

18. Wahlperiode



# Deutscher Bundestag

4. Untersuchungsausschuss  
nach Artikel 44 des Grundgesetzes

## Protokoll der 5. Sitzung - Endgültige Fassung\* -

### 4. Untersuchungsausschuss

Berlin, den 14. April 2016, 13.00 Uhr  
Paul-Löbe-Haus, Saal E 400  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1

Vorsitz: Dr. Hans-Ulrich Krüger, MdB

## Tagesordnung

### Tagesordnungspunkt

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen  
(Beweisbeschluss SV-1):*

Seite 2

Prof. Dr. Christoph Spengel  
Prof. Dr. Marc Desens  
Prof. Dr. Michael Schmitt  
VRi FG Hessen Helmut Lotzgeselle  
StOAR Günther Hallmann

\* Hinweis:

Die Korrekturen der Zeugen Prof. Dr. Christoph Spengel (Anlage 2) und Prof. Dr. Michael Schmitt (Anlage 3) sind in das Protokoll eingearbeitet.



## 4. Untersuchungsausschuss

(Beginn: 13.00 Uhr)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich eröffne nunmehr unsere 5. Sitzung, in welcher wir im Rahmen der Beweiserhebung mit der öffentlichen Anhörung von Sachverständigen beginnen werden.

Ich stelle zunächst fest, dass die Öffentlichkeit hergestellt ist, und begrüße ganz herzlich die Zuschauerinnen und Zuschauer und selbstverständlich auch die Vertreter der Presse.

Bevor wir mit der Anhörung beginnen, habe ich noch einige Formalia zu erledigen und insbesondere darauf zu verweisen, dass das Fertigen von eigenen Ton- und Bildaufnahmen während der öffentlichen Beweisaufnahme grundsätzlich nicht zulässig ist. Zuwiderhandlungen gegen dieses Gebot können nach dem Hausrecht des Deutschen Bundestages nicht nur zu einem dauernden Ausschluss von den Sitzungen dieses Ausschusses sowie des ganzen Hauses führen, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Heute findet die öffentliche Beweisaufnahme aufgrund des Beweisbeschlusses SV-1 statt. Es wird Beweis erhoben zum Untersuchungsauftrag, wie er sich aus den Bundestagsdrucksachen 18/6839 und 18/7601 ergibt, durch öffentliche Anhörung der Sachverständigen Herrn Professor Dr. Christoph Spengel, Herrn Professor Dr. Marc Desens, Herrn Ministerialdirigenten Professor Dr. Michael Schmitt, Herrn Vorsitzenden Richter am Hessischen Finanzgericht Helmut Lotzgeselle und Herrn Steueroberamtsrat Günther Hallmann. Herzlich willkommen an Sie alle.

Des Weiteren stelle ich fest, dass alle fünf Sachverständigen nicht nur gekommen, sondern auch formal ordnungsgemäß geladen worden sind. Herzlichen Dank, dass Sie dieser Ladung folgen konnten und Ihre vollen Terminkalender so einrichten konnten, dass Ihre Anwesenheit am heutigen Vormittag in Berlin möglich geworden ist.

Ich habe ferner darauf hinzuweisen, dass die Bundestagsverwaltung eine Tonbandaufnahme der Sitzung fertigt. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die wörtliche Protokollierung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des endgültigen Protokolls gelöscht.

Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen - und das gilt auch für die Sachverständigen - nach der Fertigstellung zugestellt, und Sie haben die Möglichkeit - falls gewünscht -, innerhalb von zwei Wochen noch Korrekturen oder Ergänzungen vorzunehmen. Bestehen hierzu noch Fragen? - Ich sehe, das ist nicht der Fall.

Ferner wird diese Anhörung auch gemäß Beschluss des Ausschusses nach § 13 Absatz 1 Satz 4 PUAG per Video aufgezeichnet und per Video-Streaming ins Internet eingestellt. Entsprechende Einverständniserklärungen Ihrerseits - herzlichen Dank noch einmal dafür - zu diesem Verfahren liegen vor. Gibt es zu diesem Themenbereich Fragen? - Ich sehe das ist ebenfalls nicht der Fall.

Jetzt, meine Herren Sachverständigen, habe ich natürlich auch formaliter - das kennen Sie - vor Ihrer Anhörung zunächst zu belehren: Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten.

Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen diese Wahrheitspflicht hinzuweisen: Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 i.V.m. § 153 des StGB mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 i. V. m. § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie allerdings die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 StPO der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich angeordneten oder geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Das betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren.



## 4. Untersuchungsausschuss

Sollten Teile Ihrer Aussagen aus Gründen des Schutzes von Dienstgeheimnissen - hier insbesondere der Steuergeheimnisse -, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, würde ich Sie um einen Hinweis bitten, damit wir, damit der Ausschuss, einen Beschluss nach den § 14 oder 15 des Untersuchungsausschussgesetzes gegebenenfalls fassen könnte und die Sitzung in dieser von Ihnen dann angesprochenen Form fortsetzt. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Dann noch einmal kurz zum Ablauf der Anhörung. Zu Beginn haben Sie nach § 28 i.V.m. § 24 Absatz 4 PUAG die Gelegenheit, zum Beweisthema, das Ihnen ja bezeichnet worden ist, im Zusammenhang vorzutragen. Dann werde ich zu diesem Vortrag Ihrerseits als Vorsitzender einige Rückfragen stellen.

In einer anschließenden Fragerunde erhalten die Mitglieder des Ausschusses das Wort, und dies geschieht nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen. Nach dieser ersten Fragerunde, die sich in Form der so genannten Berliner Stunde gestalten wird, erfolgt eine offene Fragerunde, das heißt bis der Ausschuss, bis seine Mitglieder alle ihre Fragen nun geklärt haben. Haben Sie hierzu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Dann noch eine letzte protokollarische Bitte, die man mir auch aufgeschrieben hat. Ich möge Sie bitten, bevor Sie das Wort ergreifen, unbedingt das Mikrophon einzuschalten, weil das in der Tat ansonsten den Wert Ihrer Darlegung rein allein aus akustischen Gründen mindern würde. Sprich: wir kriegen es dann nicht mit.

Dann möchte ich Sie, Herr Professor Spengel, zunächst bitten, Ihr Eingangsstatement zu erteilen. Ich danke Ihnen.

(Die Ausführungen des Sachverständigen erfolgen teilweise anhand einer PowerPoint-Präsentation, siehe Anlage 1)

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren! Ein wesentlicher Gegenstand der Arbeit des Untersuchungsausschusses ist es, zu verstehen, was so genannte Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen sind, warum diese Geschäfte möglich waren und drittens, wie eine rechtliche Beurteilung dieser Geschäfte ausfallen kann.

Es wird ja Gegenstand der Befragung sein -, da gibt es auch verschiedene Unterlagen - wie die Cum/Ex-Geschäfte im Einzelnen funktionieren. Ich habe Ihnen ein Beispiel in den Unterlagen mitgebracht, an dem man erkennt, dass der einzige Zweck von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen um den Dividendenstichtag darin zu sehen ist, dass einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer auf Dividenden mehrfach zur Erstattung, zur Anrechnung gebracht wird. Und wenn man sich das anschaut, dann ist der „Gewinn“ aus diesen Geschäften der mehrfach erstatteten Kapitalertragsteuer. Das heißt, der Gewinn wird ausschließlich vom Staat finanziert. Und das kann um sehr beträchtliche Summen gehen. Das Beispiel in meinen Unterlagen betrifft den Fall des Finanzgerichts Hessen aus dem Jahr 2012. Da ging es um eine Kapitalertragsteuer in Höhe von 125 Millionen Euro. Dem lag eine viermal so hohe Dividende zugrunde, weil die Kapitalertragsteuer 25 Prozent ist, das heißt, 500 Millionen Euro. Damit wir uns mal vorstellen können, wie hoch der Aktienwert war, - das weiß ich jetzt nicht genau, aber wir wissen, Daimler hat vor ein paar Tagen ausgeschüttet eine Dividende von 3,25 Euro. Und der Aktienkurs ist etwa 66 Euro. Das heißt, der Aktienkurs kann durchaus das Zwanzigfache oder ein noch Mehrfaches der Dividende sein. Das heißt, diesem Sachverhalt könnte ein Transaktionsvolumen von 10 Milliarden Euro zugrunde gelegen haben.

Es gibt weitere Fälle vom Landgericht Köln. Da ging es um 462 Millionen Euro Kapitalertragsteuer. Das heißt, es ist mehr als das Dreifache. Also, wir reden hier über Volumen, die sind außerordentlich hoch. Und solche Geschäfte, die können meines Erachtens nur funktionieren, wenn sich die Beteiligten gekannt haben, wenn sämtliche Risiken ausgeschaltet wurden und wenn Preisabsprachen getroffen worden sind.



## 4. Untersuchungsausschuss

Wenn ein Rad nicht ins andere geht, dann löst man dadurch unter Umständen Kollateralschäden aus.

Zur zweiten Frage: Wie konnten diese Geschäfte funktionieren? Rein technisch? Das ist mal die erste Frage. Und technisch war das möglich, weil bis einschließlich 2011 die Erhebung der Kapitalertragsteuer und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auseinandergefallen sind. Es gab also eine Bruchstelle im System der Steuererhebung und der Bescheinigung. Die Steuer erhoben wurde von der ausschüttenden Kapitalgesellschaft und bescheinigt wurde vom Kreditinstitut des Aktieninhabers. Und wenn keine Transaktionen, Veräußerungen erfolgt sind, dann war das auch völlig unproblematisch. Dann hat man eine Bescheinigung gehabt und einmal Kapitalertragsteuer erhoben.

Die Personen oder Institutionen, die sich mit Cum/Ex-Leerverkäufen beschäftigt haben, die haben diese Bruchstelle ausgenutzt, indem sie einen zweiten Aktieninhaber ins Spiel gebracht haben, den so genannten Leerkäufer, der aber erst nach dem Dividendenstichtag erworben hat. Man hat also jetzt zwei Personen, denen man gegebenenfalls Aktien zurechnet, und man hat zwei Kreditinstitute. Und dadurch war es durch Gestaltungen möglich, einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer - das war die ausschüttende Kapitalgesellschaft - mehrfach bescheinigen und erstatten zu lassen. Und diese Bruchstelle, die wurde mit dem Jahr 2012 geschlossen, da jetzt nur noch die Bank des Aktieninhabers die Steuer abführt und auch bescheinigt. Aber das war die Technik. Das heißt, man konnte diese Bruchstelle nutzen.

In rechtlicher Hinsicht gibt es nach meiner Auffassung niemals die Möglichkeit - oder sie gab es in dem fraglichen Zeitpunkt 1999 bis 2011 nicht - einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen. Diese Geschäfte sind nach meiner Auffassung illegal in diesem Sinne, dass es das Steuergesetz nie ermöglicht hat, sie so durchzuführen. Es wurde im Schrifttum eine Gesetzeslücke herbeigeschrieben, die nach meinem Befinden niemals existiert hat.

Ich habe zu diesen Fragen, zu diesen Argumenten vor gut einem Jahr einen sehr langen Fachbeitrag verfasst, zu dem nach meinem Wissen kein Widerspruch ergangen ist. Im Gegenteil, ich fühle mich zitiert durch das letzte Urteil des Hessischen Finanzgerichts. Es gibt ein Urteil des Landgerichts Köln - sie sind alle nach diesem Aufsatz erschienen - und ein Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom Juli letzten Jahres, die sich dieser Auffassung angeschlossen haben. Insofern ist das meine Rechtsauffassung. Ihr ist - mir nicht bekannt - widersprochen worden.

Und ich fasse die Rechtsauffassung zusammen. Es ist sozusagen eine zentrale Norm im Einkommensteuergesetz, der § 36 Absatz 2 Einkommensteuergesetz, der sich mit der Anrechnung der Kapitalertragsteuer befasst. Und das Gesetz nennt drei Voraussetzungen, die kumulativ, das heißt gleichzeitig, erfüllt sein müssen. Danach muss derjenige, der Kapitalertragsteuer anrechnen möchte, auch Eigentümer der Aktien sein. Das kann bei Leerverkäufen nie der Leerkäufer gewesen sein.

Zweitens muss auf die Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten worden sein. Das war nie der Fall bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen - das erörtere ich in der Frage gerne später weiter -, da es sich hier um Dividendenkompensationszahlungen handelte, keine Dividenden. Und die waren bis einschließlich 2006 nicht kapitalertragsteuerpflichtig. Und nach einer Gesetzesänderung wurden diese Geschäfte dem Vernehmen nach überwiegend über das Ausland abgewickelt, sodass da auch keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist.

Drittens musste der Leerkäufer eine sogenannte Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegen. Die konnte er regelmäßig vorlegen, weil seine Bank die ausgestellt hat. Aber diese Bescheinigung ist objektiv falsch.

So weit zu meiner Rechtsauffassung und zu meinem Eingangsstatement. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Herr Professor Spengel. - Bevor ich jetzt zu Ihnen, Herr Professor Desens, überleite,



## 4. Untersuchungsausschuss

noch ein Hinweis. Die von Ihnen, meine Herren Sachverständigen, eingereichten schriftlichen Stellungnahmen liegen selbstverständlich - weil Sie darauf hingewiesen haben, Herr Professor Spengel - allen Ausschussmitgliedern hier vor. Das gilt also für die Ihrige genauso wie die jetzt gleich von Herrn Professor Desens bzw. die von Ihnen, Herr Schmitt, Herr Lotzgeselle und Herr Hallmann, vorgelegten schriftlichen Stellungnahmen. - Herr Professor Desens, bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Sehr geehrte Damen und Herren, ich habe ihnen da noch nicht widersprochen, weil ich habe da vorher eigentlich alles zu gesagt. Aber ich kann das jetzt gerne machen.

Ich will mich aber an die Reihenfolge halten, an Ihre Fragestellung. Die erste Frage war: Wie sind eigentlich diese Geschäftsmodelle? Was sind da die Anreize? Herr Spengel hat das so dargestellt, sich nur Leerverkäufe betrachtet und von vornherein von der Annahme ausgegangen, dass die sich verabredet haben.

An diesem Markt, an dem Dividendenstichtag tummeln sich spätestens seit 1977 angebots- und nachfrageseitig mehrere Personen. Ich fange mal bei der einen Seite an. Wir haben gewisse Anreize für Aktieninhaber, über den Dividendenstichtag ihre Aktien zu veräußern, in einem Kursgewinn die Dividende zu realisieren und nachher auch die Aktien wieder zurück zu verkaufen, also die Dividende nicht in Form einer Dividende zu realisieren, sondern durch einen Veräußerungsgewinn. Das ist ganz klassisches Dividendenstripping. Das gibt es, da kommt auch die Frage, seit 1977.

Wie ist das zustande gekommen? Das liegt im Grunde danach, dass die Veräußerung steuerlich günstiger ist als die Vereinnahmung der Dividende. Und wen betrifft das? Und zweiter Punkt: für den Inländer ist es günstiger, diese Dividende zu realisieren als für den Ausländer. Es betrifft also Steuerausländer. DAX-Aktien liegen zu 60 Prozent in ausländischer Hand. Das heißt, wir haben über den Dividendenstichtag auch heute noch immer einen Markt, wo 60 Prozent der An-

teilseigner ein Interesse haben, ein solches Dividendenstripping vorzunehmen. Weil wir diese Unterschiede in der Besteuerung haben. Ich sage nicht, dass das rechtswidrig ist oder so. Das ist eine gesetzgeberische Entscheidung, die haben wir. Darauf wird also reagiert. Und diese Geschäfte, diese Dividendengeschäfte - das sind Cum/Ex-Geschäfte mit Inhaberverkäufern oder jetzt bekannt auch Cum/Cum-Geschäfte. Die laufen immer noch. Es gibt einen guten Indikator dafür; die wollen die Aktien ja alle wieder zurückhaben. Gucken Sie einfach auf die Differenz zwischen einem Future-Preis auf eine Aktie und den Kassakurs der Aktie. Der müsste nach Lehrbuch - Zinsen ausgeschlossen - eigentlich gleich sein, weil wir beim Future nichts anders einpreisen können über die Aktienentwicklung als beim Kassapreis. Wir sind ja intelligent, das ist ein intelligenter Markt. Wir haben ja schon alle Informationen eingepreist - ist aber höher! Und das ist der Grund, warum wir hier auf einmal auf der Gegenseite Leute haben, die an diesen Markt treten.

Und Sie hören das vielleicht, dass manche sich damit verteidigen und sagen: Moment mal - die, die diese Aktien erworben haben -, ich habe nur Dividendenarbitrage-Geschäfte gemacht. Genau. Die gucken auf diesen Future-Preis. Der ist höher als der andere Preis. Aber das ist der eine, das ist der Inhaberverkäufer.

Jetzt kommt das Nächste. Auf dieser Seite, neben den Inhaberverkäufer, tritt jetzt noch der Leerverkäufer. Der Leerverkäufer guckt sich das an: Ich kann da auch ein ganz gutes Geschäft machen. Ich verkaufe die Aktien vorher, zu dem Kassakurs vorher, und beschaffe sie mir erst hinterher, wenn, was ja marktüblich ist, nach Ausschüttung der Dividende der Kurs gefallen ist. In dieser Lücke mache ich ein Geschäft. Ich muss ja quasi erst mit Aktien erfüllen, die ich dann billiger kaufe. Ich hätte keinen Vorteil. Ich habe seit 2012 auch keinen Vorteil mehr an diesen Geschäften, wenn dieser Vorteil irgendwie abgeschöpft wird. Bis 2012 war das das Problem, dass dieser Vorteil nur hinsichtlich der Dividendenkompensation abgeschöpft worden ist, aber bei diesem Leerverkäufer eben nicht hinsichtlich der Dividende, diese letzte Größe.



## 4. Untersuchungsausschuss

Ab 2007 galt das nur eingeschränkt. Dann ging das nur, weil die Abschöpfung noch möglich - - bzw. wurde das nur abgeschöpft in den inländischen Leerverkäufen. Das ist also die gleiche Rechtslage, die Herr Spengel eben hier entschieden hat.

Also da haben wir jetzt zwei. Jetzt haben wir auf der anderen Seite die Erwerber. Und Sie merken vielleicht auch immer, dass die Leute immer sagen: Ich wusste gar nicht, dass ich vom Leerverkäufer oder Inhaberverkäufer gekauft habe. Und wenn man das sich anschaut: natürlich kann es immer Absprachen geben, das bestreite ich gar nicht - also diese Situation, was Sie sagen, dass ich mich also von vornherein komplett mit irgendwelchen Leuten verabrede und dann am anderen Tag zur Börse gehe und meine Geschäfte mache. Das geht immer. Allerdings habe ich nie eine Garantie, wenn ich das börslich mache, dass das auch mein Vertragspartner wird. Ich weiß nur, dass dieser Markt da ist.

Und meine These ist hier in diesem Zusammenhang, dass das in der Tat in der Anfangsphase - wir haben ja dieses Schreiben vom Bankenverband 2002 über Absprachen - passiert ist. Ich kann es nicht belegen, aber das stelle ich mir so vor. Aber ich habe auch die anderen Berichte gelesen, dass die letzten Geschäfte, letztlich weil der Markt einfach da war, angebots- und nachfrage-seitig - es wurde ja beschrieben, was das für ein Volumen ist, und dann mehrere, die das machen -, dass der Markt da ist, dass die sich überhaupt nicht mehr absprechen mussten. Das ist dann ein Problem, auch wenn wir da nachher Verhaltensweisen zurechnen wollen, auch für das Strafrecht.

Ich will noch einen Punkt vielleicht zur rechtlichen Auffassung sagen. Herr Spengel hat ja eine relativ eindeutige Auffassung. Ich habe da gesagt: es ist aus seiner Auffassung nie rechtlich möglich gewesen. Und Sie haben die Frage gestellt, wie eigentlich diese Wirtschaftsanwälte damals auf diese gegenteilige Auffassung gekommen sind. Ich will die Frage ein bisschen erweitern und sagen: Warum sind eigentlich die Wirtschaftsanwälte darauf gekommen? Warum ist 2002 der Bankenverband auf diese Idee gekommen, hat

diese Rechtsauffassung zugrunde gelegt, das dem BMF geschickt, und hat das dann diskutiert. Es kam nie ein Widerspruch, dass das nicht so sein soll?

Dann gab es, 2006 veröffentlicht, im Jahressteuergesetz 2007 eine Gesetzesbegründung, wo in einer Passage auf Seite 48 - Sie werden gleich sagen, das ist widersprüchlich, aber ich sage, das ist eindeutig - drinsteht - ich kann es auch hier vorlesen, ich habe es mitgebracht -, die steuerrechtliche Lage, die gesetzliche Lage stellt sich so dar. Und am Ende steht dann der Satz: Na ja, bei so einem Leerverkauf hat der ursprüngliche Aktieninhaber und der Käufer nach einem Leerverkauf eine entsprechende Möglichkeit, die Kapitalertragsteuer anzurechnen. Er hat den Anrechnungsanspruch. Diese Rechtsauffassung - jetzt geht es noch weiter -, die liegt dem Geist des Gesetzes 2007 zugrunde. Ich habe - das habe ich in meinen Unterlagen nicht eingereicht - dann noch gefunden, dass es 2009 im Vorfeld dieses BMF-Schreibens ein Schreiben aus dem BMF gab an M. 2009. Es ist für Sie jetzt spannend, ob das vor dem 28. Oktober oder nach dem 28. Oktober war, wo der Minister eben informiert wird darüber, wie die Rechtslage ist. Und da ist ein vierseitiger Anhang, und der ist genau so, wie ich es jetzt beschrieben habe, genau wie in der Gesetzesbegründung. Also man hat den Minister damals entsprechend gebrieft: So ist die Gesetzeslage. Und das Dokument - da sind Klarnamen drin - stelle ich Ihnen aber gerne zur Verfügung. Aber Sie müssten das ja haben, aber man findet ja manchmal die Bäume im Wald nicht.

Gut, ich will noch mal was zum Inhalt sagen. Ich sage nur mal so weiter, ich gehe noch sogar weiter: 2011, diese Gesetzesänderung, da steht das noch mal drin. Da steht zwar drin, das ist steuermisbräuchlich gewesen, diese entsprechenden Leerverkäufe. Das setzt aber immer voraus erstmal, bevor wir zum Steuermisbrauch kommen - sage ich gleich -, dass es gesetzlich so war. Ja, das ist der nächste Punkt. Und dann wird 2011 in der Gesetzesbegründung - so war mein Einstieg eigentlich zu dem Thema - begründet, ja, und wenn Sie die Rechtslage erklärt haben wollen, gucken Sie in die Gesetzesbegründung von 2007, die habe ich eben zitiert. Also auch noch 2011.



## 4. Untersuchungsausschuss

Und dann ist auf einmal was Interessantes passiert. Dann wird auf einmal vertreten, von einem Tag auf den anderen, vom BMF: Diese Auffassung, die da jahrelang vertreten worden ist, ist unvertretbar. Herr Spengel vertritt das ja so auch. Ich will mal versuchen, dieses rechtliche Problem - es gibt ganz viele Rechtsfragen - mal auf den Punkt zu bringen. Herr Spengels Argument ist - ich weiß nicht, ob Sie das eben so deutlich gemacht haben, aber darüber müssen wir diskutieren, das ist nämlich ein gutes Argument - die zentrale Vorschrift - das ist auch nur relevant bis 2006, dieses Argument, aber das zieht sich durch - ist hier vielleicht § 39 AO. Herr Spengel sagt: Es geht nicht nach 39 AO, den wirtschaftlichen Eigentümer, dass wir - - Es ist zwingend, dass wir nur einer Person das wirtschaftliche Eigentum, also eine Aktie, zurechnen können. Das ist in dem Sinne, wenn wir beim Wortlaut von 39 AO anfangen, nicht zwingend, weil 39 AO sagt nicht, wir müssen zwangsläufig immer den zivilrechtlichen Eigentümer ausschließen. Es steht im Gesetz drin: „im Regelfall“. Das heißt also, das würde ich zurückweisen, dass man sagen kann vom Wortlaut, diese Gegenauffassung widerspricht nicht dem Wortlaut. Das heißt, wir sind jetzt in einer harten juristischen Diskussion. Wir müssen jetzt darüber diskutieren, was gilt denn jetzt. Und da gibt es im Groben zwei Rechtsauffassungen.

Die eine ist die eben von Herrn Spengel, die sagt: Nein, beim Leerverkauf. Und diese Aussage, isoliert, ist auch richtig, nicht? Der Leerverkäufer kann den ursprünglichen Eigentümer nicht ausschließen. Das ist richtig, nicht? Da hat ein anderer noch Aktien. Es sei denn, da finden Absprachen statt vorher. Da hat aber noch keiner bis jetzt drauf geachtet. Also wenn es eben solche Lager gibt, dann vielleicht sogar da. Vielleicht gab es die sogar. Aber habe ich bis jetzt also auch keine entsprechenden Belege für.

Jetzt haben wir also diesen Wortlaut. Und jetzt mal die Ehrenrettung, nicht nur für diese Wirtschaftsanwälte, sondern auch für den Bankenverband, auch für das BMF bis 2011. Ich habe mich das lange gefragt, die können doch nicht alle verrückt gewesen sein. Also, wie können die so eine verrückte Auffassung zugrunde gelegen haben?

Was haben die gedacht? Was haben die gedacht? Die haben sich die BFH-Rechtsprechung von 1999 angeschaut. Und das ist in der Tat eine Entscheidung zum Inhaberverkauf. Da wird geschrieben, wie man wirtschaftlicher Eigentümer wird, was die Position des Erwerbers ausmacht. Ja, und da sind wir uns, glaube ich, einig, dass es bis heute noch, wenn wir das Steuerrecht mal ausblenden, wirtschaftlich so ist - nicht rechtlich - wirtschaftlich so ist, dass ich, wenn ich eine Aktie kaufe, zum Kaufzeitpunkt, hier so gestellt wäre, als wäre ich der komplett Verfügungsberechtigte - ich sage jetzt nicht Eigentümer, weil das wieder ein technischer Begriff ist -, als würde mir die Aktie gehören. Das ist bis heute so.

Und jetzt guckt man in diese Gesetzesbegründung. Und zwar, wie kommt man jetzt auf die Idee. Das steht in dieser Gesetzesbegründung auch drin. Der Bankenverband sagt, das müssen auf diesen Kaufvertragsabschluss abstellen. Das ist der einzige Anhaltspunkt. Ich bezweifle das. Man könnte auch andere finden. Aber das war damals die Lage. Wir müssen auf diesen Kaufvertrag abstellen. Jetzt haben wir natürlich Leerverkäufe. Dann haben wir eine Situation, dass sich das in der Tat verdoppelt. Dann kommt der nächste Punkt. Der Erwerber, das ist die nächste Grundannahme, der kann nicht erkennen im Regelfall, ob das ein Leerverkauf ist oder nicht. Und wenn das der Fall ist, und dessen Depotbank - - Wenn wir diese Perspektive einnehmen, dann stellt sich das alles ganz anders dar, ja? Also da vielleicht mal zu diesem Punkt hierzu meine Eingangsstellungnahme.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Herr Desens, und jetzt, Herr Professor Schmitt, darf ich Sie bitten, um Ihr Eingangstatement. Auch hier, Ihre schriftliche Stellungnahme liegt den Ausschussmitgliedern vor. Ja, Herr Desens, Herr Spengel, würden Sie Ihr Mikro ausschalten, sonst klappt das leider nicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordneten, meine Damen und Herren, es ist ein althergebrachtes Grundprinzip: Wo man nehmen will, muss man geben. Ein „zuerst“ könnte man ergänzen vor dem „Geben“. Der Sinnspruch wird



## 4. Untersuchungsausschuss

dem chinesischen Philosophen Laotse zugeschrieben, der bereits im 6. Jahrhundert vor Christus gelebt haben soll.

Entsprechend einfach ist aus meiner Sicht der Befund im Zusammenhang mit den hier zur Rede stehenden Cum/Ex-Geschäften. Steuer, die erstattet oder angerechnet werden soll, muss zuvor auch tatsächlich erhoben worden sein. Dieser Grundsatz ist fest in unserer Steuerrechtsordnung verankert. Und aus dem Einkommensteuergesetz ergibt sich nichts anderes. Der Anspruch auf Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer setzt deshalb nach der einschlägigen Norm, das ist § 36 Absatz 2 Nummer 2 EStG, dreierlei voraus.

Erstens, das Vorliegen von Einkünften, die dem Steuerpflichtigen zuzurechnen und deshalb im Rahmen seiner Veranlagung zu erfassen ist. Zweitens, eine auf diese Einkünfte durch Steuerabzug erhobene Kapitalertragsteuer. Und drittens die Vorlage einer Steuerbescheinigung, aus der sich die Einkünfte und die Steuerabzugsbeträge ergeben. Eine Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer kommt danach nur in Betracht, wenn alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Mithin nur, wenn auf die zugrundeliegenden Einkünfte tatsächlich auch Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Einen mehrfachen Kapitalertragsteuerabzug auf dieselben Einkünfte sieht das Gesetz an keiner Stelle vor. Damit ist der Grundsatz, dass Kapitalertragsteuer, die nur einmal einbehalten wurde, auch nur einmal erstattet werden kann, ausdrücklich im Gesetz normiert.

Aus Sicht der Verwaltung war nicht vorstellbar, mit welcher Energie sogenannte Finanzberater und Investoren durch ausgeklügelte Cum/Ex-Geschäfte im In- und Ausland an diesem Grundsatz rütteln würden mit dem Ziel, dem deutschen Staat systematisch bereits vereinnahmte Steuergelder in schwindelerregender Höhe wieder abzugeben. Eine Zeit lang waren sie erfolgreich.

<sup>1</sup> Anmerkung des Ausschusssekretariats: in dem zitierten Urteil heißt es „AO“.

Der öffentlichen Berichterstattung zufolge entstand dem Staat durch die Anrechnung bzw. Erstattung zuvor nicht erhobener Kapitalertragsteuer ein Schaden in Milliardenhöhe. Soll das wirklich Zufall gewesen sein? Soll das wirklich zufälliges Ergebnis des üblichen Marktgeschehens gewesen sein? Die Rechtslage hat solche Doppel- oder Mehrfacherstattungen nie hergegeben, weder vor den Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2007 noch danach. Weder in Inlands- noch im Auslandsfällen. Es ist erstaunlich, dass nicht nur in der einschlägigen Beraterschaft, sondern auch in der Fachliteratur von namhaften Vertretern der Wissenschaft mit Ernsthaftigkeit und Beharrlichkeit bis heute das Gegenteil vertreten wird. Die hierzu angeführten Argumente sind bei genauerem Hinsehen nicht haltbar, und das in jedem Fall aus drei Gründen.

Erstens, die vom Gesetzgeber geforderte Zurechnung der Einkünfte beim Leerkäufer wird über eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums konstruiert, die das geltende Recht jedoch nicht hergibt. Zutreffend führt das hessische Finanzgericht in seinem fast noch druckfrischen Urteil vom 10. Februar aus: die im Schrifttum erwogene Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums sei - ich zitiere -

weder mit dem Regelungsverständnis des wirtschaftlichen Eigentums in § 39 Abs. 2 Nr. 1 der Abgabenordnung<sup>1</sup> noch mit dessen Wortlaut zu vereinbaren und verstößt gegen die fundamentalen Grundsätze ... deutschen Rechts.

Zweitens, der fehlende Kapitalertragsteuerabzug auf Kompensationszahlungen wird zunächst als Gesetzeslücke dargestellt, die vom Gesetzgeber jedenfalls gebilligt worden sei. Die Mehrfachanrechnung sei im Übrigen billigend in Kauf genommen worden. Nach Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes soll sich der fehlende Steuerabzug aus einer Fiktion im § 45a EStG heraus rechtfertigen lassen. Diese Argumente kann man im Einzelnen widerlegen und sie ändern nach dem Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli





## 4. Untersuchungsausschuss

2015 - das war dies eine Strafsache, eine Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbeschluss gegen Beteiligte von Cum/Ex-Geschäften - ich zitiere -

aber nichts an dem aus der Systematik des Gesetzes folgenden Grundprinzip des steuerlichen Erstattungsverfahrens, dass nur Kapitalertragsteuer erstattet werden kann, die zuvor auch abgeführt wurde.

Dem ist zuzustimmen. Das hessische Finanzgericht führt in seinem bereits genannten Urteil ebenfalls aus - ich zitiere:

Die Ansicht, eine Anrechnung von Abzugssteuern sei unabhängig von deren Erhebung möglich, ist abwegig und verstößt gegen den eindeutigen Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG. Gleiches gilt für die mehrmalige Anrechnung einmal erhobener Steuern.

Drittens, die Annahme, dass Gesetzgeber und/oder Verwaltung Cum/Ex-Geschäfte bei voller Kenntnis geduldet oder gar gefördert hätten, ist allein schon im Hinblick auf die Größenordnung des entstandenen Steuerschadens und die strafrechtliche Relevanz der Geschäfte abwegig. Die vom Schrifttum behauptete Gesetzeslücke besteht nicht. Genauso wenig kann man der, zugegeben, rechtlich missverständlich formulierten Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 eine größere Bedeutung beimessen als dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Mit der Durchführung der Cum/Ex-Geschäfte wurde die Steuerverwaltung in dreierlei Hinsicht planmäßig getäuscht.

Erstens, die Hintergründe der Cum/Ex-Geschäfte wurden den Finanzbehörden gegenüber nicht offengelegt, weder vor Durchführung, etwa im Rahmen eines Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft, was ansonsten bei solchen Volumina üblich ist, noch bei Geltendmachung der Anrechnungsansprüche im Rahmen des Veranlagungsverfahrens. Die Finanzbehörden hatten damit lange Zeit keine konkreten Hinweise auf die Unregelmäßigkeiten bzw. die dahinter liegenden

Sachverhalte. Die Aufbearbeitung der Fälle nach Bekanntwerden der Hintergründe ist regelmäßig nur durch die Prüfungsdienste möglich und stets mit enormem Aufwand verbunden. Wie man aber sieht, findet die Aufarbeitung statt. Ansonsten gäbe es ja keine Gerichtsverfahren und entsprechende Urteile.

Zweitens, im laufenden Veranlagungsverfahren können die Finanzbehörden jedenfalls ohne Kenntnis der Vertragsbeziehungen im Einzelnen den geltend gemachten Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch nur anhand der vorzulegenden Steuerbescheinigung prüfen. Ob die Ausstellung rechtmäßig erfolgte, die Einkünfte mithin dem Antragsteller tatsächlich zuzurechnen sind und die bescheinigte Steuer tatsächlich einbehalten wurde, lässt sich der Bescheinigung aber nicht entnehmen. Die Bescheinigung entfaltet die Wirkung eines Anscheinsbeweises, das heißt, man darf ihr vertrauen, wenn keine Umstände bekannt sind, die dieses Vertrauen erschüttern. Da diese Umstände absichtsvoll und planvoll nicht offengelegt wurden, wurde bewusst auf diesen Charakter der Steuerbescheinigung als Anscheinsbeweis gesetzt. Und es hat ja auch leider funktioniert.

Drittens, für die Cum/Ex-Geschäfte wurden immer neue Durchführungswege gefunden. Nach den Rechtsänderungen durch das Jahressteuergesetz 2007 wurden die Geschäfte über ausländische Rechtsträger abgewickelt, was den Aufgriff durch die Finanzbehörden zusätzlich erschwerte. Bei den Cum/Ex-Geschäften handelt es sich um Modelle mit bedeutenden Auswirkungen auf den Staatshaushalt und durchaus strafrechtlicher Relevanz. Legal waren sie nie.

Die Bundesfinanzverwaltung hat, nachdem die Geschäfte bekannt wurden, mit der Ausarbeitung des Jahressteuergesetzes 2007 reagiert. Als sich im Anschluss daran zeigte, dass die Geschäfte daraufhin mit großen Volumen über das Ausland abgewickelt wurden, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012, sozusagen als große Lösung, der gesamte Kapitalertragsteuerabzug für Dividende aus Girosammelverwahrung mit enormem Aufwand für alle Beteiligten neu organisiert, nur um



## 4. Untersuchungsausschuss

diese Ausweichreaktion zu unterbinden. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Professor Schmitt, und darf dann gleich überleiten zu Ihnen, Herrn Lotzgeselle.

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, die Gerichtsbarkeit ist erst recht spät mit der ganzen Cum/Ex-Problematik befasst worden, aber das liegt auch daran, dass sich die Gerichte nur dann zu der Sache äußern dürfen, wenn sie angerufen werden.

Wir hatten jetzt die Möglichkeit - ich denke, auch erstmals, in einem grundlegenden Urteil, was bisher schon zitiert wurde, am 10.02. diesen Jahres - einen Fall zu beurteilen, der geeignet war, zu grundlegenden Problemen dieses Bereichs Stellung zu nehmen. Und auch das Gericht ist zu dem Ergebnis gekommen, dass hier keine Gesetzeslücke vorliegt, um das mal vorwegzunehmen. Ich bin jetzt gebeten worden, zu diesem Urteil Stellung zu nehmen, dies zu referieren. Das kann ich gerne tun. Das nimmt allerdings eine gewisse Zeit in Anspruch.

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Die haben wir! -  
Heiterkeit - Vorsitzender  
Dr. Hans-Ulrich-Krüger:  
September 2017!)

Ja, in diesem Verfahren waren Streitgegenstand außerbörsliche Aktiengeschäfte, sogenannte OTC-Geschäfte, mit börsennotierten Aktien, die cum Dividende abgeschlossen wurden, bei denen die Belieferung mit Aktien jedoch abweichend von der vertraglichen Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag mit Aktien ex Dividende erfolgte.

Folgender Sachverhalt: Die Klägerin - das war in diesem Fall eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts - kaufte in erheblichem Umfang girosammelverwahrte Aktien deutscher Emittenten von verschiedenen Brokerhäusern. Es waren hier Geschäfte mit drei Brokerhäusern im Streit. Diese Aktien sollten vereinbarungsgemäß

spätestens zum Tag der Hauptversammlung geliefert werden, also cum Dividende. Es handelte sich ausschließlich um außerbörsliche Geschäfte, die über die Clearstream Banking, dem Sammelverwahrer, abgewickelt wurden. Depotbanken der Vertragspartner unserer Klägerin waren sämtlich inländische Banken, also sämtliche inländische Depotbanken. Weiterhin ging es in dem Verfahren noch um Geschäfte mit Aktien, die über die Eurex-Börse als zentralen Kontrahenten abgewickelt wurden. Auch in diesem Fall waren die Aktien verspätet geliefert worden. Und in allen diesen Fällen erhielt die Klägerin von den Depotbanken der Verkäufer eine Zahlung in Höhe der Nettodividende.

Interessant bei dem Fall und wichtig auch war, dass die Vertragspartner der Klägerin, die Brokerhäuser, ihre Aktien selbst erst kauften, um diese Lieferverpflichtungen zu erfüllen.

Sämtliche Aktiengeschäfte wurden auch, wie das üblich ist, gegen Kursveränderungen abgesichert. Und wichtig ist in dem vorliegenden Fall auch - was letztlich dazu führte, dass hier die Kapitalertragsteuer wohl nicht einbehalten wurde -, dass auf Ebene der Vertragspartner der Klägerin eine Vereinbarung getroffen wurde, wonach die Abrechnung zwischen dem Brokerhaus und den Lieferanten des Brokerhauses, unabhängig vom Tag der tatsächlichen Lieferung, bereits am Tag des Geschäftsabschlusses aufgrund der schuldrechtlichen Vereinbarung erfolgen sollte.

Das führte dazu, dass die Brokerhäuser bereits am Tag des Vertragsabschlusses über die Gewinnmarge entsprechend verfügen konnten. So, und entsprechend den getroffenen Geschäftsabschlüssen wurden dann diese Transaktionen in das Clearingsystem der Clearstream Bank eingestellt. Die Clearstream-Buchungen als solches erfolgten aber erst im Zeitpunkt, wie das so üblich ist, der tatsächlichen Ausbuchung bzw. Einbuchung der verspätet gelieferten Aktien. Die Dividendenregulierung durch Clearstream sah dann so aus, dass die Dividenden entsprechend der Meldungen der Depotbanken auf Basis der Kaufverträge zugewiesen wurden - die Dividenden bzw. die Dividendenkompensationszahlungen -, ohne zu prüfen, ob der Anspruch berechtigt ist.



## 4. Untersuchungsausschuss

Das ist so üblich bei der Clearstream. Und in einem zweiten Schritt werden dann alle verkaufenden Depotstellen mit vor dem Dividendenstichtag angestoßenen, aber erst nach dem Zeitpunkt der Coupontrennung zu regulierenden Verkäufen mit der Nettodividende rückbelastet.

Das führte in diesem Fall dazu, dass der Broker, von dem die Klägerin gekauft hatte, keine Dividendenausschüttung bekam, da sie ja keinen Aktienbestand gemeldet hatte. Sie hatte Aktien verkauft und gleichzeitig Aktien gekauft. Und das hatte sich letztendlich ausgeglichen.

Dagegen erhielt die Klägerin als letzte Erwerberin eine Kompensationszahlung von der Clearstream Bank. Und die Clearstream Bank belastete diese Kompensationszahlung rück bei der Depotbank des Brokers. Diese Depotbank des Brokers nahm aber nicht den Broker in Anspruch. Sondern durch schuldrechtliche Verträge hatte man das so geregelt, dass sich diese Depotbank gleich an den Lieferanten des Brokers wandte, was dazu führte, dass die Depotbank des Brokers den Lieferanten des Brokers mit der Nettodividende in Anspruch nahm und darauf auch keine Kapitalertragsteuer abführte.

Dies teilte sie auch der Klägerin entsprechend mit. Also in diesem Fall war klar, dass keine Kapitalertragsteuer gezahlt worden war. Man hatte hier letztendlich die systemtechnischen Abläufe und durch geschickte Vertragsgestaltung genutzt, die Abführungsverpflichtung nicht zu erkennen.

Dann die Geschäfte mit den anderen Brokern. Da war nicht aufgeklärt, ob die eigene Aktien lieferten oder ob die Geschäfte genauso liefen, wie in dem ersten Fall, dass sie sich selbst erst mit den Aktien eindecken mussten. Das ist letztlich unklar geblieben.

Jedenfalls begehrte jetzt die Klägerin die Anrechnung der Kapitalertragsteuer, die in dem einen Fall nicht gezahlt war - das stand fest - und in dem anderen Fall war unklar, ob diese Kapitalertragsteuer abgeführt worden war oder nicht.

Am Rande vielleicht noch: Aufgrund eigener Untersuchungen der Kläger gab es deutliche Hinweise darauf, dass hier im Vorfeld Absprachen einzelner Händler der Klägerin mit den Lieferanten der Broker stattgefunden haben, die die Geschäfte im Vorhinein geplant haben, so dass auch die verspäteten Lieferungen hier wohl so geplant worden waren.

Ja, soweit zum Sachverhalt. Das sind immer recht komplexe Sachverhalte. Die kann man schlecht in zwei Sätzen beschreiben. Das Gericht hat die Klage im vollen Umfang abgewiesen. Es hat dabei die Erhebung der Steuer als Voraussetzung für die Anrechnung geprüft. Das steht in dem bereits von meinen Vorrednern zitierten § 36 Einkommensteuergesetz. Dort steht, dass die anzurechnende Steuer durch Steuerabzug erhoben sein muss.

Jetzt gibt es zwei Möglichkeiten. Einmal die Zurechnung der vom Emittenten erhobenen Steuer, also von der Aktiengesellschaft. Die hat die Steuer abgeführt. Also insoweit liegt unstrittig eine Zahlung vor. Die Frage ist nur, ob diese Erhebung, diese Zahlung der Klägerin hier zugerechnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn sie zum Zeitpunkt der Coupontrennung Eigentümer oder wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie gewesen wäre. Zivilrechtlicher Eigentümer war sie nicht, da die Aktien nicht geliefert wurden. Wirtschaftliches Eigentum, und das wird geregelt in dem § 39 AO, liegt vor, wenn ein anderer als der zivilrechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den zivilrechtlichen Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Das ist letztlich die Definition des wirtschaftlichen Eigentums. Es bedarf also einer rechtlich geschützten Position des wirtschaftlichen Eigentümers, die auf den Erwerb gerichtet ist und ihm nicht mehr entzogen werden kann.

Jetzt hat der BFH in 1999 in einer Entscheidung zu Börsengeschäften, zu Geschäften über die Börse, entschieden, dass wirtschaftliches Eigentum bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags übergeht. Der BFH hat seinerzeit in dem



## 4. Untersuchungsausschuss

konkreten Fall, nach dem Gesamtbild der Verhältnisse in diesem Fall aufgrund der einschlägigen Börsenensancen, die bei solchen Börsengeschäften gelten, und den üblichen Abläufen der Börse, die Regelungen durch die Clearstream, die Wertpapiersammelbank, entschieden, dass in diesem Fall nach dem Gesamtbild der Verhältnisse bereits die eigentümerähnliche Position erworben wurde und dem Erwerber, dem Käufer nicht mehr entzogen werden kann. Diese Rechtsprechung ist meines Erachtens - und da haben wir in dem Urteil auch noch mal ausgeführt - auf außerbörsliche Geschäfte und insbesondere bei Leerverkäufen nicht anwendbar. Das sind ganz andere Umstände, denn OTC-Geschäfte, diese außerbörslichen Geschäfte, folgen keinen festen Regeln. Die können anders als Börsengeschäfte, die immer nur mit T+2, also mit einer Laufzeit von zwei Tagen abgeschlossen werden, und demzufolge von der Clearstream Bank nacheinander abgearbeitet werden können, hier taggleich abgeschlossen werden. Es können längere Erfüllungsfristen vereinbart werden, so dass es bei diesen Geschäften zwingend den Übergang des Besitzes bedarf, um hier den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf die Aktie - und das ist Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentumes - auszuschließen.

Der Leerverkäufer zum Beispiel steht in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Anteilseigner und hat demzufolge auch keinerlei Möglichkeit, den Anteilseigner von der Einwirkung auf die Aktie auszuschließen. Vielmehr kann der Anteilseigner mit den Aktien tun und lassen, was er will. Er ist in keinster Weise in der Verfügung eingeschränkt. Und dieses fehlende Ausschließungsrecht des berechtigten Eigentümers kann nicht zu wirtschaftlichem Eigentum führen. Des Weiteren sind dem Anteilseigner auch nicht die Gewinnansprüche aus den Aktien entzogen, denn der Leerverkäufer hat lediglich einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung. Also das ist eine Schadenersatzzahlung. Die eigentliche Dividende steht nach wie vor dem zivilrechtlichen Eigentümer, dem Aktieninhaber, vor.

Soweit in der Literatur vertreten wird, dass man diese Entscheidung des BFH über das wirtschaftliche Eigentum und den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertrages auch auf außerbörsliche Geschäfte oder auf den Leerverkäufer übertragen kann, ist das meines Erachtens unrichtig. Es reduziert die ausführliche Subsumtion des BFH, in dem der konkrete Sachverhalt auf die Tatbestandsmerkmale subsumiert wird, auf die Übertragung des abstrakten Rechtssatzes aus diesem Urteil, ohne sich mit dem Sachverhalt als solchen auseinanderzusetzen. Das ist meines Erachtens rechtlich nicht in Ordnung.

Das zeigt auch letztlich das Ergebnis. Das würde im Ergebnis zu einem mehrfachen wirtschaftlichen Eigentum führen. Ein solches mehrfaches wirtschaftliches Eigentum ist aber weder mit den Grundsätzen des deutschen Rechts, noch mit dem Regelungsverständnis des wirtschaftlichen Eigentums, noch mit dem Wortlaut des § 39 AO vereinbar. Ein Wirtschaftsgut kann nach dem deutschen Recht immer nur in dem Eigentum einer Person stehen.

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Gibt ja auch  
Sinn!)

Und das gilt auch für die Aktie und das gilt nicht nur im Zivilrecht, sondern das gilt auch im Steuerrecht. Nur aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtung des Steuerrechts hat man diesen § 39 AO eingeführt und damit eine Regel-Ausnahme-Norm. Man sagt, grundsätzlich ist der zivilrechtliche Eigentümer auch derjenige, der in Anspruch zu nehmen ist, es sei denn, es liegen besondere Umstände, wirtschaftliche Umstände vor, die eine Zurechnung bereits an eine andere Person zulassen. Und diese Regel-Ausnahme-Regelung führt zu dem Begriff des wirtschaftlichen Eigentums. Sie führt aber nicht zu einer Vervielfachung des Eigentums, sondern zu einer anderen Zurechnung, so dass in diesen Fällen bereits aufgrund des Umstandes, dass die in der Literatur vertretene Ansicht zu mehrfachem wirtschaftlichen Eigentum führen würde, das unzutreffend ist. Auch ist es mit dem Wortlaut der Norm nicht



## 4. Untersuchungsausschuss

vereinbar. Ich führte bereits aus - das setzt eben dieses Ausschließungsrecht voraus -, der wirtschaftliche Eigentümer muss den zivilrechtlichen Eigentümer ausschließen können von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut, hier die Aktie. Und das führte ich bereits aus, das ist beim Leerverkäufer nicht der Fall, weil er eben keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Aktien hat und darauf hat, was der Aktieninhaber mit den Aktien tut.

Ja, demzufolge war die Klägerin in diesem Fall kein wirtschaftlicher Eigentümer, so dass ihr dann die Abführung oder die Erhebung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten, also die Aktiengesellschaft, nicht zugerechnet werden kann.

Es wäre dann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob hier eine von einer Depotbank erhobene Kapitalertragsteuer anzurechnen ist.

Die Anrechnung der Kapitalertragsteuer als Erhebungsform der Körperschaftsteuer ist vergleichbar mit einer Steuervorauszahlung, setzt also zunächst die Erhebung der Steuer voraus. Die Anrechnung von Abzugssteuern ist demzufolge nur möglich, wenn sie vorher auch erhoben worden ist.

Was ist Erhebung der Steuer? Erhebung der Steuer - da muss ich zunächst mal abstellen auf denjenigen, der verpflichtet ist diese Kapitalertragsteuer zu erheben. Das ist hier nach der gesetzlichen Regelung ab 2007 bis 2011 die zwischengeschaltete Depotbank. Eine Erhebung der Steuer liegt bei der zwischengeschalteten Depotbank erst dann vor, wenn mehr eingegangen ist bei ihr, wie letztlich rausgeht. Nur dann hat sie eine Steuer erhoben, nur dann hat sie was einbehalten. Das heißt, wenn die Nettodividende ausbezahlt wird und die Depotbank nimmt den Schuldner der Kapitalerträge auch nur für die Nettodividende in Anspruch, dann liegt letztlich keine Einbehaltung vor, weil bei der zwischengeschalteten Person letztlich nichts verblieben ist.

Jetzt wird in der Literatur argumentiert, die Auszahlung der Nettodividende an die empfangende Depotbank reicht bereits aus, um hier von einer Erhebung der Steuer in Form der Einbehaltung

auszugehen. Das ist nach Ansicht des Gerichts nicht richtig. Denn diese Auszahlung ist lediglich ein Indiz, das mangels anderer Anhaltspunkte bei einem typischen Geschehensablauf allenfalls ein Anscheinsbeweis für die Erhebung der Steuer darstellt. Bei einer zwischengeschalteten Person, wie hier bei der Depotbank, kann der Nachweis für die Einbehaltung der Steuer aber dadurch geführt werden, dass von den durchgeleiteten Geldern ein Teil tatsächlich bei dieser zwischengeschalteten Person verblieben ist.

Hätte der Gesetzgeber bereits die Auszahlung der Nettodividende als Erhebung der Kapitalertragsteuer genügen lassen wollen, hätte er dies in Form einer gesetzlichen Fiktion anordnen können. Das hat er aber ersichtlich nicht getan.

Demzufolge ist erst dann von einem Einbehalt der Kapitalertragsteuer auszugehen, wenn der Differenzbetrag zwischen Brutto- und Nettodividende bei der inländischen Depotbank verblieben ist. Da das hier in dem einen Fall nicht der Fall war - bei dem einen Broker, das war unstrittig - kommt hier eine Anrechnung der Kapitalertragsteuer nicht in Betracht.

Wie ist es in den anderen Fällen mit den anderen Brokern, wo unklar ist, ob die Kapitalertragsteuer einbehalten wurde oder ob die Kapitalertragsteuer nicht einbehalten wurde?

In diesen Fällen wird vorgetragen, bereits durch die Vorlage der Steuerbescheinigung, die ja ausgestellt wird von der empfangenden Depotbank, ist der Nachweis erbracht, dass die Kapitalertragsteuer bezahlt worden ist. Das ist nach Ansicht des Gerichts allerdings nicht richtig. Denn die Steuerbescheinigung, die ist seinerzeit als zusätzlicher Nachweis, als Vereinfachung für die Finanzverwaltung eingeführt worden, um einen Nachweis für die Zahlungen der Kapitalertragsteuer zu haben. Als weiteres Tatbestandsmerkmal. Die hat demzufolge eine Doppelfunktion: einmal diese des Tatbestandsmerkmals und materielle Voraussetzung für die Abzugsfähigkeit der Kapitalertragsteuer; zum anderen dient sie als Nachweis für die einbehaltene und abgeführte Steuer. Dabei liefert sie aber nur einen Anscheinsbeweis für die Entrichtung dieser Steuer.



## 4. Untersuchungsausschuss

Würde man dieser Steuerbescheinigung über den Anscheinsbeweis hinaus eine Vollbeweiskfunktion zubilligen, dann entspricht das nicht dem Gesetzeszweck als zusätzliches Nachweismittel und würde auch den Massenverfahren, in dem die erstellt wird, nicht Genüge tun.

Auch die Haftungsregelung, die im Gesetz steht, im § 45a Absatz 7, deutet darauf hin, dass es hier entscheidend auf die inhaltliche Richtigkeit der zu bescheinigenden Tatsache ankommt. Das heißt, die Kapitalertragsteuer dient nur der Ermöglichung einer praktikablen Kapitalertragsteuer-Anrechnung. Sie ist ein Anscheinsbeweis in den typischen Fällen. In den typischen Fällen über die Börse, die vertragsgemäß ablaufen, ist die Steuerbescheinigung für die Finanzverwaltung als Anscheinsbeweis geeignet, dass hier auch entsprechende Kapitalertragsteuer abgeführt ist.

Dieser Anscheinsbeweis wird allerdings erschüttert bei außergewöhnlichen Fällen. Das sind insbesondere solche Fälle, die nicht vertragsgemäß abgewickelt werden, um den Dividendenstichtag, bei denen die Lieferung abweichend von der Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag und damit ex Dividende erfolgt. In diesen Fällen greift dieser Anscheinsbeweis nicht, und dann muss ich mich fragen, wer hat die Beweislast. Und die Beweislast für steuerbegründende Tatsachen hat das Finanzamt. Und die Beweislast für steuerentlastende Tatsachen hat der Steuerpflichtige. Und da der Steuerpflichtige hier die Anrechnung begehrt, ist das zunächst mal Sache des Steuerpflichtigen nachzuweisen, dass diese Kapitalertragsteuer gezahlt worden ist.

Und diesen Nachweis hat die Klägerin in dem vorliegenden Fall nicht erbracht, so dass das Gericht die Klage in vollem Umfang abweisen musste, weil der Nachweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer nicht erbracht war. Ich habe jetzt die Teile betreffend der Eurex-Börse zunächst mal rausgelassen. Das war, denke ich, schon umfänglich genug.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, ich danke Ihnen, Herr Lotzgeselle. Sie hatten ja

gleich zu Beginn Ihrer Ausführung darauf hingewiesen, dass Sie ein wenig mehr Zeit brauchen würden. Ich denke, um den Sachverhalt auch umfassend würdigen zu können, haben wir also in diesem Fall von der vereinbarten Zeitdauer einvernehmlich, konkludent, stillschweigend oder wie auch immer, abgesehen. - Nun, last not least Herr Hallmann, bitte sehr.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ja, sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich bin Sachgebietsleiter beim Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung in Wuppertal und in dieser Funktion ausschließlich mit der Ermittlung, Aufarbeitung von Cum/Ex-Fällen betraut. Das heißt, ich komme aus der Praxis. Wir versuchen zusammen mit Betriebsprüfungsstellen, Fahndungsstellen in ganz Deutschland und der Staatsanwaltschaft entsprechende Verfahren aufzuarbeiten und die Betroffenen einer strafrechtlichen Verfolgung zuzuführen. Die Steuerfahndung Wuppertal arbeitet seit ca. eineinhalb Jahren jetzt im Cum/Ex-Bereich. Das ist relativ kurz gegen andere Fahndungsstellen. In Hessen und Bayern arbeiten Teams bereits seit vier bis fünf Jahren an Fällen. Wobei man sich jetzt auch die Frage stellen kann: Warum Wuppertal? Ist jetzt nicht wirklich als Bankensstandort bekannt. Das liegt an dem Bundeszentralamt für Steuern, das in Bonn sitzt. Für Bonn ist als Generalstaatsanwaltschaft die Generalstaatsanwaltschaft in Köln zuständig. Wir haben in den letzten zehn Jahren aufgrund von Datenankäufen umfangreich im Bankenbereich ermittelt und dabei auch sehr intensiv mit der Staatsanwaltschaft in Köln zusammengearbeitet.

Mitte 2014 hat das Bundeszentralamt für Steuern einen Fall selbst ermittelt mit dem Verdacht auf Cum/Ex-Transaktionen und hat das Verfahren an die Staatsanwaltschaft Köln abgegeben. Die Staatsanwaltschaft Köln hat dieses Verfahren mit einem Ermittlungsauftrag an Wuppertal weitergegeben. Bis dahin hatte auch Wuppertal nur Cum/Ex aus der Presse gehört. In Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft, der betroffenen Bank und dem BZSt konnte dieser Fall Ende 2015 steuerlich und strafrechtlich erledigt werden. Das bedeutet, es wurden 80 Millionen Steuer nicht ausgezahlt und die Bank hat Strafen



## 4. Untersuchungsausschuss

insgesamt von ca. 10 Millionen gezahlt. Im August 2015 trat eine weitere Bank an die Staatsanwaltschaft Köln heran und teilte mit, dass sie ein Cum/Ex-Problem bei der Aufarbeitung ihrer Handelsaktivitäten gehabt hat. Auch dort wurde in der Zusammenarbeit mit der Bank, mit der Staatsanwaltschaft und dem BZSt der Fall letzte Woche zumindest steuerlich zum Abschluss gebracht. Mit einem Ergebnis, dass die Bank jetzt 50 Millionen Steuern zurückzahlt und 20 Millionen Hinterziehungszinsen.

Des Weiteren gab es Mitte 2015 ein Datenangebot in Sachen Cum/Ex. Ein Informant bot Wuppertal Daten über ungedeckte Leerverkäufe an. Wie wir bereits von den anderen Sachverständigen gehört haben, ist der ungedeckte Leerverkauf die Voraussetzung für ein belastetes Cum/Ex-Geschäft. Die Verhandlungen zogen sich bis Herbst 2015 hin, weil wir erst mal die Werthaltigkeit der Unterlagen prüfen mussten, ob es tatsächlich, wie vom Informanten behauptet, ungedeckte Leerverkäufe sind.

Wir haben es dann im Herbst 2015 gekauft, aufgearbeitet - wobei es sich um umfangreiches Material handelt - und haben das zunächst aufgesplittet in inländische Gesellschaften und ausländische Gesellschaften im Käuferbereich, weil das die Gesellschaften sind, die entweder die Anrechnung beantragen oder die Erstattung beantragen.

Die inländischen Gesellschaften wurden an die zuständigen Fahndungsstellen abgegeben. Das handelt sich um 27 Fälle. Das ist: Hamburg, Berlin, Stuttgart, Frankfurt, München und Düsseldorf.

Bezüglich der ausländischen Gesellschaften sind wir an das Bundeszentralamt für Steuern in Bonn herangetreten, weil dieses Amt ja zuständig ist für sämtliche ausländischen Gesellschaften, die in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind. Wir haben im Rahmen eines Auskunftersuchens das BZSt gebeten, unsere Daten mit ihren Daten abzugleichen, also mit den vorhandenen Erstattungsanträgen, die beim BZSt liegen, für die Jahre 2006 bis 2011. Zurzeit liegen bei mir im Büro, glaube ich, zehn Fälle, die der

Bearbeitung harren. Das BZSt wird auch weiterhin auswerten, wird allerdings etwas zurzeit blockiert durch den Untersuchungsausschuss, weil man dafür umfangreich zuarbeiten muss.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Aber nicht diesem.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Doch. - Auch unsere Ermittlungen gehen weiter, weil wir nur einen Ausschnitt aus einer Handelskette gekauft haben. Das heißt, wenn es keine Übereinstimmung gibt zwischen den Daten beim BZSt und unseren Daten, werden wir weiter ermitteln müssen, weil wir den Käufer der Aktie kennen und werden an den Käufer der Aktie herantreten und fragen, was er mit der Aktie gemacht hat; ob er weiterverkauft hat oder wo diese Aktie verblieben ist oder ob er einfach das System nicht verstanden hat.

In allen diesen Fällen, in den zehn Fällen, die bei uns liegen, besteht der Anfangsverdacht einer Steuerhinterziehung in Abstimmung mit der Staatsanwaltschaft in Köln, und wir werden in diesen Verfahren Ermittlungsverfahren einleiten.

Man kann daraus ersehen, dass eine erhebliche Zunahme von Ermittlungsverfahren bevorsteht. Wir wissen, dass sowohl in Hessen und in Bayern zusätzliche Ermittlungsteams aufgestellt wurden. Allein die Steuerfahndung Düsseldorf hat inzwischen vier Teams gebildet, und weitere Fahndungsstellen in Nordrhein-Westfalen sind auch gebeten worden, Teams zur Verfügung zu stellen.

Meines Erachtens gibt es dabei drei große Probleme: Die erfahrenen Fahnder, die in diesem Bereich arbeiten, müssen die neuen einarbeiten. Und das ist, wie man gehört hat, in dem Sachverhalt nicht ganz einfach. Das heißt, es geht von der Zeit ab, die sie eigentlich an ihren Fällen arbeiten würden. Weiterhin gibt es einen erheblichen Zeitaufwand bei der Ermittlung gegen Gesellschaften, die nicht kooperieren. In Bayern und Hessen stehen diese Verfahren, die jetzt seit vier, fünf Jahren laufen, kurz vor dem Abschluss. Das heißt aber, dass für einen Fall diese Zeit gebraucht wurde und eine erhebliche Anzahl von



## 4. Untersuchungsausschuss

kompetenten Fahndern da gebunden worden ist. Wir haben mal ermittelt, dass die Ermittlung eines ungedeckten Leerverkaufs, wenn man keinen Anhaltspunkt hat, wo der ist, ein Jahr dauern kann, wenn alle Stellen mitspielen und Auskunft ergeben, insbesondere wenn ausländische Gesellschaften mit in der Kette sind. Das betrifft insbesondere ausländische Broker. Wenn es zu keiner Rückmeldung kommt, kann auch diese ganze Kettenermittlung scheitern, und man muss eine neue Kette versuchen aufzubauen. Da hilft uns natürlich jetzt auch das Hessische Finanzgericht. Wenn wir dann zwei Fälle ermittelt haben, die alle nach demselben Strickmuster ablaufen, können wir dann möglicherweise auf die weitere Ermittlung von Ketten verzichten und kommen schneller zum Ergebnis.

Weiterhin gibt es Probleme, weil auch die Ermittlungen eines Teams in Düsseldorf gezeigt hat, dass es auch immer zu neuen Erweiterungen kommen kann, die zum Teil mit Cum/Ex gar nichts zu tun haben, sondern Geldwäsche betreffen, normale Steuerhinterziehung, Betrug oder Erpressung. Auch dort wird in Düsseldorf eine große Prüfergruppe für einen langen Zeitraum gebunden sein.

Das dritte Problem sind Verjährungsprobleme. Das heißt, für den Zeitraum bis 2005, wenn da Erstattungsanträge gestellt worden sind, die belastete Cum/Ex-Geschäfte enthalten, oder Steuererklärungen abgegeben worden sind von Gesellschaften, die die Steuern haben sich anrechnen lassen, sind verjährt. Das heißt, dieses Geld ist endgültig verloren.

Wir haben in den Erstattungsfällen den Vorteil, dass wir eine zehnjährige Verjährung haben, steuerlich und, weil es sich immer um großes Ausmaß handelt, auch strafrechtlich. Zurzeit verjähren die Erstattungsanträge aus 2006, weil diese laufend abgegeben werden - das heißt, es gibt da keine Jahreserklärung, wo vielleicht dann in 2007 fürs ganze Jahr abgegeben wird -, sondern, weil das Kreditinstitut kann für jede Ausschüttung einen Antrag stellen beim BZSt und sich das erstatten lassen. Das heißt, wir haben jetzt April. Das heißt, Anträge aus Januar/Februar 2006, die problemlos durchgelaufen sind, sind

inzwischen auch verjährt. Allein die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens und die Bekanntgabe dieses Verfahrens gegenüber den Betroffenen kann die Verjährung unterbrechen.

Sie müssen sehen, dass wir zweigleisig arbeiten. Das heißt, wir haben zum einen die steuerliche Ermittlungsschiene und zum zweiten die strafrechtliche Ermittlungsschiene. In der steuerlichen Ermittlungsschiene müssen wir darauf drängen oder darauf hinarbeiten, dass es zu einer Rückzahlung der Steuer kommt oder dass eine noch nicht ausgezahlte Steuer nicht erstattet wird. In der strafrechtlichen Schiene kommt es dazu noch zu Strafverfahren gegen die Beteiligten, insbesondere Mitarbeiter der Finanzinstitute, die an diesen Vorgängen teilgenommen haben. Des Weiteren gibt es ein Verfahren gegen die Gesellschaft, was in einer Verbandsgeldbuße und Abschöpfung von Gewinnen enden kann.

Zusammengefasst kann man dabei sagen, dass nach den bisher von uns durchgeführten Ermittlungen alle Personen, die in die Planung und Durchführung der Cum/Ex-Geschäfte eingebunden waren, dass denen klar war, dass die Geschäfte in sich für den Käufer der Aktie wirtschaftlich völlig unsinnig waren. Der Käufer kauft eine Aktie, die teuer ist. Die bezahlt er auch, nur kommt eine Aktie geliefert, die billig ist nach der Ausschüttung. Er erhält dann zwar eine Ausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende. Das vermindert aber eigentlich nur den Verlust. Und selbst wenn er die geltend gemachte, nicht gezahlte Kapitalertragsteuer, wovon wir ja in diesen Fällen ausgehen, erhält, führt dies zu keinem Gewinn, sondern eher zu einem Nullspiel. Allein die Absprache zwischen Verkäufer und Käufer über die notwendigen Absicherungsgeschäfte kann zu einer Verteilung des Gewinns, der beim Verkäufer entsteht, führen.

Das wär's eigentlich von mir als kurze Stellungnahme. - Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Hallmann. - Bevor ich nun das Wort an meine Kollegen und Kolleginnen weitergebe, habe ich noch einige Nachfragen an Sie. Und





## 4. Untersuchungsausschuss

zwar ist ja ein wesentlicher Teil unseres Untersuchungsauftrags herauszuarbeiten, wie diese Cum/Ex-Geschäfte tatsächlich abgelaufen sind. Dazu haben wir einiges gehört. Was also die Akteure erreichen wollten, das ist uns auch durch Ihre Stellungnahmen, meine Herren Sachverständige, klargeworden. Ich hab da aus dem Urteil, das Herr Lotzgeselle eben referiert hat und das uns natürlich auch vorliegt, einen Satz gefunden. Dort heißt es, dass die Klägerin, über die er mehrfach gesprochen hat, eine Wertpapierabteilung unterhalten habe, deren Aufgabe es gewesen sei - und jetzt zitiere ich -

Nutzung von Ertragschancen durch die Redomilizierung von Aktien über den Dividendenstichtag zur Vermeidung nachteiliger Quellensteuerbehandlung durch Dritte<sup>2</sup> zu gewährleisten.

Und das ist nun eine sehr - sprachlich denk ich auch mal - einwandfreie, in sich gesehen einwandfreie Formulierung. Nur, mit welchen Mitteln man das eben dann nun getan hat, und wie diese Mittel zu bewerten sind, das ist nun etwas, was mich besonders interessiert. Und da habe ich nun zwei oder eine ergänzende Frage an Sie, Herrn Professor Spengel, und an Herrn Lotzgeselle, noch mal die Lukrativität dieser Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen vielleicht uns als Ausschuss zu dokumentieren. Und vor allen Dingen auch Ihre Erfahrungen uns mitzuteilen, wie denn die Aufteilung der Gewinne zwischen den Profiteuren vereinbart wurde. Ich kann diese Frage auch an Sie vielleicht richten, Herr Hallmann. Ich weiß jetzt nicht; dass ich da nicht eine Fehlbitte tue. Das wären so die Fragen: Welche Absprachen sind Ihnen bekannt oder welche Absprachen mit welcher Gewinnverteilungsabsicht sind Ihnen über den Weg gelaufen, um da nun genau dieses Lukrative - nach dem, was Herr Hallmann sagte, der Leerkäufer macht überhaupt keinen Gewinn, er verliert eher -, und da nun einmal noch genau in seiner Dimension zu dokumentieren. Können Sie was damit anfangen, mit der Frage, Herr Professor Spengel?

<sup>2</sup> Anmerkung des Ausschussesekretariats: In dem zitierten Urteil heißt es an dieser Stelle „für Dritte“.

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ja, ich -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Wunderbar.

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** - ich denke auch, die Frage oder die Antwort darauf ist wichtig für die Arbeit des Ausschusses. Und Sie sehen, das ist eine komplexe Frage. Sie tun mir, ehrlich gesagt, auch ein bisschen leid.

(Heiterkeit)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Sie tun mir leid? Ich tue Ihnen leid? Das sind Sie ja der Erste, das ist ja wunderbar.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ja, es ist eine vom Sachverhalt her, wenn man gar nichts mit Steuern zu tun haben muss, sehr komplexe Frage. Und dann haben wir ja, wie gesehen, auch gegenteilige Ansichten hinsichtlich der rechtlichen Würdigung. Also, sagen wir mal, Cum/Ex-Geschäfte, das haben wir jetzt gehört, die gibt es in verschiedenen Varianten. Und die wichtigste Unterscheidung ist die, wer eigentlich Veräußerer ist. Also Cum/Ex heißt eigentlich nur, man hat einen schuldrechtlichen Vertrag, also Aktien mit Dividendenanspruch zu liefern, und kann das aber nicht tun, weil man das um den Dividendenstichtag macht. Ja, man ist Eigentümer der Aktie. Man veräußert die cum, mit Dividendenanspruch, kann aber erst ohne Dividendenanspruch liefern. Das kann der Inhaber tun, und das kann ein Leerverkäufer tun. Der Inhaber - ich kann Ihnen das gern - - Das halte ich jetzt nicht für so erheblich -, der kann das einfach tun, liefert die Aktie nach dem Dividendenstichtag. Und wenn das zwei Tage - - Wir haben das jetzt schon ein paar Mal gehört mit dem Clearstream, dann wird die Dividende auch gleich eigentlich der Depotbank des Erwerbers zugerechnet.

Ja, und beim Leerverkäufer ist es eben so, also, um es auch mal klar zu machen: Ich stell mich jetzt mal als sozusagen jemanden dar, den es



## 4. Untersuchungsausschuss

dann trifft. Also angenommen, der Herr Schmitt würde dem Herrn Desens meine Aktien leer verkaufen, ja, also leer verkaufen. Dann wäre es so, ich wüsste davon gar nichts. Gehen wir mal davon aus, es haben keine Absprachen stattgefunden. Ja? Dann müsste der Herr Schmitt dem Herrn Desens meine Aktien nach dem Bilanzstichtag liefern. So, jetzt habe aber ich die Aktien am Bilanzstichtag und ich habe die Dividende bekommen. Das heißt, der Herr Schmitt kann die Aktien gar nicht mit Dividende an den Herrn Desens liefern. Er hat sie aber mit Dividendenanspruch verkauft. Also muss er eine Schadensersatzleistung leisten für die Dividende, und das nennt man Dividendenkompensationszahlung. Und wir können später noch davon reden, wenn es um die Frage geht, ob der Herr Desens wirtschaftlicher Eigentümer meiner Aktie geworden ist, als der Herr Schmitt diesen Leerverkauf mit ihm getätigt hat. Ich habe gesagt, das ist unmöglich. Weil, wenn ich zwischen dem Abschluss des Vertrages und der Lieferung der Aktien versterbe, dann erben meine Aktien meine Frau und meine Kinder. Und das ist, was ich zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kurz zu sagen habe.

(Der Sachverständige ruft die Seiten 15-17 seiner PowerPoint Präsentation auf, s. Anlage 1)

Jetzt haben wir hier einen Fall, der ist nachgebildet, also vom Sachverhalt her, dem ersten Urteil vom Hessischen Finanzgericht, das jetzt knapp vier Jahre alt ist. Und da ging es, soweit ich das überblickt habe, um 125 Millionen Euro Kapitalertragsteuer. Und Sie sehen, der Fall ist ganz einfach. Er ist deswegen einfach, weil ich nicht, wie Herr Desens, das getan habe, hier noch über Kurssicherungsgeschäfte, Futures usw. spreche. Sondern, wir gehen mal davon aus, die Kursrisiken sind ausgeschaltet, und wir haben hier, das sehen Sie so in der ersten Zeile, drei Beteiligte. Das ist die K-GmbH. Das wäre in meinem Beispiel der Leerkäufer. Wir haben im Ausland einen Leerverkäufer sitzen, und wo der Inhaber sitzt, das spielt im Grunde genommen keine

Rolle. Nehmen wir mal an, der ist in Deutschland, sonst würde er hier ja auch nicht die Kapitalertragsteuer von mir aus erstattet bekommen.

Und was jetzt vereinbart ist, dass der Leerkäufer - das ist eine Kapitalgesellschaft, die K-GmbH, die erwirbt vom Leerverkäufer - der mag jetzt im Ausland sitzen, so war der Sachverhalt - DAX-Aktien zum Preis von 15 Milliarden Euro. Und zwar vor dem Dividendenstichtag, und geliefert wird nach dem Dividendenstichtag. Und um diesen Erwerb zu finanzieren, mag sich der Leerverkäufer, die K-GmbH kurzfristig einen Kredit besorgen von einer Depotbank. Das spielt im Grunde genommen keine Rolle, wie das Geschäft finanziert ist. Es ist vor dem Dividendenstichtag.

Was passiert jetzt am Dividendenstichtag? Da sind wir in der dritten Schiene. Dann bekommt der Aktieninhaber I, der hält die DAX-Aktien am Dividendenstichtag, die Dividende, 500 Millionen Euro. Und darauf behalten die im DAX gelisteten Aktiengesellschaften 25 Prozent Kapitalertragsteuer ein. Das sind die 125 Millionen. Das ist am Dividendenstichtag. Die Veräußerung der Aktien an den Leerkäufer - der muss sie sich ja besorgen - kann ja erst danach erfolgen. Und das tut er für einen Preis von 14,5 Milliarden Euro, weil die Dividenden sind ja jetzt um den Dividendenabschlag weniger wert. 15 Milliarden waren es, 500 Millionen Dividende, also 14,5 Milliarden Euro.

Diese Aktien liefert in einem nächsten Schritt - jetzt kommt es zum Erfüllungsgeschäft - der Leerverkäufer L an den Leerkäufer, die K-GmbH. Also, er liefert die Aktien. Und er muss, da die Dividende an den Inhaber geflossen ist, einen Schadensersatz leisten: eine Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende von 375 Millionen Euro.

Was passiert danach? Jetzt haben wir zwei Banken. Die Depotbank des Inhabers, die bescheinigt, völlig zurecht, dem Inhaber die einbehaltene Kapitalertragsteuer der DAX-Aktiengesellschaft. Der Leerkäufer, die K-GmbH, hat die Aktien in seinem Depot. Und die Frage ist - da haben wir jetzt überhaupt noch nicht darüber gesprochen, aber



## 4. Untersuchungsausschuss

das ist in der Praxis so aufgetreten -, dass die Depotbank des Leerkäufers ebenfalls eine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausgestellt hat. Wir können später fragen, ob sie das überhaupt durfte. Fakt ist: Der Leerkäufer hat keine Dividende erhalten. Er hat eine Dividendenkompensationszahlung erhalten. Und wir haben ja vorhin schon gehört, wie die zu besteuern war. Das hat sich im Zeitablauf geändert.

Und was Sie jetzt sehen, das Prinzip: einmal Steuer einbehalten bei den AGs, die im DAX notiert sind oder auch nicht nur im DAX 30, und zwei oder sogar mehr Bescheinigungen. Und wenn wir uns jetzt das, was auch Herr Hallmann im Grunde genommen gesagt hat - - Da sind viele Nullsummenspiele dabei. Wenn wir uns mal die Zahlen einfach aufaddieren, dann sehen wir: Der Leerverkäufer, der macht, mal isoliert betrachtet, einen Gewinn. Weil der hat die Aktien für 15 Milliarden gekauft<sup>3</sup>. Er hat sie sich für 14,5 Milliarden besorgt, also da sind 500 Millionen übrig, und er leistet die Dividendenkompensation in Höhe von 375 Millionen Euro. Also ist das der Gewinn, der beim Leerverkäufer anfällt. Das, was Herr Hallmann gesagt hat, was man beobachtet - - Also, wenn man jetzt den Käufer in Deutschland hat, den Leerkäufer, der macht eigentlich einen Verlust. Der macht einen Verlust. Warum? Der hat bezahlt, 15 Milliarden, hat es rückveräußert für 14,5 Milliarden, also hat daraus einen Verlust gemacht von 500 Millionen und kriegt die Dividendenkompensation von 375 Millionen. Also, der macht einen Verlust, und nur wenn der Leerkäufer die Kapitalertragsteuer anrechnen kann - oder er bekommt sie erstattet, wenn es eine Kapitalgesellschaft ist -, dann ist das für den Leerkäufer mal ein Nullgeschäft. Aber es ist in Summe kein Nullsummenspiel, weil der Leerverkäufer hat ja 125 Millionen Euro „Gewinn“ gemacht.

Und der Inhaber, für den ist es ein Null-Ergebnis. Der Inhaber, dessen Aktien waren 15 Milliarden wert. Er hat eine Dividende von einer halben Milliarde bekommen, und die Aktien sind noch 14,5 Milliarden wert. Und was man hier sieht, das war mein Eingangsstatement: Der Gewinn aus diesem

gesamten Geschäft, die 125 Millionen Euro, das entspricht exakt der zweifach erstatteten Kapitalertragsteuer.

Und die Frage nun, wie das jetzt in der Praxis genau abgewickelt wurde, das entzieht sich meiner Kenntnis. Ich bin kein Praktiker und ich habe mit den Geschäften auch nichts zu tun gehabt. Der Herr Lotzgeselle hat ja, sagen wir mal, jetzt einen Fall dargestellt. Und da gibt es wahrscheinlich mehrere Spielarten. Also, das entzieht sich meiner Kenntnis, aber es sind beteiligt: Inhaber, Leerverkäufer, Leerkäufer. Es gibt Kurssicherungsgeschäfte. Es gibt Berater. Alles kostet Geld.

Und gehen wir mal davon aus, Annahme: Wir haben hier einen Gewinn. Wir müssen ja irgendwie die Kapitalertragsteuer verteilen, diese 125 Millionen Euro. Und dann ist anzunehmen, dass ein Teil dieses Gewinns erst mal an Provisionen draufgeht, ja? Und nehmen wir mal an, das wären 25 Millionen, und dann haben wir noch 100 Millionen übrig, und dann teilen die drei sich das jeweils zu einem Drittel. Und das teilen sie sich ja nicht, indem sie sich dann sozusagen wiederum eine Provision dafür bezahlen, sondern das hat ja auch - - Das entnehme ich dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts, dem aktuellen, dass da die Ankaufs- und die Rückkaufspreise, also teilweise, also nicht meinem Beispiel entsprechen haben, sondern man hat ein bisschen mehr bezahlt als 15 Milliarden oder man hat sie zu einem höheren Preis zurückbezahlt. Und damit sind das eigentlich wie kommunizierende Röhren zwischen den Beteiligten.

Und die Entdeckungschancen, die sind schwierig, die sind gering. Wir haben ja gehört, dass diese Geschäfte angeblich also immer über die Börse gelaufen sind ab 2007. Ja, wir haben ja jetzt gesagt, diesem Sachverhalt könnte ein Volumen, ein Handelsvolumen von 10 Milliarden Euro gegenüberstehen. Im Einzelfall kann das noch höher sein. Wenn wir an einem Tag solche Handelsvolumina bezogen auf, sagen wir mal, eine einzelne Aktie hätten, dann müssten wir enorme Kursausschläge feststellen. Wir haben das mal

<sup>3</sup> Richtigstellung des Zeugen: "verkauft", siehe Anlage 2



## 4. Untersuchungsausschuss

also ganz erratisch untersucht. Wir können sowas nicht feststellen. Und die Frage ist - auch das entzieht sich jetzt meiner ganz konkreten Kenntnis, ja, aber Herr Lotzgeselle hat es ja mehrfach angesprochen -, dass also zwischen dem Leerverkäufer und dem Leerkäufer Broker geschaltet waren. Und diese Broker haben durchaus die Möglichkeit, Ankaufs- und Verkaufsordern, obwohl die über die Börse laufen, zu bündeln, so dass eine Transaktion überhaupt nicht kurswirksam wird. Man nennt das Cross Trades oder Block Trades. Also das ist möglich, dass der Broker in Kenntnis des Erwerbers den Erwerber und den Veräußerer zusammenbringt, ohne dass diese Geschäfte kurswirksam werden. Also kurzum, die Geschäfte sind kompliziert. Sie sind auch schwierig, sagen wir mal, zu entdecken, wenn man immer nur mit einem Beteiligten zu tun hat. Also, das ist meine Einschätzung nachdem ich mich hier also auch in diese Usancen eingearbeitet habe.

Und wenn Sie mir gestatten, es ist im Grunde genommen eine weitere Frage: Also, wie funktioniert das technisch. Wir haben Clearstream angesprochen und ich glaube, wenn man diese technische Abwicklung verstanden hat, dann versteht man auch, warum manche Urteile des Bundesfinanzhofs heute anders interpretiert werden, als sie vielleicht noch vor zehn Jahren interpretiert wurden. Also, was in dem fraglichen Zeitraum galt, bis also 2011 einschließlich: Wir haben gesehen, die Kapitalertragsteuer wird abgeführt und bescheinigt, wird abgeführt von der Aktiengesellschaft und bescheinigt vom Depotinstitut.

(Der Sachverständige ruft die Seiten 18-23 seiner PowerPoint-Präsentation auf, siehe Anlage 1)

Was ist jetzt, wenn man in Deutschland Aktien verkauft? Was sind die sogenannten Börsenbedingungen? Die Börsenbedingungen sagen, man hat für die Erfüllung eines Börsengeschäftes zwei Tage Zeit nach dem Geschäftsabschluss. Das heißt, der Geschäftsabschluss und der Lieferzeitpunkt fallen auseinander. Deswegen reden wir hier auch mit Geschäften um den Dividendenstichtag. Es gelten allerdings für die Erfüllung,

also die Lieferung, die Bedingungen zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses. Das heißt, wenn ich Aktien vor dem Dividendenstichtag veräußert habe, dann muss ich sie auch mit Dividendenanspruch liefern. Wenn ich das nicht kann im Fall eines Leerverkaufs, dann muss ich eine sogenannte Dividendenkompensationszahlung leisten.

Und jetzt kommen wir sozusagen zur Abwicklung. Also, diese giroversammelten oder -verwahrten Aktien werden in Deutschland über die Clearstream Banking AG verwaltet, und die Clearstream kennt den Eigentümer der Aktien nicht. Die verwaltet die Depotbanken, aber die weiß nicht, ob das, was bei den Depotbanken gehalten ist, den Banken gehört oder jemand anders. Und das hat ja alles mal gar nichts mit Steuern zu tun, ja? Das sind sozusagen die Regularien.

Und wie passiert es jetzt mit der Dividendenregulierung? Wir müssen uns daran erinnern: Ich habe zwei Tage Zeit von dem Vertragsabschluss bis zur Lieferung. Und das geht ja um den Dividendenstichtag. Die Clearstream bekommt die Dividenden und verteilt die auf die Depotbanken, die Dividenden. Und sie verteilt die gemäß der gemeldeten Aktienbestände, aber die Aktienbestände berücksichtigen keine Veräußerungsgeschäfte am Tag der Hauptversammlung und davor. Ich habe ja zwei Tage Zeit zu liefern. Das heißt, das ist das erste Verfahren. Die bekommen verteilte Dividenden nach den Beständen. Und in dem zweiten Schritt erfolgt ein sogenanntes Clearing oder hier „Market Claim Process“, dass ausgeglichen wird offene Verkaufs- und offene Kaufpositionen.

Und zwar, wenn jetzt die Veräußererbank, also die von dem Leerverkäufer, um es mal so zu sagen, eine offene Verkaufsposition hat, dann zieht Clearstream die Nettodividende ein von der Depotbank und überweist sie den Banken, die offene Kaufpositionen haben. Und jetzt sehen wir sozusagen das Dilemma. Wenn das Inhaberverkäufe sind, wenn das Inhaberverkäufe sind, dann zieht Clearstream eine Dividende ein, auf die wurde Kapitalertragsteuer einbehalten, und überweist die an die Depotbank des Erwerbers. Und



## 4. Untersuchungsausschuss

damit haben wir kein Problem. Das habe ich hierhin geschrieben: Inhaber-Cum/Ex-Geschäfte sind unproblematisch. Einmal Kapitalertragsteuer einbehalten, einmal bescheinigt.

Was auch unproblematisch ist, sind Leerverkäufe ab 2007 bis einschließlich 2011. Leerverkäufe, erinnern wir uns: Der Leerverkäufer ist verpflichtet, eine Dividendenkompensationszahlung an den Leerkäufer zu leisten. Und ab 2007 - nur mal, dass Sie es richtig verstehen: Die Dividende hat der Inhaber erhalten. Es geht hier um die Regulierung des Leerverkaufs. Und der Leerverkäufer leistet eine Dividendenzahlung<sup>4</sup>, aber war seit 2007 verpflichtet, auf diese Dividendenzahlung, Kompensationszahlung, Kapitalertragsteuer einzubehalten. Und diese Kapitalertragsteuer wird bescheinigt von der Depotbank des Leerkäufers. Was wir haben: zweimal Steuer erhoben auf die Dividendenkompensationszahlung, auf die Dividende, und zweimal angerechnet. Kein Problem.

Wo liegt das Problem? Das Problem stellt sich dann, wenn die Dividendenkompensation nicht dem Kapitalertragsteuerabzug unterlegen hat. Und das war bis einschließlich 2006 der Fall. Und ab 2007 - - Oder es war schon immer der Fall, wenn die Dividendenkompensation über eine ausländische Bank abgewickelt worden ist, weil das ist unmöglich, dass man Ausländer in die Pflicht nimmt für den deutschen Fiskus, also irgendetwas zu tun, für den Steuern einzutreiben. Deswegen haben wir ja auch in unseren verschiedenen Stellungnahmen gesagt: Naja, man muss mal unterscheiden: 2006 bis einschließlich und 2007 und 2011. Und Sie fragten mich, wie konnte das geschehen? Und ich habe in meinem Eingangsstatement gesagt, es gab eine Sollbruchstelle im System. Erhebung und Bescheinigung der Steuer. Und das hat nichts mit Steuern zu tun. Und diese Sollbruchstelle hat man durch Leerverkäufe um den Dividendenstichtag ausgenutzt.

Also, dass wir mal bis dahin sind, und ich glaube, wir sind uns alle im Klaren darüber - selbst mir fällt es nicht ganz leicht, das sozusagen

ohne einen Stotterer zu erklären -, dass es relativ komplex ist.

Und da stellen sich auch die steuerlichen Fragen. Also, wenn man auf das Beispiel - Sie haben die ja, wenn die uns alle fragen - auf das Beispiel abstellen hier, da stellen sich Fragen: einmal, gibt es zwei Eigentümer - also das waren eigentlich die zentralen Fragen - oder sind zwei Personen die gleichen Einkünfte zuzurechnen? Und die zweite Frage ist, darf es denn eigentlich zwei oder mehr Steuerbescheinigungen geben?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Professor Spengel. - Jetzt, Herr Lotzgeselle, vielleicht auch noch mit der ergänzenden Frage: Die Handelsvolumina, die Sie auch da festgestellt haben in Ihrem Verfahren, betrogen ja, wenn ich das richtig addiert habe, um die 11 Milliarden Euro. Frage: Ist es aus Ihrer Vorstellung überhaupt denkbar, dass sich bei einem solchen Volumen - - dass ein Leerverkäufer derartig große Ordervolumina an Gutgläubige absetzt, absetzen kann, ohne dass da irgendwelche begleitenden Absprachen über das, wie es da gemacht werden soll, wie Herr Professor Spengel das auch unter Einschaltung von Brokern ohne Kursauschläge usw. - - da nun vonstattengeht.

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, Ich möchte vielleicht mal mit den Geschäften als solchen anfangen. Die Gewinnspanne war in diesen Geschäften die nicht abgeführte Kapitalertragsteuer, wie der Professor Spengel das schon ausgeführt hat. Und das hat man in dem uns vorliegenden Fall dadurch erreicht, dass man über gesteuerte Leerverkäufe und durch Absprachen, durch bewusste Spätlieferungen sowie durch geschickte Vertragsgestaltung unter Ausnutzung der Abrechnungssysteme der Depotbanken mit der Clearstream, dadurch hat man letztlich erreicht, dass keine Kapitalertragsteuer einbehalten wurde.

Es sind in den Akten Protokolle von Wertpapierhändlern, aus denen sich ergibt, dass Absprachen

<sup>4</sup> Richtigstellung des Zeugen: "Dividendenkompensationszahlung", siehe Anlage 2



## 4. Untersuchungsausschuss

stattgefunden haben zwischen einzelnen Wertpapierhändlern, der Klägerin und nicht dem Vertragspartner, sondern dem Vertragspartner des Brokers, die dahingingen, dass bewusst ein Drittel der Aktien verspätet geliefert werden sollte. Und man hat dann untereinander den Gewinn unter Einschaltung eines ausländischen Maklers noch mal letztendlich aufgeteilt.

Das Problem war, das alles zu erkennen. Das hat man in dem Fall dadurch erkannt, dass man halt diese Protokolle gehabt hat. Die Geschäfte, die Handelsgeschäfte als solches waren mit einer Gewinnspanne von 98 Prozent, das ist üblich in dem Bereich, vereinbart worden, also Gewinnspanne 2 Prozent. Und man hat diese Sicherungsgeschäfte dann mitbetrachtet, hat bei den Sicherungsgeschäften die Gewinnmarge eingeplant und hatte dann insgesamt für eine Gewinnspanne von 8 Prozent etwa, die aber bei einem Vertragspartner - - die aber dann bei dem Volumen durchaus einen höheren Betrag ausgemacht hat.

Letztendlich brauchte das Gericht in der Entscheidung in diesem Fall, in diesem Bereich nicht in die Tiefe zu gehen, da hier feststand, dass keine Kapitalertragsteuer gezahlt worden ist, und zum anderen die anderen streitigen Fälle nicht nachgewiesen war, dass Kapitalertragsteuer einbehalten wurde. Sodass dies letztendlich dann nicht relevant geworden ist.

Ihre zweite Frage, können Sie die noch mal - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, die zweite Frage betraf den Fall, ob Ihnen Fallgestaltungen über den Weg gelaufen sind, in der dann die Beteiligten sich das, was Sie da, ich sage das mal, als Marge beschrieben haben, dann wieder geteilt haben, weil ja ansonsten, aufgrund dessen, was Herr Hallmann uns beispielsweise gesagt hat oder Herr Professor Spengel, das für eine Partei zumindest sinnlos gewesen wäre, -

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, ja, das war so.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** - wenn sie nicht auf irgendeine Art und Weise da nun auch mit hätte profitieren können.

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, ja, es haben Absprachen stattgefunden und das hat alles nur funktioniert dadurch, dass halt alle zusammengespielt haben. Und dann hat man sinnvollerweise den Gewinn in Höhe der nicht gezahlten Kapitalertragsteuer entsprechend aufgeteilt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dann danke ich Ihnen. - Dann habe ich jetzt noch eine weitere Frage an Professor Schmitt und an Herrn Hallmann. Und einfach mal: Ja, haben Sie aus Ihren praktischen Betrachtungen der Gesamtsituation Hinweise darauf, dass die Beteiligten den Cum/Ex-Charakter der einzelnen Transaktionen bewusst den Finanzbehörden gegenüber verschleiert haben und das Geschäftsmodell selbst also ganz diskret vor den Finanzbehörden geheim gehalten haben bzw. die zahlreichen Expertisen, die ja nun auch uns da aus Bereichen der beratenden Zunft nun vorgelegt bzw. bekannt gemacht worden sind, nicht etwa in die Verfahren bei den Finanzbehörden eingeführt worden sind, sondern bewusst, also mit den Finanzbehörden zumindest, nicht diskutiert wurden?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ja, das ist so gewesen. Also wenn Sie sich mal überlegen, wie die Finanzbehörde mit Kapitalertragsteuererstattung oder -anrechnung zunächst in Kontakt kommt, dann geschieht das dadurch, dass derjenige, der diese Erstattung begehrt, die Kapitalertragsteuerbescheinigungen seiner Veranlagungsstelle vorlegt. In der Praxis sind ja die depotführende Bank des Leerkäufers und der Leerkäufer häufig ein und dieselbe Person. Wenn die Banken Eigengeschäfte machen, stellen sie sich ja selbst die Kapitalertragsteuerbescheinigung aus. Das gibt dem Ganzen natürlich einen zusätzlichen Pfiff, wenn ich das mal so sagen darf. Und dann werden dem Finanzbeamten die Kapitalertragsteuerbescheinigungen vorgelegt. Und die prüft er dann nach seinen Möglichkeiten. Er schaut, ob die im Gesetz vorgesehenen Bestandteile der Kapitalertragsteuerbescheinigung vorliegen: Amtliches Muster? Sind die entsprechenden Aktiengeschäfte benannt? Ist das schlüssig? Die Bruttodividende und die Kapitalertragsteuer, passt das zusammen? Das muss ja das Verhältnis



## 4. Untersuchungsausschuss

100 zu 25 sein. Sind die entsprechenden Kapitaleinkünfte jetzt in der Bilanz und der G und V des Instituts aufgeschlüsselt? Das prüft der Veranlagungsbeamte. Und wenn er das alles geprüft hat, macht er einen Haken dran. Herr Lotzgeselle hat ja vorhin gesagt, diese Kapitalertragsteuerbescheinigung hat den Charakter des Anscheinsbeweises. Also sagt der Finanzbeamte: Die Kapitalertragsteuerbescheinigung ist da. Der typische Geschehensablauf ist der, dass der Emittent der Aktien Dividende ausbezahlt hat, Kapitalertragsteuer erhoben hat und an das Finanzamt abgeführt hat. Der Finanzbeamte kann nicht erkennen anhand der Kapitalertragsteuerbescheinigung, ob es sich um Leerverkäufe gehandelt hat, und ob tatsächlich Kapitalertragsteuer nicht einbehalten worden ist. Und ich habe vorhin in meinem Eingangsstatement schon mal kurz gesagt, diese, ja, modellhafte - ich will gar nicht sagen - Gestaltung, sondern dieses Modell zur Erzielung von Kapitalertragsteuer ist uns nicht im Vorhinein vorgelegt worden mit der Bitte um Genehmigung, um das mal so zu sagen. Wenn ansonsten Steuerbürger Gestaltungen vornehmen, die Milliarden Steuern kosten können, legen sie größten Wert darauf, dass die Finanzbehörde das vorher akzeptiert im Rahmen einer verbindlichen Auskunft. Ich kann natürlich hier nicht über entsprechende Einzelfälle berichten, aber das eine oder andere kann man ja - leider, muss ich hinzufügen - auch in der Zeitung lesen. Das ist eigentlich das Übliche. Hier haben wir nichts gehört. Kein Sterbenswörtchen von den Beteiligten. Wie sind wir drauf gekommen bzw. hätten darauf kommen können? Nun, so in der Zeit nach 2007 sind diese Geschäfte dann diskutiert worden in der Fachpresse und dann auch in der Wirtschaftspresse, und, siehe da, plötzlich gab es Nachmeldungen seitens mancher Steuerpflichtiger. Die haben einfach gesagt: Ja, wir haben da aus diesen Cum/Ex-Geschäften - Komma, die wir für zulässig und rechtlich zwingend zulässig halten, Komma - getätigt. Wir zahlen jetzt mal die Steuer zurück und legen gleich Einspruch ein. Wenn so etwas geschieht, dann kommt die Betriebsprüfung zum Zuge. Die Betriebsprüfung prüft Banken sowieso regelmäßig im Anschluss. Aber diese Cum/Ex-Geschäfte waren keine klassischen Prüffelder für Bankenbetriebsprüfer. Auch die Bankenbetriebsprüfer, die

in ganz Deutschland ja auch einen Austausch, einen fachlichen Austausch pflegen, wussten davon nichts. Sonst sagt der eine dem anderen: Du, ich habe da was entdeckt, Cum/Ex, guckt mal bei Euren Banken auch. Das hat nicht stattgefunden. Aber jetzt, nachdem einige Banken - die Presse hat ja berichtet, es sind ja häufig öffentliche Banken - gesagt haben, ja, da ist was und jetzt sagen wir das mal und lassen das vor Gericht klären, dann kommt natürlich die Betriebsprüfung ins Spiel. Damit ist die Sache aber noch nicht erledigt. Ich habe mir von meinen Betriebsprüfern sagen lassen, wie schwierig es ist, hier in der Praxis zu ermitteln. Herr Hallmann hat vorhin darauf hingewiesen, da gibt es ja unterschiedliche Steuerpflichtige, möchte ich mal sagen. Da gibt es welche, die wissen, oh, jetzt wird es brenzlig, wir machen lieber mit, und die entwickeln zusammen mit dem Finanzamt ein regelrechtes Prüfungssystem. Die mussten Programme programmieren. Sie müssen ja überlegen, welche Unmenge an solchen Aktiendeals von einer Bank getätigt werden jeden Tag. Da hat ja der Herr Dessen zutreffend darauf hingewiesen, das ist schon so. Und was hat der Betriebsprüfer? Der Betriebsprüfer hat die Summe der geltend gemachten Kapitalertragsteuer und er hat die entsprechenden Depots in den Büchern der Banken. Und jetzt muss er anhand dieser Angaben herausfinden, was waren Leerverkäufe, was waren keine Leerverkäufe? Was waren Cum/Ex-Geschäfte, was waren Cum/Cum-Geschäfte? Wie schwierig die Differenzierung ist, hat ja das Urteil, der Sachverhalt zu dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts gezeigt. Hätte der Betriebsprüfer schon vorher drauf kommen können, bevor die Banken sich entsprechend geoutet haben? Nun, auffällig ist natürlich, wenn in einem Geschäftsjahr plötzlich die Summe der geltend gemachten Kapitalertragsteuer, also das Anrechnungsbegehren, in die Höhe schießt.

Das ist ein auffälliger Tatbestand und dann wird geprüft. Weil das in der sogenannten Vorprüfung natürlich auffällt. Dann wird geprüft. Mit allen Schwierigkeiten. Und dann gibt es, wie schon gesagt, kooperative Steuerbürger. Es gibt aber auch welche, die dann auf entsprechende Anfragen monatelang nicht antworten. Ich beziehe mich wieder auf das, was Herr Hallmann gesagt hat.



## 4. Untersuchungsausschuss

Ich bin ja auch nicht an der Praxis tätig, direkt an der Front, um das mal so zu sagen, aber die Kollegen müssen das machen und das ist ausgesprochen mühsam und das kann natürlich auch mal einige Monate, wenn nicht sogar Jahre dauern, bis man das ermittelt hat. Und in dem einen Fall hat ja die Staatsanwaltschaft auch einen Durchsuchungsbeschluss erlassen. Davon resultiert ja dann das Urteil, nein, der Beschluss des Landgerichts Köln, das gesagt hat, es besteht der Anfangsverdacht der Steuerhinterziehung.

Natürlich, Herr Vorsitzender, wird keiner der Steuerbürger sagen: Ja, das war nicht ganz ehrlich, wir haben das abgesprochen, wir haben miteinander sozusagen als Gruppe überlegt, wie man das möglichst geschickt verteilen konnte. Das wird vielleicht der Herr Berger erzählen, aber der sitzt in der Schweiz, nicht? Der wird wahrscheinlich auch nicht zu Ihnen kommen, wenn Sie ihn laden. Die anderen, die mit Herrn Berger auch im Inland zusammengearbeitet haben, werden das auch nicht gestehen. Die Inhaber, sprich die Vorstände der Banken, die werden sagen: Oh ja, da hat es bei uns was gegeben, aber die drei sind schon nicht mehr dabei. Die haben selbst gekündigt; wenn die das nicht gemacht hätten, hätten wir sie entlassen.

So läuft das - leider. Und es wird jetzt Aufgabe der Ermittlungsbehörden sein, inwieweit hier strafrechtlich relevante Absprachen stattgefunden haben.

Ich sage Ihnen ganz offen: Ich gehe davon aus, weil die Geschäfte, wie der Herr Spengel meines Erachtens überzeugend dargetan hat, sonst gar nicht stattfinden könnten. Die sind kompliziert, so etwas entsteht nicht aus Zufall. Aber das nachzuweisen im Sinne des Strafrechts, das ist noch mal eine ganz andere Sache. Steuerrechtlich haben wir es einfacher. Der Herr Lotzgeselle hat die Beweislastregeln hier sehr einleuchtend dargelegt. Wenn Kapitalertragsteuer nicht abgeführt wurde - - Oder umgekehrt: der Begehrende, der die Erstattung Begehrende muss nachweisen, dass Kapitalertragsteuer abgeführt wurde. Wenn ihm das gelingt, dann bekommt er sie auch erstattet. Wenn es ihm nicht gelingt, bekommt er sie

nicht erstattet. Damit ist der Fall dann steuerrechtlich erledigt. Es sei denn, der Bundesfinanzhof fällt noch eine andere Entscheidung als Herr Lotzgeselle und seine Kollegen. Aber merkwürdigerweise hat ja die Klägerin - wenn die Zeitung zutreffend behandelt, war das die DekaBank - keine Revision eingelegt, weil sie sich auf die, wie ich finde, Ausrede zurückgezogen hat: Ja, sie hätten ja nie Cum/Ex-Geschäfte machen wollen, sondern nur zulässige Cum/Cum-Geschäfte. Das wird dann das nächste Kapitel in diesem Schauspiel sein, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Schmitt. - Herr Hallmann, möchten Sie noch ergänzen?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ja, würde ich gern. Und zwar einmal zu den Absprachen noch. Wir haben in einem Verfahren eine Excel-Datei eines Mitarbeiters einer Bank gefunden. In dieser Excel-Datei, die Anfang des Jahres - ich weiß nicht - 2006 oder 2007 erstellt worden ist, wurde praktisch das gesamte Dividendenjahr dargestellt deutscher DAX-Aktien. Er war auf Käuferseite bei der Bank angestellt und hatte ein bestimmtes Kreditvolumen zur Verfügung.

Er hatte komplett durchgeplant, wann welche Aktie ausschüttet, was er an Volumen kaufen kann, welche Absicherungsgeschäfte er dafür machen muss, und hatte somit das gesamte Cum/Ex-Jahr geplant. Bis Juni, bis die Dividendensaison zu Ende war.

Und das zweite, ein Insider hat uns mal erzählt, wie das läuft, wenn das an der Börse gehandelt wird, diese Riesenpakete, und wenn die in der Schlusssauktion der Eurex sind. Dann sitzen an beiden Seiten Käufer/Verkäufer oder Broker und die sprechen sich ab: Ich bringe jetzt zehn Millionen Daimler-Aktien rein, auf drei wird gedrückt, dass wir ja nicht irgendjemanden dazwischen haben, der uns dann tausend Aktien abnimmt oder so. Und dann sitzen die beide da und drücken auf drei auf den Knopf, damit das Geschäft zusammengeht.





## 4. Untersuchungsausschuss

Denn sonst haben die wirklich ein Problem anschließend, wenn das nicht klappt, wenn der andere erst nach drei drückt oder wie auch immer. Und zu den Verschleierungen: Bis etwa 2007 waren die Ketten relativ einfach gestrickt, möchte ich mal sagen. Zum Ermitteln nicht einfach, aber man konnte sie übersehen. Seit 2008 bis jetzt in 2011 wurden die Transaktionen so gestaltet, dass die Ermittlung eines Cum/Ex-Geschäftes mit ungedecktem Leerverkauf erheblich erschwert wurde. Insbesondere wurden die Handelsketten immer länger und es wurden immer mehr ausländische Brokerfirmen eingeschaltet, auch wenn die Geschäfte nicht mehr über Clearstream Frankfurt, sondern über Clearstream Luxemburg abgewickelt wurden. Wir haben keinen Einfluss auf Luxemburg, um da irgendwelche Informationen zu bekommen. Wir bekommen keine. Die berufen sich auf das Bankgeheimnis und dann bricht für uns da die Kette ab.

Wir haben auch festgestellt, dass es, insbesondere am Börsenplatz London, viele Händlergruppen gab, die Cum/Ex gehandelt haben. Jede Bank hat in London eine Gruppe sitzen, und diese Händlergruppen waren relativ gut miteinander vernetzt und haben diese Cum/Ex-Geschäfte betrieben. - Ich komme gleich nochmal darauf zurück.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, erstmal herzlichen Dank. Nur noch vielleicht eine ergänzende Frage, Herr Hallmann. Wir reden immer davon, einfache Entrichtung der Kapitalertragsteuer und zweifache Bescheinigungen. Sind Ihnen noch weitergehende Gestaltungen über den Weg gelaufen, also, ich sage das mal so, um also eine Kette von Leerverkäufen regelrecht zu etablieren, oder haben Sie darüber keine Kenntnisse?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Aus unseren Ermittlungen in Wuppertal haben wir keine Erkenntnisse über mehrfache Kreisungen derselben Aktien, desselben Aktienpaketes. Es gibt eine Prüfergruppe in München, die hat wohl dreifache Erstattung inzwischen mit einem Aktienpaket festgestellt und zwar wurde dabei die OTC-Funktion ausgenutzt, indem man einfach T+2, T+3, T+4 immer hat kreisen lassen die Aktien. Müssten Sie vielleicht den als Sachverständigen hören. Und nochmal zu den Handelsgruppen in

London. Selbst die haben relativ verschwiegen gearbeitet gegenüber ihrer eigenen Bank. Die Steuerabteilung einer Bank hat versucht, mal festzustellen, warum diese Abteilung so Riesengewinne hat gegen alle anderen Abteilungen in der Bank, hat versucht zu klären, was sie da eigentlich tun und hat nachher aufgegeben, hat gesagt, es ist eine schwarze Kiste für uns, eine Blackbox. Wir wissen nicht, was die tun. Die haben Riesengewinne, aber wir wissen nicht, was die tun. Wir begreifen es einfach nicht, weil auch diese Abteilung denen nie gesagt hat, dass es rein steueroptimierte Transaktionen sind, sondern die haben auch immer von Dividendenarbitrage gesprochen, aber nie deutlich erklärt, was es tatsächlich ist, was sie machen. Aus diesen Gewinnen haben sich natürlich auch die Boni der Banker berechnet, so dass da durchaus ein Eigeninteresse bestand, diese Geschäfte auch zu tätigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Hallmann. Ich habe jetzt noch zwei Fragen, auch um die Geduld meiner Kollegen und Kolleginnen nicht allzu sehr noch zu strapazieren, bevor ich dann also das Wort an diese übergebe. Die erste Frage betrifft die Rechtswidrigkeit der Geschäfte und richtet sich an Sie, Herr Desens. Sie haben Ihr Eingangsstatement abgegeben und auch sehr intensiv die einzelnen Modalitäten erläutert. Aber nochmal, um es vielleicht auch für mich zu komprimieren. Sie haben doch festgestellt oder als Ihre Rechtsmeinung dargestellt, dass also nicht nur der Aktionär, der die Dividende erhielt, auf die die Steuer erhoben wurde, zur Anrechnung berechtigt ist, sondern daneben - also parallel ein zweites Mal - auch nach Ihrem Rechtsverständnis der Leerkäufer einen Anrechnungs- und Erstattungsanspruch hat. Und da würde mich interessieren, wie denn sich das mit dem Wortlaut des § 36 Einkommensteuergesetz vereinbaren lässt, wobei ja die Erhebung der Steuer die Voraussetzung für, denke ich, eine solche Bescheinigung ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Das kann ich gerne tun. Wir müssen hier auch wieder verschiedene Rechtslagen unterscheiden, ja. Das ist der erste Punkt. Wir haben verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen. Nehmen wir mal die Rechtslage bis 2007. Da ist es wirklich so, dass



## 4. Untersuchungsausschuss

nur der Einkünfte, Kapitaleinkünfte im Sinne von § 20 Absatz 1 Nummer 1 erzielt und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien ist, hier entsprechend einen Anspruch hat. Das ist da allein die einzige Rechtsfrage. Da gibt es noch nachher viele technische Details. Die werden meines Erachtens aber erst 2007 interessant, auch wenn diese erste Anfrage jetzt anders beantwortet wird, werden die ab 2007 anders beantwortet. Bis 2007 wurde wie folgt eben argumentiert: Wir haben das eben aufgetan. Es ist auf dem ersten Blick kontraintuitiv, was Herr Spengel natürlich auch hervorragend aufgezeigt hat. Wie kann denn jemand wirtschaftlicher Eigentümer werden, wenn es einen anderen noch gibt? Wenn wir uns das bei einer Stückschuld - - Konkret das Auto, da kann es nur einen Eigentümer geben. Selbst bei einer Gattungsschuld. Ja, ich verkaufe Eier, da schulde ich eine mittlere Art und Güte, da kann ich nachher nachvollziehen: Also das sind diese Eier - gehören dem. Das müsste theoretisch bei Aktien jetzt - ist eine Gattungsschuld - - Aber wie der BFH es formuliert bzw. im Gerichtsbescheid formuliert hat, das ist ein komplett virtueller Markt, der da passiert. Wir haben diese Gegenstände nicht. Und das reale wirtschaftliche Handeln in diesem Moment, passiert eben so, dass tatsächlich zwei in diese Inhaberposition kommen - wirtschaftlich. Die nächste Frage ist, wie wir das juristisch nachvollziehen. Zivilrechtlich ist das nicht so. Das ist relativ eindeutig. Aber jetzt haben wir diese Vorschrift in dem § 39 AO, Absatz 2, der sagt eben, im Regelfall kann eben auch der wirtschaftliche Eigentümer hier das machen. Mein Argument war hier mal ein anderes, dass man sich mal die ganze Perspektive anschauen muss. Jetzt schauen wir uns mal die Depotbank an - und das ist hier auch mehrmals angeklungen -, schauen wir uns diesen ganzen Handel an. Niemand wird erkennen als Erwerber - ich mach mal eine Ausnahme: außer es ist vorher aber außerhalb dieser Mechanismen abgesprochen, das ist aber ein anderes Thema vielleicht vom Gestaltungsmissbrauch, da können wir auch nochmal drüber reden, aber wir reden hier vom Regelfall -, niemand wird erkennen, ob meine konkrete Leistung jetzt eine Originaldividende ist oder eine Dividendenkompensation. Ich könnte das erkennen, wenn ich weiß, ich habe ja vor dem Dividendenstichtag gekauft, da bekomme

ich ja nachher eine Dividendenkompensation - zwangsläufig. Es muss ja sein, der kann nicht mehr damit liefern. Das ist aber auch beim Inhaberverkauf so. Das ist da genau so. Also wenn der die Aktien hatte, da wird die zwar - ich habe das schön aufgezeichnet in meiner Stellungnahme - durchgeleitet. Das ist ein Schadensersatzanspruch, meines Erachtens auch Zivilrecht, das ist aber hier nicht maßgeblich. Wir betrachten wirtschaftlich den Sachverhalt. Und wenn wir das wirtschaftlich betrachten, kommen wir auf einmal zum Ergebnis, sagen wir, wenn wir auf diese Perspektive, diese Erwerberperspektive, einstellen, gibt es da keinen Unterschied. Das kann man anders sehen, aber diese Rechtsauffassung liegt dem Schreiben des Bankenverbands zugrunde. Diese Rechtsauffassung liegt der Gesetzesbegründung von 2007 zugrunde und meines Erachtens noch weiter. Ein kluges Steuergesetz würde hier zwei Dinge beachten. Erstens - und das machen wir heute auch noch -, wir müssen diese Unterscheidung zwischen Inhaber- und Leerverkauf unterlassen. Es müssen überall die gleichen Rechtsfolgen eintreten, weil wir kriegen es nicht auseinander. Das ist ein ganz entscheidender Punkt. Das hat man 2007 gesehen. Darum sehen wir das Gesetz 2007, wo überall die Dividendenkompensationen, da wo es zweifelhaft, mit der Dividende gleichgestellt wird in diesem Punkt. Ja, das ist seitdem passiert. Man hat da nur einen Fehler gemacht. Ein kluges Steuergesetz muss auch drauf achten, natürlich, dass genauso viel Kapitalertragsteuer erhoben wird, wie angerechnet wird. Ich will das mal klarstellen. Im geltenden Recht wird immer noch mehrfach angerechnet, mehrfach. Wir rechnen immer noch Dividenden dem Leerverkäufer komplett zu, da Dividenden ... (akustisch unverständlich), und geben den Anrechnungsanspruch. Das ist aber kein Problem mehr, weil wir es mittlerweile wenigstens in den Fällen, die mir hier auch bekannt sind und die hier vom Gesetz erfasst sind, eben dann zweimal erheben. Um mal ganz klar zu sagen, wir haben das nicht geändert, indem wir gesagt haben: oh, oh, der hat zweimal angerechnet, wir nehmen eine Anrechnung weg. Nein, wir haben gesagt, das macht ihr so weiter, auf der Seite, Erwerberseite, da machen wir gar nichts. Wir erheben nur eine zweite Kapitalertragsteuer. Und das war der Fehler 2007. 2007 hat man gesagt,



## 4. Untersuchungsausschuss

wer ist denn der Buhmann - und das ist hier ganz gut durchgekommen -, wer hat denn hier die Rendite erzielt? Dieser Leerverkäufer! Wir müssen uns diesen Leerverkäufer greifen! Dieser Leerverkäufer macht ja die Rendite durch sein günstiges Geschäft und dem müssen wir zusätzlich noch eine Kapitalertragsteuer abziehen - zu seinen Lasten. Und das ist jetzt ein Rechtsstreit und das ist interessant. Das hat Herr Lotzgeselle und ich - - Den haben wir schon mal ausgetragen, auf der norddeutschen Finanzgerichtstagung. Da freut mich, dass Sie das jetzt mal tiefer ausgeführt haben, im Urteil. Ich weiß noch nicht, ob ich das ... (akustisch unverständlich), aber das ist eine Rechtsfrage. Die nächste, ist denn diese Kapitalertragsteuer erhoben worden - ganz konkret auch bei einem Leerverkäufer? Jetzt gibt es zwei Positionen. Die einen sagen, das ist schon ein Fall von § 20 Absatz 1 Nummer 1, und wenn wir hinten die Vorschriften anwenden, dann geht das auch butterweich durch. Ich bin da so ein bisschen skeptisch, auch mit der neuen BFH-Rechtsprechung. Ich sage, jedenfalls § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 ist einschlägig. Damit haben wir den Kapitalertragsteuertatbestand, kommen da ein bisschen hinten in die Bredouille: Die Frage, ob für den auch eine Kapitalertragsteuer erhoben worden ist. Und jetzt gibt es zwei Perspektiven. Die eine Perspektive hat Herr Lotzgeselle aufgezeigt. Er hat gesagt, ist doch ganz klar: Der entsprechende Leerverkäufer bei der Depotbank - das ist die Kapitalertragsteuer, die müssen wir erheben. Das ist eine Rechtsauffassung, kann man vertreten. Meine Rechtsauffassung ist eine andere. Es kommt auch auf diesem Fall auf die Erhebung beim Emittenten der Aktien an. Und ich habe hier einfach ganz konkrete Rechtsargumente. Ich sage mal, was für mich kein Argument ist, das hat Herr Schmitt gesagt: Es ist doch ganz klar, so ein bisschen philosophisch am Anfang, man kann nur das nehmen, was man bekommen hat. Das ist eine Sollvorstellung. So sollte ein Kapitalertragsteuersystem sein, so sollte unser System sein. Meine Damen und Herren, es war bis 2012 leider nicht so. Wenn wir also mit so einem Sinn- und Zweckargument argumentieren, müssen wir härter an den Wortlaut gehen und gucken, was da passiert ist. Und was ist hier passiert? Wir schauen uns den Sinn und Zweck an. Warum hat man bei diesem Leerverkäufer den

Kapitalertragsteuerabzug eingeführt? Dann schau ich in die Gesetzesbegründung. Man hat es eingeführt, um alleine den zu belasten. Der Leerverkäufer, seine Depotbank wird belastet. Man macht das so: Die Dividendenkompensation, die ändert sich gar nicht, das bleibt eine Dividende. Da nimmt man die Depotbank raus, die muss was zahlen und sich das quasi von dem Verkäufer wiederholen. Das ändert bei dem Erwerber überhaupt nichts, der bekommt nach wie vor seine Nettodividende. Also es ist anders, als man sich das sonst vorstellt, wenn man so sagt, so eine Lohnsteuer wird eingehoben, dafür bekomme ich nachher netto raus. Das wirkt sich allein zu Lasten des Leerverkäufers aus. Das steht eins zu eins so in der Gesetzesbegründung. Und wenn ich ein unklares Gesetz auslege, dann darf ich im Rahmen einer historisch subjektiven Auslegung auch diese Auffassung zugrunde legen. Und wenn man in dieser Gesetzesbegründung dann auch liest, wir wollen das Problem eben nicht komplett auflösen, wir wollen es nur reduzieren, dann gehe ich nach wie vor billigend in Kauf, dass es da eben zu Doppelanrechnungen kommt, bei meinem System. Dann ist das System fehlerhaft, aber dann ist das leider das Gesetz. Leider. Sie können mich auch fragen, warum. Ich meine, warum man das nur auf einem halben Weg gemacht hat. Ich habe da auch eine Theorie zu, aber damit müssen wir leben. Und es geht jetzt um viele Beteiligte, für viele Beteiligte um viel. Es ist so oder so eine große Sauerei, aber es ist erstmal eine juristische Frage, die hier zu klären ist: Ist das legal möglich oder nicht?

Und ich habe jetzt, glaube ich, die Positionen aufgezeigt. Ich kann vielleicht noch einen zweiten Punkt machen. Vielleicht mal direkt zu Ihrem Urteil.

(Der Sachverständige  
schaut zum Sachverständigen  
Lotzgeselle)

Das war interessant, dieser neue Fall. Das war ja ein Inlandsfall, nicht? Also das war eine inländische Depotbank. Da hatten wir die Möglichkeit, beim Leerverkäufer diese zweite Kapitalertragsteuer zu erheben, die haben es aber nicht gemacht. Da war der Haftungsbescheid raus. Und



## 4. Untersuchungsausschuss

ich hätte gesagt, ja, ganz klar der Fall, die müssen bei denen erheben zu Lasten dieses Leerverkäufers und nicht zu Lasten des Erwerbers. Wer soll getroffen werden? Und jetzt kommt der vielleicht noch ungeschoren davon, weil Sie so entschieden haben. Also, dann wäre der Fall kein Problem.

Ihr zweiter Fall, den haben Sie über die Beweislast gelöst, mit der Bescheinigung. Da haben wir einen Übereinstimmungspunkt. Es wird in der Literatur in der Tat vertreten, jede Bescheinigung, die man vorlegen kann, hat eine Beweiswirkung. Das halte ich für Quatsch, ja. Richtig ist die Aussage, die Herr Lotzgeselle getroffen hat. Eine richtige Entscheidung hat Beweiswirkung. Eine Richtige! Und jetzt kommt der nächste große Fehler des Gesetzgebers. Wann ist etwas richtig? Wenn ich das bescheinige, was ich nach dem Gesetz bescheinigen muss. Ja, nicht? Was da drin steht. Was steht im Gesetz im § 45a Absatz 3? Ich muss als Depotbank - weil ich ja nicht weiß, ob das eine Dividende ist oder eine Dividendenkompensation, ich muss immer bescheinigen, dass das die Originaldividende ist, also dass die vom Emittenten der Aktien kommt. Und warum muss ich das bescheinigen? Weil das im Gesetz steht. Im § 45a Absatz 3 steht drin, es ist zu bescheinigen, dass beim Emittenten der Aktie, also bei dem DAX-Unternehmen - - Das ist zu bescheinigen. Mit anderen Worten, ich bin jetzt - da hat man mir formaljuristische Züge vorgeworfen -, ich bin jetzt ein bisschen formal. Ich sage, wenn man eine Fiktion macht, ich soll bescheinigen, ob beim Emittenten der Aktien das erhoben worden ist auch für den Fall des Leerverkaufs, dann mache ich das. Und dann gehe ich meistens zum Betriebsstättenfinanzamt und frage da nach: Hat die Telekom das erhoben? Und da habe ich eine richtige Bescheinigung ausgestellt. Und nach dem bisherigen Stand der BFH-Rechtsprechung bedeutet diese richtige Bescheinigung eine Beweiswirkung. Warum hat man das gemacht? Wer ist in der Situation fein raus? Die Depotbank. Natürlich, die stand immer vor der Schwierigkeit, ich muss falsche Bescheinigungen ausstellen. Oder was passiert, wenn ich falsche Bescheinigungen ausstelle? Warum ist das für die schwierig? Haftungsvorschrift. Ja, die stand vor dem Problem,

die muss haften, wenn die eine falsche Bescheinigung ... (akustisch unverständlich), die muss eine richtige Bescheinigung ausstellen. Wir müssen das Gesetz ändern, dass ich immer richtige Bescheinigungen ausstellen. Das hat der Bankenverband ja oft in Initiative dann gemacht. Es ist dann ein Gesetz gekommen mit dieser Fiktion, dass die Depotbank immer richtige Bescheinigungen ausstellt, mit dem Problem, dass diese Bescheinigung - darüber können wir jetzt auch weiter streiten - auf der anderen Seite natürlich eine besondere Beweiswirkung hat. Warum hat sie diese Beweiswirkung? Einmal hat sie Tatbestandswirkung. Ich muss sie vorlegen, also diese Bescheinigung. Das ist die erste Funktion. Also, es ist etwas ganz besonderes. Ich habe jetzt so eine Bescheinigung und wir beide können uns einig sein, die Kapitalertragsteuer ist erhoben worden. Ich gebe Ihnen die Bescheinigung, dann kriege ich das auch. Ich habe sie nicht, kriege ich die nicht, die Kapitalertragsteuer. Das ist die eine Funktion. Die zweite ist die Beweisfunktion. Und da hat der BFH bis jetzt auch Recht gesprochen und hat gesagt, also wenn wir das gesetzlich so regeln, dann hat die eine ganz besondere Beweisfunktion, diese Bescheinigung in diesem Fall. Und das kann man jetzt anders sehen - das hat Herr Lotzgeselle so gemacht. Der hat ein bisschen - ich würde mal sagen - - Oder was so gesagt wird, das wird jetzt alles so hinten rüber geschoben, das ist so Recht zweiter Klasse, das berücksichtigen wir nicht mehr, wir drehen mal die Beweislast um. Und am Ende des Tages wird außer diesen Absprachefällen - wie sie vielleicht gar nicht rausfinden - am Ende des Tages wird keiner sagen können, war das ein Inhaber- und [sic!] Leerverkauf. Und am Ende des Tages, ja, haben wir alle Steuern wieder, weil wir alles nach Beweislast regeln und die bisherigen Beweislastregeln, die wir haben, über Bord geworfen haben.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Desens. - Da habe ich, wie es Professor Spengel nicht verwundern wird, noch eine Frage an ihn. Nämlich die Frage der rechtlichen Einschätzung Ihres Vorredners, vielleicht ergänzt um die Frage, die Depotbank als Verwaltungshelferin des Fiskus. Ich denke, da ist doch einiges, was Sie, sehr geehrter Herr Desens, gesagt haben, so, dass man, ja, zu der Vermutung kommen könnte,



## 4. Untersuchungsausschuss

allein aus Praktikabilitätsgründen ist es egal, ob die was Richtiges oder was Falsches bescheinigen. Wir nehmen euch aus der Haftung raus und modifizieren da den § 45 so ein bisschen. Die Frage ist: Sehen Sie das auch so, Herr Professor Spengel?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**  
Nein.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Da brauch ich natürlich noch mehr dann. Und das Mikro!

(Der Sachverständige ruft die Seiten 32-33 seiner PowerPoint-Präsentation auf, siehe Anlage 1)

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**  
Also ich fühle mich schon etwas geschmeichelt, weil meiner Vita können Sie entnehmen, ich bin Betriebswirt von Ausbildung und kein Jurist und sehe mich hier wirklich großem Sachverstand gegenüber. Aber ich habe auch mal Steuerrecht als Wahlfach gehabt und da hat man gelernt, ein Gesetz legt man zunächst mal nach dem Wortlaut aus. Und eine Auslegung gegen den Wortlaut, die völlig sinnwidrig ist, ist eigentlich nicht möglich. Und wir haben ja jetzt gehört, dass argumentiert wird im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, dass es zwei Eigentümer geben kann. Und zwar, was unstrittig ist, das hat auch der Herr Desens nicht bestritten, dass der Aktieninhaber weiterhin der zivilrechtliche Eigentümer ist. Jetzt kommt es aufgrund eines Urteils, das so ausgelegt wird, aus dem Jahr 1999 zu der Argumentation: Naja, neben dem zivilrechtlichen Eigentümer wird der Leerkäufer wirtschaftlicher Eigentümer. Und wenn wir jetzt ins Gesetz schauen - ich mach keine Vorlesung mit Ihnen, aber es ist gut, denn, wenn Wortlaut - - Also, da heißt es: „Wirtschaftsprüfer<sup>5</sup> sind dem Eigentümer zuzurechnen“ - in Klammern, das ist der zivilrechtliche Eigentümer. Und dann heißt es: Abweichend gelten folgende Vorschriften: „Übt ein anderer“ - eben der wirtschaftliche Eigentümer - „die ... Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der

Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall“ - da heißt es auch nicht in der Regel, sondern im Regelfall - „für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm“ - so ist ihm - - Also es gibt entweder den zivilrechtlichen oder den wirtschaftlichen Eigentümer. Der Gesetzeswortlaut sieht überhaupt nicht vor - und das wäre absurd, haben wir vorhin gesehen -, dass ein Wirtschaftsgut zwei Personen zuzurechnen ist.

Jetzt kommt sozusagen die Argumentation, naja, der Bundesfinanzhof hat im Jahr 1999 für ein Inhaber-Cum/Ex-Geschäft entschieden - das hat er auch so entschieden -, dass der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer geworden ist und nicht der Veräußerer, der Inhaber. Also der Bundesfinanzhof 1999 hat nicht entschieden, dass es zwei Eigentümer geben kann. Der hat nur entschieden, dass das Eigentum bereits vor Lieferung der Aktie auf den Erwerber übergeht. Und jetzt: warum hat er so entschieden? Das weiß ich nicht. Aber vielleicht hat er richtig entschieden. Es geht um einen Cum/Ex-Verkauf, also um den Dividendenstichtag. Veräußerung mit Dividendenanspruch, Lieferung ohne, ja. Was passiert denn beim Inhaberkauf? Wie sieht die Clearstream-Regulierung aus bei diesen Veräußerungen um den Dividendenstichtag? Ich veräußere und liefere zwei Tage später. Was macht Clearstream? Clearstream hat die Dividende der Depotbank des Inhabers zugewiesen. Der Inhaber oder die Inhaberdepotbank weist eine offene Verkaufsposition auf und die Erwerberbank eine offene Kaufposition. Das heißt über Clearstream kommt es direkt zur Zuweisung der Dividende zum Erwerber.

Das hat der Bundesfinanzhof möglicherweise erkannt. Ich bin mir aber nicht sicher, ob er es erkannt hat - er hat es insoweit richtig entschieden. Beim Leerkäufer, Cum/Ex-Geschäft, kommt es nicht zu einer Zurechnung der Dividende zum Leerkäufer. Darum kann er auch nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Dividende werden. Das ist gesetzlich schon mal ausgeschlossen. Er müsste dann auch Eigentümer der Aktie sein. Ihm ist die

<sup>5</sup> Anmerkung des Ausschusssekretariats: in § 39 AO heißt es „Wirtschaftsgüter“.



## 4. Untersuchungsausschuss

Dividendenkompensation zuzurechnen. Des Schadenersatzes. Das steht außer Frage, ja.

Ich sage jetzt mal - Herr Desens, wir kennen uns auch schon eine Weile -, Ihre Rechtsauffassung entspricht weder dem Gesetzeswortlaut, noch ist sie aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs abzuleiten. Und warum der BFH vielleicht auch relativ lange zitiert worden ist - er würde das so sehen, was nicht dem Gesetzeswortlaut bei Cum/Ex-Geschäften entspricht, er hat es ja auch nie entschieden für Cum/Ex-Geschäfte -, dass er das letztmalig 2007 bestätigt hat. Also ein Urteil noch zu dem alten Recht. Es ging immer noch zu dem Inhaber. Zu Cum/Ex hat er überhaupt nichts gesagt, also nicht in der Deutlichkeit. Da muss man auch sehen, dass die Geschäfte zwischen 1999 - oder der Sachverhalt, der diesem 99er-Urteil zugrunde lag und bis jetzt, 2007 -, dass sich da auch bei der Abwicklung einiges getan hat.

Also, ich habe ja meinen Aufsatz da als Anlage beigelegt. Es gibt eine Eurex AG. Über die werden die Geschäfte, zumindest an der Frankfurter Wertpapierbörse, abgewickelt. Und Eurex ist im Grunde genommen auch, ich sage mal, so was Zwischengeschaltetes, was überhaupt nicht über die Aktien verfügt, die sie verkauft. Sie muss sie sich auch erst verkaufen [sic!]. Und darum könnte man noch weiter fragen, ob nicht jeder Inhaberverkauf in Wahrheit ein Leerverkauf ist, weil man nicht direkt mit dem Kontrahenten zusammenkommt.

Die zweite Frage, Herr Vorsitzender, was die Bescheinigung der Steuer anbelangt, die Bescheinigung der Steuer - nach meiner Lesart des Gesetzes ist es so: Also, bis einschließlich 2006 ging es bei Leerverkäufen um eine Dividendenkompensation. Da gab es überhaupt nichts zu bescheinigen, weil auf Dividendenkompensationszahlungen keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist. Meine Argumentation ist ja eine andere als die von Ihnen, Herr Desens. Ich sage ja von vornherein: Dem Leerkäufer ist überhaupt keine Dividende zuzurechnen. Das ist unmöglich. Und deswegen, sagen wir mal, habe ich hier eine klare Position.

Und dann sage ich weiterhin, das war ja mein Beispiel: Wenn die Geschäfte ab 2007 über das Inland abgewickelt wurden, dann besteht eigentlich kein Problem, weil dann war die Dividendenkompensationszahlung kapitalertragsteuerpflichtig. Aber wenn sie vom Ausland geleistet worden ist - und das haben Sie ja bestätigt, Herr Hallmann, dass überwiegend dann über das Ausland die Geschäfte abgewickelt worden sind -, dann kam die Dividendenkompensationszahlung aus dem Ausland. Und dann war sie auch wieder nicht kapitalertragsteuerpflichtig. So.

Jetzt kann man argumentieren - es ist eine Tatsachenfrage -, ob die Depotbank erkennen konnte, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung oder eine Dividende handelte. Im Gesetz steht drin, dass die inländische Depotbank anstelle des Schuldners der Kapitalerträge eine Kapitalertragsteuerbescheinigung zu erstellen hat. Schuldner der Kapitalerträge - - Es geht um die Dividendenkompensation, die Dividendenkompensation war bis 2006 einschließlich kein Kapitalertrag. Es war eine Schadenersatzleistung, so dass darauf nie Kapitalertragsteuer einzubehalten war. Und anstelle eines, der überhaupt keine Verpflichtung hat, kann ich ja auch keine Verpflichtung übernehmen. Das ist meine Lesart des Gesetzes.

Und wenn die Dividendenkompensationszahlungen aus dem Ausland kamen: Eine ausländische Depotbank hat nie eine Verpflichtung, für den deutschen Fiskus Kapitalertragsteuer einzubehalten. Also kann die Pflicht zur Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auch nicht auf eine inländische Depotbank des Leerkäufers übergehen. In Absatz 7 von § 45a steht drin: Wenn die Kapitalertragsteuerbescheinigung falsch ist, dann haftet derjenige für den Schaden, der sie ausgestellt hat.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Oder hatte ich Sie unterbrochen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein, das waren ja die Antworten auf Ihre beiden Fragen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Jetzt noch eine letzte Frage, die ich habe,



## 4. Untersuchungsausschuss

und zwar zu einem möglichen Vollzugsdefizit. Einmal also auch dann an Sie, Professor Spengel, noch ganz kurz, und dann eben an Herrn Professor Schmitt und an Herrn Hallmann.

Die erste Frage ist: Ich habe Ihr Eingangsstatement so verstanden, dass Sie den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung bei diesen Fallgestaltungen, über die wir heute Nachmittag sprechen, bejahen. Welche Umstände müssen aus Ihrer Sicht noch hinzukommen, um auf der subjektiven Seite eben da den bedingten Vorsatz nachzuweisen, oder welche Anhaltspunkte für bedingten Vorsatz, dem berühmten *dolus eventualis*, Sie aus diesen Absprachen ableiten, ableiten wollen.

Und ich will auch gleich dann schon den zweiten Teil der Frage an Sie, Professor Schmitt und Herrn Hallmann, ankündigen. Da geht es mir einfach um die Frage: Ja, hat die Steuerverwaltung jahrelang geschlafen angesichts dessen, was wir hier heute gehört haben, und ist es richtig, dass die Finanzverwaltung erst über Whistleblower da nun auf diese Fährte gesetzt worden ist. Oder, was hätte man tun können, um gegebenenfalls den drastischen Anstieg der Kapitalertragsteuererstattungen im Rahmen der Überwachung der laufenden Steuereinnahmen zu erkennen. Oder, hätte man überhaupt etwas tun können? Das wäre der zweite Teil. - Herr Professor Spengel, bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Schauen wir uns den § 370 an, der sich mit Steuerhinterziehung beschäftigt. Da heißt es, Steuerhinterziehung liegt vor und ist mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe beahftet, wenn man den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und dadurch Steuern verkürzt werden.

Und der Tatbestand der Steuerhinterziehung, der kann dann vorliegen, wenn ich die Erstattung der Kapitalertragsteuer beantrage, also eine Bescheinigung vorlege, aber tatsächlich nicht zur Anrechnung oder Erstattung berechtigt bin. Da mache ich falsche Angaben, und damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Und wenn man das in

Kenntnis sozusagen macht, dass hier vom Leerverkäufer erworben worden ist, dann kann auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein. Das ist meine Lesart der Dinge.

Und genauer hat sich damit befasst das Landgericht Köln im Juli letzten Jahres. Und das Gericht hat das so ausgeführt. Das steht jetzt nicht so im Leitsatz drin, es ergibt sich aus einer Randnummer.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Ja, und dann die letzte Frage zu etwaigen Vollzugsdefiziten, Erkennbarkeiten, etc. Herr Professor Schmitt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, die Steuerverwaltung schläft nie, Herr Vorsitzender. Aber es kann natürlich sein, dass auch wir betrogen werden. Das kann ich gar nicht abstreiten. Und hinterher ist man immer schlauer. Wenn wir, sagen wir mal, in den Jahren 2006/2007 schon gewusst hätten, was da alles geschieht, hätte man das sicherlich auch früher entdecken können. Das ist sicherlich so. Aber ich habe vorhin ja schon geschildert: Unser erster Kontakt mit den Steuerbürgern, die solche Kapitalertragsteuererstattungen oder -anrechnungen begehren, ist die Veranlagungsstelle. Und dort wird die Kapitalertragsteuerbescheinigung vorgelegt und geprüft. Auch das habe ich vorhin schon gesagt.

Ich will in dem Zusammenhang noch auf eines hinweisen: Das Gesetz hat nie, Herr Desens, erlaubt oder fingiert, dass unrichtige Kapitalertragsteuererstattungen in Bezug auf das Erheben der Kapitalertragsteuer ausgestellt werden können.

(Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens: Das habe ich auch nie gesagt!)

Die von Ihnen gemeinte Norm ist § 45a Absatz 3 Satz 2. Da heißt es: „der Emittent der Aktien gilt insoweit“ - also für das Erstellen der Bescheinigung - „als Schuldner der Kapitalerträge“. Aber nicht der Kapitalertragsteuer. Das ist ja was anderes. Das werden Sie mir ja zugestehen. Und warum ist das so gemacht worden? Weil es eben so



## 4. Untersuchungsausschuss

ist, wie Sie, Herr Desens, sehr beredt dargelegt haben, dass es die Bank des Leerkäufers nicht ohne Weiteres erkennen kann, ob es eine Kompensationszahlung ist oder eben eine Dividende - immer vorausgesetzt, es haben keine Absprachen stattgefunden, wovon wir ja ausgehen, wie ich vorhin schon gesagt habe.

Es ist natürlich so, dass man dann, wenn man erfährt von solchen Geschäften, Herr Vorsitzender, aktiv wird. Es ist aber auch so, wie mein Kollege Herr Hallmann hier beredt ausgeführt hat, dass man dann nicht von einem auf den anderen Tag zu Ergebnissen kommt. Es ist durchaus so, dass natürlich die Branche, ich nenne das jetzt mal so, reagiert hat. Mit dem Jahressteuergesetz 2007, es mag nicht perfekt gewesen sein, hat man die Modelle im Inland kaputt gemacht. Das ging nicht mehr. Der Leerverkäufer im Inland musste jetzt Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung einbehalten, das heißt, die Gewinnmarge war kaputt. Also ist man flugs ins Ausland abgewandert und hat ausländische Banken - und Herr Hallmann hat ja gesagt, das waren eben die ausländischen Tochtergesellschaften der inländischen Banken vielfach - eingeschaltet.

Ja, das haben wir nicht gemerkt. Ich würde daraus nicht schließen, wir hätten geschlafen. Sondern wir sind einfach nicht davon ausgegangen, dass man sich zweimal nimmt, was man einmal gegeben hat. Wir werden ja auch darauf hingewiesen, auch in unseren Verwaltungsanweisungen, auch wenn Sie jetzt vielleicht gleich lächeln mögen: Wir sollen dem Steuerbürger doch auch mal glauben und nicht alles in Zweifel ziehen. Und wenn Sie die Zeitung lesen, dann sehen Sie, was für Institute das waren. Sollen wir die verfolgen im Rahmen der steuerrechtlichen Ermittlungen in der Annahme, das sind ja alles in Wirklichkeit doch nur Verbrecher? Und seit 2008 wissen wir das - Finanzkrise. Die machen bestimmt auch andere Dinge. Ja, heute stellt sich das ja fast so dar. Muss ich ja leider sagen als Steuerbeamter. Hätte ich noch vor fünf oder sechs Jahren so niemals formuliert.

Aber Sie merken es mir an,

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Man lernt nie  
aus!)

ich bin in dieser Frage engagiert und entrüstet. Ich finde es unglaublich, was da geschehen ist. Das haben wir vor fünf oder sechs Jahren nicht gewusst, nicht geahnt, und insoweit waren wir vielleicht zu gutgläubig. Das mag sein. Das werden dann die weiteren Ermittlungen ja erweisen, nicht? Wenn ein Mitverschulden der Ermittlungsbehörden festgestellt wird, mag das ja im Strafmaß für die Beteiligten Berücksichtigung finden. Aber das Landgericht Köln hat wörtlich gesagt, dass der Kriminelle keinen Anspruch darauf hat, dass der Staat durch rechtzeitiges Tun sein kriminelles Verhalten zu seinen Gunsten verhindert. Das ist ja auch wahr -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Eine in sich plausible Ausführung.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** - und das muss man einfach auch mal, denke ich, unterscheiden, wenn man hier fragt, wer war eigentlich schuld an den Taten? Der Täter oder das Opfer?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Professor Schmitt, für das sehr eindrucksvolle Plädoyer. - Herr Hallmann, bitte.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Noch mal zur Steuerhinterziehung. Unsere Ermittlungen beruhen im Wesentlichen auf der Auswertung der im Herbst 2015 angekauften Daten. Und zwar handelt es sich dabei um Erstattungsanträge, die beim Bundeszentralamt für Steuern eingereicht worden sind. In diesen Anträgen wird bei den beigefügten Anlagen und hinsichtlich der Erstattungsbeträge ausdrücklich vom Antragsteller bestätigt, dass die Steuer einbehalten und auch abgeführt wurde. Weiterhin wird in den Anträgen durch den Antragsteller bestätigt, dass das Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Zufließens der Erträge dem Antragsteller gehört hat und ihm die Erträge auch zugestanden haben.





## 4. Untersuchungsausschuss

Weil wir davon ausgehen, dass es ungedeckte Leerverkäufe sind, werden wir in allen diesen Verfahren natürlich Ermittlungsverfahren einleiten und auch gegen die Personen, die sich da herauskristallisieren als Täter, Strafverfahren einleiten. Zunächst werden Strafverfahren gegen unbekannte Mitarbeiter und Verantwortliche des Instituts eingeleitet. Und sobald nähere Erkenntnisse vorliegen, wird das dann auch personalisiert.

Dann zum Schlafen der Verwaltung. Die Ersten, die geprüft haben, waren Betriebsprüfungsstellen in den jeweiligen Bundesländern. Deren Prüfungen sind relativ enge Grenzen gesetzt. Die können nicht überall hingehen und sagen: Gebt uns bitte Auskunft. Dann sagen die Bankeninstitute: Bankgeheimnis. Ihr habt hier gar nicht weiter zu fragen. Das ist erst mit Einschaltung der Steuerfahndungsstellen möglich gewesen, dass man erweiterte Durchsuchungsmaßnahmen durchführen konnte. Zudem haben die Banken immer einen Vertrauensvorschuss gehabt - dass man davon ausging, was die Banken machen, wird schon seine Richtigkeit haben. Die werden ja nicht irgendwas Falsches bestätigen. Was sich jetzt so im Nachhinein auch nicht wirklich bewiesen hat.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Hallmann. - Ich bin mit meinen Fragen am Ende und habe nur noch eine Bitte an die Kollegen. Da ich mal für drei Minuten gerne den Raum verlassen möchte und mein Vertreter, Graf Lerchenfeld, krankheitsbedingt heute nicht hier ist, wenn ich Frau Karliczek für drei Minuten, bis ich gleich wieder da bin, den Vorsitz übergebe, damit nunmehr die Befragung seitens der Kolleginnen und Kollegen stattfinden kann. Es beginnt die Fraktion Die Linke, wenn ich das richtig sehe. Herr Kollege Pitterle, bitte.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Herr Professor Spengel, Sie haben ja vorher ausgeführt, dass die Sollbruchstelle gewesen ist bei dem ganzen System, dass wir eine abführende Stelle hatten - das waren diese DAX-Unternehmen, die hatten die Kapitalertragsteuer einzuziehen -, aber die Bescheinigung erfolgte dann durch die Depotbank.

Lässt es sich aus Ihrer Sicht irgendwie nachvollziehen, wie es dazu gekommen ist, dass nicht die

einziehende Stelle von der Gesetzgebung beauftragt worden ist, die Bescheinigung auszustellen, was nachvollziehbar wäre? Gibt es dafür bestimmte Gründe, warum dieses System gewählt worden ist? Und hätte es systematisch die Möglichkeit gegeben, zum Beispiel über Software, so etwas abzugleichen? Also, ich meine die Abführung der Kapitalertragsteuer, die dann abgeglichen worden wäre mit der entsprechenden Bescheinigung.

Dann wäre die Frage - auch an Sie: Wir hatten ja unterschiedliche Zeiträume, und bis zum Jahr 2007 war das so, wie Sie ja zu Recht gesagt haben: Für die Dividendenkompensationszahlung war keine Kapitalertragsteuer abzuziehen und konnte deswegen auch keine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausgestellt werden, weil sie nicht erhoben worden war. Dann wurde aber gesagt: Ja, das hat die Depotbank gar nicht sehen können, ist das eine Dividendenzahlung oder ist das eine Dividendenkompensationszahlung. Das mag möglicherweise auf die meisten Fälle zutreffen, es sei denn, man geht ja, wie hier gesagt worden ist, von dieser Bank aus, die sich selbst die Kapitalertragsteuerbescheinigung ausstellt, die es ja dann eigentlich wissen müsste, dass es nicht zulässig ist.

Können Sie dazu was sagen, welches System da erforderlich wäre, um das aufseiten der Depotbank auszuschließen, dass auch für diese Dividendenkompensationszahlung eine Bescheinigung ausgestellt wird?

Und dann hätte ich vielleicht noch eine Frage im Zusammenhang mit dieser Kompensationszahlung. In dem Brief des Bankenverbands von 2002 wurde ja gefordert, man möge diese der Dividendenzahlung gleichstellen. Und das ist ja ab 2007 passiert. Deswegen wurde ja auch dafür die Kapitalertragsteuer bezahlt. Der eine Aspekt in dieser ganzen Angelegenheit ist ja die Sache, dass dann tatsächlich auch für diese Kompensationszahlung eine Kapitalertragsteuer eingezogen wird und auch bescheinigt wird. Der andere Aspekt ist jedoch - wenn Sie das mir vielleicht bescheinigen könnten oder wenn Sie was dazu sagen könnten: Also meines Wissens nach war das so gewesen, dass die Dividende zum damaligen Zeitpunkt mit



## 4. Untersuchungsausschuss

50 Prozent besteuert worden ist, während die Dividendenkompensationszahlung eine sonstige Einnahme war, die mit 100 Prozent besteuert worden ist, so dass es durch diese Gleichstellung der beiden Zahlungen, also durch die Gleichstellung der Dividende mit der Kompensationszahlung, diese Kompensationszahlung infolge ab 2007 auch nur noch mit 50 Prozent zu besteuern war.

In dem Gesetzentwurf für das Jahressteuergesetz habe ich nirgendwo dazu irgendeine Argumentation gefunden, weil das ja, wenn man sich die Zahlen da anhört, um welche Geschäfte es da gegangen ist, muss das ja zwangsläufig auch mit Minderung der Steuereinnahmen einhergegangen sein. Und haben Sie da irgendwelche Erkenntnisse, ob es tatsächlich der Fall war und in welchem Umfang?

Dann habe ich an Herrn Professor Desens - -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Es gibt so eine  
gewisse Limitierung der  
Zeit für Fragen und Ant-  
worten!)

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ach so.

**Amtierende Vorsitzende Anja Karliczek (CDU/CSU):** Ja, ich wollte gerade darauf hinweisen. Bei den acht Minuten ist die Antwort mit drin. Wir haben jetzt noch zwei Minuten. An wen geht denn die Frage?

(Heiterkeit)

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ich habe an Herrn Professor Spengel die Frage gestellt. Dann muss ich jetzt aufhören.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**  
Zwei Minuten - so wie bei Dalli Dalli früher.

(Heiterkeit)

Also, Sie haben drei Fragen an mich gestellt: Warum bescheinigt die Depotbank die Kapitalertragsteuer und nicht die ausschüttende Kapitalgesellschaft?

Theoretisch wäre beides möglich. Die Kapitalgesellschaften können ihre Aktionäre kennen. Also, dann könnten sie auch das ausstellen, bescheinigen. Aber für die Bescheinigung durch das depotführende Kreditinstitut spricht eigentlich, dass, jetzt sagen wir mal, der Aktionär, eine natürliche Person, der ist ja einkommensteuerepflichtig mit seinen Kapitalerträgen und er bekommt dann - - Also, unterstellen wir auch, man hat in der Regel nur ein depotführendes Kreditinstitut, dann bekomme ich für die gesamten Kapitalerträge eine Bescheinigung. Es gab schon immer einen Sparerfreibetrag. Also dass das im Grunde genommen der administrativ einfachere Weg ist.

Wenn ich ergänzen darf zu Ihrer Frage, also, ich sage mal so: Ich hatte diese Bruchstelle und, jetzt sagen wir mal so aus meiner Sicht, man hat sie ja geschlossen seit 2012 und hat halt alles dahin. Man hätte es gleich so machen können, wenn man gewusst hätte, wie die Geschäfte funktionieren. Aber das ist jetzt kein Vorwurf an den Gesetzgeber.

Ihre zweite Frage, die klang ja schon mehrfach an. Das ist doch das, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis einschließlich 2006 eine Dividendenkompensationszahlung nicht der Kapitalertragsteuer unterlag. Und ab 2007, wenn es über das Ausland gelaufen ist, auch nicht. Und trotzdem wurden Steuerbescheinigungen ausgestellt durch inländische Depotbanken, und, ich weiß nicht, wie die argumentiert haben. Es gibt, mir bekannt, jetzt erst einen Fall, dass man eine Depotbank deswegen in Anspruch nehmen möchte. Das war im März 2016 in der Presse, 706 Millionen Euro sind es da. Man kann argumentieren: Ich kann nicht erkennen, ob die Zahlung, ja, eine Dividende oder eine Kompensationszahlung ist. Also zum einen macht das Gesetz an keiner Stelle zur Voraussetzung, dass man das hätte erkennen können oder dass man es nicht hätte kennen können, ja, also das spielt keine Rolle. Es geht darum, wenn die Steuerbescheinigung



## 4. Untersuchungsausschuss

falsch ist, sozusagen wenn keine Steuer einbehalten wurde auf Stelle des Schuldners der Kapitalerträge, dann ist die falsch. Und wenn ich mir nicht sicher bin, ob ich eine richtige Steuerbescheinigung ausstelle, dann könnte man ja auch überlegen, dass man eben Erkundigungen einzieht, also die Bank, die das ausstellt. Ja? Also, was ich damit sagen will, das Gesetz spricht nirgends von Absprachen oder sonst wo, dass man sagt, nur wenn Absprachen stattgefunden hätten, dann hätte ich keine Steuerbescheinigung ausstellen dürfen. Das steht nicht im Gesetz drin. Und ob man das erkennen kann, also, Herr Pitterle, die Frage, die halte ich auch, also sagen wir mal, für künftige Überlegungen relevant. Sie sprachen an das Zeitalter der EDV. Also, jeder hat eine Depotnummer, es gibt Wertpapierkennnummern. Also warum man, sagen wir mal, in Zeiten von Big Data - das betrifft die ganze institutionelle Abwicklung von Börsentransaktionen -, warum man im Grunde genommen nicht nachvollziehen kann, von wem hat man irgendwie erworben. Sie sprachen da von Ketten, nicht, das ist ja irre aufwendig. Das ist eine Frage, die würde ich eigentlich bejahen, das müsste möglich sein. Heutzutage weiß jeder, wann, wie lange und von wo wir im Internet sind, wenn wir mit unseren Smartphones uns einloggen. Ja? Also technischen Möglichkeiten dürfte es geben.

Die dritte Frage war, wie sieht es mit der Besteuerung der Dividendenkompensationszahlung beim Empfänger, beim Leerkäufer aus. Die Dividendenkompensationszahlung ist von ihrer Natur her immer eine Schadensersatzleistung gewesen. Und bis einschließlich 2006 gab es keine besondere gesetzliche Regelung. Also, es hieß, wenn jetzt, in meinem Ausgangsbeispiel der Leerkäufer, eine Kapitalgesellschaft, also wenn der eine Dividendenkompensation erhalten hat, dann war das ein steuerpflichtiger Ertrag. Was bedeutet, er unterliegt der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer. Was der Gesetzgeber jetzt geregelt hat im Jahr 2006 oder im Jahressteuergesetz für dann 2007, er hat den § 20 Einkommensteuergesetz ergänzt. Der ist so aufgebaut: Da steht immer drin, also Einkünfte aus Kapitalvermögen, um die geht es. Und er hat ergänzt - da stehen Dividenden drin, da stehen Zinsen drin, usw. - einen Satz 4 in dem Absatz 1, wo er gesagt hat - also man

spricht dann von Dividenden oder sonstige Bezügen - den sonstigen Bezügen gleichgestellt werden gerade diese Dividendenkompensationszahlungen. Und das war Voraussetzung dafür, ja, jetzt sind Dividendenkompensationszahlungen Einkünfte aus Kapitalvermögen. Und Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen einem Kapitalertragsteuereinbehalt.

Ich habe Ihre Frage verstanden. Sie sagen, naja - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann die beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Bitte?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann die beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein, seine Frage war ja, ob der Fiskus da was verloren hat.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ja, ich kann Ihnen das sagen. Wenn Sie das wollen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Nein, so geht es jetzt nicht. So geht es jetzt nicht. Da sind wir etwas strikt, ja. Also, Herr Pitterle, die Frage war an Professor Spengel. Wenn Sie noch vielleicht, Herr Professor Spengel, Ihre Antwort im Sachzusammenhang zu Ende geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Also kurz. Nehmen wir mal an, die Dividendenkompensation war zu 30 Prozent steuerpflichtig vor 2007, was passiert danach? Danach wird Kapitalertragsteuer einbehalten, 25 Prozent, und die Zahlung ist als Einkünfte aus Kapitalvermögen den Dividenden gleichgesetzt gewerbesteuer- und körperschaftsteuerfrei nach § 8b Absatz 1.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr für Ihre Antwort. - Ich darf dann gleich überleiten zur Fraktion der CDU/CSU. - Herr Pitterle, Sie haben 13 Minuten für die Linken gehabt und nicht acht. Aber ich denke, es war in Ihrem und unser aller Einverständnis, dass die Antwort von



## 4. Untersuchungsausschuss

Professor Spengel en bloc abgegeben wurde und nicht etwa auf eine neue Frage verschoben werden musste.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Mir war nicht klar, dass ich für Fragen und Antworten acht Minuten habe, sonst hätte ich - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Alles bestens, alles gut. Wir finden doch hier kooperative Lösungen. - Jetzt der Kollege Hirte, bitte.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Das spricht ja für den pfleglichen Umgang des Vorsitzenden mit der Opposition. Ja, ich glaube, es ist relativ deutlich geworden, dass wir eine relativ komplexe Gemengelage zu betrachten haben. Professor Spengel hat uns etwas bedauert. Ich finde, dazu besteht kein Anlass. Wir werden versuchen, irgendwie der Angelegenheit gerecht zu werden. Trotzdem Sie uns, sagen wir mal, keine Vorlesung halten wollen, müssen wir, glaube ich schon, die Anhörung auch ein bisschen nutzen quasi als universitäres Oberseminar, um uns tatsächlich und rechtlich fortzubilden.

Und deswegen zunächst erstmal aus tatsächlicher Sicht die Frage: In den bisherigen Fällen, insbesondere aus denen, die gerichtsrelevant wurden, zeichnet sich ja ab, dass wir, Herr Lotzgeselle, es, wenn ich es recht sehe, bislang jedenfalls eigentlich immer nur mit OTC-Geschäften zu tun hatten. Stimmt das, Herr Lotzgeselle?

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Die Fälle, die uns vorgelegen haben, das waren alles OTC-Geschäfte.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Darf ich vielleicht einfach in die Runde fragen, ob jemandem andere Geschäfte bekannt sind, die keine OTC-Geschäfte sind?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Wenn Sie ein Leerverkaufsmodell gestalten wollen, müssen Sie außerhalb der Börse sich eindecken als Leerverkäufer. Sonst funktioniert das Ganze nicht.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Ich habe ja vorhin gerade gelernt, dass es eben doch funktionieren kann mit den sogenannten Block Trades, -

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Okay, das stimmt.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** - wenn man eine Absprache trifft und dann quasi an der Börse auftritt.

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Das ist dann  
aber beides, sozusagen!)

- Nein. - Der Hintergrund meiner Frage ist, bei den Börsengeschäften gibt es eine ganz klare Abwicklungsregel T+2. OTC können Sie alles vereinbaren. Das heißt auch, bei den Absprachen zu Börsengeschäften ist aber ganz klar, was wann passieren muss. Deswegen auch nochmal die Frage, vielleicht auch an Herrn Spengel, ist das ein theoretischer Fall oder ist das tatsächlich praktisch bei den relevanten Fällen auch zu anhängig gewordenen Fällen gekommen, die über die Börse abgewickelt wurden? Also, weil Sie hatten, glaube ich, das Beispiel gebracht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Mir ist praktisch kein Fall bekannt. Ich habe aber Einblick gehabt in Gutachten, wo das vorgeschlagen worden ist.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Das heißt im Ergebnis doch aber auch, dass über all die Fälle, über die wir jetzt reden, ein unbescholtener Marktteilnehmer gar nicht betroffen sein kann, weil wir immer eine besondere Form der Absprache brauchen bei den OTC-Geschäften, weil es eigentlich - jedenfalls über die Größenordnung, über die wir reden, also wenn wir über Dividenden von hunderten Millionen reden - - Da finden Sie ja nicht einen, der nicht vorher eingebunden ist, um so ein Geschäft kurzfristig abzuwickeln. Stimmt das? Vielleicht an alle oder wer das beurteilen kann.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ja, wir können ja nur solche Fälle beurteilen, die wir



## 4. Untersuchungsausschuss

kennen, die offenbar werden. Nach den Fällen, die mir bisher vorgetragen wurden, haben wir es regelmäßig mit solchen OTC-Geschäften zu tun, mit denen eben der Leerverkäufer agiert. Denkbar ist das, was modellhaft hier Herr Spengel vorgestellt hat. Und er hat ja gesagt, er hat das von dritter Seite erfahren, dass sowas auch vorgeschlagen worden ist. Weil, wenn die Geschäfte über die Börse abgewickelt werden und trotzdem so funktionieren wie OTC-Geschäfte, dann kommt man noch schwerer drauf, um das mal so zu sagen. Ob es jetzt Geschäfte gibt, die den unbescholtenen Marktteilnehmer betreffen, ja, das will ich nicht ausschließen. Ich denke, es wird eine Vielzahl von Geschäften geben, in denen der Leerverkäufer auf eine Kompensationszahlung eben Kapitalertragsteuer erhebt, und dann ist ja auch alles ganz okay. Und heute haben wir ja auch den Rechtszustand, dass die letzte auszahlende Stelle, also das ist letztlich die Bank des Käufers, den Kapitalertragsteuerabzug vornehmen muss und ihn bescheinigt. Also diese Geschäfte können an sich nicht mehr stattfinden nach der aktuellen Rechtslage, die wir seit 2012 haben.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Vielleicht darf ich dann auch noch an die beiden Praktiker fragen: Es ist schon teilweise angeklungen, dass es durchaus ein kritisches Bild auf die beteiligten Kreditinstitute gibt. Wie ist denn aus dem Stand der Ermittlungen oder aus Ihren Kenntnissen absehbar, wie stark die Kreditinstitute auch aktiv an der Gestaltung dieser Geschäfte beteiligt waren, dass sie durchaus das vielleicht auch beworben haben. Es gab ja kürzlich einen *Panorama*-Bericht über eine in, ich glaube, Liechtenstein ansässige Bank - viele werden es wahrgenommen haben -, wo offensichtlich ja auch Kreditinstitute selbst proaktiv da eingebunden waren. Vielleicht können Sie, Herr Professor Schmitt und Herr Hallmann, kurz sagen, ob Sie Kenntnisse haben, ob auch Banken proaktiv eingebunden waren oder eher nur abgewickelt haben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich habe vorhin schon mal in aller Zurückhaltung und Vorsicht gesagt, dass ich mir das gut vorstellen kann. Mir sind aber Fälle positiv nicht bekannt. Ich habe vorhin auch gesagt, die Ermittlungen sind in vollem Gange. Da kann gleich der

Herr Hallmann noch was dazu sagen. Sie brauchen ja strafrechtlich immer einen Verantwortlichen, der diese Geschäfte mit Wissen und Wollen, Sie nennen das proaktiv, betrieben hat. Ich gehe davon aus. Das nennt man Anfangsverdacht. Und solche Anfangsverdächte hat das Landgericht Köln in seinem Beschluss ja bestätigt in den entsprechenden Fällen. Und ich kann mir gut vorstellen, dass das in anderen Fällen auch der Fall ist. Aber letztlich wird man das erst beurteilen können, wenn die strafrechtlichen Ermittlungen zu einem Ergebnis gekommen sind. Steuerrechtlich haben wir es glücklicherweise und zugunsten des Fiskus leichter über die Beweislastverteilung: Der Steuerbürger - der die Anrechnung oder die Erstattung begehrt, muss den Einbehalt der Kapitalertragsteuer nachweisen. Das ist die Voraussetzung für die Erstattung. Und da muss er sich nicht unbedingt strafbar gemacht haben. Der Umfang dieser Fälle, es ist ja heute schon beschrieben worden, lässt natürlich einen strafrechtlichen Anfangsverdacht schon entstehen. Da guckt man dann mal auch steuerstrafrechtlich genauer hin. Im Übrigen gibt es, Sie haben den *Panorama*-Beitrag ja angesprochen, auch sehr bekannte Investoren. Nicht? Der Leerverkäufer, der geht ja nicht einfach an seine Sparkasse und sagt, jetzt mache ich mal Leerverkäufe. Der muss sich ja auch eindecken mit Aktien. Da ist ja tatsächlich auch Geld geflossen. Der braucht Geld. Das kriegt er nicht zu 100 Prozent über Finanzierung, über Darlehen. Der braucht Eigenkapital. Und die Namen sind ja bekannt, wer sich da engagiert hat mit Renditeversprechungen von 12, 15, 20 Prozent. Und das hat ja auch, solange es funktioniert hat, funktioniert.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ich denke, man kann sich so eine Bank nicht als homogenes Institut vorstellen, dass die gesamte Bank wusste, was da gelaufen ist. Es gibt verschiedenste Abteilungen in der Bank. Die einen waren mehr oder minder daran beteiligt, die anderen waren gar nicht beteiligt. Und ob der Vorstand und der Aufsichtsrat davon wussten, mag fraglich sein. Allerdings, die Rolle der Kreditinstitute in diesen Cum/Ex-Geschäften, die können an jeder Position gesessen haben. Die können Verkäufer sein, die können Käufer sein. Die haben das auf ihr eigenes Buch organisiert, das heißt, dass sie selbst die



## 4. Untersuchungsausschuss

Geschäfte gemacht haben und die Kapitalertragsteuer geltend gemacht haben. Sie haben natürlich auch Kundengeschäfte gemacht, das heißt, es wurden konkret Fonds gegründet, die nur die Absicht hatten, Cum/Ex-Geschäfte zu machen, um, wie gesagt, diesen prominenten und reichen Mitbürgern noch ein bisschen mehr zu geben. Darüber hinaus wurden in den USA Pensionspläne erstellt. Das heißt, da ist ein einziger an einem Pensionsplan beteiligt. Der hat auch - über die Banken organisiert - hier Cum/Ex-Geschäfte gemacht und ist auch der einzige Begünstigte von diesen Geschäften, neben den Banken natürlich, die was davon abbekommen. Des Weiteren wurde von einer Bank ein Projekt aufgelegt und an GmbHs in Deutschland verkauft oder weiter vermittelt. Dieses Projekt sah vor, dass eine GmbH gegründet wird, um den Dividendenstichpunkt die Geschäfte abwickelt - cum/ex -, und anschließend wieder gelöscht wird. Und diese Firmen dann steuerlich zu behandeln, wird natürlich jetzt schwierig und auch das Geld zu bekommen.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Herr Professor Desens, Sie vertreten ja in der Runde der hier anwesenden Sachverständigen so ein bisschen den Exoten mit Ihrer Rechtsauffassung zum Thema „Wirtschaftliches Eigentum“. Die Frage an Sie: Gibt es denn vergleichbare Situationen im Steuerrecht oder im Allgemeinen, wo es eine Vervielfältigung von Eigentum gibt? Mir ist keines offensichtlich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Die Frage ist auch eine andere. Also erstens ist das so in dieser Form nur bis 2007 relevant. Ja, da ist das das Merkmal. Das Zweitens ist, wie weit - meine Argumentation ist umgekehrt. Wir haben zwei Mal den Tatbestand erfüllt. Da kommen zwei Leute. Der Inhaberverkäufer und der Leerverkäufer, also der Käufer vom Inhaberverkäufer oder der Leerverkäufer, wir wissen es nicht in dem Moment. Beide sagen: Ich habe jetzt diesen Anspruch. Und so steht es in der Gesetzesbegründung drin. Ja, also dass auch eben nach diesem Leerverkäufer dieser Anspruch besteht. Das ist mein Ausgangspunkt. Ich will nur sagen: das ist keine Exotenmeinung. Das haben alle da vertreten. Ich lese Ihnen das gerne vor. Es wird auch

gesagt, das ist widersprüchlich. Es steht wirklich überall eindeutig so drin. Also es ist eher neu, aber darüber können wir ja diskutieren, was Herr Spengel hier vertreten hat 2015, dass man das eben umdreht, dass man da nochmal zurückfährt und sagt: So was kann's nicht geben. Ich möchte mal was anderes sagen. Es wird ja immer gesagt, das entspricht nicht dem Wortlaut. Die Rechtslage ab 2007 - um das mal deutlich zu machen - da haben wir einen Tatbestand in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4. Der soll genau Leerverkäufe betreffen. Da kann ich gerne eine Wortlautauslegung mit Ihnen ausführlich machen. Da gibt's vier Wortlautargumente. Drei gehen unentschieden aus. Drei zu drei. Es könnte also sein - die Ausgangsfrage ist: Setzt das Gesetz voraus, dass bei diesem Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum schon übergegangen ist?

Ich könnte das gerne mit jedem von Ihnen machen, wir können das machen, wir können auch beide Argumente nennen. Es kommt aber - so einen Spielstand wünsche ich mir heute Abend - das 3 zu 4 in der letzten Minute. Da steht drin - da wird ein Leerverkauf über den Dividendenstichtag beschrieben -, dass die Aktien vor dem Dividendenstichtag erworben worden sind und nachher geliefert.

Wenn der Gesetzgeber „gekauft“ reingeschrieben hätte, dann hätten wir noch eine offene Frage. Im Gesetz steht aber „erworben“. Und „erworben“, da hab ich eine Rechtsposition bekommen. Also, im jetzigen Geist des Gesetzes liegt dem das zugrunde, ja. Das hat eine Folgefrage, die man jetzt sagen müsste, wenn das richtig ist, dann ist nämlich gleichzeitig der Satz eins auch noch erfüllt. Und das ist eine komische Konkurrenzsituation, dass also zwei Tatbestände gleichzeitig erfüllt sind. Und welchen nehmen wir denn jetzt? Da kann ich Ihnen genug Parallelfälle stellen in § 20 Absatz 1 Nummer 9 oder 10, da haben wir reine Tatbestände, die nur für die Erhebung der Kapitalertragsteuer dienen. Also es widerspricht dem auch nicht. Wie gesagt, ich könnte Ihnen das in einer kompletten Auslegung jetzt - - Ich geh da auch mit jedem hier gerne rein, dass das der Geist dieses Gesetzes ist.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Jetzt haben wir die gute Situation, es gibt ja diesen schönen Spruch: „Das Gesetz immer schlauer ist, als dessen Urheber“ - dank Rechtsprechung und Verwaltung und auch der Wissenschaft - möglicherweise ist das einer der Fälle.

Letzte Frage, dann können auch meine Kollegen noch mal nachfragen. Die problematische Situation, die wir juristisch haben, ist ja entstanden mit der Umstellung des Anrechnungsverfahrens auf das Halbeinkünfteverfahren. Wie ist denn unsere deutsche, unser deutscher Umgang mit der Cum/Ex-Problematik im Vergleich zur Situation im Ausland? Hat man sich da irgendwie auch bei der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens und der damit einhergehenden Besteuerung denn auch im Ausland orientiert? Vielleicht können - weiß nicht wer, aus der Wissenschaft vielleicht - Sie, Herr Professor Desens, das kurz beurteilen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also ich glaube nicht, dass das der Ursprung war. Ja, also das ist in der Tat interessant, was der Ursprung war. Dieses klassische Dividendenstripping, das funktioniert hier unterm Anrechnungsverfahren noch viel mehr, weil dann nämlich das Körperschaftsteuerguthaben auch noch gestrippt worden ist. Ich kann mir Folgendes vorstellen: Man hat dieses Halbeinkünfteverfahren - so hieß es damals ja - eingeführt und auch, um diese Missbräuche zu verhindern. Dann da war klassisches Dividendenstripping überhaupt nicht mehr attraktiv. Weniger attraktiv, weil's nur noch um diese Kapitalertragsteuer ging. Und dann sind Leute auf diese Leerverkaufsideen gekommen. Ich möchte aber nochmal dazu sagen: Es gab diesen Markt dann seit 277 [sic!] und was Herr Krüger da am Anfang vorgelesen hat, diese komische Formulierung mit dieser Ersparung von Domizilgesellschaften. Das sind ja gerade Inhaberverkäufer, nicht? Die zielen drauf ab, die sitzen in Deutschland, und sagen: Wir stehen bereit als Erwerber - potentiell -, wenn's irgendeinen Steuer-ausländer gibt, der aus seiner Sicht diskriminiert wird, weil er eine definitive Kapitalertragsteuer nimmt. Und diese Gestaltung, da können wir auch drüber diskutieren, ist eine andere Gestaltung, da kann man gegen vorgehen. Wir haben jetzt hier die Regelung bei Cum/Cum-Geschäften

im Gesetzesentwurf, die stammt, glaub ich, aus Australien; da ist man ganz rigoros, ich glaube, wir haben 45 Tage Frist. Wir sagen, 45 Tage, darüber muss/darf wirtschaftliches und rechtliches Eigentum nicht auseinanderfallen. Man kann gucken, ob das jetzt funktioniert, und das ist eine klare Regelung. Und dann hätte man viele Fälle, glaube ich, böse Fälle erfasst. Ob man da nicht auch nach dem jetzigen Stand auch viele Fälle erfassen wird, die man gar nicht erfassen könnte, das werden sie dann hier im Gesetzgebungsverfahren in der Anhörung dann vielleicht noch sehen, und ob man das dann nicht wieder aufweicht.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, Frau Kollegin.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. Wir haben ja sehr viel heute gehört von der Zäsur des Jahressteuergesetzes 2007 und der Einführung des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 und da schließt sich ja so ein bisschen die Grundsatzdiskussion auch an, nämlich ob der Gesetzgeber in dem Zeitpunkt sozusagen alles getan hat, was damals notwendig war, und deshalb habe ich an Sie die Frage, Herr Dr. Spengel, wenn Sie uns das noch mal erläutern würden, auch Ihre Bewertung. Es ist ja viel dargestellt worden, ob Sie diese Gesetzänderung für sinnvoll und erforderlich, letztlich aber auch für ausreichend halten. Das wäre so die erste Frage, die ich hätte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Da würde ich mir gern ein bisschen mehr Zeit gestatten. Und zwar ist der Ausgangspunkt - ich hatte es in meinem Eingangsstatement gesagt - ich geh nicht davon aus, dass es jemals eine Gesetzeslücke gab. Ich habe gesagt, sie wurde, wenn sie es denn gegeben hätte, herbeigeschrieben. Es geht hier um die Frage der Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums. Und Herr Desens, Sie haben ja gesagt, Sie würden gern auf meine Ausführungen was erwidern. Also, mein Aufsatz ist in drei Tagen ein Jahr veröffentlicht. Ich habe noch nichts gehört.



## 4. Untersuchungsausschuss

(Unverständliche Zwischenbemerkung des Sachverständigen Prof. Dr. Marc Desens)

Machen wir - okay.

(Der Sachverständige ruft Seite 36 seiner PowerPoint-Präsentation auf, siehe Anlage 1)

Die Zurechnung zum Eigentümer ist in § 39 der Abgabenordnung geregelt und diese Vorschrift besteht unverändert seit 1977. Weiterhin argumentiert, dass man - - Also, alles macht keinen Sinn, da ein doppeltes oder eine Vervielfältigung des Eigentums daraus zu schließen. Man kann sich auch nicht auf diese BFH-Rechtsprechung zu Inhaberkäufen beziehen. Und dann kommt im Jahr 2002 - das wurde schon mehrfach erwähnt, das steht ja auch im Internet - ein Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken. Ich hab das mal im Wortlaut, also zitiert, wiedergegeben, wo erstmalig - - Vorher habe ich das also erstmalig sozusagen behauptet, dass im Fall eines sogenannten Leerverkaufs, des Sonderfalls, sich das wirtschaftliche Eigentum vervielfältigen kann, weil, das steht drin, fett markiert, also, man muss irgendwie eine Regelung sicherstellen, dass Kapitalertragsteuer einbehalten wird auf Einkünfte, bei denen der Aktienkäufer als wirtschaftlicher Eigentümer und Dividendenbezieher - - Der Aktienkäufer im Leerverkauf bezieht keine Dividende, der bezieht eine Dividendenkompensationszahlung.

(Der Sachverständige ruft Seiten 37 seiner PowerPoint-Präsentation auf, siehe Anlage 1)

Dann wird ein Vorschlag gemacht, der ist dann 2007 Gesetz geworden. Nämlich der Vorschlag, - ich komm gleich dazu - dass eine Dividendenkompensation kapitalertragsteuerpflichtig ist. In dem gleichen Schreiben, das geht aber immer ein bisschen unter, von 2002 sagt der Bankenverband: Den Vorschlag, den ich dir mache, BMF, der funktioniert nicht, wenn ich eine ausländi-

sche Depotbank einschalte. So, also im Nachhinein sind wir jetzt alle schlauer, nicht? Jetzt wissen wir seit 14 Jahren eigentlich, das, was da gemacht wurde, das konnte nie funktionieren, wenn ich's übers Ausland umgehe. Hat man erst 2012 geschlossen. Eine Frage, die sich der Untersuchungsausschuss stellen könnte: Wieso kommt der Bankenverband zu dieser Behauptung? Im Jahr 2002. Wieso? Ich beurteile sie als falsch und ich habe die Vermutung, auf der rechten Seite auch.

(Der Sachverständige blickt zu den Sachverständigen Schmitt, Lotzgeselle und Hallmann)

Jetzt kommt - und damit Sie das sehen - in die Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 - das ist eine Kopie aus der Bundestagsdrucksache, wortwörtlich, also abgeschrieben, ein Plagiat - in die Gesetzesbegründung diese Behauptung des Bankenverbandes.

(Der Sachverständige ruft Seite 38 seiner PowerPoint-Präsentation auf, siehe Anlage 1)

Und Herr Desens macht sich in seiner Auslegung des Rechts diese Behauptung zu eigen und sagt: Da hat der Gesetzgeber ja gesagt, ja, das ist so, es kommt zu einer Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums. Diese Formulierung steht in der Gesetzesbegründung unter dem Teil „Allgemein“. Also, da wird was geändert im Gesetz in „Allgemein“. Macht man das aus diesen Gründen?

(Der Sachverständige ruft Seiten 39 seiner PowerPoint-Präsentation auf, siehe Anlage 1)

Zweite Frage: Wieso kommt das? Das ist sehr ärgerlich. Wieso kommt das in die Gesetzesbegründung? Aber: Die Gesetzesbegründung ist nicht das Gesetz. Das relevante Gesetz, der § 39 Abgabenordnung, der das Eigentum, die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, ändert, wurde nie geändert. Weil, „im Einzelnen“, „im Einzelnen“





## 4. Untersuchungsausschuss

wurde geändert § 20 der - haben wir schon mehrfach drüber gesprochen - die Dividendenkompensationszahlung den Dividenden gleichstellt, damit die der Kapitalertragsteuer unterworfen werden können. Ab 2007. Das heißt, in Bezug auf die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums hat diese Gesetzesbegründung überhaupt keine Bedeutung. Es gilt das Gesetz. Und außerdem steht sie im „Allgemeinen“ und „im Einzelnen“ wird dann begründet, warum das Gesetz geändert wurde, und „im Einzelnen“ geändert wurde der § 20. Aber der hat überhaupt nichts mit der Zuordnung irgendwelcher Einkünfte zu einer Person zu tun. Er ordnet sie ein in die Einkünftekategorien. Also von daher ist die - - Ich habe gesagt, es wurde nach meinem Empfinden viel behauptet von einer großen Gruppe, aber das Gesetz hat sich nie geändert.

Das ist das, was ich mit dem Herbeischreiben einer Gesetzeslücke - - Ich meine, die Kollegen rechts von mir, die legen das Recht aus, ja, und ich hab nie ein Hinweis darüber gefunden, dass diese Gesetzesbegründung irgendwas bewirkt. Auch unter anderen Kollegen, also die eine ähnliche Auffassung wie ich vertreten.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Vielen Dank. Ich hab mal noch eine Frage zu einem anderen Komplex, und zwar an Sie, Herr Professor Dr. Schmitt. Herr Hallmann, Sie haben es eben schon angesprochen. Wenn Banken, die selbst Cum/Ex-Geschäfte getätigt haben, dann sich die Bescheinigung selbst ausstellen können über die Kapitalertragsteuer. Und da wäre ich Ihnen dankbar - Sie haben da einmal so zustimmend genickt, habe ich gesehen - wenn Sie uns das auch noch mal etwas erläutern würden aus Ihrer Sicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Nun, der klassische Fall, den man sich so vorstellt, ist, dass die Banken über die Börse die Geschäfte für ihre Kunden erledigen. Da will jemand Aktien verkaufen, da will jemand Aktien kaufen. Und wie die Geschäfte funktionieren, hat ja auch Herr Desens dargelegt. Derjenige, der Aktien verkaufen will, gibt den Auftrag an seine Bank, und die Bank hat dann eben eine Abteilung, die an der Börse aktiv ist. Die gibt dann die

Order weiter an die Börse. Letztlich wird das alles geregelt über ein Institut, diese Clearstream AG in Frankfurt. Ich habe das auch nicht gewusst. Ich habe mir erklären lassen, die verwarht tatsächlich die Banken im Sammeldepot. Die schneiden am Tag des Dividendenbeschlusses auch den Coupon. Also das sind alles Dinge, die waren für mich auch ein Stück weit neu, und die Clearstream AG, die nimmt dann eben entsprechende Buchungen vor auf den Depots der verschiedenen Depotbanken. Ja, das muss man sich so vorstellen. Und nun kommt dann letztlich der Kunde über den Kontakt zu seiner Bank entweder zu dem Verkaufserlös oder eben zu der Aktie cum oder ex Dividende mit Kompensationszahlung. Nun kann das natürlich sein, dass die Bank selbst als Käufer auftritt. Dann gibt es keine Depotbank für die Käuferbank. Das ist sie selbst. Sie hat ihr eigenes Depot für sich selbst. Also muss sie auch die Bank sein, weil sie auch Depotbank ist, die den Kapitalertragsteuerabzug bescheinigt. Das ist so vorgesehen, so gestattet und wurde auch so gemacht. Ich habe auch ein bisschen nachfragen müssen an der Stelle, aber das ist so. Ja? Das gibt der Sach, ich habe das vorhin ja gesagt, das gibt der Sache wirklich einen zusätzlichen Pfiff.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Ich glaube wir sind dann mit der Zeit um.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, eine Minute hättet Ihr noch.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Dann darf ich vielleicht noch eine ganz kurze Frage stellen. Wir haben eben immer wieder darüber debattiert, wie man denn erkennen kann, ob sich das um einen Leerverkauf handelt. Jedes Papier, jedes Finanzpapier hat eine Wertpapierkennnummer. Und eine klassische Wertpapierkennnummer einer Aktie ist eine andere als bei einer Option oder bei einem Bonus - was weiß ich, was es da alles gibt. Warum konnte man das daran nicht erkennen?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** An wen ist die Frage gerichtet?

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** An Herrn Schmitt.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Also, Herr Professor Schmitt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Tut mir leid, da muss ich passen. Das kann ich Ihnen nicht sagen. Das muss ich prüfen.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Kann das jemand anderer beantworten?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dann ist das eine Frage an Herrn Hallmann. Also damit das also auch - - Okay, ja?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Die Wertpapierkennnummer bezeichnet ja nur die Aktie selbst. Unter dieser Wertpapierkennnummer können - was weiß ich - bei Daimler eine Milliarde Aktien laufen. Die sind aber nicht einzeln bezeichnet oder so, dass man die irgendwie identifizieren kann. Das heißt, wenn ich da ein Paket von einer Million Aktien handle, die finde ich nie wieder. Wenn die in derselben Stückzahl weitergehandelt werden, könnte ich sie vielleicht weiter verfolgen. Wenn die zwischendurch gesplittet werden, sehe ich die nie wieder. Also ich weiß nicht, wo die hingen dann mehr. Also das ist völlig unmöglich, daraus den Leerverkauf irgendwie zu finden.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Ja, aber der Leerverkauf kann doch nicht die gleiche Wertpapierkennnummer haben? Auch der Leerverkauf muss doch eine eigene Wertpapierkennnummer haben, oder nicht?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Er hat vielleicht eine Transaktionsnummer bei dem Broker oder bei der, wo er gerade gehandelt wird. Aber die Wertpapierkennnummer ist immer dieselbe, die da drauf steht. Da kann man nichts dran erkennen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke. - Damit ist in der Tat die Zeit für die CDU/CSU-Fraktion beendet. - Ich darf jetzt an die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überleiten. Herr Kollege Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja, vielen Dank. Ich hab erst mal eine ganz andere Frage, die sich jetzt wenig steuerrechtlich erst mal darstellt. Und zwar gibt es ja zu Recht das Bemühen, die Erträge im Nachhinein zu sichern. Und meine Frage ist: Könnte eigentlich heute der Gesetzgeber, das Bundesfinanzministerium, die Finanzaufsicht, irgendjemand etwas tun, um zu verhindern, dass jetzt Unterlagen wegen Aufbewahrungsfrist sozusagen nicht mehr da sind, Verjährung eintritt oder irgendwas. Gibt es da Möglichkeiten? Die Frage richtet sich an alle Sachverständigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** An wen Herr Schick? Das hatte ich jetzt nicht mitbekommen.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** An alle Sachverständigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Okay.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich fang mal an. Die Vorgehensweise der Finanzverwaltungen und der Staatsanwaltschaften ist ja beschrieben worden von uns vorhin. Das ist eigentlich der normale Fall des Aufgriffs. Und ich bin jetzt kein Experte für Finanzaufsicht. Deswegen muss ich jetzt hier ein bisschen spekulieren. Ich sage das extra dazu. Aber wenn solche Aufgriffe getätigt werden, wird meines Erachtens die Finanzaufsicht, also die BaFin, informiert und die stellt dann ihrerseits Fragen. Wenn sich nämlich herausstellen sollte, dass hier nicht nur illegal im steuerrechtlichen Sinne, sondern auch im strafrechtlichen Sinne gehandelt wurde, dann stellt sich die Frage nach der Zuverlässigkeit der Bankenvorstände und dann stellt sich die Frage nach der Zulassung des Instituts. Also das geben die Regeln schon her.

Man spricht ja auch im Rahmen der politischen Diskussion immer wieder über Gesetzesinitiativen, die Voraussetzungen an die Zulassungen der Banken zu verschärfen. Das ist eine Frage des politischen Prozesses. Meine Landesregierung wollte das immer, hat sich dafür ausgesprochen. Im Moment muss man sich im Rahmen der geltenden Gesetze bewegen, und meine Anregung



## 4. Untersuchungsausschuss

wäre einfach hierzu auch, die BaFin zu befragen und vielleicht auch das BMF. Also, konkreter kann ich jetzt die Frage nicht beantworten.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Wir haben in Deutschland eine zehnjährige Verjährungsfrist - sowohl steuerlich, wie jetzt auch dankenswerterweise strafrechtlich bei großem Ausmaß. Problem sind natürlich ausländische Gesellschaften. Ausländische Broker haben völlig andere Aufbewahrungsfristen. Englische Broker haben, glaube ich, sechs Jahre Aufbewahrungsfrist. Das heißt, da haben Sie, glaube ich, keinen Einfluss drauf, dass die ihre Unterlagen vernichten, so dass uns damit nicht geholfen ist.

Des Weiteren: Bei Steuererklärungen inländischer Gesellschaften, wo es zum Anrechnungsverfahren kommt - das heißt, im Abrechnungsteil wird die Kapitalertragsteuer gegengerechnet -, steht nur eine fünfjährige Verjährungsfrist. Das heißt, da haben wir auch Probleme. Das heißt, wie ich am Anfang gesagt habe: Wir arbeiten gegen die Zeit.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Und das könnte man jetzt nicht ändern, hemmen oder in irgendeiner Form - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also, die Frage ist, wir haben da jetzt eine zehnjährige Frist. Man kann immer was ändern. Man müsste rückwirkend diese Frist verlängern. Da haben wir aber ein verfassungsrechtliches Problem, wenn Sie ein rückwirkendes Gesetz machen. Das ist jetzt eine Frage. Müsste man drüber nachdenken, ob das generell unzulässig ist oder unter besonderen Voraussetzungen. Die kann ich jetzt so aus dem Stegreif nicht beantworten. Aber das wäre die Rechtsfrage, die man dann beantworten müsste.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Darf ich ergänzend noch was sagen, Herr Vorsitzender? Es ist ja so, dass die Fälle, die derzeit aufgearbeitet werden, nicht taufersch sind. Das sind ja keine Fälle aus 2012 oder 2013. Die gehen ja zurück bis 2008/2007, und die sind zumindest steuerrechtlich deswegen offen, weil die Steuerbescheide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung

ergangen sind, so dass sich die Banken-BP diesen Fällen widmet. Wobei jetzt eben offenkundig ist, dass es diese Art von Geschäften gibt, damit gibt es auch Anlasspunkte, da näher hinzuschauen. Also, jeder Bankenbetriebsprüfer wird jetzt im Vorhinein schauen, wie sich die Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanträge entwickelt haben. Das wird man tun, und in dem Augenblick, in dem das außergewöhnlich ist, wird man wahrscheinlich auch relativ schnell zu einer Eröffnung des Strafverfahrens kommen. Weil ein Betriebsprüfer kann es nicht auf seine Kappe nehmen, weiter zu ermitteln, wenn da beispielsweise Steuerhinterziehung in diesen dreistelligen Millionenbeträgen, wie wir es heute gehört haben, in Frage steht. Also, dann kommt man doch noch relativ zügig auch an alte Fälle heran. Die Frage ist natürlich, ob noch alle Unterlagen da sind. Das sind dann die Mühen der Praxis, nicht. Da hat dann das EDV-System gewechselt, da ist dann die Buchführung erlaubterweise ausgelagert ins Ausland, da ist der Kollege, der das betreut hat, ausgeschieden und, und, und. Aber da gibt es auch Unterschiede. Es gibt da auch Institute, die da mitarbeiten. Aber das ist in der Tat mühsam. Herr Hallmann hat's vorhin beschrieben, einen Fall aus Bayern, wenn ich das richtig mitgekriegt habe. Da hat es fünf Jahre gedauert. Das kann schon sein.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Weitere Fragen? Sie haben noch zwei Minuten.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ich habe noch eine Frage an Herrn Schmitt. Sie haben jetzt argumentiert über die rechtliche Einschätzung der Lage. 2005 hat das Finanzministerium ja den Ländern sozusagen diesen Vorschlag des Bankenverbandes weitergeleitet. Das ist sozusagen die Vorbereitung dann der Gesetzgebung für das Jahressteuergesetz 2007. Haben Sie damals, Sie oder Ihr Haus, diese Rechtsauffassung auch schon dargelegt, oder ist es damals nicht zu einer entsprechenden Intervention gekommen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, wir haben das damals nach meiner Erinnerung intern nicht diskutiert. Wenn sie eine Viel-



## 4. Untersuchungsausschuss

zahl von Steuergesetzgebungsverfahren zu begutachten haben, da schauen sie sich an, was wird damit bezweckt? Der Zweck des Gesetzes wird klar, wenn man sich die Begründung im Besonderen Teil anschaut. Man wollte auf die Kompensationszahlung auf jeden Fall garantiert Kapitalertragsteuer erhoben haben. Und da macht man dann einfach als Landesfinanzministerium einen Haken dran, sagt seinem Minister: Stimm da im Finanzausschuss bitte zu; das ist vernünftig. Ich halte es auch heute noch für vernünftig. Man kann allenfalls sagen - ex post-Betrachtung: Es war nicht ausreichend. Dem würde ich dann zustimmen. Aber wir haben das damals nicht problematisch gesehen. Wir haben das so gesehen wie der BMF, und nach dem Bericht meiner Fachleute war in der zuständigen Arbeitsgruppe - das waren die Referatsleiter Einkommensteuer - die Meinungen einmütig, einhellig, also spricht 16 zu 0. Jeder fand das gut, dass man da was unternimmt, und dann macht man das.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Keine Fragen mehr? - Dann darf ich gleich zur SPD überleiten. Herr Schwarz.

**Andreas Schwarz (SPD):** Recht herzlichen Dank, Herr Vorsitzender. Mich würde vor allem mal die Bedeutung der Gutachten interessieren, die erst nach 2012 auf den Tisch kamen, das heißt, die, die hier Steuerberater, Rechtsanwälte, Steuerfachanwälte oder auch Wirtschaftsprüfer erstellt haben. Wie gesagt, die kamen ja erst 2012 dann mehr und mehr auf den Markt. Und da würde ich gerne von Herrn Spengel wissen: Haben Sie bei Ihrer Befassung mit dem Thema eine Erklärung dafür gefunden, warum die Initiatoren dieser Cum/Ex-Geschäfte nicht, wie es an und für sich auch in Anbetracht der Risiken, die wir ja gehört haben, und auch der Dimension dieser Geschäfte üblich und naheliegend wäre, vorab mal mit den Finanzbehörden sich da mal ins Benehmen setzen und mal Meinungsaustausch über die Anerkennung von diesen Gestaltungsmodellen abklären? Und die andere Frage ist natürlich auch: Steuer- und möglichst strafrechtliche Konsequenzen hätten ja die Beteiligten letztendlich dann vermeiden können, zumal sie ja, zumindest angeblich, von der Rechtmäßigkeit ihres Tuns ja sehr überzeugt waren.

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ich möchte jetzt Ihre Zeit oder die Fragezeit nicht überstrapazieren. Ich war nie an der Erstellung oder irgendwelcher Gutachten beteiligt. Das heißt, ich habe auch keine Kenntnis darüber. Alles wäre Spekulation, warum diese Gutachten erstellt worden sind.

**Andreas Schwarz (SPD):** Vielleicht aus der Praxis jemand, der Erkenntnisse hierzu hat?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich darf vielleicht ergänzen. Uns sind diese Gutachten nicht bekannt. Wir wissen, dass es solche Gutachter gab. Ich verweise auf die Fernsehsendung, in der ja der Herr Berger, der als Mit-Initiator eines großen Modells galt - zusammen mit der Sarasin-Bank, sagt: Alles sei abgeklärt gewesen mit einem steuerfachlichen Experten, und er hätte zu jedem einzelnen Schritt Rechtsgutachten. Mich würde das auch mal interessieren, wer dies begutachtet hat und wer das war. Wir wissen das nicht. Ich bin ja auch gefragt worden, ob sich die Betroffenen mit solchen Gutachten uns gegenüber verteidigen. Es ist für meinen Zuständigkeitsbereich dazu nichts bekannt. Man legt Einspruch ein, man verweist auf die Fachpresse und hofft auf die Gerichte. In der Zwischenzeit ist es schwierig bei den Finanzgerichten, man hofft auf den BFH. Vielleicht kommt er ja noch zu Wort.

**Andreas Schwarz (SPD):** Trotzdem möchte ich da gerne in dem Bereich noch mal nachhaken. Besteht Kenntnis darüber: Banken sind ja auch organisiert, strukturiert, die haben Compliance, die haben eine interne Revision - haben diese Stellen bankintern sich mit diesen Gutachten auseinandergesetzt oder als Handlungsgrundlage genommen? - An die Fachwelt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich kann dazu keine allgemeingültige Antwort geben. Ich habe nur in Vorbereitung dieser Anhörung mit einem Bankenbetriebsprüfer gesprochen. Er hat mir gesagt, dass er in einem Fall ein solches Gutachten in den entsprechenden Unterlagen der Bank gesehen hat. Weiteres kann ich hier nicht sagen. Ich bitte um Verständnis. Der Herr Vorsitzende hat am Anfang auf das Steuergeheimnis hingewiesen.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Sachverständiger Günther Hallmann:** In den Fällen, wo Wuppertal geprüft hat, wurden keine Gutachten eingereicht. Die Bank war in beiden Fällen äußerst bemüht, ihre Probleme selbst aufzuarbeiten, hat das auch umfangreich getan. Aus den Unterlagen, die eingereicht worden sind, kann man aber ersehen, dass die Abteilungen innerhalb der Bank unterschiedlich eingebunden waren. Die Rechtsabteilung war üblicherweise nicht eingeweiht. Die wurde nur eingebunden, wenn es zu Problemen bei den Geschäften kam, wenn irgendein Geschäft nicht geklappt hat und jemand Schadensersatz geltend machte, weil er nicht beliefert worden ist oder so was. Dann wurde die Rechtsabteilung eingeschaltet.

Die Wertpapierabteilung war natürlich eingeschaltet, ebenso im Käuferfall die Kreditabteilung, denn die musste ja das Geschäft vorfinanzieren. Sie kauft ja eine Aktie und hat die erst fünf, sechs Tage geliefert bekommen. Da wurden Kredite von 500 Millionen mal eben rausgegeben, und diese Kredite waren auch durchaus dem Kreditvorstand vorzulegen, weil die so hoch waren, so dass man da auch im Vorstand durchaus eine gewisse Kenntnis voraussetzen kann dieser Geschäfte.

Die Controlling-Abteilung. Kann sein, die hat turnusmäßig Abteilungen geprüft und ist auf Einzelsachverhalte eingegangen, wenn die bekannt wurden.

Compliance-Abteilung. Eher nicht, weil, meines Wissens gibt es in der Compliance-Abteilung einer Bank Vorschriften, dass Geschäfte verboten sind, aus denen man Verluste erwirtschaftet. Von daher, denke ich mal eher nicht, dass die Compliance-Abteilung eingebunden worden ist, weil die dann hätte feststellen müssen, dass es Geschäfte sind, die eigentlich Verluste erwirtschaften, weil ja auch - - Es kommen Bankgebühren - - Normalerweise kommt man nur auf null mit allem, mit Steuererstattung und so weiter. Hinzu kommen natürlich Bankgebühren und Kreditgebühren, so dass man eher im negativen Bereich ist, und diese Geschäfte wurden der Compliance-Abteilung nicht vorgelegt.

Ob die Revision eingeschaltet war, ist uns nicht bekannt.

Vorstand. Hatte ich schon gesagt, wahrscheinlich ja, zumindest aber dem Kreditvorstand. Auch wenn die Vorstände zusammenkommen und sich die Gewinnbeteiligung der einzelnen Abteilungen ansehen, hätte vielleicht auffallen können, dass diese Abteilung extrem hohe Gewinne macht gegenüber allen anderen Abteilungen, insbesondere in Zeiten, wo es mit den Aktien schlecht gelaufen ist. Hätte auffallen können; ist es scheinbar nicht.

Aufsichtsrat. Kann ich mir eigentlich nicht vorstellen.

Natürlich die Steuerabteilung, die die Steuererklärungen erstellen und diese Steuerbescheinigung mit einreichen musste. Die natürlich auch.

**Andreas Schwarz (SPD):** Gut, dann habe ich noch eine Frage an Herrn Lotzgeselle. Sie sind ja der Praktiker letztendlich, der dann Recht spricht. Stimmen Sie mir zu, dass dann die Beauftragung von solchen unveröffentlichten Schubladengutachten zumindest bei denen, die das in Auftrag gegeben haben, schon ein ausgeprägtes Problem- und vielleicht sogar Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Geschäfte verursachen lässt, denn das könnte ja letztendlich auch strafrechtliche Bedeutung haben. Würden Sie meine Einschätzung so teilen?

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Na, ich habe das ja nur von der steuerrechtlichen Seite zu beurteilen. Und in den Fällen, die mir vorgelegt worden sind, habe ich keine solche Gutachten vorgelegt bekommen. Das ist einfach eine Frage des Strafrechtes, und da muss man dann abwägen, wie man das beurteilt. Ich denke, man muss auch bei Vorlage solcher Gutachten noch eine Gesamtwürdigung des Wissensstandes der Betroffenen gleichwohl noch vornehmen, um da nach dem bedingten Vorsatz zu fragen.

**Andreas Schwarz (SPD):** Gut, dann würde ich mal den Themenkomplex verlassen, wenn ich noch Redezeit habe und zu - -



## 4. Untersuchungsausschuss

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, neun Minuten.

**Andreas Schwarz (SPD):** Ach so, prima, da kriegen wir noch viel hin hier. Zu den Ergebnissen der Prüfung der Cum/Ex-Geschäfte durch die Finanzverwaltung. Da hätte ich Fragen an Professor Dr. Schmitt und an Herrn Hallmann. Da wir uns jetzt mit den Erkenntnissen aus der Prüfung der Cum/Ex-Geschäfte durch die zuständigen Behörden der Finanzverwaltung beschäftigen, habe ich jetzt da, wie gesagt, ein paar Fragen, und zwar hat ein Vorstandsmitglied der Citigroup vor kurzem der Presse gestanden, die umfangreichen Aktientransaktionen zum Dividendenstichtag hätten eine rein steuerliche Intention gehabt. Der Presse konnte man dann noch weiterhin entnehmen, dass die Finanzmarktakteure mit Anpassungen ihrer Gestaltung reagierten, als die Abwicklung der Cum/Ex-Geschäfte über Auslandsbanken bekannt wurde und die Finanzverwaltung diesbezügliche Gegenmaßnahmen ergriff. So soll beispielsweise die britische Barclays Bank die Geschäfte in Zeiten großer Handelsumsätze verlegt haben, um Absprachen zu verschleiern. Können Sie auf Grundlage der Untersuchungen der Betriebsprüfer und Steuerfahnder diese Aussagen bestätigen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, ich bitte um Verständnis: Ich habe meinen Zuständigkeitsbereich in Baden-Württemberg, und Ihre Frage würde im Grunde bedingen, dass man eine bundesweite Erhebung macht. Es gibt ja jetzt Fälle, die über ausländische Fonds gelaufen sind, und wir haben diese Hinweise durch den Datenankauf des Landes Nordrhein-Westfalen, und das heißt derzeit, seit einigen Monaten wird die Aufarbeitung dieser Fälle bundesweit organisiert über das BZSt. Ich glaube, zusammen mit Nordrhein-Westfalen, ja?

(Der Sachverständige Prof. Dr. Michael Schmitt blickt in Richtung des Sachverständigen Günther Hallmann)

Und dann hat man vielleicht weitere Erkenntnisse, die dann auch uns bekannt werden. Im Übrigen kann ich dazu jetzt nichts sagen.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Auch von mir ist dazu keine Antwort möglich.

**Andreas Schwarz (SPD):** Der erwähnte frühere Vorstand dieser Citigroup warf der Finanzverwaltung vor, die Betriebsprüfer hätten die Bedeutung dieser umfangreichen Aktientransaktionen zum Stichtag nicht erkannt und die Cum/Ex-Geschäfte deshalb auch niemals hinterfragt. Im Prinzip wirft er ja hier der Verwaltung oder der Steuerverwaltung vor, sie hätten da nicht richtig reagiert. Wäre es wirklich so leicht gewesen, diese Geschäfte zu identifizieren, und falls ja, haben die Finanzverwaltungen der Länder aus den Geschehnissen inzwischen Konsequenzen für die Vorgehensweise bei Betriebsprüfungen gezogen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, erstens es war überhaupt nicht leicht, diese Geschäfte zu entdecken. Das war jedenfalls nach der Information meiner Konzernbetriebsprüfungsstelle in Stuttgart, die für die Bankenbetriebsprüfung auch zuständig ist, ausgesprochen schwierig. Ich darf das an dieser Stelle noch mal wiederholen. Es müssen die Aktiendepots der Banken untersucht werden, die sich täglich ändern. Und aus diesen Zahlen, aus diesen ungeheuer vielen Zahlen müssen Sie versuchen, die Leerverkäufe zu identifizieren. Mir ist berichtet worden, dass das in einem Fall in Zusammenarbeit mit dem geprüften Institut gelungen ist. Man hat ein Fachprogramm erstellt, so sagen das die Betriebsprüfer, und das musste eigens programmiert werden. Dass so etwas nicht initiiert wird von der Veranlagungsstelle, der die Kapitalertragsteuerbescheinigungen vorgelegt werden, ich glaube, das muss ich nicht mehr weiter erläutern. Nachdem jetzt dieses Modell, diese Cum/Ex-Verkäufe bekannt sind, schauen die Bankenbetriebsprüfer selbstverständlich bundesweit genau drauf. Wie aber eben auch schon gesagt worden ist, die Banken haben natürlich auch die Ampel auf rot gesehen und gehen jetzt selber zum Finanzamt und sagen: Ja, wir haben Cum/Ex-Geschäfte gemacht, aber das war ja alles in Ordnung. Und sie zahlen die Steuer zurück. Es gibt ja



## 4. Untersuchungsausschuss

auch eine relativ gute Verzinsung durch den Staat, diese 6 Prozent, die ja im umgekehrten Fall sehr kritisiert werden von den Steuerbürgern. Und insoweit haben sie einerseits mit dieser Nacherklärung möglicherweise auch eine strafbefreiende Selbstanzeige abgegeben und zum zweiten, wenn sie gewinnen am Ende vor Gericht, bekommen sie das Geld wieder nebst entsprechender Verzinsung. Das ist eine Vorne-Verteidigung, das ist eine Vorwärts-Strategie, denn diese Geschäfte lassen sich in der heutigen Zeit, bei der heutigen Kenntnis auch der Öffentlichkeit und bei der heutigen Stimmung, auch was solche Geschäfte betrifft, nicht mehr unter der Decke halten. Da geht nur noch die Strategie: Ja, wir waren auch - aber wir glaubten - und jetzt machen wir erst mal alles gut, aber dann machen wir es rechtlich detailliert bei Ihnen

(Der Sachverständige Prof. Dr. Michael Schmitt blickt in Richtung des Sachverständigen Helmut Lotzgeselle)

oder beim Bundesfinanzhof. Aber selbstverständlich, die Ermittlungen laufen. In großen Fällen ist regelmäßig der Staatsanwalt, nicht nur die Steuerfahndung als, ja, Steuerkriminalpolizei der Finanzverwaltung, befasst. Sondern das sind Fälle größeren Ausmaßes. Da ermittelt die Justiz. Das sind gar nicht mehr wir, das ist dann die Staatsanwaltschaft. Herr Hallmann und seine Kollegen sind dann Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, wie man das nennt, und unserem Steuerzugriff, wenn man so will Steuerbehördenzugriff, entzogen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Noch weitere Fragen?

**Andreas Schwarz (SPD):** Habe ich noch?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, drei Minuten 20.

**Andreas Schwarz (SPD):** Dann hätte ich noch mal zwei Fragen an Professor Schmitt und Herrn Hallmann, und zwar geht es da um die Frage, ob

Betriebsprüfer und Steuerfahnder generelle Feststellung zur Ertragsgestaltung der Cum/Ex-Geschäfte treffen konnten? Gab es zum Beispiel Querfinanzierung durch Darlehensvergaben, und welche Finanzmarktinstrumente wurden letztendlich genutzt, um Gewinne oder auch Gewinnaussichten abzusichern?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ich kann leider für die Steuerfahndung Wuppertal nur sagen, dass wir mit der Betriebsprüfung noch nicht zusammengearbeitet haben, weil wir nur die Erstattungsanträge ausländischer Gesellschaften zurzeit prüfen. Aber man kann feststellen, dass sämtliche Absicherungsmöglichkeiten genutzt wurden, das heißt Future-Geschäfte, Optionsgeschäfte, Swap-Geschäfte, um diese Geschäfte abzusichern, die ja auch der Gewinnverteilung der Kapitalertragsteuer quasi dienen zwischen den Beteiligten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Die Betriebsprüfung wird wie folgt vorgehen: sie wird Cum/Ex-Geschäfte versuchen zu identifizieren, was schwierig ist, wie ich gesagt habe. Wenn sie die identifiziert hat, wird sie regelmäßig die Steuer festsetzen. Natürlich wird sie auch fragen nach zugrundeliegenden Absprachen, Verträgen und entsprechenden, ja, Vertragsbeziehungen zu allen möglichen Beteiligten, die, wenn sie die Cum/Ex-Geschäfte identifiziert hat, teilweise ja auch offenbar werden. Teilweise. Aber, irgendwann wird sich möglicherweise die Betriebsprüfung auf den Standpunkt stellen, der Kapitalertragsteuerabzug ist nicht nachgewiesen; er wird hiermit versagt.

Aber, um das noch einmal zu sagen, regelmäßig, wenn es sich um solche großen Fälle handelt, ist die Steuerfahndung ebenfalls tätig. Wie Herr Hallmann schon gesagt hat, das sind dann zwei verschiedene Verfahren. Zum einen das steuerrechtliche Ermittlungsverfahren über die Betriebsprüfungsstelle und zum anderen eben die Steuerfahndung, die Staatsanwaltschaft, die strafrechtliche Ermittlungen vornimmt. Teilweise interessieren beide die gleichen Sachverhalte, wobei die Betriebsprüfung üblicherweise früher aufhören kann als die strafrechtliche Ermittlungsstelle. Weil sie muss die subjektive Seite nachweisen,



## 4. Untersuchungsausschuss

sie muss die Beteiligten identifizieren. Es gilt die Unschuldsvermutung, hier muss der Staat die Schuld, das heißt die Steuerhinterziehung, beweisen. Das ist im Steuerrecht über die Umkehrung der Beweislast, wie Herr Lotzgeselle vorhin gesagt hat, anders.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Jetzt ist noch ein rudimentärer Rest von 40 Sekunden auf den

(Andreas Schwarz (SPD) erklärt Redezeitverzicht)

Gut. Wunderbar. Dann haben wir die erste Berliner Stunde oder die sogenannte Berliner Stunde gemeistert. Jetzt kommen wir in die verabredete offene Fragerunde. Da habe ich zwei Wortmeldungen. Einmal des Kollegen Dr. Schick und dann des Kollegen Güntzler, die ich auch gleich noch aufrufen werde. Als Drittes dann des Kollegen Pitterle. Wobei ich noch informationshalber sagen möchte: so gegen 17.10 Uhr würde ich die Sitzung unterbrechen, weil so gegen 17.20 Uhr

(Unruhe im Saal)

Nach meiner Information 17.23 Uhr. Dann bitte ich das einfach mal zu kontrollieren, sonst müssten wir jetzt gleich -- Also kurzum, wir werden ganz aktuell den Zeitpunkt ermitteln, um dann nicht noch in für uns kostenpflichtige Tatbestände hineinzuwachsen, ja? - Herr Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Danke schön. Ich würde gerne Professor Desens und Professor Spengel noch mal fragen zu dem Punkt, den Kollege Schwarz schon aufgeworfen hat, nämlich der Begutachtung. Mich würde interessieren, ob Sie Vorträge gutachterlicher Beratungstätigkeit oder Publikationen zu diesem Thema in den letzten Jahren gemacht haben? Und ob das finanziell vergütet oder im Rahmen sozusagen Ihrer normalen Forschungstätigkeit war, also nicht drittmittelfinanziert oder privat finanziert. Und ob Sie in dieser Tätigkeit gegebenenfalls Kontakt hatten und zusammengearbeitet haben mit Leuten, die jetzt angeklagt sind im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Fällen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**

Also, ich habe keinen Kontakt zu den Leuten gehabt. Ich habe letztes Jahr einen Aufsatz zu dem Thema veröffentlicht im „Deutsches Steuerrecht“. 401,25 Euro brutto bekommen dafür. Vorträge habe ich unvergütet gehalten gegenüber Richtern, Studenten, Freunden der Universität Mannheim.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich bin ja 2012 mit dem ersten Aufsatz zu diesem Thema gekommen. Hab den - damals waren es sechs Leute in der Literatur - denen diesen Aufsatz vorab geschickt. Das war eine ganz spannende Situation. Es war einer aus der Finanzverwaltung. Ich habe nämlich den Aufsatz geschickt mit dem Hinweis, lass uns doch mal ein Symposium darüber machen. Und die Folge war, dass ich eine Information bekommen habe, also von einem Vertreter der Finanzverwaltung, gesagt: ja, interessant, aber ich darf da nichts zu sagen. Und ein zweiter Vertreter der Finanzverwaltung hat gleich eine Replik geschrieben auf den Aufsatz. Und ich habe auch noch Praktiker angesprochen. Und da habe ich auch einige kennengelernt.

Es ist sehr schwierig, die Leute kennenzulernen. Ich kenn allerdings nur auf diesem Wege Leute, die im Zusammenhang mit den Erwerbern stehen. Ich habe noch nie in diesem ganzen Bereich irgendjemand, der diese dubiosen Leerverkäufer sind. Ich habe versucht, in diesem Bereich da auch immer Informationen zu bekommen. Und es gibt ein Dokument, wo mal so ein Leerverkäufer dokumentiert ist. Das ist ein Dokument, ein internes Dokument mal übersetzt vom BMF, mit einer britischen Bank. Das habe ich mal bekommen. Aber die kenn ich nicht. Da kenn ich also diese Umstände.

Und später hab ich auch -- In diesem Rahmen bin ich immer zu Einzelfragen auch gekommen, ob ich da -- Vorträge habe ich gehalten. Ja? Also unterschiedlich vergütet, wie das ist, oder auch manchmal umsonst, um über die Rechtslage zu informieren. Alles in den Jahren 2013/2014. Um die Streitigkeit ... (akustisch unverständlich). Einmal war Herr Lotzgeselle dabei, bei der Norddeutschen Finanzgerichtstagung. Wir diskutieren diese Themen und, ja, einzelne Fragestellungen.





## 4. Untersuchungsausschuss

Ich kann zum Beispiel sagen, ich, ich -- Das kann man, glaube ich, sagen, ist aktuell da die Situation, dass sich die strafrechtlichen Verfahren den steuerrechtlichen überholen. Also, ich bin da ein harter Verfechter. Wir müssen diese steuerrechtlichen Fragen klären, ja? § 370 AO setzt einen objektiven Tatbestand voraus, dass hier erstmal eine Steuer entstanden ist, nicht.

(Akustisch unverständliche  
Zwischenbemerkung des  
Abg. Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS90/DIE  
GRÜNEN)

Gut. Und da geht es zum Beispiel um die Frage, ist es zweckmäßig, jetzt eine Untätigkeitsklage zu erheben. Das ist zum Beispiel eine Gutachtenfrage, in diesem Fall.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja bitte.

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Herr Desens, ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie meine Frage nochmal präzise beantworten würden in Bezug auf die Höhe von Vergütungen. Und wer sozusagen die Zusammenarbeit - also das haben Sie jetzt relativ abstrakt gehalten, aber ich habe konkret gefragt - ob das mit Leuten, die jetzt in diesem Zusammenhang angeklagt sind. Weil ja der Vorwurf im Raum steht, ob teilweise die gutachterliche Tätigkeit eine ist, die gezielt eine Rechtsmeinung verbreitet hat, um bestimmte Verfahren auch in die eine oder andere Richtung zu lenken. Und deswegen ist das hier für uns von Interesse und ich möchte Sie bitte präzise zu antworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich will das mal so formulieren, ohne jetzt Namen zu nennen, ja? Das ist wichtig, ja? Also ich kenne Leute auch, gegen die da in diesem Bereich ermittelt wird, ja?

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Und haben mit denen zusammengearbeitet bei der Erstellung von Expertisen zum Thema Cum/Ex?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Nein, nicht zusammengearbeitet. Ich habe da Gutachtenaufträge bekommen von verschiedenen Leuten. Immer zu konkreten Fragen, ja, zu konkreten Fragen. Und habe da meine Stellungnahme abgegeben dazu. Allerdings nicht, was es ja auch gibt, dass da irgendwie eine Streitigkeit zwischen Dritten war und dass das gemacht wird. Also mir geht es da, und das sage ich auch die ganze Zeit, um die Aufklärung in diesem Bereich. Und darum kann ich das auch rechtfertigen. Ich bin auch davon überzeugt, dass diese Rechtsauffassung richtig ist. Diese Cum/Ex-Geschäfte, das kann ich Ihnen auch sagen, die sind ja bis 2012 gelaufen, ja, diese ganzen Geschäfte. Bis dahin habe ich damit nichts zu tun gehabt. Ich bin da über die Gesetzesbegründung 2011/2012 drauf gestoßen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Haben Sie noch eine Nachfrage?

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Mich würde natürlich die Höhe der Vergütungen in diesem Bereich schon interessieren.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Marktüblich. Aber das kann ich ja jetzt nicht sagen.

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich weiß nicht, was marktüblich ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also, es ist eine Stundenhonorarbasis. Wirtschaftsanwälte nehmen da mehr, ja? Und eine Stundenhonorarbasis, da bin ich weit drunter. Und diesen Auftrag lass ich mir vergüten. Natürlich wird das alles angegeben. Das ist eine Nebentätigkeit als Hochschultätigkeit. Das ist auch nicht unüblich, als Hochschullehrer so eine Nebentätigkeit zu machen. Da gebe ich das auch alles ordnungsgemäß an. Und entsprechend wird -- Ja, ich kann das ja jetzt nicht sagen. Das ist ja dann individuell Vertragsbasis, was da gemacht wird. Es ist aber unterschiedlich.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dankeschön. - Dann hätte ich noch jetzt den Kollegen Güntzler.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Fritz Güntzler (CDU/CSU):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine Frage richtet sich an Herrn Professor Schmitt. Wir haben ja dankenswerter Weise eben noch einmal das Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken gesehen, das ja wohl auch ursächlich - oder teilweise - war für das Jahressteuergesetz 2007. Da wäre meine Frage, ob Sie aus Ihrer Erinnerung die Beratungen von damals einschätzen können, warum das eigentlich verhältnismäßig lange gedauert hat von 2002 bis zum Jahressteuergesetz 2007. Und Sie führten eben auch aus: Leider ist dort keine voll umfängliche Lösung gefunden worden. Und wir können ja hier im Bankenschriften sehen, dass da auch schon darauf hingewiesen worden ist, dass das, wenn ich eine ausländische Depotbank einschalte als Leerverkäufer, es nicht funktioniert. Haben Sie eine Vermutung, warum man sozusagen da nicht ganz gesprungen ist, wenn das die Grundlage letztendlich für die Gesetzesänderung war?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:**

Also die erste Frage kann ich nicht beantworten. Ich weiß nicht, weshalb das zwei Jahre und acht Monate gedauert hat. Das kann ich Ihnen einfach nicht sagen. Ich kann nur spekulieren. Und ich spekuliere dahin, dass man die Situation damals nicht so brisant eingeschätzt hat, wie sie war. Heute sind wir da alle klüger. Und zum Zweiten ist es ja richtig, dass man ausländische Banken nicht zum Steuereinbehalt verpflichten kann. Das ist wahr. Man hat wahrscheinlich angenommen, man stellt diese Geschäfte ab oder man stellt sicher, dass solche Geschäfte nicht stattfinden. Wenn man den inländischen Leerverkäufer zum Kapitalertragsteuerabzug auf die Kompensationszahlung verpflichtet, hat man im Übrigen darauf vertraut, dass dann die Geschäfte aufhören. Denn eines wird ja auch klar: dass der Gesetzgeber diese Geschäfte billigt, das kann man der Gesetzesbegründung auch mit noch so geschickter Argumentation nicht entnehmen. Er hat sie nicht gebilligt. Er wollte das eben nicht.

Im Übrigen gibt es noch einen Punkt. Die Steuergesetze sollen auch so gemacht sein, dass der Steuerbürger damit einigermaßen vernünftig umgehen kann. Die Umstellung, die eben zur Been-

digung dieser Möglichkeiten geführt hat, bedingte, dass die Depotbanken der Kunden, also der Aktienkäufer, die Kapitalertragsteuer in jedem Fall einbehalten und abführen müssen. Das ist also eine völlige Umstellung all dieser Geschäfte. Und ich vermute - Sie haben ja nach meiner Vermutung dankenswerterweise gefragt -, dass das den Beteiligten nicht recht gewesen wäre. Und das spielt natürlich bei der Gesetzgebung auch eine Rolle, zumal wenn man nicht weiß, und, wie ich auch meine, nicht wissen kann, dass das weitergeht in noch größerem Umfang, wie wir heute denken.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Dann habe ich jetzt noch anschließend noch eine Frage des Kollegen Pitterle. Dann, nach dieser Antwort würde ich wahrscheinlich die Sitzung unterbrechen. Herr Pitterle.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ja, ich möchte nochmal zu diesem Aspekt kommen mit den Steuerminderungen. Durch die Änderung von 2006 ab 2007. Ich lese hier auf der Seite des G-Investors, also Geldinvestors. Da steht:

Bis Ende 2008 kam noch das Halbeinkünfteverfahren zum Tragen, welches 2001 beschlossen wurde. Der Anleger war nur mit dem halben Betrag steuerpflichtig, die andere Hälfte war steuerfrei.

Und das betraf ja bekanntlich die Dividenden. Jetzt wird diese Dividendenkompensationszahlung gleichgestellt den Dividenden. Das bedeutet doch bei diesem Umfang an Transaktionen, dass diese Kompensationszahlungen, die bisher mit 100 Prozent zu versteuern waren, für die musste man jetzt zwar die Kapitalertragsteuer abführen, aber sie wurden ja auch dann nur mit dem halben Betrag steuerpflichtig. Und, wie gesagt, nochmal die Frage - ich würd sie an Herrn Professor Schmitt stellen, aber auch an Herrn Professor Dens, weil er vorher gesagt hat, er könnte sie beantworten -, wieso steht irgendwo in der Gesetzesbegründung nichts davon, dass durch diese Maßnahme auch es zu Steuerminderung kommt für den Fiskus?



## 4. Untersuchungsausschuss

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:**

Wieso da in der Gesetzesbegründung hierzu nichts steht, kann ich Ihnen nicht sagen. Das weiß ich nicht. Ob es tatsächlich zu Steuermin-derungen kommt, das müsste man auch einmal untersuchen. Das würde ja voraussetzen, dass die Dividendenkompensationszahlung auch zu 100 Prozent als steuerpflichtig erklärt wurde von den entsprechenden Empfängern. Da müsste man mal hingucken. Das wäre nach der heutigen Erkenntnis auch ein Feld für die Betriebsprüfung, sich das mal anzuschauen. Wenn die Dividendenkompensationszahlung als Kapitalertrag wie eine Dividende steuerrechtlich zu behandeln ist, dann findet auch § 8b Absatz 1 KStG bei Körperschaften Anwendung. Das heißt, im Prinzip steuerfrei<sup>6</sup>. Und bei anderen Steuerpflichtigen hätten wir das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nummer 40 EStG. Das trifft zu. Insoweit vermute ich, dass Sie Recht haben. Aber ich habe bis heute über diese Frage noch nicht nachgedacht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann Sie in der Tat beantworten. Wenn das nicht wie eine Dividende gleichgezogen ist, wäre das bei einer natürlichen Person in der Regel steuerfrei, ja, vereinnahmt. Das sind aber nicht die Fälle. Es geht immer um den Erwerber hier dieser Aktien. Das sind immer Körperschaften. Und da haben wir eine Vorschrift § 8b Absatz 1 KStG. Danach sind eigentlich auch die Dividenden bis auf 5 Prozent steuerfrei. Das sind aber auch nicht die Fälle. Hier sind die Fälle, dass diese Erwerber, wenn das inländische Erwerber sind - ja, das ist so ein Beispiel, was Sie gesagt haben -, also diese Dividendenarbitrage-Geschäfte machen. Das sind sogenannte Finanzunternehmen nach § 8b Absatz 7 KStG. Die sind voll steuerpflichtig mit ihrem Betriebsvermögen unabhängig davon, ob sie eine Dividendenkompensation oder eine Dividende einnehmen. Und, das ist so ein bisschen, was immer schief geht. Die zahlen schon Steuern. Die müssen auch voll steuerpflichtig sein aus dem einen Grund, weil die erwerben die Aktie ex, äh, cum Dividende. Der

Kurs sinkt. Und die nehmen eine Teilwertabschreibung darauf vor. Und die verkaufen sie dann günstiger. Sie müssen also hier diesen Verkauf, den sie da haben, auch voll steuerpflichtig verrechnen können. Den Verlust, der da entsteht, oder die Teilwertabschreibung, wenn sie es noch länger halten. Aber meistens verkaufen sie sofort. Also das muss voll steuerwirksam sein, um die eingangs beschriebene Neutralität allein aus diesen Aktiengeschäften herzukriegen. Sprich: Neutralität erst, wenn die Kapitalertragsteuer erstattet wird. Das steht hier auch bei mir ausführlich. Isoliert betrachtet, ist das ist ein Nullsummenspiel. Die Arbitrage entsteht bei denen allein durch das Future-Geschäft. Und die werden auch voll besteuert übrigens, diese Future-Arbitrage. Ich habe das bei mir mit ausführlichen Rechenbeispielen mit so einem Finanzunternehmen und auch mal mit einem US-Pensionfonds aufgeschrieben, wie die steuerlichen Wirkungen da sind.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Und jetzt meine Entschuldigung an Sie alle, meine Herren. Wir müssen leider unserer anderweitigen Pflicht genügen, sprich, an einer Abstimmung des Deutschen Bundestages teilnehmen. Ich unterbreche daher die aktuelle Sitzung bis zehn Minuten nach der namentlichen Abstimmung. Dann treffen wir uns hier wieder und setzen die Tagesordnung fort. Ich habe noch die Kollegen Schwarz, Schick und Hirte aktuell auf der Rednerliste.

(Unterbrechung der Sitzung  
von 16.58 Uhr bis 17.34  
Uhr)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Erst mal herzlichen Dank, dass Sie die Zwangspause so duldsam ertragen haben, aber das ist parlamentarischer Alltag. Wir treten also wieder in die Sitzung des heutigen Untersuchungsausschusses ein -, auf meiner Rednerliste habe ich noch den Kollegen Schick und den Kollegen Hirte; der Kollege Schwarz hat zurückgezogen. Herr Kollege Pitterle hat sich noch mal gemeldet. Das wären

<sup>6</sup> Ergänzung des Sachverständigen: "Insbesondere bei Banken könnte an § 8 b Absatz 7 KStG gedacht werden", siehe Anlage 3



## 4. Untersuchungsausschuss

die drei. Und ich darf insofern noch informationshalber anfügen, dass Professor Schmitt um 18.30 Uhr, glaube ich, spätestens - das ist möglich, Herr Schmitt, es sei denn, meine Kollegen hier haben noch eine Vielzahl von Fragen an Sie - das Haus, den Ausschuss verlassen müsste, sodass also ich bei der Auswahl der Fragen das ggf. im Hinterkopf zu behalten bitte.

Also informatorisch schon auch gleich erfragt, gibt es außer Herrn Schick, Herrn Hirte und Herrn Pitterle noch weitere Wortmeldungen - es sei denn natürlich, Sie müssen nachfragen oder ergänzende Rückfragen stellen. - Gut, dann kann ich das jetzt schon mal festhalten. - Herr Kollege Schick.

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja danke. Soll ich dann jetzt gleich eine Liste von Fragen - - Nein, wir machen das schon nacheinander, ist ja wahrscheinlich besser.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, ja, machen Sie alles.

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Klar. Ich hätte eine Frage an Herrn Desens. In Ihrem Aufsatz „Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen“ lassen Sie so den Vorwurf durchklingen, dass man die Banken subventionieren wollte, indem man sozusagen diese Cum/Ex-Geschäfte hat laufen lassen. Ich wollte Sie fragen, ob Sie dafür Anhaltspunkte oder Belege haben oder habe ich Sie da völlig missverstanden? Oder wie erklären Sie es sich es, vielleicht auch anders, als ich das verstanden habe?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Herr Desens bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Die Wendung heißt süffisant: subtiler kann man Banken nicht subventionieren.

Was ist der Hintergrund? Warum sehe ich da auch ein Problem? Das habe ich in meinem Gutachten hier auch dargelegt. Wir haben 2007 eine Gesetzesänderung, die ist - das ist unstrittig - initiiert, also in dieser Form, von dem Bundesverband der Banken.

Wir haben auch schon festgestellt, dass in dieser Gesetzesbegründung drin steht, wir werden das Problem nicht vollständig lösen können. Wir können das nämlich nur lösen für diese Leerverkäufe, weil wir nur bei einer inländischen Depotbank das erheben können. Die Kommunikation geht noch weiter. Es kommen dann noch Tipps: Nein, Ihr müsst noch aufpassen; wenn die Zweigstellen im Inland haben, die müsst Ihr auch noch erheben.

Also es war mir in diesem Moment klar, man kann hier auch dem Bankenverband in dieser Art und Weise nicht den Vorwurf machen, dass sie das Problem, dass wir 2007 in dem Gesetz haben, hier nicht gesehen hat. Das ist also der eine Punkt. Aber ich habe mir dann angeschaut, warum - - Oder sagen wir mal so: Wer ist eigentlich der geheime Profiteur von dieser Regelung von 2007? Und das hängt so ein bisschen mit der unterschiedlichen Rechtsauffassung zusammen, die wir haben. Und wenn man da eben meine Rechtsauffassung hat, ist da mal der Hauptprofiteur die Depotbank des Käufers, des Erwerbers. Warum? Die hatte vorher dieses Problem. Die hatte das Problem, das wir heute lange diskutiert haben. Der Leerverkäufer oder ein Inhaberverkäufer, das können wir nicht erkennen, wir haben da eine Haftungsvorschrift. Und wir müssen da was ändern.

Punkt Zwei: Wir haben ja ein Abwicklungsmechanismus, den wollen wir nur minimal verändern. Also nicht die große Lösung. Ich kann auch nicht sagen, warum man das nicht gemacht hat. Vielleicht wusste man es einfach nicht. Das kann natürlich sein, dass man da - - Hinterher ist man immer klüger. Man hat sich also aber da darauf eingelassen.

Und wer profitierte dann davon? Meines Erachtens, da sehe ich den Fehler von dieser Fiktion in § 45a - und ich darf das gerne noch mal ausführen -, da steht drin, Schuldner der Kapitalerträge ist der Emittent der Aktien.

Das ist das DAX-Unternehmen. Wenn ich das beschreibe, dann meine ich die Kapitalertragsteuer, die eben ganz am Anfang erhoben worden ist von dem DAX-Unternehmen. Das ist eine gesetzliche



## 4. Untersuchungsausschuss

Fiktion. Ich möchte diese Gelegenheit nutzen mit einem - - Das ist schwierig zu verstehen, aber eine Fiktion bedeutet doch Folgendes - ich muss das mal runterbrechen, weil es schwierig ist -: §1: Die Damentoilette ist nur von Damen zu betreten. §2: - -

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Das war nicht meine Frage.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Da sehe ich den Fehler, genau! Das ist - -

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Das war nicht meine Frage. Meine Frage war, Sie äußern den Verdacht, dass es eine Subventionierung der Banken ist und dass es eine Intention dahinter sozusagen gibt. Deswegen bin ich jetzt nicht in der steuerrechtlichen Frage, wie es funktioniert hat, sondern die Frage, ob Sie Belege haben, dass es wirklich eine Subventionierung absichtlicher Art ist und nicht aus Nachlässigkeit.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Das habe ich nie so behauptet. Das steht da so auch nicht drin.

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Na gut, also wenn Sie sagen, subtiler -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ja, man geht auf den - -

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): - kann man den Bankensektor nicht subventionieren. Eine Subvention ist ja etwas, was jetzt nicht aus Versehen passiert, sondern was man absichtlich macht. Sie deuten also an, dass es eine Intention von staatlicher Seite gegeben hat, die Banken zu subventionieren. Wenn Sie dafür noch einen Beleg haben, ist es gut, wenn nicht, dann passiert auch nichts. Aber mich interessiert, ob es sozusagen Belege dafür gibt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also meine Belege dafür sind eben dieses Schreiben vom Bankenverband, das ist da reingekommen, und dass ich mir Gedanken drüber mache, das

habe ich ja auch geschrieben, warum das so passiert ist. Das sind die Belege.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Frage damit beantwortet, Herr Schick? Gut. - Dann habe ich noch den Kollegen Pitterle. Der Kollege Hirte hat zurückgezogen.

**Richard Pitterle** (DIE LINKE): Gut. Dann habe ich eine Frage, die ich vorher stellen wollte, an Professor Desens. Könnten Sie mir noch mal erklären, wie die BFH-Rechtsprechung von 1999 sich auf die Leerverkaufsproblematik übertragen lassen soll? Also, wie kann aus Ihrer Sicht ein Leerkäufer nach diesen Grundsätzen wirtschaftlicher Eigentümer werden? Sie haben ja einiges geschrieben und auch heute einiges erklärt. Ich bin von Beruf Jurist und bilde mir ein, dass ich über eine gewisse Intelligenz verfüge. Aber ich habe es nicht verstanden. Deswegen würde ich das gerne noch mal erklärt haben.

Dann noch eine Frage an Professor Schmitt. Sie haben gesagt, die Finanzverwaltung habe jahrelang keine Hinweise auf Unregelmäßigkeiten gehabt und war sozusagen von den Fällen überrascht. Und da frage ich mich: Hat denn nach dem Schreiben des Bankenverbands von 2002 das Bundesfinanzministerium die Finanzämter nicht informiert, dass da irgendwas im Busch ist?

Und noch eine zweite Frage will ich anmerken: Sie haben ja vorher letztlich gesagt, dass das Finanzamt aufgrund einer Bescheinigung einfach Millionen ausgezahlt hat. Also, da kam jemand und hat gesagt, ich habe da eine Kapitalertragsteuerbescheinigung über 100 Millionen. Und das ist erst mal ausgezahlt worden. Warum hat man bei diesen Summen nicht hingeschaut? Ich meine, jetzt sagen Sie, wir haben Beweislastumkehr. Also, wir verlangen jetzt, dass die jetzt nachweisen, dass die Kapitalertragsteuer eingezogen worden ist. Was ich mich frage ist, warum hat man, als diese Leute mit solchen Bescheinigungen da ankamen, nicht gesagt: Weise mal nach, dass die tatsächlich gezahlt worden ist. Weil, wenn man das Geld mal ausgezahlt hat, weiß man nicht, ob man es je wieder zurückbekommt. Das war mir nicht ganz klar nach Ihren Aussagen.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich erläutere das noch mal. Diese Rechtsfrage ist in dieser Form relevant bis 2006. Ab 2007 ist sie nicht mehr relevant, weil wir eine eigene Regelung in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 haben. Selbst wenn man dieser Rechtsauffassung nicht folgt, haben wir in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 einen Tatbestand. Wie ist das vorher zu verstehen?

Ausgangspunkt ist der Wortlaut von § 20 Absatz Nummer 1: Dividenden, Ausbeuten oder sonstige Bezüge aus Aktien sind steuerpflichtig, wenn sie dem wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen sind. Das ist der Ausgangspunkt.

Die Zurechnungsnorm ist § 39 Absatz 2 Nummer 1. Eine ideale Zurechnungsnorm würde jetzt das sagen, was ich auch schon gesagt habe. Es würde immer eine klare Trennung geben zwischen dem rechtlichen Eigentümer und dem wirtschaftlichen Eigentümer, dass der den immer ausschließen kann - immer. Das ist jetzt mein Punkt. Den habe ich auch gesagt. Wir können darüber streiten. Aber im Wortlaut steht „im Regelfall“ im § 39 Absatz 2 Nummer 1. Daraufhin gibt es eine BFH-Rechtsprechung - und auch in mehreren Entscheidungen - die sagt, was das bedeutet. Was bedeutet, dass man juristisch, wenn da steht „im Regelfall“, sagt, das ist ein Typusbegriff. Das bedeutet, wir müssen eine Gesamtbetrachtung vornehmen, wie das ist.

Der BFH hat hier so eine Gesamtbetrachtung vorgenommen. 1999 in dem Fall, wo es hier um junge und alte Aktien auch ging, wo die Problematik Leerverkauf auch nicht erörtert worden ist. Es ist später ein Fall gewesen, wenn man da genau guckt, wenigstens eine Abweichung vom rechtlichen Eigentümer müsste es da gegeben haben. Aber ich sage auch, das ist nicht als Problem gesehen worden. Ich sehe nur die Wahrnehmung in der Zeit. Also, man hat das gar nicht da erkannt.

Der BFH stellt jetzt bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums hier in diesem Fall eben nicht wie bei Stückgütern extrem auf die wirtschaftliche Stellung des Erwerbers ab. Und wenn man das, nämlich jetzt auch geschrieben, so durchsubsumiert - alleine den Erwerber -, ist die

Situation nicht anders bei einem Leerverkäufer oder bei einem Inhaberverkäufer. Das ist für viele schon der alleinige Ausgangspunkt gewesen zu sagen, darum wird der auch wirtschaftlicher Eigentümer.

Ich hatte damals in diesem Aufsatz - Sie haben das eben, glaube ich, zitiert. Der war 2012, 142. Da entsteht ein Störgefühl. Genau das Störgefühl, was Herr Spengel auch formuliert hat. Nämlich das Störgefühl: Wie kann denn ein Leerverkäufer hier das wirtschaftliche Eigentum verschaffen, was er gar nicht hat? Das geht doch nicht. Da hakt es. Und das wird jetzt auch hochgehängt. So hat man gesagt, das ist ein fundamentaler - - Das geht ja gar nicht, eine Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums. Das habe ich in dieser Form auch nicht vertreten. Das steht auch direkt in der Gesetzesbegründung nicht so drin.

Ich habe ... (akustisch unverständlich): Wie sind die denn auf die Idee gekommen? Die kommen von der anderen Ecke. Die kommen genau von der anderen Ecke. Die gehen von folgenden Annahmen, wirtschaftlichen Annahmen dieses Marktes aus. Und die stehen auch in der Gesetzesbegründung so drin. Die erste Annahme ist: Wir können allein auf den Kaufvertragsabschluss abstellen. Hm, Annahme. Die zweite Annahme ist: Ich kann nicht erkennen, ob Leerverkäufer oder Inhaberverkäufer. Jetzt legen wir diesen § 39 AO aus. Eine typisierende Betrachtung. Die erste Betrachtung wäre die von Herrn Spengel. Wir betrachten isoliert Leerverkäufer. Dann ist die Aussage richtig. Wir betrachten aber auf der anderen Seite - für den es nämlich angeht; der, der die Dividende bezieht - einfach diese Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag. Dann passt das wieder. Im Regelfall kann der den ausschließen. Im Ausnahmefall des Leerverkaufs eben nicht. Das kann man jetzt anders sehen diese Rechtsauffassung. Darüber können wir streiten. Ich würde auch niemals sagen, das andere ist unvertretbar. Aber das ist die Ausgangsposition.

Ich habe da an diesem Punkt noch weiter überlegt: Was bedeutet das eigentlich? Wenn wir ein Steuersystem haben, wo der Empfänger nicht erkennen kann, ob Leerverkauf oder Inhaberkauf



## 4. Untersuchungsausschuss

[sic!]. Beim Inhaberverkauf wäre alles in Ordnung. Beim Leerverkäufer aber nicht. Aber wir können es nicht erkennen. Was machen wir da eigentlich für eine Rechtsauslegung, wenn wir jetzt an diese Differenzierung anknüpfen? Es ist ja völlig willkürlich.

Wir haben auch gesehen, in diesem Massengeschäft ist das überhaupt nicht möglich, das irgendwie festzustellen. Vielleicht kann man sich Einzelfälle herauspicken, das wäre vielleicht möglich gewesen. Aber wir haben noch ganz viele Fälle nicht rausgepickt. Wir haben eine Norm - das war dann mein letztes Argument damals 2012, später habe ich diese Frage offen gelassen, mittlerweile bin ich aber fast schon wieder auf dem Stand, dass es richtig ist -, wir haben eigentlich ein strukturelles Erhebungsdefizit. Wir haben ein Vollzugsdefizit im Gesetz. Wir haben in diesem Fall ein insuffizientes Gesetz.

Und auch zu wessen Lasten geht so was? Geht es zulasten des Gesetzgebers oder zulasten des Steuerbürgers? Und dann habe ich mir in dem Moment gesagt - ich habe das nicht aus dieser Perspektive betrachtet, da sind jetzt nur Leute, die das ausgenutzt haben, nein, das ist ein Massenphänomen in dem Moment -, was gilt in diesem Fall? Da habe ich gesagt: Nein, dann ist diese Betrachtung, diese typisierende Betrachtung, Betrachtung des Erwerbers, Betrachtung aller Geschäfte über den Dividendenstichtag, die Richtige. Und die Folge ist bei mir in der Argumentation anders: Der Tatbestand ist tatsächlich zweimal erfüllt; einmal als Dividende, einmal als sonstiger Bezug aus Aktien - das halte ich auch für eine Schadenersatzkompensation aus einem Aktiengeschäft noch für mit dem Wortlaut vereinbar. Dann ist der zweimal erfüllt. Aber was machen wir denn nun, wenn wir den Tatbestand zweimal erfüllt haben? Dann brauchen wir zweimal einen wirtschaftlichen Eigentümer. Das ist eine Konstruktion, die dieser Gesetzesbegründung am Nächsten kommt. Die ist auch in der Literatur kritisiert worden, auch von Herrn Spengel. Das Argument kennen Sie. Darüber können wir jetzt streiten.

Für die Rechtslage ab 2007 habe ich mich bezogen auf die BFH-Entscheidung, mittlerweile von

2014. Der hat genau diese Rechtslage zu entscheiden gehabt in dem Fall 2014 und hat diese Rechtsfrage offen gelassen. Er hat gesagt, das ist in der Literatur umstritten, beide Ansichten genannt und noch mal ausdrücklich erwähnt, dass auch die Gesetzesbegründung von 2007 das so gesehen hat - mit dem Hinweis, warum hat er das gemacht, weil das eben, wie gesagt, widersprüchlich ist.

(Der Sachverständige wendet sich dem Sachverständigen Christoph Spengel zu)

Das ist beides im Besonderen Teil. Ja, Herr Spengel. Allgemeiner Teil, da denkt man immer, es ist vorne im Gesetz. Es ist beides bei der näheren Begründung zu § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4. Das ist da - -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS90/DIE  
GRÜNEN): Ist nicht so!)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Das können wir ja selber ermitteln.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Doch! Aber hier. Aber das ist hier. Das steht hier drin auf Seite 48. (Sachverständiger blättert in seinen Unterlagen) Das ist die Kommentie- - Da gilt speziell hier Buchstabe [sic!] 20, Nummer 13: Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 - neu -. Auf Seite 46 geht es los. Ich zitiere das jetzt mal:

Die steuerrechtliche Lage ... von sogenannten Leerverkäufen, bei denen der Leerverkäufer die Aktien, die er veräußert, selbst erst am Markt beschaffen muss, stellt sich nach geltendem Recht wie folgt dar ...

Also eindeutiger kann man etwas nicht formulieren. Am Schluss, und das könnte man als Widerspruch auslegen, wird dann gesagt: Ja, wir unterscheiden zwischen einer Dividende und einer Dividendenkompensation. Das habe ich nie bestritten. Die entscheidende Frage ist, dass die Dividendenkompensation auch immer gleichzeitig



## 4. Untersuchungsausschuss

darunterfällt. Das ist die Aussage. Das steht hier genauso drin. Jetzt wird die Rechtslage beschrieben. Jetzt lese ich den entscheidenden Satz vor. Da wird beschrieben, der ursprüngliche Aktieninhaber bekommt die Dividende. Und dann taucht ein Ypsilon auf. Da steht drin, ist es erforderlich, „um sicherzustellen, dass dem Leerverkäufer weder eine Dividende noch ein Kapitalertragsteueranspruch [sic!] vermittelt wird“ - also dem Leerverkäufer; darum erheben wir da eine zweite Kapitalertragsteuer - „und sämtliche Ansprüche des Kunden Y“ - das ist der Käufer, der Erwerber - „abgedeckt werden, ist es erforderlich, dass die Bank den Leerverkäufer zusätzlich mit einem Ausgleichsanspruch belastet.“

Und vorher heißt es, am 29. Juni erhält auch der Kunde Y die erworbenen Aktien steuerlich zuzubekommen die steuerlich zuzurechnen, das heißt, er erhält neben der Nettodividende auch den Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch. Das steht da so drin.

Und ich meine, wir können das jetzt ignorieren als eine völlig abwegige Auffassung. Ich hätte das nie - - Als ich mich da auch zum ersten Mal mit diesem Punkt beschäftigte, wäre ich nie davon ausgegangen - vielleicht wäre ich auch nicht so mutig wie Herr Spengel -, dass das so völlig abwegig, völlig absurd ist. Aber ich habe es jetzt eben versucht, zu begründen, wie man auf diesen Weg kommen kann. Kurz zusammengefasst, typisierte Betrachtungsweise, Perspektive Erwerber oder Gesamtbetrachtung aller Aktiengeschäfte oder Trennung.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Jetzt habe ich noch weitere Fragen - -

**Richard Pitterle (DIE LINKE.):** Die sind noch nicht beantwortet meine.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Okay. Herr Schmitt. Entschuldigung, ich wollte Sie nicht - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Kein Problem. Vielen Dank. Zunächst ist gefragt

worden, ob der BMF denn nicht die Finanzämter gewarnt hätte nach dem Eingang des Schreibens des Bankenverbands. Das hat er nicht getan. Der BMF, der konferiert über solche Fragen mit den obersten Steuerbehörden der Länder, also mit uns, in aller Regel mit den Steuerabteilungen. Und wir sind, wie ich vorhin schon gesagt habe, dann im Jahr 2005, im August, mit der Frage beschäftigt worden auf der Ebene der Einkommenssteuerreferatsleiter. Wir haben uns seinerzeit mit der Gesetzgebung beschäftigt und keinen Anlass gesehen, die Finanzämter hier auf besondere Konstellationen hinzuweisen. Ich habe ja heute auch schon einmal gesagt, ich halte die Gesetzesbegründung, die Herr Desens eben auch in Bezug genommen hat, für verunglückt. Aber man kann das natürlich auch als eine Art Hinweis, als Tipp des Bankenverbands begreifen, dass da etwas passieren könnte<sup>7</sup>. Dass man das so eindeutig nach dem Wortlaut als Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums sieht - man kann das so sehen, ich will das nicht bestreiten -, aber wenn man den Kontext des gesamten Schreibens sieht, dann legt man die Aufmerksamkeit sehr schnell auf den Punkt, es muss Folgendes geschehen: Kapitalertragsteuerpflicht der Dividendenkompensationszahlung. Und dann kann dieses Problem nicht entstehen. So habe ich es verstanden, als ich es zum ersten Mal gelesen habe, wobei jeder sein Verständnis von Texten und von Umständen hat - der Realität. Ich will nicht bestreiten, dass man es auch anders sehen kann. Und insoweit halte ich die Gesetzesbegründung für unzutreffend. Das habe ich schon gesagt.

Nun zu der anderen Frage: Wie haben wir die Sache geprüft in der Veranlagung und wie konnte so etwas passieren, und was kann das Finanzamt eigentlich tun?

(Sachverständiger blättert  
in seinen Unterlagen)

Ich habe das auf der Seite 10 ff. meiner schriftlichen Stellungnahme eingehend beschrieben. Ich will das hier ganz kurz noch einmal aufnehmen. Das Finanzamt muss die Voraussetzungen des

<sup>7</sup> Klarstellung des Sachverständigen hierzu siehe Anlage 3





## 4. Untersuchungsausschuss

§ 36 Absatz 2 Nummer 2 prüfen. Und zwar muss es folgende formale und materiell-rechtliche Prüfungsschritte vornehmen - und es sind derer nicht wenige; es sind immerhin sechs, habe ich jetzt mal ganz schnell gezählt -: Erstens liegen die Steuerbescheinigungen im Original vor? Und in der Steuerbescheinigung ist Verschiedenes zu bescheinigen. Das muss also das Institut tun. Und der Steuerpflichtige, der eben entsprechende Erstattungen oder Anrechnungen möchte, muss die Steuerbescheinigung vorlegen, und zwar zweitens, nach amtlichem Muster? Da schaut der Finanzbeamte auch drauf. Ich bitte um Verständnis, wir müssen im Massenverfahren natürlich auch praktikabel handeln, deswegen nach amtlichem Muster mit allen gesetzlich vorgegebenen Angaben. Die Steuerbescheinigung - drittens - muss in sich schlüssig sein. Unstimmig wäre zum Beispiel eine Dividendensumme - Bruttodividende von 100 und Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruch von 50 oder 60 -, weil ja 25 Prozent der Steuersatz ist. Insoweit schaut man, ob das stimmt. Dann: die vierte Frage ist, ob der Steuererklärung eine Einzelaufstellung der Dividenden beigelegt ist. Das allerdings lässt sich bei einem normalen Anleger, einer natürlichen Person, die vielleicht auch begütert ist und vielleicht ein schönes privates Aktiendepot hat, noch machen. Das lässt sich aber bei Banken nicht prüfen. Das ist so ein großer Umfang, wie ich heute auch schon ein paar Mal gesagt habe. Das geht einfach nicht. Wie wollen Sie denn jede einzelne Aktienposition in den vielen verschiedenen Depots der Bank, wenn die eben die Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegt, prüfen? Das geht nicht. Und ich sage, dafür haben wir auch die Betriebsprüfungsstelle, falls dort Unregelmäßigkeiten erkennbar wären, falls man einen Anlass, falls man einen Grund hat, das näher zu prüfen. Fünftens, schauen wir dann auch in die Steuererklärung mit der Frage, ob die Bruttodividenden in zutreffender Höhe in der Steuererklärung enthalten sind. Seit dem Jahr 2009 muss auch eine Berufsträgerbescheinigung vorgelegt werden, wenn das Institut selbst erklärt hat, dass hier Leerverkäufe stattgefunden haben. Dann muss der Berufsträger - in aller Regel ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer - bescheinigen, dass keine Absprachen vorgelegen haben. Man kann sagen, das ist eine zu schwache Voraussetzung. Man kann aber

auch sagen, im Jahr 2009 hat der BMF gesehen, es gibt weitere Geschäfte, vom Ausland aus durchgeführt; wir schauen jetzt etwas näher hin. Darüber hinaus können Sie bei der Beantragung der Anrechnung oder der Erstattung nicht prüfen. Das ist technisch und von der Sache her leider nicht möglich. Das geht einfach nicht. Wenn ein Veranlagungsbeamter das alleine machen müsste, kann er in diesem Jahr und wahrscheinlich in einem zweiten Jahr nichts anderes mehr tun. Es ist wirklich so, ich sage das jetzt nicht so zu unserer Entschuldigung. Ich habe dafür gar keinen Grund. Das ist unmöglich. Deswegen, immer dann, wenn es kompliziert wird, im Einzelnen nicht gemacht werden kann, haben Sie ein Bescheinigungsverfahren.

Jetzt noch ganz kurz zur Funktion der Bescheinigung. Das ist ganz wesentlich. Durch die Vorlage der Bescheinigung ist eben noch nicht der Kapitalertragsteuererstattungsanspruch vollständig nachgewiesen. Es muss sich um Kapitaleinkünfte der Person, die den Antrag stellt, handeln. Und es muss Kapitalertragsteuer erhoben worden sein. Und der übliche Geschehensablauf ist der, dass das so war. Weil das Muster des Gesetzes ist, dass eben der Emittent der Aktien Dividenden ausbezahlt, auf die Dividende Kapitalertragsteuer einbehält, diese seinem Betriebsstättenfinanzamt abführt und dann eben über diese Umbuchungen der Depots, über Clearstream - es ist Ihnen im Einzelnen ja beschrieben worden -, letztlich dem Aktieninhaber die Nettodividende zukommen lässt. Und die Steuerbescheinigung stellt dann eben das Kreditinstitut des Käufers aus. Und wenn jetzt ein Leerverkauf dazwischen geschaltet ist, funktioniert dieser typische Geschehensablauf eben gerade nicht so. Deshalb, wenn der Finanzbeamte Anlass hat, zu denken, hier ist ein Leerverkauf, dann müsste er näher prüfen. Aber nur dann, weil ansonsten wieder der Anscheinsbeweis wirkt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Professor Schmitt. Frage beantwortet. - Ich hatte eben schon in die Runde geguckt. Es gab wohl noch eine weitere Frage des Kollegen Schick, bitte.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Dr. Gerhard Schick** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Genau, ich habe noch zwei kurze Fragen. Die eine geht an Herrn Schmitt, und zwar die Frage: Es gibt in dem Brief des Bankenverbands den Hinweis auf die Möglichkeit, das übers Ausland zu machen. Und ist das damals diskutiert worden im Vorfeld der Gesetzgebung? Denn es ist ja auffällig, dass es da den Hinweis gibt, und nachher aber irgendwie im Gesetz es dann nicht mehr drin ist. Und die zweite Frage geht an Herrn Hallmann. Das ist die Frage, ob es Fälle gibt, von denen Sie Kenntnis haben, wo vor 2007 der Leerverkäufer ein Inländer war bei Cum/Ex-Geschäften?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Die erste Frage möchte ich wie folgt beantworten: Ich muss mir den Brief nochmal anschauen, aber nach meiner Erinnerung ist es so, dass im Brief des Bankenverbands drinsteht, dass ein ausländisches Institut nicht verpflichtet werden kann, für uns den Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen. Das ist in der Tat so. Das ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip. Wir sind auf das Inland beschränkt als Exekutive, als Staatsmacht wenn Sie so wollen. Und im Ausland kann man nur agieren, wenn es entsprechende Abkommen gibt. Ansonsten sind uns eben als Finanzamt hier die Hände gebunden. Wir müssen uns aufs Inland konzentrieren. Das ist einfach richtig, deswegen ist auch niemand auf den Gedanken gekommen - wäre auch falsch gewesen -, da zu versuchen, die ausländischen Kreditinstitute irgendwie einzubeziehen. Die Lösung, die wir jetzt haben, das wäre auch damals natürlich die Richtige gewesen. Die Frage ist, wie schätzt man das ein? Damals wollte man auch eine Lösung finden, die nicht ganz so stark eingreift in die Usancen, die bis dahin üblich waren. Ich habe vorhin schon mal gesagt, wenn Sie das ganze System umstellen zu Lasten des Instituts des Käufers, dann muss alles darüber laufen, die Auszahlung, die Kapitalertragsteuerbescheinigung, eben alles. Und vorher war das anders, hat ja auch Herr Spengel geschildert. Da hatte jeder so seine Funktion, der Emittent und dann eben der Käufer, die entsprechenden Banken und Clearstream. Jetzt läuft alles zusammen beim Käufer und deswegen sind diese Modelle nicht mehr möglich. Das wäre natürlich auch damals schon die richtige Lösung gewesen.

Das ist damals nach meiner Erinnerung nicht diskutiert worden, oder wenn es diskutiert wurde, dann hat man das relativ schnell wieder abgetan. Ich hab Informationen darüber, dass man auch in der Einkommensteuerreferatsleitersitzung gesagt hat, was der Bankenverband da vorschlägt, das ist reichlich kompliziert. Lass uns mal drüber nachdenken, ob es nicht auch ein bisschen einfacher geht. Man hat da schon immer auch die Situation der Steuerpflichtigen - und hinsichtlich der Kapitalertragsteuer sind das nun auch mal die Banken -, gesehen und wollte die sicherlich auch nicht zu sehr belasten. Das war sicher so im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007.

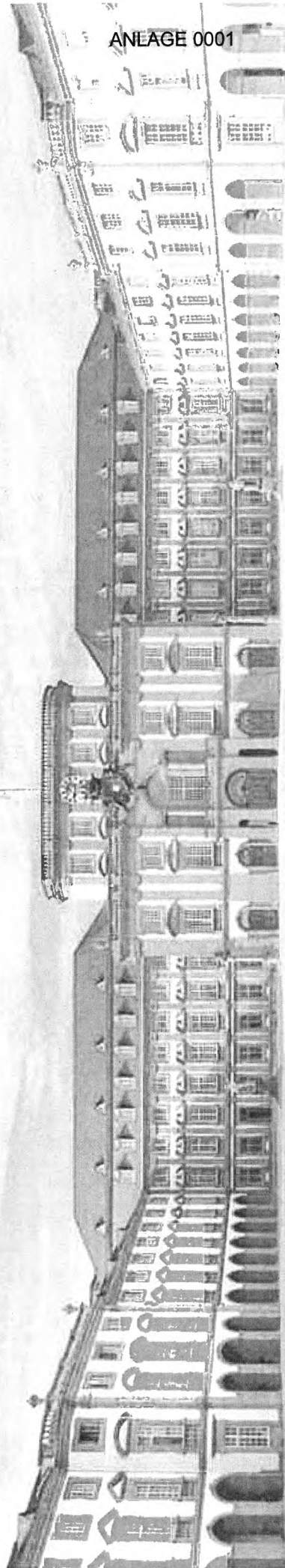
**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja. Herr Hallmann.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Zu den Leerverkäufen vor 2007: Wenn Sie damit meinen, eine ausländische Tochter einer deutschen Bank, dann ja. Aber eine deutsche Bank selbst ist mir nicht erinnerlich. Kann ich zurzeit nichts zu sagen, weiß ich nicht.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Gut. Kurz und knapp. - Ich gucke noch mal in die Runde. Sehe ich noch Fragewünsche? Das ist nicht der Fall. Dann sind wir jetzt am Ende dieser Anhörung. Das wörtliche Protokoll der Anhörung, meine Herren Sachverständige, wird Ihnen nach Fertigstellung durch das Sekretariat unverzüglich übersandt werden. Und Sie haben dann, wie auch schon eingangs gesagt, zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Insgesamt und abschließend darf ich mich herzlichst für Ihre Bereitschaft bedanken, nach Berlin gekommen zu sein, und schließe damit die heutige Sitzung.

(Schluss: 18.05 Uhr)

**4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode  
Öffentliche Sachverständigenanhörung  
14. April 2016**

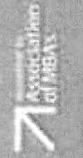
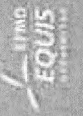


ANLAGE 0001

**Prof. Dr. Christoph Spengel**

ANLAGE 1 *Spengel*

UNIVERSITY OF  
MANNHEIM



MANNHEIM  
BUSINESS SCHOOL

## Gegenstand

Ich wurde um die Erörterung und Beantwortung von Fragen zu insgesamt 3 Komplexen gebeten.

Die wesentlichen Ausführungen finden sich in diesem Foliensatz.

Ein ausführliche rechtliche Würdigung findet sich in folgendem Fachaufsatz, der als Anlage beigefügt ist:

Spengel, Christoph/Eisgruber, Thomas, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum Ex Geschäften,  
in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 2015, S. 785-801

Eine Executive Summary ist dem Foliensatz vorangestellt.

## Fragenkomplex 1

**Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.**

**a) Bitte erläutern Sie den finanziellen Anreiz zur Durchführung solcher Geschäfte und ihr Grundprinzip.**

Der finanzielle Anreiz von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ist einfach zu erklären (siehe Folien 14-17 für ein Beispiel, das dem Sachverhalt des Urteils des Hessischen Finanzgerichts vom 8.10.2012 nachgebildet ist). Der finanzielle Erfolg solcher Geschäfte ergibt sich daraus, dass einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mindestens zweimal bescheinigt und sodann mindestens zweimal angerechnet bzw. erstattet werden sollte, in vielen Fällen ist dies auch geschehen. Das heißt, den „Gewinn“ aus diesen Geschäften finanzierte ausschließlich der Staat.

### Fragenkomplex 1

**Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.**

**b) Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen – einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.**

Die Gestaltungsmodelle dieser Geschäfte werden für den Zeitraum 1999 bis einschließlich 2011 erläutert (siehe Folien 18-23). Knackpunkt war wohl, dass bis 2011 einschließlich die Abführung und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer institutionell auseinander gefallen sind. Während die ausschüttende Aktiengesellschaft die Kapitalertragsteuer abgeführt hat, wurde die Steuerbescheinigung vom depotführenden Kreditinstitut bescheinigt. Dies wurde von Marktteilnehmern durch Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen genutzt, um mehrere Kapitalertragsteuerbescheinigungen zu erwirken.

Allerdings ist die steuerrechtliche Würdigung eindeutig. Eine mehrfache Steueranrechnung war rechtlich zu keinem Zeitpunkt möglich. Außerdem stellt sich die Frage, ob die mehrfach ausgestellten Steuerbescheinigungen richtig sind. Auch dies ist zu verneinen (siehe Folien 27 ff.).

### Fragenkomplex 1

**Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.**

**c) Bitte legen Sie dar, seit wann solche Geschäftsmodelle in Fachkreisen diskutiert werden.**

Geht man nach den in Fachzeitschriften veröffentlichten Aufsätzen, seit dem Jahr 2007 (Folie 24).

**d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.**

Die rechtliche Bewertung dieser Geschäfte ist m. E. eindeutig. Eine Steueranrechnung beim Leerkäufer war zu keinem Zeitpunkt möglich. Der Leerkäufer konnte zum Dividendenstichtag nie wirtschaftlicher Eigentümer i. S. v. § 39 AO werden, dies wäre aber bis 2006 zwingende rechtliche Voraussetzung für die Anrechnung gewesen. Ab dem Jahr 2007 kam es darauf zwar nicht mehr darauf an, die Anrechnung scheiterte dann aber daran, dass der Leerverkäufer keine Kapitalertragsteuer einbehalten hatte, auch dies war zwingende gesetzliche Anrechnungsvoraussetzung. Die Depotbank des Leerkäufers war gesetzlich nicht berechtigt, eine Steuerbescheinigung auszustellen, hat sie das dennoch gemacht und ist es infolgedessen zur Anrechnung gekommen, haftet sie dem Fiskus insoweit für den Schaden (§ 45a Abs. 7 EStG), siehe Folien 27 ff.

Die Frage des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen wurde mittlerweile durch erstinstanzliche Finanzgerichte in dem hier vertretenen Sinne bestätigt (siehe Folien 44-45). Haftungsfragen für fehlerhafte Steuerbescheinigungen wurden – soweit ersichtlich – richterlich noch nicht entschieden, da es – soweit öffentlich bekannt – erst im März 2016 zur ersten Inanspruchnahme einer Depotbank kam.

### Fragenkomplex 1

**Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.**

**d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.**

Die Beurteilung muss zugegebenermaßen rechtstechnisch ausfallen und lässt sich deswegen für den Nicht-Steuerrechtler auch nicht immer einfach erschließen. Die wesentlichen Gedankengänge erörtere ich auf den Folien 27 ff. und fasse hier wie folgt zusammen.

Am 15.12.1999 hat der BFH zu einem Cum/Ex-Geschäft in der Variante Inhaberverkauf entschieden, dass das wirtschaftliche Eigentum bei Börsengeschäften bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäftes und nicht erst mit der Lieferung der Aktien übergeht. Dies führt beim **Inhaberverkauf** dazu, dass der Erwerber am Dividendentag der wirtschaftliche Eigentümer der Aktien wird (falls dem nicht besondere Umstände entgegenstehen sollten) und ihm daher die Dividende auch steuerlich zuzurechnen ist.



### Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

**d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirken.**

Offensichtlich haben daraufhin Marktteilnehmer die Variante mit **Leerverkauf** durchgeführt und behauptet, dass sich aus dieser BFH-Entscheidung ergeben würde, dass auch bei einem Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum bereits mit dem schuldrechtlichen Geschäft übergehen würde. Dies wiederum habe zur Folge, dass es zwei wirtschaftliche Eigentümer gebe, nämlich den zivilrechtlichen Eigentümer und den Leerkäufer. Diese Behauptung hat aber keinerlei Grundlage im Gesetz und auch nicht in der Entscheidung des BFH, das Gegenteil ist der Fall. Aus § 39 AO ergibt sich eindeutig, dass das wirtschaftliche Eigentum grundsätzlich dem zivilrechtlichen Eigentümer zusteht und nur ganz ausnahmsweise jemand anderem. Diese Ausnahme liegt dann vor, wenn der andere den zivilrechtlichen Eigentümer dauerhaft von der Einwirkung auf die Aktien verdrängen kann. Dies ist bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf nicht der Fall. Denn der Leerkäufer steht in keinerlei Beziehung zum zivilrechtlichen Eigentümer, kann ihn also auch nicht aus seiner Rechtsposition verdrängen. Das wirtschaftliche Eigentum verbleibt daher entsprechend der Grundregel beim zivilrechtlichen Eigentümer.

### Fragenkomplex 1

**Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.**

**d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.**

Diese falsche Behauptung hat sich der Bundesverband deutscher Banken in seinem Schreiben an das BMF aus dem Jahr 2002 aber zu eigen gemacht und seinerseits behauptet, dass es aus diesem Grund rechtmäßig zu einer mehrfachen Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer kommen würde. Der Gesetzgeber hat erst im Jahr 2006 mit Wirkung für das Jahr 2007 auf dieses Schreiben reagiert und er hat das Gesetz wie dargelegt (siehe Folien 38-40) geändert.

Die falsche Behauptung, dass es gesetzlich zur mehrfachen Anrechnung einer einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer kommen könne, wurde in die Gesetzesbegründung mit aufgenommen, warum dies geschah, ist mir nicht bekannt.

Weder die Gesetzesbegründung noch die Gesetzesänderung selbst führten aber dazu, dass die mehrfache Anrechnung ermöglicht wurde, sie waren lediglich tauglich, die Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen über die Abwicklung inländischer Banken des Leerverkäufers zu unterbinden.

### Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

**d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.**

Im Gegenteil, zahlreiche Marktteilnehmer sahen sich wohl ermutigt, die Geschäfte nun erst Recht in der Variante zu tätigen, dass der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank nutzte.

Die Finanzverwaltung reagierte mit einem BMF-Schreiben aus dem Jahr 2009, das allerdings wiederum unglücklich formuliert war. Das Schreiben suggerierte, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen dann anerkannt werden könnten, falls zwischen den Beteiligten keine Absprachen erfolgten.

Auf die Rechtslage selbst hatte dies aber wiederum keine Auswirkung, da das Gesetz nicht geändert wurde.

Wirksam unterbunden wurden die Cum/Ex-Geschäfte letztlich erst durch eine ab 2012 wirksame Gesetzesänderung, die vorsieht, dass die Abführung der Kapitalertragsteuer und die Ausstellung der Steuerbescheinigung durch dieselbe Person zu erfolgen hat.

### Fragenkomplex 2

**Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- und -erstattungsansprüche resultieren könnten.**

**Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.**

Es wurde argumentiert, dass sich aus dem BFH-Urteil vom 15.12.1999 ergeben würde, dass auch beim Erwerb vom Leerverkäufer das wirtschaftliche Eigentum mit dem schuldrechtlichen Geschäft auf den Leerkäufer übergehen würde und es dadurch zu einer Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums kommen würde. Dies ist in Kenntnis der Funktionsweise von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen – so wie sie abgewickelt wurden – schlichtweg absurd und m.E. juristisch auch nicht vertretbar (siehe oben sowie nochmals Folien 27 ff.).

Dass diese insbesondere von Vertretern von Wirtschaftskanzleien vertretene Rechtsauffassung nicht haltbar ist, bestätigen mittlerweile auch zwei Urteile der Finanzgerichte (siehe Folien 44-45). Dem hat sich jetzt auch das BMF in seinem Schreiben vom 24.6.2015 angeschlossen (siehe Folie 43). Die Bundesregierung hat diese Auffassung als Antwort auf eine kleine Anfrage – soweit ersichtlich – erstmals im Jahr 2013 ebenfalls in zutreffender Weise vertreten (siehe Folie 42).

## **Fragenkomplex 2**

**Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- und -erstattungsansprüche resultieren könnten.**

**Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.**

Es wird für die Rechtslage ab 2007 weiter argumentiert, dass die einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer kraft Fiktion auch zugunsten des Erwerbers vom Leerverkäufer als einbehalten gelten würde, auch dieses Argument hat aber keine gesetzliche Grundlage und ist irreführend.

Ein weiteres Argument ist, dass die Vorlage der Steuerbescheinigung allein ausreichend für die Kapitalertragsteueranrechnung bzw. -erstattung sei. Dieses Argument ist falsch, das Gesetz sieht drei Voraussetzungen vor, von denen die Bescheinigung nur eine ist.

Schließlich wird argumentiert, dass immer dann, wenn es keine Absprachen gäbe, es zur mehrfachen Anrechnung kommen würde. Auch dies ist falsch, die fehlende Absprache ist kein gesetzliches Kriterium für die Anrechnung bzw. Erstattung.

Die gesamten Argumente und deren Bewertung durch mich sind im beiliegenden Fachaufsatz enthalten.

### Fragenkomplex 3

Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zulässig waren.

**Bitte erläutern Sie hierzu allgemein den Unterschied zwischen dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und Steuerhinterziehung nach § 370 AO.**

Wie dargelegt, konnten Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nicht zur mehrfachen Anrechnung von Kapitalertragsteuer führen. Der Leerkäufer war nicht anrechnungs- bzw. erstattungsberechtigt. Wenn er die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gleichwohl beantragt hat, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO erfüllt. Sollte er mit Vorsatz, wobei sogenannter bedingter Vorsatz ausreichend ist (d.h. billigende Inkaufnahme des Erwerbs vom Leerverkäufer), gehandelt haben, liegt eine vollendete Steuerhinterziehung vor.

Hierzu liegt mittlerweile ein Urteil des LG Köln vom 16.7.2015 vor (siehe Folie 49).

Die Frage des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO stellt sich bei Cum/Ex- Geschäften mit Leerverkäufen nicht, da es bereits nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nie zur mehrfachen Anrechnung kommen konnte. Es gab keine Gesetzeslücke.

## Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

- a) Bitte erläutern Sie den finanziellen Anreiz zur Durchführung solcher Geschäfte und ihr Grundprinzip.
- b) Bitte erläutern Sie die Gestaltungsmodelle der sog. Cum/Ex-Geschäfte allgemein und die hier maßgebliche Variante mit Leerverkäufen  
– einschließlich der dafür entscheidenden Rahmenbedingungen.

## I. Finanzieller Anreiz und Grundprinzip: Begriffe

**Cum-/Ex Geschäft:** Erwerb von Aktien mit (cum) Dividendenanspruch und Lieferung der Aktie ohne Dividende (ex). Das schuldrechtliche Kaufgeschäft erfolgt vor dem Dividendenstichtag, das dingliche Erfüllungsgeschäft danach.

**Inhaber Cum-/Ex Geschäft:** Der Verkäufer ist Eigentümer der Aktien und liefert diese nach dem Dividendenstichtag.

**Leerverkäufer Cum-/Ex Geschäft:** Der Verkäufer ist nicht Eigentümer der Aktien (Leerverkauf), diese gehören einem Dritten. Der Verkäufer besorgt sich diese nach dem Dividendenstichtag vom Dritten und liefert diese dann an den Erwerber. Dem Erwerber schuldet er aber nicht nur die Aktie, sondern auch eine Zahlung in Höhe der Dividende (sog. Dividendenkompensationszahlung), da er sich verpflichtet hat mit Dividende zu liefern, dies aber nicht kann.

**Cum-/Cum Geschäft:** Die Lieferung der Aktien erfolgt vor dem Dividendenstichtag.

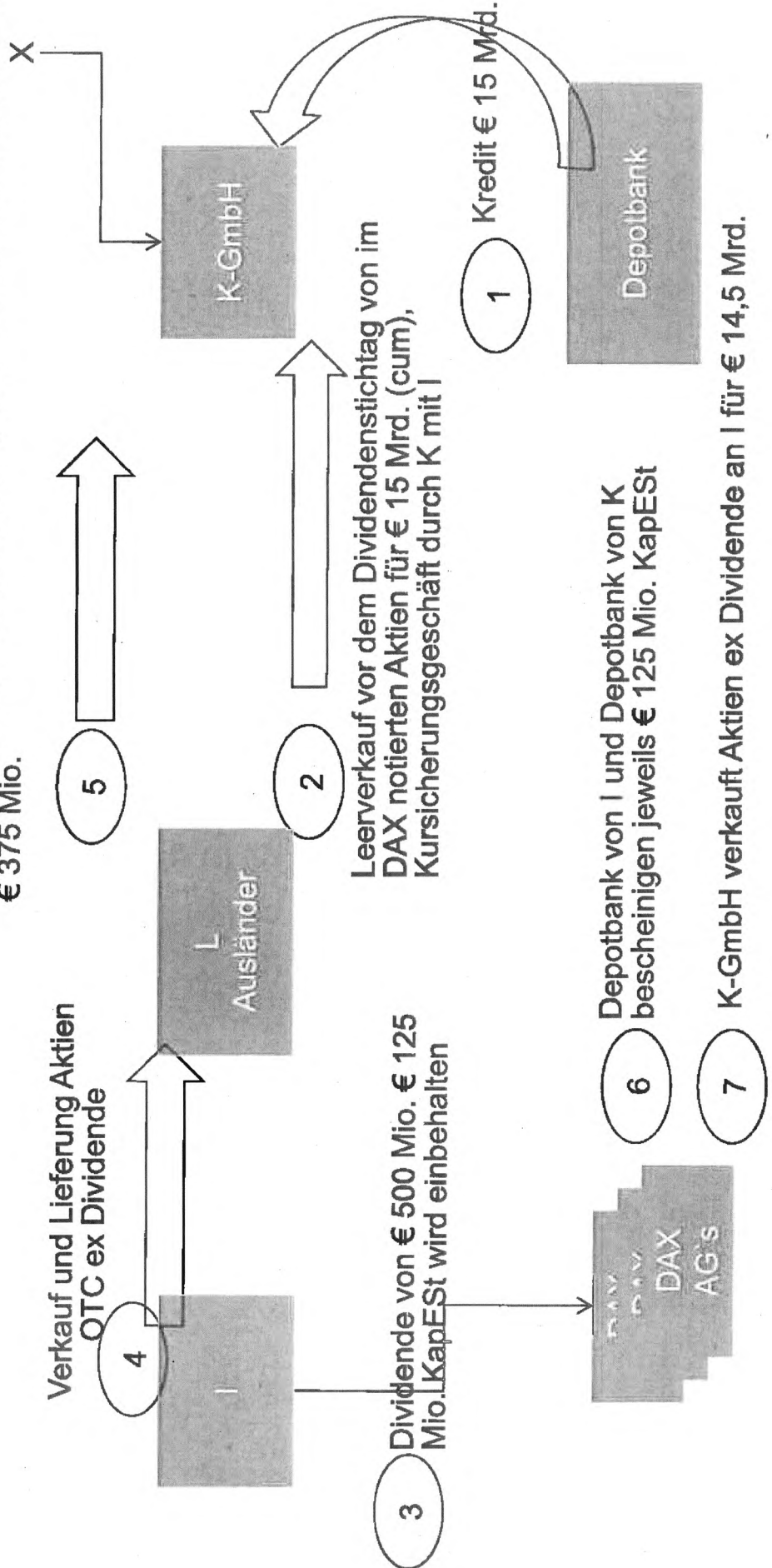
**Dividendenstripping:** Sammelbegriff, der alle o.g. Geschäfte beinhaltet.



# I. Finanzieller Anreiz und Grundprinzip: Beispiel (1/3)

(Fall nach FG Hessen vom 8.10.2012)

Lieferung Aktien OTC nach dem Dividendenstichtag zzgl. Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende von € 375 Mio.



## I. Finanzieller Anreiz und Grundprinzip: Beispiel (2/3)

Wer hat was?

**Leerverkäufer L:**

1. Erhalt von € 15 Mrd. aus Leerverkauf
  2. Zahlung von € 375 Mio. an Dividendenkompensation
  3. Zahlung von € 14,5 Mrd. für Aktien ex Dividende
- => **Gewinn € 125 Mio.**

**Käufer K-GmbH:**

1. Zahlung von € 15 Mrd. an L
  2. Erhalt Dividendenkompensation € 375 Mio.
  3. Erhalt € 14,5 Mrd. von L aus Verkauf ex Dividende
- => **Verlust von € 125 Mio.**

**Aber: erhoffte Steuererstattung € 125 Mio., also bei Erfolg ein Nullergebnis**

**Inhaber I: Ebenfalls Nullergebnis**

**Fiskus: Verlust in Höhe von € 125 Mio., falls Strategie funktioniert. Dieser Verlust entspricht exakt dem Gewinn des Leerverkäufers aus dem Geschäft.**

## I. Finanzieller Anreiz und Grundprinzip: Beispiel (3/3)

### Verteilung des „Gewinns“ durch die Preisgestaltung

In der Praxis wurde der (vermeintliche) „Gewinn“ von € 125 Mio. (d.h. die Erstattung der nicht gezahlten Kapitalertragsteuer) zwischen den Beteiligten durch die Preisgestaltung aufgeteilt.

Siehe ausführlich zu **erfolgten Preisabsprachen** die Sachverhaltsschilderungen im Urteil des FG Hessen vom 10.2.2016.

**Annahme:** Kosten 25 Mio. € (Zinsen, Beratergebühren etc.)

**Aufteilung:** 100 Mio. € zu je einem Drittel., d.h. je 33,3 Mio. €.

**Aber:**

**Struktur konnte rechtlich nie funktionieren, da K-GmbH nicht zur Anrechnung/Erstattung der KapEst berechtigt war. (siehe Folien 27 ff.)**

**Außerdem:**

**Wie ist die von der Depotbank der K-GmbH ausgestellte Steuerbescheinigung zu beurteilen? (siehe Folien 27 ff.)**

## **I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte:**

### **Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung**

#### **1) Erhebung Kapitalertragsteuer (KapEst) auf Dividenden und Ausstellung von Steuerbescheinigungen bis 31.12.2011:**

Ausschüttende Kapitalgesellschaft: Einbehalt und Abführung der KapEst

Depotführendes Kreditinstitut: Ausstellung der Steuerbescheinigung

**Abführung und Bescheinigung der KapEst sind auseinander gefallen!**

**NB: Seit 2012 wird KapEst vom auszahlenden Kreditinstitut einbehalten**

## **I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung**

### **2) Börsenbedingungen in Deutschland:**

Erfüllung von Börsengeschäften am zweiten Tag nach Geschäftsabschluss, d.h. bei Aktienwerben über die Börse fallen

#### **Verpflichtungsgeschäft (Kauf an der Börse) und Erfüllungsgeschäft (Umbuchung Aktienbestände) zeitlich auseinander!**

Im außerbörslichen Handel (Over The Counter, OTC) ist die Lieferfrist frei wählbar, auch eine taggleiche Erfüllung ist möglich und ist der Regelfall.

Festlegung der Lieferverpflichtung am Tag des Geschäftsabschlusses, d.h. mit den Rechten und Pflichten an diesem Tag.

Bei Veräußerungen bis einschließlich zum Dividendenstichtag sind Aktien vom Veräußerer einschließlich Dividende (cum Dividende) zu liefern.

**Aufgrund der Börsenbedingungen muss bei einem Börsengeschäft der Verkäufer dem Käufer einen Anspruch auf die Dividende verschaffen, ansonsten ist er schadensersatzpflichtig (sog. Dividendenkompensationszahlung)!**

## I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

### 3) Dividendenregulierung bei girosammelverwahrten Aktien:

Zentraler Verwahrer inländischer Aktien: Clearstream Banking AG (CBA), die Eigentümer der Aktien nicht kennt (Eigenbesitz Kreditinstitute oder Kunden?)

Dividendenregulierung durch CBA: **zweistufiges Verfahren**

- a) Ende Tag der Hauptversammlung (HV): Verteilung Dividenden an Depotbanken entsprechend der bei CBA **gebuchten Bestände**; hier sind Veräußerungsgeschäfte am Tag der HV und am vorherigen Tag noch nicht berücksichtigt
- b) Dividendenregulierung um offene Verkaufs- und Kaufpositionen durch Erwerbsvorgänge am und kurz vor Dividendenstichtag (**Market Claim Prozess**): Bei offenen Verkaufpositionen erfolgt Einzug bei Veräußerer-(V-Bank) und bei offenen Kaufpositionen Überweisung **Nett dividende** an Käuferbank (K-Bank)

**NB: KapEst wurde durch ausschüttende Kapitalgesellschaft einbehalten!**

**I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte:  
Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung**

**4) Sachverhaltskonstellationen:**

**a) Inhaber Cum-/Ex Geschäft (unproblematisch)**

V-Bank zahlt erhaltene Nettodividende an CBA und CBA überweist Nettodividende an K-Bank

K-Bank erhält „echte Nettodividende“ und stellt Steuerbescheinigung für Käufer K aus

**1 Steuerbescheinigung und 1 Erhebung von KapEst**

**K hat Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapEst**

## I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte:

### Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

#### 4) Sachverhaltskonstellationen:

- b) Leerverkäufer Cum/Ex-Geschäft zwischen 1.1.2007 und 31.12.2011 über inländische Bank (unproblematisch)

Nettodividende ist an I-Bank des (zivilrechtlichen) Aktieninhabers I geflossen. I hat Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der KapEst

V-Bank hat keine Dividende erhalten. Dennoch ist V-Bank aufgrund offener Verkaufsposition verpflichtet, an CBA eine Zahlung in Höhe der Nettodividende zu leisten (**Dividendenkompensationszahlung**). V-Bank zieht Dividendenkompensation vom Leerverkäufer V ein und ist verpflichtet ( § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG), darauf **KapEst** zu erheben und abzuführen

CBA erstattet Dividendenkompensationszahlung an K-Bank, die Steuerbescheinigung für Leerkäufer K ausstellt

#### 2 Steuerbescheinigungen und 2 Erhebungen von KapEst

I und K haben Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapEst



# I. Rahmenbedingungen für Cum/Ex-Geschäfte: Abwicklung von Börsengeschäften und Dividendenregulierung

## 4) Sachverhaltskonstellationen:

- c) Leerverkäufer Cum/Ex-Geschäft bis 31.12.2006 über inländische Bank oder über ausländische Bank (problematisch)

Nettodividende ist an I-Bank des (zivilrechtlichen) Aktieninhabers I geflossen.

I hat Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der KapEst

V-Bank hat keine Dividende erhalten. Dennoch ist V-Bank aufgrund offener Verkaufsposition verpflichtet, an CBA eine Zahlung in Höhe der Nettodividende zu leisten (**Dividendenkompensationszahlung**).

V-Bank (Inland bis einschließlich 2006 und generell bei Ansässigkeit im Ausland) ist **nicht verpflichtet**, auf Kompensationszahlung **KapEst** zu erheben und abzuführen

CBA erstattet Dividendenkompensationszahlung an **K-Bank**, die **Steuerbescheinigung** für Leerkäufer K (allerdings zu **Unrecht**, siehe Folie 35) ausstellt

## 2 Steuerbescheinigungen und 1 Erhebung von KapEst

I und K machen **Anspruch auf Anrechnung/Erstattung KapEst** geltend,

**K hat aber keinen entsprechenden Anspruch (siehe Folien 27 ff.)**

## Fragenkomplex 1

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

c) Bitte legen Sie dar, seit wann solche Geschäftsmodelle in Fachkreisen diskutiert werden.

Meines Wissens seit dem Jahr 2007.

Die ersten Fachbeiträge, die sich mit diesem Thema befassen, sind:

Storg, Alexander, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen, in: NWB 2007, Fach 3, S. 14327 ff.

Füllbier, Andree/Seip, Hans-Jürgen, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, in: BB 2007, S. 477 ff.

## **Fragenkomplex 1**

Rund um Dividendenzahlungen von Aktiengesellschaften hat die Finanzbranche diverse Geschäftsmodelle entwickelt.

d) Bitte beurteilen Sie, wie sich das Verwaltungshandeln, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, die seit 1999 zu Cum/Ex-Geschäften erfolgten, auf deren Ausgestaltung, rechtliche Bewertung und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auswirkten.

Dies möchte ich gerne gemeinsam mit

## **Fragenkomplex 2**

abhandeln

## Fragenkomplex 2

Insbesondere Vertreter von Wirtschaftskanzleien vertreten in der Literatur die Ansicht, dass aus Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis Ende 2011 mehrfache Steueranrechnungs- bzw. -erstattungsansprüche resultieren könnten.

Bitte erläutern Sie diese Argumentation näher und Ihre Rechtsauffassung dazu.

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Steuerrechtliche Grundlagen (1/4)

### Steuerrechtliche Fragestellungen

- 1) Ist sowohl Aktieninhaber I als auch der Leerkäufer K zur Anrechnung der nur einmal einbehaltenen Kapitalertragsteuer berechtigt?
- 2) Sieht das Gesetz überhaupt vor, dass zwei Steuerbescheinigungen erstellt werden dürfen/müssen?
- 3) Wer haftet dem Fiskus nach steuerlichen Vorschriften für die bereits erfolgte mehrfache Anrechnung der Kapitalertragsteuer?

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Steuerrechtliche Grundlagen (2/4)

### Grundlagen der Dividendenbesteuerung

- 1) Bei Ausschüttung einer Dividende in Höhe von z.B. 4 Euro musste die Aktiengesellschaft 1 Euro (25 Prozent) Kapitalertragsteuer an den Fiskus abführen. Der Aktieninhaber I erhielt 3 Euro.
- 2) Er musste gleichwohl 4 Euro versteuern, durfte aber nach § 36 Abs. 2 EStG 1 Euro anrechnen bzw. er hat die KapEst erstattet bekommen, falls:
  - a) er wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie war (vgl. § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO), d.h. die Dividenden ihm auch steuerlich zuzurechnen ist,
  - b) die Aktiengesellschaft auf die ihm zugeflossene Dividende Kapitalertragsteuer einbehalten hat und
  - c) er eine diesbezügliche Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegen konnte.

**Rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer und damit Bezieher der Dividende ist bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen ausschließlich der Aktieninhaber I. Nur er ist zur Anrechnung der auf die Dividende einbehaltenen KapEst berechtigt.**

**Der Leerkäufer K hatte hingegen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nie einen Anspruch auf Anrechnung/Erstattung der auf die Dividende einbehaltenen KapEst (siehe folgende Folien).**

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Steuerrechtliche Grundlagen (3/4)

### Grundlagen der Dividendenkompensationszahlungsbesteuerung

Der Erwerber vom Leerverkäufer hat nicht nur steuerlich, sondern auch tatsächlich die Dividende nicht erhalten, diese bezog der zivilrechtliche Eigentümer der Aktie. Der Erwerber vom Leerverkäufer hat aber gegen den Verkäufer, von dem er die Aktie mit dem Dividendenbezugsrecht (cum) erworben hat, einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Bruttodividende, diesen Anspruch nennt man Dividendenkompensationszahlung.

- 1) Der die Zahlung leistende Verkäufer (Leerverkäufer) musste bis 2006 **einschließlich** mangels gesetzlicher Verpflichtung keine KapEst auf die Dividendenkompensationszahlung einbehalten. Der Erwerber (Leerkäufer) konnte aus diesem Grund auch keine KapEst auf die Zahlung anrechnen, da gesetzliche Voraussetzung der Einbehalt der Steuer war. Im Gesetz ( § 36 Abs. 2 EStG) ist als Anrechnungsvoraussetzung benannt: dass „auf diese Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten wurde“.
- 2) **Ab 2007** sah das Gesetz vor, dass der die Zahlung Leistende (der Leerverkäufer) dann KapEst einbehalten musste, falls er sich einer **inländischen Depotbank** bediente, in diesem Falle konnte dann auch der Erwerber KapEst anrechnen, falls seine Depotbank eine entsprechende Steuerbescheinigung ausstellte.  
Bediente sich der Leerverkäufer aber einer **ausländischen Depotbank**, musste er nach dem Gesetz keine KapEst einbehalten, folglich konnte der **Leerkäufer** angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlautes auch **keine KapEst anrechnen**. Im Falle einer ausländischen Depotbank des Leerverkäufers durfte die **inländische Depotbank** des Leerkäufers auch **keine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausstellen**, in der Praxis geschah dies aber regelmäßig.

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Steuerrechtliche Grundlagen (4/4)

### Haftungsfragen

- 1) In erster Linie derjenige, der die Steuer zu Unrecht angerechnet oder erstattet bekommen hat, d.h. der **Leerkäufer**.
- 2) Daneben aber auch die **inländischen Depotbanken**, die falsche Bescheinigungen ausgefertigt haben, vgl. § 45 a Abs. 7 EStG. Dies könnte die Zeiträume betreffen
  - a) bis 2006 einschließlich, falls eine Steuerbescheinigung für Dividendenkompensationszahlungen ausgestellt wurde,
  - b) zwischen 2007 bis 2011 einschließlich, falls sich der Leerverkäufer einer ausländischen Depotbank bediente.



## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Begründung einer mehrfachen Anrechnung von KapEst: Argumente

### Argumentation bis 2006 einschließlic:

Es wurde behauptet, dass nicht nur der zivilrechtliche Eigentümer der Aktien wirtschaftlicher Eigentümer sei, sondern zusätzlich auch der Erwerber vom Leerverkäufer, also der Leerkäufer (**Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums**).

Es wird argumentiert, dass der Erwerber (Leerkäufer) mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie wurde, dass also auch ihm die Dividende steuerlich zuzurechnen sei. Dies ergebe sich aus der **Rechtsprechung des BFH**.

### Argumentation ab 2007:

**Wie zuvor**, nun aber noch mit dem Argument, dass dies auch **Auffassung des Gesetzgebers** sei, habe doch dieser im Jahr 2006 in der Gesetzesbegründung zur Einführung der Kapitalertragsteuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen mit inländischer Depotbank diese Argumentation bestätigt.

Teilweise wird zudem argumentiert, dass selbst dann, wenn kein wirtschaftliches Eigentum übergegangen sei, es dennoch zur Anrechnung komme, da aufgrund einer **Fiktion** davon auszugehen sei, dass auf die **Dividendenkompensationszahlung Kapitalertragsteuer** einbehalten worden sei.

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Begründung einer mehrfachen Anrechnung von KapEst: Würdigung

### Würdigung der Argumente anhand des Gesetzeswortlauts

Richtig ist, dass die Gesetzesbegründung zur Einführung der Kapitalertragsteuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen davon ausgeht, dass es zwei wirtschaftliche Eigentümer geben könne (siehe Folie 38).

Aber: Gesetze sind nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen. Sollte der Wortlaut einer Norm eindeutig sein, kann nur in ganz engen Ausnahmefällen gegen den Wortlaut ausgelegt werden, und zwar dann, falls eine "planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts" vorliegen sollte und das Gesetz schlicht keinen Sinn ergeben würde, wenn man es nach seinem Wortlaut auslegt. Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung.

**Die hier auszulegende Norm ist § 39 AO, sie lautet unverändert seit 1977:**

### **§ 39 AO Zurechnung**

„(1) Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen.

(2) Abweichend von Absatz 1 gelten die folgenden Vorschriften:

Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen. ...“

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Begründung einer mehrfachen Anrechnung von KapEst: Würdigung

### Folgerungen aus dem Gesetz ( § 39 AO)

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut sind Wirtschaftsgüter **nur einer Person** zuzurechnen, entweder dem zivilrechtlichen Eigentümer (Regel) oder demjenigen, der den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließen kann. Dass ein Wirtschaftsgut mehreren zuzurechnen sein könnte, ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar; es machte auch keinen Sinn.

Da der Erwerber vom Leerverkäufer, d.h. der **Leerkäufer, in keiner Beziehung zum zivilrechtlichen Eigentümer der Aktien steht**, kann er den Aktieninhaber auch nicht von der Einwirkung auf die Aktie ausschließen, es verbleibt also bei der Regel, dass der zivilrechtliche auch der wirtschaftliche Eigentümer ist.

**Die Auffassung der mehrfachen Anrechnung von KapEst mit dem Argument, dass der Leerkäufer wirtschaftlicher Eigentümer sei, hat keine gesetzliche Grundlage**

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Begründung einer mehrfachen Anrechnung von KapEst: Würdigung

### Würdigung der Argumente anhand der BFH Rechtsprechung

Die Befürworter beziehen sich insoweit auf eine BFH-Entscheidung vom 15.12.1999, die zuletzt im Jahr 2007 bestätigt wurde.

In dieser Entscheidung ging es um ein **Cum/Ex-Geschäft**, allerdings um einen **Inhaberverkauf (siehe Folie 14)** und es war die Frage zu klären, ob das wirtschaftliche Eigentum bereits mit dem schuldrechtlichen Geschäft und nicht erst mit der Lieferung der Aktien auf den Erwerber überging. Der BFH bejahte dies, weshalb beim Inhaberverkauf der Erwerber am Dividendenstichtag der wirtschaftliche Eigentümer der Aktien wird (falls dem nicht besondere Umstände entgegenstehen sollten) und ihm daher die Dividende auch steuerlich zuzurechnen ist.

Diese Entscheidung hat aber **nichts mit einem Cum/Ex-Geschäft mit Leerverkauf** zu tun. Sie führte lediglich dazu, dass das wirtschaftliche Eigentum dem Erwerber und nicht dem zivilrechtlichen Eigentümer zustand, sie führte aber nicht zur Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums.

**Das Argument, dass der BFH auch bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ausgeht, ist falsch!**

## II. Rechtliche Bewertung: Argumente und Würdigung Anrechnung/Erstattung von KapEst beim Leerkäufer

Leerkäufer K hatte gleichwohl regelmäßig eine Kapitalertragsteuerbescheinigung erhalten. Bei Vorlage dieser Bescheinigung geht das Finanzamt in der Regel davon aus, dass auch Dividenden bezogen wurden; der normale Finanzbeamte konnte sich diese Transaktionen gar nicht vorstellen.

Dies führt zu der Frage, warum die Depotbank des Leerkäufers K die Bescheinigung überhaupt ausgestellt hat. Eine gesetzliche Grundlage dafür gab es bei Dividendenkompensationszahlungen bis 2006 einschließlich sowie bei Einschaltung einer ausländischen Bank des Leerverkäufers nicht (siehe Folie 29).

Es wird argumentiert, dass die Depotbank des Leerkäufers nicht erkennen konnte, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung oder um eine ausländische Bank gehandelt habe. Diese Argumentation hat jedoch keine gesetzliche Grundlage und dürfte in Anbetracht der enorm hohen Transaktionsvolumina sowie der erfolgten Preisabsprachen bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen im Einzelfall auch nicht haltbar sein.

Die Geschäfte wurden dem Vernehmen nach spätestens ab 2009 zu großen Teilen über die Börse und nicht mehr OTC abgewickelt. Dies deshalb, da man bei Börsengeschäften argumentieren konnte, dass die Gegenpartei nicht bekannt sei.

Tatsache ist aber, dass die Händler, die die Geschäfte an der Börse platziert haben, sich alle gekannt haben und die Börse nur „vorgeschoben“ war. Es ging ja um sehr hohe Transaktionsvolumen.

Beispiel: Wer eine Kauforder über genau 277.356 Aktien zu einem bestimmten Preis aufgibt, findet als Verkäufer denjenigen, der 277.356 Aktien zu dem genannten Preis zu verkaufen bereit war.

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Aktivitäten von Lobbyverbänden

### Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken

Das Bundesministerium der Finanzen wurde frühzeitig durch ein **Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken vom 20.12.2002** auf Probleme bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen aufmerksam gemacht.

Dieses Schreiben ist jedoch an einer entscheidenden Stelle **inhaltlich falsch**. Es wurde behauptet, dass der **Leerkäufer der wirtschaftliche Eigentümer der Aktie sei** und die Kapitalertragsteuer anrechnen könne und dass **auch der zivilrechtliche Eigentümer der Aktie** anrechnen könne (Zitat von Seite 2 des Schreibens):

„In dem Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufes, bei dem der Veräußerer die Aktien selbst erst beschaffen muss und der Erwerb dieser Wertpapiere durch den Veräußerer erst zu einem Zeitpunkt möglich ist, in dem bereits der Dividendenabschlag vorgenommen wurde, ist der betreffende Aktienbestand im Zeitpunkt der Dividendenzahlung noch im rechtlichen Eigentum eines Dritten, dem seinerseits auch die Dividende und der damit verbundene Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch als rechlichem Eigentümer der Aktien zustehen. Deshalb sind in diesem Fall zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, **der dem Aktienwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht.**“

**D.h. es wurde suggeriert, dass eine Gesetzeslücke bestehe.**

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Aktivitäten von Lobbyverbänden

### Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken

In seinem Schreiben vom 20.12.2002 hat der Bundesverband deutscher Banken eine Gesetzesänderung vorgeschlagen, die dazu führt, dass der Leerverkäufer, falls er sich einer inländischen Depotbank bedient, Kapitalertragsteuer (auf die Dividendenkompensationszahlung) einbehalten und abführen muss.

Aus dem Schreiben ergibt sich, dass der Bankenverband der Auffassung ist, dass im Falle der Umsetzung der vorgeschlagenen Gesetzesänderung es dann zur **Doppelanrechnung kommen würde**, wenn sich der Leerverkäufer einer **ausländischen Depotbank** bedienen würde (Zitat von Seite 4 des Schreibens):

**„Nicht erfassbar sind die über ausländische Banken oder Verwahrstellen vorgenommenen Leerverkäufe, da diese Institute nicht zur Einbehaltung und Abführung der deutschen Kapitalertragsteuer verpflichtet werden können.“**

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Reaktion des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat sich vier Jahre später mit Wirkung ab dem Jahr 2007 den Vorschlag des Bankenverbandes zu eigen gemacht und in der Begründung („Allgemein“) zur Einführung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG im Jahressteuergesetz 2007 das Schreiben des Bankenverbandes in großen Teilen abgeschrieben, insbesondere auch den Teil, in dem fälschlicherweise steht, dass der Erwerber vom Leerverkäufer (d.h. der Leerkäufer) wirtschaftlicher Eigentümer werden würde (BT-Drs. 16/2712 vom 25.9.2006, S. 47, identisch mit S. 2 Schreiben Bankenverband):

In dem Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufs, bei dem der Verkäufer die Aktien selbst erst beschaffen muss und der Erwerb dieser Wertpapiere durch den Verkäufer erst zu einem Zeitpunkt möglich ist, in dem bereits der Dividendenabschlag vorgenommen wurde, ist der betreffende Aktienbestand im Zeitpunkt der Dividendenzahlung noch im rechtlichen Eigentum eines Dritten, dem seinerseits auch die Dividende und der damit verbundene Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch als rechtllichem Eigentümer der Aktien zustehen. Deshalb sind in diesem Fall zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuern betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienverwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht



## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Reaktion des Gesetzgebers

Durch das **JStG 2007** wurde allerdings nicht der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zugunsten des Leerkäufers in den Leerverkaufsfällen geregelt.

U.a. wurde § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG um einen Satz 4 ergänzt und in der **Gesetzesbegründung („Im Einzelnen“) auch begründet:**

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG bestimmt, dass **Dividendenkompensationszahlungen** mit den anderen Dividenden gleichgestellt werden.

Diese Regelung ist Grundlage für den **Kapitalertragsteuerabzug**; bis 2006 einschließlich wurde kein Kapitalertragsteuerabzug vorgenommen.

Falls sich der Leerverkäufer einer **inländischen Depotbank** bediente, muss diese den Steuerabzug vornehmen (NB: ausländische Depotbanken nehmen keinen Steuerabzug vor!).

**Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen unter Einschaltung inländischer Depotbanken führten seit 2007 zu keinen Steuerausfällen mehr**  
**(2 Steuerbescheinigungen und 2 Erhebungen von KapESt, siehe oben, Folie 22)**

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Reaktion des Gesetzgebers

Auf die steuerrechtliche Beurteilung von Leerverkäufen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken hatte die **Gesetzesänderung** allerdings **keinen Einfluss**. Die insoweit entscheidenden Regelungen zum wirtschaftlichen Eigentum ( § 39 AO) und auch zu den Voraussetzungen für die Kapitalertragsteueranrechnung ( § 36 EStG) wurden nicht geändert (siehe Folien 27 ff).

Trotz der Änderungen im JStG 2007 war es unter Einschaltung ausländischer Depotbanken deshalb (weiterhin) **nicht möglich**, einmal gezahlte **Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen**.

**Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken führten weiterhin zu Steuerausfällen, falls die inländische Depotbank des Leerkäufers (unberechtigterweise) eine Steuerbescheinigung ausstellte**  
(2 Steuerbescheinigungen und 1 Erhebung von KapESt, siehe oben, Folie 23)

**Gleichwohl** fühlten sich Marktteilnehmer durch die (falsche) Begründung („Allgemein“) beflügelt und es wurden voraussichtlich mehr Cum/Ex Geschäfte getätigt als zuvor, **jedenfalls bezieht man sich seither auf diese Gesetzesbegründung.**

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Verwaltungshandeln

### BMF-Schreiben vom 5.5.2009

Als im Zeitablauf bekannt wurde, dass Cum/Ex-Geschäfte mit ausländischen Depotbanken in großem Umfang getätigt wurden, wurde ein BMF-Schreiben mit Datum 5.5.2009 veröffentlicht.

Aus dem Schreiben ergibt sich, dass das BMF bei

**Absprachen zwischen Leerverkäufer und Erwerber** die Anrechnung/Erstattung von Kapitalertragsteuer nicht mehr zulassen wollte, da dann dem Erwerber bekannt sei, dass ihm eine Steuerbescheinigung ausgestellt wurde, obwohl die darin ausgewiesene Steuer nicht einbehalten worden sei.

Darüber hinaus sollten Steuerbescheinigungen nur ausgestellt werden, wenn zuvor ein **Wirtschaftsprüfer** oder **Steuerberater bescheinigt** hatte, dass es zu **keinen Absprachen** gekommen war.

Dieses BMF-Schreiben suggeriert also, dass das BMF noch im Jahr 2009 der Auffassung war, dass die **mehrfache Anrechnung von KapEst u.U. möglich sei** (eben wenn keine Absprachen getroffen werden). An der steuerrechtlichen Unzulässigkeit ( § 39 AO, § 36 EStG) ändert das freilich nichts.

**Das BMF-Schreiben vom 5.5.2009 ermutigte die Marktteilnehmer zusätzlich und mag erklären, wieso seit 2009 Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen zunehmend über die Börse abgewickelt wurden (hier lassen sich Absprachen schwer nachweisen).**

**II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung  
Bundesregierung**

**Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage von DIE LINKE vom 24.5.2013 (BT-Drs. 17/13638)**

In dieser Antwort wurden die steuerlichen Fragestellungen erstmals (richtig) so beantwortet, dass es nicht zu einer mehrfachen Anrechnung kommen kann.

Es heißt wörtlich:

**„Bereits rein denklogisch kann nur derjenige wirtschaftliches Eigentum an einem Wirtschaftsgut verschaffen, der das (zivil-)rechtliche Eigentum oder zumindest das wirtschaftliche Eigentum an diesem Wirtschaftsgut besitzt.“ (BT-Drs. 17/13638, S. 10)**

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Verwaltungshandeln

### BMF Schreiben vom 24.6.2015

In diesem Schreiben geht das BMF nunmehr u.a. davon aus, dass vom Leerverkäufer kein wirtschaftliches Eigentum erworben werden kann und damit keine Anrechnungsberechtigung vorliegt.

Es heißt wörtlich:

**„Bei Leerverkäufen kann auf den Erwerber allein schon wegen der Tatsache, dass der Veräußerer die Aktien zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses nicht im Bestand hält, kein wirtschaftliches Eigentum übergehen. Bei Leerverkäufen verkauft der Verkäufer Aktien, die er sich erst nach dem**

**Geschäftsabschluss von einem Dritten beschaffen muss.**

**Nur der Dritte ist in den Leerverkaufsfällen auch dividendenberechtigt.“**

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Rechtsprechung

Die Finanzgerichte bestätigen mittlerweile die hier vertretene Rechtsauffassung (siehe Folien 27 ff.).

### **Hessisches FG vom 8.10.2012**

*“Die mehrfache Anrechnung von KapEst, die nur einmal – nämlich von den Dividenden und nicht auch von Dividendenausgleichszahlungen – einbehalten und angemeldet wurde, kommt weder unter der rechtsirrigen Annahme mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums noch aufgrund der Steuerpflicht sog. Dividendenausgleichszahlungen, noch allein aufgrund der Ausstellung einer KapEst-Bescheinigung der Depotbank in Betracht.“*

### **Bundesfinanzhof vom 16.4.2014**

Verneinte den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits aus anderen Gründen und hat die Frage, ob vom Leerverkäufer solches erworben werden kann, mangels Entscheidungsrelevanz nicht entschieden.

### **Bundesfinanzhof vom 18.8.2015**

*“Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, die im Rahmen einer sog. Wertpapierleihe an den Entleiher zivilrechtlich übereignet wurden, kann ausnahmsweise beim Verleiher verbleiben, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles ergibt, dass dem Entleiher lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition verschafft werden sollte.“*

## II. Gesetzgebung, Verwaltungshandeln und Rechtsprechung Rechtsprechung

### Hessisches FG vom 10.2.2016

*„Beim außerbörslichen Erwerb börsennotierter Aktien wird wirtschaftliches Eigentum an den Aktien regelmäßig nicht bereits mit Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung erworben. Der Eigentumsübergang tritt erst im Zeitpunkt der Lieferung der Aktie ein.*

*Eine Erhebung der (anrechenbaren) Kapitalertragsteuer liegt nicht bereits mit Auszahlung der Nettodividende / Dividendenkompensationszahlung an die inländische Depotbank des Aktienkäufers vor. Erforderlich ist zusätzlich, dass die mit der Nettodividende / Kompensationszahlung belastete Depotbank des Verkäufers den Bruttodividendenbetrag erhalten hat, von der die Steuer dann einzubehalten ist. Auf die tatsächliche Abführung der Steuer durch die Depotbank kommt es dagegen nicht an.*

*Dem die Anrechnung der Kapitalertragsteuer beantragenden Aktienkäufer obliegt die Feststellungslast für die Erhebung der Abzugssteuer.“*

### **Fragenkomplex 3**

Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen rechtlich zulässig waren.

Bitte erläutern Sie hierzu allgemein den Unterschied zwischen dem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und Steuerhinterziehung nach § 370 AO.



### III. Rechtliche Zulässigkeit von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen

#### **§ 42 AO: Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten**

(1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

(2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine **unangemessene rechtliche Gestaltung** gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

Die Frage des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach **§ 42 AO stellt sich bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen nicht**, da bereits nach den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten es nie zur mehrfachen Anrechnung kommen konnte – es gab keine Gesetzeslücke (siehe oben, Folien 27 ff.).

### III. Rechtliche Zulässigkeit von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen

#### **§ 370 AO: Steuerhinterziehung (hier nur Absatz 1)**

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht,
  2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder
  3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt
- und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt.

Wie dargelegt, konnten Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen nicht zur mehrfachen Anrechnung von Kapitalertragsteuer führen. Der Erwerber vom Leerverkäufer (d.h. der Leerkäufer) war nicht anrechnungs- bzw. erstattungsberechtigt. Wenn er die Anrechnung/Erstattung gleichwohl beantragt hat, hat er den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt. Sollte er mit Vorsatz, wobei sogenannter bedingter Vorsatz ausreichend ist (d.h. billigende Inkaufnahme des Erwerbs vom Leerverkäufer) gehandelt haben, liegt eine vollendete Steuerhinterziehung vor.

### **III. Rechtliche Zulässigkeit von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen**

**LG Köln vom 16.7.2015**

*“Die Vornahme von Cum-Ex-Geschäften mit ungedeckten Leerverkäufen von Aktien, bei denen eine Abführung der Kapitalertragsteuer nicht erfolgt, erfüllt bei einem entsprechenden Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuer den Straftatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO.”*

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

Deutscher Bundestag  
 Sekretariat PA 30  
 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode  
 Platz der Republik 1

11011 Berlin

Mannheim, 5. Mai 2016

**Vorläufiges Protokoll der öffentlichen Sachverständigenanhörung  
 vor dem 4. Untersuchungsausschuss am 14. April 2016**

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei finden Sie in der Anlage das von mir durchgesehene o.a. vorläufige Protokoll mit handschriftlichen Korrekturen.

Da sich meine Ausführungen häufig auf Beispiele bezogen haben, die ich anhand meiner Power-Point-Präsentation erörtert habe, bitte ich Sie zum besseren Verständnis der Ausführungen um zusätzliche Hinweise an 6 rot markierte Stellen im Protokoll.

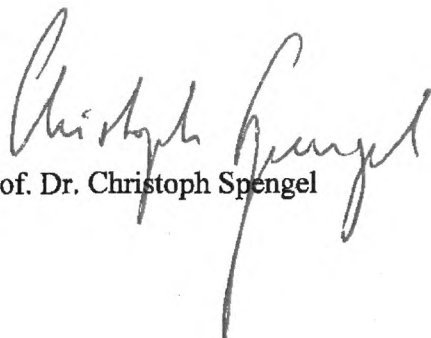
Die Hinweise sollen jeweils wie folgt erfolgen:

(Der Sachverständige ruft Seite xx seiner Power-Point-Präsentation auf – siehe Anlage)

Hinweis 1: Protokoll, Seite 20:	Verweis auf Seite 15-17 der Power-Point-Präsentation
Hinweis 2: Protokoll, Seite 22:	Verweis auf Seite 18-23 der Power-Point-Präsentation
Hinweis 3: Protokoll, Seite 30:	Verweis auf Seite 32-33 der Power-Point-Präsentation
Hinweis 4: Protokoll, Seite 41:	Verweis auf Seite 36 der Power-Point-Präsentation
Hinweis 5: Protokoll, Seite 41:	Verweis auf Seite 37 der Power-Point-Präsentation
Hinweis 6: Protokoll, Seite 42:	Verweis auf Seite 39 der Power-Point-Präsentation

Für Ihre Bemühungen danke ich Ihnen recht herzlich und stehe für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Christoph Spengel

Anlage

18. Wahlperiode



# Deutscher Bundestag

4. Untersuchungsausschuss  
nach Artikel 44 des Grundgesetzes

Nur zur dienstlichen Verwendung

## Protokoll der 5. Sitzung - vorläufige Fassung\* -

### 4. Untersuchungsausschuss

Berlin, den 14. April 2016, 13.00 Uhr  
Paul-Löbe-Haus, Saal E 400  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1

Vorsitz: Dr. Hans-Ulrich Krüger, MdB

## Tagesordnung

### Tagesordnungspunkt

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen  
(Beweisbeschluss SV-1):*

Seite 4

Prof. Dr. Christoph Spengel  
Prof. Dr. Marc Desens  
Prof. Dr. Michael Schmitt  
VRi FG Hessen Helmut Lotzgeselle  
StOAR Günther Hallmann

#### \* Hinweis:

Die Protokolle über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen werden grundsätzlich weder vom Ausschuss noch von den jeweiligen Zeugen oder Sachverständigen redigiert bzw. korrigiert. Zeugen und Sachverständigen wird das Protokoll über ihre Vernehmung regelmäßig mit der Bemerkung zugesandt, dass sie Gelegenheit haben, binnen zwei Wochen dem Ausschusssekretariat Korrekturwünsche und Ergänzungen mitzuteilen. Etwaige Korrekturen und Ergänzungen werden sodann durch das Sekretariat zum Zwecke der Beifügung zum entsprechenden Protokoll verteilt.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

(Beginn: 13.00 Uhr)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich eröffne nunmehr unsere 5. Sitzung, in welcher wir im Rahmen der Beweiserhebung mit der öffentlichen Anhörung von Sachverständigen beginnen werden.

Ich stelle zunächst fest, dass die Öffentlichkeit hergestellt ist, und begrüße ganz herzlich die Zuschauerinnen und Zuschauer und selbstverständlich auch die Vertreter der Presse.

Bevor wir mit der Anhörung beginnen, habe ich noch einige Formalia zu erledigen und insbesondere darauf zu verweisen, dass das Fertigen von eigenen Ton- und Bildaufnahmen während der öffentlichen Beweisaufnahme grundsätzlich nicht zulässig ist. Zuwiderhandlungen gegen dieses Gebot können nach dem Hausrecht des Deutschen Bundestages nicht nur zu einem dauernden Ausschluss von den Sitzungen dieses Ausschusses sowie des ganzen Hauses führen, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Heute findet die öffentliche Beweisaufnahme aufgrund des Beweisbeschlusses SV-1 statt. Es wird Beweis erhoben zum Untersuchungsauftrag, wie er sich aus den Bundestagsdrucksachen 18/6839 und 18/7601 ergibt, durch öffentliche Anhörung der Sachverständigen Herrn Professor Dr. Christoph Spengel, Herrn Professor Dr. Marc Desens, Herrn Ministerialdirigenten Professor Dr. Michael Schmitt, Herrn Vorsitzenden Richter am Hessischen Finanzgericht Helmut Lotzgeselle und Herrn Steueroberamtsrat Günther Hallmann. Herzlich willkommen an Sie alle.

Des Weiteren stelle ich fest, dass alle fünf Sachverständigen nicht nur gekommen, sondern auch formal ordnungsgemäß geladen worden sind. Herzlichen Dank, dass Sie dieser Ladung folgen konnten und Ihre vollen Terminkalender so einrichten konnten, dass Ihre Anwesenheit am heutigen Vormittag in Berlin möglich geworden ist.

Ich habe ferner darauf hinzuweisen, dass die Bundestagsverwaltung eine Tonbandaufnahme der Sitzung fertigt. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die wörtliche Protokollierung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des endgültigen Protokolls gelöscht.

Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen - und das gilt auch für die Sachverständigen - nach der Fertigstellung zugestellt und Sie haben die Möglichkeit - falls gewünscht - innerhalb von zwei Wochen noch Korrekturen oder Ergänzungen vorzunehmen. Bestehen hierzu noch Fragen? - Ich sehe, das ist nicht der Fall.

Ferner wird diese Anhörung auch gemäß Beschluss des Ausschusses nach § 13 Absatz 1 Satz 4 PUAG per Video aufgezeichnet und per Video-Streaming ins Internet eingestellt. Entsprechende Einverständniserklärungen Ihrerseits - herzlichen Dank noch einmal dafür - zu diesem Verfahren liegen vor. Gibt es zu diesem Themenbereich Fragen? - Ich sehe das ist ebenfalls nicht der Fall.

Jetzt, meine Herren Sachverständigen, habe ich natürlich auch formaliter - das kennen Sie - vor Ihrer Anhörung zunächst zu belehren: Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten.

Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen diese Wahrheitspflicht hinzuweisen: Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 i.V.m. § 153 des StGB mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 i.V.m. §22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie allerdings die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 StPO der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich angeordneten oder geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Das betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Sollten Teile Ihrer Aussagen aus Gründen des Schutzes von Dienstgeheimnissen - hier insbesondere der Steuergeheimnisse -, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, würde ich Sie um einen Hinweis bitten, damit wir, damit der Ausschuss, einen Beschluss nach den § 14 oder 15 des Untersuchungsausschussgesetzes gegebenenfalls fassen könnte und die Sitzung in dieser von Ihnen dann angesprochenen Form fortsetzt. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Dann noch einmal kurz zum Ablauf der Anhörung. Zu Beginn haben Sie nach § 28 i.V.m. § 24 Absatz 4 PUAG die Gelegenheit zum Beweisthema, das Ihnen ja bezeichnet worden ist, im Zusammenhang vorzutragen. Dann werde ich zu diesem Vortrag Ihrerseits als Vorsitzender einige Rückfragen stellen.

In einer anschließenden Fragerunde erhalten die Mitglieder des Ausschusses das Wort, und dies geschieht nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen. Nach dieser ersten Fragerunde, die sich in Form der so genannten Berliner Stunde gestalten wird, erfolgt eine offene Fragerunde, das heißt bis der Ausschuss, bis seine Mitglieder alle ihre Fragen nun geklärt haben. Haben Sie hierzu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Dann noch eine letzte protokollarische Bitte, die man mir auch aufgeschrieben hat. Ich möge Sie bitten, bevor Sie das Wort ergreifen, unbedingt das Mikrofon einzuschalten, weil das in der Tat ansonsten den Wert Ihrer Darlegung rein allein aus akustischen Gründen mindern würde. Sprich; wir kriegen es dann nicht mit.

Dann möchte ich Sie, Herr Professor Spengel, zunächst bitten, Ihr Eingangsstatement zu erteilen. Ich danke Ihnen.

(Die Ausführungen des Sachverständigen erfolgen teilweise anhand einer PowerPoint-Präsentation)

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**  
Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren! Ein wesentlicher Gegenstand

der Arbeit des Untersuchungsausschusses ist es, zu verstehen, was so genannte Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen sind, warum diese Geschäfte möglich waren und drittens, wie eine rechtliche Beurteilung dieser Geschäfte ausfallen kann.

Es wird ja Gegenstand der Befragung sein - da gibt es auch verschiedene Unterlagen - wie die Cum/Ex-Geschäfte im Einzelnen funktionieren. Ich habe Ihnen ein Beispiel in den Unterlagen mitgebracht, an dem man erkennt, dass der einzige Zweck von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen um den Dividendenstichtag darin zu sehen ist, dass einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer auf Dividenden mehrfach zur Erstattung zur Anrechnung gebracht wird. Und wenn man sich das anschaut, dann ist der „Gewinn“ aus diesen Geschäften ~~jetzt~~ <sup>1 bzw.</sup> mehrfach erstattete Kapitalertragsteuer. Das heißt, der Gewinn wird ausschließlich vom Staat finanziert. Und das kann um sehr beträchtliche Summen gehen. Das Beispiel in meinen Unterlagen betrifft den Fall des Finanzgerichts Hessen aus dem Jahr 2012. Da ging es um eine Kapitalertragsteuer in Höhe von 125 Millionen Euro. Dem lag eine viermal so hohe Dividende zugrunde, weil die Kapitalertragsteuer 25 Prozent ist, das heißt, 500 Millionen Euro. Damit wir uns mal vorstellen können, wie hoch der Aktienwert war, - das weiß ich ~~jetzt~~ <sup>43</sup> nicht genau, aber wir wissen, Daimler hat vor ein paar Tagen ausgeschüttet eine Dividende von 3,25 Euro. Und der Aktienkurs ist etwa 66 Euro. Das heißt, der Aktienkurs kann durchaus das Zwanzigfache oder ein noch Mehrfaches der Dividende sein. Das heißt, diesem Sachverhalt könnte ein Transaktionsvolumen von 10 Milliarden Euro zugrunde gelegen haben.

Es gibt weitere Fälle vom Landgericht Köln. Da ging es um 462 Millionen Euro Kapitalertragsteuer. Das heißt, es ist mehr als das Dreifache. Also, wir reden hier über Volumen, die sind außerordentlich hoch. Und solche Geschäfte, die können meines Erachtens nur funktionieren, wenn sich die Beteiligten gekannt haben, wenn sämtliche Risiken ausgeschaltet wurden und wenn Preisabsprachen getroffen worden sind. Wenn ein Rad nicht ins andere ~~geht~~ <sup>H greift</sup>, dann löst man dadurch unter Umständen Kollateralschäden aus.





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Zur zweiten Frage: Wie konnten diese Geschäfte funktionieren? Rein technisch? Das ist mal die erste Frage. Und technisch war das möglich, weil bis einschließlich 2011 die Erhebung der Kapitalertragsteuer und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auseinandergefallen sind. Es gab also eine Bruchstelle im System der Steuererhebung und der Bescheinigung. Die Steuer erhoben wurde von der ausschüttenden Kapitalgesellschaft und bescheinigt wurde vom Kreditinstitut des Aktieninhabers. Und wenn keine Transaktionen, Veräußerungen erfolgt sind, dann war das auch völlig unproblematisch. Dann hat man eine Bescheinigung gehabt und einmal Kapitalertragsteuer erhoben.

Die Personen oder Institutionen, die sich mit Cum/Ex-Leerverkäufen beschäftigt haben, die haben diese Bruchstelle ausgenutzt, indem sie einen zweiten Aktieninhaber ins Spiel gebracht haben, den so genannten Leerkäufer, der aber erst nach dem Dividendenstichtag erworben hat. Man hat also jetzt zwei Personen, denen man gegebenenfalls Aktien zurechnet, und man hat zwei Kreditinstitute. Und dadurch war es durch Gestaltungen möglich, einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer - das war die ausschüttende Kapitalgesellschaft - mehrfach bescheinigen und erstatten zu lassen. Und diese Bruchstelle, die wurde mit dem Jahr 2012 geschlossen, da jetzt nur noch die Bank des Aktieninhabers die Steuer abführt und auch bescheinigt. Aber das war die Technik. Das heißt, man konnte diese Bruchstelle nutzen.

In rechtlicher Hinsicht gibt es nach meiner Auffassung niemals die Möglichkeit - oder sie gab es in dem fraglichen Zeitpunkt 1999 bis 2011 nicht - einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen. Diese Geschäfte sind nach meiner Auffassung illegal in diesem Sinne, dass es das Steuergesetz nie ermöglicht hat, sie so durchzuführen. Es wurde im Schrifttum eine Gesetzeslücke herbeigeschrieben, die nach meinem Befinden niemals existiert hat.

Ich habe zu diesen Fragen, zu diesen Argumenten vor gut einem Jahr einen sehr langen Fachbeitrag verfasst, zu dem nach meinem Wissen kein Widerspruch ergangen ist. Im Gegenteil, ich fühle

mich zitiert durch das letzte Urteil des Hessischen Finanzgerichts. Es gibt ein Urteil des Landgerichts Köln - sie sind alle nach diesem Aufsatz erschienen - und ein Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom Juli letzten Jahres, die sich dieser Auffassung angeschlossen haben. Insofern ist das meine Rechtsauffassung. Ihr ist ~~mir nicht~~ <sup>nicht</sup> bekannt - widersprochen worden. <sup>Soweit</sup>

Und ich fasse die Rechtsauffassung zusammen. Es ist sozusagen eine zentrale Norm im Einkommensteuergesetz, der § 36 Absatz 2 Einkommensteuergesetz, der sich mit der Anrechnung der Kapitalertragsteuer befasst. Und das Gesetz nennt drei Voraussetzungen, die kumulativ, das heißt gleichzeitig, erfüllt sein müssen. Danach muss derjenige, der Kapitalertragsteuer anrechnen möchte, auch Eigentümer der Aktien sein. Das kann bei Leerverkäufen nie der Leerkäufer gewesen sein.

Zweitens muss auf die Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten worden sein. Das war nie der Fall bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen - das erörtere ich in der Frage gerne später weiter -, da es sich hier um Dividendenkompensationszahlungen handelte, keine Dividenden. Und die waren bis einschließlich 2006 nicht kapitalertragsteuerpflichtig. Und nach einer Gesetzesänderung wurden diese Geschäfte dem Vernehmen nach überwiegend über das Ausland abgewickelt, so dass da auch keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist.

Drittens musste der Leerkäufer eine sogenannte Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegen. Die konnte er regelmäßig vorlegen, weil seine Bank die ausgestellt hat. Aber diese Bescheinigung ist objektiv falsch.

So weit zu meiner Rechtsauffassung und zu meinem Eingangsstatement. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Herr Professor Spengel. Bevor ich jetzt zu Ihnen, Herr Professor Desens, überleite, noch ein Hinweis. Die von Ihnen, meine Herren Sachverständigen, eingereichten schriftlichen Stellungnahmen liegen selbstverständlich - weil Sie darauf hingewiesen haben, Herr Professor



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Spengel - allen Ausschussmitgliedern hier vor. Das gilt also für die Ihrige genauso wie die jetzt gleich von Herrn Professor Desens bzw. die von Ihnen, Herr Schmitt, Herr Lotzgeselle und Herr Hallmann, vorgelegten schriftlichen Stellungnahmen. - Herr Professor Desens, bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Sehr geehrte Damen und Herren, ich habe ihnen da noch nicht widersprochen, weil ich habe da vorher eigentlich alles zu gesagt. Aber ich kann das jetzt gerne machen.

Ich will mich aber an die Reihenfolge halten, an Ihre Fragestellung. Die erste Frage war: Wie sind eigentlich diese Geschäftsmodelle? Was sind da die Anreize? Herr Spengel hat das so dargestellt, sich nur Leerverkäufe betrachtet und von vornherein von der Annahme ausgegangen, dass die sich verabredet haben.

An diesem Markt, an dem Dividendenstichtag tummeln sich spätestens seit 1977 angebots- und nachfrageseitig mehrere Personen. Ich fange mal bei der einen Seite an. Wir haben gewisse Anreize für Aktieninhaber, über den Dividendenstichtag ihre Aktien zu veräußern, in einem Kursgewinn die Dividende zu realisieren und nachher auch die Aktien wieder zurück zu verkaufen, also die Dividende nicht in Form einer Dividende zu realisieren, sondern durch einen Veräußerungsgewinn. Das ist ganz klassisches Dividendenstripping. Das gibt es, da kommt auch die Frage, seit 1977.

Wie ist das zustande gekommen? Das liegt im Grunde danach, dass die Veräußerung steuerlich günstiger ist als die Vereinnahmung der Dividende. Und wen betrifft das? Und zweiter Punkt: für den Inländer ist es günstiger, diese Dividende zu realisieren als für den Ausländer. Es betrifft also Steuerausländer. DAX-Aktien liegen zu 60 Prozent in ausländischer Hand. Das heißt, wir haben über den Dividendenstichtag auch heute noch immer einen Markt, wo 60 Prozent der Anteilseigner ein Interesse haben, ein solches Dividendenstripping vorzunehmen. Weil wir diese Unterschiede in der Besteuerung haben. Ich sage nicht, dass das rechtswidrig ist oder so. Das ist eine gesetzgeberische Entscheidung, die haben

wir. Darauf wird also reagiert. Und diese Geschäfte, diese Dividendengeschäfte - das sind Cum/Ex-Geschäfte mit Inhaberverkäufern oder jetzt bekannt auch Cum/Cum-Geschäfte. Die laufen immer noch. Es gibt einen guten Indikator dafür; die wollen die Aktien ja alle wieder zurückhaben. Gucken Sie einfach auf die Differenz zwischen einem Future-Preis auf eine Aktie und den Kassakurs der Aktie. Der müsste nach Lehrbuch - Zinsen ausgeschlossen - eigentlich gleich sein, weil wir beim Future nichts anders einpreisen können über die Aktienentwicklung als beim Kassapreis. Wir sind ja intelligent, das ist ein intelligenter Markt. Wir haben ja schon alle Informationen eingepreist - ist aber höher! Und das ist der Grund, warum wir hier auf einmal auf der Gegenseite Leute haben, die an diesen Markt treten.

Und Sie hören das vielleicht, dass manche sich damit verteidigen und sagen: Moment mal - die, die diese Aktien erworben haben -, ich habe nur Dividendenarbitrage-Geschäfte gemacht. Genau. Die gucken auf diesen Future-Preis. Der ist höher als der andere Preis. Aber das ist der eine, das ist der Inhaberverkäufer.

Jetzt kommt das Nächste. Auf dieser Seite, neben den Inhaberverkäufer, tritt jetzt noch der Leerverkäufer. Der Leerverkäufer guckt sich das an: Ich kann da auch ein ganz gutes Geschäft machen. Ich verkaufe die Aktien vorher, zu dem Kassakurs vorher, und beschaffe sie mir erst hinterher, wenn, was ja marktüblich ist, nach Ausschüttung der Dividende der Kurs gefallen ist. In dieser Lücke mache ich ein Geschäft. Ich muss ja quasi erst mit Aktien erfüllen, die ich dann billiger kaufe. Ich hätte keinen Vorteil. Ich habe seit 2012 auch keinen Vorteil mehr an diesen Geschäften, wenn dieser Vorteil irgendwie abgeschöpft wird. Bis 2012 war das das Problem, dass dieser Vorteil nur hinsichtlich der Dividendenkompensation abgeschöpft worden ist, aber bei diesem Leerverkäufer eben nicht hinsichtlich der Dividende, diese letzte Größe.

Ab 2007 galt das nur eingeschränkt. Dann ging das nur, weil die Abschöpfung noch möglich - - bzw. wurde das nur abgeschöpft in den inländischen Leerverkäufen. Das ist also die gleiche



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Rechtslage, die Herr Spengel eben hier entschieden hat.

Also da haben wir jetzt zwei. Jetzt haben wir auf der anderen Seite die Erwerber. Und Sie merken vielleicht auch immer, dass die Leute immer sagen: Ich wusste gar nicht, dass ich vom Leerverkäufer oder Inhaberverkäufer gekauft habe. Und wenn man das sich anschaut: natürlich kann es immer Absprachen geben, das bestreite ich gar nicht - also diese Situation, was Sie sagen, dass ich mich also von vornherein komplett mit irgendwelchen Leuten verabrede und dann am anderen Tag zur Börse gehe und meine Geschäfte mache. Das geht immer. Allerdings habe ich nie eine Garantie, wenn ich das börslich mache, dass das auch mein Vertragspartner wird. Ich weiß nur, dass dieser Markt da ist.

Und meine These ist hier in diesem Zusammenhang, dass das in der Tat in der Anfangsphase - wir haben ja dieses Schreiben vom Bankenverband 2002 über Absprachen - passiert ist. Ich kann es nicht belegen, aber das stelle ich mir so vor. Aber ich habe auch die anderen Berichte gelesen, dass die letzten Geschäfte, letztlich weil der Markt einfach da war, angebots- und nachfrageseitig - es wurde ja beschrieben, was das für ein Volumen ist, und dann mehrere, die das machen -, dass der Markt da ist, dass die sich überhaupt nicht mehr absprechen mussten. Das ist dann ein Problem, auch wenn wir da nachher Verhaltensweisen zurechnen wollen, auch für das Strafrecht.

Ich will noch einen Punkt vielleicht zur rechtlichen Auffassung sagen. Herr Spengel hat ja eine relativ eindeutige Auffassung. Ich habe da gesagt: es ist aus seiner Auffassung nie rechtlich möglich gewesen. Und Sie haben die Frage gestellt, wie eigentlich diese Wirtschaftsanwälte damals auf diese gegenteilige Auffassung gekommen sind. Ich will die Frage ein bisschen erweitern und sagen: Warum sind eigentlich die Wirtschaftsanwälte darauf gekommen? Warum ist 2002 der Bankenverband auf diese Idee gekommen, hat diese Rechtsauffassung zugrunde gelegt, das dem BMF geschickt, und hat das dann diskutiert. Es kam nie ein Widerspruch, dass das nicht so sein soll?

Dann gab es, 2006 veröffentlicht, im Jahressteuergesetz 2007 eine Gesetzesbegründung, wo in einer Passage auf Seite 48 - Sie werden gleich sagen, das ist widersprüchlich, aber ich sage, das ist eindeutig - drinsteht - ich kann es auch hier vorlesen, ich habe es mitgebracht -, die steuerrechtliche Lage, die gesetzliche Lage stellt sich so dar. Und am Ende steht dann der Satz: Na ja, bei so einem Leerverkauf hat der ursprüngliche Aktieninhaber und der Käufer nach einem Leerverkauf eine entsprechende Möglichkeit, die Kapitalertragsteuer anzurechnen. Er hat den Anrechnungsanspruch. Diese Rechtsauffassung - jetzt geht es noch weiter -, die liegt dem Geist des Gesetzes 2007 zugrunde. Ich habe - das habe ich in meinen Unterlagen nicht eingereicht - dann noch gefunden, dass es 2009 im Vorfeld dieses BMF-Schreibens ein Schreiben aus dem BMF gab an M. 2009. Es ist für Sie jetzt spannend, ob das vor dem 28. Oktober oder nach dem 28. Oktober war, wo der Minister eben informiert wird darüber, wie die Rechtslage ist. Und da ist ein vierseitiger Anhang, und der ist genauso, wie ich es jetzt beschrieben habe, genau wie in der Gesetzesbegründung. Also man hat den Minister damals entsprechend gebrieft: So ist die Gesetzeslage. Und das Dokument - da sind Klarnamen drin - stelle ich Ihnen aber gerne zur Verfügung. Aber Sie müssten das ja haben, aber man findet ja manchmal die Bäume im Wald nicht.

Gut, ich will nochmal was zum Inhalt sagen. Ich sage nur mal so weiter, ich gehe noch sogar weiter: 2011, diese Gesetzesänderung, da steht das nochmal drin. Da steht zwar drin, das ist steuermisbräuchlich gewesen, diese entsprechenden Leerverkäufe. Das setzt aber immer voraus erstmal, bevor wir zum Steuermisbrauch kommen - sage ich gleich -, dass es gesetzlich so war. Ja, das ist der nächste Punkt. Und dann wird 2011 in der Gesetzesbegründung - so war mein Einstieg eigentlich zu dem Thema - begründet, ja, und wenn Sie die Rechtslage erklärt haben wollen, gucken Sie in die Gesetzesbegründung von 2007, die habe ich eben zitiert. Also auch noch 2011.

Und dann ist auf einmal was Interessantes passiert. Dann wird auf einmal vertreten, von einem Tag auf den anderen, vom BMF: Diese Auffassung, die da jahrelang vertreten worden ist, ist



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

unvertretbar. Herr Spengel vertritt das ja so auch. Ich will mal versuchen, dieses rechtliche Problem - es gibt ganz viele Rechtsfragen - mal auf den Punkt zu bringen. Herr Spengels Argument ist - ich weiß nicht, ob Sie das eben so deutlich gemacht haben, aber darüber müssen wir diskutieren, das ist nämlich ein gutes Argument - die zentrale Vorschrift - das ist auch nur relevant bis 2006, dieses Argument, aber das zieht sich durch - ist hier vielleicht § 39 AO. Herr Spengel sagt: Es geht nicht nach 39 AO, den wirtschaftlichen Eigentümer, dass wir - - Es ist zwingend, dass wir nur einer Person das wirtschaftliche Eigentum, also eine Aktie, zurechnen können. Das ist in dem Sinne, wenn wir beim Wortlaut von 39 AO anfangen, nicht zwingend, weil 39 AO sagt nicht, wir müssen zwangsläufig immer den zivilrechtlichen Eigentümer ausschließen. Es steht im Gesetz drin: „im Regelfall“. Das heißt also, das würde ich zurückweisen, dass man sagen kann vom Wortlaut, diese Gegenauffassung widerspricht nicht dem Wortlaut. Das heißt, wir sind jetzt in einer harten juristischen Diskussion. Wir müssen jetzt darüber diskutieren, was gilt denn jetzt. Und da gibt es im Groben zwei Rechtsauffassungen.

Die eine ist die eben von Herrn Spengel, die sagt: Nein, beim Leerverkauf. Und diese Aussage, isoliert, ist auch richtig, nicht? Der Leerverkäufer kann den ursprünglichen Eigentümer nicht ausschließen. Das ist richtig, nicht? Da hat ein anderer noch Aktien. Es sei denn, da finden Absprachen statt vorher. Da hat aber noch keiner bis jetzt drauf geachtet. Also wenn es eben solche Lager gibt, dann vielleicht sogar da. Vielleicht gab es die sogar. Aber habe ich bis jetzt also auch keine entsprechenden Belege für.

Jetzt haben wir also diesen Wortlaut. Und jetzt mal die Ehrenrettung, nicht nur für diese Wirtschaftsanwälte, sondern auch für den Bankenverband, auch für das BMF bis 2011. Ich habe mich das lange gefragt, die können doch nicht alle verrückt gewesen sein. Also, wie können die so eine verrückte Auffassung zugrunde gelegen haben? Was haben die gedacht? Was haben die gedacht? Die haben sich die BFH-Rechtsprechung von 1999 angeschaut. Und das ist in der Tat eine Ent-

scheidung zum Inhaberverkauf. Da wird geschrieben, wie man wirtschaftlicher Eigentümer wird, was die Position des Erwerbers ausmacht. Ja, und da sind wir uns, glaube ich, einig, dass es bis heute noch, wenn wir das Steuerrecht mal ausblenden, wirtschaftlich so ist - nicht rechtlich - wirtschaftlich so ist, dass ich, wenn ich eine Aktie kaufe, zum Kaufzeitpunkt, hier so gestellt wäre, als wäre ich der komplett Verfügungsberechtigte - ich sage jetzt nicht Eigentümer, weil das wieder ein technischer Begriff ist -, als würde mir die Aktie gehören. Das ist bis heute so.

Und jetzt guckt man in diese Gesetzesbegründung. Und zwar, wie kommt man jetzt auf die Idee. Das steht in dieser Gesetzesbegründung auch drin. Der Bankenverband sagt, das müssen auf diesen Kaufvertragsabschluss abstellen. Das ist der einzige Anhaltspunkt. Ich bezweifle das. Man könnte auch andere finden. Aber das war damals die Lage. Wir müssen auf diesen Kaufvertrag abstellen. Jetzt haben wir natürlich Leerverkäufe. Dann haben wir eine Situation, dass sich das in der Tat verdoppelt. Dann kommt der nächste Punkt. Der Erwerber, das ist die nächste Grundannahme, der kann nicht erkennen im Regelfall, ob das ein Leerverkauf ist oder nicht. Und wenn das der Fall ist, und dessen Depotbank - - Wenn wir diese Perspektive einnehmen, dann stellt sich das alles ganz anders dar, ja? Also da vielleicht mal zu diesem Punkt hierzu meine Eingangsstellungnahme.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Herr Desens, und jetzt, Herr Professor Schmitt, darf ich Sie bitten, um Ihr Eingangsstatement. Auch hier, Ihre schriftliche Stellungnahme liegt den Ausschussmitgliedern vor. Ja, Herr Desens, Herr Spengel, würden Sie Ihr Mikro ausschalten, sonst klappt das leider nicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordneten, meine Damen und Herren, es ist ein althergebrachtes Grundprinzip: Wo man nehmen will, muss man geben. Ein „zuerst“ könnte man ergänzen vor dem „Geben“. Der Sinnspruch wird dem chinesischen Philosophen Laotse zugeschrieben, der bereits im 6. Jahrhundert vor Christus gelebt haben soll.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Entsprechend einfach ist aus meiner Sicht der Befund im Zusammenhang mit den hier zur Rede stehenden Cum/Ex-Geschäften. Steuer, die erstattet oder angerechnet werden soll, muss zuvor auch tatsächlich erhoben worden sein. Dieser Grundsatz ist fest in unserer Steuerrechtsordnung verankert. Und aus dem Einkommensteuergesetz ergibt sich nichts anderes. Der Anspruch auf Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer setzt deshalb nach der einschlägigen Norm, das ist § 36 Absatz 2 Nummer 2 EStG, dreierlei voraus.

Erstens, das Vorliegen von Einkünften, die dem Steuerpflichtigen zuzurechnen und deshalb im Rahmen seiner Veranlagung zu erfassen ist. Zweitens, eine auf diese Einkünfte durch Steuerabzug erhobene Kapitalertragsteuer. Und drittens die Vorlage einer Steuerbescheinigung, aus der sich die Einkünfte und die Steuerabzugsbeträge ergeben. Eine Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer kommt danach nur in Betracht, wenn alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Mithin nur, wenn auf die zugrundeliegenden Einkünfte tatsächlich auch Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Einen mehrfachen Kapitalertragsteuerabzug auf dieselben Einkünfte sieht das Gesetz an keiner Stelle vor. Damit ist der Grundsatz, dass Kapitalertragsteuer, die nur einmal einbehalten wurde, auch nur einmal erstattet werden kann, ausdrücklich im Gesetz normiert.

Aus Sicht der Verwaltung war nicht vorstellbar, mit welcher Energie sogenannte Finanzberater und Investoren durch ausgeklügelte Cum/Ex-Geschäfte im In- und Ausland an diesem Grundsatz rütteln würden mit dem Ziel, dem deutschen Staat systematisch bereits vereinnahmte Steuererträge in schwindelerregender Höhe wieder abzugewinnen. Eine Zeit lang waren sie erfolgreich.

Der öffentlichen Berichterstattung zufolge entstand dem Staat durch die Anrechnung bzw. Erstattung zuvor nicht erhobener Kapitalertragsteuer ein Schaden in Milliardenhöhe. Soll das wirklich Zufall gewesen sein? Soll das wirklich

zufälliges Ergebnis des üblichen Marktgeschehens gewesen sein? Die Rechtslage hat solche Doppel- oder Mehrfacherstattungen nie hergegeben, weder vor den Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2007 noch danach. Weder in Inlands- noch im Auslandsfällen. Es ist erstaunlich, dass nicht nur in der einschlägigen Beraterschaft, sondern auch in der Fachliteratur von namhaften Vertretern der Wissenschaft mit Ernsthaftigkeit und Beharrlichkeit bis heute das Gegenteil vertreten wird. Die hierzu angeführten Argumente sind bei genauerem Hinsehen nicht haltbar, und das in jedem Fall aus drei Gründen.

Erstens, die vom Gesetzgeber geforderte Zurechnung der Einkünfte beim Leerkäufer wird über eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums konstruiert, die das geltende Recht jedoch nicht hergibt. Zutreffend führt das hessische Finanzgericht in seinem fast noch druckfrischen Urteil vom 10. Februar aus: die im Schrifttum erwogene Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums sei - ich zitiere -

weder mit dem Regelungsverständnis des wirtschaftlichen Eigentums in § 39 Abs. 2 Nr. 1 der Abgabenordnung<sup>1</sup> noch mit dessen Wortlaut zu vereinbaren und verstößt gegen die fundamentalen Grundsätze ... deutschen Rechts.

Zweitens, der fehlende Kapitalertragsteuerabzug auf Kompensationszahlungen wird zunächst als Gesetzeslücke dargestellt, die vom Gesetzgeber jedenfalls gebilligt worden sei. Die Mehrfachanrechnung sei im Übrigen billiger in Kauf genommen worden. Nach Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes soll sich der fehlende Steuerabzug aus einer Fiktion im § 45a EStG heraus rechtfertigen lassen. Diese Argumente kann man im Einzelnen widerlegen und sie ändern nach dem Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015 - das war dies eine Strafsache, eine Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbeschluss gegen Beteteiligte von Cum/Ex-Geschäften - ich zitiere -

<sup>1</sup> Anmerkung des Ausschusseksretariats: in dem zitierten Urteil heißt es „AO“.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

aber nichts an dem aus der Systematik des Gesetzes folgenden Grundprinzip des steuerlichen Erstattungsverfahrens, dass nur Kapitalertragsteuer erstattet werden kann, die zuvor auch abgeführt wurde.

Dem ist zuzustimmen. Das hessische Finanzgericht führt in seinem bereits genannten Urteil ebenfalls aus - ich zitiere:

Die Ansicht, eine Anrechnung von Abzugssteuern sei unabhängig von deren Erhebung möglich, ist abwegig und verstößt gegen den eindeutigen Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG. Gleiches gilt für die mehrmalige Anrechnung einmal erhobener Steuern.

Drittens, die Annahme, dass Gesetzgeber und/oder Verwaltung Cum/Ex-Geschäfte bei voller Kenntnis geduldet oder gar gefördert hätten, ist allein schon im Hinblick auf die Größenordnung des entstandenen Steuerschadens und die strafrechtliche Relevanz der Geschäfte abwegig. Die vom Schrifttum behauptete Gesetzeslücke besteht nicht. Genauso wenig kann man der, zugegeben, rechtlich missverständlich formulierten Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 eine größere Bedeutung beimessen als dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Mit der Durchführung der Cum/Ex-Geschäfte wurde die Steuerverwaltung in dreierlei Hinsicht planmäßig getäuscht.

Erstens, die Hintergründe der Cum/Ex-Geschäfte wurden den Finanzbehörden gegenüber nicht offengelegt, weder vor Durchführung, etwa im Rahmen eines Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft, was ansonsten bei solchen Volumina üblich ist, noch bei Geltendmachung der Anrechnungsansprüche im Rahmen des Veranlagungsverfahrens. Die Finanzbehörden hatten damit lange Zeit keine konkreten Hinweise auf die Unregelmäßigkeiten bzw. die dahinter liegenden Sachverhalte. Die Aufbearbeitung der Fälle nach Bekanntwerden der Hintergründe ist regelmäßig nur durch die Prüfungsdienste möglich und stets mit enormem Aufwand verbunden. Wie man aber sieht, findet die Aufarbeitung statt. Ansonsten

gäbe es ja keine Gerichtsverfahren und entsprechende Urteile.

Zweitens, im laufenden Veranlagungsverfahren können die Finanzbehörden jedenfalls ohne Kenntnis der Vertragsbeziehungen im Einzelnen den geltend gemachten Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch nur anhand der vorzulegenden Steuerbescheinigung prüfen. Ob die Ausstellung rechtmäßig erfolgte, die Einkünfte mithin dem Antragsteller tatsächlich zuzurechnen sind und die bescheinigte Steuer tatsächlich einbehalten wurde, lässt sich der Bescheinigung aber nicht entnehmen. Die Bescheinigung entfaltet die Wirkung eines Anscheinsbeweises, das heißt, man darf ihr vertrauen, wenn keine Umstände bekannt sind, die dieses Vertrauen erschüttern. Da diese Umstände absichtsvoll und planvoll nicht offengelegt wurden, wurde bewusst auf diesen Charakter der Steuerbescheinigung als Anscheinsbeweis gesetzt. Und es hat ja auch leider funktioniert.

Drittens, für die Cum/Ex-Geschäfte wurden immer neue Durchführungswege gefunden. Nach den Rechtsänderungen durch das Jahressteuergesetz 2007 wurden die Geschäfte über ausländische Rechtsträger abgewickelt, was den Zugriff durch die Finanzbehörden zusätzlich erschwerte. Bei den Cum/Ex-Geschäften handelt es sich um Modelle mit bedeutenden Auswirkungen auf den Staatshaushalt und durchaus strafrechtlicher Relevanz. Legal waren sie nie.

Die Bundesfinanzverwaltung hat, nachdem die Geschäfte bekannt wurden, mit der Ausarbeitung des Jahressteuergesetzes 2007 reagiert. Als sich im Anschluss daran zeigte, dass die Geschäfte daraufhin mit großen Volumen über das Ausland abgewickelt wurden, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012, sozusagen als große Lösung, der gesamte Kapitalertragsteuerabzug für Dividende aus Girosammelverwahrung mit enormem Aufwand für alle Beteiligten neu organisiert, nur um diese Ausweichreaktion zu unterbinden. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Professor Schmitt, und darf dann gleich überleiten zu Ihnen, Herrn Lotzgeselle.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, die Gerichtsbarkeit ist erst recht spät mit der ganzen Cum/Ex-Problematik befasst worden, aber das liegt auch daran, dass sich die Gerichte nur dann zu der Sache äußern dürfen, wenn sie angerufen werden.

Wir hatten jetzt die Möglichkeit - ich denke, auch erstmals, in einem grundlegenden Urteil, was bisher schon zitiert wurde, am 10.02. diesen Jahres - einen Fall zu beurteilen, der geeignet war, zu grundlegenden Problemen dieses Bereichs Stellung zu nehmen. Und auch das Gericht ist zu dem Ergebnis gekommen, dass hier keine Gesetzeslücke vorliegt, um das mal vorwegzunehmen. Ich bin jetzt gebeten worden, zu diesem Urteil Stellung zu nehmen, dies zu referieren. Das kann ich gerne tun. Das nimmt allerdings eine gewisse Zeit in Anspruch.

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Die haben wir!  
Heiterkeit - Gegenruf des  
Vorsitzenden Dr. Hans-Ulrich-Krüger: September  
2017!)

Ja, in diesem Verfahren waren Streitgegenstand außerbörsliche Aktiengeschäfte, sogenannte OTC-Geschäfte, mit börsennotierten Aktien, die cum Dividende abgeschlossen wurden, bei denen die Belieferung mit Aktien jedoch abweichend von der vertraglichen Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag mit Aktien ex Dividende erfolgte.

Folgender Sachverhalt: Die Klägerin - das war in diesem Fall eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts - kaufte in erheblichem Umfang girosammelverwahrte Aktien deutscher Emittenten von verschiedenen Brokerhäusern. Es waren hier Geschäfte mit drei Brokerhäusern im Streit. Diese Aktien sollten vereinbarungsgemäß spätestens zum Tag der Hauptversammlung geliefert werden, also cum Dividende. Es handelte sich ausschließlich um außerbörsliche Geschäfte, die über die Clearstream Banking, dem Sammelverwahrer, abgewickelt wurden. Depotbanken

der Vertragspartner unserer Klägerin waren sämtlich inländische Banken, also sämtliche inländische Depotbanken. Weiterhin ging es in dem Verfahren noch um Geschäfte mit Aktien, die über die Eurex-Börse als zentralen Kontrahenten abgewickelt wurden. Auch in diesem Fall waren die Aktien verspätet geliefert worden. Und in allen diesen Fällen erhielt die Klägerin von den Depotbanken der Verkäufer eine Zahlung in Höhe der Nettodividende.

Interessant bei dem Fall und wichtig auch war, dass die Vertragspartner der Klägerin, die Brokerhäuser, ihre Aktien selbst erst kauften, um diese Lieferverpflichtungen zu erfüllen.

Sämtliche Aktiengeschäfte wurden auch, wie das üblich ist, gegen Kursveränderungen abgesichert. Und wichtig ist in dem vorliegenden Fall auch - was letztlich dazu führte, dass hier die Kapitalertragsteuer wohl nicht einbehalten wurde -, dass auf Ebene der Vertragspartner der Klägerin eine Vereinbarung getroffen wurde, wonach die Abrechnung zwischen dem Brokerhaus und den Lieferanten des Brokerhauses, unabhängig vom Tag der tatsächlichen Lieferung, bereits am Tag des Geschäftsabschlusses aufgrund der schuldrechtlichen Vereinbarung erfolgen sollte.

Das führte dazu, dass die Brokerhäuser bereits am Tag des Vertragsabschlusses über die Gewinnmarge entsprechend verfügen konnten. So, und entsprechend den getroffenen Geschäftsabschlüssen wurden dann diese Transaktionen in das Clearingsystem der Clearstream Bank eingestellt. Die Clearstream-Buchungen als solches erfolgten aber erst im Zeitpunkt, wie das so üblich ist, der tatsächlichen Ausbuchung beziehungsweise Einbuchung der verspätet gelieferten Aktien. Die Dividendenregulierung durch Clearstream sah dann so aus, dass die Dividenden entsprechend der Meldungen der Depotbanken auf Basis der Kaufverträge zugewiesen wurden - die Dividenden beziehungsweise die Dividendenkompensationszahlungen -, ohne zu prüfen, ob der Anspruch berechtigt ist. Das ist so üblich bei der Clearstream. Und in einem zweiten Schritt werden dann alle verkaufenden Depotstellen mit vor dem Dividendenstichtag angesto-



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Benen, aber erst nach dem Zeitpunkt der Coupon-trennung zu regulierenden Verkäufen mit der Nettodividende rückbelastet.

Das führte in diesem Fall dazu, dass der Broker, von dem die Klägerin gekauft hatte, keine Dividendenausschüttung bekam, da sie ja keinen Aktienbestand gemeldet hatte. Sie hatte Aktien verkauft und gleichzeitig Aktien gekauft. Und das hatte sich letztendlich ausgeglichen.

Dagegen erhielt die Klägerin als letzte Erwerberin eine Kompensationszahlung von der Clearstream Bank. Und die Clearstream Bank belastete diese Kompensationszahlung rück bei der Depotbank des Brokers. Diese Depotbank des Brokers nahm aber nicht den Broker in Anspruch. Sondern durch schuldrechtliche Verträge hatte man das so geregelt, dass sich diese Depotbank gleich an den Lieferanten des Brokers wandte, was dazu führte, dass die Depotbank des Brokers den Lieferanten des Brokers mit der Nettodividende in Anspruch nahm und darauf auch keine Kapitalertragsteuer abführte.

Dies teilte sie auch der Klägerin entsprechend mit. Also in diesem Fall war klar, dass keine Kapitalertragsteuer gezahlt worden war. Man hatte hier letztendlich die systemtechnischen Abläufe und durch geschickte Vertragsgestaltung genutzt, die Abführungsverpflichtung nicht zu erkennen.

Dann die Geschäfte mit den anderen Brokern. Da war nicht aufgeklärt, ob die eigene Aktien lieferten oder ob die Geschäfte genauso liefen, wie in dem ersten Fall, dass sie sich selbst erst mit den Aktien eindecken mussten. Das ist letztlich unklar geblieben.

Jedenfalls begehrte jetzt die Klägerin die Anrechnung der Kapitalertragsteuer, die in dem einen Fall nicht gezahlt war - das stand fest - und in dem anderen Fall war unklar, ob diese Kapitalertragsteuer abgeführt worden war oder nicht.

Am Rande vielleicht noch: Aufgrund eigener Untersuchungen der Kläger gab es deutliche Hinweise darauf, dass hier im Vorfeld Absprachen einzelner Händler der Klägerin mit den Lieferan-

ten der Broker stattgefunden haben, die die Geschäfte im Vorhinein geplant haben, so dass auch die verspäteten Lieferungen hier wohl so geplant worden waren.

Ja, soweit zum Sachverhalt. Das sind immer recht komplexe Sachverhalte. Die kann man schlecht in zwei Sätzen beschreiben. Das Gericht hat die Klage im vollen Umfang abgewiesen. Es hat dabei die Erhebung der Steuer als Voraussetzung für die Anrechnung geprüft. Das steht in dem bereits von meinen Vorrednern zitierten § 36 Einkommensteuergesetz. Dort steht, dass die anzurechnende Steuer durch Steuerabzug erhoben sein muss.

Jetzt gibt es zwei Möglichkeiten. Einmal die Zu-rechnung der vom Emittenten erhobenen Steuer, also von der Aktiengesellschaft. Die hat die Steuer abgeführt. Also insoweit liegt unstrittig eine Zahlung vor. Die Frage ist nur, ob diese Erhebung, diese Zahlung der Klägerin hier zugerechnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn sie zum Zeitpunkt der Coupontrennung Eigentümer oder wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie gewesen wäre. Zivilrechtlicher Eigentümer war sie nicht, da die Aktien nicht geliefert wurden. Wirtschaftliches Eigentum, und das wird geregelt in dem § 39 AO, liegt vor, wenn ein anderer als der zivilrechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den zivilrechtlichen Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Das ist letztlich die Definition des wirtschaftlichen Eigentums. Es bedarf also einer rechtlich geschützten Position des wirtschaftlichen Eigentümers, die auf den Erwerb gerichtet ist und ihm nicht mehr entzogen werden kann.

Jetzt hat der BFH in 1999 in einer Entscheidung zu Börsengeschäften, zu Geschäften über die Börse, entschieden, dass wirtschaftliches Eigentum bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags übergeht. Der BFH hat seinerzeit in dem konkreten Fall, nach dem Gesamtbild der Verhältnisse in diesem Fall aufgrund der einschlägigen Börsenusancen, die bei solchen Börsengeschäften gelten, und den üblichen Abläufen der





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Börse, die Regelungen durch die Clearstream, die Wertpapiersammelbank, entschieden, dass in diesem Fall nach dem Gesamtbild der Verhältnisse bereits die eigentümerähnliche Position erworben wurde und dem Erwerber, dem Käufer nicht mehr entzogen werden kann. Diese Rechtsprechung ist meines Erachtens - und da haben wir in dem Urteil auch noch mal ausgeführt - auf außerbörsliche Geschäfte und insbesondere bei Leerverkäufen nicht anwendbar. Das sind ganz andere Umstände, denn OTC-Geschäfte, diese außerbörslichen Geschäfte, folgen keinen festen Regeln. Die können anders als Börsengeschäfte, die immer nur mit T+2, also mit einer Laufzeit von zwei Tagen abgeschlossen werden, und demzufolge von der Clearstream Bank nacheinander abgearbeitet werden können, hier taggleich abgeschlossen werden. Es können längere Erfüllungsfristen vereinbart werden, so dass es bei diesen Geschäften zwingend den Übergang des Besitzes bedarf, um hier den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf die Aktie - und das ist Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums - auszuschließen.

Der Leerverkäufer zum Beispiel steht in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Anteilseigner und hat demzufolge auch keinerlei Möglichkeit, den Anteilseigner von der Einwirkung auf die Aktie auszuschließen. Vielmehr kann der Anteilseigner mit den Aktien tun und lassen, was er will. Er ist in keinster Weise in der Verfügung eingeschränkt. Und dieses fehlende Ausschließungsrecht des berechtigten Eigentümers kann nicht zu wirtschaftlichem Eigentum führen. Des Weiteren sind dem Anteilseigner auch nicht die Gewinnansprüche aus den Aktien entzogen, denn der Leerverkäufer hat lediglich einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung. Also das ist eine Schadenersatzzahlung. Die eigentliche Dividende steht nach wie vor dem zivilrechtlichen Eigentümer, dem Aktieinhaber, vor.

Soweit in der Literatur vertreten wird, dass man diese Entscheidung des BFH über das wirtschaftliche Eigentum und den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertrages auch auf außerbörsliche Geschäfte oder auf den Leerverkäufer übertragen

kann, ist das meines Erachtens unrichtig. Es reduziert die ausführliche Subsumtion des BFH, in dem der konkrete Sachverhalt auf die Tatbestandsmerkmale subsumiert wird, auf die Übertragung des abstrakten Rechtssatzes aus diesem Urteil, ohne sich mit dem Sachverhalt als solchen auseinanderzusetzen. Das ist meines Erachtens rechtlich nicht in Ordnung.

Das zeigt auch letztlich das Ergebnis. Das würde im Ergebnis zu einem mehrfachen wirtschaftlichen Eigentum führen. Ein solches mehrfaches wirtschaftliches Eigentum ist aber weder mit den Grundsätzen des deutschen Rechts, noch mit dem Regelungsverständnis des wirtschaftlichen Eigentums, noch mit dem Wortlaut des § 39 AO vereinbar. Ein Wirtschaftsgut kann nach dem deutschen Recht immer nur in dem Eigentum einer Person stehen.

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Gibt ja auch  
Sinn!)

Und das gilt auch für die Aktie und das gilt nicht nur im Zivilrecht, sondern das gilt auch im Steuerrecht. Nur aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtung des Steuerrechts hat man diesen § 39 AO eingeführt und damit eine Regel-Ausnahme-Norm. Man sagt, grundsätzlich ist der zivilrechtliche Eigentümer auch derjenige, der in Anspruch zu nehmen ist, es sei denn, es liegen besondere Umstände, wirtschaftliche Umstände vor, die eine Zurechnung bereits an eine andere Person zulassen. Und diese Regel-Ausnahme-Regelung führt zu dem Begriff des wirtschaftlichen Eigentums. Sie führt aber nicht zu einer Vervielfachung des Eigentums, sondern zu einer anderen Zurechnung, so dass in diesen Fällen bereits aufgrund des Umstandes, dass die in der Literatur vertretene Ansicht zu mehrfachem wirtschaftlichen Eigentum führen würde, das unzutreffend ist. Auch ist es mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar. Ich führte bereits aus - das setzt eben dieses Ausschließungsrecht voraus -, der wirtschaftliche Eigentümer muss den zivilrechtlichen Eigentümer ausschließen können von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut, hier die Aktie. Und



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

das führte ich bereits aus, das ist beim Leerverkäufer nicht der Fall, weil er eben keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Aktien hat und darauf hat, was der Aktieninhaber mit den Aktien tut.

Ja, demzufolge war die Klägerin in diesem Fall kein wirtschaftlicher Eigentümer, so dass ihr dann die Abführung oder die Erhebung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten, also die Aktiengesellschaft, nicht zugerechnet werden kann.

Es wäre dann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob hier eine von einer Depotbank erhobene Kapitalertragsteuer anzurechnen ist.

Die Anrechnung der Kapitalertragsteuer als Erhebungsform der Körperschaftsteuer ist vergleichbar mit einer Steuervorauszahlung, setzt also zunächst die Erhebung der Steuer voraus. Die Anrechnung von Abzugssteuern ist demzufolge nur möglich, wenn sie vorher auch erhoben worden ist.

Was ist Erhebung der Steuer? Erhebung der Steuer - da muss ich zunächst mal abstellen auf denjenigen, der verpflichtet ist diese Kapitalertragsteuer zu erheben. Das ist hier nach der gesetzlichen Regelung ab 2007 bis 2011 die zwischengeschaltete Depotbank. Eine Erhebung der Steuer liegt bei der zwischengeschalteten Depotbank erst dann vor, wenn mehr eingegangen ist bei ihr, wie letztlich rausgeht. Nur dann hat sie eine Steuer erhoben, nur dann hat sie was einbehalten. Das heißt, wenn die Nettodividende ausbezahlt wird und die Depotbank nimmt den Schuldner der Kapitalerträge auch nur für die Nettodividende in Anspruch, dann liegt letztlich keine Einbehaltung vor, weil bei der zwischengeschalteten Person letztlich nichts verblieben ist.

Jetzt wird in der Literatur argumentiert, die Auszahlung der Nettodividende an die empfangende Depotbank reicht bereits aus, um hier von einer Erhebung der Steuer in Form der Einbehaltung auszugehen. Das ist nach Ansicht des Gerichts nicht richtig. Denn diese Auszahlung ist lediglich ein Indiz, das mangels anderer Anhaltspunkte bei einem typischen Geschehensablauf allenfalls ein Anscheinsbeweis für die Erhebung der Steuer

darstellt. Bei einer zwischengeschalteten Person, wie hier bei der Depotbank, kann der Nachweis für die Einbehaltung der Steuer aber dadurch geführt werden, dass von den durchgeleiteten Geldern ein Teil tatsächlich bei dieser zwischengeschalteten Person verblieben ist.

Hätte der Gesetzgeber bereits die Auszahlung der Nettodividende als Erhebung der Kapitalertragsteuer genügen lassen wollen, hätte er dies in Form einer gesetzlichen Fiktion anordnen können. Das hat er aber ersichtlich nicht getan.

Demzufolge ist erst dann von einem Einbehalt der Kapitalertragsteuer auszugehen, wenn der Differenzbetrag zwischen Brutto- und Nettodividende bei der inländischen Depotbank verblieben ist. Da das hier in dem einen Fall nicht der Fall war - bei dem einen Broker, das war unstrittig - kommt hier eine Anrechnung der Kapitalertragsteuer nicht in Betracht.

Wie ist es in den anderen Fällen mit den anderen Brokern, wo unklar ist, ob die Kapitalertragsteuer einbehalten wurde oder ob die Kapitalertragsteuer nicht einbehalten wurde?

In diesen Fällen wird vorgetragen, bereits durch die Vorlage der Steuerbescheinigung, die ja ausgestellt wird von der empfangenden Depotbank, ist der Nachweis erbracht, dass die Kapitalertragsteuer bezahlt worden ist. Das ist nach Ansicht des Gerichts allerdings nicht richtig. Denn die Steuerbescheinigung, die ist seinerzeit als zusätzlicher Nachweis, als Vereinfachung für die Finanzverwaltung eingeführt worden, um einen Nachweis für die Zahlungen der Kapitalertragsteuer zu haben. Als weiteres Tatbestandsmerkmal. Die hat demzufolge eine Doppelfunktion: einmal diese des Tatbestandsmerkmals und materielle Voraussetzung für die Abzugsfähigkeit der Kapitalertragsteuer; zum anderen dient sie als Nachweis für die einbehaltene und abgeführte Steuer. Dabei liefert sie aber nur einen Anscheinsbeweis für die Entrichtung dieser Steuer. Würde man dieser Steuerbescheinigung über den Anscheinsbeweis hinaus eine Vollbeweiskfunktion zubilligen, dann entspricht das nicht dem Gesetzeszweck als zusätzliches Nachweismittel



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

und würde auch den Massenverfahren, in dem die erstellt wird, nicht Genüge tun.

Auch die Haftungsregelung, die im Gesetz steht, im § 45a Absatz 7, deutet darauf hin, dass es hier entscheidend auf die inhaltliche Richtigkeit der zu bescheinigenden Tatsache ankommt. Das heißt, die Kapitalertragsteuer dient nur der Ermöglichung einer praktikablen Kapitalertragsteuer-Anrechnung. Sie ist ein Anscheinsbeweis in den typischen Fällen. In den typischen Fällen über die Börse, die vertragsgemäß ablaufen, ist die Steuerbescheinigung für die Finanzverwaltung als Anscheinsbeweis geeignet, dass hier auch entsprechende Kapitalertragsteuer abgeführt ist.

Dieser Anscheinsbeweis wird allerdings erschüttert bei außergewöhnlichen Fällen. Das sind insbesondere solche Fälle, die nicht vertragsgemäß abgewickelt werden, um den Dividendenstichtag, bei denen die Lieferung abweichend von der Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag und damit ex Dividende erfolgt. In diesen Fällen greift dieser Anscheinsbeweis nicht, und dann muss ich mich fragen, wer hat die Beweislast. Und die Beweislast für steuerbegründende Tatsachen hat das Finanzamt. Und die Beweislast für steuerentlastende Tatsachen hat der Steuerpflichtige. Und da der Steuerpflichtige hier die Anrechnung begehrt, ist das zunächst mal Sache des Steuerpflichtigen nachzuweisen, dass diese Kapitalertragsteuer gezahlt worden ist.

Und diesen Nachweis hat die Klägerin in dem vorliegenden Fall nicht erbracht, so dass das Gericht die Klage in vollem Umfang abweisen musste, weil der Nachweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer nicht erbracht war. Ich habe jetzt die Teile betreffend der Eurex-Börse zunächst mal rausgelassen. Das war, denke ich, schon umfänglich genug.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, ich danke Ihnen, Herr Lotzgeselle. Sie hatten ja gleich zu Beginn Ihrer Ausführung darauf hingewiesen, dass Sie ein wenig mehr Zeit brauchen würden. Ich denke, um den Sachverhalt auch umfassend würdigen zu können, haben wir also in diesem Fall von der vereinbarten Zeitdauer

einvernehmlich, konkludent, stillschweigend oder wie auch immer, abgesehen. - Nun, last not least Herr Hallmann, bitte sehr.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ja, sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich bin Sachgebietsleiter beim Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung in Wuppertal und in dieser Funktion ausschließlich mit der Ermittlung, Aufarbeitung von Cum/Ex-Fällen betraut. Das heißt, ich komme aus der Praxis. Wir versuchen zusammen mit Betriebsprüfungsstellen, Fahndungsstellen in ganz Deutschland und der Staatsanwaltschaft entsprechende Verfahren aufzuarbeiten und die Betroffenen einer strafrechtlichen Verfolgung zuzuführen. Die Steuerfahndung Wuppertal arbeitet seit ca. eineinhalb Jahren jetzt im Cum/Ex-Bereich. Das ist relativ kurz gegen andere Fahndungsstellen. In Hessen und Bayern arbeiten Teams bereits seit vier bis fünf Jahren an Fällen. Wobei man sich jetzt auch die Frage stellen kann: Warum Wuppertal? Ist jetzt nicht wirklich als Bankstandort bekannt. Das liegt an dem Bundeszentralamt für Steuern, das in Bonn sitzt. Für Bonn ist als Generalstaatsanwaltschaft die Generalstaatsanwaltschaft in Köln zuständig. Wir haben in den letzten zehn Jahren aufgrund von Datenankäufen umfangreich im Bankenbereich ermittelt und dabei auch sehr intensiv mit der Staatsanwaltschaft in Köln zusammengearbeitet.

Mitte 2014 hat das Bundeszentralamt für Steuern einen Fall selbst ermittelt mit dem Verdacht auf Cum/Ex-Transaktionen und hat das Verfahren an die Staatsanwaltschaft Köln abgegeben. Die Staatsanwaltschaft Köln hat dieses Verfahren mit einem Ermittlungsauftrag an Wuppertal weitergegeben. Bis dahin hatte auch Wuppertal nur Cum/Ex aus der Presse gehört. In Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft, der betroffenen Bank und dem BZSt konnte dieser Fall Ende 2015 steuerlich und strafrechtlich erledigt werden. Das bedeutet, es wurden 80 Millionen Steuer nicht ausgezahlt und die Bank hat Strafen insgesamt von ca. 10 Millionen gezahlt. Im August 2015 trat eine weitere Bank an die Staatsanwaltschaft Köln heran und teilte mit, dass sie ein Cum/Ex-Problem bei der Aufarbeitung ihrer Handelsaktivitäten gehabt hat. Auch dort wurde in



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

der Zusammenarbeit mit der Bank, mit der Staatsanwaltschaft und dem BZSt der Fall letzte Woche zumindest steuerlich zum Abschluss gebracht. Mit einem Ergebnis, dass die Bank jetzt 50 Millionen Steuern zurückzahlt und 20 Millionen Hinterziehungszinsen.

Des Weiteren gab es Mitte 2015 ein Datenangebot in Sachen Cum/Ex. Ein Informant bot Wuppertal Daten über ungedeckte Leerverkäufe an. Wie wir bereits von den anderen Sachverständigen gehört haben, ist der ungedeckte Leerverkauf die Voraussetzung für ein belastetes Cum/Ex-Geschäft. Die Verhandlungen zogen sich bis Herbst 2015 hin, weil wir erst mal die Werthaltigkeit der Unterlagen prüfen mussten, ob es tatsächlich, wie vom Informanten behauptet, ungedeckte Leerverkäufe sind.

Wir haben es dann im Herbst 2015 gekauft, aufgearbeitet - wobei es sich um umfangreiches Material handelt - und haben das zunächst aufgesplittet in inländische Gesellschaften und ausländische Gesellschaften im Käuferbereich, weil das die Gesellschaften sind, die entweder die Anrechnung beantragen oder die Erstattung beantragen.

Die inländischen Gesellschaften wurden an die zuständigen Fahndungsstellen abgegeben. Das handelt sich um 27 Fälle. Das ist: Hamburg, Berlin, Stuttgart, Frankfurt, München und Düsseldorf.

Bezüglich der ausländischen Gesellschaften sind wir an das Bundeszentralamt für Steuern in Bonn herantreten, weil dieses Amt ja zuständig ist für sämtliche ausländischen Gesellschaften, die in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind. Wir haben im Rahmen eines Auskunftersuchens das BZSt gebeten, unsere Daten mit ihren Daten abzugleichen, also mit den vorhandenen Erstattungsanträgen, die beim BZSt liegen, für die Jahre 2006 bis 2011. Zurzeit liegen bei mir im Büro, glaube ich, zehn Fälle, die der Bearbeitung harren. Das BZSt wird auch weiterhin auswerten, wird allerdings etwas zurzeit blockiert durch den Untersuchungsausschuss, weil man dafür umfangreich zuarbeiten muss.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Aber nicht diesem.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Doch. - Auch unsere Ermittlungen gehen weiter, weil wir nur einen Ausschnitt aus einer Handelskette gekauft haben. Das heißt, wenn es keine Übereinstimmung gibt zwischen den Daten beim BZSt und unseren Daten, werden wir weiter ermitteln müssen, weil wir den Käufer der Aktie kennen und werden an den Käufer der Aktie herantreten und fragen, was er mit der Aktie gemacht hat; ob er weiterverkauft hat oder wo diese Aktie verblieben ist oder ob er einfach das System nicht verstanden hat.

In allen diesen Fällen, in den zehn Fällen, die bei uns liegen, besteht der Anfangsverdacht einer Steuerhinterziehung in Abstimmung mit der Staatsanwaltschaft in Köln, und wir werden in diesen Verfahren Ermittlungsverfahren einleiten.

Man kann daraus ersehen, dass eine erhebliche Zunahme von Ermittlungsverfahren bevorsteht. Wir wissen, dass sowohl in Hessen und in Bayern zusätzliche Ermittlungsteams aufgestellt wurden. Allein die Steuerfahndung Düsseldorf hat inzwischen vier Teams gebildet, und weitere Fahndungsstellen in Nordrhein-Westfalen sind auch gebeten worden, Teams zur Verfügung zu stellen.

Meines Erachtens gibt es dabei drei große Probleme: Die erfahrenen Fahnder, die in diesem Bereich arbeiten, müssen die neuen einarbeiten. Und das ist, wie man gehört hat, in dem Sachverhalt nicht ganz einfach. Das heißt, es geht von der Zeit ab, die sie eigentlich an ihren Fällen arbeiten würden. Weiterhin gibt es einen erheblichen Zeitaufwand bei der Ermittlung gegen Gesellschaften, die nicht kooperieren. In Bayern und Hessen stehen diese Verfahren, die jetzt seit vier, fünf Jahren laufen, kurz vor dem Abschluss. Das heißt aber, dass für einen Fall diese Zeit gebraucht wurde und eine erhebliche Anzahl von kompetenten Fahndern da gebunden worden ist. Wir haben mal ermittelt, dass die Ermittlung eines ungedeckten Leerverkaufs, wenn man keinen Anhaltspunkt hat, wo der ist, ein Jahr dauern kann, wenn alle Stellen mitspielen und Auskunft



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

ergeben, insbesondere wenn ausländische Gesellschaften mit in der Kette sind. Das betrifft insbesondere ausländische Broker. Wenn es zu keiner Rückmeldung kommt, kann auch diese ganze Kettenermittlung scheitern, und man muss eine neue Kette versuchen aufzubauen. Da hilft uns natürlich jetzt auch das Hessische Finanzgericht. Wenn wir dann zwei Fälle ermittelt haben, die alle nach demselben Strickmuster ablaufen, können wir dann möglicherweise auf die weitere Ermittlung von Ketten verzichten und kommen schneller zum Ergebnis.

Weiterhin gibt es Probleme, weil auch die Ermittlungen eines Teams in Düsseldorf gezeigt hat, dass es auch immer zu neuen Erweiterungen kommen kann, die zum Teil mit Cum/Ex gar nichts zu tun haben, sondern Geldwäsche betreffen, normale Steuerhinterziehung, Betrug oder Erpressung. Auch dort wird in Düsseldorf eine große Prüfergruppe für einen langen Zeitraum gebunden sein.

Das dritte Problem sind Verjährungsprobleme. Das heißt, für den Zeitraum bis 2005, wenn da Erstattungsanträge gestellt worden sind, die belastete Cum/Ex-Geschäfte enthalten, oder Steuererklärungen abgegeben worden sind von Gesellschaften, die die Steuern haben sich anrechnen lassen, sind verjährt. Das heißt, dieses Geld ist endgültig verloren.

Wir haben in den Erstattungsfällen den Vorteil, dass wir eine zehnjährige Verjährung haben, steuerlich und, weil es sich immer um großes Ausmaß handelt, auch strafrechtlich. Zurzeit verjähren die Erstattungsanträge aus 2006, weil diese laufend abgegeben werden - das heißt, es gibt da keine Jahreserklärung, wo vielleicht dann in 2007 fürs ganze Jahr abgegeben wird -, sondern, weil das Kreditinstitut kann für jede Ausschüttung einen Antrag stellen beim BZSt und sich das erstatten lassen. Das heißt, wir haben jetzt April. Das heißt, Anträge aus Januar/Februar 2006, die problemlos durchgelaufen sind, sind inzwischen auch verjährt. Allein die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens und die Bekanntgabe dieses Verfahrens gegenüber den Betroffenen kann die Verjährung unterbrechen.

Sie müssen sehen, dass wir zweigleisig arbeiten. Das heißt, wir haben zum einen die steuerliche Ermittlungsschiene und zum zweiten die strafrechtliche Ermittlungsschiene. In der steuerlichen Ermittlungsschiene müssen wir darauf drängen oder darauf hinarbeiten, dass es zu einer Rückzahlung der Steuer kommt oder dass eine noch nicht ausgezahlte Steuer nicht erstattet wird. In der strafrechtlichen Schiene kommt es dazu noch zu Strafverfahren gegen die Beteiligten, insbesondere Mitarbeiter der Finanzinstitute, die an diesen Vorgängen teilgenommen haben. Des Weiteren gibt es ein Verfahren gegen die Gesellschaft, was in einer Verbandsgeldbuße und Abschöpfung von Gewinnen enden kann.

Zusammengefasst kann man dabei sagen, dass nach den bisher von uns durchgeführten Ermittlungen alle Personen, die in die Planung und Durchführung der Cum/Ex-Geschäfte eingebunden waren, dass denen klar war, dass die Geschäfte in sich für den Käufer der Aktie wirtschaftlich völlig unsinnig waren. Der Käufer kauft eine Aktie, die teuer ist. Die bezahlt er auch, nur kommt eine Aktie geliefert, die billig ist nach der Ausschüttung. Er erhält dann zwar eine Ausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende. Das vermindert aber eigentlich nur den Verlust. Und selbst wenn er die geltend gemachte, nicht gezahlte Kapitalertragsteuer, wovon wir ja in diesen Fällen ausgehen, erhält, führt dies zu keinem Gewinn, sondern eher zu einem Nullspiel. Allein die Absprache zwischen Verkäufer und Käufer über die notwendigen Absicherungsgeschäfte kann zu einer Verteilung des Gewinns, der beim Verkäufer entsteht, führen.

Das wär's eigentlich von mir als kurze Stellungnahme. - Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Hallmann. - Bevor ich nun das Wort an meine Kollegen und Kolleginnen weitergebe, habe ich noch einige Nachfragen an Sie. Und zwar ist ja ein wesentlicher Teil unseres Untersuchungsauftrags herauszuarbeiten, wie diese Cum/Ex-Geschäfte tatsächlich abgelaufen sind. Dazu haben wir einiges gehört. Was also die Akteure erreichen wollten, das ist uns auch durch



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ihre Stellungnahmen, meine Herren Sachverständige, klargeworden. Ich hab da aus dem Urteil, das Herr Lotzgeselle eben referiert hat und das uns natürlich auch vorliegt, einen Satz gefunden. Dort heißt es, dass die Klägerin, über die er mehrfach gesprochen hat, eine Wertpapierabteilung unterhalten habe, deren Aufgabe es gewesen sei - und jetzt zitiere ich -

Nutzung von Ertragschancen durch die Redomilizierung von Aktien über den Dividendenstichtag zur Vermeidung nachteiliger Quellensteuerbehandlung durch Dritte<sup>2</sup> zu gewährleisten.

Und das ist nun eine sehr - sprachlich denk ich auch mal - einwandfreie, in sich gesehen einwandfreie Formulierung. Nur, mit welchen Mitteln man das eben dann nun getan hat, und wie diese Mittel zu bewerten sind, das ist nun etwas, was mich besonders interessiert. Und da habe ich nun zwei oder eine ergänzende Frage an Sie, Herrn Professor Spengel, und an Herrn Lotzgeselle, noch mal die Lukrativität dieser Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen vielleicht uns als Ausschuss zu dokumentieren. Und vor allen Dingen auch Ihre Erfahrungen uns mitzuteilen, wie denn die Aufteilung der Gewinne zwischen den Profiteuren vereinbart wurde. Ich kann diese Frage auch an Sie vielleicht richten, Herr Hallmann. Ich weiß jetzt nicht; dass ich da nicht eine Fehlbitte tue. Das wären so die Fragen: Welche Absprachen sind Ihnen bekannt oder welche Absprachen mit welcher Gewinnverteilungsabsicht sind Ihnen über den Weg gelaufen, um da nun genau dieses Lukrative - nach dem, was Herr Hallmann sagte, der Leerkäufer macht überhaupt keinen Gewinn, er verliert eher -, und da nun einmal noch genau in seiner Dimension zu dokumentieren. Können Sie was damit anfangen, mit der Frage, Herr Professor Spengel?

Prof. Dr. Christoph Spengel: Ja, ich kann.

<sup>2</sup> Anmerkung des Ausschussesekretariats: In dem zitierten Urteil heißt es an dieser Stelle „für Dritte“.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Wunderbar.

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ich denke auch, die Frage oder die Antwort darauf ist wichtig für die Arbeit des Ausschusses. Und Sie sehen, das ist eine komplexe Frage. Sie tun mir, ehrlich gesagt, auch ein bisschen leid.

(Heiterkeit)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Sie tun mir leid? Ich tue Ihnen leid? Das sind Sie ja der Erste, das ist ja wunderbar.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ja, es ist eine vom Sachverhalt her, wenn man gar nichts mit Steuern zu tun haben muss, sehr komplexe Frage. Und dann haben wir ja, wie gesehen, auch gegenteilige Ansichten hinsichtlich der rechtlichen Würdigung. Also, sagen wir mal, Cum/Ex-Geschäfte, das haben wir jetzt gehört, die gibt es in verschiedenen Varianten. Und die wichtigste Unterscheidung ist die, wer eigentlich Veräußerer ist. Also Cum/Ex heißt eigentlich nur, man hat einen schuldrechtlichen Vertrag, also Aktien mit Dividendenanspruch zu liefern, und kann das aber nicht tun, weil man das um den Dividendenstichtag macht. Ja, man ist Eigentümer der Aktie. Man veräußert die cum, mit Dividendenanspruch, kann aber erst ohne Dividendenanspruch liefern. Das kann der Inhaber tun, und das kann ein Leerverkäufer tun. Der Inhaber - ich kann Ihnen das gern ~~Das halte ich~~ jetzt nicht für so erheblich, der kann das einfach tun, liefert die Aktie nach dem Dividendenstichtag. Und wenn das zwei Tage ~~Wird~~ haben das jetzt schon ein paar Mal gehört mit dem Clearstream, dann wird die Dividende auch gleich eigentlich der Depotbank des Erwerbers zugerechnet.

Ja, und beim Leerverkäufer ist es eben so, also, um es auch mal klar zu machen: Ich stell mich jetzt mal als sozusagen jemanden dar, den es dann trifft. Also angenommen, der Herr Schmitt

Ja,

H hat

H weites erläutern, H das

H später erfolgt, wir



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

würde dem Herrn Desens meine Aktien leer verkaufen, ja, also leer verkaufen. Dann wäre es so, ich wüsste davon gar nichts. Gehen wir mal davon aus, es haben keine Absprachen stattgefunden. Ja? Dann müsste der Herr Schmitt dem Herrn Desens meine Aktien nach dem Bilanzstichtag liefern. So, jetzt habe aber ich die Aktien am Bilanzstichtag und ich habe die Dividende bekommen. Das heißt, der Herr Schmitt kann die Aktien gar nicht mit Dividende an den Herrn Desens liefern. Er hat sie aber mit Dividendenanspruch verkauft. Also muss er eine Schadenersatzleistung leisten für die Dividende, und das nennt man Dividendenkompensationszahlung. Und wir können später noch davon reden, wenn es um die Frage geht, ob der Herr Desens wirtschaftlicher Eigentümer meiner Aktie geworden ist, als der Herr Schmitt diesen Leerverkauf mit ihm getätigt hat. Ich habe gesagt, das ist unmöglich. Weil, wenn ich zwischen dem Abschluss des Vertrages und der Lieferung der Aktien versterbe, dann erben meine Aktien meine Frau und meine Kinder. Und das ist, was ich zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kurz zu sagen habe.

①

Jetzt haben wir hier einen Fall, der ist nachgebildet, also vom Sachverhalt her, dem ersten Urteil vom Hessischen Finanzgericht, das jetzt knapp vier Jahre alt ist. Und da ging es, soweit ich das überblickt habe, um 125 Millionen Euro Kapitalertragsteuer. Und Sie sehen, der Fall ist ganz einfach. Er ist deswegen einfach, weil ich nicht, wie Herr Desens, das getan habe, hier noch über Kurssicherungsgeschäfte, Futures usw. spreche. Sondern, wir gehen mal davon aus, die Kursrisiken sind ausgeschaltet, und wir haben hier, das sehen Sie so in der ersten Zeile, drei Beteiligte. Das ist die K-GmbH. Das wäre in meinem Beispiel der Leerkäufer. Wir haben im Ausland einen Leerkäufer sitzen, und wo der Inhaber sitzt, das spielt im Grunde genommen keine Rolle. Nehmen wir mal an, der ist in Deutschland, sonst würde er hier ja auch nicht die Kapitalertragsteuer von mir aus erstattet bekommen.

Und was jetzt vereinbart ist, dass der Leerkäufer - das ist eine Kapitalgesellschaft, die K-GmbH, die erwirbt vom Leerkäufer - der mag jetzt im Ausland sitzen, so war der Sachverhalt - DAX-

Aktien zum Preis von 15 Milliarden Euro. Und zwar vor dem Dividendenstichtag, und geliefert wird nach dem Dividendenstichtag. Und um diesen Erwerb zu finanzieren, mag sich der Leerkäufer, die K-GmbH kurzfristig einen Kredit besorgen von einer Depotbank. Das spielt im Grunde genommen keine Rolle, wie das Geschäft finanziert ist. Es ist vor dem Dividendenstichtag. H,

Was passiert jetzt am Dividendenstichtag? Da sind wir in der dritten Schiene. Dann bekommt der Aktieninhaber I, der hält die DAX-Aktien am Dividendenstichtag, die Dividende, 500 Millionen Euro. Und darauf behalten die im DAX gelisteten Aktiengesellschaften 25 Prozent Kapitalertragsteuer ein. Das sind die 125 Millionen. Das ist am Dividendenstichtag. Die Veräußerung der Aktien an den Leerkäufer - der muss sie sich ja besorgen - kann ja erst danach erfolgen. Und das tut er für einen Preis von 14,5 Milliarden Euro, weil die Dividenden sind ja jetzt um den Dividendenabschlag weniger wert. 15 Milliarden waren es, 500 Millionen Dividende, also 14,5 Milliarden Euro.

Diese Aktien liefert in einem nächsten Schritt - jetzt kommt es zum Erfüllungsgeschäft - der Leerkäufer L an den Leerkäufer, die K-GmbH. Also, er liefert die Aktien. Und er muss, da die Dividende an den Inhaber geflossen ist, einen Schadenersatz leisten: eine Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende von 375 Millionen Euro.

Was passiert danach? Jetzt haben wir zwei Banken. Die Depotbank des Inhabers, die bescheinigt, völlig zurecht, dem Inhaber die einbehaltene Kapitalertragsteuer der DAX-Aktiengesellschaft. Der Leerkäufer, die K-GmbH, hat die Aktien in seinem Depot. Und die Frage ist - da haben wir jetzt überhaupt noch nicht drüber gesprochen, aber das ist in der Praxis so aufgetreten -, dass die Depotbank des Leerkäufers ebenfalls eine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausgestellt hat. Wir können später fragen, ob sie das überhaupt durfte. Fakt ist: Der Leerkäufer hat keine Dividende erhalten. Er hat eine Dividendenkompensationszahlung erhalten. Und wir haben ja vorhin schon gehört, wie die zu besteuern war. Das hat sich im Zeitablauf geändert. da



4. Untersuchungsausschuss

t, ansehen, dann

Nur zur dienstlichen Verwendung

Und was Sie jetzt sehen, das Prinzip: einmal Steuer einbehalten bei den AGs, die im DAX notiert sind oder auch nicht nur im DAX 30, und zwei oder sogar mehr Bescheinigungen. Und wenn wir uns jetzt das, was auch Herr Hallmann im Grunde genommen gesagt hat - ~~Da~~ sind viele Nullsummenspiele dabei. Wenn wir uns mal die Zahlen einfach aufaddieren, dann sehen wir: Der Leerverkäufer, der macht, mal isoliert betrachtet, einen Gewinn. Weil der hat die Aktien für 15 Milliarden ~~gekauft~~ gekauft. Er hat sie sich für 14,5 Milliarden besorgt, also da sind 500 Millionen übrig, und er leistet die Dividendenkompensation in Höhe von 375 Millionen Euro. Also ~~ist das~~ der Gewinn, der beim Leerverkäufer anfällt. Das, was Herr Hallmann gesagt hat, was man beobachtet. Also, wenn man jetzt den Käufer in Deutschland hat, den Leerkäufer, der macht eigentlich einen Verlust. Der macht einen Verlust. Warum? Der hat bezahlt, 15 Milliarden, hat es rückveräußert für 14,5 Milliarden, also hat daraus einen Verlust gemacht von 500 Millionen und kriegt die Dividendenkompensation von 375 Millionen. Also, der macht einen Verlust, und nur wenn der Leerkäufer die Kapitalertragsteuer anrechnen kann - oder er bekommt sie erstattet, wenn es eine Kapitalgesellschaft ist -, dann ist das für den Leerkäufer ~~mal~~ ein Nullgeschäft. Aber es ist in Summe kein Nullsummenspiel, weil der Leerverkäufer hat ja 125 Millionen Euro „Gewinn“ gemacht.

H 64

H sind die  
verkauften  
125 Mio  
Euro  
für den  
Käufer  
H ist  
gehört

Und der Inhaber, für den ist es ein Null-Ergebnis. Der Inhaber, dessen Aktien waren 15 Milliarden wert. Er hat eine Dividende von einer halben Milliarde bekommen, und die Aktien sind noch 14,5 Milliarden wert. Und was man hier sieht, das war mein Eingangsstatement: Der Gewinn aus diesem gesamten Geschäft, die 125 Millionen Euro, das entspricht exakt der zweifach erstatteten Kapitalertragsteuer.

Und die Frage nun, wie das jetzt in der Praxis genau abgewickelt wurde, das entzieht sich meiner Kenntnis. Ich bin kein Praktiker und ich habe mit den Geschäften auch nichts zu tun gehabt. Der Herr Lotzgeselle hat ja, sagen wir mal, jetzt einen Fall dargestellt. Und da gibt es wahrscheinlich mehrere Spielarten. Also, das entzieht sich meiner Kenntnis, aber es sind beteiligt: Inhaber,

H 8

Leerverkäufer, Leerkäufer. Es gibt Kurssicherungsgeschäfte. Es gibt Berater. Alles kostet Geld.

Und gehen wir mal davon aus, Annahme: Wir haben hier einen Gewinn. Wir müssen ja irgendwie die Kapitalertragsteuer verteilen, diese 125 Millionen Euro. Und dann ist anzunehmen, dass ein Teil dieses Gewinns erst mal an Provisionen draufgeht, ja? Und nehmen wir mal an, das wären 25 Millionen, und dann haben wir noch 100 Millionen übrig, und dann teilen die drei sich das jeweils zu einem Drittel. Und das teilen sie sich ja nicht, indem sie sich dann ~~sozusagen~~ wiederum eine Provision dafür bezahlen, sondern das hat ja auch - ~~Das entnehme ich dem Urteil~~ des Hessischen Finanzgerichts, ~~dem aktuellen~~, ~~dass da die Ankaufs- und die Rückkaufspreise, also teilweise~~, also nicht meinem Beispiel entsprechen haben, sondern man hat ein bisschen mehr bezahlt als 15 Milliarden oder man hat sie zu einem höheren Preis zurückbezahlt. Und damit sind das eigentlich wie kommunizierende Röhren zwischen den Beteiligten.

aktuellen  
- über die  
Anpassung  
des

Und die Entdeckungschancen, die sind schwierig, die sind gering. Wir haben ja gehört, dass diese Geschäfte angeblich ~~bleib~~ immer über die Börse gelaufen sind ab 2007. Ja, wir haben ja jetzt gesagt, diesem Sachverhalt könnte ein Volumen, ein Handelsvolumen von 10 Milliarden Euro gegenüberstehen. Im Einzelfall kann das noch höher sein. Wenn wir an einem Tag solche Handelsvolumina bezogen auf, sagen wir mal, eine einzelne Aktie hätten, dann müssten wir enorme Kursauschläge feststellen. Wir haben das mal ~~bleib~~ ganz erratisch untersucht. Wir können sowas nicht feststellen. Und die Frage ist - auch das entzieht sich jetzt meiner ganz konkreten Kenntnis, ja, aber Herr Lotzgeselle hat es ja mehrfach angesprochen -, dass also zwischen dem Leerverkäufer und dem Leerkäufer Broker geschaltet waren. Und diese Broker haben durchaus die Möglichkeit, Ankaufs- und Verkaufsordern, obwohl die über die Börse laufen, zu bündeln, so dass eine Transaktion überhaupt nicht kurswirksam wird. Man nennt das Cross Trades oder Block Trades. Also das ist möglich, dass der Broker in Kenntnis des Erwerbers den Erwerber und den Veräußerer zusammenbringt, ohne dass diese Geschäfte kurswirksam werden. Also kurzum, die Geschäfte

H 8

H 8





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

HS  
 sind kompliziert. Sie sind auch schwierig, sagen wir mal, zu entdecken, wenn man immer nur mit einem Beteiligten zu tun hat. Also, das ist meine Einschätzung nachdem ich mich hier ~~also~~ auch in diese Usancen eingearbeitet habe.

HW  
 Und wenn Sie mir gestatten, es ist im Grunde genommen eine weitere Frage: ~~Also, wie~~ funktioniert das technisch. Wir haben Clearstream angesprochen und ich glaube, wenn man diese technische Abwicklung verstanden hat, dann versteht man auch, warum manche Urteile des Bundesfinanzhofs heute anders interpretiert werden, als sie vielleicht noch vor zehn Jahren interpretiert wurden. Also, was in dem fraglichen Zeitraum galt, bis ~~also~~ 2011 einschließlich: Wir haben gesehen, die Kapitalertragsteuer wird abgeführt und bescheinigt, wird abgeführt von der Aktiengesellschaft und bescheinigt vom Depotinstitut.

HS  
 Was ist jetzt, wenn man in Deutschland Aktien verkauft? Was sind die sogenannten Börsenbedingungen? Die Börsenbedingungen sagen, man hat für die Erfüllung eines Börsengeschäftes zwei Tage Zeit nach dem Geschäftsabschluss. Das heißt, der Geschäftsabschluss und der Lieferzeitpunkt fallen auseinander. Deswegen reden wir hier auch ~~mit~~ <sup>Hoon</sup> mit Geschäften um den Dividendenstichtag. Es gelten allerdings für die Erfüllung, also die Lieferung, die Bedingungen zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses. Das heißt, wenn ich Aktien vor dem Dividendenstichtag veräußert habe, dann muss ich sie auch mit Dividendenanspruch liefern. Wenn ich das nicht kann im Fall eines Leerverkaufs, dann muss ich eine sogenannte Dividendenkompensationszahlung leisten.

HS  
 HD  
 Und jetzt kommen wir ~~sozusagen~~ zur Abwicklung. ~~Also, diese~~ giroversammelten oder -verwahrten Aktien werden in Deutschland über die Clearstream Banking AG verwaltet, und die Clearstream kennt den Eigentümer der Aktien nicht. Die verwaltet die Depotbanken, aber die weiß nicht, ob das, was bei den Depotbanken gehalten ~~ist~~ den Banken gehört oder jemand anders. Und das hat ja alles mal gar nichts mit Steuern zu tun, ja? Das sind sozusagen die Regularien.

Und wie passiert es jetzt mit der Dividendenregulierung? Wir müssen uns daran erinnern: Ich habe zwei Tage Zeit von dem Vertragsabschluss bis zur Lieferung. Und das geht ja um den Dividendenstichtag. Die Clearstream bekommt die Dividenden und verteilt die auf die Depotbanken. ~~die Dividenden~~ <sup>15</sup> Und sie verteilt die gemäß der gemeldeten Aktienbestände, aber die Aktienbestände berücksichtigen keine Veräußerungsgeschäfte am Tag der Hauptversammlung und davor. Ich habe ja zwei Tage Zeit zu liefern. Das heißt, das ist das erste Verfahren. Die bekommen verteilte Dividenden nach den Beständen. Und in dem zweiten Schritt erfolgt ein sogenanntes Clearing oder hier „Market Claim Process“, dass ~~wird~~ <sup>15</sup> ausgeglichen ~~wird~~ offene Verkaufs- und offene Kaufpositionen. <sup>heißt, Herberda</sup>

Und zwar, wenn jetzt die Veräußererbank, also die von dem Leerverkäufer, um es mal so zu sagen, eine offene Verkaufsposition hat, dann zieht Clearstream die Nettodividende ein von der Depotbank und überweist sie den Banken, die offene Kaufpositionen haben. Und jetzt sehen wir sozusagen das Dilemma. Wenn das Inhaberverkäufe sind, ~~wenn das Inhaberverkäufe sind~~ <sup>HS</sup> dann zieht Clearstream eine Dividende ein, auf die wurde Kapitalertragsteuer einbehalten, und überweist ~~die~~ <sup>15</sup> an die Depotbank des Erwerbers. Und damit haben wir kein Problem. Das habe ich hierhin geschrieben: Inhaber-Cum/Ex-Geschäfte sind unproblematisch. Einmal Kapitalertragsteuer einbehalten, einmal bescheinigt.

Was auch unproblematisch ist, sind Leerverkäufe <sup>die über das Inland abgewickelt werden.</sup> ab 2007 bis einschließlich 2011/Leerverkäufe, erinnern wir uns: Der Leerverkäufer ist verpflichtet, eine Dividendenkompensationszahlung an den Leerkäufer zu leisten. Und ab 2007 - nur mal, dass Sie es richtig verstehen: Die Dividende hat der Inhaber erhalten. Es geht hier um die Regulierung des Leerverkaufs. Und der Leerverkäufer leistet eine Dividendenzahlung, aber war seit <sup>in Kompensationszahlungen</sup> 2007 verpflichtet, auf diese Dividendenzahlung, <sup>15</sup> Kompensationszahlung/Kapitalertragsteuer einzubehalten. Und diese Kapitalertragsteuer wird bescheinigt von der Depotbank des Leerkäufers. Was wir haben: zweimal Steuer erhoben auf die Dividendenkompensationszahlung/auf die Dividende, und zweimal angerechnet. Kein Problem. <sup>und</sup>



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

*Tmun* Wo liegt das Problem? Das Problem stellt sich dann, wenn die Dividendenkompensation nicht dem Kapitalertragsteuerabzug unterlegen hat.

*Tgeuwell* Und das war bis einschließlich 2006 der Fall. Und ab 2007 ~~oder es war schon immer der Fall~~, wenn die Dividendenkompensation über eine ausländische Bank abgewickelt worden ist, weil das ist unmöglich, dass man Ausländer in die Pflicht nimmt für den deutschen Fiskus, also irgendetwas zu tun, für den Steuern einzutreiben. Deswegen haben wir ja auch in unseren verschiedenen Stellungnahmen gesagt: Naja, man muss mal unterscheiden: 2006 bis einschließlich und 2007 und 2011. Und Sie fragten mich, wie konnte das geschehen? Und ich habe in meinem Eingangsstatement gesagt, es gab eine Sollbruchstelle im System. Erhebung und Bescheinigung der Steuer. Und das hat nichts mit Steuern zu tun. Und diese Sollbruchstelle hat man durch Leerverkäufe um den Dividendenstichtag ausgenutzt.

*Hg* Also, ~~das wir mal bis dahin sind, und~~ ich glaube, wir sind uns alle im Klaren darüber - selbst mir fällt es nicht ganz leicht, das sozusagen ohne einen Stotterer zu erklären -, dass es relativ komplex ist.

Und da stellen sich auch die steuerlichen Fragen. Also, wenn man auf das Beispiel ~~Sie haben die ja, wenn die uns alle fragen - auf das Beispiel abstellen hier~~ da stellen sich Fragen: einmal, gibt es zwei Eigentümer - also das waren eigentlich die zentralen Fragen - oder sind zwei Personen die gleichen Einkünfte zuzurechnen? Und die zweite Frage ist, darf es denn eigentlich zwei oder mehr Steuerbescheinigungen geben?

*HT,*

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Professor Spengel. - Jetzt, Herr Lotzgeselle, vielleicht auch noch mit der ergänzenden Frage: Die Handelsvolumina, die Sie auch da festgestellt haben in Ihrem Verfahren, betragen ja, wenn ich das richtig addiert habe, um die 11 Milliarden Euro. Frage: Ist es aus Ihrer Vorstellung überhaupt denkbar, dass sich bei einem solchen Volumen - - dass ein Leerverkäufer derartig große Ordervolumina an Gutgläubige absetzt, absetzen kann, ohne dass da irgendwelche begleitenden Absprachen über das, wie es da gemacht werden soll, wie Herr Professor Spengel das auch

unter Einschaltung von Brokern ohne Kursaus schläge und so weiter - - da nun vonstattengeht.

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, Ich möchte vielleicht mal mit den Geschäften als solchen anfangen. Die Gewinnspanne war in diesen Geschäften die nicht abgeführte Kapitalertragsteuer, wie der Professor Spengel das schon ausgeführt hat. Und das hat man in dem uns vorliegenden Fall dadurch erreicht, dass man über gesteuerte Leerverkäufe und durch Absprachen, durch bewusste Spätlieferungen sowie durch geschickte Vertragsgestaltung unter Ausnutzung der Abrechnungssysteme der Depotbanken mit der Clearstream, dadurch hat man letztlich erreicht, dass keine Kapitalertragsteuer einbehalten wurde.

Es sind in den Akten Protokolle von Wertpapierhändlern, aus denen sich ergibt, dass Absprachen stattgefunden haben zwischen einzelnen Wertpapierhändlern, der Klägerin und nicht dem Vertragspartner, sondern dem Vertragspartner des Brokers, die dahingingen, dass bewusst ein Drittel der Aktien verspätet geliefert werden sollte. Und man hat dann untereinander den Gewinn unter Einschaltung eines ausländischen Maklers noch mal letztendlich aufgeteilt.

Das Problem war, das alles zu erkennen. Das hat man in dem Fall dadurch erkannt, dass man halt diese Protokolle gehabt hat. Die Geschäfte, die Handelsgeschäfte als solches waren mit einer Gewinnspanne von 98 Prozent, das ist üblich in dem Bereich, vereinbart worden, also Gewinnspanne 2 Prozent. Und man hat diese Sicherungsgeschäfte dann mitbetrachtet, hat bei den Sicherungsgeschäften die Gewinnmarge eingeplant und hatte dann insgesamt für eine Gewinnspanne von 8 Prozent etwa, die aber bei einem Vertragspartner - - die aber dann bei dem Volumen durchaus einen höheren Betrag ausgemacht hat.

Letztendlich brauchte das Gericht in der Entscheidung in diesem Fall, in diesem Bereich nicht in die Tiefe zu gehen, da hier feststand, dass keine Kapitalertragsteuer gezahlt worden ist, und zum anderen die anderen streitigen Fälle nicht nachgewiesen war, dass Kapitalertragsteuer



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

einbehalten wurde. Sodass dies letztendlich dann nicht relevant geworden ist.

Ihre zweite Frage, können Sie die noch mal - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, die zweite Frage betraf den Fall, ob Ihnen Fallgestaltungen über den Weg gelaufen sind, in der dann die Beteiligten sich das, was Sie da, ich sage das mal, als Marge beschrieben haben, dann wieder geteilt haben, weil ja ansonsten, aufgrund dessen, was Herr Hallmann uns beispielsweise gesagt hat oder Herr Professor Spengel, das für eine Partei zumindest sinnlos gewesen wäre, -

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, ja, das war so.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** - wenn sie nicht auf irgendeine Art und Weise da nun auch mit hätte profitieren können.

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, ja, es haben Absprachen stattgefunden und das hat alles nur funktioniert dadurch, dass halt alle zusammengespielt haben. Und dann hat man sinnvollerweise den Gewinn in Höhe der nicht gezahlten Kapitalertragsteuer entsprechend aufgeteilt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dann danke ich Ihnen. - Dann habe ich jetzt noch eine weitere Frage an Professor Schmitt und an Herrn Hallmann. Und einfach mal: Ja, haben Sie aus Ihren praktischen Betrachtungen der Gesamtsituation Hinweise darauf, dass die Beteiligten den Cum/Ex-Charakter der einzelnen Transaktionen bewusst den Finanzbehörden gegenüber verschleiert haben und das Geschäftsmodell selbst also ganz diskret vor den Finanzbehörden geheim gehalten haben bzw. die zahlreichen Expertisen, die ja nun auch uns da aus Bereichen der beratenden Zunft nun vorgelegt bzw. bekannt gemacht worden sind, nicht etwa in die Verfahren bei den Finanzbehörden eingeführt worden sind, sondern bewusst, also mit den Finanzbehörden zumindest, nicht diskutiert wurden?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ja, das ist so gewesen. Also wenn Sie sich mal überlegen, wie die Finanzbehörde mit Kapitalertragsteuererstattung oder -anrechnung zunächst in Kontakt kommt, dann geschieht das dadurch, dass derjenige, der diese Erstattung begehrt, die Kapitalertragsteuerbescheinigungen seiner Veranlagungsstelle vorlegt. In der Praxis sind ja die depotführende Bank des Leerkäufers und der Leerkäufer häufig ein und dieselbe Person. Wenn die Banken Eigengeschäfte machen, stellen sie sich ja selbst die Kapitalertragsteuerbescheinigung aus. Das gibt dem Ganzen natürlich einen zusätzlichen Pfiff, wenn ich das mal so sagen darf. Und dann werden dem Finanzbeamten die Kapitalertragsteuerbescheinigungen vorgelegt. Und die prüft er dann nach seinen Möglichkeiten. Er schaut, ob die im Gesetz vorgesehenen Bestandteile der Kapitalertragsteuerbescheinigung vorliegen: Amtliches Muster? Sind die entsprechenden Aktiengeschäfte benannt? Ist das schlüssig? Die Bruttodividende und die Kapitalertragsteuer, passt das zusammen? Das muss ja das Verhältnis 100 zu 25 sein. Sind die entsprechenden Kapitaleinkünfte jetzt in der Bilanz und der G und V des Instituts aufgeschlüsselt? Das prüft der Veranlagungsbeamte. Und wenn er das alles geprüft hat, macht er einen Haken dran. Herr Lotzgeselle hat ja vorhin gesagt, diese Kapitalertragsteuerbescheinigung hat den Charakter des Anscheinsbeweises. Also sagt der Finanzbeamte: Die Kapitalertragsteuerbescheinigung ist da. Der typische Geschehensablauf ist der, dass der Emittent der Aktien Dividende ausbezahlt hat, Kapitalertragsteuer erhoben hat und an das Finanzamt abgeführt hat. Der Finanzbeamte kann nicht erkennen anhand der Kapitalertragsteuerbescheinigung, ob es sich um Leerverkäufe gehandelt hat, und ob tatsächlich Kapitalertragsteuer nicht einbehalten worden ist. Und ich habe vorhin in meinem Eingangsstatement schon mal kurz gesagt, diese, ja, modellhafte - ich will gar nicht sagen - Gestaltung, sondern dieses Modell zur Erzielung von Kapitalertragsteuer ist uns nicht im Vorhinein vorgelegt worden mit der Bitte um Genehmigung, um das mal so zu sagen. Wenn ansonsten Steuerbürger Gestaltungen vornehmen, die Milliarden Steuern kosten können, legen sie größten Wert darauf, dass die Finanzbehörde das vorher akzeptiert im Rahmen einer verbindlichen Auskunft.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich kann natürlich hier nicht über entsprechende Einzelfälle berichten, aber das eine oder andere kann man ja - leider, muss ich hinzufügen - auch in der Zeitung lesen. Das ist eigentlich das Übliche. Hier haben wir nichts gehört. Kein Sterbenswörtchen von den Beteiligten. Wie sind wir drauf gekommen bzw. hätten darauf kommen können? Nun, so in der Zeit nach 2007 sind diese Geschäfte dann diskutiert worden in der Fachpresse und dann auch in der Wirtschaftspresse, und, siehe da, plötzlich gab es Nachmeldungen seitens mancher Steuerpflichtiger. Die haben einfach gesagt: Ja, wir haben da aus diesen Cum/Ex-Geschäften - Komma, die wir für zulässig und rechtlich zwingend zulässig halten, Komma - getätigt. Wir zahlen jetzt mal die Steuer zurück und legen gleich Einspruch ein. Wenn so etwas geschieht, dann kommt die Betriebsprüfung zum Zuge. Die Betriebsprüfung prüft Banken sowieso regelmäßig im Anschluss. Aber diese Cum/Ex-Geschäfte waren keine klassischen Prüffelder für Bankenbetriebsprüfer. Auch die Bankenbetriebsprüfer, die in ganz Deutschland ja auch einen Austausch, einen fachlichen Austausch pflegen, wussten davon nichts. Sonst sagt der eine dem anderen: Du, ich habe da was entdeckt, Cum/Ex, guckt mal bei Euren Banken auch. Das hat nicht stattgefunden. Aber jetzt, nachdem einige Banken - die Presse hat ja berichtet, es sind ja häufig öffentliche Banken - gesagt haben, ja, da ist was und jetzt sagen wir das mal und lassen das vor Gericht klären, dann kommt natürlich die Betriebsprüfung ins Spiel. Damit ist die Sache aber noch nicht erledigt. Ich habe mir von meinen Betriebsprüfern sagen lassen, wie schwierig es ist, hier in der Praxis zu ermitteln. Herr Hallmann hat vorhin darauf hingewiesen, da gibt es ja unterschiedliche Steuerpflichtige, möchte ich mal sagen. Da gibt es welche, die wissen, oh, jetzt wird es brenzlich, wir machen lieber mit, und die entwickeln zusammen mit dem Finanzamt ein regelrechtes Prüfungssystem. Die mussten Programme programmieren. Sie müssen ja überlegen, welche Unmenge an solchen Aktiendeals von einer Bank getätigt werden jeden Tag. Da hat ja der Herr Densens zutreffend darauf hingewiesen, das ist schon so. Und was hat der Betriebsprüfer? Der Betriebsprüfer hat die Summe der geltend gemachten Kapitalertragsteuer und er hat die entsprechenden Depots in den Büchern der Banken. Und jetzt

muss er anhand dieser Angaben herausfinden, was waren Leerverkäufe, was waren keine Leerverkäufe? Was waren Cum/Ex-Geschäfte, was waren Cum/Cum-Geschäfte? Wie schwierig die Differenzierung ist, hat ja das Urteil, der Sachverhalt zu dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts gezeigt. Hätte der Betriebsprüfer schon vorher drauf kommen können, bevor die Banken sich entsprechend geoutet haben? Nun, auffällig ist natürlich, wenn in einem Geschäftsjahr plötzlich die Summe der geltend gemachten Kapitalertragsteuer, also das Anrechnungsbegehren, in die Höhe schießt.

Das ist ein auffälliger Tatbestand und dann wird geprüft. Weil das in der sogenannten Vorprüfung natürlich auffällt. Dann wird geprüft. Mit allen Schwierigkeiten. Und dann gibt es, wie schon gesagt, kooperative Steuerbürger. Es gibt aber auch welche, die dann auf entsprechende Anfragen monatelang nicht antworten. Ich beziehe mich wieder auf das, was Herr Hallmann gesagt hat. Ich bin ja auch nicht an der Praxis tätig, direkt an der Front, um das mal so zu sagen, aber die Kollegen müssen das machen und das ist ausgesprochen mühsam und das kann natürlich auch mal einige Monate, wenn nicht sogar Jahre dauern, bis man das ermittelt hat. Und in dem einen Fall hat ja die Staatsanwaltschaft auch einen Durchsuchungsbeschluss erlassen. Davon resultiert ja dann das Urteil, nein, der Beschluss des Landgerichts Köln, das gesagt hat, es besteht der Anfangsverdacht der Steuerhinterziehung.

Natürlich, Herr Vorsitzender, wird keiner der Steuerbürger sagen: Ja, das war nicht ganz ehrlich, wir haben das abgesprochen, wir haben miteinander sozusagen als Gruppe überlegt, wie man das möglichst geschickt verteilen konnte. Das wird vielleicht der Herr Berger erzählen, aber der sitzt in der Schweiz, nicht? Der wird wahrscheinlich auch nicht zu Ihnen kommen, wenn Sie ihn laden. Die anderen, die mit Herrn Berger auch im Inland zusammengearbeitet haben, werden das auch nicht gestehen. Die Inhaber, sprich die Vorstände der Banken, die werden sagen: Oh ja, da hat es bei uns was gegeben, aber die drei sind schon nicht mehr dabei. Die haben selbst gekündigt; wenn die das nicht gemacht hätten, hätten wir sie entlassen.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

So läuft das - leider. Und es wird jetzt Aufgabe der Ermittlungsbehörden sein, inwieweit hier strafrechtlich relevante Absprachen stattgefunden haben.

Ich sage Ihnen ganz offen: Ich gehe davon aus, weil die Geschäfte, wie der Herr Spengel meines Erachtens überzeugend dargetan hat, sonst gar nicht stattfinden könnten. Die sind kompliziert, so etwas entsteht nicht aus Zufall. Aber das nachzuweisen im Sinne des Strafrechts, das ist noch mal eine ganz andere Sache. Steuerrechtlich haben wir es einfacher. Der Herr Lotzgeselle hat die Beweislastregeln hier sehr einleuchtend dargelegt. Wenn Kapitalertragsteuer nicht abgeführt wurde - - Oder umgekehrt: der Begehrende, der die Erstattung Begehrende muss nachweisen, dass Kapitalertragsteuer abgeführt wurde. Wenn ihm das gelingt, dann bekommt er sie auch erstattet. Wenn es ihm nicht gelingt, bekommt er sie nicht erstattet. Damit ist der Fall dann steuerrechtlich erledigt. Es sei denn, der Bundesfinanzhof fällt noch eine andere Entscheidung als Herr Lotzgeselle und seine Kollegen. Aber merkwürdigerweise hat ja die Klägerin - wenn die Zeitung zutreffend behandelt, war das die DekaBank - keine Revision eingelegt, weil sie sich auf die, wie ich finde, Ausrede zurückgezogen hat: Ja, sie hätten ja nie Cum/Ex-Geschäfte machen wollen, sondern nur zulässige Cum/Cum-Geschäfte. Das wird dann das nächste Kapitel in diesem Schauspiel sein, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Schmitt. - Herr Hallmann, möchten Sie noch ergänzen?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ja, würde ich gern. Und zwar einmal zu den Absprachen noch. Wir haben in einem Verfahren eine Excel-Datei eines Mitarbeiters einer Bank gefunden. In dieser Excel-Datei, die Anfang des Jahres - ich weiß nicht - 2006 oder 2007 erstellt worden ist, wurde praktisch das gesamte Dividendenjahr dargestellt deutscher DAX-Aktien. Er war auf Käuferseite bei der Bank angestellt und hatte ein bestimmtes Kreditvolumen zur Verfügung.

Er hatte komplett durchgeplant, wann welche Aktie ausschüttet, was er an Volumen kaufen

kann, welche Absicherungsgeschäfte er dafür machen muss, und hatte somit das gesamte Cum/Ex-Jahr geplant. Bis Juni, bis die Dividendensaison zu Ende war.

Und das zweite, ein Insider hat uns mal erzählt, wie das läuft, wenn das an der Börse gehandelt wird, diese Riesenpakete, und wenn die in der Schlussauktion der Eurex sind. Dann sitzen an beiden Seiten Käufer/Verkäufer oder Broker und die sprechen sich ab: Ich bringe jetzt zehn Millionen Daimler-Aktien rein, auf drei wird gedrückt, dass wir ja nicht irgendjemanden dazwischen haben, der uns dann tausend Aktien abnimmt oder so. Und dann sitzen die beide da und drücken auf drei auf den Knopf, damit das Geschäft zusammengeht.

Denn sonst haben die wirklich ein Problem anschließend, wenn das nicht klappt, wenn der andere erst nach drei drückt oder wie auch immer. Und zu den Verschleierungen: Bis etwa 2007 waren die Ketten relativ einfach gestrickt, möchte ich mal sagen. Zum Ermitteln nicht einfach, aber man konnte sie übersehen. Seit 2008 bis jetzt in 2011 wurden die Transaktionen so gestaltet, dass die Ermittlung eines Cum/Ex-Geschäftes mit ungedecktem Leerverkauf erheblich erschwert wurde. Insbesondere wurden die Handelsketten immer länger und es wurden immer mehr ausländische Brokerfirmen eingeschaltet, auch wenn die Geschäfte nicht mehr über Clearstream Frankfurt, sondern über Clearstream Luxemburg abgewickelt wurden. Wir haben keinen Einfluss auf Luxemburg, um da irgendwelche Informationen zu bekommen. Wir bekommen keine. Die berufen sich auf das Bankgeheimnis und dann bricht für uns da die Kette ab.

Wir haben auch festgestellt, dass es, insbesondere am Börsenplatz London, viele Händlergruppen gab, die Cum/Ex gehandelt haben. Jede Bank hat in London eine Gruppe sitzen, und diese Händlergruppen waren relativ gut miteinander vernetzt und haben diese Cum/Ex-Geschäft betrieben. - Ich komme gleich nochmal darauf zurück.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, erstmal herzlichen Dank. Nur noch vielleicht eine ergänzende Frage, Herr Hallmann. Wir reden immer



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

davon, einfache Entrichtung der Kapitalertragsteuer und zweifache Bescheinigungen. Sind Ihnen noch weitergehende Gestaltungen über den Weg gelaufen, also, ich sage das mal so, um also eine Kette von Leerverkäufen regelrecht zu etablieren, oder haben Sie darüber keine Kenntnisse?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Aus unseren Ermittlungen in Wuppertal haben wir keine Erkenntnisse über mehrfache Kreisungen derselben Aktien, desselben Aktienpaketes. Es gibt eine Prüfergruppe in München, die hat wohl dreifache Erstattung inzwischen mit einem Aktienpaket festgestellt und zwar wurde dabei die OTC-Funktion ausgenutzt, indem man einfach T+2, T+3, T+4 immer hat kreisen lassen die Aktien. Müssten Sie vielleicht den als Sachverständigen hören. Und nochmal zu den Handelsgruppen in London. Selbst die haben relativ verschwiegen gearbeitet gegenüber ihrer eigenen Bank. Die Steuerabteilung einer Bank hat versucht, mal festzustellen, warum diese Abteilung so Riesengewinne hat gegen alle anderen Abteilungen in der Bank, hat versucht zu klären, was sie da eigentlich tun und hat nachher aufgegeben, hat gesagt, es ist eine schwarze Kiste für uns, eine Blackbox. Wir wissen nicht, was die tun. Die haben Riesengewinne, aber wir wissen nicht, was die tun. Wir begreifen es einfach nicht, weil auch diese Abteilung denen nie gesagt hat, dass es rein steueroptimierte Transaktionen sind, sondern die haben auch immer von Dividendenarbitrage gesprochen, aber nie deutlich erklärt, was es tatsächlich ist, was sie machen. Aus diesen Gewinnen haben sich natürlich auch die Boni der Banker berechnet, so dass da durchaus ein Eigeninteresse bestand, diese Geschäfte auch zu tätigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Hallmann. Ich habe jetzt noch zwei Fragen, auch um die Geduld meiner Kollegen und Kolleginnen nicht allzu sehr noch zu strapazieren, bevor ich dann also das Wort an diese übergebe. Die erste Frage betrifft die Rechtswidrigkeit der Geschäfte und richtet sich an Sie, Herr Desens. Sie haben Ihr Eingangsstatement abgegeben und auch sehr intensiv die einzelnen Modalitäten erläutert. Aber nochmal, um es vielleicht auch für mich zu komprimieren. Sie haben doch

festgestellt oder als Ihre Rechtsmeinung dargestellt, dass also nicht nur der Aktionär, der die Dividende erhielt, auf die die Steuer erhoben wurde, zur Anrechnung berechtigt ist, sondern daneben - also parallel ein zweites Mal - auch nach Ihrem Rechtsverständnis der Leerkäufer einen Anrechnungs- und Erstattungsanspruch hat. Und da würde mich interessieren, wie denn sich das mit dem Wortlaut des § 36 Einkommenssteuergesetz vereinbaren lässt, wobei ja die Erhebung der Steuer die Voraussetzung für, denke ich, eine solche Bescheinigung ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Das kann ich gerne tun. Wir müssen hier auch wieder verschiedene Rechtslagen unterscheiden, ja. Das ist der erste Punkt. Wir haben verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen. Nehmen wir mal die Rechtslage bis 2007. Da ist es wirklich so, dass nur der Einkünfte, Kapitaleinkünfte im Sinne von § 20 Absatz 1 Nummer 1 erzielt und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien ist, hier entsprechend einen Anspruch hat. Das ist da allein die einzige Rechtsfrage. Da gibt es noch nachher viele technische Details. Die werden meines Erachtens aber erst 2007 interessant, auch wenn diese erste Anfrage jetzt anders beantwortet wird, werden die ab 2007 anders beantwortet. Bis 2007 wurde wie folgt eben argumentiert: Wir haben das eben aufgetan. Es ist auf dem ersten Blick kontraintuitiv, was Herr Spengel natürlich auch hervorragend aufgezeigt hat. Wie kann denn jemand wirtschaftlicher Eigentümer werden, wenn es einen anderen noch gibt? Wenn wir uns das bei einer Stückschuld - - Konkret das Auto, da kann es nur einen Eigentümer geben. Selbst bei einer Gattungsschuld. Ja, ich verkaufe Eier, da schulde ich eine mittlere Art und Güte, da kann ich nachher nachvollziehen: Also das sind diese Eier - gehören dem. Das müsste theoretisch bei Aktien jetzt - ist eine Gattungsschuld - - Aber wie der BFH es formuliert bzw. im Gerichtsbescheid formuliert hat, das ist ein komplett virtueller Markt, der da passiert. Wir haben diese Gegenstände nicht. Und das reale wirtschaftliche Handeln in diesem Moment, passiert eben so, dass tatsächlich zwei in diese Inhaberposition kommen - wirtschaftlich. Die nächste Frage ist, wie wir das juristisch nachvollziehen. Zivilrechtlich ist das nicht so. Das ist relativ eindeutig. Aber



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

jetzt haben wir diese Vorschrift in dem § 39 AO, Absatz 2, der sagt eben, im Regelfall kann eben auch der wirtschaftliche Eigentümer hier das machen. Mein Argument war hier mal ein anderes, dass man sich mal die ganze Perspektive anschauen muss. Jetzt schauen wir uns mal die Depotbank an - und das ist hier auch mehrmals angeklungen -, schauen wir uns diesen ganzen Handel an. Niemand wird erkennen als Erwerber - ich mach mal eine Ausnahme: außer es ist vorher aber außerhalb dieser Mechanismen abgesprochen, das ist aber ein anderes Thema vielleicht vom Gestaltungsmissbrauch, da können wir auch nochmal drüber reden, aber wir reden hier vom Regelfall -, niemand wird erkennen, ob meine konkrete Leistung jetzt eine Originaldividende ist oder eine Dividendenkompensation. Ich könnte das erkennen, wenn ich weiß, ich habe ja vor dem Dividendenstichtag gekauft, da bekomme ich ja nachher eine Dividendenkompensation - zwangsläufig. Es muss ja sein, der kann nicht mehr damit liefern. Das ist aber auch beim Inhaberverkauf so. Das ist da genau so. Also wenn der die Aktien hatte, da wird die zwar - ich habe das schön aufgezeichnet in meiner Stellungnahme - durchgeführt. Das ist ein Schadensersatzanspruch, meines Erachtens auch Zivilrecht, das ist aber hier nicht maßgeblich. Wir betrachten wirtschaftlich den Sachverhalt. Und wenn wir das wirtschaftlich betrachten, kommen wir auf einmal zum Ergebnis, sagen wir, wenn wir auf diese Perspektive, diese Erwerberperspektive, einstellen, gibt es da keinen Unterschied. Das kann man anders sehen, aber diese Rechtsauffassung liegt dem Schreiben des Bankenverbands zugrunde. Diese Rechtsauffassung liegt der Gesetzesbegründung von 2007 zugrunde und meines Erachtens noch weiter. Ein kluges Steuergesetz würde hier zwei Dinge beachten. Erstens - und das machen wir heute auch noch -, wir müssen diese Unterscheidung zwischen Inhaber- und Leerverkauf unterlassen. Es müssen überall die gleichen Rechtsfolgen eintreten, weil wir kriegen es nicht auseinander. Das ist ein ganz entscheidender Punkt. Das hat man 2007 gesehen. Darum sehen wir das Gesetz 2007, wo überall die Dividendenkompensationen, da wo es zweifelhaft, mit der Dividende gleichgestellt wird in diesem Punkt. Ja, das ist seitdem passiert. Man hat da

nur einen Fehler gemacht. Ein kluges Steuergesetz muss auch drauf achten, natürlich, dass genauso viel Kapitalertragsteuer erhoben wird, wie angerechnet wird. Ich will das mal klarstellen. Im geltenden Recht wird immer noch mehrfach angerechnet, mehrfach. Wir rechnen immer noch Dividenden dem Leerverkäufer komplett zu, da Dividenden ... (akustisch unverständlich), und geben den Anrechnungsanspruch. Das ist aber kein Problem mehr, weil wir es mittlerweile wenigstens in den Fällen, die mir hier auch bekannt sind und die hier vom Gesetz erfasst sind, eben dann zweimal erheben. Um mal ganz klar zu sagen, wir haben das nicht geändert, indem wir gesagt haben: oh, oh, der hat zweimal angerechnet, wir nehmen eine Anrechnung weg. Nein, wir haben gesagt, das macht ihr so weiter, auf der Seite, Erwerberseite, da machen wir gar nichts. Wir erheben nur eine zweite Kapitalertragsteuer. Und das war der Fehler 2007. 2007 hat man gesagt, wer ist denn der Buhmann - und das ist hier ganz gut durchgekommen -, wer hat denn hier die Rendite erzielt? Dieser Leerverkäufer! Wir müssen uns diesen Leerverkäufer greifen! Dieser Leerverkäufer macht ja die Rendite durch sein günstiges Geschäft und dem müssen wir zusätzlich noch eine Kapitalertragsteuer abziehen - zu seinen Lasten. Und das ist jetzt ein Rechtsstreit und das ist interessant. Das hat Herr Lotzgeselle und ich - - Den haben wir schon mal ausgetragen, auf der norddeutschen Finanzgerichtstagung. Da freut mich, dass Sie das jetzt mal tiefer ausgeführt haben, im Urteil. Ich weiß noch nicht, ob ich das ... (akustisch unverständlich), aber das ist eine Rechtsfrage. Die nächste, ist denn diese Kapitalertragsteuer erhoben worden - ganz konkret auch bei einem Leerverkäufer? Jetzt gibt es zwei Positionen. Die einen sagen, das ist schon ein Fall von § 20 Absatz 1 Nummer 1, und wenn wir hinten die Vorschriften anwenden, dann geht das auch butterweich durch. Ich bin da so ein bisschen skeptisch, auch mit der neuen BFH-Rechtsprechung. Ich sage, jedenfalls § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 ist einschlägig. Damit haben wir den Kapitalertragsteuertatbestand, kommen da ein bisschen hinten in die Bredouille: Die Frage, ob für den auch eine Kapitalertragsteuer erhoben worden ist. Und jetzt gibt es zwei Perspektiven. Die eine Perspektive hat Herr Lotzgeselle aufgezeigt. Er hat gesagt, ist doch ganz klar:



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Der entsprechende Leerverkäufer bei der Depotbank - das ist die Kapitalertragsteuer, die müssen wir erheben. Das ist eine Rechtsauffassung, kann man vertreten. Meine Rechtsauffassung ist eine andere. Es kommt auch auf diesem Fall auf die Erhebung beim Emittenten der Aktien an. Und ich habe hier einfach ganz konkrete Rechtsargumente. Ich sage mal, was für mich kein Argument ist, das hat Herr Schmitt gesagt: Es ist doch ganz klar, so ein bisschen philosophisch am Anfang, man kann nur das nehmen, was man bekommen hat. Das ist eine Sollvorstellung. So sollte ein Kapitalertragsteuersystem sein, so sollte unser System sein. Meine Damen und Herren, es war bis 2012 leider nicht so. Wenn wir also mit so einem Sinn- und Zweckargument argumentieren, müssen wir härter an den Wortlaut gehen und gucken, was da passiert ist. Und was ist hier passiert? Wir schauen uns den Sinn und Zweck an. Warum hat man bei diesem Leerverkäufer den Kapitalertragsteuerabzug eingeführt? Dann schau ich in die Gesetzesbegründung. Man hat es eingeführt, um alleine den zu belasten. Der Leerverkäufer, seine Depotbank wird belastet. Man macht das so: Die Dividendenkompensation, die ändert sich gar nicht, das bleibt eine Dividende. Da nimmt man die Depotbank raus, die muss was zahlen und sich das quasi von dem Verkäufer wiederholen. Das ändert bei dem Erwerber überhaupt nichts, der bekommt nach wie vor seine Nettodividende. Also es ist anders, als man sich das sonst vorstellt, wenn man so sagt, so eine Lohnsteuer wird eingehoben, dafür bekomme ich nachher netto raus. Das wirkt sich allein zu Lasten des Leerverkäufers aus. Das steht eins zu eins so in der Gesetzesbegründung. Und wenn ich ein unklares Gesetz auslege, dann darf ich im Rahmen einer historisch subjektiven Auslegung auch diese Auffassung zugrunde legen. Und wenn man in dieser Gesetzesbegründung dann auch liest, wir wollen das Problem eben nicht komplett auflösen, wir wollen es nur reduzieren, dann gehe ich nach wie vor billigend in Kauf, dass es da eben zu Doppelanrechnungen kommt, bei meinem System. Dann ist das System fehlerhaft, aber dann ist das leider das Gesetz. Leider. Sie können mich auch fragen, warum. Ich meine, warum man das nur auf einem halben Weg gemacht hat. Ich habe da auch eine Theorie zu, aber damit

müssen wir leben. Und es geht jetzt um viele Beteiligte, für viele Beteiligte um viel. Es ist so oder so eine große Sauerei, aber es ist erstmal eine juristische Frage, die hier zu klären ist: Ist das legal möglich oder nicht?

Und ich habe jetzt, glaube ich, die Positionen aufgezeigt. Ich kann vielleicht noch einen zweiten Punkt machen. Vielleicht mal direkt zu Ihrem Urteil.

(Der Sachverständige  
schaut zum Sachverständigen  
Lotzgeselle)

Das war interessant, dieser neue Fall. Das war ja ein Inlandsfall, nicht? Also das war eine inländische Depotbank. Da hatten wir die Möglichkeit, beim Leerverkäufer diese zweite Kapitalertragsteuer zu erheben, die haben es aber nicht gemacht. Da war der Haftungsbescheid raus. Und ich hätte gesagt, ja, ganz klar der Fall, die müssen bei denen erheben zu Lasten dieses Leerverkäufers und nicht zu Lasten des Erwerbers. Wer soll getroffen werden? Und jetzt kommt der vielleicht noch ungeschoren davon, weil Sie so entschieden haben. Also, dann wäre der Fall kein Problem.

Ihr zweiter Fall, den haben Sie über die Beweislast gelöst, mit der Bescheinigung. Da haben wir einen Übereinstimmungspunkt. Es wird in der Literatur in der Tat vertreten, jede Bescheinigung, die man vorlegen kann, hat eine Beweiswirkung. Das halte ich für Quatsch, ja. Richtig ist die Aussage, die Herr Lotzgeselle getroffen hat. Eine richtige Entscheidung hat Beweiswirkung. Eine Richtige! Und jetzt kommt der nächste große Fehler des Gesetzgebers. Wann ist etwas richtig? Wenn ich das bescheinige, was ich nach dem Gesetz bescheinigen muss. Ja, nicht? Was da drin steht. Was steht im Gesetz im § 45a Absatz 3? Ich muss als Depotbank - weil ich ja nicht weiß, ob das eine Dividende ist oder eine Dividendenkompensation, ich muss immer bescheinigen, dass das die Originaldividende ist, also dass die vom Emittenten der Aktien kommt. Und warum muss ich das bescheinigen? Weil das im Gesetz steht. Im § 45a Absatz 3 steht drin, es ist zu bescheinigen, dass beim Emittenten der Aktie, also bei





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

dem DAX-Unternehmen - - Das ist zu bescheinigen. Mit anderen Worten, ich bin jetzt - da hat man mir formaljuristische Züge vorgeworfen -, ich bin jetzt ein bisschen formal. Ich sage, wenn man eine Fiktion macht, ich soll bescheinigen, ob beim Emittenten der Aktien das erhoben worden ist auch für den Fall des Leerverkaufs, dann mache ich das. Und dann gehe ich meistens zum Betriebsstättenfinanzamt und frage da nach: Hat die Telekom das erhoben? Und da habe ich eine richtige Bescheinigung ausgestellt. Und nach dem bisherigen Stand der BFH-Rechtsprechung bedeutet diese richtige Bescheinigung eine Beweiswirkung. Warum hat man das gemacht? Wer ist in der Situation fein raus? Die Depotbank. Natürlich, die stand immer vor der Schwierigkeit, ich muss falsche Bescheinigungen ausstellen. Oder was passiert, wenn ich falsche Bescheinigungen ausstelle? Warum ist das für die schwierig? Haftungsvorschrift. Ja, die stand vor dem Problem, die muss haften, wenn die eine falsche Bescheinigung .. (akustisch unverständlich), die muss eine richtige Bescheinigung ausstellen. Wir müssen das Gesetz ändern, dass ich immer richtige Bescheinigungen ausstellen. Das hat der Bankenverband ja oft in Initiative dann gemacht. Es ist dann ein Gesetz gekommen mit dieser Fiktion, dass die Depotbank immer richtige Bescheinigungen ausstellt, mit dem Problem, dass diese Bescheinigung - darüber können wir jetzt auch weiter streiten - auf der anderen Seite natürlich eine besondere Beweiswirkung hat. Warum hat sie diese Beweiswirkung? Einmal hat sie Tatbestandswirkung. Ich muss sie vorlegen, also diese Bescheinigung. Das ist die erste Funktion. Also, es ist etwas ganz besonderes. Ich habe jetzt so eine Bescheinigung und wir beide können uns einig sein, die Kapitalertragsteuer ist erhoben worden. Ich gebe Ihnen die Bescheinigung, dann kriege ich das auch. Ich habe sie nicht, kriege ich die nicht, die Kapitalertragsteuer. Das ist die eine Funktion. Die zweite ist die Beweisfunktion. Und da hat der BFH bis jetzt auch Recht gesprochen und hat gesagt, also wenn wir das gesetzlich so regeln, dann hat die eine ganz besondere Beweisfunktion, diese Bescheinigung in diesem Fall. Und das kann man jetzt anders sehen - das hat Herr Lotzgeselle so gemacht. Der hat ein bisschen - ich würde mal sagen - - Oder was so gesagt

wird, das wird jetzt alles so hinten rüber geschoben, das ist so Recht zweiter Klasse, das berücksichtigen wir nicht mehr, wir drehen mal die Beweislast um. Und am Ende des Tages wird außer diesen Absprachefällen - wie sie vielleicht gar nicht rausfinden - am Ende des Tages wird keiner sagen können, war das ein Inhaber- und [sic!] Leerverkauf. Und am Ende des Tages, ja, haben wir alle Steuern wieder, weil wir alles nach Beweislast regeln und die bisherigen Beweislastregeln, die wir haben, über Bord geworfen haben.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Desens. - Da habe ich, wie es Professor Spengel nicht verwundern wird, noch eine Frage an ihn. Nämlich die Frage der rechtlichen Einschätzung Ihres Vorredners, vielleicht ergänzt um die Frage, die Depotbank als Verwaltungshelferin des Fiskus. Ich denke, da ist doch einiges, was Sie, sehr geehrter Herr Desens, gesagt haben, so, dass man, ja, zu der Vermutung kommen könnte, allein aus Praktikabilitätsgründen ist es egal, ob die was Richtiges oder was Falsches bescheinigen. Wir nehmen euch aus der Haftung raus und modifizieren da den § 45 so ein bisschen. Die Frage ist: Sehen Sie das auch so, Herr Professor Spengel?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Da brauch ich natürlich noch mehr dann. Und das Mikro!

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Also ich fühle mich schon etwas geschmeichelt, weil meiner Vita können Sie entnehmen, ich bin Betriebswirt von Ausbildung und kein Jurist und sehe mich hier wirklich großem Sachverstand gegenüber. Aber ich habe auch mal Steuerrecht als Wahlfach gehabt und da hat man gelernt, ein Gesetz legt man zunächst mal nach dem Wortlaut aus. Und eine Auslegung gegen den Wortlaut, die völlig sinnwidrig ist, ist eigentlich nicht möglich. Und wir haben ja jetzt gehört, dass argumentiert wird im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, dass es zwei Eigentümer geben kann. Und zwar, was unstrittig ist, das hat auch der Herr Desens nicht bestritten, dass der



4. Untersuchungsausschuss

Nur für die tatsächlichen Verwendung des § 39 Abgabenordnung anzusehen

sich dem

Aktieninhaber weiterhin der zivilrechtliche Eigentümer ist. Jetzt kommt es aufgrund eines Urteils, das so ausgelegt wird, aus dem Jahr 1999 zu der Argumentation: Naja, neben dem zivilrechtlichen Eigentümer wird der Leerkäufer wirtschaftlicher Eigentümer. Und wenn wir jetzt ins Gesetz schauen - ich mach keine Vorlesung mit Ihnen, aber es ist gut, denn, wenn Wortlaut - Also, da heißt es: „Wirtschaftsprüfer sind dem Eigentümer zuzurechnen“ - in Klammern, das ist der zivilrechtliche Eigentümer. Und dann heißt es: Abweichend gelten folgende Vorschriften: „Übt ein anderer“ - eben der wirtschaftliche Eigentümer - „die ... Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall“ - da heißt es auch nicht in der Regel, sondern im Regelfall - „für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm“ - so ist ihm - Also es gibt entweder den zivilrechtlichen oder den wirtschaftlichen Eigentümer. Der Gesetzeswortlaut sieht überhaupt nicht vor - und das wäre absurd, haben wir vorhin gesehen -, dass ein Wirtschaftsgut zwei Personen zuzurechnen ist.

Das Wirtschaftsgut - haben zurechnen

Hgüte

H.

H des Hampande

weist eine offene Verkaufsposition auf und die Erwerberbank eine offene Kaufposition. Das heißt über Clearstream kommt es direkt zur Zuweisung der Dividende zum Erwerber.

Das hat der Bundesfinanzhof möglicherweise erkannt, Ich bin mir aber nicht sicher, ob er es erkannt hat - er hat es insoweit richtig entschieden. Beim Leerkäufer, Cum/Ex-Geschäft, kommt es nicht zu einer Zurechnung der Dividende zum Leerkäufer. Darum kann er auch nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Dividende werden. Das ist gesetzlich schon mal ausgeschlossen. Er müsste dann auch Eigentümer der Aktie sein. Ihm ist die Dividendenkompensation zuzurechnen, Das Schadenersatzes, Das steht außer Frage, ja.

Ich sage jetzt mal - Herr Desens, wir kennen uns auch schon eine Weile -, Ihre Rechtsauffassung entspricht weder dem Gesetzeswortlaut, noch ist sie aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs abzuleiten. Und warum der BFH vielleicht auch relativ lange zitiert worden ist - er würde das so sehen, was nicht dem Gesetzeswortlaut bei Cum/Ex-Geschäften entspricht, er hat es ja auch nie entschieden für Cum/Ex-Geschäfte -, dass er das letztmalig 2007 bestätigt hat. Also ein Urteil noch zu dem alten Recht. Es ging immer noch um den Inhaber. Zu Cum/Ex hat er überhaupt nichts gesagt, also nicht in der Deutlichkeit. Da muss man auch sehen, dass die Geschäfte zwischen 1999 - oder der Sachverhalt, der diesem 99er-Urteil zugrunde lag und bis jetzt, 2007 -, dass sich da auch bei der Abwicklung einiges getan hat.

H um Inhabers - Verkäufe. (lees - Wirt-fen

Also, ich habe ja meinen Aufsatz da als Anlage beigefügt. Es gibt eine Eurex AG. Über die werden die Geschäfte, zumindest an der Frankfurter Wertpapierbörse, abgewickelt. Und Eurex ist im Grunde genommen auch, ich sage mal, so was Zwischengeschaltetes, was überhaupt nicht über die Aktien verfügt, die sie verkauft. Sie muss sie sich auch erst verkaufen (sic!). Und darum könnte man noch weiter fragen, ob nicht jeder Inhaberverkauf in Wahrheit ein Leerverkauf ist,

H3

H3 H3

Anmerkung des Ausschusssekretariats: in § 39 AO heißt es „Wirtschaftsgüter“

H3



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

weil man nicht direkt mit dem Kontrahenten zusammenkommt.

Die zweite Frage, Herr Vorsitzender, was die Bescheinigung der Steuer anbelangt, die Bescheinigung der Steuer - nach meiner Lesart des Gesetzes ist es so: Also, bis einschließlich 2006 ging es bei Leerverkäufen um eine Dividendenkompensation. Da gab es überhaupt nichts zu bescheinigen, weil auf Dividendenkompensationszahlungen keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist. Meine Argumentation ist ja eine andere als die von Ihnen, Herr Desens. Ich sage ja von vornherein: Dem Leerkäufer ist überhaupt keine Dividende zuzurechnen. Das ist unmöglich. Und deswegen, sagen wir mal, habe ich hier eine klare Position.

Und dann sage ich weiterhin, das war ja mein Beispiel: Wenn die Geschäfte ab 2007 über das Inland abgewickelt wurden, dann besteht eigentlich kein Problem, weil dann war die Dividendenkompensationszahlung kapitalertragsteuerpflichtig. Aber wenn sie vom Ausland geleistet worden ist - und das haben Sie ja bestätigt, Herr Hallmann, dass überwiegend dann über das Ausland die Geschäfte abgewickelt worden sind -, dann kam die Dividendenkompensationszahlung aus dem Ausland. Und dann war sie auch wieder nicht kapitalertragsteuerpflichtig. So.

Jetzt kann man argumentieren - es ist eine Tatsachenfrage -, ob die Depotbank erkennen konnte, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung oder eine Dividende handelte. Im Gesetz steht drin, dass die inländische Depotbank anstelle des Schuldners der Kapitalerträge eine Kapitalertragsteuerbescheinigung zu erstellen hat. Schuldner der Kapitalerträge. *Es geht um die Dividendenkompensation.* Die Dividendenkompensation war bis 2006 einschließlich kein Kapitalertrag. Es war eine Schadenersatzleistung, so dass darauf nie Kapitalertragsteuer einzubehalten war. Und anstelle ~~eines~~ *jemanden*, der überhaupt keine Verpflichtung hat, kann ich ja auch keine Verpflichtung übernehmen. Das ist meine Lesart des Gesetzes.

Und wenn die Dividendenkompensationszahlungen aus dem Ausland kamen: Eine ausländische

Depotbank hat nie eine Verpflichtung, für den deutschen Fiskus Kapitalertragsteuer einzubehalten. Also kann die Pflicht zur Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auch nicht auf eine inländische Depotbank des Leerkäufers übergehen. In Absatz 7 von § 45a steht drin: Wenn die Kapitalertragsteuerbescheinigung falsch ist, dann haftet derjenige für den Schaden, der sie ausgestellt hat. *Ein - kommen - steu - gesetz*

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Oder hatte ich Sie unterbrochen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein, das waren ja die Antworten auf Ihre beiden Fragen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Jetzt noch eine letzte Frage, die ich habe, und zwar zu einem möglichen Vollzugsdefizit. Einmal also auch dann an Sie, Professor Spengel, noch ganz kurz, und dann eben an Herrn Professor Schmitt und an Herrn Hallmann.

Die erste Frage ist: Ich habe Ihr Eingangsstatement so verstanden, dass Sie den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung bei diesen Fallgestaltungen, über die wir heute Nachmittag sprechen, bejahen. Welche Umstände müssen aus Ihrer Sicht noch hinzukommen, um auf der subjektiven Seite eben da den bedingten Vorsatz nachzuweisen, oder welche Anhaltspunkte für bedingten Vorsatz, dem berühmten *dolus eventualis*, Sie aus diesen Absprachen ableiten, ableiten wollen.

Und ich will auch gleich dann schon den zweiten Teil der Frage an Sie, Professor Schmitt und Herrn Hallmann, ankündigen. Da geht es mir einfach um die Frage: Ja, hat die Steuerverwaltung jahrelang geschlafen angesichts dessen, was wir hier heute gehört haben, und ist es richtig, dass die Finanzverwaltung erst über Whistleblower da nun auf diese Fährte gesetzt worden ist. Oder, was hätte man tun können, um gegebenenfalls den drastischen Anstieg der Kapitalertragsteuererstattungen im Rahmen der Überwachung der laufenden Steuereinnahmen zu erkennen. Oder, hätte man überhaupt etwas tun können? Das wäre der zweite Teil. - Herr Professor Spengel, bitte.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Abgabenordnung

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Schauen wir uns den § 370 an, der sich mit Steuerhinterziehung beschäftigt. Da heißt es, Steuerhinterziehung liegt vor und ist mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe behaftet, wenn man den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und dadurch Steuern verkürzt werden.

Und der Tatbestand der Steuerhinterziehung, der kann dann vorliegen, wenn ich die Erstattung der Kapitalertragsteuer beantrage, also eine Bescheinigung vorlege, aber tatsächlich nicht zur Anrechnung oder Erstattung berechtigt bin. Da mache ich falsche Angaben, und damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Und wenn man das in Kenntnis sozusagen macht, dass hier vom Leerverkäufer erworben worden ist, dann kann auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein. Das ist meine Lesart der Dinge.

Und genauer hat sich damit befasst das Landgericht Köln im Juli letzten Jahres. Und das Gericht hat das so ausgeführt. Das steht jetzt nicht so im Leitsatz drin, es ergibt sich aus einer Randnummer.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Ja, und dann die letzte Frage zu etwaigen Vollzugsdefiziten, Erkennbarkeiten, etc. Herr Professor Schmitt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, die Steuerverwaltung schläft nie, Herr Vorsitzender. Aber es kann natürlich sein, dass auch wir betrogen werden. Das kann ich gar nicht abstreiten. Und hinterher ist man immer schlauer. Wenn wir, sagen wir mal, in den Jahren 2006/2007 schon gewusst hätten, was da alles geschieht, hätte man das sicherlich auch früher entdecken können. Das ist sicherlich so. Aber ich habe vorhin ja schon geschildert: Unser erster Kontakt mit den Steuerbürgern, die solche Kapitalertragsteuererstattungen oder -anrechnungen begehren, ist die Veranlagungsstelle. Und dort wird die Kapitalertragsteuerbescheinigung vorgelegt und geprüft. Auch das habe ich vorhin schon gesagt.

Ich will in dem Zusammenhang noch auf eines hinweisen: Das Gesetz hat nie, Herr Desens, erlaubt oder fingiert, dass unrichtige Kapitalertragsteuererstattungen in Bezug auf das Erheben der Kapitalertragsteuer ausgestellt werden können.

(Sachverständiger Desens:  
Das habe ich auch nie gesagt!)

Die von Ihnen gemeinte Norm ist § 45a Absatz 3 Satz 2. Da heißt es: „der Emittent der Aktien gilt insoweit“ - also für das Erstellen der Bescheinigung - „als Schuldner der Kapitalerträge“. Aber nicht der Kapitalertragsteuer. Das ist ja was anderes. Das werden Sie mir ja zugestehen. Und warum ist das so gemacht worden? Weil es eben so ist, wie Sie, Herr Desens, sehr beredt dargelegt haben, dass es die Bank des Leerkäufers nicht ohne Weiteres erkennen kann, ob es eine Kompensationszahlung ist oder eben eine Dividende - immer vorausgesetzt, es haben keine Absprachen stattgefunden, wovon wir ja ausgehen, wie ich vorhin schon gesagt habe.

Es ist natürlich so, dass man dann, wenn man erfährt von solchen Geschäften, Herr Vorsitzender, aktiv wird. Es ist aber auch so, wie mein Kollege Herr Hallmann hier beredt ausgeführt hat, dass man dann nicht von einem auf den anderen Tag zu Ergebnissen kommt. Es ist durchaus so, dass natürlich die Branche, ich nenne das jetzt mal so, reagiert hat. Mit dem Jahressteuergesetz 2007, es mag nicht perfekt gewesen sein, hat man die Modelle im Inland kaputt gemacht. Das ging nicht mehr. Der Leerverkäufer im Inland musste jetzt Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung einbehalten, das heißt, die Gewinnmarge war kaputt. Also ist man flugs ins Ausland abgewandert und hat ausländische Banken - und Herr Hallmann hat ja gesagt, das waren eben die ausländischen Tochtergesellschaften der inländischen Banken vielfach - eingeschaltet.

Ja, das haben wir nicht gemerkt. Ich würde daraus nicht schließen, wir hätten geschlafen. Sondern wir sind einfach nicht davon ausgegangen, dass man sich zweimal nimmt, was man einmal gegeben hat. Wir werden ja auch darauf hinge-



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

wiesen, auch in unseren Verwaltungsanweisungen, auch wenn Sie jetzt vielleicht gleich lächeln mögen: Wir sollen dem Steuerbürger doch auch mal glauben und nicht alles in Zweifel ziehen. Und wenn Sie die Zeitung lesen, dann sehen Sie, was für Institute das waren. Sollen wir die verfolgen im Rahmen der steuerrechtlichen Ermittlungen in der Annahme, das sind ja alles in Wirklichkeit doch nur Verbrecher? Und seit 2008 wissen wir das - Finanzkrise. Die machen bestimmt auch andere Dinge. Ja, heute stellt sich das ja fast so dar. Muss ich ja leider sagen als Steuerbeamter. Hätte ich noch vor fünf oder sechs Jahren so niemals formuliert.

Aber Sie merken es mir an, -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Man lernt nie  
aus!)

- ich bin in dieser Frage engagiert und entrüstet. Ich finde es unglaublich, was da geschehen ist. Das haben wir vor fünf oder sechs Jahren nicht gewusst, nicht geahnt, und insoweit waren wir vielleicht zu gutgläubig. Das mag sein. Das werden dann die weiteren Ermittlungen ja erweisen, nicht? Wenn ein Mitverschulden der Ermittlungsbehörden festgestellt wird, mag das ja im Strafmaß für die Beteiligten Berücksichtigung finden. Aber das Landgericht Köln hat wörtlich gesagt, dass der Kriminelle keinen Anspruch darauf hat, dass der Staat durch rechtzeitiges Tun sein kriminelles Verhalten zu seinen Gunsten verhindert. Das ist ja auch wahr -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Eine in sich plausible Ausführung.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** - und das muss man einfach auch mal, denke ich, unterscheiden, wenn man hier fragt, wer war eigentlich schuld an den Taten? Der Täter oder das Opfer?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Professor Schmitt, für das sehr eindrucksvolle Plädoyer. - Herr Hallmann, bitte.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Noch mal zur Steuerhinterziehung. Unsere Ermittlungen beruhen im Wesentlichen auf der Auswertung der im Herbst 2015 angekauften Daten. Und zwar handelt es sich dabei um Erstattungsanträge, die beim Bundeszentralamt für Steuern eingereicht worden sind. In diesen Anträgen wird bei den beigefügten Anlagen und hinsichtlich der Erstattungsbeträge ausdrücklich vom Antragsteller bestätigt, dass die Steuer einbehalten und auch abgeführt wurde. Weiterhin wird in den Anträgen durch den Antragsteller bestätigt, dass das Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Zufließens der Erträge dem Antragsteller gehört hat und ihm die Erträge auch zugestanden haben.

Weil wir davon ausgehen, dass es ungedeckte Leerverkäufe sind, werden wir in allen diesen Verfahren natürlich Ermittlungsverfahren einleiten und auch gegen die Personen, die sich da herauskristallisieren als Täter, Strafverfahren einleiten. Zunächst werden Strafverfahren gegen unbekannte Mitarbeiter und Verantwortliche des Instituts eingeleitet. Und sobald nähere Erkenntnisse vorliegen, wird das dann auch personalisiert.

Dann zum Schlafen der Verwaltung. Die Ersten, die geprüft haben, waren Betriebsprüfungsstellen in den jeweiligen Bundesländern. Deren Prüfungen sind relativ enge Grenzen gesetzt. Die können nicht überall hingehen und sagen: Gebt uns bitte Auskunft. Dann sagen die Bankeninstitute: Bankgeheimnis. Ihr habt hier gar nicht weiter zu fragen. Das ist erst mit Einschaltung der Steuerfahndungsstellen möglich gewesen, dass man erweiterte Durchsuchungsmaßnahmen durchführen konnte. Zudem haben die Banken immer einen Vertrauensvorschuss gehabt - dass man davon ausging, was die Banken machen, wird schon seine Richtigkeit haben. Die werden ja nicht irgendwas Falsches bestätigen. Was sich jetzt so im Nachhinein auch nicht wirklich bewiesen hat.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Hallmann. - Ich bin mit meinen Fragen am Ende und habe nur noch eine Bitte an die Kollegen. Da ich mal für drei Minuten gerne den Raum verlassen möchte und mein Vertreter, Graf Lerchenfeld, krankheitsbedingt heute nicht hier ist, wenn ich Frau Karliczek für drei Minuten, bis



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

ich gleich wieder da bin, den Vorsitz übergebe, damit nunmehr die Befragung seitens der Kolleginnen und Kollegen stattfinden kann. Es beginnt die Fraktion Die Linke, wenn ich das richtig sehe. Herr Kollege Pitterle, bitte.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Herr Professor Spengel, Sie haben ja vorher ausgeführt, dass die Sollbruchstelle gewesen ist bei dem ganzen System, dass wir eine abführende Stelle hatten - das waren diese DAX-Unternehmen, die hatten die Kapitalertragsteuer einzuziehen -, aber die Bescheinigung erfolgte dann durch die Depotbank.

Lässt es sich aus Ihrer Sicht irgendwie nachvollziehen, wie es dazu gekommen ist, dass nicht die einziehende Stelle von der Gesetzgebung beauftragt worden ist, die Bescheinigung auszustellen, was nachvollziehbar wäre? Gibt es dafür bestimmte Gründe, warum dieses System gewählt worden ist? Und hätte es systematisch die Möglichkeit gegeben, zum Beispiel über Software, so etwas abzugleichen? Also, ich meine die Abführung der Kapitalertragsteuer, die dann abgeglichen worden wäre mit der entsprechenden Bescheinigung.

Dann wäre die Frage - auch an Sie: Wir hatten ja unterschiedliche Zeiträume, und bis zum Jahr 2007 war das so, wie Sie ja zu Recht gesagt haben: Für die Dividendenkompensationszahlung war keine Kapitalertragsteuer abzuziehen und konnte deswegen auch keine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausgestellt werden, weil sie nicht erhoben worden war. Dann wurde aber gesagt: Ja, das hat die Depotbank gar nicht sehen können, ist das eine Dividendenzahlung oder ist das eine Dividendenkompensationszahlung. Das mag möglicherweise auf die meisten Fälle zutreffen, es sei denn, man geht ja, wie hier gesagt worden ist, von dieser Bank aus, die sich selbst die Kapitalertragsteuerbescheinigung ausstellt, die es ja dann eigentlich wissen müsste, dass es nicht zulässig ist.

Können Sie dazu was sagen, welches System da erforderlich wäre, um das aufseiten der Depotbank auszuschließen, dass auch für diese Dividendenkompensationszahlung eine Bescheinigung ausgestellt wird?

Und dann hätte ich vielleicht noch eine Frage im Zusammenhang mit dieser Kompensationszahlung. In dem Brief des Bankenverbands von 2002 wurde ja gefordert, man möge diese der Dividendenzahlung gleichstellen. Und das ist ja ab 2007 passiert. Deswegen wurde ja auch dafür die Kapitalertragsteuer bezahlt. Der eine Aspekt in dieser ganzen Angelegenheit ist ja die Sache, dass dann tatsächlich auch für diese Kompensationszahlung eine Kapitalertragsteuer eingezogen wird und auch bescheinigt wird. Der andere Aspekt ist jedoch - wenn Sie das mir vielleicht bescheinigen könnten oder wenn Sie was dazu sagen könnten: Also meines Wissens nach war das so gewesen, dass die Dividende zum damaligen Zeitpunkt mit 50 Prozent besteuert worden ist, während die Dividendenkompensationszahlung eine sonstige Einnahme war, die mit 100 Prozent besteuert worden ist, so dass es durch diese Gleichstellung der beiden Zahlungen, also durch die Gleichstellung der Dividende mit der Kompensationszahlung, diese Kompensationszahlung infolge ab 2007 auch nur noch mit 50 Prozent zu besteuern war.

In dem Gesetzentwurf für das Jahressteuergesetz habe ich nirgendwo dazu irgendeine Argumentation gefunden, weil das ja, wenn man sich die Zahlen da anhört, um welche Geschäfte es da gegangen ist, muss das ja zwangsläufig auch mit Minderung der Steuereinnahmen einhergegangen sein. Und haben Sie da irgendwelche Erkenntnisse, ob es tatsächlich der Fall war und in welchem Umfang?

Dann habe ich an Herrn Professor Desens - -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Es gibt so eine  
gewisse Limitierung der  
Zeit für Fragen und Ant-  
worten.)

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ach so.

**Amtierende Vorsitzende Anja Karliczek (CDU/CSU):** Ja, ich wollte gerade darauf hinweisen. Bei den acht Minuten ist die Antwort mit drin. Wir haben jetzt noch zwei Minuten. An wen geht denn die Frage?



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

(Heiterkeit)

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ich habe an Herrn Professor Spengel die Frage gestellt. Dann muss ich jetzt aufhören.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Zwei Minuten - so wie bei Dalli Dalli früher.

(Heiterkeit)

Also, Sie haben drei Fragen an mich gestellt: Warum bescheinigt die Depotbank die Kapitalertragsteuer und nicht die ausschüttende Kapitalgesellschaft?

Theoretisch wäre beides möglich. Die Kapitalgesellschaften können ihre Aktionäre kennen. Also, dann könnten sie auch das ausstellen, bescheinigen. Aber für die Bescheinigung durch das depotführende Kreditinstitut spricht eigentlich, dass, jetzt sagen wir mal, der Aktionär, eine natürliche Person, der ist ja einkommensteuerpflichtig mit seinen Kapitalerträgen und er bekommt dann <sup>Für die Bescheinigung</sup> Also, unterstellen wir auch, man hat in der Regel nur ein depotführendes Kreditinstitut, dann bekomme ich für die gesamten Kapitalerträge eine Bescheinigung. Es gab schon immer einen Sparrfreibetrag. Also dass das im Grunde genommen der administrativ einfachere Weg ist.

Wenn ich ergänzen darf zu Ihrer Frage, also, ich sage mal so: Ich hatte diese Bruchstelle und, jetzt sagen wir mal so aus meiner Sicht, man hat sie ja geschlossen seit 2012 ~~und hat halt alles dahinter~~ <sup>H.</sup> Man hätte es gleich so machen können, wenn man gewusst hätte, wie die Geschäfte funktionieren. Aber das ist jetzt kein Vorwurf an den Gesetzgeber.

Ihre zweite Frage, die klang ja schon mehrfach an. Das ist doch das, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis einschließlich 2006 eine Dividendenkompensationszahlung nicht der Kapitalertragsteuer unterlag. Und ab 2007, wenn es über das Ausland gelaufen ist, auch nicht. Und trotzdem wurden Steuerbescheinigungen ausgestellt durch inländische Depotbanken, und, ich weiß nicht, wie die argumentiert haben. Es gibt, mir bekannt, jetzt erst einen Fall, dass man eine

Depotbank deswegen in Anspruch nehmen möchte. Das war im März 2016 in der Presse, 706 Millionen Euro sind es da. Man kann argumentieren: Ich kann nicht erkennen, ob die Zahlung, ja, eine Dividende oder eine Kompensationszahlung ist. Also zum einen macht das Gesetz an keiner Stelle zur Voraussetzung, dass man das hätte erkennen können oder dass man es nicht hätte kennen können, ja, also das spielt keine Rolle. Es geht darum, wenn die Steuerbescheinigung falsch ist, sozusagen wenn keine Steuer einbehalten wurde auf ~~Stelle~~ <sup>H Seiten</sup> des Schuldners der Kapitalerträge, dann ist die falsch. Und wenn ich mir nicht sicher bin, ob ich eine richtige Steuerbescheinigung ausstelle, dann könnte man ja auch überlegen, dass man eben Erkundigungen einzieht, also die Bank, die das ausstellt. Ja? Also, <sup>H Holt</sup> was ich damit sagen will, das Gesetz spricht nirgends von Absprachen oder sonst wo, dass man sagt, nur wenn Absprachen stattgefunden hätten, dann hätte ich keine Steuerbescheinigung ausstellen dürfen. Das steht nicht im Gesetz drin. Und ob man das erkennen kann, also, Herr Pitterle, die Frage, die halte ich auch, also sagen wir mal, für künftige Überlegungen relevant. Sie sprachen an das Zeitalter der EDV. Also, jeder hat eine Depotnummer, es gibt Wertpapierkennnummern. Also warum man, sagen wir mal, in Zeiten von Big Data - das betrifft die ganze institutionelle Abwicklung von Börsentransaktionen -, warum man im Grunde genommen nicht nachvollziehen kann, von wem hat man irgendwie erworben. Sie sprachen da von Ketten, nicht, das ist ja irre aufwendig. Das ist eine Frage, die würde ich eigentlich bejahen, das müsste möglich sein. Heutzutage weiß jeder, wann, wie lange und von wo wir im Internet sind, wenn wir mit unseren Smartphones uns einloggen. Ja? Also technischen Möglichkeiten dürfte es geben.

Die dritte Frage war, wie sieht es mit der Besteuerung der Dividendenkompensationszahlung beim Empfänger, beim Leerkäufer aus. Die Dividendenkompensationszahlung ist von ihrer Natur her immer eine Schadensersatzleistung gewesen. Und bis einschließlich 2006 gab es keine besondere gesetzliche Regelung. Also, es hieß, wenn jetzt, in meinem Ausgangsbeispiel der Leerkäufer, eine Kapitalgesellschaft, also wenn der eine Dividendenkompensation erhalten hat, dann war



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

das ein steuerpflichtiger Ertrag. Was bedeutet, er unterliegt der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer. Was der Gesetzgeber jetzt geregelt hat im Jahr 2006 oder im Jahressteuergesetz für dann 2007, er hat den § 20 Einkommensteuergesetz ergänzt. Der ist so aufgebaut: Da steht immer drin, also Einkünfte aus Kapitalvermögen, um die geht es. Und er hat ergänzt - da stehen Dividenden drin, da stehen Zinsen drin, usw. - einen Satz 4 in dem Absatz 1, wo er gesagt hat - also man spricht dann von Dividenden oder sonstige Bezügen - den sonstigen Bezügen gleichgestellt werden gerade diese Dividendenkompensationszahlungen. Und das war Voraussetzung dafür, ja, jetzt sind Dividendenkompensationszahlungen Einkünfte aus Kapitalvermögen. Und Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen einem Kapitalertragsteuereinbehalt.

Ich habe Ihre Frage verstanden. Sie sagen, naja - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann die beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Bitte?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann die beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein, seine Frage war ja, ob der Fiskus da was verloren hat.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ja, ich kann Ihnen das sagen. Wenn Sie das wollen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Nein, so geht es jetzt nicht. So geht es jetzt nicht. Da sind wir etwas strikt, ja. Also, Herr Pitterle, die Frage war an Professor Spengel. Wenn Sie noch vielleicht, Herr Professor Spengel, Ihre Antwort im Sachzusammenhang zu Ende geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Also kurz. Nehmen wir mal an, die Dividendenkompensation war zu 30 Prozent steuerpflichtig vor 2007, was passiert danach? Danach wird Kapitalertragsteuer einbehalten, 25 Prozent,

und die Zahlung ist als Einkünfte aus Kapitalvermögen den Dividenden gleichgesetzt gewerbesteuer- und körperschaftsteuerfrei nach § 8b Absatz 1 *Körperschaftsteuergesetz*.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr für Ihre Antwort. - Ich darf dann gleich überleiten zur Fraktion der CDU/CSU. - Herr Pitterle, Sie haben 13 Minuten für die Linken gehabt und nicht acht. Aber ich denke, es war in Ihrem und unser aller Einverständnis, dass die Antwort von Professor Spengel en bloc abgegeben wurde und nicht etwa auf eine neue Frage verschoben werden musste.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Mir war nicht klar, dass ich für Fragen und Antworten acht Minuten habe, sonst hätte ich - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Alles bestens, alles gut. Wir finden doch hier kooperative Lösungen. - Jetzt der Kollege Hirte bitte!

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Das spricht ja für den pfleglichen Umgang des Vorsitzenden mit der Opposition. Ja, ich glaube, es ist relativ deutlich geworden, dass wir eine relativ komplexe Gemengelage zu betrachten haben. Professor Spengel hat uns etwas bedauert. Ich finde, dazu besteht kein Anlass. Wir werden versuchen, irgendwie der Angelegenheit gerecht zu werden. Trotzdem Sie uns, sagen wir mal, keine Vorlesung halten wollen, müssen wir, glaube ich schon, die Anhörung auch ein bisschen nutzen quasi als universitäres Oberseminar, um uns tatsächlich und rechtlich fortzubilden.

Und deswegen zunächst erstmal aus tatsächlicher Sicht die Frage: In den bisherigen Fällen, insbesondere aus denen, die gerichtsrelevant wurden, zeichnet sich ja ab, dass wir, Herr Lotzgeselle, es, wenn ich es recht sehe, bislang jedenfalls eigentlich immer nur mit OTC-Geschäften zu tun hatten. Stimmt das, Herr Lotzgeselle?

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Die Fälle, die uns vorgelegen haben, das waren alles OTC-Geschäfte.





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Darf ich vielleicht einfach in die Runde fragen, ob jemandem andere Geschäfte bekannt sind, die keine OTC-Geschäfte sind?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Wenn Sie ein Leerverkaufsmodell gestalten wollen, müssen Sie außerhalb der Börse sich eindecken als Leerverkäufer. Sonst funktioniert das Ganze nicht.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Ich habe ja vorhin gerade gelernt, dass es eben doch funktionieren kann mit den sogenannten Block Trades, -

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Okay, das stimmt.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** - wenn man eine Absprache trifft und dann quasi an der Börse auftritt. Also, -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Das ist dann  
aber beides, sozusagen.)

**Christian Hirte (CDU/CSU):** - nein, also der Hintergrund meiner Frage ist, bei den Börsengeschäften gibt es eine ganz klare Abwicklungsregel T+2. OTC können Sie alles vereinbaren. Das heißt auch, bei den Absprachen zu Börsengeschäften ist aber ganz klar, was wann passieren muss. Deswegen auch nochmal die Frage, vielleicht auch an Herrn Spengel, ist das ein theoretischer Fall oder ist das tatsächlich praktisch bei den relevanten Fällen auch zu anhängig gewordenen Fällen gekommen, die über die Börse abgewickelt wurden? Also, weil Sie hatten, glaube ich, das Beispiel gebracht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Mir ist praktisch kein Fall bekannt. Ich habe aber Einblick gehabt in Gutachten, wo das vorgeschlagen worden ist.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Das heißt im Ergebnis doch aber auch, dass über all die Fälle, über die wir jetzt reden, ein unbescholtener Marktteilnehmer gar nicht betroffen sein kann, weil wir

immer eine besondere Form der Absprache brauchen bei den OTC-Geschäften, weil es eigentlich - jedenfalls über die Größenordnung, über die wir reden, also wenn wir über Dividenden von hundert Millionen reden - - Da finden Sie ja nicht einen, der nicht vorher eingebunden ist, um so ein Geschäft kurzfristig abzuwickeln. Stimmt das? Vielleicht an alle oder wer das beurteilen kann.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ja, wir können ja nur solche Fälle beurteilen, die wir kennen, die offenbar werden. Nach den Fällen, die mir bisher vorgetragen wurden, haben wir es regelmäßig mit solchen OTC-Geschäften zu tun, mit denen eben der Leerverkäufer agiert. Denkbar ist das, was modellhaft hier Herr Spengel vorgestellt hat. Und er hat ja gesagt, er hat das von dritter Seite erfahren, dass sowas auch vorgeschlagen worden ist. Weil, wenn die Geschäfte über die Börse abgewickelt werden und trotzdem so funktionieren wie OTC-Geschäfte, dann kommt man noch schwerer drauf, um das mal so zu sagen. Ob es jetzt Geschäfte gibt, die den unbescholtene Marktteilnehmer betreffen, ja, das will ich nicht ausschließen. Ich denke, es wird eine Vielzahl von Geschäften geben, in denen der Leerverkäufer auf eine Kompensationszahlung eben Kapitalertragsteuer erhebt, und dann ist ja auch alles ganz okay. Und heute haben wir ja auch den Rechtszustand, dass die letzte auszahlende Stelle, also das ist letztlich die Bank des Käufers, den Kapitalertragsteuerabzug vornehmen muss und ihn bescheinigt. Also diese Geschäfte können an sich nicht mehr stattfinden nach der aktuellen Rechtslage, die wir seit 2012 haben.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Vielleicht darf ich dann auch noch an die beiden Praktiker fragen: Es ist schon teilweise angeklungen, dass es durchaus ein kritisches Bild auf die beteiligten Kreditinstitute gibt. Wie ist denn aus dem Stand der Ermittlungen oder aus Ihren Kenntnissen absehbar, wie stark die Kreditinstitute auch aktiv an der Gestaltung dieser Geschäfte beteiligt waren, dass sie durchaus das vielleicht auch beworben haben. Es gab ja kürzlich einen *Panorama*-Bericht über eine in, ich glaube, Liechtenstein ansässige Bank - viele werden es wahrgenommen haben -, wo offensichtlich ja auch Kreditinstitute



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

selbst proaktiv da eingebunden waren. Vielleicht können Sie, Herr Professor Schmitt und Herr Hallmann, kurz sagen, ob Sie Kenntnisse haben, ob auch Banken proaktiv eingebunden waren oder eher nur abgewickelt haben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich habe vorhin schon mal in aller Zurückhaltung und Vorsicht gesagt, dass ich mir das gut vorstellen kann. Mir sind aber Fälle positiv nicht bekannt. Ich habe vorhin auch gesagt, die Ermittlungen sind in vollem Gange. Da kann gleich der Herr Hallmann noch was dazu sagen. Sie brauchen ja strafrechtlich immer einen Verantwortlichen, der diese Geschäfte mit Wissen und Wollen, Sie nennen das proaktiv, betrieben hat. Ich gehe davon aus. Das nennt man Anfangsverdacht. Und solche Anfangsverdächtige hat das Landgericht Köln in seinem Beschluss ja bestätigt in den entsprechenden Fällen. Und ich kann mir gut vorstellen, dass das in anderen Fällen auch der Fall ist. Aber letztlich wird man das erst beurteilen können, wenn die strafrechtlichen Ermittlungen zu einem Ergebnis gekommen sind. Steuerrechtlich haben wir es glücklicherweise und zugunsten des Fiskus leichter über die Beweislastverteilung der Steuerbürger - der die Anrechnung oder die Erstattung begehrt, muss den Einbehalt der Kapitalertragsteuer nachweisen. Das ist die Voraussetzung für die Erstattung und den Einbehalt. Und da muss er sich nicht unbedingt strafbar gemacht haben. Der Umfang dieser Fälle, es ist ja heute schon beschrieben worden, lässt natürlich einen strafrechtlichen Anfangsverdacht schon entstehen. Da guckt man dann mal auch steuerstrafrechtlich genauer hin. Im Übrigen gibt es, Sie haben den *Panorama*-Beitrag ja angesprochen, auch sehr bekannte Investoren. Nicht? Der Leerverkäufer, der geht ja nicht einfach an seine Sparkasse und sagt, jetzt mache ich mal Leerverkäufe. Der muss sich ja auch eindecken mit Aktien. Da ist ja tatsächlich auch Geld geflossen. Der braucht Geld. Das kriegt er nicht zu 100 Prozent über Finanzierung, über Darlehen. Der braucht Eigenkapital. Und die Namen sind ja bekannt, wer sich da engagiert hat mit Renditeversprechungen von 12, 15, 20 Prozent. Und das hat ja auch, solange es funktioniert hat, funktioniert.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ich denke, man kann sich so eine Bank nicht als homogenes Institut vorstellen, dass die gesamte Bank wusste, was da gelaufen ist. Es gibt verschiedenste Abteilungen in der Bank. Die einen waren mehr oder minder daran beteiligt, die anderen waren gar nicht beteiligt. Und ob der Vorstand und der Aufsichtsrat davon wussten, mag fraglich sein. Allerdings, die Rolle der Kreditinstitute in diesen Cum/Ex-Geschäften, die können an jeder Position gesessen haben. Die können Verkäufer sein, die können Käufer sein. Die haben das auf ihr eigenes Buch organisiert, das heißt, dass sie selbst die Geschäfte gemacht haben und die Kapitalertragsteuer geltend gemacht haben. Sie haben natürlich auch Kundengeschäfte gemacht, das heißt, es wurden konkret Fonds gegründet, die nur die Absicht hatten, Cum/Ex-Geschäfte zu machen, um, wie gesagt, diesen prominenten und reichen Mitbürgern noch ein bisschen mehr zu geben. Darüber hinaus wurden in den USA Pensionspläne erstellt. Das heißt, da ist ein einziger an einem Pensionsplan beteiligt. Der hat auch - über die Banken organisiert - hier Cum/Ex-Geschäfte gemacht und ist auch der einzige Begünstigte von diesen Geschäften, neben den Banken natürlich, die was davon abbekommen. Des Weiteren wurde von einer Bank ein Projekt aufgelegt und an GmbHs in Deutschland verkauft oder weiter vermittelt. Dieses Projekt sah vor, dass eine GmbH gegründet wird, um den Dividendenstockpunkt die Geschäfte abwickelt - cum/ex -, und anschließend wieder gelöscht wird. Und diese Firmen dann steuerlich zu behandeln, wird natürlich jetzt schwierig und auch das Geld zu bekommen.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Herr Professor Desens, Sie vertreten ja in der Runde der hier anwesenden Sachverständigen so ein bisschen den Exoten mit Ihrer Rechtsauffassung zum Thema „Wirtschaftliches Eigentum“. Die Frage an Sie: Gibt es denn vergleichbare Situationen im Steuerrecht oder im Allgemeinen, wo es eine Vervielfältigung von Eigentum gibt? Mir ist keines offensichtlich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Die Frage ist auch eine andere. Also erstens ist das so in dieser Form nur bis 2007 relevant. Ja, da ist



## Nur zur dienstlichen Verwendung

das das Merkmal. Das Zweitens ist, wie weit - meine Argumentation ist umgekehrt. Wir haben zwei Mal den Tatbestand erfüllt. Da kommen zwei Leute. Der Inhaberverkäufer und der Leerverkäufer, also der Käufer vom Inhaberverkäufer oder der Leerverkäufer, wir wissen es nicht in dem Moment. Beide sagen: Ich habe jetzt diesen Anspruch. Und so steht es in der Gesetzesbegründung drin. Ja, also dass auch eben nach diesem Leerverkäufer dieser Anspruch besteht. Das ist mein Ausgangspunkt. Ich will nur sagen: das ist keine Exotenmeinung. Das haben alle da vertreten. Ich lese Ihnen das gerne vor. Es wird auch gesagt, das ist widersprüchlich. Es steht wirklich überall eindeutig so drin. Also es ist eher neu, aber darüber können wir ja diskutieren, was Herr Spengel hier vertreten hat 2015, dass man das eben umdreht, dass man da nochmal zurückfährt und sagt: So was kann's nicht geben. Ich möchte mal was anderes sagen. Es wird ja immer gesagt, das entspricht nicht dem Wortlaut. Die Rechtslage ab 2007 - um das mal deutlich zu machen - da haben wir einen Tatbestand in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4. Der soll genau Leerverkäufe betreffen. Da kann ich gerne eine Wortlautauslegung mit Ihnen ausführlich machen. Da gibt's vier Wortlautargumente. Drei gehen unentschieden aus. Drei zu drei. Es könnte also sein - die Ausgangsfrage ist: Setzt das Gesetz voraus, dass bei diesem Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum schon übergegangen ist?

Ich könnte das gerne mit jedem von Ihnen machen, wir können das machen, wir können auch beide Argumente nennen. Es kommt aber - so einen Spielstand wünsche ich mir heute Abend - das 3 zu 4 in der letzten Minute. Da steht drin - da wird ein Leerverkauf über den Dividendenstichtag beschrieben -, dass die Aktien vor dem Dividendenstichtag erworben worden sind und nachher geliefert.

Wenn der Gesetzgeber „gekauft“ reingeschrieben hätte, dann hätten wir noch eine offene Frage. Im Gesetz steht aber „erworben“. Und „erworben“, da hab ich eine Rechtsposition bekommen. Also, im jetzigen Geist des Gesetzes liegt dem das zugrunde, ja. Das hat eine Folgefrage, die man jetzt sagen müsste, wenn das richtig ist, dann ist nämlich gleichzeitig der Satz eins auch noch erfüllt.

Und das ist eine komische Konkurrenzsituation, dass also zwei Tatbestände gleichzeitig erfüllt sind. Und welchen nehmen wir denn jetzt? Da kann ich Ihnen genug Parallelfälle stellen in § 20 Absatz 1 Nummer 9 oder 10, da haben wir reine Tatbestände, die nur für die Erhebung der Kapitalertragsteuer dienen. Also es widerspricht dem auch nicht. Wie gesagt, ich könnte Ihnen das in einer kompletten Auslegung jetzt - - Ich geh da auch mit jedem hier gerne rein, dass das der Geist dieses Gesetzes ist.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Jetzt haben wir die gute Situation, es gibt ja diesen schönen Spruch: „Das Gesetz immer schlauer ist, als dessen Urheber“ - dank Rechtsprechung und Verwaltung und auch der Wissenschaft - möglicherweise ist das einer der Fälle.

Letzte Frage, dann können auch meine Kollegen nochmal nachfragen. Die problematische Situation, die wir juristisch haben, ist ja entstanden mit der Umstellung des Anrechnungsverfahrens auf das Halbeinkünfteverfahren. Wie ist denn unsere deutsche, unser deutscher Umgang mit der Cum/Ex-Problematik im Vergleich zur Situation im Ausland? Hat man sich da irgendwie auch bei der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens und der damit einhergehenden Besteuerung denn auch im Ausland orientiert? Vielleicht können - weiß nicht wer, aus der Wissenschaft vielleicht - Sie, Herr Professor Desens, das kurz beurteilen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also ich glaube nicht, dass das der Ursprung war. Ja, also das ist in der Tat interessant, was der Ursprung war. Dieses klassische Dividendenstripping, das funktioniert hier unterm Anrechnungsverfahren noch viel mehr, weil dann nämlich das Körperschaftsteuerguthaben auch noch gestrippt worden ist. Ich kann mir Folgendes vorstellen: Man hat dieses Halbeinkünfteverfahren - so hieß es damals ja - eingeführt und auch, um diese Missbräuche zu verhindern. Dann da war klassisches Dividendenstripping überhaupt nicht mehr attraktiv. Weniger attraktiv, weil's nur noch um diese Kapitalertragsteuer ging. Und dann sind Leute auf diese Leerverkaufsideen gekommen. Ich möchte aber nochmal dazu sagen: Es gab die-



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

sen Markt dann seit 277 [sic!] und was Herr Krüger da am Anfang vorgelesen hat, diese komische Formulierung mit dieser Ersparung von Domizilgesellschaften. Das sind ja gerade Inhaberverkäufer, nicht? Die zielen drauf ab, die sitzen in Deutschland, und sagen: Wir stehen bereit als Erwerber - potentiell -, wenn's irgendeinen Steuer- ausländer gibt, der aus seiner Sicht diskriminiert wird, weil er eine definitive Kapitalertragsteuer nimmt. Und diese Gestaltung, da können wir auch drüber diskutieren, ist eine andere Gestaltung, da kann man gegen vorgehen. Wir haben jetzt hier die Regelung bei Cum/Cum-Geschäften im Gesetzesentwurf, die stammt, glaub ich, aus Australien; da ist man ganz rigoros, ich glaube, wir haben 45 Tage Frist. Wir sagen, 45 Tage, darüber muss/darf wirtschaftliches und rechtliches Eigentum nicht auseinanderfallen. Man kann gucken, ob das jetzt funktioniert, und das ist eine klare Regelung. Und dann hätte man viele Fälle, glaube ich, böse Fälle erfasst. Ob man da nicht auch nach dem jetzigen Stand auch viele Fälle erfassen wird, die man gar nicht erfassen könnte, das werden sie dann hier im Gesetzgebungsverfahren in der Anhörung dann vielleicht noch sehen, und ob man das dann nicht wieder aufweicht.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, Frau Kollegin.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. Wir haben ja sehr viel heute gehört von der Zäsur des Jahressteuergesetzes 2007 und der Einführung des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 und da schließt sich ja so ein bisschen die Grundsatzdiskussion auch an, nämlich ob der Gesetzgeber in dem Zeitpunkt sozusagen alles getan hat, was damals notwendig war, und deshalb habe ich an Sie die Frage, Herr Dr. Spengel, wenn Sie uns das noch mal erläutern würden, auch Ihre Bewertung. Es ist ja viel dargestellt worden, ob Sie diese Gesetzänderung für sinnvoll und erforderlich, letztlich aber auch für ausreichend halten. Das wäre so die erste Frage, die ich hätte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Da würde ich mir gern ein bisschen mehr Zeit gestatten. Und zwar ist der Ausgangspunkt - ich

hatte es in meinem Eingangsstatement gesagt - ich geh nicht davon aus, dass es jemals eine Gesetzeslücke gab. Ich habe gesagt, sie wurde, wenn sie es denn gegeben hätte, herbeigeschrieben. Es geht hier um die Frage der Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums. Und Herr Desens, Sie haben ja gesagt, Sie würden gern auf meine Ausführungen was erwidern. Also, mein Aufsatz ist in drei Tagen ein Jahr veröffentlicht. Ich habe noch nichts gehört.

(unverständliche Zwischenbemerkung des Sachverständigen Desens)

Machen wir - okay.

Die Zurechnung zum Eigentümer ist in § 39 der Abgabenordnung geregelt und diese Vorschrift besteht unverändert seit 1977. Weiterhin argumentiert, dass man ~~Also~~, alles macht keinen Sinn, da ein doppeltes oder eine Vervielfältigung des Eigentums daraus zu schließen. Man kann sich auch nicht auf diese BFH-Rechtsprechung zu Inhaberkäufen beziehen. Und dann kommt im Jahr 2002 - das wurde schon mehrfach erwähnt, das steht ja auch im Internet - ein Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken. Ich hab das mal im Wortlaut, also zitiert, wiedergegeben, wo erstmalig ~~Vorher habe ich das also erstmalig~~ ~~sozusagen~~ behauptet, dass im Fall eines sogenannten Leerverkaufs, des Sonderfalls, sich das wirtschaftliche Eigentum vervielfältigen kann, weil, das steht drin, fett markiert, also, man muss irgendwie eine Regelung sicherstellen, dass Kapitalertragsteuer einbehalten wird auf Einkünfte, bei denen der Aktienkäufer als wirtschaftlicher Eigentümer und Dividendenbezieher ~~Der Aktienkäufer im Leerverkauf bezieht keine Dividende, der bezieht eine Dividendenkompensationszahlung.~~

Dann wird ein Vorschlag gemacht, der ist dann 2007 Gesetz geworden. Nämlich der Vorschlag, - ich komm gleich dazu - dass eine Dividendenkompensation kapitalertragsteuerpflichtig ist. In dem gleichen Schreiben, das geht aber immer ein bisschen unter, von 2002 sagt der Bankenverband: Den Vorschlag, den ich dir mache, BMF,

*H von einer Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums ausgehen lassen.*

*Twid*

*H S Twid*

*Twid*

*H an sich ist.*



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

der funktioniert nicht, wenn ich eine ausländische Depotbank einschalte. So, also im Nachhinein sind wir jetzt alle schlauer, nicht? Jetzt wissen wir seit 14 Jahren eigentlich, das, was da gemacht wurde, das konnte nie funktionieren, wenn ich's übers Ausland umgehe. Hat man erst 2012 geschlossen. Eine Frage, die sich der Untersuchungsausschuss stellen könnte: Wieso kommt der Bankenverband zu dieser Behauptung? Im Jahr 2002. Wieso? Ich beurteile sie als falsch und ich habe die Vermutung, auf der rechten Seite auch.

(Der Sachverständige blickt zu den Sachverständigen Schmitt, Lotzgeselle und Hallmann)

Jetzt kommt, - und damit sie das sehen - in die Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 - das ist eine Kopie aus der Bundestagsdrucksache, wortwörtlich, also abgeschrieben, ein Plagiat - in die Gesetzesbegründung diese Behauptung des Bankenverbandes.

(Der Sachverständige ruft Seite 39 seiner PowerPoint-Präsentation auf - siehe Anlage)

Und Herr Desens macht sich in seiner Auslegung des Rechts diese Behauptung zu Eigen und sagt: Da hat der Gesetzgeber ja gesagt, ja, das ist so, es kommt zu einer Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums. Diese Formulierung steht in der Gesetzesbegründung unter dem Teil „Allgemein“. Also, da wird was geändert im Gesetz in „Allgemein“. Macht man das aus diesen Gründen?

⑥

Zweite Frage: Wieso kommt das? Das ist sehr ärgerlich. Wieso kommt das in die Gesetzesbegründung? Aber: Die Gesetzesbegründung ist nicht das Gesetz. Das relevante Gesetz, der § 39 Abgabenordnung, der das Eigentum, die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, ändert, wurde nie geändert. Weil, im Einzelnen, im Einzelnen wurde geändert § 20 der - haben wir schon mehrfach drüber gesprochen - die Dividendenkompensationszahlung den Dividenden gleichstellt, damit die der Kapitalertragsteuer unterworfen werden

können. Ab 2007. Das heißt, in Bezug auf die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums hat diese Gesetzesbegründung überhaupt keine Bedeutung. Es gilt das Gesetz. Und außerdem steht sie im „Allgemeinen“ und im Einzelnen wird dann begründet, warum das Gesetz geändert wurde, und im Einzelnen geändert wurde der § 20. Aber der hat überhaupt nichts mit der Zuordnung irgendwelcher Einkünfte zu einer Person zu tun. Er ordnet sie ein in die Einkünftekategorien. Also von daher ist die - Ich habe gesagt, es wurde nach meinem Empfinden viel behauptet von einer großen Gruppe, aber das Gesetz hat sich nie geändert.

Das ist das, was ich mit dem Herbeischreiben einer Gesetzeslücke - Ich meine, die Kollegen rechts von mir, die legen das Recht aus, ja, und ich hab nie ein Hinweis darüber gefunden, dass diese Gesetzesbegründung irgendwas bewirkt. Auch unter anderen Kollegen, also die eine ähnliche Auffassung wie ich vertreten.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Vielen Dank. Ich hab mal noch eine Frage zu einem anderen Komplex, und zwar an Sie, Herr Professor Dr. Schmitt. Herr Hallmann, Sie haben es eben schon angesprochen. Wenn Banken, die selbst Cum/Ex-Geschäfte getätigt haben, dann sich die Bescheinigung selbst ausstellen können über die Kapitalertragsteuer. Und da wäre ich Ihnen dankbar - Sie haben da einmal so zustimmend genickt, habe ich gesehen - wenn Sie uns das auch noch mal etwas erläutern würden aus Ihrer Sicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Nun, der klassische Fall, den man sich so vorstellt, ist, dass die Banken über die Börse die Geschäfte für ihre Kunden erledigen. Da will jemand Aktien verkaufen, da will jemand Aktien kaufen. Und wie die Geschäfte funktionieren, hat ja auch Herr Desens dargelegt. Derjenige, der Aktien verkaufen will, gibt den Auftrag an seine Bank, und die Bank hat dann eben eine Abteilung, die an der Börse aktiv ist. Die gibt dann die Order weiter an die Börse. Letztlich wird das alles geregelt über ein Institut, diese Clearstream AG in Frankfurt. Ich habe das auch nicht gewusst. Ich habe mir erklären lassen, die verwahrt tatsächlich die Banken im Sammeldepot. Die

in in  
in in  
H Geset-  
bes-  
grün-  
dung  
mes-  
heißt.  
H memo.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

schneiden am Tag des Dividendenbeschlusses auch den Coupon. Also das sind alles Dinge, die waren für mich auch ein Stück weit neu, und die Clearstream AG, die nimmt dann eben entsprechende Buchungen vor auf den Depots der verschiedenen Depotbanken. Ja, das muss man sich so vorstellen. Und nun kommt dann letztlich der Kunde über den Kontakt zu seiner Bank entweder zu dem Verkaufserlös oder eben zu der Aktie cum oder ex Dividende mit Kompensationszahlung. Nun kann das natürlich sein, dass die Bank selbst als Käufer auftritt. Dann gibt es keine Depotbank für die Käuferbank. Das ist sie selbst. Sie hat ihr eigenes Depot für sich selbst. Also muss sie auch die Bank sein, weil sie auch Depotbank ist, die den Kapitalertragsteuerabzug bescheinigt. Das ist so vorgesehen, so gestattet und wurde auch so gemacht. Ich habe auch ein bisschen nachfragen müssen an der Stelle, aber das ist so. Ja? Das macht die Sache, ich hab das vorhin ja gesagt, das gibt der Sache wirklich einen zusätzlichen Pfiff.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Ich glaube wir sind dann mit der Zeit um.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, eine Minute hättet Ihr noch.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Dann darf ich vielleicht noch eine ganz kurze Frage stellen. Wir haben eben immer wieder darüber debattiert, wie man denn erkennen kann, ob sich das um einen Leerverkauf handelt. Jedes Papier, jedes Finanzpapier hat eine Wertpapierkennnummer. Und eine klassische Wertpapierkennnummer einer Aktie ist eine andere als bei einer Option oder bei einem Bonus - was weiß ich, was es da alles gibt. Warum konnte man das daran nicht erkennen?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** An wen ist die Frage gerichtet?

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** An Herrn Schmitt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Also, Herr Professor Schmitt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Tut mir leid, da muss ich passen. Das kann ich Ihnen nicht sagen. Das muss ich prüfen.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Kann das jemand anderer beantworten?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dann ist das eine Frage an Herrn Hallmann. Also damit das also auch - - Okay, ja?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Die Wertpapierkennnummer bezeichnet ja nur die Aktie selbst. Unter dieser Wertpapierkennnummer können - was weiß ich - bei Daimler eine Milliarde Aktien laufen. Die sind aber nicht einzeln bezeichnet oder so, dass man die irgendwie identifizieren kann. Das heißt, wenn ich da ein Paket von einer Million Aktien handle, die finde ich nie wieder. Wenn die in derselben Stückzahl weitergehandelt werden, könnte ich sie vielleicht weiter verfolgen. Wenn die zwischendurch gesplittet werden, sehe ich die nie wieder. Also ich weiß nicht, wo die hingen dann mehr. Also das ist völlig unmöglich, daraus den Leerverkauf irgendwie zu finden.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Ja, aber der Leerverkauf kann doch nicht die gleiche Wertpapierkennnummer haben? Auch der Leerverkauf muss doch eine eigene Wertpapierkennnummer haben, oder nicht?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Er hat vielleicht eine Transaktionsnummer bei dem Broker oder bei der, wo er gerade gehandelt wird. Aber die Wertpapierkennnummer ist immer dieselbe, die da drauf steht. Da kann man nichts dran erkennen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke und damit ist in der Tat die Zeit für die CDU/CSU-Fraktion beendet. - Ich darf jetzt an die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überleiten. Herr Kollege Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja, vielen Dank. Ich hab erst mal eine ganz andere Frage, die sich jetzt wenig steuerrechtlich erstmal darstellt. Und zwar gibt es ja



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

zurecht das Bemühen, die Erträge im Nachhinein zu sichern. Und meine Frage ist: Könnte eigentlich heute der Gesetzgeber, das Bundesfinanzministerium, die Finanzaufsicht, irgendjemand etwas tun, um zu verhindern, dass jetzt Unterlagen wegen Aufbewahrungsfrist sozusagen nicht mehr da sind, Verjährung eintritt oder irgendwas. Gibt es da Möglichkeiten? Die Frage richtet sich an alle Sachverständigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** An wen Herr Schick? Das hatte ich jetzt nicht mitbekommen.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** An alle Sachverständigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Okay.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich fang mal an. Die Vorgehensweise der Finanzverwaltungen und der Staatsanwaltschaften ist ja beschrieben worden von uns vorhin. Das ist eigentlich der normale Fall des Aufgriffs. Und ich bin jetzt kein Experte für Finanzaufsicht. Deswegen muss ich jetzt hier ein bisschen spekulieren. Ich sage das extra dazu. Aber wenn solche Aufgriffe getätigt werden, wird meines Erachtens die Finanzaufsicht, also die BaFin, informiert und die stellt dann ihrerseits Fragen. Wenn sich nämlich herausstellen sollte, dass hier nicht nur illegal im steuerrechtlichen Sinne, sondern auch im strafrechtlichen Sinne gehandelt wurde, dann stellt sich die Frage nach der Zuverlässigkeit der Bankenvorstände und dann stellt sich die Frage nach der Zulassung des Instituts. Also das geben die Regeln schon her.

Man spricht ja auch im Rahmen der politischen Diskussion immer wieder über Gesetzesinitiativen, die Voraussetzungen an die Zulassungen der Banken zu verschärfen. Das ist eine Frage des politischen Prozesses. Meine Landesregierung wollte das immer, hat sich dafür ausgesprochen. Im Moment muss man sich im Rahmen der geltenden Gesetze bewegen, und meine Anregung wäre einfach hierzu auch, die BaFin zu befragen und vielleicht auch das BMF. Also, konkreter kann ich jetzt die Frage nicht beantworten.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Wir haben in Deutschland eine zehnjährige Verjährungsfrist - sowohl steuerlich, wie jetzt auch dankenswerterweise strafrechtlich bei großem Ausmaß. Problem sind natürlich ausländische Gesellschaften. Ausländische Broker haben völlig andere Aufbewahrungsfristen. Englische Broker haben, glaube ich, sechs Jahre Aufbewahrungsfrist. Das heißt, da haben Sie, glaube ich, keinen Einfluss drauf, dass die ihre Unterlagen vernichten, so dass uns damit nicht geholfen ist.

Des Weiteren: Bei Steuererklärungen inländischer Gesellschaften, wo es zum Anrechnungsverfahren kommt - das heißt, im Abrechnungsteil wird die Kapitalertragsteuer gegengerechnet -, steht nur eine fünfjährige Verjährungsfrist. Das heißt, da haben wir auch Probleme. Das heißt, wie ich am Anfang gesagt habe: Wir arbeiten gegen die Zeit.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Und das könnte man jetzt nicht ändern, hemmen oder in irgendeiner Form - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also, die Frage ist, wir haben da jetzt eine zehnjährige Frist. Man kann immer was ändern. Man müsste rückwirkend diese Frist verlängern. Da haben wir aber ein verfassungsrechtliches Problem, wenn Sie ein rückwirkendes Gesetz machen. Das ist jetzt eine Frage. Müsste man drüber nachdenken, ob das generell unzulässig ist oder unter besonderen Voraussetzungen. Die kann ich jetzt so aus dem Stegreif nicht beantworten. Aber das wäre die Rechtsfrage, die man dann beantworten müsste.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Darf ich ergänzend noch was sagen, Herr Vorsitzender? Es ist ja so, dass die Fälle, die derzeit aufgearbeitet werden, nicht taufersch sind. Das sind ja keine Fälle aus 2012 oder 2013. Die gehen ja zurück bis 2008/2007, und die sind zumindest steuerrechtlich deswegen offen, weil die Steuerbescheide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangen sind, so dass sich die Banken-BP diesen Fällen widmet. Wobei jetzt eben offenkundig ist, dass es diese Art von Geschäften gibt, gibt es auch Anlasspunkte, da näher hinzuschauen.



### Nur zur dienstlichen Verwendung

Also, jeder Bankenbetriebsprüfer wird jetzt im Vorhinein schauen, wie sich die Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanträge entwickelt haben. Das wird man tun, und in dem Augenblick, in dem das außergewöhnlich ist, wird man wahrscheinlich auch relativ schnell zu einer Eröffnung des Strafverfahrens kommen. Weil ein Betriebsprüfer kann es nicht auf seine Kappe nehmen, weiter zu ermitteln, wenn da beispielsweise Steuerhinterziehung in diesen dreistelligen Millionenbeträgen, wie wir es heute gehört haben, in Frage steht. Also, dann kommt man doch noch relativ zügig auch an alte Fälle heran. Die Frage ist natürlich, ob noch alle Unterlagen da sind. Das sind dann die Mühen der Praxis, nicht. Da hat dann das EDV-System gewechselt, da ist dann die Buchführung erlaubterweise ausgelagert ins Ausland, da ist der Kollege, der das betreut hat, ausgeschieden und, und, und. Aber da gibt es auch Unterschiede. Es gibt da auch Institute, die da mitarbeiten. Aber das ist in der Tat mühsam. Herr Hallmann hat's vorhin beschrieben, einen Fall aus Bayern, wenn ich das richtig mitgekriegt habe. Da hat es fünf Jahre gedauert. Das kann schon sein.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Weitere Fragen? Sie haben noch zwei Minuten.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ich habe noch eine Frage an Herrn Schmitt. Sie haben jetzt argumentiert über die rechtliche Einschätzung der Lage. 2005 hat das Finanzministerium ja den Ländern sozusagen diesen Vorschlag des Bankenverbandes weitergeleitet. Das ist sozusagen die Vorbereitung dann der Gesetzgebung für das Jahressteuergesetz 2007. Haben Sie damals, Sie oder Ihr Haus, diese Rechtsauffassung auch schon dargelegt, oder ist es damals nicht zu einer entsprechenden Intervention gekommen?

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, wir haben das damals nach meiner Erinnerung intern nicht diskutiert. Wenn sie eine Vielzahl von Steuergesetzgebungsverfahren zu begutachten haben, da schauen sie sich an, was wird damit bezweckt? Der Zweck des Gesetzes wird klar, wenn man sich die Begründung im Besonderen Teil an-

schaut. Man wollte auf die Kompensationszahlung auf jeden Fall garantiert Kapitalertragsteuer erhoben haben. Und da macht man dann einfach als Landesfinanzministerium einen Haken dran, sagt seinem Minister: Stimm da im Finanzausschuss bitte zu; das ist vernünftig. Ich halte es auch heute noch für vernünftig. Man kann allenfalls sagen - ex post-Betrachtung: Es war nicht ausreichend. Dem würde ich dann zustimmen. Aber wir haben das damals nicht problematisch gesehen. Wir haben das so gesehen wie der BMF, und nach dem Bericht meiner Fachleute war in der zuständigen Arbeitsgruppe - das waren die Referatsleiter Einkommensteuer - die Meinungen einmütig, einhellig, also spricht 16 zu 0. Jeder fand das gut, dass man da was unternimmt, und dann macht man das.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Keine Fragen mehr? - Dann darf ich gleich zur SPD überleiten. Herr Schwarz.

**Andreas Schwarz (SPD):** Recht herzlichen Dank, Herr Vorsitzender. Mich würde vor allem mal die Bedeutung der Gutachten interessieren, die erst nach 2012 auf den Tisch kamen, das heißt, die, die hier Steuerberater, Rechtsanwälte, Steuerfachanwälte oder auch Wirtschaftsprüfer erstellt haben. Wie gesagt, die kamen ja erst 2012 dann mehr und mehr auf den Markt. Und da würde ich gerne von Herrn Spengel wissen: Haben Sie bei Ihrer Befassung mit dem Thema eine Erklärung dafür gefunden, warum die Initiatoren dieser Cum/Ex-Geschäfte nicht, wie es an und für sich auch in Anbetracht der Risiken, die wir ja gehört haben, und auch der Dimension dieser Geschäfte üblich und naheliegend wäre, vorab mal mit den Finanzbehörden sich da mal ins Benehmen setzten und mal Meinungs austausch über die Anerkennung von diesen Gestaltungsmodellen abklärten? Und die andere Frage ist natürlich auch: Steuer- und möglichst strafrechtliche Konsequenzen hätten ja die Beteiligten letztendlich dann vermeiden können, zumal sie ja, zumindest angeblich, von der Rechtmäßigkeit ihres Tuns ja sehr überzeugt waren.

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ich möchte jetzt Ihre Zeit oder die Fragezeit nicht überstrapazieren. Ich war nie an der Erstellung oder irgendwelcher





## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Gutachten beteiligt. Das heißt, ich habe auch keine Kenntnis darüber. Alles wäre Spekulation, warum diese Gutachten erstellt worden sind.

**Andreas Schwarz (SPD):** Vielleicht aus der Praxis jemand, der Erkenntnisse hierzu hat?

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich darf vielleicht ergänzen. Uns sind diese Gutachten nicht bekannt. Wir wissen, dass es solche Gutachter gab. Ich verweise auf die Fernsehsendung, in der ja der Herr Berger, der als Mit-Initiator eines großen Modells galt - zusammen mit der Sarasin-Bank, sagt: Alles sei abgeklärt gewesen mit einem steuerfachlichen Experten, und er hätte zu jedem einzelnen Schritt Rechtsgutachten. Mich würde das auch mal interessieren, wer dies begutachtet hat und wer das war. Wir wissen das nicht. Ich bin ja auch gefragt worden, ob sich die Betroffenen mit solchen Gutachten uns gegenüber verteidigen. Bisher ist das jedenfalls in meinem Zuständigkeitsbereich nicht geschehen. Man legt Einspruch ein, man verweist auf die Fachpresse und hofft auf die Gerichte. In der Zwischenzeit ist es schwierig bei den Finanzgerichten, man hofft auf den BFH. Vielleicht kommt er ja noch zu Wort.

**Andreas Schwarz (SPD):** Trotzdem möchte ich da gerne in dem Bereich noch mal nachhaken. Besteht Kenntnis darüber: Banken sind ja auch organisiert, strukturiert, die haben Compliance, die haben eine interne Revision - haben diese Stellen bankintern sich mit diesen Gutachten auseinandergesetzt oder als Handlungsgrundlage genommen? - An die Fachwelt.

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich kann dazu keine allgemeingültige Antwort geben. Ich habe nur in Vorbereitung dieser Anhörung mit einem Bankenbetriebsprüfer gesprochen. Er hat mir gesagt, dass er in einem Fall ein solches Gutachten in den entsprechenden Unterlagen der Bank gesehen hat. Weiteres kann ich hier nicht sagen. Ich bitte um Verständnis. Der Herr Vorsitzende hat am Anfang auf das Steuergeheimnis hingewiesen.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** In den Fällen, wo Wuppertal geprüft hat, wurden keine Gutachten eingereicht. Die Bank war in beiden

Fällen äußerst bemüht, ihre Probleme selbst aufzuarbeiten, hat das auch umfangreich getan. Aus den Unterlagen, die eingereicht worden sind, kann man aber ersehen, dass die Abteilungen innerhalb der Bank unterschiedlich eingebunden waren. Die Rechtsabteilung war üblicherweise nicht eingeweiht. Die wurde nur eingebunden, wenn es zu Problemen bei den Geschäften kam, wenn irgendein Geschäft nicht geklappt hat und jemand Schadensersatz geltend machte, weil er nicht beliefert worden ist oder so was. Dann wurde die Rechtsabteilung eingeschaltet.

Die Wertpapierabteilung war natürlich eingeschaltet, ebenso im Käuferfall die Kreditabteilung, denn die musste ja das Geschäft vorfinanzieren. Sie kauft ja eine Aktie und hat die erst fünf, sechs Tage geliefert bekommen. Da wurden Kredite von 500 Millionen mal eben rausgegeben, und diese Kredite waren auch durchaus dem Kreditvorstand vorzulegen, weil die so hoch waren, so dass man da auch im Vorstand durchaus eine gewisse Kenntnis voraussetzen kann dieser Geschäfte.

Die Controlling-Abteilung. Kann sein, die hat turnusmäßig Abteilungen geprüft und ist auf Einzelsachverhalte eingegangen, wenn die bekannt wurden.

Compliance-Abteilung. Eher nicht, weil, meines Wissens gibt es in der Compliance-Abteilung einer Bank Vorschriften, dass Geschäfte verboten sind, aus denen man Verluste erwirtschaftet. Von daher, denke ich mal eher nicht, dass die Compliance-Abteilung eingebunden worden ist, weil die dann hätte feststellen müssen, dass es Geschäfte sind, die eigentlich Verluste erwirtschaften, weil ja auch - - Es kommen Bankgebühren - - Normalerweise kommt man nur auf null mit allem, mit Steuererstattung und so weiter. Hinzu kommen natürlich Bankgebühren und Kreditgebühren, so dass man eher im negativen Bereich ist, und diese Geschäfte wurden der Compliance-Abteilung nicht vorgelegt.

Ob die Revision eingeschaltet war, ist uns nicht bekannt.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Vorstand. Hatte ich schon gesagt, wahrscheinlich ja, zumindest aber dem Kreditvorstand. Auch wenn die Vorstände zusammenkommen und sich die Gewinnbeteiligung der einzelnen Abteilungen ansehen, hätte vielleicht auffallen können, dass diese Abteilung extrem hohe Gewinne macht gegenüber allen anderen Abteilungen, insbesondere in Zeiten, wo es mit den Aktien schlecht gelaufen ist. Hätte auffallen können; ist es scheinbar nicht.

Aufsichtsrat. Kann ich mir eigentlich nicht vorstellen.

Natürlich die Steuerabteilung, die die Steuererklärungen erstellen und diese Steuerbescheinigung mit einreichen musste. Die natürlich auch.

**Andreas Schwarz (SPD):** Gut, dann habe ich noch eine Frage an Herrn Lotzgeselle. Sie sind ja der Praktiker letztendlich, der dann Recht spricht. Stimmen Sie mir zu, dass dann die Beauftragung von solchen unveröffentlichten Schubladengutachten zumindest bei denen, die das in Auftrag gegeben haben, schon ein ausgeprägtes Problem- und vielleicht sogar Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Geschäfte verursachen lässt, denn das könnte ja letztendlich auch strafrechtliche Bedeutung haben. Würden Sie meine Einschätzung so teilen?

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Na, ich habe das ja nur von der steuerrechtlichen Seite zu beurteilen. Und in den Fällen, die mir vorgelegt worden sind, habe ich keine solche Gutachten vorgelegt bekommen. Das ist einfach eine Frage des Strafrechtes, und da muss man dann abwägen, wie man das beurteilt. Ich denke, man muss auch bei Vorlage solcher Gutachten noch eine Gesamtwürdigung des Wissensstandes der Betroffenen gleichwohl noch vornehmen, um da nach dem bedingten Vorsatz zu fragen.

**Andreas Schwarz (SPD):** Gut, dann würde ich mal den Themenkomplex verlassen, wenn ich noch Redezeit habe und zu - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, neun Minuten.

**Andreas Schwarz (SPD):** Ach so, prima, da kriegen wir noch viel hin hier. Zu den Ergebnissen der Prüfung der Cum/Ex-Geschäfte durch die Finanzverwaltung. Da hätte ich Fragen an Professor Dr. Schmitt und an Herrn Hallmann. Da wir uns jetzt mit den Erkenntnissen aus der Prüfung der Cum/Ex-Geschäfte durch die zuständigen Behörden der Finanzverwaltung beschäftigen, habe ich jetzt da, wie gesagt, ein paar Fragen, und zwar hat ein Vorstandsmitglied der Citigroup vor kurzem der Presse gestanden, die umfangreichen Aktientransaktionen zum Dividendenstichtag hätten eine rein steuerliche Intention gehabt. Der Presse konnte man dann noch weiterhin entnehmen, dass die Finanzmarktakteure mit Anpassungen ihrer Gestaltung reagierten, als die Abwicklung der Cum/Ex-Geschäfte über Auslandsbanken bekannt wurde und die Finanzverwaltung diesbezügliche Gegenmaßnahmen ergriff. So soll beispielsweise die britische Barclays Bank die Geschäfte in Zeiten großer Handelsumsätze verlegt haben, um Absprachen zu verschleiern. Können Sie auf Grundlage der Untersuchungen der Betriebsprüfer und Steuerfahnder diese Aussagen bestätigen?

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, ich bitte um Verständnis: Ich habe meinen Zuständigkeitsbereich in Baden-Württemberg, und Ihre Frage würde im Grunde bedingen, dass man eine bundesweite Erhebung macht. Es gibt ja jetzt Fälle, die über ausländische Fonds gelaufen sind, und wir haben diese Hinweise durch den Datenankauf des Landes Nordrhein-Westfalen, und das heißt derzeit, seit einigen Monaten wird die Aufarbeitung dieser Fälle bundesweit organisiert über das BZSt. Ich glaube, zusammen mit Nordrhein-Westfalen, ja?

(Der Sachverständige blickt in Richtung des Sachverständigen Hallmann)

Und dann hat man vielleicht weitere Erkenntnisse, die dann auch uns bekannt werden. Im Übrigen kann ich dazu jetzt nichts sagen.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Auch von mir ist dazu keine Antwort möglich.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

**Andreas Schwarz (SPD):** Der erwähnte frühere Vorstand dieser Citigroup warf der Finanzverwaltung vor, die Betriebsprüfer hätten die Bedeutung dieser umfangreichen Aktientransaktionen zum Stichtag nicht erkannt und die Cum/Ex-Geschäfte deshalb auch niemals hinterfragt. Im Prinzip wirft er ja hier der Verwaltung oder der Steuerverwaltung vor, sie hätten da nicht richtig reagiert. Wäre es wirklich so leicht gewesen, diese Geschäfte zu identifizieren, und falls ja, haben die Finanzverwaltungen der Länder aus den Geschehnissen inzwischen Konsequenzen für die Vorgehensweise bei Betriebsprüfungen gezogen?

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, erstens es war überhaupt nicht leicht, diese Geschäfte zu entdecken. Das war jedenfalls nach der Information meiner Konzernbetriebsprüfungsstelle in Stuttgart, die für die Bankenbetriebsprüfung auch zuständig ist, ausgesprochen schwierig. Ich darf das an dieser Stelle noch mal wiederholen. Es müssen die Aktiendepots der Banken untersucht werden, die sich täglich ändern. Und aus diesen Zahlen, aus diesen ungeheuer vielen Zahlen müssen Sie versuchen, die Leerverkäufe zu identifizieren. Mir ist berichtet worden, dass das in einem Fall in Zusammenarbeit mit dem geprüften Institut gelungen ist. Man hat ein Fachprogramm erstellt, so sagen das die Betriebsprüfer, und das musste eigens programmiert werden. Dass so etwas nicht initiiert wird von der Veranlagungsstelle, der die Kapitalertragsteuerbescheinigungen vorgelegt werden, ich glaube, das muss ich nicht mehr weiter erläutern. Nachdem jetzt dieses Modell, diese Cum/Ex-Verkäufe bekannt sind, schauen die Bankenbetriebsprüfer selbstverständlich bundesweit genau drauf. Wie aber eben auch schon gesagt worden ist, die Banken haben natürlich auch die Ampel auf rot gesehen und gehen jetzt selber zum Finanzamt und sagen: Ja, wir haben Cum/Ex-Geschäfte gemacht, aber das war ja alles in Ordnung. Und sie zahlen die Steuer zurück. Es gibt ja auch eine relativ gute Verzinsung durch den Staat, diese 6 Prozent, die ja im umgekehrten Fall sehr kritisiert werden von den Steuerbürgern. Und insoweit haben sie einerseits mit dieser Nacherklärung möglicherweise auch eine strafbefreiende Selbstanzeige abgegeben und zum zweiten, wenn sie gewinnen am Ende vor Ge-

richt, bekommen sie das Geld wieder nebst entsprechender Verzinsung. Das ist eine Vorne-Verteidigung, das ist eine Vorwärts-Strategie, denn diese Geschäfte lassen sich in der heutigen Zeit, bei der heutigen Kenntnis auch der Öffentlichkeit und bei der heutigen Stimmung, auch was solche Geschäfte betrifft, nicht mehr unter der Decke halten. Da geht nur noch die Strategie: Ja, wir waren auch - aber wir glaubten - und jetzt machen wir erst mal alles gut, aber dann machen wir es rechtlich detailliert bei Ihnen

(Der Sachverständige blickt in Richtung des Sachverständigen Lotzgesselle)

oder beim Bundesfinanzhof. Aber selbstverständlich, die Ermittlungen laufen. In großen Fällen ist regelmäßig der Staatsanwalt, nicht nur die Steuerfahndung als, ja, Steuerkriminalpolizei der Finanzverwaltung, befasst. Sondern das sind Fälle größeren Ausmaßes. Da ermittelt die Justiz. Das sind gar nicht mehr wir, das ist dann die Staatsanwaltschaft. Herr Hallmann und seine Kollegen sind dann Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, wie man das nennt, und unserem Steuerzugriff, wenn man so will Steuerbehördenzugriff, entzogen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Noch weitere Fragen?

**Andreas Schwarz (SPD):** Habe ich noch?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, drei Minuten 20.

**Andreas Schwarz (SPD):** Dann hätte ich noch mal zwei Fragen an Professor Schmitt und Herrn Hallmann, und zwar geht es da um die Frage, ob Betriebsprüfer und Steuerfahnder generelle Feststellung zur Ertragsgestaltung der Cum/Ex-Geschäfte treffen konnten? Gab es zum Beispiel Querfinanzierung durch Darlehensvergaben, und welche Finanzmarktinstrumente wurden letztendlich genutzt, um Gewinne oder auch Gewinnaussichten abzusichern?



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ich kann leider für die Steuerfahndung Wuppertal nur sagen, dass wir mit der Betriebsprüfung noch nicht zusammengearbeitet haben, weil wir nur die Erstattungsanträge ausländischer Gesellschaften zurzeit prüfen. Aber man kann feststellen, dass sämtliche Absicherungsmöglichkeiten genutzt wurden, das heißt Future-Geschäfte, Optionsgeschäfte, Swap-Geschäfte, um diese Geschäfte abzusichern, die ja auch der Gewinnverteilung der Kapitalertragsteuer quasi dienen zwischen den Beteiligten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Die Betriebsprüfung wird wie folgt vorgehen: sie wird Cum/Ex-Geschäfte versuchen zu identifizieren, was schwierig ist, wie ich gesagt habe. Wenn sie die identifiziert hat, wird sie regelmäßig die Steuer festsetzen. Natürlich wird sie auch fragen nach zugrundeliegenden Absprachen, Verträgen und entsprechenden, ja, Vertragsbeziehungen zu allen möglichen Beteiligten, die, wenn sie die Cum/Ex-Geschäfte identifiziert hat, teilweise ja auch offenbar werden. Teilweise. Aber, irgendwann wird sich möglicherweise die Betriebsprüfung auf den Standpunkt stellen, der Kapitalertragsteuerabzug ist nicht nachgewiesen; er wird hiermit versagt.

Aber, um das noch einmal zu sagen, regelmäßig, wenn es sich um solche großen Fälle handelt, ist die Steuerfahndung ebenfalls tätig. Wie Herr Hallmann schon gesagt hat, das sind dann zwei verschiedene Verfahren. Zum einen das steuerrechtliche Ermittlungsverfahren über die Betriebsprüfungsstelle und zum anderen eben die Steuerfahndung, die Staatsanwaltschaft, die strafrechtliche Ermittlungen vornimmt. Teilweise interessieren beide die gleichen Sachverhalte, wobei die Betriebsprüfung üblicherweise früher aufhören kann als die strafrechtliche Ermittlungsstelle. Weil sie muss die subjektive Seite nachweisen, sie muss die Beteiligten identifizieren. Es gilt die Unschuldsvermutung, hier muss der Staat die Schuld, das heißt die Steuerhinterziehung, beweisen. Das ist im Steuerrecht über die Umkehrung der Beweislast, wie Herr Lotzgeselle vorhin gesagt hat, anders.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Jetzt ist noch ein rudimentärer Rest von 40 Sekunden auf den --

(Andreas Schwarz (SPD) erklärt Redezeitverzicht)

Gut. Wunderbar. Dann haben wir die erste Berliner Stunde oder die sogenannte Berliner Stunde gemeistert. Jetzt kommen wir in die verabredete offene Fragerunde. Da habe ich zwei Wortmeldungen. Einmal des Kollegen Dr. Schick und dann des Kollegen Güntzler, die ich auch gleich noch aufrufen werde. Als Drittes dann des Kollegen Pitterle. Wobei ich noch informationshalber sagen möchte: so gegen 17.10 Uhr würde ich die Sitzung unterbrechen, weil so gegen 17.20 Uhr --

(Unruhe im Saal)

Nach meiner Information 17.23 Uhr. Dann bitte ich das einfach mal zu kontrollieren, sonst müssten wir jetzt gleich -- Also kurzum, wir werden ganz aktuell den Zeitpunkt ermitteln, um dann nicht noch in für uns kostenpflichtige Tatbestände hineinzuwachsen, ja? - Herr Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Danke schön. Ich würde gerne Professor Desens und Professor Spengel noch mal fragen zu dem Punkt, den Kollege Schwarz schon aufgeworfen hat, nämlich der Begutachtung. Mich würde interessieren, ob Sie Vorträge gutachterlicher Beratungstätigkeit oder Publikationen zu diesem Thema in den letzten Jahren gemacht haben? Und ob das finanziell vergütet oder im Rahmen sozusagen Ihrer normalen Forschungstätigkeit war, also nicht drittmittelfinanziert oder privat finanziert. Und ob Sie in dieser Tätigkeit gegebenenfalls Kontakt hatten und zusammengearbeitet haben mit Leuten, die jetzt angeklagt sind im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Fällen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Also, ich habe keinen Kontakt zu den Leuten gehabt. Ich habe letztes Jahr einen Aufsatz zu dem Thema veröffentlicht im „Deutsches Steuerrecht“ [401,25 Euro brutto bekommen dafür. Vorträge habe ich unvergütet gehalten gegenüber

Tand  
Hort



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Richtern, Studenten, Freunden der Universität Mannheim.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich bin ja 2012 mit dem ersten Aufsatz zu diesem Thema gekommen. Hab den - damals waren es sechs Leute in der Literatur - denen diesen Aufsatz vorab geschickt. Das war eine ganz spannende Situation. Es war einer aus der Finanzverwaltung. Ich habe nämlich den Aufsatz geschickt mit dem Hinweis, lass uns doch mal ein Symposium darüber machen. Und die Folge war, dass ich eine Information bekommen habe, also von einem Vertreter der Finanzverwaltung, gesagt: ja, interessant, aber ich darf da nichts zu sagen. Und ein zweiter Vertreter der Finanzverwaltung hat gleich eine Replik geschrieben auf den Aufsatz. Und ich habe auch noch Praktiker angesprochen. Und da habe ich auch einige kennengelernt.

Es ist sehr schwierig, die Leute kennenzulernen. Ich kenn allerdings nur auf diesem Wege Leute, die im Zusammenhang mit den Erwerbem stehen. Ich habe noch nie in diesem ganzen Bereich irgendjemand, der diese dubiosen Leerverkäufer sind. Ich habe versucht, in diesem Bereich da auch immer Informationen zu bekommen. Und es gibt ein Dokument, wo mal so ein Leerverkäufer dokumentiert ist. Das ist ein Dokument, ein internes Dokument mal übersetzt vom BMF, mit einer britischen Bank. Das habe ich mal bekommen. Aber die kenn ich nicht. Da kenn ich also diese Umstände.

Und später hab ich auch -- In diesem Rahmen bin ich immer zu Einzelfragen auch gekommen, ob ich da -- Vorträge habe ich gehalten. Ja? Also unterschiedlich vergütet, wie das ist, oder auch manchmal umsonst, um über die Rechtslage zu informieren. Alles in den Jahren 2013/2014. Um die Streitigkeit ... (akustisch unverständlich). Einmal war Herr Lotzgeselle dabei, bei der Norddeutschen Finanzgerichtstagung. Wir diskutieren diese Themen und, ja, einzelne Fragestellungen. Ich kann zum Beispiel sagen, ich, ich -- Das kann man, glaube ich, sagen, ist aktuell da die Situation, dass sich die strafrechtlichen Verfahren den steuerrechtlichen überholen. Also, ich bin da ein harter Verfechter. Wir müssen diese steuerrecht-

lichen Fragen klären, ja? § 370 AO setzt einen objektiven Tatbestand voraus, dass hier erstmal eine Steuer entstanden ist, nicht.

(Akustisch unverständliche  
Zwischenbemerkung des  
Abg. Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS90/DIE  
GRÜNEN)

Gut. Und da geht es zum Beispiel um die Frage, ist es zweckmäßig, jetzt eine Untätigkeitsklage zu erheben. Das ist zum Beispiel eine Gutachtenfrage, in diesem Fall.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja bitte.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Herr Desens, ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie meine Frage nochmal präzise beantworten würden in Bezug auf die Höhe von Vergütungen. Und wer sozusagen die Zusammenarbeit - also das haben Sie jetzt relativ abstrakt gehalten, aber ich habe konkret gefragt - ob das mit Leuten, die jetzt in diesem Zusammenhang angeklagt sind. Weil ja der Vorwurf im Raum steht, ob teilweise die gutachterliche Tätigkeit eine ist, die gezielt eine Rechtsmeinung verbreitet hat, um bestimmte Verfahren auch in die eine oder andere Richtung zu lenken. Und deswegen ist das hier für uns von Interesse und ich möchte Sie bitte präzise zu antworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich will das mal so formulieren, ohne jetzt Namen zu nennen, ja? Das ist wichtig, ja? Also ich kenne Leute auch, gegen die da in diesem Bereich ermittelt wird, ja?

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Und haben mit denen zusammengearbeitet bei der Erstellung von Expertisen zum Thema Cum/Ex?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Nein, nicht zusammengearbeitet. Ich habe da Gutachtaufträge bekommen von verschiedenen Leuten. Immer zu konkreten Fragen, ja, zu konkreten Fragen. Und habe da meine Stellungnahme abgegeben dazu. Allerdings nicht, was es ja auch gibt,





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

nach meiner Vermutung dankenswerterweise gefragt -, dass das den Beteiligten nicht recht gewesen wäre. Und das spielt natürlich bei der Gesetzgebung auch eine Rolle, zumal wenn man nicht weiß, und, wie ich auch meine, nicht wissen kann, dass das weitergeht in noch größerem Umfang, wie wir heute denken.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Dann habe ich jetzt noch anschließend noch eine Frage des Kollegen Pitterle. Dann, nach dieser Antwort würde ich wahrscheinlich die Sitzung unterbrechen. Herr Pitterle.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ja, ich möchte nochmal zu diesem Aspekt kommen mit den Steuerminderungen. Durch die Änderung von 2006 ab 2007. Ich lese hier auf der Seite des G-Investors, also Geldinvestors. Da steht:

Bis Ende 2008 kam noch das Halbeinkünfteverfahren zum Tragen, welches 2001 beschlossen wurde. Der Anleger war nur mit dem halben Betrag steuerpflichtig, die andere Hälfte war steuerfrei.

Und das betraf ja bekanntlich die Dividenden. Jetzt wird diese Dividendenkompensationszahlung gleichgestellt den Dividenden. Das bedeutet doch bei diesem Umfang an Transaktionen, dass diese Kompensationszahlungen, die bisher mit 100 Prozent zu versteuern waren, für die musste man jetzt zwar die Kapitalertragsteuer abführen, aber sie wurden ja auch dann nur mit dem halben Betrag steuerpflichtig. Und, wie gesagt, nochmal die Frage - ich würd sie an Herrn Professor Schmitt stellen, aber auch an Herrn Professor Desens, weil er vorher gesagt hat, er könnte sie beantworten -, wieso steht irgendwo in der Gesetzesbegründung nichts davon, dass durch diese Maßnahme auch es zu Steuerminderung kommt für den Fiskus?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Wieso da in der Gesetzesbegründung hierzu nichts steht, kann ich Ihnen nicht sagen. Das weiß ich nicht. Ob es tatsächlich zu Steuerminderungen kommt, das müsste man auch einmal untersuchen. Das würde ja voraussetzen, dass die Dividendenkompensationszahlung auch zu 100

Prozent als steuerpflichtig erklärt wurde von den entsprechenden Empfängern. Da müsste man mal hingucken. Das wäre nach der heutigen Erkenntnis auch ein Feld für die Betriebsprüfung, sich das mal anzuschauen. Wenn die Dividendenkompensationszahlung als Kapitalertrag wie eine Dividende steuerrechtlich zu behandeln ist, dann findet auch § 8b Absatz 1 KStG bei Körperschaften Anwendung. Das heißt, im Prinzip steuerfrei. Und bei anderen Steuerpflichtigen hätten wir das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nummer 40 EStG. Das trifft zu. Insoweit vermute ich, dass Sie Recht haben. Aber ich habe bis heute über diese Frage noch nicht nachgedacht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann Sie in der Tat beantworten. Wenn das nicht wie eine Dividende gleichgehalten ist, wäre das bei einer natürlichen Person in der Regel steuerfrei, ja, vereinnahmt. Das sind aber nicht die Fälle. Es geht immer um den Erwerber hier dieser Aktien. Das sind immer Körperschaften. Und da haben wir eine Vorschrift § 8b Absatz 1 KStG. Danach sind eigentlich auch die Dividenden bis auf 5 Prozent steuerfrei. Das sind aber auch nicht die Fälle. Hier sind die Fälle, dass diese Erwerber, wenn das inländische Erwerber sind - ja, das ist so ein Beispiel, was Sie gesagt haben -, also diese Dividendenarbitrage-Geschäfte machen. Das sind sogenannte Finanzunternehmen nach § 8b Absatz 7 KStG. Die sind voll steuerpflichtig mit ihrem Betriebsvermögen unabhängig davon, ob sie eine Dividendenkompensation oder eine Dividende einnehmen. Und, das ist so ein bisschen, was immer schief geht. Die zahlen schon Steuern. Die müssen auch voll steuerpflichtig sein aus dem einen Grund, weil die erwerben die Aktie ex, äh, cum Dividende. Der Kurs sinkt. Und die nehmen eine Teilwertabschreibung darauf vor. Und die verkaufen sie dann günstiger. Sie müssen also hier diesen Verkauf, den sie da haben, auch voll steuerpflichtig verrechnen können. Den Verlust, der da entsteht, oder die Teilwertabschreibung, wenn sie es noch länger halten. Aber meistens verkaufen sie sofort. Also das muss voll steuerwirksam sein, um die eingangs beschriebene Neutralität allein aus diesen Aktiengeschäften herzukriegen. Sprich: Neutralität erst, wenn die Kapitalertragsteuer erstattet



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

wird. Das steht hier auch bei mir ausführlich. Isoliert betrachtet, ist das ist ein Nullsummenspiel. Die Arbitrage entsteht bei denen allein durch das Future-Geschäft. Und die werden auch voll besteuert übrigens, diese Future-Arbitrage. Ich habe das bei mir mit ausführlichen Rechenbeispielen mit so einem Finanzunternehmen und auch mal mit einem US-Pensionfonds aufgeschrieben, wie die steuerlichen Wirkungen da sind.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Und jetzt meine Entschuldigung an Sie alle, meine Herren. Wir müssen leider unserer anderweitigen Pflicht genügen, sprich, an einer Abstimmung des Deutschen Bundestages teilnehmen. Ich unterbreche daher die aktuelle Sitzung bis zehn Minuten nach der namentlichen Abstimmung. Dann treffen wir uns hier wieder und setzen die Tagesordnung fort. Ich habe noch die Kollegen Schwarz, Schick und Hirte aktuell auf der Rednerliste.

(Unterbrechung der Sitzung  
von 16.58 Uhr bis 17.34  
Uhr)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Erst mal herzlichen Dank, dass Sie die Zwangspause so duldsam ertragen haben, aber das ist parlamentarischer Alltag. Wir treten also wieder in die Sitzung des heutigen Untersuchungsausschusses ein -, auf meiner Rednerliste habe ich noch den Kollegen Schick und den Kollegen Hirte; der Kollege Schwarz hat zurückgezogen. Herr Kollege Pitterle hat sich noch mal gemeldet. Das wären die drei. Und ich darf insofern noch informationshalber anfügen, dass Professor Schmitt um 18.30 Uhr, glaube ich, spätestens - das ist möglich, Herr Schmitt, es sei denn, meine Kollegen hier haben noch eine Vielzahl von Fragen an Sie - das Haus, den Ausschuss verlassen müsste, so dass also ich bei der Auswahl der Fragen das ggf. im Hinterkopf zu behalten bitte.

Also informatorisch schon auch gleich erfragt, gibt es außer Herrn Schick, Herrn Hirte und Herrn Pitterle noch weitere Wortmeldungen - es sei denn natürlich, Sie müssen nachfragen oder ergänzende Rückfragen stellen. - Gut, dann kann

ich das jetzt schon mal festhalten. - Herr Kollege Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja danke. Soll ich dann jetzt gleich eine Liste von Fragen - - Nein, wir machen das schon nacheinander, ist ja wahrscheinlich besser.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, ja, machen Sie alles.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Klar. Ich hätte eine Frage an Herrn Desens. In Ihrem Aufsatz „Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen“ lassen Sie so den Vorwurf durchklingen, dass man die Banken subventionieren wollte, indem man sozusagen diese Cum/Ex-Geschäfte hat laufen lassen. Ich wollte Sie fragen, ob Sie dafür Anhaltspunkte oder Belege haben oder habe ich Sie da völlig missverstanden? Oder wie erklären Sie es sich es, vielleicht auch anders, als ich das verstanden habe?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Herr Desens bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Die Wendung heißt süffisant: subtiler kann man Banken nicht subventionieren.

Was ist der Hintergrund? Warum sehe ich da auch ein Problem? Das habe ich in meinem Gutachten hier auch dargelegt. Wir haben 2007 eine Gesetzesänderung, die ist - das ist unstrittig - initiiert, also in dieser Form, von dem Bundesverband der Banken.

Wir haben auch schon festgestellt, dass in dieser Gesetzesbegründung drin steht, wir werden das Problem nicht vollständig lösen können. Wir können das nämlich nur lösen für diese Leerverkäufe, weil wir nur bei einer inländischen Depotbank das erheben können. Die Kommunikation geht noch weiter. Es kommen dann noch Tipps: Nein, Ihr müsst noch aufpassen; wenn die Zweigstellen im Inland haben, die müsst Ihr auch noch erheben.

Also es war mir in diesem Moment klar, man kann hier auch dem Bankenverband in dieser Art





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

und Weise nicht den Vorwurf machen, dass sie das Problem, dass wir 2007 in dem Gesetz haben, hier nicht gesehen hat. Das ist also der eine Punkt. Aber ich habe mir dann angeschaut, warum - - Oder sagen wir mal so: Wer ist eigentlich der geheime Profiteur von dieser Regelung von 2007? Und das hängt so ein bisschen mit der unterschiedlichen Rechtsauffassung zusammen, die wir haben. Und wenn man da eben meine Rechtsauffassung hat, ist da mal der Hauptprofiteur die Depotbank des Käufers, des Erwerbers. Warum? Die hatte vorher dieses Problem. Die hatte das Problem, das wir heute lange diskutiert haben. Der Leerverkäufer oder ein Inhaberverkäufer, das können wir nicht erkennen, wir haben da eine Haftungsvorschrift. Und wir müssen da was ändern.

Punkt Zwei: Wir haben ja ein Abwicklungsmechanismus, den wollen wir nur minimal verändern. Also nicht die große Lösung. Ich kann auch nicht sagen, warum man das nicht gemacht hat. Vielleicht wusste man es einfach nicht. Das kann natürlich sein, dass man da - - Hinterher ist man immer klüger. Man hat sich also aber da darauf eingelassen.

Und wer profitierte dann davon? Meines Erachtens, da sehe ich den Fehler von dieser Fiktion in § 45a - und ich darf das gerne noch mal ausführen -, da steht drin, Schuldner der Kapitalerträge ist der Emittent der Aktien.

Das ist das DAX-Unternehmen. Wenn ich das beschreibe, dann meine ich die Kapitalertragsteuer, die eben ganz am Anfang erhoben worden ist von dem DAX-Unternehmen. Das ist eine gesetzliche Fiktion. Ich möchte diese Gelegenheit nutzen mit einem - - Das ist schwierig zu verstehen, aber eine Fiktion bedeutet doch Folgendes - ich muss das mal runterbrechen, weil es schwierig ist -:

§1: Die Damentoilette ist nur von Damen zu betreten.

§2: - -

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Das war nicht meine Frage.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Da sehe ich den Fehler, genau! Das ist - -

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Das war nicht meine Frage. Meine Frage war, Sie äußern den Verdacht, dass es eine Subventionierung der Banken ist und dass es eine Intention dahinter sozusagen gibt. Deswegen bin ich jetzt nicht in der steuerrechtlichen Frage, wie es funktioniert hat, sondern die Frage, ob Sie Belege haben, dass es wirklich eine Subventionierung absichtlicher Art ist und nicht aus Nachlässigkeit.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Das habe ich nie so behauptet. Das steht da so auch nicht drin.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Na gut, also wenn Sie sagen, subtiler -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ja, man geht auf den - -

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** - kann man den Bankensektor nicht subventionieren. Eine Subvention ist ja etwas, was jetzt nicht aus Versehen passiert, sondern was man absichtlich macht. Sie deuten also an, dass es eine Intention von staatlicher Seite gegeben hat, die Banken zu subventionieren. Wenn Sie dafür noch einen Beleg haben, ist es gut, wenn nicht, dann passiert auch nichts. Aber mich interessiert, ob es sozusagen Belege dafür gibt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also meine Belege dafür sind eben dieses Schreiben vom Bankenverband, das ist da reingekommen, und dass ich mir Gedanken drüber mache, das habe ich ja auch geschrieben, warum das so passiert ist. Das sind die Belege.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich Krüger:** Danke schön. - Frage damit beantwortet, Herr Schick? Gut. - Dann habe ich noch den Kollegen Pitterle. Der Kollege Hirte hat zurückgezogen.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Gut. Dann habe ich eine Frage, die ich vorher stellen wollte, an Professor Desens. Könnten Sie mir noch mal erklären, wie die BFH-Rechtsprechung von 1999 sich auf die Leerverkaufsproblematik übertragen lassen soll? Also, wie kann aus Ihrer Sicht ein Leerkäufer nach diesen Grundsätzen wirtschaftlicher Eigentümer werden? Sie haben ja einiges geschrieben und auch heute einiges erklärt. Ich bin von Beruf Jurist und bilde mir ein, dass ich über eine gewisse Intelligenz verfüge. Aber ich habe es nicht verstanden. Deswegen würde ich das gerne noch mal erklärt haben.

Dann noch eine Frage an Professor Schmitt. Sie haben gesagt, die Finanzverwaltung habe jahrelang keine Hinweise auf Unregelmäßigkeiten gehabt und war sozusagen von den Fällen überrascht. Und da frage ich mich: Hat denn nach dem Schreiben des Bankenverbands von 2002 das Bundesfinanzministerium die Finanzämter nicht informiert, dass da irgendwas im Busch ist?

Und noch eine zweite Frage will ich anmerken: Sie haben ja vorher letztlich gesagt, dass das Finanzamt aufgrund einer Bescheinigung einfach Millionen ausgezahlt hat. Also, da kam jemand und hat gesagt, ich habe da eine Kapitalertragssteuerbescheinigung über 100 Millionen. Und das ist erst mal ausgezahlt worden. Warum hat man bei diesen Summen nicht hingeschaut? Ich meine, jetzt sagen Sie, wir haben Beweislastumkehr. Also, wir verlangen jetzt, dass die jetzt nachweisen, dass die Kapitalertragsteuer eingezogen worden ist. Was ich mich frage ist, warum hat man, als diese Leute mit solchen Bescheinigungen da ankamen, nicht gesagt: Weise mal nach, dass die tatsächlich gezahlt worden ist. Weil, wenn man das Geld mal ausgezahlt hat, weiß man nicht, ob man es je wieder zurückbekommt. Das war mir nicht ganz klar nach Ihren Aussagen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich erläutere das noch mal. Diese Rechtsfrage ist in dieser Form relevant bis 2006. Ab 2007 ist sie nicht mehr relevant, weil wir eine eigene Regelung in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 haben. Selbst wenn man dieser Rechtsauffassung nicht folgt,

haben wir in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 einen Tatbestand. Wie ist das vorher zu verstehen?

Ausgangspunkt ist der Wortlaut von § 20 Absatz Nummer 1: Dividenden, Ausbeuten oder sonstige Bezüge aus Aktien sind steuerpflichtig, wenn sie dem wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen sind. Das ist der Ausgangspunkt.

Die Zurechnungsnorm ist § 39 Absatz 2 Nummer 1. Eine ideale Zurechnungsnorm würde jetzt das sagen, was ich auch schon gesagt habe. Es würde immer eine klare Trennung geben zwischen dem rechtlichen Eigentümer und dem wirtschaftlichen Eigentümer, dass der den immer ausschließen kann - immer. Das ist jetzt mein Punkt. Den habe ich auch gesagt. Wir können darüber streiten. Aber im Wortlaut steht „im Regelfall“ im § 39 Absatz 2 Nummer 1. Daraufhin gibt es eine BFH-Rechtsprechung - und auch in mehreren Entscheidungen - die sagt, was das bedeutet. Was bedeutet, dass man juristisch, wenn da steht „im Regelfall“, sagt, das ist ein Typusbegriff. Das bedeutet, wir müssen eine Gesamtbetrachtung vornehmen, wie das ist.

Der BFH hat hier so eine Gesamtbetrachtung vorgenommen. 1999 in dem Fall, wo es hier um junge und alte Aktien auch ging, wo die Problematik Leerverkauf auch nicht erörtert worden ist. Es ist später ein Fall gewesen, wenn man da genau guckt, wenigstens eine Abweichung vom rechtlichen Eigentümer müsste es da gegeben haben. Aber ich sage auch, das ist nicht als Problem gesehen worden. Ich sehe nur die Wahrnehmung in der Zeit. Also, man hat das gar nicht da erkannt.

Der BFH stellt jetzt bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums hier in diesem Fall eben nicht wie bei Stückgütern extrem auf die wirtschaftliche Stellung des Erwerbers ab. Und wenn man das, nämlich jetzt auch geschrieben, so durchsubsumiert - alleine den Erwerber -, ist die Situation nicht anders bei einem Leerverkäufer oder bei einem Inhaberverkäufer. Das ist für viele schon der alleinige Ausgangspunkt gewesen zu sagen, darum wird der auch wirtschaftlicher Eigentümer.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich hatte damals in diesem Aufsatz - - Sie haben das eben, glaube ich, zitiert. Der war 2012, 142. Da entsteht ein Störgefühl. Genau das Störgefühl, was Herr Spengel auch formuliert hat. Nämlich das Störgefühl: Wie kann denn ein Leerverkäufer hier das wirtschaftliche Eigentum verschaffen, was er gar nicht hat? Das geht doch nicht. Da hakt es. Und das wird jetzt auch hochgehängt. So hat man gesagt, das ist ein fundamentaler - - Das geht ja gar nicht, eine Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums. Das habe ich in dieser Form auch nicht vertreten. Das steht auch direkt in der Gesetzesbegründung nicht so drin.

Ich habe ... (akustisch unverständlich): Wie sind die denn auf die Idee gekommen? Die kommen von der anderen Ecke. Die kommen genau von der anderen Ecke. Die gehen von folgenden Annahmen, wirtschaftlichen Annahmen dieses Marktes aus. Und die stehen auch in der Gesetzesbegründung so drin. Die erste Annahme ist: Wir können allein auf den Kaufvertragsabschluss abstellen. Hm, Annahme. Die zweite Annahme ist: Ich kann nicht erkennen, ob Leerverkäufer oder Inhaberverkäufer. Jetzt legen wir diesen § 39 AO aus. Eine typisierende Betrachtung. Die erste Betrachtung wäre die von Herrn Spengel. Wir betrachten isoliert Leerverkäufer. Dann ist die Aussage richtig. Wir betrachten aber auf der anderen Seite - für den es nämlich angeht; der, der die Dividende bezieht - einfach diese Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag. Dann passt das wieder. Im Regelfall kann der den ausschließen. Im Ausnahmefall des Leerverkaufs eben nicht. Das kann man jetzt anders sehen diese Rechtsauffassung. Darüber können wir streiten. Ich würde auch niemals sagen, das andere ist unvertretbar. Aber das ist die Ausgangsposition.

Ich habe da an diesem Punkt noch weiter überlegt: Was bedeutet das eigentlich? Wenn wir ein Steuersystem haben, wo der Empfänger nicht erkennen kann, ob Leerverkauf oder Inhaberverkauf [sic!]. Beim Inhaberverkauf wäre alles in Ordnung. Beim Leerverkäufer aber nicht. Aber wir können es nicht erkennen. Was machen wir da eigentlich für eine Rechtsauslegung, wenn wir jetzt an diese Differenzierung anknüpfen? Es ist ja völlig willkürlich.

Wir haben auch gesehen, in diesem Massengeschäft ist das überhaupt nicht möglich, das irgendwie festzustellen. Vielleicht kann man sich Einzelfälle herauspicken, das wäre vielleicht möglich gewesen. Aber wir haben noch ganz viele Fälle nicht rausgepickt. Wir haben eine Norm - das war dann mein letztes Argument damals 2012, später habe ich diese Frage offen gelassen, mittlerweile bin ich aber fast schon wieder auf dem Stand, dass es richtig ist -, wir haben eigentlich ein strukturelles Erhebungsdefizit. Wir haben ein Vollzugsdefizit im Gesetz. Wir haben in diesem Fall ein insuffizientes Gesetz.

Und auch zu wessen Lasten geht so was? Geht es zulasten des Gesetzgebers oder zulasten des Steuerbürgers? Und dann habe ich mir in dem Moment gesagt - ich habe das nicht aus dieser Perspektive betrachtet, da sind jetzt nur Leute, die das ausgenutzt haben, nein, das ist ein Massenphänomen in dem Moment -, was gilt in diesem Fall? Da habe ich gesagt: Nein, dann ist diese Betrachtung, diese typisierende Betrachtung, Betrachtung des Erwerbers, Betrachtung aller Geschäfte über den Dividendenstichtag, die Richtige. Und die Folge ist bei mir in der Argumentation anders: Der Tatbestand ist tatsächlich zweimal erfüllt; einmal als Dividende, einmal als sonstiger Bezug aus Aktien - das halte ich auch für eine Schadenersatzkompensation aus einem Aktiengeschäft noch für mit dem Wortlaut vereinbar. Dann ist der zweimal erfüllt. Aber was machen wir denn nun, wenn wir den Tatbestand zweimal erfüllt haben? Dann brauchen wir zweimal einen wirtschaftlichen Eigentümer. Das ist eine Konstruktion, die dieser Gesetzesbegründung am Nächsten kommt. Die ist auch in der Literatur kritisiert worden, auch von Herrn Spengel. Das Argument kennen Sie. Darüber können wir jetzt streiten.

Für die Rechtslage ab 2007 habe ich mich bezogen auf die BFH-Entscheidung, mittlerweile von 2014. Der hat genau diese Rechtslage zu entscheiden gehabt in dem Fall 2014 und hat diese Rechtsfrage offen gelassen. Er hat gesagt, das ist in der Literatur umstritten, beide Ansichten genannt und noch mal ausdrücklich erwähnt, dass auch die Gesetzesbegründung von 2007 das so gesehen hat - mit dem Hinweis, warum hat er das



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

gemacht, weil das eben, wie gesagt, widersprüchlich ist.

(Der Sachverständige wendet sich dem Sachverständigen Christoph Spengel zu)

Das ist beides im Besonderen Teil. Ja, Herr Spengel. Allgemeiner Teil, da denkt man immer, es ist vorne im Gesetz. Es ist beides bei der näheren Begründung zu § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4. Das ist da - -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS90/DIE  
GRÜNEN): Ist nicht so.)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Das können wir ja selber ermitteln.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Doch! Aber hier. Aber das ist hier. Das steht hier drin auf Seite 48. (Sachverständiger blättert in seinen Unterlagen) Das ist die Kommentie- - Da gilt speziell hier Buchstabe [sic!] 20, Nummer 13: Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 - neu -, Auf Seite 46 geht es los. Ich zitiere das jetzt mal:

Die steuerrechtliche Lage ... von sogenannten Leerverkäufen, bei denen der Leerverkäufer die Aktien, die er veräußert, selbst erst am Markt beschaffen muss, stellt sich nach geltendem Recht wie folgt dar ...

Also eindeutiger kann man etwas nicht formulieren. Am Schluss, und das könnte man als Widerspruch auslegen, wird dann gesagt: Ja, wir unterscheiden zwischen einer Dividende und einer Dividendenkompensation. Das habe ich nie bestritten. Die entscheidende Frage ist, dass die Dividendenkompensation auch immer gleichzeitig darunterfällt. Das ist die Aussage. Das steht hier genauso drin. Jetzt wird die Rechtslage beschrieben. Jetzt lese ich den entscheidenden Satz vor. Da wird beschrieben, der ursprüngliche Aktieninhaber bekommt die Dividende. Und dann taucht ein Ypsilon auf. Da steht drin, ist es erforderlich, „um sicherzustellen, dass dem Leerverkäufer weder eine Dividende noch ein Kapitalertragsteueranspruch [sic!] vermittelt wird“ - also

dem Leerverkäufer; darum erheben wir da eine zweite Kapitalertragssteuer - „und sämtliche Ansprüche des Kunden Y“ - das ist der Käufer, der Erwerber - „abgedeckt werden, ist es erforderlich, dass die Bank den Leerverkäufer zusätzlich mit einem Ausgleichsanspruch belastet.“

Und vorher heißt es, am 29. Juni erhält auch der Kunde Y die erworbenen Aktien steuerlich zu- -, bekommt die steuerlich zuzurechnen, das heißt, er erhält neben der Nettodividende auch den Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch. Das steht da so drin.

Und ich meine, wir können das jetzt ignorieren als eine völlig abwegige Auffassung. Ich hätte das nie - - Als ich mich da auch zum ersten Mal mit diesem Punkt beschäftigte, wäre ich nie davon ausgegangen - vielleicht wäre ich auch nicht so mutig wie Herr Spengel -, dass das so völlig abwegig, völlig absurd ist. Aber ich habe es jetzt eben versucht, zu begründen, wie man auf diesen Weg kommen kann. Kurz zusammengefasst, typisierte Betrachtungsweise, Perspektive Erwerber oder Gesamtbetrachtung aller Aktiengeschäfte oder Trennung.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Jetzt habe ich noch weitere Fragen - -

**Richard Pitterle (DIE LINKE.):** Die sind noch nicht beantwortet meine.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Okay. Herr Schmitt. Entschuldigung, ich wollte Sie nicht - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Kein Problem. Vielen Dank. Zunächst ist gefragt worden, ob der BMF denn nicht die Finanzämter gewarnt hätte nach dem Eingang des Schreibens des Bankenverbands. Das hat er nicht getan. Der BMF, der konferiert über solche Fragen mit den obersten Steuerbehörden der Länder, also mit uns, in aller Regel mit den Steuerabteilungen. Und wir sind, wie ich vorhin schon gesagt habe, dann im Jahr 2005, im August, mit der Frage beschäftigt worden auf der Ebene der Einkommenssteuerreferatsleiter. Wir haben uns seinerzeit mit der Gesetzgebung beschäftigt und keinen Anlass gesehen, die Finanzämter hier auf besondere



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Konstellationen hinzuweisen. Ich habe ja heute auch schon einmal gesagt, ich halte die Gesetzesbegründung, die Herr Desens eben auch in Bezug genommen hat, für verunglückt. Aber man kann das natürlich auch als eine Art Hinweis, als Tipp des Bankenverbands begreifen, dass da etwas passieren könnte. Dass man das so eindeutig nach dem Wortlaut als Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums sieht - man kann das so sehen, ich will das nicht bestreiten -, aber wenn man den Kontext des gesamten Schreibens sieht, dann legt man die Aufmerksamkeit sehr schnell auf den Punkt, es muss Folgendes geschehen: Kapitalertragssteuerpflicht der Dividendenkompensationszahlung. Und dann kann dieses Problem nicht entstehen. So habe ich es verstanden, als ich es zum ersten Mal gelesen habe, wobei jeder sein Verständnis von Texten und von Umständen hat - der Realität. Ich will nicht bestreiten, dass man es auch anders sehen kann. Und insoweit halte ich die Gesetzesbegründung für unzutreffend. Das habe ich schon gesagt.

Nun zu der anderen Frage: Wie haben wir die Sache geprüft in der Veranlagung und wie konnte so etwas passieren, und was kann das Finanzamt eigentlich tun?

(Sachverständiger blättert  
in seinen Unterlagen)

Ich habe das auf der Seite 10 ff. meiner schriftlichen Stellungnahme eingehend beschrieben. Ich will das hier ganz kurz noch einmal aufnehmen. Das Finanzamt muss die Voraussetzungen des § 36 Absatz 2 Nummer 2 prüfen. Und zwar muss es folgende formale und materiell-rechtliche Prüfungsschritte vornehmen - und es sind derer nicht wenige; es sind immerhin sechs, habe ich jetzt mal ganz schnell gezählt -: Erstens liegen die Steuerbescheinigungen im Original vor. Und in der Steuerbescheinigung ist Verschiedenes zu bescheinigen. Das muss also das Institut tun. Und der Steuerpflichtige, der eben entsprechende Erstattungen oder Anrechnungen möchte, muss die Steuerbescheinigung vorlegen, und zwar zweitens, nach amtlichem Muster. Da schaut der Finanzbeamte auch drauf. Ich bitte um Verständnis, wir müssen dem Massenverfahren natürlich

auch praktikabel handeln, deswegen nach amtlichem Muster mit allen gesetzlich vorgegebenen Angaben. Die Steuerbescheinigung - drittens - muss in sich schlüssig sein. Unstimmig hätte man zum Beispiel eine Dividendensumme - Bruttodividende von 100 und Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruch von 50 oder 60 -, weil ja 25 Prozent der Steuersatz ist. Insoweit schaut man, ob das stimmt. Dann die vierte Frage ist, ob der Steuererklärung eine Einzelaufstellung der Dividenden beigefügt ist. Das allerdings lässt sich bei einem normalen Anleger, einer natürlichen Person, die vielleicht auch begütert ist und vielleicht ein schönes privates Aktiendepot hat, noch machen. Das lässt sich aber bei Banken nicht prüfen. Das ist so ein großer Umfang, wie ich heute auch schon ein paar Mal gesagt habe. Das geht einfach nicht. Wie wollen Sie denn jede einzelne Aktienposition in den vielen verschiedenen Depots der Bank, wenn die eben die Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegt, prüfen? Das geht nicht. Und ich sage, dafür haben wir auch die Betriebsprüfungsstelle, falls dort Unregelmäßigkeiten erkennbar wären, falls man einen Anlass, falls man einen Grund hat, das näher zu prüfen. Fünftens, schauen wir dann auch in die Steuererklärung mit der Frage, ob die Bruttodividenden in zutreffender Höhe in der Steuererklärung enthalten sind. Seit dem Jahr 2009 muss auch eine Berufsträgerbescheinigung vorgelegt werden, wenn das Institut selbst erklärt hat, dass hier Leerverkäufe stattgefunden haben. Dann muss der Berufsträger - in aller Regel ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer - bescheinigen, dass keine Absprachen vorgelegen haben. Man kann sagen, das ist eine zu schwache Voraussetzung. Man kann aber auch sagen, im Jahr 2009 hat der BMF gesehen, es gibt weitere Geschäfte vom Ausland aus durchgeführt; wir schauen jetzt etwas näher hin. Darüber hinaus können Sie bei der Beantragung der Anrechnung oder der Erstattung nicht prüfen. Das ist technisch und von der Sache her leider nicht möglich. Das geht einfach nicht. Das würde, wenn ein Veranlagungsbeamter das alleine machen müsste, kann er in diesem Jahr und wahrscheinlich in einem zweiten Jahr nichts anderes mehr tun. Es ist wirklich so, ich sage das jetzt nicht so zu unserer Entschuldigung. Ich habe dafür gar keinen Grund. Das ist unmöglich. Deswegen, immer dann, wenn es kompliziert



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

wird, im Einzelnen nicht gemacht werden kann, haben Sie ein Bescheinigungsverfahren.

Jetzt noch ganz kurz zur Funktion der Bescheinigung. Das ist ganz wesentlich. Durch die Vorlage der Bescheinigung ist eben noch nicht der Kapitalertragssteueranspruch vollständig nachgewiesen. Es muss sich um Kapitaleinkünfte der Person, die den Antrag stellt, handeln. Und es muss Kapitalertragsteuer erhoben worden sein. Und der übliche Geschehensablauf ist der, dass das so war. Weil das Muster des Gesetzes ist, dass eben der Emittent der Aktien Dividenden ausbezahlt, auf die Dividende Kapitalertragsteuer einbehält, diese seinem Betriebsstättenfinanzamt abführt und dann eben über diese Umbuchungen der Depots, über Clearstream - es ist Ihnen im Einzelnen ja beschrieben worden -, letztlich dem Aktieninhaber die Nettodividende zukommen lässt. Und die Steuerbescheinigung stellt dann eben das Kreditinstitut des Käufers aus. Und wenn jetzt ein Leerverkauf dazwischen geschaltet ist, funktioniert dieser typische Geschehensablauf eben gerade nicht so. Deshalb, wenn der Finanzbeamte Anlass hat, zu denken, hier ist ein Leerverkauf, dann müsste er näher prüfen. Aber nur dann, weil ansonsten wieder der Anscheinsbeweis wirkt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Professor Schmitt. Frage beantwortet. - Ich hatte eben schon in die Runde geguckt. Es gab wohl noch eine weitere Frage des Kollegen Schick, bitte.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Genau, ich habe noch zwei kurze Fragen. Die eine geht an Herrn Schmitt, und zwar die Frage: Es gibt in dem Brief des Bankenverbands den Hinweis auf die Möglichkeit, das übers Ausland zu machen. Und ist das damals diskutiert worden im Vorfeld der Gesetzgebung? Denn es ist ja auffällig, dass es da den Hinweis gibt, und nachher aber irgendwie im Gesetz es dann nicht mehr drin ist. Und die zweite Frage geht an Herrn Hallmann. Das ist die Frage, ob es Fälle gibt, von denen Sie Kenntnis haben, wo vor 2007 der Leerverkäufer ein Inländer war bei Cum/Ex-Geschäften?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Die erste Frage möchte ich wie folgt beantworten: Ich muss mir den Brief nochmal anschauen, aber nach meiner Erinnerung ist es so, dass im Brief des Bankenverbands drinsteht, dass ein ausländisches Institut nicht verpflichtet werden kann, für uns den Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen. Das ist in der Tat so. Das ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip. Wir sind auf das Inland beschränkt als Exekutive, als Staatsmacht wenn Sie so wollen. Und im Ausland kann man nur agieren, wenn es entsprechende Abkommen gibt. Ansonsten sind uns eben als Finanzamt hier die Hände gebunden. Wir müssen uns aufs Inland konzentrieren. Das ist einfach richtig, deswegen ist auch niemand auf den Gedanken gekommen - wäre auch falsch gewesen -, da zu versuchen, die ausländischen Kreditinstitute irgendwie einzubeziehen. Die Lösung, die wir jetzt haben, das wäre auch damals natürlich die Richtige gewesen. Die Frage ist, wie schätzt man das ein? Damals wollte man auch eine Lösung finden, die nicht ganz so stark eingreift in die Usancen, die bis dahin üblich waren. Ich habe vorhin schon mal gesagt, wenn Sie das ganze System umstellen zu Lasten des Instituts des Käufers, dann muss alles darüber laufen, die Auszahlung, die Kapitalertragsteuerbescheinigung, eben alles. Und vorher war das anders, hat ja auch Herr Spengel geschildert. Da hatte jeder so seine Funktion, der Emittent und dann eben der Käufer, die entsprechenden Banken und Clearstream. Jetzt läuft alles zusammen beim Käufer und deswegen sind diese Modelle nicht mehr möglich. Das wäre natürlich auch damals schon die richtige Lösung gewesen. Das ist damals nach meiner Erinnerung nicht diskutiert worden, oder wenn es diskutiert wurde, dann hat man das relativ schnell wieder abgetan. Ich hab Informationen darüber, dass man auch in der Einkommenssteuerreferatsleitersitzung gesagt hat, was der Bankenverband da vorschlägt, das ist reichlich kompliziert. Lass uns mal drüber nachdenken, ob es nicht auch ein bisschen einfacher geht. Man hat da schon immer auch die Situation der Steuerpflichtigen - und hinsichtlich der Kapitalertragsteuer sind das nun auch mal die Banken -, gesehen und wollte die sicherlich auch nicht zu sehr belasten. Das war sicher so im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007.



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, Herr Hallmann.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Zu den Leerverkäufen vor 2007: Wenn Sie damit meinen, eine ausländische Tochter einer deutschen Bank, dann ja. Aber eine deutsche Bank selbst ist mir nicht erinnerlich. Kann ich zurzeit nichts zu sagen, weiß ich nicht.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Gut, Kurz und knapp. - Ich gucke nochmal in die Runde, sehe ich noch Fragewünsche? Das ist nicht der Fall. Dann sind wir jetzt am Ende dieser Anhörung. Das wörtliche Protokoll der Anhörung, meine Herren Sachverständige, wird Ihnen nach Fertigstellung durch das Sekretariat unverzüglich übersandt werden. Und Sie haben dann, wie auch schon eingangs gesagt, zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Insgesamt und abschließend darf ich mich herzlichst für Ihre Bereitschaft bedanken, nach Berlin gekommen zu sein, und schließe damit die heutige Sitzung.

(Schluss: 18.05 Uhr)

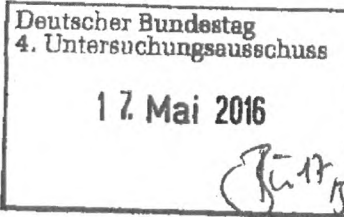


# Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR FINANZEN UND WIRTSCHAFT  
MINISTERIALDIRIGENT PROF. DR. MICHAEL SCHMITT

Ministerium für Finanzen und Wirtschaft  
Baden-Württemberg • Pf. 10 14 53 • 70013 Stuttgart

Sekretariat PA 30  
des 4. Untersuchungsausschusses  
der 18. Wahlperiode  
des Deutschen Bundestages  
z.Hd. Herrn RD Krause  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin



Stuttgart 11. Mai 2016  
Aktenzeichen

(Bitte bei Antwort angeben!)



Anlage  
1

Sehr geehrter Herr Krause,

mit Schreiben vom 25. April 2016 haben Sie mir die vorläufige Fassung des Protokolls der 5. Sitzung des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages übermittelt.

Sie erhalten diese vorläufige Fassung mitsamt meiner Korrekturen zurück. Ich hoffe, die Korrekturen sind als solche gut zu erkennen.

Zu zwei Korrekturbitten möchte ich folgende Anmerkungen machen:

Auf Seite 52 bitte ich an der kenntlich gemachten Stelle den Satz "Insbesondere bei Banken könnte an § 8 b Abs. 7 KStG gedacht werden." einzufügen. Sollte dies nicht möglich sein, da ich das tatsächlich nicht gesagt habe, bitte ich, diesen Satz als ergänzenden Hinweis im Anhang des Protokolls aufzunehmen.

Des Weiteren bitte ich folgende Erläuterung in einem Anhang zum Protokoll aufzunehmen:



Meine Äußerungen auf Seite 58, linke Spalte, erster Absatz nach den Worten "dass da etwas passieren könnte." bitte ich wie folgt zu verstehen. "Dass man den Wortlaut des Schreibens des Bankenverbandes so eindeutig als Hinweis auf eine mögliche Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums interpretieren musste, ist m.E. zweifelhaft. Man kann das so sehen, ich will das nicht bestreiten, aber ..."

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Schmitt

18. Wahlperiode

**Deutscher Bundestag**4. Untersuchungsausschuss  
nach Artikel 44 des Grundgesetzes*Nur zum dienstlichen Verwendung***Protokoll**  
der 5. Sitzung  
- vorläufige Fassung\* -**4. Untersuchungsausschuss**Berlin, den 14. April 2016, 13.00 Uhr  
Paul-Löbe-Haus, Saal E 400  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1

Vorsitz: Dr. Hans-Ulrich Krüger, MdB

**Tagesordnung****Tagesordnungspunkt***Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*  
(*Beweisbeschluss SV-1*):

Seite 4

Prof. Dr. Christoph Spengel  
Prof. Dr. Marc Desens  
Prof. Dr. Michael Schmitt  
VRi FG Hessen Helmut Lotzgeselle  
StOAR Günther Hallmann**\* Hinweis:**

Die Protokolle über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen werden grundsätzlich weder vom Ausschuss noch von den jeweiligen Zeugen oder Sachverständigen redigiert bzw. korrigiert. Zeugen und Sachverständigen wird das Protokoll über ihre Vernehmung regelmäßig mit der Bemerkung zugesandt, dass sie Gelegenheit haben, binnen zwei Wochen dem Ausschusssekretariat Korrekturwünsche und Ergänzungen mitzuteilen. Etwaige Korrekturen und Ergänzungen werden sodann durch das Sekretariat zum Zwecke der Beifügung zum entsprechenden Protokoll verteilt.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Vor der öffentlichen Vernehmung

(Beginn: 13.00 Uhr)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich eröffne nunmehr unsere 5. Sitzung, in welcher wir im Rahmen der Beweiserhebung mit der öffentlichen Anhörung von Sachverständigen beginnen werden.

Ich stelle zunächst fest, dass die Öffentlichkeit hergestellt ist, und begrüße ganz herzlich die Zuschauerinnen und Zuschauer und selbstverständlich auch die Vertreter der Presse.

Bevor wir mit der Anhörung beginnen, habe ich noch einige Formalia zu erledigen und insbesondere darauf zu verweisen, dass das Fertigen von eigenen Ton- und Bildaufnahmen während der öffentlichen Beweisaufnahme grundsätzlich nicht zulässig ist. Zuwiderhandlungen gegen dieses Gebot können nach dem Hausrecht des Deutschen Bundestages nicht nur zu einem dauernden Ausschluss von den Sitzungen dieses Ausschusses sowie des ganzen Hauses führen, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Heute findet die öffentliche Beweisaufnahme aufgrund des Beweisbeschlusses SV-1 statt. Es wird Beweis erhoben zum Untersuchungsauftrag, wie er sich aus den Bundestagsdrucksachen 18/6839 und 18/7601 ergibt, durch öffentliche Anhörung der Sachverständigen Herrn Professor Dr. Christoph Spengel, Herrn Professor Dr. Marc Desens, Herrn Ministerialdirigenten Professor Dr. Michael Schmitt, Herrn Vorsitzenden Richter am Hessischen Finanzgericht Helmut Lotzgeselle und Herrn Steuerberateramt Rat Günther Hallmann. Herzlich willkommen an Sie alle.

Des Weiteren stelle ich fest, dass alle fünf Sachverständigen nicht nur gekommen, sondern auch formal ordnungsgemäß geladen worden sind. Herzlichen Dank, dass Sie dieser Ladung folgen konnten und Ihre vollen Terminkalender so einrichten konnten, dass Ihre Anwesenheit am heutigen Vormittag in Berlin möglich geworden ist.

Ich habe ferner darauf hinzuweisen, dass die Bundestagsverwaltung eine Tonbandaufnahme der Sitzung fertigt. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die wörtliche Protokollierung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des endgültigen Protokolls gelöscht.

Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen - und das gilt auch für die Sachverständigen - nach der Fertigstellung zugestellt und Sie haben die Möglichkeit - falls gewünscht - innerhalb von zwei Wochen noch Korrekturen oder Ergänzungen vorzunehmen. Bestehen hierzu noch Fragen? - Ich sehe, das ist nicht der Fall.

Ferner wird diese Anhörung auch gemäß Beschluss des Ausschusses nach § 13 Absatz 1 Satz 4 PUAG per Video aufgezeichnet und per Video-Streaming ins Internet eingestellt. Entsprechende Einverständniserklärungen Ihrerseits - herzlichen Dank noch einmal dafür - zu diesem Verfahren liegen vor. Gibt es zu diesem Themenbereich Fragen? - Ich sehe das ist ebenfalls nicht der Fall.

Jetzt, meine Herren Sachverständigen, habe ich natürlich auch formaliter - das kennen Sie - vor Ihrer Anhörung zunächst zu belehren: Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten.

Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen diese Wahrheitspflicht hinzuweisen: Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 i.V.m. § 153 des StGB mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 i.V.m. § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie allerdings die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 StPO der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich angeordneten oder geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Das betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Vorlesung: Nichtöffentliche Verhandlung

Sollten Teile Ihrer Aussagen aus Gründen des Schutzes von Dienstgeheimnissen - hier insbesondere der Steuergeheimnisse -, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestufteten Sitzung möglich sein, würde ich Sie um einen Hinweis bitten, damit wir, damit der Ausschuss, einen Beschluss nach den § 14 oder 15 des Untersuchungsausschussgesetzes gegebenenfalls fassen könnte und die Sitzung in dieser von Ihnen dann angesprochenen Form fortsetzt. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Dann noch einmal kurz zum Ablauf der Anhörung. Zu Beginn haben Sie nach § 28 i.V.m. § 24 Absatz 4 PUAG die Gelegenheit zum Beweisthema, das Ihnen ja bezeichnet worden ist, im Zusammenhang vorzutragen. Dann werde ich zu diesem Vortrag Ihrerseits als Vorsitzender einige Rückfragen stellen.

In einer anschließenden Fragerunde erhalten die Mitglieder des Ausschusses das Wort, und dies geschieht nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen. Nach dieser ersten Fragerunde, die sich in Form der so genannten Berliner Stunde gestalten wird, erfolgt eine offene Fragerunde, das heißt bis der Ausschuss, bis seine Mitglieder alle ihre Fragen nun geklärt haben. Haben Sie hierzu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Dann noch eine letzte protokollarische Bitte, die man mir auch aufgeschrieben hat. Ich möge Sie bitten, bevor Sie das Wort ergreifen, unbedingt das Mikrofon einzuschalten, weil das in der Tat ansonsten den Wert Ihrer Darlegung rein allein aus akustischen Gründen mindern würde. Sprich: wir kriegen es dann nicht mit.

Dann möchte ich Sie, Herr Professor Spengel, zunächst bitten, Ihr Eingangsstatement zu erteilen. Ich danke Ihnen.

(Die Ausführungen des Sachverständigen erfolgen teilweise anhand einer PowerPoint-Präsentation)

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**  
Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren! Ein wesentlicher Gegenstand

der Arbeit des Untersuchungsausschusses ist es, zu verstehen, was so genannte Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen sind, warum diese Geschäfte möglich waren und drittens, wie eine rechtliche Beurteilung dieser Geschäfte ausfallen kann.

Es wird ja Gegenstand der Befragung sein - da gibt es auch verschiedene Unterlagen - wie die Cum/Ex-Geschäfte im Einzelnen funktionieren. Ich habe Ihnen ein Beispiel in den Unterlagen mitgebracht, an dem man erkennt, dass der einzige Zweck von Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen um den Dividendenstichtag darin zu sehen ist, dass einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer auf Dividenden mehrfach zur Erstattung, zur Anrechnung gebracht wird. Und wenn man sich das anschaut, dann ist der „Gewinn“ aus diesen Geschäften der mehrfach erstatteten Kapitalertragsteuer. Das heißt, der Gewinn wird ausschließlich vom Staat finanziert. Und das kann um sehr beträchtliche Summen gehen. Das Beispiel in meinen Unterlagen betrifft den Fall des Finanzgerichts Hessen aus dem Jahr 2012. Da ging es um eine Kapitalertragsteuer in Höhe von 125 Millionen Euro. Dem lag eine viermal so hohe Dividende zugrunde, weil die Kapitalertragsteuer 25 Prozent ist, das heißt, 500 Millionen Euro. Damit wir uns mal vorstellen können, wie hoch der Aktienwert war, - das weiß ich jetzt nicht genau, aber wir wissen, Daimler hat vor ein paar Tagen ausgeschüttet eine Dividende von 3,25 Euro. Und der Aktienkurs ist etwa 66 Euro. Das heißt, der Aktienkurs kann durchaus das Zwanzigfache oder ein noch Mehrfaches der Dividende sein. Das heißt, diesem Sachverhalt könnte ein Transaktionsvolumen von 10 Milliarden Euro zugrunde gelegen haben.

Es gibt weitere Fälle vom Landgericht Köln. Da ging es um 462 Millionen Euro Kapitalertragsteuer. Das heißt, es ist mehr als das Dreifache. Also, wir reden hier über Volumen, die sind außerordentlich hoch. Und solche Geschäfte, die können meines Erachtens nur funktionieren, wenn sich die Beteiligten gekannt haben, wenn sämtliche Risiken ausgeschaltet wurden und wenn Preisabsprachen getroffen worden sind. Wenn ein Rad nicht ins andere geht, dann löst man dadurch unter Umständen Kollateralschäden aus.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Zur zweiten Frage: Wie konnten diese Geschäfte funktionieren? Rein technisch? Das ist mal die erste Frage. Und technisch war das möglich, weil bis einschließlich 2011 die Erhebung der Kapitalertragsteuer und die Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auseinandergefallen sind. Es gab also eine Bruchstelle im System der Steuererhebung und der Bescheinigung. Die Steuer erhoben wurde von der ausschüttenden Kapitalgesellschaft und bescheinigt wurde vom Kreditinstitut des Aktieninhabers. Und wenn keine Transaktionen, Veräußerungen erfolgt sind, dann war das auch völlig unproblematisch. Dann hat man eine Bescheinigung gehabt und einmal Kapitalertragsteuer erhoben.

Die Personen oder Institutionen, die sich mit Cum/Ex-Leerverkäufen beschäftigt haben, die haben diese Bruchstelle ausgenutzt, indem sie einen zweiten Aktieninhaber ins Spiel gebracht haben, den so genannten Leerkäufer, der aber erst nach dem Dividendenstichtag erworben hat. Man hat also jetzt zwei Personen, denen man gegebenenfalls Aktien zurechnet, und man hat zwei Kreditinstitute. Und dadurch war es durch Gestaltungen möglich, einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer - das war die ausschüttende Kapitalgesellschaft - mehrfach bescheinigen und erstatten zu lassen. Und diese Bruchstelle, die wurde mit dem Jahr 2012 geschlossen, da jetzt nur noch die Bank des Aktieninhabers die Steuer abführt und auch bescheinigt. Aber das war die Technik. Das heißt, man konnte diese Bruchstelle nutzen.

In rechtlicher Hinsicht gibt es nach meiner Auffassung niemals die Möglichkeit - oder sie gab es in dem fraglichen Zeitpunkt 1999 bis 2011 nicht - einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach anzurechnen. Diese Geschäfte sind nach meiner Auffassung illegal in diesem Sinne, dass es das Steuergesetz nie ermöglicht hat, sie so durchzuführen. Es wurde im Schrifttum eine Gesetzeslücke herbeigeschrieben, die nach meinem Befinden niemals existiert hat.

Ich habe zu diesen Fragen, zu diesen Argumenten vor gut einem Jahr einen sehr langen Fachbeitrag verfasst, zu dem nach meinem Wissen kein Widerspruch ergangen ist. Im Gegenteil, ich fühle

mich zitiert durch das letzte Urteil des Hessischen Finanzgerichts. Es gibt ein Urteil des Landgerichts Köln - sie sind alle nach diesem Aufsatz erschienen - und ein Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom Juli letzten Jahres, die sich dieser Auffassung angeschlossen haben. Insofern ist das meine Rechtsauffassung. Ihr ist - mir nicht bekannt - widersprochen worden.

Und ich fasse die Rechtsauffassung zusammen. Es ist sozusagen eine zentrale Norm im Einkommensteuergesetz, der § 36 Absatz 2 Einkommensteuergesetz, der sich mit der Anrechnung der Kapitalertragsteuer befasst. Und das Gesetz nennt drei Voraussetzungen, die kumulativ, das heißt gleichzeitig, erfüllt sein müssen. Danach muss derjenige, der Kapitalertragsteuer anrechnen möchte, auch Eigentümer der Aktien sein. Das kann bei Leerverkäufen nie der Leerkäufer gewesen sein.

Zweitens muss auf die Einkünfte Kapitalertragsteuer einbehalten worden sein. Das war nie der Fall bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen - das erörtere ich in der Frage gerne später weiter -, da es sich hier um Dividendenkompensationszahlungen handelte, keine Dividenden. Und die waren bis einschließlich 2006 nicht kapitalertragsteuerpflichtig. Und nach einer Gesetzesänderung wurden diese Geschäfte dem Vernehmen nach überwiegend über das Ausland abgewickelt, so dass da auch keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist.

Drittens musste der Leerkäufer eine sogenannte Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegen. Die konnte er regelmäßig vorlegen, weil seine Bank die ausgestellt hat. Aber diese Bescheinigung ist objektiv falsch.

So weit zu meiner Rechtsauffassung und zu meinem Eingangsstatement. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Herr Professor Spengel. Bevor ich jetzt zu Ihnen, Herr Professor Desens, überleite, noch ein Hinweis. Die von Ihnen, meine Herren Sachverständigen, eingereichten schriftlichen Stellungnahmen liegen selbstverständlich - weil Sie darauf hingewiesen haben, Herr Professor



## 4. Untersuchungsausschuss

### Vorläufiges Protokoll 18/5 I

Spengel - allen Ausschussmitgliedern hier vor. Das gilt also für die Ihrige genauso wie die jetzt gleich von Herrn Professor Desens bzw. die von Ihnen, Herr Schmitt, Herr Lotzgeselle und Herr Hallmann, vorgelegten schriftlichen Stellungnahmen. - Herr Professor Desens, bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Sehr geehrte Damen und Herren, ich habe ihnen da noch nicht widersprochen, weil ich habe da vorher eigentlich alles zu gesagt. Aber ich kann das jetzt gerne machen.

Ich will mich aber an die Reihenfolge halten, an Ihre Fragestellung. Die erste Frage war: Wie sind eigentlich diese Geschäftsmodelle? Was sind da die Anreize? Herr Spengel hat das so dargestellt, sich nur Leerverkäufe betrachtet und von vornherein von der Annahme ausgegangen, dass die sich verabreden haben.

An diesem Markt, an dem Dividendenstichtag tummeln sich spätestens seit 1977 angebots- und nachfrageseitig mehrere Personen. Ich fange mal bei der einen Seite an. Wir haben gewisse Anreize für Aktieninhaber, über den Dividendenstichtag ihre Aktien zu veräußern, in einem Kursgewinn die Dividende zu realisieren und nachher auch die Aktien wieder zurück zu verkaufen, also die Dividende nicht in Form einer Dividende zu realisieren, sondern durch einen Veräußerungsgewinn. Das ist ganz klassisches Dividendenstripping. Das gibt es, da kommt auch die Frage, seit 1977.

Wie ist das zustande gekommen? Das liegt im Grunde danach, dass die Veräußerung steuerlich günstiger ist als die Vereinnahmung der Dividende. Und wen betrifft das? Und zweiter Punkt: für den Inländer ist es günstiger, diese Dividende zu realisieren als für den Ausländer. Es betrifft also Steuerausländer. DAX-Aktien liegen zu 60 Prozent in ausländischer Hand. Das heißt, wir haben über den Dividendenstichtag auch heute noch immer einen Markt, wo 60 Prozent der Anteilseigner ein Interesse haben, ein solches Dividendenstripping vorzunehmen. Weil wir diese Unterschiede in der Besteuerung haben. Ich sage nicht, dass das rechtswidrig ist oder so. Das ist eine gesetzgeberische Entscheidung, die haben

wir. Darauf wird also reagiert. Und diese Geschäfte, diese Dividendengeschäfte - das sind Cum/Ex-Geschäfte mit Inhaberverkäufern oder jetzt bekannt auch Cum/Cum-Geschäfte. Die laufen immer noch. Es gibt einen guten Indikator dafür; die wollen die Aktien ja alle wieder zurückhaben. Gucken Sie einfach auf die Differenz zwischen einem Future-Preis auf eine Aktie und den Kassakurs der Aktie. Der müsste nach Lehrbuch - Zinsen ausgeschlossen - eigentlich gleich sein, weil wir beim Future nichts anders einpreisen können über die Aktienentwicklung als beim Kassapreis. Wir sind ja intelligent, das ist ein intelligenter Markt. Wir haben ja schon alle Informationen eingepreist - ist aber höher! Und das ist der Grund, warum wir hier auf einmal auf der Gegenseite Leute haben, die an diesen Markt treten.

Und Sie hören das vielleicht, dass manche sich damit verteidigen und sagen: Moment mal - die, die diese Aktien erworben haben -, ich habe nur Dividendenarbitrage-Geschäfte gemacht. Genau. Die gucken auf diesen Future-Preis. Der ist höher als der andere Preis. Aber das ist der eine, das ist der Inhaberverkäufer.

Jetzt kommt das Nächste. Auf dieser Seite, neben den Inhaberverkäufer, tritt jetzt noch der Leerverkäufer. Der Leerverkäufer guckt sich das an: Ich kann da auch ein ganz gutes Geschäft machen. Ich verkaufe die Aktien vorher, zu dem Kassakurs vorher, und beschaffe sie mir erst hinterher, wenn, was ja marktüblich ist, nach Ausschüttung der Dividende der Kurs gefallen ist. In dieser Lücke mache ich ein Geschäft. Ich muss ja quasi erst mit Aktien erfüllen, die ich dann billiger kaufe. Ich hätte keinen Vorteil. Ich habe seit 2012 auch keinen Vorteil mehr an diesen Geschäften, wenn dieser Vorteil irgendwie abgeschöpft wird. Bis 2012 war das das Problem, dass dieser Vorteil nur hinsichtlich der Dividendenkompensation abgeschöpft worden ist, aber bei diesem Leerverkäufer eben nicht hinsichtlich der Dividende, diese letzte Größe.

Ab 2007 galt das nur eingeschränkt. Dann ging das nur, weil die Abschöpfung noch möglich - - bzw. wurde das nur abgeschöpft in den inländischen Leerverkäufen. Das ist also die gleiche



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur Stenographischen Wiedergabe

Rechtslage, die Herr Spengel eben hier entschieden hat.

Also da haben wir jetzt zwei. Jetzt haben wir auf der anderen Seite die Erwerber. Und Sie merken vielleicht auch immer, dass die Leute immer sagen: Ich wusste gar nicht, dass ich vom Leerverkäufer oder Inhaberverkäufer gekauft habe. Und wenn man das sich anschaut: natürlich kann es immer Absprachen geben, das bestreite ich gar nicht - also diese Situation, was Sie sagen, dass ich mich also von vornherein komplett mit irgendwelchen Leuten verabrede und dann am anderen Tag zur Börse gehe und meine Geschäfte mache. Das geht immer. Allerdings habe ich nie eine Garantie, wenn ich das börslich mache, dass das auch mein Vertragspartner wird. Ich weiß nur, dass dieser Markt da ist.

Und meine These ist hier in diesem Zusammenhang, dass das in der Tat in der Anfangsphase - wir haben ja dieses Schreiben vom Bankenverband 2002 über Absprachen - passiert ist. Ich kann es nicht belegen, aber das stelle ich mir so vor. Aber ich habe auch die anderen Berichte gelesen, dass die letzten Geschäfte, letztlich weil der Markt einfach da war, angebots- und nachfrageseitig - es wurde ja beschrieben, was das für ein Volumen ist, und dann mehrere, die das machen -, dass der Markt da ist, dass die sich überhaupt nicht mehr absprechen mussten. Das ist dann ein Problem, auch wenn wir da nachher Verhaltensweisen zurechnen wollen, auch für das Strafrecht.

Ich will noch einen Punkt vielleicht zur rechtlichen Auffassung sagen. Herr Spengel hat ja eine relativ eindeutige Auffassung. Ich habe da gesagt: es ist aus seiner Auffassung nie rechtlich möglich gewesen. Und Sie haben die Frage gestellt, wie eigentlich diese Wirtschaftsanwälte damals auf diese gegenteilige Auffassung gekommen sind. Ich will die Frage ein bisschen erweitern und sagen: Warum sind eigentlich die Wirtschaftsanwälte darauf gekommen? Warum ist 2002 der Bankenverband auf diese Idee gekommen, hat diese Rechtsauffassung zugrunde gelegt, das dem BMF geschickt, und hat das dann diskutiert. Es kam nie ein Widerspruch, dass das nicht so sein soll?

Dann gab es, 2006 veröffentlicht, im Jahressteuergesetz 2007 eine Gesetzesbegründung, wo in einer Passage auf Seite 48 - Sie werden gleich sagen, das ist widersprüchlich, aber ich sage, das ist eindeutig - drinsteht - ich kann es auch hier vorlesen, ich habe es mitgebracht -, die steuerrechtliche Lage, die gesetzliche Lage stellt sich so dar. Und am Ende steht dann der Satz: Na ja, bei so einem Leerverkauf hat der ursprüngliche Aktieninhaber und der Käufer nach einem Leerverkauf eine entsprechende Möglichkeit, die Kapitalertragsteuer anzurechnen. Er hat den Anrechnungsanspruch. Diese Rechtsauffassung - jetzt geht es noch weiter -, die liegt dem Geist des Gesetzes 2007 zugrunde. Ich habe - das habe ich in meinen Unterlagen nicht eingereicht - dann noch gefunden, dass es 2009 im Vorfeld dieses BMF-Schreibens ein Schreiben aus dem BMF gab an M. 2009. Es ist für Sie jetzt spannend, ob das vor dem 28. Oktober oder nach dem 28. Oktober war, wo der Minister eben informiert wird darüber, wie die Rechtslage ist. Und da ist ein vierseitiger Anhang, und der ist genauso, wie ich es jetzt beschrieben habe, genau wie in der Gesetzesbegründung. Also man hat den Minister damals entsprechend gebrieft: So ist die Gesetzeslage. Und das Dokument - da sind Klarnamen drin - stelle ich Ihnen aber gerne zur Verfügung. Aber Sie müssten das ja haben, aber man findet ja manchmal die Bäume im Wald nicht.

Gut, ich will nochmal was zum Inhalt sagen. Ich sage nur mal so weiter, ich gehe noch sogar weiter: 2011, diese Gesetzesänderung, da steht das nochmal drin. Da steht zwar drin, das ist steuermisbräuchlich gewesen, diese entsprechenden Leerverkäufe. Das setzt aber immer voraus erstmal, bevor wir zum Steuermisbrauch kommen - sage ich gleich -, dass es gesetzlich so war. Ja, das ist der nächste Punkt. Und dann wird 2011 in der Gesetzesbegründung - so war mein Einstieg eigentlich zu dem Thema - begründet, ja, und wenn Sie die Rechtslage erklärt haben wollen, gucken Sie in die Gesetzesbegründung von 2007, die habe ich eben zitiert. Also auch noch 2011.

Und dann ist auf einmal was Interessantes passiert. Dann wird auf einmal vertreten, von einem Tag auf den anderen, vom BMF: Diese Auffassung, die da jahrelang vertreten worden ist, ist



## 4. Untersuchungsausschuss

Wahlperiode 18. Wahlperiode

unvertretbar. Herr Spengel vertritt das ja so auch. Ich will mal versuchen, dieses rechtliche Problem - es gibt ganz viele Rechtsfragen - mal auf den Punkt zu bringen. Herr Spengels Argument ist - ich weiß nicht, ob Sie das eben so deutlich gemacht haben, aber darüber müssen wir diskutieren, das ist nämlich ein gutes Argument - die zentrale Vorschrift - das ist auch nur relevant bis 2006, dieses Argument, aber das zieht sich durch - ist hier vielleicht § 39 AO. Herr Spengel sagt: Es geht nicht nach 39 AO, den wirtschaftlichen Eigentümer, dass wir - - Es ist zwingend, dass wir nur einer Person das wirtschaftliche Eigentum, also eine Aktie, zurechnen können. Das ist in dem Sinne, wenn wir beim Wortlaut von 39 AO anfangen, nicht zwingend, weil 39 AO sagt nicht, wir müssen zwangsläufig immer den zivilrechtlichen Eigentümer ausschließen. Es steht im Gesetz drin: „im Regelfall“. Das heißt also, das würde ich zurückweisen, dass man sagen kann vom Wortlaut, diese Gegenauffassung widerspricht nicht dem Wortlaut. Das heißt, wir sind jetzt in einer harten juristischen Diskussion. Wir müssen jetzt darüber diskutieren, was gilt denn jetzt. Und da gibt es im Groben zwei Rechtsauffassungen.

Die eine ist die eben von Herrn Spengel, die sagt: Nein, beim Leerverkauf. Und diese Aussage, isoliert, ist auch richtig, nicht? Der Leerverkäufer kann den ursprünglichen Eigentümer nicht ausschließen. Das ist richtig, nicht? Da hat ein anderer noch Aktien. Es sei denn, da finden Absprachen statt vorher. Da hat aber noch keiner bis jetzt drauf geachtet. Also wenn es eben solche Lager gibt, dann vielleicht sogar da. Vielleicht gab es die sogar. Aber habe ich bis jetzt also auch keine entsprechenden Belege für.

Jetzt haben wir also diesen Wortlaut. Und jetzt mal die Ehrenrettung, nicht nur für diese Wirtschaftsanwälte, sondern auch für den Bankenverband, auch für das BMF bis 2011. Ich habe mich das lange gefragt, die können doch nicht alle verrückt gewesen sein. Also, wie können die so eine verrückte Auffassung zugrunde gelegt haben? Was haben die gedacht? Was haben die gedacht? Die haben sich die BFH-Rechtsprechung von 1999 angeschaut. Und das ist in der Tat eine Ent-

scheidung zum Inhaberverkauf. Da wird geschrieben, wie man wirtschaftlicher Eigentümer wird, was die Position des Erwerbers ausmacht. Ja, und da sind wir uns, glaube ich, einig, dass es bis heute noch, wenn wir das Steuerrecht mal ausblenden, wirtschaftlich so ist - nicht rechtlich - wirtschaftlich so ist, dass ich, wenn ich eine Aktie kaufe, zum Kaufzeitpunkt, hier so gestellt wäre, als wäre ich der komplett Verfügungsrechte - ich sage jetzt nicht Eigentümer, weil das wieder ein technischer Begriff ist -, als würde mir die Aktie gehören. Das ist bis heute so.

Und jetzt guckt man in diese Gesetzesbegründung. Und zwar, wie kommt man jetzt auf die Idee. Das steht in dieser Gesetzesbegründung auch drin. Der Bankenverband sagt, das müssen auf diesen Kaufvertragsabschluss abstellen. Das ist der einzige Anhaltspunkt. Ich bezweifle das. Man könnte auch andere finden. Aber das war damals die Lage. Wir müssen auf diesen Kaufvertrag abstellen. Jetzt haben wir natürlich Leerverkäufe. Dann haben wir eine Situation, dass sich das in der Tat verdoppelt. Dann kommt der nächste Punkt. Der Erwerber, das ist die nächste Grundannahme, der kann nicht erkennen im Regelfall, ob das ein Leerverkauf ist oder nicht. Und wenn das der Fall ist, und dessen Depotbank - - Wenn wir diese Perspektive einnehmen, dann stellt sich das alles ganz anders dar, ja? Also da vielleicht mal zu diesem Punkt hierzu meine Eingangsstellungnahme.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Herr Desens, und jetzt, Herr Professor Schmitt, darf ich Sie bitten, um Ihr Eingangsstatement. Auch hier, Ihre schriftliche Stellungnahme liegt den Ausschussmitgliedern vor. Ja, Herr Desens, Herr Spengel, würden Sie Ihr Mikro ausschalten, sonst klappt das leider nicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordneten, meine Damen und Herren, es ist ein althergebrachtes Grundprinzip: Wo man nehmen will, muss man geben. Ein „zuerst“ könnte man ergänzen vor dem „Geben“. Der Sinnspruch wird dem chinesischen Philosophen Laotse zugeschrieben, der bereits im 6. Jahrhundert vor Christus gelebt haben soll.





## 4. Untersuchungsausschuss

Entsprechend einfach ist aus meiner Sicht der Befund im Zusammenhang mit den hier zur Rede stehenden Cum/Ex-Geschäften. Steuer, die erstattet oder angerechnet werden soll, muss zuvor auch tatsächlich erhoben worden sein. Dieser Grundsatz ist fest in unserer Steuerrechtsordnung verankert. Und aus dem Einkommensteuergesetz ergibt sich nichts anderes. Der Anspruch auf Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer setzt deshalb nach der einschlägigen Norm, das ist § 36 Absatz 2 Nummer 2 EStG, dreierlei voraus.

Erstens, das Vorliegen von Einkünften, die dem Steuerpflichtigen zuzurechnen und deshalb im Rahmen seiner Veranlagung zu erfassen ~~ist~~ sind. Zweitens, eine auf diese Einkünfte durch Steuerabzug erhobene Kapitalertragsteuer. Und drittens die Vorlage einer Steuerbescheinigung, aus der sich die Einkünfte und die Steuerabzugsbeträge ergeben. Eine Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer kommt danach nur in Betracht, wenn alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Mithin nur, wenn auf die zugrundeliegenden Einkünfte tatsächlich auch Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Einen mehrfachen Kapitalertragsteuerabzug auf dieselben Einkünfte sieht das Gesetz an keiner Stelle vor. Damit ist der Grundsatz, dass Kapitalertragsteuer, die nur einmal einbehalten wurde, auch nur einmal erstattet werden kann, ausdrücklich im Gesetz normiert.

Aus Sicht der Verwaltung war nicht vorstellbar, mit welcher Energie sogenannte Finanzberater und Investoren durch ausgeklügelte Cum/Ex-Geschäfte im In- und Ausland an diesem Grundsatz rütteln würden mit dem Ziel, dem deutschen Staat systematisch bereits vereinnahmte Steuer-gelder in schwindelerregender Höhe wieder ab-zujagen. Eine Zeit lang waren sie erfolgreich.

Der öffentlichen Berichterstattung zufolge ent-stand dem Staat durch die Anrechnung bzw. Er-stattung zuvor nicht erhobener Kapitalertrag-steuer ein Schaden in Milliardenhöhe. Soll das wirklich Zufall gewesen sein? Soll das wirklich

zufälliges Ergebnis des üblichen Marktgesche- hens gewesen sein? Die Rechtslage hat solche Doppel- oder Mehrfacherstattungen nie hergege- ben, weder vor den Änderungen durch das Jah- ressteuergesetz 2007 noch danach. Weder in In- lands- noch in ~~im~~ Auslandsfällen. Es ist erstaunlich, <sup>in</sup> dass nicht nur in der einschlägigen Beraterschaft, sondern auch in der Fachliteratur von namhaften Vertretern der Wissenschaft mit Ernsthaftigkeit und Beharrlichkeit bis heute das Gegenteil vertre- ten wird. Die hierzu angeführten Argumente sind bei genauerem Hinsehen nicht haltbar, und das in jedem Fall aus drei Gründen.

Erstens, die vom Gesetzgeber geforderte Zurech- nung der Einkünfte beim Leerkäufer wird über eine Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigen- tums konstruiert, die das geltende Recht jedoch nicht hergibt. Zutreffend führt das hessische Fi- nanzgericht in seinem fast noch druckfrischen Urteil vom 10. Februar aus: die im Schrifttum er- wogene Vervielfachung des wirtschaftlichen Ei- gentums sei - ich zitiere -

weder mit dem Regelungsver- ständnis des wirtschaftlichen Ei- gentums in § 39 Abs. 2 Nr. 1 der Abgabenordnung<sup>1</sup> noch mit des- sen Wortlaut zu vereinbaren und verstößt gegen die fundamentalen Grundsätze ... deutschen Rechts.

Zweitens, der fehlende Kapitalertragsteuerabzug auf Kompensationszahlungen wird zunächst als Gesetzeslücke dargestellt, die vom Gesetzgeber jedenfalls gebilligt worden sei. Die Mehrfacher- rechnung sei im Übrigen billigend in Kauf ge- nommen worden. Nach Inkrafttreten des Jahres- steuergesetzes soll sich der fehlende Steuerabzug aus einer Fiktion ~~in~~ § 45a EStG heraus rechtferti- gen lassen. Diese Argumente kann man im Ein- zeln widerlegen und sie ändern nach dem Be- schluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015 - das war ~~das~~ eine Strafsache, eine Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbeschluss gegen Be- teiligte von Cum/Ex-Geschäften - ich zitiere -

<sup>1</sup> Anmerkung des Ausschusseksretariats: in dem zitierten Urteil heißt es „AO“.



## 4. Untersuchungsausschuss

### Nur zur dienstlichen Verwendung

aber nichts an dem aus der Systematik des Gesetzes folgenden Grundprinzip des steuerlichen Erstattungsverfahrens, dass nur Kapitalertragsteuer erstattet werden kann, die zuvor auch abgeführt wurde.

Dem ist zuzustimmen. Das hessische Finanzgericht führt in seinem bereits genannten Urteil ebenfalls aus - ich zitiere:

Die Ansicht, eine Anrechnung von Abzugssteuern sei unabhängig von deren Erhebung möglich, ist abwegig und verstößt gegen den eindeutigen Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG. Gleiches gilt für die mehrmalige Anrechnung einmal erhobener Steuern.

Drittens, die Annahme, dass Gesetzgeber und/oder Verwaltung Cum/Ex-Geschäfte bei voller Kenntnis geduldet oder gar gefördert hätten, ist allein schon im Hinblick auf die Größenordnung des entstandenen Steuerschadens und die strafrechtliche Relevanz der Geschäfte abwegig. Die vom Schrifttum behauptete Gesetzeslücke besteht nicht. Genauso wenig kann man der, zugegeben, rechtlich missverständlich formulierten Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 eine größere Bedeutung beimessen als dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Mit der Durchführung der Cum/Ex-Geschäfte wurde die Steuerverwaltung in dreierlei Hinsicht planmäßig getäuscht.

Erstens, die Hintergründe der Cum/Ex-Geschäfte wurden den Finanzbehörden gegenüber nicht offengelegt, weder vor Durchführung, etwa im Rahmen eines Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft, was ansonsten bei solchen Volumina üblich ist, noch bei Geltendmachung der Anrechnungsansprüche im Rahmen des Veranlagungsverfahrens. Die Finanzbehörden hatten damit lange Zeit keine konkreten Hinweise auf die Unregelmäßigkeiten bzw. die dahinter liegenden Sachverhalte. Die Aufarbeitung der Fälle nach Bekanntwerden der Hintergründe ist regelmäßig nur durch die Prüfungsdienste möglich und stets mit enormem Aufwand verbunden. Wie man aber sieht, findet die Aufarbeitung statt. Ansonsten

gäbe es ja keine Gerichtsverfahren und entsprechende Urteile.

Zweitens, im laufenden Veranlagungsverfahren können die Finanzbehörden jedenfalls ohne Kenntnis der Vertragsbeziehungen im Einzelnen den geltend gemachten Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch nur anhand der vorzulegenden Steuerbescheinigung prüfen. Ob die Ausstellung rechtmäßig erfolgte, die Einkünfte mithin dem Antragsteller tatsächlich zuzurechnen sind und die bescheinigte Steuer tatsächlich einbehalten wurde, lässt sich der Bescheinigung aber nicht entnehmen. Die Bescheinigung entfaltet die Wirkung eines Anscheinsbeweises, das heißt, man darf ihr vertrauen, wenn keine Umstände bekannt sind, die dieses Vertrauen erschüttern. Da diese Umstände absichtsvoll und planvoll nicht offengelegt wurden, wurde bewusst auf diesen Charakter der Steuerbescheinigung als Anscheinsbeweis gesetzt. Und es hat ja auch leider funktioniert.

Drittens, für die Cum/Ex-Geschäfte wurden immer neue Durchführungswege gefunden. Nach den Rechtsänderungen durch das Jahressteuergesetz 2007 wurden die Geschäfte über ausländische Rechtsträger abgewickelt, was den Zugriff durch die Finanzbehörden zusätzlich erschwerte. Bei den Cum/Ex-Geschäften handelt es sich um Modelle mit bedeutenden Auswirkungen auf den Staatshaushalt und durchaus strafrechtlicher Relevanz. Legal waren sie nie.

Die Bundesfinanzverwaltung hat, nachdem die Geschäfte bekannt wurden, mit der Ausarbeitung des Jahressteuergesetzes 2007 reagiert. Als sich im Anschluss daran zeigte, dass die Geschäfte daraufhin mit großen Volumen über das Ausland abgewickelt wurden, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012, sozusagen als große Lösung, der gesamte Kapitalertragsteuerabzug für Dividende aus Girosammelverwahrung mit enormem Aufwand für alle Beteiligten neu organisiert, nur um diese Ausweichreaktion zu unterbinden. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Professor Schmitt, und darf dann gleich überleiten zu Ihnen, Herrn Lotzgeselle.



## 4. Untersuchungsausschuss

Neuzeitliche Hauptkapitalvereinbarung

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, die Gerichtsbarkeit ist erst recht spät mit der ganzen Cum/Ex-Problematik befasst worden, aber das liegt auch daran, dass sich die Gerichte nur dann zu der Sache äußern dürfen, wenn sie angerufen werden.

Wir hatten jetzt die Möglichkeit - ich denke, auch erstmals, in einem grundlegenden Urteil, was bisher schon zitiert wurde, am 10.02. diesen Jahres - einen Fall zu beurteilen, der geeignet war, zu grundlegenden Problemen dieses Bereichs Stellung zu nehmen. Und auch das Gericht ist zu dem Ergebnis gekommen, dass hier keine Gesetzeslücke vorliegt, um das mal vorwegzunehmen. Ich bin jetzt gebeten worden, zu diesem Urteil Stellung zu nehmen, dies zu referieren. Das kann ich gerne tun. Das nimmt allerdings eine gewisse Zeit in Anspruch.

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Die haben wir! -  
Heiterkeit - Gegenruf des  
Vorsitzenden Dr. Hans-Ulrich-Krüger: September  
2017!)

Ja, in diesem Verfahren waren Streitgegenstand außerbörsliche Aktiengeschäfte, sogenannte OTC-Geschäfte, mit börsennotierten Aktien, die cum Dividende abgeschlossen wurden, bei denen die Belieferung mit Aktien jedoch abweichend von der vertraglichen Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag mit Aktien ex Dividende erfolgte.

Folgender Sachverhalt: Die Klägerin - das war in diesem Fall eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts - kaufte in erheblichem Umfang girosammelverwahrte Aktien deutscher Emittenten von verschiedenen Brokerhäusern. Es waren hier Geschäfte mit drei Brokerhäusern im Streit. Diese Aktien sollten vereinbarungsgemäß spätestens zum Tag der Hauptversammlung geliefert werden, also cum Dividende. Es handelte sich ausschließlich um außerbörsliche Geschäfte, die über die Clearstream Banking, dem Sammelverwahrer, abgewickelt wurden. Depotbanken

der Vertragspartner unserer Klägerin waren sämtlich inländische Banken, also sämtliche inländische Depotbanken. Weiterhin ging es in dem Verfahren noch um Geschäfte mit Aktien, die über die Eurex-Börse als zentralen Kontrahenten abgewickelt wurden. Auch in diesem Fall waren die Aktien verspätet geliefert worden. Und in allen diesen Fällen erhielt die Klägerin von den Depotbanken der Verkäufer eine Zahlung in Höhe der Nettodividende.

Interessant bei dem Fall und wichtig auch war, dass die Vertragspartner der Klägerin, die Brokerhäuser, ihre Aktien selbst erst kauften, um diese Lieferverpflichtungen zu erfüllen.

Sämtliche Aktiengeschäfte wurden auch, wie das üblich ist, gegen Kursveränderungen abgesichert. Und wichtig ist in dem vorliegenden Fall auch - was letztlich dazu führte, dass hier die Kapitalertragsteuer wohl nicht einbehalten wurde -, dass auf Ebene der Vertragspartner der Klägerin eine Vereinbarung getroffen wurde, wonach die Abrechnung zwischen dem Brokerhaus und den Lieferanten des Brokerhauses, unabhängig vom Tag der tatsächlichen Lieferung, bereits am Tag des Geschäftsabschlusses aufgrund der schuldrechtlichen Vereinbarung erfolgen sollte.

Das führte dazu, dass die Brokerhäuser bereits am Tag des Vertragsabschlusses über die Gewinnmarge entsprechend verfügen konnten. So, und entsprechend den getroffenen Geschäftsabschlüssen wurden dann diese Transaktionen in das Clearingsystem der Clearstream Bank eingestellt. Die Clearstream-Buchungen als solches erfolgten aber erst im Zeitpunkt, wie das so üblich ist, der tatsächlichen Ausbuchung beziehungsweise Einbuchung der verspätet gelieferten Aktien. Die Dividendenregulierung durch Clearstream sah dann so aus, dass die Dividenden entsprechend der Meldungen der Depotbanken auf Basis der Kaufverträge zugewiesen wurden - die Dividenden beziehungsweise die Dividendenkompensationszahlungen -, ohne zu prüfen, ob der Anspruch berechtigt ist. Das ist so üblich bei der Clearstream. Und in einem zweiten Schritt werden dann alle verkaufenden Depotstellen mit vor dem Dividendenstichtag angesto-



## 4. Untersuchungsausschuss

### Vorläufige Zusammenfassung der Verhandlungen

benen, aber erst nach dem Zeitpunkt der Coupontrennung zu regulierenden Verkäufen mit der Nettodividende rückbelastet.

Das führte in diesem Fall dazu, dass der Broker, von dem die Klägerin gekauft hatte, keine Dividendenausschüttung bekam, da sie ja keinen Aktienbestand gemeldet hatte. Sie hatte Aktien verkauft und gleichzeitig Aktien gekauft. Und das hatte sich letztendlich ausgeglichen.

Dagegen erhielt die Klägerin als letzte Erwerberin eine Kompensationszahlung von der Clearstream Bank. Und die Clearstream Bank belastete diese Kompensationszahlung rück bei der Depotbank des Brokers. Diese Depotbank des Brokers nahm aber nicht den Broker in Anspruch. Sondern durch schuldrechtliche Verträge hatte man das so geregelt, dass sich diese Depotbank gleich an den Lieferanten des Brokers wandte, was dazu führte, dass die Depotbank des Brokers den Lieferanten des Brokers mit der Nettodividende in Anspruch nahm und darauf auch keine Kapitalertragsteuer abführte.

Dies teilte sie auch der Klägerin entsprechend mit. Also in diesem Fall war klar, dass keine Kapitalertragsteuer gezahlt worden war. Man hatte hier letztendlich die systemtechnischen Abläufe und durch geschickte Vertragsgestaltung genutzt, die Abführungsverpflichtung nicht zu erkennen.

Dann die Geschäfte mit den anderen Brokern. Da war nicht aufgeklärt, ob die eigene Aktien lieferten oder ob die Geschäfte genauso liefen, wie in dem ersten Fall, dass sie sich selbst erst mit den Aktien eindecken mussten. Das ist letztlich unklar geblieben.

Jedenfalls begehrte jetzt die Klägerin die Anrechnung der Kapitalertragsteuer, die in dem einen Fall nicht gezahlt war - das stand fest - und in dem anderen Fall war unklar, ob diese Kapitalertragsteuer abgeführt worden war oder nicht.

Am Rande vielleicht noch: Aufgrund eigener Untersuchungen der Kläger gab es deutliche Hinweise darauf, dass hier im Vorfeld Absprachen einzelner Händler der Klägerin mit den Lieferan-

ten der Broker stattgefunden haben, die die Geschäfte im Vorhinein geplant haben, so dass auch die verspäteten Lieferungen hier wohl so geplant worden waren.

Ja, soweit zum Sachverhalt. Das sind immer recht komplexe Sachverhalte. Die kann man schlecht in zwei Sätzen beschreiben. Das Gericht hat die Klage im vollen Umfang abgewiesen. Es hat dabei die Erhebung der Steuer als Voraussetzung für die Anrechnung geprüft. Das steht in dem bereits von meinen Vorrednern zitierten § 36 Einkommensteuergesetz. Dort steht, dass die anzurechnende Steuer durch Steuerabzug erhoben sein muss.

Jetzt gibt es zwei Möglichkeiten. Einmal die Zurechnung der vom Emittenten erhobenen Steuer, also von der Aktiengesellschaft. Die hat die Steuer abgeführt. Also insoweit liegt unstreitig eine Zahlung vor. Die Frage ist nur, ob diese Erhebung, diese Zahlung der Klägerin hier zugerechnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn sie zum Zeitpunkt der Coupontrennung Eigentümer oder wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie gewesen wäre. Zivilrechtlicher Eigentümer war sie nicht, da die Aktien nicht geliefert wurden. Wirtschaftliches Eigentum, und das wird geregelt in dem § 39 AO, liegt vor, wenn ein anderer als der zivilrechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den zivilrechtlichen Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Das ist letztlich die Definition des wirtschaftlichen Eigentums. Es bedarf also einer rechtlich geschützten Position des wirtschaftlichen Eigentümers, die auf den Erwerb gerichtet ist und ihm nicht mehr entzogen werden kann.

Jetzt hat der BFH in 1999 in einer Entscheidung zu Börsengeschäften, zu Geschäften über die Börse, entschieden, dass wirtschaftliches Eigentum bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags übergeht. Der BFH hat seinerzeit in dem konkreten Fall, nach dem Gesamtbild der Verhältnisse in diesem Fall aufgrund der einschlägigen Börsenusancen, die bei solchen Börsengeschäften gelten, und den üblichen Abläufen der



## 4. Untersuchungsausschuss

Der Ausschuss hat die folgenden Erkenntnisse:

Börse, die Regelungen durch die Clearstream, die Wertpapiersammelbank, entschieden, dass in diesem Fall nach dem Gesamtbild der Verhältnisse bereits die eigentümerähnliche Position erworben wurde und dem Erwerber, dem Käufer nicht mehr entzogen werden kann. Diese Rechtsprechung ist meines Erachtens - und da haben wir in dem Urteil auch noch mal ausgeführt - auf außerbörsliche Geschäfte und insbesondere bei Leerverkäufen nicht anwendbar. Das sind ganz andere Umstände, denn OTC-Geschäfte, diese außerbörslichen Geschäfte, folgen keinen festen Regeln. Die können anders als Börsengeschäfte, die immer nur mit T+2, also mit einer Laufzeit von zwei Tagen abgeschlossen werden, und demzufolge von der Clearstream Bank nacheinander abgearbeitet werden können, hier taggleich abgeschlossen werden. Es können längere Erfüllungsfristen vereinbart werden, so dass es bei diesen Geschäften zwingend den Übergang des Besitzes bedarf, um hier den zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf die Aktie - und das ist Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums - auszuschließen.

Der Leerverkäufer zum Beispiel steht in keinerlei vertraglicher oder sonstiger Beziehung zum Anteilseigner und hat demzufolge auch keinerlei Möglichkeit, den Anteilseigner von der Einwirkung auf die Aktie auszuschließen. Vielmehr kann der Anteilseigner mit den Aktien tun und lassen, was er will. Er ist in keinster Weise in der Verfügung eingeschränkt. Und dieses fehlende Ausschließungsrecht des berechtigten Eigentümers kann nicht zu wirtschaftlichem Eigentum führen. Des Weiteren sind dem Anteilseigner auch nicht die Gewinnansprüche aus den Aktien entzogen, denn der Leerverkäufer hat lediglich einen Anspruch auf eine Dividendenkompensationszahlung. Also das ist eine Schadenersatzzahlung. Die eigentliche Dividende steht nach wie vor dem zivilrechtlichen Eigentümer, dem Aktieninhaber, vor.

Soweit in der Literatur vertreten wird, dass man diese Entscheidung des BFH über das wirtschaftliche Eigentum und den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertrages auch auf außerbörsliche Geschäfte oder auf den Leerverkäufer übertragen

kann, ist das meines Erachtens unrichtig. Es reduziert die ausführliche Subsumtion des BFH, in dem der konkrete Sachverhalt auf die Tatbestandsmerkmale subsumiert wird, auf die Übertragung des abstrakten Rechtssatzes aus diesem Urteil, ohne sich mit dem Sachverhalt als solchen auseinanderzusetzen. Das ist meines Erachtens rechtlich nicht in Ordnung.

Das zeigt auch letztlich das Ergebnis. Das würde im Ergebnis zu einem mehrfachen wirtschaftlichen Eigentum führen. Ein solches mehrfaches wirtschaftliches Eigentum ist aber weder mit den Grundsätzen des deutschen Rechts, noch mit dem Regelungsverständnis des wirtschaftlichen Eigentums, noch mit dem Wortlaut des § 39 AO vereinbar. Ein Wirtschaftsgut kann nach dem deutschen Recht immer nur in dem Eigentum einer Person stehen.

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Gibt ja auch  
Sinn!)

Und das gilt auch für die Aktie und das gilt nicht nur im Zivilrecht, sondern das gilt auch im Steuerrecht. Nur aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtung des Steuerrechts hat man diesen § 39 AO eingeführt und damit eine Regel-Ausnahmenorm. Man sagt, grundsätzlich ist der zivilrechtliche Eigentümer auch derjenige, der in Anspruch zu nehmen ist, es sei denn, es liegen besondere Umstände, wirtschaftliche Umstände vor, die eine Zurechnung bereits an eine andere Person zulassen. Und diese Regel-Ausnahme-Regelung führt zu dem Begriff des wirtschaftlichen Eigentums. Sie führt aber nicht zu einer Vervielfachung des Eigentums, sondern zu einer anderen Zurechnung, so dass in diesen Fällen bereits aufgrund des Umstandes, dass die in der Literatur vertretene Ansicht zu mehrfachem wirtschaftlichen Eigentum führen würde, das unzutreffend ist. Auch ist es mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar. Ich führte bereits aus - das setzt eben dieses Ausschließungsrecht voraus -, der wirtschaftliche Eigentümer muss den zivilrechtlichen Eigentümer ausschließen können von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut, hier die Aktie. Und



## 4. Untersuchungsausschuss

### Steuerliche Behandlung bei Zwischenschaltung

das führte ich bereits aus, das ist beim Leerverkäufer nicht der Fall, weil er eben keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Aktien hat und darauf hat, was der Aktieninhaber mit den Aktien tut.

Ja, demzufolge war die Klägerin in diesem Fall kein wirtschaftlicher Eigentümer, so dass ihr dann die Abführung oder die Erhebung der Kapitalertragsteuer durch den Emittenten, also die Aktiengesellschaft, nicht zugerechnet werden kann.

Es wäre dann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob hier eine von einer Depotbank erhobene Kapitalertragsteuer anzurechnen ist.

Die Anrechnung der Kapitalertragsteuer als Erhebungsform der Körperschaftsteuer ist vergleichbar mit einer Steuervorauszahlung, setzt also zunächst die Erhebung der Steuer voraus. Die Anrechnung von Abzugssteuern ist demzufolge nur möglich, wenn sie vorher auch erhoben worden ist.

Was ist Erhebung der Steuer? Erhebung der Steuer - da muss ich zunächst mal abstellen auf denjenigen, der verpflichtet ist diese Kapitalertragsteuer zu erheben. Das ist hier nach der gesetzlichen Regelung ab 2007 bis 2011 die zwischengeschaltete Depotbank. Eine Erhebung der Steuer liegt bei der zwischengeschalteten Depotbank erst dann vor, wenn mehr eingegangen ist bei ihr, wie letztlich rausgeht. Nur dann hat sie eine Steuer erhoben, nur dann hat sie was einbehalten. Das heißt, wenn die Nettodividende ausbezahlt wird und die Depotbank nimmt den Schuldner der Kapitalerträge auch nur für die Nettodividende in Anspruch, dann liegt letztlich keine Einbehaltung vor, weil bei der zwischengeschalteten Person letztlich nichts verblieben ist.

Jetzt wird in der Literatur argumentiert, die Auszahlung der Nettodividende an die empfangende Depotbank reicht bereits aus, um hier von einer Erhebung der Steuer in Form der Einbehaltung auszugehen. Das ist nach Ansicht des Gerichts nicht richtig. Denn diese Auszahlung ist lediglich ein Indiz, das mangels anderer Anhaltspunkte bei einem typischen Geschehensablauf allenfalls ein Anscheinsbeweis für die Erhebung der Steuer

darstellt. Bei einer zwischengeschalteten Person, wie hier bei der Depotbank, kann der Nachweis für die Einbehaltung der Steuer aber dadurch geführt werden, dass von den durchgeleiteten Geldern ein Teil tatsächlich bei dieser zwischengeschalteten Person verblieben ist.

Hätte der Gesetzgeber bereits die Auszahlung der Nettodividende als Erhebung der Kapitalertragsteuer genügen lassen wollen, hätte er dies in Form einer gesetzlichen Fiktion anordnen können. Das hat er aber ersichtlich nicht getan.

Demzufolge ist erst dann von einem Einbehalt der Kapitalertragsteuer auszugehen, wenn der Differenzbetrag zwischen Brutto- und Nettodividende bei der inländischen Depotbank verblieben ist. Da das hier in dem einen Fall nicht der Fall war - bei dem einen Broker, das war unstrittig - kommt hier eine Anrechnung der Kapitalertragsteuer nicht in Betracht.

Wie ist es in den anderen Fällen mit den anderen Brokern, wo unklar ist, ob die Kapitalertragsteuer einbehalten wurde oder ob die Kapitalertragsteuer nicht einbehalten wurde?

In diesen Fällen wird vorgetragen, bereits durch die Vorlage der Steuerbescheinigung, die ja ausgestellt wird von der empfangenden Depotbank, ist der Nachweis erbracht, dass die Kapitalertragsteuer bezahlt worden ist. Das ist nach Ansicht des Gerichts allerdings nicht richtig. Denn die Steuerbescheinigung, die ist seinerzeit als zusätzlicher Nachweis, als Vereinfachung für die Finanzverwaltung eingeführt worden, um einen Nachweis für die Zahlungen der Kapitalertragsteuer zu haben. Als weiteres Tatbestandsmerkmal. Die hat demzufolge eine Doppelfunktion: einmal diese des Tatbestandsmerkmals und materielle Voraussetzung für die Abzugsfähigkeit der Kapitalertragsteuer; zum anderen dient sie als Nachweis für die einbehaltene und abgeführte Steuer. Dabei liefert sie aber nur einen Anscheinsbeweis für die Entrichtung dieser Steuer. Würde man dieser Steuerbescheinigung über den Anscheinsbeweis hinaus eine Vollbeweiskfunktion zubilligen, dann entspricht das nicht dem Gesetzeszweck als zusätzliches Nachweismittel



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nun zur dienstlichen Verwendung

und würde auch den Massenverfahren, in dem die erstellt wird, nicht Genüge tun.

Auch die Haftungsregelung, die im Gesetz steht, im § 45a Absatz 7, deutet darauf hin, dass es hier entscheidend auf die inhaltliche Richtigkeit der zu bescheinigenden Tatsache ankommt. Das heißt, die Kapitalertragsteuer dient nur der Ermöglichung einer praktikablen Kapitalertragsteuer-Anrechnung. Sie ist ein Anscheinsbeweis in den typischen Fällen. In den typischen Fällen über die Börse, die vertragsgemäß ablaufen, ist die Steuerbescheinigung für die Finanzverwaltung als Anscheinsbeweis geeignet, dass hier auch entsprechende Kapitalertragsteuer abgeführt ist.

Dieser Anscheinsbeweis wird allerdings erschüttert bei außergewöhnlichen Fällen. Das sind insbesondere solche Fälle, die nicht vertragsgemäß abgewickelt werden, um den Dividendenstichtag, bei denen die Lieferung abweichend von der Vereinbarung erst nach dem Dividendenstichtag und damit ex Dividende erfolgt. In diesen Fällen greift dieser Anscheinsbeweis nicht, und dann muss ich mich fragen, wer hat die Beweislast. Und die Beweislast für steuerbegründende Tatsachen hat das Finanzamt. Und die Beweislast für steuerentlastende Tatsachen hat der Steuerpflichtige. Und da der Steuerpflichtige hier die Anrechnung begehrt, ist das zunächst mal Sache des Steuerpflichtigen nachzuweisen, dass diese Kapitalertragsteuer gezahlt worden ist.

Und diesen Nachweis hat die Klägerin in dem vorliegenden Fall nicht erbracht, so dass das Gericht die Klage in vollem Umfang abweisen musste, weil der Nachweis für die Erhebung der Kapitalertragsteuer nicht erbracht war. Ich habe jetzt die Teile betreffend der Eurex-Börse zunächst mal rausgelassen. Das war, denke ich, schon umfänglich genug.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, ich danke Ihnen, Herr Lotzgeselle. Sie hatten ja gleich zu Beginn Ihrer Ausführung darauf hingewiesen, dass Sie ein wenig mehr Zeit brauchen würden. Ich denke, um den Sachverhalt auch umfassend würdigen zu können, haben wir also in diesem Fall von der vereinbarten Zeitdauer

einvernehmlich, konkludent, stillschweigend oder wie auch immer, abgesehen. - Nun, last not least Herr Hallmann, bitte sehr.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ja, sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich bin Sachgebietsleiter beim Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung in Wuppertal und in dieser Funktion ausschließlich mit der Ermittlung, Aufarbeitung von Cum/Ex-Fällen betraut. Das heißt, ich komme aus der Praxis. Wir versuchen zusammen mit Betriebsprüfungsstellen, Fahndungsstellen in ganz Deutschland und der Staatsanwaltschaft entsprechende Verfahren aufzuarbeiten und die Betroffenen einer strafrechtlichen Verfolgung zuzuführen. Die Steuerfahndung Wuppertal arbeitet seit ca. eineinhalb Jahren jetzt im Cum/Ex-Bereich. Das ist relativ kurz gegen andere Fahndungsstellen. In Hessen und Bayern arbeiten Teams bereits seit vier bis fünf Jahren an Fällen. Wobei man sich jetzt auch die Frage stellen kann: Warum Wuppertal? Ist jetzt nicht wirklich als Bankstandort bekannt. Das liegt an dem Bundeszentralamt für Steuern, das in Bonn sitzt. Für Bonn ist als Generalstaatsanwaltschaft die Generalstaatsanwaltschaft in Köln zuständig. Wir haben in den letzten zehn Jahren aufgrund von Datenankäufen umfangreich im Bankenbereich ermittelt und dabei auch sehr intensiv mit der Staatsanwaltschaft in Köln zusammengearbeitet.

Mitte 2014 hat das Bundeszentralamt für Steuern einen Fall selbst ermittelt mit dem Verdacht auf Cum/Ex-Transaktionen und hat das Verfahren an die Staatsanwaltschaft Köln abgegeben. Die Staatsanwaltschaft Köln hat dieses Verfahren mit einem Ermittlungsauftrag an Wuppertal weitergegeben. Bis dahin hatte auch Wuppertal nur Cum/Ex aus der Presse gehört. In Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft, der betroffenen Bank und dem BZSt konnte dieser Fall Ende 2015 steuerlich und strafrechtlich erledigt werden. Das bedeutet, es wurden 80 Millionen Steuer nicht ausgezahlt und die Bank hat Strafen insgesamt von ca. 10 Millionen gezahlt. Im August 2015 trat eine weitere Bank an die Staatsanwaltschaft Köln heran und teilte mit, dass sie ein Cum/Ex-Problem bei der Aufarbeitung ihrer Handelsaktivitäten gehabt hat. Auch dort wurde in



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zu dienstlichen Verwendung

der Zusammenarbeit mit der Bank, mit der Staatsanwaltschaft und dem BZSt der Fall letzte Woche zumindest steuerlich zum Abschluss gebracht. Mit einem Ergebnis, dass die Bank jetzt 50 Millionen Steuern zurückzahlt und 20 Millionen Hinterziehungszinsen.

Des Weiteren gab es Mitte 2015 ein Datenangebot in Sachen Cum/Ex. Ein Informant bot Wuppertal Daten über ungedeckte Leerverkäufe an. Wie wir bereits von den anderen Sachverständigen gehört haben, ist der ungedeckte Leerverkauf die Voraussetzung für ein belastetes Cum/Ex-Geschäft. Die Verhandlungen zogen sich bis Herbst 2015 hin, weil wir erst mal die Werthaltigkeit der Unterlagen prüfen mussten, ob es tatsächlich, wie vom Informanten behauptet, ungedeckte Leerverkäufe sind.

Wir haben es dann im Herbst 2015 gekauft, aufgearbeitet - wobei es sich um umfangreiches Material handelt - und haben das zunächst aufgesplittet in inländische Gesellschaften und ausländische Gesellschaften im Käuferbereich, weil das die Gesellschaften sind, die entweder die Anrechnung beantragen oder die Erstattung beantragen.

Die inländischen Gesellschaften wurden an die zuständigen Fahndungsstellen abgegeben. Das handelt sich um 27 Fälle. Das ist: Hamburg, Berlin, Stuttgart, Frankfurt, München und Düsseldorf.

Bezüglich der ausländischen Gesellschaften sind wir an das Bundeszentralamt für Steuern in Bonn herangetreten, weil dieses Amt ja zuständig ist für sämtliche ausländischen Gesellschaften, die in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind. Wir haben im Rahmen eines Auskunftersuchens das BZSt gebeten, unsere Daten mit ihren Daten abzugleichen, also mit den vorhandenen Erstattungsanträgen, die beim BZSt liegen, für die Jahre 2006 bis 2011. Zurzeit liegen bei mir im Büro, glaube ich, zehn Fälle, die der Bearbeitung harren. Das BZSt wird auch weiterhin auswerten, wird allerdings etwas zurzeit blockiert durch den Untersuchungsausschuss, weil man dafür umfangreich zuarbeiten muss.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Aber nicht diesem.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Doch. - Auch unsere Ermittlungen gehen weiter, weil wir nur einen Ausschnitt aus einer Handelskette gekauft haben. Das heißt, wenn es keine Übereinstimmung gibt zwischen den Daten beim BZSt und unseren Daten, werden wir weiter ermitteln müssen, weil wir den Käufer der Aktie kennen und werden an den Käufer der Aktie herantreten und fragen, was er mit der Aktie gemacht hat; ob er weiterverkauft hat oder wo diese Aktie verblieben ist oder ob er einfach das System nicht verstanden hat.

In allen diesen Fällen, in den zehn Fällen, die bei uns liegen, besteht der Anfangsverdacht einer Steuerhinterziehung in Abstimmung mit der Staatsanwaltschaft in Köln, und wir werden in diesen Verfahren Ermittlungsverfahren einleiten.

Man kann daraus ersehen, dass eine erhebliche Zunahme von Ermittlungsverfahren bevorsteht. Wir wissen, dass sowohl in Hessen und in Bayern zusätzliche Ermittlungsteams aufgestellt wurden. Allein die Steuerfahndung Düsseldorf hat inzwischen vier Teams gebildet, und weitere Fahndungsstellen in Nordrhein-Westfalen sind auch gebeten worden, Teams zur Verfügung zu stellen.

Meines Erachtens gibt es dabei drei große Probleme: Die erfahrenen Fahnder, die in diesem Bereich arbeiten, müssen die neuen einarbeiten. Und das ist, wie man gehört hat, in dem Sachverhalt nicht ganz einfach. Das heißt, es geht von der Zeit ab, die sie eigentlich an ihren Fällen arbeiten würden. Weiterhin gibt es einen erheblichen Zeitaufwand bei der Ermittlung gegen Gesellschaften, die nicht kooperieren. In Bayern und Hessen stehen diese Verfahren, die jetzt seit vier, fünf Jahren laufen, kurz vor dem Abschluss. Das heißt aber, dass für einen Fall diese Zeit gebraucht wurde und eine erhebliche Anzahl von kompetenten Fahndern da gebunden worden ist. Wir haben mal ermittelt, dass die Ermittlung eines ungedeckten Leerverkaufs, wenn man keinen Anhaltspunkt hat, wo der ist, ein Jahr dauern kann, wenn alle Stellen mitspielen und Auskunft





## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

ergeben, insbesondere wenn ausländische Gesellschaften mit in der Kette sind. Das betrifft insbesondere ausländische Broker. Wenn es zu keiner Rückmeldung kommt, kann auch diese ganze Kettenermittlung scheitern, und man muss eine neue Kette versuchen aufzubauen. Da hilft uns natürlich jetzt auch das Hessische Finanzgericht. Wenn wir dann zwei Fälle ermittelt haben, die alle nach demselben Strickmuster ablaufen, können wir dann möglicherweise auf die weitere Ermittlung von Ketten verzichten und kommen schneller zum Ergebnis.

Weiterhin gibt es Probleme, weil auch die Ermittlungen eines Teams in Düsseldorf gezeigt hat, dass es auch immer zu neuen Erweiterungen kommen kann, die zum Teil mit Cum/Ex gar nichts zu tun haben, sondern Geldwäsche betreffen, normale Steuerhinterziehung, Betrug oder Erpressung. Auch dort wird in Düsseldorf eine große Prüfergruppe für einen langen Zeitraum gebunden sein.

Das dritte Problem sind Verjährungsprobleme. Das heißt, für den Zeitraum bis 2005, wenn da Erstattungsanträge gestellt worden sind, die belastete Cum/Ex-Geschäfte enthalten, oder Steuererklärungen abgegeben worden sind von Gesellschaften, die die Steuern haben sich anrechnen lassen, sind verjährt. Das heißt, dieses Geld ist endgültig verloren.

Wir haben in den Erstattungsfällen den Vorteil, dass wir eine zehnjährige Verjährung haben, steuerlich und, weil es sich immer um großes Ausmaß handelt, auch strafrechtlich. Zurzeit verjähren die Erstattungsanträge aus 2006, weil diese laufend abgegeben werden - das heißt, es gibt da keine Jahreserklärung, wo vielleicht dann in 2007 fürs ganze Jahr abgegeben wird -, sondern, weil das Kreditinstitut kann für jede Ausschüttung einen Antrag stellen beim BZSt und sich das erstatten lassen. Das heißt, wir haben jetzt April. Das heißt, Anträge aus Januar/Februar 2006, die problemlos durchgelaufen sind, sind inzwischen auch verjährt. Allein die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens und die Bekanntgabe dieses Verfahrens gegenüber den Betroffenen kann die Verjährung unterbrechen.

Sie müssen sehen, dass wir zweigleisig arbeiten. Das heißt, wir haben zum einen die steuerliche Ermittlungsschiene und zum zweiten die strafrechtliche Ermittlungsschiene. In der steuerlichen Ermittlungsschiene müssen wir darauf drängen oder darauf hinarbeiten, dass es zu einer Rückzahlung der Steuer kommt oder dass eine noch nicht ausgezahlte Steuer nicht erstattet wird. In der strafrechtlichen Schiene kommt es dazu noch zu Strafverfahren gegen die Beteiligten, insbesondere Mitarbeiter der Finanzinstitute, die an diesen Vorgängen teilgenommen haben. Des Weiteren gibt es ein Verfahren gegen die Gesellschaft, was in einer Verbandsgeldbuße und Abschöpfung von Gewinnen enden kann.

Zusammengefasst kann man dabei sagen, dass nach den bisher von uns durchgeführten Ermittlungen alle Personen, die in die Planung und Durchführung der Cum/Ex-Geschäfte eingebunden waren, dass denen klar war, dass die Geschäfte in sich für den Käufer der Aktie wirtschaftlich völlig unsinnig waren. Der Käufer kauft eine Aktie, die teuer ist. Die bezahlt er auch, nur kommt eine Aktie geliefert, die billig ist nach der Ausschüttung. Er erhält dann zwar eine Ausgleichszahlung in Höhe der Nettodividende. Das vermindert aber eigentlich nur den Verlust. Und selbst wenn er die geltend gemachte, nicht gezahlte Kapitalertragsteuer, wovon wir ja in diesen Fällen ausgehen, erhält, führt dies zu keinem Gewinn, sondern eher zu einem Nullspiel. Allein die Absprache zwischen Verkäufer und Käufer über die notwendigen Absicherungsgeschäfte kann zu einer Verteilung des Gewinns, der beim Verkäufer entsteht, führen.

Das wär's eigentlich von mir als kurze Stellungnahme. - Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Hallmann. - Bevor ich nun das Wort an meine Kollegen und Kolleginnen weitergebe, habe ich noch einige Nachfragen an Sie. Und zwar ist ja ein wesentlicher Teil unseres Untersuchungsauftrags herauszuarbeiten, wie diese Cum/Ex-Geschäfte tatsächlich abgelaufen sind. Dazu haben wir einiges gehört. Was also die Akteure erreichen wollten, das ist uns auch durch



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ihre Stellungnahmen, meine Herren Sachverständige, klargeworden. Ich hab da aus dem Urteil, das Herr Lotzgeselle eben referiert hat und das uns natürlich auch vorliegt, einen Satz gefunden. Dort heißt es, dass die Klägerin, über die er mehrfach gesprochen hat, eine Wertpapierabteilung unterhalten habe, deren Aufgabe es gewesen sei - und jetzt zitiere ich -

Nutzung von Ertragschancen durch die Redomilizierung von Aktien über den Dividendenstichtag zur Vermeidung nachteiliger Quellensteuerbehandlung durch Dritte<sup>2</sup> zu gewährleisten.

Und das ist nun eine sehr - sprachlich denk ich auch mal - einwandfreie, in sich gesehene einwandfreie Formulierung. Nur, mit welchen Mitteln man das eben dann nun getan hat, und wie diese Mittel zu bewerten sind, das ist nun etwas, was mich besonders interessiert. Und da habe ich nun zwei oder eine ergänzende Frage an Sie, Herrn Professor Spengel, und an Herrn Lotzgeselle, noch mal die Lukrativität dieser Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen vielleicht uns als Ausschuss zu dokumentieren. Und vor allen Dingen auch Ihre Erfahrungen uns mitzuteilen, wie denn die Aufteilung der Gewinne zwischen den Profiteuren vereinbart wurde. Ich kann diese Frage auch an Sie vielleicht richten, Herr Hallmann. Ich weiß jetzt nicht; dass ich da nicht eine Fehlbite tue. Das wären so die Fragen: Welche Absprachen sind Ihnen bekannt oder welche Absprachen mit welcher Gewinnverteilungsabsicht sind Ihnen über den Weg gelaufen, um da nun genau dieses Lukrative - nach dem, was Herr Hallmann sagte, der Leerkäufer macht überhaupt keinen Gewinn, er verliert eher -, und da nun einmal noch genau in seiner Dimension zu dokumentieren. Können Sie was damit anfangen, mit der Frage, Herr Professor Spengel?

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ja, ich -

<sup>2</sup> Anmerkung des Ausschusssekretariats: In dem zitierten Urteil heißt es an dieser Stelle „für Dritte“.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Wunderbar.

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** - ich denke auch, die Frage oder die Antwort darauf ist wichtig für die Arbeit des Ausschusses. Und Sie sehen, das ist eine komplexe Frage. Sie tun mir, ehrlich gesagt, auch ein bisschen leid.

(Heiterkeit)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Sie tun mir leid? Ich tue Ihnen leid? Das sind Sie ja der Erste, das ist ja wunderbar.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ja, es ist eine vom Sachverhalt her, wenn man gar nichts mit Steuern zu tun haben muss, sehr komplexe Frage. Und dann haben wir ja, wie gesehen, auch gegenteilige Ansichten hinsichtlich der rechtlichen Würdigung. Also, sagen wir mal, Cum/Ex-Geschäfte, das haben wir jetzt gehört, die gibt es in verschiedenen Varianten. Und die wichtigste Unterscheidung ist die, wer eigentlich Veräußerer ist. Also Cum/Ex heißt eigentlich nur, man hat einen schuldrechtlichen Vertrag, also Aktien mit Dividendenanspruch zu liefern, und kann das aber nicht tun, weil man das um den Dividendenstichtag macht. Ja, man ist Eigentümer der Aktie. Man veräußert die cum, mit Dividendenanspruch, kann aber erst ohne Dividendenanspruch liefern. Das kann der Inhaber tun, und das kann ein Leerverkäufer tun. Der Inhaber - ich kann Ihnen das gern - - Das halte ich jetzt nicht für so erheblich -, der kann das einfach tun, liefert die Aktie nach dem Dividendenstichtag. Und wenn das zwei Tage - - Wir haben das jetzt schon ein paar Mal gehört mit dem Clearstream, dann wird die Dividende auch gleich eigentlich der Depotbank des Erwerbers zugerechnet.

Ja, und beim Leerverkäufer ist es eben so, also, um es auch mal klar zu machen: Ich stell mich jetzt mal als sozusagen jemanden dar, den es dann trifft. Also angenommen, der Herr Schmitt



## 4. Untersuchungsausschuss

### Vier zur abgestimmten Vorrede

würde dem Herrn Desens meine Aktien leer verkaufen, ja, also leer verkaufen. Dann wäre es so, ich wüsste davon gar nichts. Gehen wir mal davon aus, es haben keine Absprachen stattgefunden. Ja? Dann müsste der Herr Schmitt dem Herrn Desens meine Aktien nach dem Bilanzstichtag liefern. So, jetzt habe aber ich die Aktien am Bilanzstichtag und ich habe die Dividende bekommen. Das heißt, der Herr Schmitt kann die Aktien gar nicht mit Dividende an den Herrn Desens liefern. Er hat sie aber mit Dividendenanspruch verkauft. Also muss er eine Schadenersatzleistung leisten für die Dividende, und das nennt man Dividendenkompensationszahlung. Und wir können später noch davon reden, wenn es um die Frage geht, ob der Herr Desens wirtschaftlicher Eigentümer meiner Aktie geworden ist, als der Herr Schmitt diesen Leerverkauf mit ihm getätigt hat. Ich habe gesagt, das ist unmöglich. Weil, wenn ich zwischen dem Abschluss des Vertrages und der Lieferung der Aktien versterbe, dann erben meine Aktien meine Frau und meine Kinder. Und das ist, was ich zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kurz zu sagen habe.

Jetzt haben wir hier einen Fall, der ist nachgebildet, also vom Sachverhalt her, dem ersten Urteil vom Hessischen Finanzgericht, das jetzt knapp vier Jahre alt ist. Und da ging es, soweit ich das überblickt habe, um 125 Millionen Euro Kapitalertragsteuer. Und Sie sehen, der Fall ist ganz einfach. Er ist deswegen einfach, weil ich nicht, wie Herr Desens, das getan habe, hier noch über Kurssicherungsgeschäfte, Futures usw. spreche. Sondern, wir gehen mal davon aus, die Kursrisiken sind ausgeschaltet, und wir haben hier, das sehen Sie so in der ersten Zeile, drei Beteiligte. Das ist die K-GmbH. Das wäre in meinem Beispiel der Leerkäufer. Wir haben im Ausland einen Leerverkäufer sitzen, und wo der Inhaber sitzt, das spielt im Grunde genommen keine Rolle. Nehmen wir mal an, der ist in Deutschland, sonst würde er hier ja auch nicht die Kapitalertragsteuer von mir aus erstattet bekommen.

Und was jetzt vereinbart ist, dass der Leerkäufer - das ist eine Kapitalgesellschaft, die K-GmbH, die erwirbt vom Leerverkäufer - der mag jetzt im Ausland sitzen, so war der Sachverhalt - DAX-

Aktien zum Preis von 15 Milliarden Euro. Und zwar vor dem Dividendenstichtag, und geliefert wird nach dem Dividendenstichtag. Und um diesen Erwerb zu finanzieren, mag sich der Leerverkäufer, die K-GmbH kurzfristig einen Kredit besorgen von einer Depotbank. Das spielt im Grunde genommen keine Rolle, wie das Geschäft finanziert ist. Es ist vor dem Dividendenstichtag.

Was passiert jetzt am Dividendenstichtag? Da sind wir in der dritten Schiene. Dann bekommt der Aktieninhaber I, der hält die DAX-Aktien am Dividendenstichtag, die Dividende, 500 Millionen Euro. Und darauf behalten die im DAX gelisteten Aktiengesellschaften 25 Prozent Kapitalertragsteuer ein. Das sind die 125 Millionen. Das ist am Dividendenstichtag. Die Veräußerung der Aktien an den Leerkäufer - der muss sie sich ja besorgen - kann ja erst danach erfolgen. Und das tut er für einen Preis von 14,5 Milliarden Euro, weil die Dividenden sind ja jetzt um den Dividendenabschlag weniger wert. 15 Milliarden waren es, 500 Millionen Dividende, also 14,5 Milliarden Euro.

Diese Aktien liefert in einem nächsten Schritt - jetzt kommt es zum Erfüllungsgeschäft - der Leerverkäufer L an den Leerkäufer, die K-GmbH. Also, er liefert die Aktien. Und er muss, da die Dividende an den Inhaber geflossen ist, einen Schadenersatz leisten: eine Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende von 375 Millionen Euro.

Was passiert danach? Jetzt haben wir zwei Banken. Die Depotbank des Inhabers, die bescheinigt, völlig zurecht, dem Inhaber die einbehaltene Kapitalertragsteuer der DAX-Aktiengesellschaft. Der Leerkäufer, die K-GmbH, hat die Aktien in seinem Depot. Und die Frage ist - da haben wir jetzt überhaupt noch nicht drüber gesprochen, aber das ist in der Praxis so aufgetreten -, dass die Depotbank des Leerkäufers ebenfalls eine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausgestellt hat. Wir können später fragen, ob sie das überhaupt durfte. Fakt ist: Der Leerkäufer hat keine Dividende erhalten. Er hat eine Dividendenkompensationszahlung erhalten. Und wir haben ja vorhin schon gehört, wie die zu besteuern war. Das hat sich im Zeitablauf geändert.



## 4. Untersuchungsausschuss

18. Wahlperiode

Und was Sie jetzt sehen, das Prinzip: einmal Steuer einbehalten bei den AGs, die im DAX notiert sind oder auch nicht nur im DAX 30, und zwei oder sogar mehr Bescheinigungen. Und wenn wir uns jetzt das, was auch Herr Hallmann im Grunde genommen gesagt hat - - Da sind viele Nullsummenspiele dabei. Wenn wir uns mal die Zahlen einfach aufaddieren, dann sehen wir: Der Leerverkäufer, der macht, mal isoliert betrachtet, einen Gewinn. Weil der hat die Aktien für 15 Milliarden gekauft. Er hat sie sich für 14,5 Milliarden besorgt, also da sind 500 Millionen übrig, und er leistet die Dividendenkompensation in Höhe von 375 Millionen Euro. Also ist das der Gewinn, der beim Leerverkäufer anfällt. Das, was Herr Hallmann gesagt hat, was man beobachtet - - Also, wenn man jetzt den Käufer in Deutschland hat, den Leerkäufer, der macht eigentlich einen Verlust. Der macht einen Verlust. Warum? Der hat bezahlt, 15 Milliarden, hat es rückveräußert für 14,5 Milliarden, also hat daraus einen Verlust gemacht von 500 Millionen und kriegt die Dividendenkompensation von 375 Millionen. Also, der macht einen Verlust, und nur wenn der Leerkäufer die Kapitalertragsteuer anrechnen kann - oder er bekommt sie erstattet, wenn es eine Kapitalgesellschaft ist -, dann ist das für den Leerkäufer mal ein Nullgeschäft. Aber es ist in Summe kein Nullsummenspiel, weil der Leerverkäufer hat ja 125 Millionen Euro „Gewinn“ gemacht.

Und der Inhaber, für den ist es ein Null-Ergebnis. Der Inhaber, dessen Aktien waren 15 Milliarden wert. Er hat eine Dividende von einer halben Milliarde bekommen, und die Aktien sind noch 14,5 Milliarden wert. Und was man hier sieht, das war mein Eingangsstatement: Der Gewinn aus diesem gesamten Geschäft, die 125 Millionen Euro, das entspricht exakt der zweifach erstatteten Kapitalertragsteuer.

Und die Frage nun, wie das jetzt in der Praxis genau abgewickelt wurde, das entzieht sich meiner Kenntnis. Ich bin kein Praktiker und ich habe mit den Geschäften auch nichts zu tun gehabt. Der Herr Lotzgeselle hat ja, sagen wir mal, jetzt einen Fall dargestellt. Und da gibt es wahrscheinlich mehrere Spielarten. Also, das entzieht sich meiner Kenntnis, aber es sind beteiligt: Inhaber,

Leerverkäufer, Leerkäufer. Es gibt Kurssicherungsgeschäfte. Es gibt Berater. Alles kostet Geld.

Und gehen wir mal davon aus, Annahme: Wir haben hier einen Gewinn. Wir müssen ja irgendwie die Kapitalertragsteuer verteilen, diese 125 Millionen Euro. Und dann ist anzunehmen, dass ein Teil dieses Gewinns erst mal an Provisionen draufgeht, ja? Und nehmen wir mal an, das wären 25 Millionen, und dann haben wir noch 100 Millionen übrig, und dann teilen die drei sich das jeweils zu einem Drittel. Und das teilen sie sich ja nicht, indem sie sich dann sozusagen wiederum eine Provision dafür bezahlen, sondern das hat ja auch - - Das entnehme ich dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts, dem aktuellen, dass da die Ankaufs- und die Rückkaufspreise, also teilweise, also nicht meinem Beispiel entsprechen haben, sondern man hat ein bisschen mehr bezahlt als 15 Milliarden oder man hat sie zu einem höheren Preis zurückbezahlt. Und damit sind das eigentlich wie kommunizierende Röhren zwischen den Beteiligten.

Und die Entdeckungschancen, die sind schwierig, die sind gering. Wir haben ja gehört, dass diese Geschäfte angeblich also immer über die Börse gelaufen sind ab 2007. Ja, wir haben ja jetzt gesagt, diesem Sachverhalt könnte ein Volumen, ein Handelsvolumen von 10 Milliarden Euro gegenüberstehen. Im Einzelfall kann das noch höher sein. Wenn wir an einem Tag solche Handelsvolumina bezogen auf, sagen wir mal, eine einzelne Aktie hätten, dann müssten wir enorme Kursausschläge feststellen. Wir haben das mal also ganz erratisch untersucht. Wir können sowas nicht feststellen. Und die Frage ist - auch das entzieht sich jetzt meiner ganz konkreten Kenntnis, ja, aber Herr Lotzgeselle hat es ja mehrfach angesprochen -, dass also zwischen dem Leerverkäufer und dem Leerkäufer Broker geschaltet waren. Und diese Broker haben durchaus die Möglichkeit, Ankaufs- und Verkaufsordern, obwohl die über die Börse laufen, zu bündeln, so dass eine Transaktion überhaupt nicht kurswirksam wird. Man nennt das Cross Trades oder Block Trades. Also das ist möglich, dass der Broker in Kenntnis des Erwerbers den Erwerber und den Veräußerer zusammenbringt, ohne dass diese Geschäfte kurswirksam werden. Also kurzum, die Geschäfte



## 4. Untersuchungsausschuss

### Nur zur dienstlichen Verwendung

sind kompliziert. Sie sind auch schwierig, sagen wir mal, zu entdecken, wenn man immer nur mit einem Beteiligten zu tun hat. Also, das ist meine Einschätzung nachdem ich mich hier also auch in diese Usancen eingearbeitet habe.

Und wenn Sie mir gestatten, es ist im Grunde genommen eine weitere Frage: Also, wie funktioniert das technisch. Wir haben Clearstream angesprochen und ich glaube, wenn man diese technische Abwicklung verstanden hat, dann versteht man auch, warum manche Urteile des Bundesfinanzhofs heute anders interpretiert werden, als sie vielleicht noch vor zehn Jahren interpretiert wurden. Also, was in dem fraglichen Zeitraum galt, bis also 2011 einschließlich: Wir haben gesehen, die Kapitalertragsteuer wird abgeführt und bescheinigt, wird abgeführt von der Aktiengesellschaft und bescheinigt vom Depotinstitut.

Was ist jetzt, wenn man in Deutschland Aktien verkauft? Was sind die sogenannten Börsenbedingungen? Die Börsenbedingungen sagen, man hat für die Erfüllung eines Börsengeschäftes zwei Tage Zeit nach dem Geschäftsabschluss. Das heißt, der Geschäftsabschluss und der Lieferzeitpunkt fallen auseinander. Deswegen reden wir hier auch mit Geschäften um den Dividendenstichtag. Es gelten allerdings für die Erfüllung, also die Lieferung, die Bedingungen zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses. Das heißt, wenn ich Aktien vor dem Dividendenstichtag veräußert habe, dann muss ich sie auch mit Dividendenanspruch liefern. Wenn ich das nicht kann im Fall eines Leerverkaufs, dann muss ich eine sogenannte Dividendenkompensationszahlung leisten.

Und jetzt kommen wir sozusagen zur Abwicklung. Also, diese giroversammelten oder -verwahrten Aktien werden in Deutschland über die Clearstream Banking AG verwaltet, und die Clearstream kennt den Eigentümer der Aktien nicht. Die verwaltet die Depotbanken, aber die weiß nicht, ob das, was bei den Depotbanken gehalten ist, den Banken gehört oder jemand anders. Und das hat ja alles mal gar nichts mit Steuern zu tun, ja? Das sind sozusagen die Regularien.

Und wie passiert es jetzt mit der Dividendenregulierung? Wir müssen uns daran erinnern: Ich habe zwei Tage Zeit von dem Vertragsabschluss bis zur Lieferung. Und das geht ja um den Dividendenstichtag. Die Clearstream bekommt die Dividenden und verteilt die auf die Depotbanken, die Dividenden. Und sie verteilt die gemäß der gemeldeten Aktienbestände, aber die Aktienbestände berücksichtigen keine Veräußerungsgeschäfte am Tag der Hauptversammlung und davor. Ich habe ja zwei Tage Zeit zu liefern. Das heißt, das ist das erste Verfahren. Die bekommen verteilte Dividenden nach den Beständen. Und in dem zweiten Schritt erfolgt ein sogenanntes Clearing oder hier „Market Claim Process“, das ausgeglichen wird offene Verkaufs- und offene Kaufpositionen.

Und zwar, wenn jetzt die Veräußererbank, also die von dem Leerverkäufer, um es mal so zu sagen, eine offene Verkaufposition hat, dann zieht Clearstream die Nettodividende ein von der Depotbank und überweist sie den Banken, die offene Kaufpositionen haben. Und jetzt sehen wir sozusagen das Dilemma. Wenn das Inhaberverkäufe sind, wenn das Inhaberverkäufe sind, dann zieht Clearstream eine Dividende ein, auf die wurde Kapitalertragsteuer einbehalten, und überweist die an die Depotbank des Erwerbers. Und damit haben wir kein Problem. Das habe ich hierhin geschrieben: Inhaber-Cum/Ex-Geschäfte sind unproblematisch. Einmal Kapitalertragsteuer einbehalten, einmal bescheinigt.

Was auch unproblematisch ist, sind Leerverkäufe ab 2007 bis einschließlich 2011. Leerverkäufe, erinnern wir uns: Der Leerverkäufer ist verpflichtet, eine Dividendenkompensationszahlung an den Leerkäufer zu leisten. Und ab 2007 - nur mal, dass Sie es richtig verstehen: Die Dividende hat der Inhaber erhalten. Es geht hier um die Regulierung des Leerverkaufs. Und der Leerverkäufer leistet eine Dividendenzahlung, aber war seit 2007 verpflichtet, auf diese Dividendenzahlung, Kompensationszahlung, Kapitalertragsteuer einzubehalten. Und diese Kapitalertragsteuer wird bescheinigt von der Depotbank des Leerkäufers. Was wir haben: zweimal Steuer erhoben auf die Dividendenkompensationszahlung, auf die Dividende, und zweimal angerechnet. Kein Problem.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nutzung dienstlicher Verwendung

Wo liegt das Problem? Das Problem stellt sich dann, wenn die Dividendenkompensation nicht dem Kapitalertragsteuerabzug unterlegen hat. Und das war bis einschließlich 2006 der Fall. Und ab 2007 - - Oder es war schon immer der Fall, wenn die Dividendenkompensation über eine ausländische Bank abgewickelt worden ist, weil das ist unmöglich, dass man Ausländer in die Pflicht nimmt für den deutschen Fiskus, also irgendetwas zu tun, für den Steuern einzutreiben. Deswegen haben wir ja auch in unseren verschiedenen Stellungnahmen gesagt: Naja, man muss mal unterscheiden: 2006 bis einschließlich und 2007 und 2011. Und Sie fragten mich, wie konnte das geschehen? Und ich habe in meinem Eingangsstatement gesagt, es gab eine Sollbruchstelle im System. Erhebung und Bescheinigung der Steuer. Und das hat nichts mit Steuern zu tun. Und diese Sollbruchstelle hat man durch Leerverkäufe um den Dividendenstichtag ausgenutzt.

Also, dass wir mal bis dahin sind, und ich glaube, wir sind uns alle im Klaren darüber - selbst mir fällt es nicht ganz leicht, das sozusagen ohne einen Stotterer zu erklären -, dass es relativ komplex ist.

Und da stellen sich auch die steuerlichen Fragen. Also, wenn man auf das Beispiel - Sie haben die ja; wenn die uns alle fragen - auf das Beispiel abstellen hier, da stellen sich Fragen: einmal, gibt es zwei Eigentümer - also das waren eigentlich die zentralen Fragen - oder sind zwei Personen die gleichen Einkünfte zuzurechnen? Und die zweite Frage ist, darf es denn eigentlich zwei oder mehr Steuerbescheinigungen geben?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Professor Spengel. - Jetzt, Herr Lotzgeselle, vielleicht auch noch mit der ergänzenden Frage: Die Handelsvolumina, die Sie auch da festgestellt haben in Ihrem Verfahren, betrogen ja, wenn ich das richtig addiert habe, um die 11 Milliarden Euro. Frage: Ist es aus Ihrer Vorstellung überhaupt denkbar, dass sich bei einem solchen Volumen - - dass ein Leerverkäufer derartig große Ordervolumina an Gutgläubige absetzt, absetzen kann, ohne dass da irgendwelche begleitenden Absprachen über das, wie es da gemacht werden soll, wie Herr Professor Spengel das auch

unter Einschaltung von Brokern ohne Kursauschläge und so weiter - - da nun vonstattengeht.

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, Ich möchte vielleicht mal mit den Geschäften als solchen anfangen. Die Gewinnspanne war in diesen Geschäften die nicht abgeführte Kapitalertragsteuer, wie der Professor Spengel das schon ausgeführt hat. Und das hat man in dem uns vorliegenden Fall dadurch erreicht, dass man über gesteuerte Leerverkäufe und durch Absprachen, durch bewusste Spätlieferungen sowie durch geschickte Vertragsgestaltung unter Ausnutzung der Abrechnungssysteme der Depotbanken mit der Clearstream, dadurch hat man letztlich erreicht, dass keine Kapitalertragsteuer einbehalten wurde.

Es sind in den Akten Protokolle von Wertpapierhändlern, aus denen sich ergibt, dass Absprachen stattgefunden haben zwischen einzelnen Wertpapierhändlern, der Klägerin und nicht dem Vertragspartner, sondern dem Vertragspartner des Brokers, die dahingingen, dass bewusst ein Drittel der Aktien verspätet geliefert werden sollte. Und man hat dann untereinander den Gewinn unter Einschaltung eines ausländischen Maklers noch mal letztendlich aufgeteilt.

Das Problem war, das alles zu erkennen. Das hat man in dem Fall dadurch erkannt, dass man halt diese Protokolle gehabt hat. Die Geschäfte, die Handelsgeschäfte als solches waren mit einer Gewinnspanne von 98 Prozent, das ist üblich in dem Bereich, vereinbart worden, also Gewinnspanne 2 Prozent. Und man hat diese Sicherungsgeschäfte dann mitbetrachtet, hat bei den Sicherungsgeschäften die Gewinnmarge eingeplant und hatte dann insgesamt für eine Gewinnspanne von 8 Prozent etwa, die aber bei einem Vertragspartner - - die aber dann bei dem Volumen durchaus einen höheren Betrag ausgemacht hat.

Letztendlich brauchte das Gericht in der Entscheidung in diesem Fall, in diesem Bereich nicht in die Tiefe zu gehen, da hier feststand, dass keine Kapitalertragsteuer gezahlt worden ist, und zum anderen die anderen streitigen Fälle nicht nachgewiesen war, dass Kapitalertragsteuer



## 4. Untersuchungsausschuss

## Sachverständigenkommission

einbehalten wurde. Sodass dies letztendlich dann nicht relevant geworden ist.

Ihre zweite Frage, können Sie die noch mal - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, die zweite Frage betraf den Fall, ob Ihnen Fallgestaltungen über den Weg gelaufen sind, in der dann die Beteiligten sich das, was Sie da, ich sage das mal, als Marge beschrieben haben, dann wieder geteilt haben, weil ja ansonsten, aufgrund dessen, was Herr Hallmann uns beispielsweise gesagt hat oder Herr Professor Spengel, das für eine Partei zumindest sinnlos gewesen wäre, -

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, ja, das war so.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** - wenn sie nicht auf irgendeine Art und Weise da nun auch mit hätte profitieren können.

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Ja, ja, es haben Absprachen stattgefunden und das hat alles nur funktioniert dadurch, dass halt alle zusammengespielt haben. Und dann hat man sinnvollerweise den Gewinn in Höhe der nicht gezahlten Kapitalertragsteuer entsprechend aufgeteilt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dann danke ich Ihnen. - Dann habe ich jetzt noch eine weitere Frage an Professor Schmitt und an Herrn Hallmann. Und einfach mal: Ja, haben Sie aus Ihren praktischen Betrachtungen der Gesamtsituation Hinweise darauf, dass die Beteiligten den Cum/Ex-Charakter der einzelnen Transaktionen bewusst den Finanzbehörden gegenüber verschleiert haben und das Geschäftsmodell selbst also ganz diskret vor den Finanzbehörden geheim gehalten haben bzw. die zahlreichen Expertisen, die ja nun auch uns da aus Bereichen der beratenden Zunft nun vorgelegt bzw. bekannt gemacht worden sind, nicht etwa in die Verfahren bei den Finanzbehörden eingeführt worden sind, sondern bewusst, also mit den Finanzbehörden zumindest, nicht diskutiert wurden?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ja, das ist so gewesen. Also wenn Sie sich mal überlegen, wie die Finanzbehörde mit Kapitalertragsteuererstattung oder -anrechnung zunächst in Kontakt kommt, dann geschieht das dadurch, dass derjenige, der diese Erstattung begehrt, die Kapitalertragsteuerbescheinigungen seiner Veranlagungsstelle vorlegt. In der Praxis sind ja die depotführende Bank des Leerkäufers und der Leerkäufer häufig ein und dieselbe Person. Wenn die Banken Eigengeschäfte machen, stellen sie sich ja selbst die Kapitalertragsteuerbescheinigung aus. Das gibt dem Ganzen natürlich einen zusätzlichen Pfiff, wenn ich das mal so sagen darf. Und dann werden dem Finanzbeamten die Kapitalertragsteuerbescheinigungen vorgelegt. Und die prüft er dann nach seinen Möglichkeiten. Er schaut, ob die im Gesetz vorgesehenen Bestandteile der Kapitalertragsteuerbescheinigung vorliegen: Amtliches Muster? Sind die entsprechenden Aktiengeschäfte benannt? Ist das schlüssig? Die Bruttodividende und die Kapitalertragsteuer, passt das zusammen? Das muss ja das Verhältnis 100 zu 25 sein. Sind die entsprechenden Kapitaleinkünfte jetzt in der Bilanz und der G und V des Instituts aufgeschlüsselt? Das prüft der Veranlagungsbeamte. Und wenn er das alles geprüft hat, macht er einen Haken dran. Herr Lotzgeselle hat ja vorhin gesagt, diese Kapitalertragsteuerbescheinigung hat den Charakter des Anscheinsbeweises. Also sagt der Finanzbeamte: Die Kapitalertragsteuerbescheinigung ist da. Der typische Geschehensablauf ist der, dass der Emittent der Aktien Dividende ausbezahlt hat, Kapitalertragsteuer erhoben hat und an das Finanzamt abgeführt hat. Der Finanzbeamte kann nicht erkennen anhand der Kapitalertragsteuerbescheinigung, ob es sich um Leerverkäufe gehandelt hat, und ob tatsächlich Kapitalertragsteuer nicht einbehalten worden ist. Und ich habe vorhin in meinem Eingangsstatement schon mal kurz gesagt, diese, ja, modellhafte - ich will gar nicht sagen - Gestaltung, sondern dieses Modell zur Erzielung von Kapitalertragsteuer ist uns nicht im Vorhinein vorgelegt worden mit der Bitte um Genehmigung, um das mal so zu sagen. Wenn ansonsten Steuerbürger Gestaltungen vornehmen, die Milliarden Steuern kosten können, legen sie größten Wert darauf, dass die Finanzbehörde das vorher akzeptiert im Rahmen einer verbindlichen Auskunft.



## 4. Untersuchungsausschuss

### 1. Einleitung

Ich kann natürlich hier nicht über entsprechende Einzelfälle berichten, aber das eine oder andere kann man ja - leider, muss ich hinzufügen - auch in der Zeitung lesen. Das ist eigentlich das Übliche. Hier haben wir nichts gehört. Kein Sterbenswörtchen von den Beteiligten. Wie sind wir drauf gekommen bzw. hätten darauf kommen können? Nun, so in der Zeit nach 2007 sind diese Geschäfte dann diskutiert worden in der Fachpresse und dann auch in der Wirtschaftspresse, und, siehe da, plötzlich gab es Nachmeldungen seitens mancher Steuerpflichtiger. Die haben einfach gesagt: Ja, wir haben da auf diese Cum/Ex-Geschäfte - Komma, die wir für zulässig und rechtlich zwingend zulässig halten, Komma - getätigt. Wir zahlen jetzt mal die Steuer zurück und legen gleich Einspruch ein. Wenn so etwas geschieht, dann kommt die Betriebsprüfung zum Zuge. Die Betriebsprüfung prüft Banken sowieso regelmäßig im Anschluss. Aber diese Cum/Ex-Geschäfte waren keine klassischen Prüffelder für Bankenbetriebsprüfer. Auch die Bankenbetriebsprüfer, die in ganz Deutschland ja auch einen Austausch, einen fachlichen Austausch pflegen, wussten davon nichts. Sonst sagt der eine dem anderen: Du, ich habe da was entdeckt, Cum/Ex, guckt mal bei Euren Banken auch. Das hat nicht stattgefunden. Aber jetzt, nachdem einige Banken - die Presse hat ja berichtet, es sind ja häufig öffentliche Banken - gesagt haben, ja, da ist was und jetzt sagen wir das mal und lassen das vor Gericht klären, dann kommt natürlich die Betriebsprüfung ins Spiel. Damit ist die Sache aber noch nicht erledigt. Ich habe mir von meinen Betriebsprüfern sagen lassen, wie schwierig es ist, hier in der Praxis zu ermitteln. Herr Hallmann hat vorhin darauf hingewiesen, da gibt es ja unterschiedliche Steuerpflichtige, möchte ich mal sagen. Da gibt es welche, die wissen, oh, jetzt wird es brenzlich, wir machen lieber mit, und die entwickeln zusammen mit dem Finanzamt ein regelrechtes Prüfungssystem. Die mussten Programme programmieren. Sie müssen ja überlegen, welche Unmenge an solchen Aktiendeals von einer Bank getätigt werden jeden Tag. Da hat ja der Herr Densens zutreffend darauf hingewiesen, das ist schon so. Und was hat der Betriebsprüfer? Der Betriebsprüfer hat die Summe der geltend gemachten Kapitalertragsteuer und er hat die entsprechenden Depots in den Büchern der Banken. Und jetzt

muss er anhand dieser Angaben herausfinden, was waren Leerverkäufe, was waren keine Leerverkäufe? Was waren Cum/Ex-Geschäfte, was waren Cum/Cum-Geschäfte? Wie schwierig die Differenzierung ist, hat ja das Urteil, der Sachverhalt zu dem Urteil des Hessischen Finanzgerichts gezeigt. Hätte der Betriebsprüfer schon vorher drauf kommen können, bevor die Banken sich entsprechend geoutet haben? Nun, auffällig ist natürlich, wenn in einem Geschäftsjahr plötzlich die Summe der geltend gemachten Kapitalertragsteuer, also das Anrechnungsbegehren, in die Höhe schießt.

Das ist ein auffälliger Tatbestand und dann wird geprüft. Weil das in der sogenannten Vorprüfung natürlich auffällt. Dann wird geprüft. Mit allen Schwierigkeiten. Und dann gibt es, wie schon gesagt, kooperative Steuerbürger. Es gibt aber auch welche, die dann auf entsprechende Anfragen monatelang nicht antworten. Ich beziehe mich wieder auf das, was Herr Hallmann gesagt hat. Ich bin ja auch nicht <sup>an</sup> der Praxis tätig, direkt an der Front, um das mal so zu sagen, aber die Kollegen müssen das machen und das ist ausgesprochen mühsam und das kann natürlich auch mal einige Monate, wenn nicht sogar Jahre dauern, bis man das ermittelt hat. Und in dem einen Fall hat ja die Staatsanwaltschaft auch einen Durchsuchungsbeschluss erlassen. Davon resultiert ja dann das Urteil, nein, der Beschluss des Landgerichts Köln, das gesagt hat, es besteht der Anfangsverdacht der Steuerhinterziehung.

Natürlich, Herr Vorsitzender, wird keiner der Steuerbürger sagen: Ja, das war nicht ganz ehrlich, wir haben das abgesprochen, wir haben miteinander sozusagen als Gruppe überlegt, wie man das möglichst geschickt verteilen konnte. Das wird vielleicht der Herr Berger erzählen, aber der sitzt in der Schweiz, nicht? Der wird wahrscheinlich auch nicht zu Ihnen kommen, wenn Sie ihn laden. Die anderen, die mit Herrn Berger auch im Inland zusammengearbeitet haben, werden das auch nicht gestehen. Die Inhaber, sprich die Vorstände der Banken, die werden sagen: Oh ja, da hat es bei uns was gegeben, aber die drei sind schon nicht mehr dabei. Die haben selbst gekündigt; wenn die das nicht gemacht hätten, hätten wir sie entlassen.





## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

So läuft das - leider. Und es wird jetzt Aufgabe <sup>herauszufinden</sup> der Ermittlungsbehörden sein, inwieweit hier strafrechtlich relevante Absprachen stattgefunden haben.

Ich sage Ihnen ganz offen: Ich gehe davon aus, weil die Geschäfte, wie der Herr Spengel meines Erachtens überzeugend dargetan hat, sonst gar nicht stattfinden könnten. Die sind kompliziert, so etwas entsteht nicht aus Zufall. Aber das nachzuweisen im Sinne des Strafrechts, das ist noch mal eine ganz andere Sache. Steuerrechtlich haben wir es einfacher. Der Herr Lotzgeselle hat die Beweislastregeln hier sehr einleuchtend dargelegt. Wenn Kapitalertragsteuer nicht abgeführt wurde - - Oder umgekehrt: der Begehrende, der die Erstattung Begehrende muss nachweisen, dass Kapitalertragsteuer abgeführt wurde. Wenn ihm das gelingt, dann bekommt er sie auch erstattet. Wenn es ihm nicht gelingt, bekommt er sie nicht erstattet. Damit ist der Fall dann steuerrechtlich erledigt. Es sei denn, der Bundesfinanzhof fällt noch eine andere Entscheidung als Herr Lotzgeselle und seine Kollegen. Aber merkwürdigerweise hat ja die Klägerin - wenn die Zeitung <sup>erichtet</sup> zutreffend <sup>behandelt</sup>, war das die DekaBank - keine Revision eingelegt, weil sie sich auf die, wie ich finde, Ausrede zurückgezogen hat: Ja, sie hätten ja nie Cum/Ex-Geschäfte machen wollen, sondern nur zulässige Cum/Cum-Geschäfte. Das wird dann das nächste Kapitel in diesem Schauspiel sein, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Schmitt. - Herr Hallmann, möchten Sie noch ergänzen?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ja, würde ich gern. Und zwar einmal zu den Absprachen noch. Wir haben in einem Verfahren eine Excel-Datei eines Mitarbeiters einer Bank gefunden. In dieser Excel-Datei, die Anfang des Jahres - ich weiß nicht - 2006 oder 2007 erstellt worden ist, wurde praktisch das gesamte Dividendenjahr dargestellt deutscher DAX-Aktien. Er war auf Käuferseite bei der Bank angestellt und hatte ein bestimmtes Kreditvolumen zur Verfügung.

Er hatte komplett durchgeplant, wann welche Aktie ausschüttet, was er an Volumen kaufen

kann, welche Absicherungsgeschäfte er dafür machen muss, und hatte somit das gesamte Cum/Ex-Jahr geplant. Bis Juni, bis die Dividendensaison zu Ende war.

Und das zweite, ein Insider hat uns mal erzählt, wie das läuft, wenn das an der Börse gehandelt wird, diese Riesenpakete, und wenn die in der Schlussauktion der Eurex sind. Dann sitzen an beiden Seiten Käufer/Verkäufer oder Broker und die sprechen sich ab: Ich bringe jetzt zehn Millionen Daimler-Aktien rein, auf drei wird gedrückt, dass wir ja nicht irgendjemanden dazwischen haben, der uns dann tausend Aktien abnimmt oder so. Und dann sitzen die beide da und drücken auf drei auf den Knopf, damit das Geschäft zusammeneht.

Denn sonst haben die wirklich ein Problem anschließend, wenn das nicht klappt, wenn der andere erst nach drei drückt oder wie auch immer. Und zu den Verschleierungen: Bis etwa 2007 waren die Ketten relativ einfach gestrickt, möchte ich mal sagen. Zum Ermitteln nicht einfach, aber man konnte sie übersehen. Seit 2008 bis jetzt in 2011 wurden die Transaktionen so gestaltet, dass die Ermittlung eines Cum/Ex-Geschäftes mit ungedecktem Leerverkauf erheblich erschwert wurde. Insbesondere wurden die Handelsketten immer länger und es wurden immer mehr ausländische Brokerfirmen eingeschaltet, auch wenn die Geschäfte nicht mehr über Clearstream Frankfurt, sondern über Clearstream Luxemburg abgewickelt wurden. Wir haben keinen Einfluss auf Luxemburg, um da irgendwelche Informationen zu bekommen. Wir bekommen keine. Die berufen sich auf das Bankgeheimnis und dann bricht für uns da die Kette ab.

Wir haben auch festgestellt, dass es, insbesondere am Börsenplatz London, viele Händlergruppen gab, die Cum/Ex gehandelt haben. Jede Bank hat in London eine Gruppe sitzen, und diese Händlergruppen waren relativ gut miteinander vernetzt und haben diese Cum/Ex-Geschäfte betrieben. - Ich komme gleich nochmal darauf zurück.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, erstmal herzlichen Dank. Nur noch vielleicht eine ergänzende Frage, Herr Hallmann. Wir reden immer



## 4. Untersuchungsausschuss

### Nachtrag zur 1. öffentlichen Sitzung

davon, einfache Entrichtung der Kapitalertragsteuer und zweifache Bescheinigungen. Sind Ihnen noch weitergehende Gestaltungen über den Weg gelaufen, also, ich sage das mal so, um also eine Kette von Leerverkäufen regelrecht zu etablieren, oder haben Sie darüber keine Kenntnisse?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Aus unseren Ermittlungen in Wuppertal haben wir keine Erkenntnisse über mehrfache Kreisungen derselben Aktien, desselben Aktienpaketes. Es gibt eine Prüfergruppe in München, die hat wohl dreifache Erstattung inzwischen mit einem Aktienpaket festgestellt und zwar wurde dabei die OTC-Funktion ausgenutzt, indem man einfach T+2, T+3, T+4 immer hat kreisen lassen die Aktien. Müsstest Sie vielleicht den als Sachverständigen hören. Und nochmal zu den Handelsgruppen in London. Selbst die haben relativ verschwiegen gearbeitet gegenüber ihrer eigenen Bank. Die Steuerabteilung einer Bank hat versucht, mal festzustellen, warum diese Abteilung so Riesengewinne hat gegen alle anderen Abteilungen in der Bank, hat versucht zu klären, was sie da eigentlich tun und hat nachher aufgegeben, hat gesagt, es ist eine schwarze Kiste für uns, eine Blackbox. Wir wissen nicht, was die tun. Die haben Riesengewinne, aber wir wissen nicht, was die tun. Wir begreifen es einfach nicht, weil auch diese Abteilung denen nie gesagt hat, dass es rein steueroptimierte Transaktionen sind, sondern die haben auch immer von Dividendenarbitrage gesprochen, aber nie deutlich erklärt, was es tatsächlich ist, was sie machen. Aus diesen Gewinnen haben sich natürlich auch die Boni der Banker berechnet, so dass da durchaus ein Eigeninteresse bestand, diese Geschäfte auch zu tätigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Hallmann. Ich habe jetzt noch zwei Fragen, auch um die Geduld meiner Kollegen und Kolleginnen nicht allzu sehr noch zu strapazieren, bevor ich dann also das Wort an diese übergebe. Die erste Frage betrifft die Rechtswidrigkeit der Geschäfte und richtet sich an Sie, Herr Desens. Sie haben Ihr Eingangsstatement abgegeben und auch sehr intensiv die einzelnen Modalitäten erläutert. Aber nochmal, um es vielleicht auch für mich zu komprimieren. Sie haben doch

festgestellt oder als Ihre Rechtsmeinung dargestellt, dass also nicht nur der Aktionär, der die Dividende erhielt, auf die die Steuer erhoben wurde, zur Anrechnung berechtigt ist, sondern daneben - also parallel ein zweites Mal - auch nach Ihrem Rechtsverständnis der Leerkäufer einen Anrechnungs- und Erstattungsanspruch hat. Und da würde mich interessieren, wie denn sich das mit dem Wortlaut des § 36 Einkommenssteuergesetz vereinbaren lässt, wobei ja die Erhebung der Steuer die Voraussetzung für, denke ich, eine solche Bescheinigung ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Das kann ich gerne tun. Wir müssen hier auch wieder verschiedene Rechtslagen unterscheiden, ja. Das ist der erste Punkt. Wir haben verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen. Nehmen wir mal die Rechtslage bis 2007. Da ist es wirklich so, dass nur der Einkünfte, Kapitaleinkünfte im Sinne von § 20 Absatz 1 Nummer 1 erzielt und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien ist, hier entsprechend einen Anspruch hat. Das ist da allein die einzige Rechtsfrage. Da gibt es noch nachher viele technische Details. Die werden meines Erachtens aber erst 2007 interessant, auch wenn diese erste Anfrage jetzt anders beantwortet wird, werden die ab 2007 anders beantwortet. Bis 2007 wurde wie folgt eben argumentiert: Wir haben das eben aufgetan. Es ist auf dem ersten Blick kontraintuitiv, was Herr Spengel natürlich auch hervorragend aufgezeigt hat. Wie kann denn jemand wirtschaftlicher Eigentümer werden, wenn es einen anderen noch gibt? Wenn wir uns das bei einer Stückschuld - - Konkret das Auto, da kann es nur einen Eigentümer geben. Selbst bei einer Gattungsschuld. Ja, ich verkaufe Eier, da schulde ich eine mittlere Art und Güte, da kann ich nachher nachvollziehen: Also das sind diese Eier - gehören dem. Das müsste theoretisch bei Aktien jetzt - ist eine Gattungsschuld - - Aber wie der BFH es formuliert bzw. im Gerichtsbescheid formuliert hat, das ist ein komplett virtueller Markt, der da passiert. Wir haben diese Gegenstände nicht. Und das reale wirtschaftliche Handeln in diesem Moment, passiert eben so, dass tatsächlich zwei in diese Inhaberposition kommen - wirtschaftlich. Die nächste Frage ist, wie wir das juristisch nachvollziehen. Zivilrechtlich ist das nicht so. Das ist relativ eindeutig. Aber



## 4. Untersuchungsausschuss

## Vorläufiger Bericht

jetzt haben wir diese Vorschrift in dem § 39 AO, Absatz 2, der sagt eben, im Regelfall kann eben auch der wirtschaftliche Eigentümer hier das machen. Mein Argument war hier mal ein anderes, dass man sich mal die ganze Perspektive anschauen muss. Jetzt schauen wir uns mal die Depotbank an - und das ist hier auch mehrmals angeklungen -, schauen wir uns diesen ganzen Handel an. Niemand wird erkennen als Erwerber - ich mach mal eine Ausnahme: außer es ist vorher aber außerhalb dieser Mechanismen abgesprochen, das ist aber ein anderes Thema vielleicht vom Gestaltungsmissbrauch, da können wir auch nochmal drüber reden, aber wir reden hier vom Regelfall -, niemand wird erkennen, ob meine konkrete Leistung jetzt eine Originaldividende ist oder eine Dividendenkompensation. Ich könnte das erkennen, wenn ich weiß, ich habe ja vor dem Dividendenstichtag gekauft, da bekomme ich ja nachher eine Dividendenkompensation - zwangsläufig. Es muss ja sein, der kann nicht mehr damit liefern. Das ist aber auch beim Inhaberverkauf so. Das ist da genau so. Also wenn der die Aktien hatte, da wird die zwar - ich habe das schön aufgezeichnet in meiner Stellungnahme - durchgeleitet. Das ist ein Schadensersatzanspruch, meines Erachtens auch Zivilrecht, das ist aber hier nicht maßgeblich. Wir betrachten wirtschaftlich den Sachverhalt. Und wenn wir das wirtschaftlich betrachten, kommen wir auf einmal zum Ergebnis, sagen wir, wenn wir auf diese Perspektive, diese Erwerberperspektive, einstellen, gibt es da keinen Unterschied. Das kann man anders sehen, aber diese Rechtsauffassung liegt dem Schreiben des Bankenverbands zugrunde. Diese Rechtsauffassung liegt der Gesetzesbegründung von 2007 zugrunde und meines Erachtens noch weiter. Ein kluges Steuergesetz würde hier zwei Dinge beachten. Erstens - und das machen wir heute auch noch -, wir müssen diese Unterscheidung zwischen Inhaber- und Leerverkauf unterlassen. Es müssen überall die gleichen Rechtsfolgen eintreten, weil wir kriegen es nicht auseinander. Das ist ein ganz entscheidender Punkt. Das hat man 2007 gesehen. Darum sehen wir das Gesetz 2007, wo überall die Dividendenkompensationen, da wo es zweifelhaft, mit der Dividende gleichgestellt wird in diesem Punkt. Ja, das ist seitdem passiert. Man hat da

nur einen Fehler gemacht. Ein kluges Steuergesetz muss auch drauf achten, natürlich, dass genauso viel Kapitalertragsteuer erhoben wird, wie angerechnet wird. Ich will das mal klarstellen. Im geltenden Recht wird immer noch mehrfach angerechnet, mehrfach. Wir rechnen immer noch Dividenden dem Leerverkäufer komplett zu, da Dividenden ... (akustisch unverständlich), und geben den Anrechnungsanspruch. Das ist aber kein Problem mehr, weil wir es mittlerweile wenigstens in den Fällen, die mir hier auch bekannt sind und die hier vom Gesetz erfasst sind, eben dann zweimal erheben. Um mal ganz klar zu sagen, wir haben das nicht geändert, indem wir gesagt haben: oh, oh, der hat zweimal angerechnet, wir nehmen eine Anrechnung weg. Nein, wir haben gesagt, das macht ihr so weiter, auf der Seite, Erwerberseite, da machen wir gar nichts. Wir erheben nur eine zweite Kapitalertragsteuer. Und das war der Fehler 2007. 2007 hat man gesagt, wer ist denn der Buhmann - und das ist hier ganz gut durchgekommen -, wer hat denn hier die Rendite erzielt? Dieser Leerverkäufer! Wir müssen uns diesen Leerverkäufer greifen! Dieser Leerverkäufer macht ja die Rendite durch sein günstiges Geschäft und dem müssen wir zusätzlich noch eine Kapitalertragsteuer abziehen - zu seinen Lasten. Und das ist jetzt ein Rechtsstreit und das ist interessant. Das hat Herr Lotzgeselle und ich - - Den haben wir schon mal ausgetragen, auf der norddeutschen Finanzgerichtstagung. Da freut mich, dass Sie das jetzt mal tiefer ausgeführt haben, im Urteil. Ich weiß noch nicht, ob ich das ... (akustisch unverständlich), aber das ist eine Rechtsfrage. Die nächste, ist denn diese Kapitalertragsteuer erhoben worden - ganz konkret auch bei einem Leerverkäufer? Jetzt gibt es zwei Positionen. Die einen sagen, das ist schon ein Fall von § 20 Absatz 1 Nummer 1, und wenn wir hinten die Vorschriften anwenden, dann geht das auch butterweich durch. Ich bin da so ein bisschen skeptisch, auch mit der neuen BFH-Rechtsprechung. Ich sage, jedenfalls § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 ist einschlägig. Damit haben wir den Kapitalertragsteueratbestand, kommen da ein bisschen hinten in die Bredouille: Die Frage, ob für den auch eine Kapitalertragsteuer erhoben worden ist. Und jetzt gibt es zwei Perspektiven. Die eine Perspektive hat Herr Lotzgeselle aufgezeigt. Er hat gesagt, ist doch ganz klar:



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nationale denonstliche Verwendung

Der entsprechende Leerverkäufer bei der Depotbank - das ist die Kapitalertragsteuer, die müssen wir erheben. Das ist eine Rechtsauffassung, kann man vertreten. Meine Rechtsauffassung ist eine andere. Es kommt auch auf diesem Fall auf die Erhebung beim Emittenten der Aktien an. Und ich habe hier einfach ganz konkrete Rechtsargumente. Ich sage mal, was für mich kein Argument ist, das hat Herr Schmitt gesagt: Es ist doch ganz klar, so ein bisschen philosophisch am Anfang, man kann nur das nehmen, was man bekommen hat. Das ist eine Sollvorstellung. So sollte ein Kapitalertragsteuersystem sein, so sollte unser System sein. Meine Damen und Herren, es war bis 2012 leider nicht so. Wenn wir also mit so einem Sinn- und Zweckargument argumentieren, müssen wir härter an den Wortlaut gehen und gucken, was da passiert ist. Und was ist hier passiert? Wir schauen uns den Sinn und Zweck an. Warum hat man bei diesem Leerverkäufer den Kapitalertragsteuerabzug eingeführt? Dann schau ich in die Gesetzesbegründung. Man hat es eingeführt, um alleine den zu belasten. Der Leerverkäufer, seine Depotbank wird belastet. Man macht das so: Die Dividendenkompensation, die ändert sich gar nicht, das bleibt eine Dividende. Da nimmt man die Depotbank raus, die muss was zahlen und sich das quasi von dem Verkäufer wiederholen. Das ändert bei dem Erwerber überhaupt nichts, der bekommt nach wie vor seine Nettodividende. Also es ist anders, als man sich das sonst vorstellt, wenn man so sagt, so eine Lohnsteuer wird eingehoben, dafür bekomme ich nachher netto raus. Das wirkt sich allein zu Lasten des Leerverkäufers aus. Das steht eins zu eins so in der Gesetzesbegründung. Und wenn ich ein unklares Gesetz auslege, dann darf ich im Rahmen einer historisch subjektiven Auslegung auch diese Auffassung zugrunde legen. Und wenn man in dieser Gesetzesbegründung dann auch liest, wir wollen das Problem eben nicht komplett auflösen, wir wollen es nur reduzieren, dann gehe ich nach wie vor billigend in Kauf, dass es da eben zu Doppelanrechnungen kommt, bei meinem System. Dann ist das System fehlerhaft, aber dann ist das leider das Gesetz. Leider. Sie können mich auch fragen, warum. Ich meine, warum man das nur auf einem halben Weg gemacht hat. Ich habe da auch eine Theorie zu, aber damit

müssen wir leben. Und es geht jetzt um viele Beteiligte, für viele Beteiligte um viel. Es ist so oder so eine große Sauerei, aber es ist erstmal eine juristische Frage, die hier zu klären ist: Ist das legal möglich oder nicht?

Und ich habe jetzt, glaube ich, die Positionen aufgezeigt. Ich kann vielleicht noch einen zweiten Punkt machen. Vielleicht mal direkt zu Ihrem Urteil.

(Der Sachverständige  
schaut zum Sachverständigen  
Lotzgeselle)

Das war interessant, dieser neue Fall. Das war ja ein Inlandsfall, nicht? Also das war eine inländische Depotbank. Da hatten wir die Möglichkeit, beim Leerverkäufer diese zweite Kapitalertragsteuer zu erheben, die haben es aber nicht gemacht. Da war der Haftungsbescheid raus. Und ich hätte gesagt, ja, ganz klar der Fall, die müssen bei denen erheben zu Lasten dieses Leerverkäufers und nicht zu Lasten des Erwerbers. Wer soll getroffen werden? Und jetzt kommt der vielleicht noch ungeschoren davon, weil Sie so entschieden haben. Also, dann wäre der Fall kein Problem.

Ihr zweiter Fall, den haben Sie über die Beweislast gelöst, mit der Bescheinigung. Da haben wir einen Übereinstimmungspunkt. Es wird in der Literatur in der Tat vertreten, jede Bescheinigung, die man vorlegen kann, hat eine Beweiswirkung. Das halte ich für Quatsch, ja. Richtig ist die Aussage, die Herr Lotzgeselle getroffen hat. Eine richtige Entscheidung hat Beweiswirkung. Eine Richtige! Und jetzt kommt der nächste große Fehler des Gesetzgebers. Wann ist etwas richtig? Wenn ich das bescheinige, was ich nach dem Gesetz bescheinigen muss. Ja, nicht? Was da drin steht. Was steht im Gesetz im § 45a Absatz 3? Ich muss als Depotbank - weil ich ja nicht weiß, ob das eine Dividende ist oder eine Dividendenkompensation, ich muss immer bescheinigen, dass das die Originaldividende ist, also dass die vom Emittenten der Aktien kommt. Und warum muss ich das bescheinigen? Weil das im Gesetz steht. Im § 45a Absatz 3 steht drin, es ist zu bescheinigen, dass beim Emittenten der Aktie, also bei



## 4. Untersuchungsausschuss

## Zur am 11. März 1988 erfolgten Vernehmung

dem DAX-Unternehmen - - Das ist zu bescheinigen. Mit anderen Worten, ich bin jetzt - da hat man mir formaljuristische Züge vorgeworfen -, ich bin jetzt ein bisschen formal. Ich sage, wenn man eine Fiktion macht, ich soll bescheinigen, ob beim Emittenten der Aktien das erhoben worden ist auch für den Fall des Leerverkaufs, dann mache ich das. Und dann gehe ich meistens zum Betriebsstättenfinanzamt und frage da nach: Hat die Telekom das erhoben? Und da habe ich eine richtige Bescheinigung ausgestellt. Und nach dem bisherigen Stand der BFH-Rechtsprechung bedeutet diese richtige Bescheinigung eine Beweiswirkung. Warum hat man das gemacht? Wer ist in der Situation fein raus? Die Depotbank. Natürlich, die stand immer vor der Schwierigkeit, ich muss falsche Bescheinigungen ausstellen. Oder was passiert, wenn ich falsche Bescheinigungen ausstelle? Warum ist das für die schwierig? Haftungsvorschrift. Ja, die stand vor dem Problem, die muss haften, wenn die eine falsche Bescheinigung ... (akustisch unverständlich), die muss eine richtige Bescheinigung ausstellen. Wir müssen das Gesetz ändern, dass ich immer richtige Bescheinigungen ausstellen. Das hat der Bankenverband ja oft in Initiative dann gemacht. Es ist dann ein Gesetz gekommen mit dieser Fiktion, dass die Depotbank immer richtige Bescheinigungen ausstellt, mit dem Problem, dass diese Bescheinigung - darüber können wir jetzt auch weiter streiten - auf der anderen Seite natürlich eine besondere Beweiswirkung hat. Warum hat sie diese Beweiswirkung? Einmal hat sie Tatbestandswirkung. Ich muss sie vorlegen, also diese Bescheinigung. Das ist die erste Funktion. Also, es ist etwas ganz besonderes. Ich habe jetzt so eine Bescheinigung und wir beide können uns einig sein, die Kapitalertragsteuer ist erhoben worden. Ich gebe Ihnen die Bescheinigung, dann kriege ich das auch. Ich habe sie nicht, kriege ich die nicht, die Kapitalertragsteuer. Das ist die eine Funktion. Die zweite ist die Beweisfunktion. Und da hat der BFH bis jetzt auch Recht gesprochen und hat gesagt, also wenn wir das gesetzlich so regeln, dann hat die eine ganz besondere Beweisfunktion, diese Bescheinigung in diesem Fall. Und das kann man jetzt anders sehen - das hat Herr Lotzgeselle so gemacht. Der hat ein bisschen - ich würde mal sagen - - Oder was so gesagt

wird, das wird jetzt alles so hinten rüber geschoben, das ist so Recht zweiter Klasse, das berücksichtigen wir nicht mehr, wir drehen mal die Beweislast um. Und am Ende des Tages wird außer diesen Absprachefällen - wie sie vielleicht gar nicht rausfinden - am Ende des Tages wird keiner sagen können, war das ein Inhaber- und [sic!] Leerverkauf. Und am Ende des Tages, ja, haben wir alle Steuern wieder, weil wir alles nach Beweislast regeln und die bisherigen Beweislastregeln, die wir haben, über Bord geworfen haben.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Desens. - Da habe ich, wie es Professor Spengel nicht verwundern wird, noch eine Frage an ihn. Nämlich die Frage der rechtlichen Einschätzung Ihres Vorredners, vielleicht ergänzt um die Frage, die Depotbank als Verwaltungshelferin des Fiskus. Ich denke, da ist doch einiges, was Sie, sehr geehrter Herr Desens, gesagt haben, so, dass man, ja, zu der Vermutung kommen könnte, allein aus Praktikabilitätsgründen ist es egal, ob die was Richtiges oder was Falsches bescheinigen. Wir nehmen euch aus der Haftung raus und modifizieren da den § 45 so ein bisschen. Die Frage ist: Sehen Sie das auch so, Herr Professor Spengel?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Da brauch ich natürlich noch mehr dann. Und das Mikro!

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Also ich fühle mich schon etwas geschmeichelt, weil meiner Vita können Sie entnehmen, ich bin Betriebswirt von Ausbildung und kein Jurist und sehe mich hier wirklich großem Sachverstand gegenüber. Aber ich habe auch mal Steuerrecht als Wahlfach gehabt und da hat man gelernt, ein Gesetz legt man zunächst mal nach dem Wortlaut aus. Und eine Auslegung gegen den Wortlaut, die völlig sinnwidrig ist, ist eigentlich nicht möglich. Und wir haben ja jetzt gehört, dass argumentiert wird im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen, dass es zwei Eigentümer geben kann. Und zwar, was unstrittig ist, das hat auch der Herr Desens nicht bestritten, dass der



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Aktieninhaber weiterhin der zivilrechtliche Eigentümer ist. Jetzt kommt es aufgrund eines Urteils, das so ausgelegt wird, aus dem Jahr 1999 zu der Argumentation: Naja, neben dem zivilrechtlichen Eigentümer wird der Leerkäufer wirtschaftlicher Eigentümer. Und wenn wir jetzt ins Gesetz schauen - ich mach keine Vorlesung mit Ihnen, aber es ist gut, denn, wenn Wortlaut - - Also, da heißt es: „Wirtschaftsprüfer<sup>3</sup> sind dem Eigentümer zuzurechnen“ - in Klammern, das ist der zivilrechtliche Eigentümer. Und dann heißt es: Abweichend gelten folgende Vorschriften: „Übt ein anderer“ - eben der wirtschaftliche Eigentümer - „die ... Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall“ - da heißt es auch nicht in der Regel, sondern im Regelfall - „für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm“ - so ist ihm - - Also es gibt entweder den zivilrechtlichen oder den wirtschaftlichen Eigentümer. Der Gesetzeswortlaut sieht überhaupt nicht vor - und das wäre absurd, haben wir vorhin gesehen -, dass ein Wirtschaftsgut zwei Personen zuzurechnen ist.

Jetzt kommt sozusagen die Argumentation, naja, der Bundesfinanzhof hat im Jahr 1999 für ein Inhaber-Cum/Ex-Geschäft entschieden - das hat er auch so entschieden -, dass der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer geworden ist und nicht der Veräußerer, der Inhaber. Also der Bundesfinanzhof 1999 hat nicht entschieden, dass es zwei Eigentümer geben kann. Der hat nur entschieden, dass das Eigentum bereits vor Lieferung der Aktie auf den Erwerber übergeht. Und jetzt: warum hat er so entschieden? Das weiß ich nicht. Aber vielleicht hat er richtig entschieden. Es geht um einen Cum/Ex-Verkauf, also um den Dividendenstichtag. Veräußerung mit Dividendenanspruch, Lieferung ohne, ja. Was passiert denn beim Inhaberkauf? Wie sieht die Clearstream-Regulierung aus bei diesen Veräußerungen um den Dividendenstichtag? Ich veräußere und liefere zwei Tage später. Was macht Clearstream? Clearstream hat die Dividende der Depotbank des Inhabers zugewiesen. Der Inhaber oder die Inhaberdepotbank

weist eine offene Verkaufsposition auf und die Erwerberbank eine offene Kaufposition. Das heißt über Clearstream kommt es direkt zur Zuweisung der Dividende zum Erwerber.

Das hat der Bundesfinanzhof möglicherweise erkannt. Ich bin mir aber nicht sicher, ob er es erkannt hat - er hat es insoweit richtig entschieden. Beim Leerkäufer, Cum/Ex-Geschäft, kommt es nicht zu einer Zurechnung der Dividende zum Leerkäufer. Darum kann er auch nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Dividende werden. Das ist gesetzlich schon mal ausgeschlossen. Er müsste dann auch Eigentümer der Aktie sein. Ihm ist die Dividendenkompensation zuzurechnen. Des Schadenersatzes. Das steht außer Frage, ja.

Ich sage jetzt mal - Herr Desens, wir kennen uns auch schon eine Weile -, Ihre Rechtsauffassung entspricht weder dem Gesetzeswortlaut, noch ist sie aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs abzuleiten. Und warum der BFH vielleicht auch relativ lange zitiert worden ist - er würde das so sehen, was nicht dem Gesetzeswortlaut bei Cum/Ex-Geschäften entspricht, er hat es ja auch nie entschieden für Cum/Ex-Geschäfte -, dass er das letztmalig 2007 bestätigt hat. Also ein Urteil noch zu dem alten Recht. Es ging immer noch zu dem Inhaber. Zu Cum/Ex hat er überhaupt nichts gesagt, also nicht in der Deutlichkeit. Da muss man auch sehen, dass die Geschäfte zwischen 1999 - oder der Sachverhalt, der diesem 99er-Urteil zugrunde lag und bis jetzt, 2007 -, dass sich da auch bei der Abwicklung einiges getan hat.

Also, ich habe ja meinen Aufsatz da als Anlage beigefügt. Es gibt eine Eurex AG. Über die werden die Geschäfte, zumindest an der Frankfurter Wertpapierbörse, abgewickelt. Und Eurex ist im Grunde genommen auch, ich sage mal, so was Zwischengeschaltetes, was überhaupt nicht über die Aktien verfügt, die sie verkauft. Sie muss sie sich auch erst verkaufen [sic!]. Und darum könnte man noch weiter fragen, ob nicht jeder Inhaberverkauf in Wahrheit ein Leerverkauf ist,

<sup>3</sup> Anmerkung des Ausschussesekretariats: in § 39 AO heißt es „Wirtschaftsgüter“.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

weil man nicht direkt mit dem Kontrahenten zusammenkommt.

Die zweite Frage, Herr Vorsitzender, was die Bescheinigung der Steuer anbelangt, die Bescheinigung der Steuer - nach meiner Lesart des Gesetzes ist es so: Also, bis einschließlich 2006 ging es bei Leerverkäufen um eine Dividendenkompensation. Da gab es überhaupt nichts zu bescheinigen, weil auf Dividendenkompensationszahlungen keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist. Meine Argumentation ist ja eine andere als die von Ihnen, Herr Desens. Ich sage ja von vornherein: Dem Leerkäufer ist überhaupt keine Dividende zuzurechnen. Das ist unmöglich. Und deswegen, sagen wir mal, habe ich hier eine klare Position.

Und dann sage ich weiterhin, das war ja mein Beispiel: Wenn die Geschäfte ab 2007 über das Inland abgewickelt wurden, dann besteht eigentlich kein Problem, weil dann war die Dividendenkompensationszahlung kapitalertragsteuerpflichtig. Aber wenn sie vom Ausland geleistet worden ist - und das haben Sie ja bestätigt, Herr Hallmann, dass überwiegend dann über das Ausland die Geschäfte abgewickelt worden sind -, dann kam die Dividendenkompensationszahlung aus dem Ausland. Und dann war sie auch wieder nicht kapitalertragsteuerpflichtig. So.

Jetzt kann man argumentieren - es ist eine Tatsachenfrage -, ob die Depotbank erkennen konnte, dass es sich um eine Dividendenkompensationszahlung oder eine Dividende handelte. Im Gesetz steht drin, dass die inländische Depotbank anstelle des Schuldners der Kapitalerträge eine Kapitalertragsteuerbescheinigung zu erstellen hat. Schuldner der Kapitalerträge - - Es geht um die Dividendenkompensation, die Dividendenkompensation war bis 2006 einschließlich kein Kapitalertrag. Es war eine Schadenersatzleistung, so dass darauf nie Kapitalertragsteuer einzubehalten war. Und anstelle eines, der überhaupt keine Verpflichtung hat, kann ich ja auch keine Verpflichtung übernehmen. Das ist meine Lesart des Gesetzes.

Und wenn die Dividendenkompensationszahlungen aus dem Ausland kamen: Eine ausländische

Depotbank hat nie eine Verpflichtung, für den deutschen Fiskus Kapitalertragsteuer einzubehalten. Also kann die Pflicht zur Bescheinigung der Kapitalertragsteuer auch nicht auf eine inländische Depotbank des Leerkäufers übergehen. In Absatz 7 von § 45a steht drin: Wenn die Kapitalertragsteuerbescheinigung falsch ist, dann haftet derjenige für den Schaden, der sie ausgestellt hat.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Oder hatte ich Sie unterbrochen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein, das waren ja die Antworten auf Ihre beiden Fragen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Jetzt noch eine letzte Frage, die ich habe, und zwar zu einem möglichen Vollzugsdefizit. Einmal also auch dann an Sie, Professor Spengel, noch ganz kurz, und dann eben an Herrn Professor Schmitt und an Herrn Hallmann.

Die erste Frage ist: Ich habe Ihr Eingangsstatement so verstanden, dass Sie den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung bei diesen Fallgestaltungen, über die wir heute Nachmittag sprechen, bejahen. Welche Umstände müssen aus Ihrer Sicht noch hinzukommen, um auf der subjektiven Seite eben da den bedingten Vorsatz nachzuweisen, oder welche Anhaltspunkte für bedingten Vorsatz, dem berühmten *dolus eventualis*, Sie aus diesen Absprachen ableiten, ableiten wollen.

Und ich will auch gleich dann schon den zweiten Teil der Frage an Sie, Professor Schmitt und Herrn Hallmann, ankündigen. Da geht es mir einfach um die Frage: Ja, hat die Steuerverwaltung jahrelang geschlafen angesichts dessen, was wir hier heute gehört haben, und ist es richtig, dass die Finanzverwaltung erst über Whistleblower da nun auf diese Fährte gesetzt worden ist. Oder, was hätte man tun können, um gegebenenfalls den drastischen Anstieg der Kapitalertragsteuererstattungen im Rahmen der Überwachung der laufenden Steuereinnahmen zu erkennen. Oder, hätte man überhaupt etwas tun können? Das wäre der zweite Teil. - Herr Professor Spengel, bitte.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Verfahren hinsichtlich der Besteuerung

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Schauen wir uns den § 370 an, der sich mit Steuerhinterziehung beschäftigt. Da heißt es, Steuerhinterziehung liegt vor und ist mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe behaftet, wenn man den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und dadurch Steuern verkürzt werden.

Und der Tatbestand der Steuerhinterziehung, der kann dann vorliegen, wenn ich die Erstattung der Kapitalertragsteuer beantrage, also eine Bescheinigung vorlege, aber tatsächlich nicht zur Anrechnung oder Erstattung berechtigt bin. Da mache ich falsche Angaben, und damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Und wenn man das in Kenntnis sozusagen macht, dass hier vom Leerverkäufer erworben worden ist, dann kann auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein. Das ist meine Lesart der Dinge.

Und genauer hat sich damit befasst das Landgericht Köln im Juli letzten Jahres. Und das Gericht hat das so ausgeführt. Das steht jetzt nicht so im Leitsatz drin, es ergibt sich aus einer Randnummer.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Ja, und dann die letzte Frage zu etwaigen Vollzugsdefiziten, Erkennbarkeiten, etc. Herr Professor Schmitt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, die Steuerverwaltung schläft nie, Herr Vorsitzender. Aber es kann natürlich sein, dass auch wir betrogen werden. Das kann ich gar nicht abstreiten. Und hinterher ist man immer schlauer. Wenn wir, sagen wir mal, in den Jahren 2006/2007 schon gewusst hätten, was da alles geschieht, hätte man das sicherlich auch früher entdecken können. Das ist sicherlich so. Aber ich habe vorhin ja schon geschildert: Unser erster Kontakt mit den Steuerbürgern, die solche Kapitalertragsteuererstattungen oder -anrechnungen begehren, ist die Veranlagungsstelle. Und dort wird die Kapitalertragsteuerbescheinigung vorgelegt und geprüft. Auch das habe ich vorhin schon gesagt.

Ich will in dem Zusammenhang noch auf eines hinweisen: Das Gesetz hat nie, Herr Desens, erlaubt oder fingiert, dass unrichtige Kapitalertragsteuererstattungen in Bezug auf das Erheben der Kapitalertragsteuer ausgestellt werden können.

(Sachverständiger Desens:  
Das habe ich auch nie gesagt!)

Die von Ihnen gemeinte Norm ist § 45a Absatz 3 Satz 2. Da heißt es: „der Emittent der Aktien gilt insoweit“ - also für das Erstellen der Bescheinigung - „als Schuldner der Kapitalerträge“. Aber nicht der Kapitalertragsteuer. Das ist ja was anderes. Das werden Sie mir ja zugestehen. Und warum ist das so gemacht worden? Weil es eben so ist, wie Sie, Herr Desens, sehr beredt dargelegt haben, dass es die Bank des Leerkäufers nicht ohne Weiteres erkennen kann, ob es eine Kompensationszahlung ist oder eben eine Dividende - immer vorausgesetzt, es haben keine Absprachen stattgefunden, wovon wir ja ausgehen, wie ich vorhin schon gesagt habe. *je eloct*

Es ist natürlich so, dass man dann, wenn man erfährt von solchen Geschäften, Herr Vorsitzender, aktiv wird. Es ist aber auch so, wie mein Kollege Herr Hallmann hier beredt ausgeführt hat, dass man dann nicht von einem auf den anderen Tag zu Ergebnissen kommt. Es ist durchaus so, dass natürlich die Branche, ich nenne das jetzt mal so, reagiert hat. Mit dem Jahressteuergesetz 2007, es mag nicht perfekt gewesen sein, hat man die Modelle im Inland kaputt gemacht. Das ging nicht mehr. Der Leerverkäufer im Inland musste jetzt Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung einbehalten, das heißt, die Gewinnmarge war kaputt. Also ist man flugs ins Ausland abgewandert und hat ausländische Banken - und Herr Hallmann hat ja gesagt, das waren eben die ausländischen Tochtergesellschaften der inländischen Banken vielfach - eingeschaltet.

Ja, das haben wir nicht gemerkt. Ich würde daraus nicht schließen, wir hätten geschlafen. Sondern wir sind einfach nicht davon ausgegangen, dass man sich zweimal nimmt, was man einmal gegeben hat. Wir werden ja auch darauf hinge-





## 4. Untersuchungsausschuss

### Vorläufiges Protokoll

wiesen, auch in unseren Verwaltungsanweisungen, auch wenn Sie jetzt vielleicht gleich lächeln mögen: Wir sollen dem Steuerbürger doch auch mal glauben und nicht alles in Zweifel ziehen. Und wenn Sie die Zeitung lesen, dann sehen Sie, was für Institute das waren. Sollen wir die verfolgen im Rahmen der steuerrechtlichen Ermittlungen in der Annahme, das sind ja alles in Wirklichkeit doch nur Verbrecher? Und seit 2008 wissen wir das - Finanzkrise. Die machen bestimmt auch andere Dinge. Ja, heute stellt sich das ja fast so dar. Muss ich ja leider sagen als Steuerbeamter. Hätte ich noch vor fünf oder sechs Jahren so niemals formuliert.

Aber Sie merken es mir an, -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Man lernt nie  
aus!)

- ich bin in dieser Frage engagiert und entrüstet. Ich finde es unglaublich, was da geschehen ist. Das haben wir vor fünf oder sechs Jahren nicht gewusst, nicht geahnt, und insoweit waren wir vielleicht zu gutgläubig. Das mag sein. Das werden dann die weiteren Ermittlungen ja erweisen, nicht? Wenn ein Mitverschulden der Ermittlungsbehörden festgestellt wird, mag das ja im Strafmaß für die Beteiligten Berücksichtigung finden. Aber das Landgericht Köln hat wörtlich gesagt, dass der Kriminelle keinen Anspruch darauf hat, dass der Staat durch rechtzeitiges Tun <sup>sein</sup> ~~sein~~ <sup>damit</sup> kriminelles Verhalten zu <sup>sein</sup> ~~sein~~ Gunsten verhindert. Das ist ja auch wahr -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Eine in sich plausible Ausführung.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** - und das muss man einfach auch mal, denke ich, unterscheiden, wenn man hier fragt, wer war eigentlich schuld an den Taten? Der Täter oder das Opfer?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen sehr, Professor Schmitt, für das sehr eindrucksvolle Plädoyer. - Herr Hallmann, bitte.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Noch mal zur Steuerhinterziehung. Unsere Ermittlungen beruhen im Wesentlichen auf der Auswertung der im Herbst 2015 angekauften Daten. Und zwar handelt es sich dabei um Erstattungsanträge, die beim Bundeszentralamt für Steuern eingereicht worden sind. In diesen Anträgen wird bei den beigefügten Anlagen und hinsichtlich der Erstattungsbeträge ausdrücklich vom Antragsteller bestätigt, dass die Steuer einbehalten und auch abgeführt wurde. Weiterhin wird in den Anträgen durch den Antragsteller bestätigt, dass das Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Zufließens der Erträge dem Antragsteller gehört hat und ihm die Erträge auch zugestanden haben.

Weil wir davon ausgehen, dass es ungedeckte Leerverkäufe sind, werden wir in allen diesen Verfahren natürlich Ermittlungsverfahren einleiten und auch gegen die Personen, die sich da herauskristallisieren als Täter, Strafverfahren einleiten. Zunächst werden Strafverfahren gegen unbekannte Mitarbeiter und Verantwortliche des Instituts eingeleitet. Und sobald nähere Erkenntnisse vorliegen, wird das dann auch personalisiert.

Dann zum Schlafen der Verwaltung. Die Ersten, die geprüft haben, waren Betriebsprüfungsstellen in den jeweiligen Bundesländern. Deren Prüfungen sind relativ enge Grenzen gesetzt. Die können nicht überall hingehen und sagen: Gebt uns bitte Auskunft. Dann sagen die Bankeninstitute: Bankgeheimnis. Ihr habt hier gar nicht weiter zu fragen. Das ist erst mit Einschaltung der Steuerfahndungsstellen möglich gewesen, dass man erweiterte Durchsuchungsmaßnahmen durchführen konnte. Zudem haben die Banken immer einen Vertrauensvorschuss gehabt - dass man davon ausging, was die Banken machen, wird schon seine Richtigkeit haben. Die werden ja nicht irgendwas Falsches bestätigen. Was sich jetzt so im Nachhinein auch nicht wirklich bewiesen hat.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ich danke Ihnen, Herr Hallmann. - Ich bin mit meinen Fragen am Ende und habe nur noch eine Bitte an die Kollegen. Da ich mal für drei Minuten gerne den Raum verlassen möchte und mein Vertreter, Graf Lerchenfeld, krankheitsbedingt heute nicht hier ist, wenn ich Frau Karliczek für drei Minuten, bis



## 4. Untersuchungsausschuss

ich gleich wieder da bin, den Vorsitz übergebe, damit nunmehr die Befragung seitens der Kolleginnen und Kollegen stattfinden kann. Es beginnt die Fraktion Die Linke, wenn ich das richtig sehe. Herr Kollege Pitterle, bitte.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Herr Professor Spengel, Sie haben ja vorher ausgeführt, dass die Sollbruchstelle gewesen ist bei dem ganzen System, dass wir eine abführende Stelle hatten - das waren diese DAX-Unternehmen, die hatten die Kapitalertragsteuer einzuziehen -, aber die Bescheinigung erfolgte dann durch die Depotbank.

Lässt es sich aus Ihrer Sicht irgendwie nachvollziehen, wie es dazu gekommen ist, dass nicht die einziehende Stelle von der Gesetzgebung beauftragt worden ist, die Bescheinigung auszustellen, was nachvollziehbar wäre? Gibt es dafür bestimmte Gründe, warum dieses System gewählt worden ist? Und hätte es systematisch die Möglichkeit gegeben, zum Beispiel über Software, so etwas abzugleichen? Also, ich meine die Abführung der Kapitalertragsteuer, die dann abgeglichen worden wäre mit der entsprechenden Bescheinigung.

Dann wäre die Frage - auch an Sie: Wir hatten ja unterschiedliche Zeiträume, und bis zum Jahr 2007 war das so, wie Sie ja zu Recht gesagt haben: Für die Dividendenkompensationszahlung war keine Kapitalertragsteuer abzuziehen und konnte deswegen auch keine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausgestellt werden, weil sie nicht erhoben worden war. Dann wurde aber gesagt: Ja, das hat die Depotbank gar nicht sehen können, ist das eine Dividendenzahlung oder ist das eine Dividendenkompensationszahlung. Das mag möglicherweise auf die meisten Fälle zutreffen, es sei denn, man geht ja, wie hier gesagt worden ist, von dieser Bank aus, die sich selbst die Kapitalertragsteuerbescheinigung ausstellt, die es ja dann eigentlich wissen müsste, dass es nicht zulässig ist.

Können Sie dazu was sagen, welches System da erforderlich wäre, um das aufseiten der Depotbank auszuschließen, dass auch für diese Dividendenkompensationszahlung eine Bescheinigung ausgestellt wird?

Und dann hätte ich vielleicht noch eine Frage im Zusammenhang mit dieser Kompensationszahlung. In dem Brief des Bankenverbands von 2002 wurde ja gefordert, man möge diese der Dividendenzahlung gleichstellen. Und das ist ja ab 2007 passiert. Deswegen wurde ja auch dafür die Kapitalertragsteuer bezahlt. Der eine Aspekt in dieser ganzen Angelegenheit ist ja die Sache, dass dann tatsächlich auch für diese Kompensationszahlung eine Kapitalertragsteuer eingezogen wird und auch bescheinigt wird. Der andere Aspekt ist jedoch - wenn Sie das mir vielleicht bescheinigen könnten oder wenn Sie was dazu sagen könnten: Also meines Wissens nach war das so gewesen, dass die Dividende zum damaligen Zeitpunkt mit 50 Prozent besteuert worden ist, während die Dividendenkompensationszahlung eine sonstige Einnahme war, die mit 100 Prozent besteuert worden ist, so dass es durch diese Gleichstellung der beiden Zahlungen, also durch die Gleichstellung der Dividende mit der Kompensationszahlung, diese Kompensationszahlung infolge ab 2007 auch nur noch mit 50 Prozent zu besteuern war.

In dem Gesetzentwurf für das Jahressteuergesetz habe ich nirgendwo dazu irgendeine Argumentation gefunden, weil das ja, wenn man sich die Zahlen da anhört, um welche Geschäfte es da gegangen ist, muss das ja zwangsläufig auch mit Minderung der Steuereinnahmen einhergegangen sein. Und haben Sie da irgendwelche Erkenntnisse, ob es tatsächlich der Fall war und in welchem Umfang?

Dann habe ich an Herrn Professor Desens - -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Es gibt so eine gewisse Limitierung der Zeit für Fragen und Antworten.)

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ach so.

**Amtierende Vorsitzende Anja Karliczek (CDU/CSU):** Ja, ich wollte gerade darauf hinweisen. Bei den acht Minuten ist die Antwort mit drin. Wir haben jetzt noch zwei Minuten. An wen geht denn die Frage?



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur persönlichen Verwendung

(Heiterkeit)

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ich habe an Herrn Professor Spengel die Frage gestellt. Dann muss ich jetzt aufhören.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:**  
Zwei Minuten - so wie bei Dalli Dalli früher.

(Heiterkeit)

Also, Sie haben drei Fragen an mich gestellt: Warum bescheinigt die Depotbank die Kapitalertragsteuer und nicht die ausschüttende Kapitalgesellschaft?

Theoretisch wäre beides möglich. Die Kapitalgesellschaften können ihre Aktionäre kennen. Also, dann könnten sie auch das ausstellen, bescheinigen. Aber für die Bescheinigung durch das depotführende Kreditinstitut spricht eigentlich, dass, jetzt sagen wir mal, der Aktionär, eine natürliche Person, der ist ja einkommensteuerpflichtig mit seinen Kapitalerträgen und er bekommt dann -- Also, unterstellen wir auch, man hat in der Regel nur ein depotführendes Kreditinstitut, dann bekomme ich für die gesamten Kapitalerträge eine Bescheinigung. Es gab schon immer einen Sparrfreibetrag. Also dass das im Grunde genommen der administrativ einfachere Weg ist.

Wenn ich ergänzen darf zu Ihrer Frage, also, ich sage mal so: Ich hatte diese Bruchstelle und, jetzt sagen wir mal so aus meiner Sicht, man hat sie ja geschlossen seit 2012 und hat halt alles dahin. Man hätte es gleich so machen können, wenn man gewusst hätte, wie die Geschäfte funktionieren. Aber das ist jetzt kein Vorwurf an den Gesetzgeber.

Ihre zweite Frage, die klang ja schon mehrfach an. Das ist doch das, dass bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen bis einschließlich 2006 eine Dividendenkompensationszahlung nicht der Kapitalertragsteuer unterlag. Und ab 2007, wenn es über das Ausland gelaufen ist, auch nicht. Und trotzdem wurden Steuerbescheinigungen ausgestellt durch inländische Depotbanken, und, ich weiß nicht, wie die argumentiert haben. Es gibt, mir bekannt, jetzt erst einen Fall, dass man eine

Depotbank deswegen in Anspruch nehmen möchte. Das war im März 2016 in der Presse, 706 Millionen Euro sind es da. Man kann argumentieren: Ich kann nicht erkennen, ob die Zahlung, ja, eine Dividende oder eine Kompensationszahlung ist. Also zum einen macht das Gesetz an keiner Stelle zur Voraussetzung, dass man das hätte erkennen können oder dass man es nicht hätte kennen können, ja, also das spielt keine Rolle. Es geht darum, wenn die Steuerbescheinigung falsch ist, sozusagen wenn keine Steuer einbehalten wurde auf Stelle des Schuldners der Kapitalerträge, dann ist die falsch. Und wenn ich mir nicht sicher bin, ob ich eine richtige Steuerbescheinigung ausstelle, dann könnte man ja auch überlegen, dass man eben Erkundigungen einzieht, also die Bank, die das ausstellt. Ja? Also, was ich damit sagen will, das Gesetz spricht nirgends von Absprachen oder sonst wo, dass man sagt, nur wenn Absprachen stattgefunden hätten, dann hätte ich keine Steuerbescheinigung ausstellen dürfen. Das steht nicht im Gesetz drin. Und ob man das erkennen kann, also, Herr Pitterle, die Frage, die halte ich auch, also sagen wir mal, für künftige Überlegungen relevant. Sie sprachen an das Zeitalter der EDV. Also, jeder hat eine Depotnummer, es gibt Wertpapierkennnummern. Also warum man, sagen wir mal, in Zeiten von Big Data - das betrifft die ganze institutionelle Abwicklung von Börsentransaktionen - , warum man im Grunde genommen nicht nachvollziehen kann, von wem hat man irgendwie erworben. Sie sprachen da von Ketten, nicht, das ist ja irre aufwendig. Das ist eine Frage, die würde ich eigentlich bejahen, das müsste möglich sein. Heutzutage weiß jeder, wann, wie lange und von wo wir im Internet sind, wenn wir mit unseren Smartphones uns einloggen. Ja? Also technischen Möglichkeiten dürfte es geben.

Die dritte Frage war, wie sieht es mit der Besteuerung der Dividendenkompensationszahlung beim Empfänger, beim Leerkäufer aus. Die Dividendenkompensationszahlung ist von ihrer Natur her immer eine Schadensersatzleistung gewesen. Und bis einschließlich 2006 gab es keine besondere gesetzliche Regelung. Also, es hieß, wenn jetzt, in meinem Ausgangsbeispiel der Leerkäufer, eine Kapitalgesellschaft, also wenn der eine Dividendenkompensation erhalten hat, dann war



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

das ein steuerpflichtiger Ertrag. Was bedeutet, er unterliegt der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer. Was der Gesetzgeber jetzt geregelt hat im Jahr 2006 oder im Jahressteuergesetz für dann 2007, er hat den § 20 Einkommensteuergesetz ergänzt. Der ist so aufgebaut: Da steht immer drin, also Einkünfte aus Kapitalvermögen, um die geht es. Und er hat ergänzt - da stehen Dividenden drin, da stehen Zinsen drin, usw. - einen Satz 4 in dem Absatz 1, wo er gesagt hat - also man spricht dann von Dividenden oder sonstige Bezügen - den sonstigen Bezügen gleichgestellt werden gerade diese Dividendenkompensationszahlungen. Und das war Voraussetzung dafür, ja, jetzt sind Dividendenkompensationszahlungen Einkünfte aus Kapitalvermögen. Und Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen einem Kapitalertragsteuereinbehalt.

Ich habe Ihre Frage verstanden. Sie sagen, naja - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann die beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Bitte?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann die beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Nein, seine Frage war ja, ob der Fiskus da was verloren hat.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ja, ich kann Ihnen das sagen. Wenn Sie das wollen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Nein, so geht es jetzt nicht. So geht es jetzt nicht. Da sind wir etwas strikt, ja. Also, Herr Pitterle, die Frage war an Professor Spengel. Wenn Sie noch vielleicht, Herr Professor Spengel, Ihre Antwort im Sachzusammenhang zu Ende geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Also kurz. Nehmen wir mal an, die Dividendenkompensation war zu 30 Prozent steuerpflichtig vor 2007, was passiert danach? Danach wird Kapitalertragsteuer einbehalten, 25 Prozent,

und die Zahlung ist als Einkünfte aus Kapitalvermögen den Dividenden gleichgesetzt gewerbesteuer- und körperschaftsteuerfrei nach § 8b Absatz 1.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr für Ihre Antwort. - Ich darf dann gleich überleiten zur Fraktion der CDU/CSU. - Herr Pitterle, Sie haben 13 Minuten für die Linken gehabt und nicht acht. Aber ich denke, es war in Ihrem und unser aller Einverständnis, dass die Antwort von Professor Spengel en bloc abgegeben wurde und nicht etwa auf eine neue Frage verschoben werden musste.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Mir war nicht klar, dass ich für Fragen und Antworten acht Minuten habe, sonst hätte ich - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Alles bestens, alles gut. Wir finden doch hier kooperative Lösungen. - Jetzt der Kollege Hirte bitte!

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Das spricht ja für den pfleglichen Umgang des Vorsitzenden mit der Opposition. Ja, ich glaube, es ist relativ deutlich geworden, dass wir eine relativ komplexe Gemengelage zu betrachten haben. Professor Spengel hat uns etwas bedauert. Ich finde, dazu besteht kein Anlass. Wir werden versuchen, irgendwie der Angelegenheit gerecht zu werden. Trotzdem Sie uns, sagen wir mal, keine Vorlesung halten wollen, müssen wir, glaube ich schon, die Anhörung auch ein bisschen nutzen quasi als universitäres Oberseminar, um uns tatsächlich und rechtlich fortzubilden.

Und deswegen zunächst erstmal aus tatsächlicher Sicht die Frage: In den bisherigen Fällen, insbesondere aus denen, die gerichtsrelevant wurden, zeichnet sich ja ab, dass wir, Herr Lotzgeselle, es, wenn ich es recht sehe, bislang jedenfalls eigentlich immer nur mit OTC-Geschäften zu tun hatten. Stimmt das, Herr Lotzgeselle?

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Die Fälle, die uns vorgelegen haben, das waren alles OTC-Geschäfte.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Darf ich vielleicht einfach in die Runde fragen, ob jemandem andere Geschäfte bekannt sind, die keine OTC-Geschäfte sind?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Wenn Sie ein Leerverkaufsmodell gestalten wollen, müssen Sie außerhalb der Börse sich eindecken als Leerverkäufer. Sonst funktioniert das Ganze nicht.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Ich habe ja vorhin gerade gelernt, dass es eben doch funktionieren kann mit den sogenannten Block Trades, -

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Okay, das stimmt.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** - wenn man eine Absprache trifft und dann quasi an der Börse auftritt. Also, -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN): Das ist dann  
aber beides, sozusagen.)

**Christian Hirte (CDU/CSU):** - nein, also der Hintergrund meiner Frage ist, bei den Börsengeschäften gibt es eine ganz klare Abwicklungsregel T+2. OTC können Sie alles vereinbaren. Das heißt auch, bei den Absprachen zu Börsengeschäften ist aber ganz klar, was wann passieren muss. Deswegen auch nochmal die Frage, vielleicht auch an Herrn Spengel, ist das ein theoretischer Fall oder ist das tatsächlich praktisch bei den relevanten Fällen auch zu anhängig gewordenen Fällen gekommen, die über die Börse abgewickelt wurden? Also, weil Sie hatten, glaube ich, das Beispiel gebracht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Mir ist praktisch kein Fall bekannt. Ich habe aber Einblick gehabt in Gutachten, wo das vorgeschlagen worden ist.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Das heißt im Ergebnis doch aber auch, dass über all die Fälle, über die wir jetzt reden, ein unbescholtener Marktteilnehmer gar nicht betroffen sein kann, weil wir

immer eine besondere Form der Absprache brauchen bei den OTC-Geschäften, weil es eigentlich - jedenfalls über die Größenordnung, über die wir reden, also wenn wir über Dividenden von hundert Millionen reden - - Da finden Sie ja nicht einen, der nicht vorher eingebunden ist, um so ein Geschäft kurzfristig abzuwickeln. Stimmt das? Vielleicht an alle oder wer das beurteilen kann.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ja, wir können ja nur solche Fälle beurteilen, die wir kennen, die offenbar werden. Nach den Fällen, die mir bisher vorgetragen wurden, haben wir es regelmäßig mit solchen OTC-Geschäften zu tun, mit denen eben der Leerverkäufer agiert. Denkbar ist das, was modellhaft hier Herr Spengel vorgestellt hat. Und er hat ja gesagt, er hat das von dritter Seite erfahren, dass sowas auch vorgeschlagen worden ist. Weil, wenn die Geschäfte über die Börse abgewickelt werden und trotzdem so funktionieren wie OTC-Geschäfte, dann kommt man noch schwerer drauf, um das mal so zu sagen. Ob es jetzt Geschäfte gibt, die den unbescholtenen Marktteilnehmer betreffen, ja, das will ich nicht ausschließen. Ich denke, es wird eine Vielzahl von Geschäften geben, in denen der Leerverkäufer auf eine Kompensationszahlung eben Kapitalertragsteuer erhebt, und dann ist ja auch alles ganz okay. Und heute haben wir ja auch den Rechtszustand, dass die letzte auszahlende Stelle, also das ist letztlich die Bank des Käufers, den Kapitalertragsteuerabzug vornehmen muss und ihn bescheinigt. Also diese Geschäfte können an sich nicht mehr stattfinden nach der aktuellen Rechtslage, die wir seit 2012 haben.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Vielleicht darf ich dann auch noch an die beiden Praktiker fragen: Es ist schon teilweise angeklungen, dass es durchaus ein kritisches Bild auf die beteiligten Kreditinstitute gibt. Wie ist denn aus dem Stand der Ermittlungen oder aus Ihren Kenntnissen absehbar, wie stark die Kreditinstitute auch aktiv an der Gestaltung dieser Geschäfte beteiligt waren, dass sie durchaus das vielleicht auch beworben haben. Es gab ja kürzlich einen *Panorama*-Bericht über eine in, ich glaube, Liechtenstein ansässige Bank - viele werden es wahrgenommen haben -, wo offensichtlich ja auch Kreditinstitute



## 4. Untersuchungsausschuss

Sachverständigenrat Wirtschaftswissenschaften

selbst proaktiv da eingebunden waren. Vielleicht können Sie, Herr Professor Schmitt und Herr Hallmann, kurz sagen, ob Sie Kenntnisse haben, ob auch Banken proaktiv eingebunden waren oder eher nur abgewickelt haben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich habe vorhin schon mal in aller Zurückhaltung und Vorsicht gesagt, dass ich mir das gut vorstellen kann. Mir sind aber Fälle positiv nicht bekannt. Ich habe vorhin auch gesagt, die Ermittlungen sind in vollem Gange. Da kann gleich der Herr Hallmann noch was dazu sagen. Sie brauchen ja strafrechtlich immer einen Verantwortlichen, der diese Geschäfte mit Wissen und Wollen, Sie nennen das proaktiv, betrieben hat. Ich gehe davon aus. Das nennt man Anfangsverdacht. Und solche Anfangsverdächte hat das Landgericht Köln in seinem Beschluss ja bestätigt in den entsprechenden Fällen. Und ich kann mir gut vorstellen, dass das in anderen Fällen auch der Fall ist. Aber letztlich wird man das erst beurteilen können, wenn die strafrechtlichen Ermittlungen zu einem Ergebnis gekommen sind. Steuerrechtlich haben wir es glücklicherweise und zugunsten des Fiskus leichter über die Beweislastverteilung der Steuerbürger - der die Anrechnung oder die Erstattung begehrt, muss den Einbehalt der Kapitalertragsteuer nachweisen. Das ist die Voraussetzung für die Erstattung, und den Einbehalt. Und da muss er sich nicht unbedingt strafbar gemacht haben. Der Umfang dieser Fälle, es ist ja heute schon beschrieben worden, lässt natürlich einen strafrechtlichen Anfangsverdacht schon entstehen. Da guckt man dann mal auch steuerstrafrechtlich genauer hin. Im Übrigen gibt es, Sie haben den *Panorama*-Beitrag ja angesprochen, auch sehr bekannte Investoren. Nicht? Der Leerverkäufer, der geht ja nicht einfach an seine Sparkasse und sagt, jetzt mache ich mal Leerverkäufe. Der muss sich ja auch eindecken mit Aktien. Da ist ja tatsächlich auch Geld geflossen. Der braucht Geld. Das kriegt er nicht zu 100 Prozent über Finanzierung, über Darlehen. Der braucht Eigenkapital. Und die Namen sind ja bekannt, wer sich da engagiert hat mit Renditeversprechungen von 12, 15, 20 Prozent. Und das hat ja auch, solange es funktioniert hat, funktioniert.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ich denke, man kann sich so eine Bank nicht als homogenes Institut vorstellen, dass die gesamte Bank wusste, was da gelaufen ist. Es gibt verschiedenste Abteilungen in der Bank. Die einen waren mehr oder minder daran beteiligt, die anderen waren gar nicht beteiligt. Und ob der Vorstand und der Aufsichtsrat davon wussten, mag fraglich sein. Allerdings, die Rolle der Kreditinstitute in diesen Cum/Ex-Geschäften, die können an jeder Position gegessen haben. Die können Verkäufer sein, die können Käufer sein. Die haben das auf ihr eigenes Buch organisiert, das heißt, dass sie selbst die Geschäfte gemacht haben und die Kapitalertragsteuer geltend gemacht haben. Sie haben natürlich auch Kundengeschäfte gemacht, das heißt, es wurden konkret Fonds gegründet, die nur die Absicht hatten, Cum/Ex-Geschäfte zu machen, um, wie gesagt, diesen prominenten und reichen Mitbürgern noch ein bisschen mehr zu geben. Darüber hinaus wurden in den USA Pensionspläne erstellt. Das heißt, da ist ein einziger an einem Pensionsplan beteiligt. Der hat auch - über die Banken organisiert - hier Cum/Ex-Geschäfte gemacht und ist auch der einzige Begünstigte von diesen Geschäften, neben den Banken natürlich, die was davon abbekommen. Des Weiteren wurde von einer Bank ein Projekt aufgelegt und an GmbHs in Deutschland verkauft oder weiter vermittelt. Dieses Projekt sah vor, dass eine GmbH gegründet wird, um den Dividendensteuersatz die Geschäfte abwickelt - cum/ex -, und anschließend wieder gelöscht wird. Und diese Firmen dann steuerlich zu behandeln, wird natürlich jetzt schwierig und auch das Geld zu bekommen.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Herr Professor Desens, Sie vertreten ja in der Runde der hier anwesenden Sachverständigen so ein bisschen den Exoten mit Ihrer Rechtsauffassung zum Thema „Wirtschaftliches Eigentum“. Die Frage an Sie: Gibt es denn vergleichbare Situationen im Steuerrecht oder im Allgemeinen, wo es eine Vervielfältigung von Eigentum gibt? Mir ist keines offensichtlich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Die Frage ist auch eine andere. Also erstens ist das so in dieser Form nur bis 2007 relevant. Ja, da ist



## 4. Untersuchungsausschuss

### Nach dem öffentlichen Hörsaal 3. November 2015

das das Merkmal. Das Zweitens ist, wie weit - - meine Argumentation ist umgekehrt. Wir haben zwei Mal den Tatbestand erfüllt. Da kommen zwei Leute. Der Inhaberverkäufer und der Leerverkäufer, also der Käufer vom Inhaberverkäufer oder der Leerverkäufer, wir wissen es nicht in dem Moment. Beide sagen: Ich habe jetzt diesen Anspruch. Und so steht es in der Gesetzesbegründung drin. Ja, also dass auch eben nach diesem Leerverkäufer dieser Anspruch besteht. Das ist mein Ausgangspunkt. Ich will nur sagen: das ist keine Exotenmeinung. Das haben alle da vertreten. Ich lese Ihnen das gerne vor. Es wird auch gesagt, das ist widersprüchlich. Es steht wirklich überall eindeutig so drin. Also es ist eher neu, aber darüber können wir ja diskutieren, was Herr Spengel hier vertreten hat 2015, dass man das eben umdreht, dass man da nochmal zurückfährt und sagt: So was kann's nicht geben. Ich möchte mal was anderes sagen. Es wird ja immer gesagt, das entspricht nicht dem Wortlaut. Die Rechtslage ab 2007 - um das mal deutlich zu machen - da haben wir einen Tatbestand in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4. Der soll genau Leerverkäufe betreffen. Da kann ich gerne eine Wortlautauslegung mit Ihnen ausführlich machen. Da gibt's vier Wortlautargumente. Drei gehen unentschieden aus. Drei zu drei. Es könnte also sein - die Ausgangsfrage ist: Setzt das Gesetz voraus, dass bei diesem Leerverkauf das wirtschaftliche Eigentum schon übergegangen ist?

Ich könnte das gerne mit jedem von Ihnen machen, wir können das machen, wir können auch beide Argumente nennen. Es kommt aber - so einen Spielstand wünsche ich mir heute Abend - das 3 zu 4 in der letzten Minute. Da steht drin - da wird ein Leerverkauf über den Dividendenstichtag beschrieben -, dass die Aktien vor dem Dividendenstichtag erworben worden sind und nachher geliefert.

Wenn der Gesetzgeber „gekauft“ reingeschrieben hätte, dann hätten wir noch eine offene Frage. Im Gesetz steht aber „erworben“. Und „erworben“, da hab ich eine Rechtsposition bekommen. Also, im jetzigen Geist des Gesetzes liegt dem das zugrunde, ja. Das hat eine Folgefrage, die man jetzt sagen müsste, wenn das richtig ist, dann ist nämlich gleichzeitig der Satz eins auch noch erfüllt.

Und das ist eine komische Konkurrenzsituation, dass also zwei Tatbestände gleichzeitig erfüllt sind. Und welchen nehmen wir denn jetzt? Da kann ich Ihnen genug Parallelfälle stellen in § 20 Absatz 1 Nummer 9 oder 10, da haben wir reine Tatbestände, die nur für die Erhebung der Kapitalertragsteuer dienen. Also es widerspricht dem auch nicht. Wie gesagt, ich könnte Ihnen das in einer kompletten Auslegung jetzt - - Ich geh da auch mit jedem hier gerne rein, dass das der Geist dieses Gesetzes ist.

**Christian Hirte (CDU/CSU):** Jetzt haben wir die gute Situation, es gibt ja diesen schönen Spruch: „Das Gesetz immer schlauer ist, als dessen Urheber“ - dank Rechtsprechung und Verwaltung und auch der Wissenschaft - möglicherweise ist das einer der Fälle.

Letzte Frage, dann können auch meine Kollegen nochmal nachfragen. Die problematische Situation, die wir juristisch haben, ist ja entstanden mit der Umstellung des Anrechnungsverfahrens auf das Halbeinkünfteverfahren. Wie ist denn unsere deutsche, unser deutscher Umgang mit der Cum/Ex-Problematik im Vergleich zur Situation im Ausland? Hat man sich da irgendwie auch bei der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens und der damit einhergehenden Besteuerung denn auch im Ausland orientiert? Vielleicht können - weiß nicht wer, aus der Wissenschaft vielleicht - Sie, Herr Professor Desens, das kurz beurteilen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also ich glaube nicht, dass das der Ursprung war. Ja, also das ist in der Tat interessant, was der Ursprung war. Dieses klassische Dividendenstripping, das funktioniert hier unterm Anrechnungsverfahren noch viel mehr, weil dann nämlich das Körperschaftsteuerguthaben auch noch gestrippt worden ist. Ich kann mir Folgendes vorstellen: Man hat dieses Halbeinkünfteverfahren - so hieß es damals ja - eingeführt und auch, um diese Missbräuche zu verhindern. Dann da war klassisches Dividendenstripping überhaupt nicht mehr attraktiv. Weniger attraktiv, weil's nur noch um diese Kapitalertragsteuer ging. Und dann sind Leute auf diese Leerverkaufsideen gekommen. Ich möchte aber nochmal dazu sagen: Es gab die-



## 4. Untersuchungsausschuss

sen Markt dann seit 277 [sic!] und was Herr Krüger da am Anfang vorgelesen hat, diese komische Formulierung mit dieser Ersparung von Domizilgesellschaften. Das sind ja gerade Inhaberverkäufer, nicht? Die zielen drauf ab, die sitzen in Deutschland, und sagen: Wir stehen bereit als Erwerber - potentiell -, wenn's irgendeinen Steuer- ausländer gibt, der aus seiner Sicht diskriminiert wird, weil er eine definitive Kapitalertragsteuer nimmt. Und diese Gestaltung, da können wir auch drüber diskutieren, ist eine andere Gestaltung, da kann man gegen vorgehen. Wir haben jetzt hier die Regelung bei Cum/Cum-Geschäften im Gesetzesentwurf, die stammt, glaub ich, aus Australien; da ist man ganz rigoros, ich glaube, wir haben 45 Tage Frist. Wir sagen, 45 Tage, darüber muss/darf wirtschaftliches und rechtliches Eigentum nicht auseinanderfallen. Man kann gucken, ob das jetzt funktioniert, und das ist eine klare Regelung. Und dann hätte man viele Fälle, glaube ich, böse Fälle erfasst. Ob man da nicht auch nach dem jetzigen Stand auch viele Fälle erfassen wird, die man gar nicht erfassen könnte, das werden sie dann hier im Gesetzgebungsverfahren in der Anhörung dann vielleicht noch sehen, und ob man das dann nicht wieder aufweicht.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, Frau Kollegin.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. Wir haben ja sehr viel heute gehört von der Zäsur des Jahressteuergesetzes 2007 und der Einführung des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 und da schließt sich ja so ein bisschen die Grundsatzdiskussion auch an, nämlich ob der Gesetzgeber in dem Zeitpunkt sozusagen alles getan hat, was damals notwendig war, und deshalb habe ich an Sie die Frage, Herr Dr. Spengel, wenn Sie uns das noch mal erläutern würden, auch Ihre Bewertung. Es ist ja viel dargestellt worden, ob Sie diese Gesetzänderung für sinnvoll und erforderlich, letztlich aber auch für ausreichend halten. Das wäre so die erste Frage, die ich hätte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Da würde ich mir gern ein bisschen mehr Zeit gestatten. Und zwar ist der Ausgangspunkt - ich

hatte es in meinem Eingangsstatement gesagt - ich geh nicht davon aus, dass es jemals eine Gesetzeslücke gab. Ich habe gesagt, sie wurde, wenn sie es denn gegeben hätte, herbeigeschrieben. Es geht hier um die Frage der Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums. Und Herr Desens, Sie haben ja gesagt, Sie würden gern auf meine Ausführungen was erwidern. Also, mein Aufsatz ist in drei Tagen ein Jahr veröffentlicht. Ich habe noch nichts gehört.

(unverständliche Zwischenbemerkung des Sachverständigen Desens)

Machen wir - okay.

Die Zurechnung zum Eigentümer ist in § 39 der Abgabenordnung geregelt und diese Vorschrift besteht unverändert seit 1977. Weiterhin argumentiert, dass man - - Also, alles macht keinen Sinn, da ein doppeltes oder eine Vervielfältigung des Eigentums daraus zu schließen. Man kann sich auch nicht auf diese BFH-Rechtsprechung zu Inhaberkäufen beziehen. Und dann kommt im Jahr 2002 - das wurde schon mehrfach erwähnt, das steht ja auch im Internet - ein Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken. Ich hab das mal im Wortlaut, also zitiert, wiedergegeben, wo erstmalig - - Vorher habe ich das also erstmalig sozusagen behauptet, dass im Fall eines sogenannten Leerverkaufs, des Sonderfalls, sich das wirtschaftliche Eigentum vervielfältigen kann, weil, das steht drin, fett markiert, also, man muss irgendwie eine Regelung sicherstellen, dass Kapitalertragsteuer einbehalten wird auf Einkünfte, bei denen der Aktienerwerber als wirtschaftlicher Eigentümer und Dividendenbezieher - - Der Aktienerwerber im Leerverkauf bezieht keine Dividende, der bezieht eine Dividendenkompensationszahlung.

Dann wird ein Vorschlag gemacht, der ist dann 2007 Gesetz geworden. Nämlich der Vorschlag, - ich komm gleich dazu - dass eine Dividendenkompensation kapitalertragsteuerpflichtig ist. In dem gleichen Schreiben, das geht aber immer ein bisschen unter, von 2002 sagt der Bankenverband: Den Vorschlag, den ich dir mache, BMF,





## 4. Untersuchungsausschuss

War zum 11. April 2007 Wortprotokoll

der funktioniert nicht, wenn ich eine ausländische Depotbank einschalte. So, also im Nachhinein sind wir jetzt alle schlauer, nicht? Jetzt wissen wir seit 14 Jahren eigentlich, das, was da gemacht wurde, das konnte nie funktionieren, wenn ich's übers Ausland umgehe. Hat man erst 2012 geschlossen. Eine Frage, die sich der Untersuchungsausschuss stellen könnte: Wieso kommt der Bankenverband zu dieser Behauptung? Im Jahr 2002. Wieso? Ich beurteile sie als falsch und ich habe die Vermutung, auf der rechten Seite auch.

(Der Sachverständige blickt zu den Sachverständigen Schmitt, Lotzgeselle und Hallmann)

Jetzt kommt, - und damit sie das sehen - in die Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 - das ist eine Kopie aus der Bundestagsdrucksache, wortwörtlich, also abgeschrieben, ein Plagiat - in die Gesetzesbegründung diese Behauptung des Bankenverbandes.

(Der Sachverständige ruft Seite 39 seiner PowerPoint-Präsentation auf - siehe Anlage)

Und Herr Desens macht sich in seiner Auslegung des Rechts diese Behauptung zu Eigen und sagt: Da hat der Gesetzgeber ja gesagt, ja, das ist so, es kommt zu einer Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums. Diese Formulierung steht in der Gesetzesbegründung unter dem Teil „Allgemein“. Also, da wird was geändert im Gesetz in „Allgemein“. Macht man das aus diesen Gründen?

Zweite Frage: Wieso kommt das? Das ist sehr ärgerlich. Wieso kommt das in die Gesetzesbegründung? Aber: Die Gesetzesbegründung ist nicht das Gesetz. Das relevante Gesetz, der § 39 Abgabenordnung, der das Eigentum, die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, ändert, wurde nie geändert. Weil, im Einzelnen, im Einzelnen wurde geändert § 20 der - haben wir schon mehrfach drüber gesprochen - die Dividendenkompensationszahlung den Dividenden gleichstellt, damit die der Kapitalertragsteuer unterworfen werden

können. Ab 2007. Das heißt, in Bezug auf die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums hat diese Gesetzesbegründung überhaupt keine Bedeutung. Es gilt das Gesetz. Und außerdem steht sie im „Allgemeinen“ und im Einzelnen wird dann begründet, warum das Gesetz geändert wurde, und im Einzelnen geändert wurde der § 20. Aber der hat überhaupt nichts mit der Zuordnung irgendwelcher Einkünfte zu einer Person zu tun. Er ordnet sie ein in die Einkünftekategorien. Also von daher ist die - - Ich habe gesagt, es wurde nach meinem Empfinden viel behauptet von einer großen Gruppe, aber das Gesetz hat sich nie geändert.

Das ist das, was ich mit dem Herbeischreiben einer Gesetzeslücke - - Ich meine, die Kollegen rechts von mir, die legen das Recht aus, ja, und ich hab nie ein Hinweis darüber gefunden, dass diese Gesetzesbegründung irgendwas bewirkt. Auch unter anderen Kollegen, also die eine ähnliche Auffassung wie ich vertreten.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Vielen Dank. Ich hab mal noch eine Frage zu einem anderen Komplex, und zwar an Sie, Herr Professor Dr. Schmitt. Herr Hallmann, Sie haben es eben schon angesprochen. Wenn Banken, die selbst Cum/Ex-Geschäfte getätigt haben, dann sich die Bescheinigung selbst ausstellen können über die Kapitalertragsteuer. Und da wäre ich Ihnen dankbar - Sie haben da einmal so zustimmend genickt, habe ich gesehen - wenn Sie uns das auch noch mal etwas erläutern würden aus Ihrer Sicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Nun, der klassische Fall, den man sich so vorstellt, ist, dass die Banken über die Börse die Geschäfte für ihre Kunden erledigen. Da will jemand Aktien verkaufen, da will jemand Aktien kaufen. Und wie die Geschäfte funktionieren, hat ja auch Herr Desens dargelegt. Derjenige, der Aktien verkaufen will, gibt den Auftrag an seine Bank, und die Bank hat dann eben eine Abteilung, die an der Börse aktiv ist. Die gibt dann die Order weiter an die Börse. Letztlich wird das alles geregelt über ein Institut, diese Clearstream AG in Frankfurt. Ich habe das auch nicht gewusst. Ich habe mir erklären lassen, die verwahrt tatsächlich die Banken im Sammeldepot. Die

*Aktion für die Banken*



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

schneiden am Tag des Dividendenbeschlusses auch den Coupon. Also das sind alles Dinge, die waren für mich auch ein Stück weit neu, und die Clearstream AG, die nimmt dann eben entsprechende Buchungen vor auf den Depots der verschiedenen Depotbanken. Ja, das muss man sich so vorstellen. Und nun kommt dann letztlich der Kunde über den Kontakt zu seiner Bank entweder zu dem Verkaufserlös oder eben zu der Aktie cum oder ex Dividende mit Kompensationszahlung. Nun kann das natürlich sein, dass die Bank selbst als Käufer auftritt. Dann gibt es keine Depotbank für die Käuferbank. Das ist sie selbst. Sie hat ihr eigenes Depot für sich selbst. Also muss sie auch die Bank sein, weil sie auch Depotbank ist, die den Kapitalertragsteuerabzug bescheinigt. Das ist so vorgesehen, so gestattet und wurde auch so gemacht. Ich habe auch ein bisschen nachfragen müssen an der Stelle, aber das ist so. Ja? Das macht die Sache, ich hab das vorhin ja gesagt, das gibt der Sache wirklich einen zusätzlichen Pfiff.

**Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU):** Ich glaube wir sind dann mit der Zeit um.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, eine Minute hättet Ihr noch.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Dann darf ich vielleicht noch eine ganz kurze Frage stellen. Wir haben eben immer wieder darüber debattiert, wie man denn erkennen kann, ob sich das um einen Leerverkauf handelt. Jedes Papier, jedes Finanzpapier hat eine Wertpapierkennnummer. Und eine klassische Wertpapierkennnummer einer Aktie ist eine andere als bei einer Option oder bei einem Bonus - was weiß ich, was es da alles gibt. Warum konnte man das daran nicht erkennen?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** An wen ist die Frage gerichtet?

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** An Herrn Schmitt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Also, Herr Professor Schmitt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Tut mir leid, da muss ich passen. Das kann ich Ihnen nicht sagen. Das muss ich prüfen.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Kann das jemand anderer beantworten?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dann ist das eine Frage an Herrn Hallmann. Also damit das also auch - - Okay, ja?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Die Wertpapierkennnummer bezeichnet ja nur die Aktie selbst. Unter dieser Wertpapierkennnummer können - was weiß ich - bei Daimler eine Milliarde Aktien laufen. Die sind aber nicht einzeln bezeichnet oder so, dass man die irgendwie identifizieren kann. Das heißt, wenn ich da ein Paket von einer Million Aktien handele, die finde ich nie wieder. Wenn die in derselben Stückzahl weitergehandelt werden, könnte ich sie vielleicht weiter verfolgen. Wenn die zwischendurch gesplittet werden, sehe ich die nie wieder. Also ich weiß nicht, wo die hingen dann mehr. Also das ist völlig unmöglich, daraus den Leerverkauf irgendwie zu finden.

**Anja Karliczek (CDU/CSU):** Ja, aber der Leerverkauf kann doch nicht die gleiche Wertpapierkennnummer haben? Auch der Leerverkauf muss doch eine eigene Wertpapierkennnummer haben, oder nicht?

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Er hat vielleicht eine Transaktionsnummer bei dem Broker oder bei der, wo er gerade gehandelt wird. Aber die Wertpapierkennnummer ist immer dieselbe, die da drauf steht. Da kann man nichts dran erkennen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke und damit ist in der Tat die Zeit für die CDU/CSU-Fraktion beendet. - Ich darf jetzt an die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überleiten. Herr Kollege Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja, vielen Dank. Ich hab erst mal eine ganz andere Frage, die sich jetzt wenig steuerrechtlich erstmal darstellt. Und zwar gibt es ja



## 4. Untersuchungsausschuss

Dr. zur Dienststelle des Vorsitzenden:

zurecht das Bemühen, die Erträge im Nachhinein zu sichern. Und meine Frage ist: Könnte eigentlich heute der Gesetzgeber, das Bundesfinanzministerium, die Finanzaufsicht, irgendjemand etwas tun, um zu verhindern, dass jetzt Unterlagen wegen Aufbewahrungsfrist sozusagen nicht mehr da sind, Verjährung eintritt oder irgendwas. Gibt es da Möglichkeiten? Die Frage richtet sich an alle Sachverständigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** An wen Herr Schick? Das hatte ich jetzt nicht mitbekommen.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** An alle Sachverständigen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Okay.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich fang mal an. Die Vorgehensweise der Finanzverwaltungen und der Staatsanwaltschaften ist ja beschrieben worden von uns vorhin. Das ist eigentlich der normale Fall des Aufgriffs. Und ich bin jetzt kein Experte für Finanzaufsicht. Deswegen muss ich jetzt hier ein bisschen spekulieren. Ich sage das extra dazu. Aber wenn solche Aufgriffe getätigt werden, wird meines Erachtens die Finanzaufsicht, also die BaFin, informiert und die stellt dann ihrerseits Fragen. Wenn sich nämlich herausstellen sollte, dass hier nicht nur illegal im steuerrechtlichen Sinne, sondern auch im strafrechtlichen Sinne gehandelt wurde, dann stellt sich die Frage nach der Zuverlässigkeit der Bankenvorstände und dann stellt sich die Frage nach der Zulassung des Instituts. Also das geben die Regeln schon her.

Man spricht ja auch im Rahmen der politischen Diskussion immer wieder über Gesetzesinitiativen, die Voraussetzungen an die Zulassungen der Banken zu verschärfen. Das ist eine Frage des politischen Prozesses. Meine Landesregierung wollte das immer, hat sich dafür ausgesprochen. Im Moment muss man sich im Rahmen der geltenden Gesetze bewegen, und meine Anregung wäre einfach hierzu auch, die BaFin zu befragen und vielleicht auch das BMF. Also, konkreter kann ich jetzt die Frage nicht beantworten.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Wir haben in Deutschland eine zehnjährige Verjährungsfrist - sowohl steuerlich, wie jetzt auch dankenswerterweise strafrechtlich bei großem Ausmaß. Problem sind natürlich ausländische Gesellschaften. Ausländische Broker haben völlig andere Aufbewahrungsfristen. Englische Broker haben, glaube ich, sechs Jahre Aufbewahrungsfrist. Das heißt, da haben Sie, glaube ich, keinen Einfluss drauf, dass die ihre Unterlagen vernichten, so dass uns damit nicht geholfen ist.

**Des Weiteren:** Bei Steuererklärungen inländischer Gesellschaften, wo es zum Anrechnungsverfahren kommt - das heißt, im Abrechnungsteil wird die Kapitalertragsteuer gegengerechnet -, steht nur eine fünfjährige Verjährungsfrist. Das heißt, da haben wir auch Probleme. Das heißt, wie ich am Anfang gesagt habe: Wir arbeiten gegen die Zeit.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Und das könnte man jetzt nicht ändern, hemmen oder in irgendeiner Form - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also, die Frage ist, wir haben da jetzt eine zehnjährige Frist. Man kann immer was ändern. Man müsste rückwirkend diese Frist verlängern. Da haben wir aber ein verfassungsrechtliches Problem, wenn Sie ein rückwirkendes Gesetz machen. Das ist jetzt eine Frage. Müsste man drüber nachdenken, ob das generell unzulässig ist oder unter besonderen Voraussetzungen. Die kann ich jetzt so aus dem Stegreif nicht beantworten. Aber das wäre die Rechtsfrage, die man dann beantworten müsste.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Darf ich ergänzend noch was sagen, Herr Vorsitzender? Es ist ja so, dass die Fälle, die derzeit aufgearbeitet werden, nicht taufisch sind. Das sind ja keine Fälle aus 2012 oder 2013. Die gehen ja zurück bis 2008/2007, und die sind zumindest steuerrechtlich deswegen offen, weil die Steuerbescheide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangen sind, so dass sich die Banken-BP diesen Fällen widmet. Wobei jetzt eben offenkundig ist, dass es diese Art von Geschäften gibt, <sup>Gibt es</sup> <sup>& damit</sup> auch Anlasspunkte, da näher hinzuschauen.



## 4. Untersuchungsausschuss

### Untersuchungsausschuss: Vermögensprüfung

Also, jeder Bankenbetriebsprüfer wird jetzt im Vorhinein schauen, wie sich die Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanträge entwickelt haben. Das wird man tun, und in dem Augenblick, in dem das außergewöhnlich ist, wird man wahrscheinlich auch relativ schnell zu einer Eröffnung des Strafverfahrens kommen. Weil ein Betriebsprüfer kann es nicht auf seine Kappe nehmen, weiter zu ermitteln, wenn da beispielsweise Steuerhinterziehung in diesen dreistelligen Millionenbeträgen, wie wir es heute gehört haben, in Frage steht. Also, dann kommt man doch noch relativ zügig auch an alte Fälle heran. Die Frage ist natürlich, ob noch alle Unterlagen da sind. Das sind dann die Mühen der Praxis, nicht. Da hat dann das EDV-System gewechselt, da ist dann die Buchführung erlaubterweise ausgelagert ins Ausland, da ist der Kollege, der das betreut hat, ausgeschieden und, und, und. Aber da gibt es auch Unterschiede. Es gibt da auch Institute, die da mitarbeiten. Aber das ist in der Tat mühsam. Herr Hallmann hat's vorhin beschrieben, einen Fall aus Bayern, wenn ich das richtig mitgekriegt habe. Da hat es fünf Jahre gedauert. Das kann schon sein.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Weitere Fragen? Sie haben noch zwei Minuten.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ich habe noch eine Frage an Herrn Schmitt. Sie haben jetzt argumentiert über die rechtliche Einschätzung der Lage. 2005 hat das Finanzministerium ja den Ländern sozusagen diesen Vorschlag des Bankenverbandes weitergeleitet. Das ist sozusagen die Vorbereitung dann der Gesetzgebung für das Jahressteuergesetz 2007. Haben Sie damals, Sie oder Ihr Haus, diese Rechtsauffassung auch schon dargelegt, oder ist es damals nicht zu einer entsprechenden Intervention gekommen?

*Sachverständige*

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, wir haben das damals nach meiner Erinnerung intern nicht diskutiert. Wenn sie eine Vielzahl von Steuergesetzgebungsverfahren zu begutachten haben, da schauen sie sich an, was wird damit bezweckt? Der Zweck des Gesetzes wird klar, wenn man sich die Begründung im Besonderen Teil an-

schaut. Man wollte auf die Kompensationszahlung auf jeden Fall garantiert Kapitalertragsteuer erhoben haben. Und da macht man dann einfach als Landesfinanzministerium einen Haken dran, sagt seinem Minister: Stimmt da im Finanzausschuss bitte zu; das ist vernünftig. Ich halte es auch heute noch für vernünftig. Man kann allenfalls sagen - ex post-Betrachtung: Es war nicht ausreichend. Dem würde ich dann zustimmen. Aber wir haben das damals nicht problematisch gesehen. Wir haben das so gesehen wie der BMF, und nach dem Bericht meiner Fachleute war in der zuständigen Arbeitsgruppe - das waren die Referatsleiter Einkommensteuer - die Meinungen einmütig, einhellig, also sprich 16 zu 0. Jeder fand das gut, dass man da was unternimmt, und dann macht man das.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Keine Fragen mehr? - Dann darf ich gleich zur SPD überleiten. Herr Schwarz.

**Andreas Schwarz (SPD):** Recht herzlichen Dank, Herr Vorsitzender. Mich würde vor allem mal die Bedeutung der Gutachten interessieren, die erst nach 2012 auf den Tisch kamen, das heißt, die, die hier Steuerberater, Rechtsanwälte, Steuerfachanwälte oder auch Wirtschaftsprüfer erstellt haben. Wie gesagt, die kamen ja erst 2012 dann mehr und mehr auf den Markt. Und da würde ich gerne von Herrn Spengel wissen: Haben Sie bei Ihrer Befassung mit dem Thema eine Erklärung dafür gefunden, warum die Initiatoren dieser Cum/Ex-Geschäfte nicht, wie es an und für sich auch in Anbetracht der Risiken, die wir ja gehört haben, und auch der Dimension dieser Geschäfte üblich und naheliegend wäre, vorab mal mit den Finanzbehörden sich da mal ins Benehmen setzen und mal Meinungs austausch über die Anerkennung von diesen Gestaltungsmodellen abklärten? Und die andere Frage ist natürlich auch: Steuer- und möglichst strafrechtliche Konsequenzen hätten ja die Beteiligten letztendlich dann vermeiden können, zumal sie ja, zumindest angeblich, von der Rechtmäßigkeit ihres Tuns ja sehr überzeugt waren.

**Prof. Dr. Christoph Spengel:** Ich möchte jetzt Ihre Zeit oder die Fragezeit nicht überstrapazieren. Ich war nie an der Erstellung oder irgendwelcher



## 4. Untersuchungsausschuss

Nur zur dienstlichen Verwendung

Gutachten beteiligt. Das heißt, ich habe auch keine Kenntnis darüber. Alles wäre Spekulation, warum diese Gutachten erstellt worden sind.

**Andreas Schwarz (SPD):** Vielleicht aus der Praxis jemand, der Erkenntnisse hierzu hat?

*Sachverständiger*

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich darf vielleicht ergänzen. Uns sind diese Gutachten nicht bekannt. Wir wissen, dass es solche Gutachter gab. Ich verweise auf die Fernsehsendung, in der ja der Herr Berger, der als Mit-Initiator eines großen Modells galt - zusammen mit der Sarasin-Bank, sagt: Alles sei abgeklärt gewesen mit einem steuerfachlichen Experten, und er hätte zu jedem einzelnen Schritt Rechtsgutachten. Mich würde das auch mal interessieren, wer dies begutachtet hat und wer das war. Wir wissen das nicht. Ich bin ja auch gefragt worden, ob sich die Betroffenen mit solchen Gutachten uns gegenüber verteidigen. *Bisher ist das - dazu* ~~jedenfalls in meinem Zuständigkeitsbereich nichts~~ *bekannt*. Man legt Einspruch ein, man verweist auf die Fachpresse und hofft auf die Gerichte. In der Zwischenzeit ist es schwierig bei den Finanzgerichten, man hofft auf den BFH. Vielleicht kommt er ja noch zu Wort.

**Andreas Schwarz (SPD):** Trotzdem möchte ich da gerne in dem Bereich noch mal nachhaken. Besteht Kenntnis darüber: Banken sind ja auch organisiert, strukturiert, die haben Compliance, die haben eine interne Revision - haben diese Stellen bankintern sich mit diesen Gutachten auseinandergesetzt oder als Handlungsgrundlage genommen? - An die Fachwelt.

*Sachverständiger*

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Ich kann dazu keine allgemeingültige Antwort geben. Ich habe nur in Vorbereitung dieser Anhörung mit einem Bankenbetriebsprüfer gesprochen. Er hat mir gesagt, dass er in einem Fall ein solches Gutachten in den entsprechenden Unterlagen der Bank gesehen hat. Weiteres kann ich hier nicht sagen. Ich bitte um Verständnis. Der Herr Vorsitzende hat am Anfang auf das Steuergeheimnis hingewiesen.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** In den Fällen, wo Wuppertal geprüft hat, wurden keine Gutachten eingereicht. Die Bank war in beiden

Fällen äußerst bemüht, ihre Probleme selbst aufzuarbeiten, hat das auch umfangreich getan. Aus den Unterlagen, die eingereicht worden sind, kann man aber ersehen, dass die Abteilungen innerhalb der Bank unterschiedlich eingebunden waren. Die Rechtsabteilung war üblicherweise nicht eingeweiht. Die wurde nur eingebunden, wenn es zu Problemen bei den Geschäften kam, wenn irgendein Geschäft nicht geklappt hat und jemand Schadensersatz geltend machte, weil er nicht beliefert worden ist oder so was. Dann wurde die Rechtsabteilung eingeschaltet.

Die Wertpapierabteilung war natürlich eingeschaltet, ebenso im Käuferfall die Kreditabteilung, denn die musste ja das Geschäft vorfinanzieren. Sie kauft ja eine Aktie und hat die erst fünf, sechs Tage geliefert bekommen. Da wurden Kredite von 500 Millionen mal eben rausgegeben, und diese Kredite waren auch durchaus dem Kreditvorstand vorzulegen, weil die so hoch waren, so dass man da auch im Vorstand durchaus eine gewisse Kenntnis voraussetzen kann dieser Geschäfte.

Die Controlling-Abteilung. Kann sein, die hat turnusmäßig Abteilungen geprüft und ist auf Einzelsachverhalte eingegangen, wenn die bekannt wurden.

Compliance-Abteilung. Eher nicht, weil, meines Wissens gibt es in der Compliance-Abteilung einer Bank Vorschriften, dass Geschäfte verboten sind, aus denen man Verluste erwirtschaftet. Von daher, denke ich mal eher nicht, dass die Compliance-Abteilung eingebunden worden ist, weil die dann hätte feststellen müssen, dass es Geschäfte sind, die eigentlich Verluste erwirtschaften, weil ja auch - - Es kommen Bankgebühren - - Normalerweise kommt man nur auf null mit allem, mit Steuererstattung und so weiter. Hinzu kommen natürlich Bankgebühren und Kreditgebühren, so dass man eher im negativen Bereich ist, und diese Geschäfte wurden der Compliance-Abteilung nicht vorgelegt.

Ob die Revision eingeschaltet war, ist uns nicht bekannt.



## 4. Untersuchungsausschuss

Vorstand. Hatte ich schon gesagt, wahrscheinlich ja, zumindest aber dem Kreditvorstand. Auch wenn die Vorstände zusammenkommen und sich die Gewinnbeteiligung der einzelnen Abteilungen ansehen, hätte vielleicht auffallen können, dass diese Abteilung extrem hohe Gewinne macht gegenüber allen anderen Abteilungen, insbesondere in Zeiten, wo es mit den Aktien schlecht gelaufen ist. Hätte auffallen können; ist es scheinbar nicht.

Aufsichtsrat. Kann ich mir eigentlich nicht vorstellen.

Natürlich die Steuerabteilung, die die Steuerklärungen erstellen und diese Steuerbescheinigung mit einreichen musste. Die natürlich auch.

**Andreas Schwarz (SPD):** Gut, dann habe ich noch eine Frage an Herrn Lotzgeselle. Sie sind ja der Praktiker letztendlich, der dann Recht spricht. Stimmen Sie mir zu, dass dann die Beauftragung von solchen unveröffentlichten Schubladengutachten zumindest bei denen, die das in Auftrag gegeben haben, schon ein ausgeprägtes Problem- und vielleicht sogar Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Geschäfte verursachen lässt, denn das könnte ja letztendlich auch strafrechtliche Bedeutung haben. Würden Sie meine Einschätzung so teilen?

**Sachverständiger Helmut Lotzgeselle:** Na, ich habe das ja nur von der steuerrechtlichen Seite zu beurteilen. Und in den Fällen, die mir vorgelegt worden sind, habe ich keine solche Gutachten vorgelegt bekommen. Das ist einfach eine Frage des Strafrechtes, und da muss man dann abwägen, wie man das beurteilt. Ich denke, man muss auch bei Vorlage solcher Gutachten noch eine Gesamtwürdigung des Wissensstandes der Betroffenen gleichwohl noch vornehmen, um da nach dem bedingten Vorsatz zu fragen.

**Andreas Schwarz (SPD):** Gut, dann würde ich mal den Themenkomplex verlassen, wenn ich noch Redezeit habe und zu - -

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, neun Minuten.

**Andreas Schwarz (SPD):** Ach so, prima, da kriegen wir noch viel hin hier. Zu den Ergebnissen der Prüfung der Cum/Ex-Geschäfte durch die Finanzverwaltung. Da hätte ich Fragen an Professor Dr. Schmitt und an Herrn Hallmann. Da wir uns jetzt mit den Erkenntnissen aus der Prüfung der Cum/Ex-Geschäfte durch die zuständigen Behörden der Finanzverwaltung beschäftigen, habe ich jetzt da, wie gesagt, ein paar Fragen, und zwar hat ein Vorstandsmitglied der Citigroup vor kurzem der Presse gestanden, die umfangreichen Aktientransaktionen zum Dividendenstichtag hätten eine rein steuerliche Intention gehabt. Der Presse konnte man dann noch weiterhin entnehmen, dass die Finanzmarktakteure mit Anpassungen ihrer Gestaltung reagierten, als die Abwicklung der Cum/Ex-Geschäfte über Auslandsbanken bekannt wurde und die Finanzverwaltung diesbezügliche Gegenmaßnahmen ergriff. So soll beispielsweise die britische Barclays Bank die Geschäfte in Zeiten großer Handelsumsätze verlegt haben, um Absprachen zu verschleiern. Können Sie auf Grundlage der Untersuchungen der Betriebsprüfer und Steuerfahnder diese Aussagen bestätigen?

*Sachverständiger*  
**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, ich bitte um Verständnis: Ich habe meinen Zuständigkeitsbereich in Baden-Württemberg, und Ihre Frage würde im Grunde bedingen, dass man eine bundesweite Erhebung macht. Es gibt ja jetzt Fälle, die über ausländische Fonds gelaufen sind, und wir haben diese Hinweise durch den Datenankauf des Landes Nordrhein-Westfalen, und das heißt derzeit, seit einigen Monaten wird die Aufarbeitung dieser Fälle bundesweit organisiert über das BZSt. Ich glaube, zusammen mit Nordrhein-Westfalen, ja?

(Der Sachverständige blickt in Richtung des Sachverständigen Hallmann)

Und dann hat man vielleicht weitere Erkenntnisse, die dann auch uns bekannt werden. Im Übrigen kann ich dazu jetzt nichts sagen.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Auch von mir ist dazu keine Antwort möglich.



## 4. Untersuchungsausschuss

### Nachtragliche Aufklärung von Vermögenswerten

**Andreas Schwarz (SPD):** Der erwähnte frühere Vorstand dieser Citigroup warf der Finanzverwaltung vor, die Betriebsprüfer hätten die Bedeutung dieser umfangreichen Aktientransaktionen zum Stichtag nicht erkannt und die Cum/Ex-Geschäfte deshalb auch niemals hinterfragt. Im Prinzip wirft er ja hier der Verwaltung oder der Steuerverwaltung vor, sie hätten da nicht richtig reagiert. Wäre es wirklich so leicht gewesen, diese Geschäfte zu identifizieren, und falls ja, haben die Finanzverwaltungen der Länder aus den Geschehnissen inzwischen Konsequenzen für die Vorgehensweise bei Betriebsprüfungen gezogen?

*Sachverständiger*

**Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also, erstens es war überhaupt nicht leicht, diese Geschäfte zu entdecken. Das war jedenfalls nach der Information meiner Konzernbetriebsprüfungsstelle in Stuttgart, die für die Bankenbetriebsprüfung auch zuständig ist, ausgesprochen schwierig. Ich darf das an dieser Stelle noch mal wiederholen. Es müssen die Aktiendepots der Banken untersucht werden, die sich täglich ändern. Und aus diesen Zahlen, aus diesen ungeheuer vielen Zahlen müssen Sie versuchen, die Leerverkäufe zu identifizieren. Mir ist berichtet worden, dass das in einem Fall in Zusammenarbeit mit dem geprüften Institut gelungen ist. Man hat ein Fachprogramm erstellt, so sagen das die Betriebsprüfer, und das musste eigens programmiert werden. Dass so etwas nicht initiiert wird von der Veranlagungsstelle, der die Kapitalertragsteuerbescheinigungen vorgelegt werden, ich glaube, das muss ich nicht mehr weiter erläutern. Nachdem jetzt dieses Modell, diese Cum/Ex-Verkäufe bekannt sind, schauen die Bankenbetriebsprüfer selbstverständlich bundesweit genau drauf. Wie aber eben auch schon gesagt worden ist, die Banken haben natürlich auch die Ampel auf rot gesehen und gehen jetzt selber zum Finanzamt und sagen: Ja, wir haben Cum/Ex-Geschäfte gemacht, aber das war ja alles in Ordnung. Und sie zahlen die Steuer zurück. Es gibt ja auch eine relativ gute Verzinsung durch den Staat, diese 6 Prozent, die ja im umgekehrten Fall sehr kritisiert werden von den Steuerbürgern. Und insoweit haben sie einerseits mit dieser Nacherklärung möglicherweise auch eine strafbefreiende Selbstanzeige abgegeben und zum zweiten, wenn sie gewinnen am Ende vor Ge-

richt, bekommen sie das Geld wieder nebst entsprechender Verzinsung. Das ist eine Vorne-Verteidigung, das ist eine Vorwärts-Strategie, denn diese Geschäfte lassen sich in der heutigen Zeit, bei der heutigen Kenntnis auch der Öffentlichkeit und bei der heutigen Stimmung, auch was solche Geschäfte betrifft, nicht mehr unter der Decke halten. Da geht nur noch die Strategie: Ja, wir waren auch<sup>F</sup> - aber wir glaubten<sup>F</sup> - und jetzt machen wir erst mal alles gut, aber dann machen wir es rechtlich detailliert bei Ihnen

*dabei  
F, es sei  
okay*

(Der Sachverständige blickt in Richtung des Sachverständigen Lotzgesselle)

*unabhängig*

oder beim Bundesfinanzhof. Aber selbstverständlich, die Ermittlungen laufen. In großen Fällen ist regelmäßig der Staatsanwalt, nicht nur die Steuerfahndung als, ja, Steuerkriminalpolizei der Finanzverwaltung, befasst. Sondern das sind Fälle größeren Ausmaßes. Da ermittelt die Justiz. Das sind gar nicht mehr wir, das ist dann die Staatsanwaltschaft. Herr Hallmann und seine Kollegen sind dann Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, wie man das nennt, und unserem Steuerzugriff, wenn man so will Steuerbehördenzugriff, entzogen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Noch weitere Fragen?

**Andreas Schwarz (SPD):** Habe ich noch?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, drei Minuten 20.

**Andreas Schwarz (SPD):** Dann hätte ich noch mal zwei Fragen an Professor Schmitt und Herrn Hallmann, und zwar geht es da um die Frage, ob Betriebsprüfer und Steuerfahnder generelle Feststellung zur Ertragsgestaltung der Cum/Ex-Geschäfte treffen konnten? Gab es zum Beispiel Querfinanzierung durch Darlehensvergaben, und welche Finanzmarktinstrumente wurden letztendlich genutzt, um Gewinne oder auch Gewinnaussichten abzusichern?



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Ich kann leider für die Steuerfahndung Wuppertal nur sagen, dass wir mit der Betriebsprüfung noch nicht zusammengearbeitet haben, weil wir nur die Erstattungsanträge ausländischer Gesellschaften zurzeit prüfen. Aber man kann feststellen, dass sämtliche Absicherungsmöglichkeiten genutzt wurden, das heißt Future-Geschäfte, Optionsgeschäfte, Swap-Geschäfte, um diese Geschäfte abzusichern, die ja auch der Gewinnverteilung der Kapitalertragsteuer quasi dienen zwischen den Beteiligten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Die Betriebsprüfung wird wie folgt vorgehen: sie wird Cum/Ex-Geschäfte versuchen zu identifizieren, was schwierig ist, wie ich gesagt habe. Wenn sie die identifiziert hat, wird sie regelmäßig die Steuer festsetzen. Natürlich wird sie auch fragen nach zugrundeliegenden Absprachen, Verträgen und entsprechenden, ja, Vertragsbeziehungen zu allen möglichen Beteiligten, die, wenn sie die Cum/Ex-Geschäfte identifiziert hat, teilweise ja auch offenbar werden. Teilweise. Aber, irgendwann wird sich möglicherweise die Betriebsprüfung auf den Standpunkt stellen, der Kapitalertragsteuerabzug ist nicht nachgewiesen; er wird hiermit versagt.

Aber, um das noch einmal zu sagen, regelmäßig, wenn es sich um solche großen Fälle handelt, ist die Steuerfahndung ebenfalls tätig. Wie Herr Hallmann schon gesagt hat, das sind dann zwei verschiedene Verfahren. Zum einen das steuerrechtliche Ermittlungsverfahren über die Betriebsprüfungsstelle und zum anderen eben die strafrechtliche Ermittlungen vornimmt. Teilweise interessieren beide die gleichen Sachverhalte, wobei die Betriebsprüfung üblicherweise früher aufhören kann als die strafrechtliche Ermittlungsstelle. Weil sie muss die subjektive Seite nachweisen, sie muss die Beteiligten identifizieren. Es gilt die Unschuldsvermutung, hier muss der Staat die Schuld, das heißt die Steuerhinterziehung, beweisen. Das ist im Steuerrecht über die Umkehrung der Beweislast, wie Herr Lotzgeselle vorhin gesagt hat, anders.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Jetzt ist noch ein rudimentärer Rest von 40 Sekunden auf den --

(Andreas Schwarz (SPD) erklärt Redezeitverzicht)

Gut. Wunderbar. Dann haben wir die erste Berliner Stunde oder die sogenannte Berliner Stunde gemeistert. Jetzt kommen wir in die verabredete offene Fragerunde. Da habe ich zwei Wortmeldungen. Einmal des Kollegen Dr. Schick und dann des Kollegen Güntzler, die ich auch gleich noch aufrufen werde. Als Drittes dann des Kollegen Pitterle. Wobei ich noch informationshalber sagen möchte: so gegen 17.10 Uhr würde ich die Sitzung unterbrechen, weil so gegen 17.20 Uhr --

(Unruhe im Saal)

Nach meiner Information 17.23 Uhr. Dann bitte ich das einfach mal zu kontrollieren, sonst müssten wir jetzt gleich -- Also kurzum, wir werden ganz aktuell den Zeitpunkt ermitteln, um dann nicht noch in für uns kostenpflichtige Tatbestände hineinzuwachsen, ja? - Herr Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Danke schön. Ich würde gerne Professor Desens und Professor Spengel noch mal fragen zu dem Punkt, den Kollege Schwarz schon aufgeworfen hat, nämlich der Begutachtung. Mich würde interessieren, ob Sie Vorträge gutachterlicher Beratungstätigkeit oder Publikationen zu diesem Thema in den letzten Jahren gemacht haben? Und ob das finanziell vergütet oder im Rahmen sozusagen Ihrer normalen Forschungstätigkeit war, also nicht drittmittelfinanziert oder privat finanziert. Und ob Sie in dieser Tätigkeit gegebenenfalls Kontakt hatten und zusammengearbeitet haben mit Leuten, die jetzt angeklagt sind im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Fällen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Spengel:** Also, ich habe keinen Kontakt zu den Leuten gehabt. Ich habe letztes Jahr einen Aufsatz zu dem Thema veröffentlicht im „Deutsches Steuerrecht“. 401,25 Euro brutto bekommen dafür. Vorträge habe ich unvergütet gehalten gegenüber





## 4. Untersuchungsausschuss

Richtern, Studenten, Freunden der Universität Mannheim.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich bin ja 2012 mit dem ersten Aufsatz zu diesem Thema gekommen. Hab den - damals waren es sechs Leute in der Literatur - denen diesen Aufsatz vorab geschickt. Das war eine ganz spannende Situation. Es war einer aus der Finanzverwaltung. Ich habe nämlich den Aufsatz geschickt mit dem Hinweis, lass uns doch mal ein Symposium darüber machen. Und die Folge war, dass ich eine Information bekommen habe, also von einem Vertreter der Finanzverwaltung, gesagt: ja, interessant, aber ich darf da nichts zu sagen. Und ein zweiter Vertreter der Finanzverwaltung hat gleich eine Replik geschrieben auf den Aufsatz. Und ich habe auch noch Praktiker angesprochen. Und da habe ich auch einige kennengelernt.

Es ist sehr schwierig, die Leute kennenzulernen. Ich kenn allerdings nur auf diesem Wege Leute, die im Zusammenhang mit den Erwerbern stehen. Ich habe noch nie in diesem ganzen Bereich irgendjemand, der diese dubiosen Leerverkäufer sind. Ich habe versucht, in diesem Bereich da auch immer Informationen zu bekommen. Und es gibt ein Dokument, wo mal so ein Leerverkäufer dokumentiert ist. Das ist ein Dokument, ein internes Dokument mal übersetzt vom BMF, mit einer britischen Bank. Das habe ich mal bekommen. Aber die kenn ich nicht. Da kenn ich also diese Umstände.

Und später hab ich auch -- In diesem Rahmen bin ich immer zu Einzelfragen auch gekommen, ob ich da -- Vorträge habe ich gehalten. Ja? Also unterschiedlich vergütet, wie das ist, oder auch manchmal umsonst, um über die Rechtslage zu informieren. Alles in den Jahren 2013/2014. Um die Streitigkeit ... (akustisch unverständlich). Einmal war Herr Lotzgeselle dabei, bei der Norddeutschen Finanzgerichtstagung. Wir diskutieren diese Themen und, ja, einzelne Fragestellungen. Ich kann zum Beispiel sagen, ich, ich -- Das kann man, glaube ich, sagen, ist aktuell da die Situation, dass sich die strafrechtlichen Verfahren den steuerrechtlichen überholen. Also, ich bin da ein harter Verfechter. Wir müssen diese steuerrecht-

lichen Fragen klären, ja? § 370 AO setzt einen objektiven Tatbestand voraus, dass hier erstmal eine Steuer entstanden ist, nicht.

(Akustisch unverständliche  
Zwischenbemerkung des  
Abg. Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS90/DIE  
GRÜNEN))

Gut. Und da geht es zum Beispiel um die Frage, ist es zweckmäßig, jetzt eine Untätigkeitsklage zu erheben. Das ist zum Beispiel eine Gutachtenfrage, in diesem Fall.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja bitte.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Herr Desens, ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie meine Frage nochmal präzise beantworten würden in Bezug auf die Höhe von Vergütungen. Und wer sozusagen die Zusammenarbeit - also das haben Sie jetzt relativ abstrakt gehalten, aber ich habe konkret gefragt - ob das mit Leuten, die jetzt in diesem Zusammenhang angeklagt sind. Weil ja der Vorwurf im Raum steht, ob teilweise die gutachterliche Tätigkeit eine ist, die gezielt eine Rechtsmeinung verbreitet hat, um bestimmte Verfahren auch in die eine oder andere Richtung zu lenken. Und deswegen ist das hier für uns von Interesse und ich möchte Sie bitte präzise zu antworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich will das mal so formulieren, ohne jetzt Namen zu nennen, ja? Das ist wichtig, ja? Also ich kenne Leute auch, gegen die da in diesem Bereich ermittelt wird, ja?

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Und haben mit denen zusammengearbeitet bei der Erstellung von Expertisen zum Thema Cum/Ex?

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Nein, nicht zusammengearbeitet. Ich habe da Gutachtenaufträge bekommen von verschiedenen Leuten. Immer zu konkreten Fragen, ja, zu konkreten Fragen. Und habe da meine Stellungnahme abgegeben dazu. Allerdings nicht, was es ja auch gibt,



## 4. Untersuchungsausschuss

Vom 21. bis 23. März 2012

dass da irgendwie eine Streitigkeit zwischen Dritten war und dass das gemacht wird. Also mir geht es da, und das sage ich auch die ganze Zeit, um die Aufklärung in diesem Bereich. Und darum kann ich das auch rechtfertigen. Ich bin auch davon überzeugt, dass diese Rechtsauffassung richtig ist. Diese Cum/Ex-Geschäfte, das kann ich Ihnen auch sagen, die sind ja bis 2012 gelaufen, ja, diese ganzen Geschäfte. Bis dahin habe ich damit nichts zu tun gehabt. Ich bin da über die Gesetzesbegründung 2011/2012 drauf gestoßen.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Haben Sie noch eine Nachfrage?

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Mich würde natürlich die Höhe der Vergütungen in diesem Bereich schon interessieren.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Marktüblich. Aber das kann ich ja jetzt nicht sagen.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ich weiß nicht, was marktüblich ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also, es ist eine Stundenhonorarbasis. Wirtschaftsanwälte nehmen da mehr, ja? Und eine Stundenhonorarbasis, da bin ich weit drunter. Und diesen Auftrag lass ich mir vergüten. Natürlich wird das alles angegeben. Das ist eine Nebentätigkeit als Hochschultätigkeit. Das ist auch nicht unüblich, als Hochschullehrer so eine Nebentätigkeit zu machen. Da gebe ich das auch ordnungsgemäß an. Und entsprechend wird -- Ja, ich kann das ja jetzt nicht sagen. Das ist ja dann individuell Vertragsbasis, was da gemacht wird. Es ist aber unterschiedlich.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Dankeschön. - Dann hätte ich noch jetzt den Kollegen Güntzler.

**Fritz Güntzler (CDU/CSU):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Frage richtet sich an Herrn Professor Schmitt. Wir haben ja dankenswerter Weise eben noch einmal das Schreiben des Bundesverbands deutscher Banken gesehen, das ja

wohl auch ursächlich - oder teilweise - war für das Jahressteuergesetz 2007. Da wäre meine Frage, ob Sie aus Ihrer Erinnerung die Beratungen von damals einschätzen können, warum das eigentlich verhältnismäßig lange gedauert hat von 2002 bis zum Jahressteuergesetz 2007. Und Sie führten eben auch aus: Leider ist dort keine voll umfängliche Lösung gefunden worden. Und wir können ja hier im Bankenschriften sehen, dass da auch schon darauf hingewiesen worden ist, dass das, wenn ich eine ausländische Depotbank einschalte als Leerverkäufer, es nicht funktioniert. Haben Sie eine Vermutung, warum man sozusagen da nicht ganz gesprungen ist, wenn das die Grundlage letztendlich für die Gesetzesänderung war?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Also die erste Frage kann ich nicht beantworten. Ich weiß nicht, weshalb das zwei Jahre und acht Monate gedauert hat. Das kann ich Ihnen einfach nicht sagen. Ich kann nur spekulieren. Und ich spekuliere dahin, dass man die Situation damals nicht so brisant eingeschätzt hat, wie sie war. Heute sind wir da alle klüger. Und zum Zweiten ist es ja richtig, dass man ausländische Banken nicht zum Steuereinbehalt verpflichten kann. Das ist wahr. Man hat wahrscheinlich angenommen, man stellt diese Geschäfte ab oder man stellt sicher, dass solche Geschäfte nicht stattfinden. Wenn man den inländischen Leerverkäufer zum Kapitalertragsteuerabzug auf die Kompensationszahlung verpflichtet, hat man im Übrigen darauf vertraut, dass dann die Geschäfte aufhören. Denn eines wird ja auch klar: dass der Gesetzgeber diese Geschäfte billigt, das kann man der Gesetzesbegründung auch mit noch so geschickter Argumentation nicht entnehmen. Er hat sie nicht gebilligt. Er wollte das eben nicht.

Im Übrigen gibt es noch einen Punkt. Die Steuergesetze sollen auch so gemacht sein, dass der Steuerbürger damit einigermaßen vernünftig umgehen kann. Die Umstellung, die eben zur Beendigung dieser Möglichkeiten geführt hat, bedingte, dass die Depotbanken der Kunden, also der Aktienkäufer, die Kapitalertragsteuer in jedem Fall einbehalten ~~mussten~~ und abführen müssen. Das ist also eine völlige Umstellung all dieser Geschäfte. Und ich vermute - Sie haben ja



## 4. Untersuchungsausschuss

*Insbesondere bei Banken könnte  
an § 8b Absatz 7 KStG gedacht werden.*

*Nur zur dienstlichen Verwendung*

nach meiner Vermutung dankenswerterweise gefragt -, dass das den Beteiligten nicht recht gewesen wäre. Und das spielt natürlich bei der Gesetzgebung auch eine Rolle, zumal wenn man nicht weiß, und, wie ich auch meine, nicht wissen kann, dass das weitergeht in noch größerem Umfang, wie wir heute denken.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Dann habe ich jetzt noch anschließend noch eine Frage des Kollegen Pitterle. Dann, nach dieser Antwort würde ich wahrscheinlich die Sitzung unterbrechen. Herr Pitterle.

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Ja, ich möchte nochmal zu diesem Aspekt kommen mit den Steuerminderungen. Durch die Änderung von 2006 ab 2007. Ich lese hier auf der Seite des G-Investors, also Geldinvestors. Da steht:

Bis Ende 2008 kam noch das Halbeinkünfteverfahren zum Tragen, welches 2001 beschlossen wurde. Der Anleger war nur mit dem halben Betrag steuerpflichtig, die andere Hälfte war steuerfrei.

Und das betraf ja bekanntlich die Dividenden. Jetzt wird diese Dividendenkompensationszahlung gleichgestellt den Dividenden. Das bedeutet doch bei diesem Umfang an Transaktionen, dass diese Kompensationszahlungen, die bisher mit 100 Prozent zu versteuern waren, für die musste man jetzt zwar die Kapitalertragsteuer abführen, aber sie wurden ja auch dann nur mit dem halben Betrag steuerpflichtig. Und, wie gesagt, nochmal die Frage - ich würd sie an Herrn Professor Schmitt stellen, aber auch an Herrn Professor Desens, weil er vorher gesagt hat, er könnte sie beantworten -, wieso steht irgendwo in der Gesetzesbegründung nichts davon, dass durch diese Maßnahme auch es zu Steuerminderung kommt für den Fiskus?

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Wieso da in der Gesetzesbegründung hierzu nichts steht, kann ich Ihnen nicht sagen. Das weiß ich nicht. Ob es tatsächlich zu Steuerminderungen kommt, das müsste man auch einmal untersuchen. Das würde ja voraussetzen, dass die Dividendenkompensationszahlung auch zu 100

Prozent als steuerpflichtig erklärt wurde von den entsprechenden Empfängern. Da müsste man mal hingucken. Das wäre nach der heutigen Erkenntnis auch ein Feld für die Betriebsprüfung, sich das mal anzuschauen. Wenn die Dividendenkompensationszahlung als Kapitalertrag wie eine Dividende steuerrechtlich zu behandeln ist, dann findet auch § 8b Absatz 1 KStG bei Körperschaften Anwendung. Das heißt, im Prinzip steuerfrei. Und bei anderen Steuerpflichtigen hätten wir das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nummer 40 EStG. Das trifft zu. Insoweit vermute ich, dass Sie Recht haben. Aber ich habe bis heute über diese Frage noch nicht nachgedacht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich kann Sie in der Tat beantworten. Wenn das nicht wie eine Dividende gleichgehalten ist, wäre das bei einer natürlichen Person in der Regel steuerfrei, ja, vereinnahmt. Das sind aber nicht die Fälle. Es geht immer um den Erwerber hier dieser Aktien. Das sind immer Körperschaften. Und da haben wir eine Vorschrift § 8b Absatz 1 KStG. Danach sind eigentlich auch die Dividenden bis auf 5 Prozent steuerfrei. Das sind aber auch nicht die Fälle. Hier sind die Fälle, dass diese Erwerber, wenn das inländische Erwerber sind - ja, das ist so ein Beispiel, was Sie gesagt haben -, also diese Dividendenarbitrage-Geschäfte machen. Das sind sogenannte Finanzunternehmen nach § 8b Absatz 7 KStG. Die sind voll steuerpflichtig mit ihrem Betriebsvermögen unabhängig davon, ob sie eine Dividendenkompensation oder eine Dividende einnehmen. Und, das ist so ein bisschen, was immer schief geht. Die zahlen schon Steuern. Die müssen auch voll steuerpflichtig sein aus dem einen Grund, weil die erwerben die Aktie ex, äh, cum Dividende. Der Kurs sinkt. Und die nehmen eine Teilwertabschreibung darauf vor. Und die verkaufen sie dann günstiger. Sie müssen also hier diesen Verkauf, den sie da haben, auch voll steuerpflichtig verrechnen können. Den Verlust, der da entsteht, oder die Teilwertabschreibung, wenn sie es noch länger halten. Aber meistens verkaufen sie sofort. Also das muss voll steuerwirksam sein, um die eingangs beschriebene Neutralität allein aus diesen Aktiengeschäften herzukriegen. Sprich: Neutralität erst, wenn die Kapitalertragsteuer erstattet



## 4. Untersuchungsausschuss

wird. Das steht hier auch bei mir ausführlich. Isoliert betrachtet, ist das ein Nullsummenspiel. Die Arbitrage entsteht bei denen allein durch das Future-Geschäft. Und die werden auch voll besteuert übrigens, diese Future-Arbitrage. Ich habe das bei mir mit ausführlichen Rechenbeispielen mit so einem Finanzunternehmen und auch mal mit einem US-Pensionfonds aufgeschrieben, wie die steuerlichen Wirkungen da sind.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Und jetzt meine Entschuldigung an Sie alle, meine Herren. Wir müssen leider unserer anderweitigen Pflicht genügen, sprich, an einer Abstimmung des Deutschen Bundestages teilnehmen. Ich unterbreche daher die aktuelle Sitzung bis zehn Minuten nach der namentlichen Abstimmung. Dann treffen wir uns hier wieder und setzen die Tagesordnung fort. Ich habe noch die Kollegen Schwarz, Schick und Hirte aktuell auf der Rednerliste.

(Unterbrechung der Sitzung  
von 16.58 Uhr bis 17.34  
Uhr)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Erst mal herzlichen Dank, dass Sie die Zwangspause so duldsam ertragen haben, aber das ist parlamentarischer Alltag. Wir treten also wieder in die Sitzung des heutigen Untersuchungsausschusses ein -, auf meiner Rednerliste habe ich noch den Kollegen Schick und den Kollegen Hirte; der Kollege Schwarz hat zurückgezogen. Herr Kollege Pitterle hat sich noch mal gemeldet. Das wären die drei. Und ich darf insofern noch informationshalber anfügen, dass Professor Schmitt um 18.30 Uhr, glaube ich, spätestens - das ist möglich, Herr Schmitt, es sei denn, meine Kollegen hier haben noch eine Vielzahl von Fragen an Sie - das Haus, den Ausschuss verlassen müsste, so dass also ich bei der Auswahl der Fragen das ggf. im Hinterkopf zu behalten bitte.

Also informativ schon auch gleich erfragt, gibt es außer Herrn Schick, Herrn Hirte und Herrn Pitterle noch weitere Wortmeldungen - es sei denn natürlich, Sie müssen nachfragen oder ergänzende Rückfragen stellen. - Gut, dann kann

ich das jetzt schon mal festhalten. - Herr Kollege Schick.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja danke. Soll ich dann jetzt gleich eine Liste von Fragen - - Nein, wir machen das schon nacheinander, ist ja wahrscheinlich besser.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, ja, machen Sie alles.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Klar. Ich hätte eine Frage an Herrn Desens. In Ihrem Aufsatz „Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen“ lassen Sie so den Vorwurf durchklingen, dass man die Banken subventionieren wollte, indem man sozusagen diese Cum/Ex-Geschäfte hat laufen lassen. Ich wollte Sie fragen, ob Sie dafür Anhaltspunkte oder Belege haben oder habe ich Sie da völlig missverstanden? Oder wie erklären Sie es sich es, vielleicht auch anders, als ich das verstanden habe?

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Herr Desens bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Die Wendung heißt süffisant: subtiler kann man Banken nicht subventionieren.

Was ist der Hintergrund? Warum sehe ich da auch ein Problem? Das habe ich in meinem Gutachten hier auch dargelegt. Wir haben 2007 eine Gesetzesänderung, die ist - das ist unstrittig - initiiert, also in dieser Form, von dem Bundesverband der Banken.

Wir haben auch schon festgestellt, dass in dieser Gesetzesbegründung drin steht, wir werden das Problem nicht vollständig lösen können. Wir können das nämlich nur lösen für diese Leerverkäufe, weil wir nur bei einer inländischen Depotbank das erheben können. Die Kommunikation geht noch weiter. Es kommen dann noch Tipps: Nein, Ihr müsst noch aufpassen; wenn die Zweigstellen im Inland haben, die müsst Ihr auch noch erheben.

Also es war mir in diesem Moment klar, man kann hier auch dem Bankenverband in dieser Art



## 4. Untersuchungsausschuss

### Nach der Monatsfeier am 11. November 2007

und Weise nicht den Vorwurf machen, dass sie das Problem, dass wir 2007 in dem Gesetz haben, hier nicht gesehen hat. Das ist also der eine Punkt. Aber ich habe mir dann angeschaut, warum - - Oder sagen wir mal so: Wer ist eigentlich der geheime Profiteur von dieser Regelung von 2007? Und das hängt so ein bisschen mit der unterschiedlichen Rechtsauffassung zusammen, die wir haben. Und wenn man da eben meine Rechtsauffassung hat, ist da mal der Hauptprofiteur die Depotbank des Käufers, des Erwerbers. Warum? Die hatte vorher dieses Problem. Die hatte das Problem, das wir heute lange diskutiert haben. Der Leerverkäufer oder ein Inhaberverkäufer, das können wir nicht erkennen, wir haben da eine Haftungsvorschrift. Und wir müssen da was ändern.

Punkt Zwei: Wir haben ja ein Abwicklungsmechanismus, den wollen wir nur minimal verändern. Also nicht die große Lösung. Ich kann auch nicht sagen, warum man das nicht gemacht hat. Vielleicht wusste man es einfach nicht. Das kann natürlich sein, dass man da - - Hinterher ist man immer klüger. Man hat sich also aber da darauf eingelassen.

Und wer profitierte dann davon? Meines Erachtens, da sehe ich den Fehler von dieser Fiktion in § 45a - und ich darf das gerne noch mal ausführen -, da steht drin, Schuldner der Kapitalerträge ist der Emittent der Aktien.

Das ist das DAX-Unternehmen. Wenn ich das beschreibe, dann meine ich die Kapitalertragsteuer, die eben ganz am Anfang erhoben worden ist von dem DAX-Unternehmen. Das ist eine gesetzliche Fiktion. Ich möchte diese Gelegenheit nutzen mit einem - - Das ist schwierig zu verstehen, aber eine Fiktion bedeutet doch Folgendes - ich muss das mal runterbrechen, weil es schwierig ist -:

§1: Die Damentoilette ist nur von Damen zu betreten.

§2: - -

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Das war nicht meine Frage.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Da sehe ich den Fehler, genau! Das ist - -

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Das war nicht meine Frage. Meine Frage war, Sie äußern den Verdacht, dass es eine Subventionierung der Banken ist und dass es eine Intention dahinter sozusagen gibt. Deswegen bin ich jetzt nicht in der steuerrechtlichen Frage, wie es funktioniert hat, sondern die Frage, ob Sie Belege haben, dass es wirklich eine Subventionierung absichtlicher Art ist und nicht aus Nachlässigkeit.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Das habe ich nie so behauptet. Das steht da so auch nicht drin.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Na gut, also wenn Sie sagen, subtiler -

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ja, man geht auf den - -

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** - kann man den Bankensektor nicht subventionieren. Eine Subvention ist ja etwas, was jetzt nicht aus Versehen passiert, sondern was man absichtlich macht. Sie deuten also an, dass es eine Intention von staatlicher Seite gegeben hat, die Banken zu subventionieren. Wenn Sie dafür noch einen Beleg haben, ist es gut, wenn nicht, dann passiert auch nichts. Aber mich interessiert, ob es sozusagen Belege dafür gibt.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Also meine Belege dafür sind eben dieses Schreiben vom Bankenverband, das ist da reingekommen, und dass ich mir Gedanken drüber mache, das habe ich ja auch geschrieben, warum das so passiert ist. Das sind die Belege.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke schön. - Frage damit beantwortet, Herr Schick? Gut. - Dann habe ich noch den Kollegen Pitterle. Der Kollege Hirte hat zurückgezogen.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Richard Pitterle (DIE LINKE):** Gut. Dann habe ich eine Frage, die ich vorher stellen wollte, an Professor Desens. Könnten Sie mir noch mal erklären, wie die BFH-Rechtsprechung von 1999 sich auf die Leerverkaufsproblematik übertragen lassen soll? Also, wie kann aus Ihrer Sicht ein Leerkäufer nach diesen Grundsätzen wirtschaftlicher Eigentümer werden? Sie haben ja einiges geschrieben und auch heute einiges erklärt. Ich bin von Beruf Jurist und bilde mir ein, dass ich über eine gewisse Intelligenz verfüge. Aber ich habe es nicht verstanden. Deswegen würde ich das gerne noch mal erklärt haben.

Dann noch eine Frage an Professor Schmitt. Sie haben gesagt, die Finanzverwaltung habe jahrelang keine Hinweise auf Unregelmäßigkeiten gehabt und war sozusagen von den Fällen überrascht. Und da frage ich mich: Hat denn nach dem Schreiben des Bankenverbands von 2002 das Bundesfinanzministerium die Finanzämter nicht informiert, dass da irgendwas im Busch ist?

Und noch eine zweite Frage will ich anmerken: Sie haben ja vorher letztlich gesagt, dass das Finanzamt aufgrund einer Bescheinigung einfach Millionen ausgezahlt hat. Also, da kam jemand und hat gesagt, ich habe da eine Kapitalertragssteuerbescheinigung über 100 Millionen. Und das ist erst mal ausgezahlt worden. Warum hat man bei diesen Summen nicht hingeschaut? Ich meine, jetzt sagen Sie, wir haben Beweislastumkehr. Also, wir verlangen jetzt, dass die jetzt nachweisen, dass die Kapitalertragsteuer eingezogen worden ist. Was ich mich frage ist, warum hat man, als diese Leute mit solchen Bescheinigungen da ankamen, nicht gesagt: Weise mal nach, dass die tatsächlich gezahlt worden ist. Weil, wenn man das Geld mal ausgezahlt hat, weiß man nicht, ob man es je wieder zurückbekommt. Das war mir nicht ganz klar nach Ihren Aussagen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Ich erläutere das noch mal. Diese Rechtsfrage ist in dieser Form relevant bis 2006. Ab 2007 ist sie nicht mehr relevant, weil wir eine eigene Regelung in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 haben. Selbst wenn man dieser Rechtsauffassung nicht folgt,

haben wir in § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 einen Tatbestand. Wie ist das vorher zu verstehen?

Ausgangspunkt ist der Wortlaut von § 20 Absatz Nummer 1: Dividenden, Ausbeuten oder sonstige Bezüge aus Aktien sind steuerpflichtig, wenn sie dem wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen sind. Das ist der Ausgangspunkt.

Die Zurechnungsnorm ist § 39 Absatz 2 Nummer 1. Eine ideale Zurechnungsnorm würde jetzt das sagen, was ich auch schon gesagt habe. Es würde immer eine klare Trennung geben zwischen dem rechtlichen Eigentümer und dem wirtschaftlichen Eigentümer, dass der den immer ausschließen kann - immer. Das ist jetzt mein Punkt. Den habe ich auch gesagt. Wir können darüber streiten. Aber im Wortlaut steht „im Regelfall“ im § 39 Absatz 2 Nummer 1. Daraufhin gibt es eine BFH-Rechtsprechung - und auch in mehreren Entscheidungen - die sagt, was das bedeutet. Was bedeutet, dass man juristisch, wenn da steht „im Regelfall“, sagt, das ist ein Typusbegriff. Das bedeutet, wir müssen eine Gesamtbetrachtung vornehmen, wie das ist.

Der BFH hat hier so eine Gesamtbetrachtung vorgenommen. 1999 in dem Fall, wo es hier um junge und alte Aktien auch ging, wo die Problematik Leerverkauf auch nicht erörtert worden ist. Es ist später ein Fall gewesen, wenn man da genau guckt, wenigstens eine Abweichung vom rechtlichen Eigentümer müsste es da gegeben haben. Aber ich sage auch, das ist nicht als Problem gesehen worden. Ich sehe nur die Wahrnehmung in der Zeit. Also, man hat das gar nicht da erkannt.

Der BFH stellt jetzt bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums hier in diesem Fall eben nicht wie bei Stückgütern extrem auf die wirtschaftliche Stellung des Erwerbers ab. Und wenn man das, nämlich jetzt auch geschrieben, so durchsubsumiert - alleine den Erwerber -, ist die Situation nicht anders bei einem Leerverkäufer oder bei einem Inhaberverkäufer. Das ist für viele schon der alleinige Ausgangspunkt gewesen zu sagen, darum wird der auch wirtschaftlicher Eigentümer.



## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich hatte damals in diesem Aufsatz - - Sie haben das eben, glaube ich, zitiert. Der war 2012, 142. Da entsteht ein Störgefühl. Genau das Störgefühl, was Herr Spengel auch formuliert hat. Nämlich das Störgefühl: Wie kann denn ein Leerverkäufer hier das wirtschaftliche Eigentum verschaffen, was er gar nicht hat? Das geht doch nicht. Da hakt es. Und das wird jetzt auch hochgehängt. So hat man gesagt, das ist ein fundamentaler - - Das geht ja gar nicht, eine Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums. Das habe ich in dieser Form auch nicht vertreten. Das steht auch direkt in der Gesetzesbegründung nicht so drin.

Ich habe ... (akustisch unverständlich): Wie sind die denn auf die Idee gekommen? Die kommen von der anderen Ecke. Die kommen genau von der anderen Ecke. Die gehen von folgenden Annahmen, wirtschaftlichen Annahmen dieses Marktes aus. Und die stehen auch in der Gesetzesbegründung so drin. Die erste Annahme ist: Wir können allein auf den Kaufvertragsabschluss abstellen. Hm, Annahme. Die zweite Annahme ist: Ich kann nicht erkennen, ob Leerverkäufer oder Inhaberverkäufer. Jetzt legen wir diesen § 39 AO aus. Eine typisierende Betrachtung. Die erste Betrachtung wäre die von Herrn Spengel. Wir betrachten isoliert Leerverkäufer. Dann ist die Aussage richtig. Wir betrachten aber auf der anderen Seite - für den es nämlich angeht; der, der die Dividende bezieht - einfach diese Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag. Dann passt das wieder. Im Regelfall kann der den ausschließen. Im Ausnahmefall des Leerverkaufs eben nicht. Das kann man jetzt anders sehen diese Rechtsauffassung. Darüber können wir streiten. Ich würde auch niemals sagen, das andere ist unvertretbar. Aber das ist die Ausgangsposition.

Ich habe da an diesem Punkt noch weiter überlegt: Was bedeutet das eigentlich? Wenn wir ein Steuersystem haben, wo der Empfänger nicht erkennen kann, ob Leerverkauf oder Inhaberverkauf [sic!]. Beim Inhaberverkauf wäre alles in Ordnung. Beim Leerverkäufer aber nicht. Aber wir können es nicht erkennen. Was machen wir da eigentlich für eine Rechtsauslegung, wenn wir jetzt an diese Differenzierung anknüpfen? Es ist ja völlig willkürlich.

Wir haben auch gesehen, in diesem Massengeschäft ist das überhaupt nicht möglich, das irgendwie festzustellen. Vielleicht kann man sich Einzelfälle herauspicken, das wäre vielleicht möglich gewesen. Aber wir haben noch ganz viele Fälle nicht rausgepickt. Wir haben eine Norm - das war dann mein letztes Argument damals 2012, später habe ich diese Frage offen gelassen, mittlerweile bin ich aber fast schon wieder auf dem Stand, dass es richtig ist -, wir haben eigentlich ein strukturelles Erhebungsdefizit. Wir haben ein Vollzugsdefizit im Gesetz. Wir haben in diesem Fall ein insuffizientes Gesetz.

Und auch zu wessen Lasten geht so was? Geht es zulasten des Gesetzgebers oder zulasten des Steuerbürgers? Und dann habe ich mir in dem Moment gesagt - ich habe das nicht aus dieser Perspektive betrachtet, da sind jetzt nur Leute, die das ausgenutzt haben, nein, das ist ein Massenphänomen in dem Moment -, was gilt in diesem Fall? Da habe ich gesagt: Nein, dann ist diese Betrachtung, diese typisierende Betrachtung, Betrachtung des Erwerbers, Betrachtung aller Geschäfte über den Dividendenstichtag, die Richtige. Und die Folge ist bei mir in der Argumentation anders: Der Tatbestand ist tatsächlich zweimal erfüllt; einmal als Dividende, einmal als sonstiger Bezug aus Aktien - das halte ich auch für eine Schadenersatzkompensation aus einem Aktiengeschäft noch für mit dem Wortlaut vereinbar. Dann ist der zweimal erfüllt. Aber was machen wir denn nun, wenn wir den Tatbestand zweimal erfüllt haben? Dann brauchen wir zweimal einen wirtschaftlichen Eigentümer. Das ist eine Konstruktion, die dieser Gesetzesbegründung am Nächsten kommt. Die ist auch in der Literatur kritisiert worden, auch von Herrn Spengel. Das Argument kennen Sie. Darüber können wir jetzt streiten.

Für die Rechtslage ab 2007 habe ich mich bezogen auf die BFH-Entscheidung, mittlerweile von 2014. Der hat genau diese Rechtslage zu entscheiden gehabt in dem Fall 2014 und hat diese Rechtsfrage offen gelassen. Er hat gesagt, das ist in der Literatur umstritten, beide Ansichten genannt und noch mal ausdrücklich erwähnt, dass auch die Gesetzesbegründung von 2007 das so gesehen hat - mit dem Hinweis, warum hat er das



## 4. Untersuchungsausschuss

*Nach dem 14. monatlichen Wortprotokoll*

gemacht, weil das eben, wie gesagt, widersprüchlich ist.

(Der Sachverständige wendet sich dem Sachverständigen Christoph Spengel zu)

Das ist beides im Besonderen Teil. Ja, Herr Spengel. Allgemeiner Teil, da denkt man immer, es ist vorne im Gesetz. Es ist beides bei der näheren Begründung zu § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4. Das ist da - -

(Dr. Gerhard Schick  
(BÜNDNIS90/DIE  
GRÜNEN): Ist nicht so.)

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Das können wir ja selber ermitteln.

**Sachverständiger Prof. Dr. Marc Desens:** Doch! Aber hier. Aber das ist hier. Das steht hier drin auf Seite 48. (Sachverständiger blättert in seinen Unterlagen) Das ist die Kommentie- - Da gilt speziell hier Buchstabe [sic!] 20, Nummer 13: Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 - neu -. Auf Seite 46 geht es los. Ich zitiere das jetzt mal:

Die steuerrechtliche Lage ... von sogenannten Leerverkäufen, bei denen der Leerverkäufer die Aktien, die er veräußert, selbst erst am Markt beschaffen muss, stellt sich nach geltendem Recht wie folgt dar ...

Also eindeutiger kann man etwas nicht formulieren. Am Schluss, und das könnte man als Widerspruch auslegen, wird dann gesagt: Ja, wir unterscheiden zwischen einer Dividende und einer Dividendenkompensation. Das habe ich nie bestritten. Die entscheidende Frage ist, dass die Dividendenkompensation auch immer gleichzeitig darunterfällt. Das ist die Aussage. Das steht hier genauso drin. Jetzt wird die Rechtslage beschrieben. Jetzt lese ich den entscheidenden Satz vor. Da wird beschrieben, der ursprüngliche Aktieninhaber bekommt die Dividende. Und dann taucht ein Ypsilon auf. Da steht drin, ist es erforderlich, „um sicherzustellen, dass dem Leerverkäufer weder eine Dividende noch ein Kapitalertragsteueranspruch [sic!] vermittelt wird“ - also

dem Leerverkäufer; darum erheben wir da eine zweite Kapitalertragssteuer - „und sämtliche Ansprüche des Kunden Y“ - das ist der Käufer, der Erwerber - „abgedeckt werden, ist es erforderlich, dass die Bank den Leerverkäufer zusätzlich mit einem Ausgleichsanspruch belastet.“

Und vorher heißt es, am 29. Juni erhält auch der Kunde Y die erworbenen Aktien steuerlich zu-, bekommt die steuerlich zuzurechnen, das heißt, er erhält neben der Nettodividende auch den Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch. Das steht da so drin.

Und ich meine, wir können das jetzt ignorieren als eine völlig abwegige Auffassung. Ich hätte das nie - - Als ich mich da auch zum ersten Mal mit diesem Punkt beschäftigte, wäre ich nie davon ausgegangen - vielleicht wäre ich auch nicht so mutig wie Herr Spengel -, dass das so völlig abwegig, völlig absurd ist. Aber ich habe es jetzt eben versucht, zu begründen, wie man auf diesen Weg kommen kann. Kurz zusammengefasst, typisierte Betrachtungsweise, Perspektive Erwerber oder Gesamtbetrachtung aller Aktiengeschäfte oder Trennung.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr. - Jetzt habe ich noch weitere Fragen - -

**Richard Pitterle (DIE LINKE.):** Die sind noch nicht beantwortet meine.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Okay. Herr Schmitt. Entschuldigung, ich wollte Sie nicht - -

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Kein Problem. Vielen Dank. Zunächst ist gefragt worden, ob der BMF denn nicht die Finanzämter gewarnt hätte nach dem Eingang des Schreibens des Bankenverbands. Das hat er nicht getan. Der BMF, der konferiert über solche Fragen mit den obersten Steuerbehörden der Länder, also mit uns, in aller Regel mit den Steuerabteilungen. Und wir sind, wie ich vorhin schon gesagt habe, dann im Jahr 2005, im August, mit der Frage beschäftigt worden auf der Ebene der Einkommensteuerreferatsleiter. Wir haben uns seinerzeit mit der Gesetzgebung beschäftigt und keinen Anlass gesehen, die Finanzämter hier auf besondere





## 4. Untersuchungsausschuss

## Nur zur dienstlichen Verwendung

Konstellationen hinzuweisen. Ich habe ja heute auch schon einmal gesagt, ich halte die Gesetzesbegründung, die Herr Desens eben auch in Bezug genommen hat, für verunglückt. Aber man kann das natürlich auch als eine Art Hinweis, als Tipp des Bankenverbands begreifen, dass da etwas passieren könnte. Dass man das so eindeutig nach dem Wortlaut als Verdoppelung des wirtschaftlichen Eigentums sieht - man kann das so sehen, ich will das nicht bestreiten -, aber wenn man den Kontext des gesamten Schreibens sieht, dann legt man die Aufmerksamkeit sehr schnell auf den Punkt, es muss Folgendes geschehen: Kapitalertragssteuerpflicht der Dividendenkompensationszahlung. Und dann kann dieses Problem nicht entstehen. So habe ich es verstanden, als ich es zum ersten Mal gelesen habe, wobei jeder sein Verständnis von Texten und von Umständen hat - der Realität. Ich will nicht bestreiten, dass man es auch anders sehen kann. Und insoweit halte ich die Gesetzesbegründung für unzutreffend. Das habe ich schon gesagt.

Nun zu der anderen Frage: Wie haben wir die Sache geprüft in der Veranlagung und wie konnte so etwas passieren, und was kann das Finanzamt eigentlich tun?

(Sachverständiger blättert in seinen Unterlagen)

Ich habe das auf der Seite 10 ff. meiner schriftlichen Stellungnahme eingehend beschrieben. Ich will das hier ganz kurz noch einmal aufnehmen. Das Finanzamt muss die Voraussetzungen des § 36 Absatz 2 Nummer 2 prüfen. Und zwar muss es folgende formale und materiell-rechtliche Prüfungsschritte vornehmen - und es sind derer nicht wenige; es sind immerhin sechs, habe ich jetzt mal ganz schnell gezählt -: Erstens liegen die Steuerbescheinigungen im Original vor? Und in der Steuerbescheinigung ist Verschiedenes zu bescheinigen. Das muss also das Institut tun. Und der Steuerpflichtige, der eben entsprechende Erstattungen oder Anrechnungen möchte, muss die Steuerbescheinigung vorlegen, und zwar zweitens, nach amtlichem Muster? Da schaut der Finanzbeamte auch drauf. Ich bitte um Verständnis, wir müssen ~~den~~ <sup>im</sup> Massenverfahren natürlich

auch praktikabel handeln, deswegen nach amtlichem Muster mit allen gesetzlich vorgegebenen Angaben. Die Steuerbescheinigung - drittens - muss in sich schlüssig sein. Unstimmig hätte <sup>WAC</sup> ~~man~~ zum Beispiel eine Dividendensumme - Bruttodividende von 100 und Kapitalertragsteuer-Erstattungsanspruch von 50 oder 60 -, weil ja 25 Prozent der Steuersatz ist. Insoweit schaut man, ob das stimmt. Dann die vierte Frage ist, ob der Steuererklärung eine Einzelaufstellung der Dividenden beigefügt ist. Das allerdings lässt sich bei einem normalen Anleger, einer natürlichen Person, die vielleicht auch begütert ist und vielleicht ein schönes privates Aktiendepot hat, noch machen. Das lässt sich aber bei Banken nicht prüfen. Das ist so ein großer Umfang, wie ich heute auch schon ein paar Mal gesagt habe. Das geht einfach nicht. Wie wollen Sie denn jede einzelne Aktienposition in den vielen verschiedenen Depots der Bank, wenn die eben die Kapitalertragsteuerbescheinigung vorlegt, prüfen? Das geht nicht. Und ich sage, dafür haben wir auch die Betriebsprüfungsstelle, falls dort Unregelmäßigkeiten erkennbar wären, falls man einen Anlass, falls man einen Grund hat, das näher zu prüfen. Fünftens, schauen wir dann auch in die Steuererklärung mit der Frage, ob die Bruttodividenden in zutreffender Höhe in der Steuererklärung enthalten sind. Seit dem Jahr 2009 muss auch eine Berufsträgerbescheinigung vorgelegt werden, wenn das Institut selbst erklärt hat, dass hier Leerverkäufe stattgefunden haben. Dann muss der Berufsträger - in aller Regel ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer - bescheinigen, dass keine Absprachen vorgelegen haben. Man kann sagen, das ist eine zu schwache Voraussetzung. Man kann aber auch sagen, im Jahr 2009 hat der BMF gesehen, es gibt weitere Geschäfte vom Ausland aus durchgeführt; wir schauen jetzt etwas näher hin. Darüber hinaus können Sie bei der Beantragung der Anrechnung oder der Erstattung nicht prüfen. Das ist technisch und von der Sache her leider nicht möglich. Das geht einfach nicht. ~~Das~~ <sup>würde</sup>. Wenn ein Veranlagungsbeamter das alleine machen müsste, kann er in diesem Jahr und wahrscheinlich in einem zweiten Jahr nichts anderes mehr tun. Es ist wirklich so, ich sage das jetzt nicht so zu unserer Entschuldigung. Ich habe dafür gar keinen Grund. Das ist unmöglich. Deswegen, immer dann, wenn es kompliziert

Ergänzung  
im  
Ausland



## 4. Untersuchungsausschuss

### Verwendung des Kapitalertragssteuerabzugs

wird, im Einzelnen nicht gemacht werden kann, haben Sie ein Bescheinigungsverfahren.

Jetzt noch ganz kurz zur Funktion der Bescheinigung. Das ist ganz wesentlich. Durch die Vorlage der Bescheinigung ist eben noch nicht der Kapitalertragssteueranspruch vollständig nachgewiesen. Es muss sich um Kapitaleinkünfte der Person, die den Antrag stellt, handeln. Und es muss Kapitalertragsteuer erhoben worden sein. Und der übliche Geschehensablauf ist der, dass das so war. Weil das Muster des Gesetzes ist, dass eben der Emittent der Aktien Dividenden ausbezahlt, auf die Dividende Kapitalertragsteuer einbehält, diese seinem Betriebsstättenfinanzamt abführt und dann eben über diese Umbuchungen der Depots, über Clearstream - es ist Ihnen im Einzelnen ja beschrieben worden -, letztlich dem Aktieninhaber die Nettodividende zukommen lässt. Und die Steuerbescheinigung stellt dann eben das Kreditinstitut des Käufers aus. Und wenn jetzt ein Leerverkauf dazwischen geschaltet ist, funktioniert dieser typische Geschehensablauf eben gerade nicht so. Deshalb, wenn der Finanzbeamte Anlass hat, zu denken, hier ist ein Leerverkauf, dann müsste er näher prüfen. Aber nur dann, weil ansonsten wieder der Anscheinsbeweis wirkt.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Danke sehr, Herr Professor Schmitt. Frage beantwortet. - Ich hatte eben schon in die Runde geguckt. Es gab wohl noch eine weitere Frage des Kollegen Schick, bitte.

**Dr. Gerhard Schick (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Genau, ich habe noch zwei kurze Fragen. Die eine geht an Herrn Schmitt, und zwar die Frage: Es gibt in dem Brief des Bankenverbands den Hinweis auf die Möglichkeit, das übers Ausland zu machen. Und ist das damals diskutiert worden im Vorfeld der Gesetzgebung? Denn es ist ja auffällig, dass es da den Hinweis gibt, und nachher aber irgendwie im Gesetz es dann nicht mehr drin ist. Und die zweite Frage geht an Herrn Hallmann. Das ist die Frage, ob es Fälle gibt, von denen Sie Kenntnis haben, wo vor 2007 der Leerverkäufer ein Inländer war bei Cum/Ex-Geschäften?

*① Kapitalertragssteuerertragsanspruch*

**Sachverständiger Prof. Dr. Michael Schmitt:** Die erste Frage möchte ich wie folgt beantworten: Ich muss mir den Brief nochmal anschauen, aber nach meiner Erinnerung ist es so, dass im Brief des Bankenverbands drinsteht, dass ein ausländisches Institut nicht verpflichtet werden kann, für uns den Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen. Das ist in der Tat so. Das ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip. Wir sind auf das Inland beschränkt als Exekutive, als Staatsmacht wenn Sie so wollen. Und im Ausland kann man nur agieren, wenn es entsprechende Abkommen gibt. Ansonsten sind uns eben als Finanzamt hier die Hände gebunden. Wir müssen uns aufs Inland konzentrieren. Das ist einfach richtig, deswegen ist auch niemand auf den Gedanken gekommen - wäre auch falsch gewesen -, da zu versuchen, die ausländischen Kreditinstitute irgendwie einzubeziehen. Die Lösung, die wir jetzt haben, das wäre auch damals natürlich die Richtige gewesen. Die Frage ist, wie schätzt man das ein? Damals wollte man auch eine Lösung finden, die nicht ganz so stark eingreift in die Usancen, die bis dahin üblich waren. Ich habe vorhin schon mal gesagt, wenn Sie das ganze System umstellen zu Lasten des Instituts des Käufers, dann muss alles darüber laufen, die Auszahlung, die Kapitalertragsteuerbescheinigung, eben alles. Und vorher war das anders, hat ja auch Herr Spengel geschildert. Da hatte jeder so seine Funktion, der Emittent und dann eben der Käufer, die entsprechenden Banken und Clearstream. Jetzt läuft alles zusammen beim Käufer und deswegen sind diese Modelle nicht mehr möglich. Das wäre natürlich auch damals schon die richtige Lösung gewesen. Das ist damals nach meiner Erinnerung nicht diskutiert worden, oder wenn es diskutiert wurde, dann hat man das relativ schnell wieder abgetan. Ich hab Informationen darüber, dass man auch in der Einkommensteuerreferatsleitersitzung gesagt hat, was der Bankenverband da vorschlägt, das ist reichlich kompliziert. Lass uns mal drüber nachdenken, ob es nicht auch ein bisschen einfacher geht. Man hat da schon immer auch die Situation der Steuerpflichtigen - und hinsichtlich der Kapitalertragsteuer sind das nun auch mal die Banken -, gesehen und wollte die sicherlich auch nicht zu sehr belasten. Das war sicher so im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007.



## 4. Untersuchungsausschuss

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Ja, Herr Hallmann.

**Sachverständiger Günther Hallmann:** Zu den Leerverkäufen vor 2007: Wenn Sie damit meinen, eine ausländische Tochter einer deutschen Bank, dann ja. Aber eine deutsche Bank selbst ist mir nicht rememberlich. Kann ich zurzeit nichts zu sagen, weiß ich nicht.

**Vorsitzender Dr. Hans-Ulrich-Krüger:** Gut. Kurz und knapp. - Ich gucke nochmal in die Runde, sehe ich noch Fragewünsche? Das ist nicht der Fall. Dann sind wir jetzt am Ende dieser Anhörung. Das wörtliche Protokoll der Anhörung, meine Herren Sachverständige, wird Ihnen nach Fertigstellung durch das Sekretariat unverzüglich übersandt werden. Und Sie haben dann, wie auch schon eingangs gesagt, zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Insgesamt und abschließend darf ich mich herzlichst für Ihre Bereitschaft bedanken, nach Berlin gekommen zu sein, und schließe damit die heutige Sitzung.

(Schluss: 18.05 Uhr)

