

Schrecken ohne Ende?

Im Blickpunkt: Steuer- und Strafsache „Cum-Ex“

Von *Florian Donath*

Die Entscheidung des Finanzgerichts (FG) Köln vom 19.07.2019 fügt sich nahtlos in die seit bereits mehreren Jahren andauernde Aufarbeitung sogenannter Cum-Ex-Deals ein.

Was versteht man unter einer Cum-Ex-Transaktion?

Sogenannte Cum-Ex-Transaktionen fanden regelmäßig bei sehr großvolumigen Aktienanlagen und immer zeitnah um den Stichtag der Dividendenausschüttung statt.

Beteiligt an der Transaktion waren regelmäßig drei Parteien: ein Aktionär A, der bereits ein großvolumiges Aktienpaket besaß, ein interessierter Aktienkäufer K sowie ein Aktienhändler H.

A besaß Aktien des Konzerns X in Höhe von 10 Millionen Euro. K war am Erwerb eines Aktienpakets in genau dieser Höhe interessiert. Anstatt die Aktien direkt von A zu erwerben, wendete sich K an H, der zu diesem Zeitpunkt nicht im Besitz von Aktien dieses Volumens war. H schloss jedoch mit K einen Vertrag zur Übertragung des Aktienpakets, wobei vereinbart wurde, dass die tatsächliche Übertragung der Aktien erst zu einem späteren Zeitpunkt von H zu bewirken ist. Dies wird als „Leerverkauf“ bezeichnet.

Da dieser Vertragsschluss vor Dividendenausschüttung stattfand, wurden Aktien „cum Dividende“ Ver-



Insgesamt wird man in der Verteidigungsargumentation bei solchen Cum-Ex-Deals verstärkt auf das subjektive Element beschränkt sein.

tragsinhalt, die höherwertiger waren als solche nach der Ausschüttung.

Am Stichtag der Ausschüttung erhielt A eine Dividende in Höhe von 1 Million Euro, von der (seit dem Jahr 2009) die sogenannte Kapitalertragsteuer (KapEST) in Höhe von 25%, also 250.000 Euro, automatisch an das zuständige Finanzamt abgeführt wurde. Über diese abgeführte KapEST erhielt A sodann eine Steuerbescheinigung seiner Depotbank, mit der er sich unter bestimm-

ten Voraussetzungen die einbehaltene Steuer anrechnen lassen konnte.

Diese Möglichkeit stand allerdings keinem Privatanleger zu, so dass beinahe ausschließlich Großinvestoren in diese Geschäfte involviert waren.

Nach der Ausschüttung kontaktierte H dann A und erwarb von ihm dessen Aktienpaket. Da dieses aufgrund der bereits stattgefundenen Ausschüttung allerdings an Wert verloren hatte, erwarb H dieses Paket zum Preis ▶

von nur noch 9 Millionen Euro. Die Differenz zum vorherigen Wert wurde durch die bereits gewährte Dividendenausschüttung an A kompensiert.

Nun übertrug H K das Aktienpaket, das nur noch einen Wert von 9 Millionen Euro hatte. Die Aktien bezeichnete man zu diesem Zeitpunkt als „ex Dividende“, da die Dividendenausschüttung bereits stattgefunden hatte. Da K H allerdings 10 Millionen Euro bezahlt hatte, leistete H 750.000 Euro und das Aktienpaket an K. Aufgrund dessen, dass es nach außen so aussah, als ob K ebenfalls KapEST auf eine Dividendenausschüttung entrichtet habe, erhielt er von seiner Bank auch eine Steuerbescheinigung in Höhe von 250.000 Euro, die er beim Finanzamt einreichte, und unter den bestimmten Voraussetzungen ebenfalls 250.000 Euro Steuern angerechnet oder ausbezahlt. Auf diese Weise erhält er also einen Gegenwert von 10 Millionen Euro von H.

Im Ergebnis konnte durch die beiden ausgestellten Steuerbescheinigungen zweimal die KapEST geltend gemacht werden, obwohl diese nur einmal an den Fiskus abgeführt worden war.

Steuerstrafrechtliche Einordnung

Steuerstrafrechtlich stellt sich nun allerdings die Frage, wen bei den Cum-Ex-Transaktionen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft.

Zum einen rückt der Aktienkäufer in den Fokus steuerstrafrechtlicher Ermittlungsverfahren. Dieser wusste in aller Regel, dass keine KapEST von ihm oder für ihn abgeführt worden war.

Die Geltendmachung der KapEST mittels der von seiner Depotbank ausgestellten Steuerbescheinigung ist daher grundsätzlich als Steuerhinterziehung strafbar,

da für ihn zu keinem Zeitpunkt diese Steuer abgeführt worden ist.

Eine andere Beurteilung liegt nur dann nahe, wenn der Käufer allein dem Händler die Abwicklung bis zum Erhalt des Aktienpakets überlassen hat und er nicht wissen konnte, dass tatsächlich keine KapEST für ihn abgeführt worden ist.

Nachdem Cum-Ex-Transaktionen allerdings beinahe ausschließlich durch Großinvestoren getätigt wurden, ist es wahrscheinlicher, dass der Käufer tatsächlich wusste, dass er durch Einreichung der auf ihn ausgestellten Steuerbescheinigung einen steuerlichen Vorteil erhält, obwohl er zuvor nicht in „Vorleistung“ gegangen war, also keine KapEST abgeführt hatte.

Daneben findet sich auch der Händler in einem Steuerstrafverfahren wieder. Je nachdem, ob er durch eine Beteiligung an dem steuerlichen Erstattungsbetrag aufgrund der Steuerbescheinigung des Aktienkäufers an dem zu Unrecht gewährten Steuervorteil partizipiert, ist er entweder Mittäter der Steuerhinterziehung oder im anderen Fall jedenfalls als Gehilfe, unter Umständen sogar auch als Anstifter der Steuerhinterziehung zu sehen.

Nachdem im deutschen Strafrecht aufgrund einer Beuteteilung regelmäßig eine mittäterschaftliche Begehung angenommen wird, ist es von übergeordneter Bedeutung, ob der Händler an dem Erstattungsbetrag beteiligt wird.

Letztlich ist auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitarbeitern der beteiligten Banken zu beleuchten.

Auf Seiten der Depotbank des ursprünglichen Aktieinhabers ist zunächst keine strafbare Handlung erkennbar, da nach oder bei Ausschüttung der Dividende

KapEST für diesen abgeführt und darüber beanstandungsfrei eine Steuerbescheinigung ausgestellt worden ist.

Strafrechtliche Relevanz kann allerdings die Ausstellung der Steuerbescheinigung durch die Depotbank des Käufers haben, da für diesen keine KapEST abgeführt worden ist.

Hier ist von entscheidender Bedeutung, welche Kenntnisse der Depotbank des Käufers zugerechnet werden können.

Bei dem Erwerb der Aktien um den Dividendenstichtag ist für die Bank objektiv nicht ersichtlich gewesen, ob diese Aktien cum oder ex Dividende erworben wurden.

Aus diesem Grund besteht hier ein Einfallstor für die Strafverteidigung. Rein objektiv betrachtet, hat die Depotbank relativ unstrittig jedenfalls eine erhebliche Hilfestellung zur Ermöglichung der späteren Steuerhinterziehung geleistet.

Fraglich ist, ob dann der subjektive Tatbestand der Steuerhinterziehung nachgewiesen werden kann.

Eine Rolle spielt hierbei, ob die Banken nicht einem Tatbestandsirrtum unterlegen sind, also ob sie nicht irrig davon ausgingen und auch ausgehen durften, dass der Erwerb des Aktienpakets cum Dividende erfolgte und daher eine KapEST für den Käufer abgeführt wurde.

Eine Nachfrage beim zuständigen Finanzamt erscheint aufgrund der Masse an Geschäften zum damaligen Zeitpunkt nicht praktikabel, und eine Antwort ist auch aufgrund des Steuergeheimnisses nicht ohne weiteres erhältlich.

Ab dem Jahr 2007 verlagerten sich die Verhältnisse insofern, als nach einer Gesetzesänderung vermehrt ausländische Banken involviert wurden, da diese ►

nicht die Pflicht hatten, deutsche KapEst an die zuständigen Finanzämter abzuführen.

Grundsätzlich findet deutsches Strafrecht nur Anwendung, wenn die Tat auf deutschem Hoheitsgebiet begangen wurde. Nur unter gewissen Voraussetzungen kann dies auch auf Auslandstaten ausgeweitet werden.

Allerdings wird eine inländische Begehung auch dann angenommen, wenn nicht nur die Handlung auf dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland geschieht (§ 3 StGB), sondern auch, wenn der tatbestandliche Erfolg dort eintritt, § 9 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB).

Da in Deutschland verkürzte Steuern im Raum stehen, ist also das Argument der nicht im Inland begangenen Tat nicht zielführend und damit auch kein geeigneter Verteidigungsansatz.

Fazit

Insgesamt wird man in der Verteidigungsargumentation bei solchen Cum-Ex-Deals verstärkt auf das subjektive Element beschränkt sein. Es ist daher geboten, Indizien zu sammeln und vorzutragen, die gegen eine (wenigstens bedingt) vorsätzliche Begehung sprechen. ◀



Florian Donath,
Rechtsanwalt, Associate, Rödl & Partner,
Nürnberg

florian.donath@roedl.com
www.roedl.com

Next issue:
September 5, 2019

www.businesslaw-magazine.com

Made in Germany

BusinessLawMagazine

Subscribe for free: www.businesslaw-magazine.com

The Business Law Magazine reports quarterly on all important questions related to German corporate, commercial, tax, labor, compliance and IP/IT law. Featuring articles written with real-world legal practice in mind, the online English-language magazine primarily targets company lawyers, managing directors, judges, prosecutors and attorneys in Germany's leading trade partners.

Published by

FRANKFURT
BUSINESS
MEDIA
DER F.A.Z.-FACHVERLAG

GLP
German Law Publishers
www.germanlawpublishers.com

Strategic Partners

McDermott
Will & Emery
Rechtsanwälte Steuerberater LLP