dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 28.1.2020 und Konsequenzen für die Praxis“, Der Betrieb, Heft Nr. 37 am 14.9.2020, S. 1919-1927.

Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim

Steuerrechtliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften

– Folgerungen aus dem Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 und Konsequenzen für die Praxis –

Prof. Dr. Christoph Spengel ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II an der Universität Mannheim, Research Associate am ZEW – Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, Mannheim, sowie Direktor und Sprecher des Leibniz WissenschaftsCampus MannheimTaxation. Spengel ist u.a. Gründungsmitglied von Bürgerbewegung Finanzwende e.V.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Der Beitrag nimmt zunächst eine steuerrechtliche Würdigung von Cum/Cum-Geschäften vor und thematisiert das zögerliche und widerwillige Handeln des BMF, das diese Geschäfte nicht aufgreifen möchte. In einem nächsten Schritt wird das Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 ausführlich erörtert. Anschließend werden die Konsequenzen dieses Urteils für die Praxis dargelegt. Im Ergebnis ist dringender Handlungsbedarf festzustellen, Cum/Cum-Geschäfte beherzt aufzugreifen, es könnte auch eine strafrechtliche Relevanz gegeben sein.

I. Einleitung

Seit Jahrzehnten umgehen Cum/Cum-Geschäfte die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form von Dividendenstripping nicht illegal. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen BFH-Rspr. ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Der Umgang mit Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und auch nur im Fall eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will. Das Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 bestätigt nicht nur die Leitsätze der BFH-Rspr., dass neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004-2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind. Schließlich stellt das Gericht fest, dass § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird.

II. Fragestellungen

Cum/Cum-Geschäfte und Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf bezeichnen Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag, die eine Vermeidung bzw. sogar eine mehrfache Erstattung von KapEst bezwecken. Dieses sog. Dividendenstripping ist seit den 90iger-Jahren des vorherigen Jahrhunderts bekannt und in den

vergangenen Jahren zunehmend in den Fokus der Öffentlichkeit geraten. Bei den bekannt gewordenen Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf wurden die Grenzen der Legalität stets überschritten.¹ Es sind flächendeckende staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren in vollem Gang² und es liegt mittlerweile ein erstes Urteil des LG Bonn vor, das diese Geschäfte als strafbar einstuft.³ Der Beitrag fokussiert nicht auf Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf, vielmehr geht es um Cum/Cum-Geschäfte.

Cum/Cum-Geschäfte sind nicht per se illegal und deswegen auch nicht mit Cum/Ex-Geschäften in der Variante des Leerverkaufs vergleichbar. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen Rspr. des BFH⁴ ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Der Umgang mit Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und auch nur im Fall eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will.⁵ Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland aus Cum/Cum-Geschäften entstanden ist, ist immens, er liegt im hohen zweistelligen Milliardenbereich.

Das jüngste Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020⁶ dürfte entgegen den Bestrebungen des Bundesministeriums der Finanzen zu einem weitreichenderen Aufgreifen von Cum/Cum-Geschäften führen. Denn das Urteil bestätigt im konkret zu beurteilendem Sachverhalt nicht nur die Leitsätze des BFH aus dem Jahr 2015, wonach neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelte, die in den Jahren 2004-2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 zu hinterfragen sind.

Unter III. wird zunächst die Funktionsweise von Cum/Cum-Geschäfte erörtert, eine rechtliche Würdigung dieser Geschäfte vorgenommen und das intransparente Handeln des BMF skizziert. Abschn. IV. würdigt die Feststellungen des Hessischen FG in seinem Urteil vom 28.01.2020. Abschn. V. erörtert die sich aus diesem Urteil ergebenden Konsequenzen für die Praxis. Abschn. VI. fasst zusammen.

1 Vgl. FG Hessen vom 08.10.2012 – 4 V 1661/11, EFG 2013 S. 47; FG Hessen vom 10.02.2016 – 4 K 1684/14, EFG 2016 S. 761; FG Hessen vom 10.03.2017 – 4 K 977/14, EFG 2017 S. 656; FG Köln vom 19.07.2019 – 2 K 2672/17, EFG 2020 S. 367.

2 Vgl. zuletzt Iwersen/Votsmeier, HB vom 16.07.2020 S. 30 f.

3 Vgl. LG Bonn vom 18.03.2020 – 62 KLS – 213 Js 41/19 – 1/19, juris, Dok.-Nr. JURE20009067.

4 Vgl. BFH vom 18.08.2015 – I R 88/13, BFH/NV 2016 S. 341.

5 Vgl. BMF vom 17.07.2017, BStBl. I 2017 S. 986 = DB 2017 S. 1619.

6 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020 – 4 K 890/17, juris, Dok.-Nr. STRE202075112.

III. Cum/Cum-Geschäfte

1. Begrifflichkeit und Funktionsweise

Bei Cum/Cum-Geschäften handelt es sich um Aktientransaktionen, bei denen Steuerausländer kurz vor dem Dividendenstichtag Aktien mit (cum) Dividendenanspruch auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber übertragen und diese Aktien ebenfalls mit (cum) Dividendenanspruch geliefert werden. Kurz nach dem Dividendenstichtag erfolgt eine Rückübertragung der Aktien.⁷ Der Anreiz für diese Gestaltungen liegt in dem Nutzen von Steuerarbitrage, welche durch die unterschiedliche Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen bzw. Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Stpfl. ermöglicht wird. Cum/Cum-Geschäfte bezwecken die Vermeidung der auf Dividenden einbehaltenden KapEst. Diese Geschäfte können auf unterschiedliche Weise ausgestaltet sein, wobei der Verkauf von Aktien mit anschließender Rückübertragung sowie die Wertpapierleihe die gängigsten Ausprägungen darstellen. Im Ausland ansässige Inhaber deutscher Aktien sind mit ihren in Deutschland bezogenen Dividenden beschränkt steuerpflichtig (§ 2 KStG), es fällt KapEst an (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG), die abgeltende Wirkung entfaltet (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG). Die Definitivbelastung von 25% (§ 43a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) wird für KapGes. durch § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG auf 15% reduziert, ggf. kommt eine weitere Reduktion durch die Mutter-Tochter-Richtlinie⁸ oder ein DBA in Betracht (§ 50d Abs. 1 S. 1 und 2 EStG). Die Definitivbelastung mit KapEst schafft einen Anreiz, Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber – in der Regel ein Kreditinstitut – zu übertragen und sie kurz nach dem Dividendenstichtag wieder rückzuübertragen. Auf diese Weise können in Deutschland beschränkt steuerpflichtige Dividenden in steuerfreie Einkünfte (Veräußerungsgewinn bzw. Wertpapierleihgebühr) transformiert werden.

Bei einem Erwerbsgeschäft verkauft ein nicht anrechnungsberechtigter Aktieninhaber die Aktien vor dem Dividendenstichtag an ein in Deutschland ansässiges Kreditinstitut und kauft sie nach Ausschüttung der Dividende zum um die Bruttodividende geminderten Preis zurück. Der Steuerausländer erzielt somit einen Veräußerungsgewinn in Höhe der Bruttodividende. Dieser ist nicht im Katalog des § 49 EStG enthalten und wird mithin nicht besteuert. Der unbeschränkt steuerpflichtige Erwerber der Aktien erhält nach dem bescheinigten Abzug der KapEst die Nettodividende und erleidet aus dem Rückverkauf der Aktien einen Veräußerungsverlust. Da es sich bei dem Erwerber im Regelfall um ein Kreditinstitut handelt, sind nach § 8b Abs. 7 KStG die Vorschriften § 8b Abs. 1 bis 6 KStG nicht anwendbar. Damit ist die Nichtabzugsfähigkeit von Veräußerungsverlusten nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG nicht einschlägig, sodass die steuerpflichtige Dividende in voller Höhe mit dem durch den Ver- und Rückkauf entstehenden Veräußerungsverlust verrechnet werden kann und die KapEst aufgrund eines zu versteuernden Einkommens von Null erstattet wird.

Bei einer Wertpapierleihe (§§ 607 ff. BGB) erwirbt ein in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtiger Entleiher kurz vor dem Dividendenstichtag das zivilrechtliche Eigentum an

den Aktien eines ausländischen Aktieninhabers. Kurz nach dem Dividendenstichtag sind Aktien gleicher Art, Güte und Menge an den Verleiher zurückzugeben. Der Steuerausländer erhält eine Wertpapierleihgebühr in Höhe der Bruttodividende. Da diese nicht zu den nach § 49 EStG beschränkt steuerpflichtigen Einkünften zählt, fließt sie dem Verleiher steuerfrei zu. Der Entleiher erhält nach Abzug der KapEst die Nettodividende und kann die Wertpapierleihgebühr als Betriebsausgabe abziehen. Durch die Verrechnung der steuerpflichtigen Dividende mit der Wertpapierleihgebühr in gleicher Höhe entsteht ein zu versteuerndes Einkommen von Null, sodass die KapEst erstattet wird.

Während also der inländische Erwerber bzw. Entleiher der Aktien nach Steuern einen Gewinn von Null erzielt, entsteht beim Steuerausländer ein „Gewinn“ in Höhe der KapEst; der Steuerausländer wird im Ergebnis so gestellt, als habe er die Dividende steuerfrei bezogen. Dieser „Gewinn“ wird regelmäßig zwischen den Beteiligten durch die Preisgestaltung gegenläufiger Kurssicherungsgeschäfte (z.B. Aktienfutures) aufgeteilt, wobei der inländische Zwischenerwerber bzw. Entleiher der Aktien einen deutlich geringeren Anteil erhält.⁹

Ein Beispiel zur Wertpapierleihe verdeutlicht die Funktionsweise von Cum/Cum-Geschäften.

Beispiel:

Ein nicht zur Anrechnung berechtigter Anteilseigner deutscher Aktien, z.B. ein ausländischer Staats- oder Pensionsfonds, verfügt kurz vor dem Dividendenstichtag über Aktien einer deutschen AG im Wert von 100; der Dividendenbeschluss lautet auf 10. Behält der „Steuerausländer“ die Aktien über den Dividendenstichtag, fließt ihm nach Abzug der deutschen KapEst von 25% eine Nettodividende i.H.v. 7,5 (= 10-2,5) zu. Die KapEst i.H.v. 2,5 steht dem deutschen Fiskus zu.

Der „Steuerausländer“ verleiht nunmehr im Rahmen eines Cum/Cum-Dividendenstrippingmodells die Aktien über den Dividendenstichtag für 9 an eine in Deutschland steuerpflichtige Bank, ihm verbleiben nun 9 anstatt 7,5 (weil die Leihgebühr anders als eine Dividende in Deutschland nicht der KapEst unterliegt).

Für die Bank in Deutschland wirft das Geschäft bei einer Bruttobetrachtung (immer) eine positive Rendite von 1 ab (10-9). Das Geschäft steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Bank die zunächst einbehaltene KapEst anrechnen kann bzw. erstattet bekommt. Im Einzelnen: Nach Abzug der KapEst von 25% beträgt die Nettodividende 7,5 (10-2,5), die Leihgebühr weiterhin 9. Ohne Steuern ergibt sich also ein Verlust von 1,5 (7,5 Nettodividende abzüglich Leihgebühr von 9). Zu versteuern ist freilich – falls die Bank wirtschaftlicher Eigentümer geworden sein sollte – die Bruttodividende von 10 abzüglich Leihgebühr von 9, macht also 1. Darauf fallen in Deutschland rund 30% Steuern (KSt inkl. SolZ und GewSt) an, macht also 0,3 (30% von 1). Auf die 0,3 Steuerzahllast können 2,5 KapEst angerechnet werden bzw. es entsteht ein Erstattungsanspruch.

Wie sieht das Geschäft – falls es steuerlich so akzeptiert werden sollte – in der Gesamtbetrachtung aus? Die Bank in Deutschland hat 7,5 netto erhalten, zahlt 0,3 an Steuern und 9 an Leihgebühr, macht also bis dahin 1,8 Verlust (7,5-0,3-9), kann aber 2,5 KapEst anrechnen bzw. sich erstatten lassen, woraus sich ein Gewinn von 0,7 und Nettoeinkünfte der Bank in Deutschland in gleicher Höhe ergeben.

⁷ Für eine detaillierte Beschreibung der Funktionsweise und finanziellen Anreize von Cum/Cum-Transaktionen vgl. Spengel, Sachverständigengutachten nach § 28 PUAG für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, 28.07.2016, S. 4 ff (19) (<http://hbfm.link/7644> [Abruf: 17.08.20]).

⁸ RL 90/435/EWG, Abl. EG 1990 Nr. L 225 S. 6 ff.

⁹ Siehe etwa Fiand, NWB 2016 S. 349.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Ohne Dividendenstripping bzw. Cum/Cum-Geschäft via Wertpapierleihe hätte der deutsche Fiskus 2,5 an Steuern eingenommen, die ihm auch zustehen. Der Verleiher der Wertpapiere hätte 7,5 netto eingenommen. Falls der deutsche Fiskus die Wertpapierleihe hingegen steuerlich anerkennt, entgehen ihm Steuern von 2,2. Von diesem Steuerschaden profitiert der Verleiher der Wertpapiere i.H.v. 1,5 (er hat 9 anstatt 7,5) und die Bank in Deutschland i.H.v. 0,7. Werden die Transaktionen hingegen nicht anerkannt, ist die (Netto-)Dividende dem Verleiher zuzurechnen. Die Bank in Deutschland muss die KapESt zurückzahlen, womit ein Vermögensverlust i.H.v. 2,5 entsteht. Für manche Banken kann das durchaus bedrohlich sein.

2. Steuerrechtliche Würdigung

Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften ist nicht mit den illegalen Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf gleichzusetzen, es ist aber der konkrete Einzelfall zu prüfen. Eine Anrechnung bzw. Erstattung der KapESt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist seit 2001¹⁰ nur dann statthaft, wenn ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Zwischenerwerber und Rückveräußerer bzw. den Entleiher nach § 39 Abs. 2 AO stattgefunden hat und kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vorliegt. Dies folgt aus der höchstrichterlichen BFH-Rspr.¹¹

Vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rspr. des BFH ist es allgemein anerkannt, dass das wirtschaftliche Eigentum (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Erwerber grundsätzlich mit der Erlangung des zivilrechtlichen Eigentums übergeht.¹² Dennoch verdeutlicht der BFH in seiner st. Rspr., dass die Beurteilung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums einzelfallabhängig ist und nur in der Gesamtschau der Verhältnisse entschieden werden kann.¹³ Dem BFH-Urteil vom 18.08.2015¹⁴ lag eine Wertpapierleihe zugrunde. Obwohl der Entleiher bei einer Wertpapierleihe zivilrechtlicher und regelmäßig auch wirtschaftlicher Eigentümer wird, hat der BFH anhand bestimmter Kriterien den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im vorliegenden Fall verneint. Es kommt mithin auch bei einer Wertpapierleihe auf die Umstände des Einzelfalls an, ob ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums stattfindet. Insbesondere im Falle einer Kündigungsmöglichkeit des Entleihers, einer kurzen Leihdauer und keiner wirtschaftlichen Nutzung der Aktien durch den Entleiher ist voraussichtlich das wirtschaftliche Eigentum nicht übergegangen.

Sofern der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bejaht werden kann, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob ein Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) vorliegt. Wie oben dargelegt, besteht der Anreiz von Cum/Cum-Geschäften in der Regel in der Nutzung von Steuerarbitrage; es mangelt mithin an einem eigenständigen, außersteuerlichen wirtschaftlichen

Zweck der Transaktionen. Es werden häufig gängige Gestaltungen genutzt, um eine Erstattung der KapESt zu erwirken, die Steuerausländern nicht zusteht. In diesen Fällen besteht regelmäßig eine Anscheinsvermutung für einen Gestaltungsmissbrauch. So ist auch der Rspr. des BFH zu entnehmen, dass bei Wertpapiertransaktionen, die zu einem wirtschaftlichen Gesamtverlust führen müssen und sich nur durch die Inanspruchnahme steuerlicher Effekte lohnen, von einem Gestaltungsmissbrauch auszugehen ist.¹⁵ Auch das Hessische FG und das Niedersächsische FG gingen in ihren Entscheidungen vom 10.02.2016¹⁶ betreffend einen Wertpapierkauf bzw. vom 21.11.2013¹⁷ betreffend eine Wertpapierleihe von einem Gestaltungsmissbrauch aus.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht per se illegal sind. Es hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab, ob das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien übergegangen ist und ob ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt. Werden in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt, also zum gesamten Gestaltungsmodell gemacht, kann überdies ein Fall der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO oder eine leichtfertige Steuerverkürzung gem. § 378 AO vorliegen.¹⁸

3. Maßnahmen durch den Gesetzgeber und das BMF

Die Haltung der Bundesregierung und des BMF hinsichtlich des (rückwirkenden) Aufgreifens von Cum/Cum-Geschäften ist unverständlich. Es steht der Verdacht im Raum, dass man diese Geschäfte bewusst nicht aufgegriffen hat, um den deutschen Bankensektor nach Überwindung der Finanzkrise zu schützen, oder nicht ordentlich gearbeitet hat, weil die Finanzverwaltung die Streichung von § 50c EStG mit Wirkung ab Vz. 2001 nicht bedacht und die BFH-Rspr. bewusst falsch verstanden und/oder vor dem rückwirkenden EU-rechtlichen Aufgriff der Besteuerung von Streubesitzdividenden zurückgeschreckt hat. Zentrale Aussagen der Bundesregierung zur steuerrechtlichen Beurteilung von Cum/Cum-Geschäften sind offensichtlich falsch und dazu ergangene BMF-Schreiben lassen bis heute zahlreiche Fragen offen.

Wie in Abschn. III. 2. dargelegt, muss ab dem Jahr 2001 neben dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums in einem weiteren Schritt das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs geprüft werden. Die Finanzverwaltung hat das ignoriert. Die Bundesregierung hat auf eine Kleine Anfrage vom 24.11.2015,¹⁹ ob bei Cum/Cum-Geschäften eine missbräuchliche Gestaltung i.S.v. § 42 AO vorläge, mit Schreiben vom 07.01.2016 geantwortet: „Für bestimmte Konstellationen des sog. Dividendenstripings hat der BFH in den Urteilen vom 15.12.1999 (I R 29/97) und vom 20.11.2007 (I R 85/05) entschieden, dass diese grds. zulässig seien. Ob in anderen Konstellationen die Grenzen des Gestaltungsmissbrauchs überschritten sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.“²⁰ Diese Aussage zeugt von einer fragwürdigen Auffassung des BMF hinsichtlich der rechtlichen Würdigung von Cum/Cum-Geschäften.

10 Im Zeitraum von 1977 bis 1979 wurden Cum/Cum-Geschäfte als missbräuchlich § 42 AO eingestuft, sodass eine Anrechnung von KSt und KapESt zu versagen war. Ab 1980 wurde die Anwendung von § 42 AO durch die Einführung des § 50c EStG überlagert. Durch diese sog. Börsenklausel waren Cum/Cum-Geschäfte legal möglich, sofern sie formal über die Börse abgewickelt wurden. Diese Möglichkeit wurde 1994 eingeschränkt. Mit der Streichung des § 50c EStG muss seit dem Jahr 2001 wieder die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO geprüft werden. Vgl. Spengel (a.a.O. Fn. 7), S. 39 ff.

11 Für eine ausführliche steuerrechtliche Beurteilung von Cum/Cum-Geschäften vgl. Spengel a.a.O. (Fn. 7), S. 39 ff.

12 Vgl. BFH vom 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000 S. 527 = DB 2000 S. 600.

13 Vgl. BFH vom 16.04.2014 – I R 2/12, BFH/NV 2014 S. 1813.

14 Vgl. BFH vom 18.08.2015, a.a.O. (Fn. 4).

15 Vgl. Schwenke, Im Fokus des BFH: Übergang wirtschaftlichen Eigentums bei Aktiengeschäften vom 01.12.2016, <http://hbfm.link/7645> (Abruf: 26.07.2020, mit Verweis auf BFH vom 27.07.1999 – VIII R 36/98, BStBl. II 1999 S. 769 = DB 1999 S. 2292).

16 Vgl. FG Hessen vom 10.02.2016, a.a.O. (Fn. 1).

17 Vgl. FG Niedersachsen vom 21.11.2013 – 6 K 366/12, EFG 2014 S. 494.

18 Vgl. Spengel, a.a.O. (Fn. 7), S. 56 f.

19 BT-Drucks. 18/6863.

20 BT-Drucks. 18/7213 S. 1.

Der BFH hat in den angesprochenen beiden Urteilen § 42 AO lediglich deshalb nicht geprüft, weil seine Anwendung in den Zeiträumen, die den Sachverhalten der Urteile zugrunde lagen, durch die Spezialregelung des § 50c EStG überlagert wurde.²¹ Seit der Abschaffung von § 50c EStG im Jahr 2001 muss die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO jedoch wieder geprüft werden.

Mit Schreiben vom 11.11.2016,²² das gegen ein Ministervotum ergangen ist, was wohl einmalig in der Geschichte der Bundesrepublik ist, hat sich das BMF mit der wirtschaftlichen Zurechnung bei Wertpapiergeschäften, insb. Wertpapierleihen, die Gegenstand des BFH-Urteils vom 18.08.2015²³ waren, beschäftigt. In diesem Schreiben anerkennt das BMF zunächst sämtliche Entscheidungsgründe des Urteils des BFH vom 18.08.2015, welche gegen den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Entleiher sprechen. Darüber hinaus anerkennt das BMF, dass auch im Fall der Bejahung eines Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) in Betracht zu ziehen ist. Das BMF-Schreiben geht anschließend jedoch stets von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie von dem Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) aus, falls aus der Wertpapierleihe ein wirtschaftlicher Vorteil i.S. einer positiven Vorsteuerrendite erzielt wird. Da dies stets der Fall ist, falls vor, also ohne Steuern kalkuliert wird (Bruttodividende 10 abzgl. Leihgebühr 9, siehe obiges Beispiel, Abschn. III. 1), besteht der Verdacht, dass das BMF Ende 2016 Cum/Cum-Geschäfte mit Wirkung für die Vergangenheit reinwaschen wollte.²⁴

In seinem Schreiben vom 17.07.2017²⁵ hat sich das BMF erneut mit der steuerlichen Behandlung von Cum/Cum-Geschäften befasst. Auch hierbei kommt die Vermutung auf, dass Cum/Cum-Geschäfte rückwirkend weitestgehend nicht aufgegriffen werden sollen.²⁶ Erstens ist der Zusammenhang zum o.g. BMF-Schreiben vom 11.11.2016 unklar. Somit bleibt die Frage offen, ob es für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums weiterhin auf das Vorliegen einer positiven Vorsteuerrendite ankommen soll. Zweitens sollen Cum/Cum-Geschäfte lediglich hinsichtlich eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) geprüft werden; eine Überprüfung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Erwerber bzw. Entleiher wird nicht thematisiert. Angesichts der eindeutigen BFH-Rspr. ist das mehr als erstaunlich, es stimmt nachdenklich. Drittens sollen Cum/Cum-Geschäfte, die vor der Einführung des § 8b Abs. 4 KStG stattgefunden haben, nicht rückwirkend aufgegriffen werden, falls der Veräußerer oder Verleiher gem. § 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KStG eine in einem EU/EWR-Staat ansässige KapGes. ist. Diese Ausnahmeregelung ist

nicht nur rechtssystematisch unhaltbar.²⁷ Jedem Insider – und damit auch einer funktionierenden Finanzverwaltung – muss klar sein, dass deutsche Drittstaatenaktienpakete stets mittelbar über EU-Vehikel (meistens über Großbritannien) nach Deutschland weiter verliehen wurden, das BMF-Schreiben vom 17.07.2017 ist somit als weiterer Versuch zur Reinwaschung von Cum/Cum-Geschäften mit Wirkung bis 2013 zu verstehen.

Festzuhalten ist, dass das Aufgreifen von Cum/Cum-Geschäften mit Wirkung für die Vergangenheit durch die Bundesregierung und das BMF widerwillig und intransparent erfolgte. Es besteht der begründete Verdacht, dass das BMF diese Geschäfte spätestens ab dem Jahr 2016 auf Druck von außen reinwaschen wollte. In künftigen Jahren sollen Cum/Cum-Geschäfte durch den im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes 2016²⁸ eingeführten § 36a EStG unterbunden werden. Die Anrechnung der KapESt wird an die Voraussetzungen einer Mindesthaltedauer um den Zeitpunkt der Fälligkeit der Kapitalerträge, das Tragen eines Mindestwertänderungsrisikos sowie das Nichtvorliegen einer Verpflichtung zur Vergütung der Kapitalerträge an andere Personen geknüpft. Damit werden Cum/Cum-Geschäfte in ihrer bisherigen Ausgestaltung sicherlich um einiges erschwert. Der Ausgangspunkt der Geschäfte liegt jedoch, wie gesehen, in der unterschiedlichen Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen und Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Stpfl. Diese fortbestehenden Arbitragemöglichkeiten fordern fortbestehende Gestaltungen heraus.²⁹ Es ist nicht sichergestellt, dass alle Möglichkeiten zur Umwandlung von beschränkt steuerpflichtigen Dividenden in steuerfreie Veräußerungsgewinne oder Wertpapierleihgebühren verhindert werden und keine Wege gefunden werden können, den Anwendungsbereich von § 36a EStG zu umgehen.³⁰

IV. Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020

1. Sachverhalt

Im Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020,³¹ gegen das Revision beim BFH zugelassen wurde, waren im Hinblick auf Cum/Cum-Geschäfte vor allem die Steuerbefreiung von Dividenden gem. § 8b Abs. 1 KStG in den Jahren 2004 bis 2006 im Umfang eines hohen zweistelligen Millionenbetrags sowie die Anrechnung der darauf einbehaltenen KapESt in Höhe eines entsprechend geringeren zweistelligen Millionenbetrags streitgegenständlich. Die Dividenden resultierten aus Aktien, die der Klägerin (A-AG) von der B-Bank zeitweilig als Wertausgleich für die Zurverfügungstellung von festverzinslichen Wertpapieren übertragen wurden. Dazu vereinbarten die A-AG und die B-Bank in einem Rahmenvertrag und mehreren Ergänzungsvereinbarungen die wechselseitige Hin- und Rückübertragung von Aktien und sonstigen Wertpapieren. Konkret hat die A-AG der B-Bank im Rahmen eines Wertpapierleihgeschäfts festverzinsliche Wertpapiere übertragen und im Gegenzug von der B-Bank für den gleichen Zeitraum als Wertausgleich Aktien mehrerer inländischer, börsennotierter Gesellschaften sowie eine Leihgebühr i.H.v. 0,05% des Werts

21 Vgl. Spengel, a.a.O. (Fn. 7), S. 59 f.

22 Vgl. BMF vom 11.11.2016, BSBl. I 2016 S. 1324. Am 01.12.2016 befasste sich die Länderfinanzministerkonferenz mit dem BMF-Schreiben und hat das BMF um Klärstellungen und Ergänzungen gebeten. Vgl. Greive/Votsmeier, Banken sollen zahlen, HB vom 02.12.2016 S. 33.

23 Vgl. BFH vom 18.08.2015, a.a.O. (Fn. 4).

24 Vgl. Spengel, DB 2016 S. 2992. Siehe vor allem die eine Woche nach dem BMF-Schreiben vom 11.11.2016 ergangene Rundverfügung der OFD Frankfurt/M. vom 18.11.2016 (OFD Frankfurt/M. vom 18.11.2016 – S 2134 A – 15 – St 210). Eine positive Vorsteuerrendite als brauchbares Kriterium ablehnend vgl. unmittelbar im Nachgang zum angesprochenen BMF-Schreiben FG Niedersachsen vom 17.11.2016 – 6 K 230/15, juris, Dok.-Nr. STRE201775147, Rn. 70.

25 Vgl. BMF vom 17.07.2017, a.a.O. (Fn. 5).

26 Vgl. hierzu ausführlich Spengel, Kurzstellungnahme zum Schreiben des BMF vom 17.07.2017, Steuerliche Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen, 19.07.2017 (<http://hbfm.link/7646> [Abruf: 17.08.20]).

27 Vgl. Dutt/Spengel/Vay, StuW 2018 S. 235 f., m.w.N.

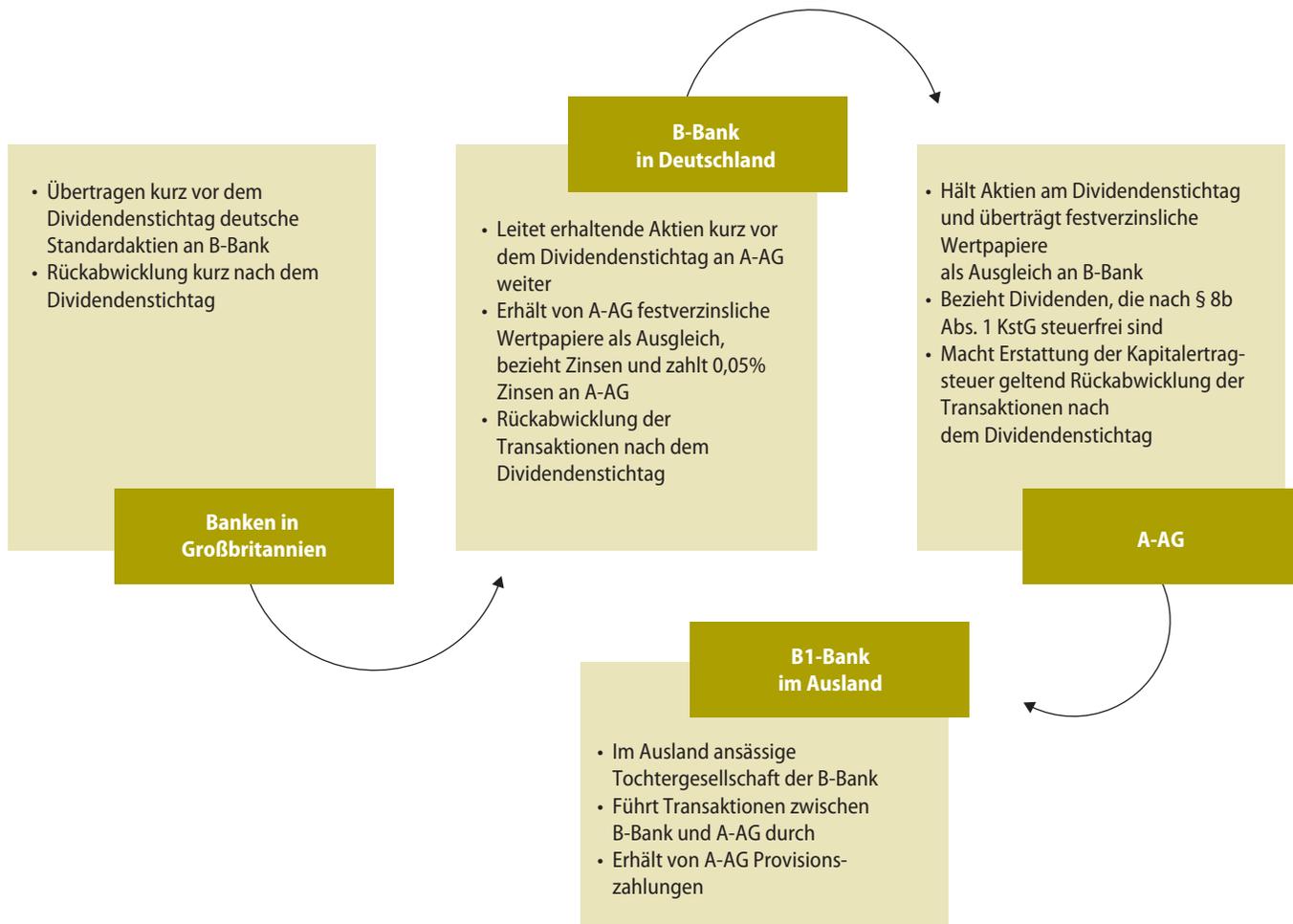
28 InvStRefG vom 19.07.2016, BGBl. I 2016 S. 1730.

29 Vgl. Spengel, a.a.O. (Fn. 7), S. 62.

30 Vgl. auch Anzinger, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG)“, BT-Drucks. 18/8045 S. 10.

31 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 1ff.

Abb. 1: Optimiertes Cum/Cum-Gestaltungsmodell nach FG Hessen vom 28.01.2020



der überlassenen festverzinslichen Wertpapiere erhalten. Die Aktienlieferungen erfolgten jew. vor dem Tag der Hauptversammlung.

Die Erträge aus den wechselseitig überlassenen Wertpapieren wurden während der Haltedauer von den jeweiligen Besitzern vereinnahmt, also die Dividenden von der A-AG und die Zinsen von der B-Bank. Abgesehen von einer Ausnahme, entsprachen sich pro Jahr die Zinsen und die Bruttodividenden der Höhe nach, bereits geringste Schwankungen führten gem. den getroffenen Vereinbarungen zu Wertausgleichsverpflichtungen. Kurz nach der Vereinnahmung der jeweiligen Erträge wurden die wechselseitigen Transaktionen beendet und die jeweiligen Wertpapiere rückübertragen. Während der jeweiligen Haltedauern der Aktien hat die A-AG weder die Stimmrechte ausgeübt noch die Aktien veräußert.

Die Aktien, welche die B-Bank an die A-AG übertragen hat, bezog sie ihrerseits unmittelbar vor der Übertragung an die A-AG von Dritten, an die die Aktien anschließend wieder rückübertragen wurden. Bei den Dritten handelte es sich um nicht ansässige Aktieninhaber (Finanzinstitute) mit Sitz in Großbritannien. Die jeweiligen Übertragungen und Rückübertragungen vom bzw. an den Dritten wurden im Voraus vertraglich geregelt. Die Durchführung der Transaktionen hat die B1-Bank, eine im Ausland ansässige Tochtergesellschaft der B-Bank, übernommen. Dafür zahlte die A-AG der B1-Bank Provisionen in Höhe eines einstelligen Millionenbetrags.

Im Ergebnis ist der Sachverhaltsschilderung zu entnehmen, dass es sich bei den zugrundeliegenden Wertpapiertransaktionen

um ein in Bankenkreisen gängiges Gestaltungsmodell zur Vermeidung der deutschen KapESt auf Dividenden handelt, die nichtanrechnungsberechtigte, im Ausland ansässige Anteilseigner beziehen. Im Rahmen dieser optimierten, „weitergeleiteten“ Wertpapierübertragungen werden über den Dividendenstichtag deutsche Aktien, die von nichtansässigen Anteilseignern gehalten werden, in einem ersten Schritt auf in Deutschland ansässige Kreditinstitute übertragen. Da die Kreditinstitute (vorliegend die B-Bank) aufgrund von § 8b Abs. 7 KStG nicht in Genuss der Steuerbefreiung von Dividenden gem. § 8b Abs. 1 KStG kommen, erfolgt in einem zweiten Schritt eine nochmalige Übertragung der Aktien auf ein weiteres Unternehmen (vorliegend die A-AG), das die Dividenden nach § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei vereinnahmen kann.

2. Feststellungen

a) Kein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO
 Nach den Feststellungen des Hessischen FG³² hat die A-AG bei einer Gesamtwürdigung der Umstände des zu beurteilenden Sachverhalts durch die Übertragung der Aktien nicht das wirtschaftliche Eigentum gem. § 39 Abs. 2 AO an den Aktien erlangt. Da die wesentlichen mit den Aktien verbundenen Rechte sowie die Risiken und Chancen einer Wertminderung bzw. Wertsteigerung der Aktien bei der B-Bank verblieben sind, wurde der A-AG im Zuge der Übertragung der Aktien

³² Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 173 ff.

lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition, eine „leere Eigentumshülle“, verschafft.

Unter Würdigung der BFH-Urteile vom 14.04.2014³³ und vom 18.08.2015³⁴ kommt es im zu beurteilenden Sachverhalt nach den Feststellungen des Gerichts auch deswegen nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien auf die A-AG, weil im Rahmen der wechselseitigen Wertpapiergeschäfte jeder Vertragspartner infolge der wechselseitigen Abstimmung der wechselseitigen Erträge, d.h. der Bruttodividenden einerseits und den Zinserträgen andererseits, verbunden mit einer Wertausgleichsverpflichtung, genau das erhielt, was er ohne die Übertragung erhalten hätte. Die Übertragung der Aktien war auch nicht darauf angelegt, der A-AG Stimmrechte oder sonstige Verwaltungsrechte zu verschaffen. Schließlich bestand zu keinem Zeitpunkt die Absicht, einen wirtschaftlichen Nutzen aus den überlassenen Aktien zu ziehen.

Da das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien nicht auf die A-AG übergegangen ist, ist sie kein Anteilseigner i.S.d. § 20 Abs. 2a EStG a.F. geworden und erzielt somit auch keine nach § 8b Abs. 1 KStG freizustellenden Dividenden. Da das Vorhandensein von Dividenden Voraussetzung für eine Anrechnung bzw. Erstattung der KapESt ist (§ 31 Abs. 1 Satz 1 KStG 2002 i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 EStG 2002), hat die A-AG auch keinen Anspruch auf Anrechnung bzw. Erstattung der KapESt. Im Ergebnis kommt es bei der A-AG zu einem bilanziellen Verlust in Höhe der Differenz zwischen den Brutto- und Nettodividenden.

b) Vorliegen eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO

Darüber hinaus sieht das Hessische FG³⁵ in den wechselseitigen Wertpapierübertragungen im Streitfall ein Gesamtgestaltungskonzept, das den Tatbestand des Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO erfüllt. Denn im zu beurteilenden Sachverhalt hat sich durch die komplizierten Transaktionen für die Beteiligten wirtschaftlich nichts geändert. Konkret bleibt die Höhe der jeweiligen Erträge, d.h. die Bruttodividenden einerseits und die Zinserträge andererseits, verbunden mit einer Wertausgleichsverpflichtung, unverändert. Rechtsfolge des § 42 AO ist es mithin, dass über die wechselseitigen Transaktionen hinwegzusehen ist und der Besteuerung ein fiktiver, den wirtschaftlichen Vorgängen angemessener Sachverhalt zugrunde zu legen ist.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 42 AO stellt das Gericht zunächst fest, dass mit der Aufhebung des § 50c EStG seit dem Jahr 2001 kein einzelsteuergesetzlicher Missbrauchstatbestand mehr besteht, welcher die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO verdrängt.³⁶ Auch der durch den im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes 2016 als typisierende Missbrauchsvermeidungsregelung eingeführte § 36a EStG führt nach Auffassung des Gerichts zu keinem anderen Ergebnis.³⁷ Rechtsmethodisch unschlüssig und abwegig ist es nach Auffassung des Gerichts, dass § 36a EStG bereits vor seiner Geltung ab dem Jahr 2016 die Anwendung von § 42 AO rückwirkend ausschliesse. Aber auch für die Jahre ab 2016 kommt es durch § 36a EStG nicht zu einer Verdrängung der

allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO, hat doch der Gesetzgeber in § 36a Abs. 7 EStG den § 42 AO explizit weiter für anwendbar erklärt und damit zu erkennen gegeben, dass § 36a EStG lediglich eine typisierende Missbrauchsvermeidungsregelung darstellt, mit der keine abschließende Regelung getroffen werden sollte.³⁸ Im Ergebnis bleibt § 42 AO bei Cum/Cum-Geschäften auch ab 2016 anwendbar, falls zwar die strengeren Voraussetzungen für die Anrechnung der KapESt nach § 36a EStG erfüllt sind, die Anrechnung allerdings durch eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung erwirkt wird. Der Missbrauchsgehalt nach § 42 AO muss darum über die typisierenden Kriterien des § 36a EStG hinausgehen.

Entlang der zu § 42 AO ergangenen höchstrichterlichen Rspr. des BFH benennt das Gericht im Weiteren bedeutsame Indizien, welche bei Cum/Cum-Geschäften im vorliegenden Sachverhalt einen Gestaltungsmissbrauch nahelegen. Das Gericht wertet sowohl die wechselseitigen Wertpapierübertragungen zwischen der A-AG und der B-Bank als auch die Beschaffung der Aktien durch die B-Bank von den im Ausland ansässigen Dritten als Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO.

Die wechselseitigen Wertpapierübertragungen zwischen der A-AG und der B-Bank stellen nach den Feststellungen des Gerichts einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO dar, da es lediglich zu einer Umqualifizierung der Erträge (Bruttodividenden und Zinserträge einschließlich Wertausgleich) kommt, ohne dass sich wirtschaftlich für die Beteiligten etwas geändert hat.³⁹ Durch diese Gestaltung ist die A-AG jedoch in den Genuss der Steuerbefreiung von Dividenden nach § 8b Abs. 1 KStG gekommen, wohingegen sie Zinseinkünfte in gleicher Höhe zu versteuern hätte. Für das Gericht waren keine anderen beachtlichen nicht steuerrechtliche Gründe erkennbar. Als Rechtsfolge des § 42 AO ist über die wechselseitigen Wertpapierübertragungen hinwegzusehen mit folgenden Konsequenzen, die das Gericht ausführt:⁴⁰

- Bei der A-AG sind zum einen die Steuerbefreiung der Dividenden nach § 8b Abs. 1 KStG zu versagen und darüber hinaus die steuerliche Berücksichtigung der Aufwendungen als Betriebsausgaben (hier die Differenz zwischen den Brutto- und Nettodividenden und die Provisionszahlungen an die B1-Bank) sowie die Berücksichtigung der von der B-Bank gezahlten Wertpapierleihgebühren als Betriebseinnahmen zu korrigieren. Zum anderen verblieben die an die B-Bank übertragenen Wertpapiere bei der A-AG, sodass ihr die Zinserträge, welche die B-Bank vereinnahmt hat, steuerlich zuzurechnen wären.
- Der B-Bank wären die Aktien weiterhin zuzurechnen, sodass sie nach § 8b Abs. 7 KStG steuerpflichtige Dividenden erzielte. Sofern sie auch wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien wäre, bestünde eine Berechtigung zur Anrechnung der KapESt.

Darüber hinaus wertet das Gericht die Beschaffung der Aktien durch die B-Bank von einem im Ausland ansässigen Dritten als Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO,⁴¹ weil es bereits in der kurzfristigen Hin- und Rückübertragung von Aktien eines nicht zur Anrechnung der KapESt berechtigten ausländischen Anteilseigners über den Dividendenstichtag an einen anrech-

33 Vgl. BFH vom 16.04.2014, a.a.O. (Fn. 13).

34 Vgl. BFH vom 18.08.2015, a.a.O. (Fn. 4).

35 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 197 ff.

36 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 200.

37 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 202.

38 A.A. explizit Drüen, StW 2020 S. 10 f. Der Beitrag von Drüen basiert auf einer Auftragsarbeit für die DekaBank.

39 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 212 ff.

40 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 218 f.

41 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 221 ff.

nungsberechtigten Steuerinländer (hier B-Bank) unter der Einschaltung eines ebenfalls im Ausland ansässigen Vermittlers (hier B1-Bank) eine Beweisvermutung für einen Gestaltungsmissbrauch zur Umgehung in Deutschland beschränkt steuerpflichtiger Dividenden erkennt. Die Beweisaufnahme habe zudem ergeben, dass es sich dabei in den Streitjahren um ein gängiges Gestaltungsmodell handelte, das in Bankenkreisen bekannt war und in größerem Umfang zur Vermeidung einer Definitivbelastung von Dividenden mit KapEst, die beschränkt Stpfl. beziehen, praktiziert wurde. Hinzu kommt, dass die B-Bank im Hinblick auf die kurzfristig beschafften Aktien lediglich als durchleitende Stelle agierte, ohne eine Risikoposition innezuhaben. Auch basierte das optimierte Gestaltungsmodell, nämlich die Weiterleitung der erlangten Aktien über den Dividendenstichtag an einen nicht unter § 8b Abs. 7 KStG fallenden unbeschränkt Stpfl. (hier A-AG), um die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG zu erlangen, exakt auf einem vorliegenden Rechtsgutachten einer internationalen Anwaltskanzlei, das auch anderen Banken angeboten wurde.

c) Weitere relevante Feststellungen des Gerichts

Mit Blick auf Cum/Cum-Geschäfte sind zum einen die Feststellungen des Hessischen FG zur positiven Vorsteuerrendite bedeutsam. Nach Ansicht des BMF vom 11.11.2016⁴² ist stets von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO sowie von dem Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO auszugehen, falls bei dem die Anrechnung bzw. Erstattung der KapEst Begehrenden ein wirtschaftlicher Vorteil i.S. einer positiven Vorsteuerrendite erzielt wird. Nur klarstellend weist das Gericht zunächst darauf hin, dass Schreiben des BMF im Gegensatz zum Gesetz keine rechtliche Bindungswirkung entfalten.⁴³ Das Kriterium der positiven Vorsteuerrendite ist nach den Feststellungen des Gerichts bereits dem Grunde nach ungeeignet, eine Antwort auf die Frage der wirtschaftlichen Zurechnung zu liefern, da es keine Auswirkungen auf die tatsächliche Sachherrschaft nach § 39 Abs. 2 AO hat.⁴⁴ Ebenso ungeeignet ist dieses Kriterium für die Kennzeichnung eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO, wenn die positive Vorsteuerrendite aus einem Steuervorteil resultiert, dem ein missbräuchliches Umgehungs-geschäft zugrunde liegt.⁴⁵

Zum anderen setzt sich das Gericht mit der Auffassung des BMF vom 17.07.2017⁴⁶ auseinander, nach der Cum/Cum-Geschäfte, die vor der Einführung des § 8b Abs. 4 KStG im Jahr 2013 stattgefunden haben, nicht rückwirkend aufgegriffen werden sollen, falls der Veräußerer oder Verleiher gem. § 32 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KStG eine in einem EU/EWR-Staat ansässige KapGes. ist. Nach Ansicht des Gerichts lässt die EU-rechtswidrige Besteuerung von Streubesitzdividenden keine EU-rechtskonforme Auslegung des § 39 Abs. 2 AO zu, die zwingend zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führt. Denn die EU-Rechtswidrigkeit bezieht sich nicht auf § 39 Abs. 2 AO, inso- weit besteht überhaupt keine Ungleichbehandlung zwischen Inländern und EU-Ausländern, sondern auf das Verfahren zur

Erstattung der KapEst.⁴⁷ Entsprechendes muss dann, ohne dass das Gericht hierzu explizite Ausführungen macht, auch im Hinblick auf die Anwendung des § 42 AO gelten.

3. Ergebnis

Das inzwischen rechtskräftige Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 bestätigt nicht nur die Leitsätze des Urteils des BFH aus dem Jahr 2015, wonach bei Cum/Cum-Geschäften im konkreten Einzelfall neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Mit Blick auf die Überprüfung des wirtschaftlichen Eigentumsübergangs nach § 39 Abs. 2 AO geht das Gericht weit über die Auslegung des BMF hinaus.

Ferner sieht das Gericht in der Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, welche die Weiterleitung kurzfristig aus dem Ausland erlangter Aktien durch eine inländische Bank über den Dividendenstichtag an einen nicht unter § 8b Abs. 7 KStG fallenden unbeschränkt Stpfl. (hier A-AG) beinhalten, eine Beweisvermutung für eine missbräuchliche Gestaltung i.S.d. § 42 AO. Das Vorhandensein solch marktüblicher Gestaltungsmodelle ist somit als Handlungsaufforderung für die Finanzverwaltung bzw. die Bp zu sehen.

Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004-2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst, wie es das BMF praktizieren möchte, ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind.

Schließlich stellt das Gericht fest, dass der allgemeine Missbrauchstatbestand des § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird. Außerdem sieht das Gericht in einer negativen Vorsteuerrendite kein geeignetes Aufgriffskriterium.

V. Konsequenzen für die Praxis

Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland durch Cum/Cum-Geschäfte entstanden ist, ist immens. Einer Schätzung zufolge sollen dem Staat allein im Jahr 2015 durch Cum/Cum-Geschäfte 5-6 Mrd. € Steuern entgangen sein.⁴⁸ Überdies werden zunehmend Einzelfälle und deren Ausmaß bekannt. Im Mai 2016 wurden vertrauliche Daten durch Journalisten ausgewertet, welche auf einen geschätzten KapEst-Ausfall von 1 Mrd. € jährlich im Zeitraum 2013 bis 2015 hindeuten.⁴⁹ Die Commerzbank gibt in ihrem Geschäftsbericht an, per Ende 2017 Rückstellungen von 12 Mio. € für ggf. zurückzuerstattende KapEst gebildet zu haben.⁵⁰ Diese Rückstellungen decken Kundenforderungen ab, weshalb davon auszugehen ist, dass Aktien gewerbsmäßig weiterverliehen wurden. Auch die Landesbank Baden-Württemberg soll nach Berichten des Bayerischen Rundfunks in gewerbsmäßige Cum/Cum-Geschäfte verwickelt gewesen sein.⁵¹ Schließlich wurde im Jahr 2019 bekannt, dass kleinere Banken wie die

42 Vgl. BMF vom 11.11.2016, a.a.O. (Fn. 22).

43 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 233.

44 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 234. Zur ausführlichen Begründung wird auf das Urteil des FG Niedersachsen vom 17.11.2016, a.a.O. (Fn. 24), Rn. 70, verwiesen.

45 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 234.

46 Vgl. BMF vom 17.07.2017, a.a.O. (Fn. 5).

47 Vgl. FG Hessen vom 28.01.2020, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 287.

48 Vgl. Ramthun, Schäuble will Mrd.-Schlupflöcher schließen, WiWo vom 17.04.2015, <http://hbfm.link/7647> (Abruf: 26.07.2020); Ramthun, Aus für Cum-Cum-Trickser, WiWo vom 20.11.2015 S. 26.

49 Vgl. Iwersen/Votsmeier/Osman, Milliardenschaden für den Fiskus durch Dividendenstripping?, HB vom 02.05.2016, <http://hbfm.link/7648> (Abruf: 26.07.2020).

50 Vgl. Commerzbank, Geschäftsbericht 2017, 2018, S. 233.

51 Vgl. Dangelmayer/Kerler/Meyer-Fünffinger, War auch die LBBW dabei?, 19.04.2017, <http://hbfm.link/7649> (Abruf: 26.07.2020).

Sparkasse Bodensee⁵² und die Volksbank Heilbronn⁵³ KapESt i.H.v. insgesamt rund 57 Mio. € aufgrund unzulässiger Cum/Cum-Geschäfte zurückzahlen mussten.

Wird angenommen, dass sämtliche im Ausland ansässigen Eigentümer deutscher Aktien Cum/Cum-Geschäfte getätigt haben, ergibt sich für die Jahre 2001 bis 2016 ein potenzieller Steuerschaden zwischen 49,2 Mrd. € (KapESt inkl. SolZ von 15,825%) und rund 82 Mrd. € (KapESt inkl. SolZ von 26,375%).⁵⁴ Das BMF hat sich in den Jahren 2016⁵⁵ und 2017⁵⁶ in zwei Schreiben mit dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 AO sowie dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs gem. § 42 AO bei Cum/Cum-Geschäften befasst (s.o., Abschn. III.3). Im Mittelpunkt laufender Betriebsprüfungen durch die Finanzverwaltung steht der Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO für ab dem Jahr 2013 getätigte Cum/Cum-Geschäfte.⁵⁷ Am 18.07.2017 befragte die BaFin deutsche Kreditinstitute, ob sie in Cum/Cum-Geschäfte als Erwerber oder Entleiher involviert waren und finanzielle Belastungen infolge von Rückforderungen der KapESt wegen des Vorwurfs eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO befürchten. Insgesamt gaben bis November 2017 85 Kreditinstitute an, in Cum/Cum-Geschäfte involviert gewesen zu sein; 77 Kreditinstitute, also mehr als 90%, befürchten finanzielle Mehrbelastungen aufgrund von § 42 AO-Risiken und haben dafür insgesamt Rückstellungen i.H.v. rund 490 Mio. € gebildet.⁵⁸

Aufgrund des Urteils des Hessischen FG vom 28.01.2020 ist von erheblich höheren finanziellen Risiken in den Bankbilanzen auszugehen. Denn es geht nicht nur um § 42 AO-Risiken, sondern auch um die vorgelagerte Feststellung, ob bei Cum/Cum-Geschäften das wirtschaftliche Eigentum (§ 39 Abs. 2 AO) auf den Erwerber oder Entleiher übergegangen ist. Zudem sind auch Zeiträume vor dem Jahr 2013, bei denen noch keine Verjährung eingetreten ist, in die Betrachtung einzubeziehen. Vor diesem Hintergrund besteht dringender Handlungsbedarf. Die BaFin ist – falls sie nicht selbst tätig wird – durch eine unverzügliche Weisung des BMF aufgefordert, unverzüglich eine erneute Abfrage bei allen deutschen Kreditinstituten vorzunehmen, ob sie in Cum/Cum-Geschäfte als Erwerber oder Entleiher involviert waren und finanzielle Belastungen infolge von Rückforderungen der KapESt wegen einer Nichterlangung des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) und/oder missbräuchlicher Gestaltung (§ 42 AO) befürchten. Die Finanzverwaltung ist aufgefordert, in verdächtigen Fällen, d.h. bei Vorhandensein gängiger Gestaltungsmodelle, unverzüglich geänderte Anrechnungsbescheide nach § 130 AO zu erlassen bzw. Anrechnungsverfügungen rückgängig zu machen, um die Verjährung zu hemmen. Schließlich sind die WP der in Cum/Cum-Geschäfte involvierten Kreditinstitute aufgefordert, Rückstellungen wegen Risiken aus KapESt-Rückforderungen zu veranlassen, die sich aus den o.a. § 39 Abs. 2 AO- und § 42 AO-Risiken ergeben.

52 Vgl. Rosenberger, Trickste die Sparkasse Bodensee bei Aktiendeals?, 18.05.2019, <http://hbfm.link/7650> (Abruf: 26.07.2020).

53 Vgl. Atzler/Votsmeier, Volksbank Heilbronn hat Ärger mit dem Fiskus, 22.04.2019, <http://hbfm.link/7651> (Abruf: 26.07.2020).

54 Vgl. Spengel/Peitzmeier, Schätzung des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens, 16.05.2017, <http://hbfm.link/7652> (Abruf: 26.07.2020).

55 Vgl. BMF vom 11.11.2016, a.a.O. (Fn. 22).

56 Vgl. BMF vom 17.07.2017, a.a.O. (Fn. 5).

57 Vgl. Dutt/Spengel/Vay, a.a.O. (Fn. 27), S. 235 f.

58 Vgl. BMF vom 20.11.2017.

Für betroffene Stpfl. ist zu beachten, dass ein Fall der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder eine leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen kann, falls in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt gemacht worden sind. Dem Sachverhalt, der vom Hessischen FG zu beurteilen war, lag ein in Bankenkreisen gängiges, steueroptimiertes Gestaltungsmodell zur Vermeidung der deutschen KapESt auf Dividenden zugrunde, in das zahlreiche Akteure im In- und Ausland mit unterschiedlichen Funktionen einbezogen waren. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rspr.⁵⁹ zu Cum/Ex-Geschäften könnte sich auch bei Cum/Cum-Geschäften die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz stellen.

VI. Zusammenfassung

Seit Jahrzehnten umgehen Cum/Cum-Geschäfte die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form von Dividendenstripping nicht illegal. Nach eindeutiger Gesetzeslage und der höchstrichterlichen BFH-Rspr. ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Das (rückwirkende) Aufgreifen von Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Man muss den Eindruck gewinnen, dass das BMF Cum/Cum-Geschäfte erst ab dem Jahr 2013 und dann auch nur bei Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) hinterfragen will.

Das Urteil des Hessischen FG vom 28.01.2020 bestätigt nicht nur die Leitsätze des BFH aus dem Jahr 2015, dass neben dem Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zuvor der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) zu prüfen ist. Im Hinblick auf das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) sieht das Gericht in der Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, welche eine Erstattung von KapESt auf Dividenden erwirken sollen, die im Ausland ansässigen Inhabern deutscher Aktien nicht zusteht, eine Beweisvermutung für eine missbräuchliche Gestaltung. Die Überprüfung der Vorsteuerrendite ist dagegen kein geeignetes Aufgriffskriterium. Da es sich bei den gegenständlichen Cum/Cum-Geschäften um Aktientransaktionen handelt, die in den Jahren 2004 bis 2006 verwirklicht wurden, macht das Gericht zudem deutlich, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht erst ab dem Jahr 2013 aufzugreifen sind. Schließlich stellt das Gericht fest, dass der allgemeine Missbrauchstatbestand des § 42 AO nicht durch den im Jahr 2016 eingeführten § 36a EStG eingeschränkt wird.

Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland durch Cum/Cum-Geschäfte entstanden ist, liegt im hohen zweistelligen Milliardenbereich. Nach einer Abfrage der BaFin im Jahr 2017 erwarten in Cum/Cum-Geschäfte involvierte deutsche Kreditinstitute finanzielle Mehrbelastungen infolge von Rückforderungen der KapESt i.H.v. rund 490 Mio. €. Allerdings bezieht sich die Abfrage lediglich auf § 42 AO-Risiken und für ab dem Jahr 2013 getätigte Cum/Cum-Geschäfte.

Vor dem Hintergrund des jetzt vorliegenden Urteils des Hessischen FG besteht dringender Handlungsbedarf. Die BaFin ist – falls sie nicht selbst tätig wird – durch eine unverzügliche Weisung des BMF aufgefordert, unmittelbar eine neue Abfrage durchzuführen, die auch vor dem Jahr 2013 durchgeführte

59 Vgl. LG Bonn vom 18.03.2020, a.a.O. (Fn. 3).

Cum/Cum-Geschäfte umfasst und neben § 42 AO-Risiken auch § 39 Abs. 2 AO-Risiken einschließt. Die Finanzverwaltung ist aufgefordert, in verdächtigen Fällen, d.h. bei Nutzung am Markt gängiger, optimierter Gestaltungsmodelle, unverzüglich geänderte Anrechnungsbescheide nach § 130 AO zu erlassen bzw. Anrechnungsverfügungen rückgängig zu machen, um die Verjährung zu hemmen. Schließlich sind die WP der in Cum/Cum-Geschäfte involvierte Kreditinstitute aufgefordert, Rückstellungen wegen Risiken aus KapEst-Rückforderungen zu veranlassen, die sich aus § 39 Abs. 2 AO- und § 42 AO-Risiken ergeben.

Für betroffene Stpfl. ist zu beachten, dass ein Fall der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder eine leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen kann, falls in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt gemacht worden sind. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rspr. zu Cum/Ex-Geschäften könnte sich auch bei Cum/Cum-Geschäften die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz stellen.

Redaktioneller Hinweis:

Zum Handlungsbedarf bei Cum/Cum-Geschäften vgl. Spengel, DB 2016 S. 2992 = DB1224506.

METATAGS: zeitschrift_DB;ressort_SR;doctype_aus;SiriusID_1341264;RawID_0;angelegt_20200902;