

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abbildungsverzeichnis	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XX
A. Untersuchungsziel und -gegenstand	1
B. Allgemeine Verständnisgrundlagen und Abgrenzung von Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäften	4
C. Technische, zivilrechtliche und steuerliche Zusammenhänge bei der Abwicklung von Cum/Ex-Geschäften	8
I. Girosammelverwahrung	8
II. Unterscheidung zwischen Börsen- und OTC-Geschäften	11
III. Einführung des Zentralen Kontrahenten für Börsen- und OTC-Geschäfte	13
IV. Eigentumsübertragung im girosammelverwahrten Wertpapierhandel	15
1. Umbuchung als Sonderform der Übergabe nach § 929 S. 1 BGB	17
2. Dingliche Einigung	18
V. Schuldrechtliche Beziehungen bei mehrstufigem Wertpapierübertrag	21
VI. CASCADE-Plattform der Clearstream Banking AG	23
1. Regulierung von über die Börse abgewickelten Geschäften	25
2. Regulierung von OTC-Geschäften (ohne CCP)	31
3. Settlementzyklen	32
VII. Kontenstruktur bei der Clearstream Banking AG	37
VIII. Dividendenregulierung durch die Clearstream Banking AG	38
1. Funktionsweise des KD110-Programms	39
2. Funktionsweise des KD111-Programms (Market Claims Prozess)	40
3. Dividendenregulierung bei Bestandsverkäufen	46
4. Dividendenregulierung bei Leerverkäufen	49
IX. Dividendenregulierung bei mehrstufiger Verwahrkette und ohne die Clearstream Banking AG	55
X. Erkennbarkeit von Cum/Ex-Leerverkäufen	56
XI. Reaktion von Branchenverbänden, Gesetzgeber und Finanzverwaltung	58
1. Maßnahmen bis 2006	58
2. Maßnahmen ab 2007	62
3. Zusammenfassung	69
D. Erscheinungsformen von Cum/Ex-Geschäften	71
I. Grundmuster	71
1. Cum/Ex-Geschäfte mit bilateraler Absicherung durch Swap	72
2. Cum/Ex-Geschäfte mit bilateraler Absicherung durch Synthetischen Forward	73

3. Cum/Ex-Geschäfte mit bilateraler Absicherung durch Single Stock Futures	78
II. Selbstbelieferung des Leerkäufers	86
III. Aktienwerb an der oder über die Börse	87
IV. Aktienwerb über Termingeschäfte	90
V. Mehrfache Aktienzirkulation	94
VI. Absicherung über und Weiterveräußerung an Dritte	100
1. Mögliche Hintergründe für eine multilaterale Handelsstruktur	101
2. Mechanismus der Arbitrageverteilung bei mehreren Parteien	104
VII. Durchhandelsgeschäfte	108
1. Einfaches Durchhandelsgeschäft	112
2. Kettenlieferung ohne Zwischenschaltung eines Vertragspartners	112
3. Kettenlieferung mit Einschaltung eines Vertragspartners	113
4. Durchhandelsgeschäft mit inländischem Sub-Custodian	114
5. Durchhandelsgeschäft mit übergeordneter Depotstelle	115
6. Zusammenfassung	118
VIII. Short-Strategie mit ausländischem Leerkäufer	118
IX. Publikums-Investmentvermögen	121
1. Idealtypische Geschäftsstruktur	121
2. Verfahren bei der Besteuerung des Investmentvermögens	125
X. Ausländische Investmentvermögen	126
XI. American Depositary Receipts	127
E. Steuerliche Bewertung	129
I. Steueranrechnung gem. §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, 31 KStG	129
1. Vorlage der in § 45a Abs. 2 oder 3 EStG bezeichneten Bescheinigung	130
2. Bei der Veranlagung erfasste Einkünfte	149
3. Durch Steuerabzug erhobene Steuer	193
II. Erstattung der Kapitalertragsteuer außerhalb des körperschaftsteuerlichen Veranlagungsverfahrens	224
III. Erstattung der Kapitalertragsteuer gem. § 50d Abs. 1 S. 2 EStG i.V.m. Doppelbesteuerungsabkommen	225
IV. Erstattung von Kapitalertragsteuer auf als ADRs hinterlegte Aktien gem. § 50d Abs. 1 S. 2 EStG i.V.m. DBA USA	227
V. Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO	228
F. Steuerstrafrechtliche Bewertung	231
I. Steuerhinterziehung, §§ 369, 370 AO	231
1. Tathandlung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO	232
2. Tathandlung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO	298

3. Taterfolg bei Cum/Ex-Geschäften	318
4. Vorsätzliches Handeln, § 15 StGB	319
5. Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum	322
II. Beteiligungsformen	353
1. Mittäterschaftliche Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	355
2. Mittelbar täterschaftliche Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	359
3. Grenzfälle: Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft bei Vorsatzgefälle und teilweise unbewusstem Zusammenwirken	367
4. Anstiftung zur Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	374
5. Beihilfe zur Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	376
6. Konkurrenzen bei der Doppelzurechnung von Hinterziehungstaten	381
III. Versuch der Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	381
IV. Besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung	383
V. Strafverfolgungsverjährung bei Cum/Ex-Geschäften	384
G. Gesamtzusammenfassung und wesentliche Ergebnisse	388
H. Schlussbemerkung	396
Anhang – Relevante Steuergesetze zur Rechtslage bis 2012	419

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XX
A. Untersuchungsziel und -gegenstand	1
B. Allgemeine Verständnisgrundlagen und Abgrenzung von Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäften	4
C. Technische, zivilrechtliche und steuerliche Zusammenhänge bei der Abwicklung von Cum/Ex-Geschäften	8
I. Girosammelverwahrung	8
II. Unterscheidung zwischen Börsen- und OTC-Geschäften	11
III. Einführung des Zentralen Kontrahenten für Börsen- und OTC-Geschäfte	13
IV. Eigentumsübertragung im girosammelverwahrten Wertpapierhandel	15
1. Umbuchung als Sonderform der Übergabe nach § 929 S. 1 BGB	17
2. Dingliche Einigung	18
V. Schuldrechtliche Beziehungen bei mehrstufigem Wertpapierübertrag	21
VI. CASCADE-Plattform der Clearstream Banking AG	23
1. Regulierung von über die Börse abgewickelten Geschäften	25
a) Abwicklung von nicht CCP-fähigen Börsengeschäften	26
b) Abwicklung von CCP-fähigen Börsengeschäften	27
c) Abwicklung von CCP-OTC-Geschäften	30
2. Regulierung von OTC-Geschäften (ohne CCP)	31
3. Settlementzyklen	32
a) Nachtverarbeitung	33
b) Tagesverarbeitung	34
c) Real Time Settlement	35
d) Zusammenfassung	36
VII. Kontenstruktur bei der Clearstream Banking AG	37
VIII. Dividendenregulierung durch die Clearstream Banking AG	38
1. Funktionsweise des KD110-Programms	39
2. Funktionsweise des KD111-Programms (Market Claims Prozess)	40
a) Market Claims Prozess durch Stichtagskompensation	41
b) Market Claims Prozess durch Stichtags- und Abräumerkompensation am fünften Bankarbeitstag nach dem Ex-Tag	41
c) Market Claims Prozess durch Stichtags- und Abräumerkompensation innerhalb 25-tägiger Kompensationsperiode	42
d) Market Claims mit Einbezug von FoP-Transaktionen	42

e) Verfahren des Market Claims Prozesses nach Einführung der Abräumerkompensation und 25-tägigen Kompensationsperiode.....	43
aa) Market Claims bei nicht CCP-fähigen Börsen- und OTC-Geschäften.....	43
bb) Market Claims bei CCP-fähigen Börsen- und CCP-OTC-Geschäften	44
f) Reverse Claims Prozess.....	44
g) Zusammenfassung	46
3. Dividendenregulierung bei Bestandsverkäufen.....	46
4. Dividendenregulierung bei Leerverkäufen.....	49
a) Gewinn auf Leerverkäuferseite in Höhe der Abzugsteuern.....	51
b) Ursachen für die mehrfache Ausstellung von KEST-Bescheinigungen.....	52
c) Kein notwendiger Unterschied zwischen gedecktem und ungedecktem Leerverkauf	52
IX. Dividendenregulierung bei mehrstufiger Verwahrkette und ohne die Clearstream Banking AG.....	55
X. Erkennbarkeit von Cum/Ex-Leerverkäufen.....	56
XI. Reaktion von Branchenverbänden, Gesetzgeber und Finanzverwaltung	58
1. Maßnahmen bis 2006.....	58
a) Entwicklung in den 1970er- und 1980er-Jahren.....	58
b) Entwicklung in den 1990er-Jahren	59
c) BMF-Schreiben vom 06.10.2000	62
2. Maßnahmen ab 2007	62
a) Jahressteuergesetz 2007 (JSiG 2007).....	63
b) BMF-Schreiben vom 05.05.2009	65
c) BMF-Schreiben vom 21.09.2010	65
d) BMF-Schreiben vom 15.12.2010	66
e) BMF-Schreiben vom 03.03.2011	67
f) BMF-Anweisung vom 29.03.2011 an das Bundeszentralamt für Steuern.....	67
g) OGAW-IV-Umsetzungsgesetz vom 22.06.2011	67
3. Zusammenfassung	69
D. Erscheinungsformen von Cum/Ex-Geschäften.....	71
I. Grundmuster	71
1. Cum/Ex-Geschäfte mit bilateraler Absicherung durch Swap	72
2. Cum/Ex-Geschäfte mit bilateraler Absicherung durch Synthetischen Forward	73
a) Bepreisung der Call- und Put-Optionen.....	74
b) Zahlenbeispiel.....	76
c) Besonderheiten im Handel mit Optionen	77
3. Cum/Ex-Geschäfte mit bilateraler Absicherung durch Single Stock Futures	78

a) Bepreisung der Single Stock Futures	80
b) Zahlenbeispiel	83
c) Besonderheiten im Handel mit Single Stock Futures	85
II. Selbstbelieferung des Leerkäufers	86
III. Aktienerwerb an der oder über die Börse	87
IV. Aktienerwerb über Termingeschäfte	90
V. Mehrfache Aktienzirkulation	94
VI. Absicherung über und Weiterveräußerung an Dritte	100
1. Mögliche Hintergründe für eine multilaterale Handelsstruktur	101
2. Mechanismus der Arbitrageverteilung bei mehreren Parteien	104
VII. Durchhandelsgeschäfte	108
1. Einfaches Durchhandelsgeschäft	112
2. Kettenlieferung ohne Zwischenschaltung eines Vertragspartners	112
3. Kettenlieferung mit Einschaltung eines Vertragspartners	113
4. Durchhandelsgeschäft mit inländischem Sub-Custodian	114
5. Durchhandelsgeschäft mit übergeordneter Depotstelle	115
6. Zusammenfassung	118
VIII. Short-Strategie mit ausländischem Leerkäufer	118
IX. Publikums-Investmentvermögen	121
1. Idealtypische Geschäftsstruktur	121
2. Verfahren bei der Besteuerung des Investmentvermögens	125
X. Ausländische Investmentvermögen	126
XI. American Depositary Receipts	127
E. Steuerliche Bewertung	129
I. Steueranrechnung gem. §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, 31 KStG	129
1. Vorlage der in § 45a Abs. 2 oder 3 EStG bezeichneten Bescheinigung	130
a) Materielle Beweiswirkung der Vorlage einer ordnungsgemäß erstellten KEST- Bescheinigung	132
b) Beweiswirkung der KEST-Bescheinigung vor dem Hintergrund der BFH- Rechtsprechung zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien	132
c) Beweiswirkung der KEST-Bescheinigung nach Einführung der gesetzlichen Fiktion in § 45 Abs. 3 S. 2 EStG	134
aa) Reichweite der Fiktion in § 45a Abs. 3 S. 2 EStG für den Steuerpflichtigen	138
bb) Reichweite der Fiktion in § 45a Abs. 3 S. 2 EStG für die die KEST- Bescheinigung ausstellende Stelle	143
d) Zusammenfassung	148
2. Bei der Veranlagung erfasste Einkünfte	149

a) Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Käufer nach der Rechtslage bis 2006.....	149
aa) Rechtsprechung des BFH zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Wertpapierhandel.....	150
bb) Anwendbarkeit der Rechtsprechung auf Leerverkäufe	151
(1) Extensive Auslegung	151
(2) Restriktive Auslegung.....	153
(3) Zwischenfazit.....	154
(4) Zurechnungsvoraussetzungen des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO im Lichte der Leasing-Rechtsprechung des BFH.....	155
(5) Anwendungshürden des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO im girosammelverwahrten Wertpapierhandel	157
(a) Entscheidungsgrundsätze des BFH.....	159
(b) Kritik an den Entscheidungsgrundsätzen des BFH	160
(c) Rechtfertigung der Entscheidungsgrundsätze durch § 50c Abs. 10 EStG a.F.	161
(d) Rechtfertigung der Entscheidungsgrundsätze durch Regelfallbetrachtung	162
(e) Rechtfertigung der Entscheidungsgrundsätze durch Anwendung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes.....	164
(f) Subsumtion unter Leerverkaufsfall	165
cc) Zusammenfassung	169
b) Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Käufer nach der Rechtslage ab 2007	170
aa) Deklaratorische Wirkung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG	172
bb) Leerlaufende Wirkung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG.....	172
cc) Konstitutive Wirkung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG	173
(1) Konstitutive Wirkung ohne Beachtung von § 39 AO	173
(2) Konstitutive Wirkung ohne Beachtung von § 39 AO im Leerverkaufsfall	173
dd) Stellungnahme	174
c) Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums bei „modellhaft aufgelegtem Gesamtvertragskonzept“.....	177
d) Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums bei teilweisem Bestandsverkauf	182
e) Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums im außerbörslichen Handel (OTC-Geschäfte).....	184
aa) Extensive Auslegung der BFH-Rechtsprechung	184
bb) Restriktive Auslegung der BFH-Rechtsprechung	185
cc) Stellungnahme	186

f) Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums bei Einschaltung des Zentralen Kontrahenten (CCP-Geschäfte)	190
g) Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums bei Termingeschäften	192
3. Durch Steuerabzug erhobene Steuer	193
a) Gegenstand und Reichweite der Steuerabzugsverpflichtung der „den Verkaufsauftrag ausführende[n] Stelle“ gem. § 44 Abs. 1 S. 3 Var. 3 EStG a.F. ...	195
aa) Restriktive Auslegung von § 44 Abs. 1 S. 3 Var. 3 EStG a.F.	195
bb) Extensive Auslegung von § 44 Abs. 1 S. 3 Var. 3 EStG a.F. – Ansicht der Rechtsprechung	196
(1) Weites Verständnis des Begriffs „ <i>zwischen geschaltete Person</i> “	198
(2) Enges Verständnis des Begriffs „ <i>zwischen geschaltete Person</i> “	198
(3) Erklärungsansatz	198
cc) Extensive Auslegung von § 44 Abs. 1 S. 3 Var. 3 EStG a.F. – Ansicht der Literatur	199
dd) Stellungnahme	201
(1) Grammatikalische Auslegung	201
(2) Systematische Auslegung	203
(3) Teleologische Auslegung	207
(a) Einsicht in die individuellen Verhältnisse versus Steuererhebung von „ <i>oben nach unten</i> “	210
(b) Entrichtungspflicht bei Kettenlieferungen auf einer Besitzmittlungsebene	213
(4) Historische Auslegung	216
ee) Zusammenfassung	220
b) Ausschluss der Steuererhebung bei bewusster Interaktion zwischen Verkäufer und Käufer	222
II. Erstattung der Kapitalertragsteuer außerhalb des körperschaftsteuerlichen Veranlagungsverfahrens	224
III. Erstattung der Kapitalertragsteuer gem. § 50d Abs. 1 S. 2 EStG i.V.m. Doppelbesteuerungsabkommen	225
IV. Erstattung von Kapitalertragsteuer auf als ADRs hinterlegte Aktien gem. § 50d Abs. 1 S. 2 EStG i.V.m. DBA USA	227
V. Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO	228
F. Steuerstrafrechtliche Bewertung	231
I. Steuerhinterziehung, §§ 369, 370 AO	231
1. Tathandlung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO	232
a) Unrichtige oder unvollständige Angaben machen	232
b) Über steuerlich erhebliche Tatsachen	234
aa) Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „ <i>steuerlich erhebliche Tatsachen</i> “	236

bb) Erklärungspflicht bei unklarer Rechtslage	242
(1) Grundsätzliche Maßgeblichkeit der Rechtsprechung, Richtlinien der Finanzverwaltung und Verwaltungspraxis	245
(2) Erklärungspflicht bei uneinheitlicher (höchstrichterlicher) Rechtsprechung	246
(3) Erklärungspflicht bei von einheitlicher Rechtsprechung abweichender Auffassung der Finanzverwaltung	251
(4) Erklärungspflicht bei steuerlichem Neuland	255
(5) Zusammenfassung	259
cc) Erklärungspflicht bei Cum/Ex-Geschäften	260
(1) Nichtanwendungserlass des BMF bezüglich der Rechtsprechung des BFH zum Dividendenstripping	261
(2) Inkrafttreten der Leerverkaufsregelungen nach dem JStG 2007	263
(3) Bestätigung der Rechtsprechung zum Dividendenstripping	263
(4) BMF-Schreiben vom 05.05.2009	264
(a) Rechtswidrigkeit der (erweiterten) Mitwirkungspflichten	264
(b) Rechtmäßigkeit der (erweiterten) Mitwirkungspflichten	266
(c) Stellungnahme	267
(d) Zusammenfassung	273
(5) BMF-Schreiben vom 21.09.2010	274
(6) BMF-Schreiben vom 15.12.2010	276
(7) BMF-Schreiben vom 03.03.2011	276
(8) BMF-Anweisung vom 29.03.2011 an das Bundeszentralamt für Steuern	277
(9) Zusammenfassung	277
dd) Erklärungspflicht bei unklarem Sachverhalt	278
(1) Indizienlage für steuerunbelastete Cum/Ex-Leerverkaufsgeschäfte	283
(a) All-in-Level	284
(b) Handelsstruktur	289
(c) Absprachen	289
(d) Handelsvolumina	290
(e) Lieferverzögerungen („Fails“)	290
(f) Handelsplatz und -plattform	292
(g) Settlement-Zyklen	292
(h) Sitz der Depotbank des Verkäufers	293
(i) Sitz des Verkäufers	294
(2) Subjektive Ermittlung der Indizienlage	294
(3) Zusammenfassung	295
ee) Gesamtzusammenfassung	296

2. Tathandlung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO.....	298
a) Garantienpflicht bei der Steuerhinterziehung.....	298
b) Berichtigungspflicht gem. § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO	302
aa) Pflicht zur unverzüglichen Anzeige und Berichtigung	302
bb) Nachträgliches Erkennen einer unrichtigen oder unvollständigen Erklärung	304
cc) Abgrenzung zu § 371 AO bei der Erklärung von Cum/Ex-Geschäften	306
dd) Berichtigungspflichtige Personen	308
ee) Kein Ablauf der steuerlichen Festsetzungsfrist	308
c) Berichtigungspflicht gem. § 13 StGB	309
aa) Anwendbarkeit neben § 153 AO	310
bb) Eigenverantwortliches Handeln von Bevollmächtigten und Mitarbeitern	312
cc) Zusammenfassung	317
3. Taterfolg bei Cum/Ex-Geschäften	318
4. Vorsätzliches Handeln, § 15 StGB	319
5. Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum	322
a) Grundsatzfragen und Abgrenzungsmöglichkeiten	324
b) Schlussfolgerungen für die Steuerhinterziehung	327
c) Umgang mit einem Irrtum über die Reichweite steuerlicher Normen	331
aa) Allgemeine Leitkriterien	332
bb) Irrtumskonstellationen bei Cum/Ex-Geschäften	343
(1) Irrtum über das Vorliegen eines Leerverkaufs	343
(2) Rechtsirrtum vor 2007	344
(3) Rechtsirrtum zwischen 2007 und dem BMF-Schreiben vom 05.05.2009.....	347
(4) Rechtsirrtum nach Erlass des BMF-Schreibens vom 05.05.2009	349
d) Zusammenfassung	351
ii. Beteiligungsformen	353
1. Mittäterschaftliche Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	355
a) Allgemeine Zurechnungsvoraussetzungen und besondere Anforderungen nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO	355
b) Mittäterschaftliche Tatbeiträge bei Cum/Ex-Geschäften	357
2. Mittelbar täterschaftliche Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	359
a) Allgemeine Zurechnungsvoraussetzungen	360
b) Mittelbare Täterschaft bei mehrstufigem Geschehensablauf	361
3. Grenzfälle: Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft bei Vorsatzgefälle und teilweise unbewusstem Zusammenwirken	367
a) Lösungsmöglichkeiten	368
b) Stellungnahme.....	372

4. Anstiftung zur Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	374
5. Beihilfe zur Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	376
6. Konkurrenzen bei der Doppelzurechnung von Hinterziehungstaten	381
III. Versuch der Steuerhinterziehung bei Cum/Ex-Geschäften	381
IV. Besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung	383
V. Strafverfolgungsverjährung bei Cum/Ex-Geschäften	384
G. Gesamtzusammenfassung und wesentliche Ergebnisse	388
H. Schlussbemerkung	396
Anhang – Relevante Steuergesetze zur Rechtslage bis 2012	419