

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Janina Petzhold

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Masterarbeit untersucht die *Strafbarkeit* von sogenannten **Cum/Ex-Geschäften** nach *deutschem* und *schweizerischem* Recht. Dabei erlitt der Fiskus diverser europäischer Länder Einbussen von insgesamt ca. 55 Milliarden Euro, indem private Gesellschaften und Personen *Leerverkäufe* (Short sales) von Wertschriften mit sogenanntem "Dividendenstripping" vornahmen, aufgrund derer *Kapitalertragssteuern*¹ (ungerechtfertigterweise) "doppelt" an Antragsteller *rückerstattet* wurden. Neben der Auswertung von Literatur und Gerichts- bzw. Behördenpraxis sowie amtlichen und bankwirtschaftlichen Quellen² stützt sich die Bearbeiterin insbesondere auf ein selbst geführtes Forschungsinterview mit einem Kadermitarbeiter der ESTV.

Es handelt sich um einen *gelungenen Forschungsbeitrag* in einem anspruchsvollen und hochaktuellen Themenbereich des (Verwaltungs-)Strafrechts mit komplexen rechtsvergleichenden Bezügen, zu welchem erst spärliche wissenschaftliche Untersuchungen (primär zum deutschen Recht) vorliegen. Der Referent beantragt für die fleissige, juristisch differenzierte und auch formal ansprechende Masterarbeit die **Note 5.25** ("gut bis sehr gut").

II. Arbeitstechnik

Die *Literatur-* und *Quellenauswahl* fällt themenfokussiert und sehr aktuell aus. Die Bearbeiterin unterscheidet sachgerecht zwischen wissenschaftlichen Publikationen, journalistischen Artikeln sowie amtlichen Quellen.³ Die weiteren eigenen Recherchen (Interview und informelle Anfragen per E-Mail) werden transparent dokumentiert. Es erfolgt auch

1 In der Schweiz: Verrechnungssteuern nach VStG.

2 U.a. Gutachten des Cum/Ex-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages oder Zirkulare der Schweizer Bankiervereinigung

3 Die teilweise unter den "Materialien" im weiteren Sinne aufgelistet werden.

eine gezielte Auswertung der themennahen *schweizerischen* und *deutschen Judikatur*. Es finden sich leider einige kleinere stilistische und sprachlich-syntaktische Unregelmässigkeiten.

III. Inhaltliche Bemerkungen

In § 2 werden die **Grundbegriffe** und die wesentlichen *zivil- und steuerrechtlichen Abläufe* der Cum/Ex-Transaktionen verständlich dargelegt und mit Abbildungen (1-4) veranschaulicht.⁴ § 3 analysiert das Bemühen der *deutschen* Behörden, Finanzbranche, Justiz und Politik, die Problematik zu *regulieren* und (ca. ab dem Jahr 2000 erkannte) Missbräuche abzustellen.⁵ In diesem Bereich hätte noch etwas präziser zwischen Urteilen zu *steuerrechtlichen* Fragen (Rückerstattungsanspruch, wirtschaftliche Eigentümerschaft) und *Strafurteilen* differenziert werden können (vgl. S. 13-15). Auffällig wird die Diskrepanz zwischen dem **politischen "Persilschein"**, den der Untersuchungsausschuss des Bundestages den deutschen Behörden beim Cum/Ex-Skandal ausstellt und der *massiven Kritik von Experten* (darunter ein vom Untersuchungsausschuss beauftragter Gutachter) an diversen *Versäumnissen* und als "erschütternd" eingestuften *Fehlleistungen* insbesondere des Bundesfinanzministeriums (vgl. S. 11 und 15 f.).

§ 4 widmet sich der **Strafbarkeit** der Cum/Ex-Transaktionen nach **deutschem** Recht.

Die Abgrenzung zwischen *Gehilfenschaft* und *Mittäterschaft* bei **gewerbsmässiger schwerer Steuerhinterziehung** bleibt vage (S. 17). Strafrechtsdogmatisch problematisch wirkt sich ausserdem aus, dass die *Irrtumsproblematik* und insbesondere der mögliche Schuld ausschliessungsgrund des **Verbotsirrtums** unbeachtet bleibt (S. 16-21). Da die Beschuldigten regelmässig vorgebracht haben, es liege eine "Gesetzeslücke" vor, die Behörden hätten unklare bzw. irreführende Angaben über die Rechtmässigkeit von Cum/Ex-Geschäften gemacht bzw. die Beschuldigten hätten dazu "eine andere Rechtsauffassung" vertreten (S. 11), hätte sich die Prüfung eines Verbotsirrtums aufgedrängt. Das Versäumnis ist aber nicht (allein) der Bearbeiterin anzulasten, indem auch ein Teil der

4 Erwirkung doppelter Steuerbescheinigungen und Rückzahlungen.

5 Identifizierung von Nettodividende und *Dividendenkompensation* aus Leerverkäufen; gesetzlicher Einbezug der Letzteren ab 2007; fehlender Einbezug *ausländischer* Depotbanken; diesbezügliche "Berufsträgerbescheinigung" ab 2009; *Zahlstellenprinzip* ab 2012; justizielle Aufarbeitung (bis 2022) der Cum/Ex-Geschäfte zwischen 2000 und 2011; Untersuchung durch den Bundestag 2016-2017 (vgl. S. 9-16).

Fachliteratur nicht ausreichend zwischen Fragen der Tatbestandsmässigkeit und des Verbotsirrtums unterscheidet.⁶

Bemerkenswert ist, dass das deutsche Fiskalstrafrecht offenbar keinen nebenstrafrechtlichen *Leistungs- und Abgabebetrug* im Sinne des schweizerischen Rechts (VStrR) kennt, weshalb für die Cum/Ex-Sachverhalte teilweise auch der *gemeinrechtliche Betrugstatbestand* herangezogen wurde (§ 263 dStGB, S. 25-30). Die Fälle werden in Deutschland aber grundsätzlich vom Straftatbestand der *schweren Steuerhinterziehung* erfasst.⁷

§ 6 erläutert die **Schweizer Bankenpraxis** und Rechtslage zu den Cum/Ex-Geschäften, die bis 2008 durch Zirkulare der Bankiervereinigung und Kreisschreiben der ESTV geprägt wurde. Angesichts der Unsicherheiten betreffend die Rechtmässigkeit von Verrechnungssteuer (VerrSt)-Rückforderungen *sistierte* die ESTV ab 2008 *sämtliche hängigen Rückerstattungen* im Zusammenhang mit dem "Dividendenstripping" (S. 36).⁸ Teilweise kam es auch zu *Rückforderungen* durch die ESTV gegenüber Schweizer Banken in dreistelliger CHF-Millionenhöhe (vgl. S. 39, 41). Ein *Urteil des Bundesgerichtes* vom Novem-

6 Nach den Ausführungen in FN 160 handelt z.B. ADICK die Problematik der "anderen Rechtsansicht" unter der *objektiven Tatbestandsmässigkeit* ab ("unrichtige Angaben"). Der *Verbotsirrtum* bleibt unerwähnt. Auch ein möglicher *Sachverhaltsirrtum* wird beim Thema der *subjektiven* Tatbestandsmässigkeit (S. 20 f.) nicht angesprochen. – Hier hätte der Referent eine kurze *Abgrenzung* zwischen Tatbestandsmässigkeit und Verbotsirrtum ("Rechtsirrtum") nach deutschem Recht erwartet, die übrigens auch bei der Analyse der Strafbarkeit nach *Schweizer* Recht fehlt, bzw. ein paar Hinweise, unter welchen Voraussetzungen Äusserungen des Gesetzgebers und *Zusicherungen der Behörden* zu einer Straflosigkeit führen können; etwa im Zusammenhang mit fragwürdigen Verlautbarungen der Bundesregierung beim Erlass des Jahressteuergesetzes 2007 (vgl. S. 11 und S. 15 unten). Hier hätte auch erläutert werden können, auf welche Argumente sich die *Verteidigungen* stützten. Die Tatbestandsmässigkeit der schweren gewerbsmässigen Steuerhinterziehung liegt bei den besprochenen Fällen relativ klar auf der Hand (vgl. S. 23 f.). Ohne Prüfung der (Verbots-)Irrtumsproblematik bleibt die Strafbarkeitsprüfung indessen unvollständig.

7 Im Falle des Beschuldigten *Hanno Berger* hatte das hessische OLG Frankfurt/M. "überraschend" sogar auf *gemeinrechtlichen gewerbsmässigen Bandenbetrug* erkannt. Die in Teilen der Literatur vertretene These, das OLG habe damals auf Betrug (mit Arglist) anstatt auf schwere Steuerhinterziehung erkannt, um eine *Auslieferung* des Beschuldigten durch die Schweiz auf Grundlage der *beidseitigen Strafbarkeit* zu erwirken (S. 30 f.), erscheint eher spekulativ: Die Cum/Ex-Sachverhalte fallen nach schweizerischem Strafrecht primär unter den qualifizierten *Leistungs- bzw. Abgabebetrug* (Art. 14 VStrR), der nicht zwangsläufig Arglist im engeren Sinne voraussetzt (sog. "Urkundenmodell"). Dass das Bundesstrafgericht in seinem (nicht an das Bundesgericht weitergezogenen) Auslieferungsentscheid von 2022 *prima facie* sogar den *gemeinrechtlichen (kernstrafrechtlichen) Betrugstatbestand* als grundsätzlich erfüllt erachtete (Art. 146 StGB), ändert daran nichts. Im übrigen sind die beiden Verurteilungen gegen Hanno Berger wegen *schwerer Steuerhinterziehung* erfolgt (bestätigt im ersten Fall durch den Bundesgerichtshof im Oktober 2023).

8 In diesem Kapitel fallen zahlreiche Interpunktionsfehler und andere sprachliche Unregelmässigkeiten auf; auch hätten einige finanztechnische Begriffe (z.B. Short-Positionen, Repo-Geschäfte usw.) kurz definiert werden können.

ber 2017 deckte eine *mangelnde gesetzliche Grundlage* für die Bewältigung der Cum/Ex-Problematik auf. Fiskalische Informations- und Einziehungspflichten für *Dividendenersatzzahlungen* können nicht bloss auf Geschäftsgebrauch, privatrechtlichen Branchenverbandsregeln und Kreisschreiben der Steuerverwaltung basieren. Bis zum Erlass einer gesetzlichen Grundlage hielten Bankiervereinigung und ESTV jedoch vorläufig an ihrer (das Legalitätsprinzip verletzenden) Praxis fest (S. 36 f.).

Ein erster Versuch, die Problematik *gesetzlich* zu regeln, scheiterte am 25. September 2022 mit der Ablehnung der Referendumsvorlage zur Änderung des VStG. Zwar trat am 1. Januar 2022 das StADG in Kraft; dieses richtet sich jedoch nur gegen die ungerechtfertigte VerrSt-Rückerstattung an *im Ausland domizilierte* Personen.⁹ In Bezug auf die *inländischen* Titel bzw. Sachverhalte nach VStG blieb es jedoch bei der heute noch aktuellen (praeter legem-)Praxis der ESTV (S. 38 f.), was zu **Rechtsunsicherheit** und *Prozessrisiken* in der Finanzwirtschaft führt.

Die Analyse bringt weiter zutage, dass es in der **Schweiz** bisher offenbar zu **keinen Strafverfahren** (etwa gegen Banken, Investoren oder Vermögensverwalter) im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften gekommen ist (S. 39 f.). *Bankeninterne* bzw. *amtliche Untersuchungen* (aufgrund parlamentarischer Vorstösse) erfolgten in den Kantonen Zürich und Waadt (S. 40 f.). Dass trotz "kritischen" *Rückerstattungsanträgen* (noch im Jahr 2016) in der Höhe von CHF 760 Mio.¹⁰ offenbar *keine Strafverfahren* (etwa gestützt auf das VStrR oder VStG) eingeleitet wurden, dürfte nicht zuletzt darin begründet liegen, dass ca. 90% der betreffenden Antragssteller *im Ausland domiziliert* waren (S. 42). Strafverfolgungen von im Ausland domizilierte Personen und Gesellschaften sind regelmässig schwierig und aufwändig. Rechtsstaatlich bedenklich und *befremdlich* wirkt, dass – trotz der Motion Tschümperlin (2014) – der Bundesrat 2017 noch *keine ausreichende gesetzliche Regulierung* des "Dividendenstrippings" in die Wege geleitet hatte, was vom Bundesgericht im gleichen Jahr moniert werden musste.¹¹

9 Immerhin bilden diese den deutlichen Hauptanteil (vgl. S. 42). Unklar bleibt allerdings, ob das StADG auch Dividendenersatzzahlungen einschliesst.

10 Und von der ESTV *verweigerten Rückzahlungen* in der Höhe von CHF 143 Mio. (Angaben des Bundesrates, vgl. S. 42).

11 Auch die *Informationen* des Bundesrates aufgrund der Interpellation Badran (2019) zur Praxis der ESTV (praeter legem) und zu den geschätzten *Mindereinnahmen* des Bundes in *Milliardenhöhe* waren noch 2019 eher spärlich. Bei ermittelten "kritischen" Rückerstattungsanträgen über (2019) noch CHF 479 Mio.

Abschliessend analysiert die Bearbeiterin (in § 6) noch diverse Urteile Schweizer Gerichte zur Cum/Ex-Problematik. Besonderes Augenmerk legt sie auf das *Auslieferungsurteil* des Bundesstrafgerichtes vom 20. Dezember 2021 i.S. *Hanno Berger*, welches (bei der Prüfung der beidseitigen Strafbarkeit) gewisse *rechtshilferechtliche* Anhaltspunkte für die Frage der Strafbarkeit nach Schweizer Recht beiträgt (S. 44-46). Zu ergänzen ist, dass Hanno Berger in einem *ersten* Strafurteil des Landgerichtes Bonn vom Dezember 2022 wegen schwerer Steuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt wurde. Im Oktober 2023 wies der Bundesgerichtshof den dagegen erhobenen Revisionsantrag ab. Ende Mai 2023 erging gegen Hanno Berger ein *zweiter* Schuldspruch des Landgerichtes Wiesbaden wegen schwerer Steuerhinterziehung, gemäss dem er zu einer Gesamt-Freiheitsstrafe von *8 Jahren* und *3 Monaten* verurteilt wurde.

§ 7 widmet sich schliesslich dem letzten Untersuchungsschwerpunkt, nämlich der Frage nach der **Strafbarkeit** von Cum/Ex-Geschäften nach **Schweizer** Recht.

Die Straflosigkeit aufgrund des *Urkundenstrafrechts* wird zu salopp verneint und hätte argumentativ vertieft werden können.¹² Sorgfältig legt die Bearbeiterin dar, dass die *Dividendenersatzzahlung* (bei Cum/Ex-Geschäften) laut VStG *nicht* unter die *VerrSt* fällt. Damit fehlt es bei den **Strafnormen des VStG** grundsätzlich an der objektiven Tatbestandsmässigkeit.¹³ Zu prüfen wäre allerdings ein *untauglicher Versuch* der Hinterziehung von VerrSt bzw. der Erschleichung von Rückerstattungen.

Strafrechtsdogmatisch fällt auf, dass die Bearbeiterin die heiklen **Konkurrenzfragen** zwischen Art. 146 StGB und Art. 14 VStrR *vorab* ausleuchtet (S. 49-52). Dies erweist sich hier als sachgerecht, da der Leser bzw. die Leserin damit auf die dogmatischen

bildeten (weiterhin) noch CHF 174 Mio. Gegenstand förmlicher *Steuerverfahren* (vgl. S. 42 f.). Erst seit 1.1.2022 sind immerhin die *Auslandsachverhalte* im StADG geregelt; für *Inlandsachverhalte* fehlt bis heute eine gesetzliche Regelung.

12 S. 46 f., FN 445. Anstatt Tatbestände wie *Ausweisfälschung* anzusprechen, die offensichtlich nicht erfüllt sind, hätte die *Erschleichung* einer Beurkundung geprüft werden können. Auch wird die *inhaltlich falsche Beurkundung* einer *rechtserheblichen Tatsache* (angebliche Zahlung von VerrSt) mit wenig überzeugender Begründung vorschnell verneint. Mit dem *rechtshilferechtlichen* "prima facie"-Begriff zu operieren, ist bei der *strafrechtlichen* Beurteilung fehl am Platz.

13 S. 47-49. Dass es insofern für *steuerrechtliche* Rückerstattungsansprüche an einer Gesetzesgrundlage mangelt, wirkt sich verwaltungsrechtlich zulasten der Antragsteller aus. *Strafrechtlich* "profitieren" diese hingegen davon, dass eine Strafbarkeit gestützt auf das VStG grundsätzlich am Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB) scheitert (vorbehältlich des untauglichen Versuches).

und kriminalpolitischen Unterschiede dieser Strafnormen "didaktisch" vorbereitet wird.¹⁴ Mit stringenter Gedankenführung leitet die Bearbeiterin her, dass bei Cum/Ex-Geschäften der **Leistungsbetrug** nach **Art. 14 Abs. 1 VStrR** im Vordergrund steht, dessen Strafbarkeitselemente sie sorgfältig analysiert.¹⁵ Sie kommt zum überzeugenden Schluss, dass die **typischen Cum/Ex-Geschäfte**, bei denen *Verrechnungssteuer-Bescheinigungen* (arglistig) erschlichen und *Rückerstattungsanträge* gestellt wurden, regelmässig den Tatbestand des (zumindest) *versuchten qualifizierten Leistungsbetruges* (Art. 14 Abs. 1 und Abs. 4 VStrR) erfüllen. *Teilnahmefragen* (Gehilfenschaft und Anstiftung) werden nicht näher geprüft. Die Problematik des *Verbotsirrtums* wird auch nach Schweizer Recht nicht angesprochen.¹⁶

Aufgrund dieser fundierten Ergebnisse verwundert und *befremdet* es, dass die ESTV bisher offenbar *kein einziges Strafuntersuchungsverfahren* eingeleitet hat.¹⁷

Schliesslich wird auch noch die Strafbarkeit aufgrund des gemeinrechtlichen (kernstrafrechtlichen) **Betrugstatbestands** (Art. 146 StGB) geprüft (S. 59-62). Dieser könnte gemäss der Lehre und Rechtsprechung deshalb *anstelle von Art. 14 VStrR* zur Anwendung gelangen, weil bei Cum/Ex-Fällen die Täterschaft *aus eigenem kriminellen Antrieb* mit arglistig konstruierten Zahlungsansprüchen an den Fiskus gelangt, ohne bereits von *Gesetzes* wegen einem *Fiskal- und Veranlagungsverfahren* unterworfen zu sein, wie es den Konstellationen des Steuerstrafrechts entspräche. Die Bearbeiterin gelangt hier zum Ergebnis, dass die typischen Cum/Ex-Machenschaften grundsätzlich (auch) den Tatbestand des

14 Arglist-/Urkundenmodell; private *Eigeninitiative* (bzw. kriminelle Energie) zur Erschleichung von staatlichen Leistungen/Bereicherung im Rahmen eines *regulären Steuerverfahrens*; besondere *täuschende Machenschaften/falsche Deklaration* usw. Die Bearbeiterin referiert hier auch *unterschiedliche Meinungen* in der Fachliteratur.

15 S. 52-56. Beim Tatbestandselement der *Arglist* wird (gestützt auf die Lehre) stark auf den gemeinrechtlichen Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) zurückgegriffen. Eine vertiefte Auswertung der Praxis hätte gezeigt, dass jedenfalls beim Abgabebetrug (Art. 14 Abs. 2 VStrR) auch das täuschende Operieren mit Urkunden bereits als "arglistig" eingestuft werden könnte; hier nähert sich der Täuschungs-/Arglistbegriff eher dem deutschen Betrugsrecht an. Bei der *Qualifikation* von Art. 14 Abs. 3 VStrR leuchtet nur schwer ein, weshalb "mindestens drei Personen zusammenwirken" müssen (S. 56).

16 S. 56-59. Mit dem blossen Hinweis, Beratung und Mithilfe (etwa von Banken) begründe noch keine Mittäterschaft (S. 59), wird die Teilnahme nicht erschöpfend abgehandelt. *Vollendeter Versuch* liegt spätestens vor, wenn *Rückerstattungsanträge* eingereicht wurden; *unvollendeter Versuch* dürfte wohl nach Erschleichung einer (inhaltlich unrichtigen) *VerrSt-Bescheinigung* erfüllt sein. Ein *Verbotsirrtum* wäre mangels Zusicherung der Rechtmässigkeit durch die zuständige Behörde (ESTV) zu verneinen.

17 Zumal ca. 500-1'000 "unrechtmässige Rückerstattungsanträge" vorliegen (ESTV, vgl. S. 65).

(zumindest versuchten) **gewerbsmässigen Betruges** erfüllen.¹⁸

Der Standpunkt der ESTV, sie habe sich "damit begnügt, den *Taterfolg* zu verhindern", indem sie unrechtmässige bzw. dubiose *Rückerstattungen verweigert* habe (S. 65), befriedigt aus strafrechtlicher Sicht nicht: Die ESTV scheint als Untersuchungsbehörde im Verwaltungsstrafverfahren (VStrR) zu übersehen, dass auch der Leistungsbe-trugs-*Versuch* strafbar ist.¹⁹

Prof. Dr. Marc Forster/11. Januar 2024

18 S. 62-64. Offenbar haben die Anwälte von Hanno Berger die Verbotsirrtums-Problematik vor dem Bundesstrafgericht nicht thematisiert. Daraus lässt sich auch erklären, weshalb im Auslieferungsentscheid die Argumentation betreffend "legislatorisches Versagen der Bundesregierung" unter dem Gesichtspunkt der *objektiven Tatbestandsmässigkeit* (Arglist) abgehandelt wurde. Im übrigen beschränkt sich die *rechts-hilferechtliche* "prima facie"-Prüfung der beidseitigen Strafbarkeit grundsätzlich auf Fragen der Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit; Schuldfragen prüft der Rechtshilfrichter nicht.

19 Angesichts der *fiskalstrafrechtlichen Konnotation* eröffnen die *kantonalen Staatsanwaltschaften* in solchen Fällen in der Regel erst aufgrund einer *Anzeige der ESTV* eigene Strafverfahren wegen des Verdachtes von gemeinrechtlichem Betrug (StPO/StGB). Die selbstständige Einleitung eines StPO-Untersuchungsverfahrens wäre aber keineswegs ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 1 StPO).