

Rechtsanwalt Alexander Heist

Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Finanzausschuss des Deutschen Bundestages vom 14. April 2021

**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer“
(Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 19/27632)**

Der vorliegende Regierungsentwurf zum Abzugssteuerentlastungsmodernisierungsgesetz (AbzStEntModG) stellt meines Erachtens keine umfassende Lösung der Probleme dar, die in der Revision der Verfahren und Abläufe beim Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) ausgemachten wurden.

Positiv ist jedoch anzumerken, dass das Bundesministerium der Finanzen (BMF) anerkennt, dass insbesondere aufgrund fehlender Transparenz in den Bereichen Wertpapierhandel- und Abwicklung sowie der damit verbundenen Besteuerung, Probleme vorliegen. Diese Intransparenz äußert sich gegenwärtig am deutlichsten in Zusammenhang mit:

- dem Wertpapierhandel (insbesondere bei der Bilanzierung von Termingeschäften und der Behandlung von Dividendensurrogaten);
- der Wertpapierabwicklung (in diesem datenbankgetriebenen System kann es infolge der Verbuchungslogiken zur vorübergehenden „Vermehrung“ von Aktien kommen);
- Nebenabreden, beispielsweise bei *sell and buy-back* Gestaltungen (vgl. IDW Entwurf 2006¹).

In dieser Intransparenz liegt die Ursache von steuergetriebenen Wertpapiergeschäften wesentlich begründet. Dass dies im Grunde erkannt wurde, zeigt insbesondere die nunmehr intendierte Abfrage umfangreicher transaktionsbezogener Daten (insbesondere im Rahmen des § 45b E-EStG), welche den Handel nachvollziehbarer und damit für die Finanzverwaltung transparenter gestalten soll.

Ob diese Initiative jedoch geeignet ist, die tatsächlich erforderliche Transparenz im Handels- und Nachhandelsverhalten zu schaffen, ist meines Erachtens zweifelhaft. Sie wirft aber zugleich neue Probleme auf, die eine effektive und zutreffende Besteuerung erschweren können:

- Der Entwurf verkompliziert durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unnötig die ohnehin schwer überschaubare und in wesentlichen Rechtsfragen teils uneindeutige Gesetzgebung;
- Er trägt nicht zur zeitnahen Verhinderung von Betrug oder Missbrauch bei der Erstattung von Kapitalertragssteuern bei. Im Gegenteil: Den bestehenden Missbrauchsmöglichkeiten werden weitere hinzugefügt. Die zugrundeliegende Kernproblematik der uneinheitlichen Bilanzierung auf Handels- und Steuerebene wird nicht aufgegriffen;
- Der vorliegende Entwurf ist meines Erachtens auch nicht geeignet, eine ressourcenschonendere Prozessabwicklung zu befördern. Weder auf Seiten der Finanzverwaltung noch auf Seiten der Marktteilnehmer;

¹ Einzelfragen zum Übergang von wirtschaftlichem Eigentum und zur Gewinnrealisierung nach HGB, IDW ERS HFA 13 n. F. vom 29. November 2006.

- Auf wesentliche Kernprobleme der Besteuerung von Kompensationszahlungen und Derivaten geht der Regierungsentwurf nicht in der gebotenen Tiefe ein.

Im Folgenden möchte ich näher darauf eingehen, welche Problemkreise ich aus welchen Gründen als wesentlich für eine Verbesserung und idealerweise Vereinfachung der Abzugsteuerproblematik ansehe und in welchem Umfang diese in dem vorliegenden Regierungsentwurf adressiert werden.

1. Problemkreis „Unbestimmte Rechtsbegriffe“

Der Finanzmarkt hat in der Vergangenheit laufend neue Finanzinstrumente und Finanzinnovationen hervorgebracht, welche in der Praxis aus Vereinfachungsgründen verallgemeinernd definiert und betitelt wurden (vgl. insoweit den gängigen Begriff der sog. „Wertpapierleihe“ bei der es sich rechtlich regelmäßig nicht um eine Leihe i. S. d. § 598 BGB, sondern um ein Sachdarlehen i. S. d. § 607 BGB handelt). Diese Begriffe werden im Handel regelmäßig unabhängig davon verwendet, welche tatsächlichen (Steuer)Rechtswirkungen ein Geschäft, ggf. durch abweichende Nebenabreden, tatsächlich entfaltet. Wenn der Handel und dem folgend auch die Gesetzgebung jedoch auf solche unbestimmten Begriffe rekurriert, ohne diese zugleich klar zu definieren und abzugrenzen, bietet dies Raum für ein Auseinanderfallen von getätigtem Geschäft und dessen rechtlicher und damit (steuer)bilanzieller Einordnung. Soweit der vorliegende Regierungsentwurf beispielsweise derartige unbestimmte (Rechts)Begriffe verwendet, ohne sie zu definieren (vgl. insoweit beispielsweise in § 45b Abs. 2 Nr. 5 E-EStG die Verwendung des Begriffs „Wertpapierleihe“; ebenso der Begriff „Wertpapierpensionsgeschäft“, ohne zu spezifizieren, ob hiervon sowohl das echte Pensionsgeschäft als auch das unechte Pensionsgeschäft umfasst sein sollen), bietet dies die Gefahr, dass der vorliegende Entwurf in der Praxis beim uneindeutigen Wortlaut genommen und dieser bewusst oder unbewusst zu gesetzgeberisch ungewollten Schlussfolgerungen herangezogen werden kann.

Dem vorgelagert ist jedoch eine noch viel grundsätzlichere Problematik, die mit der dogmatischen Einordnung des Steuerrechts verknüpft ist und bereits seit der Körperschaftsteuerreform 1977 zu einem fortdauernden „Hase-und-Igel-Spiel“ zwischen Gesetzgeber und Normadressaten geführt hat. Sieht man das Steuerrecht als striktes Eingriffsrecht, das zu seiner Legitimation jeden Eingriff konkret zu regeln hat, so ist in der Tat der Steuertatbestand für jedes Finanzmarktinstrument einzeln festzuschreiben; Generalklauseln verbieten sich in diesem Fall. Hierzu ist eine konkrete Bezeichnung der einzelnen Finanzmarktinstrumente – und nach meiner Ansicht auch eine entsprechende Legaldefinition – unumgänglich. Dies hat selbstverständlich zur Folge, dass ein so eng gezogener Wortlaut auch eng ausgelegt wird. Die Regelung konkreter Einzelfälle und die damit einhergehende überbordende Regelungsdichte birgt stets die Gefahr von Umgehungsstrukturen. Je konkreter der jeweilige Tatbestand umschrieben wird, desto leichter lassen sich Konstruktionen mit gleicher Wirkung schaffen, die dem Wortlaut nicht unterfallen und damit im Ergebnis zu einer Umgehung des Gesetzes führen (vgl. beispielhaft den Frankfurter Finanzmarktbericht aus dem September 1992² und das daraus folgende „Hase-und-Igel-Spiel“ der Einführung, Anpassung und schließlich Abschaffung des § 50c EStG a. F.³). Folgt man dieser den Eingriffscharakter betonenden Ansicht, ist eine klar definierte Begrifflichkeit zentral für eine effektive Gesetzgebung. Wenn nicht auf Generalklauseln verwiesen werden darf, muss jeder Einzelfall bedacht und benannt werden. In diesem Fall würde die ohnehin umfangreiche Steuergesetzgebung dauernd an Umfang zunehmen, ohne damit die Problematik

² Landeszentralbank in Hessen – Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank (Hrsg.), „Dividendenstripping“ im Zwielficht, in: Frankfurter Finanzmarkt-Bericht, 11/92, 1992.

³ Vgl. insoweit den Frankfurter Finanzmarktbericht aus dem Februar 1998: Landeszentralbank in Hessen – Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank (Hrsg.), Dem Dividendenstripping auf der Spur. Aktivitäten von Gesetzgeber, Justiz und Finanzverwaltung und deren Konsequenzen, in: Frankfurter Finanzmarkt-Bericht, 02/98, 1998.

abschließend lösen zu können. Dem Gesetzgeber bliebe immer nur die Reaktion auf neue Finanzinstrumente und innovative Strukturen. Der Blick auf die Entwicklung derivativer Finanzmarktinstrumente zeigt, dass der Gesetzgeber hiermit in der Vergangenheit nur schwer Schritt halten konnte. Dies zeigt die Entwicklung von der Deutschen Terminbörse im Jahr 1990, an der zunächst nur wenige Derivate angeboten wurden, hin zu den modernen „trade entry tools“ der EUREX und den Flex-Produkten.

Gesteht man dem Steuerrecht hingegen generelle Klarstellungen zu, so würden diese eine Richtschnur bieten, an der sich nicht nur Rechtsanwender, sondern auch die Finanzverwaltung und die Finanzgerichtsbarkeit zuverlässig orientieren können. Da wegweisende finanzgerichtliche Urteile naturgemäß erst viele Jahre nach dem tatsächlichen Handelsgeschehen gefällt werden⁴, besteht bei komplexer, sich ständig ändernder Rechtslage (und sich inhaltlich zum Teil widersprechender Klarstellungen seitens des BMF⁵), die Gefahr der Fehlinterpretation des gesetzgeberischen Willens.

So war beispielsweise die Aussagekraft des bundesfinanzgerichtlichen Urteils vom 15. Dezember 1999 zu Cum/Ex-Geschäften geprägt von einer verzerrten und mitunter interessengeleiteten Umdeutung. Hierdurch wurde der losgelöst betrachtete Leitsatz fälschlicherweise in die Argumentation zur Legitimierung der Cum/Ex-Geschäfte integriert. Eine eindeutige gesetzgeberische Richtschnur (so wie beispielsweise im Grundsatz in § 42 AO angelegt), hätte hier ggf. vieles verhindern bzw. den Argumentationsketten den Boden entziehen können. Stattdessen führte eine verkürzte Betrachtung einhergehend mit der Intransparenz der Prozesse zu einem der Höhe nach wohl letztlich nie festzustellenden Steuerschaden. Jetzt wird die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Berater gerichtlicher Klärung zugeführt, mit ungewissem Ausgang.

Der vorliegende Regierungsentwurf wird durch die Bezugnahme auf einzelne konkrete Gestaltungen ebenfalls zu Fehlinterpretationen durch die Beraterschaft führen können, seien sie gewollt oder ungewollt. Hier wäre eine eindeutige Positionierung des Gesetzgebers im Gesetzestext selbst nicht nur wünschenswert, sondern dringend angezeigt. Andernfalls steht zu befürchten, dass sich für einen kleinen Teil der Finanzwirtschaft erneut zeitlich begrenzte sog. „Arbitragefenster“ ergeben, die mit der immer nächsten Gesetzesnovelle – in der Regel zum Nachteil Aller – verbunden mit Bürokratieaufwand geschlossen werden.

Generelle Klarstellungen würden auch der Wirtschaftsprüfung in der Einschätzung der Risikotragfähigkeit beispielsweise bei Kreditinstituten (§ 25 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 i. V. m § 25a KWG) helfen, um die Wahrscheinlichkeit potentieller zukünftiger Steuerrückforderungsrisiken (wir sprechen hier von einem Zeitrahmen bis zu 10-30 Jahren in die Zukunft) zutreffender einschätzen zu können.

Vermeintliche überraschende Paradigmenwechsel bei der Interpretation einer unklaren Rechtslage würden seltener, die Gesetzgebung und Rechtsprechung insgesamt vorhersehbarer und berechenbarer, was neben der gesteigerten Rechtssicherheit und auch eine zutreffendere wirtschaftliche Einschätzung der (steuerrechtlichen) Risikopotentiale in der Abschlussprüfung begünstigen würde.

Die Verwendung nicht näher definierter Rechtsbegriffe, wie beispielsweise denjenigen der Wertpapierleihe bzw. den des Wertpapierpensionsgeschäfts in § 45b Abs. 2 Nr. 5 E-EStG, birgt große Risiken einer bewussten oder unbewussten Fehlinterpretation und schafft ganz erhebliche

⁴ Vgl. insoweit beispielhaft: BFH, Urteil vom 15. Dezember 1999 – I R 29/97 zu einem Sachverhalt aus den Jahren 1989-1991; BFH, Beschluss vom 20. November 2007 – I R 85/05 zu einem Sachverhalt aus dem Jahr 1988; BFH, Urteil vom 16. April 2014 – I R 2/12 zu einem Sachverhalt aus dem Jahr 2008; FG Düsseldorf, Urteil vom 12. Dezember 2016 – 6 K 1544/11 K AO zu einem Sachverhalt aus dem Jahr 1990.

⁵ Vgl. insoweit die sich widersprechenden BMF-Schreiben vom 11. November 2016 sowie vom 17. Juli 2017 zur steuerlichen Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen.

Rechtsunsicherheit sowohl für den Rechtsanwender und damit die Finanzwirtschaft als auch für Finanzbehörden.

Erkennbar wird dies meines Erachtens beispielsweise an der fehlenden Erwähnung des isolierten Handels von Dividendenansprüchen (sog. Dividendenschein, etwa § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a EStG), weder im Rahmen der Umsetzung der OGAW IV Gesetzgebung noch im vorliegenden Regierungsentwurf. Eine offene Rechtsfrage ist dabei zudem, ob die nachträgliche Schließung dieser Lücke durch den Gesetzgeber bestehendes Recht lediglich klarstellt oder eine neue Rechtslage darstellt. Wie der Handel mit Hinterlegungsscheinen (z.B. ADRs oder GDRs) auch, kam die Veräußerung von Dividendenansprüchen ohne das Stammrecht insbesondere nach 2012 verstärkt auf und ist als ein Ausweichen des Marktes zu interpretieren. Wie viele Fälle es gegeben hat und wie groß der Schaden für den Fiskus war, ist gegenwärtig nicht bekannt.

2. Problemkreis „Bilanzierung“

Kern vieler steuerlicher Zuordnungsschwierigkeiten, sowohl in der Anwendung, als auch in der anschließenden Überprüfung, ist die unterschiedliche handelsbilanzielle Behandlung einzelner Finanzmarktinstrumente, sowie die im Einzelfall abweichende steuerliche Bilanzierung. Die Abweichungsmöglichkeit kann zur bewussten oder unbewussten Herbeiführung bestimmter Bilanz- und Steuereffekte führen. Ob die Effekte jeweils mit dem geltenden Recht vereinbar sind oder nicht, kann häufig erst ca. 10 Jahre nach Durchführung der Transaktionen höchstrichterlich festgestellt werden. Diese Schwebephasen der Rechtsunsicherheit können in hohem Maße die Solvenz und die Reputation von Marktteilnehmern gefährden und das Marktvertrauen in ganz erheblicher Weise erschüttern. Eine solche Auswirkung des Jahressteuergesetzes 2007 kann man gegenwärtig, fast anderthalb Jahrzehnte nach Inkrafttreten der Rechtsänderungen, anhand der öffentlichen Berichterstattung nachvollziehen.

Bezugnehmend auf das obige Beispiel des § 45b Abs. 2 Nr. 5 E-EStG ist festzustellen, dass es vielfach zu gewollten oder ungewollten Doppelausweisen der bilanzierenden Unternehmen mit steuerlicher Wirkung kommen kann. Dieses Problem wurde bereits im Jahr 2006 zutreffend in einem letztlich nicht verabschiedeten IDW Prüfungsstandard⁶ angesprochen. In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 16. April 2014 (I R 2/12) hinzuweisen.

Dem kann meines Erachtens nur durch eindeutige Vorgaben zur handelsbilanziellen Behandlung begegnet werden, zusammen mit dem Comply-or-Explain-Prinzip im Falle von Nichtbefolgung.

3. Problemkreis „Systemlandschaft“

Verbunden mit einem deutlich größeren administrativen Aufwand und höheren Kosten werden im avisierten System die Steuerdaten durch das BZSt gesammelt und ausgewertet. Dennoch ist für das BZSt nach wie vor nicht endgültig erkennbar, wie die einzelnen Positionen jeweils handels- und steuerbilanziell behandelt wurden. Verschiedene, in der Abwicklungspraxis übliche bilaterale Abreden können und werden hier zu Verzerrungen und damit schließlich zu vom Gesetzgeber unerwünschten bilanziellen bzw. steuerlichen Effekten führen. Die Bilanzierung ist jedoch wesentliches Element des steuerrechtlich zu beurteilenden Sachverhalts und daher zwingend zu berücksichtigen.

⁶ Einzelfragen zum Übergang von wirtschaftlichem Eigentum und zur Gewinnrealisierung nach HGB, IDW ERS HFA 13 n. F. vom 29. November 2006.

Grundsätzlich ist mit Blick auf den nunmehr vom Gesetzgeber festgestellten zusätzlichen Informationsbedarf festzuhalten, dass das Universum der steuererheblichen Tatsachen groß ist und weiter wächst. Der Gesetzgeber ist sich jedoch in Ansehung der Begründung zum vorliegenden Entwurf offenbar bewusst, dass nicht bekannt ist, welche Informationen für eine zutreffende steuerliche Beurteilung eigentlich benötigt werden.

Daher erscheint es bereits mit Blick auf den § 45b Abs. 2 Nr. 5 E-EStG vorprogrammiert, dass im Nachhinein als „unvollständig oder unrichtig“ erkannte Meldungen zur Strafverfolgung führen könnten. Wie sich das auf das Verhältnis von beispielsweise Kreditinstituten zu ihren Kunden (vgl. insoweit den Wortlaut des § 340b HGB zum Pensionsgeschäft) auswirkt, bleibt abzuwarten.

Zudem bestehen im Zusammenhang mit der umfangreichen Erweiterung der Berichtspflichten erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken. Zur avisierten Verarbeitung der beim BZSt anfallenden personenbezogenen Daten besteht weder ein technisches System, noch ist eine Auswertungssystematik ersichtlich. So kann das angestrebte Ziel der gerechteren Besteuerung auch theoretisch nicht erreicht werden. Ein von vornherein untauglicher Ansatz dürfte nicht als Ermächtigungsgrundlage zur Datenverarbeitung genügen. Hier bedarf es zu einer belastbaren rechtlichen Bewertung zunächst zumindest eines Grobkonzepts, wie (technisch und systematisch) die angestrebten Ziele mit Hilfe welcher konkreten Daten erreicht werden sollen. Daten auf Verdacht zu erheben, verstößt gegen Grundsätze des Datenschutzes.

Das avisierte System treibt zwar den Gedanken einer Kontingentprüfung weiter voran, es ermöglicht aber immer noch nicht, konkrete Ansprüche auf konkrete Dividendenausschüttungen zurückzuführen und damit die Geltendmachung unberechtigter Ansprüche auszuschließen. Dies wird erst gelingen, wenn die konkrete Steuerabfuhr einer konkreten Erstattung zugeordnet werden kann. Hierfür wäre jedoch eine technologische Umstellung der gesamten Finanzmarktstruktur erforderlich, da eine solche Zuordnung mit den bestehenden datenbankbasierten Systemen nicht umzusetzen ist.

Insbesondere bei mehrstufigen Verwahrketten setzt das avisierte System nunmehr Informationen bzw. einen Informationsfluss voraus, der in der Praxis so an keiner Stelle angelegt ist. Für die Umsetzung sind enorme Aufwände und umfangreiche Umstellungen der Prozessabläufe für die Finanzwirtschaft zu erwarten. Hierauf trifft ein stark verschärftes Haftungsregime, das wohl darauf abzielt, Steuerausfälle im Zweifel durch Strafzahlungen zu kompensieren. Wenn man aber bereits an dem Punkt ist, dass Strafandrohungen das letzte verbleibende Instrument zur Herstellung von Steuergerechtigkeit darstellen, könnte dies zum Anlass genommen werden, das System der Kapitalertragbesteuerung insgesamt zur Disposition bzw. auf ganz neue Beine zu stellen. Vorschläge, die dafür gemacht wurden, schließen ein: Einheitliche und verbindliche Bilanzierungsstandards, ein auf Blockchain basiertes Zuordnungssystem für Wertpapiere und damit verbundene steuerliche Be- und Entlastungen sowie sinnvoll strukturierte und damit wirksame Aufsichtsinstrumente.

4. Problembereich „Kompensationszahlungen und Derivate“

Auf **Kompensationszahlungen** (sog. Manufactured Dividends) geht der vorliegende Regierungsentwurf nicht in der gebotenen Detailtiefe ein. Diese künstlichen „Dividenden“ sind keine Zahlungen des Emittenten. Sie sind aber direkte Folge der Verbuchung über den Dividendenstichtag gehandelter Wertpapiere und der Bestandsermittlung und können praktisch unbegrenzt erzeugt werden.

Die fehlende Unterscheidbarkeit der Kompensationszahlungen von den originären Zahlungen des Emittenten führt zu einer vollständigen steuerlichen Gleichbehandlung. Aufgrund der praktischen Ununterscheidbarkeit wurde die Besteuerung der Kompensationszahlungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz

4 EStG mit dem Jahressteuergesetz 2007 der Besteuerung von originären Dividendenzahlungen gleichgestellt. Fraglich ist, ob die steuerliche Gleichstellung der Kompensationszahlungen im aktuellen System noch notwendig ist. Die Gleichbehandlung wurde ursprünglich als Hilfskonstruktion zur steuerlichen Erfassung von Cum/Ex-Fällen eingeführt, war jedoch schon damals systemwidrig. Dies bedeutet aber auch, dass Kompensationszahlungen ebenfalls an Steuerbegünstigungen partizipieren, die nur für direkte Beteiligungen an Emittenten und deren Kapitalerträge vorgesehen sind. Mithin sollten – berücksichtigt man den Lenkungscharakter der Steuerfreistellung originärer Dividenden, also Erträgen aus Unternehmensbeteiligungen – nur Zahlungen des Emittenten zu einer Steuerbescheinigung führen können. Steuerbescheinigungen müssten in der Höhe der zu versteuernden Ausschüttungen des Emittenten kontingentiert werden. Das steht dem Brutto Bezug der Zahlung bei Vorliegen der entsprechenden steuerlichen Voraussetzungen nicht im Wege. Bei Handel über den Dividendenstichtag sollte die Kompensation entsprechend immer Brutto erfolgen und keinen steuerlichen Effekt haben können.

Hintergrund ist der Umstand, dass beim Handel über den Dividendenstichtag immer Kompensationszahlungen und die damit einhergehenden Steuerbescheinigungen ausgelöst werden. Diese speisen sich aber bei einem steuerschädlichen Cum/Ex Geschäft nicht aus der Gewinnausschüttung des Emittenten, sondern werden von den am Cum/Ex-Geschäft Beteiligten selbst aufgebracht, um das steuerbare Dividendenvolumen künstlich zu erhöhen. Damit bekommt der Erwerber wirtschaftlich betrachtet den von ihm entrichteten Kaufpreis als Dividende zurück. Steuerlich teilt diese Zahlung aber das Schicksal der Zahlung des Emittenten, der „originären“ Dividende.

Wenn sich aufgrund der Verbuchung, wie gegenwärtig, vorhandene Liquidität in eine Zahlung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG verwandeln lässt, bestehen grundsätzlich ganz erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten.

Weiterhin sind beim Handel über den Dividendenstichtag die **Derivate** von größter Relevanz. Hier können steuerliche Effekte in nahezu jedweder Hinsicht erzielt werden. Derivativ abgebildete Kaufpositionen werden teilweise steuerlich wie eine Aktie bilanziert. In Derivate sind regelmäßig auch Dividendenzahlungen eingepreist, die so auf ganz unterschiedlichen Wegen losgelöst vom Aktienbestand „synthetisch“ generiert werden können. Es existiert gegenwärtig hierzu zum einen praktisch keine Rechtsprechung und zum anderen keine relevante wissenschaftliche Befassung. Tiefgreifende diesbezügliche Kenntnisse sind aber im Markt vorhanden. Ich halte derivative Konstruktionen für ebenso erheblich wie privatrechtliche Nebenabreden zu Leiheverträgen. Wenigstens letztere werden vom Regierungsentwurf berücksichtigt. Es können derivative Strukturen geschaffen werden, die bestimmten Bewertungsmodellen unterfallen. Man kann die derivative Struktur so gestalten, dass jedes beliebige Ergebnis produziert wird: Zufluss an der Stelle mit der geringsten Steuerlast, Abfluss bei größten steuerreduzierenden Effekt auf Gewinne. Gerade im Bereich der Doppelbesteuerungsabkommen soll die Investition in ansässige Unternehmen gesteigert werden. Kompensationszahlungen sollten dem Regelungszweck nach herausgenommen werden. Kompensationszahlungen sind – wie ausgeführt – keine Zahlungen des Emittenten und erfordern auch keinen Anteil an einer Gesellschaft.

Zusammen mit einer einheitlichen Mindestbesteuerung kann durch die steuerliche Ausklammerung der Kompensationszahlung mehr Steuergerechtigkeit erzielt werden. Die marktgetriebene Produktion von Dividenden sollte unterbunden werden.

5. Fazit

Die Gesetzesbegründung selbst konstatiert: „Die Gestaltungen mit Cum/Ex-, Cum/Cum und Cum/Fake-Geschäften haben gezeigt, dass am Kapitalmarkt ein erhebliches Potential besteht, über Dividendenarbitragegeschäfte die Besteuerung von Dividendeneinkünften zu umgehen. Dagegen ist nach heutigem Recht nicht feststellbar, wieviel Kapitalertragsteuer je Aktiengattung einbehalten und bescheinigt wurde. Es ist auch nicht feststellbar, ob mehr Kapitalertragsteuer erstattet als einbehalten wurde und für wen Steuerbescheinigungen ausgestellt wurden.“⁷

Damit kann und muss bis zum Beweis des Gegenteils davon ausgegangen werden, dass weiterhin Gestaltungen möglich sind, die die Erstattung bzw. Anrechnung von tatsächlich nicht abgeführter Steuer zum Ergebnis haben. Ob der vorliegende Gesetzesentwurf tatsächlich eine Umfassende Lösung der angesprochenen Probleme darstellt oder nicht, kann sich ohnehin frühestens erst in einigen Jahren zeigen. In Ansehung der oben aufgeworfenen Problemkreise erscheint dies fraglich. Eine zielführende „große“ Lösung wird sich nur im offenen Dialog aller Beteiligten und mit wissenschaftlicher Unterstützung finden lassen.

⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer“, BT-Drs. 19/27632, S. 26.