

# Betriebs Berater

27 | 2019

AWV ... VerpackG ... VersSt ... ATAD ... KapESt ... Abschlussprüfung ... Recht ... Wirtschaft ... 1.7.2019 | 74. Jg. Seiten 1537–1600

## DIE ERSTE SEITE

Dipl.-Kfm. **Tino Duttiné**, StB

Jahressteuergesetz 2019: Gesetzgeber bei Share Deals auf dem Holzweg

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. André Lippert**, RA

Investitionskontrolle reloaded – Auswirkungen der neuen EU-Verordnung zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen | 1538

**Dr. Frank Roth**, RA, und **Dr. Markus Kaul**, RA

Rechtsschutz nach dem Verpackungsgesetz – Türöffner für das öffentliche Vergaberecht und das private Schiedsverfahren | 1543

## STEUERRECHT

**Dr. Einiko Franz**, LL.M. oec., RA/StB

Versicherungsteuer-Compliance auf dem Prüfstand – versicherungsnehmende Wirtschaft, Produktanbieter und Vermittler im Fokus (Teil II) | 1559

**Holger Engelke**, StB, und **Stephanie Hoffmann**, StB

Einfluss der ATAD und aktueller Rechtsprechung auf die Hinzurechnungsbesteuerung | 1564

**Prof. Dr. Lorenz J. Jarass** und **Dr. Gerhard Schick**

Kapitalertragsteuerbetrug einfach verhindern | 1568

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Klaus Ruhnke**

Systematik und Bindungswirkung der fachtechnischen Abschlussprüfungsnormen unter Berücksichtigung der ISA E-DE | 1579

## ARBEITSRECHT

**Dr. Erwin Salamon**, RA/FAArbR, und **Greta Groffy**, RAin

Spannungsfelder bei der Religions- und Gewissensausübung im Arbeitsverhältnis | 1588

Prof. Dr. Lorenz J. Jarass und Dr. Gerhard Schick

# Kapitalertragsteuerbetrug einfach verhindern

Durch eine Reihe von Maßnahmen wurde immer wieder versucht, eine ungerechtfertigte Erstattung von nicht gezahlter Kapitalertragsteuer für die Zukunft zu verhindern. Aber es ist wie beim Kampf gegen die Hydra: Schlag man einen Kopf ab, wachsen zwei neue nach. Der folgende Beitrag macht einen Lösungsvorschlag, wie zukünftig eine Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer systematisch und verwaltungsarm verhindert werden kann.

## I. Was sind Cum/Ex-Modelle?

Schon seit 1990 gab es erste Hinweise auf eine systematische Produktion von Steuerbescheinigungen mit dem Ziel, nicht gezahlte Kapitalertragsteuern erstattet zu bekommen.<sup>1</sup> Man stelle sich vor, ein Steuerberater findet eine Möglichkeit, dass das Finanzamt nicht gezahlte Einkommensteuer erstattet – das ist doch der Traum jedes Steuerzahlers.

### 1. Cum/Ex-Modelle

Cum/Ex-Modelle beruhen auf dem Verkauf von Aktien börsennotierter inländischer Unternehmen mit („cum“) und der Lieferung der Aktien ohne („ex“) Dividendenberechtigung.<sup>2</sup> Allerdings funktioniert das nicht bei normalen Aktienverkäufen: Wenn eine Aktie mit Dividendenanspruch z. B. 1 Tag vor dem Dividendenstichtag verkauft wird, muss die Aktie laut Börsenbedingungen 1 Tag nach dem Dividendenstichtag geliefert werden. Dabei wird durch entsprechende Sperrvermerke sichergestellt, dass nicht der Verkäufer (V1), sondern der Aktienkäufer (K) die Nettodividende zzgl. einer Kapitalertragsteuerbescheinigung erhält.

Wenn V1 die verkaufte Aktie aber gar nicht besitzt („Leerverkauf“), unterliegt der Verkauf auch keinen Sperrvermerken. V1 besorgte sich in diesem Fall 1 Tag nach dem Dividendenstichtag die bereits verkaufte Aktie außerhalb der Börse im sogenannten Over-The-Counter-(OTC-)Handel von einem Dritten (z. B. in Form einer Wertpapierleihe). Diese Aktie hatte allerdings keinen Dividendenanspruch,

da der OTC-Aktienverkäufer (V2 = Dritter) einen Tag vorher die Nettodividende zzgl. Kapitalertragsteuerbescheinigung erhalten hatte. Deshalb musste V1 dem Aktienkäufer K für die entfallende Dividende eine Kompensationszahlung in Höhe der Nettodividende leisten. Die Bank des K schrieb ihm den Betrag gut und – Achtung (!) – stellte eine Kapitalertragsteuerbescheinigung aus, weil sie

„... nicht erkennen konnte, ob ... die Zahlung letztlich die weitergeleitete Dividende selbst dar[stellte] oder ob ... es sich um eine Kompensationsleistung [handelte]. Die Depotbank bescheinigte ... den Eingang einer Zahlung in Höhe der Nettodividende und folgerte aus diesem Umstand, dass auf die Zahlung zuvor Kapitalertragsteuer abgeführt worden war. Es kam somit zur Ausstellung einer zweiten Steuerbescheinigung ... Damit eröffnet sich die Möglichkeit, Kapitalertragsteuer zurückzufordern, die nie gezahlt worden ist“.<sup>3</sup>

Natürlich hätten die beteiligten Finanzinstitute durch entsprechende Kontrollmechanismen und angemessene IT-Ausstattung in Erfahrung bringen können, ob es sich um eine Dividendenzahlung oder um eine Kompensationszahlung gehandelt hat. Hier ging es ja nicht um den Verkauf weniger Aktien, es wurden vielmehr riesige Aktienpakete zum Zweck ungerechtfertigter Kapitalertragsteuererstattung rund um den Dividendenstichtag hin und her geschoben. Insofern ist nachvollziehbar, dass die Finanzbehörden nun versuchen, auch die Depotbanken zur Deckung des entstandenen Schadens heranzuziehen, ohne dass diesen nachgewiesen werden muss, dass sie an der Konstruktion und Umsetzung von Cum/Ex-Modellen unmittelbar beteiligt waren.

<sup>1</sup> Schwarz, Cum-Ex und was daraus folgt. Informationsbrief des Netzwerks Steuergerechtigkeit Deutschland, 18.5.2019, abrufbar unter [https://netzwerkstueuergerechtigkeit.files.wordpress.com/2019/05/cumex-aufarbeitung\\_netzwerk-stueuergerechtigkeit-1.pdf](https://netzwerkstueuergerechtigkeit.files.wordpress.com/2019/05/cumex-aufarbeitung_netzwerk-stueuergerechtigkeit-1.pdf), S. 10 (Abruf: 12.6.2019; das Abrufdatum gilt auch für die folgenden Links, sofern nicht anders angegeben).

<sup>2</sup> S. hierzu: Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 des Grundgesetzes (zu Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäften) (im Folgenden: Beschlussempfehlung und Bericht), 19.6.2017, S. 164 ff., zu den einzelnen Geschäftsmodellen S. 169 ff. sowie S. 320 ff., abrufbar unter <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/127/1812700.pdf>.

<sup>3</sup> Beschlussempfehlung und Bericht, 19.6.2017, S. 321.

## 2. Cum/Fake-Modelle

Eine Weiterentwicklung von Cum/Ex-Modellen, denen ein Handel mit tatsächlich existierenden Aktien zugrunde liegt, sind Cum/Fake-Modelle, die nicht mehr zwingend einen Handel mit tatsächlich existierenden Aktien erfordern. Möglich ist das über Ersatzzertifikate für Aktien, z.B. *American Depository Receipts (ADRs)* auf inländische Aktien.<sup>4</sup> Eigentlich muss der ADR-Emittent entsprechend viele Aktien in seinem Depot halten – aber wer kann das überprüfen? Und in diesem künstlich geschaffenen Graubereich besteht der große Anreiz der Ausstellung von Kapitalertragsteuerbescheinigungen für Aktien, die es gar nicht gibt. Dadurch werden ungerechtfertigte Kapitalertragsteuererstattungen systematisch ermöglicht.

Sogenannte *Pre-Release-ADRs* werden ausgegeben für Aktien, die es noch gar nicht gibt, wodurch die beteiligten Banken für eine künstliche Vervielfachung handelbarer Papiere sorgen. Die amerikanische Börsenaufsicht SEC hat hierzu Ende 2018 Millionenstrafen verhängt, allerdings nur wegen der Verletzung der US-Finanzmarktregeln, die steuerliche Wirkung in Deutschland interessierte die SEC nicht.

In Deutschland wurde durch den Aufbau eines komplizierten Geflechts aus ADRs und *Pre-Release-ADRs* eine ungerechtfertigte Kapitalertragsteuererstattung ermöglicht. Mittlerweile laufen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Köln wegen Steuerhinterziehung gegen Deutsche Bank, Citigroup, JP Morgan, BNY Mellon.<sup>5</sup> Aber jedem Einzelnen muss ein individuelles Fehlverhalten nachgewiesen werden, eine letztlich nur schwer zu bewältigende Mammutaufgabe.

## 3. Cum/Cum-Modelle

Von Cum/Ex- und Cum/Fake-Modellen abzugrenzen sind sogenannte Cum/Cum-Modelle, die durch vorübergehenden Wechsel des Eigentümers der Aktien (z.B. in Form einer Wertpapierleihe) die Dividende an eine Institution fließen lassen, die die Kapitalertragsteuer erstatet bekommt.<sup>6</sup> Auf Cum/Cum-Modelle soll im Folgenden nicht eingegangen werden.

## II. Wodurch wird eine ungerechtfertigte Kapitalertragsteuererstattung ermöglicht?

Schon 2007 wurde im Jahressteuergesetz versucht, die ungerechtfertigte Kapitalertragsteuererstattung gesetzlich zu verhindern. Dies war u.a. deshalb erfolglos, weil die Umsetzung von Cum/Ex-Modellen über ausländische Depotbanken nicht verhindert wurde.<sup>7</sup> In den folgenden Jahren gab es eine Vielzahl von weiteren Initiativen<sup>8</sup>, die ungerechtfertigte Kapitalertragsteuererstattung zu verhindern, aber es war wie beim Kampf gegen die Hydra: Schlug man einen Kopf ab, wuchsen zwei neue nach. Allein für den Zeitraum 2005 bis 2011 wird von einem Schaden von 4,7 Mrd. Euro<sup>9</sup> bis 10 Mrd. Euro<sup>10</sup> ausgegangen.

„Entscheidend für den Erfolg von Cum/Ex-Modellen war die Scheinlegalität der Geschäfte. Nur weil sich Bankvorstände und andere Verantwortliche mit der rechtlichen Absicherung durch Parteigutachten renommierter Kanzleien oder Professoren sicher fühlten, konnten die Cum/Ex-Geschäfte einen solchen Umfang annehmen. Ein Massenphänomen konnte Cum/Ex nur werden, weil aktiv daran gearbeitet wurde, in Fachkreisen die These der Legalität der jeweiligen Geschäfte zu verankern.“<sup>11</sup>

### 1. Zahlstellenprinzip gut gemeint, ...

Seit 1.1.2012 muss zur Verhinderung einer ungerechtfertigten Kapitalertragsteuererstattung die Kapitalertragsteuerbescheinigung von dem Institut ausgestellt werden, das auch die Kapitalertragsteuer ab-

führt.<sup>12</sup> Die Einführung dieses sogenannten Zahlstellenprinzips war gut gemeint, führte aber letztlich zu einer von der Finanzverwaltung nicht mehr kontrollierbaren Vielzahl unterschiedlicher Aussteller von Kapitalertragsteuerbescheinigungen. So sieht z.B. § 45a Abs. 2 S. 1 EStG vor, dass auf Verlangen des Gläubigers der Kapitalerträge drei ganz unterschiedliche Klassen von Verpflichteten Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausstellen müssen:

„bei Vorliegen der Voraussetzungen des

1. § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 bis 4, 7a und 7b der Schuldner der Kapitalerträge,
2. § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a, 6, 7 und 8 bis 12 sowie Satz 2 die die Kapitalerträge auszahlende Stelle vorbehaltlich des Absatzes 3 und
3. § 44 Absatz 1a die zur Abführung der Steuer verpflichtete Stelle.“

Dies gilt vorbehaltlich folgender Ausnahmen:

„(3) <sup>1</sup>Werden Kapitalerträge für Rechnung des Schuldners durch ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut gezahlt, so hat anstelle des Schuldners das Kreditinstitut oder das Finanzdienstleistungsinstitut die Bescheinigung zu erteilen, sofern nicht die Voraussetzungen des Absatzes 2 Satz 1 erfüllt sind. <sup>2</sup>Satz 1 gilt in den Fällen des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 entsprechend; der Emittent der Aktien gilt insoweit als Schuldner der Kapitalerträge.“

### 2. ... aber in der Praxis nicht kontrollierbar

Woher soll der vor Ort zuständige Finanzbeamte wissen, ob die für eine Kapitalertragsteuererstattung vorgelegte Kapitalertragsteuerbescheinigung korrekt ist? Er muss dafür u.a. prüfen und entscheiden, ob die vorgelegte Kapitalertragsteuerbescheinigung von der richtigen Stelle ausgefertigt wurde und ob eine Erstattung der Kapitalertragsteuer angezeigt ist. Hierfür ist eine detaillierte Einzelfallprüfung erforderlich, die sehr viel Zeit und Kosten verursacht und fehleranfällig ist. Letztlich müsste der Finanzbeamte alle größeren Bescheinigungen einer übergeordneten Prüfstelle, z.B. dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt), zur Prüfung vorlegen und die dortigen Kollegen müssten – wie derzeit bei größeren Beträgen üblich – mit mühsamen Einzelfallprüfungen versuchen herauszufinden, ob alles seine Ordnung hat. Damit kann in der Praxis die Korrektheit einer ausgestellten Kapitalertragsteuerbescheinigung nicht mehr systematisch und flächendeckend kontrolliert werden. Wer später im Einzelfall erwischt wird, erklärt öffentlich seine Unschuld und verzichtet in dem jeweiligen Einzelfall auf die Kapitalertragsteuererstattung.

Der Steuerbetrug bei Kapitalertragsteuererstattung wird also wahrscheinlicher, wenn nicht die Institution, die die Dividende erwirtschaftet hat (im Folgenden beispielhaft als „Aktiengesellschaft“ bezeichnet), die Bescheinigung über Kapitalertragsteuer ausstellt, sondern die Finanzinstitution (im Folgenden als „Bank“ bezeichnet), die die Dividende im Auftrag der Aktiengesellschaft an den Aktionär transferiert.

Damit werden dauerhaft und systematisch Modelle der ungerechtfertigten Kapitalertragsteuererstattung (einmal oder auch gar nicht zah-

4 S. zu ADRs z.B. BMF, 24.5.2013 – IV C 1 – S 2204/12/10003, BStBl. I 2013, 718, und BMF, 18.12.2018 – IV C 1 – S 2204/12/10003, BStBl. I 2018, 1400.

5 S. z.B. HB vom 17.5.2019, 28 und HB vom 20.5.2019, ebenfalls 28.

6 Beschlussempfehlung und Bericht, 19.6.2017, S. 281 ff.

7 Woraus Berater eine Legalisierung einer mehrfachen Kapitalertragsteuererstattung abgeleitet haben.

8 Zu Maßnahmen der Finanzverwaltung ab 2007 s. Beschlussempfehlung und Bericht, 19.6.2017, S. 191 ff.

9 Beschlussempfehlung und Bericht, 19.6.2017, S. 372.

10 Beschlussempfehlung und Bericht, 19.6.2017, S. 464, 472.

11 Beschlussempfehlung und Bericht, 19.6.2017, S. 510.

12 Mit dem OGAW-IV-Umsetzungsgesetz vom 26.6.2011 wurde das Zahlstellenprinzip eingeführt, das heißt die Verlagerung des Kapitalertragsteuerabzuges von den ausschüttenden Aktiengesellschaften oder Investmentfonds auf die auszahlenden Stellen (Kreditinstitute oder Clearstream AG).

len, mehrfach kassieren) in immer wieder neuen Facetten (Cum/Ex, Cum/Fake, Cum/?) ermöglicht. Dies werden auch zukünftig kriminelle Institutionen nutzen, mit denen dann in der Öffentlichkeit die korrekt handelnden deutschen Banken und deutschen Aktiengesellschaften in einen Topf geworfen werden.

### III. Lösungsvorschlag

(1) Zukünftig soll nicht mehr die ein Aktiendepot verwaltende Bank Kapitalertragsteuer einbehalten und Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausstellen.

(2) Vielmehr soll zukünftig folgende Vorgehensweise gelten:

(2a) Ausschließlich diejenige Aktiengesellschaft, die die Dividende ausgeschüttet hat, führt – wie bis 2011 – für alle Aktien Kapitalertragsteuer ab.

(2b) Die Aktiengesellschaft stellt – das ist neu (!) – für jede Aktie eine dieser Aktie zuordenbare Kapitalertragsteuerbescheinigung aus (das entspricht einer numerierten „Pfandmarke“<sup>13</sup> an der Theatergarderobe).

(2c) Die Aktiengesellschaft meldet – das ist neu (!) – alle ausgestellten Kapitalertragsteuerbescheinigungen an ein zentrales Prüfungssystem der deutschen Steuerverwaltung (z. B. das BZSt).

(2d) Die Aktiengesellschaft schreibt der depotführenden Bank nicht mehr – wie derzeit – den Bruttobetrag der Dividende gut, sondern – wie bis 2011 – nur noch den Nettobetrag der Dividende unter Abzug der von der Aktiengesellschaft gezahlten Kapitalertragsteuer.

(3) Die Bank leitet – wie derzeit – die Dividende im Auftrag der Aktiengesellschaft an den Aktionär weiter und schreibt dem Aktionär – wie derzeit – die Dividende gut unter Berücksichtigung der geltenden Regelungen der Abgeltungsteuer.

(4) Der Aktionär muss im Regelfall – wie derzeit – seine Kapitalerträge nicht bei seiner Einkommensteuererklärung angeben, weil darauf schon Abgeltungsteuer in Form von Kapitalertragsteuer gezahlt worden ist.

(5) Der Aktionär kann – wie derzeit – alternativ seine Kapitalerträge bei seiner Einkommensteuererklärung angeben und eine Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer beantragen. Hierfür ist – wie derzeit – zwingende Voraussetzung die Beifügung einer Kapitalertragsteuerbescheinigung, die er – wie derzeit – von der depotverwaltenden Bank erhält. Die Kapitalertragsteuerbescheinigung wird aber – das ist neu – nicht mehr von der Bank ausgestellt, sondern direkt von der Aktiengesellschaft und an die Bank weitergeleitet.

(6) Das Finanzamt lässt die – das ist neu (!) – nun jeder einzelnen Aktie zuordenbare Kapitalertragsteuerbescheinigung vom zentralen Prüfungssystem prüfen. Meldet das zentrale Prüfungssystem Probleme, z. B. weil die Kapitalertragsteuerbescheinigung nicht von der Aktiengesellschaft an das Prüfungssystem gemeldet wurde oder schon von Dritten für eine Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer gemeldet worden ist, wird die Kapitalertragsteuerbescheinigung nicht anerkannt. Der Aktionär muss nun geeignete Schritte zur Aufklärung anstoßen, ggf. unter Mithilfe seiner depotführenden Bank.

(7) Sonderfall Freistellungsantrag<sup>14</sup>: In diesem Fall schreibt die Bank dem Aktionär die von der Aktiengesellschaft überwiesene Netto-Dividende gut. Anschließend beantragt die Bank bei ihrem Betriebsstättenfinanzamt eine Rückerstattung der Kapitalertragsteuer unter Angabe der entsprechenden Kapitalertragsteuerbescheinigung. Das Betriebsstättenfinanzamt lässt die – das ist neu (!) – nun jeder einzelnen Aktie zuordenbare Kapitalertragsteuerbescheinigung vom zentralen Prüfungssystem prüfen. Meldet das zentrale Prüfungssystem Probleme,

z. B. weil die Kapitalertragsteuerbescheinigung nicht von der Aktiengesellschaft an das Prüfungssystem gemeldet wurde oder schon von Dritten für eine Anrechnung oder Erstattung der Kapitalertragsteuer gemeldet worden ist, wird die Kapitalertragsteuerbescheinigung nicht anerkannt. Der Aktionär muss nun geeignete Schritte zur Aufklärung anstoßen, ggf. unter Mithilfe seiner depotführenden Bank.

Nach Erhalt der Kapitalertragsteuer schreibt die Bank die Kapitalertragsteuer dem Aktionär gut.

(8) Ausländische Quellensteuer wird vom deutschen Fiskus nur auf die Steuerschuld angerechnet, aber nicht erstattet. Deshalb besteht hier kein Risiko einer mehrfachen Kapitalertragsteuererstattung. Für Dividendenzahlungen von ausländischen Firmen, soweit diese in einem inländischen Depot verwaltet werden, kann deshalb alles unverändert bleiben: Hier wird – wie derzeit – Abgeltungssteuer durch die das Aktiendepot verwaltende Bank unter Berücksichtigung von Freistellungsanträgen abgezogen und ausländische Quellensteuer angerechnet bzw. ausgewiesen.

### IV. Fazit

Durch den Vorschlag könnte systematisch und dauerhaft Betrug im Bereich der Kapitalertragsteuererstattung verhindert werden, ohne dass ansonsten das System der Aktienverwaltung und Dividendenzahlung nennenswert geändert werden müsste.

Fast alles bleibt, wie es ist. Die Finanzverwaltung muss nur einen zentralen Server aufsetzen, bei dem die Unternehmen die ausgestellten Kapitalertragsteuerbescheinigungen melden. Die Finanzbeamten haben viel weniger Arbeit, weil sie nur noch die zur Steueranrechnung oder Steuererstattung eingereichten Kapitalertragsteuerbescheinigungen an den Zentralserver melden müssen und bei Negativantwort die Steueranrechnung bzw. Steuererstattung ohne weitere Prüfung verweigern können.

Die Alternative ist, dass entweder im Vorfeld gar nicht kontrolliert wird, dann fallen enorme Betrugskosten an, oder dass jeder einzelne Antrag auf Kapitalertragsteuererstattung von der Finanzverwaltung händisch geprüft werden muss (wie derzeit stichprobenweise), was enorme Verwaltungskosten verursacht und im Einzelfall Steuerbetrug doch nicht verhindern kann.

**Prof. Dr. Lorenz J. Jarass**, M. S. (Engineering, Stanford Univ.), Professor für Wirtschaftswissenschaften an der Hochschule RheinMain (Wiesbaden), Mitglied der Unternehmenssteuerreformkommission. Basierend auf seinen Ideen wurde bei der Unternehmensteuerreform 2008 die Zinsschranke und die beschränkte Abzugsfähigkeit von Zins- und Lizenzgebühreneinzahlungen bei der Gewerbesteuer eingeführt sowie in 2018 die Lizenzschranke.



**Dr. Gerhard Schick** ist Vorstand der Bürgerbewegung Finanzwende e.V. in Berlin. Von 2005–2018 war er Mitglied des Bundestages für Bündnis 90/Die Grünen, von 2013 bis 2017 stellvertretender Vorsitzender des Finanzausschusses.



<sup>13</sup> Anzinger, RdF, 1/2019, Editorial.

<sup>14</sup> Z. B. Freistellungsanträge gemäß einem Doppelbesteuerungsabkommen (bei Großaktionären relevant) oder wegen Sparerfreibetrag (bei Kleinaktionären relevant).