

Die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften nach deutschem und schweizerischem Strafrecht

Vorgelegt von:
Janina Petzhold

Masterarbeit
Universität St. Gallen
Referent: Prof. Dr. Marc Forster
Korreferentin: Prof. Dr. Nora Markwalder
22.11.2023

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Anhänge	III
Literaturverzeichnis	IV
Rechtsprechungsverzeichnis	VII
Verzeichnis der Internetquellen	IX
Materialienverzeichnis	XII
Abbildungsverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XV
§ 1 Einleitung	1
I. Ausgangslage*	1
II. Zielsetzung und Aufbau	2
§ 2 Definitionen und Grundlagen	3
I. Definitionen	3
A. Die Schweizer Verrechnungssteuer	3
B. Die Deutsche Kapitalertragssteuer	3
II. Grundlagen	4
A. Leerverkauf	4
B. Dividendenstripping	4
C. Cum/Ex-Geschäfte	5
§ 3 Ausgangslage und gesetzliche Entwicklung in Deutschland	8
I. Entwicklungen der Rechtslage	8
A. Rechtslage bis 2007	9
B. Rechtslage von 2007 bis 2009	10
C. Rechtslage von 2009 bis 2012	10
D. Rechtslage ab 2012	11
E. Zusammenfassung der rechtlichen Entwicklung	11
II. Gerichtsverfahren betreffend Cum/Ex-Geschäfte	12
A. BFH I R 2/12	12
B. BGH 1 StR 519/20	13
C. BFH I R 22/20	13
III. Politik: Untersuchungsausschuss des Bundestages zu Cum/Ex-Geschäften	14
§ 4 Strafbarkeit nach deutschem Recht	15
I. Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE	15
A. Tatbestandsmerkmale	16
1. Täterschaft und Teilnahme	16
2. Objektiver Tatbestand	16
3. Subjektiver Tatbestand	19
B. Konsequenzen und Konkurrenz	20
1. Konsequenzen	20
2. Konkurrenz	21
C. Anwendungsfall Cum/Ex-Geschäfte	22
II. Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO/DE	23
III. Betrug nach § 263 StGB/DE	24

A.	Tatbestandsmerkmale	25
1.	Objektiver Tatbestand	25
2.	Subjektiver Tatbestand.....	26
B.	Anwendung auf Cum/Ex-Geschäfte.....	27
C.	Exkurs: Internationale Strafrechtshilfe im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften zwischen Deutschland und der Schweiz.....	29
§ 5	Zwischenfazit Deutschland und Cum/Ex-Geschäfte	30
§ 6	Ausgangslage und gesetzliche Entwicklung in der Schweiz	32
I.	Entwicklungen der Rechtslage.....	32
A.	Rechtslage ab 1990.....	32
B.	Rechtslage von 2006 bis 2008.....	34
C.	Rechtslage ab 2017 – Entwicklungen durch den BGer 2C_123/2016	35
D.	Rechtslage ab 2021.....	36
E.	Zusammenfassung der rechtlichen Entwicklung.....	38
II.	Verwicklung der Schweizer Banken in Dividendenstripping	38
III.	Parlamentarische Geschäfte	40
IV.	Gerichtsverfahren betreffend Cum/Ex-Geschäfte.....	42
A.	BVGer A-4164/2020	42
B.	BGer 4A_308/2016 und BGer 4A_297/2019.....	43
C.	BStGer RR.2021.200 und BGE 110 IV 24.....	43
§ 7	Strafbarkeit nach schweizerischem Strafrecht.....	45
I.	Grundlagen	46
A.	Steuern.....	46
B.	Konkurrenz zwischen Art. 14 VStrR und Art. 146 StGB	48
II.	Leistungsbetrug nach Art. 14 Abs. 1 VStrR.....	51
A.	Überblick Art. 14 Abs. 1 VStrR.....	51
1.	Unterschied Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 VStrR.....	51
2.	Einleitung Art. 14 Abs. 1 VStrR	51
B.	Tatbestandsmerkmale	52
1.	Objektiver Tatbestand	52
2.	Subjektiver Tatbestand.....	53
3.	Vergleich mit dem Betrug nach Art. 146 StGB.....	53
4.	Qualifikation nach Art. 14 Abs. 3 VStrR.....	54
C.	Anwendung auf Cum/Ex-Geschäfte.....	55
III.	Betrug nach Art. 146 StGB	58
A.	Tatbestandsmerkmale	58
1.	Objektiver Tatbestand	58
2.	Subjektiver Tatbestand.....	61
3.	Qualifikation nach Art. 146 Abs. 2 StGB	61
B.	Anwendung auf Cum/Ex-Geschäfte.....	61
§ 8	Zwischenfazit Schweiz und Cum/Ex-Geschäfte	63
§ 9	Zusammenfassende Schlussbetrachtung.....	64
	Eigenständigkeitserklärung	XVIII
	Diskretionserklärung	XIX

Verzeichnis der Anhänge

I.	Anh. 2: SBVg-Zirkulare XX	
1)	SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990.....	XX
2)	SBVg-Zirkular Nr. 6586 vom 29. Mai 1990.....	XXV
3)	SBVg-Zirkular Nr. 7953 vom 6. März 2018.....	XXXIII
4)	SBVg-Zirkular Nr. 8067 vom 16. Dezember 2021.....	XXXIV
5)	SBVg-Zirkular Nr. 8088 vom 23. November 2022	XXXVI

Literaturverzeichnis

Anmerkung: Wenn nichts anderes vermerkt ist, werden die Werke mit Nachnamen des Autors beziehungsweise der Autorin sowie mit Seitenzahl und/oder Randnote/-ziffer (N) zitiert.

ADICK MARKUS / BÜLTE JENS (Hrsg.), Fiskalstrafrecht Straftaten gegen staatliche Vermögenswerte, 2. Aufl., Heidelberg 2019 (zit. BEARBEITER, § 370 N 1).

ADICK MARKUS / LINKE LEONIE, Steuerhinterziehung verdrängt Betrug – auch in «Cum-/Ex»-Fällen, NZWiSt 2021, 229 ff.

BAUMGARNTER BEAT, Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz: unter besonderer Berücksichtigung der Weiterleitung von abkommensbegünstigten Dividenden- und Zinseinkünften, Diss. Zürich 2010 (= SSR Bd. 21).

BLUMENSTEIN ERNST / LOCHER PETER, System des Schweizerischen Steuerrechts, 8. Aufl., Zürich 2023.

CAHANNES MERENS, Leerverkäufe: eine rechtsökonomische Betrachtung der Regulierung von Leerverkäufen im Schweizer Finanzmarktrecht unter besonderer Berücksichtigung von Regulierungskonzepten aus der EU und aus den USA, Diss. Zürich 2019 (= ZStP Nr. 294).

ELLENBERG LUCA, BGer 4A_297/2019: Cum-Ex: Umgang im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen in der Anlageberatung, AJP 2020, 1352 ff.

EMMENEGGER SUSAN / THÉVENOZ LUC / DÖBELI THIRZA / LEPORI LEANDRO, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016 - Le droit bancaire privé suisse 2016, SZW 2017, 210 ff.

ERB VOLKER / SCHÄFER JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 5. Bd., §§ 263-297 StGB, 4. Aufl., München 2022 (zit. MüKo StGB-BEARBEITER, § 263).

ERB VOLKER / SCHÄFER JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 8. Bd., Nebenstrafrecht II, 4. Aufl., München 2023 (zit. MüKo StGB-BEARBEITER, § 370).

FISCHER HANS-JÖRG, Strafbarkeit der Cum/Ex-Gestaltungen im Steuerrecht, Anmerkungen zum Urteil des LG Bonn vom 18.03.2020 – 62 Kls 1/19, NWB Nr. 41 vom 9.10.2020, 3041 ff.

FLORSTEDT TIM, Alea iacta est: Cum/Ex-Geschäfte waren rechtswidrig und strafbar, NStZ 2022, 129 ff.

FRANK FRIEDRICH / EICKER ANDREAS / MARKWALDER NORA / ACHERMANN JONAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht (VStrR), 1. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK VStrR-BEARBEITER).

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

HEINTSCHEL-HEINEGG BERND VON, Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 57. A., München 2023 (zit. BeckOK StGB-BEARBEITER).

HÖHN ERNST / WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht Band 1 Grundlagen – Grundbegriffe – Steuerarten, 10. Aufl., Bern 2013.

JOECKS WOLFGANG / JÄGER MARKUS / RANDT KARSTEN (Hrsg.), Beck'sche Steuerkommentare, Steuerstrafrecht Kommentar, 9. Aufl., München 2023 (zit. BeckSK-BEARBEITER).

- KILLIAS MARTIN / MARKWALDER NORA / KUHN ANDRÉ / DONGOIS NATHALIE, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2. Aufl., Bern 2017.
- KINDHÄUSER URS / NEUMANN ULFRID / PAEFFGEN HANS-ULLRICH / SALIGER FRANK (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. NK StGB-BEARBEITER).
- KLEIN FRANZ (Hrsg.), AO Abgabenordnung Kommentar, 16. Aufl., München 2022 (zit. AO-Kommentar-BEARBEITER).
- KNAUER CHRISTOPH / SCHOMBERG SÖREN, Cum/Ex-Geschäfte – kommen Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis an ihre Grenzen?, NStZ 2019, 305 ff.
- LACKNER KARL / KÜHL KRISTIAN / HEGER MARTIN, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2023 (zit. KommStGB-BEARBEITER).
- LEITNER WERNER / ROSENAU HENNING (Hrsg.), Nomos Kommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit. NK-WSS-BEARBEITER).
- LIEBEL-KOTZ SUSANNE, Verrechnungssteuerpraxis der ESTV bei Dividendenersatzzahlungen hinfällig, EXPERT Focus 4/2018, 294 ff.
- LUCKE STEFFEN / PÜSCHEL CAROLIN, BGH zu den im Urteil erforderlichen Feststellungen zum täuschungsbedingten Irrtum in Fällen des Betrugs gem. § 263 StGB zu Lasten von Unternehmen und Personenmehrheiten, Newsdienst Compliance 6/2019, 310003.
- MÄUSLI-AlLENSPACH PETER / OERTLI MATHIAS, Das schweizerische Steuerrecht – ein Grundriss mit Beispielen, 10. Aufl., Muri bei Bern 2020.
- MELCHIOR JÜRGEN, «Steuerhinterziehung», in: MATTHIAS ALBER *et al.* (Hrsg.), Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 63. Aufl. 2023.
- MISTELI JONAS, Dividenden-Stripping – Steuerrechtliche Aspekte einer Verschiebung von Aktien über den Dividendenstichtag mittels börslicher Kassageschäfte, Sell/Buy-Back, Repo und Securities-Lending, Diss. St. Gallen 2001.
- MOES CHRISTOPH, Cum/Ex: Rechtserzeugung im Grenzgebiet von Zivil-, Steuer- und Strafrecht, JZ 75/2020, 529 ff.
- MOSBACHER ANDREAS, Steuerhinterziehung bei «Cum-ex» als gewerbsmässiger Bandenbetrug?, NJW 2021, 1916 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEIMGARTNER STEFAN (Hrsg.), Internationales Strafrecht (IRSG, GWÜ), Basel 2015 (zit. BSK IRSG-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 1. Bd., 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK StGB-BEARBEITER).
- OESTERHELT STEFAN, Entlastung von der Verrechnungssteuer nach StADG, StR 1/2022, 20 ff.
- PAREDES RODOLFO, Short & Shout – Insiderdelikt nach Schweizer Recht?, AJP 2020, 1103 ff.
- RAUH WOLFGANG, «Kapitalertragssteuer», MATTHIAS ALBER *et al.* (Hrsg.), in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 63. Aufl. 2023.

- SARTORIUS MATTHIAS / HENCKEL CHRISTOPH, Causa Cum/Ex finita? – Die steuerstrafrechtliche Bewertung von Cum Ex-Transaktionen nach den Grundurteilen von BGH und BFH, DStR 2022, 1022 ff.
- SARTORIUS MATTHIAS, Der Zweck heiligt die Mittel nicht, DStR 2021, 1597 ff.
- SPENGLER CHRISTOPH / EISGRUBER THOMAS, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum/Ex-Geschäften, DStR 2015, 785 ff.
- SPENGLER CHRISTOPH, Kollektivversagen: Cum/Cum, Cum/Ex und Hopp!, Wirtschaftsdienst 7/2017, 454 ff.
- SUNDE MARTINA, Auslieferung durch die Schweiz bei Steuerdelikten, NStZ 2022, 527 ff.
- TRECHSEL STEFAN / NOLL PETER / PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2017.
- TRECHSEL STEFAN / PIETH MARK (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. PK StGB-BEARBEITER).
- TSCHANNEN PIERRE / MÜLLER MARKUS / KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.
- WEBER MARTIN, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2022/2023, NJW 2023, 963 ff.
- ZWEIFEL MARTIN / BEUSCH MICHAEL / BAUER-BALMELLI MAJA (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), 2. Aufl., Basel 2012 (zit. BSK VStG-BEARBEITER).

Rechtsprechungsverzeichnis

Anmerkung: Die Zitation der Urteile in den entsprechenden Fussnoten erfolgt in abgekürzter Form, welche in der linken Spalte zu finden ist. Die Urteile sind nach Datum sortiert.

Schweizer Urteile

Amtlich publizierte Urteile des Bundesgerichts:

BGE 142 II 9	Urteil vom 22. November 2015
BGE 141 II 447	Urteil vom 5. Mai 2015 (Teil von BGer 2C_364/2012)
BGE 110 IV 24	Urteil vom 18. Januar 1984

Nicht amtlich publizierte Urteile des Bundesgerichts:

BGer 1C_3/2022	Urteil vom 16. Februar 2022
BGer 4A_297/2019	Urteil vom 29. Mai 2020
BGer 2C_123/2016	Urteil vom 21. November 2017
BGer 4A_308/2016	Urteil vom 28. Oktober 2016
BGer 6B_634/2008	Urteil vom 23. Oktober 2008

Bundesstrafgericht:

BStGer RR.2021.200	Entscheid vom 20. Dezember 2021
--------------------	---------------------------------

Bundesverwaltungsgericht:

BVGer A-4164/2020	Urteil vom 16. November 2022
BVGer A-5361/2013	Urteil vom 17. Dezember 2015 bestätigt durch BGer 2C_123/2016

Deutsche Urteile

Bundesverfassungsgericht:

BVerfG 2 BvR 2194/21	Beschluss vom 7. April 2022
----------------------	-----------------------------

Bundesgerichtshof:

BGH 1 StR 255/22	Beschluss vom 17. November 2022
BGH 1 StR 466/21	Beschluss vom 6. April 2022
BGH 1 StR 519/20	Urteil vom 28. Juli 2021

Bundesfinanzhof:

BFH I R 22/20	Urteil vom 2. Februar 2022
---------------	----------------------------

BFH I R 2/12	Urteil vom 16.04.2014
BFH I R 29/97	Urteil vom 15. Dezember 1999
Landesgerichte:	
OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20	Beschluss vom 9. März 2021
OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20	Beschluss vom 6. Mai 2021
LG Bonn 62 KLS 213 Js 41/19 – 1/19	Urteil vom 18. März 2020
OLG Stuttgart 5 U 98/17	Urteil vom 14. September 2018
Finanzgerichte:	
FG Köln 2 K 2672/19	Urteil vom 19. Juli 2019
FG Hessen 4 K 977/14	Urteil vom 10. März 2017
FG Hessen 4 K 1684/14	Urteil vom 10. Februar 2016
Nicht publizierte Urteile:	
LG Wiesbaden 6 KLS 1111 Js 18753/21	Urteil vom 30. Mai 2023
LG Frankfurt am Main 5/24, KLS 17/19	Urteil vom 7. November 2022
LG Wiesbaden 6 KLS 1111 Js 27125/12	Urteil vom 1. November 2022

Verzeichnis der Internetquellen

Anmerkung: Die Internetquellen werden in den Fussnoten in abgekürzter Form zitiert, welche in der Klammer nach der Quelle ersichtlich ist.

4. Untersuchungsausschuss des deutschen Bundestages, Cum/Ex-Ausschuss übergibt Abschlussbericht an Norbert Lammert, Internet: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw25-pa-ua-cum-ex-untersuchungsbericht-511316> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. 4. Untersuchungsausschuss, Abschlussbericht).

4. Untersuchungsausschuss des deutschen Bundestages, Cum/Ex-Ausschuss: Fraktionen ziehen unterschiedliche Schlüsse, Internet: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw32-cum-ex-bilanz-515880> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. 4. Untersuchungsausschuss, Schlüsse).

BARMETTLER STEFAN, Sarasin-Streit: 10 Millionen Franken für Maschmeyer, Handelszeitung vom 10.06.2015, Internet: <https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/sarasin-streit-10-millionen-franken-fuer-maschmeyer-796027> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. BARMETTLER, Handelszeitung vom 10.06.2015).

BENDER RENÉ / IWERSEN SÖNKE / VOTSMEIER VOLKER, Cum-Ex-Prozessaufakt ohne Hauptangeklagten: «Hanno Berger kann und wird nicht erscheinen», Handelsblatt online vom 25.03.2021, Internet: <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/steuerskandal-cum-ex-prozessaufakt-ohne-hauptangeklagten-hanno-berger-kann-und-wird-nicht-erscheinen/27039416.html%20> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. BENDER ET. AL.).

Dejure.org, Übersicht Rechtsprechung BVerfG, 07.04.2022 – BvR 2194/21, Internet: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=07.04.2022&Aktenzeichen=2%20BvR%202194/21> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Dejure.org Übersicht vom 07.04.2022).

Dejure.org, Übersicht Rechtsprechung BVerfG, 19.01.2022 – 2 BvR 1872/21, Internet: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=19.01.2022&Aktenzeichen=2%20BvR%201872/21> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Dejure.org Übersicht vom 19.01.2022).

Dejure.org, Übersicht Rechtsprechung BVerfG, 22.11.2021 – 2 BvR 1872/21, Internet: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=22.11.2021&Aktenzeichen=2%20BvR%201872/21> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Dejure.org Übersicht vom 22.11.2021).

DITTLI MARK, Denn sie wussten, was sie tun, Republik vom 18.01.2018, Internet: <https://www.republik.ch/2018/10/18/cum-ex-files-der-kommentar> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2023) (zit. DITTLI, Republik vom 18.01.2018).

GRUHNWALD SYLKE / HAUPTMEIER ARIEL / MILLER ANNA, Der 55-Milliarden-Coup, Republik online vom 18.10.2018, Internet: <https://www.republik.ch/2018/10/18/cum-ex-files> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. GRUHNWALD ET. AL., Republik vom 18.10.2018).

Handelsblatt online vom 13.04.2017, Commerzbank akzeptiert Cum-Ex-Urteil, Internet: <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/dubiose-aktiendeals->

- commerzbank-akzeptiert-cum-ex-urteil/19670446.html (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Handelsblatt, Commerzbank).
- Hochschule Luzern, Ressourcen für empirische Methoden, Auswahl der Erhebungsmethode, Internet: <https://www.empirical-methods.hslu.ch/forschungsprozess/qualitative-forschung/auswahl-der-erhebungsmethode/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Hochschule Luzern).
- HÖLTSCHI RENÉ, Cum-Ex-Skandal: Steueranwalt Hanno Berger in der Schweiz festgenommen, NZZ online vom 09.07.2021, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/cum-ex-skandal-steueranwalt-hanno-berger-in-der-schweiz-festgenommen-ld.1634858> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. HÖLTSCHI, NZZ vom 09.07.2021).
- HÖLTSCHI RENÉ, Die Schweiz liefert den mutmasslichen Cum-Ex-Drahtzieher Hanno Berger an Deutschland aus, NZZ online vom 22.02.2022, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/die-schweiz-liefert-den-mutmasslichen-cum-ex-drahtzieher-hanno-berger-nach-deutschland-aus-ld.1671135> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. HÖLTSCHI, NZZ vom 22.02.2022).
- IWERSEN SÖNKE / VOTSMEIER VOLKER, Die Deutsche Bank hat im Cum-Ex-Skandal viele Rollen gespielt – und erheblich profitiert, Handelsblatt online vom 08.02.2021, Internet: <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/aufarbeitung-der-steuer-erfaere-die-deutsche-bank-hat-im-cum-ex-skandal-viele-rollen-gespielt-und-erheblich-profitiert/26887278.html> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. IWERSEN/VOTSMEIER, Handelsblatt).
- LAHRTZ STEPHANIE, Die Bank Safra Sarasin verliert gegen den Drogeriekönig Müller, NZZ online vom 14.09.2018, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/safra-sarasin-verliert-erneut-gegen-drogeriekoenig-mueller-ld.1420107> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. LAHRTZ, NZZ vom 14.09.2018).
- Legal Tribune Online vom 07.11.2022, Haftstrafen für Maple-Banker, Internet: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/cum-ex-urteil-maple-bank-haftstrafen-manager-lg-frankfurt/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. LTO vom 07.11.2022).
- Legal Tribune Online vom 15.03.2022, BFH erteilt Cum-Ex eine Absage, Internet: <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/bfh-urteil-cum-ex-revision-pensionsfonds-steuerhinterziehung-dividenden-aktien/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. LTO vom 15.03.2022).
- Legal Tribune Online vom 17.09.2018, Drogerie-Unternehmer Müller erhält Millionen-Entschädigung, Internet: <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/olg-stuttgart-5u9817-mueller-gegen-sarasin-anlageberatung-sheridan-fonds> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. LTO vom 17.09.2018).
- Legal Tribune Online vom 19.03.2020, Cum-Ex ist strafbar – dennoch milde Urteile, Internet: <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/landgericht-bonn-62kls119-urteil-straftprozess-cum-ex-strafbar-bewaehrungsstrafen-einbeziehung-warburg-corona/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. LTO vom 19.03.2020).
- Legal Tribune Online vom 28.07.2021, Cum-Ex-Deals sind Steuerhinterziehung, Internet: <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/bgh-1str51920-erstes-urteil-cum-ex-deals-steuerhinterziehung-revision-warburg-boersenhaendler-straftprozess/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. LTO vom 28.07.2021).

- MATUSSEK KARIN, Die Frau, die den Banken im Cum-Ex-Skandal das Fürchten lehrt, Capital Wirtschaft & Politik vom 19.08.2022, Internet: <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/anne-brorhilk-lehrt-den-banken-im-cum-ex-skandal-das-fuerchten-31825748.html> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. MATUSSEK, Capital vom 19.08.2022).
- Medienmitteilung ESTV, Steuerrückbehalt in der Schweiz (Formulare 160 und 198), Internet: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/verrechnungssteuer/vst-abrechnen/vst-formulare/steuerrueckbehalt-160-198.html> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Medienmitteilung ESTV).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Als die Schweiz noch ein Rechtsstaat war, NZZ vom 13.09.2021, Internet: <https://www.nzz.ch/meinung/als-die-schweiz-noch-ein-rechtsstaat-war-ld.1642876> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. NIGGLI, NZZ).
- NZZ online vom 19.03.2021, Entscheidung in der Cum-Ex-Affäre: Dem in die Schweiz geflohenen Steueranwalt Hanno Gerber drohen 15 Jahre Haft, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/entscheidung-in-der-cum-ex-ffaere-dem-in-die-schweiz-geflohenen-steueranwalt-hanno-berger-drohen-15-jahre-haft-ld.1607612> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. NZZ online vom 19.03.2021).
- OTT KLAUS / SUCKOW MARTIN, Hypo-Vereinsbank gibt dubiose Aktiengeschäfte zu, tagesschau.de, Internet: <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/cum-ex-101.html> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. OTT/SUCKOW, Tagesschau).
- Presseservice des Bundesfinanzhofs, Pressemitteilungen vom 15.03.2022, Sog. Cum-Ex-Geschäfte: Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien, Nummer 099/22 – Urteil vom 02.02.2022, Internet: <https://www.bundesfinanzhof.de/de/presse/pressemeldungen/detail/sog-cum-ex-geschaefte-uebergang-des-wirtschaftlichen-eigentums-beim-handel-mit-aktien/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Pressemitteilung Bundesfinanzhof).
- SCHMIDBAUER STEFAN, Zweites Urteil gegen Hanno Berger, Legal Tribune Online vom 30.05.2023, Internet: <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/kg-wiesbaden-prozess-6kls1111js1875321-cum-ex-urteil-hanno-berger/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. SCHMIDBAUER, LTO).
- SCHUMACHER PASCAL, Steuertricks der Banken: Bund blockiert 900 Millionen Franken, SRF News Wirtschaft online vom 06.08.2021, Internet: <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/illegale-steuertricks-steuertricks-der-banken-bund-blockiert-900-millionen-franken> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. SCHUMACHER, Steuertricks Banken).
- SCHUMACHER PASCAL, Thomas Müllers heikle Cum-Ex-Vergangenheit, SRF News Wirtschaft vom 03.12.2021, Internet: <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/raiffeisen-thomas-muellers-heikle-cum-ex-vergangenheit> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. SCHUMACHER, Thomas Müller).
- SCHUMACHER PASCAL, Über 7 Milliarden hat die Schweiz durch Steuertricks verloren, SRF News Wirtschaft vom 22.10.2021, Internet: <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/steuertricks-der-banken-ueber-7-milliarden-hat-die-schweiz-durch-steuertricks-verloren> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. SCHUMACHER, 7 Milliarden).
- Wolters Kluwer Online, FG Hessen: Urteil zu Cum/ex-Aktiengeschäften rechtskräftig – keine Gesetzeslücke vorhanden, die zur doppelten Anrechnung von Kapitalertragsteuer berechtigt <https://research.wolterskluwer-online.de/news/ff5fe63c-27c6-4216-891e-581ceafc69ae> (zuletzt abgerufen am 19.11.2023) (zit. Pressemitteilung FG Hessen).

Materialienverzeichnis

Anmerkung: Die Materialien werden in den Fussnoten in abgekürzter Form zitiert, welche in der Klammer nach der Materialie ersichtlich ist.

Anfrage BADRAN (17.1009) «Höhe der Steuerausfälle durch Dividend Stripping und Massnahmen dagegen» vom 16. März 2017 (zit. Anfrage BADRAN (17.1009)).

BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009, IV C 1 – S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, S. 631-632 (zit. BMF-Schreiben).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971, BBl 1971, 1971 I 993 ff. (zit. Botschaft 1971 VStrR).

Botschaft zu einer Änderung des Verrechnungssteuergesetzes (Stärkung des Fremdkapitalmarkts) vom 14. April 2021, BBl 2021, 976 ff. (zit. Botschaft 2021 VStG).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Durchführung von internationalen Abkommen im Steuerbereich (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Durchführung von zwischenstaatlichen Abkommen des Bundes zur Vermeidung der Doppelbesteuerung) vom 4. November 2020, BBl 2020, 9219 ff. (zit. Botschaft 2020 StADG).

Botschaft zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionsrecht vom 25. April 2018, BBl 2018, 2827 ff. (zit. Botschaft 2018 Strafrahmen).

Conseil d'Etat Vaud, Réponse du Conseil d'Etat à l'interpellation Alexandre Rydlo et consorts – Scandale de l'arbitrage/dépouillement des dividendes CumCum et CumEx (CumEx-Files) : Quelle est l'implication de la BCV dans cette fraude fiscale et quelles sont les pertes fiscales exactes qu'a subies le Canton de Vaud ?, Sitzung vom 17. November 2021, 20_REP_81 (zit. Conseil d'Etat Vaud).

Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Artikel 44 des Grundgesetzes Beschlussempfehlung vom 19. Juni 2017, Drucksache 18/12700 (zit. Abschlussbericht Untersuchungsausschuss).

Geschäft des Bundesrates (21.024), Verrechnungssteuergesetz. Stärkung des Fremdkapitalmarkts (zit. Geschäft des Bundesrates (21.024)).

Interpellation BADRAN (19.3339) «Inwieweit ist die Schweiz von Cum-Ex- und Cum-Cum-Geschäften betroffen?» vom 22. März 2019 (zit. Interpellation BADRAN (19.3339))

Interpellation BERSET (07.3482) «Dividend-Stripping» vom 22. Juni 2007 (zit. Interpellation BERSET (07.3482)).

Interpellation FEHR (07.3369) «Dividend-Stripping» vom 20. Juni 2007 (zit. Interpellation FEHR (07.3369)).

Kreisschreiben Nr. 13 der ESTV vom 1. Januar 2018 betreffend Securities Lending and Borrowing-Geschäft sowie Repo-Geschäft als Gegenstand der Verrechnungssteuer, ausländischer Quellensteuern, der Stempelabgaben und der direkten Bundessteuer (zit. ESTV, KS 13).

- Kreisschreiben Nr. 13 der ESTV vom 1. September 2006 betreffend Securities Lending- und Repo-Geschäft als Gegenstand der Verrechnungssteuer, ausländischer Quellensteuern, der Stempelabgaben und der direkten Bundessteuer (zit. ESTV, alt KS 13).
- Kreisschreiben Nr. 21 der ESTV vom 1. April 2008 betreffend Belege für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei Ertragsgutschriften ausländischer Banken (zit. ESTV, KS 21).
- Motion TSCHÜMPERLIN (14.3509) «Verrechnungssteuerrückforderungen durch Dividend Stripping mit klaren gesetzlichen Grundlagen stoppen» vom 19. Juni 2014 (zit. Motion TSCHÜMPERLIN (14.3509)).
- Regierungsrat Kanton Zürich, Auszug aus dem Protokoll der Geschäftsleitung des Kantonsrates des Kantons Zürich, Anfrage (Cum-Cum- und Cum-Ex-Geschäfte auf dem Finanzplatz Zürich) Sitzung vom 2. November 2017 KR-Nr. 196/2017 (zit. Regierungsrat Zürich, Antwort Bankrat).
- Regierungsrat Kanton Zürich, Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, 957. Anfrage (Cum-Cum- und Cum-Ex-Geschäfte auf dem Finanzplatz Zürich), Sitzung vom 25. Oktober 2017, KR-Nr. 196/2017 (zit. Regierungsrat Zürich, Anfrage).
- SPENGLER CHRISTOPH, Darlegung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, welche bei sogenannten Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen zur mehrfachen Erstattung bzw. Anrechnung von tatsächlich nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer bzw. bis zur Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens nur einmal gezahlter Körperschaftsteuer führten - Sachverständigungsgutachten nach § 28 PUAG für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, 27. Juli 2016 (zit. SPENGLER, Gutachten).

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Cum/Ex-Transaktion erster Schritt.....	6
Abbildung 2: Cum/Ex-Transaktion zweiter Schritt.....	6
Abbildung 3: Cum/Ex-Transaktion dritter Schritt.....	7
Abbildung 4: Cum/Ex-Transaktion vierter Schritt	8

Abkürzungsverzeichnis

§/§§	Paragraf/Paragrafen
aBRB 62	Verordnung über Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 14. Dezember 1962 (SR 672.202)
Abs.	Absatz
abzgl.	abzüglich
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
al.	alinea (von vorne)
AO/DE	Abgabenordnung vom 1. Oktober 2002 (FNA 610-1-3)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
aStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Stand am 1. Januar 1993 (SR 311.0)
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BCV	Banque Cantonale Vaudoise
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet(e)
BFH	Deutscher Bundesfinanzhof
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110)
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BRB	Bundesratsbeschluss
BSK	Basler Kommentar
bspw.	Beispielsweise
BStBl	Bundessteuerblatt (Deutschland)
BStGer	Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
CS	Crédit Suisse

d.h.	das heisst
DBA CH-GB	Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Grossbritannien (SR 0.672.936.712)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DE	Deutschland
Diss.	Dissertation
DStR	Deutsches Steuerrecht
E.	Erwägung
EAUe	Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 20. März 1967 (SR 0.353.1)
ESTG/DE	Einkommenssteuergesetz vom 8. Oktober 2009 (FNA 611-1)
et. al.	et alia (und andere)
F.	Frage
f./ff.	und folgende/fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fussnote
gem.	gemäss
gl. A.	gleiche(r) Ansicht
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin/Herausgeberinnen
i.c.	in casu (in diesem Fall)
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
ibd.	ibidem (dt.: ebenda)
insb.	insbesondere
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (SR 351.1)
KR	Kantonsrat
KS	Kreisschreiben
LG	Landesgericht
lit.	litera (dt.: Buchstabe)
LTO	Legal Tribunal Online
m.a.W.	mit anderen Worten
Mio.	Million(en)

MüKo	Münchener Kommentar
N	Note/Randziffer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NWB	Neue Wirtschaftsblätter
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OWiG/DE	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 19. Februar 1987 (FNA 454-1)
PK	Praxiskommentar
PUAG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (Untersuchungsausschussgesetz) (FNA 1101-10)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SSR	Schriften zum Steuerrecht
St.	Sankt
StADG	Bundesgesetz über die Durchführung von internationalen Abkommen im Steuerbereich vom 18. Juni 2021 (SR 672.2)
STGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB/DE	Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (FNA 450-2)
StR	Steuer Revue
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
vgl.	vergleiche
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
WSS	Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Ziff.	Ziffer
Zit.	zitiert

ZKB	Zürcher Kantonalbank
ZStP	Zürcher Steuerpraxis
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

§ 1 Einleitung

I. Ausgangslage*

«Der 55-Milliarden-Coup», «Cum/Ex-Files» waren die bei den Zeitungen üblichen Schlagzeilen, als die Problematik der Cum/Ex-Geschäfte¹ an die Öffentlichkeit gelang. Mittels Cum/Ex-Geschäften und anderen Formen des Dividendenstrippings gingen dem deutschen Staat allein 32 Milliarden Euro verloren, in ganz Europa seien es um 55 Milliarden Euro.² Die mediale Aufmerksamkeit war entsprechend hoch.³ Cum/Ex-Geschäfte haben zu Steuerschäden in Millionenhöhe geführt, indem die Kapitalertragssteuer doppelt zurückerstattet wurde, obwohl sie nur einmal an den Fiskus abgeführt wurde.⁴ Dabei waren auch einige Banken in diese Geschäfte involviert. Die Hypo-Vereinsbank (HVB) hatte Cum/Ex-Geschäfte vor allem über die Londoner Tochterfirma abgewickelt und hatte versucht sich insgesamt 85 Mio. Euro mittels dieser Geschäfte erstatten zu lassen.⁵ Auch hat die Commerzbank, als Nachfolgerin der Dresdner Bank, sich 75 Mio. Euro zurückerstatten lassen wollen, unterlag aber bei Gericht und akzeptierte das Urteil.⁶ Weiter gab es bei der Deutschen Bank eine Razzia und mehr als 70 Mitarbeiter wurden beschuldigt, worunter auch drei ehemalige Vorstände waren.⁷

Dass diese Geschäfte getätigt wurden und es nicht offensichtlich war, dass es illegal ist, wenn eine Steuer rückerstattet wird, welche nicht vorher dem Fiskus überwiesen wurde, erstaunt.⁸ Dafür ursächlich waren vor allem die Befürworter solcher Geschäfte in Deutschland, welche deren steuerliche Zulässigkeit mitunter mit dem Argument vertraten, der Gesetzgeber habe das Problem gekannt und trotzdem eine Lücke im Gesetz gelassen.⁹ Seit dem die deutschen Strafverfolgungsbehörden von diesen Geschäften erfahren haben, gab es über 1000 Beschuldigte.¹⁰ Bei bundesweit eingeführten Strafverfahren wurde insb. gegen Broker, Banker, Rechtsanwälte, steuerliche Berater und andere Akteure im Finanzmarkt ermittelt.¹¹ Spätestens mit einem 2021 ergangenen Entscheid des Bundesgerichtshofs (BGH) ist die Rechtslage in Deutschland endgültig klar: Cum/Ex-Geschäfte erfüllen nach Ansicht des Gerichts den Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO/DE.¹²

* Ich bedanke mich ganz herzlich bei meinem Referent Prof. Dr. Marc Forster und seiner Ideengebung, sowie meiner Korreferentin Prof. Dr. Nora Markwalder. Ein weiteres Dankeschön gilt der SBVg, welche mir die relevanten SBVg-Zirkulare zur Verfügung stellte.

¹ In der Lehre wird zwischen Cum/Ex-Geschäften mit Inhaberverkäufen oder mit Leerverkäufen unterschieden (s. SPENGLER, Gutachten, 3). In dieser Arbeit werden nur die Geschäfte mit Leerverkäufen behandelt und mit dem Begriff «Cum/Ex-Geschäft» gemeint.

² DITTLI, Republik vom 18.10.2018.

³ ADICK/LINKE, 229.

⁴ SARTORIUS, 1597.

⁵ OTT/SUCKOW, Tagesschau.

⁶ Handelsblatt, online.

⁷ IWERSEN/VOTSMEIER, Handelsblatt.

⁸ EMMENEGGER ET. AL., 214.

⁹ SARTORIUS, 1597.

¹⁰ SARTORIUS, 1597.

¹¹ ADICK, § 370 N 6.

¹² BGH 1 StR 519/20, Regeste.

In der Schweiz gab es bisher keinen solchen Entscheid und auch keine massenhaften Beschuldigten. Die Schweiz war dennoch von Dividendenstripping betroffen und Berechnungen gehen von einem Steuergeldverlust in Höhe von rund 4,8 Mio. Euro aus.¹³ Es erschienen auch die Namen verschiedener Schweizer Banken, wie etwa die UBS, die Crédit Suisse (CS), die Bank J. Safra Sarasin, oder die Zürcher Kantonalbank (ZKB) im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften.¹⁴ Dabei liess vor allem die Privatbank J. Safra Sarasin in den Medien von sich reden, da sie ihren Kunden empfahl, in Fonds zu investieren, welche auf einem Cum/Ex-Modell basierten.¹⁵

II. Zielsetzung und Aufbau

In dieser Arbeit wird die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften nach dem deutschen und schweizerischem Strafrecht untersucht. Ziel ist es dabei, durch eine Einführung in die Systematik der Cum/Ex-Geschäfte und die Erklärung der wichtigsten Gesetzesbestimmungen und Entscheide einen rechtlichen Überblick über Cum/Ex-Geschäfte in Deutschland und in der Schweiz zu bieten. Den Hintergrund dazu bieten die gesetzliche Entwicklung und wichtige Gerichtsentscheide. Um das Bild zu vervollständigen, wird auch die Behandlung der Cum/Ex-Geschäfte von der Politik erwähnt.

Den Anfang bilden Definitionen und Grundlagen zu den Cum/Ex-Geschäften. Daraufhin wird auf die Situation in Deutschland eingegangen. Dabei werden sowohl gesetzliche als auch politische und gerichtliche Entwicklungen aufgezeigt. Darauf folgen die Auslegung wichtiger Gesetzesartikel und ein Zwischenfazit der Strafbarkeit in Deutschland. In einem zweiten Teil wird die Thematik der Strafbarkeit solcher Geschäfte nach schweizerischem Recht behandelt. Auch hier wird im Beginn auf die gesetzliche Entwicklung eingegangen. Weiter wird eine politische und gerichtliche Übersicht zum Thema Cum/Ex gegeben. Daraufhin folgt eine Auslegung der wichtigsten einschlägigen Artikel im Schweizer Strafrecht.¹⁶ Nach einem Zwischenfazit der Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften in der Schweiz bildet ein Fazit den Abschluss, welches die Situation von Cum/Ex-Geschäften in Deutschland und in der Schweiz zusammenfasst. Damit wird eine Übersicht über die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften in Deutschland und in der Schweiz gegeben.

¹³ SCHUMACHER, 7 Milliarden.

¹⁴ SCHUMACHER, 7 Milliarden.

¹⁵ SCHUMACHER, Thomas Müller.

¹⁶ Leserhinweis: Die Autorin verzichtet aus Platzgründen auf die Verwendung von Doppelbezeichnungen. Die maskuline Form schliesst selbstredend immer auch die feminine ein, und umgekehrt.

§ 2 Definitionen und Grundlagen

I. Definitionen

Die Definitionen behandeln den Aufbau der betroffenen Steuer bei Cum/Ex-Geschäften in der Schweiz und Deutschland.

A. Die Schweizer Verrechnungssteuer

In der Schweiz wird nach Art. 1 Abs. 1 VStG eine Verrechnungssteuer auf dem Ertrag von beweglichem Kapitalvermögen erhoben.

Die Inhaber von Beteiligungsrechten erhalten i.d.R. Gewinn- und Reserveausschüttungen in der Form von Dividenden. Werden Dividenden von einem inländischen Emittenten ausgeschüttet, sind sie nach Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG Gegenstand der Verrechnungssteuer. Nach Art. 13 Abs. 1 lit. a VStG beträgt diese 35% der steuerbaren Dividendenleistung.¹⁷ Dazu wird die Dividende gem. Art. 14 Abs. 1 VStG bei deren Auszahlung, Überweisung, Gutschrift oder Verrechnung um den Verrechnungssteuerbetrag gekürzt. Ein inländischer Aktionär kann sodann mit der kantonalen Steuererklärung unter den Voraussetzungen von Art. 21 ff. VStG die Rückerstattung der Verrechnungssteuer beantragen.¹⁸ Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer hängt von der Deklaration der Dividendeneinnahme in der Steuererklärung ab, womit der Verrechnungssteuer im inländischen Verhältnis eine Sicherungsfunktion zukommt. Denn als Erträge aus beweglichem Vermögen unterliegen Dividenden der Einkommenssteuer auf Bundes- (s. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG) wie auch auf kantonaler Ebene (s. Art. 2 Abs. 1 StHG).¹⁹ Für eine natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland ist die Verrechnungssteuer dagegen grundsätzlich eine echte Belastung an der Quelle, da ohne ein entsprechendes Doppelbesteuerungsabkommen die persönlichen Voraussetzungen zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht erfüllt werden können.²⁰

B. Die Deutsche Kapitalertragssteuer

So wie in der Schweiz müssen auch Dividendenempfängerinnen in Deutschland einen Teil der Dividende dem Staat als Steuer abgeben (Kapitalertragssteuer).²¹ Die Kapitalertragssteuer stellt eine besondere Erhebungsform der deutschen Einkommenssteuer dar.²² Unter die Steuer fallen gewisse Erträge aus Kapitalvermögen wie z.B. Dividenden,²³ und seit 2007 auch sonstige Bezüge die der Dividende ähnlich sind.²⁴ Im Gesetz ist dies in § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG/DE i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG/DE festgelegt, sowie in § 8 Abs. 1 KStG/DE für dem Unterliegen der Dividenden als Kapitaleinkünfte der Körperschaftssteuer²⁵. Dabei wird die Steuer von den Kapitalerträgen abgezogen und der Finanzbehörde abgeführt und fungiert dabei als Abzugs- oder Quellensteuer. Der Schuldner der Kapitalerträge behält

¹⁷ CAHANNES, 277.

¹⁸ CAHANNES, 278.

¹⁹ CAHANNES, 278.

²⁰ Bertschinger (1995), 174, Reich (2012), § 29 N 68, BGer 2C_69/2009 vom 13. Juli 2009, E. 2.1 in: CAHANNES, 278.

²¹ ELLENBERGER, 1352.

²² RAUH, N 1.

²³ RAUH, N 1.

²⁴ KNAUER/SCHOMBERG, 308.

²⁵ MOES, 530.

die Steuer ein und führt diese ab an die Finanzbehörde. Dieser haftet auch für das Abführen und Einbehalten der Steuer.²⁶ Die Kapitalertragssteuer beträgt 25% des Kapitalertrags nach § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG/DE.

II. Grundlagen

Nachdem die zugrundeliegende Steuer bei Cum/Ex-Geschäften beschrieben wurde, wird nun die Struktur der Cum/Ex-Geschäfte untersucht. Dabei wird zuerst der Leerverkauf, welcher zentral für das Cum/Ex-Geschäft ist, erklärt, und anschliessend der Oberbegriff von Cum/Ex-Geschäften, Dividendenstripping.

A. Leerverkauf

Bei einem Leerverkauf handelt es sich um den Verkauf von Aktien, die im Zeitpunkt des Verkaufs noch nicht im Eigentum des Verkäufers sind.²⁷ Mit anderen Worten tätigt ein Aktienverkäufer einen Leerverkauf, wenn er zu dem Zeitpunkt, in dem er das Verpflichtungsgeschäft abschliesst, die zu liefernden Titel noch nicht hält.²⁸

B. Dividendenstripping

Dividendenstripping gilt als der Oberbegriff von Cum/Ex-Geschäften²⁹, weshalb dieses Grundschema nachfolgend zuerst erläutert wird.

Unter Dividendenstripping werden Aktientransaktionen verstanden, welche im Zeitraum um den Dividendenstichtag stattfinden, wobei «der Dividendenanspruch von der zugrundeliegenden Aktie getrennt wird»³⁰. Die Transaktion läuft aus Verkäufersicht so ab, dass der Eigentümer die Aktien mit (d.h., *cum*) Dividendenanspruch an den Erwerber verkauft. Dieser erhält nach dem Dividendenstichtag die Dividende und veräussert die Aktien ohne (d.h., *ex*) Dividendenanspruch weiter, i.d.R. zurück an den ursprünglichen Verkäufer.³¹ Das Ziel des Dividendenstrippings ist es, eine Steuerminderung zu erreichen, indem Aktien von einer nicht steuerlich privilegierten Person auf einen steuerlich privilegierten Erwerber transferiert und wieder zurückübertragen werden.³² Dadurch wird erreicht, dass die Besteuerung auf der Dividende tiefer ausfällt und der Verkäufer eine Steuerersparnis erzielt.³³

Das «klassische» Dividendenstripping, unter dem Cum/Cum-Geschäfte zu verstehen sind,³⁴ wird üblicherweise von einem Steuerausländer initiiert. Denn diesem wird die Kapitalertragssteuer auf den Kapitalerträgen abgezogen, jedoch erhält dieser keine Bescheinigung der Kapitalertragssteuer und kann diese auch nicht rückerstattet bekommen. Daher verkauft der Steuerausländer seine Aktie mit Dividen-

²⁶ RAUH, N 1.

²⁷ BVGer A-5361/2013, E. 4.3.3.

²⁸ ESTV, KS 21, 2.

²⁹ SPENGLER, Gutachten, 3.

³⁰ SPENGLER, Gutachten, 3.

³¹ SPENGLER, Gutachten, 3; SPENGLER, 454.

³² MOES, 532.

³³ MISTELI, 4.

³⁴ LG Bonn 62 KLs 213 Js 41/19 - 1/19, N 48.

denanspruch kurz vor dem Dividendenstichtag an einen Steuerinländer. Dieser erhält eine Bescheinigung und die Steuer rückerstattet. Nach dem Dividendenstichtag kauft der Steuerausländer die Aktie wieder zurück und der Steuerinländer erhält eine Vergütung in wenigen Prozenten.³⁵

Cum/Cum-Geschäfte, sind regelmässig Inhabergeschäfte, d.h. der Verkäufer ist der zivilrechtliche Eigentümer der Aktien. Die Geschäfte gestalten sich so, dass die Aktien mit (d.h., *cum*) Dividendenanspruch erworben wird und auch mit (d.h., *cum*) Dividendenanspruch geliefert wird.³⁶ Der Steuerinländer wurde am Anfang der 2000er Jahren, nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesfinanzhof (BFH),³⁷ noch als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen,³⁸ auch wenn die Aktie erst *ex* Dividende in sein Depot gebucht wurde. In der Schweiz gab und gibt es auch Cum/Cum-Geschäfte. Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung aber, wurde in den bisherigen Verfahren zugunsten der ESTV entschieden.

Während es bei dieser Art von Steuerminderung darum geht, die unterschiedliche Besteuerung der Individuen, welche Eigentümer der Aktien sind, zu nutzen, geht es bei Cum/Ex-Geschäften vorerst darum durch Aktientransaktionen rund um den Dividendenstichtag, Steuerrückerstattungen zu erzielen, welche die vorher einbezahlten Steuern übertreffen.³⁹

C. Cum/Ex-Geschäfte

Die Grundlage des Geschäfts ist, dass der Empfänger einer Dividende, Verrechnungs- bzw. Kapitalertragssteuer bezahlen muss. Für diese Steuer erhält der Empfänger eine Bescheinigung, die ihn dazu berechtigt, unter gewissen Umständen die entrichtete Steuer zurückzufordern.⁴⁰ Mittels komplexer Transaktionen rund um den Dividendenstichtag wurden Bescheinigungen für die gleichen Aktien ausgestellt.⁴¹ Und so kam es, dass mehr Verrechnungs- bzw. Kapitalertragsteuern zurückerstattet als einmal entrichtet wurden.⁴²

Zur besseren Veranschaulichungen folgt ein Beispiel nach ELLENBERGER mit den deutschen Begrifflichkeiten. Dieses Beispiel präsentiert die Grundzüge der Cum/Ex-Geschäfte auf vereinfachte Weise. Um die gesetzlichen Entwicklungen später besser zu verstehen, wird hier zwischen Variante A und B unterschieden. Variante A entspricht folgender Konstellation:

³⁵ KNAUER/SCHOMBERG, 305,306.

³⁶ SPENGLER, Gutachten, 4; für gesetzliche Entwicklungen bzgl. Cum/Cum-Geschäften s. Moes, 532, FN 18 m.w.H.

³⁷ BFH I R 29/97; weitere Ausführungen s. Erster Teil:§ 31.A.

³⁸ BFH I R 29/97, N 38,39 in: KNAUER/SCHOMBERG, 306.

³⁹ SPENGLER, Gutachten, 4.

⁴⁰ ELLENBERGER, 1352.

⁴¹ ELLENBERGER, 1352.

⁴² SPENGLER, Gutachten, 14.

Die Aktien der Z AG gehören zurzeit Investor A (Dritter). Investor C (Leerverkäufer), dem diese Aktien erst künftig gehören werden, verkauft diese nun in Form eines sog. Leerverkaufs vor dem Dividendenstichtag der Aktien, mit (*cum*) Dividendenanspruch an Investor B (Leerkäufer).⁴³

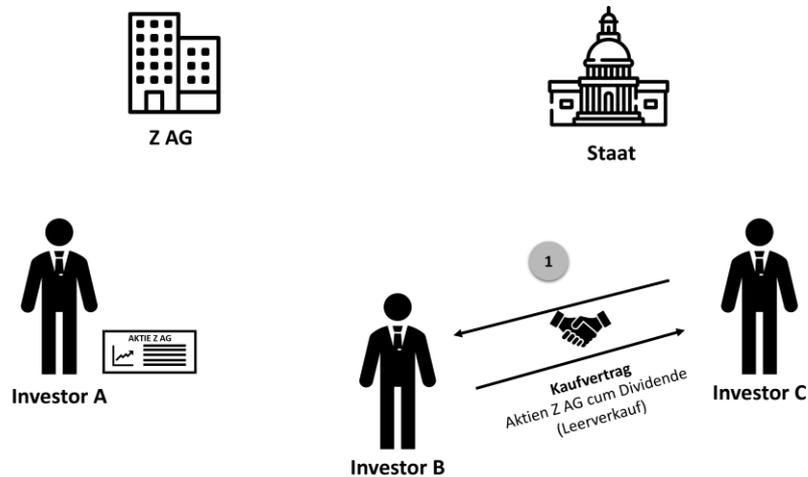


Abbildung 1: Cum/Ex-Transaktion erster Schritt (Ellenberger, 1352).

Am Dividendenstichtag schüttet die Z AG die Dividende aus, überweist dabei Investor A 75% der Dividende und führt die zu entrichtende Kapitalertragssteuer von 25% der Dividende an den Staat ab. Investor A ist ohne Zweifel zu diesem Zeitpunkt zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer.⁴⁴ Für die entrichtete Kapitalertragssteuer erhält Investor A von seiner Depotbank eine Kapitalertragssteuerbescheinigung, mit der er später, unter gewissen Umständen, die Kapitalertragssteuer zurückfordern kann.

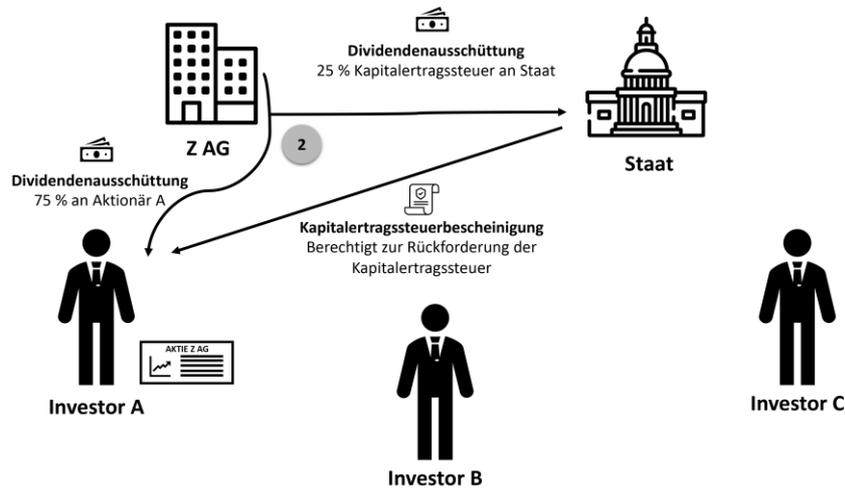


Abbildung 2: Cum/Ex-Transaktion zweiter Schritt (Ellenberger, 1352).

⁴³ ELLENBERGER, 1352.

⁴⁴ ELLENBERGER, 1352.

Investor A verkauft nach dem Tag der Dividendenausschüttung die Aktien an Investor C, jedoch ohne (*ex*) Dividende. Investor C überträgt die Aktien weiter an Investor B und zahlt ihm eine Dividendenkompensation, weil die Aktien ohne Dividende weniger wert sind und Investor C die Aktien mit Dividende an B verkauft hat. Die Dividendenkompensationszahlung⁴⁵ entspricht der Höhe nach der Nettodividende, d.h. die Dividende abzgl. der Kapitalertragssteuer.⁴⁶ Die Depotbank⁴⁷ kann in diesem Zusammenhang nicht abstrahieren, dass es sich nicht um die reguläre Nettodividende handelt, sondern um eine Dividendenkompensationszahlung und stellt eine Bescheinigung aus. So erhält auch Investor B eine Kapitalertragssteuerbescheinigung, obwohl dabei keine Kapitalertragssteuer an den Fiskus gezahlt wurde.⁴⁸

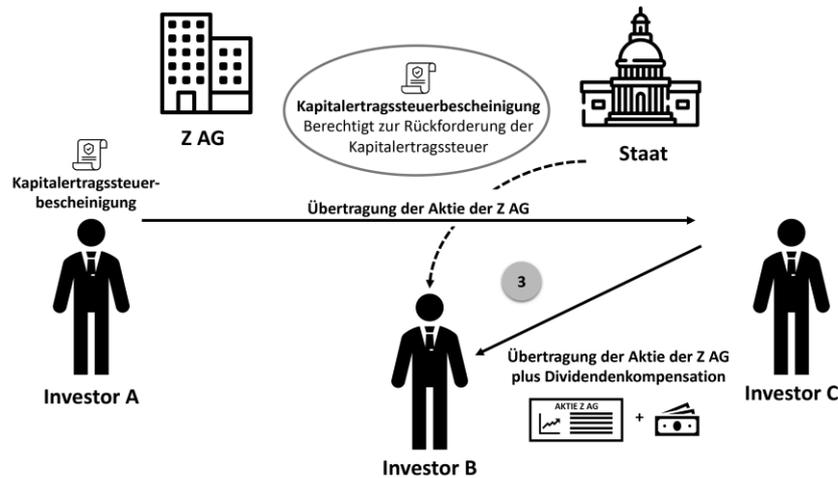


Abbildung 3: Cum/Ex-Transaktion dritter Schritt (Ellenberger, 1352).

Nachdem Investor B die Kapitalertragssteuer erhält, verkauft er die Aktien wieder zurück an Investor A auch ohne Dividende. Damit ist wieder die Ausgangslage hergestellt, jedoch mit dem Unterschied, dass zwei Kapitalertragssteuerbescheinigungen vorhanden sind, welche zur Rückerstattung berechtigen, obwohl nur einmal von Investor A die Kapitalertragssteuer bezahlt wurde.⁴⁹ Die durch die Transaktion erhaltenen Profite teilten sich die Akteure mittels Kurssicherungsgeschäften auf.⁵⁰

⁴⁵ Diese Zahlung wird in der Schweiz Dividendenersatzzahlung oder auch mit dem englischen Begriff «manufactured dividend» (ESTV, KS 21), sowie mit dem Begriff Ausgleichszahlung (ESTV, alt KS 13) beschrieben.

⁴⁶ In Deutschland gibt es einen Solidaritätszuschlag, welcher auch von der Dividende abgezogen wird um die Nettodividende zu erhalten (BGH 1 StR 519/20). Für die Besprechung und der Verständlichkeit der Cum/Ex-Geschäfte und deren Strafbarkeit wird der Solidaritätszuschlag im weiteren Text der Arbeit nicht erwähnt.

⁴⁷ Für die genaueren technischen Ausführungen in der Schweiz s. BVGer A-5361/2013, E.4.1 bis E. 4.4. Für die genaueren technischen Ausführungen in Deutschland, sowie die mögliche Rolle des zentralen Kontrahenten s. SPENGLER/EISGRUBER, Kap. 3.2.1.5.2 und Kap. 5.2; SPENGLER, Gutachten, Kap. 2.3.

⁴⁸ ELLENBERGER, 1353.

⁴⁹ ELLENBERGER, 1353.

⁵⁰ BGH 1 StR 519/20, N. 7.

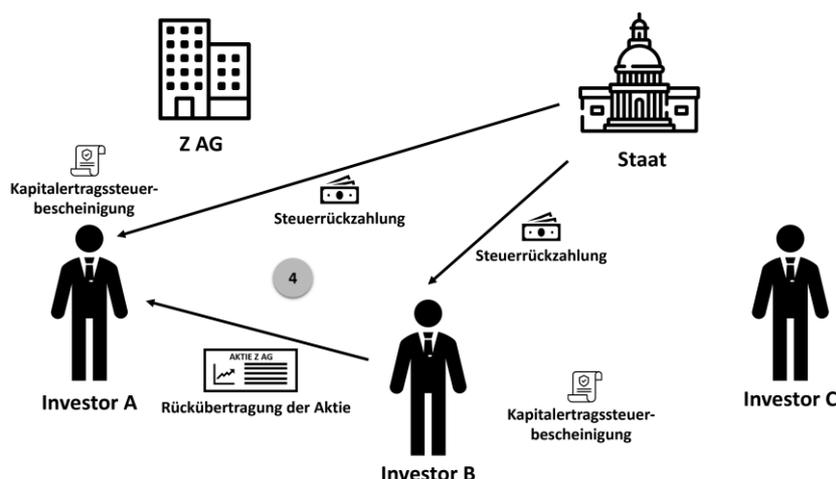


Abbildung 4: Cum/Ex-Transaktion vierter Schritt (Ellenberger, 1352).

So kam es, dass mit dem gleichen Aktienpaket zwei Kapitalertragssteuerbescheinigungen resultierten, wobei nur einmal Kapitalertragssteuer gezahlt wurde. Der Gewinn kam damit klar von den unberechtigten Erstattungen der Kapitalertragssteuer.⁵¹

Variante B dieser Geschäfte zeichnet sich dadurch aus, dass Investor C als Leerverkäufer die Aktien über eine ausländische Depotbank an Investor B als Leerkäufer verkauft und nicht über eine inländische Depotbank.

§ 3 Ausgangslage und gesetzliche Entwicklung in Deutschland

In diesem Kapitel wird die Entwicklung der Rechtslage bzgl. Cum/Ex-Geschäften in Deutschland aufgezeigt. Anschliessend werden wichtige Gerichtsverfahren in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte beleuchtet und die Reaktion der Politik erläutert. Dies soll als Kontext zur Betrachtung der Cum/Ex-Geschäfte und ihren Einfluss auf die Gesellschaft dienen.

I. Entwicklungen der Rechtslage

In der Lehre wurde die steuerrechtliche Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften kontrovers diskutiert. Befürworter der Legalität dieser Geschäfte argumentierten mit einer Gesetzeslücke im Zusammenhang mit der Kapitalertragssteuer, sodass Cum/Ex-Geschäfte bloss diese Lücke nutzen würden.⁵² Es sei am Gesetzgeber gelegen, diese Lücke zu schliessen, denn ihm sei die Nutzung der Lücke bekannt gewesen und er habe dies billigend in Kauf genommen. Auch deswegen sei die Kapitalertragssteuer zu erstatten und von einer strafrechtlichen Verantwortung dürfte keine Rede sein.⁵³ Diese Lücke sei vom Gesetzgeber im Jahr 2007 teilweise mittels der Kapitalertragssteuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen geschlossen worden. Aber erst ab 2012 sei diese Lücke komplett geschlossen worden.⁵⁴ Die gegensätzliche Meinung und die gesetzlichen Änderungen werden im Folgenden genauer erläutert.

⁵¹ BGH 1 StR 519/20, N. 7.

⁵² SPENGL, Gutachten, 64; SPENGL/EISGRUBER, 785.

⁵³ SPENGL/EISGRUBER, 785.

⁵⁴ SPENGL, Gutachten, 64.

A. Rechtslage bis 2007

Cum/Ex-Geschäfte kamen am Anfang des Jahrhunderts auf.⁵⁵ Die Ursache war ein unterschiedlich verstandenes Urteil des BFH vom 15.12.1999, aufgrund dessen, gewisse Marktteilnehmern auf die Zulässigkeit der Cum/Ex-Geschäfte schlossen.⁵⁶ In dem Urteil ging es um Aktien, die kurz vor dem Dividendenstichtag mit Dividendenanspruch veräußert und kurz darauf (teilweise am selben Tag)⁵⁷ mit Dividendenanspruch zurückgekauft wurden. Dabei agierte als Erstverkäufer ein Steuerausländer als Käufer und als Zweitverkäufer ein Steuerinländer, um die Kapitalertragssteuer zurückerstattet zu bekommen.⁵⁸ Im Entscheid ging es darum, ob das wirtschaftliche Eigentum in dieser kurzen Zeitspanne auf den Erwerber und dann wieder auf den Veräußerer übergehen konnte.⁵⁹ Der BFH kam zum Schluss, dass das wirtschaftliche Eigentum übergegangen sei, da ihm «nach den einschlägigen Börsenübancen und den üblichen Abläufen die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmässig nicht mehr entzogen werden [konnten]»⁶⁰. Die Grundsätze aus diesem Urteil übertrugen Akteure von Cum/Ex-Geschäften auf Leerverkäufe. Dabei wurde aber ausser Acht gelassen, dass sich die Grundsätze aus der Rechtsprechung des BFH auf den sog. Eigentümerverkauf bezogen. Im vorliegenden Urteil war der Verkäufer Eigentümer und Besitzer der Aktien die er veräußerte. Dies war und ist nicht der Fall bei Leerverkäufen bei Cum/Ex-Geschäften.⁶¹

Dem Bundesfinanzministerium wurde im Jahre 2002 vom Bundesverband deutscher Banken schriftlich bekannt gemacht, dass Cum/Ex-Geschäfte auf dem Markt üblich waren.⁶² Der Bankenverband schlug eine Gesetzesänderung vor, welche die Inanspruchnahme einer inländischen Depotbank auf Seite des Leerverkäufers betraf. Dabei empfahl er die Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragssteuer auch auf der Dividendenkompensationszahlung vorzunehmen. Des Weiteren ergab sich aus dem Schreiben des Bankenverbandes, dass es dennoch zu einer zweifachen Bescheinigung bei einer einmal bezahlten Kapitalertragssteuer kommen kann, wenn der Leerverkäufer eine ausländische Depotbank nutzt.⁶³

Die Dividendenkompensationszahlung fiel bis 2007 in die Kategorie der Schadenersatzzahlung und zählte nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 EstG/DE.⁶⁴ Damit wurde bis 2007 auf Dividendenkompensationszahlungen keine Kapitalertragssteuer erhoben.⁶⁵ Cum/Ex-Geschäfte waren möglich, da die Kapitalertragssteuer von der ausschüttenden Gesellschaft abgezogen, die Steuerbescheinigung aber von der depotführenden Bank erstellt wurde. Im Falle eines Leerverkaufs war es für die depotführende Bank nicht möglich, die Dividendenkompensationszahlung von der Nettodividende zu unterscheiden, wodurch eine weitere Kapitalertragssteuerbescheinigung ausgestellt wurde.⁶⁶

⁵⁵ SPENGL, Gutachten, 13.

⁵⁶ SPENGL/EISGRUBER, 787; KNAUER/SCHOMBERG, 305.

⁵⁷ BFH I R 29/97, N 36.

⁵⁸ BFH I R 29/97, N 1,2,4, amtl. Leitsatz.

⁵⁹ BFH I R 29/97, N 36.

⁶⁰ BFH I R 29/97, N 38.

⁶¹ KNAUER/SCHOMBURG, 308.

⁶² SPENGL, Gutachten, 13.

⁶³ SPENGL, Gutachten, 104.

⁶⁴ FISCHER, 4.

⁶⁵ FISCHER, 4.

⁶⁶ FISCHER, 4.

B. Rechtslage von 2007 bis 2009

Mit dem Jahressteuergesetz von 2007 kam es zu einer Änderung, indem in den § 20 in Abs. 1 Satz 4 EStG/DE die Dividendenkompensationszahlung eingefügt wurde. Damit wurde die Dividendenkompensationszahlung⁶⁷ der Dividende gleichgestellt und es folgte daraus, dass sich ein «Einkünftebestand» für den Leerkäufer in einem Cum/Ex-Geschäft ergab und darauf Steuern geschuldet wurden.⁶⁸ Ausländische Depotbanken waren nicht inkludiert, da es nicht möglich war, mit dem Jahressteuergesetz 2007 ausländische Banken zu verpflichten, die Steuer abzuführen.⁶⁹ Auf diese Weise wurden Kapitalertragssteuern nur dann einbehalten und eine mehrfache Erstattung verhindert, wenn eine inländische Depotbank den Leerverkauf abgewickelt hatte.⁷⁰ Dies legten Befürworter zur ihrem Vorteil abermals als Bestätigung aus, dass Cum/Ex-Geschäfte mittels ausländischer Depotbanken legal seien, weil dies nicht im Gesetz geregelt wurde. So konnte mit dem Einbezug einer ausländischen Bank beim Leerverkäufer die Regelung des Jahressteuergesetzes 2007 umgangen werden.⁷¹ Den Text des Jahressteuergesetzes übernahm die Regierung vom Schreiben des Bankenverbandes von 2002. Nicht nur das, sondern die Regierung verwendete in ihrem Schreiben zu den Gesetzesänderungen auch die Begründung des Bankenverbandes, in einem gewissen Teil eins zu eins.⁷² Damit übernahm sie auch eine teils widersprüchliche Begründung sowie die falsche Rechtsauffassung, dass sich das wirtschaftliche Eigentum bei Cum/Ex-Geschäften vervielfache.⁷³ Durch diese Gesetzesänderung und Begründung sahen sich diejenigen mit der Meinung, eine Gesetzeslücke sei zugunsten von ausländischen Depotbanken vorhanden, bestätigt, und tätigten weiter Cum/Ex-Geschäfte in Einbezug einer ausländischen Depotbank.⁷⁴

C. Rechtslage von 2009 bis 2012

Cum/Ex-Geschäfte konnten auch nicht weiter mit dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) von 2009 verhindert werden.⁷⁵ Im Mai 2009 veröffentlichte das BMF ein Schreiben zur «Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuer sowie Erstellung von Steuerbescheinigungen i. S. des § 45a Abs. 3 EStG/DE bei über den Dividendenstichtag noch zu regulierenden Geschäften». Dies war ein weiterer Versuch die Cum/Ex-Geschäfte zu verhindern und sollte durch eine Berufsträgerbescheinigung⁷⁶ erzielt werden. Diese sollte bestätigen, dass keine abgesprochenen Leerverkäufe den Transaktionen zugrunde lagen, wenn eine ausländische Depotbank eingeschaltet war.⁷⁷ Jedoch wurde diese Bescheinigung aufgrund von Auskünften der Personen ausgestellt, welche an den Transaktionen beteiligt

⁶⁷ Auch Dividendenausgleichszahlung genannt s. KNAUER/SCHOMBERG, 306.

⁶⁸ KNAUER/SCHOMBERG, 308.

⁶⁹ KNAUER/SCHOMBERG, 309.

⁷⁰ Ausser die inländische Depotbank war selbst in Cum/Ex-Geschäfte verwickelt oder hat sich selbst die Kapitalertragssteuerbescheinigung ausgestellt, dann konnte trotz der inländischen Depotbank eine mehrfache Erstattung nicht verhindert werden (BGH 1 StR 519/20, N 6).

⁷¹ FISCHER, 4.

⁷² SPENGLER, Gutachten, 107,108.

⁷³ SPENGLER, Gutachten, 107,105.

⁷⁴ SPENGLER, Gutachten, 109.

⁷⁵ SPENGLER, Gutachten, 110; BMF-Schreiben.

⁷⁶ Diese hatte folgenden Wortlaut: «Es liegen mir auf Grund des mir möglichen Einblicks in die Unternehmensverhältnisse und nach Befragung des Steuerpflichtigen keine Erkenntnisse über Absprachen des Steuerpflichtigen im Hinblick auf den über den Dividendenstichtag vollzogenen Erwerb der Aktien im Sinne der Steuerbescheinigung sowie entsprechender Leerverkäufe, bei denen § 44 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG keine Anwendung gefunden hat, vor.» (SPENGLER, Gutachten, 110).

⁷⁷ SPENGLER, Gutachten, 110.

waren.⁷⁸ Nach SPENGLER zeigte das BMF 2009 noch seine damalige Rechtsauffassung, dass eine mehrfache Rückerstattung möglich war, solange eine Berufsträgerbescheinigung über nicht erfolgte Absprachen vorgelegt wurde. Somit war mit der Vorlegung einer Berufsträgerbescheinigung die mehrfache Rückerstattung und Anrechnung der Kapitalertragssteuer weiterhin möglich.⁷⁹ Weiter ist anzunehmen, dass durch das Schreiben die Marktteilnehmer zudem ermutigt wurden, die Transaktion über die Börse vorzunehmen, da es dort erheblich schwerer war, das Bestehen von Absprachen nachzuweisen.⁸⁰

D. Rechtslage ab 2012

Das Problem der mehrfachen Ausstellung von Kapitalertragssteuerbescheinigungen wurde erst mit dem OGAW-IV-Umsetzungsgesetz des Jahres 2011 gelöst. Damit wurde auf den 1. Januar 2012 auf das Zahlstellenprinzip umgestellt, welches dazu führte, dass die Depotbanken, welche die Dividenden auszahlen, dazu angehalten wurden, die Kapitalertragssteuer einzubehalten und abzuführen.⁸¹ Vorher bestand auch die Problematik des Auseinanderfallens der zuständigen Stellen für den Steuerabzug und der Steuerbescheinigung.⁸² Mit der Gesetzesänderung sollte gewährleistet werden, dass ein Gleichlauf zwischen dem Kapitalertragssteuer-Volumen und dem Volumen der ausgestellten Kapitalertragssteuerbescheinigung herrscht, indem nur eine Kapitalertragssteuerbescheinigung von der Stelle vorgesehen wurde, welche die Dividende auszahlt und die Kapitalertragssteuer einbehält.⁸³ Damit wurde es unmöglich, mehrere Kapitalertragssteuerbescheinigungen, für die gleichen Dividendenzahlungen von denselben Aktien auszustellen.⁸⁴ Seit 2012 geht es vor allem um die Aufarbeitung der Cum/Ex-Geschäfte, die bis zum 31. Dezember 2011 getätigt wurden.⁸⁵ Nach 2012 fand zudem ein Umschwung der gesellschaftlichen Meinung statt, dass Steuergestaltungen, welche den Grenzbereich der Illegalität berühren kein Kavaliersdelikt mehr sind.⁸⁶

E. Zusammenfassung der rechtlichen Entwicklung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es in den Jahren 2006-2011 Versuche gab, mit gesetzlichen Anpassungen Cum/Ex-Geschäften zu unterbinden, was bis 2011 nicht erfolgreich war. Zu den Versuchen zählte das Jahressteuergesetz von 2007 und das Schreiben des BMF von 2009.⁸⁷ Der Gesetzgeber und das BMF erkannten zwar die Problematik teilweise, erfassten jedoch nicht das gesamte Ausmass und vor allem den fiskalischen Verlust für den deutschen Staat.

So war es den Marktteilnehmern trotz der Massnahmen möglich, Cum/Ex-Geschäfte bis 2007 über eine inländische und ausländische Depotbank zu betreiben (Variante A und B des obigen Beispiels)⁸⁸, und ab 2007 grundsätzlich nur noch über eine ausländische Depotbank (Variante B). Ab 2012 wurde das Gesetz so geändert, dass es mit den bisherigen Strukturen technisch nicht mehr möglich war, eine mehrfache Ausstellung der Kapitalertragssteuer zu erreichen. Trotz der Möglichkeit waren rechtlich gesehen die

⁷⁸ KNAUER/SCHOMBERG, 307.

⁷⁹ SPENGLER, Gutachten, 110.

⁸⁰ SPENGLER, Gutachten, 111.

⁸¹ SPENGLER, Gutachten, 111.

⁸² FISCHER, 4.

⁸³ MOES, 534.

⁸⁴ SPENGLER, Gutachten, 111.

⁸⁵ Dies ist möglich durch die spezielle Verjährungsregelung, s. Ausführungen Erster Teil:§ 41.B.

⁸⁶ MOES, 534.

⁸⁷ LG Bonn 62 KLS 213 Js 41/19 – 1/19, N 36.

⁸⁸ s. Erster Teil:§ 2II.C.

Anrechnung der Kapitalertragssteuer durch den Leerverkäufer vom Gesetz aus, auch zwischen 2007 und 2011 nicht legal.⁸⁹

II. Gerichtsverfahren betreffend Cum/Ex-Geschäfte

In diesem Kapitel wird auf die wichtigsten Urteile des BFH und BGH eingegangen.

Die Verfahren in Deutschland wurden im Jahre 2014 von einer deutschen Staatsanwältin, ANNE BRORHILKER, angestossen. Sie ermittelte als erste im Bereich Cum/Ex. Ihre Ermittlungen führten 2014 zu Razzien in ganz Europa auf den Britischen Jungferninseln und den Caymaninseln, mit der Beteiligung von Strafverfolgungsbehörden in 14 Ländern.⁹⁰

A. BFH I R 2/12

Ein grundlegendes Urteil für die Befürworter von Cum/Ex-Geschäften war das Urteil des BFH von 1999 (s. I.A). Wie bereits erwähnt, nahmen die Befürworter die Erkenntnisse des Urteils für ihre Begründung, aber beachteten nicht, dass die Grundlage, Inhabergeschäfte, im Fall von Cum/Ex-Geschäften, eine andere war. Es kam zu einigen Verfahren vor Finanzgerichten⁹¹ bzgl. Cum/Ex-Geschäften, welche den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums allerdings schon daran scheitern liessen, dass die Geschäfte ausserbörslich erfolgten und damit auch nicht das Urteil des BFH von 1999 zur Anwendung kommen konnte, da dieses börsliche Transaktionen betraf.⁹²

Ein Urteil des Finanzgerichts (FG) Kölns wurde nicht akzeptiert und wurde weiter an den BFH gezogen.⁹³ Damit kam es zu einem entscheidenden Urteil des BFH am 16. April 2014 zum Thema Cum/Ex-Geschäfte.⁹⁴ Im Sachverhalt ging es um ein «modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept» welches von einem Kreditinstitut aufgebaut wurde. Dabei finanzierte ein Kreditinstitut den Aktienkauf kurz vor dem Dividendenstichtag des Erwerbers, welcher die Aktien über eine Brokergesellschaft kaufte.⁹⁵ Der Erwerber überliess die Aktien, während dem Tag des Gewinnbeschlusses der beteiligten Gesellschaft, sogleich nach dem Erwerb dem Kreditinstitut als Darlehen mittels einer Wertpapierleihe.⁹⁶ Das Markpreisisiko wurde mittels eines Total Return Swap-Geschäfts aber vom Erwerber auf das Kreditinstitut übertragen. Am Ende wurden die Aktien vom Erwerber wieder über die Brokergesellschaft verkauft.⁹⁷ Im Urteil vom 16. April 2014 hielt das Gericht an seiner Rechtsprechung zum Übergang des Eigentums

⁸⁹ SPENGLER/EISGRUBER, 801.

⁹⁰ MATUSSEK, Capital vom 19.08.2022.

⁹¹ FG Hessen 10.2.2016 – 4 K 1684/14, FG Hessen 10.3.2017 – 4 K 977/14, FG Köln 19.7.2019 – 2 K 2672/19 in: Moes 536. Das Urteil des FG Hessens vom 10.2.2016 erwuchs in Rechtskraft (Pressemitteilung FG Hessen); Das Urteil des FG Hessens vom 10.3.2017 wurde von dem Kläger akzeptiert und erwuchs damit in Rechtskraft. Kläger war hier die deutsche Commerzbank gewesen (Handelsblatt, Commerzbank); Das Urteil des FG Köln vom 19.07.2019 wurde weiter an den BFH gezogen und die Revision wurde im Urteil BFH I R 22/20 zurückgewiesen (LTO vom 15.03.2022).

⁹² MOES, 536

⁹³ LTO vom 15.03.2022.

⁹⁴ SARTORIUS/HENCKEL, 1023.

⁹⁵ BFH I R 2/12, N 2.

⁹⁶ BFH I R 2/12, N 4.

⁹⁷ MOES, 536; BFH I R 2/12, N 8.

von 1999 fest,⁹⁸ sah jedoch den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums aufgrund von Cum/Ex-Geschäften mit Aktien in Kombination eines «modellhaft aufgelegte[n] Gesamtvertragskonzept[es]»⁹⁹, welches vom Kreditinstitut initiiert wurde, als nicht gegeben an.¹⁰⁰

B. BGH 1 StR 519/20

Des Weiteren führte ein Urteil des Landgerichts (LG) Bonn vom 18. März 2020 zum Grundsatzentscheid des BGH im Urteil vom 28. Juli 2021 (BGH 1 StR 519/20). Dabei ging es im Sachverhalt um zwei ehemalige britische Aktienhändler welche bzgl. Cum/Ex-Geschäften zusammenwirkten und halfen die Geschäfte (bei deutschen Banken) durchzuführen. Dies war der erste Entscheid des BGH zu Cum/Ex-Geschäften und er erhielt demzufolge grosse Beachtung, wobei auch das Strafmass besonders beachtet wurde. Angeklagt waren die zwei Händler in 33 Fällen bzgl. besonders schwerer Steuerhinterziehung und einem Versuch zwischen den Jahren 2006 und 2011.¹⁰¹ Im Urteil wurden die Angeklagten nur in fünf bis zehn Fällen der Steuerhinterziehung schuldig gesprochen.¹⁰² Das BGH bestätigte die Strafe der Angeklagten, welche das LG Bonn festgehalten hatte, teilweise und setzte die Freiheitsstrafe für den einen Angeklagten auf ein Jahr und zehn Monaten bzgl. zehn Fällen von Steuerhinterziehung sowie Beihilfe zur Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO/DE, § 25 und § 27 StGB/DE. Für den anderen Angeklagten belief sich die Freiheitsstrafe auf ein Jahr bzgl. fünf Fällen von Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO/DE, § 27 StGB/DE.¹⁰³ Einem Angeklagten wurden Taterträge im Wert von 14 Mio. Euro eingezogen.¹⁰⁴ Die Freiheitsstrafen fielen eher mild aus, da die Angeklagten mit der Staatsanwaltschaft kooperierten.¹⁰⁵ Die nach dem Urteil des BGH eingereichten Verfassungsbeschwerden hatten keinen Erfolg.¹⁰⁶

C. BFH I R 22/20

Ein weiteres Grundsatzurteil erging am 2. Februar 2022 vom BFH (BFH I R 22/20). Ein US-amerikanischer Pensionsfonds hatte auf Erstattung von Abzugssteuern (Kapitalertragssteuern und Solidaritätszuschlag) geklagt.¹⁰⁷ Der BFH kam auch zum Ergebnis, dass die Steuererstattung nicht zulässig ist, jedoch verfolgte der BFH einen anderen Ansatz als der BGH.¹⁰⁸ Er begründete die Versagung der Steuererstattung darauf, dass «wirtschaftliches Eigentum über die Anteile [...] bei sogenannten Cum/Ex-Geschäften nicht erworben [wird], wenn der Erwerb der Aktien Teil eines modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzepts ist, nach welchem der zivilrechtliche Erwerber die wesentlichen mit einem Aktienerwerb verbundenen Rechte weder ausüben kann noch nach der gestalterischen Konzeption soll»¹⁰⁹. Der Erwerber habe zu keinem Zeitpunkt die mit den Wertpapieren verbundenen Rechte ausüben können und habe nur seine Rechtsform in das Geschäft miteingebracht, welche die Gestaltung dieser ermöglichte.¹¹⁰

⁹⁸ SPENGL, Gutachten, 48.

⁹⁹ Urteil vom 16. April 2014, I R 2/12 in: MOES, 536 m.w.H.

¹⁰⁰ SPENGL, Gutachten, 48.

¹⁰¹ LTO vom 19.03.2020.

¹⁰² LG Bonn 2 KLS 213 JS 41/19 – 1/19.

¹⁰³ BGH-Entscheid, N 1.

¹⁰⁴ BGH-Entscheid, N 2.

¹⁰⁵ LTO vom 19.03.2020.

¹⁰⁶ Dejure.org Übersicht vom 22.11.2021, 19.01.2022, 07.07.2022.

¹⁰⁷ Pressemitteilung Bundesfinanzhof; BFH I R 22/20, N 16.

¹⁰⁸ SARTORIUS/HENCKEL, 1023.

¹⁰⁹ BFH I R 22/20, 2. Leitsatz.

¹¹⁰ SARTORIUS/HENCKEL, 1023; BFH I R 22/20, N 58.

Die Steuererstattung könnte nur der Gläubiger der Kapitalerträge geltend machen. Dieser sei ausschliesslich der wirtschaftliche Eigentümer.¹¹¹ Damit behandelte der Bundesfinanzhof den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim Handel mit Aktien und erteilte so den Cum/Ex-Geschäften auch eine Absage,¹¹² wobei er auf das «modellhafte ausgelegte Gesamtvertragskonzept» seines Urteils von 2014 zurückgriff.

III. Politik: Untersuchungsausschuss des Bundestages zu Cum/Ex-Geschäften

Auch die Politik hatte durch die grosse Medienaufmerksamkeit ein Interesse, die Problematik zu verstehen. 2016 setzte der Deutsche Bundestag einen Untersuchungsausschuss ein, welcher klären sollte, wie es möglich war, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen über Jahre hinweg nicht unterbunden wurden.¹¹³

In den Ergebnissen wurde festgehalten, dass erstens Cum/Ex-Geschäfte rechtswidrig waren und sind, zweitens der Bundesregierung insb. dem BMF kein Vorwurf gemacht werden könne, dass er mit dem Jahressteuergesetz von 2007 eine Rechtsgrundlage geschaffen habe, die Cum/Ex-Geschäfte legalisiert oder die Aufklärung zögerlich behandelt hätte und die Bedeutung der Fälle nicht erkannt wurde. Drittens könne aus dem Beweismaterial, welches für den Abschlussbericht gesammelt wurde, die Schlussfolgerung gezogen werden, dass gewisse Marktakteure ihre Anlagestrategie bewusst vor den Behörden verschleiert haben. Viertens sei der Gesetzgeber bereits aktiv geworden, um den unerwünschten Gestaltungen Grenzen zu setzen und fünftens hätten die in Bund und Ländern zuständigen Behörden in den letzten Jahren die Cum/Ex-Fälle vorbildlich bearbeitet indem bereits ausgezahlte Steuern zurückbehalten bzw. Kapitalertragsteuern nicht ausgezahlt wurden.¹¹⁴

Die Steuerausfälle durch Cum/Ex-Geschäfte aber, hält der Untersuchungsausschuss fest, hätten nicht aus erster Hand festgestellt werden können.¹¹⁵ In den Medien wurde der Schaden oft auf ca. 12 Milliarden Euro geschätzt, jedoch konnte durch die Beweisaufnahme und – würdigung des Untersuchungsausschusses diese Summe weder bestätigt, noch widerlegt werden.¹¹⁶ Die damals noch streitigen Summen lagen bei verschiedenen Behörden zwischen unter einer Milliarde¹¹⁷ Euro und 2,8 Milliarden Euro.¹¹⁸

CHRISTOPH SPENGLER, welcher als Professor für wirtschaftliche Steuerlehre an der Universität Mannheim arbeitet und Autor eines für den Untersuchungsausschuss erstellten Gutachtens über Cum/Ex-Geschäfte ist,¹¹⁹ bezeichnete die Ergebnisse des am 23. Juni 2017 vorgelegten Abschlussberichts als «erschütternd». Zum einen zeigen die Ergebnisse, so sein Gutachten, dass eine «Mischung aus einem Desinteresse der politischen Führungsebene, einer nicht vorhandenen Governance im Bundesfinanzministerium (BMF), unsäglichen Verquickungen des BMF mit dem Bundesverband deutscher Banken, fachlichen Fehleinschätzungen des BMF sowie einer mangelhaften Abstimmung zwischen dem BMF und einzelnen Unterbehörden wie etwa mit der Finanzmarktaufsicht und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin)» dazu geführt hätten, dass die Cum/Ex-Geschäfte nicht aufgegriffen worden seien. Zum anderen bezeichnete SPENGLER es als «erschütternd», dass die Mehrheit des Ausschusses zum

¹¹¹ SARTORIUS/HENCKEL, 1023; BFH I R 22/20, N 58.

¹¹² Pressemitteilung Bundesfinanzhof.

¹¹³ SPENGLER, 1.

¹¹⁴ Deutscher Bundestag, Abschlussbericht, 379,380.

¹¹⁵ Deutscher Bundestag, Abschlussbericht, 371.

¹¹⁶ Deutscher Bundestag, Abschlussbericht, 271.

¹¹⁷ Deutscher Bundestag, Abschlussbericht, 372.

¹¹⁸ Deutscher Bundestag, Abschlussbericht, 272.

¹¹⁹ SPENGLER, 1.

abschliessenden Ergebnis kam, dass der Untersuchungsausschuss nicht erforderlich gewesen sei,¹²⁰ weil «man einem kriminellen Netzwerk aus Banken, Beratern und Anwälten ausgeliefert war»¹²¹. Dies entsprach der Meinung der Koalitionsfraktion und erwartungsgemäss den unterschiedlichen Auffassungen der Koalitions- und Oppositionsfraktionen.¹²² So konstatierte die Opposition, namentlich die Linken und Grünen, dass ein Versagen der staatlichen Stellen offengelegt worden sei und das aus den Fehlern der Vergangenheit gelernt werden müsse.¹²³ Im Gegensatz zu SPENDEL, wurde im Abschlussbericht festgehalten, dass «in den Behörden, aus denen [...] Akten beigezogen und Zeuginnen und Zeugen gehört [wurden], sachgerecht und pflichtgemäss gearbeitet wurde»¹²⁴.

§ 4 Strafbarkeit nach deutschem Recht

In den folgenden Abschnitten wird die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften nach deutschem Recht thematisiert. Mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Juli 2021 ist klar: Cum/Ex-Geschäfte erfüllen den Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE und sind nicht legal.¹²⁵ Es werden in diesem Kapitel die relevanten Straftatbestände im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften erläutert. Dabei wird sich der Fokus vor allem auf die Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE legen, da dies auch der Rechtsprechung in Deutschland entspricht. Ein weiterer Artikel welcher genau betrachtet wird, ist der Betrug nach § 263 StGB/DE, da ein Oberlandesgericht (OLG) diesen Tatbestand als erfüllt sah.¹²⁶

I. Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE

Früher wurde Steuerhinterziehung noch als Kavaliersdelikt angesehen, mittlerweile wird es jedoch als «sozialschädliche Straftat»¹²⁷ verstanden.

Der Steuerhinterziehung durch aktives Tun macht sich strafbar, wer den Finanzbehörden oder anderen Behörden gegenüber gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht.¹²⁸ Bei der Steuerhinterziehung handelt es sich um ein Vergehen nach § 12 Abs. 2 StGB/DE i.V.m. § 370 Abs. 1 AO/DE.

Bei dem vorliegenden Steuerstraftatbestand handelt es sich um eine Blankettstrafnorm. Damit ist gemeint, dass ein Rückgriff auf die materiellen Steuergesetze bei der Anwendung von Steuerstrafrecht notwendig ist. So klären die materiellen Steuergesetze «ob und in welcher Höhe ein Steueranspruch besteht und welche steuerlichen Erklärungen mit welchem Inhalt abzugeben sind».¹²⁹

¹²⁰ s.a. Deutscher Bundestag, Abschlussbericht, 379.

¹²¹ SPENDEL, 2.

¹²² 4. Untersuchungsausschuss, Schlüsse.

¹²³ 4. Untersuchungsausschuss, Schlüsse.

¹²⁴ Deutscher Bundestag, Abschlussbericht, 379.

¹²⁵ BGH 1 StR 519/20, Regeste.

¹²⁶ Dies wurde noch nicht vom Bundesgerichtshof beurteilt.

¹²⁷ NK-WSS-PELZ, § 370 N 6.

¹²⁸ ADICK, § 370 N 19 m.H. auf AO-Kommentar-JÄGER § 370 N 40 ff.

¹²⁹ AO-Kommentar-JÄGER § 370 N 5.

A. Tatbestandsmerkmale

Das geschützte Rechtsgut der Steuerhinterziehung ist umstritten. Es überwiegt jedoch die Meinung, dass der Steuerhinterziehungstatbestand die Vermögensinteressen des steuererhebenden Staates angreift und es sich darum um ein Vermögensdelikt handelt.¹³⁰ Die andere Meinung definiert das geschützte Rechtsgut der Steuerhinterziehung als das öffentliche Interesse daran, dass das Steueraufkommen jeder Steuerart rechtzeitig und vollständig geschieht.¹³¹

1. Täterschaft und Teilnahme

Grundsätzlich kann die Tathandlung durch «jede beliebige Person begangen werden, die tatsächlich in der Lage ist auf die Festsetzung, Erhebung oder Vollstreckung der gesetzlich geschuldeten Steuer» einzuwirken.¹³² Damit kann auch eine Person Täter¹³³ bei der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE durch aktives Tun sein, welche selbst keine steuerlichen Pflichten trifft.¹³⁴

Eine Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB/DE liegt vor, wenn «mehrere Personen in arbeitsteiliger Weise zusammenwirken», wobei auch Tathandlungen inkludiert sind, die lediglich im Stadium der Vorbereitung erbracht wurden.¹³⁵ Wie auch bei der Täterschaft können Personen Mittäter sein, welchen keine eigenen steuerlichen Pflichten auferlegt sind.¹³⁶ Eine Mittäterschaft liegt vor, wenn nicht nur fremdes Tun gefördert wird, sondern der eigene Tatbeitrag in so eine Weise in die gemeinschaftliche Tat einfließt, dass der «Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatbeitrags erscheint»¹³⁷.

Von der Täterschaft grenzt sich die Teilnahme ab, wobei sich die Unterscheidung anhand des Eigeninteresses an der Tat, des Umfangs der Tatbeteiligung, der Tatherrschaft oder dem Willen dazu, festmacht.¹³⁸ Die Teilnahme umfasst die Anstiftung oder Gehilfenschaft.¹³⁹ Der Anstifter ruft den Tatentschluss des Haupttäters hervor und verursacht dadurch die Haupttat. Mit psychischer und physischer Unterstützung wirkt der Gehilfe an der Haupttat mit.¹⁴⁰ Die Beihilfe kann schon vor dem Beginn der Haupttat und im Stadium der Vorbereitung vorhanden sein.¹⁴¹

2. Objektiver Tatbestand

Es handelt sich bei der Steuerhinterziehung um ein Erfolgsdelikt. Erst wenn der tatbestandliche Erfolg eingetreten ist, ist das Delikt vollendet. Dies ist auf zweierlei Weisen möglich: entweder indem Steuern verkürzt werden oder ein nicht gerechtfertigter Steuervorteil erlangt wird.¹⁴² In § 370 Abs. 4 AO/DE

¹³⁰ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 26, m.w.H.; für weitere Erklärungen bzgl. des Rechtsgut s. BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 26.

¹³¹ ADICK, § 370 N 14; vlg. Auch NK-WSS-PELZ, § 370 N 7 m.w.H.

¹³² BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 33.

¹³³ Es wird bei diesem Tatbestand zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 1 & 2 StGB unterschieden; für weitere Ausführungen s. BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 34,35.

¹³⁴ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 31; vlg. auch Pelz, NK-WSS, § 370 N 178.

¹³⁵ NK-WSS-PELZ, § 370 N 179 m.w.H.

¹³⁶ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 36.

¹³⁷ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 36.

¹³⁸ NK-WSS-PELZ, § 370 N 177.

¹³⁹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 191.

¹⁴⁰ BeckSK-BÜLTE, § 370 N 511.

¹⁴¹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 191.

¹⁴² BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 47.

wird der Taterfolg näher umschrieben.¹⁴³ Tritt jedoch der tatbestandsvorausgesetzte Erfolg nicht ein, liegt möglicherweise eine Strafbarkeit wegen Versuchs nach Abs. 2 vor.¹⁴⁴ Weiter ist die Steuerhinterziehung kein Verletzungsdelikt, da eine Vermögenseinbusse seitens des Fiskus nicht erforderlich ist.¹⁴⁵ Damit zeigt sich, dass es ausreicht, dass die Steuerfestsetzung gefährdet ist.¹⁴⁶

Der Tatbestand der Steuerhinterziehung stellt Täuschungshandlungen, welche das Steueraufkommen beeinträchtigen, unter Strafe. § 370 AO/DE weist in Bezug auf den Betrug nach § 263 StGB/DE viele Parallelen, jedoch auch wesentliche Unterschiede auf.¹⁴⁷ Als Parallele kann gesehen werden, dass der Täuschungshandlung hier in weiten Teilen der Täuschungshandlung des Betrugers entspricht.¹⁴⁸ Zu den wesentlichen Unterschieden gehört, dass bei der Steuerhinterziehung kein echter Vermögensschaden eintreten muss sowie die Bereicherungsabsicht nicht erforderlich ist.¹⁴⁹

Vom Tatobjekt erfasst sind Steuern nach § 3 Abs. 1 AO/DE.¹⁵⁰ Es macht sich der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO/DE strafbar, 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. Bei ersterem handelt es sich um ein Begehungsdelikt, wobei die beiden anderen Unterlassungsdelikte sind.¹⁵¹

Abs. 1 setzt voraus, dass eine Täuschungshandlung vorliegt, indem den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht werden.¹⁵² Tatsachen¹⁵³ stellen im Veranlagungsverfahren z.B. Art und Höhe von Einnahmen oder Ausgaben wie auch die Verwendung von Wirtschaftsgütern, dar.¹⁵⁴ Von den Tatsachen abzugrenzen, sind blosser Rechtsausführungen, welche nicht im Zusammenhang mit Steuerhinterziehung strafbar sind. Jedoch ergeben sich im Steuerstrafrecht dadurch Schwierigkeiten, da bereits die Zahl, die in der Steuererklärung eingetragen ist, vom Steuerpflichtigen steuerrechtlich bewertet wurde.¹⁵⁵ Steuerlich erheblich

¹⁴³ NK-WSS-PELZ, § 370 N, 1.

¹⁴⁴ ADICK, § 370 N 15.

¹⁴⁵ NK-WSS-PELZ, § 370 N 10.

¹⁴⁶ NK-WSS-PELZ, § 370 N 1.

¹⁴⁷ NK-WSS-PELZ, § 370 N 32.

¹⁴⁸ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 180.

¹⁴⁹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 32.

¹⁵⁰ NK-WSS-PELZ, § 370 N 33.

¹⁵¹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 1.

¹⁵² NK-WSS-PELZ, § 370 N 51, vgl. auch BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 180; Grötsch erwähnt weiter, dass die Täuschungshandlung hier in weiten Teilen der Täuschungshandlung des Betrugers entspricht (BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 180).

¹⁵³ «Tatsachen sind alle konkreten vergangenen oder gegenwärtigen Zustände der Aussenwelt oder des menschlichen Innenlebens, die dem Beweis zugänglich sind.» (NK-WSS-PELZ, § 370 N 52).

¹⁵⁴ NK-WSS-PELZ, § 370 N 52.

¹⁵⁵ ADICK, § 370 N 20; Die Problematik stellt sich bei der Frage, ob der Steuerpflichtige unrichtige Angabe macht, wenn er eine andere Rechtsansicht vertritt als die Finanzbehörden. Der Steuerpflichtige darf die für ihn günstigste Rechtsauffassung seiner Erklärung zugrunde legen. Dabei darf er diese Auffassung auch vertreten, wenn eine Abweichung von der Rechtsprechung, den Richtlinien der Finanzverwaltung oder der regelmässigen Veranlagungspraxis vorliegt. Ist dem Steuerpflichtigen bekannt, dass er eine abweichende Rechtsansicht vertritt, muss er die Tatsachen, welche steuerlich erheblich sind, richtig und vollständig mitteilen. Dies zumindest in den Fällen, wo die Relevanz objektiv zweifelhaft ist. Die Finanzbehörde muss die Möglichkeit haben, in Kenntnis des vollständigen Sachverhalts «eine eigene rechtliche Würdigung vorzunehmen und die Steuern entsprechend festzusetzen» (ADICK, § 370 N 22) Eine unrichtige Tatsache besteht jedenfalls dann, wenn eine unvertretbare Rechtsauffassung vertreten wird. (BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 192).

sind Tatsachen dann, wenn «sie zur Ausfüllung eines Besteuerungstatbestandes herangezogen werden müssen, also Grund, Höhe oder Fälligkeit des Steueranspruchs oder des Steuervorteils beeinflussen»¹⁵⁶.

Angaben macht der Täter jedenfalls dann, wenn er ausdrücklich schriftlich oder mündlich eine Erklärung abgibt.¹⁵⁷ Eine bloße Manipulation von z.B. Beweismitteln gilt nicht als Angaben-Machen, solange nicht auch eine konkludente Erklärung mit Vorlage des Beweismittels vorhanden ist.¹⁵⁸ Angaben sind unrichtig, «wenn die erklärten Tatsachen nicht der Wirklichkeit entsprechen»¹⁵⁹.¹⁶⁰ Um festzustellen, ob eine Erklärung unrichtig ist, ist zuerst festzustellen, was der Erklärungsinhalt der Aussage ist. Dies ist u.a. besonders bei konkludenten Erklärungen wichtig. Im Falle von Cum/Ex-Geschäften kann die Angabe über die Kapitalertragssteuer, sie sei abgeführt worden, unrichtig sein, wenn der Antragssteller weiss, dass dieser Angabe Leerverkäufe zugrunde liegen, mit denen mehrfach Kapitalertragssteuerrückerstattung beantragt, jedoch nie an den Fiskus abgeführt wurden.¹⁶¹ Angaben sind unvollständig, wenn der Eindruck entsteht, die Angaben seien vollständig und damit stillschweigend ausgesagt wird, dass andere zu offenbarende Tatsachen nicht bestehen.¹⁶² Die Vollständigkeit der Angaben richtet sich danach, ob der Steuerpflichtige ausdrücklich oder konkludent behauptet hat, dass er «sämtliche erhebliche [...] Umstände aus einem bestimmten Umkreis vollständig erklärt»¹⁶³ hat. Nur wenn die fehlenden Angaben, welche der Steuerpflichtige verschwiegen hat, in den vom Täter bestimmten Umkreis fallen, hat er unvollständige Angaben gemacht.¹⁶⁴ Jede unvollständige Steuererklärung ist aufgrund der gesetzlichen Pflicht zur Vollständigkeit der Steuererklärung auch eine unrichtige Steuererklärung.¹⁶⁵

Nach § 370 Abs. 4 AO/DE sind Steuern namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden; dies gilt auch dann, wenn die Steuer vorläufig oder unter Vorbehalt der Nachprüfung festgesetzt wird oder eine Steueranmeldung einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht. Dabei sind Steuervorteile auch Steuervergütungen. Nicht gerechtfertigte Steuervorteile sind erlangt, soweit sie zu Unrecht gewährt oder belassen werden. Dabei sind die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 auch dann erfüllt, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermässigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können. Der Taterfolg ist gegeben, wenn Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt wurden.¹⁶⁶ Steuern gelten als verkürzt,¹⁶⁷ wenn sie nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden gem. § 370 Abs. 4 Satz 1 AO/DE.¹⁶⁸ Die Steuerverkürzung ist grundsätzlich «eine (gedachte) Unterschreitung der Ist-Einnahme unter die Soll-Einnahme»¹⁶⁹. Der Verkürzungserfolg wird hier nicht mit einem wirtschaftlichen Schaden des Fiskus verbunden, sondern das Gesetz definiert den

¹⁵⁶ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 200.

¹⁵⁷ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 181.

¹⁵⁸ NK-WSS-PELZ, § 370 N 57.

¹⁵⁹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 66.

¹⁶⁰ vgl. auch BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 197.

¹⁶¹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 66.

¹⁶² Dabei ist die Abgrenzung von steuerlich erheblichen Tatsachen in Unkenntnis lassen nach Abs. 1 Nr. 2 ggf. schwierig vorzunehmen folgl. ADICK, § 370 N 27. PELZ sagt, dass die sich die unvollständigen Angaben dadurch abgrenzen, dass «zumindest teilweise Angaben gemacht wurden». Liegt ein positiver Erklärungswert vor, welcher den Anschein von Vollständigkeit erweckt, ist Abs. 1 Nr. 1 anzuwenden (NK-WSS-PELZ, § 370 N 80).

¹⁶³ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 197.

¹⁶⁴ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 197.

¹⁶⁵ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 197.

¹⁶⁶ NK-WSS-PELZ, § 370 N 126.

¹⁶⁷ Zur Umstrittenheit des Begriffs der Verkürzung von Steuern, wobei die einen die Verkürzung von Steuereinnahmen darunter verstehen und andere die Verkürzung vom Steueranspruch s. BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 48ff.

¹⁶⁸ NK-WSS-PELZ, § 370 N 128; für die Definition der Steuerfestsetzung s. NK-WSS-PELZ, § 370 N 129 ff.

¹⁶⁹ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 77.

Erfolg der Verkürzung als einen Vergleich der festgesetzten Steuern. Dabei wird an eine zu niedrige oder an eine Nicht-Festsetzung angeknüpft.¹⁷⁰

Steuervorteile sind dabei «jede Besserstellung des Täters bei der Anwendung der Steuergesetze, die zu einer Schädigung des Steueraufkommens führt.»¹⁷¹ Ein nicht gerechtfertigter Steuervorteil ist dann vorhanden, wenn «der Steuerpflichtige bei richtiger Rechtsanwendung auf den wirklichen Sachverhalt»¹⁷² den steuerlichen Vorteil nicht beanspruchen könnte. Erlangt ist der Steuervorteil dann, wenn er gewährt oder belassen wurde (§ 370 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2). Wenn Steuererstattungen nicht mittels Steuerfestsetzungen festgestellt wurden, ist der Steuervorteil erst mit der tatsächlichen Auszahlung der Steuererstattung erlangt. Lagen die Gründe für die Gewährung des Steuervorteils zu Beginn noch vor, sind jedoch später weggefallen, so handelt es sich um einen zu Unrecht belassenen Steuervorteil.¹⁷³ Auch Steuervergütungen gelten als Steuervorteile (§ 370 Abs. 4 Satz 2 Hs. 1 AO/DE). Eine Steuervergütung liegt vor, wenn der Fiskus an den Steuerpflichtigen zu viel Steuer gezahlt hat.¹⁷⁴

Weiter braucht es einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und der Verkürzung der Steuer oder dem Erlangen eines Vorteils für sich oder einen anderen.¹⁷⁵ Das heisst, der Taterfolg muss aus der Tathandlung folgen; es braucht einen Ursachenzusammenhang.¹⁷⁶ Die Zurechnung des Taterfolges kann fehlen, wenn der Steuerpflichtige keine oder falsche Angaben gemacht hat, die Finanzbehörde, aber den wahren Sachverhalt kannte. Damit würde sich der Steuerpflichtige in dieser Konstellation nur des Versuchs der Steuerhinterziehung strafbar machen.¹⁷⁷

PELZ erwähnt, dass im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften die Strafverfolgungsbehörden davon ausgehen, dass es sich bei der Beantragung der Rückerstattung oder Anrechnung der Kapitalertragssteuer um unrichtige Angaben i.S.v. Abs 1 Nr. 1 handelt. Mit den Anträgen würde der Leerkäufer konkludent erklären, dass er der wirtschaftliche Eigentümer der Wertpapiere ist und aufgrund dessen zur Kapitalertragssteueranrechnung berechtigt sei. Weiter würde er über die Abführung der Kapitalertragssteuer täuschen, da nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG/DE für die Anrechnung vorausgesetzt ist, dass die Kapitalertragssteuer auch einbehalten und abgeführt worden ist.¹⁷⁸

3. Subjektiver Tatbestand

Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands muss die Tat vorsätzlich gem. § 15 StGB/DE begangen werden,¹⁷⁹ wobei Eventualvorsatz (*dolus eventualis*), bezogen auf die Kriterien des objektiven Tatbestands,¹⁸⁰ genügt.¹⁸¹ Vorsätzlich handelt dabei wer Kenntnis und den Willen zur Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale hat.¹⁸² Für die Strafbarkeit der Steuerhinterziehung braucht es aber nicht

¹⁷⁰ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 68.

¹⁷¹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 142.

¹⁷² BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 162.

¹⁷³ NK-WSS-PELZ, § 370 N 145.

¹⁷⁴ NK-WSS-PELZ, § 370 N 142.

¹⁷⁵ MELCHIOR, N 3.

¹⁷⁶ NK-WSS-PELZ, § 370 N 164.

¹⁷⁷ NK-WSS-PELZ, § 370 N 164.

¹⁷⁸ NK-WSS-PELZ, § 370 N 260 m.w.H.

¹⁷⁹ MELCHIOR, N 3; AO-Kommentar-JÄGER § 370 N 170.

¹⁸⁰ NK-WSS-PELZ, § 370 N 166.

¹⁸¹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 1.

¹⁸² AO-Kommentar-JÄGER § 370 N 170.

unbedingt die Absicht des Täters, denn es genügt bereits, dass der Täter die Verwirklichung der Tatbestands-element billigend in Kauf nimmt oder für möglich hält (Eventualvorsatz).¹⁸³ I.c. bedeutet dies nach der h.M., dass der Täter den Grund und die Höhe des Steueranspruchs kennt oder für möglich hält und diesen Steueranspruch verkürzen will oder es zumindest billigend in Kauf nimmt. Der Täter muss, für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands, wissen, dass er einen Steuervorteil erlangt oder die Verwirklichung eines Steueranspruchs beeinträchtigt, worauf er keinen Anspruch hat.¹⁸⁴

Ein Vermögensschaden sowie eine Bereicherungsabsicht sind nicht erforderlich. Dabei muss sich der Vorsatz auf den gesamten objektiven Tatbestand beziehen,¹⁸⁵ d.h. sowohl die Handlung als auch der Erfolg müssen einbezogen sein.¹⁸⁶ Insbesondere ist darunter das unrichtige oder unvollständige Angaben-Machen und die Erheblichkeit der Angaben, die Pflicht, die Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen zu informieren, das Unwissen der Finanzbehörde, den Eintritt der Steuerverkürzung oder die Erlangung von ungerechtfertigten Steuervorteilen zu verstehen.¹⁸⁷ Es darf jedoch nicht von einer Tathandlung z.B. des unrichtigen Angaben-Machens auf den Vorsatz bzgl. des Erfolgs der Steuerverkürzung geschlossen werden.¹⁸⁸

Für den bedingten Vorsatz genügt es, dass der Steuerpflichtige es für möglich hält, dass er Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, indem er die Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt.¹⁸⁹ Anders formuliert, indem er «die Existenz eines Steueranspruchs für möglich hält und gleichwohl die Finanzbehörden über Besteuerungsgrundlagen in Unkenntnis lässt»¹⁹⁰.

Auch der Versuch ist nach Abs. 2 strafbar.¹⁹¹ Um den Tatbestand der Steuerhinterziehung zu erfüllen, muss der objektive Tatbestand sowie der Vorsatz gegeben sein.¹⁹²

B. Konsequenzen und Konkurrenz

1. Konsequenzen

Nach Abs. 1 ist die Strafe bei Steuerhinterziehung Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen nach § 40 Abs. 1 Satz 2 StGB/DE.¹⁹³ Abs. 3 erwähnt besonders schwere Fälle und legt bei denen eine Freiheitsstrafe von sechs Monate bis zu zehn Jahren fest; eine Geldstrafe ist ausgeschlossen.¹⁹⁴ Ein besonders schwerer Fall liegt nach § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO/DE in der Regel vor, wenn der Täter in grossem Ausmass Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Die Formulierung «in der Regel» des Abs. 3 impliziert damit, dass die Beispiele schwerer Fälle nicht abschliessend sind. Die Regelbeispiele sind aber in der Hinsicht wichtig, dass bei ihrem Vorliegen die

¹⁸³ AO-Kommentar-JÄGER § 370 N 175.

¹⁸⁴ AO-Kommentar-JÄGER § 370 N 171.

¹⁸⁵ Dies daher, weil die es sich um einen Blankettstrafatbestand handelt und Tatbestände der ausserstraflichen Norm in den Gesamtatbestand hineingelesen werden müssen. Damit der Gesamtatbestand erfüllt ist, muss sich der Vorsatz auf die Elemente des gesamten Tatbestands beziehen (BeckSK-JÄGER, § 370 N 30).

¹⁸⁶ MELCHIOR, N 3.

¹⁸⁷ NK-WSS-PELZ, § 370 N 167.

¹⁸⁸ NK-WSS-PELZ, § 370 N 167.

¹⁸⁹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 168 m.w.H.

¹⁹⁰ NK-WSS-PELZ, § 370 N 168 m.w.H.

¹⁹¹ NK-WSS-PELZ, § 370 N, 1.

¹⁹² MELCHIOR, N 3.

¹⁹³ NK-WSS-PELZ, § 370 N 209.

¹⁹⁴ NK-WSS-PELZ, § 370 N 209.

Verfolgungsverjährungsfrist nach § 376 Abs. 1 AO/DE verlängert ist.¹⁹⁵ Die Regelbeispiele selbst sind keine Tatbestandsqualifikationen und müssen daher nicht uneingeschränkt angewendet werden. Ist eines dieser Beispiele erfüllt, liegt nur ein Indiz hinsichtlich des Vorliegens eines besonders schweren Falls vor, welches unter Hinzuziehung sämtlicher Umstände, welche das Unrecht oder die Schuld vermindern, entkräftet werden kann.¹⁹⁶ Der für die Cum/Ex-Geschäfte relevanteste schwere Fall ist § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO/DE, in welchem der Täter in grossem Ausmass Steuern verkürzt oder Steuervorteile erlangt. Das Gesetz definiert «in grossem Ausmass» nicht, jedoch hat der Bundesgerichtshof in einem Grundsatzurteil festgelegt, dass ein grosses Ausmass erreicht sei, wenn der Hinterziehungsbetrag 50'000 Euro übersteigt.¹⁹⁷ Diese Grenze gilt jedoch nicht für die Erlangen eines ungerechtfertigten Steuervorteils. Dort muss der Betrag, welcher den Steueranspruch des Staates beeinträchtigt, nicht ziffernmässig festgelegt werden.¹⁹⁸

Das Gericht ordnet die Einziehung an, wenn der Täter oder Teilnehmer eine rechtswidrige Tat beging und durch die Tat bspw. Geld erlangte. Nach § 369 Satz 2 AO/DE findet die Bestimmung der Einziehung auch auf Steuerstraftaten Anwendung. Das, was der Täter aus der Tat erlangte, kann u.a. in einer zu Unrecht erlangten Steuererstattung bestehen. Die Einziehung kann nur dann angeordnet werden, wenn sich tatsächlich eine Steuerersparnis im Vermögen des Täters verwirklicht hat.¹⁹⁹

Die Verjährungsfrist der Steuerhinterziehung beträgt gem. § 78 Abs. 3 Nr. 4 i.V.m. Abs. 4 StGB/DE fünf Jahre. Bei den Regelbeispielen der besonders schweren Fälle beträgt die Verjährungsfrist nach § 376 Abs. 1 AO/DE 15 Jahren. Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist, so § 78a StGB/DE.²⁰⁰ Die Verjährung ruht jedoch nach § 78b StGB/DE i.V.m. § 376 Abs. 1 AO/DE nach Eröffnung des Hauptverfahrens, solange das Hauptverfahren vor dem Landgericht eröffnet wurde; die Ruhefrist beträgt jedoch höchstens fünf Jahre. Bei besonders schweren Fällen nach § 370 Abs. 3 Nr. 1-6 AO/DE wurde die absolute Verjährungsfrist durch die zweifache Reform²⁰¹ des § 376 AO/DE auf 37, 5 Jahre ausgedehnt.²⁰² Dies, weil der Gesetzgeber die strafrechtliche Verjährung von Cum/Ex-Geschäften verhindern wollte.²⁰³ Damit ist es auch möglich Cum/Ex-Geschäfte noch Jahre später strafrechtlich zu verfolgen.

2. Konkurrenz

Begeht jemand eine leichtfertige Steuerverkürzung gem. § 378 AO/DE oder eine Steuervergünstigung gem. § 379 AO/DE und eine Steuerhinterziehung, ist der Täter lediglich wegen Steuerhinterziehung zu bestrafen und die Ordnungswidrigkeit tritt nach § 21 OWiG zurück.²⁰⁴ Der Betrug nach § 263 StGB/DE und die Steuerhinterziehung nach § 370 AO/DE schliessen sich gegenseitig aus.²⁰⁵ Wird mit der Steuererklärung auch eine gefälschte Urkunde vorgelegt, kann eine Tateinheit mit der Urkundenfälschung nach § 267 StGB/DE bestehen.²⁰⁶ Erfüllt der Erfolg einer Handlung zugleich die Merkmale des § 370 AO/DE

¹⁹⁵ NK-WSS-PELZ, § 370 N 216.

¹⁹⁶ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 561.

¹⁹⁷ AO-Kommentar-JÄGER, § 370 N 280.

¹⁹⁸ AO-Kommentar-JÄGER, § 370 N 284.

¹⁹⁹ NK-WSS-PELZ, § 370 N 232.

²⁰⁰ NK-WSS-PELZ, § 370 N 240.

²⁰¹ Mit dem Jahressteuergesetz 2009 wurde die Verjährungsfrist von § 376 Abs. 3 von zehn Jahren eingeführt. Im Jahre 2020 kam es dann zu mehreren Änderungen im gleichen Jahr, wobei u.a. die Verjährungsfrist in § 376 Abs. 3 von zehn auf 15 Jahren erhöht wurde (MüKo StGB-WULF, § 376 N 2,3).

²⁰² SARTORIUS/HENCKEL, 1024.

²⁰³ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 563.

²⁰⁴ NK-WSS-PELZ, § 370 N 250.

²⁰⁵ NK-WSS-PELZ, § 370 N 251.

²⁰⁶ NK-WSS-PELZ, § 370 N 252.

und des § 263 StGB, indem die Verkürzung von Steuereinnahmen vorhanden ist, besteht eine Gesetzeskonkurrenz, bei welcher in diesem Fall der § 370 AO/DE als Sondergesetz dem § 263 StGB/DE vorgeht und damit nur § 370 AO/DE anzuwenden ist.²⁰⁷ Eine Tateinheit oder -mehrheit ist zwischen Steuerhinterziehung und Betrug möglich, wenn u.a. mittels einer unrichtigen Steuererklärung oder «einer vom Täter hervorgerufenen unrichtigen Bescheinigung des Finanzamts unter den Voraussetzungen des § 263 StGB/DE einen sonstigen Vermögensvorteil zum Nachteil der öffentlichen Hand erschleicht»²⁰⁸.

C. Anwendungsfall Cum/Ex-Geschäfte

Der deutsche Bundesgerichtshof entschied im Urteil vom 28. Juli 2021, dass «die Geltendmachung tatsächlich nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer zur Steueranrechnung bzw. Steuererstattung gegenüber den Finanzbehörden auf der Grundlage von CumEx-Leerverkaufsgeschäften [...] eine unrichtige Angabe über steuerlich erhebliche Tatsachen im Sinne des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE dar[stellt]; sie führt im Fall ihrer positiven Bescheidung zu ungerechtfertigten Steuervorteilen im Sinne des § 370 Abs. 5 Satz 2 AO».²⁰⁹ Damit machen sich die Beteiligten einer Steuerhinterziehung strafbar.

Die einzelnen Taten der Angeklagten fanden von 2007 bis 2011 statt. Die Angeklagten waren Bankkaufleute, die sich an Cum/Ex-Geschäften beteiligten.²¹⁰ Wie oben erwähnt, gab es ab 2007 für die inländischen Depotbanken die Pflicht, auf Dividendenkompensationszahlungen den gesetzlich vorgesehenen Steuerabzug nach § 44 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG/DE vorzunehmen. Das für den Leerkäufer agierende inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut unterliess i.c. diesen Steuerabzug und stellte dennoch den Leerkäufern die Bescheinigung über die einbehaltene Kapitalertragssteuer aus oder sie stellte sie sich selbst aus. Diese Bescheinigungen legten dann die Beteiligten den Finanzbehörden vor, obwohl der Steuerabzug und die Steuerabführung unterblieben.²¹¹ Die vorzulegende Berufsträgerbescheinigung, welche mit dem Schreiben des Bundesministerium der Finanzen 2009 eingeführt wurde, die bestätigte, dass «den über den Dividendenstichtag vollzogenen Geschäften weder Absprachen noch Leerverkäufe zu Grunde lagen»²¹², wurde trotz solcher Absprachen von einer Wirtschaftsprüfungs- bzw. Steuerberatergesellschaft ausgestellt. Die Profite teilten sich die Beteiligten mittels Kurssicherungsgeschäften auf.²¹³ Die Bankkaufleute, welche an den Geschäften beteiligt waren, erkannten, dass sich «aus diesen Kreislauf-Geschäften als solche [...] keine Gewinne»²¹⁴ generieren liessen und sich die Gewinne aus unberechtigten Kapitalertragssteuererstattungen ergaben.²¹⁵

Der BGH begründete die Tatbestandserfüllung damit, dass die eingereichten Steuererklärungen unrichtige Angaben enthielten, «weil die Voraussetzungen für eine Steueranrechnung nicht vorlagen und nicht offenbart wurde, dass sich die zur Anrechnung gebrachten Beträge nicht auf tatsächlich einbehaltene Steuer bezogen»²¹⁶. Weiter begründete der BGH, dass es nach der Systematik der Steueranrechnung evident sei, dass eine Steuererstattung bzw. -anrechnung eine vorherige Steuererhebung voraussetze.²¹⁷

²⁰⁷ BeckSK-BÜLTE, § 370 N 750.

²⁰⁸ BeckSK-BÜLTE, § 370 N 751.

²⁰⁹ BGH 1 StR 519/20, Regeste.

²¹⁰ BGH 1 StR 519/20, N 5, 8, 9.

²¹¹ BGH 1 StR 519/20, N 6.

²¹² BGH 1 StR 519/20, N 6.

²¹³ BGH 1 StR 519/20, N 7.

²¹⁴ BGH 1 StR 519/20, N 8.

²¹⁵ BGH 1 StR 519/20, N 7.

²¹⁶ BGH 1 StR 519/20, N 41.

²¹⁷ BGH 1 StR 519/20, N 54.

Der Leerkäufer erhält einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil, durch die unbegründete Steuererstattung bzw. -anrechnung. Dies daher, weil er mit seiner Steuererklärung erklärt, dass Steuern tatsächlich einbehalten worden sind und er damit unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE macht.²¹⁸

Wendet man die Ausführungen des BGH generell auf Cum/Ex-Geschäfte nach der Variante A oder B oben an, ist in der Person des Leerverkäufers der objektive Tatbestand des § 370 AO/DE stets erfüllt, falls er die Anrechnung der Kapitalertragssteuer geltend macht, obwohl ihm die Anrechnung der Kapitalertragssteuer nicht möglich ist und er sie dennoch durch die Vorlage der Kapitalertragssteuerbescheinigung begehrt.²¹⁹ Ob stets der subjektive Tatbestand gegeben ist, ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig zu prüfen.²²⁰

II. Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO/DE

Bei der Tatbestandsvariante der Steuerhinterziehung durch Unterlassen wird der Tatbestand dadurch erfüllt, indem die Finanzbehörde vom Täter über steuerlich erhebliche Tatsachen²²¹ pflichtwidrig in Unkenntnis gelassen wird. Vorausgesetzt wird dadurch, dass die Finanzbehörde in Unkenntnis von steuerlich erheblichen Tatsachen ist, der Täter in der Lage ist, diese Unkenntnis zu beseitigen und zu dieser Beseitigung verpflichtet ist.²²²

Die Unkenntnis der Finanzbehörde ist nicht nur bei der Unkenntnis des gesamten steuerpflichtigen Vorgangs gegeben, sondern auch wenn nur ein Teil der Tatsachen, welche der Steuerfestsetzung dienen, unbekannt sind. Hingegen liegt keine Unkenntnis vor, wenn von anderer Seite die Finanzbehörde die erforderlichen Informationen erhalten hat.²²³ Nach JÄGER ist in dem In-Unkenntnis-Lassen nicht die Unkenntnis der Finanzbehörde über den wahren Sachverhalt hineinzulesen, da «nur der in Unkenntnis gelassen werden könne, der keine Kenntnis habe»²²⁴. Der Tatbestand wird vom Steuerpflichtigen nur dann erfüllt, wenn «er eine zur Aufklärung geeignet und ihm mögliche Handlung nicht vornimmt». Es muss ihm vor allem möglich sein, die Finanzbehörde aufzuklären.²²⁵

Weiter muss der Steuerpflichtige die Erklärung pflichtwidrig unterlassen, was bedeutet, dass er «selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist»²²⁶. Damit wird der Kreis der tauglichen Täter auf die Innehabenden einer solchen besonderen Pflicht beschränkt.²²⁷ Diese Pflicht kann sich aus «gesetzlich besonders festgelegten steuerlichen Erklärungspflichten, jedoch auch aus allgemeinen Garantenpflichten ergeben»²²⁸. Die Garantenstellung erfordert nicht nur, dass der Steuerpflichtige einen drohenden Schaden abwendet, dessen Gefahr er durch sein Verhalten geschaffen hat, sondern, dass das Verhalten auch pflichtwidrig war.²²⁹ Zudem ist die Erklärungspflicht i.S.d. § 370 Abs.

²¹⁸ SARTORIUS/HENCKEL, 1023.

²¹⁹ SPENGLER/EISGRUBER, 800.

²²⁰ SPENGLER/EISGRUBER, 800.

²²¹ s. Ausführungen in Erster Teil: § 4I.A.2 zum Begriff von steuerlich erheblichen Tatsachen, denn diese Merkmale entsprechen denen vom Begehungstatbestand (BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 240).

²²² BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 239.

²²³ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 241.

²²⁴ AO-Kommentar-JÄGER, § 370 N, 60b.

²²⁵ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 245.

²²⁶ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 246.

²²⁷ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 246.

²²⁸ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 37.

²²⁹ AO-Kommentar-JÄGER, § 370 N 61c.

1 Nr. 2 AO/DE ein «besonderes persönliches Merkmal»²³⁰ i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB/DE, welche sich meistens aus den Einzelsteuergesetzen ergibt.²³¹

Dies bedeutet, dass nur derjenige den Tatbestand erfüllen kann, der zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen in besonderer Weise verpflichtet ist. Damit trifft ihn eine Sonderpflicht, welche höchstpersönlicher Art ist.²³² Diese Pflichtenstellung ist täterschaftsbegründend, womit es sich bei diesem Unterlassungsdelikt um ein «Sonderdelikt derjenigen [handelt], die in einem steuerlich bedeutsamen Sachverhaltsgeschehen Träger einer Aufklärungspflicht sind»²³³.

Die Abgrenzung zwischen § 370 Abs. 1 Nr. 1 (Steuerhinterziehung durch aktives Tun) und Nr. 2 (Steuerhinterziehung durch Unterlassen) AO/DE gestaltet sich teilweise schwierig. Zur Abgrenzung eignet sich das Messen der Vollständigkeit der Angaben anhand der ausdrücklichen oder konkludent behaupteten Vollständigkeit. Die Tatbestandsvariante der unvollständigen Angaben dient vorrangig der Klarstellung. Werden jedoch pflichtwidrig Angaben weggelassen, wobei die Angabe des Steuerpflichtigen keine Erklärung zur Vollständigkeit enthält, fällt die Begehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE weg.²³⁴

In Bezug auf die Richtigkeit der Kapitalertragssteuerbescheinigungen im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften ergeben sich nicht spezifische Erklärungspflichten aus dem Gesetz, damit liegt weniger ein Unterlassen vor, was § 370 Abs. 1 Nr. 2 entsprechen würde, womit Abs. 1 Nr. 1 eher in Frage kommt. Es ist weiter anzumerken, dass bisher in Gerichtsfällen nicht der Tatbestand von Nr. 2 geprüft wurde, sondern stets § 370 Abs. 1 Nr. 1 angenommen wurde. Zudem liegt es nahe, anzunehmen, dass durch die täterschaftsbegründende Pflichtenstellung die Erfüllung des Tatbestands gemäss Nr. 2 wesentlich schwieriger zu beweisen ist.

III. Betrug nach § 263 StGB/DE

Eine Ausnahme von Urteilen in Bezug auf § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO/DE, bildet der Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main (OLG Frankfurt a.M.) vom 9. Mai 2021.²³⁵ Das OLG befand, dass es sich bei Cum/Ex-Geschäften um Betrug handelt. Aus diesem Grund und auch weil der Betrug einer der relevanten Tatbestände in Bezug auf die schweizerische Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften ist, wird folgend der Betrug nach deutschem Recht erläutert.

Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, macht sich gem. § 263 StGB/DE des Betrugs strafbar. Nach h.M. ist das ausschliesslich geschützte Rechtsgut des Betrugstatbestands das Vermögen.²³⁶ Dabei ist nicht nur das private Vermögen, sondern auch das öffentliche Vermögen erfasst, sofern es keine ausdrückliche Regelung dazu gibt.²³⁷

²³⁰ AO-Kommentar-JÄGER, § 370 N 61d.

²³¹ AO-Kommentar-JÄGER, § 370 N 61b.

²³² AO-Kommentar-JÄGER, § 370 N 61d.

²³³ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 239

²³⁴ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 197.

²³⁵ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 09.03.2021.

²³⁶ KommStGB-HEGER, § 263 N 2; BeckOK StGB-BEUKELMANN, N 1; NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 12.

²³⁷ MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263 N 7; NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 10.

A. Tatbestandsmerkmale

1. Objektiver Tatbestand

Die objektiven Tatbestandsmerkmale umfassen dabei eine Täuschungshandlung des Täters, einen Irrtum des Getäuschten sowie dessen Vermögensverfügung, sowie einen Vermögensschaden.²³⁸ Täuschung umfasst dabei das Merkmal «durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen».²³⁹ Die Vermögensverfügung steht nicht im Gesetzeswortlaut, ist jedoch ein ungeschriebenes Verbindungsglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden.²⁴⁰

Bei der Täuschung muss der Täter über Tatsachen täuschen. Tatsachen sind «alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse oder Zustände (einschliesslich der menschlichen Psyche als sog. innere Tatsache), die dem Beweis zugänglich sind»²⁴¹. Tatsachen können sich auch auf das Innenleben beziehen, welches v.a. Überzeugungen und Absichten sind, aber auch u.a. besondere Sachkunde oder die Absicht, bestimmte zukünftige Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen.²⁴² Die Täuschung über Tatsachen besteht darin, dass ein «Verhalten mit Erklärungswert [vorliegt], das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt»²⁴³. Die Rechtsprechung geht auch davon aus, dass die Täuschung ein subjektives Element enthält, welches sich darin zeigt, dass der Täter sich so verhält, dass er auf die Vorstellung des Getäuschten einwirkt und so bei ihm eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorruft.²⁴⁴ Dabei kann die Täuschung durch ein positives Tun, ausdrücklich oder konkludent, oder Unterlassen geschehen.²⁴⁵ Damit die Täuschung durch Unterlassung erfüllt ist, braucht es eine Garantenstellung wie auch die Annahme, dass das Unterlassen dem positiven Tun gleichwertig ist.²⁴⁶

Der Irrtum umfasst «eine Fehlvorstellung, d.h. die positive Vorstellung einer der Wirklichkeit widersprechenden Tatsache»²⁴⁷. Dabei muss der Irrtum durch die Täuschung aufkommen oder unterhalten werden.²⁴⁸ Des Weiteren kann nur ein Mensch irren, konsequenterweise heisst das, dass Behörden oder juristische Personen als solche nicht Subjekt eines Irrtums sein können.²⁴⁹ Bei Personenmehrheiten muss hingegen konkretisiert werden.²⁵⁰

Die Vermögensverfügung ist das ungeschriebene objektive Tatbestandsmerkmal zwischen dem Irrtum und dem Vermögensschaden. Es braucht einen Kausal- und Zurechnungszusammenhang zwischen dem Irrtum durch Täuschung und dem Vermögen, welches «dadurch» geschädigt wird.²⁵¹ Die Vermögensverfügung ist «jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu

²³⁸ KommStGB-HEGER, § 263 N 1.

²³⁹ NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 43.

²⁴⁰ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 2; gl. A. MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263 N 388; zur Meinung, wonach die Vermögensverfügung den Schaden mit der Täuschung verbindet s. NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 43.

²⁴¹ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 3.

²⁴² BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 4.

²⁴³ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 9.

²⁴⁴ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 9.

²⁴⁵ KommStGB-HEGER, § 263 N 7,12.

²⁴⁶ MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263 N 133.

²⁴⁷ KommStGB-HEGER, § 263 N 18.

²⁴⁸ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 23.

²⁴⁹ MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263, N 334.

²⁵⁰ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 24.

²⁵¹ MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263, N 388.

einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinn führt»²⁵². Dabei muss der Getäuschte der Verfügungende sein, jedoch kann er die Verfügung auch von einem Dritten vornehmen lassen und muss sie nicht selbst ausführen.²⁵³ Massgeblich ist, dass der Täter den Vermögensschaden mithilfe des Getäuschten oder eine dem Vermögen nahestehende Person bewirkt.²⁵⁴

Der Vermögensschaden ergibt sich aus einem Vermögensvergleich und zwar wenn die Vermögensminderung bei der Saldierung nicht durch die Gegenleistung ausgeglichen wird.²⁵⁵ Der Umfang des strafrechtlich geschützten Vermögens ist umstritten, jedoch ist Geld als Vermögensbestandteil geschützt.²⁵⁶

Zwischen den objektiven Tatbestandsmerkmalen muss ein durchgehender Ursachenzusammenhang verlaufen.²⁵⁷ Dies bedeutet, dass die Täuschung den Irrtum bewirkt, der Irrtum die Vermögensverfügung und die Vermögensverfügung unmittelbar als Vermögensschaden zu bewerten ist.²⁵⁸

2. Subjektiver Tatbestand

Neben dem Erfordernis des Vorsatzes, welcher sich auf den objektiven Tatbestand bezieht, braucht es für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands die Absicht, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil sich oder einem Dritten zu verschaffen.²⁵⁹ Beim Vorsatz genügt der *dolus eventualis*.²⁶⁰ Die Absicht ist der Wille, der sich auf die Erlangung des Vorteils richtet.²⁶¹ Der Vermögensvorteil ist «jede wirtschaftliche Verbesserung der Vermögenslage».²⁶² In der Lehre und Rechtsprechung ist strittig bzw. offen,²⁶³ ob der Vermögensvorteil dem Vermögensschaden entsprechen muss (sog. Stoffgleichheit)²⁶⁴. Des Weiteren muss der Vermögensvorteil rechtswidrig sein,²⁶⁵ d.h. der Täter hat weder nach bürgerlichem noch nach öffentlichem Recht einen Anspruch auf den Vermögensvorteil.²⁶⁶

Das Steuerstrafrecht geht generell dem Strafrecht vor. Im Falle von § 370 AO/DE handelt es sich um eine selbstständige und abschliessende Sonderregelung.²⁶⁷ Tateinheit von § 263 StGB/DE und § 370 AO/DE ist nur möglich, wenn der Täter auch andere Vermögensvorteile neben Steuervorteilen anstrebt.²⁶⁸ Werden Steuervorgänge teilweise oder insgesamt erfunden, um Steuervergünstigungen zu erhalten, ist nur § 370 AO/DE erfüllt.²⁶⁹

²⁵² BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 31.

²⁵³ NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 196.

²⁵⁴ MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263 N 396.

²⁵⁵ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 51.

²⁵⁶ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 39,40.

²⁵⁷ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 71.

²⁵⁸ KommStGB-HEGER, § 263 N 54; dabei ist das nach HEGER, auf die Beziehung zwischen Vermögensverfügung und Vermögensschaden, üblich erstreckende Kausalitätserfordernis missverständlich, da die «Vermögensminderung dem Vermögensverfügungsbegriff immanent ist» (KommStGB-HEGER, § 263 N 54).

²⁵⁹ NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 349.

²⁶⁰ NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 350.

²⁶¹ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 76.

²⁶² KommStGB-HEGER, § 263 N 59.

²⁶³ KommStGB-HEGER, § 263 N 59.

²⁶⁴ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 78.

²⁶⁵ BeckOK StGB-BEUKELMANN, § 263 N 79.

²⁶⁶ KommStGB-HEGER, § 263 N 61.

²⁶⁷ KommStGB-HEGER, § 263 N 68.

²⁶⁸ KommStGB-HEGER, § 263 N 68.

²⁶⁹ MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263 N 1257; nach sehr früherer Rechtsprechung sei Betrug jedoch vorgelegen, wenn ein Steuervorgang insgesamt erfunden wurde um Steuervergütungen in Anspruch zu nehmen (KommStGB-HEGER, § 263 N 68).

B. Anwendung auf Cum/Ex-Geschäfte

Nach der Lehre geht das Steuerstrafrecht dem Strafrechtstatbestand vor, ausser es liegt eine Tateinheit vor, indem mit der gleichen Tat verschiedene Tatobjekte verfolgt werden und sich der Vorteil des Täters nicht nur aus steuerrechtlichen Regelungen ergibt.²⁷⁰ Es ist nun zu prüfen, ob dies wie bei dem eingangs erwähnten Beispiel der Fall vorliegt.

Vorausgesetzt ist zunächst eine Täuschungshandlung, welche einen Irrtum erregte oder unterhielt und damit eine Vermögensverfügung verursachte, die einen Vermögensschaden hervorrief.²⁷¹ Die Täuschungshandlung besteht bei Cum/Ex-Geschäften darin, dass mittels verschiedener Transaktionen, zwei Kapitalertragssteuerbescheinigung ausgestellt werden, obwohl nur einmal Kapitalertragssteuer gezahlt wurde und diese den Finanzbehörden vorgelegt werden. Diese führt bei den Finanzbehörden zu dem Irrtum, dass der Kapitalertragssteuerbescheinigung des Leerverkäufers eine einbezahlte Kapitalertragssteuer zugrunde liegt. Da nur ein Mensch irren kann und keine Behörde,²⁷² muss für die Verurteilung des Täters allerdings festgestellt werden, welche der Behörde angehörige natürliche Person dem Irrtum unterlag und durch den Täter getäuscht wurde.²⁷³ Auf Grund des Irrtums verfügt letztendlich ein Angestellter der Finanzbehörde die Auszahlung der Kapitalertragssteuer aus dem Staatsvermögen, womit es zu einer Vermögensschädigung kommt – wie oben ausgeführt kann auch öffentliches Vermögen betroffen sein –, da diese Steuer nicht vorher einbezahlt worden ist. Damit ist die Vermögensverfügung und der Vermögensschaden und auch der durchgehende Ursachenzusammenhang gegeben, wobei der objektive Tatbestand des Betrugs *prima facie* erfüllt ist.

Um den subjektiven Tatbestand zu erfüllen, ist mindestens *dolus eventualis* vorausgesetzt, sowie die Absicht, sich selbst oder einen Dritten zu bereichern. Cum/Ex-Geschäfte wurden jeweils mit Planung und im Wissen um die Auswirkungen geplant, womit der Vorsatz i.d.R. zu bejahen sein wird. Die Bereicherungsabsicht zielt auf die Vermögensvermehrung auf Kosten des Staates – ein an sich rechtswidriger Vermögensvorteil. Somit wäre auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

Bezogen auf die Konkurrenz mit § 370 AO/DE ist jedoch das Problem, dass sich keine Tateinheit ergibt. Denn die Bereicherung besteht darin, dass Steuern ausbezahlt werden, welche den Tätern nicht zustehen. Einen anderen Gewinn erzielen die Täter nicht. Es wird bei Cum/Ex-Geschäften also kein anderes Tatobjekt als in § 370 AO/DE verfolgt und der Vorteil des Täters ergibt sich nur aus steuerrechtlichen Regelungen. Damit geht die Steuerhinterziehung nach § 370 AO/DE, als Sonderregelung dem Betrug vor.²⁷⁴

Anderer Ansicht ist jedoch das OLG Frankfurt am Main (OLG Frankfurt a.M.), welches mit Beschluss vom 9. März 2021 nicht nur den Tatbestand nach § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO/DE erfüllt sah, sondern auch den Verbrechenstatbestand von § 263 Abs. 5 StGB/DE, der banden- und gewerbsmässigen Betrug umfasst.²⁷⁵ Bei diesem Gerichtsfall handelt es sich bei dem Angeklagten um den nun berühmten deutschen Rechtsanwalt HANNO BERGER, welcher massgeblich die Cum/Ex-Geschäfte gefördert und auch umgesetzt hat.²⁷⁶ Hier hielt das OLG fest und bestätigte dies im Beschluss vom 6. Mai 2021, dass der Angeklagte von 2006 bis 2012 «gewerbsmässig als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung

²⁷⁰ NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 411.

²⁷¹ KommStGB-HEGER, § 263 N 54.

²⁷² s. FN 190 bei MüKo StGB-HEFENDEHL, § 263 N 334.

²⁷³ LUCKE/PÜSCHEL.

²⁷⁴ KommStGB-HEGER, § 263 N 68.

²⁷⁵ ADICK/LINKE, 229; OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 09.03.2021.

²⁷⁶ BENDER ET. AL.; NZZ online vom 19.03.2021.

von Betrügereien verbunden hat, den deutschen Steuerzahler um ca. 113 Mio € betrogen»²⁷⁷ hat. Damit habe sich der Angeklagte nicht nur des Vergehens nach § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO/DE strafbar gemacht, sondern auch den Verbrechensbestand des § 263 Abs. 5 StGB/DE erfüllt.²⁷⁸ Das OLG führte dies damit aus, dass sich der Angeklagte mit weiteren Angeklagten und Mittätern so verhalten haben, dass sich ihr Verhalten als banden- und gewerbsmässiger Betrug in besonders grossem Ausmasse darstelle. Dies indem sie gemeinsam zusammenwirkten und die Nutzung des Betrugsmodells auf Dauer angelegt hatten. Sie hätten weiter die Täuschungen mit Arglist begangen. Die Arglist sei gegeben, wenn der Täter den Getäuschten von der Überprüfung der Falschangaben abhält, die Angaben objektiv nicht überprüfbar sind oder der Täter Anlass hat vorauszusehen, dass auf die Überprüfung verzichtet wird.²⁷⁹ Welche Form der Arglist genau von der Bank erfüllt war, erwähnte das OLG nicht. Für eine Bande braucht es den Zusammenschluss von mind. drei Personen, wobei diese Voraussetzung im vorliegenden Fall gemäss den Ausführungen des OLG erfüllt sei, da sich der Angeklagte mit mehr als zwei anderen Angeklagten zusammenschliesse und ohne die andere Mitglieder, welche teilweise im Ausland tätig waren, die vorgeworfenen Taten auf Dauer nicht hätten ausgeführt werden können.²⁸⁰ Diese Schlussfolgerung des OLG, dass auch der Tatbestand des Betrugs erfüllt sei, führte in der Fachöffentlichkeit zu grossem Erstaunen.²⁸¹

Der Angeklagte fand die rechtliche Bewertung bzgl. des Tatbestands des § 263 Abs. 5 StGB/DE als neu und überraschend.²⁸² Selbst die Generalstaatsanwaltschaft hatte sich nur auf den Tatbestand der Steuerhinterziehung gestützt.²⁸³ Das OLG hielt im zweiten Beschluss weiter fest, dass der Betrug «wesentlich mehr Feststellungen und Nachweise für seine Annahme»²⁸⁴ benötige und insoweit die Steuerhinterziehung den «normalen Betrug» verdränge. Jedoch gestalte sich der Rücktritt des Betrugs hinter die Steuerhinterziehung, anders, wenn ein Verbrechen wie § 263 Abs. 5 StGB/DE vorliegt, welches nicht «von einem Vergehen wie dem der Steuerhinterziehung gemäss § 370 Abs. 3 AO/DE verdrängt werden kann»²⁸⁵. Weiter argumentierte das OLG, dass die Zielsetzung der Tatbestände eine unterschiedliche sei. Dabei bestehe das Unrecht der Steuerhinterziehung «hingegen ‘nur’ darin, dass der Täter seine steuerlichen Offenbarungs- und Wahrheitspflichten verletzt und dadurch Steuern verkürzt»²⁸⁶. Dem spricht entgegen, dass das geschützte Rechtsgut «das staatliche Interesse am vollständigen und rechtzeitigen Aufkommen der einzelnen Steuern»²⁸⁷ ist. Es gibt jedoch einige Stimmen, die die Schutzfunktion allein in der steuerlichen Offenbarungspflicht oder Wahrheitspflicht sehen.²⁸⁸ Die vorherige Instanz, das LG Wiesbaden, sowie auch die Generalstaatsanwaltschaft hatten jedoch den Sachverhalt nur unter dem Tatbestand der Steuerhinterziehung geprüft.²⁸⁹

MOSBACHER, welcher Richter am BGH ist, hielt fest, dass der Entscheid überraschend sei und, dass der BGH, anscheinend im Gegensatz zum OLG, die einfache Wahrheit jahrzehntelang verkannt habe, dass

²⁷⁷ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 06.05.2021, N 9; OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 09.03.2021, N 3.

²⁷⁸ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 09.03.2021, N 69.

²⁷⁹ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 09.03.2021, N 70.

²⁸⁰ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 09.03.2021, N 72.

²⁸¹ MOSBACHER, N 1.

²⁸² OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 06.05.2021, N 10.

²⁸³ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 06.05.2021, N 11.

²⁸⁴ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 06.05.2021, N 13.

²⁸⁵ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 06.05.2021, N 14.

²⁸⁶ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 06.05.2021, N 18.

²⁸⁷ MüKo StGB-SCHMITZ/WULF, § 370 N 2.

²⁸⁸ BeckSK-GRÖTSCH, § 370 N 26.

²⁸⁹ OLG Frankfurt am Main 2 Ws 132/20, Beschluss vom 06.05.2021, N 27.

«wer mit anderen unter Vortäuschung steuererheblicher Tatsachen mehrfache irrtumsbedingte Steuererstattungen erlangt, [...] neben einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO) auch einen als Verbrechen strafbaren gewerbsmässigen Bandenbetrug am deutschen Steuerzahler [begeht] (§ 263 V StGB)»²⁹⁰. Die Entscheidung des OLG sei auch deswegen so überraschend, da nach der nahezu 100 Jahre alten ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Steuertatbestände nach § 370 ff. AO/DE den Betrugstatbestand als Sondertatbestände verdrängten.²⁹¹ Weiter sei in den letzten Jahrzehnten in der Literatur auch von niemandem vertreten worden, dass in einem steuerrechtlichen Verfahren beim Erschleichen von Steuererstattungen durch Falschangaben neben § 370 AO/DE auch § 263 StGB/DE angewendet werden könnte,²⁹² und die höchstrichterliche Rechtsprechung war auch in der Literatur unbestritten.²⁹³ Für MOSBACHER und auch andere Kritiker gab es nur eine schlüssige Begründung, weshalb der OLG mit dieser neuen Überzeugung überraschte: das Auslieferungsersuchen an die Schweiz.²⁹⁴ Dabei sei die Arglist in die Urteilsbegründung des OLG nicht eingewoben worden, weil es ein gesetzliches Merkmal des § 263 StGB/DE sei, sondern dies zum Tatbestand des Art. 146 Abs. 1 StGB, des schweizerischen Betrugstatbestands, gehöre.²⁹⁵ MOSBACHER und andere Kritiker waren der Ansicht, dass diese Feststellung des OLG es erleichterte, dass die Schweiz HANNO BERGER an Deutschland ausliefern würde.²⁹⁶ Dies deshalb, weil es dadurch dem schweizerischen Rechtsverständnis näher war, da sie einen ähnlichen Tatbestand wie Art. 146 StGB im Auslieferungsersuchen enthalten hatten.

C. Exkurs: Internationale Strafrechtshilfe im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften zwischen Deutschland und der Schweiz

Um die Diskussion bzgl. des Betrugs und des Arglistbegriffs und die erstaunten Reaktionen der Lehre auf den eben erwähnten Beschluss des OLG Frankfurt a.M. besser zu verstehen wird hier kurz die Rechtshilfe zwischen Deutschland und der Schweiz erklärt. Folgender Tathergang stand nämlich im Hintergrund des Beschlusses: HANNO BERGER floh 2012 in die Schweiz und lebte von da an im bündnerischen Zuoz. Die deutschen Strafbehörden stellten in der Folge ein Auslieferungsersuchen.²⁹⁷ 2021 wurde Berger in der Schweiz zur Auslieferung festgenommen und wurde im Jahr 2022, nachdem er sich vor Gericht gegen die Auslieferung gewehrt hatte, aber keinen Erfolg hatte, an Deutschland ausgeliefert.²⁹⁸

Auslieferungsersuchen sind Teil der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und werden in der Schweiz im IRSG geregelt.²⁹⁹ Des Weiteren finden zwischen Deutschland und der Schweiz auch das Europäische Auslieferungübereinkommen (EUAe) und dessen Zusatzprotokolle und Ergänzungen Anwendung.³⁰⁰ Nach Art. 35 IRSG sowie Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EUAe ist die Auslieferung dann zulässig, wenn nach den Unterlagen des Ersuchens die Tat nach dem Recht der Schweiz und des ersuchenden Staates eine freiheitsbeschränkende Sanktion in Höhe von min. einem Jahr oder einer schwereren Sanktion bedroht ist, und die Tat nicht der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt. Dabei muss beidseitige

²⁹⁰ MOSBACHER, N 1.

²⁹¹ MOSBACHER, N 9.

²⁹² MOSBACHER, N 12.

²⁹³ MOSBACHER, N 14.

²⁹⁴ MOSBACHER, N 15; SARTORIUS, 1598; ADICK/LINKE, 239.

²⁹⁵ ADICK/LINKE, 239; SARTORIUS, Fussnote 15; Ausführungen zum Betrugsdelikt nach Art. 146 StGB folgen im Erster Teil: § 7III.

²⁹⁶ MOSBACHER, N 15.

²⁹⁷ HÖLTSCHI, NZZ vom 09.07.2021.

²⁹⁸ HÖLTSCHI, NZZ vom 22.02.2022.

²⁹⁹ SUNDE, 527.

³⁰⁰ BStGer RR.2021.200, E. 1.1.

Strafbarkeit gegeben sein. Konkret bedeutet dies, dass eine Verfolgung der Straftat im Ausland laufen muss und der Sachverhalt des ersuchenden Staates, an den die Schweizer Behörde gebunden ist,³⁰¹ auch nach schweizerischem Recht strafbar sein muss.³⁰² Dabei müssen die Strafnormen der beiden Rechtssysteme nicht gleich sein und sie müssen auch nicht das gleiche Rechtsgut schützen.³⁰³ Art. 35 IRSG wird jedoch eingegrenzt von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 IRSG, dem sog. Fiskalvorbehalt.³⁰⁴ Dieser sieht vor, dass einem Ersuchen nicht entsprochen wird, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint, z.B. eine bloße Steuerhinterziehung³⁰⁵. Es gibt jedoch auch Ausnahmen zu diesem Fiskalvorbehalt, worunter u.a. auch Art. 3 Abs. 3 lit. a und b IRSG fällt, nach diesem kann beim Vorliegen eines Abgabebetrugs, dem Ersuchen mit Rechtshilfe nach dem dritten Teil des Gesetzes (IRSG) entsprochen werden und bei einem qualifiziertem Abgabebetrag i.S.v. Art. 14 Abs. 4 VStrR Rechtshilfe nach allen Teilen des Gesetzes (IRSG) geleistet wird.³⁰⁶

Das BStGer stellte im Zusammenhang mit auslieferungsfähigen Fiskaldelikten fest, dass unerheblich sei, wie der ersuchende Staat das fragliche Verhalten nach seinem Recht beurteile. Es spiele keine Rolle, ob der ersuchende Staat das fragliche Verhalten als Abgabebetrag oder als Steuerhinterziehung ahnde, denn die Beurteilung, ob es sich bei der Tat um einen qualifizierten Abgabebetrag nach Art. 14 Abs. 4 VStrR handelt, beurteile sich allein nach den Grundsätzen des schweizerischen Rechts.³⁰⁷

Das Bundesstrafgericht (BStGer) subsumierte den Sachverhalt des OLG Frankfurt a.M. unter den Betrug gem. Art. 146 StGB.³⁰⁸ Damit ergab sich aufgrund der Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) auch bei Abstellung auf den Betrug nach Art. 146 StGB ein auslieferungsfähiges Delikt.³⁰⁹

Zusammenfassend heisst dies, dass eventuell das OLG Frankfurt den Arglistbegriff in seinen Entscheid aufgenommen hat und den Betrug bejaht hat um die beidseitige Strafbarkeit offensichtlicher darzulegen. Dies kann zwar weder verneint noch bejaht werden, ist aber zumindest MOSBACHERS Vermutung. Wie aber erklärt wurde, muss der Sachverhalt nicht genau die gleichen Tatbestände in beiden Ländern erfüllen. Somit kann das Schweizer Gericht bei seiner Subsumierung der Tathandlung unter einen Straftatbestand, auch trotz der Feststellung eines deutschen Gerichts eine Steuerhinterziehung liege vor, die Tathandlung unter den Betrug nach Art. 146 StGB subsumieren und eine beidseitige Strafbarkeit bejahen.

§ 5 Zwischenfazit Deutschland und Cum/Ex-Geschäfte

Die Bemühungen von Deutschland Cum/Ex-Geschäfte Anfang der 2000er Jahre zu unterbinden, hatte wenig Erfolg. Grund dafür waren mitunter der Einfluss des deutschen Bankenverbands, aber auch die nicht vorhandene Kommunikation unter den Finanzbehörden. Nachdem im Jahr 2012 letztlich eine gesetzliche Regelung gefunden wurde, welche Cum/Ex-Geschäfte verhinderte und ANNE BROHRHILKER,

³⁰¹ SUNDE, 531.

³⁰² BSK IRSG-GARRÉ, Art. 35 N 1,8.

³⁰³ BSK IRSG-GARRÉ, Art. 35 N 9.

³⁰⁴ SUNDE, 529.

³⁰⁵ BSK IRSG-KOCHER, Art. 3 N 101.

³⁰⁶ SUNDE, 529.

³⁰⁷ BStGer RR.2021.200, 8.2.2.

³⁰⁸ BStGer RR.2021.200, E. 8.7; a.A. s. NIGGLI, NZZ vom 13.09.2021; nähere Ausführungen zu diesem Entscheid s. Erster Teil:§ 6IV.C und Erster Teil:§ 7III.B.

³⁰⁹ SUNDE, 532; BStGer RR.2021.200, E. 4.4.

Kölner Staatsanwältin die Verfolgung von Cum/Ex-Geschäften als erste aufnahm, änderte sich die Situation in Deutschland. Die Rechtswidrigkeit, und damit konsequenterweise auch die Strafbarkeit der mehrfachen Rückerstattung der nur einmal einbezahlten Kapitalertragssteuer durch Cum/Ex-Geschäften wurde von finanzgerichtlichen Entscheidungen mehrfach bestätigt.³¹⁰ Der BFH hat den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Cum/Ex-Geschäften mit Aktien in seinem Urteil vom 16. April 2014³¹¹ und 2. Februar 2022³¹² verneint. Der BGH hat in weiteren Strafverfahren mit Beschlüssen vom 6. April 2022³¹³ und 17. November 2022³¹⁴ die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften bestätigt. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Verfassungsbeschwerde³¹⁵ der Warburg-Bank bzgl. der strafrechtlich angeordneten Einziehung von ca. 176,5 Mio. Euro nicht zur Entscheidung angenommen und ein Ex-Mitarbeiter der Warburg Bank wurde rechtskräftig verurteilt. Auf Landesebene verurteilte etwa das Landgericht Bonn³¹⁶ HANNO BERGER, sog. Architekt der Cum/Ex-Geschäfte zu acht Jahren Haft verurteilt. Anfang Juni 2022³¹⁷ begann zudem ein zweiter Strafprozess in Wiesbaden gegen ihn. Hier verurteilte das LG Wiesbaden mit Entscheid vom 30. Mai 2023 HANNO BERGER wegen schwerer Steuerhinterziehung in drei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren und drei Monaten.³¹⁸ Das LG Wiesbaden verurteilte auch zwei Ex-Banker der Hypovereinsbank zur Bewährungsstrafen im November 2022³¹⁹. Mit Urteil vom 7. November 2022³²⁰ verurteilte das LG Frankfurt frühere Maple-Banker zu langen Haftstrafen.³²¹

Wie oben ausgeführt, wurden bisher strafrechtliche Rechtsverfahren oder Verurteilungen nur nach § 370 AO/DE eröffnet oder gesprochen, wobei der Beschluss des OLG Frankfurt a.M. bzgl. Betrug nach § 263StGB/DE eine einzelne Ausnahme bildet. Die Urteile ergingen jeweils gegen die Organisatoren oder Anbieter der Cum/Ex-Geschäfte, jeweils entweder Einzelpersonen oder Banken.³²² Die Bank und ihre angeklagten Angestellten handelten im Fall des BGH-Entscheids als Leerkäufer.³²³ Personen, die in solche Fonds, welche auf Cum/Ex-Geschäften basierten, investierten, erhielten teilweise ihr angelegtes Geld zurück, auf der Annahme, dass sie die Fondsstruktur nicht genau kannten.³²⁴

Auch wenn es in den Jahren zwischen 2006 bis 2012 eher holprige Versuche waren, um Cum/Ex-Geschäfte zu verhindern,³²⁵ zeigt Deutschland mit reger Strafverfolgung und diversen Urteilen, dass Cum/Ex-Geschäfte nicht mehr geduldet werden. Damit steht letztendlich auch ausser Zweifel dass solche Geschäfte in Deutschland unzulässig sind, was auch international starke Zeichen setzt – auch, wie sich folgend zeigen wird, in der Schweiz.

³¹⁰ FLORSTEDT, 129.

³¹¹ BFH I R 2/12.

³¹² BFH I R 22/20.

³¹³ BGH 1 StR 466/21.

³¹⁴ BGH 1 StR 255/22.

³¹⁵ BVerfG 2 BvR 2194/21, Entscheidung.

³¹⁶ LG Bonn 62 KLS 2/20; Gegen dieses Urteil hat Berger angekündigt Revision einzulegen (SCHMIDBAUER, LTO).

³¹⁷ LG Wiesbaden 6 KLS 1111 Js 18753/21.

³¹⁸ SCHMIDBAUER, LTO.

³¹⁹ LG Wiesbaden 6 KLS 1111 Js 27125/12.

³²⁰ LG Frankfurt am Main 5/24 KLS 17/19.

³²¹ WEBER, N 22.

³²² LTO vom 07.11.2022; LTO vom 28.07.2021; LAHRTZ, NZZ vom 14.09.2018.

³²³ BGH 1 StR 519/20, N 77-79,87.

³²⁴ Carsten Maschmeyer (BARMETTLER, Handelszeitung vom 10.06.2015); Erwin Müller (LAHRTZ, NZZ vom 14.09.2018).

³²⁵ LG Bonn 62 KLS 213 Js 41/19 – 1/19 N 36.

§ 6 Ausgangslage und gesetzliche Entwicklung in der Schweiz

Die folgenden Kapitel behandeln nun die schweizerischen Aspekte rund um Cum/Ex-Geschäfte und deren Strafbarkeit. In diesem Kapitel geht es um die Entwicklung der Rechtslage, die Verwicklung von Schweizer Banken in Cum/Ex-Geschäften, die Diskussion im schweizerischen Parlament und entscheidende Gerichtsurteile. Danach folgt das Kapitel, welches die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften in der Schweiz abhandelt und in einem Zwischenfazit wird die Situation in der Schweiz zusammengefasst.

I. Entwicklungen der Rechtslage

In diesem Kapitel wird die Rechtslage in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte und die Verhinderung dieser Geschäfte in der Schweiz bis heute behandelt.

A. Rechtslage ab 1990

Schon Jahre vor, den hier besprochenen Cum/Ex-Geschäften, gab es Schwierigkeiten im Bankensystem, indem mehr Steuerbescheinigungen im Umlauf waren, als Steuern zuvor eingezahlt wurden. Am 22. Mai 1990 veröffentlichte die SBVg ein Zirkular weil es zu Unsicherheiten bei der Abwicklung des Coupon-Abrechnungsverfahrens, bei Short-Beständen, in Bezug auf quellensteuerbelasteten Wertschriften, kam.³²⁶ Sie wollte mit der Veröffentlichung die im Zirkular besprochenen Grundsätze «in Erinnerung [...] rufen»³²⁷, was darauf hindeutet, dass die in dem Zirkular umschriebene Praxis der ESTV und Banken schon vor dem Zirkular Nr. 6584 angewendet wurde.

Der Normalfall stellte dabei die Situation dar, dass die fällige Quellensteuer auf einer Ertragsausschüttung grundsätzlich vom Ertragsschuldner oder dessen Bank an den Fiskus abgeliefert wurde. Der Kunde, welcher am Dividendenstichtag (Fälligkeitstag oder ex-Tag) Eigentümer der Wertschrift war, hatte in der Regel Anspruch auf den Wertschriftenertrag. Der Ertrag wurde dem Kunden gutgeschrieben, welcher am Stichtag die Wertschrift im Depot hatte. Es kam jedoch vor, dass die Verarbeitung nicht am gleichen Tag getätigt wurde und so entstand unmittelbar vor dem Fälligkeitstag eine Differenz. Dies wurde mit Stornobuchungen korrigiert und ein Vermerk angebracht, dass sich «kein Rückerstattungsanspruch für die Quellensteuer aus der Gutschriftanzeige»³²⁸ ergäbe. Es gab somit keine Schwierigkeit in Bezug auf die Quellensteuer, da «die buchmässigen und die physisch effektiv vorhandenen Titelbestände im System identisch sind»³²⁹.

Für den Fall, dass es zu Lieferverzögerungen kam, wurden die Coupongutschriften grundsätzlich nach dem Buchbestand ausgelöst und nicht nach der physischen Vorhandbarkeit der Wertschrift im Depot. Damit hatte die Verzögerung der Lieferung keinen Einfluss auf die Quellensteuer, da das System sich selbst bei Abweichungen korrigierte. Zudem waren die gleichen Grundsätze wie im Normalfall anzuwenden.³³⁰

Eine andere Ausgangslage ergab sich bei Short-Positionen, d.h. wenn die Bank für sich selbst oder einen Kunden einen Short-Bestand aufwies. Seit jeher war es Praxis, wenn eine Short-Position bei Coupon-

³²⁶ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XX.

³²⁷ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XX.

³²⁸ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XX.

³²⁹ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XX.

³³⁰ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XXII.

Fälligkeit bestand, eine normale Coupongutschrift mit Quellensteuerabzug auf die physisch nicht vorhandenen Titel auszustellen. Das Zirkular führte aus, dass im angelsächsischen dies als «manufactured dividend» bezeichnet werde und auf diese Weise eine höhere Zahl an Wertschriftenerträge gutgeschrieben werden als in Realität im Umlauf sind. Um zu verhindern, dass der Fiskus mehr Quellensteuern zurückzahlt als an ihn abgeliefert wurde, soll die Bank, welche in so ein Geschäft involviert ist, dazu verpflichtet werden auch auf einem Short-Bestand von Dividenden oder Zinsen bei inländischen Banken zusätzlich die Quellensteuer von 35% des Bruttoertrags zu entrichten.³³¹

Das Vorgehen wurde auch auf ausländische Titel erweitert, da sonst dem Ausland Steuergelder fehlen würden. Die Höhe der Quellensteuerabzüge berechnete sich auf Grundlage des DBA mit dem jeweiligen Staat. Hatte der Staat kein DBA mit der Schweiz, gab es für die Banken auch keine Ablieferungspflicht an die ESTV.³³²

Damit war die Grundlage der Lösung der ESTV und Banken in Bezug auf die Verhinderung von Cum/Ex-Geschäfte schon 1990 gelegt: auf Ersatzzahlungen («manufactured dividends») einen der Verrechnungssteuer ähnlichen Abzug von 35% vorzunehmen.

Eine Woche später veröffentlichte die SBVg ein weiteres Zirkular, welches das Securities Lending mit quellensteuerbelasteten Wertschriften behandelte.³³³ Das Securities Lending mit quellensteuerbelasteten Wertschriften – eine Ausleihe von Wertschriften unter Effektenhändlern gegen Bezahlung einer Kommission – war bis zu diesem Zeitpunkt verboten gewesen.³³⁴ Da das Securities Lending erst dann funktionieren könnte, wenn sichergestellt ist, dass das Coupon-Abrechnungsverfahren richtig abläuft, wurde die Regelung erst nach dem Zirkular Nr. 6584 sowie nach Klärung steuerlicher Hindernisse geändert.³³⁵ Ab dem 29. Mai 1990 war es nun auch zulässig nicht quellensteuerfreie und in- und ausländische Titel, deren Erträge einer Quellensteuer unterliegen, für das Securities Lending zu gebrauchen.³³⁶ Auch in diesem Fall gab es die Problematik mit Short-Beständen, was jedoch mittels dem Vorgehen was im SBVg-Zirkular Nr. 6584 beschrieben wurde, behoben werden konnte.

Die ESTV führte diesbezüglich laut der Zirkulare auch Kontrollen durch, um zu sehen, ob «bei Short-Beständen die Quellensteuer auf Ertragsgutschriften richtig abgewickelt wurde»³³⁷. Dabei wurden unterlassene Quellensteuerablieferungen von der ESTV von Amtes wegen nachgefordert.³³⁸ Auch bei Banken, welche Securities Lending mit quellensteuerbelasteten in- und ausländischen Wertschriften betrieben, wurde das korrekte Vorgehen bei Short-Positionen geprüft.³³⁹

³³¹ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XXI, XXII.

³³² Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XXII.

³³³ Anh. 2.2: SBVg-Zirkular Nr. 6586 vom 29. Mai 1990, XXV ff.

³³⁴ Anh. 2.2: SBVg-Zirkular Nr. 6586 vom 29. Mai 1990, XXVI.

³³⁵ Anh. 2.2: SBVg-Zirkular Nr. 6586 vom 29. Mai 1990, XXV.

³³⁶ Anh. 2.2: SBVg-Zirkular Nr. 6586 vom 29. Mai 1990, XXVI.

³³⁷ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XXII.

³³⁸ Anh. 2.1: SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990, XXII.

³³⁹ Anh. 2.2: SBVg-Zirkular Nr. 6586 vom 29. Mai 1990, XXXI.

B. Rechtslage von 2006 bis 2008

2006 fiel der ESTV auf, dass Verrechnungssteuern in Höhe von Millionen von Schweizer Franken zur Rückerstattung angemeldet werden, jedoch schienen die zugrundeliegenden Transaktionen sehr undurchsichtig zu sein. Daraufhin entschied die ESTV diese Verrechnungssteuern erstmal nicht zurückzuerstatten und zuerst Durchblick in dieser Angelegenheit zu erhalten.³⁴⁰

Das Kreisschreiben Nr. 13, welches 2006 veröffentlicht wurde, enthielt u.a. die Bestimmungen zum Securities Lending aus dem SBVg-Zirkular Nr. 6586 wodurch das Zirkular gegenstandslos wurde.³⁴¹ Eine Arbeitsgruppe aus Vertretern der ESTV und der Schweizerischen Bankiervereinigung wurde zusammengestellt, deren Auftrag es war, die Regelung seit 1990 einer Prüfung zu unterziehen, da es im technischen und steuerlichen Bereich des Securities Lendings zu Veränderungen kam.³⁴² Das Kreisschreiben regelte bei Zahlungen im Zusammenhang mit Securities Lending die Pflicht zur Deklaration und Entrichtung der Verrechnungssteuer auf «manufactured dividends», sowie die Möglichkeit der Verrechnung der zu deklarierenden Verrechnungssteuer mit der rückforderbaren Verrechnungssteuer mit inländischen Wertschriften. In Bezug auf ausländische Wertschriften klärte das Kreisschreiben die Bescheinigung der Ausgleichszahlungen. Diese Regelungen galten sinngemäss auch für Repo-Geschäfte.³⁴³ Das Ziel war es die mehrfache Geltendmachung von Steuervorteilen bei Quellensteuern und den direkten Steuern sowie die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Steuervorteilen zu vermeiden.³⁴⁴

Im Jahre 2008 veröffentlichte die ESTV ein weiteres Kreisschreiben (Nr. 21), welches den ähnlichen Inhalt wie SBVg-Zirkular Nr 6584 hatte. Es ging darum, dass in der Abwicklung von Wertschriftentransaktionen Fälle denkbar waren bei denen Short-Verkäufe vor der Ertragsfälligkeit stattfanden und so Ertragsabrechnungen, welche zur Rückerstattung von Verrechnungssteuern geeignet waren, ausgestellt wurden, ohne dass diese Verrechnungssteuer entrichtet worden war.³⁴⁵ Diese Problematik betraf damals hauptsächlich Dividendenzahlungen, was genau Cum/Ex-Geschäfte darstellte und damit das zentrale Thema des Kreisschreibens war. Es wurde darauf hingewiesen, dass sicherzustellen sei, dass insgesamt nicht mehr Verrechnungssteuer zur Rückerstattung ausgewiesen, als eingenommen wurde. Instrument sei dafür die seit längerem geltende Praxis auf «manufactured dividends» bei Short-Positionen einen Abzug analog der Verrechnungssteuer von 35% vorzunehmen, was bei Schweizer Banken und Schweizer Depotstellen geläufig war.³⁴⁶

Zentral war in diesem Kreisschreiben vor allem die Handhabung der Belege für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei Ertragsgutschriften ausländischer Banken. Ausländische Banken oder Depotstellen konnten nicht, von der ESTV bewirkt, einen der Verrechnungssteuer ähnlichen Abzug an Dividendenersatzzahlungen vornehmen, weshalb ein Tax-Voucher-System³⁴⁷ eingeführt wurde. Mit diesem Tax Voucher bestätigte die ausländische Bank ihren Kunden, dass «die Ertragsabrechnungen, welche unter Ausweis der Verrechnungssteuer ausgestellt wurden [...] um die Verrechnungssteuer bzw. einen Verrechnungssteuerersatz gekürzt»³⁴⁸ und der Betrag auch der ESTV abgeliefert wurde. Dieser Tax-Voucher war dem Rückerstattungsantrag beizulegen, wenn die Ertragsabrechnung von einer ausländischen Bank oder Depotstelle ausgestellt wurde. Damit sollten ungerechtfertigte Steuerrückforderungen

³⁴⁰ GRUHNWALD ET.AL., Republik vom 18.10.2018.

³⁴¹ ESTV, alt KS 13, 8.

³⁴² ESTV, alt KS 13, 2.

³⁴³ ESTV, alt KS 13, 2.

³⁴⁴ ESTV, alt KS 13, 2.

³⁴⁵ ESTV, KS 21, 2.

³⁴⁶ ESTV, KS 21, 2.

³⁴⁷ Zu den genauen Ausführungen s. ESTV, KS 21, 3.

³⁴⁸ ESTV, KS 21, 3.

vermieden werden.³⁴⁹ Diese Vorschriften des Kreisschreibens erhielten ihre Gültigkeit für fällige Dividendenzahlungen und Rückerstattungsverfahren im Jahre 2008.³⁵⁰ In einem Medienbericht des SRF gab der Kommunikationschef der ESTV, PATRICK TEUSCHER, an, dass im Jahre 2008 dem Dividendenstripping in der Schweiz einen Riegel vorgeschoben worden sei. Die ESTV sperrte im Zuge der Bestimmungen von 2008 sämtliche Zahlungen von Verrechnungssteuern, die mit Dividendenstripping (u.a. auch Cum/Ex-Geschäften) zusammenhingen.³⁵¹

C. Rechtslage ab 2017 – Entwicklungen durch den BGer 2C_123/2016

Es war klar, dass es «aus steuersystematischer Sicht [...] undenkbar [ist], dass es (gesetzeskonforme) Konstellationen geben darf, in welchen es mehr potenzielle rückerstattungs berechtigte Leistungsempfänger bzw. Rückerstattungsbeträge gibt, als der ESTV im Rahmen der Steuererhebung vom Steuerpflichtigen tatsächlich Verrechnungssteuern abgeliefert wurden: Nur, was in einem ersten Schritt erhoben wird, darf später (teilweise) rückerstattet werden»³⁵². Die ESTV hatte sich mit der Absprache mit der SBVg darum bemüht, dass nur rückerstattet wurde, was zuvor einbezahlt worden war. Die ESTV und die SBVg hatten sich auf den Vorgang der «manufactured dividend» und dem Abzug in der Höhe von 35% geeinigt, und solange die Banken sich daran hielten, bestand kein Grund bei der ESTV dieses Verhalten tatsächlich zu unterbinden.³⁵³

2017 kam es aber zu einem Entscheid des Bundesgerichts,³⁵⁴ welcher besagte, dass das SBVg-Zirkular Nr. 6584 von 1990 keine genügende gesetzliche Grundlage für die ESTV-Praxis sei, auch wenn diese zu einem sachgerechten Ergebnis führen würde.³⁵⁵ Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass das Handelsgericht Zürich in einem zivilrechtlichen Verfahren bereits erklärte, dass für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit i.S.d. Bankengesetzes eine Bank u.a. auch die Usanzen des Bankenverkehrs einzuhalten hätte. Das SBVg-Zirkular Nr. 6584 würde auf einer jahrelangen Praxis beruhen und sei daher als Geschäftsgebrauch zu verstehen. Damit sei die im Verfahren beteiligte Bank an das Zirkular gebunden gewesen.³⁵⁶ Die Berufung der ESTV auf die jahrzehntelange Praxis und Gewohnheitsrecht verwarf jedoch die Folgeinstanz, das Bundesverwaltungsgericht, und stellte fest, dass es schon grundsätzlich nicht möglich sei, durch Gewohnheitsrecht «neue Steuern oder andere steuerrechtliche Verpflichtungen»³⁵⁷ aufzuerlegen. Das Bundesgericht konnte dem nichts beifügen.³⁵⁸

Damit erhielt die ESTV und die Banken eine Absage ihrer jahrelangen Praxis. Dies, obwohl diese Praxis «dem Bund so wohl Millionen, wenn nicht gar Milliarden an unrechtmässigen Verrechnungssteuer-Erstattungen erspart»³⁵⁹ hatte. Da die Dividendenersatzzahlungen keine Verrechnungssteuerobjekte seien,

³⁴⁹ ESTV, KS 21, 3.

³⁵⁰ ESTV, KS 21, 5.

³⁵¹ SCHUMACHER, Steuertricks Banken.

³⁵² LIEBEL-KOTZ, 2.

³⁵³ LIEBEL-KOTZ, 299.

³⁵⁴ Im Entscheid BGer 2C_123/2016, ging es um eine in London ansässige Gesellschaft (Beschwerdeführerin), welche Leerverkäufe mit Schweizer Titeln tätigte und daraufhin Rückerstattung von Verrechnungssteuern beantragte, welche nicht stattgegeben wurde. Die Beschwerdeführerin verkaufte kurz vor dem Dividendenstichtag Aktien (Schweizer Titel), welche sie jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht besass. Dafür erhielt sie im Gegenzug den vollen Kaufpreis inklusiver erwarteter Dividende. Die Aktienkäufer wussten dabei nicht, dass es sich bei dem Verkauf der Beschwerdeführerin um Leerverkäufe handelte.

³⁵⁵ BGer 2C_123/2016, E. 4.2.5 in Botschaft 2021 VStG, 28.

³⁵⁶ BGer 2C_123/2016, E. 5.1.

³⁵⁷ BGer 2C_123/2016, E. 4.2.5.

³⁵⁸ BGer 2C_123/2016, E. 4.2.5.

³⁵⁹ LIEBEL-KOTZ, 299.

dürfte auch keine Verrechnungssteuer darauf erhoben werden. Nach LIEBEL-KOTZ hätten nach dem Entscheid sofort Massnahmen in verschiedenen Bereichen ergriffen werden müssen: Die Banken und Depotstellen in der Verwaltung von Schweizer Aktien hätten sofort ihr Abwicklungssystem ändern müssen, sodass keine zweite oder mehrere Dividendenbescheinigungen im Fall von Short-Transaktionen ausgestellt wurden.³⁶⁰ Sodann hätte u.a. auch das Kreisschreiben Nr. 21 bzgl. Massnahmen bei Ausgleichs- oder Dividendenersatzzahlungen keine Wirkung mehr haben sollen,³⁶¹ sowie auch das Kreisschreiben Nr. 13 betreffend Ausgleichszahlungen bei Securities-Lending- und Repo-Geschäften.³⁶²

Das Kreisschreiben Nr. 21 behielt jedoch seine Gültigkeit und ist bis jetzt gültig. Das Kreisschreiben Nr. 13 wurde angepasst und am 1. Januar 2018 veröffentlicht. Die Änderung betraf aber nicht die Handhabung bei Short-Beständen, sondern ein anderer Vorgang. Bei einer Prüfung des Kreisschreibens Nr. 13 aufgrund der Entwicklungen im Bereich Securities Lending ist aufgefallen, dass «durch das gezielte Verleihen von Schweizer Wertschriften an ausländische Borger über den Dividenden- bzw. Zinstermin [...] sogenannte ‘Treaty Shopping’-Tatbestände verwirklicht [wurden]»³⁶³.

Am 6. März 2018 wurde den Mitgliedern der SBVg ein weiteres Zirkular vermittelt,³⁶⁴ da es durch das Kreisschreiben Nr. 13 von 2018 im Zusammenhang mit dem Bundesgerichtsentscheid 2C_123/2016 zu einigen Unsicherheiten gekommen war, welche die SBVg klären wollte. Darin wurde den Banken mitgeteilt, dass das Kreisschreiben Nr. 13 weiterhin Gültigkeit habe und das bisherige Formular zur Deklaration und Abrechnung weiterhin zur Anwendung komme. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die Verfassung des Zirkulars mit der ESTV abgesprochen sei.³⁶⁵ Damit legten die ESTV und die SBVg nahe, dass sie «(vorerst) an ihrer (unrechtmässigen) Praxis festhalten»³⁶⁶ wollten, im Sinne eines «gentlemen’s agreement». Für LIEBEL-KOTZ stellte der Prozess einen «Kollateralschaden für den Bund sowie die Praxis der ESTV und der Bankenwelt»³⁶⁷ dar, da keinem von den Verfahrensbeteiligten damit geholfen sei.

D. Rechtslage ab 2021

Im April 2021 wurde die Botschaft zur Änderung des Verrechnungssteuergesetzes den eidgenössischen Räten übergeben.³⁶⁸ Darin teilte der Bundesrat mit, dass er auch Dividendenersatzzahlungen dem VStG zu unterstellen seien, um nicht ungewollte Lücken zu schaffen.³⁶⁹ In seiner Begründung erwähnte er den BGer 2C_123/2016 und hielt fest, dass das BGer die bisherige Praxis als zu einem sachgerechten Ergebnis führend betrachte, jedoch keine genügende Rechtsgrundlage vorhanden sei. Dies führe zu Unsicherheit und Risiken, und dem wolle der Bundesrat entgegenwirken, indem die Dividendenersatzzahlung auch der Verrechnungssteuer unterliege.³⁷⁰ Am 13. Januar 2022 wurde jedoch das Referendum ergriffen, welches am 27. April 2022 formell gültig zustande kam. Daraufhin kam es zur Abstimmung am

³⁶⁰ LIEBEL-KOTZ, 299.

³⁶¹ LIEBEL-KOTZ, 299.

³⁶² LIEBEL-KOTZ, 300.

³⁶³ ESTV, KS 13, 2.

³⁶⁴ Anh. 2.3: SBVg-Zirkular Nr. 7953 vom 6. März 2018, XXXIII.

³⁶⁵ Anh. 2.3: SBVg-Zirkular Nr. 7953 vom 6. März 2018, XXXIII.

³⁶⁶ LIEBEL-KOTZ, 300.

³⁶⁷ LIEBEL-KOTZ, 299.

³⁶⁸ Geschäft des Bundesrates (21.024).

³⁶⁹ Botschaft 2021 VStG, 28.

³⁷⁰ Botschaft 2021 VStG, 28.

25. September 2022 und das Volk lehnte die Änderung des Verrechnungssteuergesetzes ab, weshalb die Änderung bzgl. der Dividendenersatzzahlung nicht in Kraft trat.³⁷¹

Eine weitere gesetzliche Entwicklung war das Bundesgesetz über die Durchführung von internationalen Abkommen im Steuerbereich (StADG). Am 18. Juni 2021 beschloss die Bundesversammlung, dass das Bundesgesetz auf den 1. Januar 2022 in Kraft treten sollte, vorbehaltlich eines Referendums. Da dieses nicht ergriffen wurde, trat das StADG am 1. Januar 2022 in Kraft. Das StADG enthält u.a. Strafbestimmungen bzgl. ungerechtfertigter Rückerstattung von Verrechnungssteuern von im Ausland ansässigen Personen.³⁷² Die Strafbestimmungen des VStG bzgl. ungerechtfertigter Rückerstattung von Verrechnungssteuern sind, laut Bundesrat, nur auf im Inland ansässige Personen anwendbar.³⁷³ Dies stellte ein Problem dar bei der ungerechtfertigten Verrechnungssteuerrückerstattung einer im Ausland ansässigen Person, oder einer Dritten im Inland ansässigen Person, welche aber zugunsten einer im Ausland ansässigen Person handelt. Denn bei dieser Konstellation kommt ein internationales Abkommen im Steuerbereich zwischen der Schweiz und dem anderen Land zur Anwendung und nicht das VStG, womit auch die Strafbestimmungen des VStG nicht anwendbar waren. Bis zum Inkrafttreten des StADG gab es keine klare gesetzliche Grundlage, womit ein solcher Sachverhalt strafrechtlich geahndet werden konnte. Zum Schutz des schweizerischen Steuersubstrats und dem Schutz vor missbräuchlicher Inanspruchnahme der internationalen Steuerabkommen wurde mit dem StADG die Strafdrohung, bei ungerechtfertigter Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf ein internationales Abkommen, an das Strafniveau des VStGs angeglichen, womit die Strafverfolgung von im Ausland ansässigen Personen möglich wurde.³⁷⁴

Am 16. Dezember 2021 erliess die SBVg ein weiteres Zirkular (Nr. 8067), in welchem sie den Wegfall des BRB 62³⁷⁵ und die darauffolgende Anpassung des SBVg-Zirkulars Nr. 6584 kommentierte. Die Anpassung war, dass nun die Rechtsgrundlage fehlen würde für die Erhebung von ausländischen Quellensteuern bei Staaten, mit denen die Schweiz ein DBA hatte. Damit seien die Banken nicht mehr verpflichtet, ausländische Quellensteuern auf Dividendenersatzzahlungen bei Short Positionen zu erheben. Bis auf diese Regelung sollte der übrige Inhalt des SBVg-Zirkulars Nr. 6584 seine Gültigkeit behalten.³⁷⁶

Knapp ein Jahr später folgte ein SBVg-Zirkular, welches das vorhergehende (Nr. 8067) präzisieren sollte. Im SBVg-Zirkular Nr. 8088 wurde statuiert, dass für die ESTV das SBVg-Zirkular Nr. 6584 insgesamt keine Verbindlichkeit mehr hätte. Des Weiteren verwies die SBVg auf die Hinfälligkeit des Steuerrückbehalts auf Short-Positionen in der Schweiz bezogen auf ausländische Quellensteuern und dass dies mittlerweile in den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen geregelt sei, wie die ESTV in ihrer Medienmitteilung³⁷⁷ veröffentlichte.³⁷⁸

³⁷¹ Geschäft des Bundesrates (21.024).

³⁷² Botschaft 2020 StADG, 9251.

³⁷³ Kritisch zu dieser Ansicht OESTERHELT, 32,35.

³⁷⁴ Botschaft 2020 StADG, 9251.

³⁷⁵ Verordnung vom 14. Dezember 1962 über Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes (SR 672.202).

³⁷⁶ Anh. 2.4: SBVg-Zirkular Nr. 8067 vom 16. Dezember 2021, XXXIV

³⁷⁷ Medienmitteilung ESTV.

³⁷⁸ Anh. 2.5: SBVg-Zirkular Nr. 8088 vom 23. November 2022, XXXVI.

E. Zusammenfassung der rechtlichen Entwicklung

Es kann festgehalten werden, dass die Schweiz schon früh Massnahmen gegen die zweifache Rückerstattung von einer einmalig bezahlten Verrechnungssteuer ergriff. Die ersten Massnahmen zur Verhinderung wurden 1990 mit den zwei SBVg-Zirkularen ergriffen, wo das System der «manufactured dividends» und dem Verrechnungssteuer ähnlichen Abzug von 35% explizit eingeführt wurde. In den frühen 2000er-Jahren wurde die ESTV aktiv, indem sie zwei Kreisschreiben veröffentlichte, welche die Rückerstattung nur unter bestimmten Bedingungen erlaubte. Wie oben ausgeführt, wurde dem Dividendenstripping laut ESTV generell ab dem Jahre 2008 ein Riegel vorgeschoben. Der Bundesgerichtsentscheid vom Jahre 2017 offenbarte aber die Schwachstelle der Schweizer Vorgehensweise: Für die Praxis der Banken und der ESTV fehlte eine genügende gesetzliche Grundlage. Die Banken hielten jedoch weiterhin an der Praxis fest. Mit dem Vorschlag des Bundesrats zur Änderung des Verrechnungssteuergesetzes hätte die gesetzliche Grundlage ermöglicht werden können. Durch die Ablehnung dieser Gesetzesvorlage und keiner weiteren bisherigen Vorschriften gibt es immer noch keine gesetzliche Grundlage. Auch wenn laut SBVg-Zirkular Nr. 8088 das Zirkular von 1990 betreffend «manufactured dividend» und einem Verrechnungssteuer ähnlichen Abzug, keine Gültigkeit mehr besitzt, wird dennoch an der Praxis der ESTV und Banken im Sinne eines «gentlemen's agreement» festgehalten und die Kreisschreiben der ESTV behielten weiterhin bis heute ihre Gültigkeit.

II. Verwicklung der Schweizer Banken in Dividendenstripping

Trotz der Praxis der ESTV und Banken wurde von der Involvierung gewisser Banken im Dividendenstripping-Geschäft berichtet. Dabei wurde berichtet, dass Cum/Ex-Transaktionen von der UBS und der CS durchgeführt oder unterstützt wurden.³⁷⁹ Die Privatbank J. Safra Sarasin und die ZKB hatten bei Dividendenstripping-Transaktionen mitgewirkt.³⁸⁰ Die ZKB gab mithin auch zu, in den Jahren 2004 bis 2006 Dividendenstrippingtransaktionen wie Cum/Cum- und Cum/Ex-Geschäfte abgewickelt zu haben³⁸¹ und musste etwa 2008 112 Mio. Schweizer Franken an den Fiskus zurückzahlen.³⁸² Die Zeitung «Republik» führte auch auf, dass es eine Untersuchung der Waadtländer Kantonbank (Banque Cantonale Vaudoise, BCV) in Bezug auf Dividendenstripping-Geschäfte gab.³⁸³

Trotz der Durchführung oder Unterstützung von Cum/Ex-Transaktionen durch die UBS und CS,³⁸⁴ gab es bislang keine strafrechtliche Verfolgung der Banken. Bei Einvernahmen der deutschen Staatsanwaltschaft wurde von drei Investoren zu Protokoll gegeben, dass die UBS die Investoren um das Jahr 2007 an HANNO BERGER vermittelt hatte. Im Frühjahr 2009 wurde die UBS als Prime Broker von einer deutschen Fondsgesellschaft für Cum/Ex-Geschäfte genutzt. Die CS unterhielt ebenfalls Beziehungen mit HANNO BERGER, die bis in die 1990er-Jahre zurückgingen. Daneben diente sie auch als Depotbank für die im Jahre 2008 gegründete Investmentgesellschaft eines weiteren Cum/Ex-Beteiligten, dem neuseeländischen PAUL MORA.³⁸⁵

³⁷⁹ SCHUMACHER, Steuertricks Banken.

³⁸⁰ SCHUMACHER, Steuertricks Banken.

³⁸¹ GRUHNWALD ET. AL., vom 18.10.2018.

³⁸² Diese Zahlung bestätigte der folgenden Quelle zwei ehemaliger Mitarbeiter: SCHUMACHER, 7 Milliarden.

³⁸³ SCHUMACHER, 7 Milliarden.

³⁸⁴ SCHUMACHER, Steuertricks Banken.

³⁸⁵ GRUHNWALD ET. AL., vom 18.10.2018.

Am 10. Juli 2017 reichten zwei Kantonsräte des Kantons Zürich eine Anfrage an den Regierungsrat und den Bankrat der ZKB ein bzgl. deren Involvierung in Cum/Cum- und Cum/Ex-Geschäfte.³⁸⁶ Die Anfrage beinhaltete Fragen nach der Mitwirkung von Kundenberatern bei solchen Geschäften, dem Zeitpunkt zu dem die ZKB Kenntnis von den Geschäften hatte und was sie dagegen unternahm. Weitere Fragen betrafen den Kanton wie bspw. seit wann der Regierungsrat von diesen Geschäften wusste und was das kantonale Steueramt für Massnahmen ergriff.³⁸⁷

Der Bankrat beantwortete die Fragen in der Folge und räumte bei der Frage, ob Kundenberater der ZKB je bei Cum/Cum- oder Cum/Ex-Geschäften ihrer Kundschaft mitgewirkt hatten, ein, dass die ZKB von 2004 bis 2006 «solche Dividenden-Transaktionen» abwickelte, wobei die Initiative solcher Geschäfte von den Gegenparteien ausgingen. Nachdem 2007 solche Transaktionen in den Fokus der ESTV gerieten und diese solche auch verbot, stellte der Bankrat klar, dass die ZKB für solche Geschäfte sensibilisiert worden sei und sicherstellte, dass insb. Cum/Cum-Geschäfte nicht mehr getätigt wurden. Es würden auch regelmässig Schulungen der Mitarbeiter vorgenommen werden und es bestünden laufende Kontrollmassnahmen. Zum Abschluss hielt die ZKB fest, dass aufgrund der vorgenommenen Massnahmen eine genügende Abwehr von Cum/Cum- oder Cum/Ex-Geschäften bestünde.³⁸⁸ Der Regierungsrat äusserte sich auch und bezeugte, dass ihm die Problematik seit Längerem bekannt gewesen sei, jedoch wies er darauf hin, dass für den Rückerstattungsprozess nicht die kantonalen Steuerämter verantwortlich seien, sondern die ESTV und damit der Bund. Zur Schadensermittlung verwies er auf Geschäfte des Parlaments.³⁸⁹

Die «Republik» führte auch auf, dass auch die BCV von einer Untersuchung in Bezug auf Dividendenstripping-Geschäfte betroffen worden sei.³⁹⁰ Im Februar 2016 erschien eine Liste von Banken im Zusammenhang mit Cum/Ex-Transaktionen in der deutschen Zeitschrift Bilanz, wo auch die BCV aufgeführt war. Nachdem die Bank eine eigene Überprüfung der Aktivitäten mit Derivaten vorgenommen hatte, stellte sie fest, dass nie an einem Schema des Types Cum/Cum oder Cum/Ex teilgenommen wurde.³⁹¹ Mit einer Interpellation vom 6. Oktober 2020 richtete sich ALEXANDRE RYDLO, Parlamentsmitglied im Waadtländer Parlament, an den Waadtländer Regierungsrat bzgl. der Rolle welche die BCV im Skandal rund um Cum/Cum und Cum/Ex-Geschäfte spielte und welches die exakten Verluste des Kantons Waadt aufgrund dieser Geschäfte waren.³⁹²

Die Regierung erklärte in ihrer Antwort, dass die BCV von 2001 bis 2009 mit Derivaten gehandelt hatte, welche hauptsächlich aus Schweizer Aktien bestanden und sehr limitierten, d.h., fünf deutschen Titeln. Das Ziel sei gewesen, mittels üblichen Handels von Aktien und deren Derivate Handelseinnahmen zu generieren, dabei sei kein Handelsschema von Cum/Cum- oder Cum/Ex-Geschäften vorgelegen. Die Aktivitäten der Banken hätte sich auf konventionelle Handelsprodukte konzentriert. Im Jahre 2008 kam es zu einem Rechtsstreit mit der ESTV aufgrund von Derivatentaktivitäten mit Schweizer Aktien. Am Ende des Rechtsstreits wurde die Position der BCV dabei im Wesentlichen anerkannt. Im Bewusstsein des Risikos hatte die BCV sich die Rückerstattung der Verrechnungssteuer in einem Ruling im Jahre 2003 bestätigen lassen. Nach Kontrollen bzgl. der Rückerstattung von Verrechnungssteuern war die ESTV der Meinung, dass eine begrenzte Anzahl von Transaktionen im Umfang von 29 Mio. Schweizer Franken (weniger als 20% der ursprünglich zurückgeforderten Verrechnungssteuer) nicht in das Ruling

³⁸⁶ Regierungsrat Kanton Zürich, Anfrage, 1,2.

³⁸⁷ Regierungsrat Kanton Zürich, Anfrage, 1,2.

³⁸⁸ Regierungsrat Kanton Zürich, Antwort Bankrat, 2,3.

³⁸⁹ Regierungsrat Kanton Zürich, Anfrage, 4,5.

³⁹⁰ SCHUMACHER, 7 Milliarden.

³⁹¹ Conseil d'Etat Vaud, 5.

³⁹² Conseil d'Etat Vaud, 1,4.

von 2003 fielen. Der Rechtsstreit wurde im Jahre 2010 endgültig beigelegt, wobei die BCV den streitigen Betrag beglich. Der Regierungsrat betonte, dass die BCV während der Beilegung des Rechtsstreits stets in verschiedenen Mitteilungen und Halbjahres- sowie Jahresberichten³⁹³ sehr transparent kommunizierte.³⁹⁴ Bzgl. der Frage, wie sich der Staatsrat dazu stellte, dass die BCV Steuerbetrugstechniken hätte anwenden können, verwies der Staatsrat an die Oberaufsicht der FINMA sowie die gesamte Bundesversammlung, welche als einzige Sanktionen aussprechen könnten.³⁹⁵ Der Staatsrat bemerkte zudem, dass die BCV im Jahre 2008 entschied, aus strategischen Überlegungen aus den Handels- und Anlageaktivitäten auf eigene Rechnung auszusteigen, da die Aktivitäten für das gewählte Geschäftsmodell zu volatil seien.³⁹⁶

III. Parlamentarische Geschäfte

Auch auf Bundesebene wurden über die Jahre mehrere parlamentarische Anfragen bzgl. Dividendenstripping vorgebracht. Zuerst zweimal im Jahre 2007 im National- und Ständerat, dann im Nationalrat in den Jahren 2014, 2017 und zuletzt 2019.³⁹⁷

Die Interpellationen von Nationalrat FEHR und Ständerat BERSET hatten genau den gleichen Wortlaut und stellten die Frage des Ausmasses des Dividendenstrippings³⁹⁸ in den letzten Jahren und wie viel Steuereinnahmen dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden dabei entgangen seien. Zugrunde lag ihrer Anfrage ein Beispiel des «klassischen Dividendenstrippings». Der Bundesrat antwortete, dass es sich dabei klar um Steuerumgehung handle und dies nicht geduldet werde. Die ESTV würde zudem besonders aufmerksam bei solchen Konstellationen hinschauen. Der Bundesrat ging davon aus, dass durch die hohe Medienberichterstattung zu dem Thema, der Nulltoleranz des Bundesrats und der Aufmerksamkeit der ESTV die Marktteilnehmer nicht mehr solche Geschäfte tätigen würden. Rulings, die solche Vorgänge betreffen, seien schon im Jahre 2003 abgelehnt worden. Im Jahre 2006 kam es zu einer Häufung von Vorfällen, wo Aktienpakete aus dem Ausland in die Schweiz hin- und wieder zurückgeschoben wurden, wobei die ESTV Revisionen durchgeführt hat. Konkrete Zahlen konnte der Bundesrat nicht vorweisen. Des Weiteren könnten ungerechtfertigte Rückerstattungen bis zu fünf Jahre später noch von der ESTV zurückgefordert werden.³⁹⁹

Im Jahre 2014 beantragte Nationalrat TSCHÜMPERLIN mittels einer Motion, dass der Bundesrat dazu beauftragt werde, das Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer und andere mögliche Gesetze so anzupassen, dass «alle zweifelhaften Rückforderungen mittels Dividend Stripping nicht mehr möglich sind und diesbezüglich in der Schweiz Rechtsklarheit wiederhergestellt wird»⁴⁰⁰. Der Bundesrat antwortete darauf, dass Dividendenstripping unter verschiedene Tatbestände, z.B. Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG (Ertragssteller hatte zum Ertragsfälligkeitzeitpunkt kein Recht zur Nutzung) oder Art. 21 Abs. 2 VStG (Steuerumgehung) subsumiert werden könne. Daher sei es «schwierig, einen generellen und abstrakten

³⁹³ Conseil d'Etat Vaud, 4 m.w.H.

³⁹⁴ Conseil d'Etat Vaud, 4.

³⁹⁵ Conseil d'Etat Vaud, 6.

³⁹⁶ Conseil d'Etat Vaud, 4.

³⁹⁷ Interpellation FEHR (07.3369); Interpellation BERSET (07.3482); Motion TSCHÜMPERLIN (14.3509); Anfrage BADRAN (17.1009); Interpellation BADRAN (19.3339).

³⁹⁸ Das in der Interpellation beschriebene Verhalten entspricht Cum/Cum-Geschäften wie im vorderen Teil dieser Arbeit beschrieben. D.h. es waren damit keine Cum/Ex-Geschäfte gemeint.

³⁹⁹ Interpellation FEHR (07.3369), Stellungnahme des Bundesrates; Interpellation BERSET (07.3482), Stellungnahme des Bundesrates.

⁴⁰⁰ Motion TSCHÜMPERLIN (14.3509).

Tatbestand im Gesetz zu definieren, welcher sämtliche Transaktionen»⁴⁰¹ abdecken würde, denn es käme stets auf Einzelfallbetrachtungen an. Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motion, das Geschäft wurde jedoch abgeschrieben, weil der Urheber aus dem Rat ausschied.⁴⁰²

Im Jahre 2017 kam mit der Anfrage der Nationalrätin BADRAN erneut das Thema Dividendenstripping auf. Dabei wollte Badran wissen, wie verbreitet Dividendenstripping sei und wie hoch der Bundesrat die entgangenen Einnahmen der vergangenen zehn Jahre schätze. Die Anfrage beinhaltete weiter die Frage, nach den Möglichkeiten und Massnahmen, um die Praxis des Dividendenstripings zu stoppen und ob Bussen ausgesprochen wurden. Zum Schluss war die Frage, welche anderen Steuervermeidungsinstrumente bzw. -strategien es im Zusammenhang mit der Verrechnungssteuer gibt.⁴⁰³

Der Bundesrat konnte diesmal mit genauen Zahlen antworten. Es gäbe 160 Antragsteller, von denen sich ca. 90% im Ausland befänden, bei denen eine Dividendenstripping-Problematik festgestellt wurde. Die Gesamtsumme der vertieft abzuklärenden Rückerstattungsanträge umfasste im Jahre 2016 760 Mio. Schweizer Franken. Im selben Jahr seien Rückerstattungsanträge im Umfang von 143 Mio. Schweizer Franken verweigert worden. Insgesamt seien im Jahre 2016 230'000 Rückerstattungsanträge im Wert von 13'623 Mio. Schweizer Franken eingereicht worden, was damit im Vergleich eine relativ geringe Anzahl an kritischen Anträgen darstellt. Die entgangenen Einnahmen konnte der Bundesrat hingegen nicht beziffern. Die Überprüfung gestalte sich im Inland, dank der Domizilkontrolle einfacher. Im Ausland gäbe es jedoch eine Entwicklung hin zu Massnahmen gegen den Abkommensmissbrauch wie z.B. der OECD-Massnahmeplan «Base Erosion and Profit Shifting». Die Bekämpfung von Abkommensmissbräuchen sei auch in diversen DBAs enthalten. Strafbar seien nur natürliche Personen, deren Verfolgung im Ausland aber schwieriger sei, weshalb bis zu diesem Zeitpunkt keine Strafen ausgesprochen wurden. Zu weiteren Strategien konnte sich der Bundesrat nicht äussern, da verschiedenste Transaktionsstrukturen vorkommen könnten, welche nicht einheitlich seien. Insgesamt habe die Komplexität von den Fällen zugenommen und es müsse jeder eingereichte Rückerstattungsantrag individuell beurteilt werden.⁴⁰⁴

Im Jahre 2019 richtete sich Nationalrätin BADRAN nochmals mittels einer Interpellation an den Bundesrat, diesmal spezifischer zur Thematik Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäften. Das Thema der Interpellation war u.a. wie hoch der Schaden der Schweiz, wobei nach Recherchen eines Journalistenkollektivs diverse europäische Länder einen Schaden von 50 Milliarden schätzte. Zudem wollte Nationalrätin BADRAN wissen, ob Schweizer Banken in Schweizer Cum/Ex- oder Cum/Cum-Geschäfte involviert gewesen sind und welche Rolle das Kreisschreiben Nr. 21 spielte. Sie erkundigte sich auch, ob diese Geschäfte in der Revision des Verrechnungssteuergesetzes berücksichtigt werden würden.⁴⁰⁵

Konkrete Zahlen zum Schaden konnte die ESTV nicht nennen, nur so viel, dass 479 Mio. Schweizer Franken in der Staatsrechnung als Eventualverpflichtungen auftauchen würden und 174 Mio. Schweizer Franken Bestandteil hängiger Verfahren wären.⁴⁰⁶ In den zwölf bisherigen Beschwerdeverfahren obsiegte die ESTV. Anfang der Nullerjahre hätte die ESTV vermehrt Cum/Cum-Geschäfte aufgedeckt, dabei hätten sich vereinzelt inländische Banken unter Antragstellern gefunden, die aber seit der damaligen Intervention der ESTV nicht mehr solche Geschäfte betreiben würden. In Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte würde das System der «manufactured dividend» mit einem der Verrechnungssteuer ähnlichen

⁴⁰¹ Motion TSCHÜMPERLIN (14.3509), Stellungnahme des Bundesrates.

⁴⁰² Motion TSCHÜMPERLIN (14.3509).

⁴⁰³ Anfrage BADRAN (17.1009).

⁴⁰⁴ Anfrage BADRAN (17.1009), Stellungnahme des Bundesrats.

⁴⁰⁵ Interpellation BADRAN (19.3339).

⁴⁰⁶ Interpellation BADRAN (19.3339), Stellungnahme Bundesrat.

Abzug von 35%, die Gestaltung von Cum/Ex-Geschäften unmöglich machen. Das Kreisschreiben stelle eine Verhinderung von Cum/Ex-Geschäften sicher, ziele aber nicht auf die Verhinderung von Cum/Cum-Geschäften, da dafür die bestehenden gesetzlichen Grundlagen (DBA und VStG) und die bundesgerichtliche Rechtsprechung genügen würden. Jedoch würden die DBA keine direkte gesetzliche Grundlage für die Anwendung des massgebenden Strafrechts darstellen.⁴⁰⁷ Bzgl. der Strafbarkeit von Unternehmen befand der Bundesrat, dass die bestehenden gesetzlichen Grundlagen wirkungsvoll seien, die Verfolgung sich aber darin entscheide, ob die Schweizer Strafbestimmungen auf Täter, welche im Ausland ansässig sind, anwendbar seien. Zu den gesetzlichen Änderungen äusserte der Bundesrat, dass die Gleichbehandlung von Original- und Ersatzzahlung, im Bericht der vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten Expertengruppe thematisiert würde und für die Ersatzzahlung dabei eine ausdrückliche gesetzliche Grundlagen geschaffen werden sollte. Das genaue Vorgehen habe der Bundesrat aber noch nicht festgelegt.⁴⁰⁸

IV. Gerichtsverfahren betreffend Cum/Ex-Geschäfte

Das Bundesgericht behandelte bis 2019 14 Fälle bzgl. der Erstattung von Verrechnungssteuern und gab in allen der ESTV recht. Auch im Jahre 2020 wurden zwei Fälle vor Gericht verhandelt und zugunsten der ESTV entschieden. Im Jahre 2021 allein überprüfte die ESTV ca. 900 Mio. Schweizer Franken an Steuerrückforderungen von ausländischen Banken.⁴⁰⁹ Im Folgenden werden einige wichtige Urteile kurz zusammengefasst.

Es gab ein Verfahren vor Bundesgericht, welches Cum/Ex-Geschäfte betraf (BGer 2C_123/2016). Zwei weitere Verfahren betrafen Zivilprozesse (BGer 4A_297/2019 und BGer 4A_308/2016) im Zusammenhang der Empfehlung einer Bank in Cum/Ex-Geschäfte zu investieren. Ein erste strafrechtliche Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften ist im Auslieferungsentscheid zu HANNO BERGER vom Bundesstrafgericht (BStGer RR.2021.200) erörtert worden. In Bezug auf die Konkurrenz von Betrug und betrugsähnlichen Tatbeständen im Nebenstrafrecht (welches für die Diskussion der Strafbarkeit in § 7 relevant ist), ist auch ein älterer Entscheid von 1984 (BGE 110 IV 24) zu beachten. In einem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer A-4164/2020) war nur der Verdacht eines Cum/Ex-Geschäfts vorhanden.

A. BVGer A-4164/2020

Bei diesem Verfahren (A-4164/2020) vor dem BVGer war nicht ganz klar, ob Cum/Ex-Geschäfte vorlagen. In den Medien wurde die Beschwerdeführerin in Verbindung mit Cum/Ex-Geschäfte gebracht. Dabei beurteilte die ESTV nicht, ob Cum/Ex-Geschäfte vorlagen. Sie stellte nur keinen Anspruch auf Rückerstattung fest und war sich dabei nicht sicher ob es sich um ein Kreisgeschäft handelte oder eine Steuerumgehung vorlag.⁴¹⁰ Das Bundesverwaltungsgericht handelte den Fall bezogen auf das Recht zur

⁴⁰⁷ Dies wurde, laut Bundesrat, mit dem StADG geändert s. Ausführungen Erster Teil:§ 6I.D.

⁴⁰⁸ Interpellation BADRAN (19.3339), Stellungnahme Bundesrat.

⁴⁰⁹ SCHUMACHER, Steuertricks Banken.

⁴¹⁰ BVGer A-4164/2020, E. 9.3. Die ESTV forderte daraufhin mehr Informationen, welche die Beschwerdeführerin nicht lieferte. So konnte die ESTV nicht feststellen, ob ein Kreisgeschäft vorlag oder eine Steuerumgehung.

Nutzung bzw. «beneficial ownership»⁴¹¹ ab. Die ESTV war jedenfalls der Meinung, die Beschwerdeführerin sei nicht rückerstattungsberechtigt gewesen und hat vom Bundesverwaltungsgericht Recht bekommen.⁴¹²

B. BGer 4A_308/2016 und BGer 4A_297/2019

Die zwei Zivilprozesse⁴¹³, betrafen eine Schweizer Privatbank, welche ihren Hauptsitz in Basel hatte und eine Zweigniederlassung in Zürich,⁴¹⁴ welche wegen der Empfehlung, in einen luxemburgischen Fonds zu investieren angeklagt wurde. Im Entscheid BGer 4A_308/2016 ging es um portugiesische Familienmitglieder, die über einer niederländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Klägerin) in den luxemburgischen Fonds investierten. Die Klägerin befand u.a., dass sie über das wahre Geschäftsmodell des Fonds getäuscht worden sei und es sich in Wirklichkeit um ein mutmasslich illegales Cum/Ex-Geschäftsmodell gehandelt habe.⁴¹⁵ Das Handelsgericht lehnte eine angebliche Täuschung der Klägerin ab, da sie eine sachkundige und erfahrene Investorin sei und Bereitschaft gezeigt habe, in einen hoch spekulativen Fond zu investieren, welcher strategisch darin bestand, steuerrechtliche «Ineffizienzen» auszunutzen.⁴¹⁶ Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf Willensmängel berufen könnte, weil sie aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen als professionelle Investorin nicht davon ausgehen konnte, dass die Ausnutzung von steuerlichen Ineffizienzen sicher legal war.⁴¹⁷ In diesem Fall erhielt die Bank Recht zugesprochen. Beim zweiten Entscheid BGer 4A_297/2019 ging es um die Anlageberatung einer deutschen beschränkt haftenden Gesellschaft (Beschwerdeführerin), wobei die Vorinstanz die Täuschung der Beschwerdeführerin befürwortete.⁴¹⁸ Dies sei jedoch nicht rechtzeitig im Prozess geltend gemacht worden. Vor Bundesgericht erhielt die Beschwerdeführerin grösstenteils Recht und erhielt Schadenersatz zugesprochen.⁴¹⁹

C. BStGer RR.2021.200 und BGE 110 IV 24

Ein weiterer Entscheid mit wichtiger Begründung war der Entscheid des Bundesstrafgerichts (RR.2021.200), welcher die Auslieferung eines deutschen Anwalts betraf, welcher Cum/Ex-Geschäfte tätigte. In diesem Entscheid ging es um die Auslieferung an Deutschland von HANNO BERGER (Beschwerdeführer) und dessen Klage gegen das Bundesamt für Justiz (Beschwerdegegner).⁴²⁰

⁴¹¹ Beneficial ownership = wirtschaftlich Berechtigter; s. zu «Beneficial ownership» BAUMGARTNER.

⁴¹² BVGer A-4164/2020, E. Sachverhalt C.

⁴¹³ BGer 4A_308/2016 und BGer 4A_297/2019.

⁴¹⁴ Wahrscheinlich handelt es sich dabei um die Privatbank Sarasin (heute J. Safra Sarasin) und bei dem Fonds um den Sheridan Fonds, s. LTO vom 17.09.2018 i.V.m. OLG Stuttgart 5 U 98/17, N 21.

⁴¹⁵ BGer 4A_308/2016, Sachverhalt B.a.

⁴¹⁶ BGer 4A_308/2016, Sachverhalt B.b.

⁴¹⁷ BGer 4A_308/2016, E. 5.2.

⁴¹⁸ BGer 4A_297/2019, Sachverhalt A.a, B.b.

⁴¹⁹ BGer 4A_297/2019, Sachverhalt B.b., E. 7.

⁴²⁰ Es wird hier ausführlich auf den Entscheid des Bundesstrafgerichts eingegangen, weil auf dessen Begründungen das Bundesgericht (der Beschwerdeführer zog den Entscheid weiter, BGer 1C_3/2022) Bezug nahm. Jedoch hielt sich der Entscheid des BGer in Grenzen, da das Gericht befand nicht auf die Beschwerde einzugehen. Das Gericht stellte zuerst fest, dass die Beschwerde in öffentlich rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, wenn die Voraussetzungen in Art. 84 BGG gegeben sind. Dabei muss es sich um einen besonders bedeutenden Fall handeln. Das Bundesgericht kam zum Entschluss, dass kein besonders bedeutender Fall vorliegend gegeben war, und entschied darum nach Art. 109 BGG, wobei summarisch begründet und auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden kann. Nach dem mehrheitlichen Verweis des Bundesgerichts auf die Erwägungen des Bundesstrafgericht entschied es, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei (BGer 1C_3/2022).

Es kam zu zwei Auslieferungsersuchen von deutschen Justizministerien, zum einen aus Hessen und zum anderen aus Nordrhein-Westfalen, welche im Jahre 2020 bzw. 2021 an die Schweiz herantraten. Im hessischen Strafverfahren wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, in den Jahren 2006 bis 2008 ungerechtfertigte Steuerrückerstattungen in Höhe von 113'306'345.87 Euro mit sog. Cum/Ex-Geschäften gemeinsam mit weiteren Angeklagten erlangt zu haben. Im anderen Strafverfahren wurde dem Beschwerdeführer das gleiche Verhalten in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte zu Lasten gelegt, nur dass es in den Jahren von 2007 bis 2013 geschah und die unrechtmässige Steuerrückzahlungen eine Höhe von 248'586'998.09 Euro betrug und er für sich 27'333'988 Euro vereinnahmte. Er soll über mehrere Jahre gemeinsam mit weiteren Angeklagten Aktien-Leerverkäufe um den Dividendenstichtag getätigt haben und so Kapitalertragssteuerbescheinigungen erwirkt haben. Diese bescheinigte Kapitalertragssteuer sei vom deutschen Finanzamt angerechnet und ausgezahlt worden sein, obwohl kein Steuereinbehalt bei diesen Geschäften stattgefunden hat. Damit habe der Beschwerdeführer das deutsche Finanzamt wie auch Investoren arglistig getäuscht.⁴²¹

Im Grundsatz beantragte Berger die Aufhebung des Auslieferungsentscheids und die Verweigerung der Auslieferung. Zur Hauptsache rügte er, dass die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit bei Cum/Ex-Geschäften fehlen würde.⁴²² Einleitend gab das Gericht eine Übersicht der zur Zeit des Urteils auslieferungsfähigen Delikte mit Konnex zum Fiskus.⁴²³ Für die Beurteilung prüfte der Rechtshilferichter *prima facie* ob der Sachverhalt, welcher im Ausland verübt wurde, wenn er analog in der Schweiz begangen werden würde, einer schweizerischen Strafnorm entsprechen würde.⁴²⁴ Das Gericht kam zum Schluss dass «von einem qualifizierten Betrug zum Nachteil des Gemeinwesens auszugehen [sei], wobei das Steuerrückerstattungsverfahren als 'Instrument' des Betruges eingesetzt wurde».⁴²⁵ Zur Begründung der Entscheidung floss auch, das Grundsatzurteil zur Konkurrenz von Art. 14 VStrR (Leistungs- und Abgabebetrug) und Art. 146 StGB/DE (Betrug), mit ein.

Im Grundsatzurteil zur Konkurrenz von Art. 14 VStrR (Leistungs- und Abgabebetrug) und Art. 146 StGB (Betrug, Art. 148 aSTGB), BGE 110 IV 24, ging es um Rückerstattungsbegehren, die aus der Schweiz an die Steuerbehörden der USA gerichtet waren, wo es um angeblich zu viel bezahlte Quellensteuern ging. Dabei verwendete die begehrende Person falsche Personalien und Unterschriften und füllte die Rückerstattungsformulare mit fingierten Quellensteuer-, Einkommens- und Vermögensangaben aus, unterzeichnete mit den gewählten Namen und stützte die Anträge jeweils mit Lohnausweisduplikaten.⁴²⁶ Dabei hielt das Gericht fest, dass der Täter nach Steuerstrafrecht zu beurteilen sei. Da er die Steuerbehörde mittels falschen, gefälschten oder inhaltlich unwahren Urkunden über die Tatsachen täuschte, welche für die Quantifizierung des Steueranspruchs erheblich seien und damit eine für sich günstige Rückzahlung, beim Quellensteuersystem, oder Einschätzung erreicht wurde.⁴²⁷ Es sei jedoch von einem gemeinrechtlichen Betrug zum Nachteil des betroffenen Gemeinwesens auszugehen, wenn der Täter «sich aber aus eigener Initiative dazu entschliesst, sich durch Irreführung der Behörden unrechtmässig zu bereichern, indem er auf raffinierte Weise fiktive Rückerstattungsansprüche existierender oder erfundener Personen geltend macht und mittels falscher Urkunden die Auszahlung erwirkt»⁴²⁸.

⁴²¹ BStGer RR.2021.200, Sachverhalt A.

⁴²² BStGer RR.2021.200, E. 8.1.

⁴²³ BStGer RR.2021.200, E. 4.1.

⁴²⁴ BStGer RR.2021.200, E. 8.2.1.

⁴²⁵ BStGer RR.2021.200, E. 8.6.

⁴²⁶ BGE 110 IV 24, E. 1.

⁴²⁷ BGE 110 IV 24, Regeste.

⁴²⁸ BGE 110 IV 24, Regeste.

Das BStGer im Urteil RR.2021.200 bezog sich sehr deutlich auf die Begründung des BGer im Urteil BGE 110 IV 24. Das BStGer hielt fest, dass der Beschwerdegegner *prima facie* den Auslieferungssachverhalt zu Recht unter den gemeinrechtlichen Betrug gem. Art. 146 StGB subsumiert hat, da er «augenscheinlich im Kern dem in BGE 110 IV 24 als Betrug beurteilten Vorwurf»⁴²⁹ entspricht. Die Unterschiede des Sachverhalts, welche der Beschwerdeführer hervorhob, wären irrelevant für die rechtliche Würdigung. Auch im vorliegenden Fall handle es sich um «die rein deliktische Ausnützung des Systems der Rückerstattung und die vorsätzliche Schädigung des Gemeinwesens»⁴³⁰. Es wäre offensichtlich nicht richtig, dass eine Steuer zweimal ausbezahlt wird und dabei nur einmal einbehalten wurde. Gleich offensichtlich unrichtig sei, eine gar nicht abgelieferte Steuer ausgezahlt zu erhalten.⁴³¹ Bei einem gleich aufgelegten gewerbsmässigen Geschäftsmodell in der Schweiz, wäre es zu keinen Zweifeln bezüglich der Schädigung des Gemeinwesens und der ungerechtfertigten Bereicherung gekommen.⁴³²

Diese Entscheide zeigen, dass das Vorhandensein der strafrechtliche Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften sehr beschränkt ist.

§ 7 Strafbarkeit nach schweizerischem Strafrecht

In diesem Kapitel werden zuerst die steuerrechtlichen Grundlagen und die Konkurrenzfrage von Art. 14 VStrR und Art. 146 StGB erläutert. Dies bildet die Grundlage für die strafrechtliche Beurteilung von Cum/Ex-Geschäften, welche darauf folgt.

Das Strafrecht legt die Rechtsfolgen fest, welche von einer Person zu tragen sind, die eine mit Strafe belegte Handlung begeht.⁴³³ Dabei gilt der Grundsatz *nulla poena sine lege*, welcher in Art. 1 StGB festgelegt ist, was bedeutet, dass es für die Strafbarkeit einer Handlung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage braucht.⁴³⁴ Damit ist bzgl. der Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften zu schauen, ob der Tatbestand eines Strafartikels erfüllt ist und Anwendung findet.

Prima facie scheinen einige Steuerstraftatbestände bezogen auf Cum/Ex-Geschäfte in Frage zu kommen, so z.B. Art. 61 VStG (Hinterziehung von Verrechnungssteuern), Art. 62 VStG (Steuergefährdung von Verrechnungssteuern), Art. 14 VStrR (Abgabe- und Leistungsbetrug). Weitere allgemeine strafrechtliche Tatbestände die in Frage kommen, sind der Betrug nach 146 StGB oder die Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB oder Fälschung von Ausweisen nach Art. 252 StGB. Der Betrugstatbestand wird anschliessend an die steuerstrafrechtliche Diskussion abgehandelt. Die Urkundenfälschung und das Fälschen von Ausweisen scheint *prima facie* nicht erfüllt zu sein.⁴³⁵ Um die Art. 61 und 62 VStG

⁴²⁹ BStGer RR.2021.200, E. 8.6.

⁴³⁰ BStGer RR.2021.200, E. 4.4.

⁴³¹ BStGer RR.2021.200, E. 8.6.

⁴³² BStGer RR.2021.200, E. 8.6.

⁴³³ KILLIAS ET. AL., 1.

⁴³⁴ TRECHSEL ET. AL., 50.

⁴³⁵ Die Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB oder die Fälschung von Ausweisen nach Art. 252 StGB scheinen anfänglich, aufgrund der Bescheinigung von der Einzahlung der Verrechnungssteuer auch in Frage zu kommen, da die Einzahlung nicht vorgenommen wurde. Nach Art. 251 StGB macht sich strafbar wer eine Urkunde fälscht oder verfälscht, die echte Unterschrift oder das echte Handzeichen zur Herstellung einer unechten Urkunde benützt oder eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt. All diese Tathandlungen sind im Fall von Cum/Ex-Geschäften *prima facie* nicht erfüllt. Die Bescheinigung wird weder gefälscht – der wirkliche Aussteller stimmt mit demjenigen des erkennbaren überein – noch verfälscht – der Inhalt der Bescheinigung stimmt in Bezug auf den Sinn der Bescheinigung – noch wird ein Handzeichen falsch benützt oder eine rechtlich erhebliche Tatsache beurkundet (PK StGB-TRECHSEL/ERNI, Art.

anwenden zu können,⁴³⁶ muss die Verrechnungssteuer nach der Definition des VStG betroffen sein. Darin liegt jedoch die Problematik. Es wird ein Betrag in Höhe der Verrechnungssteuer in der Schweiz auf Dividendenersatzzahlungen erhoben, wobei dies keine Verrechnungssteuer ist.⁴³⁷ Dies wird folgend erläutert.

I. Grundlagen

A. Steuern

Steuern sind Teil der öffentlichen Abgaben,⁴³⁸ welche der Finanzierung der Aufgaben des Gemeinwezens dienen.⁴³⁹ Damit Steuern in einem Rechtsstaat erhoben werden können, muss dies auf einer rechtlichen Grundlage gestützt sein.⁴⁴⁰ Als Grundvoraussetzung muss die Kompetenz für die Erhebung von Steuern in der Verfassung verankert sein.⁴⁴¹ Ferner müssen die Grundzüge der Besteuerung generell-abstract in einem formellen Gesetz⁴⁴² verankert sein.⁴⁴³ Die Grundzüge betreffen den Inhalt des Gesetzes, worin nach Art. 127 Abs. 1 BV mind. das Steuersubjekt (Kreis der Steuerpflichtigen), das Steuerobjekt (Gegenstand der Steuer) und die Bemessungsgrundlage zu regeln sind.⁴⁴⁴ Im Falle der Verrechnungssteuer ist in Art. 132 BV festgelegt, dass der Bund auf dem Ertrag von beweglichem Kapitalvermögen, auf Lotteriegewinnen und auf Versicherungsleistungen eine Verrechnungssteuer erheben kann. Dabei ist nicht klar in der BV definiert, was mit dem Ertrag von Kapitalerträgen gemeint ist. Im Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer ist dies genauer definiert. Gegenstand der Verrechnungssteuer (Steuerobjekt) sind nach Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG⁴⁴⁵ auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens die Zinsen, Renten, Gewinnanteile und sonstigen Erträge auf der von einem Inländer ausgegebenen Aktien, Stammanteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaftsanteile, Beteiligungsscheine von Genossenschaftsbanken, Partizipationsscheine und Genusscheine. Der steuerbare Ertrag von Aktien umfasst dabei nach Art. 20 Abs. 1 VStV jede geldwerte Leistung an die Gesellschaft oder ihnen nahestehende Dritte, die sich nicht als Rückzahlung der im Zeitpunkt der Leistung bestehenden Anteile am eingezahlten Grund- oder Stammkapital darstellt (Dividenden, Boni, Gratisaktien, Gratis-Partizipationsscheine, Liquidationsüberschüsse und dergleichen).⁴⁴⁶ Damit unterliegen der Verrechnungssteuer «alle Zahlungen für Dividenden»⁴⁴⁷. Bei Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG ist vorausgesetzt, dass es

251 N 3,4). Die Bescheinigung wird ausgestellt aufgrund eines Vorgangs, welcher so aber nicht stattgefunden hat. Damit liegt die strafbare Handlung nicht in der Urkunde, dem Schriftstück an sich, sondern an einem vorgelagerten Vorgang. An der Urkunde – falls die Bescheinigung überhaupt Urkundencharakter hat – selbst, wurde nichts verändert. Auch Art. 252 StGB ist *prima facie* nicht erfüllt, da es bei den Ausweisen um Urkunden geht, «welche die Identität oder materielle oder formelle Qualifikationen einer Person bekräftigen» (PK StGB-TRECHSEL/ERNI, Art. 252 N 2) sollen.

⁴³⁶ Der dritte Tatbestand (Art. 14. VStrR) wird in Erster Teil:§ 7II erläutert.

⁴³⁷ Dies wurde vom BVGer ausführlich im Entscheid A-5361/2013, E 4.1.1-4.1.6. erläutert.

⁴³⁸ HÖHN/WALDBURGER, § 1 N 1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2830.

⁴³⁹ MÄUSLI-AlLENSPACH/OERTLI, 55; HÖHN/WALDBURGER, § 1 N 2.

⁴⁴⁰ HÖHN/WALDBURGER, § 1 N 11,25; BLUMENSTEIN/LOCHER, 3.

⁴⁴¹ MÄUSLI-AlLENSPACH/OERTLI, 63; HÖHN/WALDBURGER, § 2 N 8.

⁴⁴² Formelles Gesetz meint, dass ein Erlass im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ergangen ist, TSCHANNEN/MÜLLER/KERN N 285.

⁴⁴³ MÄUSLI-AlLENSPACH/OERTLI, 63; vgl. HÖHN/WALDBURGER § 2 N 8; BLUMENSTEIN/LOCHER, 17, vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, N 62.

⁴⁴⁴ MÄUSLI-AlLENSPACH/OERTLI, 63.

⁴⁴⁵ Auf dieser Grundlage zahlt der Verkäufer im Bsp. oben Verrechnungssteuern auf die Dividenden.

⁴⁴⁶ BVGer A-5361/2013, E. 3.5.1.

⁴⁴⁷ MÄUSLI-AlLENSPACH/OERTLI, 373.

sich um ein gesellschaftsrechtliches Beteiligungsverhältnis handelt. Um der Verrechnungssteuer zu unterliegen, muss dem Empfänger also eine geldwerte Leistung zufließen, die auf einem Beteiligungsrecht ruht.⁴⁴⁸

Die Dividendenersatzzahlung wird aufgrund eines Verkaufsvertrags zwischen Leerverkäufer und Leerkäufer vorgenommen. Da sich der Leerverkäufer verpflichtet hat, Aktien mit Dividendenanspruch zu verkaufen, welche er aber zum Verkaufszeitpunkt und am Dividendenstichtag nicht besass, bestanden am «Dividendenstichtag [...] daher (bloss) gegenseitige vertragliche Ansprüche»⁴⁴⁹. Der Leerverkäufer und Leerkäufer haben am Dividendenstichtag nicht die Voraussetzungen von Art. 4 Abs 1 li. B VStG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 VStV erfüllt, indem sie «Inhaber gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsrechte oder ihnen nahestehenden Dritte» waren.⁴⁵⁰ Da der Leerverkäufer die Dividende nicht weiterleiten konnte, bezahlte er die Dividendenersatzzahlung, wobei es sich dabei «um Schadenersatzzahlung [...] und nicht um die Weiterleitung von Kapitalertrag»⁴⁵¹ handelt. Damit ist die Dividendenersatzzahlung kein Steuerobjekt der Verrechnungssteuer. Für eine Steuererhebung bräuchte es aber eine gesetzliche Grundlage. So besteht keine gesetzliche Grundlage Verrechnungssteuern auf Dividendenersatzzahlungen zu erheben. Deswegen kann die ESTV auch keine Verrechnungssteuern auf Dividendenersatzzahlungen einfordern.⁴⁵² Das BVGer fasste die steuerrechtliche Betrachtung so zusammen, dass es sich bei der Ersatzzahlung nicht um eine verrechnungssteuerpflichtige Leistung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG handeln würde und dass weder gewohnheitsrechtlich oder steuerstrafrechtlich «eine Steuer, ein ‘Steuersatz’ bzw. eine andere Abgabe geschuldet»⁴⁵³ sei. Bei der Ersatzzahlung handle es sich nicht um Verrechnungssteuern und die ESTV habe somit rechtlich keine Möglichkeit, Verrechnungssteuern oder andere Abgaben bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag mittels hoheitlicher Anordnung zu erheben.⁴⁵⁴

Somit wurde die zweite Verrechnungssteuerbescheinigung bei Cum/Ex-Geschäften zwar nach dem Verfahren von Verrechnungssteuern auf Dividendenzahlungen ausgestellt, jedoch waren die materiellrechtlichen Erfordernisse für eine Verrechnungssteuer im Sinne des VStG nicht gegeben.

Auch wenn im Bundesstrafgerichtentscheid nur in einem Nebensatz darauf hingewiesen wurde, scheint darin die Schwierigkeit zu liegen, dass «die Verrechnungssteuer *zuvor gar nicht geleistet* worden, welche überdies *ohnehin nicht geschuldet war*»⁴⁵⁵ und damit eine «ungerechtfertigte (und arglistig erschlichene) *Rückerstattung einer nicht geleisteten und auch nicht geschuldete Abgabe*»⁴⁵⁶ vorlag. Die Abgabe welche die Banken an die ESTV aufgrund der Praxis abführten, war nicht geschuldet. *De lege lata* mussten und müssten die Bruttodividende zu 100% dem Leerverkäufer als Dividendenersatzzahlung belastet werden und ungekürzt dem Leerkäufer zu 100% weitergeleitet werden.⁴⁵⁷ Dann gäbe es aber

⁴⁴⁸ BVGer A-5361/2013, E. 3.5.3.

⁴⁴⁹ BVGer A-5361/2013, E. 4.6.1.3.

⁴⁵⁰ BVGer A-5361/2013, E. 4.6.1.3.

⁴⁵¹ BVGer A-5361/2013, E. 4.6.1.3.

⁴⁵² Die ESTV beurteilte dies anders, erhielt jedoch vor dem BVGer in dieser Sache kein Recht. Die ESTV argumentierte, dass der Leerverkauf wie ein «normaler» Verkauf von Aktien abgebildet wurde und daher die Erträge auch gleich behandelt werden müssten. Dies hätte zur Folge auch auf der Dividendenersatzzahlung Verrechnungssteuer zu erheben. Ein weiteres Argument der ESTV war, dass die Worte «und dergleichen» in Art. 20 Abs. 2 VStV die Erträge aus Leerverkäufen auch als Erträge aus beweglichem Vermögen zu qualifizieren seien. Dem widersprach das BVGer mit der obigen Begründung des Innehabens von gesellschaftlichen Beteiligungsrechten (BVGer A-5361/2013, E. 4.6.1.1); für die ausführliche Argumentation der ESTV s. BVGer A-5361/2013 E. 4.6.1.-4.6.2.

⁴⁵³ BVGer A-5361/2013, E. 4.6.4.

⁴⁵⁴ BVGer A-5361/2013, E. 4.6.4.

⁴⁵⁵ BStGer RR. 2021.200, E. 8.7; Hervorhebung wurde hinzugefügt.

⁴⁵⁶ BStGer RR. 2021.200, E. 8.7; Hervorhebung wurde hinzugefügt.

⁴⁵⁷ LIEBEL-KOTZ, 300.

mehr Bescheinigungen, welche zur Rückerstattung von Verrechnungssteuern berechtigen, als Verrechnungssteuern gezahlt wurde.

Das heisst für die Strafbarkeit, dass verrechnungssteuerstrafrechtliche Bestimmungen grundsätzlich nicht angewendet werden können, weil die fragliche Konstellation nicht in den Anwendungsbereich des Verrechnungssteuerrechts fallen kann. Weiter ist jedoch auch steuersystematisch klar, dass «es undenkbar [ist], dass es (gesetzeskonforme) Konstellationen geben darf, in welchen es mehr potenzielle rückerstattungs-berechtigte Leistungsempfänger bzw. Rückerstattungsbeträge gibt, als der ESTV im Rahmen der Steuererhebung vom Steuerpflichtigen tatsächlich Verrechnungssteuern abgeliefert wurden: Nur, was in einem ersten Schritt erhoben wird, darf später (teilweise) rückerstattet werden»⁴⁵⁸.

Auch wenn damit die Praxis der ESTV und der Banken in ihrem Ergebnis wohl zu befürworten ist, besorgt die Strafverfolgung einige rechtliche Schwierigkeiten. Mangels Steuersubjekt sind nämlich sämtliche Straftatbestände des VStG, da die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die gesamte Anwendung des VStG nicht erfüllt sind, wie eben aufgeführt, von vornherein gar nicht anwendbar.

Für die strafrechtliche Verfolgung von Steuerdelikten bleibt als spezifisches Gesetz nun noch das VStrR übrig. Es stellt sich nun die Frage, ob das VStrR auf die Cum/Ex-Geschäfte angewendet werden kann. Die Anwendung des VStrR, i.c. Art. 14 VStrR, richtet sich nach Art. 1 VStrR in dem es heisst, dass das Gesetz Anwendung findet, wenn die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist. Die verfolgende Behörde i.S.v. Art. 1 VStrR ist die ESTV nach Art. 67 Abs. 1 VStG betreffend der Verrechnungssteuer. Die Verfolgung von Widerhandlungen bzgl. der Verrechnungssteuer sind damit der ESTV aufgetragen. Die Frage ist nun, ob Cum/Ex-Geschäfte als Widerhandlungen bzgl. der Verrechnungssteuer angesehen werden (weil das Verrechnungssteuersystem ausgenutzt wird) oder nicht, weil eben kein Verrechnungssteuersubjekt vorliegt. Im Fall von Cum/Ex-Geschäften ist in Bezug auf den Leerverkauf das System der Verrechnungssteuer betroffen, jedoch besteht kein Verrechnungssteueranspruch. Um diese Frage zu beantworten gilt es den Tatbestand des Art. 14 VStrR genauer zu untersuchen, nachdem die Anwendung des Art. 14 VStrR vertiefter angeschaut wird.

B. Konkurrenz zwischen Art. 14 VStrR und Art. 146 StGB

In die Debatte um die Anwendung des VStrR, im Fall von Cum/Ex-Geschäften, fliesst die Konkurrenzfrage zwischen Nebenstrafrecht und dem gemeinen Strafrecht mit ein. Dabei ist die Frage, ob Art. 14 VStrR (Leistungs- und Abgabebetrug) zu jeder Zeit dem Art. 146 StGB (Betrug) vorgeht, oder ob es Ausnahmen gibt. Je nach dem wie diese Frage beantwortet wird, findet Art. 14 VStrR auf Cum/Ex-Geschäfte Anwendung oder nicht. Darum wird folgend die Debatte um die Konkurrenz von Art. 14 VStrR und Art. 146 StGB aufgegriffen.

Die Debatte um die Anwendung des Nebenstrafrechts oder konkreter ausgedrückt die Konkurrenz vom Nebenstrafrecht zum gemeinen Strafrecht, wird schon seit Jahren geführt. Schon in der Botschaft von 1971⁴⁵⁹ erwähnt der Bundesrat die Kritik an der Systemlosigkeit des Nebenstrafrechts des Bundes.⁴⁶⁰ Die Kritik war, dass es in nebenstrafrechtlichen Erlassen häufig ähnliche Delikte gab, welche jedoch

⁴⁵⁸ LIEBEL-KOTZ, 298.

⁴⁵⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21.04.2021.

⁴⁶⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 1.

unterschiedliche Strafdrohungen enthielten. Das Verhältnis dieser Delikte zum allgemeinen Betrugstatbestand war unterschiedlich oder sogar gar nicht geregelt.⁴⁶¹ Der Bundesrat gab in seiner Botschaft zu, dass die Kritik «weitgehend begründet»⁴⁶² war.

Die folgende Frage stellte sich durch diese unklare Regelung immer wieder: Ist nur der Spezialtatbestand des Nebenstrafrechts in einem konkreten Fall anzuwenden oder nur der Straftatbestand des StGB, welcher eine höhere Strafdrohung beinhaltet, oder beide?⁴⁶³ Mit dem Hintergrund dieser Überlegungen entschloss sich der Bundesrat, dass im Entwurf betrugsähnliche Delikte und Urkundendelikte gegenüber dem Gemeinwesen aufzunehmen seien. Die Formulierung der Elemente des Tatbestands und die Art und Höhe der Strafdrohung sollten dabei klarmachen, dass der Grundsatz der Spezialität gelte.⁴⁶⁴

Die Strafdrohungen des Verwaltungsunrechts sollten jedoch weniger streng sein als die Strafdrohungen bei ähnlichen Delikten im StGB. Die Expertenkommission kam zu diesem Schluss, da der Bürger in einem besonderen Pflichtenverhältnis zum Gemeinwesen steht, z.B. dazu verpflichtet ist eine Steuererklärung abzugeben und dem Gemeinwesen für die Untersuchung eines Sachverhalts mehr Mittel zur Verfügung stehen als einer privaten Person. Eine gleiche Bestrafung von betrügerischen Machenschaften gegenüber Privaten und dem Gemeinwesen würde «den bestehenden Verhältnissen und dem Rechtsempfinden nicht recht [entsprechen]»⁴⁶⁵. Mittels dieser Begründung kam die Expertenkommission auch zum Schluss, dass der Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 14 VStrR (damals Art. 16)⁴⁶⁶ unterschiedliche Strafdrohungen enthalten, je nach dem, ob das Gemeinwesen oder der Bürger der Fordernde ist.⁴⁶⁷

In Art. 14 Abs. 1 VStrR ist es der Bürger, welcher arglistig Vermögenswerte fordert die ihm nicht zustehen während in Abs. 2 der Bürger arglistig sich einer Forderung entzieht, die er verpflichtet wäre zu leisten.⁴⁶⁸ Im Jahre 2018 hielt der Bundesrat in seiner Botschaft im Zusammenhang mit der Harmonisierung des Strafrahmens und Anpassungen im Nebenstrafrecht fest, den Strafrahmen des Abs. 2 an den Abs. 1 anzugleichen.⁴⁶⁹ Der Grund dafür war, das Missverhältnis aufzuheben, welches darin bestand, dass sonst eine qualifizierte Steuerhinterziehung eine höhere Strafe hätte, als der schwerer wiegende Abgabebetrug.⁴⁷⁰ Am 1. Juli 2023 trat die Änderung in Kraft und insgesamt wurde der Strafrahmen des Art. 14 VStrR auf eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe erhöht.⁴⁷¹

Nach der Begründung des Bundesrats in der Botschaft von 1971 sollte also grundsätzlich feststehen, dass die Strafbestimmungen des VStrR als *lex specialis* den Strafbestimmungen des StGB vorgehen.⁴⁷²

Die Praxis weicht jedoch von dieser Regel einzelfallspezifisch ab, und zwar wenn die Gründe, die den Gesetzgeber zur Privilegierung des Art. 14 VStrR anscheinend bewegten, nicht gegeben sind. Liegen diese Gründe nicht vor, geht Art. 146 StGB vor. Eine Privilegierung des Art. 14 VStrR ist vorzunehmen,

⁴⁶¹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 1; vgl. Botschaft 1971 VStrR, 1000.

⁴⁶² Botschaft 1971 VStrR, 998.

⁴⁶³ Botschaft 1971 VStrR, 999.

⁴⁶⁴ Botschaft 1971 VStrR, 999.

⁴⁶⁵ Botschaft 1971 VStrR, 1000.

⁴⁶⁶ Botschaft 1971 VStrR, 1032.

⁴⁶⁷ Botschaft 1971 VStrR, 1000.

⁴⁶⁸ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 2.

⁴⁶⁹ Botschaft 2018 Strafrahmen, 2907.

⁴⁷⁰ Botschaft 2018 Strafrahmen, 2907.

⁴⁷¹ Art. 14 VStrR.

⁴⁷² BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 172.

wenn «der Täter einer hoheitlich handelnden, mit besonderem Kompetenzen ausgestatteten Behörde gegenübersteht und vielfach – vor allem im Bereich des Abgaberechts – ex lege dem betreffenden Verfahren unterworfen wird»⁴⁷³.

Hat sich jedoch der Täter «aus eigener Initiative entschlossen, durch Irreführung der Behörden sich unrechtmässig zu bereichern [...] so begeht er gemeinrechtlichen Betrug zum Nachteil des betroffenen Gemeinwesens [...]. Es besteht kein sachlicher Grund, eine solche vorsätzliche Schädigung des Staates durch arglistige Täuschung von Art. 148 StGB [heute Art. 146 StGB] auszunehmen und eine privilegierenden Sonderregelung des Steuer- oder Verwaltungsrechts vorzubehalten; denn jeder Zusammenhang mit einem regulären Steuerverfahren fehlt.»⁴⁷⁴.

SIEBER unterstützt die Sicht des Bundesgerichts im Kommentar zum VStG und vertritt ebenfalls die Meinung, dass die Art. 14 bis 17 VStrR den einschlägigen Strafnormen des StGB vorgehen, jedoch nur unter der Bedingung, dass «die Delikte im Rahmen eines Steuerrechtsverhältnisses begangen werden, für welches bezüglich der Vergehens- und Verbrechenstatbestände auf das VStrR verwiesen wird»⁴⁷⁵. Er führt weiter aus, dass der gemeinstraftrechtliche Betrug nach Art. 146 StGB vor den Abgabebetrag tritt, wenn «der Täter aus eigenem Antrieb (und nicht im Rahmen eines ihn von Gesetzes wegen betreffenden Steuerrechtsverhältnisses) an die Steuerbehörde gelangt und diese arglistig täuscht»⁴⁷⁶. Dabei ist gemäss dem Bundesgericht⁴⁷⁷ entscheidend, ob der Täter sich einer Behörde mit besonderen Kompetenzen und hoheitlich handelnd gegenübersteht und diesem Verfahren von Gesetzes wegen unterworfen ist oder er sich freiwillig in diese besondere Pflichtenlage begibt. Liegt zweiteres vor und geht der Täter in der Absicht in die Situation ein, um betrügerische Handlungen zu ermöglichen, soll der gemeinrechtliche Betrug dem Abgabebetrag vorgehen.⁴⁷⁸

MAEDER hält im Kommentar zum Verwaltungsstrafrecht fest, dass diese Konkurrenz der zwei Artikel «im Gesetzestext keine Stütze [findet] und [...] der gesetzgeberischen Intention [widerspricht], wonach Art. 14 VStrR in seinem Anwendungsbereich die Spezialnorm darstellt.»⁴⁷⁹. Er unterstellt der Praxis, dass diese sich nicht an die Regel, aufgrund von Strafbarkeitsüberlegungen hält und trotz der klaren Anknüpfung im Verwaltungsstrafrecht von Art. 1 VStrR, das fragliche Verhalten unter Art. 146 StGB subsumiert.

Es gibt also zwei Meinungen: die der Praxis des Bundesgerichts und die Meinung MAEDERS. Die Praxis des Bundesgerichts sieht so aus, dass Art. 14 VStrR vom Betrug gem. Art. 146 StGB, selbst bei einem steuerrechtlichen Sachverhalt, verdrängt wird, wenn der Täter von sich aus auf die Steuerbehörde zugeht und eine Steuersystematik ausnützt. Dagegen ist Maeder der Überzeugung, dass jederzeit bei einem steuerrechtlichen Sachverhalt Art. 14 VStrR als *lex specialis* dem Art. 146 StGB vorgeht.

⁴⁷³ BGE 110 IV 24, 28 in: BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 173.

⁴⁷⁴ BGE 110 IV 24, 29 in: BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 173.

⁴⁷⁵ BSK VStG-SIEBER, Art. 67 N 6.

⁴⁷⁶ BSK VStG-SIEBER, Art. 67 N 6.

⁴⁷⁷ BGE 110 IV 24 m.w.H. in: BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 173.

⁴⁷⁸ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 173, Gleiche Meinung wie BGer oder einfach wiedergegeben: BSK VStG-SIEBER, Art. 67 N 6.

⁴⁷⁹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 174.

II. Leistungsbetrug nach Art. 14 Abs. 1 VStrR

A. Überblick Art. 14 Abs. 1 VStrR

1. Unterschied Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 VStrR

Zu den Grundzügen vom Leistungs- (Abs. 1) und Abgabebetrug (Abs. 2) ist festzuhalten, dass die Grundstrukturen der Tatbestände weitgehend übereinstimmen und am Betrugstatbestand nach Art. 146 StGB angelehnt sind.⁴⁸⁰ Die Unterschiede geben Aufschluss darüber welcher Tatbestand im Fall von Cum/Ex-Geschäften erfüllt sein könnte. Der Leistungsbetrug zielt darauf ab, Delikte zu bestrafen, welche das «betrügerische Erschleichen von finanziellen Leistungen, die infolge der arglistigen Täuschung von der irrenden Verwaltung, Behörde oder einem Dritten auf Kosten des Gemeinwesens gewährt werden»⁴⁸¹ zum Ziel haben. Es geht m.a.W. darum, dass eine Leistung des Gemeinwesens übertragen wird, welche dem Täter nicht zusteht. Der Abgabebetrug hingegen stellt Delikte unter Strafe, welche die «betrügerische Vermeidung von finanziellen Abgaben, die an das Gemeinwesen zu entrichten wären, aber von diesem infolge der arglistigen Täuschung nicht eingefordert werden»⁴⁸² zum Ziel haben. M.a.W. geht es hier um eine Schuld des Täters beim Gemeinwesen, welche er nicht bezahlt. Da es beim Leerverkauf bei Cum/Ex-Geschäften nicht um eine Schuld geht (wie oben begründet liegt kein Steuersubjekt vor), die nicht bezahlt wird, kommt damit der Leistungsbetrug zum Zug und wird daher folglich vertieft betrachtet.

2. Einleitung Art. 14 Abs. 1 VStrR

Art. 14 VStrR wurde geschaffen, um «betrugsähnliche Straftaten zulasten des Gemeinwesens zu erfassen»⁴⁸³. Wie beim allgemeinen Betrugstatbestand wird auch das Vermögen geschützt, jedoch nicht ein beliebiges, sondern das des Gemeinwesens. Es handelt sich aber nicht um ein reines Vermögensdelikt, sondern es wird auch die Integrität der Prozesse geschützt, wenn es darum geht finanzielle Leistungen des Gemeinwesens zu entziehen, zu vergeben oder zurückzufordern.⁴⁸⁴ Ob darüber hinaus auch der Gang der Verwaltung oder Rechtsgüter von einzelnen Bürgern geschützt werden, ist zweifelhaft.⁴⁸⁵ Der Opferkreis ist eingeschränkt, da Opfer nur das Gemeinwesen sein kann, hingegen kommt als Täter jedermann in Frage. Weiter ist als Täterschaftsform nicht nur die Mittäterschaft möglich, sondern auch die Teilnahme nach den Regeln von Art. 24 f. StGB i.V.m. Art. 2 VStrR, womit es sich um ein gemeinsames Delikt handelt.⁴⁸⁶

Im Vergleich zum Leistungsbetrug nach Art. 14 Abs. 1 VStrR ist die Steuerhinterziehung nach § 370 AO/DE kein Verletzungsdelikt und kennt den Arglistbegriff nicht. Die Gemeinsamkeit der beiden Tatbestände ist, dass das geschützte Rechtsgut beider Tatbestände, das Vermögen des Gemeinwesens, ist. Eine weitere Gemeinsamkeit ist, dass es sich bei beiden um ein Erfolgsdelikt handelt.

⁴⁸⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 29.

⁴⁸¹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 30.

⁴⁸² BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 30.

⁴⁸³ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14, N 19.

⁴⁸⁴ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 19, m.w.H.

⁴⁸⁵ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 20.

⁴⁸⁶ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14, N 21.

B. Tatbestandsmerkmale

1. Objektiver Tatbestand

Es liegt nahe, im Leistungs- und Abgabebetrug Sonderformen des gemeinrechtlichen Betrugs zu sehen, da es in den beiden Absätzen im speziellen um den Betrug des Gemeinwesens geht. Die Strukturen der Tatbestände von Art. 14 Abs. 1 und 2 gleichen denn auch weitgehend dem Betrug nach Art. 146 StGB, weshalb bei der Auslegung von Art. 14 VStrR auf die Lehre und Rechtsprechung des Art. 146 StGB zurückgegriffen werden kann.⁴⁸⁷

Der objektive Tatbestand besteht grundsätzlich aus Täuschung, Arglist dieser Täuschung, Irrtum, Leistungsdisposition, Unrechtmässigkeit der Leistung und Motivationszusammenhang. Die Leistungsdisposition besteht im «Erteilen bzw. Nichtentziehen einer Leistung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 durch das Gemeinwesen»⁴⁸⁸.

Der Täuschung muss die Verwaltung, ein Dritter oder eine andere Behörde erliegen, da nur diese eine Leistung zusprechen oder eine Bewilligung oder Konzession, etc. zusprechen können.⁴⁸⁹ Der Täter muss dabei über Tatsachen täuschen, d.h. über Geschehnisse oder Zustände, welche objektiv feststehen.⁴⁹⁰

Wie beim Betrugstatbestand des StGB, erfüllt auch nicht jede Täuschung der Verwaltung und Behörden den Tatbestand des Art. 14 VStrR.⁴⁹¹ Die Täuschung muss arglistig sein, wobei die Arglist einer «gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit»⁴⁹², laut Bundesgericht, bedarf.⁴⁹³ Es kann für die weiteren Ausführungen auf die Praxis des Betrugstatbestands nach Art. 146 StGB verwiesen werden.⁴⁹⁴ Nach langjähriger Praxis gibt es verschiedene Varianten der Arglist: die Errichtung eines Lügengebäudes, der Einsatz besonderer Machenschaften oder Kniffe oder Lügen, welche nur mit Mühe überprüfbar sind, der Täter von deren Überprüfung abhält oder der Täter voraussieht, dass die Lüge nicht überprüft werden aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses.⁴⁹⁵ Beim Lügengebäude müssen «mehrere Lügen derart raffiniert aufeinander abgestimmt [...] [sein] und von besonderer Hinterhältigkeit zeugen, dass sich selbst ein kritisches Opfer täuschen lässt»⁴⁹⁶. Dabei ist die Grundlage der Arglist, wie auch bei der einfachen Lüge, dass sich das Lügengebäude nicht im Rahmen des Zumutbaren überprüfen lässt. Die besonderen Machenschaften zeichnet aus, dass es sich um Inszenierungen handelt die intensiv, systematisch und planmässig vorbereitet wurden.⁴⁹⁷

Rückblickend kann man den Irrtum als Zwischenerfolg der arglistigen Täuschung beschreiben, indem der Getäuschte die vorgespiegelte Tatsache als wahr beurteilt. Vorausblickend geht es hingegen darum, die Leistungsdisposition des Irrenden zu beeinflussen.⁴⁹⁸ Irren kann dabei nur ein Mensch und nicht die Verwaltung oder Behörde. In dem Sinne können im Anwendungsbereich von Art. 14 VStrR nur die

⁴⁸⁷ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 31.

⁴⁸⁸ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 34.

⁴⁸⁹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 35.

⁴⁹⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 40,41; Verweis auf die Beschreibung der Täuschungshandlung des Betrugstatbestands, BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 60.

⁴⁹¹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 54.

⁴⁹² BGE 135 IV 76, 79 in: BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 55.

⁴⁹³ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 55.

⁴⁹⁴ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 55; s. Erster Teil: § 7 III.A.

⁴⁹⁵ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 56.

⁴⁹⁶ BGE 135 IV 76, 81; i.E. bereits 119 IV 28, 36; 126 IV 165, 171 in: BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 58.

⁴⁹⁷ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 59.

⁴⁹⁸ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 87.

natürlichen Personen, welche für die Verwaltung, Behörde oder Dritte handeln, irren.⁴⁹⁹ Eine Person irrt sich, wenn ihre spezifischen Vorstellungen von der Welt nicht mit der Wirklichkeit korrespondieren.⁵⁰⁰

Die Leistungsdisposition erfordert beim Betrug nach Art. 146 eine Vermögensverfügung oder Vermögensdisposition. Der Leistungsbetrug ist im Unterschied zu Art. 146 StGB in Bezug auf die Leistungsdisposition allgemeiner und geht bspw. vom Erschleichen einer Konzession oder einer Bewilligung, einer Rückerstattung von Abgaben oder einer anderen Leistung des Gemeinwesens aus. Damit zeigt sich, dass «der Katalog von Leistungen, die Gegenstand des Leistungsbetrugs sein können, [...] bloss beispielhaft [ist] und nicht abschliessend, es kommt aufgrund der Generalklausel (‘eine andere Leistung des Gemeinwesens’) also letztlich jede dem Gemeinwesen zuzuordnende Leistung [...] in Betracht»⁵⁰¹. Der Täter muss dabei die Leistungsdisposition nicht zum eigenen Vorteil, sondern kann diese auch zum Vorteil eines Dritten, vornehmen.⁵⁰²

Die Unrechtmässigkeit der Leistung bezieht sich darauf, dass nur das unrechtmässige Erschleichen einer Leistung unter den Leistungsbetrug gem. Art. 14 Abs. 1 VStrR fällt.⁵⁰³

In Analogie zum kernstrafrechtlichen Betrug müssen die Tatbestandselemente des Leistungsbetrug miteinander verbunden sein. Diese Verbindung zwischen arglistiger Täuschung und dem Irrtum wie auch dem Irrtum und der Leistungsdisposition ist der Motivationszusammenhang.⁵⁰⁴ Dabei muss sich der Irrtum auf Tatsachen beziehen, die erheblich für die Rückerstattung und Erhebung der Verrechnungssteuer sind.⁵⁰⁵

2. Subjektiver Tatbestand

Da das VStrR keine eigene Regelung zum subjektiven Tatbestand kennt, findet nach Art. 2 VStrR der Art. 12 StGB Anwendung. Vorsätzlich begeht nach Art. 12 Abs. 2 StGB derjenige ein Verbrechen oder ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Art. 14 Abs. 1 verlangt den Vorsatz, wobei *dolus eventualis* (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB) genügt. Damit handelt nach Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB bereits vorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Vom (Eventual-)Vorsatz müssen alle objektiven Tatbestandselemente erfasst sein, sowie die charakteristischen Elemente wie die Unrechtmässigkeit der Leistungsdisposition und den Motivationszusammenhang.⁵⁰⁶ Zudem muss sich der Vorsatz auch auf den Sachverhalt beziehen, welcher die Arglist begründet.⁵⁰⁷ Im Gegensatz zum Betrug nach Art. 146 StGB, braucht es keine Bereicherungsabsicht des Täters.⁵⁰⁸

3. Vergleich mit dem Betrug nach Art. 146 StGB

Der Tatbestand des Leistungsbetrugs ist an den allgemeinen Betrugstatbestand angelehnt, indem die Struktur des Tatbestands weitgehend mit demjenigen des Betrugs nach Art. 146 StGB übereinstimmt.⁵⁰⁹ Die Unterschiede zeigen sich darin, dass objektiv kein Vermögensschaden vorliegen und subjektiv keine

⁴⁹⁹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 89.

⁵⁰⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 88.

⁵⁰¹ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 108 f.; Böckli, BJM 1979, 172 in: BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 92.

⁵⁰² BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 94.

⁵⁰³ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 95.

⁵⁰⁴ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 97.

⁵⁰⁵ BSK VStG-SIEBER, Art. 67 N 10.

⁵⁰⁶ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 98.

⁵⁰⁷ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 99.

⁵⁰⁸ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 32,100.

⁵⁰⁹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 29,31.

Absicht der unrechtmässigen Bereicherung vorhanden sein müssen.⁵¹⁰ Dennoch spielt die Unrechtmässigkeit der Leistung an sich eine Rolle: der Täter muss eine Leistung unrechtmässig erschlichen haben.⁵¹¹

4. Qualifikation nach Art. 14 Abs. 3 VStrR

Ziel der qualifizierten Form des Leistungs- und Abgabebetrugs war es, weitere Verhaltensweisen als Vortat zur Geldwäscherei erfassen zu können.⁵¹² Der Abs. 3 (früher Abs. 4) wurde im Zuge der Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) per 1. Februar 2009 eingefügt, wobei er aufgrund einer Teilrevision der GAFI-Empfehlungen von 2012 per 1. Januar 2016 angepasst wurde.⁵¹³

Die Qualifikation bestraft mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nach Art. 14 Abs. 3 VStrR, wer gewerbsmässig oder im Zusammenwirken mit Dritten Widerhandlungen nach Absatz 1 oder 2 in Abgaben- oder Zollangelegenheiten begeht und sich oder einem andern dadurch in besonders erheblichem Umfang einen unrechtmässigen Vorteil verschafft oder das Gemeinwesen am Vermögen oder an anderen Rechten besonders erheblich schädigt. Wie der Artikel durch die Formulierung «Widerhandlungen nach Absatz 1 oder 2» deutlich macht, kann die Qualifikation nur zutreffen, wenn einer der Grundtatbestände also Leistungs- (Abs. 1) oder Abgabebetrug (Abs. 2) erfüllt ist.⁵¹⁴ Auf den Leistungsbetrug bezogen bedeutet dies, dass der Täter mittels seines arglistigen Verhaltens unrechtmässig eine Leistung des Gemeinwesens erschlichen hat oder ihm diese nicht entzogen wurde.⁵¹⁵ Dabei besteht keine Konkurrenz zwischen Abs. 1 und Abs. 3, sondern mit einer Verurteilung nach Art. 14 Abs. 3 VStrR wird auch das Unrecht von Abs. 1 abgegolten.⁵¹⁶ Einer der Grundtatbestände muss weiter in einer Abgaben- oder Zollangelegenheit begangen worden sein. Darin ist auch die Verrechnungssteuer, sowie die Befreiung und Rückerstattung von Steuern, miteingeschlossen.⁵¹⁷

Eine weiteres Merkmal ist die bestimmte Vorgehensweise die sich als Gewerbsmässigkeit oder im Zusammenwirken mit Dritten zeigt.⁵¹⁸ Gewerbsmässigkeit bedeutet, dass der Täter berufsmässig handelt, d.h. mit der Absicht, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, die Tat bereits mehrfach begangen hat und auch dazu bereit gewesen ist, diese mehrfach zu begehen.⁵¹⁹ Mit dem Zusammenwirken mit Dritten ist ein Wirken gemeint, welches der Mittäterschaft gleichkommt.⁵²⁰ Die Mittäterschaft zeichnet sich durch Tatherrschaft aus, welche sich ergibt, wenn jemand «bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht»⁵²¹. Zudem müssen mindestens drei Personen zusammenwirken.⁵²² Die Mitäter müssen in subjektiver Hinsicht mit Vorsatz (Eventualvorsatz genügt) gehandelt haben und müssen

⁵¹⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 32.

⁵¹¹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 33.

⁵¹² BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 129.

⁵¹³ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 129.

⁵¹⁴ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 132.

⁵¹⁵ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 132.

⁵¹⁶ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 133.

⁵¹⁷ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 134.

⁵¹⁸ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 135.

⁵¹⁹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 136; die Gewerbsmässigkeit ist wie bei den Vermögensdelikten im Kernstrafrecht auszulegen (BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 136).

⁵²⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 142, für weitere Ausführungen zur Anwendung der Rechtsprechung und Lehre zur Mittäterschaft auf das Zusammenwirken mit Dritten s. N 140 ff.

⁵²¹ BGE 133 IV 76 S. 82 in: BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 142.

⁵²² BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 144.

gemeinsam ausdrücklich oder konkludent den Tatentschluss gefasst haben.⁵²³ Wie auch der Grundtatbestand, ist auch Art. 14 Abs. 4 VStrR ein Erfolgsdelikt, d.h. der Erfolg muss tatsächlich eingetreten sein.⁵²⁴ Der qualifizierte Erfolg zeigt sich dabei, in einem unrechtmässigen Vorteil oder einer Schädigung des Gemeinwesen am Vermögen oder an andern Rechten in besonders erheblichem Umfang.⁵²⁵ Unrechtmässig ist der Vorteil, wenn kein Anspruch darauf besteht oder der Vorteil rechtswidrig ist.⁵²⁶ Dieser Vorteil kann dem Täter selbst oder einem Dritten zukommen.⁵²⁷ Schwierigkeiten bereitet die Unbestimmtheit des Ausdrucks in «besonders erheblichem Umfang», weil der Gesetzgeber die Auslegung des Begriffs der Praxis überlassen hat.⁵²⁸ Jedenfalls betont MAEDER, dass der qualifizierte Abgabebetrug nur «für die wirklich schweren Fälle vorbehalten bleiben»⁵²⁹ soll. Eine zweite Variante, den qualifizierten Tatbestand zu erfüllen, ist die besonders erhebliche Schädigung des Gemeinwesens am Vermögen oder an anderen Rechten. Auch die besonders erhebliche Schädigung in diesem Fall ist nicht weiter aus dem Gesetz oder der Botschaft dazu ersichtlich, es gelten die gleichen Vorschläge der Literatur wie in der ersten Tatbestandsvariante.⁵³⁰ Dem Urkundenstrafrecht wurde die Formulierung der «Schädigung an anderen Rechten» entnommen, damit auch Konzessionen und Bewilligungen inbegriffen sind und nicht nur reine Vermögensinteressen. Jedoch ist fraglich, wie Konzessionen und Bewilligungen oder andere Leistungen im Bereich der Abgaben und des Zolls mithineinspielen, ohne einen Vermögensschaden herbeizuführen.⁵³¹ Welche Kriterien die besonders erhebliche Schädigung im Bereich von «an andern Rechten» bestimmen, ist nicht ersichtlich.⁵³² Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes muss der Täter vorsätzlich handeln, wobei Eventualvorsatz genügt.⁵³³

In Bezug auf die Rechtshilfe und Auslieferung im Zusammenhang mit der Auslieferung von HANNO BERGER ist interessant, dass die Auslieferung auch in Fällen des qualifizierten Leistungsbetrugs gem. Art. 14 Abs. 4 VStrR nach Art. 3 Abs. 3 lit. b IRSG möglich ist.⁵³⁴

C. Anwendung auf Cum/Ex-Geschäfte

Um den Tatbestand des Leistungsbetrugs zu erfüllen, müssen der objektive und subjektive Tatbestand erfüllt sein. Daher ist für den objektiven Tatbestand in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte zu prüfen, ob es eine Täuschung gab, diese arglistig war, es einen Irrtum gab, welcher zu einer Leistungsdisposition führte, die Leistung nicht rechtmässig dem Täter zustand und es zwischen den Elementen einen Motivationszusammenhang gab.⁵³⁵

⁵²³ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 145.

⁵²⁴ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 146.

⁵²⁵ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 146.

⁵²⁶ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 150.

⁵²⁷ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 149.

⁵²⁸ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 151; MAEDER stellt fest, dass es ein höherer Betrag als in Abs. 2 und dass der Betrag erheblich grösser sein muss, da er dem Adverb «besonders» erhöhte Bedeutung zukommen lässt. Es gibt verschiedene Vorschläge mit welcher Analogie dieser Betrag festgesetzt werden könnte, welche von 100'000 Schweizer Franken pro Steuerperiode an hinterzogenen Steuern bis eine Million Schweizer Franken als Schwellenwert reichen (BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 152,153).

⁵²⁹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 155.

⁵³⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 158.

⁵³¹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 159.

⁵³² BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 160.

⁵³³ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 161.

⁵³⁴ BStGer RR.2021.200, E. 4.2.4.

⁵³⁵ s. Erster Teil:§ 7II.BErster Teil:§ 7II.B.2.

Der Täuschung muss die Verwaltung, ein Dritter oder eine andere Behörde erliegen, bei Cum/Ex-Geschäften ist dies mit der ESTV als Gegenüber erfüllt. Die Täuschung muss über Tatsachen, d.h. objektiv feststehende Dinge ergehen. Im Fall von Cum/Ex-Geschäften, wird die ESTV über die Tatsache getäuscht, dass die Bescheinigung des Leerkäufers korrekt ist, d.h. dass ihm zuvor Verrechnungssteuer von 35% abgezogen wurde und er aufgrund dessen die Bescheinigung erhält.

Des Weiteren muss die Täuschung arglistig sein und eine gewisse Raffinesse aufweisen. Im Fall von Cum/Ex-Geschäften ist die Arglist in Form von besonderen Machenschaften gegeben. Besondere Machenschaften zeichnen sich dadurch aus, dass es sich um Inszenierungen handelt, die intensiv, systematisch und planmässig vorbereitet wurden. Bei Cum/Ex-Geschäften wird i.d.R. durch zahlreiche planungs- und zeitintensive Transaktionen eine systematische Konstellation geschaffen, welche dazu führt, dass eine Bescheinigung, deren eigentliche Grundlage nicht vorhanden war, ausgestellt wird.⁵³⁶

Der Irrtum beruht bei Cum/Ex-Geschäften darauf, dass die ESTV annimmt, dass die Bescheinigung zu Recht ausgestellt wurde und die Grundlage der Bescheinigung erfüllt ist.

Weiter muss eine Leistungsdisposition vorgenommen worden sein. Die ESTV überweist aufgrund der Bescheinigungen Vermögen an die Täter. In welcher Form diese Leistungsdisposition nach Art. 14 Abs. 1 VStrR erfüllt wird, kann unterschiedlich beurteilt werden. Nach dem Ablauf des Verrechnungssteuersystems handelt es sich um eine Rückerstattung von Abgaben, dies jedoch nicht im wörtlichen Sinn, da eben vorher keine Abgabe geschuldet war. Wird der wörtlichen Auslegung gefolgt, läge eine Leistungsdisposition nach «einer anderen Leistung des Gemeinwesens» vor. Die Leistungsdisposition muss dabei nicht zum eigenen Vorteil vorgenommen werden, sondern kann auch einem Dritten dienen. Bei Cum/Ex-Geschäften kommt beides vor.

Die Unrechtmässigkeit der Leistung ist bei Cum/Ex-Geschäften regelmässig gegeben. Die Täter haben keinen Anspruch auf die Rückerstattung, da sie sie zuvor keine Verrechnungssteuer dem Fiskus zugeführt haben, was die Unrechtmässigkeit begründet.

Der Motivationszusammenhang muss zwischen der arglistigen Täuschung und dem Irrtum, sowie zwischen dem Irrtum und der Leistungsdisposition bestehen.⁵³⁷ Bei Cum/Ex-Geschäften beruht die arglistige Täuschung darauf, einen Irrtum zu schaffen, den die ESTV nicht bemerkt. Der Irrtum führt dazu, dass die ESTV eine Leistungsdisposition zugunsten der Täter vornimmt.

Nach Prüfung dieser Kriterien ist der objektive Tatbestand des Art. 14 Abs. 1 VStrR erfüllt.

Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands braucht es (Eventual-)Vorsatz, wobei dieser die Unrechtmässigkeit der Leistungsdisposition, den Motivationszusammenhang sowie den Sachverhalt der Arglist umfassen muss. Nach Art. 12 StGB begeht vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt; dabei handelt bereits vorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Im Fall von Cum/Ex-Geschäften ist es den Tätern umfassend bewusst, was sie tun. Sie konstruieren willentlich und wissentlich Transaktionen, welche dazu führen, dass eine Bescheinigung ausgestellt wird, aufgrund welcher Steuergelder den Tätern zufließen, die sie vorher nicht bezahlt haben. Damit wäre auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

Damit ist die Strafbarkeit von Art. 14 Abs. 1 VStrR im Fall von Cum/Ex-Geschäften gegeben.

Nun ist noch zu prüfen, ob die Qualifikation nach Art. 14 Abs. 4 VStrR erfüllt ist. Die Qualifikation von Art. 14 Abs. 4 VStrR ist erfüllt, wenn der Täter gewerbmässig oder im Zusammenwirken mit Dritten

⁵³⁶ s. Erster Teil:§ 7II.B.

⁵³⁷ s. Erster Teil:§ 7II.B.

Widerhandlungen nach Absatz 1 oder 2 in Abgaben- oder Zollangelegenheiten begeht und sich oder einem andern dadurch in besonders erheblichem Umfang einen unrechtmässigen Vorteil verschafft oder das Gemeinwesen am Vermögen oder an anderen Rechten besonders erheblich schädigt. Wie zuvor geprüft, ist eine Widerhandlung nach Abs. 1 bei Cum/Ex-Geschäften gegeben. Weiter muss die Handlung Abgabe- oder Zollangelegenheiten betreffen. Hier kann unterschiedlich argumentiert werden. Zum einen kann dieses Kriterium bejaht werden, indem angenommen wird, dass auch eine Abgabeangelegenheit vorhanden ist, wenn eine Steuersystematik betroffen ist, wie i.c. die Verrechnungssteuersystematik. Zum anderen kann das Kriterium verneint werden. Die Verrechnungssteuer ist zwar eine Abgabe und das System der Verrechnungssteuer ist betroffen, aber es liegt kein Steuersubjekt der Verrechnungssteuer vor, weshalb keine Abgabeangelegenheit vorliegt. Weiter muss die Gewerbsmässigkeit oder ein Zusammenwirken mit Dritten gegeben sein. Bei Cum/Ex-Geschäften ist jeweils eines von beiden oder sogar beides gegeben. Cum/Ex-Geschäfte brauchen das Zusammenwirken verschiedener Personen, um überhaupt möglich zu sein.⁵³⁸ In vielen Fällen werden die Cum/Ex-Geschäfte gewerbsmässig betrieben, z.B. im Fall von HANNO BERGER, welcher solche Geschäfte über mehrere Jahre hin betrieb. Inwieweit Mitäter mit (Eventual-)Vorsatz handeln, ist im Einzelfall abzuklären. Ein weiteres Kriterium ist, dass das Gemeinwesen am Vermögen oder andern Rechten in besonders erheblichem Umfang geschädigt sein muss. I.c. haben Cum/Ex-Geschäfte bisher erhebliche Summen umfasst, es wurden jeweils Millionen in diese «Geschäfts Idee» investiert. Der subjektive Tatbestand ist bereits bei Eventualvorsatz erfüllt. Die Täter agieren jeweils wissentlich und willentlich, womit der subjektive Tatbestand erfüllt ist.

Nach dieser Überprüfung wären Cum/Ex-Geschäfte in der Schweiz nach Art. 14 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 VStrR strafbar, wenn das Kriterium der Abgaben- und Zollangelegenheit bejaht wird. In Blick auf die Realität sind aber gewisse Vorbehalte anzubringen.

Erstens, sind die Delikte nach Art. 14 Abs. 1 und 4 VStrR Erfolgsdelikte, d.h. der Erfolg muss tatsächlich eingetreten sein.⁵³⁹ Die Praxis der ESTV und Banken der «manufactured dividend» mit einem der Verrechnungssteuer ähnlichen Abzug, hat erreicht, dass eine unrechtmässige Auszahlung von Verrechnungssteuern verhindert wird. Damit ist der Erfolg, welcher für eine Strafbarkeit nach Art. 14 Abs. 1 und Abs. 4 VStrR nötig ist, nicht eingetreten. In Frage kommt daher nur eine Strafverfolgung aufgrund eines Versuchs. Dabei ist die Schwelle zum Versuch dann überschritten, wenn der Täter mit der Täuschung beginnt.⁵⁴⁰ Im Fall von Cum/Ex-Geschäften liegt ein Versuch zu Art. 14 VStrR vor, wenn «eine objektiv und subjektiv arglistige Täuschung durchschaut»⁵⁴¹ wurde. Damit könnte die Strafbarkeit von Art. 14 Abs. 4 VStrR als Versuch bei den Tätern von Cum/Ex-Geschäften gegeben sein.

Zweitens, hat es keine Verfahren in Bezug auf vollständig inländische Cum/Ex-Geschäfte in der Schweiz gegeben. Es gab zwar einen Cum/Ex-Fall in der Schweiz (BGer 2C_123/2016), doch dieser involviert eine in London ansässige Gesellschaft, welche mit Schweizer Titeln Leerverkäufe tätigte.⁵⁴² Weiter gab es auch eine Schweizer Bank, welche ihren Kunden geraten hat in einen luxemburgischen Fonds zu investieren, der auf einem Cum/Ex-Geschäft aufgebaut war.⁵⁴³ Dieses Mitwirken hat ausschliesslich beratend stattgefunden. Hier kommt die Frage auf, ob die Bank als Mittäterin nach Art. 14 Abs. 4 VStrR mitgewirkt haben könnte. So ist festzuhalten, dass in der Schweiz konkrete Aktivitäten der Planung und Aufsetzung und Konstruktion von Cum/Ex-Geschäften nicht stattgefunden haben. Dies

⁵³⁸ s. Erster Teil:§ 1.

⁵³⁹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 146.

⁵⁴⁰ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 187.

⁵⁴¹ BSK VStrR-MAEDER, Art. 14 N 188.

⁵⁴² s. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden..

⁵⁴³ s. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden..

beeinflusst insoweit nicht, ob Cum/Ex-Geschäfte strafbar sind, sondern die Ausgestaltung der Strafverfolgung.

Gegen die Anwendung von Art. 14 VStrR in Bezug auf die Konkurrenzfrage spricht, wenn man der Argumentation des Bundesgerichts folgt, dass im Fall von Cum/Ex-Geschäften die Täter aus eigenem Antrieb an die Steuerbehörde gelangen, weil sie durch die Transaktionen die Systematik der Verrechnungssteuer ausnutzen. Die Täter gehen nicht auf die Steuerbehörde zu, weil schon ein Steuerrechtsverhältnis besteht, sondern weil sie dieses durch das Cum/Ex-Geschäft kreiert haben. Damit würde nach Bundesgericht der Art. 146 StGB Anwendung finden. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass dies dem Grundsatz der *lex specialis* widerspricht.

III. Betrug nach Art. 146 StGB

Im deutschen Recht findet sich im Art. § 263 StGB/DE ein mit schweizerischem Recht vergleichbarer Grundtatbestand des Betrugs.⁵⁴⁴ Ein konzeptioneller Unterschied besteht bei der Täuschung, wo in Deutschland eine einfache Täuschung für die Erfüllung des Tatbestands ausreicht.⁵⁴⁵ Trotzdem hat sich im deutschen Recht, das die Betrugsvoraussetzung der Arglist nicht kennt, eine analoge Entwicklung entsprechend der schweizerischen Praxis ergeben.⁵⁴⁶

Des Betrugs macht sich nach Art. 146 StGB strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt. Damit begeht Betrug, wer einen andern arglistig, in Bereicherungsabsicht, zu einer schädigenden Vermögensverfügung führt.⁵⁴⁷ Der schweizerische Betrugstatbestand ist ein Erfolgs- und Verletzungsdelikt.⁵⁴⁸

A. Tatbestandsmerkmale

1. Objektiver Tatbestand

Um den objektiven Tatbestand zu erfüllen, müssen folgende Kriterien erfüllt sein: arglistige Täuschung, Irrtum, Vermögensdisposition, Vermögensschaden, Motivationszusammenhang zwischen arglistiger Täuschung und Irrtum sowie Irrtum und Vermögensdisposition und ein Kausalzusammenhang zwischen der Vermögensdisposition und dem Vermögensschaden.⁵⁴⁹

Bei der Täuschung handelt es sich um «jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen, sei es durch die Mittel der (mündlichen oder schriftlichen) Sprache, durch Gesten oder durch konkludentes Verhalten»⁵⁵⁰. Dabei muss sich die

⁵⁴⁴ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 7.

⁵⁴⁵ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 8.

⁵⁴⁶ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 61.

⁵⁴⁷ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 1.

⁵⁴⁸ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 152.

⁵⁴⁹ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 1.

⁵⁵⁰ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 2.

Täuschung auf Tatsachen beziehen, welche die Vergangenheit oder Gegenwart und «objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände»⁵⁵¹ betreffen.⁵⁵²

Arglist ist vonnöten, weil der Schutz sich nur auf diejenigen Personen erstrecken soll, welche eine gewisse Diligenz im Geschäftsverkehr gebrauchen.⁵⁵³ Denn wer sich mittels eines Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte selbst schützen oder den Irrtum durch minimale Vorsicht hätte verhindern können, ist durch das Strafrecht nicht geschützt.⁵⁵⁴ Es soll nicht jedes täuschende Verhalten bestraft werden, da im menschlichen Zusammenleben Täuschung, Unehrllichkeit sowie Lug und Trug omnipräsent sind.⁵⁵⁵

Die Arglist wird vom Bundesgericht wie folgt definiert: «Arglist ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Bei einfachen falschen Angaben ist das Merkmal erfüllt, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde»⁵⁵⁶.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Lüge arglistig, wenn sie nicht ohne besonderen Aufwand überprüfbar ist, die Überprüfung dem Getäuschten nicht zumutbar ist, der Täter von der Überprüfung abhält oder der Täter davon ausgeht, dass das Opfer von einer Überprüfung absehen wird, aufgrund besonderer Umstände.⁵⁵⁷ Diese Kriterien der Lügen werden jedoch nur subsidiär geprüft, wenn keine betrügerischen Machenschaften vorliegen.⁵⁵⁸

Besondere Machenschaften zeichnen sich durch eigentliche Inszenierungen aus, welche aus intensiven, planmässigen und systematischen Vorkehrungen bestehen.⁵⁵⁹ Wird die Täuschung mit zusätzlichen Massnahmen wie z.B. Urkunden abgesichert, sind betrügerische Machenschaften oder Kniffe gegeben.⁵⁶⁰

Der Täter errichtet ein Lügengebäude, wenn «die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit zeugen und derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind, dass sich auch das kritische Opfer täuschen lässt»⁵⁶¹ und nicht schon, wenn mehrere Lügen, welche durchschaubar sind, aneinandergereiht sind.⁵⁶² In Ausnahmefällen kann die Opferverantwortung, die zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täters führt, nach TRECHSEL und CRAMERI bejaht werden.⁵⁶³ Anderer Ansicht sind hingegen MAEDER/NIGGLI, welche argumentieren, dass es den Eindruck erweckt, Leichtsinns könnte die Arglist aufheben.⁵⁶⁴ Dabei beziehe sich die Arglist auf die Art der Täuschung und verlange «eine gewisse Qualität der Täuschung»⁵⁶⁵. Könnte eine Täuschung unter Anwendung minimaler Vorsicht vom Opfer nicht funktionieren, ist die Täuschung

⁵⁵¹ BGE 143 IV 302 E. 2.1 in: PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 6.

⁵⁵² PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 6.

⁵⁵³ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 7.

⁵⁵⁴ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 7.

⁵⁵⁵ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 10; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 61.

⁵⁵⁶ BGE 142 IV 153, 154 f.; s. a. BGE 135 IV 76, 81 f. in: BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 62, m.w.H.

⁵⁵⁷ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 7; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 66.

⁵⁵⁸ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 7.

⁵⁵⁹ BGE 135 IV 76, 81; vgl. auch BGE 122 IV 197, 205; 126 IV 165, 171; 132 IV 20, 28 in: BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 104.

⁵⁶⁰ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 8.

⁵⁶¹ BGE 119 IV 36 in: PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 8; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 103.

⁵⁶² PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 8; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 103.

⁵⁶³ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 13a, m.w.H.

⁵⁶⁴ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 69.

⁵⁶⁵ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 69.

nicht arglistig.⁵⁶⁶ Jedoch halten MAEDER/NIGGLI fest, dass das BGer in eine andere Richtung eingeschlagen hat, indem das Opfer leichtfertig gehandelt haben muss. Die Arglist ist in einer solchen Situation nicht gegeben, wenn das Opfer die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet hat und damit die Betrugsmachenschaften des Täters in den Hintergrund treten.⁵⁶⁷

Das zweite Kriterium des objektiven Tatbestands ist der Irrtum, welcher durch die Täuschung bewirkt wird. Der Irrtum besteht in einer Vorstellung, welche von der Wirklichkeit abweicht.⁵⁶⁸ Dazu sei festgehalten, dass sich nur ein Mensch irren kann und kein Computer.⁵⁶⁹ Die Person, die sich geirrt hat, muss sodann mit dem Getäuschten identisch sein,⁵⁷⁰ sie muss aber nicht die gleiche Person sein, welche über das Vermögen verfügt oder geschädigt wird.⁵⁷¹

Sodann muss der Getäuschte aufgrund des Irrtums eine freiwillige, rechtliche oder tatsächliche Vermögensdisposition vornehmen.⁵⁷² Der Schaden kann auch einem Dritten (sog. Dreiecksbetrug) zugefügt werden, wobei jedoch eine Verfügungsmacht des Dritten vorausgesetzt wird, da es sich sonst um einen Diebstahl mit mittelbarer Täterschaft handelt.⁵⁷³

Das letzte Kriterium ist der Eintritt des Vermögensschadens, womit der Betrug vollendet ist. Dabei gelten als Vermögen alle «geldwerten Güter (einer natürlichen oder juristischen) Person»⁵⁷⁴; es wird damit auch ein wirtschaftlicher Vermögensbegriff gemeint.⁵⁷⁵ In diesem Vermögensbegriff ist auch Betrug bei rechtswidrigen oder unsittlichen Rechtsgeschäften umfasst. Die Literatur stützt sich vorwiegend auf den juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff, gemäss dem das Vermögen «die Summe der rechtlich geschützten wirtschaftlichen Güter»⁵⁷⁶ ist.⁵⁷⁷ Zudem muss das Vermögen geschädigt sein, das bedeutet, dass sich eine Differenz zum Nachteil des Geschädigten zwischen seiner effektiven und seiner hypothetischen Gesamtvermögenslage ergeben muss.⁵⁷⁸ Die reine Gefährdung des Vermögens genügt nicht,⁵⁷⁹ da der Betrugstatbestand ein Erfolgs- und Verletzungsdelikt ist.⁵⁸⁰

Zudem muss die arglistige Täuschung einen Irrtum bewirken, welcher den Getäuschten dazu führt, einen Vermögensverfügung vorzunehmen.⁵⁸¹ Dies stellt «ein ursächliches Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensverfügung»⁵⁸² her und wird Motivationszusammenhang genannt. Ausserdem muss zwischen der Vermögensverfügung und dem Schaden ein Kausalzusammenhang bestehen.⁵⁸³

⁵⁶⁶ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 70.

⁵⁶⁷ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 74.

⁵⁶⁸ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 126.

⁵⁶⁹ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 126.

⁵⁷⁰ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 132.

⁵⁷¹ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 14.

⁵⁷² PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 15, 17.

⁵⁷³ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 18; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 144 f.

⁵⁷⁴ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 20.

⁵⁷⁵ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 20.

⁵⁷⁶ ebenso BGE 117 IV 148, best. in 126 IV 174, BGer 6B_199/2011 E. 5.3.5.1, s. auch MAEDER/NIGGLI BSK Art. 146 N 22 ff. in: PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 21.

⁵⁷⁷ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 21.

⁵⁷⁸ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 158.

⁵⁷⁹ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 23.

⁵⁸⁰ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 152.

⁵⁸¹ BGer 6B_634/2008 E. 1.2; PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 29.

⁵⁸² BGer 6B_634/2008 E. 1.2.

⁵⁸³ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 29.

2. Subjektiver Tatbestand

Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands braucht es Vorsatz gem. Art. 12 Abs. 2 StGB, wobei Eventualvorsatz genügt,⁵⁸⁴ und die Absicht ungerechtfertigter Bereicherung.⁵⁸⁵ Dabei muss sich der Vorsatz auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen. Es ist auch möglich, sich des versuchten Betrugs strafbar zu machen.⁵⁸⁶

3. Qualifikation nach Art. 146 Abs. 2 StGB

Der qualifizierte Tatbestand des Betrugs ist in Abs. 2 beschrieben, wobei dieser auf Gewerbmässigkeit beruht.⁵⁸⁷ Gewerbmässigkeit heisst, dass der Täter sich mit den deliktischen Handlungen darauf ausgerichtet hat, Einkünfte zu generieren, welche einen namhaften Beitrag an der Finanzierung seines Lebensaufwand stellen. Dabei ist auch notwendig, dass der Täter das Delikt schon mehrfach begangen hat und es seine Absicht war, ein Erwerbseinkommen zu generieren und seine Taten darauf schliessen lassen, dass er bereit war die Tat mehrmals zu begehen.⁵⁸⁸ Dabei «zeigt sich die besondere soziale Gefährlichkeit des Täters»⁵⁸⁹ in seiner Bereitschaft zu einer mehrfachen Tatbegehung.

B. Anwendung auf Cum/Ex-Geschäfte

Im Gegensatz zum Leistungsbetrug ist nicht ein bestimmter Opferkreis von Nöten (wie z.B. Verwaltung oder Behörde), sondern jedermann kann Opfer sein. Bei Cum/Ex-Geschäften ist das Opfer das Gemeinwesen, da diesem Gelder abhandenkommen. Die Täuschung muss sich auch i.c. auf Tatsachen beziehen, welche objektiv feststehen und Ereignisse aus der Vergangenheit oder Gegenwart betreffen. Hier ist auf die Ausführungen beim Leistungsbetrug zu verweisen.⁵⁹⁰ Die Täuschung muss arglistig geschehen. Dies ist insofern der Fall, als die Täter sich besonderer Machenschaften bedienen, indem sie das System der Verrechnungssteuer ausnutzen. Dies tun sie i.d.R. mit der Kreation verschiedener und vielfältiger Transaktionen, die dazu führten, dass eine Bescheinigung über Verrechnungssteuer ausgestellt wurde, welcher keine verrechnungssteuerliche Transaktion zugrunde lag. Der Irrtum besteht darin, dass die ESTV als Vertreterin des Gemeinwesens im Bereich der Steuern, davon ausgeht, dass die Bescheinigung korrekt zustande kam und damit rechtens ist. Sodann muss als weiteres Kriterium, der Getäuschte aufgrund des Irrtums eine Vermögensdisposition vornehmen. Im Fall von Cum/Ex-Geschäften nimmt die ESTV eine Vermögensdisposition vor, da sie sich bzgl. der Bescheinigung irrt. Daraufhin muss es zu einem Vermögensschaden kommen, damit der Betrug vollendet ist. Wenn die ESTV die Vermögensdisposition aufgrund eines Cum/Ex-Geschäfts vornimmt, liegt ein Vermögensschaden vor, da sie Steuergelder ausbezahlt, die sie nicht vorher erhalten hat.

Das ganze wird über den Motivationszusammenhang zusammengehalten: Die arglistige Täuschung muss einen Irrtum bewirken, die den Getäuschten dazu führt, eine Vermögensdisposition vorzunehmen. Im Fall von Cum/Ex-Geschäften führt die Konstellation der Geschäfte dazu, dass die ESTV davon aus-

⁵⁸⁴ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 273.

⁵⁸⁵ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 31; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 261.

⁵⁸⁶ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 31.

⁵⁸⁷ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 32.

⁵⁸⁸ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 33.

⁵⁸⁹ BGE 88 IV 19, 86 IV 11, 79 IV 12, 78 IV 154 f. in: PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 34.

⁵⁹⁰ s. Siebter Teil: Erster Teil:§ 7II.B.

geht, dass eine korrekte Bescheinigung vorliegt, aufgrund dieser sie Verrechnungssteuer «zurückerstattet». Aufgrund dessen nimmt die ESTV eine Vermögensdisposition vor, die unmittelbar zum Schaden führt, womit der Kausalzusammenhang gegeben ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands braucht es Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt, und die Absicht der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Vorsatz muss sich dabei auf alle objektiven Tatbestandskriterien beziehen. Der Täter agiert bei Cum/Ex-Geschäften stets wissentlich und willentlich bezogen auf alle Tatbestandselemente. Die Absicht sich ungerechtfertigt zu bereichern, ist den Cum/Ex-Geschäften immanent, da es darum geht mittels der «Rückerstattung» von Verrechnungssteuern einen Gewinn zu erwirtschaften. Damit ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

Art. 146 Abs. 2 StGB umfasst die Qualifikation des Tatbestands und besagt, dass wenn der Täter gewerbmässig handelt, er mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft wird. Bei den meisten Fällen von Cum/Ex-Geschäften handelt es sich um ein Geschäft, welches sehr häufig von den Tätern eingesetzt und wofür viel Zeit investiert wird, um neue Investoren zu finden. Damit kann auch sehr oft eine Gewerbmässigkeit bejaht werden.

Wie schon oben beim Leistungsbetrug angemerkt, ist auch der gemeinrechtliche Betrug nach Art. 146 StGB ein Erfolgs- und Verletzungsdelikt. Das bedeutet, dass der Erfolg tatsächlich eingetreten, sowie ein Vermögensschaden vorhanden sein muss. Bezieht man jedoch die Praxis der ESTV mit ein wobei der Taterfolg verhindert wird, ergibt sich, dass der Erfolg nicht eingetreten ist. Damit bleibt die Möglichkeit des Versuchs übrig. Die Schwelle zum Versuch ist überschritten, wenn die Täuschung durch den Täter beginnt.⁵⁹¹ Dies kann regelmässig bei Cum/Ex-Geschäften bejaht werden, da wenn die ESTV darauf aufmerksam wird, die Täuschung schon geschah.

Somit ist der Tatbestand von Art. 146 StGB erfüllt und Cum/Ex-Geschäfte sind aufgrund von Art. 146 StGB strafbar.

Im Entscheid des BStGer zur Auslieferung von HANNO BERGER,⁵⁹² beurteilte das Gericht den Sachverhalt als ein Geschäftsmodell, welches darin bestand, dass der Beschwerdeführer verdeckt mit anderen Transaktionsbeteiligten, mit System darauf gezielt hätte, die Steuerbehörden dazu zu führen, eine nur einmal abgelieferte Kapitalertragssteuer bzw. Verrechnungssteuer⁵⁹³ zweimal «zurückzuerstatten».⁵⁹⁴ Wurde die Kapitalertragssteuer bzw. Verrechnungssteuer zuvor schon gar nicht geleistet, welche zudem auch nicht geschuldet war, «liegt bei der Auszahlung oder Verrechnung des betreffenden Betrags freilich in zweifacher Hinsicht eine ungerechtfertigte ‘Rückerstattung’ vor»⁵⁹⁵.

Das BStGer beurteilte das Vorgehen, gem. den Schilderungen des Auslieferungsgesuchs und den zutreffenden Ausführungen des Beschwerdegegners, ohne Frage als arglistig. Der Beschwerdeführer und die Mitangeklagten hätten «ein umfangreiches Täuschungskonstrukt» errichtet. Es seien offensichtlich besondere Machenschaften gegeben, welche die tatsächlichen Verhältnisse tarnten und der Täuschung von Steuerbehörden dienten. Dies indem das koordinierte Vorgehen zwischen den Beteiligten zu einem Betrieb eines Geschäftsmodells führte, wo sie inländische Depotbanken miteinbezogen, eine Gesellschaft als reines Auszahlungsvehikel ohne wirtschaftlich produktiven Zweck errichteten und mehrstufige Transaktionsketten ohne wirtschaftlichen Zweck im In- und Ausland erschufen. Diese Machenschaften, welche im Auslieferungsgesuch geschildert wurden, könnten nicht als etwas anderes als arglistig gelten.

⁵⁹¹ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 283.

⁵⁹² BStGer RR.2021.200.

⁵⁹³ Übertragen auf die schweizerischen Verhältnisse.

⁵⁹⁴ BStGer RR.2021.200, E. 8.6.

⁵⁹⁵ BStGer RR.2021.200, E. 8.7.

Unter diesen Umständen müsse bei einer *prima facie* Beurteilung eine Opfermitverantwortung verneint werden, und ohnehin müsste ein Opfer nicht die grösstmögliche Sorgfalt walten lassen und alle denkbaren Vorsichtsmassnahmen treffen, damit der Betrugstatbestand erfüllt wäre. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf das mehrfache «legislatorische Versagen der Bundesregierung»⁵⁹⁶ stelle zudem sein arglistiges Vorgehen nicht in Frage, sondern stelle die strafrechtlich relevante Opfermitverantwortung noch mehr in den Hintergrund. Zusammenfassend sei von einem «qualifizierten Betrug zum Nachteil des Gemeinwesens auszugehen, wobei das Steuerrückerstattungsverfahren als ‘Instrument’ des Betruges eingesetzt wurde»⁵⁹⁷.

Damit sei grundsätzlich von einem gemeinrechtlichen Betrug auszugehen ist, wenn zum Nachteil des Gemeinwesens der Täter arglistig einen Vermögensschaden bewirkt, indem er z.B. das Steuerrückerstattungsverfahren benutzt, er jedoch die Tat nicht auf die Verkürzung der Abgabe gerichtet hat und er die entsprechende Abgabe nicht gekürzt hat.⁵⁹⁸ Es liegt damit kein Leistungsbetrug nach Art. 14 Abs. 1 VStrR vor.⁵⁹⁹ Denn wenn der Tatbestand des Betrugs zum Nachteil des Gemeinwesens erfüllt ist, geht es bei einem solchen Fall «um die rein deliktische Ausnützung des Systems der Rückerstattung und die vorsätzliche Schädigung des Gemeinwesens»⁶⁰⁰.

§ 8 Zwischenfazit Schweiz und Cum/Ex-Geschäfte

Die Betrachtung der Situation in der Schweiz bzgl. Cum/Ex-Geschäften im Verlauf der Jahre seit 1990 zeigt, dass die Schweiz schon sehr früh aufmerksam auf die Problematik der mehrfachen «Rückerstattung» wurde. Es verwundert daher, dass es keine gesetzliche Regelung dieser Tätigkeit gibt und gab. Die Praxis der ESTV und der Banken, mittels derer sie verhinderten, dass zu viele Steuern im Millionen- wenn nicht im Milliardenbereich ausbezahlt wurden, beruhte und beruht nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage (auch wenn es einen Versuch gab dies zu ändern).

Die Beurteilung der Strafbarkeit in der Schweiz ist damit auch nur sehr begrenzt möglich, da es kein einziges strafrechtliches Urteil zu Cum/Ex-Geschäften gab. Allein im Auslieferungsentscheid um HANNO BERGER werden Cum/Ex-Geschäfte als gemeinrechtlichen Betrug qualifiziert, jedoch war dies nur unter einer *prima facie* Beurteilung der Fall. Des Weiteren hält eine Mindermeinung, entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dafür, dass der Art. 14 VStrR jederzeit Vorrang vor Art. 146 StGB hat. Ob dies auch auf die Fälle von Cum/Ex-Geschäften übertragen werden kann, ist mangels Urteile oder Literatur nicht abschliessend zu beurteilen. Die Artikel des VStG sind zumindest nicht anwendbar, da das Steuersubjekt, als Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes, fehlt.

Die frühe Ergreifung von Massnahmen seitens der ESTV und der Banken haben jedoch dazu geführt, dass ein grösserer Verlust von Steuersubstrat verhindert werden konnte und kann. Auch lassen die Massnahmen den Schluss zu, dass Cum/Ex-Geschäfte nicht erwünscht sind und nicht geduldet werden. Dem

⁵⁹⁶ BStGer RR.2021.200, E. 8.6.

⁵⁹⁷ BStGer RR.2021.200, E. 8.6.

⁵⁹⁸ BStGer RR.2021.200, E. 4.2.6.

⁵⁹⁹ Würde bei einer *prima facie* Beurteilung der Sachverhalt den Tatbestand des Art. 14 Abs. 1 oder 2 VStrR erfüllen, wären die qualifizierten Tatbestandsmerkmale in beiden Fällen gegeben. Die Tatbestandsmerkmale sind dabei: Gewerbsmässigkeit, Zusammenwirken von Dritten, Verrechnungssteuersachen, unrechtmässiger Vorteil in besonders erheblichem Umfang und besonders erhebliche Schädigung des Gemeinwesens. Und auch damit läge ein auslieferungsfähiges Fiskaldelikt nach Art. 3 Abs. 2 lit. b IRSG i.V.m. Art. 14 Abs. 4 VStrR vor (BStGer RR.2021.200, E. 8.7).

⁶⁰⁰ BStGer RR.2021.200, E. 8.7.

scheint es auch so, unter Betrachtung der Routine der ESTV, kritische Rückerstattungen von Verrechnungssteuern erstmal zu verweigern und in einem gerichtlichen Verfahren nötigenfalls zu klären. Weshalb jedoch keine einzige strafrechtliche Verfolgung eingeleitet worden ist, lässt sich nicht beantworten – darüber lässt sich höchstens spekulieren.

§ 9 Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Cum/Ex-Geschäfte begannen in den Ende 90er- Anfang 2000er-Jahre. In Deutschland waren die Geschäfte bis 2012 technisch möglich. Die Dividendenkompensationszahlung wurden in Deutschland im Jahre 2007 mit dem Jahressteuergesetz aufgenommen und unterlag damit seitdem der Kapitalertragssteuer. Danach war es immer noch möglich Cum/Ex-Geschäfte mittels einer ausländischen Depotbank zu tätigen bis im Jahre 2012 das Zahlstellenprinzip eingeführt wurde. Nach einer Verfolgung von Cum/Ex-Geschäften die zu einem entscheidenden BGH-Urteil geführt hat können Täter von Cum/Ex-Geschäften aufgrund der Erfüllung des Tatbestands der Steuerhinterziehung nach § 370 AO/DE verfolgt und bestraft werden. Seit dem gibt es eine strenge Verfolgung dieser Geschäfte und es sind einige Strafurteile ergangen.

In der Schweiz waren die Cum/Ex-Geschäfte möglich, wurden jedoch früh dank der Praxis der ESTV und Banken unterbunden. Die Dividendenersatzzahlung wurde jedoch nie in einem Gesetz definiert. Die ESTV konnte damit die Steuern nie einfordern, jedoch hielten die Banken sich an die Praxis, welche sie mit der ESTV im Zirkular Nr. 6584 definiert hatten, und die ESTV hatte dagegen keine Einwände. Diese Praxis beruht jedoch auf keiner genügenden gesetzlichen Grundlage, wird aber vermutlich weiterhin durchgeführt, auch wenn das zugrundeliegende SBVg-Zirkular Nr. 6584 nicht mehr für die Banken gültig ist. Legal ist diese Praxis der ESTV nach dem BGer 2C_123/2016 nicht, verhindert aber hohe Verluste.

Es zeigt sich durch die Darstellung der letzten Jahre, dass Deutschland in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte eine aggressive Strafverfolgung verfolgt. Dies zeigt sich erstens durch die vielen offenen Ermittlungen, welche zwischen 800 und 1000 Beschuldigten betreffen, sowie die Verfolgungsverjährung, welche bei ca. 37,5 Jahren liegt. Damit zeigt Deutschland, dass es keine Cum/Ex-Geschäfte mehr duldet und viele Ressourcen aufwendet, um abhandengekommenes Steuergeld einzuziehen und die Verantwortlichen zu bestrafen.

Strafrechtliche Urteile und Verfahren gab es in Bezug auf die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften in der Schweiz bisher nicht. Die Nichtanhandnahme der Strafverfolgung durch die ESTV ist mitunter auch dem Fakt geschuldet, dass sich viele Täter im Ausland befinden und dies die Strafverfolgung erschwert. Damit ergibt sich bisher in der Schweiz keine strafrechtliche Verfolgung von Cum/Ex-Geschäften.

Bzgl. der rechtlichen Beurteilung zeigt sich, dass in Deutschland der Tatbestand der Steuerhinterziehung äusserst relevant ist und sehr weit verstanden wird. Dabei zeigt sich bei der Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften im Schweizer Recht eher eine Tendenz von betrugsähnlichen Tatbeständen. Weiter zeigt sich im Vergleich der beiden Ländern, dass Strafverfolgung manchmal nur als Mittel zum Zweck oder als eins von vielen möglichen Werkzeugen angesehen wird, um unrechtmässiges Verhalten zu verhindern. Jedoch braucht es für alles Handeln des Staates eine gesetzliche Grundlage. Dass dabei die Variante der Schweiz keine genügende gesetzliche Grundlage hat, erschwert die Strafverfolgung. Es bleibt zu hoffen, dass die Praxis der ESTV und der Banken schnellstmöglich eine gesetzliche Grundlage erhält und damit die pragmatische Lösung der ESTV dem Legalitätsprinzip entspricht.

Eigenständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit eigenständig verfasst habe,
- dass ich die Arbeit nur unter Verwendung der im Verzeichnis angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass alle mit Hilfsmitteln erbrachten Teile der Arbeit präzise deklariert wurden;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass ich sämtliche immateriellen Rechte an von mir allfällig verwendeten Materialien wie Bilder oder Grafiken erworben habe oder dass diese Materialien von mir selbst erstellt wurden;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Kurse waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit der Referentin oder dem Referenten im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich mir über die rechtlichen Bestimmungen zur Publikation und Weitergabe von Teilen oder der ganzen Arbeit bewusst bin und ich diese entsprechend einhalte;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate und auf Drittautorschaft menschlichen oder technischen Ursprungs überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St.Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können.»

Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.

St. Gallen, 20.11.2023



Janina Petzhold

Umfang: 64 Seiten

Diskretionserklärung

Die Unterzeichnende

verpflichtet sich, die von der befragten Unternehmung/Verwaltung erhaltenen Informationen streng vertraulich zu behandeln. Insbesondere darf nur mit ausdrücklicher Einwilligung sämtlicher Auskunftgeber anderen Personen als den Referenten Einblick in die schriftliche Arbeit gewährt werden.

Sie nimmt zur Kenntnis, dass ihre Arbeit von der Universität St. Gallen mittels einer Plagiatssoftware auf allfällige Plagiate überprüft werden kann und dass die befragte Unternehmung/Verwaltung entsprechend zu orientieren ist.

Datum und Unterschrift

St. Gallen, 20.11.2023


.....

I. Anh. 2: SBVg-Zirkulare

1) SBVg-Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990

**SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG
ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DEI BANCHIERI**

Basel, 22. Mai 1990
Nr. 6584

Dieses Zirkular wurde aufgehoben und ersetzt
durch Zirkular Nr. 8067 vom 16. Dezember
2021 bzw. Zirkular Nr. 8088 vom 23.11.2022

An die Mitgliedbanken

Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen

Sehr geehrte Damen und Herren

Es hat sich gezeigt, dass im schweizerischen Bankensystem Unsicherheiten bei der praktischen Abwicklung des Coupon-Abrechnungsverfahrens bei quellensteuerbelasteten Wertschriftenerträgen bestehen; dies betrifft insbesondere das Vorgehen bei sog. Short-Beständen. Wir gestatten uns deshalb, Ihnen nachstehende Grundsätze in Erinnerung zu rufen.

I. Normalfall

Die auf einer Ertragsausschüttung fällige Quellensteuer wird in der Regel vom Ertragsschuldner bzw. dessen Bank gesamthaft an den Fiskus abgeliefert. Anspruch auf den Wertschriftenertrag hat im Prinzip derjenige Kunde, der am Fälligkeitstag (ex-Tag) der Dividende bzw. des Zinses Eigentümer der Titel ist. Die Bank schreibt mit anderen Worten den Ertrag demjenigen Kunden gut, der das Papier am massgebenden Stichtag im Depot hat. Bei nicht tagfertiger Verarbeitung der Mutationen können bei Titelverkäufen unmittelbar vor dem Fälligkeitstag Differenzen entstehen, die jedoch umgehend durch entsprechende Storni korrigiert werden. Auf solchen Stornoabrechnungen ist der Vermerk anzubringen:

"Kein Rückerstattungsanspruch für die Quellensteuer aus der Gutschriftanzeige".

"L'avis de crédit ne donne pas droit au remboursement de l'impôt à la source.

"The credit-advice does not entitle to a refund of withholding tax".

Weil gesamthaft gesehen die buchmässigen und die physisch effektiv vorhandenen Titelbestände im System identisch sind, ergeben sich keine Probleme bei den Quellensteuern.

II. Lieferverzögerungen

Die Coupongutschriften werden grundsätzlich nach Massgabe des Buchbestandes und nicht der physisch in den Wertschriftendepots vorhandenen Titel ausgelöst. Die Verzögerungen in der Titellieferung haben deshalb keinen unmittelbaren Einfluss auf die Quellensteuerproblematik, denn das System korrigiert sich bei Abweichungen selbst. Es gelten die gleichen Grundsätze wie im Normalfall.

III. Short-Positionen

Anders präsentiert sich die Rechtslage, wenn eine Bank für sich selber oder einen Kunden am massgebenden Stichtag für die Ertragsgutschrift bei einer Titelkategorie einen Short-Bestand ausweist. Bei Short-Positionen am Tage der Couponfälligkeit besteht seit jeher die Praxis, auf den physisch nicht vorhandenen Titeln ebenfalls normale Coupongutschriften mit Quellensteuerabzug auszustellen. Im angelsächsischen Sprachgebrauch werden diese Erträge als "manufactured" bezeichnet. Auf diese Weise werden gesamthaft gesehen auf einer höheren Titelzahl Erträge gutgeschrieben, als tatsächlich im Umlauf sind. Damit in der Folge theoretisch nicht höhere Quellensteuerbeträge von der Gesamtheit der Kunden zurückgefordert werden können, als tatsächlich an den Fiskus abgeliefert wurden, ist die involvierte Bank verpflichtet, auf einem allfälligen Short-Bestand zusätzlich die Quellensteuer gemäss beiliegender Tabelle an den Fiskus zu entrichten.

1. Vorgehen bei inländischen Titeln

Bei Coupongutschriften auf Short-Beständen kann die Bank die Verrechnungssteuerpflicht (35%) gegenüber der EstV entweder durch:

- Deklaration auf dem Formular 102 "Verrechnungssteuer auf Gratisaktien, Liquidationsüberschüssen, Interimsdividenden, geldwerten Leistungen" oder durch
- Abzug auf Formular 25 "Antrag auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer"

erfüllen.

2. Vorgehen bei ausländischen Titeln

Bei Short-Beständen mit ausländischen Titeln wäre bei einem Verzicht auf die Quellensteuerablieferung nicht der schweizerische, sondern ein ausländischer Fiskus gegebenenfalls der Leidtragende.

Es wäre nicht korrekt, in solchen Fällen einfach das Steuerproblem zu ignorieren, mit der Entschuldigung, die begangene Ünterlassung sei praktisch nicht erkennbar. Analog wie bei den inländischen Titeln besteht auch hier grundsätzlich eine Abzugs- und Ablieferungspflicht für diejenige Bank, die den Short-Bestand für sich oder einen ihrer Kunden aufweist und die normale Coupongutschriften ausfertigt. Dabei ist wie folgt vorzugehen:

a) DBA-Länder der Schweiz

Aufgrund des Bundesratsbeschlusses betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 14. Dezember 1962 sind die Banken verpflichtet, auch zugunsten ausländischer Steuerbehörden Quellensteuerabzüge vorzunehmen. Deren Höhe richtet sich nach den in den schweizerischen DBA vorgesehenen Steuerentlastungsquoten. Für die Ablieferung des Rückbehalts an die Eidg. Steuerverwaltung bestehen vorgedruckte Formulare. Die Details sind aus der Beilage dieses Zirkulars, Kolonne "Steuerrückbehalt", ersichtlich.

b) Nicht DBA-Länder der Schweiz

Staaten ohne DBA mit der Schweiz sind in der Regel keine Anlageländer für Investoren in Form von Wertschriften. Es dürfte heute kaum vorkommen, dass mit Titeln solcher Staaten Short-Bestände auftreten. Sollten sich trotzdem derartige Fälle zeigen, so gilt grundsätzlich das Nettoprinzip. Es besteht somit keine Ablieferungspflicht einer allfällig vorhandenen Quellensteuer an die EstV.

IV. Kontrolle durch die Eidg. Steuerverwaltung

Die EstV prüft anlässlich ihrer periodischen Inspektionen bei den einzelnen Banken, ob bei Short-Beständen die Quellensteuer auf Ertragsgutschriften richtig abgewickelt wurde. Unterlassene Quellensteuerablieferungen werden von Amtes wegen nachgefordert.

Wir bitten sämtliche Mitgliedbanken, diese Richtlinien strikte einzuhalten. Sollten sich abwicklungstechnische Probleme in der Anwendung dieser Grundsätze ergeben, stehen wir Ihnen mit ergänzenden Auskünften gerne zur Verfügung.

Schweizerische Bankiervereinigung



Beilagen: DBA Tabelle (Stand 1. Mai 1990)
Form. 160 D betr. Steuerrückbehalt in der Schweiz
(Kann nach Bedarf bei der ESTV in Bern bestellt werden)

**Ertragsgutschriften bei short-Beständen
inländischer Banken / Quellensteuerablieferung**

Quellenstaat	Ertragsart	Quellensteuersatz in % des Bruttoertrages	Steuerrückforderung / Steuerentlastung gem. DBA	Gutschrift		Steuerrückbehalt		Formular / Steuerrückbehalt
				Empfänger Schweiz	Empfänger Ausland	Empfänger Schweiz	Empfänger Ausland	
		%	%	%	%	%	%	
Schweiz	Dividenden	35	35	65	65	35	35	Form. 102 od. Form. 25
	Zinsen	35	35	65	65	35	35	
Australien	Dividenden	—	—	100	100	—	—	
	Zinsen	10	—	90	90	—	—	
Kanada	Dividenden	25	10	85	75	—	10	Form. 196
	Zinsen	—	—	100	100	—	—	
USA	Dividenden	30	15	70	70	15	15	Form. 182
	Zinsen	30	25	70	70	25	25	
Japan	Dividenden	20	5	85	80	—	5	Form. 193
	Zinsen	15	5	90	85	—	5	
Norwegen	Dividenden	25	20	95	75	—	20	Form. 187
	Zinsen	—	—	100	100	—	—	
Neuseeland	Dividenden	30	15	85	70	—	15	Form. 160
	Zinsen	15	5	90	85	—	5	
Österreich	Dividenden	25	20	75	—	20	—	Form. 160
	Zinsen	10	5	90	—	5	—	
Belgien	Dividenden	25	10	75	—	10	—	Form. 160
	Zinsen	10	—	90	—	—	—	
Dänemark	Dividenden	30	30	70	—	30	—	Form. 160
	Zinsen	—	—	100	—	—	—	
Finnland	Dividenden	25	10	75	—	10	—	Form. 160
	Zinsen	25	15	75	—	15	—	
Frankreich	Dividenden	25	52.5	75	—	52.5	—	Form. 160
	Zinsen	25	15	75	—	15	—	
Grossbritannien	Dividenden	—	13.33	100	—	—	—	Form. 160
	Zinsen	25	25	75	—	25	—	
Italien	Dividenden	32.4	17.4	67.6	—	17.4	—	Form. 160
	Zinsen	12.5	—	87.5	—	—	—	
Malaysia	Dividenden	35	—	65	—	—	—	Form. 160
	Zinsen	20	10	80	—	10	—	
Niederlande	Dividenden	25	10	75	—	10	—	Form. 160
	Zinsen	—	—	100	—	—	—	
BRD	Dividenden	25	15	75	—	15	—	Form. 160
	Zinsen	—	—	100	—	—	—	
Singapur	Dividenden	32	—	68	—	—	—	Form. 160
	Zinsen	32	22	68	—	22	—	
Schweden	Dividenden	30	25	70	—	25	—	Form. 160
	Zinsen	—	—	100	—	—	—	

Stand: 01.05.1990

**SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG
ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DEI BANCHIERI**

Basel, 29. Mai 1990
Nr. 6586

An die Mitgliedbanken

Securities Lending mit quellensteuerbelasteten Wertschriften

Sehr geehrte Damen und Herren

Als Folge der zunehmenden Globalisierung des Wertschriftengeschäfts entstand aufgrund der praktischen Erfahrungen das Bedürfnis nach einem Ausbau des Securities Lending (im folgenden mit SL bezeichnet) in der Schweiz. Aber auch die Notwendigkeit, die Belieferung von Börsengeschäften kostengünstiger und risikoärmer zu gestalten, verlangt auf unserem Finanzplatz ein leistungsfähiges SL-System. Bisher standen diesem Vorhaben steuerliche Hindernisse entgegen. Diese konnten nun zusammen mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung gelöst werden. Nicht behandelt sind im vorliegenden Zirkular die zivilrechtlichen Aspekte. Wir werden uns bemühen, den Banken sobald als möglich einen Mustervertrag für das Securities Lending zur Verfügung zu stellen.

Das Securities Lending kann nur dann richtig funktionieren, wenn Gewähr dafür geboten ist, dass das Coupon-Abrechnungsverfahren richtig abgewickelt wird. Diesem Zweck dient das Zirkular Nr. 6584 vom 22.5.1990 unserer Vereinigung. Jenes Zirkular richtet sich an alle Banken und ist unabhängig vom Securities Lending zu beachten. Das vorliegende Zirkular dagegen ist nur für jene Institute wirksam, die das Securities Lending überhaupt betreiben.

I. Umschreibung des SL

Unter dem Fachausdruck SL versteht man das Ausleihen von Wertpapieren unter Effektenhändlern gegen Bezahlung einer Kommission, wobei in der Praxis hauptsächlich folgende zwei Fälle vorkommen:

1. SL wegen Lieferverzögerungen

Durch Ueberlastung des Back Office oder den verspäteten Eingang der Titel seitens Kunden und Banken sind Effektenhändler oftmals nicht in der Lage, ihre Lieferverpflichtungen usanzgemäss zu erfüllen. Damit sich eine solche Verzögerung bei Weiterverkäufen nicht fortpflanzt, wird ein Effektenhändler zur Sicherstellung einer termingerechten Lieferung die ausstehenden Papiere im SL zu beschaffen versuchen.

2. SL wegen Short-Positionen

Gelegentlich verfügen Effektenhändler, insbesondere "Market Makers", nicht über genügend Titel (z.B. Abschluss eines Blockverkaufs an eine Gegenpartei mit sukzessiver Eindeckung eines ausstehenden Restbetrages, Aufbau eines vorübergehenden Unterbestandes im Zusammenhang mit einem Auftrag zur Kurspflege), so dass fehlende Papiere zwecks Lieferung an den Käufer ausgeliehen werden.

II. Bisherige Praxis der Eidg. Steuerverwaltung

1. Umsatzstempelabgabe

Dieser Fragenkomplex wurde in unserem Zirkular Nr. 6247 vom 23.9.1983 behandelt. Damals haben wir Ihnen zur Kenntnis bringen dürfen, dass das SL von der Umsatzabgabe befreit ist. Diese Regelung gilt unverändert weiter.

2. Beschränkung des SL auf quellensteuerfreie Wertschriften

Im gleichen Rundschreiben wurde unter Punkt III., Ziff. 2, ein Verbot des SL mit quellensteuerbelasteten Titeln ausgesprochen. Diese Einschränkung hat sich im Quervergleich zu ausländischen Finanzplätzen als Konkurrenznachteil herausgestellt, was uns zur Aufnahme von neuen Gesprächen mit der Eidg. Steuerverwaltung (EStV) veranlasste.

III. Neuregelung des SL bei quellensteuerbelasteten Wertschriften

Wir können Ihnen die erfreuliche Mitteilung machen, dass das SL ab sofort nicht nur für quellensteuerfreie, sondern auch für in- und ausländische Titel zulässig ist, deren Erträge einer Quellensteuer unterliegen. Zum besseren Verständnis der Materie geben wir Ihnen zusätzliche Erläuterungen, die wir nach den praktischen Erscheinungsformen gliedern:

A. SL ohne Ertragsfälligkeiten

Keine Schwierigkeiten bieten diejenigen Tatbestände, bei denen während der Dauer des SL kein Ertrag fällig wird. Es versteht sich von selbst, dass hier eine analoge Situation vorliegt wie bei den quellensteuerfreien Titeln. Wenn der SL-Vertrag spätestens 1 Tag vor dem ex-Tag endet, lässt sich die ganze Quellensteuerproblematik vermeiden.

B. SL während der Ertragsfälligkeit

Werden auf ausgeliehenen Titeln Dividenden oder Zinsen unter Abzug einer Quellensteuer fällig, dann sind die Konsequenzen nur verständlich, wenn man sich das normale Couponabrechnungssystem vor Augen hält. Unser Zirkular Nr. 6584 "Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen" vom 22.5.1990 ist deshalb integrierender Bestandteil dieser Instruktion.

Im SL-Vertrag, der die Rechte und Pflichten der beiden Vertragsparteien umschreibt, wird u.a. auch geregelt, wer Anspruch auf die während der Lendingdauer anfallenden Wertschriftenerträge hat. Gemäss internationaler Usanz verbleiben diese dem Lender. Die Borgbank ist dadurch verpflichtet, der Lenderbank den fälligen Ertrag zu ersetzen, damit letztere das Betreffnis dem Lender gutschreiben kann. Die Coupongutschriften für ausgeliehene Titel unterscheiden sich nicht von solchen ohne SL. Aus praktischen Gründen liegt die Rechnungsführung im Prinzip stets bei der Lenderbank.

1. SL mit inländischen Banken

Am einfachsten ist die Situation, wenn beide Vertragsparteien im Inland domiziliert sind. Beim SL während einer Ertragsfälligkeit ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) SL als Folge von Lieferverzögerungen

Sind Lieferverzögerungen das Motiv für das SL, erhält die Borgbank den Ertrag von den sich in Verzug befindlichen Effekthändlern nachvergütet. Dies erlaubt ihr den Ausgleich der Ertragsbelastung durch die rechnungsführende Lenderbank. Die Quellensteuer wurde seinerzeit in der Regel global vom Schuldner bzw. dessen Bank an den Fiskus abgeliefert. Da bei dieser Art des SL nicht mehr Titel im Umlauf sind als tatsächlich vorhanden, ergeben sich keine Quellensteuerprobleme, d.h. eine unzulässige Rückforderung ist ausgeschlossen.

b) SL als Folge einer Short-Position

Rechnet die am Tage der Ertragsfälligkeit einen Short-Bestand aufweisende Bank korrekt ab, indem sie zu ihren eigenen Lasten gemäss dem bereits erwähnten Zirkular Nr. 6584 vom 22.5.1990 eine entsprechende Coupongutschrift erstellt und darauf die Quellensteuer an den Fiskus abgeliefert, so entstehen beim SL keine zusätzlichen Steuerprobleme. Auch hier hat die Lenderbank das Recht, den Ertrag zwecks Gutschrift an den Lender der Borgerbank zu belasten. Fordert der Lender aufgrund der erhaltenen Anzeige die Quellensteuer zurück, dann stellt dies keine unzulässige Rückforderung dar, hat doch die Borgerbank zu ihren eigenen Lasten die Quellensteuer abgeliefert.

2. SL mit ausländischen Banken

Die Quellensteuerproblematik beim SL am Tage der Ertragsfälligkeit ist bei SL Verträgen mit im Ausland domizilierten Banken oder Brokern grundsätzlich dieselbe wie beim SL unter inländischen Instituten. Während jedoch bei inländischen Vertragsparteien die korrekte Quellensteuerabrechnung bei Short-Beständen von der EStV überprüft werden kann, entfällt eine Kontrollmöglichkeit bei ausländischen Vertragspartnern. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

a) Lenderbank mit Sitz im Ausland

Hat die Borgerbank Sitz in der Schweiz und tritt eine im Ausland domizilierte Bank als Lenderin auf, dann sind die vorn erwähnten Grundsätze tel quel anwendbar. Die inländische Borgerbank ist bei Short-Beständen verpflichtet, eine in- oder ausländische Quellensteuer zu berechnen und an die EStV abzuliefern (vgl. Beilage zu Zirkular Nr. 6584). Sie vergütet der ausländischen Lenderbank nur den Nettoertrag, sofern der SL-Vertrag nichts anderes vorsieht.

b) Borgerbank mit Sitz im Ausland

Da die inländische Lenderbank das Motiv des SL der ausländischen Gegenpartei nicht kennt, entsteht bei Short-Beständen einer ausländischen Borgerbank eine Lücke im System. Die schweizerische Lenderbank schreibt dem Lender den Ertrag mit einer normalen Coupongutschrift unter Quellensteuerabzug gut.

Damit ist sie grundsätzlich für eine korrekte Ablieferung dieser Quellensteuer mitverantwortlich. Das Souveränitätsprinzip verbietet ihr jedoch, weltweit die Rolle einer Fiskalpolizei zu übernehmen und die Usancen anderer Staaten für Short-Bestände zu überprüfen.

Infolge der Komplexität der Materie und der unterschiedlichen Regelungen in den Quellensteuerstaaten lässt sich nicht für alle Titel ein einheitliches Vorgehen statuieren.

aa) Schweizerische Titel

Sind Gegenstand des SL Wertschriften, deren Erträge der schweizerischen Verrechnungssteuer unterliegen, belastet die inländische Lenderbank die ausländische Borgerbank mit dem Bruttoertrag. Die Verrechnungssteuer von 35 % wird von der Lenderbank auf dem ordentlichen Weg an die EStV abgeliefert.

bb) Ausländische Titel

Sind quellensteuerbelastete ausländische Wertschriften Gegenstand des SL, so richtet sich das Abrechnungsverfahren grundsätzlich nach den Vorschriften im Domizilland der Borgerbank (Heimatprinzip). Das Verfahren würde jedoch kaum richtig funktionieren, wenn die Lenderbank abwartet, welchen Betrag sie von der Borgerbank erhält. Vergütet letztere den Nettobetrag, hätte die Lenderbank bei DBA-Ländern, die eine Entlastung an der Quelle gewähren, eine Differenz zu ihren Ungunsten.

Zur Vermeidung solcher Situationen ist es unerlässlich, dass die inländische Lenderbank in ihrer Eigenschaft als Rechnungsführerin der Borgerbank denjenigen Betrag belastet, den sie für ihre Kundengutschrift benötigt. Mit der Unterzeichnung des SL-Vertrages akzeptiert die ausländische Borgerbank dieses Verfahren.

aaa) Wertschriften aus DBA-Ländern der Schweiz

Die DBA der Schweiz sehen in bezug auf den ausländischen Quellenstaat für im Inland wohnhafte Anleger teils eine direkte Entlastung an der Quelle vor; mehrheitlich wird jedoch im Quellenstaat die ganze Quellensteuer in Abzug gebracht, und die DBA-Vergünstigung ist

auf dem Rückforderungswege geltend zu machen. Im SL muss nach einer praktikablen Lösung gesucht werden, die bei beiden Systemen funktioniert.

- Direkte Steuerentlastung an der Quelle
(zurzeit Australien, Japan, Kanada, Neuseeland, Norwegen, USA)

Diese Staaten bringen bei Wertschriftenerträgen an Empfänger mit einer Schweizeradresse nur die aufgrund des DBA mit der Schweiz im Quellenstaat verbleibende Sockelsteuer in Abzug. Damit werden die DBA-Vergünstigungen direkt an die Depotbank im DBA-Partnerstaat weitergegeben. Da jedoch nur in der Schweiz ansässige Gläubiger abkommensberechtigt sind, sind die inländischen Banken zur Vermeidung von Missbräuchen verpflichtet, bei nicht in der Schweiz wohnhaften Empfängern einen zusätzlichen Steuerrückbehalt in Abzug zu bringen. Einen Sonderfall stellen die USA dar, wo sich die Abzugsverpflichtung auch auf in der Schweiz wohnhafte Anleger bezieht. Die genauen Ablieferungsquoten sind aus beiliegender Tabelle ersichtlich.

- Steuerentlastung im Rückforderungsverfahren
(Uebrige DBA-Länder)

Bei den anderen DBA-Staaten der Schweiz wird, analog wie bei der Verrechnungssteuer, der volle Steuerabzug im Quellenstaat vorgenommen. Die Inanspruchnahme der DBA-Vorteile erfolgt ausschliesslich in einem Rückforderungsverfahren. Hier gilt deshalb die reine Nettomethode, d.h. die Lenderbank hat in Anwendung des Heimatprinzips keine zusätzlichen Quellensteuerabzüge vorzunehmen.

bbb) Wertschriften aus Nicht DBA-Ländern der Schweiz

Bei Quellenstaaten, mit denen die Schweiz kein DBA abgeschlossen hat, gilt im SL ebenfalls das Nettoprinzip.

IV. SOFFEX

SOFFEX-Optionen können neuerdings ein Motiv für die Auslösung eines SL sein. Die SOFFEX selbst ist jedoch dabei nicht betroffen. Das SL wickelt sich via Mitgliedbanken der SOFFEX ab, welche die Verantwortung für die richtige Durchführung tragen. Dies trifft insbesondere zu, wenn ein Kunde bei leerverkauften Calloptionen zur Titellieferung ausgelost wird. Werden die Wertschriften im SL beschafft und wird während des SL ein Ertrag fällig, dann ist die involvierte Borgerbank verpflichtet, ihren Kunden bei schweizerischen Titeln mit der Brutto-dividende zu belasten und die Quellensteuer an die ESTV abzuliefern. Bei ausländischen Titeln - zurzeit noch nicht im Sortiment - würde sich die Ablieferungspflicht des Steuerrückhalts ebenfalls nach der beiliegenden DBA-Tabelle richten.

V. Kontrolle durch die Eidgenössische Steuerverwaltung

Die ESTV wird bei denjenigen Banken, welche das SL mit quellensteuerbelasteten in- und ausländischen Wertschriften pflegen, Kontrollen durchführen. Insbesondere wird die korrekte Handhabung der Instruktionen bei Short-Positionen geprüft werden.

VI. Schlussbemerkungen

Die voranstehenden Richtlinien für das SL bei quellensteuerbelasteten Wertschriften stellen weltweit gesehen den erstmaligen Versuch dar, innerhalb des Bankensystems eine Lösung zu finden, die Missbräuche mit Quellensteuern zu Ungunsten des Quellenstaates ausschliesst. Dabei ergibt sich, dass die Steuerproblematik nicht beim SL, sondern bei der richtigen technischen Abwicklung im normalen Couponabrechnungsverfahren liegt.

Während bisher das SL mit quellensteuerbelasteten in- und ausländischen Wertschriften in der Schweiz generell verboten war, liegt nun grünes Licht für alle Titelkategorien vor. Will eine Bank allen Komplikationen aus dem Wege gehen, dann ist es empfehlenswert, die SL Verträge so zu befristen, dass die Lendingdauer 1 Tag vor dem ex-Tag abläuft.

Sollten sich in der praktischen Durchführung des SL zusätzliche Fragen oder Unklarheiten ergeben, ersuchen wir Sie um Mitteilung; wir werden die Fälle innerhalb unserer Steuerkommission behandeln.

Mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG



Beilage: Quellensteuertabelle (Stand 1. Mai 1990)

PS. Das in der beiliegenden Tabelle erwähnte Formular 160 betreffend Steuererrückbehalt in der Schweiz ist unserem Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 beigelegt; weitere Exemplare können bei Bedarf bei der Eidg. Steuerverwaltung in Bern bezogen werden.

3) SBVg-Zirkular Nr. 7953 vom 6. März 2018



Basel, 06.03.2018
Nr. 7953

An die Mitgliedbanken

Securities Lending and Borrowing-Geschäft sowie Repo-Geschäft als Gegenstand der Verrechnungssteuer, ausländischer Quellensteuern, der Stempelabgaben und der direkten Bundessteuer

Sehr geehrte Damen und Herren

Es hat sich gezeigt, dass aufgrund des Bundesgerichtsentscheids 2C_123/2016 vom 21. November 2017 Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem Kreisschreiben Nr. 13 der ESTV „Securities Lending and Borrowing-Geschäft sowie Repo-Geschäft als Gegenstand der Verrechnungssteuer, ausländischer Quellensteuern, der Stempelabgaben und der direkten Bundessteuer“ vom 1. Januar 2018 bestehen.

Aus diesem Grund fand eine Besprechung statt, an der Vertreter der SBVg und Vertreter der ESTV teilgenommen haben. Die Vertreter der ESTV haben bestätigt, dass das Kreisschreiben Nr. 13 weiterhin – zumindest also auch für die anstehenden Dividendenausschüttungen börsenkotierter Gesellschaften – Gültigkeit hat. Sie haben ebenfalls bestätigt, dass entsprechende Geschäfte nach wie vor mittels Formular 102 M „Verrechnungssteuer auf Zins- und Dividendenerträgen, die aus Short-Positionen, dem Securities Lending bzw. Borrowing oder Repo-Geschäft entstanden sind (Manufactured payments)“ zu deklarieren und abzurechnen sind. Die Vertreter der ESTV haben dabei insbesondere darauf hingewiesen, dass das Kreisschreiben erst nach der Veröffentlichung und damit in Kenntnis des vorstehend erwähnten Bundesgerichtsentscheides publiziert worden ist.

Dieses Zirkular wurde in Absprache mit der ESTV verfasst.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Kontakt: 

4) SBVg-Zirkular Nr. 8067 vom 16. Dezember 2021



An die Mitgliedbanken

Zirkular-Nr. 8067

Basel, 16. Dezember 2021

Wegfall des BRB 62 per 1. Januar 2022 – Anpassung des Zirkulars der SBVg Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 zur Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen: Ziffer III.2. fällt ersatzlos weg

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 10. November 2021 das Bundesgesetz über die Durchführung von internationalen Abkommen im Steuerbereich (**StADG**) sowie die zugehörige Verordnung per 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt. Damit passt der Bundesrat die bestehenden rechtlichen Grundlagen den Entwicklungen im internationalen Steuerrecht an. Unter anderem fällt die Verordnung vom 14. Dezember 1962 über Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes (**BRB 62**; SR 672.202) per 1. Januar 2022 weg.

Ziffer III.2. des Zirkulars der SBVg Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 zur «Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen» (**Zirkular 6584**) legt das Vorgehen bei ausländischen Short-Positionen (*manufactured dividends*) fest. Demgemäss sind Banken bei Staaten, die mit der Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen (**DBA**) abgeschlossen haben, aufgrund des BRB 62 verpflichtet, auch zugunsten ausländischer Steuerbehörden Quellensteuerabzüge vorzunehmen, an die Eidgenössische Steuerverwaltung (**ESTV**) abzuliefern und mittels entsprechender Formulare zu deklarieren.

Mit dem Wegfall des BRB 62 entfällt die Rechtsgrundlage für die Erhebung der ausländischen Quellensteuer. **Als Konsequenz fallen Ziffer III.2. des Zirkulars 6584 sowie die Beilagen (DBA Tabelle per 1. Mai 1990 und Formular 160 D betreffend Steuerrückbehalt in der Schweiz) per 1. Januar 2022 ersatzlos weg. Im Übrigen behält das Zirkular 6584 seine Gültigkeit.**

Nach Rücksprache mit der ESTV und dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen informieren wir Sie, dass die Rechtslage ab 1. Januar 2022 wie folgt sein wird:

Steuerrückbehalt auf Short-Positionen (*manufactured dividends*)

- Der Wegfall des BRB 62 bedeutet in Bezug auf alle DBA-Staaten, dass die Verpflichtung der Banken, den schweizerischen Steuerrückbehalt für ausländische Quellensteuern auf *manufactured dividends* zu erheben, per 1.1.2022 ersatzlos wegfällt.
- Das Formular 160 wird die ESTV für Erträge, die ab dem 1. Januar 2022 fällig werden, nicht mehr entgegennehmen. Für allfällige Steuerrückbehalte, die nach dem 31.12.2021 vorgenommen werden, sind die Mitgliedbanken angehalten, individuell die Anwendbarkeit von Art. 271 Abs. 1 StGB zu klären. Hierbei

Schweizerische Bankiervereinigung
Association suisse des banquiers
Associazione Svizzera dei Banchieri
Swiss Bankers Association

Aeschenplatz 7
Postfach 4182
CH-4002 Basel

office@sba.ch
www.swissbanking.ch

1

• Swiss Banking

kommt es auf den Zeitpunkt des Steuerrückbehalts vom Kunden an und nicht auf den Zeitpunkt der Abführung an die ESTV.

Steuerrückbehalt auf Originalzahlungen (Dividenden und Zinsen)

- Zum *DBA-Neuseeland* und *DBA-Australien*: Das Formular 160 (Neuseeland) und 198 (Australien) wird die ESTV für Erträge, die ab dem 1. Januar 2022 fällig werden, nicht mehr entgegennehmen. Daher entfällt für diese Staaten sowohl die Entlastung nach der Adressmethode als auch die Pflicht, einen Schweizer Steuerrückbehalt vorzunehmen. Die Schweizer Banken sind angehalten, (ggf. mit ihren ausländischen *Custodians*) nach Lösungen zu suchen, damit für alle Kunden der volle ausländische Quellensteuersatz nach internem Recht einbehalten wird. Für bei der SIX SIS verwahrte neuseeländische bzw. australische Titeln wird der Quellensteuersatz bereits von den lokalen *Custodians* auf 30% erhöht und abgewickelt. In anderen Fällen sind die Mitgliedbanken angehalten, individuell die Anwendbarkeit von Art. 271 Abs. 1 StGB zu klären. Die betroffenen Kunden sind, gegebenenfalls, auf das ordentliche Quellensteuer-Rückforderungsverfahren oder eine individuelle Segregation (Entlastung an der Quelle) zu verweisen.
- Zum *DBA-Kanada*: Keine Änderung der bisherigen Praxis.
- Zum *DBA-USA*: Keine Änderung der bisherigen Praxis.
- Zur Erhebung der Verrechnungssteuer im Schweiz-internen Verhältnis: Keine Änderung der bisherigen Praxis.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und stehen Ihnen für Fragen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerische Bankiervereinigung



Kontakt:



Beilage: Zirkular der SBVg Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 zur «Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen»

5) SBVg-Zirkular Nr. 8088 vom 23. November 2022

• Swiss Banking

An die Mitgliedbanken

Zirkular-Nr. 8088

Basel, 23. November 2022

Ertragsgutschriften aus Shortbeständen kanadischer Wertschriften: Präzisierung des Zirkulars der SBVg Nr. 8067 vom 16. Dezember 2021 und Aufhebung des Zirkulars der SBVg Nr. 6584 vom 22. Mai 1990

Sehr geehrte Damen und Herren

Das Zirkular Nr. 8067 vom 16. Dezember 2021 («Wegfall des BRB 62 per 1. Januar 2022 – Anpassung des Zirkulars der SBVg Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 zur Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen: Ziffer III.2. fällt ersatzlos weg»; siehe [Beilage 1](#)) wird wie folgt präzisiert:

- Das Zirkular der SBVg Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 (vgl. [Beilage 2](#)) ist für die ESTV *insgesamt* nicht mehr verbindlich, da der Steuerrückbehalt in der Schweiz auf Short-Positionen hinfällig ist und die anderen in diesem Zirkular erwähnten Aspekte zwischenzeitlich bereits durch die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen geregelt sind.¹
- Gestützt auf die Verständigungsvereinbarung zwischen Kanada und der Schweiz von 1977 bzw. 1994 (die **Verständigungsvereinbarung**, siehe den Briefaustausch in [Beilage 3](#) und [Beilage 4](#))² betreffend die sogenannte Adressmethode sind Ertragsgutschriften aus Shortbeständen kanadischer Wertschriften als «Canadian Sourced» zu betrachten und deshalb bei ausländischen Investoren wie Originaldividenden einem Steuerrückbehalt zu unterwerfen und unverändert mittels Formular 196 abzurechnen.

Hintergrund in Bezug auf Short-Positionen Kanada:

- Gemäss Zirkular Nr. 6584 der SBVg vom 22. Mai 1990 zur Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen war für Ertragsgutschriften aus Shortbeständen ausländischer Wertschriften bei DBA-Staaten *mit Verweis auf den BRB 62* ein Steuerrückbehalt vorzunehmen. Ziffer III.2.a hielt Folgendes fest:

¹ Information der ESTV vom 20. Juni 2022, abrufbar unter <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/verrechnungssteuer/vst-abrechnen/vst-formulare/steuerrueckbehalt-160-198.html>

² Der Briefwechsel vom 24. Juli 2012 zur Verständigungsvereinbarung der kanadischen Steuerbehörden hält fest, dass «as contemplated under the arrangement, the CRA's [Canada Revenue Agency] guidance to paying agents in Canada is that the tax based upon the rates in the Canada-Switzerland tax treaty may be withheld from all amounts subject to Canadian withholding tax paid to Swiss address. This special guidance offers Canadian paying agents relief from the due diligence that the CRA would normally expect them to complete before applying a tax treaty rate at the time of payment. The guidance results in Swiss financial institutions being able to secure tax treaty benefits at the time payment on a pooled-basis on behalf of their account holders without revealing identities to paying agents or providing them with an undertaking to identify to the CRA the beneficial owners of payments» (siehe [Beilage 3](#), S. 1). Der Brief hält schliesslich Folgendes fest: «It is important that Swiss financial intermediaries that receive Canadian-source income are aware of the increased due diligence that is now expected to be applied by them in determining whether their account holders are entitled to treaty benefits. » (vgl. [Beilage 3](#), S. 5). Mit Brief vom 28. Januar 2013 hat das SIF bestätigt, dass es mit dieser «guidance» einverstanden ist (vgl. [Beilage 4](#)).

Schweizerische Bankiervereinigung
Association suisse des banquiers
Associazione Svizzera dei Banchieri
Swiss Bankers Association

Aeschenplatz 7
Postfach 4182
CH-4002 Basel

office@sba.ch
www.swissbanking.ch

1

• Swiss Banking

«Aufgrund des Bundesratsbeschlusses betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 14. Dezember 1962 sind die Banken verpflichtet, auch zugunsten ausländischer Steuerbehörden Quellen-Steuerabzüge vorzunehmen. Deren Höhe richtet sich nach den in den schweizerischen DBA vorgesehenen Steuerentlastungsquoten. Für die Ablieferung des Rückhalts an die Eidg. Steuerverwaltung bestehen vorgedruckte Formulare. Die Details sind aus der Beilage dieses Zirkulars, Kolonne 'Steuerrückbehalt', ersichtlich.» Der Steuerrückbehalt galt auch für Kanada, für das mit Formular 196 abzurechnen war (Vgl. DBA-Tabelle als Beilage zum Zirkular Nr. 6584).

- Gemäss Zirkular Nr. 8067 der SBVg vom 16. Dezember 2021 entfällt der BRB 62 per 1. Januar 2022, und die ESTV wird das Formular 160 ab diesem Zeitpunkt nicht mehr entgegennehmen. Im Übrigen ist die Rechtslage unverändert geblieben.
- Zu dieser unveränderten Rechtslage gehört insbesondere die oben genannte, *bis heute geltende* Verständigungsvereinbarung, zu welcher der BRB 62 insoweit *parallel* galt.
- Da die Rechtsgrundlage des BRB 62 für den zusätzlichen Steuerrückbehalt aufgehoben wurde, besteht weiterhin die Verständigungsvereinbarung, die nun die einzige Rechtsgrundlage darstellt. Im Ergebnis ist für Ertragsgutschriften aus Shortbeständen kanadischer Wertschriften trotz Wegfall des BRB 62 somit unverändert ein Steuerrückbehalt vorzunehmen, nunmehr mit Verweis auf die Verständigungsvereinbarung.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und stehen Ihnen für Fragen jederzeit gem zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Kontakt:



Beilagen:

- 1) Zirkular Nr. 8067, 16. Dezember 2021
- 2) Zirkular Nr. 6584, 22. Mai 1990
- 3) Canada Revenue Agency, Brief vom 24. Juli 2012
- 4) Federal Department of Finance FDF, Brief vom 28. Januar 2013

Schweizerische Bankiervereinigung
Association suisse des banquiers
Associazione Svizzera dei Banchieri
Swiss Bankers Association

Aeschenplatz 7
Postfach 4182
CH-4002 Basel

office@sba.ch
www.swissbanking.ch

2