



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

**„Missbräuchliche KSt – Rückerstattung bei
Cum / Ex – Geschäften“**

verfasst von / submitted by

Florian Höller, LL.B. (WU)

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, September 2019 / Vienna, September 2019

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 984

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Steuerrecht und Rechnungswesen (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Dr. Hans Blasina

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	5
1 Einleitung	7
1.1 Einführung in die Thematik.....	7
1.2 Problemstellung und Zielsetzung	8
1.3 Erläuterung und Darlegung von Grundbegriffen.....	9
1.3.1 Aktiengesellschaften	9
1.3.2 Dividenden / Dividendenstichtag	9
1.3.3 Dividendenbesteuerung (Kapitalertragsteuer).....	9
2 Einkünftezurechnung und KESt - Rückerstattung.....	11
2.1 Problemstellung	11
2.2 Einkünftezurechnung.....	11
2.2.1 Zivilrechtliches Eigentum	11
2.2.2 Wirtschaftliches Eigentum	12
2.2.2.1 Ruppe´sche Markteinkommenstheorie	12
2.2.2.2 Depoteinbuchung als Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums (BMF).....	14
2.2.2.3 Tatsächliche Herrschaft über die Anteile zum Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses als Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums (deutscher BFH).....	16
2.2.3 Besonderheiten bei Cum / Ex - Geschäften	17
2.3 Rechtsgrundlagen der Rückerstattung	19
2.3.1 Rechtsgrundlagen in Österreich	19
2.3.1.1 Auf Grundlage des § 94 Z 2 EStG.....	19
2.3.1.2 Auf Grundlage des § 21 Z 1a KStG	19
2.3.1.3 Auf Grundlage DBA-rechtlicher Quellensteuerreduktion	20
2.3.2 Rechtsgrundlagen in Deutschland	20
2.3.2.1 Auf Grundlage des § 36 Abs 2 Z 2 dEStG	21
3 Grundstruktur von Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen	22
3.1 Erläuterungen zum Börsenhandel.....	22

3.1.1	Börsenhandel in Österreich	22
3.1.2	Börsenhandel in Deutschland.....	23
3.2	Cum / Ex – Geschäfte an der Börse.....	24
3.3	Cum / Ex – Geschäfte außerhalb der Börse (OTC)	27
3.4	Varianten und Gestaltungsmöglichkeiten von Cum / Ex - Geschäften	28
3.4.1	GmbH als Leerkäufer	28
3.4.2	Inländische Investmentfonds als Leerkäufer.....	29
3.4.3	Ausländische Pensionsfonds als Leerkäufer	30
3.4.4	Inländische Depotbanken als Leerkäufer	30
3.4.5	Mehrfahe Bescheinigung der Kapitalertragsteuer	31
3.5	Erläuterungen zu den Rollen der Beteiligten an Cum / Ex - Geschäften	32
3.5.1	Rechts- und Steuerberater	32
3.5.2	Banken.....	34
3.5.3	Investoren	35
4	Historische Aufarbeitung	36
4.1	Finanzielle Anreize.....	36
4.2	Entwicklung von Cum / Ex – Geschäften sowie Maßnahmen der Gesetzgebung und Finanzverwaltung in Deutschland	38
4.2.1	Erstmalige Erwähnung in Deutschland und Rechtslage bis 2007.....	38
4.2.2	Deutsches Jahressteuergesetz 2007	39
4.2.3	Schreiben des deutschen Bundesfinanzministeriums vom 05.05.2009	41
4.2.4	Deutsches OGAW-IV-Umsetzungsgesetzes 2012	43
4.2.5	Versäumnisse staatlicher Stellen	44
4.2.5.1	Versäumnis der Finanzverwaltung bei Bekanntwerden der Thematik	44

4.3	Maßnahmen der Gesetzgebung und Finanzverwaltung in Österreich.....	48
4.3.1	Allgemeines zur Rechtslage in Österreich	48
4.3.2	Versäumnisse staatlicher Stellen	50
4.3.2.1	Mehrfache Anträge	50
4.3.2.2	Zeitpunkt des Antrages auf Rückerstattung.....	51
4.3.2.3	Bestätigungspraxis der Banken	52
4.3.2.4	Mangelnde organisatorische Maßnahmen	52
5	Finanzieller Schaden.....	52
5.1	Finanzieller Schaden in Deutschland	52
5.2	Finanzieller Schaden in Österreich.....	54
6	Aktuelle Beurteilung und Entwicklung.....	56
6.1.1	Aktuelle rechtliche Beurteilung von Cum / Ex – Geschäften	56
6.1.1.1	Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten iSd § 42 dAO bzw § 22 BAO	56
6.1.1.2	Steuer/Abgabenhinterziehung iSd § 370 dAO bzw § 33 FinStrG	56
6.1.2	Haftung der Banken	57
6.1.3	Verjährung.....	58
6.1.4	Durchsetzung von Rückforderungsansprüchen.....	58
6.1.5	Aktuelle Rechtsprechungen.....	60
7	Zusammenfassung und Conclusio	60
	Monografien und Kommentare	63
	Beträge in Sammelwerken	63
	Beiträge in Fachzeitschriften.....	64
	Judikatur	64
	Sonstiges.....	65
	Abbildungsverzeichnis	67

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art	Artikel
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAO	Bundesabgabenordnung
BFG	Bundesfinanzgericht
BFH	deutscher Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesfinanzministerium
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CCP.A	Central Counterparty Austria GmbH
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
dAO	deutsche Abgabenordnung
dBZSt	deutsches Bundeszentralamt für Steuern
dEStG	deutsches Einkommensteuergesetz
dh	das heißt
dInvStG	deutsches Investmentsteuergesetz
dJStG	deutsches Jahressteuergesetz
EAS	Express-Antwort-Service des Bundesministerium für Finanzen
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuerrichtlinien
EU	Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FinStrG	Finanzstrafgesetz
FMA	Finanzmarktaufsicht
Gem	Gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
iHv	in Höhe von
InvFG	Investmentfondsgesetz
iSd	im Sinne des

iVm	in Verbindung mit
KEST	Kapitalertragsteuer
KStG	Körperschaftssteuergesetz
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlage in Wertpapieren
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OECD-MA	OECD – Musterabkommen
OeKB	Österreichische Kontrollbank
OTC	Over The Counter
Rz	Randziffer
SEC	United States Securities and Exchange Commission
U-Ausschuss	Untersuchungsausschuss
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer

1 Einleitung

1.1 Einführung in die Thematik

Aufgrund der im Oktober 2018 veröffentlichten Rechercheergebnisse mehrerer Medien zu sogenannten „Cum-Ex-Files“, gelangte die Thematik der missbräuchlichen KESt-Rückerstattung erneut in die Öffentlichkeit und wird bis dato heftig diskutiert. Der Schaden soll weltweit mindestens 55,2 Milliarden Euro betragen und wird als größter Steuerraub der Geschichte bezeichnet. Cum/Ex-Geschäfte wurden von Banken, Rechtsanwälten und Steuerberater bereits ab den frühen 2000er Jahren in mehreren europäischen Ländern praktiziert. Diese steuergetriebenen Geschäfte waren den Finanzverwaltungen der einzelnen Länder durchaus bekannt - aufgrund der Komplexität sowie der ständigen Weiterentwicklung der Methodik und fehlender ausreichend bestimmter gesetzlicher Regelungen gelang es jedoch nicht, dieses Vorgehen zu unterbinden.¹

Bei Cum/Ex-Geschäften geht es um die missbräuchliche, mehrfache Rückerstattung von nur einmal abgeföhrter Kapitalertragsteuer durch Beteiligte am Finanzkreislauf. Möglich ist diese Vorgehensweise durch komplexe Aktiendeals rund um den Dividendenstichtag. Die Besonderheit von Cum/Ex-Geschäften ist der Erwerb von Aktien mit Dividendenanspruch und die Lieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag ohne Dividende. Das schuldrechtliche Kaufgeschäft erfolgt vor dem Dividendenstichtag, das dingliche Erfüllungsgeschäft jedoch danach. Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf veräußert eine Person (Leerverkäufer) vor dem Dividendenstichtag seine Anteile (Aktien), welche er zum Zeitpunkt des Verkaufes noch gar nicht besitzt, an eine weitere Person. Der am Dividendenstichtag tatsächliche zivilrechtliche und wirtschaftliche Eigentümer der Aktien liefert die vom Leerverkäufer an eine weitere Person zum Verkauf zugesagten Aktien schlussendlich an den Leerverkäufer - jedoch erst nach dem Dividendenstichtag und in Folge wertmäßig verringert um die Höhe der geleisteten Dividende. Somit schuldet der Leerverkäufer nicht nur die Aktien, sondern auch eine Ausgleichszahlung in Höhe der Dividende (Kompensationszahlung), da er sich verpflichtet hat die Aktien mit Dividendenanspruch zu liefern.² Wenn sowohl der vermeintliche Besitzer als auch der Leerverkäufer die Voraussetzungen einer KESt-Rückerstattung erfüllen, können beide aufgrund

¹ Vgl <https://correctiv.org/top-stories/2018/10/18/the-cumex-files/>, aufgerufen am 02.04.2019.

² Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 4.

der von der Depotbank erhaltenen Bescheinigung eine Rückerstattung der Kapitalertragsteuer begehen. Der Leerverkäufer bekommt die Bescheinigung seiner Depotbank, da er die Aktien zum Zeitpunkt der Dividendenausschüttung formal bereits besessen hat. Mit diesen Bescheinigungen war eine doppelte Rückerstattung der Kapitalertragsteuer möglich, obwohl die Steuer nur einmal abgeführt wurde.³

1.2 Problemstellung und Zielsetzung

Entscheidend für den Rückerstattungsanspruch der Kapitalertragsteuer ist die Zurechnung der ausgezahlten Dividende.⁴ Im Fall des Handels in zeitlicher Nähe zum Dividendenstichtag (cum-Tag) ist die eindeutige Zurechnung mit Schwierigkeiten behaftet. In einem am 18.09.2014 veröffentlichten Schreiben hat das BMF zur Frage der Dividendenzurechnung im Fall der Veräußerung von Aktien in zeitlicher Nähe zum Dividendenstichtag Stellung bezogen.⁵ Für die Berechtigung zur Forderung der KESt-Rückerstattung sei das wirtschaftliche Eigentum an dem Anteil am Dividendenstichtag entscheidend. Als wirtschaftlicher Eigentümer des Anteils sei – so das BMF-Schreiben – nur derjenige zu betrachten, auf dessen Depot das verbriegte Anteilsrecht spätestens am Dividendenstichtag (cum-Tag) eingebucht wurde. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft sei demgegenüber irrelevant.⁶

Die vorliegende wissenschaftliche Arbeit beschäftigt sich neben der Thematik der Einkünftezurechnung mit den unterschiedlichen Gestaltungsmodellen der missbräuchlichen KESt – Rückerstattung bei Cum / Ex – Geschäften sowie mit der historischen Aufarbeitung der Vergangenheit. Weiters werden die getroffenen Maßnahmen der Finanzverwaltungen bzw Gesetzgebung in Deutschland und Österreich analysiert sowie abschließend die aktuelle Entwicklung und Rechtsprechung untersucht.

³ Vgl *Blum*, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015/12, 357 ff.

⁴ Vgl *Kofler/Tumpel* in *Achatz/Kirchmair* (Hrsg), Körperschaftsteuergesetz (2011) § 10 Rz 186.

⁵ BMF 18. 9. 2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014.

⁶ Vgl *Blum*, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015/12, 357 ff.

1.3 Erläuterung und Darlegung von Grundbegriffen

1.3.1 Aktiengesellschaften

Bei Cum/Ex-Geschäften handelt es sich um die Veräußerung von Geschäftsanteilen einer Aktiengesellschaft rund um den Dividendenanspruch. Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft wird in Aktien zerlegt, dh jede Aktie spiegelt einen Geschäftsanteil wider.⁷ Die Aktie gewährt jedoch keinen Anspruch auf Auszahlung des Nennbetrages, jedoch auf Zahlung einer Dividende (Gewinnausschüttung).⁸ Der Wert des Geschäftsanteils bzw der Aktie richtet sich wiederum nach dem Börsenkurs.

1.3.2 Dividenden / Dividendenstichtag

Aktionäre von Aktiengesellschaften haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt. Über die Gewinnverwendung beschließt die Hauptversammlung in den ersten acht Monaten des nachfolgenden Geschäftsjahres aufgrund eines Vorschlages des Vorstandes und eines Gewinnverteilungsberichts des Aufsichtsrats. Die Höhe des Gewinnanspruches entspricht der quotalen Beteiligung der Aktionäre am Grundkapital. Die Gewinnausschüttung erfolgt meistens am Tag nach der Hauptversammlung (=Dividendenstichtag).⁹ Die Aktien werden bis zum Dividendenstichtag mit (cum-Dividende) und danach ohne (ex-Dividende) Dividendenbezugsanspruch gehandelt. Je nachdem um welche Form es sich handelt, resultiert ein anderer Wert der Aktie. Am ex-Tag (Aktie ohne Dividendenanspruch) ist der Wert der Aktie geringer als am cum-Tag (Aktie inklusive Gewinnanspruch).

1.3.3 Dividendenbesteuerung (Kapitalertragsteuer)

Gem § 27 EStG handelt es sich bei Gewinnanteilen (Dividenden) und sonstigen Bezügen aus Aktien um Einkünfte aus der Überlassung von Kapital, welche gem § 27a EStG grundsätzlich einem besonderen Steuersatz iHv 27,5% unterliegen. Bei der Besteuerung ist jedoch nach der Person des Beteiligten und der Beteiligungshöhe zu unterscheiden. Ist der Empfänger der Kapitalerträge eine inländische Kapitalgesellschaft,

⁷ Vgl § 6 AktG.

⁸ Vgl § 52 AktG.

⁹ Vgl Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007).

so ist diese mit ihren Beteiligungserträgen steuerbefreit.¹⁰ Unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Personen unterliegen der Besteuerung, welche mittels KESt-Abzug durch die auszahlende Stelle eingehoben wird. Ebenfalls steuerbefreit sind Gewinnanteile einer internationalen Schachtelbeteiligung gem § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 2. Diese liegt vor, wenn eine österreichische Muttergesellschaft an einer ausländischen Tochtergesellschaft während eines ununterbrochenen Zeitraumes von mindestens einem Jahr zu mindestens 10% beteiligt ist. Die ausländische Tochtergesellschaft muss jedoch einer inländischen Kapitalgesellschaft vergleichbar sein. Ziel dieser Befreiungen ist die nur einmalige Besteuerung von Körperschaften erwirtschafteten Gewinne, solange diese nicht an natürliche Personen fließen.¹¹

Eine Besonderheit bei der Besteuerung von Kapitalerträgen ist, dass der Steuerschuldner im Regelfall nicht für die Abfuhr der Kapitalertragsteuer zuständig ist. Die entstandene Steuerschuld wird im Abzugsverfahren direkt von der auszahlenden Stelle erhoben und an das Finanzamt abgeführt. Der Abzugsverpflichtete haften dem Bund für die Einbehaltung und Abfuhr der Kapitalertragsteuer.¹²

¹⁰ Vgl § 10 Abs 1 KStG.

¹¹ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 693 ff.

¹² Siehe § 95 EStG.

2 Einkünftezurechnung und KESt - Rückerstattung

2.1 Problemstellung

Bezieht eine beschränkt steuerpflichtige Körperschaft (dh eine Gesellschaft, welche weder Sitz noch Ort der Geschäftsleitung im Inland hat) Dividenden in Österreich, so muss die auszahlende Stelle Kapitalertragsteuer einbehalten, sofern keine Befreiung an der Quelle vorgesehen ist.¹³ Die einbehaltene Kapitalertragsteuer kann unter gewissen Voraussetzungen rückerstattet werden. Bei Aktientransaktionen rund um den Dividendenstichtag (cum-Tag) bereitet die Zurechnung der geleisteten Dividende – und in Folge auch die Frage, wer überhaupt zur Rückerstattung der Kapitalertragsteuer berechtigt ist – besondere Schwierigkeiten.

2.2 Einkünftezurechnung

Für die Berechtigung der KESt-Rückerstattung ist das wirtschaftliche Eigentum am Geschäftsanteil zum Dividendenstichtag entscheidend.¹⁴ Es ist essentiell, dass die Einkünfte dem Steuerpflichtigen zugerechnet werden. Fraglich ist, ob ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft vor dem Dividendenstichtag ein wirtschaftliches Eigentum begründen kann. Nachfolgend werden diverse Theorien der Einkünftezurechnung untersucht und die Problematik bei Cum/Ex-Geschäften analysiert.

2.2.1 Zivilrechtliches Eigentum

Anfangs ist zu klären, ab welchem Zeitpunkt ein Aktionär aus zivilrechtlicher Sicht Anspruch auf die Auszahlung der Dividende erhält. Für die Beantwortung dieser Frage muss zwischen Namens- und Inhaberaktien unterschieden werden. Währenddessen bei Inhaberaktien ein gesonderter Nachweis (Depotbestätigung iSd § 10 AktG) erforderlich ist, wird der zivilrechtliche Eigentümer bei Namensaktien im Aktienbuch eingetragen. Die beiden Aktienvarianten unterscheiden sich vor allem in der Art der Übertragung. Namensaktien werden durch Indossament und anschließender Übergabe über-

¹³ Vgl Blasina/Moderassy/Schellmann in Quatschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock (Hrsg), Die Körperschaftsteuer²⁴ (2013) § 21 Rz 118 ff.

¹⁴ Vgl Blum, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015/12, 357 ff.

tragen¹⁵, Inhaberaktien hingegen durch Buchungsvorgänge am Wertpapierdepot. Die Stellung als Gesellschafter einer Aktiengesellschaft gewährt den jeweiligen Eigentümern ua das Recht auf Ausschüttung des im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinns.¹⁶ Dieses Gewinnbezugsrecht hat jener Aktionär, der die Wertpapiere bei Fälligkeit der Dividende hält – bei Inhaberaktien der Inhaber mit Nachweis durch eine Depotbestätigung und bei Namensaktien derjenige, der im Aktienbuch eingetragen ist.¹⁷ Das allgemeine Gewinnbezugsrecht wird durch einen wirksamen Gewinnverwendungsbeschluss der Hauptversammlung in einen konkreten Dividendenanspruch umgewandelt.¹⁸ Zivilrechtlich betrachtet ist für den Dividendenanspruch der Nachweis der Eigentumsverhältnisse maßgeblich, dh wer zum Zeitpunkt der Entstehung der Fälligkeit entweder im Aktienbuch eingetragen ist oder den Anteil am Depot eingebucht hat.

2.2.2 Wirtschaftliches Eigentum

Für die ertragsteuerliche Zurechnung der aus Wirtschaftsgütern generierten Einkünfte ist nach der herrschenden Meinung nicht das zivilrechtliche, sondern das wirtschaftliche Eigentum ausschlaggebend. Demnach ist für die ertragsteuerliche Zurechnung die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Einkunftsquelle sowie die Beherrschung der Leistungsbeziehung, aus der Einkünfte bezogen werden, maßgeblich.¹⁹ Bei Einkünften aus der Überlassung von Kapitalvermögen erfolgt die Zurechnung der generierten Erträge grundsätzlich zu demjenigen, der bei Beschlussfassung zur Gewinnverteilung über die uneingeschränkte Dispositionsbefugnis der Aktie verfügt.²⁰ In den nachfolgenden Gliederungspunkten werden verschiedene Theorien und Rechtsansichten zum Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums untersucht.

2.2.2.1 Ruppe´sche Markteinkommenstheorie

Die in der Literatur und Rechtsprechung herrschende Meinung deckt sich mit der von Ruppe²¹ entwickelte Markteinkommenstheorie.²² Demnach sind Dividenden demjenigen zuzurechnen, dem die Befugnis oder auch nur die faktische Mögliche-

¹⁵ Vgl § 62 Abs 1 AktG.

¹⁶ Vgl § 52 AktG.

¹⁷ Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/171 f.

¹⁸ Vgl Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG I⁶ § 53 Rz 7.

¹⁹ Vgl Bodis, Einkünftezurechnung bei zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften (2011), 3 ff.

²⁰ Vgl Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 27 Tz 30.

²¹ Vgl Ruppe, Übertragung von Einkunftsquellen, in Tipke, Übertragung von Einkunftsquellen², DStJG, Bd 1 (1979).

²² Vgl Peyerl, Die Verlagerung von Einkünften (2015) FN 76.

keit zur entgeltlichen Nutzung des Wirtschaftsgutes zukommt. Handelt es sich um Einkünfte aus der Überlassung von Kapitalvermögen iSd EStG erfolgt die Zurechnung der Beteiligererträge grundsätzlich demjenigen, der bei Entstehen des Anspruches – dh bei Beschlussfassung zur Gewinnverteilung – über die uneingeschränkte Dispositionsbefugnis der Einkunftsquelle (Aktie) verfügt.²³ Die steuerliche Zurechnung von Einkünften folgt dieser Ansicht.²⁴

In weiterer Folge wird jedoch ausgeführt, dass das zivilrechtliche oder wirtschaftliche Eigentum an einem Wirtschaftsgut nicht über die Zurechnung der daraus fließenden Einkünfte entscheidend ist. Die Zurechnung des Wirtschaftsgutes (Aktie) sowie die Zurechnung der Einkunftsquelle (Dividende) können auseinanderfallen – dies zeigen vor allem die von Ruppe entwickelten Grundsätze auf die Einräumung eines Fruchtgenussrechtes an einer Beteiligung. Demnach ist die Zurechnung einer Dividende prinzipiell auch an den Fruchtnießer möglich, wenn ihm im Innenverhältnis entsprechende Dispositionsbefugnisse über die Einkunftsquelle eingeräumt wurden.²⁵ Im Regelfall sind wirtschaftliches Eigentum und die Zurechnung der aus dem Wirtschaftsgut resultierenden Einkünfte jedoch eng miteinander verbunden. Die Grundsätze des wirtschaftlichen Eigentums gem § 24 BAO sind auch für die daraus entstehenden Einkünfte maßgeblich.²⁶

Im Jahr 2014 hat das österreichische BMF in einem Schreiben zur Frage der Dividendenzurechnung Stellung bezogen. Die Behörde vertritt die Meinung, dass für die Zurechnung der Einkünfte das wirtschaftliche Eigentum an dem Anteil am Dividendenstichtag entscheidend sei. Weiters wird ausgeführt, dass nur derjenige als wirtschaftlicher Eigentümer in Frage kommen kann, auf dessen Depot das verbriefte Anteilsrecht spätestens am Dividendenstichtag eingebucht wurde. Etwaige schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte vor dem Dividendenstichtag seien irrelevant.²⁷

²³ Vgl Bergmann in Straube, UGB³ (2016) § 231 Rz 78.

²⁴ Vgl Gassner, Grundsatzfragen der Einkünftezurechnung, RdW 2003, 438.

²⁵ Vgl Blum, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015/12, 357 ff.

²⁶ Vgl Gassner, RdW 2004, 440.

²⁷ BMF 18. 9. 2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014.

2.2.2.2 Depoteinbuchung als Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums (BMF)

Wie oben ausgeführt ist das wirtschaftliche Eigentum bei verbrieften Aktien nach Ansicht des BFM anzunehmen, wenn die Aktien auf dem jeweiligen Depot eingeliefert sind. Somit sieht das Ministerium das zivilrechtliche Verpflichtungsgeschäft, nämlich die Depoteinbuchung, als Voraussetzung einer möglichen KESt-Rückerstattung an. Sind die Aktien nicht spätestens am Dividendenstichtag am Depot eingebucht, gilt der Erwerber nicht als wirtschaftlicher Eigentümer, es erfolgt keine Zurechnung der Dividende und somit entsteht erst gar kein Anspruch auf Rückerstattung.²⁸ Bemerkenswert ist, dass nach der Rechtsprechung des VwGH jedoch derjenige, der das Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht und die Substanzverwertungsmöglichkeit nach dem Gesamtbild der Verhältnisse in seiner Hand vereinigt, als wirtschaftlicher Eigentümer eines Kapitalanteils zu qualifizieren ist.²⁹ Daraus lässt schließen, dass das BMF verbriefte und depotwährende Anteile als Sonderfall behandelt. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsansicht des BMF, welches nur auf die Depoteinbuchung abstellt, und den Rechtsansicht des VwGH und der herrschenden Meinung in der Literatur, welche bei der Einkünftezurechnung auf die maßgebliche Dispositionsbefugnis (unabhängig von der Depoteinbuchung) verweist, kam es in der Vergangenheit zu zahlreichen Rechtsmittelverfahren bei Verweigerung der Rückerstattung aufgrund fehlender Depoteinbuchung. Problematisch erscheinen bei Vertretung der Rechtsansicht des BMF auch auftretende zeitliche Differenzen aufgrund Handelsusancen an der Börse. Eine nicht unübliche Konstellation, in welcher die Aktien beim Verkäufer bereits ausgebucht und beim Erwerber jedoch noch nicht eingebucht wurden, führt ebenfalls zum Ergebnis, dass durch Abstellen auf die Depoteinbuchung keine eindeutige Zurechnung der Dividende möglich ist. Nach erfolgtem Geschäftsabschluss und Besitzanweisung des Wertpapiers kann das wirtschaftliche Eigentum beim Erwerber erachtet werden, wenn diesem das Gewinnbezugsrecht zusteht, die Substanzverwertungsmöglichkeit übergegangen ist und der Erwerber bereits das Risiko eines Wertverlustes trägt. Die nachfolgende Depoteinbuchung stellt einen bloßen Formalakt dar. Korrekterweise sollte auf den tatsächlichen Veräußerungszeitpunkt abgestellt werden – falls dieser vor dem Dividendenstichtag liegt, hat der Erwerber

²⁸ BMF 18. 9. 2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014.

²⁹ VwGH 29.7. 2010, 2007/15/0248.

mit Besitzanweisung das Gewinnbezugsrecht und somit auch das Recht zur Antragstellung für Rückerstattung aufgrund entsprechender Einkünftezurechnung.³⁰

Die von der Finanzverwaltung vertretene Ansicht könnte mit nachfolgenden Aspekten begründet werden. Zum einen könnte die in den EStR vertretende Meinung des Anschaffungszeitpunktes von Wertpapieren herangezogen werden. Im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Investitionsfreibetrags gem § 10 Abs 3 EStG unter Hinweis auf Rz 3704 der EStR wird vertreten, dass die Depoteinbuchung für die Ermittlung des Anschaffungszeitpunktes von Wertpapieren ausschlaggebend sei, da dies der Zeitpunkt ist, ab dem das Wertpapier für den Steuerpflichtigen verfügbar ist.³¹ Dieser Rechtsansicht folgte auch das BFG im Jahr 2014 und setzte den Anschaffungszeitpunkt des Wertpapiers mit dem Datum der Einbuchung auf dem Depot gleich.³² Der Beschwerdeführer begehrte die Anerkennung des Zeitpunktes des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums aufgrund des im streitgegenständlichen Jahr vorgenommen Verpflichtungsgeschäftes noch vor dem 31.12. Obwohl die depotführende Bank bestätigte, dass der Kunde bereits vor der buchungstechnischen Einlieferung auf das Depot im Folgejahr bereits einen Verkaufsauftrag erteilen hätte können, nahm das BFG den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums erst im Zeitpunkt der Depoteinbuchung an und verweigerte in Folge die Anerkennung des Gewinnfreibetrags für die vorangegangene Periode.³³

Es bestehen keine Zweifel, dass spätestens mit der Einbuchung der Aktien auf dem Depot die volle Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle vorliegt, weshalb die vom BMF vertretene Ansicht als vereinfachte Zweifelsregel die überwiegende Anzahl an Sachverhalten befriedigend lösen kann.

In einer zusätzlichen Aussendung des BMF wurde in zeitlicher Nähe zu dem am 18.09.2014 erlassenen Schreiben jedoch klargestellt, dass sich die Rechtsansicht im Wesentlichen auf Cum / Ex – Transaktionen beschränkt und bei verspäteter Depoteinbuchung aus unvorhersehbaren Gründen sehr wohl eine Rückerstattung der Kapitalertragsteuer erfolgen kann. Die Dividendenausschüttung muss dem Erwerber jedoch tatsächlich zukommen und zudem muss er die abgabenrechtliche

³⁰ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 697.

³¹ Vgl Heichrich in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Kommentar EStG¹⁷ (2014) § 10 Rz 47.

³² BFG 10. 6. 2014, RV/7100104/2013.

³³ Vgl Blum, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015/12, 357 ff.

Rückerstattungsberechtigung besitzen. Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass auch die ausländische Steuerverwaltung korrespondierend vorgeht und die Dividendausschüttung dem in ihrem Staat ansässigen Erbwerber zurechnet.³⁴

Folgt man jedoch der Ruppe'schen Markteinkommenstheorie und betrachtet das wirtschaftliche Eigentum am Geschäftsanteil unabhängig von der Zurechnung der Dividende, bedarf die Beantwortung der Zurechnung der Dividende bei Wertpapiergeschäften in unmittelbarer Nähe des Dividendenstichtags einer vertiefeneren Analyse.³⁵

2.2.2.3 Tatsächliche Herrschaft über die Anteile zum Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses als Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums (deutscher BFH)

Der deutsche Bundesfinanzhof beurteilt die Frage des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums und in Folge die steuerliche Einkünftezurechnung anders als das BFM. In einem im Jahr 2014 getroffenen Urteil über Cum / Ex – Geschäfte legte das Gericht folgende Leitsätze fest³⁶:

- Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt derjenige, dem die Anteile an dem Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses nach § 39 Abs. 1 dAO rechtlich oder - wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über die Anteile hat - nach § 39 Abs. 2 dAO wirtschaftlich zuzurechnen sind.
- Wirtschaftliches Eigentum über die Anteile in diesem Sinne scheidet bei sogenannten cum-ex-Geschäften mit Aktien aus, wenn der Erwerb der Aktien mit dem durch ein Kreditinstitut initiiertes und modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept verbunden ist, nach welchem
 - der Initiator den Anteilserwerb fremdfinanziert,

³⁴ Vgl EAS 3345 vom 21.11.2014, Bundesministerium für Finanzen.

³⁵ Vgl Ruppe in Ruppe, 141.

³⁶ BFH 16.04.2014, I R 2/12.

- der Erwerber die Aktien unmittelbar nach ihrem Erwerb dem Initiator im Wege einer sogenannten Wertpapierleihe (bis zum Rückverkauf) weiterreicht und
- der Erwerber das Marktpreisrisiko der Aktien im Rahmen eines sog. Total Return Swap-Geschäfts auf den Initiator überträgt.

Demnach ist der BFH der Ansicht, dass das wirtschaftliche Eigentum der Wertpapiere auf den Erwerber übergehen kann, bevor eine Einbuchung am Depot erfolgt – sprich das rechtliche Eigentum erlangt wird. Hierzu ist es erforderlich, dass dem Erwerber die Dividenden (basierend auf den Konditionen des Kaufvertrages) zugetragen sollen, er außerdem bereits zum Weiterverkauf der Wertpapiere berechtigt ist, das volle Kursrisiko trägt sowie der Verkäufer die Übertragung der Aktien im Rahmen der üblichen Abwicklung nicht mehr verhindern kann.³⁷ Die Rechtsansicht entspricht der Ruppe'schen Markteinkommenstheorie. Die im Urteil festgelegten Zuordnungskriterien für das wirtschaftliche Eigentum am Handelstag sind auch auf OTC – Transaktionen anwendbar.³⁸

Da die Entscheidung des BFH jedoch sehr stark auf den individuellen Merkmalen des vorliegenden Falls basiert, bleibt eine Vielzahl von relevanten Fragen iZm Cum / Ex – Geschäften offen. Es wurde unter anderem keine ausdrückliche Entscheidung über die Anwendbarkeit der Zuordnungskriterien für das wirtschaftliche Eigentum bei Geschäften, wo der Verkäufer am Handelstag kein rechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer der verkauften Papiere war (Leerverkäufer), getroffen.³⁹

2.2.3 Besonderheiten bei Cum / Ex - Geschäften

Zur Verhinderung der unter Umständen missbräuchlich herbeigeführten doppelten KESt-Rückerstattung befindet sich die Frage der Dividendenzurechnung in einem Spannungsfeld mit der drohenden Verweigerung unionsrechtlich vorgesehener Quellensteuerentlastungen.

³⁷ Vgl Winkler/Spielmann, BFH-Urteil zur Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums bei sogenannten sell-and-buy-back Aktiengeschäften rund um den Dividendenstichtag, Insurance Tax & Legal Newsflash PWC, 2014/10.

³⁸ BFH 16.04.2014, I R 2/12.

³⁹ Vgl Winkler/Spielmann, BFH-Urteil zur Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums bei sogenannten sell-and-buy-back Aktiengeschäften rund um den Dividendenstichtag, Insurance Tax & Legal Newsflash PWC, 2014/10.

Die Depoteinbuchung stellt zwar ein Indiz für den Übergang des wirtschaftlichen Risikos dar, ist aber nicht das alleinig entscheidende Kriterium für den Übergang des wirtschaftlichen Risikos. Alleine die Tatsache, dass das Wertentwicklungsrisiko bereits ab dem Tag, an dem der Kauf maßgebliche Kurs festgestellt und das Kaufangebot angenommen wird (Schlusstag), auf den Erwerber übergeht, spricht gegen die Ansicht des BMF. Kommt es zwischen Schlusstag und Einlieferung auf das Depot zu einem Wertverlust der Aktie, so trägt bereits der Erwerber das wirtschaftliche Risiko. Verkauft er den Anteil unmittelbar nach Erlangung des zivilrechtlichen Eigentums, so sind in der Zwischenzeit eingetretene Wertänderungen in der Sphäre des Erwerbers. In Folge dessen fällt der Übergang des Wertentwicklungsrisikos und das Zustandekommen des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes dabei zusammen – die durch handelstechnische Abwicklungen resultierende Verzögerung ist lediglich der technischen Durchführung des Effektengiroverkehrs geschuldet.⁴⁰ Am Ende des Handelstages sind die Wertpapiere zwar noch nicht auf dem Depot des Erwerbers eingebucht, allerdings kann die Erfüllung des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts nur mehr in sehr eingeschränktem Ausmaß einseitig verweigert werden.⁴¹ Vor diesem Hintergrund kann die Auffassung über den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums des VwGH und der Literatur vertreten werden.

Bei dem Sonderfall der Cum / Ex – Geschäfte, in welchem es zu einem Leerverkauf vor und einer Lieferung nach dem Dividendenstichtag kommt, kann in Folge auch nicht vom Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums oder einer unbeschränkten Dispositionsbefugnis des Leerkäufers ausgegangen werden, da er im Zeitpunkt des Erwerbs weder Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht oder die Substanzverwertungsmöglichkeit innehat und somit über keine Dispositionsmöglichkeiten verfügt. Zudem hat der Leerverkäufer im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses die Aktien noch gar nicht in seinem Bestand, weshalb der Leerkäufer zu diesem Zeitpunkt kein wirtschaftliches Eigentum erwerben kann und folgend nur der originäre Aktieninhaber ein Recht auf KESt-Rückerstattung hat.⁴²

⁴⁰ Vgl. Blum, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015/12, 357 ff.

⁴¹ Vgl. Oppitz in Apahty/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht², Rz 2/36 ff.

⁴² Vgl. Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 697.

2.3 Rechtsgrundlagen der Rückerstattung

In Fällen, in denen es zu keiner sofortigen Steuerentlastung an der auszahlenden Stelle (Quelle) durch entsprechende Vorschriften kommt, ist es für den beschränkt steuerpflichtigen möglich eine Rückerstattung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer zu beantragen. In Österreich sehen 3 Rechtsgrundlagen, welche sich im EStG, KStG und in den einschlägigen DBA-Bestimmungen wiederfinden, die Möglichkeit einer Rückerstattung vor.⁴³

2.3.1 Rechtsgrundlagen in Österreich

2.3.1.1 Auf Grundlage des § 94 Z 2 EStG

Falls es sich um Kapitalerträge von beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften, welche in einem anderen EU-Mitgliedsstaat ansässig sind und die Muttergesellschaft in Österreich zu mindestens 10% über einen Zeitraum von über einem Jahr an dem Tochterunternehmen beteiligt war, ist der Abzugsverpflichtete prinzipiell von der Erhebung der Kapitalertragsteuer befreit.⁴⁴ Das EStG nominiert jedoch zwei Fälle, in welchen die oben genannte Steuerbefreiung nicht zur Anwendung kommt und der Steuerpflichtige stattdessen auf das Rückerstattungsverfahren angewiesen ist. Die Kapitalertragsteuer muss bei einem vom Abzugsverpflichteten zu vertretenden Missbrauchsverdacht iSd § 22 BAO und in Fällen verdeckter Gewinnausschüttungen iSd § 8 Abs 2 KStG einbehalten werden.⁴⁵

2.3.1.2 Auf Grundlage des § 21 Z 1a KStG

Die Regelung des § 21 Z 1a KStG ermöglicht beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften, welche in einem EU oder EWR Staat ansässig sind, eine Rückerstattung der in Österreich einbehaltenen Kapitalertragsteuer, soweit keine Anrechnung im Ansässigkeitsstaat aufgrund eines DBA erfolgt.⁴⁶ Diese im Jahr 2009 eingeführte Bestimmung dient zur Vermeidung der Diskriminierung von Portfoliobeteiligungen (Anteile von weniger als 10%) im Rahmen von Ausschüttungen an EU- ausländische Gesellschaften. Somit wurde eine über die Mutter-Tochter-Richtlinie hinausgehende Rückerstattung der Kapitalertragsteuer statuiert und in Folge pri-

⁴³ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 695 ff.

⁴⁴ Vgl § 94 Abs 2 EStG sowie EU-Richtlinie 2011/96/EU (Mutter-Tochter-Richtlinie).

⁴⁵ Vgl § 1 BGBI 1995/56.

⁴⁶ Vgl Kofler/Marschner, Zweifelsfragen zur Kapitalertragsteuerentlastung und Kapitalertragsteuerstattung im Konzern, in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung (2011) 81.

märrechtliche Bedenken gegenüber einer Rückerstattung für ausländische Bezieher von Portfoliodividenden ausgeräumt.⁴⁷ Der Antrag auf Erstattung ist analog zu § 240 Abs 3 BAO bis zum Ablauf des fünften Kalenderjahres, das auf das Jahr der Einbehaltung der KESt folgt, zu stellen.⁴⁸

2.3.1.3 *Auf Grundlage DBA-rechtlicher Quellensteuerreduktion*

Neben den Quellensteuerbefreiungen kann eine Rückerstattung auch aufgrund von DBA-Bestimmungen erfolgen. Sind der Anteilseigner und die ausschüttende Gesellschaft in verschiedenen Vertragsstaaten ansässig, sieht Art 10 Abs 1 OECD-MA grundsätzlich ein Besteuerungsrecht für den Ansässigkeitsstaat des Dividenempfängers vor. Dem Quellenstaat hingegen wird gem Art 10 Abs 2 OECD-MA ein der Höhe nach begrenztes Besteuerungsrecht eingeräumt – es besteht jedoch keine Verpflichtung zur Besteuerung. Falls der Quellenstaat das Besteuerungsrecht in Anspruch nimmt, kann die Entlastung entweder an der Quelle vorgenommen werden oder die übersteigende Steuer in einem Rückerstattungsverfahren beantragt werden.⁴⁹ In Österreich kommt die DBA-Entlastungsverordnung zur Anwendung. Ein zwingendes Rückerstattungsverfahren anstatt einer Sofortentlastung ist vorgesehen, wenn die ausländische Gesellschaft über kein operatives Geschäft verfügt oder Fälle des § 5 DBA-Entlastungsverordnung vorliegen.⁵⁰

2.3.2 Rechtsgrundlagen in Deutschland

Für den Einbehalt und die Abführung der KESt galt in Deutschland bis zum 31.12.2011 das Schuldnerprinzip, dh für die Abfuhr der Steuer war der Empfänger der Erträge zuständig. Mit Wirkung zum 01.01.2012 wurde das Schuldnerprinzip durch das Zahlstellenprinzip ersetzt und die ausschüttende Gesellschaft war zum Einbehalt und zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet.⁵¹

⁴⁷ Vgl Loukota, Entlastung ausländischer Pensionskassen von der österreichischen Kapitalertragsteuer, SWI 2012, 231 ff.

⁴⁸ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 695.

⁴⁹ Vgl Kaeser/Wassermeyer in W/K/L/S 3 Art 10 Rz 59.

⁵⁰ Vgl Aigner/Prechtl-Aigner in Aigner/Kofler/Tumpel, DBA, OECD-Musterabkommen, Art 10 Rz 50-91.

⁵¹ Vgl Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 218.

2.3.2.1 Auf Grundlage des § 36 Abs 2 Z 2 dEStG

In § 36 Abs 2 Z 2 dEStG werden für die Erstattung (bzw Anrechnung) der Kapitalertragsteuer drei Voraussetzungen genannt:

- Vorliegen von Bezügen, welche bei der Veranlagung von erfassten Einkünften außer Ansatz geblieben sind und
- die Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug bereits erhoben wurde und noch keine Erstattung beantragt oder durchgeführt wurde.
- Außerdem muss dem Finanzamt eine Bescheinigung iSd § 45a Abs 2 oder Abs 3 dEStG, vorgelegt werden, welche dem Nachweis der bereits gezahlten Kapitalertragsteuer durch die auszahlende Stelle dient.

Für die einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer auf Dividenden ist eine Steuerbescheinigung auszustellen, welche als Nachweifunktion dient. Mit der Einführung der Besteuerung von Dividendenkompensationszahlungen im Zuge des dJStG 2007 ist auch eine Steuerbescheinigung für einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer auf Kompensationsleistungen auszustellen.⁵²

⁵² Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 79 f.

3 Grundstruktur von Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen

3.1 Erläuterungen zum Börsenhandel

Um die komplexe Struktur von Cum / Ex – Geschäften verstehen zu können, sind vertiefende Kenntnisse des Börsenhandels erforderlich. In den nachfolgenden Absätzen werden, die in Österreich und Deutschland geltenden Bestimmungen erläutert und analysiert.

3.1.1 Börsenhandel in Österreich

Die Wiener Börse ist die einzige Wertpapierbörse Österreichs und dient als Handelsplatz für Aktien, Anleihen und Zertifikate sowie Optionsscheine. Die Abwicklung abgeschlossenen Geschäfte erfolgt über eingerichtete Abwicklungsstellen auf Grundlage des Börsegesetzes und der jeweils anwendbaren Sonderbedingung. Der Handel erfolgt über automatisierte Systeme, welche von der Börse bestimmt werden.⁵³

An der Wiener Börse wird das elektronische Handelssystem Xetra eingesetzt, in welchem alle erteilten Kauf- und Verkaufsorders in einem zentralen Computersystem gegenüberstellt und - sofern der Preis (Limit) und das Volumen passen - automatisch zusammengeführt.⁵⁴ Prinzipiell wird an der Börse je nach Abwicklungszeitpunkt zwischen zwei Märkten unterschieden. Am Kassamarkt werden Geschäfte getätig, deren Erfüllung binnen kürzester Zeit erfolgen muss. Beim Termingeschäft erfolgt die Erfüllung hingegen nicht sofort, sondern zu einem späteren Zeitpunkt (Menge, Preis und Erfüllungszeitpunkt werden beim Geschäftsabschluss festgelegt). Cum / Ex – Geschäfte werden am Kassamarkt abgewickelt, weshalb sich nachfolgende Erläuterungen auf diese Methode beschränken.

Als Abwicklungsstelle der Wiener Börse fungiert die österreichische Kontrollbank AG (OeKB), welche im Jahr 2005 eine Gesellschaft zur Wahrnehmung der Rolle einer „Central Counterparty“ für den gesamten Wiener Markt gegründet hat. Die CCP.A ist als zentraler Kontrahent für das Clearing und Risk Management aller Geschäfte an der Wiener Börse verantwortlich⁵⁵. Als Clearing bezeichnet man die zentralisierte Abrechnung von Lieferungs- und Zahlungsforderungen aus Wertpapiergeschäften mit dem Ziel, den Aufwand für die Abwicklung durch gegenseitiges Aufrechnen dieser

⁵³ Vgl § 3 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Wiener Börse.

⁵⁴ <https://www.wienerborse.at/wissen/boersenlexikon/buchstabe-x/xetra/>, abgerufen am 27.07.2019.

⁵⁵ Vgl OTS0079, 03.08.2004.

Forderungen möglichst gering zu halten.⁵⁶ In den Bedingungen für die Abwicklung der am Kassamarkt der Wiener Börse als Wertpapierbörsen abgeschlossenen Geschäfte wird bezüglich den Abwicklungsregeln auf die jeweils gültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der CCP.A. verwiesen.⁵⁷ In diesen wird festgelegt, dass der Abrechnungszeitraum zwischen Handels- und Erfüllungstag maximal zwei Tage betragen darf. Innerhalb dieses Zeitraums haben die Clearingmitglieder einerseits für die Lieferung der Wertpapiere und andererseits für die Zahlung des dem Gegenwert der Wertpapiere entsprechenden Geldbetrages am Erfüllungstag Sorge zu tragen.⁵⁸ Dieser 2-tägige Abrechnungszeitraum ermöglicht den Akteuren von Cum / Ex – Geschäften Leerverkäufe zu tätigen, und die Erfüllung (= Lieferung) innerhalb der Frist gewährleisten zu können.

3.1.2 Börsenhandel in Deutschland

Die Rechtslage in Deutschland weicht kaum von jener in Österreich ab. Die Regelungen zum Zeitpunkt der Erfüllung finden sich in den Geschäftsbedingungen an der jeweiligen Wertpapierbörsen wieder. Demnach sind Börsengeschäfte am zweiten Handelstag nach dem Tag des Geschäftsabschlusses zu erfüllen.⁵⁹ Die Aktien befinden sich dabei bei dem einzigen zentralen Girosammelverwahrer Deutschlands, der Clearstream Banking AG, welche unter anderem die Regulierung der Dividenden zum Ausschüttungszeitpunkt vornimmt. Durch die Eintragung eines Übertragungsvermerks (Umbuchung) durch die Clearstream Banking AG erfolgt die Eigentumsübertragung auf den Aktienerwerber. Aufgrund des 2-tägigen Abrechnungszeitraumes fallen bei Aktientransaktionen über die Börse das Verpflichtungsgeschäft (Kauf an der Börse) und das Erfüllungsgeschäft (Umbuchung der Aktienbestände) zeitlich auseinander. Die Dividendenregulierung der Clearstream Banking AG erfolgt bereits auf Basis des schuldrechtlichen Geschäftes nach den Meldungen der jeweiligen Depotbanken. Bei der den Verkauf abwickelnden Depotbank wird nach Eingang der Verkaufsorder ein Sperrvermerk hinsichtlich der veräußerten Bestände aufgenommen. Somit ist sichergestellt, dass keine weiteren Verfügungen getroffen werden können. In Folge ist eine

⁵⁶ Vgl <https://www.wienerbörse.at/wissen/boersenlexikon/buchstabe-c/clearing/>, abgerufen am 27.07.2019.

⁵⁷ Vgl § 2 Bedingungen für die Abwicklung der am Kassamarkt der Wiener Börse als Wertpapierbörsen abgeschlossenen Geschäfte.

⁵⁸ Vgl § 27 Abs 3 Allgemeine Geschäftsbedingungen der CCP Austria Abwicklungsstelle für Börsengeschäfte GmbH.

⁵⁹ Vgl zB § 4 Abs 1 Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörsen.

Durchführung eines Verkaufes über die Börse nur möglich, wenn ein Aktienbestand vorhanden ist. Bei der Abwicklung durch Clearstream wird dem letzten Erwerber vor Dividendenausschüttung die vom Emittenten abgeföhrte Kapitalertragsteuer zugerechnet. Die Dividendenregulierung durch die Clearingstelle wird in einem zweistufigen Verfahren durchgeführt. In einem ersten Schritt erfolgt eine Verteilung der Dividenden an die Depotbanken entsprechend den gebuchten Beständen durch Clearstream. Veräußerungsgeschäfte am Tag der Hauptversammlung und am vorherigen Tag sind aufgrund der Handelsbestimmungen (Abrechnungszeitraum von 2 Tagen) noch nicht berücksichtigt, weshalb in einem zweiten Schritt eine Dividendenregulierung um offene Verkaufs- und Kaufpositionen durch Erwerbsvorgänge am und kurz vor dem Dividendenstichtag erfolgt.⁶⁰

3.2 Cum / Ex – Geschäfte an der Börse

Unter Cum / Ex – Geschäften versteht man Aktientransaktionen in zeitlicher Nähe zu dem Dividendenstichtag, bei denen die Veräußerung bzw der Erwerb von Aktien mit Dividendenanspruch und die Lieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag ohne Dividende erfolgt. Somit erfolgt das schuldrechtliche Kaufgeschäft vor dem Dividendenstichtag, das dingliche Erfüllungsgeschäft jedoch danach.

Die komplexen Aktientransaktionen treten in den Varianten mit Inhaberverkauf oder Leerverkauf auf. Beim Inhaberverkauf ist der Verkäufer auch zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien und liefert diese nach dem Dividendenstichtag. Beim Leerverkauf ist der Veräußerer nicht Eigentümer der Aktien - die Aktien, gehören zum Verkaufszeitpunkt eigentlich einer dritten Person, welche am Dividendenstichtag zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien ist. Dieser vereinnahmt auch die Dividende. Der Leerverkäufer besorgt die Aktien nach dem Dividendenstichtag vom tatsächlichen Eigentümer und liefert sie anschließend an den Erwerber (Leerkäufer). Diesem schuldet der Leerverkäufer aber nicht nur die zugesagten Aktien, sondern auch die Dividende, da er das Verpflichtungsgeschäft vor dem Dividendenstichtag eingegangen ist. Diese durch die bereits ausgezahlte Dividende entstandene Wertminderung muss der Leerverkäufer mit einer Ersatzzahlung an der Leerkäufer kompensieren (sogenannte Dividendenkompressionszahlung).⁶¹

⁶⁰ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 77.

⁶¹ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 4.

Im nachfolgenden Beispiel soll die Grundstruktur eines Cum / Ex – Geschäfts an der Börse mit Leerverkauf (nach deutscher Rechtslage) deutlich gemacht werden:

Aktieninhaber --> Tatsächlicher Besitzer der Aktien vor dem Dividendenstichtag

Leerverkäufer --> Leerverkäufer der Aktien

Leerkäufer --> Leerkäufer der Aktien

Abbildung 1: Beteiligte Personen

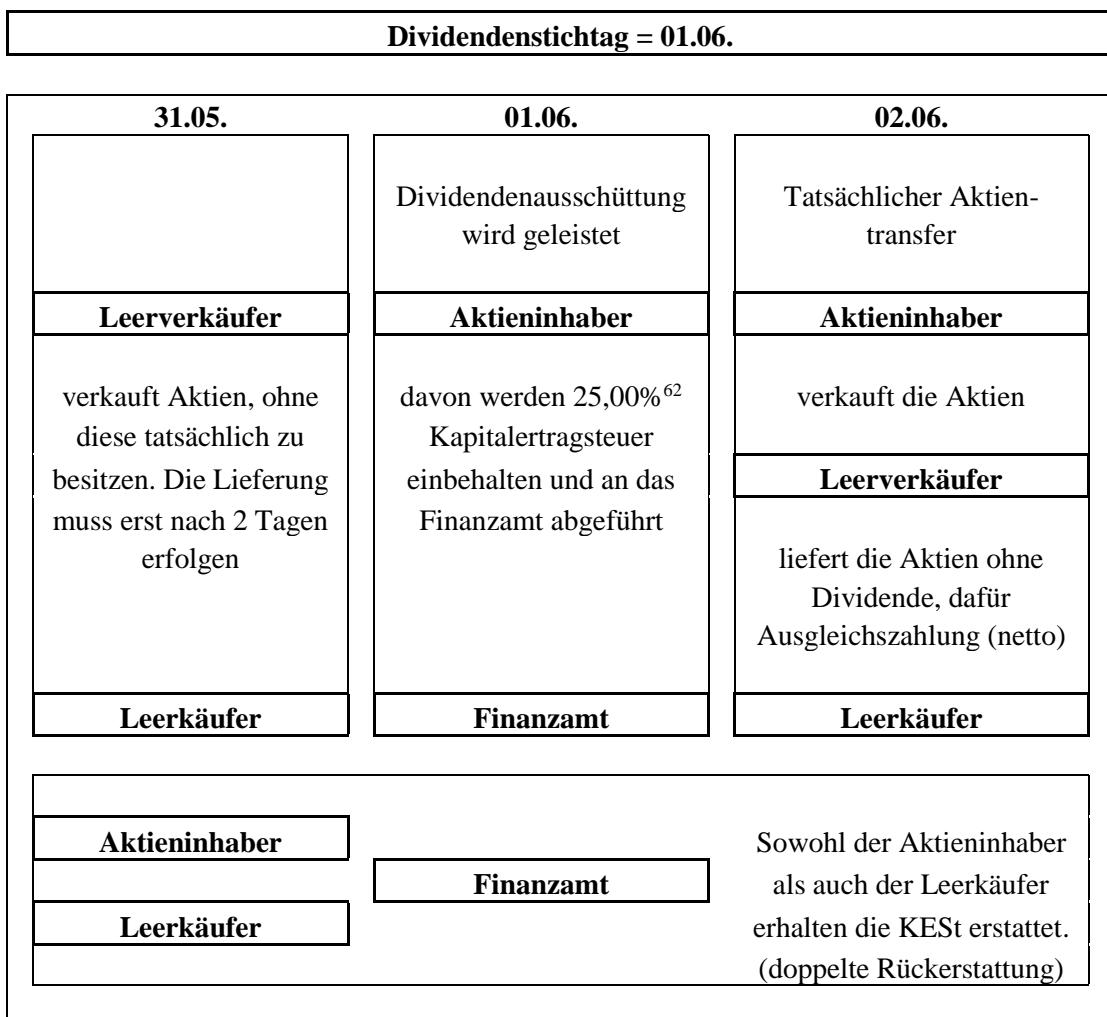


Abbildung 2: Grundstruktur von Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen

⁶² Aus Vereinfachungsgründen erfolgt keine Berücksichtigung des Solidaritätszuschlages bzw etwaige Kirchensteuer

Der Aktieninhaber war am 31.05 zivilrechtlicher Eigentümer einer Aktie an einer börsennotierten AG. Zum leichteren Verständnis wird ein Börsenkurs iHv 100,00 € am 31.05. (vor Dividendenstichtag) angenommen. Der Leerverkäufer, welcher am 31.5. tatsächlich noch gar keine Aktien der AG besaß, veräußerte an diesem Tag über seine Depotbank eine Aktie an den Leerkäufer zu einem Preis von 100,00 €. Die Lieferung sollte am 02.06. erfolgen.

Am 01.06. wurde in der stattfindenden Hauptversammlung eine Dividende iHv 10,00 € beschlossen. Der Dividendenstichtag ist mit dem Tag der Hauptversammlung ident. Die Nettodividende iHv 7,50€ wurde dem Aktieninhaber über seine Depotbank ausgezahlt – über die durch die auszahlende Stelle einbehaltene Kapitalertragsteuer erhielt der Inhaber eine Steuerbescheinigung iHv 2,50 €.

Am 02.06. (Tag nach der Dividendenzahlung) erwarb der Leerverkäufer die Aktie vom tatsächlichen Aktieninhaber zu einem Preis iHv 90,00 € (da am 01.06. die Dividende gezahlt wurde, verringerte sich der Wert der Aktie um die Höhe der Dividende). Der Leerverkäufer muss noch seiner Vertragsverpflichtung mit dem Leerkäufer nachkommen und liefert die Aktie (jedoch ohne Dividendenanspruch) am Tag 02.06. aus. Da der Leerverkäufer eine Aktie mit Dividendenanspruch versprochen hat, leistet er stattdessen eine Dividendenkompensationszahlung iHv 7,50 € an den Leerkäufer. Die Depotbank des Leerkäufers stellt ebenfalls eine Steuerbescheinigung iHv 2,50 € aus, da das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft vor dem Dividendenstichtag abgewickelt wurde der Anschein einer abgeführt Kapitalertragsteuer besteht.

Wirtschaftlich ergibt sich durch die oben beschriebenen Transaktionen folgendes Ergebnis (bei Anerkennung beider Rückerstattungsverfahren):

	Aktieninhaber	Leerverkäufer	Leerkäufer
Wert der Aktie (Abgang)	-90,00		
Dividende			
Wert der Aktie nach Dividendenstichtag			90,00
Verkaufspreis der Aktie	90,00	100,00	
Kaufpreis der Aktie		-90,00	-100,00
Kompensationszahlung		-7,50	7,50
Kapitalertragsteuererstattung			2,50
Gewinn / Verlust	0,00	2,50	0,00

Abbildung 3: Wirtschaftliches Ergebnis von Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen

Es wird verdeutlicht, dass der Lehrverkäufer einen Gewinn iHv 2,50 € erwirtschaftet hat, die anderen Teilnehmer erzielen ein Nullergebnis. Der erwirtschaftete Gewinn entspricht dem Betrag der zusätzlich bescheinigten Kapitalertragsteuer und wurde aufgrund der doppelten Steuerrückerstattung durch den Fiskus finanziert. Zwischen den Beteiligten wird der Gewinn aufgeteilt.

3.3 Cum / Ex – Geschäfte außerhalb der Börse (OTC)

Der Handel mit Wertpapieren findet zu einem Großteil an der Börse statt, es ist aber auch möglich einen außerbörslichen Handel zu nutzen. Dieser wird als „OTC-Handel“ (Over the Counter) bezeichnet und bedeutet direkt übersetzt „über den Tresen“. Hierbei findet ein direkter Handel auf den Kapitalmärkten zwischen Käufer und Verkäufer statt, im Gegenteil zum börslichen Handel unterliegt der OTC-Handel keiner Börsenaufsicht und bietet im Allgemeinen mehr Intransparenz. Es gibt keinen direkten Einblick in das Orderbuch. Zwar gelten die gesetzlichen Bestimmungen zum Wertpapierhandel, jedoch gibt es keine staatliche Aufsicht, woraus diese Art von Handel ein höheres Risiko als der Börsenhandel birgt. Die Börsen werden von diversen Finanz- bzw Börsenaufsichtsbehörden überwacht und geregelt. Beispielsweise sind in Österreich die FMA, in Deutschland die BaFin und in den USA die SEC für die Überwachung der Bestimmungen zuständig.⁶³

Statt der Nutzung eines zentralisierten Handelssystems (beim börslichen Handel), werden beim OTC-Handel die vertraglichen Rahmenbedingungen sowie Anzahl und Preis der gehandelten Wertpapiere individuell vereinbart. In Folge haben die beiden Parteien kaum Kenntnis über Daten anderer OTC-Geschäfte.

Die Initiierung eines Handels erfolgt durch den Investor, indem er seinen Online-Broker kontaktiert und beauftragt, sich nach den jeweiligen Kaufbedingungen zu informieren. Die Kommunikation erfolgt über Telefon, elektronisch per Email oder sonstige Online-Kanäle. Ist der Investor mit dem Kurs einverstanden, stellt er eine Kaufanfrage beim Online-Broker und der Orderauftrag wird an einen Marktteilnehmer weitergeleitet. Sobald der Verkäufer bzw Emittent die Order akzeptiert hat, wird sie in wenigen Minuten ausgeführt.⁶⁴

Einem Urteil des deutschen BFH ist zu entnehmen, dass Cum / Ex – Geschäfte regelmäßig außerbörslich (OTC) abgewickelt wurden.⁶⁵ Die beteiligten Personen machten sich die

⁶³ Vgl <https://www.forex.de/ausserboerslicher-handel-otc-handel-erklaert/>, abgerufen am 26.07.2019.

⁶⁴ Vgl Spengel, Sachverständigungsgutachten MAT A-SV-2, 17.

⁶⁵ BFH 16.04.2014, I R 2/12.

Anonymität bzw Intransparenz des OTC-Handels zu Nutze. Die Untersuchungen ergaben, dass sich die Initiatoren (Anbieter der Produkte) und Berater kannten, miteinander im Kontakt standen und die Geschäfte auf einer Gesamtkonzeption basierten. Vermutet werden auch diverse Preisabsprachen zwischen den Beteiligten. Den Vernehmungen nach gab es zwischen den Aktienhändlern und den Online-Brokern auch Absprachen bei der Ausführung um Kursausschläge zu vermeiden. Würden dementsprechende Transaktion mit hohen Volumina an der Börse ausgeführt werden, würde dies zu einer Beeinträchtigung des Marktpreises führen. Diese Beeinträchtigung ist im Falle des OTC-Handels nicht gegeben.⁶⁶

3.4 Varianten und Gestaltungsmöglichkeiten von Cum / Ex - Geschäftten

Bei den oben beschriebenen Varianten handelt es sich um die Grundstruktur von Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen. In der Vergangenheit wurden von Banken und Beratern die verschiedensten Varianten weiterentwickelt – am Ende der Kette stand häufig der ursprüngliche Aktieninhaber, der erzielte Gewinn wurde in der Regel auf alle Beteiligten aufgeteilt. Zu Beginn gestalteten sich die Modelle mittels reiner GmbHs als Leerkäufer über inländische Fonds eher überschaubar, aufgrund der sich verändernden gesetzlichen Regelungen wurden die Methoden immer weiter professionalisiert und über das Ausland abgespielt.⁶⁷

In den nachfolgenden Unterpunkten werden verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt.

3.4.1 GmbH als Leerkäufer

Bei dieser Konstellation tritt eine inländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Leerkäufer der Aktien auf. Ein Präzedenzfall wurde im Jahr 2012 vom Hessischen Finanzgericht entschieden - Streitwert war Kapitalertragsteuer iHv rund 125 Millionen € bei einem Transaktionsvolumen von ca 15 Milliarden €. Die Vorgehensweise entsprach der im Gliederungspunkt 3.1. erläuterten Grundstruktur, die Transaktionen wurden am OTC - Markt abgewickelt. Das bestehende Kursrisiko wurde in diesem Fall durch Future Kontrakte durch die erwerbende GmbH abgesichert. Die Finanzie-

⁶⁶ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 18.

⁶⁷ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 28.

rung der Transaktion erfolgte neben einem Gesellschafterdarlehen und einem Darlehen einer Bank durch einen geringen Eigenkapitalanteil.

Das Finanzgericht verwehrte letztlich den Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuer durch den Erwerber, obwohl vorerst eine gültige Steuerbescheinigung vorlag. Jedoch forderte die ausstellende Bank die Bescheinigung zurück, da begründete Zweifel an dem Einbehalt der Kapitalertragsteuer auf die geleisteten Zahlungen beständen. Um die Anrechnung zu erreichen, würde es andere geeignete Beweismittel für die Abfuhr der Kapitalertragsteuer bedürfen, welche nicht erbracht werden konnten.⁶⁸

3.4.2 Inländische Investmentfonds als Leerkäufer

Zu dem von *Prof. Christoph Spengel* in seinem Gutachten als „Inländische Investmentfonds als Leerverkäufer“ bezeichneten Geschäftsmodell wird ausgeführt, dass die Anzahl an Transaktionen über Investmentfonds sowie das von diesen gehandelten Volumen in den letzten Jahren erheblich zugenommen hat. Zwei wesentliche Aspekte unterscheiden die Variante zwischen dem im Gliederungspunkt 3.4.1. erläuterten Modell. Zum einen konnten die Transaktionen durch die Ausgestaltung der Fonds als offenes Investmentvermögen einem erweiterten Personenkreis zugänglich gemacht werden, zum anderen kommt es zu zeitlichen und tatsächlichen Unterschieden beim Ablauf der Kapitalertragsteuererstattung. Eine GmbH ist im Vergleich zu Investmentfonds nicht ertragsteuerbefreit und muss eine Anrechnung bzw Erstattung der KEST im Rahmen der Veranlagung nach Ablauf des jeweiligen Veranlagungszeitraums bzw Kalenderjahres gem § 36 dEStG beantragen. In Folge wird das eingesetzte Kapital innerhalb einer Dividendensaison mit jeder Dividendenzahlung um die Kapitalertragsteuer gemindert. Investmentvermögen ist hingegen als Zweckvermögen zu qualifizieren und nach § 11 dInvStG steuerbefreit. Ein weiterer Faktor, welcher für die Einsetzung eines Investmentfonds als Leerverkäufer spricht, ist die unkomplizierte Kapitalbeschaffungsmöglichkeit. Da es sich um offenes Vermögen handelt, dessen Anteile von verschiedenen Investoren gezeichnet werden können, ist die Kapitalbeschaffung im Vergleich zu den Möglichkeiten bei GmbHs einfacher.⁶⁹ Eine allgemeine Befreiungsbestimmung für Erträge aus der Veranlagung in Investmentfonds ist in der österreichischen Rechtsordnung hingegen nicht vorgesehen.⁷⁰

⁶⁸ Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11.

⁶⁹ Vgl *Spengel*, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 31.

⁷⁰ Vgl § 186 Abs 1 InvFG.

3.4.3 Ausländische Pensionsfonds als Leerkäufer

Im Zeitablauf bedienten sich Leerverkäufer nicht nur an ausländischen Depotbanken, sondern gleichzeitig auch an Leerkäufern im Ausland. Eine dem Oberlandesgericht Köln im Jahr 2011 zur Entscheidung vorliegende Variante (im Zuge eines zivilrechtlichen Folgestreites durch die Nichtanerkennung seitens der Abgabenbehörde), beschäftigte sich mit dieser Gestaltungsmöglichkeit. Durchgeführt wurden Leerverkäufe mit einem Transaktionsvolumen iHv 6,3 Milliarden €, die streitige Steuerforderung belief sich auf ca 54 Millionen €.⁷¹ Ein Investmentfonds sammelte von diversen Investoren Kapital ein und überließ diese Gelder einem US-amerikanischen Pensionsfonds, welcher diese dann unter Einschaltung einer deutschen Depotbank in deutsche Aktien investierte. Der Pensionsfonds als Leerkäufer begehrte auf Basis seiner inländisch ausgestellten Steuerbescheinigung aufgrund des DBA zwischen Deutschland und den USA eine Erstattung der Kapitalertragsteuer. Den Investoren wurden erhebliche Rendite versprochen, sollte es zur Rückerstattung der Kapitalertragsteuer kommen.⁷² In dem gegenständlichen Fall kam es nicht zur Rückerstattung. Aufgrund ungenügender Informationen durch die Bank und fehlender Offenlegung klagten einige Anleger die Bank, welche den Investmentfonds ausgab. Den Schadenersatzklagen der Investoren wurden zum Teil bereits stattgegeben.⁷³

3.4.4 Inländische Depotbanken als Leerkäufer

Ebenfalls ist es nicht auszuschließen, dass Banken selbst als Leerkäufer am Markt in Erscheinung getreten sind. Dies würde bedeuten, dass die Banken nicht nur als Berater und Entwickler diverser Gestaltungsmöglichkeiten auftraten, sondern gleichzeitig auch als Leerkäufer sowie zusätzlich als Depotbank, für die eigenständig erworbenen Aktien dienten und sich in weiterer Folge selbst Steuererbescheinigungen ausgestellt haben. Der diesbezüglich öffentlichkeitswirksamste Fall der inzwischen insolventen „Maple Bank“ in Deutschland mit einem Gesamtschaden in Höhe von rund 450 Millionen € im Herbst 2015 deutet darauf hin, dass dies der Fall gewesen sein könnte. Frühere Angestellte der Bank werden der Steuerhinterziehung verdächtigt. Diversen Presseartikeln und Rechercheergebnissen kann entnommen werden, dass es ähnliche

⁷¹ OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14.

⁷² Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 33.

⁷³ <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/bank-sarasin-muss-45-millionen-euro-schadenersatz-zahlen/story/19926859>, abgerufen am 27.07.2019.

Vorwürfe gegen Barclays, die Commerzbank, die Deutsche Bank, die Dekabank, die DZ Bank, die HSH Nordbank, die Hypo-Vereinsbank, die Schweizer Bank Sarasin, die LBBW, die Macquarie Bank, die M.M. Warburg, die Valovis Bank sowie die WestLB gibt.⁷⁴

3.4.5 Mehrfache Bescheinigung der Kapitalertragsteuer

Ferner wird in dem Gutachten von Prof. Christoph Spengel dargelegt, dass es durch Gestaltung von Geschäftsmodellen auch zu einer mehrfachen Bescheinigung der Kapitalertragsteuer gekommen sein könnte.

Beispielsweise verkaufte oder verlieh ein ausländische Leerverkäufer bzw. Leerverleiher die Aktien nicht nur an einen sondern gleich an mehrere Leerkäufer durch mehrerer außerbörslicher OTC-Geschäfte in Kombination mit Termingeschäften hintereinander. Werden Aktien durch einen ausländischen Leerverleiher an einen inländischen Leerentleiher mit der Vereinbarung, dass die Aktien am Tag nach dem Dividendenstichtag an den Leerverleiher zurück zu übertragen sind verliehen, erhielt der Leerentleiher eine entsprechende Steuerbescheinigung. Wenn der ausländische Leerverkäufer die gleichen Aktien dann einen Tag vor dem Dividendenstichtag an einen weiteren Leerkäufer verkauft, konnte er diesem direkt einen Tag nach dem Dividendenstichtag die vom Leerentleiher wieder zurück erhaltenen Aktien übertragen und dem Leerkäufer wurde in Folge eine weitere Steuerbescheinigung ausgestellt.⁷⁵

Einem im Jahr 2018 vom österreichischen Rechnungshof verfassten Bericht zur Kapitalertragsteuer – Erstattung nach Dividendenausschüttung kann entnommen werden, dass zahlreiche beschränkt steuerpflichtige Antragsteller in der Vergangenheit mehrfache Anträge zu Rückerstattung der KESt abgegeben hatten. Dies resultierte vor allem durch die Vielzahl an unterschiedlichen Anträgen für identische Sachverhalte. Für eine Rückerstattung iSd § 21 Z 1a KStG⁷⁶ bzw aufgrund des jeweiligen Doppelbesteuерungsabkommens⁷⁷ sind getrennte Anträge auf unterschiedlichen Formularen notwendig, weshalb eine Mehrfacherstattung ermöglicht wurde.⁷⁸ Die Auswertungen des

⁷⁴ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 72.

⁷⁵ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 34.

⁷⁶ Siehe dazu Gliederungspunkt 2.3.1.2.

⁷⁷ Siehe dazu Gliederungspunkt 2.3.1.3.

⁷⁸ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 698.

Rechnungshofs ergaben, dass in den Jahren 2010 bis 2015 zahlreiche Antragsteller auch tatsächlich mindestens zwei Anträge pro Jahr stellten.⁷⁹

3.5 Erläuterungen zu den Rollen der Beteiligten an Cum / Ex - Geschäften

Die nachfolgenden Gliederungspunkte beschäftigen sich mit den beteiligten Akteuren der dubiosen Aktiendeals rund um den Dividendenstichtag und sollen erläutern, welche Berufsgruppen maßgeblich an der Entwicklung und Umsetzung mitgearbeitet haben. Ein im Jahr 2016 / 2017 stattfindender Untersuchungsausschuss des deutschen Bundestages⁸⁰ beschäftigte sich mit dieser Thematik und analysierte die Rolle der Rechts- und Steuerberater, der Banken und jener der Investoren.

3.5.1 Rechts- und Steuerberater

Neben den Banken spielten die Rechts- und Steuerberater bei der Entwicklung und Umsetzung von Cum / Ex – Geschäften eine sehr große Rolle. In diversen Zeitungsartikel sowie im Bericht des Untersuchungsausschusses wird immer wieder der deutsche Rechtsanwalt *Dr. Hanno Berger* als Mastermind der komplexen Konstrukte zur Steuerhinterziehung genannt.⁸¹ Der Jurist nahm demnach eine wesentliche Rolle als Berater ein, mehrere im Rahmen der Untersuchungshandlungen vernommene Zeugen bestätigten diverse Beratungsleistungen durch die Kanzlei von *Dr. Berger*.⁸² In einem deutschen Wirtschaftsmagazin wurde im Mai 2019 erstmals ein Interview mit dem Rechtsanwalt veröffentlicht, in dem er Stellung zu diversen Vorwürfen nahm.⁸³ Er betonte wiederholend, dass es sich bei den teilweise durch ihn entwickelten Konstrukten um Steuergestaltungspraxis gehandelt habe/hätte und beteuerte seine Unschuld. Weiters bezeichnete er im Interview Steuerrecht als Eingriffsrecht, dh der Staat greife in die persönliche Freiheit des Menschen ein, weshalb in Folge eine gesetzliche Grundlage als Rechtfertigung vorliegen müsse. Umgekehrt sei aber auch der Steuerzahler berechtigt, sich jedes legalen Mittels zur Steueroptimierung zu bedienen. Aufgrund des

⁷⁹ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 5.1.

⁸⁰ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017.

⁸¹ Vgl. ZEIT ONLINE vom 1. Dezember 2016, „Jetzt auch noch Warburg?“; Handelsblatt online vom 10. Januar 2017 sowie <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/hanno-berger-besuch-bei-mr-cum-ex>, abgerufen am 10.06.2019.

⁸² Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 176.

⁸³ Vgl <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/hanno-berger-besuch-bei-mr-cum-ex>, abgerufen am 10.06.2019.

Fehlens von eindeutigen gesetzlichen Regelungen sieht *Dr. Berger* in den Cum / Ex – Geschäften nach wie vor lediglich eine Steueroptimierung und keinen Steuerbetrug. Es gäbe keinen Steuerskandal, sondern ausschließlich ein politisches Versagen.

Die internationale Wirtschaftsrechtskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP wurde laut Zeugenaussagen als „führende Kanzlei der Banken“ wahrgenommen und beriet demnach zahlreiche namhafte Finanzinstitute, die Cum – Ex / Transaktionen durchführten. Im Rahmen der Untersuchungshandlungen versuchte der Ausschuss die Ursachen der starken Position der Kanzlei im Bankensektor zu klären. Nachdem die Herausgabe einschlägiger Beweismittel verweigert wurde, folgte die Initiierung einer Hausdurchsuchung. Der Antrag wurde jedoch vom Bundesfinanzgerichtshof abgelehnt.⁸⁴

In die Kritik gerieten auch diverseste Wirtschaftsprüfungsgesellschaften. Ein im Februar 2019 publizierter Artikel der Süddeutschen Zeitung⁸⁵ beschäftigte sich mit der Rolle der größten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften weltweit (KPMG, PwC, Deloitte und EY), welche sämtliche Beratungsleistungen unter einer Dachmarke vereinen. Wirtschaftsprüfer sollen im Interesse der Öffentlichkeit die Jahresabschlüsse von großen Unternehmen prüfen und testieren. Auch diverse Banken, welche Cum / Ex – Geschäfte zu Lasten der Steuerzahler betrieben haben, ließen ihre Bilanzen von den großen Prüfgesellschaften prüfen. Interne Dokumente und E-Mails, welche den Journalisten vorliegen, weisen darauf hin, dass Steuerberater und Wirtschaftsprüfer von KPMG über die fraglichen Aktientransaktionen rund um den Dividendenstichtag sowie deren Risiko einer späteren Rückforderung der erstatteten Kapitalertragsteuer durch das Finanzamtes Bescheid wussten. Konkret wird in dem Artikel die Varengold-Bank zitiert. Im Dezember 2009 wurde über die Strategie, durch einen vom Mandanten aufgelegten Fonds eine doppelte Steuerrückerstattung zu erreichen, mit den Experten von KPMG beraten. Zwei Wochen nach dem Treffen verfassten die KPMG – Experten eine mehrseitige Stellungnahme mit dem Fazit, dass die geplanten Transaktionen und deren Steuerrückerstattung womöglich illegal seien. In Folge beendete Varengold den Beratungsvertrag mit KPMG. In der gleichen Zeit führte die Wirtschaftsprüfungsabteilung von KPMG die Jahresabschlussprüfung der Varengold-Bank durch. Die Wirtschaftsprüfer waren in Kenntnis über die Risikobeurteilung ihrer Kollegen und bestanden vorerst auf einen Risikohinweis im Jahresabschluss, welcher auf die drohende Über-

⁸⁴ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 347.

⁸⁵ Vgl Willfährige Wirtschaftsprüfer, Süddeutsche Zeitung vom 25.02.19, 17.

schuldung bei erfolgreicher Rückforderung der Steuergutschriften durch das Finanzamt hindeutet. Die Verantwortlichen der Varengold – Bank versuchten den Vermerk des Wirtschaftsprüfers im Jahresabschluss zu verhindern – ua mit einem durch *Dr. Hanno Berger* verfassten Gutachten zur Unbedenklichkeit dieser Geschäfte. Am Ende wurde der Varengold - Bank ein uneingeschränktes Testat ohne Risikohinweis ausgestellt – KPMG war zu einer detaillierten Stellungnahme nicht bereit.

Der Bundestag führt in seinem Bericht abschließend aus, dass sowohl Rechts- als auch Steuerberater sowie Wirtschaftsprüfer aktiv an der Durchführung und Verschleierung von Cum / Ex – Geschäften beteiligt waren und hält ferner fest, dass sich diese als Organe der Rechtspflege zur Klärung umstrittener Rechtsfragen – wie bei Geschäften dieser finanziellen Größenordnung üblich – frühzeitig an die Finanzverwaltung hätten wenden sollen.⁸⁶

3.5.2 Banken

Der Untersuchungsausschuss kam zu dem Ergebnis, dass Banken einen maßgeblichen Anteil an der Entwicklung und Umsetzung von Cum / Ex – Geschäften hatten. Die Finanzinstitute traten dabei entweder als Depotbank, als Beteiligter auf eigene Rechnung oder als Anbieter entsprechender Geschäftsmodelle am Markt auf.⁸⁷ Im Zuge des dJStG im Jahr 2007 und der daraus resultierenden geänderten Rechtslage wurde für die Abwicklung eine ausländische Depotbank benötigt.⁸⁸ Die Involvierung von Auslandsbanken wurden durch diverse Zeugen bestätigt. Weiters wurde in den Vernehmungen ersichtlich, dass diverse Banken Cum / Ex – Geschäfte auch als Eigenhandelsgeschäfte betrieben haben sowie als Anbieter für sehr vermögende Kunden agierten, ohne die Risiken vorher ausreichend geprüft zu haben.⁸⁹ Besonders lukrativ war der Eigenhandel innerhalb der eigenen Unternehmensgruppe, da der erwirtschaftete Gewinn durch die doppelte Steuergutschrift nicht mit Dritten geteilt werden musste. Die Depotbanken fungierten als Leerkäufer und machten die Erstattungsansprüche beim Finanzamt mit den selbstausgestellten Steuerbescheinigungen geltend. Dem Untersuchungsausschuss zufolge begannen die Eigenhandelsgeschäfte der Banken im

⁸⁶ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 348.

⁸⁷ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 180.

⁸⁸ Siehe dazu Gliederungspunkt 4.2.2.

⁸⁹ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 183.

Jahr 2004 und endeten weitgreifend mit dem Eingreifen der Finanzverwaltung durch das am 05.05.2009 erlassenen Schreiben des deutschen BMF⁹⁰. Anschließend wurden die Gestaltungen von den meisten Kreditinstituten intern untersagt.⁹¹

3.5.3 Investoren

Um lukrative Gewinne aus Cum / Ex – Geschäften zu lukrieren wird ein entsprechend hoher Kapitalanteil benötigt.⁹² Falls die Banken die Transaktionen nicht als Eigengeschäfte abwickelten, spielten Investoren eine bedeutende Rolle. Großteils handelte es sich um sehr vermögende Personen, welche aktiv durch die Banken auf derartige Geschäfte hingewiesen wurden. Unklar ist, ob den Investoren die bestehende Rechtsunsicherheit mitgeteilt wurde und in Folge die gesetzlichen Aufklärungs- und Informationspflichten der Banken eingehalten wurden. Die im Untersuchungsausschuss vernommenen Zeugen bestreiten dies.⁹³ Einer der bedeutendsten und öffentlichkeitswirksamsten Fälle war die Rechtssache betreffend „Rafael Roth“, welche im Jahr 2012 vom Finanzgericht Hessen entschieden wurde.⁹⁴ Aufgrund einer von den Finanzbehörden verweigerten Steuerrückerstattung⁹⁵, verklagte der deutsch-israelische Geschäftsmann *Rafael Roth* seine Bank, weil sie ihn bewusst über die Anlagestrategie, deren steuerlichen Hintergrund und resultierende Risiken nicht aufgeklärt habe. Die Bank, welche für die Steuerforderung letztendlich in Haftung genommen wurde, verklagte anschließend ihrerseits den Investoren, die ihn beratende Kanzlei sowie den Steuerberater und Broker gesamtschuldnerisch auf Schadenersatz. Letztlich kam es zu einem Vergleich zwischen den streitenden Parteien.⁹⁶ Im Magazin *DER SPIEGEL* wurden neben *Rafael Roth* noch weitere vermögende Investoren genannt. Darunter befinden sich etwa *Carsten Maschmayer*, ehemaliger Chef des Finanzvertriebs AWD, *Clemens Tönnies*, Aufsichtsratschef des Fußballklubs FC Schalke 04, *Mirko Slomka*, ehemaliger Trainer des des Fußballklubs FC Schalke 04 sowie der Drogenkönig *Erwin Müller*.⁹⁷

⁹⁰ Siehe dazu Gliederungspunkt 4.2.3.

⁹¹ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 348.

⁹² Vgl dazu Gliederungspunkt 3.6.

⁹³ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 185.

⁹⁴ Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11.

⁹⁵ Vgl Gliederungspunkt 3.4.1.

⁹⁶ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 351.

⁹⁷ Vgl Ex und hopp, *DER SPIEGEL*, Ausgabe 39/2014, 66 ff.

4 Historische Aufarbeitung

Cum / Ex – Geschäfte werden in diversen Medien und Fachzeitschriften immer wieder als größter Steuerraub der Geschichte bezeichnet. Der Skandal zieht seit Monaten europaweite Kreise, der entstandene Schaden wird weltweit derzeit auf rund 55 Milliarden € geschätzt. Vor allem in Deutschland werden die dubiosen Geschäftspraktiken und deren Folgen schon länger diskutiert. Dem deutschen Fiskus sollen zwischen 2001 und 2016 mindestens 31,8 Milliarden an Steuergeldern entgangen sein, dies ist im europaweiten Vergleich die höchste Schadenssumme.⁹⁸ In Österreich wurde ein aus Cum / Ex – Geschäften entstandener Schaden jahrelang verneint, ein im Jahr 2018 veröffentlichter Bericht des Rechnungshofes zeigte jedoch gegenteiliges auf. Zwar konnte der in Österreich tatsächlich entstandene Schaden mangels vorliegender Daten und Informationen nicht exakt quantifiziert werden, jedoch ergab sich in den Untersuchungen ein Schaden iHv rund 5 Mio €.⁹⁹ Jüngsten Medienberichten zufolge schätzt das Finanzministerium den in Österreich entstandenen Schaden nach weiteren Untersuchungen und Kalkulationen mittlerweile auf rund 180 Millionen € ein.¹⁰⁰ In den nachfolgenden Gliederungspunkten erfolgt eine historische Aufarbeitung der Vergangenheit in Bezug auf Cum / Ex – Geschäfte, eine Analyse der Entwicklungen sowie gesetzter Maßnahmen der Finanzverwaltungen und Gesetzgebung.

4.1 Finanzielle Anreize

Prinzipiell versuchen Akteure von Dividendenstripping (Veräußerung von Dividendscheinen ohne Veräußerung der dazugehörigen Aktien) durch verschiedenste Modelle Steuervorteile zu erzielen.¹⁰¹ Beim Sonderfall der Cum / Ex – Geschäfte geht es jedoch um die doppelte Steuererstattung von nur einmal abgeführter Kapitalertragsteuer, weshalb diese Praktiken eher als betrügerisches Konstrukt als ein Steuersparmodell angesehen werden.

Die in der Praxis bekannt gewordenen Fälle zeigen ein gigantisches Transaktionsvolumen bei Cum / Ex – Transaktionen auf. Häufig handelte es sich um Aktienvolumina im bis zu

⁹⁸ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 692.

⁹⁹ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 16.

¹⁰⁰ Vgl <https://www.derstandard.at/story/2000099557295/cum-ex-skandal-kostete-oesterreich183-millionen-euro>, abgerufen am 15.03.2019.

¹⁰¹ Vgl Kirchmayr/Lechner, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Steuerrecht, RdW 2006/616.

zweistelligen Milliardenbereich und daraus resultierende Steuerausfälle im zwei – bis dreistelligen Millionenbereich. Folgende signifikante Fälle wurden in der Vergangenheit von den Gerichten behandelt:

- FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11

Streitwert: KESt iHv rund 125 Millionen €, Transaktionsvolumina iHv rund 15 Milliarden €

- OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14

Streitwert: KESt iHv rund 54 Millionen €, Transaktionsvolumina iHv rund 6,3 Milliarden €

- LG Köln vom 16.7.2015, 106 Qs 1/15

Streitwert: KESt iHv rund 462 Millionen €, Transaktionsvolumina wurde nicht genannt

- FG Hessen vom 10.2.2016, 4 K 1684/14

Streitwert: KESt iHv rund 54 Millionen €, Transaktionsvolumina iHv rund 13,6 Milliarden €

In allen Fällen wurde der Erstattungsantrag der Kläger abgewiesen. Eine Gemeinsamkeit sämtlicher Fälle ist die Absicherung der Leerkäufer der Kursrisiken durch Finanzderivate, insbesondere Total-Return-Swapgeschäfte, Forwards, Put-Call Kombinationen oder Futures.¹⁰² Aufgrund der daraus resultierenden Risikoeliminierung konnte von den Beteiligten ein sehr hohes Transaktionsvolumen mit entsprechend hoher Rendite eingesetzt werden. Zum weiteren machten sich die Akteure die Anonymität und die Intransparenz sowie den Vorteil große Transaktionen ohne Beeinflussung des Marktpreises tätigen zu können, des OTC-Handels zu Nutze.¹⁰³

Aufgrund der sehr kurzen Darlehenslaufzeiten (Tage rund um den Dividendenstichtag), waren die damit verbundenen Zinsaufwendungen trotz des enormen Finanzierungsbedarfs verglichen mit den im Erfolgsfall zu erwartenden Renditen verschwindend gering. Die Cum / Ex – Geschäfte versprachen somit für die Beteiligten schier unermessliche Gewinne.

¹⁰² Vgl die Sachverhaltsbeschreibungen in den jeweiligen Entscheidungstexten.

¹⁰³ Vgl dazu Gliederungspunkt 3.3.

4.2 Entwicklung von Cum / Ex – Geschäften sowie Maßnahmen der Gesetzgebung und Finanzverwaltung in Deutschland

4.2.1 Erstmalige Erwähnung in Deutschland und Rechtslage bis 2007

Gezielt wurden Cum / Ex – Geschäfte mit Leerverkäufen dem Vernehmen nach am Markt in den frühen 2000er Jahren erstmals an Anleger angeboten. Eine fachliche Erörterung in Fachzeitschriften erfolgte in Deutschland erstmals im Jahr 2007.¹⁰⁴ Die damals geltende Rechtslage wurde in einem zentralen Urteil des Bundesfinanzhofes vom 15.12.1999 konkretisiert. Demnach gehe das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien mit dem Vertragsabschluss auf den Erwerber über, da nach den einschlägigen Börsensancen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche auf den Erwerber ab diesen Zeitpunkt übergehen und regelmäßig nicht mehr entzogen werden können. Der Umstand, dass die tatsächliche Lieferung der Aktien im Regelfall erst zwei Tage nach dem Vertragsabschluss erfolgt, beeinflusst den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht.¹⁰⁵ In Folge beanspruchten sowohl der ursprüngliche Eigentümer als auch der Erwerber die Dividende für sich. Der ursprüngliche Eigentümer von der Aktiengesellschaft und der Erwerber vom Leerverkäufer. Da dieser die Aktien jedoch ohne Dividende vom ursprünglichen Eigentümer erworben hatte, zahlt er an den Erwerber eine Dividendenkompensationszahlung (manufactured dividend) in Höhe der Nettodividende. Der ursprüngliche Eigentümer erhielt von seiner Depotbank eine Steuerbescheinigung, da der Emittent der Aktien KESt für ihn abführte. Der Erwerber bzw Leerkäufer erhielt jedoch ebenfalls als wirtschaftlicher Eigentümer eine Steuerbescheinigung seiner eigenen Depotbank und beide machten die Steuer geltend, obwohl diese nur einmal einbehalten und abgeführt worden war.¹⁰⁶ Die zweifache Steuererstattung wurde vor allem durch die steuerliche Behandlung von Dividendenkompensationszahlungen¹⁰⁷ ermöglicht. Bis zur Umsetzung entsprechender Regelungen im Zuge des dJStG im Jahr 2007 war die steuerliche Klassifikation der Dividendenkompensationszahlung nicht explizit geregelt. Die Zahlung, welche der Leerverkäufer an den Leerkäufer als Ausgleich der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Lieferung einer Aktie mit Dividendenanspruch leistete, wurde bis zur Einführung

¹⁰⁴ Vgl *Seip/Füllbier*, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, BB 2007, 477 ff.

¹⁰⁵ BFH vom 15.12.1999, I R 29/97.

¹⁰⁶ Vgl <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cum-ex-geschafte-skandal-strafverfahrensteuer-bverfg-bfh/>, abgerufen am 31.01.2019.

¹⁰⁷ Siehe dazu Gliederungspunkt 3.2.

des neuen Gesetzes als schlichte Betriebseinnahme behandelt. Auf diese Zahlung war mangels einer gesetzlichen Regelung auch keine Kapitalertragsteuer einzubehalten.¹⁰⁸ Der Bundesverband deutscher Banken setzte mit einem Schreiben aus dem Jahr 2002 das Finanzministerium über die am Markt getätigten Cum / Ex – Geschäfte erstmals in Kenntnis. In dem vierseitigen Dokument wurde eine Gesetzesänderung, welche eine Kapitalertragsteuerpflicht für Leerverkäufe auf Dividendenkompensationszahlung (unter Verwendung einer inländischen Depotbank) vorsieht, begehrte. Die Veranlassung dieses Schreibens wird von vielen Experten aufgrund Haftungsbedenken der Banken angesehen.¹⁰⁹ Der Bankenverband war zu diesem Zeitpunkt aber auch der Auffassung, dass es im Fall einer Gesetzesänderung weiterhin zu einer zweifachen Bescheinigung der Kapitalertragsteuer (und damit zur Gefahr einer unrechtmäßigen doppelten Anrechnung bzw Erstattung) kommen kann, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bedient.¹¹⁰

4.2.2 Deutsches Jahressteuergesetz 2007

Der deutsche Gesetzgeber reagierte deutlich spät auf die vom Bundesverband deutscher Banken aufgezeigte Problematik mit der Änderung des dEStG im Zuge des Jahressteuergesetzes im Jahr 2007. Ausführungen zu den Verzögerungen werden im Gliederungspunkt 3.7.6.1. näher behandelt. Unter anderem wurde im Zuge dieser Gesetzesnovelle eine Änderung des § 20 Abs 1 Z 1 dEStG vorgenommen und in Folge eine Gleichstellung von Dividendenzahlungen mit Dividendenkompensationszahlungen geschaffen.¹¹¹ Demnach war die Depotbank des Leerverkäufers dazu verpflichtet, die Kompensationszahlung mit einem Steuerabzug zu belasten.¹¹² Die Regelung zum Steuerabzug bei Kompensationszahlungen befindet sich für die Jahre 2007 – 2011 in § 44 Abs 1 dEStG. In der Neufassung hieß es:

„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die an Stelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 2a bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert werden“.

¹⁰⁸ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 21.

¹⁰⁹ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 104.

¹¹⁰ Vgl Schreiben des Bankenverbands Deutschland, 20.12.2002.

¹¹¹ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 413.

¹¹² Vgl <https://www.lto.de//recht/hintergruende/h/cum-ex-geschafte-skandal-strafverfahrensteuer-bverfg-bfh/>, abgerufen am 31.01.2019.

Der Gesetzgeber subsumiert unter dem Begriff „anderen“ den Leerverkäufer. In der Gesetzesbegründung wurde sich sehr stark an dem Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken orientiert. Mit den Änderungen im Zuge des Jahressteuergesetzes 2007 wurde Cum / Ex – Geschäften, die über inländische Banken liefen, endgültig ein Riegel vorgeschoben. Ab diesem Zeitpunkt war der Verkäufer (bei Bedienung einer inländischen Depotbank) verpflichtet einen Steuerabzug bei Dividendenkompensationszahlungen vorzunehmen.¹¹³ Jedoch wurde der Hinweis auf Nichtberücksichtigung von über ausländische Banken abgewickelte Leerverkäufe nicht in den neuen Gesetzesregelungen erfasst. Handelte es sich bei dem Leerverkäufer um eine ausländische Person, konnte diese nicht zur Abführung der Steuer verpflichtet werden. Wenn aber kein Steuerabzug auf die Zahlung vorgenommen wurde, ist die Voraussetzung der Erstattung der Einkommenssteuer gem § 36 Abs 2 Z2 dEStG nicht erfüllt.¹¹⁴ Durch Einbindung einer ausländischen Stelle, wie zB einer ausländischen Tochtergesellschaft einer inländischen Bank, war es aufgrund der fehlenden Konkretisierung also weiterhin möglich, für eine Aktie zwei Steuererstattungen zu beanspruchen, obwohl diese nur einmal abgeführt worden war.¹¹⁵ In den folgenden Jahren beriefen sich die Akteure sowie ihre Berater auf das Versäumnis des Gesetzgebers auch ausländische Sachverhalte mit zu erfassen und konstruierten eine Scheinlegalität solcher Transaktionen.¹¹⁶ Die Marktteilnehmer durften sich durch die widersprüchliche und zum Teil falsche Gesetzesbegründung und durch die Tatsache, dass durch das Jahressteuergesetz 2007 (§ 36 Abs 2 Z2 dEStG idF JStG) explizit geregelt wurde, dass lediglich auf Dividendenkompensationszahlungen unter Einschaltung inländischer Depotbanken des Leerverkäufers ein Steuerabzug vorzunehmen war, in der Auffassung, es liege eine Gesetzeslücke vor, bestätigt gesehen haben.¹¹⁷ Im Jahr 2012 befasste sich das hessische Finanzgericht mit der Thematik der fehlenden Regelungen für ausländische Depotbanken und führte wie folgt aus:¹¹⁸

¹¹³ Vgl *Spengel*, Sachverständigungsgutachten MAT A-SV-2, 79.

¹¹⁴ Vgl *Schön*, Cum-/Ex-Geschäfte – materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Fragen, Recht der Finanzinstrumente, 2015, 124.

¹¹⁵ Vgl <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cum-ex-geschafte-skandal-strafverfahrensteuer-bverfg-bfh/>, abgerufen am 31.01.2019.

¹¹⁶ Vgl *Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick*, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 413.

¹¹⁷ Vgl *Spengel*, Sachverständigungsgutachten MAT A-SV-2, 109.

¹¹⁸ Vgl. FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11.

„Die Ansicht des Antragstellers., die Kapitalertragsteuer sei wegen der gesetzlichen Regelung auch ggf. doppelt anzurechnen, obwohl sie nur einmal abgeführt worden sei, ist abwegig. Sie widerspricht bereits dem Grundverständnis der Kapitalertragsteuer als Abzugssteuer. Weiter heißt es, es sei „evident, dass als Vorauszahlung nur Steuern angerechnet werden können, die auch tatsächlich erhoben worden sind.“

Die Entscheidung des Finanzgerichts wurde in der Literatur teilweise durchaus kritisch kommentiert und als verfassungswidriges Überschreiten von richterlichen Kompetenzen angesehen.¹¹⁹

Spengel hält in seinem Gutachten zusammenfassend fest, dass auf Dividendenkompensationszahlungen (unter Einbindung einer ausländischen Depotbank) bis zum Jahr 2011 keine Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde, weshalb in Folge auch keine Anrechnung bzw Erstattung in Betracht kommen konnte. Eine Gesetzeslücke habe es insoweit zu keinem Zeitpunkt gegeben.¹²⁰

4.2.3 Schreiben des deutschen Bundesfinanzministeriums vom 05.05.2009

Erst zwei Jahre später nahm sich die Finanzverwaltung der fehlenden Konkretisierung im Jahressteuergesetz 2007 an und verfasste ein Schreiben¹²¹, welches am 05.05.2009 erlassen wurde. Dies resultierte aufgrund der fehlenden Regelung bezüglich der Kapitalertragsteuer für den Fall, dass ein Leerverkauf über ein ausländisches Kreditinstitut bzw Finanzdienstleistungsinstitut ausgeführt wird. In diesem Schreiben heißt es:

„Bestehen in diesem Zusammenhang im Falle eines Erwerbs von Aktien durch einen unbeschränkt Steuerpflichtigen zwischen dem Leerverkäufer und dem Käufer von Aktien Absprachen, die einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem Leerverkauf und dem Kauf begründen, ist dem Käufer in den o. g. Fällen bekannt, dass ihm eine Steuerbescheinigung ausgestellt wurde, obwohl die darin ausgewiesene Kapitalertragsteuer nicht erhoben bzw. abgeführt worden ist. In diesen Fällen ist die in der Bescheinigung ausgewiesene Kapitalertragsteuer nicht anzurechnen, weil sie nicht erhoben worden ist, bzw. liegen die Voraussetzungen für eine Erstattung der Kapitaler-

¹¹⁹ Vgl *Klein*, Gewaltenteilung – Umgang der Finanzverwaltung mit der Legislative am Beispiel der Cum-ex-Geschäfte, BB 2013, 1054 f.

¹²⁰ Vgl *Spengel*, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 86.

¹²¹ BMF-Schreiben vom 05.05.2009 zur Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuer bei über den Dividendenstichtag noch zu regulierenden Geschäften, IV C 1 -S 2252/09/10003.

tragsteuer gemäß § 44a Absatz 7 und 8, § 44b Absatz 1 EStG und § 11 Absatz 2 IvvStG nicht vor.“

Um ungerechtfertigte Erstattungen zu vermeiden, seien bei der Bearbeitung von Rückerstattungsanträgen folgende Maßnahmen zu setzen:

1. Bei Aufforderung des dBZSt haben beschränkt Steuerpflichtige darzulegen, wann die Aktien erworben wurden.

2. Erfolgte der Aktienerwerb am Tag der Hauptversammlung, die über die Dividende beschließt, oder am Tag davor, ist eine Erstattung insoweit nur vorzunehmen, wenn der Antragsteller die Bescheinigung eines Berufsträgers im Sinne der §§ 3 und 3a Steuerberatungsgesetz einreicht, in der Folgendes bestätigt wird:

„Es liegen mir auf Grund des mir möglichen Einblicks in die Unternehmensverhältnisse und nach Befragung des Steuerpflichtigen keine Erkenntnisse über Absprachen des Steuerpflichtigen im Hinblick auf den über den Dividendenstichtag vollzogenen Erwerb der Aktien sowie entsprechender Leerverkäufe, bei denen die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle nicht in Deutschland liegt, vor.“

3. Auf Erstattungsansprüche von ausländischen Fonds ist besonderes Augenmerk zu richten und dem Bundesministerium der Finanzen -getrennt nach Gründungsstaat des Fonds -zu berichten.

Das Ministerium verlange fortan ein Testat eines unabhängigen Berufsträgers (Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater), dass es bei entsprechenden Aktiendeals keine Absprachen zwischen den Beteiligten gegeben habe. Denn in diesen Fällen sei es dem Leerkäufer bekannt, dass ihm eine Steuerbescheinigung ausgestellt wurde, obwohl die darin ausgewiesene Kapitalertragsteuer nicht erhoben wurde. In der Praxis sind solche Absprachen für die Wirtschaftsprüfer jedoch sehr schwer nachzuweisen, weshalb von

keiner geeigneten Gegenmaßnahme zu sprechen ist. In der Branche sahen mache sogar eine Art Subvention der Banken in der Untätigkeit des Finanzministeriums.¹²²

Spengel führte in seinem Gutachten zu der von der Finanzbehörde vertretenen Rechtsauffassung aus, dass diese weder mit dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes noch mit der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs vereinbar ist. Die Tatbestandsvoraussetzung für die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer sei nicht nur die Vorlage einer (richtigen) Steuerbescheinigung, sondern darüber hinaus vor allem die tatsächliche Erhebung von Kapitalertragsteuer auf die vom Leerkäufer vereinnahmte Dividendenkompensationszahlung. Der Steuerbescheinigung kann zudem nicht entnommen werden, ob die darin ausgewiesene Kapitalertragsteuer erhoben bzw. abgeführt worden ist. Daran ändere auch die Vorlage einer Berufsträgerbescheinigung nichts, da es auf getroffene Absprachen insoweit nicht ankommt.¹²³

4.2.4 Deutsches OGAW-IV-Umsetzungsgesetzes 2012

Das grundlegende Problem wurde durch die deutsche Gesetzgebung erst im Jahr 2012 durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz gelöst. Es erfolgte die Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organisationen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren. Mit Wirkung 01.01.2012 wurde das Schuldnerprinzip durch das Zahlstellenprinzip ersetzt – seitdem besteht bei Zahlung einer ausländischen Depotbank eine Verpflichtung für die letzte inländische Depotbank zum Abzug der KESt.¹²⁴ Da der Abzug der Kapitalertragsteuer wird nunmehr nicht mehr von den ausschüttenden Aktiengesellschaften, sondern von den depotführenden Instituten vorgenommen.

Bei der Abwicklung über eine inländische, auszahlende Stelle läuft der Prozess nach der Gesetzesänderung im Detail wie folgt ab:

Die Bruttodividende wird durch die ausschüttende Aktiengesellschaft an die Hauptzahlstelle weitergeleitet und anschließend über Clearstream oder einer anderen inländischen Lagerstelle, bei jener die Globalurkunden für die inländischen Aktiengesellschaften giroversammelt werden, an die inländische auszahlende Stelle (depotführende

¹²² Vgl Ex und hopp, DER SPIEGEL, Ausgabe 39/2014, 66 ff.

¹²³ Vgl *Spengel*, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 111.

¹²⁴ Vgl § 44 Abs 1 Satz 4 dEStG.

Bank) übertragen. Anschließend wird die Nettodividende an die Endkunden ausgezahlt, die anfallende Kapitalertragsteuer an die Finanzverwaltung abgeführt und dem Steuerpflichtigen eine Steuerbescheinigung mit Ausweis der Steuer ausgestellt.

Bei der Abwicklung über eine ausländische, auszahlende Stelle läuft der Prozess nach der Gesetzesänderung im Detail wie folgt ab:

Sofern die Bruttodividende von Clearstream oder einer anderen inländischen Lagerstelle an ein ausländisches Kreditinstitut ausgezahlt wird, ist von Clearstream oder der inländischen Lagerstelle ein Abzug der Kapitalertragssteuer vorzunehmen und die Steuer an die Finanzverwaltung abzuführen. Die Steuerbescheinigung erfolgt dann durch Clearstream oder der inländischen Lagerstelle.¹²⁵ Grundsätzlich dürfen diese Bescheinigungen nur von dem Institut ausgestellt werden, welches für die bescheinigte Position auch die Steuer tatsächlich an das Finanzamt abgeführt hat.¹²⁶

Somit wird ein Auseinanderfallen von Abfuhr und Bescheinigung des KESt-Abzugs vermieden, da diese Aufgaben nun an einer Stelle gebündelt wurden.¹²⁷

4.2.5 Versäumnisse staatlicher Stellen

4.2.5.1 *Versäumnis der Finanzverwaltung bei Bekanntwerden der Thematik*

Das vom Bankenverband im Jahr 2002 verfasste Schreiben¹²⁸ an das deutsche Bundesfinanzministerium, welches erstmals auf Cum / Ex – Geschäfte hinwies, wurde bei Einlangen dem Referat IV C 1 zugeordnet. Dem Untersuchungsausschuss nach, war die dargestellte Problematik dem damaligen Referatsleiter nicht ausreichend klar, weshalb er vor Weiterleitung des Schreibens an die Bundesländer nochmals Rücksprache mit dem Bankenverband hielt. Des Weiteren habe dieser Brief für ihn damals definitiv weder eine politische noch eine verbandspolitische Bedeutung, da er ansonsten direkt an den Finanzminister adressiert gewesen wäre. Für ihn ging es um rein steuerliche und abwicklungstechnische Aspekte, weshalb die Priorität des Schreibens vom Referatsleiter eher als niedrig eingestuft

¹²⁵ Vgl § 45a Abs 2 dEStG.

¹²⁶ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 218.

¹²⁷ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 694.

¹²⁸ Siehe dazu Gliederungspunkt 4.2.1.

wurde. Da zu diesem Zeitpunkt die EU-Zinsrichtlinie verabschiedet wurde, erfolgte die Kontaktaufnahme und ein Treffen mit Vertretern des Bankenverbands erst im Dezember 2003. Die Problematik wurde den Beamten nochmals ausführlich erläutert, jedoch erfolgte eine inhaltliche Befassung seitens des Referats IV C 1 erst im August 2005. Bei der Vernehmung im Untersuchungsausschuss begründete der Referatsleiter diese Tatsache mit Personalmangel und der zu dieser Zeit stattgefundenen Erstellung von wichtigen Gesetzesentwürfen und anderen Projekten mit hoher Priorität. Resultierend aus der erneuten Befassung mit der Thematik fasste der Referatsleiter den Beschluss, dass eine Gesetzesänderung erforderlich sei. Da aber im Moment nichts „anbrenne“, werde man diese Änderung im nächsten Steuerbereinigungsgesetz vorsehen. Aufgrund der im Jahr 2005 durchgeführten Bundestagswahl und der daraus resultierenden Tatsache, dass in diesem Zeitraum gesetzgeberisch nichts verabschiedet wird, kam es zu weiteren Verzögerungen. Das dBMF informierte schließlich mit einem Schreiben vom 29.08.2005 die obersten Finanzbehörden der Länder sowie das damalige Bundesamt für Finanzen (heute BZSt) über die Problematik. Der Gesetzesvorschlag des Bundesverbands für Banken war dem Schreiben beigefügt. Das Bundesamt für Finanzen reagierte mit Schreiben vom 06.10.2005 und teilte mit, dass es die vom Bundesverband deutscher Banken vorgeschlagenen Regelungen für uneingeschränkt geeignet halte, um die problematisierten Fälle zu regeln. Nachdem im Finanzreferat Einigkeit über die zu treffende Gesetzesmaßnahme herrschte, wurde im November 2005 eine Formulierungshilfe mit der Bitte um Stellungnahme bis Jänner 2006 an die obersten Finanzbehörden der Länder versandt. Auf Basis der Reaktionen kam es im März 2006 erneut zu geringfügigen Anpassung durch das BMF der Neuregelungen und einer anschließender Implementierung in den Entwurf der Änderungen im Zuge des Jahressteuergesetzes 2007, welcher schließlich im August 2006 im Kabinett beschlossen wurde. Hervorzuheben ist die Tatsache, dass sich die Bankenverbände mit Schreiben vom 25.07.2006 zum Referentenentwurf des dJStG 2007 erneut hinsichtlich der „manufactured dividends“ geäußert haben und darauf hinwiesen, dass die Regelungen nur auf inländische Sachverhalte abstellen.¹²⁹

¹²⁹ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 141 ff.

Spengel, welcher im Rahmen des Untersuchungsausschusses als Gutachter beauftragt wurde, kommt in seinen Ausführungen zu folgender Beurteilung und kritisiert die Handlungen der Finanzverwaltung wie folgt¹³⁰:

- **Mangelnde zeitgerechte Behandlung der Thematik**

Das Finanzministerium wurde bereits im Jahr 2002 durch das Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken darüber in Kenntnis gesetzt, dass es bei Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen zu einer doppelten Kapitalertragsteuererstattung kommen kann. Aufgrund Personalmangel und verfehlter Einschätzung von Prioritäten wurden entsprechende Gegenmaßnahmen erst im Jahr 2007 mit den gesetzlichen Änderungen im Zuge des Jahressteuergesetzes gesetzt.

- **Mangelndes Verständnis der Materie**

Das Finanzministerium legte dem Schreiben an die obersten Finanzbehörden vom 29.08.2005 als Anlage eine „schematische Darstellung des Ablaufs der Geschäftsfälle“ bei, welche vollständig dem Schreiben des Bankenverbandes entnommen wurde. Diese Tatsache wurde den Ländern nicht kenntlich gemacht. Das BMF hatte demnach nicht nur ein mangelndes Verständnis von der Materie, sondern verließ sich zudem auf die Darstellung der Bankenlobby.

- **Falsche Einschätzung der Wirkungsweise des JStG 2007**

Im Zuge von Ermittlungshandlungen des Untersuchungsausschusses wurde ersichtlich, dass sich das Bundesfinanzministerium mit den beabsichtigten Änderungen im JStG 2007 auseinandersetzte. In einem undatierten Vermerk wird auf den Umstand hingewiesen, dass bei Auslandssachverhalten zur Zeit keine wirksame Maßnahme in Sicht sei, demnach hatte man im BMF wenigstens sehr wohl erkannt, dass über ausländische Depotbanken abgewickelte Cum /

¹³⁰ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 416 ff.

Ex – Geschäfte von den damals angedachten Regelungen nicht erfasst werden würden. Scheinbar nahm man seitens des Ministeriums diese Tatsache zunächst untätig hin. Trotz mehrmaligen Hinweisen des Bankenverbands auf die fehlende Erfassung ausländischer Sachverhalte, folgte im JStG 2007 keine Berücksichtigung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung.

- Erzeugte Scheinlegalität durch die Bankenlobby

Ein entscheidender Faktor für die Ermöglichung von Cum / Ex – Geschäften war die durch die Bankenlobby bewusst herbeigeführte Scheinlegalität. Das Schreiben des Bankenverbands im Jahr 2002 hatte offensichtlich nicht das Ziel auf einen problematischen Steuertrick hinzuweisen, sondern versuchte die eigene Haftungsproblematik zu lösen. Bewusst lenkte der Bankenverband das Finanzministerium auf eine völlig falsche Fährte. Demnach wurden als Lösungsvorschlag für das Problem Cum / Ex steuergesetzliche Veränderungen begehrt, obwohl es tatsächlich nie einen Anspruch auf Erstattung für nicht abgeführt Steuern gab. Die Rechtslage war hinreichend klar – es bestand höchstens die Möglichkeit für Betrüger, eine solche Erstattung zu erschleichen. Ziel der Bankenlobby war es, durch die Schaffung einer gesetzlichen Regelung für inländische Sachverhalte im Gegenzug durch die Nichterfassung von ausländischen Sachverhalten eine dementsprechende Scheinlegalität zu schaffen. Von den Banken wurde in der Vergangenheit bei Gerichtsverhandlungen immer wieder argumentiert, dass Cum / Ex Geschäfte über das Ausland bis zum Jahr 2011 als rechtssicher einzuordnen waren, da der Gesetzgeber diese Möglichkeit zwar gesehen aber nichts dagegen unternommen habe. Dem Bankenverband ist es gelungen, das Handeln des Staates negativ zu beeinflussen.¹³¹

¹³¹ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 510 f.

4.3 Maßnahmen der Gesetzgebung und Finanzverwaltung in Österreich

4.3.1 Allgemeines zur Rechtslage in Österreich

Aufgrund der weitgehend vergleichbaren Rechtslage zwischen Deutschland und Österreich ist davon auszugehen, dass es auch in Österreich zu Cum / Ex – Geschäften und einen für den österreichischen Fiskus entstandenen Schaden durch doppelte Steuererstattungen gekommen ist.

Wie bereits erörtert, ist für die ertragsteuerliche Zurechnung von Dividendeneinkünften das wirtschaftliche Eigentum am Dividendenstichtag erforderlich. Aufbauend auf der Einkommenstheorie von Ruppe¹³² sind Einkünfte aus Kapitalvermögen demjenigen zuzurechnen, der über die Befugnis oder faktische Möglichkeit zur entgeltlichen Nutzung der Wirtschaftsgüter verfügt.¹³³ Bei Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufern ist die Feststellung des wirtschaftlichen Eigentümers vorerst nicht eindeutig zu beantworten. Wie im Gliederungspunkt 3.2. grafisch dargestellt besitzt der ursprüngliche Aktieninhaber am Dividendenstichtag die Aktien und kann somit eindeutig als wirtschaftlicher Eigentümer klassifiziert werden. Der Leerkäufer, welche vom Leerverkäufer am Tag vor dem Dividendenstichtag Aktien kauft, könnte unter folgenden Aspekten auch als wirtschaftlicher Eigentümer in Frage kommen. Der Leerkäufer geht am Tag vor dem Dividendenstichtag ein Verpflichtungsgeschäft ein, wonach er Aktien mit Dividendenanspruch erwirbt. Die zeitverzögerte Übertragung auf das Depot des Leerkäufers ist auf Börsengegebenheiten zurückzuführen und sollte bei der Feststellung des wirtschaftlichen Eigentümers keine Relevanz besitzen. Aufgrund der zweitägigen Frist¹³⁴ zur Übertragung der Aktien wurden Cum / Ex – Geschäfte erst ermöglicht und es kam zu Ungewissheiten bei der ertragsteuerlichen Zurechnung von Dividenden. Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit hat das BMF im Jahr 2014 festgestellt, dass bei verbrieften und depotwährenden Gesellschaftsanteilen das wirtschaftliche Eigentum erst dann anzunehmen ist, wenn der Anteil auf dem Depot eingeliefert ist. Somit wird auf das zivilrechtliche Verpflichtungsgeschäft, nämlich die Depoteinbuchung, abgestellt. Sind die Aktien nicht spätestens am cum-Tag am Depot

¹³² Vgl Gliederungspunkt 2.2.2.1.

¹³³ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 696.

¹³⁴ Vgl Gliederungspunkt 3.1.1.

eingebucht, gilt der Erwerber nach Ansicht des BMF nicht als wirtschaftlicher Eigentümer und es erfolgt keine Zurechnung der Dividenden.¹³⁵

Der gravierendste Unterschied zur deutschen Rechtslage ist jedoch, dass es in Österreich nie zu einem Auseinanderfallen der Abführung und der Bescheinigung der KESt gekommen ist. In Folge ermöglichte die Rechtslage in Österreich schon vor 2012 keine mehrfache Erstattung der Kapitalertragsteuer.¹³⁶ Aufgrund der Sicherheitsüberlegungen war bereits in den früheren Einkommensteuerrechten das System des Kapitalsteuerabzuges an der Quelle verankert. Zu den Wesensmerkmalen der österreichischen Kapitalertragsteuer gehört die Abzugsverpflichtung des Schuldners der Kapitalerträge oder bei inländischen Einkünften der auszahlenden bzw depotführenden Stelle. Bei Dividenden wird nach § 93 Abs 2 Z 1 EStG auf die Auszahlung der Kapitalerträge abgestellt, dh wenn sich die auszahlende Stelle im Inland befindet ist diese auch für den Steuerabzug verantwortlich.¹³⁷

Im österreichischen Einkommenssteuergesetz ist jedoch keine explizite Regelung betreffend der Besteuerung von Dividendenkompensationszahlungen im Falle der Lieferung ohne Dividenden enthalten.¹³⁸ Jedoch war bereits im Jahr 1996 eine entsprechende Regelung im EStG enthalten, wonach zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch besondere Entgelte oder Vorteile, die neben Gewinnanteilen (Dividenden) oder an deren Stelle gewährt werden.¹³⁹ Auch in der aktuell gültigen Fassung heißt es:

„Als Einkünfte aus der Überlassung von Kapital im Sinne von Abs. 2 (Anmerkung: Gewinnanteile (Dividenden)) gelten auch:

Besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den im Abs. 2 bezeichneten Einkünften oder an deren Stelle gewährt werden, ...“¹⁴⁰

Unter diesen Erweiterungstatbestand fallen nur Entgelte für die Überlassung von Kapital, wonach als Einkünfte aus Kapitalvermögen alles qualifiziert werden soll, was der

¹³⁵ BMF 18. 9. 2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014.

¹³⁶ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 697.

¹³⁷ Vgl Kofler/Kanduth-Kristen/Kofler/Aigner in Bertl/Djanani/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik/Rohn (Hrsg), Handbuch der österreichischen Steuerlehre Band I, Teil 1: Theorie und Methoden, Steuerarten und Abgabenverfahren⁴, 2015, 579 ff.

¹³⁸ Vgl dazu Gliederungspunkt 4.2.2. für die Änderung der Rechtslage in Deutschland (2007).

¹³⁹ Vgl § 27 Abs 2 Z 1 EStG (Fassung vom 31.12.1996).

¹⁴⁰ Vgl § 27 Abs 5 Z1 EStG.

Anteilsinhaber auf Grund seines Anteilsrechts als solches für die Gestattung der Kapitalnutzung erhält.¹⁴¹ In den EStR 2000 werden in Rz 6132 exemplarische Tatbestände aufgezählt – Kompensationszahlungen für Dividenden finden hier aber keine explizite Erwähnung. Der österreichische Gesetzgeber führte auch Bestimmungen für die steuerliche Behandlung von Wertpapierleihe ein, welche mit 01.04.2012 in Kraft traten. Demnach heißt es, dass Ausgleichszahlungen und Leihgebühren, die der Verleiher eines Wertpapiers vom Entleiher erhält als steuerpflichtige Einkünfte zu qualifizieren sind.¹⁴² Für die zeitweise Überlassung der Wertpapiere erhält der Verleiher vom Entleiher eine Leihgebühr, sowie eine Ausgleichszahlung in Höhe der während der Laufzeit entstandenen Kapitalerträge.¹⁴³ Unter diese Regelungen lassen sich meiner Meinung nach Dividendenkompensationszahlungen subsumieren.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in der österreichischen Rechtslage durchgehend Bestimmungen zur Besteuerung von Kompensationszahlungen vorhanden waren.

4.3.2 Versäumnisse staatlicher Stellen

Obwohl die österreichische Rechtslage schon vor 2012 keine mehrfache Erstattung von Kapitalertragsteuer ermöglichte, geht aus einem im Jahr 2018 veröffentlichten Rechnungshofbericht hervor, dass es in der Vergangenheit sehr wohl zu einem Schaden aus erfolgten Cum / Ex – Transaktionen gekommen ist.¹⁴⁴ Dies resultierte vor allem aus dem mangelnden Verständnis und fehlender Kontrollen der Finanzbehörden.

Dem Rechnungshofbericht führten folgende Ursachen zu der Ermöglichung einer mehrfachen Steuerrückerstattung:

4.3.2.1 Mehrfache Anträge

Ein Antrag auf Steuerrückerstattung kann insbesondere aufgrund der im Gliederungspunkt 2.3.1. erläuterten Voraussetzungen vorgebracht werden. Dem Bericht des Rechnungshofes kann entnommen werden, dass zahlreiche Antragsteller iZm § 21 Abs 1 Z 1a KStG mehrfache, unterschiedliche Anträge für identische Sachverhalte

¹⁴¹ Vgl Petritz in Hofstätter/Reichel (Hrsg), Die Einkommensteuer (EStG 1988) - Kommentar (57. Lfg 2014) zu § 27 Abs 5 EStG 1988 neu, 3 f.

¹⁴² Vgl § 27 Abs 5 Z4 EStG.

¹⁴³ Vgl Petritz in Hofstätter/Reichel (Hrsg), Die Einkommensteuer (EStG 1988) - Kommentar (57. Lfg 2014) zu § 27 Abs 5 EStG 1988 neu, 20.

¹⁴⁴ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 699.

abgegeben haben. Ermöglicht wurde dies, indem jeweils getrennte Anträge für die Erstattung gem § 21 KStG und für die Erstattung gem des jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen notwendig waren. Der Rechnungshof analysierte Rückerstattungsanträge im Zeitraum 2005 – 2015 und kam zu dem Ergebnis, dass zahlreiche Antragsteller tatsächlich mindestens zwei Anträge für identische Sachverhalte stellten.¹⁴⁵

Auch bei Erstattungen gem § 6 Abs 1 KStG (Pensionskassen) konnte sowohl ein Antrag nach dem jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen als auch ein Antrag gem § 6 KStG gestellt werden, obwohl die gesamte Kapitalertragsteuer prinzipiell durch einen einzelnen Antrag iSd § 6 KStG zurückgefordert werden kann. Von dieser Möglichkeit machten laut den Untersuchungen des Rechnungshofs rund 80 % der Antragsteller Gebrauch. Nachfolgend ist davon auszugehen, dass die Betrugsgefahr nicht ausschließlich bei Cum / Ex - Geschäften besteht, sondern in sämtlichen Fällen, in welchen ein Rückerstattungsantrag auf mehrere Rechtsgrundlagen gestützt werden kann. Dies ist bei beinahe allen Dividendenzahlungen an beschränkt steuerpflichtige ausländische Kapitalgesellschaften, welche in Österreich Portfoliobeteiligungen halten, der Fall.¹⁴⁶

4.3.2.2 Zeitpunkt des Antrages auf Rückerstattung

Erwähnenswert ist auch, dass die verschiedenen Anträge auf Rückerstattung bzw Anrechnung der Kapitalertragsteuer nicht zum selben Zeitpunkt eingebracht werden müssen. Daraus resultierte ein erhöhter Verwaltungsaufwand, welcher mangels eines entsprechenden IT-Systems und Personalknappheit kaum sorgfältig zu bewältigen war. Ein plakatives Beispiel für den hohen Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit KESt – Rückerstattungsanträgen wird im Rechnungshofbericht angeführt – im Zeitraum 2001 bis 2005 kam es durch einen einzigen Antragsteller zu 646 Anträgen (41 Anträge pro Jahr).¹⁴⁷

¹⁴⁵ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 5.1.

¹⁴⁶ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 699.

¹⁴⁷ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 5.1.

4.3.2.3 Bestätigungspraxis der Banken

Der Rechnungshof kritisiert auch die fehlende einheitliche gesetzliche Definition der Bestätigungspraxis der Depotbanken. Das Finanzministerium gehe davon aus, dass die Depotbestätigung jeweils den Bestand am Ende des Handelstages aufweist, jedoch wird dies nicht umfassend überprüft. Im Zuge der Untersuchungs handlungen holte der Rechnungshof diesbezüglich eine Stellungnahme der OeKB (als Abwicklungsstelle der Wiener Börse) ein, in der ausgeführt wird, dass sicher gestellt werden müsse, ob ein einheitliches Verständnis der Depotbestätigungen für einen untertägigen Zeitpunkt (zB Tagesendbestand) und der Art der Verbuchung des Bestands ("Actual" nach dem Verfügungsgeschäft oder "Contractual" nach dem Verpflichtungsgeschäft) besteht und dies auf der Bestätigung auch ersichtlich ist.¹⁴⁸

4.3.2.4 Mangelnde organisatorische Maßnahmen

Weiters kritisiert der Rechnungshof eine fehlende risikoorientierte Prüfung der Anträge sowie einen regelmäßigen automatischen Abgleich zwischen der abgeführten Kapitalertragssteuer und den korrespondierenden Erstattungen.¹⁴⁹ Aufgrund veralteter IT - Ressourcen und Personalmangel erfolgte auch keine Bescheiderlassung durch die Finanzbehörden im Falle der Stattgabe des Antrags, die Erledigung der Anträge erfolgte ausschließlich durch Überweisung. Daraus resultiert eine enorme Rechtsunsicherheit über allfällige Rückforderungsansprüche der Republik Österreich im Rahmen nachträglicher Verfahrensaufnahmen. Vor allem bei Länder, mit denen Österreich keine Vollstreckungshilfe vereinbart hat, wird eine Durchsetzung schwierig werden.¹⁵⁰

5 Finanzieller Schaden

5.1 Finanzieller Schaden in Deutschland

Den ersten Anhaltspunkt für die Bemessung der durch Cum / Ex – Geschäfte entstandenen Schadenshöhe lieferte ein Whistleblower im März 2009. In einem E-Mail an den damaligen Leiter der Unterabteilung IV C des deutschen Bundesministeriums für Finanzen

¹⁴⁸ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 25.1.

¹⁴⁹ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 30.1.

¹⁵⁰ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 21.1.

erläutert dieser ein „*Modell im abgeltungssteuerlichen Bereich, dessen man sich offenbar im großen Stile bediene. Es gehe um Beträge in Milliardenhöhe.*“ In seinem E-Mail beschreibt der Whistleblower die Vorgehensweise der Akteure von Cum / Ex – Geschäften unter Einschaltung von ausländischen Depotbanken und wies auf die fehlende gesetzliche Regelung hin¹⁵¹. Dieses Email veranlasste das BMF schlussendlich zum Schreiben vom 05.05.2009.¹⁵²

Weiters führte der Whistleblower in seinem E-Mail aus:

„*Bei einem geschätzten Dividendenvolumen für die DAX30 Unternehmen von EUR 3Mrd. wird hier für den Fiskus allein für die DAX30-Unternehmen ein potentieller Schaden in Höhe von bis zu EUR 12Mrd (4*25%*EUR3Mrd) entstehen.*“

Im Rahmen des Untersuchungsausschusses wurde eine Prüfung und Auswertung von durch Clearstream AG bereitgestellten Daten für den Zeitraum 2005 – 2011 mit dem Ziel der Evaluierung der Schadenshöhe, durchgeführt. Durch die Analyse der Daten sollen Kompensationszahlungen, die über in- und ausländische Depotstellen abgewickelt wurden, quantifiziert werden. Für die Jahre vor 2005 liegen keine Daten von Clearstream vor, jedoch kann dieser Zeitraum aufgrund der steuer- und strafrechtlichen Verjährung ohnehin nicht mehr umfassend aufgeklärt werden.¹⁵³

Im Zeitraum 2005 – 2011 ergab sich bei Cum / Ex – Transaktionen unter Einbeziehung ausländischer Depotbanken ein Gesamtvolume der „Bruttodividenden“ iHv 21,22 Milliarden €, sowie ein daraus abgeleitetes Steuervolumen von Kapitalertragsteuer iHv 5,05 Milliarden €. Bei Auswertung der Daten fiel ein deutlicher Rückgang der Cum / Ex – Transaktionen im Jahr 2009 auf, was auf das BMF – Schreiben vom 05.05.2009 zurückzuführen sein könnte.¹⁵⁴

¹⁵¹ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 462 ff.

¹⁵² Vgl Gliederungspunkt 4.2.3.

¹⁵³ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 464 ff.

¹⁵⁴ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 466.

Bei Einbeziehung inländischer Depotbanken ergibt sich im gleichen Zeitraum ein Gesamtvolumen der „Bruttodividenden“ iHv 9,18 Milliarden €, sowie ein Steuervolumen von Kapitalertragsteuer iHv 2,14 Milliarden €.¹⁵⁵

Dem Bericht des deutschen Bundestags kann entnommen werden, dass die oben angeführten Schadenssummen tendenziell eher unterschätzt werden.¹⁵⁶ Zusammenfassend wird aus den vorliegenden Daten eine Untergrenze des Gesamtschadens in Deutschland für Cum / Ex – Geschäfte in den Jahren 2005 – 2011 mit Leerverkauf im Umfang von 7,2 Milliarden € abgeleitet. Aufgrund der fehlenden Daten vor dem Jahr 2005 wurde der Gesamtschaden iHv ca 10 Milliarden € für den oben genannten Zeitraum im Bericht des deutschen Bundestages über den Untersuchungsausschusses als realistisch angesehen.¹⁵⁷

Die im Oktober 2018 veröffentlichten „CumEx-Files“, welche aus der Recherche mehrerer renommierter Medienhäuser in Europa resultierten, offenbarten, dass mehr Länder als bisher angenommen von dem Skandal betroffen sind. Angenommen wird eine Schadenssumme iHv 55 Milliarden € auf globaler Ebene. Durch die Analyse von Marktdaten und Korrespondenz mit diversen Finanzbehörden ergibt sich den Berichten zufolge für den deutschen Fiskus ein Schaden iHv 31,8 Milliarden €.¹⁵⁸

5.2 Finanzieller Schaden in Österreich

Nach Bekanntwerden der Cum / Ex – Geschäfte in Deutschland berichteten zahlreiche österreichische Medien, dass es in Österreich zu keinem Schaden gekommen sei. Im Mai 2016 initiierte der damals grüne Nationalratsabgeordnete Bruno Rossmann eine Rechnungshofprüfung.¹⁵⁹ Das Ergebnis ist eindeutig, in Österreich ist tatsächlich ein Schaden iZm Cum / Ex - Deals entstanden. Zwar konnte eine genaue Gesamtschadenshöhe durch den Rechnungshof mangels vorliegender Daten und Informationen nicht errechnet werden, jedoch konnte aufgrund einer einfachen Vergleichsrechnung anhand einer großen ausgewählten österreichischen Aktiengesellschaft aufgezeigt werden, dass zumindest 1,78 Mio € mehr an KESt erstattet wurde, als korrespondierende Einzahlungen gegenüberstan-

¹⁵⁵ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 467.

¹⁵⁶ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 468.

¹⁵⁷ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 472.

¹⁵⁸ Vgl <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/cum-ex-files-schaden-durch-cum-ex-steuerdeals-viel-groesser-als-gedacht/23201416.html>, abgerufen am 30.07.2019.

¹⁵⁹ Vgl https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20181205_OTS0239, abgerufen am 04.08.2019.

den. Untersuchungen von zwei anderen Aktiengesellschaften ergaben für die Jahre 2010 bis 2012 einen weiteren Schaden iHv 5,92 Mio €.¹⁶⁰ Der bezifferte Schaden in Österreich betrug laut dem Rechnungshof demnach rund 6 Mio €.

Nach den Rechercheergebnissen der im Oktober 2018 veröffentlichten „CumEx-Files“, soll sich der Schaden in Österreich jedoch auf mindestens 50 Millionen pro Jahr belaufen. Ein vermeintlicher Insider nahm gegenüber "Addendum" zur damalige Situation Stellung:

"Österreich galt als sicher. Die meisten Trader hatten den Eindruck, Österreich ist einfach verschlafen. Österreich war das „Sahnehäubchen“ für die Gesamtperformance gewesen. Richtig viel Geld wollte man aus Deutschland holen, oben drauf aber noch etwas aus Österreich“

Diese Einschätzung deckt sich mit dem Bild, das sich auch im Rechnungshofbericht abzeichnete. Obwohl die Rechtslage im Vergleich zu Deutschland relativ eindeutig war, hat es Österreich den Betrügern tatsächlich sehr leicht gemacht. Es erfolgte kein automatischer und regelmäßiger Abgleich zwischen den eingenommenen und den rückerstatteten Steuern pro dividendenzahlender Aktiengesellschaft, wodurch auch niemandem auffiel, wenn die Rückerstattungen höher waren als die Einnahmen.¹⁶¹

Aufgrund der Ergebnisse des Rechnungshofberichts sowie den „CumEx-Files“ rollte das Finanzministerium Anfang 2019 über 150 verdächtige Fälle neu auf. Anfang März 2019 wurde durch das Finanzministerium ein potenzieller Schaden von 108 Millionen € für die Jahre 2011 bis 2013 genannt. Zudem sei es aus Basis von Kalkulationen von 2006 bis 2010 jährlich zu einem durchschnittlichen Schaden iHv 15 Millionen € gekommen, was addiert 75 Millionen € ergibt. D.h. den Berechnungen des Finanzministeriums zufolge ist in Österreich ein Schaden iHv 183 Millionen € entstanden.¹⁶²

¹⁶⁰ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 698.

¹⁶¹ Vgl <https://www.addendum.org/steuerraub/leichte-beute/>, abgerufen am 29.07.2019.

¹⁶² Vgl <https://www.derstandard.at/story/2000099557295/cum-ex-skandal-kostete-oesterreich183-millionen-euro>, abgerufen am 15.03.20019.

6 Aktuelle Beurteilung und Entwicklung

6.1.1 Aktuelle rechtliche Beurteilung von Cum / Ex – Geschäften

Nachfolgend wird erörtert, welche (steuer)strafrechtlichen Tatbestände bei der Durchführung von Cum / Ex – Geschäften mit mehrfacher Kapitalertragsteuer verwirklicht wurden.

6.1.1.1 Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten iSd § 42 dAO bzw § 22 BAO

Sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Rechtslage muss für die Erfüllung des Missbrauchstatbestands eine unangemessene rechtliche Gestaltung vorliegen.¹⁶³ Spengel führt in seinem Gutachten aus, dass es bei Cum / Ex - Geschäften mit Leerverkäufen nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten niemals zur Anrechnung der Kapitalertragsteuer und somit zu einem Steuervorteil beim Leerkäufer kommen konnte. Die Anrechnungsvoraussetzungen waren bis zum Jahr 2006 generell nicht und in den Jahren 2007 bis 2011 dann nicht erfüllt, wenn der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank eingeschaltet hat. Insoweit gab es keine Gesetzeslücke, die Verwirklichung des Missbrauchstatbestand wird verneint.¹⁶⁴

6.1.1.2 Steuer/Abgabenhinterziehung iSd § 370 dAO bzw § 33 FinStrG

Aufgrund der bereits erörterten Tatsache, dass bei Cum / Ex – Geschäften niemals die Voraussetzungen zur Erstattung bzw Anrechnung der Kapitalertragsteuer vorlagen, ist der objektive Tatbestand der Steuer- bzw Abgabenhinterziehung erfüllt, da eine Erstattung durch den Leerkäufer nicht möglich war, jedoch trotzdem durch die Bescheinigung regelmäßig begehrt wurde. Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ist zu prüfen, ob der Leerverkäufer zumindest „*dolus eventualis*“ hatte, dh ob er billigend in Kauf nahm, dass er bis zur Adaptierung des Gesetzeslage im Zuge des deutschen Jahressteuergesetzes 2007 durch die erhaltene Kompensationszahlung keine Einkünfte iSd § 20 Abs 1 dEStG erzielte und in Folge keine Kapitalertragsteuererstattung möglich gewesen war. In den nachfolgenden Jahren ist relevant, ob er billigend in Kauf nahm, dass keine Kapitalertragsteuer durch Steuerabzug erhoben wurde.¹⁶⁵

¹⁶³ Vgl dazu § 42 Abs 2 dAO sowie § 22 Abs 2 BAO.

¹⁶⁴ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 97.

¹⁶⁵ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 97.

Da es in Österreich durch die Beteiligten zu mehrfachen Anträgen für identische Sachverhalte gekommen ist, wird die Erfüllung des subjektiven Tatbestands leichter nachzuweisen sein. Im Allgemeinen wird dies jedoch vom jeweiligen Einzelfall abhängig sein.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass weder das deutsche noch österreichische Steuerrecht in den Jahren 1999 bis 2012 die Möglichkeit bot, eine einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer in rechtmäßiger Weise mehrfach erstatten zu lassen. Eine Gesetzeslücke hat insoweit nie bestanden.¹⁶⁶

6.1.2 Haftung der Banken

Sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Rechtsordnung ist festgelegt, dass der Abzugsverpflichtete der Kapitalertragsteuer dem Bund für die Einbehaltung und Abfuhr der Kapitalertragsteuer haftet.¹⁶⁷ Sämtliche den Leerkäufern im Zuge von Cum / Ex – Geschäften ausgestellten Steuerbescheinigungen waren falsch, da die Kapitalertragsteuer von diesem tatsächlich nicht abgeführt wurde. In der Literatur ist man der Meinung, dass es auf ein Verschulden nicht ankommt, dh selbst wenn die Depotbank des Leerkäufers nicht erkannte, dass es sich um einen Leerverkauf handelte, haftet sie dem Fiskus für den ihm entstandenen Schaden.¹⁶⁸

Den Depotbanken war zudem bekannt, wann Aktien eingeliefert wurden und wie lange sie gehalten wurden. Im Falle der Einlieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag in das Depot des Leerkäufers sowie des Erhalts einer zeitnahen als Dividende titulierten Zahlung, musste die Depotbank wissen, dass es sich um ein Cum / Ex - Geschäft handelte und der Fall eines Leerverkaufs vorliegen hätte können.¹⁶⁹

In Deutschland startete der damalige Finanzminister Wolfgang Schäuble bereits 2014 den Versuch, möglichst viel von der Schadensumme zurückzuholen. Die Finanzbehörden rückten im Rahmen einer konzentrierten Aktion aus und prüften die Bücher der

¹⁶⁶ Vgl Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017, 320.

¹⁶⁷ Vgl dazu § 44b Abs 6 dEStG sowie § 95 Abs 1 EStG.

¹⁶⁸ Vgl Lindberg in Blümich, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Kommentar 2016, § 45a, EStG, Rn. 16.

¹⁶⁹ Vgl Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2, 101.

Banken. Zu diesem Zeitpunkt begannen die Ministerien eine jahrelang tolerierte Praxis quasi im Handumdrehen rückwirkend für illegal zu erklären. Aufgrund des stark ausübteten Druck durch die Politik gaben vor allem die Landesbanken, wie zB die HVB, die Landesbank Baden-Württemberg und die HSH Nordbank nach und zahlten schlussendlich hunderte Millionen € an den Fiskus zurück. Die Deutsche Bank leistete gegen die Vorgehensweise der Finanzverwaltung Widerstand und ließ durch ihre Juristen ein 24-seitiges Schreiben zu dieser Thematik verfassen. Demnach sei die Vorgehensweise jahrelang vom Bundesfinanzministerium gebilligt worden und verwiesen auf die Regelungen im Jahressteuergesetz 2007. Der Gesetzgeber habe somit diesen Systemfehler gesehen und die weiterhin bestehende Systemlücke billigend in den Kauf genommen.¹⁷⁰

6.1.3 Verjährung

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich beträgt die Verjährungsfrist bei Steuer- bzw Abgabenhinterziehung zehn Jahre.¹⁷¹ Die Verjährungsfrist beginnt sobald die mit Strafe bedrohte Tätigkeit abgeschlossen wurde und wird durch nach außen erkennbaren Amtshandlungen zur Geltendmachung des Abgabenanspruches der Behörde innerhalb der Verjährungsfrist um ein Jahr verlängert.¹⁷² In Folge können Cum / Ex – Geschäfte, welche vor dem Jahr 2009 getätigten wurden und bis dato noch keine konkreten Ermittlungsmaßnahmen begonnen haben, nicht mehr verfolgt werden. In Österreich spricht man von einem Schaden iHv 75 Millionen €, welcher bereits verjährt und somit verloren ist.¹⁷³ Um den Verjährungsschaden in Deutschland und Österreich möglichst gering zu halten, müssen wohl die Personalressourcen im Fiskus erhöht werden.

6.1.4 Durchsetzung von Rückforderungsansprüchen

Die österreichische BAO enthält derzeit keinen expliziten Titel zur Rückforderung von zu Unrecht bzw. rechtsgrundlos erlangter Leistungen im Rahmen von Rückzahlungen der Abgabenbehörden. In Deutschland ist die Grundlage dieses Rückforderungsanspruch in § 37 Abs 2 dAO verankert:

¹⁷⁰ Vgl Ex und hopp, DER SPIEGEL, Ausgabe 39/2014, 66 ff.

¹⁷¹ Vgl dazu § 169 Abs 2 dAO sowie § 207 Abs 2 BAO.

¹⁷² Vgl dazu § 209 Abs 1 BAO.

¹⁷³ Vgl <https://www.derstandard.at/story/2000101072620/cum-ex-schaden-von-75-millionen-euro-fuer-oesterreich-verloren>, abgerufen am 04.08.2019.

„Ist eine Steuer, eine Steuervergütung, ein Haftungsbetrag oder eine steuerliche Nebenleistung ohne rechtlichen Grund gezahlt oder zurückgezahlt worden, so hat derjenige, auf dessen Rechnung die Zahlung bewirkt worden ist, an den Leistungsempfänger einen Anspruch auf Erstattung des gezahlten oder zurückgezahlten Betrags. Dies gilt auch dann, wenn der rechtliche Grund für die Zahlung oder Rückzahlung später wegfällt.“

Besonders problematisch für die Durchsetzung von Rückforderungsansprüchen zu Unrecht erstatteter Kapitalertragsteuer durch den österreichischen Fiskus ist die Tatsache, dass die Erledigung von Erstattungsanträgen durch die Finanzverwaltungen nicht mittels Bescheiderlassung erfolgte. Im Zuge der Untersuchungen des Rechnungshofes im Jahr 2018 wurde ersichtlich, dass inhaltlich stattgegeben Anträge ohne Bescheiderlassung erledigt wurden. Die Erledigung erfolgte ausschließlich durch Überweisung - begründet wurde dieses Fehlverhalten der Abgabenbehörden mit Personalmangel und fehlender Automatisierungen im Erstellungsprozess. Wäre die Erledigung mittels Bescheid erfolgt, käme eine Aufhebung bzw Abänderung gemäß § 293 ff BAO in Frage. Das Finanzamt vertrat über Nachfrage des Rechnungshofs die Ansicht, dass die Erledigung von Erstattungsanträgen stets mit Bescheid zu erfolgen habe, unabhängig von der inhaltlichen Entscheidung. In Folge dessen stellt die Steuererstattung des Finanzamts eine rechtsgrundlose Zahlung dar. Eine allfällige nachträgliche Bescheiderlassung (Abweisung oder Zurückweisung) über den Erstattungsantrag würde kein Leistungsgebot zur Rückgängigmachung der rechtsgrundlosen Zahlung des Finanzamts an den Antragsteller darstellen.¹⁷⁴ Aufgrund der fehlender abgabenrechtlichen Bestimmungen kommt nur ein zivilrechtliches Verfahren in Frage. Eine denkbare und durchsetzbare Anspruchsgrundlage wäre § 1431 ABGB (Zahlung einer Nichtschuld).

Am 03.07.2019 wurde ein entsprechender Initiativantrag des Nationalrats für die Implementierung einer ausdrücklichen Rückforderungsbestimmung iZm Cum / Ex – Geschäfte im Parlament eingebracht., welcher sich derzeit in Begutachtung befindet.¹⁷⁵ Demnach soll zukünftig im § 241a der BAO folgendes geregelt werden:

¹⁷⁴ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35, Tz 21.1.

¹⁷⁵ Vgl Initiativantrag 983/A XXVI. GP, eingebracht am 03.07.2019.

„Wer Rückzahlungen oder Erstattungen aufgrund abgabenrechtlicher Vorschriften ohne Rechtsgrund erlangt hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.“

Bisher hat das BMF für die Jahre 2011 und 2012 drei Rückforderungsbescheide auf abgabenrechtlicher Grundlage für ein Volumen von rund 8,4 Mio € erlassen, wobei zum derzeitigen Zeitpunkt aufgrund der oben erläuterten noch nicht umgesetzten Gesetzesänderung noch nicht sicher ist, ob das Geld zurückgefordert werden kann.¹⁷⁶

6.1.5 Aktuelle Rechtsprechungen

Das jüngste Urteil zu einem Cum / Ex - Verfahren wurde im Juli 2019 durch das Finanzgericht Köln getroffen. Der Richter hat erstmals in einem Musterverfahren entschieden und klar Stellung zum Nachteil der Anleger bezogen. Der Kläger (Leerkäufer) begehrte eine Rückerstattung von Kapitalertragsteuer, obwohl diese faktisch nie von ihm abgeführt bzw bezahlt wurde. Er vertrat jedoch die Ansicht, dass er als wirtschaftlicher Eigentümer einen Rückerstattungsanspruch besitze und forderte die Rückerstattung bei der Finanzbehörde ein. Der Antrag wurde in erster Instanz abgelehnt – das Finanzgericht Köln beschäftigte sich als zweite Instanz mit der eingebrachten Beschwerde. Der Richter führte in der mündlichen Urteilsformel aus, dass Konstruktionen von Cum / Ex – Geschäften lediglich auf Erreichung einer mehrfache Rückerstattung von Kapitalertragsteuer abzielen und es denklogisch zu keiner mehrfachen Erstattung von nur einmal abgeföhrter Kapitalertragsteuer kommen kann. Eine Revision zum Bundesfinanzhof wurde in diesem Verfahren zugelassen.¹⁷⁷

7 Zusammenfassung und Conclusio

Die Besonderheit von Cum / Ex – Geschäften im Vergleich zu anderen Steuerhinterziehungsmodellen der Vergangenheit ist, dass es nicht um Steuerarbitrage, sondern um die zweifache Anrechnung bzw Erstattung von nur einmal einbehaltener Kapitalertragsteuer geht. Die Rendite wurden nicht durch einen Steuerausfall, sondern durch eine „Negativsteuer“ erreicht. Ermöglicht wurde diese Vorgehensweise durch das Zusammenspiel der Regelungen zu Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auf Dividenden, der Börsenbedingungen sowie der Dividendenregulierungen. In Deutschland sind bis zum Jahr 2012 der

¹⁷⁶ Vgl <https://diepresse.com/home/wirtschaft/boerse/5663798/Finanzminister-will-Schaeden-aus-CumExFaellen-zurueckfordern>, abgerufen am 04.08.2019.

¹⁷⁷ Vgl FG Köln vom 19.07.2019, 2 K 2672/17.

Einbehalt und die Abführung der Kapitalertragsteuer bei Dividenden sowie die Bescheinigung institutionell auseinandergefallen. Ersteres erfolgte durch den Emittenten der Aktien, zweites durch die jeweilige inländische Depotbank. Diese Sollbruchstelle wurde von den Akteuren ausgenutzt. Die Marktteilnehmer konnten bis zum Jahr 2007 unter Einschaltung in- und ausländischer Kreditinstitute und bis zum Jahr 2012 nur mehr unter Einschaltung ausländischer Kreditinstitute derartige Transaktion abwickeln um eine mehrfache Steuererstattung zu erreichen. Bei den öffentlich bekannt gewordenen Varianten von Cum / Ex - Geschäften mit Leerverkäufen handelte es sich vorrangig um Anlageprodukte, welche von Banken sowie deren Beratern entwickelt wurden und vermögenden Privatpersonen angeboten wurden. Die entwickelten Modelle basierten auf einem taktierten Gesamtplan, in den neben Banken auch die Aktieninhaber, die Leerverkäufer, die Leerkäufer sowie die Broker involviert waren. Die Broker fungierten als unverzichtbare Schnittstelle um den reibungslosen Ablauf der Transaktionen gewährleisten zu können. Neben des geringen Bedarfs an Eigenkapital sowie den verschiedenen Möglichkeiten zur Kursabsicherung resultierten aufgrund der kurzen Abwicklungsduer auch nur sehr geringen Finanzierungskosten und in Folge keinerlei Risiken für die Anleger und unermessliche Rendite. Die Abwicklung über ausländische Depotbanken war von Beginn an der treibende Faktor, da diese niemals Kapitalertragsteuer auf Dividendenkompensationszahlungen einbehielten. Zusätzlich wurde diese Vorgehensweise durch die gesetzliche Entwicklung in Deutschland befürwortet, in dem durch die Änderungen im Zuge des Jahressteuergesetzes 2007 explizit nur Kompensationszahlungen unter Einschaltung inländischer Depotbanken regelten. Jedoch ist klar festzuhalten, dass es auch bis zum Jahr 2012 bei Cum / Ex - Geschäften rechtlich nie möglich war, einmal einbehaltene und abgeführt Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen bzw erstattet zu bekommen – es gab keine Gesetzeslücke. Bis zum Jahr 2006 scheiterte die Anrechnung der Kapitalertragsteuer durch den Leerkäufer daran, dass dieser nie wirtschaftliches Eigentum an den Aktien am Dividendenstichtag erlangte. Er erzielte in Folge keine Dividende, dies war jedoch Tatbestandsvoraussetzung der Anrechnung. Ab dem Jahr 2007 scheiterte die Anrechnung bzw Erstattung daran, dass auf die Kompensationszahlungen keine Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Nach dem Wortlaut der Steuergesetze war es zwischen 1999 und 2011 zu keinem Zeitpunkt rechtlich möglich, einmal einbehaltene und abgeführt Kapitalertragsteuer mehrfach erstattet zu bekommen. Wurde vom Leerkäufer trotzdem die Erstattung der Kapitalertragsteuer begehrt, ist davon auszugehen, dass der objektive Tatbestand der Abgabenhinterziehung verwirklicht wurde. In Deutschland wurde die Problematik der mehrfachen Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer erst durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz im Jahr 2012 beseitigt, in dem das

Schuldnerprinzip durch das Zahlstellenprinzip ersetzt wurde. Seitdem sind die auszahlenden Depotbanken sowohl zum Einbehalt als auch zur Abführung der Kapitalertragsteuer verpflichtet.

Im Vergleich zur früheren Rechtslage in Deutschland gab es in der österreichischen Rechtslage keine derartigen Zweifelsfragen. Jedoch wurde durch die Komplexität des Steuerrechts und des Abgabenverfahrens sowie die damit einhergehenden zahlreichen Antragsmöglichkeiten und -formulare eine Möglichkeit zur doppelten Rückerstattung von Kapitalertragsteuer geschaffen. Laut dem Rechnungshofbericht aus dem Jahr 2018 führten ein veraltetes IT-System, geringe Personalressourcen und die mangelhafte Abstimmung und Überprüfung der Anträge auch in Österreich zur mehrfachen Erstattung von Kapitalertragsteuern.¹⁷⁸

Es ist unbestritten, dass die Akteure von Cum / Ex – Geschäften (Banken, Rechtsanwälte, Gutachter, Wirtschaftsprüfer, Broker und Investoren) eine unfassbare Skrupellosigkeit bei der Entwicklung und Durchführung der Modelle an den Tag legten, wenn es um die möglichst unbemerkte und trickreiche Abwicklung ging. Jedoch liegt es klar in der Verantwortung eines funktionierenden Staatsapparates entsprechende Strukturen zur Verhinderung von Missständen dieser Größenordnung zu schaffen.

¹⁷⁸ Vgl Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23, 699.

Literaturverzeichnis

Monografien und Kommentare

Artemann in *Jabornegg/Strasser*, AktG I6 § 53 Rz 7.

Bergmann in *Straube*, UGB³ (2016) § 231 Rz 78.

Bodis, Einkünftezurechnung bei zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften (2011).

Heichrich in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, Kommentar EStG¹⁷ (2014) § 10 Rz 47.

Kirchmayr in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG § 27 Tz 30.

Kofler/Tumpel in *Achatz/Kirchmayr* (Hrsg), Körperschaftsteuergesetz (2011) § 10 Rz 186.

Lindberg in *Blümich*, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Kommentar 2016, § 45a, EStG, Rn. 16.

Oppitz in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht², Rz 2/36.

Petritz in *Hofstätter/Reichel* (Hrsg), Die Einkommensteuer (EStG 1988) - Kommentar (57. Lfg 2014) zu § 27 Abs 5 EStG 1988 neu.

Peyerl, Die Verlagerung von Einkünften (2015).

Ruppe, Übertragung von Einkunftsquellen, in *Tipke*, Übertragung von Einkunftsquellen², DStJG, Bd 1 (1979).

Schön, Cum-/Ex-Geschäfte – materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Fragen, Recht der Finanzinstrumente, 2015.

Beträge in Sammelwerken

Aigner/Prechtl-Aigner in *Aigner/Kofler/Tumpel*, DBA, OECD-Musterabkommen, Art 10 Rz 50-91.

Blasina/Moderassy/Schellmann in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock* (Hrsg), Die Körperschaftsteuer (2013) § 21 Rz 118.

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007).

Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/171.

Kofler/Marschner, Zweifelsfragen zur Kapitalertragsteuerentlastung und Kapitalertragsteuerstattung im Konzern, in *Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel*, Praxisfragen der Unternehmens-besteuierung (2011).

Kofler/Kanduth-Kristen/Kofler/Aigner in
Bertl/Djanani/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik/Rohn
(Hrsg), Handbuch der österreichischen Steuerlehre Band I, Teil 1: Theorie und Methoden,
Steuerarten und Abgabenverfahren⁴, 2015.

Beiträge in Fachzeitschriften

Blum, Einkünftezurechnung und KESt-Rückerstattung bei Cum/Ex-Geschäften, ÖStZ 2015/12.

Gassner, Grundsatzfragen der Einkünftezurechnung, RdW 2003.

Kaeser/Wassermeyer in W/K/L/S 3 Art 10 Rz 59.

Kirchmayr/Lechner, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Steuerrecht, RdW 2006/616.

Klein, Gewaltenteilung – Umgang der Finanzverwaltung mit der Legislative am Beispiel der Cum-ex-Geschäfte, BB 2013.

Loukota, Entlastung ausländischer Pensionskassen von der österreichischen Kapitalertragsteuer, SWI 2012.

Petutschnig/Resenig, Cum/Ex-Geschäfte – Steuerskandal auch in Österreich, ÖStZ 2018/23.

Seip/Füllbier, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, BB 2007.

Judikatur

BFG 10. 6. 2014, RV/7100104/2013.

BFH vom 15.12.1999, I R 29/97.

BFH 16.04.2014, I R 2/12.

BMF 18. 9. 2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014.

FG Hessen vom 8.10.2012, 4 V 1661/11.

FG Köln vom 19.07.2019, 2 K 2672/17.

OLG Köln vom 11.12.2014, 7 U 23/14.

VwGH 29.7. 2010, 2007/15/0248.

Sonstiges

EAS 3345 vom 21.11.2014, Bundesministerium für Finanzen.

Ex und hopp, DER SPIEGEL, Ausgabe 39/2014.

Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2018/35.

BMF-Schreiben vom 05.05.2009 zur Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuer bei über den Dividendenstichtag noch zu regulierenden Geschäften, IV C 1 -S 2252/09/10003.

Hirte/Krüger/Pitterle/Schwarz/Schick, Bericht des deutschen Bundestages, Drucksache 18/12700 vom 20.06.2017.

<https://correctiv.org/top-stories/2018/10/18/the-cumex-files/>.

<https://www.addendum.org/steuerraub/leichte-beute/>.

<https://www.capital.de/wirtschaft-politik/hanno-berger-besuch-bei-mr-cum-ex>.

<https://www.derstandard.at/story/2000099557295/cum-ex-skandal-kostete-oesterreich183-millionen-euro>.

<https://www.derstandard.at/story/2000101072620/cum-ex-schaden-von-75-millionen-euro-fuer-oesterreich-verloren>.

<https://diepresse.com/home/wirtschaft/boerse/5663798/Finanzminister-will-Schaeden-aus-CumExFaellen-zurueckfordern>.

<https://www.forex.de/ausserboerslicher-handel-otc-handel-erklaert/>.

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cum-ex-geschafte-skandal-strafverfahrensteuer-bverfg-bfh/>.

https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20181205_OTS0239.

<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/bank-sarasin-muss-45-millionen-euro-schadenersatz-zahlen/story/19926859>.

<https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/cum-ex-files-schaden-durch-cum-ex-steuerdeals-viel-groesser-als-geplant/23201416.html>.

<https://www.wienerbörse.at/wissen/boersenlexikon/buchstabe-c/clearing/>.

<https://www.wienerbörse.at/wissen/boersenlexikon/buchstabe-x/xetra/>.

Initiativantrag 983/A XXVI. GP, eingebracht am 03.07.2019.

OTS0079, 03.08.2004.

Schreiben des Bankenverbands Deutschland, 20.12.2002.

Spengel, Sachverständigengutachten MAT A-SV-2.

Willfährige Wirtschaftsprüfer, Süddeutsche Zeitung vom 25.02.19.

Winkler/Spielmann, BFH-Urteil zur Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums bei so-genannten sell-and-buy-back Aktiengeschäften rund um den Dividendenstichtag, Insurance Tax & Legal Newsflash PWC, 2014/10.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Beteiligte Personen.....	25
Abbildung 2: Grundstruktur von Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen.....	25
Abbildung 3: Wirtschaftliches Ergebnis von Cum / Ex – Geschäften mit Leerverkäufen....	26