

Stellungnahme

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer (Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz – AbzStEntModG)“ (Drs. 19/27632)

und

zu dem Antrag der Fraktion der FDP „Abgeltungsteuer bewahren - Vermögensaufbau und Altersvorsorge stärken“ (Drs. 19/27820)

in Vorbereitung der Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestags
am Mittwoch, den 14. April 2021

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

13. April 2021

Inhaltsübersicht

A.	Vorbemerkung	3
B.	Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der KapErtrSt	3
I.	Eckpunkte der Regelungen	5
II.	Ausgewählte Fragen	5
1.	Gebotene Streichungen	5
a.	Angaben bezogen auf die Schranken der Anrechnungs- und Erstattungs-berechtigung	5
2.	Gegen eine Informationsermittlung über die Verwahrerkette	7
a.	Gegen Beschaffungspflichten der börsennotierten AG (§ 49b Abs. 9 EStG-E)	7
b.	Gegen Beschaffungspflichten der Depot- und Wertpapiersammelbanken	8
3.	Haftungsfragen	9
a.	Der Ansatz des Entwurfs: Haftung ohne Exkulpation (§ 45a Abs. 7 Satz 3 EStG)	9
b.	Lehren aus den Jahren 2006–2016	9
c.	Stattdessen: Inpflichtnahme des Zentralverwahrers für die Zuordnung von Steuerguthaben und Berechtigung	9
III.	Gebotene Ergänzungen	10
1.	Für Meldepflichten des Zentralverwahrers	10
2.	Behördenübergreifender Informationsaustausch	10
3.	Der Hinweisgeber als wichtigste Informationsquelle	11
C.	Anti-Treaty-Shopping-Regel im europäischen Bezugsfeld; Änderung von § 50d Abs. 3 EStG	11
I.	Europäisches Missbrauchsverbot als Schranke nationaler Missbrauchsbestimmungen: die Vorgaben des EuGH	11
II.	Regelung im Überblick	13
1.	Beibehaltung der Sonderregel statt Streichung	13
2.	Der veränderte Regelungsgehalt von § 50d Abs. 3 EStG	13
3.	Latente Verschärfungen	14
III.	Fortbestand der Spannungslage zum unionsrechtlichen Missbrauchsverbot	14
1.	Rechtfertigungsdruck trotz Ungewissheit des Gegenbeweises	14
2.	Typisierung vs. Einzelfallprüfung	15
3.	Missbrauchsverdacht ohne Anhaltspunkte	16
4.	Fortentwicklung der Regel zur universalen Missbrauchsregel	17
IV.	Rückbezug zu § 42 AO	18

A. Vorbemerkung

Durch das Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz (AbzStEntModG) sollen zwei heterogene Aufgaben abgearbeitet werden: Man reagiert zum einen auf Defizite der Behördenorganisation, die sich bei der Aufarbeitung der Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte gezeigt haben. Diese Defizite bestehen, vereinfacht gesagt, in dem Fehlen einer Informationssammelstelle, welche den Missbrauch mit der Erstattung von KapErtrSt leicht erkennen kann.¹ Das BZSt soll zu einer solchen Stelle mit Wirkung ab 2024 aufgewertet werden. Anlass zur Reform der Anti-Treaty-Shopping-Regel in § 50d Abs. 3 EStG sind zum anderen zwei Entscheidungen des EuGH, der die zu grobkörnig-typisierende Fassung (bereits 2017 und 2018) verworfen hatte.²

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass ein bloßes Nachvollziehen dieser praktischen bzw. unionsrechtlich vorgegebenen Vorbedingungen nicht zu genügen schien, vielmehr ist der RegE von zwei rechtspolitischen Tendenzen mitbeeinflusst und gekennzeichnet. Dazu gehören zum einen Rechtfertigungen von einschneidender Regelung, die auf Gefahren durch steuermotivierte „Arbitragegeschäfte“ Bezug nehmen, in ständiger Medienpräsenz weiter die Cum/Ex-Geschäfte. Dazu gehören zum anderen die Bestrebungen – und eingegangenen Verpflichtungen – zu effektiver Missbrauchsabwehr (Punkt 6 BEPS-Aktionsplan,³ Art. 6 ATAD⁴). Es ist deswegen auch zulässig zu fragen – wie der Bundesrat anmahnt –, wo die politische Fortsetzung dieser Zielsetzungen im Kleid der „Digitalisierung“, „Modernisierung“ oder „Europäisierung“ zu unverhältnismäßigen, überschießenden oder letztlich unpraktikablen Regelungen führt.

B. Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der KapErtrSt

Eine Beurteilung der Regelungen sollte zwei vorgeschaltete Problemlagen im Blick behalten. Erstens: Das Ausgangsbedürfnis, d.h. die Begründung einer zentralen Stelle im Verfahren der KapErtrSt-Erstattung, lässt sich kaum leugnen. Nicht übersehen werden sollte, dass es sich im Übrigen weithin um einen Gesetzesvorschlag ohne empirische Grundlage handelt. Die als Rechtfertigung herangezogenen Gefahren durch Steuerarbitrage-Geschäfte werden behauptet, sind aber heute ungewiss. Die heutige Diskussion kreist um kaum eine Handvoll Fälle zwischen 2011–2017, die mit den Cum/Ex-Geschäften historisch und technisch verwandt, seit einigen Jahren aber nicht mehr zu beobachten sind.⁵ Viele haben deswegen mit Spannung die Ergebnisse der

¹ Empfehlung des Finanzausschusses des Bundesrates, BR-Drs. 50/21 (Beschluss), S. 2.

² EuGH v. 20.12.2017 – C-504/16 und C-613/16; v. 25.6.2018 – C-440/17.

³ Punkt 6; abrufbar auf der Seite der OECD.

⁴ RL 2016/1164/EU des Rates v. 12.7.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. 2016 L 193/1; vgl. dazu statt vieler *Lindermann*, Normbehauptung im Steuerrecht, 2019, S. 292 ff.

⁵ Gemeint sind Gestaltungen durch Ausnutzung des sog. Reverse Market Claims, z.B. unter Einbeziehung von Fonds mit NV-Bescheinigung. Die Gestaltungen werden erwähnt im BMF-Schreiben vom 11. November 2016 (BStBl I S. 1324), Rz. 29: „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.“ Vgl. auch den Bericht der ESMA, On Cum/Ex, Cum/Cum and withholding tax reclaim schemes, 23. September 2020, ESMA 70-155-10272. Es heißt in Rn. 33: „In one of the schemes analysed, a domestic investment fund purchased domestic shares from a non-domestic counterpart over the dividend date in quanti-

langjährigen Analyse der ESMA abgewartet, die inzwischen vorliegen (aber von den Entwurfsverfassern unerwähnt bleiben).⁶ Für einige Länder können danach zwar um Stichtage noch immer auffallende Veränderungen der Handelsvolumina festgestellt werden, für Deutschland etwa in den Jahren 2018, 2019. Ob diese aber eine Arbitrage, v.a. fortgeführte Cum/Cum-Geschäfte belegen, bleibt gerade unklar: Kursbewegungen um Dividendenstichtage alleine zeigen keine Steuerarbitrage an, es gibt viele Gründe für schwankende Handelsvolumina um Stichtage.⁷ Die ESMA konnte einen Bezug zu Nachfolgegeschäften der Cum/Ex- oder Cum/Cum-Transaktionen jedenfalls nicht belegen.⁸ Hier festzuhalten ist nur, dass es sich bei einigen Teilregelungen eher um eine Reform aufs Geratewohl handelt, auch wenn eine abstrakte Gefahrenlage fortbestehen mag: Man wird angesichts der Erfahrungen aus den Jahren 2006 bis 2011 weiter von einer Ungleichgewichtslage sprechen können zwischen den nationalen Verwaltungen und international agierenden, hoch spezialisierten „Investoren“ und „Arbitrageuren“.⁹

Zweitens: Es geht keineswegs um eine groß angelegte „Modernisierung“, wie der Titel des Gesetzes suggeriert. Vielmehr zieht man heute die Lehren aus der Steuerarbitrage von 2006 bis 2016 in zweifacher Hinsicht *nicht*: Die *erste* gebotene Reform wäre eine lange überfällige Dematerialisierung unseres Depotrechts, das weiter an der Verwendung von Globalurkunden festhält. Man bleibt bis heute bei der Fiktionsidee von *Opitz* (1942) stehen, nach der die Buchwerte wie Sachen zu behandeln sind, und dem Ausweg, eine Entmaterialisierung per Globalsammelurkunde zu substituieren (1972).¹⁰ Damit ist der Weg verstellt, die ganzen hier geregelten Informationsfragen gleich mit dem Finanzinstrument selbst zu verbinden und dann (fälschungssicher) zu speichern. Man wagt heute aber nicht einmal den Schritt hin zu einem dematerialisierten Effektenwesen (wie in der Schweiz; der Übergang eines Buchrechts erfolgt per Registereintrag) oder zu einem schuldrechtbasierten Ansatz (wie in den USA).¹¹ Nicht weniger geboten ist *zweitens* eine gründliche Überarbeitung des Kapitalertragsteuerrechts.¹² Das „AbzStEntModG“ ist vor diesem Hintergrund kein mutiger Reformschritt, sondern eine Verlegenheitslösung.

ties/volumes that were multiple of the size of the assets they managed. In order to achieve this, the fund purchased shares with longer settlement period and simultaneously sold them with a shorter settlement period. This process generated the necessary liquidity to invest beyond the fund assets under management”.

⁶ ESMA-Report (Fn. 5).

⁷ Etwa: Das Ver- und Zurückkaufen von Wertpapieren um den Stichtag kann beispielsweise ausschüttenden Fonds eine positive Performance ausweisbar machen, aber die Ausschüttung oder die Abführungspflichten bei einem Nießbrauch vermeiden.

⁸ ESMA-Report (Fn. 5), Rn. 158, 166 f., 174.

⁹ Vgl. dazu nur den Bericht der ESMA (Fn.5), Rn. 222 ff., 260.

¹⁰ Zur Entwicklung etwa *Segna*, WM 2020, 2031, 2303 ff.

¹¹ Es sind aber weniger diese Vorbilder, die in den Blick geraten sollten, als diejenigen Depotrechte, in denen die formale Rechtsposition mit dem Inhaber verknüpft wird, etwa die skandinavischen Länder (Schweden oder Norwegen): In einem solchen Recht wären Informations- und Etikettenlösungen von vornherein obsolet. Vgl. zum schw. Recht etwa *Segna*, Bucheffekten, 2018, S. 391 ff.

¹² Vgl. aus dem umfangr. Schrifttum statt aller den Vorschlag im Kontext des AbzStEntModG von *Altwater*, DStR 2021, 261, 266 ff. (für einen abgeltenden Steuerabzug i.H.v. 15 % bei Kapitalerträgen auf Streubesitzdividenden).

I. Eckpunkte der Regelungen

Das Verfahren zur Entlastung von KapErtrSt soll zunächst gestrafft und vereinfacht werden (vgl. § 50c EStG-E). Es wird eine elektronische Übermittlung der neuen – überaus umfangreichen – Angaben (näher sogleich) vorgeschrieben, die anstelle der derz. Bescheinigung treten soll (§ 45a Abs. 2a EStG). Hier von Interesse ist die Aufwertung des BZSt zu einer zentralen Behörde, die ihre Informationen gem. §§ 45b, 45c EStG-E v.a. von der auszahlenden Stelle bezieht. Die neuen Pflichten werden gesichert durch einschneidende Haftungsfolgen: Die bisherige Exkulpationsmöglichkeit der Finanzinstitute nach § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG soll entfallen, sodass fortan auch eine Haftung für Informationen möglich ist, die den Ausstellern von dritter Seite mitgeteilt wird.

II. Ausgewählte Fragen

Man wird eine Zentralisierung des relevanten Datenhaushalts kaum kritisieren können. Die Frage bleibt, ob die in §§ 45b, 45c EStG-E gewählten Arten der Informationsbeschaffung und die Angabeinhalte nicht zu weit gehen. Darunter sind sicherlich unproblematische Daten, so soll nach § 45b Abs. 1, 2 Nr. 1 EStG-E eine Ordnungsnummer für KapErtrSt-Bescheinigungen eingeführt und mitgeteilt werden.¹³ Nach Nr. 2 bzw. Nr. 3 sind zudem (im Falle des § 45c Abs. 2 EStG-E zusätzlich bezogen auf ein Kalenderjahr) der Bruttobetrag je Wertpapiergattung und Zahlungstag nebst einbehaltener und abgeführter KapErtrSt anzugeben.¹⁴ Die geplante Regelung ist aber vom Bundesrat mit gutem Grund hinterfragt worden, v.a., soweit es um dem Pflichtadressaten gar nicht vorliegende Daten geht oder Angaben über die Verwaherkette erfragt werden sollen (dazu unter 1). Umgekehrt bleiben wichtige Informationswege unbenannt (dazu unter 2).

1. Gebotene Streichungen

a. Angaben bezogen auf die Schranken der Anrechnungs- und Erstattungsbe- rechtigung

§ 45b Abs. 2 Nr. 6, 7 EStG-E dehnt den Mindestinhalt durch zahlreiche Angaben zur Erstattungsbechtigung weiter aus. Nach § 45b Abs. 2 Nr. 6 EStG-E sollen bei der Anschaffung von Wertpapieren oder bei einer Übertragung aufgrund von Leih- oder Pensionsgeschäften nähere Angaben zu der Abwicklung des Geschäfts erfolgen (bspw. vereinbarter und tatsächlicher Abwicklungstag, Handelstag, jew. Stückzahl). Insgesamt sollte die (für Steuerinländer im Regelfall noch papierförmige) Steuerbescheinigung hier nicht zum Steuerbuch anwachsen. Die Aufschlüsselung der Dividendenzahlung auf eine Sammelposition im Depot in zahlreiche Anschaffungszeiträume ist bei einem auch an Kleinanleger adressierten Nachweis weder sinnvoll noch nachvollziehbar.¹⁵ Von Liefervorgängen haben die

¹³ Dabei bleibt allerdings unklar, ob im Falle einer Ersatzbescheinigung oder berichtigten Steuerbescheinigung (§ 45a Abs. 5, 6 EStG) eine neue Ordnungsnummer zu vergeben ist bzw. was passiert, wenn eine solche Ordnungsnummer der ausstellenden Stelle nicht vorliegt, vgl. auch *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 637.

¹⁴ Es handelt sich bei letzterer allerdings um eine fiktiv zu ermittelnde Kapitalertragsteuer, die etwa abgeführt worden wäre, hätte man keine Verlustrechnung durchgeführt, vgl. *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 638.

¹⁵ Zudem bleibt unklar, auf welche Anschaffung für den abgerechneten Dividendenertrag abgestellt werden soll, da die Anschaffungsdaten von Kreditinstituten grundsätzlich nicht bei Abrechnungen auf Gesamtbestand zugeordnet werden und ebenso mehrere Anschaffungen und bereits erfolgte Teilveräußerungen

depotführenden Stellen zudem z.T. keine Kenntnis; im Übrigen ist die Regel schwer zu handhaben.

Nach Nr. 7 geht man noch weiter und verlangt Angaben, die eine (ggf. kreisläufige) Rückübertragung in den Grenzen des § 36a EStG (45 Tage nach Fälligkeit der Erträge) aufzudecken helfen. Die Erstellung der Bescheinigung soll offenbar solange aufgeschoben werden müssen. Die Kreditinstitute müssten zudem ihre Systeme auf diese Fristberechnung aufwändig anpassen.¹⁶

Diese Zusatzangaben, die ersichtlich auf die Anrechnungsschranken der §§ 36a, 50j EStG bezogen sind, sind zu überdenken. Eine derartige Inanspruchnahme Privater (Depotbanken; Zentralverwahrer) für Erhebungszwecke sollte nicht leichthin ohne klare empirische Einsicht in die Gefahrenlage geschehen (A.). Zudem zielt man auf exemplarische Teilmformationen. Das Dividendenstripping geschieht in zahllosen Varianten; Leih- und Pensionsgeschäfte sind nur einige davon: die Regel ist also lückenhaft. Letztlich helfen die Angaben in der entscheidenden Frage wenig: Das liegt an der fortbestehenden, vom Entwurf gar nicht behandelten Diskrepanz zwischen Steuerbescheinigung und Berechtigung: Die Bescheinigung gibt in keiner Weise Auskunft über die Berechtigung, da der BFH und im Anschluss daran das FG Hessen für die Berechtigung nicht auf die (leicht zu ermittelnde) formale Aktienhaberschaft abstellen, sondern auf das materielle Steuereigentum an der Aktie.¹⁷ Abgrenzungswert beim Aktienhandel mit kurzen Haltefristen (z.B. um Stichtage) hat in der Regel nur die Risikotragung.¹⁸ Damit kommt es – nunmehr vor dem BZSt – zu dem „Prätendentenstreit“ zwischen Aktionär und (angeblich materiell) Berechtigtem, der anhand ungewisser Vorgaben (Risikotragung, nach dem BFH auch die Missbrauchsabsicht, hier als Zuordnungskriterium!) entschieden werden muss.¹⁹ Diese – für die Steuerberechtigung gerade entscheidenden – Angaben liefert die neue Bescheinigung aber *gerade nicht*. Das bedeutet: Entweder man schafft eine Effekten- oder eine Etikettenlösung, die eine formal-eindeutige Zuordnung ermöglicht.²⁰ Oder man ändert § 39 AO in der Weise, dass die (steuerrechtliche) Anteilsinhaberschaft wieder mit der (zivilrechtlichen) Aktienhaberschaft

vorliegen können. Hier könnte etwa angenommen werden, dass nur die unter Anwendung der FiFo-Reihenfolge noch vorhandenen Bestände Beachtung finden sollen, s. auch *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 639 unter Verweis auf oft weit zurückliegende Anschaffungen ohne steuerliche Relevanz.

¹⁶ So auch *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 639.

¹⁷ Nach dem BFH ist die Berechtigung zu bestimmen am wirtschaftlichen Erhalt der Aktienerträge, dem Liquiditätsvorteil, dem erkennbaren Willen der Ausübung von Stimmrechten und dem Übergang von Kursrisiken und -chancen, BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, DStR 2016, 168. Zuvor bereits BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12, BFHE 246, 15; s. hierzu *Florstedt*, FR 2016, 641, 644 f. Gefolgt sind dem u.a. das FG Hessen in v. 28.1.2020 – 4 K 890/17, IStR 2020, 628, 630 und das FG Nürnberg (v. 7.6.2016 – 1 K 904/14, EFG 2017, 59 (1. LS).

¹⁸ S. auch *Rau*, DStR 2021, 6, 12.

¹⁹ Der I. Senat hat die Zurechnungstechnik des § 39 AO damit verändert. Die Zuweisung soll u.a. anhand eines eher nichtssagenden Topos „modellhaft aufgelegt und initiiert“ erfolgen, näher *Florstedt*, StuW 2018, 216, 221 ff. Hier nur wichtig ist: Die materielle Berechtigung wird nicht mehr durch die Steuerbescheinigung belegt.

²⁰ Die Etikettenlösung nach dem Vorschlag von *Jarass/Schick* (BB 2019, 1568 ff.) hilft hier allerdings nicht weiter: Hier sollen die Bescheinigungen für die (von der AG) abgeführte Steuer bei einem zentralen Prüfsystem gemeldet werden. Wer eine Anrechnung begehrt, hat sich die Bescheinigung zu beschaffen und dem Finanzamt vorzulegen: Doppelte Anrechnungen werden qua System ausgeschlossen. Aber wem die Bescheinigung gebührt, bleibt offen.

zusammenfällt.²¹ Einstweilen hat die Empfehlung zu lauten: Die Indienstnahme von Depotbanken oder Zahlungsstellen in der in §§ 45b, c EStG-E angedachten Art wird gestrichen.

2. Gegen eine Informationsermittlung über die VerwahrerKette

Gem. § 45c Abs. 2 Nr. 8, 9 EStG sind Informationen durch die Pflichtadressaten über die Verwahrerketten zu beschaffen. Anzufragen sind nach Nr. 8 (soweit nicht vorliegend) Informationen über die Identität der in die VerwahrerKette eingebundenen Zwischenverwahrstellen und der unmittelbar verwahrenden Depotstellen.

Gleiches gilt für die in Nr. 9 geforderte Konto- oder Depotnummer des Gläubigers der Kapitalerträge oder eines Treuhänders. Auch diese Angaben dürften dem die Bescheinigung ausstellenden Teil der Kette regelmäßig nicht bekannt sein. Die Kooperation der vorherigen Kettenglieder soll § 45b Abs. 7 EStG-E herstellen, der in- und ausländische Institute verpflichtet, die benötigten Angaben mitzuteilen. Bevor das nicht geschehen ist, darf wiederum keine Bescheinigung ausgereicht werden. In der Regel werden die Informationen gar nicht vorliegen,²² sodass die Beschaffung über die VerwahrerKette nach dem Entwurf zum Normalfall wird.

Sehr weit geht der Entwurf, wenn nach § 45b Abs. 9 EStG-E das neue Informationsrecht der börsennotierten AG für steuerliche Zwecke genutzt und zu einer Pflicht umgestaltet wird: Nach der Regel haben inländische börsennotierten Gesellschaften nach § 67d AktG Informationen über die Aktionärsidentität zum Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses zu ermitteln und elektronisch (nach § 93c AO) dem BZSt mitzuteilen.

a. Gegen Beschaffungspflichten der börsennotierten AG (§ 49b Abs. 9 EStG-E)

Der Zweckentfremdung des neuen Rechts nach § 67d AktG ist als erstes entgegen zu treten. Lässt man den – von den Entwurfsverfassern beschönigten – erheblichen operativen und finanziellen Aufwand zunächst beiseite, ist zunächst auffallend, dass die Offenlegung zum Zeitpunkt des Dividendenzahltags für die AG keinen Nutzen mehr hat (die Norm will die Rechtsausübung v.a. in der Hauptversammlung sichern). § 49b Abs. 9 EStG-E führt also zu Doppelanfragen.

Gravierender ist die zu erwartende Wirkungslosigkeit einer solchen Verpflichtung: Erstens haben die Depotbanken in vielen Rechtsordnungen, v.a. in den Vereinigten Staaten, eine treuhänderische Stellung; der „Anteilseigner“ wird ohnehin nicht offengelegt.²³ Die Auskunftsverlangen sind zweitens im EU-Ausland nicht durchsetzbar. Diese vorgegebenen Grenzen des Identifikationsverfahrens wurden intensiv in der Reform des ARUG II diskutiert, aber letztlich nicht behoben.²⁴ Die Erfahrungen mit dem schon länger bestehenden

²¹ Dazu müsste man das Insolvenzrisiko und die formale Verfügungsmacht des Zwischenerwerbers als zurechnungsbegründend anerkennen, *Rau*, BB 2000, 2338; *ders.*, DStR 2021, 5, 12; s. auch *Florstedt*, StuW 2018, 216, 220 ff.

²² Vgl. auch *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 639.

²³ S. dazu etwa *von Nussbaum* in Schmidt/Lutter AktG, 4. Aufl., § 67d Rn. 18; *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 852; *Einsle*, JZ 2019, 121, 125.

²⁴ S. dazu etwa *Bork*, NZG 2019, 738, 740; *Paschos/Goslar*, AG 2018, 857, 858.

Auskunftsanspruch aus § 67 Abs. 4 Satz 2 u. 3 AktG zeigen das deutlich.²⁵ Die ersten Erfahrungen mit Echtabfragen unter § 67d AktG weisen auf erhebliche Defizite selbst im Anwendungsraum der Aktionärsrechterichtlinie (EU, EWR) hin.

Dieser letztlich nutzlosen Regel steht ein unverhältnismäßiger Aufwand entgegen, der mit 5.000,- Euro nicht richtig veranschlagt ist.²⁶ Schon eine Vollabfrage der Rohdaten von den Dienstleistungsanbietern (etwa der WM-Gruppe mit dem SRD Hub) wird bei ca. 2.000–3.000 Euro liegen, ist aber auf Antworten der teilnehmenden Kreditinstitute begrenzt. Diese Rohdaten müssen konsolidiert und aufbereitet werden, ganz ungeachtet der verschuldensunabhängigen Haftung, die der Entwurf vorsieht (dazu sogleich unter 4.). Die Kosten für mehrere Tage hochqualifizierter fachlicher, technischer und juristischer Arbeit sind erheblich. Nach Felduntersuchungen können sich die Gesamtkosten für eine Aktiengesellschaft mit 200.000 Aktionären auf mindestens 40–60.000,- Euro aufsummieren.

Angesichts dieser Hindernisse sollte der ohnehin nutzlose § 49b Abs. 9 EStG-E schlicht entfallen.

Keine sinnvolle Alternative wäre es, nur Namensaktiengesellschaften zur Lieferung des Aktienregisterstands zu verpflichten, da auch dort nur diejenigen Aktionäre im Aktienregister stehen, die von den bei dem Zentralverwahrer angeschlossenen Intermediären gemeldet werden (deutsche Depotkunden). Diese sind im Bankensystem der verpflichteten Depotbanken aber bereits erfasst und werden ohnehin gemeldet. Auch ein bisweilen genannter Grenzwert von 50.000,- oder 100.000,- Euro²⁷ wird wiederum angesichts der Erfahrungen mit den Cum/Ex-Geschäften, in denen große Handelsvolumen auf Kleinsttransaktionen heruntergebrochen wurden, wenig überzeugen.

b. Gegen Beschaffungspflichten der Depot- und Wertpapiersammelbanken

Aus gleichen Gründen überzeugt auch eine analoge Verpflichtung der Depotbanken und Verwahrstellen in § 45b EStG-E nicht: Die in der Regel nicht vorliegenden Informationen können nicht von ausländischen Instituten beschafft werden, zumal die entsprechenden Auskunftspflichten nicht durchgesetzt werden können.²⁸ Es ist zu befürchten, dass dann die Bescheinigungen oftmals gar nicht erst ausgestellt werden, mehr noch: dass dies der Regelfall sein wird.²⁹

²⁵ S. dazu nur *Cekin*, Offenlegungs- und Mitteilungspflichten nach § 67 AktG, 2011, S. 35.

²⁶ BT-Drs. 19/27632, S. 95.

²⁷ *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 642.

²⁸ Kritisch zur Durchsetzbarkeit der Bußgeldfolge gem. § 50e Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a EStG-E etwa *Schurowski*, FR 2021, 204, 206; vgl. auch *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 639.

²⁹ Ähnlich *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633, 639.

3. Haftungsfragen

a. Der Ansatz des Entwurfs: Haftung ohne Exkulpation (§ 45a Abs. 7 Satz 3 EStG)

Zusätzlich zu den genannten Informationspflichten sieht der Gesetzesentwurf eine Haftung für falsche Angaben sowie die Streichung der Exkulpationsmöglichkeit gem. § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG vor. Der Entwurf will damit Anreize setzen, dass der Aussteller die Angaben Dritter prüft; zu diesem bestehe ein Kundenverhältnis, das es erlaube, die Verlässlichkeit der Offenlegungsinhalte einzuschätzen.³⁰

b. Lehren aus den Jahren 2006–2016

Auch damit will man wohl auf die Erfahrungen mit den Cum/Ex-Geschäften Bezug nehmen. Die Institute haben den Leerkäufern hier in der Tat falsche Bescheinigungen bereitwillig ausgestellt, oftmals waren Depotbank und Leerkäufer allerdings identisch. Bemerkenswert ist sicherlich das Leerlaufen der Entrichtungspflicht gem. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG 2007. Auch größere inländische Institute waren unter dem Wettbewerbsdruck bereit, die Regelung mehr oder weniger zu ignorieren; die Entlastungsmöglichkeiten gem. § 45a Abs. 5 EStG 2007 mögen das begünstigt haben. Was sind die richtigen Haftungskonsequenzen? Sicherlich nicht eine von den Pflichtadressaten des AbzStEntModG gar nicht erfüllbare Garantiepflcht zu Teilinformationen, die von begrenztem Wert sind, wie der Entwurf es z.T. aber vorsieht. Die entsprechenden Anfragen über die Verwahrekette werden für Steuerzwecke oft nutzlose Rohdaten liefern und bereits innerhalb der EU unbeantwortet bleiben (siehe zuvor unter II. 2. b.). Eine Garantiehaftung für die Inhalte geht hier zu weit.

c. Stattdessen: Inpflichtnahme des Zentralverwahrers für die Zuordnung von Steuerguthaben und Berechtigung

Der Verf. hat indessen bereits vorgeschlagen, den Zentralverwahrer für die fortbestehenden, derzeit vorgebrachten und vereinzelt wohl belegten Hybridgestaltungen in die Verantwortung zu nehmen³¹. Worum geht es dabei? In Einzelfällen ist auch unter OGAW IV (ab 2012) die Verbuchungstechnik im Market Claims Prozess des Zentralverwahrers für Dividendenzahlung so ausgenutzt worden, dass ein Steuerkontingent durch einen „Nichtberechtigten“ leergebucht wurde, mit der Folge, dass (die tatsächlich einbehaltene) Steuer nicht zur Abfuhr an den Fiskus, sondern zur Erstattung an den Nichtberechtigten verwendet wurde. Anders gesagt: Die für andere Anteilseigner einbehaltene Steuer wird durch einen Trick umgebucht und von einem Nichtberechtigten für eine Erstattung verwendet³². Es sieht heute nicht so aus, als kämen diese Praktiken noch in nennenswertem Umfang vor. Das Problem ist hier nicht mehr die Kongruenz von Steuereinbehalt und Steuererstattung, sondern die Zuordnung von Steuergutschrift und Steuerberechtigung. Soweit die Systeme des Zentralverfahrens es in der Dividendenregulierung ermöglichen, dass ein formal (dinglich) Nichtberechtigter die Steuergutschrift (eines anderen) „beansprucht“, sollte

³⁰ BR-Drs. 50/21 v. 22.1.2021, S. 41.

³¹ *Florstedt*, DStR 2020, 2399, 2401.

³² Vgl. oben, A.

derjenige im Zentralverfahren insofern entstehen müssen, der eine solche Zuordnung am ehesten herstellen kann.

III. Gebotene Ergänzungen

1. Für Meldepflichten des Zentralverwahrers

Es sollten darüber hinaus Meldepflichten des Zentralverwahrers in Betracht gezogen werden, ähnlich den Regeln zu Leerverkäufen (Art. 5 und 6 EU-LeerverkaufsVO). Im vorliegenden Kontext sollten Mitteilungen verpflichtend sein, welche auf die für das BZSt letztlich interessanteren Informationen gerichtet sind: Diese Muster sind u.a. durch die ESMA untersucht und durch die Aufarbeitung der Cum/Ex-Geschäfte inzwischen bekannt;³³ durch die Meldepflichten gem. §§ 138d ff. AO könnten die Suchmuster ständig aktualisiert werden. Der Zentralverwahrer kann diese Zusammenhänge (etwa: hohe Handelsvolumina, kreisläufige Geschäfte, Leerverkäufe durch nachträglichen Abgleich mit dem Bestand am Tag des Kaufs usf.)³⁴ auch am ehesten erkennen, ggf. durch den Informationsaustausch mit der zentralen Gegenpartei (für den Börsenträger ist eine entsprechende Wissensorganisationspflicht bereits in § 5 BörsG vorgesehen)³⁵. Die Meldepflichten sind auch zumutbar, sie lassen sich als Kehrseite des der Verwahrstelle eingeräumten Monopols bei sammelverwahrten Wertpapieren begreifen.³⁶

2. Behördenübergreifender Informationsaustausch

Einsichten in die damaligen Bemühungen, die Cum/Ex-Geschäfte zu unterbinden, und Probleme mit deren Aufbereitung heute, weisen auf die Notwendigkeit einer engeren Kooperation der befassten Behörden hin. Der Informationsaustausch zwischen Staatsanwaltschaften und Polizei, Finanzämtern, Kapitalmarkt- sowie Börsenaufsicht, Gerichten und Bundesbank muss gesetzlich geregelt und erleichtert werden. Das BZSt sollte insofern nicht als Informationsbegünstigter, sondern als Dienstleister verstanden werden. Der Entwurf geht aber nur auf den finanzbehördlichen Informationsaustausch in § 88c AO-E ein, die Beschränkung von Auskunftspflichten anderer Behörden ggü. den Finanzbehörden (etwa der Börsen und Börsenaufsichtsbehörden, § 10 Abs. 3 BörsG)³⁷ sind zu Unrecht kein Thema.

³³ ESMA, Final Report on Cum/Ex, Cum/Cum and withholding tax reclaim schemes, 2020, Rn. 133 ff.

³⁴ S. dazu ESMA-Report (Fn.5), Rn. 137.

³⁵ Deswegen in diesem Punkt zu zurückhaltend, jedenfalls für die dt. Situation die Beurteilung der ESMA, Report (Fn.5), Rn. 212 ff.

³⁶ Das gilt umso mehr, als der Zentralverwahrer trotz der ambivalenten Erfahrungen hins. der Cum/Ex-Geschäfte an der bisherigen Buchungspraxis (unsichtbare Leerverkäufe wg. Omnibus-Konten, Behandlung von Kompensationszahlungen bei der Dividendenregulierung) festhält.

³⁷ Im Entwurf des Schwarmfinanzierung-Begleitgesetzes (BT-Drs. 19/27419) ist eine Streichung des bislang notwendigen Erfordernisses eines zwingenden öffentlichen Interesses zur Informationsweitergabe an die Finanzbehörden geplant, um eine Angleichung an die dahingehend bereits geänderten, inhaltlich nahezu identischen § 21 Abs. 2 WpHG, § 9 Abs. 5 KWG, § 4 Abs. 2 VermAnlG, § 19 Abs. 2 WpPG zu erreichen. Diese Angleichung steht – ebenso wie bei § 9 Abs. 5 KWG (s. BT-Drs. 18/5009, S. 71) – im Einklang mit den Unionsvorgaben zum Informationsaustausch und zur Geheimhaltungspflicht i.S.d. CRD-IV-Richtlinie (RL 2013/36/EU), jedenfalls soweit es um Straftaten geht (s. Art. 53 Abs, 1 Unterabs. 2 CRD-IV-Richtlinie).

3. Der Hinweisgeber als wichtigste Informationsquelle

Der Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten ist ein wichtiges Anwendungsfeld eines Hinweiserschutzes, die Aufklärung der komplexen Sachverhaltsgestaltungen wird perspektivisch noch viel weniger ohne „Insider“³⁸ gelingen, als man es schon heute für die besonderes virulenten Jahre 2009 bis 2011 („Cum/Ex 2.0“) beobachtet. Zu begrüßen ist es daher, dass der seit November 2020 „inoffiziell“ im Umlauf befindliche RefE eines Hinweiserschutzgesetzes (HinSchG-E)³⁹ zur Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie (WB-RL)⁴⁰ auch den Missbrauch im nationalen Unternehmenssteuerrecht einbezieht (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG-E). Von einer Regel für eine Belohnung des Hinweisgebers hat man indessen abgesehen.⁴¹ Sie wird ins Belieben des Beschäftigungsgebers gestellt.⁴² Will man daran festhalten, hat der Vorschlag deswegen zu lauten: Der Staat oder auch die Depotbanken und Verwahrstellen sollten in einen Treuhandfonds einzahlen, dem staatlich ausgewählte Treuhänder vorsitzen, die über die Vergabe von Belohnungen entscheiden und die Hinweise an staatliche Behörden weitergeben.

C. Anti-Treaty-Shopping-Regel im europäischen Bezugsfeld; Änderung von § 50d Abs. 3 EStG

Bei der geplanten Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG geht es keineswegs nur um die Anpassung an einen unionsrechtlich veranlassten Korrekturbedarf, vielmehr werfen die zahllosen und komplexen Änderungen viele Anwendungsfragen auf, haben eine durchaus politische Dimension und werden die Problematik durch *treaty override* nochmals verschärfen. Die Ausführungen begrenzen sich auf die fortbestehende Spannungslage zum Unionsrecht (II.) und einen Rückbezug zur allgemeinen Regel des § 42 AO (III.), veranschaulicht anhand der vom AbzStEntModG bekämpften Gestaltungen, den Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäften.

I. Europäisches Missbrauchsverbot als Schranke nationaler Missbrauchsbestimmungen: die Vorgaben des EuGH

In den vielbemerkten Urteilen T-Danmark und N-Luxembourg¹⁴³ hat der EuGH seinem Missbrauchskonzept den Rang eines eigenständigen, primärrechtlichen Rechtsinstituts

³⁸ S. dazu bereits *Florstedt*, DStR 2020, 2399, 2404 m.w.N.

³⁹ Abrufbar unter: https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/2020_11_26-Referentenentwurf-Whistleblowing-BMJV-1.pdf.

⁴⁰ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. EU L 305/17.

⁴¹ S. dazu bereits *Florstedt*, DStR 2020, 2399, 2404 m.w.N. Ein entsprechendes staatliches Belohnungssystem für Hinweisgeber existiert in den USA, s. dazu zuvor und jüngst *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29, 30 f. Darüber hinaus offenbart der RefE Lücken, die potentielle Hinweisgeber von einer Meldung abhalten werden: 1) anonyme Meldungen müssen nicht verfolgt werden, 2) Hinweisgeber werden unzureichend geschützt, wenn nicht nur Richtlinienoptionen nicht genutzt werden (u.a. Zugang zu unterstützenden Maßnahmen bei Repressalien (Art. 20 Abs. 2 WB-RL)), sondern Pflichtelemente der WB-RL nicht umgesetzt werden (spezieller einstweiliger Rechtsschutz gegen Repressalien, Art. 21 Abs. 6 WB-RL). S. zur Kritik im Einzelnen *Dilling*, CCZ 2021, 60, 62 ff.

⁴² RefE HinSchG, S. 52. S. zur Ausgestaltung unternehmensinterner monetärer Prämien für Hinweisgeber bspw. *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29, 35 f.

⁴³ EuGH, ECLI:EU:C:2019:135, Rn. 70, 90 – T-Danmark (C-116/16 u. C-117/16); EuGH, ECLI:EU:C:2019:134, Rn. 96 – N Luxembourg 1 (C-115/16 ua).

zugewiesen.⁴⁴ Es wird unabhängig von einer (sekundärrechtlichen oder mitgliedstaatlichen) Ausformung gedacht, die nur noch als dessen Konkretisierung verstanden wird; es gibt den Mitgliedstaaten zugleich auf, Missbrauch im unionsrechtlichen Anwendungsfeld wirksam zu bekämpfen.⁴⁵

Das Verbot ist an sich recht einfach und schon durch die Fusions-RL (1990)⁴⁶ gut abgebildet. Es besteht im Kern aus einem Zusammenspiel von objektiven und subjektiven Teilelementen: Nach der Gesamtheit der Umstände muss eine künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktion vorliegen (objektives Element), die darauf ausgerichtet ist, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats bzw. der Steuer, die normalerweise im Inland geschuldet wird, zu entgehen (subjektives Element).⁴⁷ Ein normatives Element ist auf die Grundfreiheiten bezogen: Durch die künstliche Gestaltung muss der Zweck der Norm, auf die sich der Einzelne beruft, trotz Erfüllung ihrer formellen Voraussetzungen verfehlt werden.⁴⁸ Dabei schützen die primärrechtlichen Grundfreiheiten und das einschlägige Sekundärrecht ihrem Zweck nach die Etablierung und die Funktionsfähigkeit des europäischen Binnenmarkts und setzen daher eine gewisse Substanz bzw. wirtschaftliche Rechtfertigung einer Tätigkeit voraus; bloß formale Hüllen bzw. künstliche Konstruktionen bar jeder wirtschaftlichen Realität, wie bspw. Durchleitungsgesellschaften, für die es keine wirtschaftliche Rechtfertigung gibt, sowie Pro-forma-Konzernstrukturen,⁴⁹ genügen dem nicht.

Bereits 2017 und 2018 hat der EuGH die deutsche Anti-Treaty-Shopping-Regel in der verbundenen Rs. *Deister Holding und Juhler Holding* (zu § 50d Abs. 3 EStG 2007)⁵⁰ sowie in der Rs. *GS* (zu § 50d Abs. 3 EStG 2012)⁵¹ für unvereinbar mit dem europäischen Missbrauchsverbot (genauer: der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) und mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 MTR) erklärt: (1.) die Regel begrenze sich nicht darauf, rein künstliche Konstruktionen auszuschließen, die auf die ungerechtfertigte Nutzung des steuerlichen Vorteils ausgerichtet sind;⁵² (2.) sie stelle anhand abstrakter Substanzerfordernisse eine zu pauschalisierte Missbrauchsvermutung auf; geboten sei, dass die Steuerbehörde einen Anfangsbeweis für das Fehlen wirtschaftlicher Gründe, ein

⁴⁴ Dazu ausf. bereits *Lindermann*, Normbehauptung im Steuerrecht durch das Europäische Missbrauchsverbot, 2019, S. 224 ff.

⁴⁵ S. dazu nur *Schön*, EuZW 2020, 637 ff.; 685 ff.

⁴⁶ Vgl. Art. 11 lit. a der Fusions-Richtlinie 90/434/EWG vom 23.07.1990: „Ein Mitgliedstaat kann die Anwendung der Titel II, III und IV ganz oder teilweise versagen oder rückgängig machen, wenn eine Fusion, Spaltung, Einbringung von Unternehmensteilen oder ein Austausch von Anteilen a) als hauptsächlichsten Beweggrund oder als einen der hauptsächlichsten Beweggründe die Steuerhinterziehung oder -umgehung hat. Vom Vorliegen eines solchen Beweggrundes kann ausgegangen werden, wenn die Fusion, Spaltung, Einbringung von Unternehmensteilen oder der Austausch von Anteilen nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen – insbesondere der Umstrukturierung oder der Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften – beruht“.

⁴⁷ EuGH, ECLI:EU:C:2019:135, Rn. 81, 124 – T-Danmark (C-116/16 u. C-117/16); EuGH, ECLI:EU:C:2019:134, Rn. 97 f. – N Luxembourg 1 (C-115/16 ua).

⁴⁸ S. nur jüngst EuGH, ECLI:EU:C:2019:135, Rn. 124 – T-Danmark (C-116/16 u. C-117/16).

⁴⁹ So jüngst EuGH, ECLI:EU:C:2019:135, Rn. 124 – T-Danmark (C-116/16 u. C-117/16).

⁵⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2017:1009 – *Deister Holding und Juhler Holding* (C-504/16 und C-613/16).

⁵¹ EuGH, ECLI:EU:C:2018:437 – *GS* (C-440/17).

⁵² EuGH, ECLI:EU:C:2018:437, Rn. 47 – *GS* (C-440/17).

Indiz für den Missbrauch im Einzelfall beibringt;⁵³ (3.) die Missbrauchsvermutung dürfe nicht unwiderlegbar sein, der Steuerpflichtige müsse sich durch einen „Motivtest“ entlasten können⁵⁴; (4) das Gebot der Einzelfallprüfung schließe es aus, Teilbereiche, v.a. Vorteile aus einer Konzernierung, von vornherein auszublenden.⁵⁵

II. Regelung im Überblick

Anhand dieser Vorgaben ist nunmehr auch die geplante Entwurfsregel zu hinterfragen. Ihre Kernpunkte sind:

1. Beibehaltung der Sonderregel statt Streichung

Angesichts des primärrechtlich fundamentierten, sozusagen „außentheoretischen“⁵⁶ Missbrauchsansatzes des EuGH könnte die Regel in § 50d EStG (zugunsten eines unionsrechtskonform angewandten § 42 AO) eigentlich ersatzlos entfallen. Man sollte die historisch gewachsene Regelung des § 50d EStG aber nicht einfach deshalb preisgeben, weil sie in der Methodenwelt des EuGH als bloße Benennung dessen, was ohnehin gilt, funktionslos geworden ist. Dem berechtigten Bedürfnis des Rechtsanwenders wird man durch eine nachgebesserte, aber in Grundzügen erprobte Regel besser gerecht, als durch einen Verweis auf die Generalklausel nach § 42 AO oder auf das primärrechtliche Rechtsinstitut selbst.⁵⁷ Man würde letztlich dieselben Fragen unter weit abstrakteren Vorgaben zu beantworten haben, als es nach der Entwurfsregel der Fall ist.

2. Der veränderte Regelungsgehalt von § 50d Abs. 3 EStG

Der Vermutungstatbestand in Abs. 3 S. 1 wird nunmehr davon abhängig gemacht, dass eine Person, die an einer (aus- oder inländischen) Einheit (Körperschaft, aber auch Personenvereinigung oder Vermögensmasse) beteiligt ist, bei gedachtem unmittelbarem Bezug keinen Entlastungsanspruch *aus dem gleichen Rechtsgrund* hätte (Nr. 1)⁵⁸. Das wird selten der Fall sein. Entscheidend werden deswegen im Regelfall die zwei Elemente in Nr. 2 sein: eine substanzhafte Wirtschaftstätigkeit (wie bisher) und zudem ein „wesentlicher Zusammenhang“ von Einkunftsquelle und dieser Tätigkeit⁵⁹. Bloße Durchleitungskonstruktionen und substanzlose Gesellschaften werden nicht als Wirtschaftstätigkeit angesehen (Nr. 2 Hs. 2). Ist der Vermutungstatbestand erfüllt, ermöglicht Satz 2 nunmehr einen Gegenbeweis. Die Körperschaft hat dafür darzulegen,

⁵³ EuGH, ECLI:EU:C:2018:437, Rn. 54 – GS (C-440/17).

⁵⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2018:437, Rn. 56 – GS (C-440/17); vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2017:641, Rn. 31 ff. – Egiom und Enka (C-6/16) mwN zur EuGH-Rspr.; vgl. aus der Literatur etwa *Prusko*, Steuerliche Missbrauchsvermeidung im Europäischen Binnenmarkt, 2017, S. 168.

⁵⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2018:437, Rn. 56 – GS (C-440/17).

⁵⁶ Zur Innen- und Außentheorie bezogen auf § 42 AO s. nur Hübschmann/Hepp/Spitaler/*Fischer*, AO/FGO, 261. Lfg. 02.2021, § 42 AO Rn. 71.

⁵⁷ Wie hier *Grotherr*, NWB 2021, 262, 282; vgl. auch Frotscher/Hummel/*Bruns*, Grenzüberschreitende Tätigkeit in einem sich ändernden steuerlichen Umfeld, 1. Aufl. 2021, Neuordnung des Treaty Shopping (§ 50d Abs. 3 EStG), Podiumsdiskussion, S. 3.

⁵⁸ Ausdr. nur die Begr., vgl. BT-Drs. 19/27632, S. 57 f.

⁵⁹ Dazu muss das Halten der Einkunftsquelle eine wirtschaftliche Funktion nicht völlig untergeordneter Rolle darstellen, die in einem wirtschaftlich nachvollziehbaren Bezug auf die übrige Tätigkeit steht. Sei das nicht der Fall, bestehe der Anschein, dass die Beteiligung im Wesentlichen aus steuerlichen Gründen gehalten wird, vgl. BT-Drs. 19/27632, S. 58 f.

dass keiner der Hauptzwecke ihrer Einschaltung darin bestand, dass ein steuerlicher Vorteil erlangt wird. Die bisherige Privilegierung von Fonds (§ 50d Abs. 3 Satz 5 EStG) soll entfallen, das Börsenprivileg begrenzt werden.⁶⁰ Nach § 50d Abs. 3 Satz 3 EStG-E bleibt (wie bei § 36a Abs. 7 EStG) der allgemeine § 42 AO unberührt, für abweichende Abkommensregeln wird pauschal ein *treaty override* angeordnet⁶¹.

3. Latente Verschärfungen

Anstelle eines bloßen Nachvollzugs der (entlastenden) Vorgaben des EuGH (im Sinne einer handwerklichen Reduktion des Normgehalts auf ein unionsrechtlich-akzeptables Mindestmaß) hat sich die Bundesregierung entschlossen, die Missbrauchsregel spürbar zu verschärfen, indem

- es (nach der Begründung) auf einen Missbrauch hinweisen soll, wenn der Anteilseigner nicht denselben Erstattungsanspruch hat; anders als bisher genügt ein gleichwertiger Anspruch (z.B. aus einem anderen Abkommen) also nicht mehr (Satz 1 Nr. 1);⁶²
- über das (selbstverständliche) Merkmal der Wirtschaftstätigkeit zudem ein „wesentlicher Zusammenhang“ mit der Einkunftsquelle gefordert wird (Satz 1 Nr. 2);
- der Gegenbeweis zwar eröffnet wird, anders als bei § 42 Abs. 2 Satz 2 AO aber nicht beachtliche, sondern überwiegende „triftige“, „gute“ Gründe („Hauptzweck“) zur Widerlegung gefordert sind (Satz 2);
- historisch gewachsene Strukturen nichts rechtfertigen, vielmehr einem ständig aktualisierten Rechtfertigungsdruck unterstellt sind (kein „Hauptzweck ihrer Einschaltung die Erlangung eines steuerlichen Vorteils *ist*“) (Satz 2);
- die Ausnahme für Körperschaften im Geltungsbereich des InvStG vollständig, das Börsenprivileg zum Teil entfällt (Satz 3).

III. Fortbestand der Spannungslage zum unionsrechtlichen Missbrauchsverbot

Der geplante § 50d Abs. 3 EStG stünde weiter im offenen Spannungsfeld zu den (aufgewerteten) unionsrechtlichen Vorgaben durch den EuGH, indem einigen Kritikpunkten an der alten Regel zwar genügt wird, durch die verschärfenden Änderungen aber neue, zum Teil ähnlich brisante Reibungsflächen in Kauf genommen werden:

1. Rechtfertigungsdruck trotz Ungewissheit des Gegenbeweises

Nach dem EuGH wird der Missbrauch durch einen abgestimmten Wechselbezug zwischen objektiven und subjektiven Missbrauchselementen gekennzeichnet. Der vom Sekundärrecht explizit akzeptierte Spielraum⁶³ für Konkretisierungen wird durch § 50d Abs. 3 EStG-E noch nicht durch die vereinfachende Technik von Vermutung und

⁶⁰ So BT-Drs. 19/27632, S. 60.

⁶¹ So jedenfalls BR-Drs. 50/21, S. 62 (wegen Formulierung „auf Grundlage eines Abkommens“); skeptisch *Schönfeld/Erdem*, IStR 2021, 189, 190.

⁶² BT-Drs. 19/27632, S. 57 f.

⁶³ Vgl. Art. 1 Abs. 2 RL 2011/96/EU des Rates vom 30.11.2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. L L 345/8).

Gegenbeweis verlassen (auch nach dem Unionsrecht hat der Steuerpflichtige die Beweislast beim „Motivtest“)⁶⁴.

Der Entwurf verwendet aber eine auffallend große Zahl unbestimmter Rechtsbegriffe, die z.T. aus dem Unionsrecht importiert, z.T. hinzugefügt werden. Dazu zählen etwa⁶⁵

- die Kernelemente des Vermutungstatbestands „Wirtschaftstätigkeit“, „wesentlicher Zusammenhang“ (Satz 1 Nr. 2 Hs. 1);
- die schädliche „Weiterleitung“ der Einkünfte oder, wann von einem „für den Geschäftszweck nicht angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb“ auszugehen ist (Satz 1 Nr. 2 Hs. 2);
- auf Ebene des Motivtests in Satz 2 etwa der „steuerliche Vorteil“ oder „Hauptzweck“ der gewählten Gestaltung und die Frage, welche Motive entlastend wirken können und welche Anforderungen an den Nachweis zu stellen sind (quantitativ oder qualitativ; Positiv- oder Negativbeweis);
- überhaupt die Frage, welches bei mehrstufigen Konzernen das maßgebliche Bezugsobjekt in der Konzernstruktur für die Erfüllung der Merkmale und die Erbringung des Gegenbeweises ist.

Grundsätzlich mögen die Einzelschritte einer Spiegelung der schon unionsrechtlich unbestimmten Begriffe zum einen, die Verlagerung des Motivtests in einen Gegenbeweis zum anderen, unionsrechtlich Bestand haben. Was aber insgesamt für den Rechtsanwender als Ergebnis herauskommt, ist Folgendes: Die ständige Verwendung mehr punktuell veranschaulichter oder überhaupt nicht präzisierter Begriffe wirkt unter dem Rechtfertigungszwang (bei weiter Missbrauchsvermutung) in erheblichem Maße freiheitsbeschränkend.

Man schadet damit letztlich v.a. der deutschen GmbH, die bei Strukturierungen gegenüber Betriebsstättenlösungen oder der Verwendung ausländischer Gesellschaften benachteiligt ist: Bei ihr wird der Abzug der Quellensteuer oft von einem Gegenbeweis abhängig sein, dessen Gelingen bei den zahllosen wolkigen Vorgaben („Hauptzweck“, „steuerlicher Vorteil“, Relevanz außersteuerlicher Gründe, Anforderungen an den Nachweis, usf.) v.a. in einer Anfangszeit (nach Einführung eines neuen § 50d Abs. 3 EStG) ungewiss ist.

2. Typisierung vs. Einzelfallprüfung

Nationale Missbrauchsverbote sind (im unionsrechtlichen Bezug) nach dem EuGH darauf zu begrenzen, im Einzelfall „künstliche Konstruktionen“ zu erfassen.⁶⁶ Die Möglichkeit zur Typisierung wird begrenzt;⁶⁷ dennoch müssen auch nach § 50d Abs. 3 EStG-E nicht stets objektive Verdachtsmomente bzw. Indizien für einen Missbrauch vorliegen.⁶⁸ Das bedeutet: Auch bei typisierter Vermutung muss es zu einer vollen Beachtung der

⁶⁴ Zutr. *Lindermann*, Normbehauptung im Steuerrecht durch das Europäische Missbrauchsverbot, 2019, S. 253; Schaumburg/Englisch/*Fehling*, Europäisches Steuerrecht, 2020, Rn. 17.83 f.

⁶⁵ Vgl. *Grotherr*, NWB 2021, 262, 265.

⁶⁶ S. nur EuGH, ECLI:EU:C:2017:641, Rn. 30 – *Eqiom und Enka (C-6/16)* mwN aus der EuGH-Rspr.

⁶⁷ *Hey*, StuW 2008, 167, 167 ff.; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3, 13.

⁶⁸ S. etwa EuGH, ECLI:EU:C:2017:641, Rn. 31ff. – *Eqiom und Enka (C-6/16)* mwN aus der EuGH-Rspr. S. auch *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3, 13.

Individualsituation insgesamt kommen können. Der Entwurf stellt dies aber erst auf der Ebene des Motivtests her.

Die Problematik lässt sich anhand der Regel zu Durchleitungsgesellschaften in Nr. 2 Hs. 2 veranschaulichen: Für den EuGH ist eine schädlichen Durchleitungsgestaltung durch zahlreiche Indizien gekennzeichnet: eine zeitnahe und vollständige Weiterleitung der Dividende; ein nur unerheblicher zu versteuernder Gewinn der Durchleitungsgesellschaft; eine Entgegennahme und Weiterleitung der Dividende als einzige Tätigkeit der Durchleitungsgesellschaft; eine Bewertung der Verträge, der Modalitäten der Finanzierung der Transaktionen, des Eigenkapitals der Zwischengesellschaft; eine fehlende Befugnis der Durchleitungsgesellschaft, wirtschaftlich über die erhaltenen Dividenden zu verfügen.⁶⁹ Die „Übersetzung“ dieses Ansatzes in eine Distinktion von aktiver und passiver Beteiligungsverwaltung in der Begr. ist zu holzschnittartig.⁷⁰

Der nationale Gesetzgeber, der auf eine Regel wie in § 50d Abs. 3 EStG auch ganz hätte verzichten könnten, mag hier auch generalklauselartige Tatbestandselemente verwenden, sollte aber im Wortlaut oder in der Begründung andeuten, dass stets eine Einzelfallprüfung (anhand aussagefähiger Kriterien) geboten ist. Andernfalls müsste die Norm per unionsrechtskonformer Interpretation „gerettet“ werden.

3. Missbrauchsverdacht ohne Anhaltspunkte

Der Vermutungstatbestand in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EStG-E erfasst Gestaltungen, die nach den Rechtsprechungsgrundsätzen des EuGH nicht als künstlich anzusehen wären. Es besteht hier weiter kein genügender Anfangsverdacht für einen Missbrauch.

Die latenten Verschärfungen gegenüber der derz. Fassung gehen nicht einher mit einer Begrenzung auf einen klaren, missbrauchsrelevanten Kern; vielmehr bleibt es bei zahlreichen überschießenden Teilelementen, indem sich der Verdacht des Missbrauchs u.a. auch erstreckt auf

- Fälle, in denen gar kein abkommensrechtlicher Vorteil erstrebt wird (z.B. bei sog. mehrstufigen *Mäander*-Strukturen);⁷¹
- Fälle, in denen ein Steuervorteil erstrebt wird, der aber gerade nicht in der deutschen Quellensteuerermäßigung, sondern z.B. im Hinblick auf das Steuerrecht des Ansässigkeitsstaats der Körperschaft besteht;⁷²
- historisch gewachsene Unternehmensstrukturen, bei denen etwa der Wegfall des Geschäftsbetriebs auf Ebene der Obergesellschaft (z.B. durch Outsourcing) zum Verlust der Erstattungsmöglichkeit führt;

⁶⁹ S. EuGH, ECLI:EU:C:2019:135, Rn. 101 ff. – T-Danmark (C-116/16 u. C-117/16). Dabei können diese Indizien bekräftigt werden durch das zeitliche Zusammentreffen oder die zeitliche Nähe des Inkrafttretens bedeutender neuer Steuervorschriften, vgl. aaO. Rn. 106.

⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 19/27632, S. 59.

⁷¹ Vgl. das Beispiel bei *Schönfeld/Erdem*, IStR 2021, 189, 191, in dem die dividendenbeziehende Auslandsgesellschaft in Neuseeland, die dahinterstehende Muttergesellschaft in den Niederlanden ansässig ist.

⁷² S. dazu *Grotherr*, NWB 2021, 262, 274.

- übliche Gestaltungsvarianten eines Investmentfonds;
- sog. Aufstockungsfälle (wegen der Aktualisierungspflicht in Satz 2, „ist“); nach der Begr. soll es schädlich sein, wenn der Konzern die Beteiligungsquote erhöht, um die Begünstigung bei Schachteldividenden (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 lit. a OECD-MA) zu erlangen.⁷³

Dass in diesem überschießenden Tatbestandsbereich noch von „künstlichen Konstruktionen“ im Sinn des EuGH die Rede sein kann, ist zu bezweifeln. In der Rs. Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas hat der EuGH etwa entschieden, dass es (erst) für eine künstliche Konstruktion spricht, wenn kein Personal und keine Geschäftsausstattung vorhanden sind.⁷⁴ Umgekehrt wurde in der Rs. Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation festgestellt, dass allein aus der Ansässigkeit einer Konzerngesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat gerade nicht auf eine künstliche Gestaltung geschlossen werden könne.⁷⁵ Nicht zuletzt in der Rs. Deister Holding und Juhler Holding wurden die hohen Anforderungen an einen Missbrauchsverdacht deutlich, denn es handelte sich um eine Gesellschaft, die nur über einen Telefonanschluss und eine E-Mail-Adresse verfügte;⁷⁶ nicht einmal das Fehlen eigener Büroräume und bestehende personelle Verflechtungen auf Geschäftsführungsebene mündeten danach in „Künstlichkeit“.⁷⁷ Vor diesem Hintergrund ist auch der geänderte Vermutungstatbestand zu weitgehend.

4. Fortentwicklung der Regel zur universalen Missbrauchsregel

Sieht man näher hin, wird deutlich, dass man mit § 50d Abs. 3 EStG-E von der überkommenen Ordnungsaufgabe längst übergewechselt ist zu einer ganz neuen Funktionsrichtung. Wenn nunmehr Gestaltungen ohne abkommensrechtliche Vorteilsbezweckung unter Missbrauchsverdacht stehen sollen und Steuervorteile aller Art (auch über den Anwendungsbereich des Unionsrechts hinaus) schädlich sein sollen (Satz 2), geht es ersichtlich nicht mehr um Schranken für Treaty-Shopping. Es geht ebenso wenig um eine Erfüllung der ATAD-Prinzipien, nach welchen der „Steuerpflichtige das Recht haben (sollte), die steuereffizienteste Struktur für seine geschäftlichen Angelegenheiten zu wählen“.⁷⁸ Die Antriebskraft der Regel wird man in dem Versuch einer Ausgleicheung dafür suchen, dass es noch immer zu keiner Mindestbesteuerung im europäischen Körperschaftsteuerrecht gekommen ist. Eine solche teleologische Denaturierung des alten § 50d EStG überzeugt nicht.

⁷³ S. dazu *Grotberr*, NWB 2021, 262, 279 f.

⁷⁴ EuGH v. 12. 9. 2006 – Rs. C-196/04 – Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas, ECLI:EU:C:2006:544, Rn. 66 f., 75.

⁷⁵ EuGH v. 13. 3.2007 – Rs. C-524/04 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, ECLI:EU:C:2007:161, Rn. 73.

⁷⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 20.12.2017 - Rs. C-504/16 und C-613/16 („Deister Holding“ und „Juhler Holding“), NWB CAAAG-69289, Rz. 73.

⁷⁷ Vgl. aaO. Rz. 73.

⁷⁸ Vgl. ErwGr 11 der ATAD-Richtlinie (ABl EU 2016 Nr. 193 S. 1) und *Grotberr*, NWB 2021, 262, 269 unter Verweis auf das Urt. des FG Köln v. 30.6.2020 - 2 K 140/18, wonach auch das Motiv der Steuerersparnis allein nicht zur Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung führt.

IV. Rückbezug zu § 42 AO

Es geht schließlich bei § 50d Abs. 3 Satz 3 EStG-E keinesfalls um eine „Klarstellung“⁷⁹, sondern um den nächsten Anlauf, einer als zu schwach empfundenen Missbrauchsrechtsprechung durch den BFH aufzuhelfen. Der BFH hält danach den § 42 AO zu oft für unanwendbar, weil einem speziellen Missbrauchsgesetz eine Vorrangwirkung zugewiesen wird. Frühere Anläufe durch § 2b EStG 1999⁸⁰ und § 42 AO 2007⁸¹ wurden von der Rechtsprechung schlicht übergangen.⁸² Im ATADUmsG⁸³ hat man es dennoch bei der Fassung des § 42 AO belassen.⁸⁴ Aber in § 50d EStG zieht der Versuch, den „normativen Vorbehalt“ des BFH zu schwächen, sozusagen ins Detail um, und stellt nach Art eines „besonderen Teils“ fest, dass die Sondernorm keine normative Vorrangwirkung haben soll.⁸⁵

Die derzeitige Wirkungslosigkeit von § 42 AO, die hier im Blick ist, und die Aussicht auf Veränderung lassen sich anhand der Cum/Ex- und Cum/Cum-Fälle verdeutlichen. In beiden Fallkonstellationen ist bis zur Stunde offen, ob es sich um missbräuchliche Gestaltungen handelt (!).⁸⁶ Das Ergebnis kann in gewisser Weise schockieren, wenn nicht einmal betrügerische Fälle wie die willkürliche Erstattung nicht bezahlter Steuer – theoretisch in beliebiger Höhe! – nach § 42 AO missbräuchlich sein soll. Woran liegt das? Schlicht daran, dass man heute im Grunde jeder auch noch so randläufigen Aussage in den Gesetzesbegründungen eine Abschirmungswirkung zuspricht, deren Überprüfung durch den BFH viele Jahre dauert oder auch nie stattfindet. Bei den Cum/Ex-Geschäften soll selbst nach einem Mitglied des BFH die Beurteilung der Legalität u.a. deswegen bis heute offen sein.⁸⁷ Ähnlich liegt es bei den Cum/Cum-Fällen, bei denen eine Vielzahl von Normen als „vorrangig“ diskutiert wird.⁸⁸ Will man hier eine Mindestwirksamkeit von § 42 AO herstellen, geht das nur durch klare, einfache Regeln. Dazu gibt der EuGH zwei Anstöße: (1.) Eine wichtige Aussage des EuGH in den Dänemark-Fällen geht nunmehr dahin, dass ein solcher Vorbehalt (im unionsrechtlichen Bezugsfeld) einem unionsrechtlichen Rechtfertigungszwang unterworfen wird.⁸⁹ (2.) Betrügerische und substanzlose Tätigkeiten werden vom Unionsrecht von vornherein als „künstlich“ angesehen, (in aller Regel) ohne weitere normative Prüfung. Will man diese unionsrechtlichen Vorgaben nicht gleich in § 42 AO verankern, sollte man die betrügerischen oder scheinartigen Fälle aus diesem ganzen Problem-

⁷⁹ So jedenfalls BT-Drs. 19/27632, S. 60.

⁸⁰ Eingefügt durch das StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.03.1999, BGBl I 1999, 402.

⁸¹ Eingefügt durch das JStG 2007 v. 20.12.2007, BGBl I 2007, 3150.

⁸² Ausf. dazu *Osterlob-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 85 ff.

⁸³ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG), BR-Drs. 245/21.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Es versteht sich, dass eine solche Technik an dem Grundproblem der Sache nach überhaupt nichts ändert.

⁸⁶ Zu Cum/Ex-Geschäften zuletzt *Jachmann-Michel*, jM 2020, 251, 255.

⁸⁷ Wie zuvor.

⁸⁸ In Erwägung gezogen werden u.a. § 8b Abs. 10 KStG; § 32 Abs. 3 i.V.m. § 2 Nr. 2a i.V.m. § 5 Abs. 2 Nr. 1 KStG; § 50c Abs. 1 EStG a.F. und nicht zuletzt § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG 2007, s. dazu *Lindermann*, DStR 2019, 1549 ff.

⁸⁹ S. dazu bereits oben unter C.I. und außerdem *Schön*, EuZW 2020, 637 ff.; 685 ff.

zusammenhang (normativer Vorbehalt mit nachgelagerter gerichtlicher Kontrolle) herausführen.⁹⁰ Der Verf. hat vorgeschlagen, dazu den (bislang völlig bedeutungslosen) Begriff des Scheingeschäfts in § 41 AO in einem genuin-steuerrechtlichen Sinn zu benutzen.⁹¹ Die Cum/Ex-Gestaltungen und die substanzlosen Cum/Cum-Gestaltungen könnten dann anwendungssicher (als steuerlich zu ignorierende Sachverhalte) beurteilt werden.

⁹⁰ Das wäre durchaus auch im Sinn der dt. Judikatur, denn eine betrügerische oder scheinhafte Gestaltung ist niemals eine Gestaltung, die der Gesetzgeber gesehen, aber durch seine Untätigkeit in gewisser Weise legitimiert hat.

⁹¹ S. dazu bereits *Florstedt*, *StuW* 2018, 216, 227.