



Bericht

an den
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages

nach § 88 Abs. 2 BHO

„Cum/Fake-Gestaltungen“ –
Risiken bei der Erstattung von Kapitalertragsteuer
aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen

Dieser Bericht enthält das vom Bundesrechnungshof abschließend im Sinne des § 96 Abs. 4 BHO festgestellte Prüfungsergebnis. Er ist auf der Internetseite des Bundesrechnungshofes veröffentlicht (www.bundesrechnungshof.de).

Gz.: VIII 3 - 2019 - 0999

Bonn, den 28. Juli 2020

Inhaltsverzeichnis

0	Zusammenfassung	3
1	Berichtsanlass	9
2	Ausgangspunkt: Dividendenbesteuerung bei im Ausland ansässigen beschränkt Steuerpflichtigen	10
3	Verfahren zur Erstattung deutscher Quellensteuer	10
4	Missbräuchliche Gestaltung durch „Cum/Fake“-Geschäfte bzw. sogenannte „Phantom-Aktien“	11
4.1	American Depositary Receipts-ADR	11
4.2	Pre-Release-ADR	13
4.3	Missbrauchsfälle bei Pre-Release-ADR	13
5	Alternative: TRACE-Verfahren	15
6	Bewertung des Bundesrechnungshofes	17
7	Stellungnahme des BMF	19
8	Abschließende Würdigung und Empfehlung	21

0 Zusammenfassung

In der Vergangenheit ist es insbesondere institutionellen Anlegern gelungen, sich die einmal an den Fiskus abgeführte Kapitalertragsteuer teilweise mehrfach erstatten zu lassen.

Diese Gestaltungen sind der Öffentlichkeit unter den Bezeichnungen „Cum/Cum-Geschäfte“ bzw. „Cum/Ex-Geschäfte“ bekannt geworden. Der Steuerausfall wird allein für Deutschland auf mehrere Milliarden Euro beziffert. Zuletzt berichteten Journalisten über eine neue Variante: Sogenannte „Cum/Fake-Geschäfte“.

Diese Berichte nahm der Bundesrechnungshof zum Anlass, die Risiken bei der Erstattung von Kapitalertragsteuer aufgrund von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA) zu untersuchen:

0.1 Deutsches Erstattungsverfahren (Tzn. 2 und 3)

Dividenden, die von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland an im Ausland ansässige Personen gezahlt werden, unterliegen in Deutschland grundsätzlich der beschränkten Steuerpflicht. Deutschland erhebt als Quellenstaat Kapitalertragsteuer in Höhe von 25 % zuzüglich eines Solidaritätszuschlags von 5,5 %. Ausländische Gläubiger der Kapitalerträge können zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung beim Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) eine teilweise Erstattung der Steuer beantragen. Hierzu können sie ein schriftliches Antragsverfahren oder ein beschleunigtes Datenträgerverfahren (DTV) nutzen. Das DTV ist ausschließlich für Einkünfte aus Dividenden zulässig, die nach einem DBA einem Reststeuersatz von 15 % unterliegen. Der erstattungsberechtigte, ausländische Dividendenbezieher kann dazu einen durch das BZSt zugelassenen DTV-Teilnehmer bevollmächtigen. Gegenüber dem DTV-Teilnehmer bestätigt er, dass er die für die Teilnahme am DTV erforderlichen Voraussetzungen erfüllt.

0.2 Sogenannte Cum/Fake-Geschäfte (Tz. 4)

American Depositary Receipts (ADR) sind von einer US-amerikanischen Depotbank herausgegebene Hinterlegungsscheine, die Rechte an einer – in diesem Falle deutschen – Aktie verbrieften, wobei die Aktie bei einer in Deutschland ansässigen Depotbank hinterlegt sein muss (Tz. 4.1). Nach

US-amerikanischem Recht darf die amerikanische Depotbank unter bestimmten Umständen auch Hinterlegungsscheine auf deutsche Aktien ausgeben, wenn noch keine Aktie bei einer Hinterlegungsstelle in Deutschland hinterlegt ist, die Depotbank sich diese vielmehr erst noch besorgen muss (sog. Pre-Release-ADR).

Kern eines Cum/Fake-Geschäfts ist es, dass Anleger, ohne wirtschaftlich Eigentümer der zu liefernden Aktien zu sein, rechtswidrig eine Steuerbescheinigung einfordern und damit einen Antrag auf Steuererstattung stellen. Hierbei nutzen sie Erstattungsansprüche, die berechnigte Anleger nicht geltend gemacht haben (Tz. 4.3).

Der Bundesrechnungshof hält es aus Gründen der Ordnungsmäßigkeit, der Steuergerechtigkeit und der Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Besteuerung für unerlässlich, dieses Modell zu unterbinden. Es ist nicht akzeptabel, dass unberechtigte (institutionelle) Anleger rechtswidrig davon profitieren, dass berechnigte Anleger (eher Kleinanleger) aus Unkenntnis oder wegen des Verwaltungsaufwandes darauf verzichten, ihren Erstattungsanspruch beim Fiskus geltend zu machen. Vielmehr müssen die nicht geltend gemachten Erstattungsbeiträge dann dem deutschen Fiskus verbleiben.

0.3 TRACE – alternatives Erstattungsverfahren der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)

Bereits im Jahr 2006 vereinbarten der Steuerausschuss der OECD und die Beratungsgruppe der Wirtschaft bei der OECD ein neues Verfahren zur Geltendmachung von Vergünstigungen aus DBA zu prüfen. TRACE (*Treaty Relief and Compliance Enhancement*) soll die Geltendmachung der in den DBA vorgesehenen Reduzierung der Quellensteuersätze bei Dividendenzahlungen auf Streubesitzdividenden vereinheitlichen und vereinfachen. Dazu soll bereits bei Auszahlung der Dividenden, also vor der Gutschrift bei den ausländischen Anlegern eine Ermäßigung des Steuersatzes ermöglicht werden. Die inländische auszahlende Stelle behält nur die nach den DBA ermäßigte Quellensteuer ein und führt diese an den Fiskus ab. Als weiteres Ziel soll das TRACE-Verfahren für diese Fälle einen automatischen Informationsaustausch zwischen den beteiligten Staaten forcieren, um unter anderem

Kontrollmöglichkeiten zu gewährleisten. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) setzte im Jahr 2012 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe TRACE ein, um die Voraussetzungen für eine Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland zu prüfen. Die Teilnehmer konnten sich nicht auf eine einvernehmliche Empfehlung einigen. Gründe waren knappe Ressourcen für die Entwicklung von IT-Verfahren (bei Vorrang für die Umsetzung anderer automatisierter Informationsaustauschverfahren) sowie Vorbehalte gegen eine Beteiligung der Finanzindustrie „im Lichte der Cum/Ex-Vorfälle“ (Tz. 5).

0.4 Systembedingte Missbrauchsanfälligkeit des deutschen Verfahrens (Tz. 6)

Bereits seit Jahrzehnten führen missbräuchliche Gestaltungen wie die bekannten Cum/Ex- oder Cum/Cum-Geschäfte bei der Ermäßigung von Kapitalertragsteuern weltweit zu Steuerausfällen in Milliardenhöhe. Der deutsche Gesetzgeber hat auf die Gestaltungen lediglich im jeweils konkreten Fall reagiert, häufig erst mit erheblicher Verzögerung. Der Bundesrechnungshof sieht die Missbrauchsanfälligkeit systemisch in dem derzeitigen Steuerbescheinigungs- bzw. Kontingentverfahren begründet. Hierdurch ist letztlich nicht nachprüfbar, für wen in welcher Höhe Kapitalertragsteuer ermäßigt wurde. In den USA sanktionierte Verstöße gegen US-amerikanisches Recht bei der Herausgabe von Pre-Release-ADR zeigen, dass das in Deutschland praktizierte nachgelagerte Ermäßigungsverfahren auch weiterhin missbrauchsanfällig ist. Gerade bei Transaktionen um den Dividendenstichtag, in denen amerikanische Depotbanken von den Regelungen abweichen und für emittierte Pre-Release-ADR keine Aktien in Deutschland hinterlegen, ist das Risiko einer unzutreffenden Ermäßigung von Kapitalertragsteuer hoch.

0.5 Vorteile des TRACE-Verfahrens

Die Einführung des TRACE-Verfahrens kann nach Auffassung des Bundesrechnungshofes wirksam und weitgehend Gestaltungen verhindern, bei denen zu Unrecht Quellensteuern, ggf. mehrfach, erstattet werden. Denn die auf Kapitalerträge entfallende Kapitalertragsteuer wird im TRACE-Verfahren bereits an der Quelle ermäßigt und nicht wie bisher in einem nachgelagerten Verfahren. Davon unabhängig

erscheint das TRACE-Verfahren als konsequente Fortentwicklung des bewährten DTV beim BZSt. Es unterstützt zudem das Bemühen der OECD, die Ermäßigungsverfahren für Quellensteuern in allen Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen. Nach Auffassung des Bundesrechnungshofes hat sich die Ausgangslage seit dem Ergebnisbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe TRACE entscheidend geändert. Denn Deutschland hat mit den meisten DBA-Staaten seitdem einen automatischen Informationsaustausch zu Finanzdaten abgeschlossen und technisch umgesetzt. Der Bundesrechnungshof empfiehlt deshalb, die Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland erneut zu prüfen.

0.6 Stellungnahme des BMF (Tz. 7)

Das BMF führt aus, dass der Bundesrechnungshof mit „Cum/Fake“ eine mögliche Gestaltungsvariante darstelle, die er nicht konkret belegen könne. Auch sei nicht klar, wieso das derzeitige Verfahren missbrauchsanfällig sein solle. Denn die entscheidende Frage sei, ob die Entlastung dem Antragsteller in der beantragten Höhe rechtmäßig gewährt werden könne.

Das BMF sieht in der Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland keine Vorteile, missbräuchliche Gestaltungsmodelle zu unterbinden. Denn das bislang praktizierte, nachgelagerte Erstattungsverfahren würde entfallen und durch ein Meldesystem durch einen autorisierten Finanzintermediär ersetzt. Das BMF befürchtet, dass steuerliche Gestaltungen bei einer Vielzahl über internationale Finanzintermediäre abzuwickelnde Dividendenzahlungen, noch besser versteckt werden könnten.

Auch würden kleine Direktanleger nicht von dem TRACE-Verfahren profitieren: Die durch den autorisierten Finanzintermediär abzuwickelnden Erstattungsanträge würden nicht kostenlos angeboten. Das Problem nicht beantragter Erstattungsansprüche, die durch professionelle Anleger für Gestaltungszwecke missbraucht werden könnten, werde dadurch weiterhin bestehen bleiben.

Weiterhin führe die Umsetzung des TRACE-Verfahrens in Deutschland zu einer deutlichen Verschlechterung der Ermittlungsmöglichkeiten von Gestaltungsmodellen. Die drohende Haftungsinanspruchnahme und die

durchzuführenden Prüfungen könnten das Interesse der Finanzintermediäre, im Verfahren ordentlich mitzuwirken, negativ beeinflussen. Damit drohten Erstattungsberechtigungen nicht im selben Umfang geprüft zu werden, wie derzeit durch das BZSt.

Schließlich weist das BMF darauf hin, dass im derzeitigen nachgelagerten Erstattungsverfahren die Kontrolle vollständig in den Händen des BZSt läge: Das BZSt könne zunächst Anträge risikoorientiert prüfen und erst danach werde die Kapitalertragsteuer an die Steuerpflichtigen erstattet. Diese Überprüfung fände im TRACE-Verfahren systembedingt erst nach Erstattung und Auszahlung der Kapitalertragsteuer an den Gläubiger statt.

0.7 Abschließende Würdigung und Empfehlung (Tz. 8)

Das als Cum/Fake-Gestaltung bekannt gewordene Modell des Handels mit Hinterlegungsscheinen um den Dividendenstichtag beinhaltet erhebliches Missbrauchspotenzial, wenn amerikanische Depotbanken von den Regelungen abweichen und für emittierte *Pre-Release-ADR* keine Aktien in Deutschland hinterlegen. Dass dies kein Einzelfall sein kann, zeigen besonders die durch die US-amerikanische Börsenaufsicht sanktionierten Verstöße gegen US-amerikanisches Recht bei der Herausgabe von *Pre-Release-ADR*.

Der Bundesrechnungshof bestreitet auch nicht, dass den zuständigen Finanzbehörden die beschränkt steuerpflichtigen Personen bekannt sind, die einen Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuer aufgrund DBA in Deutschland stellen. Unbekannt ist jedoch, ob diese Personen auch tatsächlich berechtigt waren, einen derartigen Antrag zu stellen. Denn die Finanzverwaltung kann weder bei Inlands- noch bei Auslandsverwahrung der Wertpapiere erkennen, in welcher Höhe Kapitalertragsteuer einbehalten wurde. Zudem ist ihr weder die Höhe der bescheinigten noch der nicht bescheinigten Kapitalertragsteuer je Aktiengattung und Depotkunde bekannt. Hierin erkennt der Bundesrechnungshof einen systemischen Mangel, der bislang nicht behoben werden konnte.

Der Bundesrechnungshof begrüßt die bisherigen gesetzgeberischen Maßnahmen. Diese Maßnahmen laufen aber letztlich bei Modellen wie den Cum/Fake-Geschäften ins Leere: Eine ordentliche, nachgelagerte Überprüfung der Berechtigung durch das BZSt wird dadurch erschwert, dass die Depotbanken und die Zwischenverwahrer innerhalb der Verwahrkette nur Informationen zu den Antragstellern weitergeben. Dadurch können z. B. institutionelle Personen mit dem notwendigen Hintergrundwissen weiterhin unbemerkt Anträge auf Erstattung der Kapitalertragsteuer stellen, obwohl das Guthaben anderen Personen zusteht.

Nach Ansicht des Bundesrechnungshofes erschwert das TRACE-Verfahren hingegen Cum/Fake-Gestaltungen und damit eine unberechtigte Erstattung an institutionelle Personen. Denn die Kapitalertragsteuer wird nur einmal, bereits an der Quelle ermäßigt und die so erstattete Kapitalertragsteuer vermindert das Volumen des nicht ausgenutzten Erstattungspotenzials. Dies verhindert, dass beispielsweise mit Hilfe von Pre-Release-ADR ungenutzte Erstattungsansprüche – ohne das Wissen der Betroffenen – in betrügerischer Absicht auf andere Personen übertragen werden können.

Der Bundesrechnungshof empfiehlt vor diesem Hintergrund, eine Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland erneut zu prüfen. Dabei könnte das TRACE-Verfahren zunächst so ausgerichtet sein, dass es nur natürliche Personen mit einem Erstattungsanspruch von 15 % der Dividende nach DBA berücksichtigt. Je mehr beschränkt steuerpflichtige Anleger daran teilnehmen, desto geringer wird das Volumen nicht ausgenutzter Erstattungsansprüche sein, auf das Unberechtigte zugreifen können.

1 Berichtsanlass

In der Vergangenheit ist es insbesondere institutionellen Anlegern gelungen, sich die einmal an den Fiskus abgeführte Kapitalertragsteuer (KapSt) unberechtigt und teilweise mehrfach erstatten zu lassen.

Diese Gestaltungen sind der Öffentlichkeit unter den Bezeichnungen „Cum/Cum-Geschäfte“ bzw. „Cum/Ex-Geschäfte“ bekannt geworden. Den Steuerausfall allein für Deutschland beziffert der Sachverständige im „Cum/Ex“-Untersuchungsausschuss, Finanzwissenschaftler Prof. Christoph Spengel von der Universität Mannheim, für die Jahre seit 2001 auf mindestens 31,8 Mrd. Euro.¹

Das Europaparlament geht nur für Cum-Ex-Geschäfte von einem Steuerschaden über 55,2 Mrd. Euro in elf betroffenen Mitgliedsstaaten aus.²

In jüngerer Vergangenheit berichteten Journalisten³ über eine neue Variante der *„Steuertrickserei mit Dividenden“*.⁴ Danach sei die seitens der Finanzverwaltung *„geschlossen geglaubte Regelungslücke bei Cum/Ex-Transaktionen mit Phantom-Aktien [...] verfeinert und fortgesetzt“* worden (sog. „Cum/Fake-Geschäfte“).

Die Hinweise nahm der Bundesrechnungshof zum Anlass, die Risiken bei der Erstattung von KapSt aufgrund von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA) zu untersuchen.

¹ Vgl. NDR.de vom 7. Juni 2017 sowie Sendung „Panorama“ in Das Erste, Donnerstag 8. Juni 2017, 22:00 Uhr.

² Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29. November 2018 zum Thema „Der Cum-Ex-Skandal: Finanzkriminalität und die Schlupflöcher im geltenden Rechtsrahmen“ (2018/2900(RSP)), lfd. Nummer; 1, Dok. P8_TA(2018)0475.

³ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in diesem Bericht die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

⁴ Vgl. etwa Süddeutsche.de vom 22. November 2018 „Die „Cum-Fake“ Affäre: Steuer-geld für Phantomaktien“.

2 Ausgangspunkt: Dividendenbesteuerung bei im Ausland ansässigen beschränkt Steuerpflichtigen

Dividenden⁵, die im Ausland ansässige Personen von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland erhalten, unterliegen in Deutschland grundsätzlich der beschränkten Steuerpflicht.

Auf diese Erträge erhebt Deutschland als Quellenstaat im Wege des Steuerabzugs KapSt in Höhe von 25 % (als sog. Quellensteuer).⁶ Der Einbehalt, die Abführung und die Bescheinigung der KapSt obliegen der auszahlenden Stelle (Zahlstellenprinzip).⁷ Im Regelfall ist dies ein inländisches Kreditinstitut.

Ausländische Empfänger der mit Quellensteuer belasteten Kapitalerträge können auf Antrag nach Maßgabe der jeweils gültigen DBA ganz oder teilweise durch Erstattung (für bereits geleistete Zahlungen) oder Freistellung (für zukünftige Zahlungen) entlastet werden.⁸ Sie können beim Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) den Entlastungsanspruch geltend machen.⁹ Der Antrag auf Erstattung ist innerhalb einer Frist von vier Jahren zu stellen.

3 Verfahren zur Erstattung deutscher Quellensteuer

Beschränkt Steuerpflichtige können zwei Verfahren nutzen, um einen Anspruch auf Erstattung von deutscher Quellensteuer geltend zu machen.

Grundlage der Steuerermäßigung im **schriftlichen Antragsverfahren** ist ein Erstattungsantrag nach amtlich vorgeschriebenem Muster beim BZSt. Diesem Antrag ist eine Ansässigkeitsbescheinigung der ausländischen Steuerverwaltung und eine Steuerbescheinigung über den durchgeführten Abzug von KapSt beizufügen. Die Bearbeitungszeit kann mehrere Monate betragen.

⁵ Mit Wirkung vom 1. Januar 2020 unterliegen auch bestimmte andere Kapitalerträge der beschränkten Steuerpflicht nach § 49 Absatz 1 Nummer 5 Satz 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb Einkommensteuergesetz (EStG) i. d. F. des *JStG 2019* vom 12. Dezember 2019.

⁶ Zuzüglich Solidaritätszuschlag von 5,5 %; insgesamt 26,375 % bezogen auf die Erträge.

⁷ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren; OGAW-IV-UmsG vom 22. Juni 2011; BGBl. I 2011, 1126.

⁸ § 50d EStG.

⁹ Vgl. Internetauftritt des BZSt https://www.bzst.de/DE/Unternehmen/Kapitalertraege/Kapitalertragsteuerentlastung/kapitalertragsteuerentlastung_node.html?fromDocument=90762. Letztmals abgerufen am 28. Juli 2020.

Das **Datenträgerverfahren** (DTV) des BZSt ist eine Alternative zum schriftlichen Antragsverfahren. Es handelt sich um ein beschleunigtes Verfahren für zugelassene Teilnehmer und ist besonders für Finanzinstitute geeignet, die im Namen und Auftrag ihrer Kunden mit ausländischem Wohnsitz regelmäßig eine Vielzahl von Anträgen auf Erstattung deutscher KapSt stellen.

Das DTV ist ausschließlich zulässig für Einkünfte aus Dividenden¹⁰, die nach DBA einem Reststeuersatz von 15% unterliegen.

Beabsichtigt der erstattungsberechtigte, ausländische Anleger das DTV zu nutzen, muss er einen durch das BZSt zugelassenen DTV-Teilnehmer bevollmächtigen und ihm seine Berechtigung nachweisen. Die Nachweise verbleiben beim DTV-Teilnehmer, sind jedoch auf Verlangen dem BZSt vorzulegen.

Der DTV-Teilnehmer stellt beim BZSt den Erstattungsantrag und erklärt dabei, dass ihm eine Steuerbescheinigung vorliegt oder er als auszahlende Stelle die Kapitalerträge dem Steuerabzug unterworfen hat.

Nach der Bearbeitung durch das BZSt erhält der DTV-Teilnehmer einen Bescheid. Die Erstattungsbeträge zahlt das BZSt zeitnah an den DTV-Teilnehmer zur Weitergabe an den Anleger. Sollte dem DTV-Teilnehmer nachträglich bekannt werden, dass der Anleger nicht die behauptete Berechtigung besitzt, muss er zu Unrecht erstattete Beträge an das BZSt zurückzahlen. Das BZSt führt stichprobenartige Überprüfungen der DBA-Berechtigung durch und fordert zur Kontrolle die entsprechenden Unterlagen vom DTV-Teilnehmer an.

4 Missbräuchliche Gestaltung durch „Cum/Fake“-Geschäfte bzw. sogenannte „Phantom-Aktien“

4.1 American Depositary Receipts-ADR

American Depositary Receipts (ADR) sind von einer US-amerikanischen Depotbank (*Depository Bank*) herausgegebene Hinterlegungsscheine, die Rechte an nicht auf dem US-Markt gehandelten fremdländischen Aktien verbriefen. Eine Ausgabe von ADR für Aktien an deutschen Gesellschaften ist grundsätzlich nur zulässig, wenn eine entsprechende Anzahl an Aktien bei einer in Deutschland ansässigen Depotbank (*Custodian* bzw. inländische Hinterlegungsstelle) hinterlegt ist. Dies soll sicherstellen, dass alle Anleger ihr Recht auf Herausgabe der hinterlegten Aktien bei Rückgabe der ADR tatsächlich ausüben können. Aktuell

¹⁰ § 20 Absatz 1 Nummer 1 EStG.

bestehen für rund 115 deutsche Gesellschaften ADR-Programme. Darunter befinden sich mit einer Ausnahme alle im DAX 30 notierten Unternehmen.¹¹

Der amerikanischen Depotbank stehen als zivilrechtliche Eigentümerin der Aktien die Aktionärsrechte zu. Dazu gehört vor allem der Anspruch auf Dividendenzahlung. Aufgrund des zwischen dem Anleger und der amerikanischen Depotbank geschlossenen Vertrages erhält der Anleger (mittelbar) das wirtschaftliche Eigentum an den außerhalb Amerikas befindlichen Aktien. Die amerikanische Depotbank ist vertraglich verpflichtet, die Kapitalerträge an den Anleger weiterzuleiten. Zudem hat sie bei Rückgabe des ADR den Gegenwert der betreffenden Aktie ausbezahlen oder auf Verlangen des Anlegers die entsprechende Aktie auszuhändigen.

Steuerlich sind ADR im Grundsatz wie die hinterlegten Aktien zu behandeln. Das bedeutet:

- Der Anleger realisiert Kapitalerträge aus dem ADR mit Zufluss von Kapitalerträgen aus der Aktie an deren zivilrechtlichen Eigentümer, also die amerikanische Depotbank. Der Anleger ist damit in Deutschland beschränkt steuerpflichtig.
- Die inländische Hinterlegungsstelle hat den KapSt-Abzug auf die Kapitalerträge vor Leistung in das Ausland vorzunehmen.
- Die inländische Hinterlegungsstelle hat dem Anleger auf Verlangen eine Steuerbescheinigung nach amtlich vorgeschriebenem Muster¹² auszustellen. Die Höhe der zu bescheinigenden KapSt ist auf die Summe der KapSt auf Kapitalerträge aus den insgesamt verwahrten Aktien beschränkt (Kontingent).
- Erfüllt der Anleger die Voraussetzungen für eine Ermäßigung der KapSt in Deutschland, kann er – wie bei dem zuvor für Aktien beschriebenen Verfahren – einen Antrag auf Entlastung beim BZSt stellen.

¹¹ Vgl. Weber/Krauß, „ADRs, Pre-Release ADRs und „Phantom Aktien“: Zivil- und steuerrechtliche Konsequenzen der (unterbliebenen) Aktienhinterlegung“, DStR 2019, 960.

¹² Dies können auf Antrag inländischer oder ausländischer Kreditinstitute, die Bestände für Endkunden verwahren, sowohl Einzelbescheinigungen nach Muster I oder Steuerbescheinigungen nach Muster III (vgl. hierzu u. a. BMF-Schreiben vom 15. Dezember 2017, BStBl 2018 I, 13) als auch auf Antrag eines nur inländischen Kreditinstituts eine Sammel-Steuerbescheinigung sein.

4.2 Pre-Release-ADR

Das US-amerikanische Recht gestattet der amerikanischen Depotbank, auch sogenannte Pre-Release-ADR auf deutsche Aktien auszugeben. Für Pre-Release-ADR sind noch **keine** Aktien bei einer Hinterlegungsstelle in Deutschland physisch hinterlegt. Ursprünglich sollten damit Verzögerungen, die sich aus dem „üblichen Geschäftsablauf“ ergeben können, ausgeglichen werden.

Grundlage dieser Geschäfte sind ebenfalls Vereinbarungen zwischen den im Ausland ansässigen Anlegern und der als Emittent der *Pre-Release-ADR* auftretenden amerikanischen Depotbank:

Die amerikanische Depotbank ist danach gehalten, die zu hinterlegenden Aktien schnellstmöglich zu besorgen. In aller Regel beträgt der Zeitraum dabei maximal fünf Geschäftstage.¹³ Um ihrer Verpflichtung nachzukommen, bedient sie sich häufig eines Brokers, den sie beauftragt, eine entsprechende Anzahl an Aktien für ihr ADR-Programm zu besorgen. Vertraglich sichert der Broker der amerikanischen Depotbank zu, wirtschaftlicher Eigentümer einer entsprechenden Anzahl von Aktien zu sein (bei gleichzeitiger Übertragung aller Rechte an den noch nicht hinterlegten Aktien). Der Broker wird durch den Vertrag verpflichtet, keine Handlungen zu unternehmen, die zu einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien führen. Er verpflichtet sich vertraglich auch, keine Steuererstattungen für die zu liefernden Aktien zu beantragen.

Steuerlich werden Pre-Release-ADR grundsätzlich wie ADR mit bereits hinterlegten Aktien behandelt.¹⁴ Auch hier ist für die Zurechnung entscheidend, dass der Anleger die später hinterlegten Aktien in einer vertraglichen „Verwahrkette“ über die amerikanische Depotbank und den Broker hält. Er wird dann auch bei Pre-Release-ADR für Zwecke des DBA so behandelt, als sei er Inhaber der Aktien.

4.3 Missbrauchsfälle bei Pre-Release-ADR

Eine unberechtigte Erstattung der deutschen KapSt auf Erträge aus Pre-Release-ADR setzt voraus, dass der Anleger seine Pflichten aus dem Vertrag mit der amerikanischen Depotbank verletzt: Ohne der wirtschaftliche Eigentümer der zu liefernden Aktien zu sein, fordert er bereits eine Steuerbescheinigung

¹³ Vgl. Helios/Gieffers „Cum/Fake-Transaktionen durch „Phantomaktien“ – Dividenden-Arbitrage „enhanced“?“, Der Betrieb 2019, 264.

¹⁴ Vgl. oben Tz. 4.1.

ein und stellt damit einen Antrag auf Erstattung der KapSt in Deutschland. Da die inländische Hinterlegungsstelle nicht erkennen kann, dass es sich um einen Pre-Release-ADR, also einen ADR ohne hinterlegte Aktie, handelt, stellt sie in aller Regel eine entsprechende Steuerbescheinigung aus.

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) geht davon aus, dass es bei Cum/Fake-Geschäften nicht darum gehe, eine Steuer erstattet zu bekommen, die gar nicht, sondern nicht von dem antragstellenden Anleger abgeführt worden sei. So gebe es bei ADR-Programmen viele Kleinanleger, bei denen die Kosten für ein Erstattungsverfahren höher wären als die eigentliche Steuererstattung, und die daher ihre Ansprüche nicht geltend machten. Das BMF vermutet, dass die amerikanischen Depotbanken über Erfahrungswerte verfügen, in welchem Umfang solche Erstattungsansprüche ungenutzt blieben. Diese würden genutzt, um mit Hilfe der Pre-Release-ADR die ungenutzten Erstattungsansprüche – ohne das Wissen der Betroffenen – auf andere Personen zu übertragen.

Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit Pre-Release-ADR waren Gegenstand verschiedener Verfahren der US-amerikanischen Börsenaufsicht, der United States Securities and Exchange Commission (SEC). Ohne dass die Banken die Vorwürfe der SEC bestritten oder bestätigt haben, wurden die Verfahren gegen Geldzahlungen eingestellt. Die Bundesregierung geht davon aus, dass die *„Nutzung der ausgegebenen Papiere für Steuergestaltungen [...] bei Würdigung der Feststellungen der SEC naheliegend [ist].“*¹⁵

Durch Schreiben vom 18. Dezember 2018 hat das BMF auf die bekannt gewordenen Cum/Fake-Geschäfte reagiert. Seitdem dürfen Einzelsteuerbescheinigungen nur noch ausgegeben werden, wenn die amerikanische Depotbank der inländischen Hinterlegungsstelle bestätigt, dass zum Zeitpunkt der Ausgabe der ADR diese auch tatsächlich mit Aktien hinterlegt waren.¹⁶ Das Risiko denkbarer ähnlicher Gestaltungen wird durch das Schreiben des BMF jedoch nicht ausgeräumt.

¹⁵ Vgl. Bundestagsdrucksache 19/7484, Frage 7.

¹⁶ Vgl. BMF vom 18. Dezember 2018 IV C 1 – S 2204/12/10003; BStBl 2018 I, 1400.

5 Alternative: TRACE-Verfahren

Bereits im Jahr 2006 vereinbarten der Steuerausschuss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)¹⁷ und die Beratungsgruppe der Wirtschaft bei der OECD, ein neues Verfahren zur Geltendmachung von Vergünstigungen aus DBA zu prüfen.

TRACE (*Treaty Relief and Compliance Enhancement*) soll die Geltendmachung der in den DBA vorgesehenen Reduzierung der Quellensteuersätze bei Dividendenzahlungen auf Streubesitzdividenden vereinheitlichen und vereinfachen und das Verfahren beschleunigen. Als weiteres Ziel soll das TRACE-Verfahren für diese Fälle einen automatischen Informationsaustausch zwischen den am Verfahren beteiligten Staaten forcieren.

Auf dieser Grundlage erarbeitete eine Pilotierungsgruppe der OECD ein sogenanntes TRACE-Umsetzungspaket.¹⁸ Darin enthalten ist eine ausführliche Beschreibung des TRACE-Verfahrens, verbunden mit einer standardisierten Zusammenstellung der für dessen Implementierung erforderlichen Dokumentation und Leitlinien.

Durch das TRACE-Verfahren soll bereits bei Auszahlung der Dividenden, also **vor** der Gutschrift bei den ausländischen Anlegern, eine Ermäßigung des Steuersatzes ermöglicht werden:

- Die inländische Stelle, die die Kapitalerträge auszahlt, behält dabei nur die nach den DBA ermäßigte Quellensteuer (für Deutschland in der Regel 15 %) ein und führt diese an den Fiskus ab. Die für einen ordentlichen Abzug der Quellensteuer notwendigen Informationen erhält sie von einem autorisierten Finanzintermediär (sog. „*Authorised Intermediary*“ oder „AI“).

¹⁷ Die OECD ist eine internationale Organisation mit derzeit 37 aktiven Mitgliedsstaaten, insbesondere den G20-Staaten. Die Mitgliedsstaaten verfolgen u. a. das gemeinsame Ziel einer fairen Steuergesetzgebung.

¹⁸ „Implementation Package for the Adaption of the Authorised Intermediary System“, veröffentlicht am 23. Januar 2013; <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/treatyreliefandcomplianceenhancementtrace.htm>. Letztmals abgerufen am 28. Juli 2020.

- Der Finanzintermediär ist eine Person, die im Auftrag handelt. Als solcher können insbesondere Depotbanken **nach ihrer Zulassung im Quellenstaat** fungieren. Die Zulassung ist an bestimmte Erklärungen geknüpft. Dazu gehören z. B.
 - die Zusicherung zur Einhaltung der Geldwäscheregelungen,
 - die Verpflichtung, dem Quellenstaat jährlich sämtliche Kunden zu melden, die in dem Quellenstaat investiert und von dort Dividenden bezogen haben und an dem TRACE-Verfahren teilnehmen,
 - und die Zustimmung, sich regelmäßig einer unabhängigen Prüfung (ggf. auch durch Vertreter der Quellenstaaten) zu unterziehen.
- Die in den bisherigen Erstattungsverfahren erforderliche amtliche Ansässigkeitsbescheinigung wird durch eine standardisierte Eigenbescheinigung des Anlegers (sog. Investoreneigenbescheinigung) ersetzt. Diese Eigenbescheinigung enthält die notwendigen Informationen zur Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentümers und des individuell anzuwendenden Quellensteuersatzes des jeweiligen DBA und verbleibt beim Finanzintermediär. Der Finanzintermediär sammelt und übermittelt die gewonnenen Steuersatzdaten seiner Kunden mit Ermäßigungsberechtigung über die Verwahrkette an die den Quellensteuerabzug vornehmende auszahlende Stelle.
- Die Quellensteuerermäßigung führt die auszahlende Stelle anschließend allein aufgrund der Angaben des Finanzintermediäres durch. Sie überprüft dabei zunächst nicht die Angaben im Antragsverfahren.
- Der Finanzintermediär sammelt die Informationen über die Identität der Anleger und die angewendeten Quellensteuersätze und übermittelt sie jährlich an die Quellenstaaten. Eine dort zuständige Behörde kann anhand der eingereichten Datensätze entscheiden, ob die Berechtigung einzelner Anleger geprüft werden sollte. Soll eine Prüfung stattfinden, stellt sie zunächst eine Anfrage an den Ansässigkeitsstaat, ob der in der Meldung des Finanzintermediäres benannte Anleger dort ansässig ist. Nach Eingang der Antwort kann sie die weiteren Prüfungshandlungen vornehmen und in Fällen von zu niedrig erhobenen Steuerbeträgen diese beim Finanzintermediär nachfordern.

- Durch den verfahrensimmanenten automatischen Informationsaustausch erhält der Ansässigkeitsstaat des Anlegers zudem Kenntnis von den Kapitalerträgen und der einbehaltenen Quellensteuer. Stellt die zuständige Behörde im Ansässigkeitsstaat des Anlegers dabei fest, dass Informationen unzutreffend sein sollten, erteilt sie dem Quellenstaat eine entsprechende Rückmeldung.
- Schließlich sieht das Verfahren vor, dass die Tätigkeit des Finanzintermediäres in einem dreijährigen Turnus von einem unabhängigen, auf dessen Kosten beauftragten Prüfer untersucht wird. Die zuständige Behörde in Deutschland erhält den entsprechenden Prüfungsbericht zur Information und hat grundsätzlich das Recht, eigene Prüfungen vorzunehmen.

Das BMF setzte im März 2012 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe ein, um die Voraussetzungen für eine Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland zu prüfen.

Die Arbeitsgruppe überprüfte zunächst den Status quo des Quellensteuerermäßigungsverfahrens nach DBA und analysierte den Ablauf des TRACE-Verfahrens und dessen mögliche Schwachpunkte. Außerdem befragte sie Vertreter der in- und ausländischen Kreditwirtschaft zu ihrer Sicht einer praktischen Umsetzung des TRACE-Verfahrens in Deutschland.

Die Arbeitsgruppe berichtete im August 2014 über die Ergebnisse ihrer Untersuchung. Die Teilnehmer sahen eine Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland kritisch und konnten sich nicht auf eine Empfehlung zur Einführung einigen. Hintergrund waren laut Auskunft des BMF vor allem ein vorrangiger Einsatz der Entwicklungsressourcen von Bund und Ländern für die Umsetzung automatischer Informationsaustauschverfahren sowie Vorbehalte gegen eine Beteiligung der Finanzindustrie „im Lichte der Cum/Ex-Vorfälle“.

6 Bewertung des Bundesrechnungshofes

Bereits seit Jahrzehnten führen missbräuchliche Gestaltungen bei der Erstattung von KapSt in unterschiedlichen Ausprägungen weltweit zu Steuerausfällen in Milliardenhöhe. Der deutsche Gesetzgeber hat auf die bekannten Cum/Ex- bzw. Cum/Cum-Gestaltungen im konkreten Fall reagiert, häufig erst mit erheblicher Verzögerung. Nach Auffassung des Bundesrechnungshofes sind dennoch für die Zukunft ähnliche Gestaltungen nicht auszuschließen.

Der Bundesrechnungshof sieht die Missbrauchsanfälligkeit gerade in Bezug auf Cum/Fake-Geschäfte systemisch in dem derzeitigen Steuerbescheinigungs- bzw. Kontingentverfahren begründet. Hierdurch ist letztlich nicht nachprüfbar, für wen in welcher Höhe KapSt ermäßigt wurde.

Cum/Fake-Geschäfte schädigen eine Vielzahl von Klein- und Kleinstanlegern, die sich aus verschiedenen Gründen, auch aus Unwissenheit, scheuen, ihr Recht auf Ermäßigung der in Deutschland abgeführten KapSt geltend zu machen. Die Initiatoren dieser Geschäfte übertragen die nicht abgerufenen Erstattungsansprüche auf andere, nicht berechnigte Personen. Erstattet die Verwaltung KapSt an diese Personen, handelt sie rechtswidrig.

Die Einführung des TRACE-Verfahrens kann nach Auffassung des Bundesrechnungshofes wirksam und weitgehend Gestaltungen verhindern, bei denen zu Unrecht Quellensteuern, ggf. mehrfach, erstattet werden. Denn die auf Kapitalerträge entfallende KapSt wird im TRACE-Verfahren bereits an der Quelle ermäßigt. Zu einer nachgelagerten Erstattung von KapSt kommt es daher nicht.

Der Bundesrechnungshof sieht in der OECD-weiten Einführung des TRACE-Verfahrens außerdem sowohl für im Inland als auch im Ausland ansässige Kleinanleger eine wesentliche Vereinfachung der Quellensteuerermäßigung.

Unabhängig davon erscheint das TRACE-Verfahren als konsequente Fortentwicklung des bewährten DTV beim BZSt. Im DTV wird bereits auf die Vorlage von Originalbelegen wie der Ansässigkeitsbescheinigung oder der Steuerbescheinigung weitestgehend verzichtet. Im TRACE-Verfahren senden die eingebundenen Finanzintermediäre einmal jährlich Daten ihrer Anleger an den Quellenstaat, die deren Identifikation erlauben. Das BZSt kann dann stichprobenweise oder anlassbezogen die Antragsberechtigung der Steuerpflichtigen überprüfen. Dies und die Möglichkeit weiterer Nachfragen beim Finanzintermediär und beim Anleger ermöglichen es dem Quellenstaat, den korrekten Einbehalt der Quellensteuer zu überprüfen. Sollte sich dabei im Nachhinein herausstellen, dass die Quellensteuer zu niedrig erhoben worden ist, sieht das Verfahren eine uneingeschränkte Haftung des Finanzintermediärs vor.

Das BZSt hat im DTV die Erkenntnis gewonnen, dass Banken und Kreditinstitute als DTV-Teilnehmer den Steuerrückforderungen ohne Widerstand nachkommen. Denn täten sie es nicht, würden sie umgehend von dem Verfahren

ausgeschlossen. Das gleiche Verhalten ist auch von den Finanzintermediären im TRACE-Verfahren zu erwarten. Die Sanktionen gegenüber dem Finanzintermediär bei festgestellten Verstößen sind gravierend. So kann ihm im Quellenstaat die Zulassung entzogen werden. Auch kann er öffentlichkeitswirksam auf einer „schwarzen Liste“ des Quellenstaates geführt werden. Dies wäre geschäftlich nachteilig und hätte Reputationsverlust zur Folge.

Das TRACE-Verfahren unterstützt zudem das Bemühen der OECD, die Ermäßigungsverfahren für Quellensteuern in allen Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen. Die Vorteile greifen insbesondere dann, wenn möglichst viele OECD-Staaten dieses Verfahren in ihr nationales Recht übernehmen. Ähnliche Systeme haben bereits die Vereinigten Staaten von Amerika („*Qualified Intermediary System*“), Frankreich, die Niederlande, die Republik Irland, Norwegen und Finnland (Einführung zum 1. Januar 2021).

Nach Auffassung des Bundesrechnungshofes hat sich die Ausgangslage seit dem Ergebnisbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe TRACE entscheidend geändert. Denn Deutschland hat mit den meisten DBA-Staaten seitdem einen automatischen Informationsaustausch zu Finanzdaten abgeschlossen und technisch umgesetzt. Auf deren Grundlage könnten auch die für die Durchführung eines Risikomanagements erforderlichen Daten und ggf. Bescheinigungen für eine nachgelagerte Überprüfung für Zwecke des TRACE-Verfahrens mitgeteilt werden.

7 Stellungnahme des BMF

Das BMF führt aus, dass der Bundesrechnungshof mit „Cum/Fake“ eine mögliche Gestaltungsvariante darstelle, die er nicht konkret belegen könne. Es weist in dem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass Ermittlungen hierzu andauerten und sich der Sachverhalt womöglich anders darstelle als bislang bekannt. Auch sei ihm nicht klar, wieso das derzeitige Steuerbescheinigungs- und Kontingentverfahren missbrauchsanfällig sein solle. Denn die entscheidende Frage sei, ob die steuerliche Entlastung dem Antragsteller in der beantragten Höhe rechtmäßig gewährt werden könne.

Das vom Bundesrechnungshof herausgestellte TRACE-Verfahren könne die Ursachen der andiskutierten Gestaltungsmodelle nicht beseitigen, da es nur beschränkt Steuerpflichtige betreffe. In allen bekannten Modellen kämen jedoch auch Gestaltungen mit unbeschränkt Steuerpflichtigen in Betracht. Dies gelte

insbesondere für Cum/Cum-Geschäfte. Hier habe das BMF bereits in der Vergangenheit durch gesetzliche Änderungen gegengewirkt und beabsichtige auch künftig, durch Einzelmaßnahmen zu reagieren. Diese wirkten auch bei den Cum/Fake-Geschäften, da auch hier Grundlage eine kurzfristige Überlassung von Aktien sei.

Aktuell habe das BMF gesetzliche Regelungen erarbeitet, mit denen das Steuerbescheinigungsverfahren über den KapSt-Abzug durch ein automatisiertes Meldeverfahren an das BZSt abgelöst werden solle. Dadurch werde insbesondere das Risiko gefälschter Steuerbescheinigungen ausgeschlossen.

Das BMF sieht in der Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland keinerlei Vorteile, missbräuchliche Gestaltungsmodelle zu unterbinden. Denn das bislang praktizierte, nachgelagerte Erstattungsverfahren würde entfallen und durch ein Meldesystem durch einen autorisierten Finanzintermediär ersetzt. Das BMF befürchtet, dass steuerliche Gestaltungen in der Vielzahl der über internationale Finanzintermediäre abzuwickelnden Dividendenzahlungen noch besser versteckt werden könnten.

Auch würden kleine Direktanleger nicht von dem TRACE-Verfahren profitieren: Die durch den autorisierten Finanzintermediär abzuwickelnden Erstattungsanträge würden nicht kostenlos angeboten. Dies zeigten Beschwerden deutscher Anleger über erhebliche Antragskosten, die auf Grundlage eines TRACE ähnlichen Verfahrens ihre Ansprüche in Frankreich geltend machten. Das Problem nicht beantragter Erstattungsansprüche, die durch professionelle Anleger für Gestaltungszwecke missbraucht werden könnten, werde dadurch weiterhin bestehen bleiben.

Eine Umsetzung des TRACE-Verfahrens in Deutschland führe laut Auffassung des BMF zu einer deutlichen Verschlechterung der Ermittlungsmöglichkeiten von Gestaltungsmodellen. Die von den Finanzintermediären anstelle des BZSt durchzuführenden Prüfungen könnten deren Verhältnis zu ihren Kunden stark belasten. Um dem entgegenzuwirken würden die Prüfungen deswegen nicht im selben Umfang durchgeführt wie derzeit durch das BZSt. Auch wegen einer ihm drohenden Haftungsinanspruchnahme habe der Finanzintermediär voraussichtlich kein Interesse an einer Aufdeckung der Gestaltungsmodelle. Außerdem könnten strenge Anforderungen an die Prüfungs- und Haftungspflichten dazu führen, dass zahlreiche Depotbanken nicht an dem TRACE-Verfahren

teilnehmen. Da das TRACE-Verfahren laut BMF nur dann einen Vorteil bei der Betrugsvermeidung habe, wenn kein weiteres Erstattungsverfahren existiere, seien Kleinanleger von einer Entlastung gänzlich ausgeschlossen.

Das BMF gab weiter an, dass das TRACE-Verfahren zu einer bedeutenden Verringerung der Einnahmen aus der KapSt führe. Denn bislang nähmen nicht alle beschränkt Steuerpflichtigen ihre Entlastungsansprüche wahr. Dies werde sich durch das TRACE-Verfahren jedoch ändern.

Schließlich weist das BMF darauf hin, dass im nachgelagerten Erstattungsverfahren die Kontrolle vollständig in den Händen des BZSt läge. Das BZSt könne zunächst risikoorientiert prüfen und erst danach werde die KapSt an den beschränkt Steuerpflichtigen erstattet. Zudem sei das vereinfachte DTV nur in Standardfällen zulässig. In Fällen, in denen das deutsche Besteuerungsrecht auf unter 15 % der Dividende durch DBA beschränkt werde, seien zusätzliche Prüfungen notwendig. Diese seien jedoch von den autorisierten Finanzintermediären nicht zu erwarten.

8 Abschließende Würdigung und Empfehlung

Das als Cum/Fake-Gestaltung bekannt gewordene Modell des Handels mit Hinterlegungsscheinen um den Dividendenstichtag beinhaltet erhebliches Missbrauchspotenzial. Insbesondere wenn amerikanische Depotbanken von den Regelungen abweichen und für emittierte *Pre-Release-ADR* keine Aktien in Deutschland hinterlegen. Der Bundesrechnungshof sieht hierin ein bedeutendes Risiko für eine unzutreffende Erstattung von KapSt.

Dass dies kein Einzelfall sein kann, zeigen die durch die SEC sanktionierten Verstöße gegen US-amerikanisches Recht bei der Herausgabe von *Pre-Release-ADR*. Die Nutzung der ausgegebenen Papiere für Steuergestaltungen bezeichnete auch die Bundesregierung bei Würdigung der Feststellungen der SEC als naheliegend.

Der Bundesrechnungshof bestreitet nicht, dass den zuständigen Finanzbehörden die beschränkt steuerpflichtigen Personen bekannt sind, die einen Antrag auf Erstattung der KapSt aufgrund DBA in Deutschland stellen. Fraglich ist jedoch, ob diese Personen auch tatsächlich berechtigt waren, einen derartigen Antrag zu stellen. Denn bei der Anmeldung und Abführung der KapSt an das zuständige Finanzamt wird nicht mitgeteilt, für welche konkrete Aktiengattung

KapSt einbehalten wurde. Deswegen kann die Finanzverwaltung weder bei Inlands- noch bei Auslandsverwahrung der Wertpapiere erkennen, in welcher Höhe KapSt einbehalten wurde. Zudem ist ihr weder die Höhe der bescheinigten noch der nicht bescheinigten KapSt je Aktiengattung und Depotkunde bekannt. Hierin erkennt der Bundesrechnungshof einen systemischen Mangel, der bislang nicht behoben werden konnte.

Der Bundesrechnungshof begrüßt die bisherigen gesetzgeberischen Maßnahmen, um den missbräuchlichen Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäften (insbesondere in Bezug auf unbeschränkt steuerpflichtige Personen) zu begegnen. Diese Maßnahmen laufen aber letztlich bei Modellen wie den Cum/Fake-Geschäften ins Leere: Eine ordentliche, nachgelagerte Überprüfung der Berechtigung durch das BZSt wird dadurch erschwert, dass die Depotbanken und die Zwischenverwahrer innerhalb der Verwahrkette nur Informationen zu den Antragstellern weitergeben. Ob der Antragsteller in allen Fällen auch der Endanleger als berechtigter Gläubiger der KapSt ist, entzieht sich häufig der Kenntnis der beteiligten Depotbanken sowie der Zwischenverwahrer. Dadurch können z. B. institutionelle Personen mit dem notwendigen Hintergrundwissen weiterhin Anträge auf Erstattung der KapSt stellen, obwohl das Guthaben anderen Personen zusteht.

Der Bundesrechnungshof hält es aus Gründen der Ordnungsmäßigkeit, der Steuergerechtigkeit und der Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Besteuerung für unerlässlich, Cum/Fake-Gestaltungen zu unterbinden. Es ist nicht akzeptabel, dass unberechtigte Anleger rechtswidrig davon profitieren, dass Kleinanleger aus Unkenntnis oder wegen des Verwaltungsaufwandes darauf verzichten, ihren Erstattungsanspruch beim Fiskus geltend zu machen. Vielmehr müssen die nicht geltend gemachten Erstattungsbeträge dann dem deutschen Fiskus verbleiben.

Auch die vom BMF angedachte Ablösung des Steuerbescheinigungs- durch ein automatisiertes Meldeverfahren an das BZSt sieht der Bundesrechnungshof in Bezug auf Cum/Fake-Gestaltungen kritisch. Denn auch hier könnte Personen, die weder mittelbar noch unmittelbar antragsberechtigt sind, weiterhin ein KapSt-Abzug bescheinigt werden. Eine nachgelagerte, risikoorientierte Überprüfung der Anleger innerhalb der Verwahrkette scheint trotz der beabsichtigten strengen Haftungs- und Sanktionierungsnormen weiterhin schwierig. Der Fiskus müsste also auch in Zukunft darauf vertrauen, dass der Antragsteller

auch tatsächlich der Antragsberechtigte ist und dass alle maßgeblichen Angaben, die eine KapSt-Erstattung bewirken, innerhalb der Verwahrkette zutreffen.

Das TRACE-Verfahren hingegen erschwert Cum/Fake-Gestaltungen und damit unberechtigte Erstattungen. Denn die KapSt wird nur einmal, bereits an der Quelle ermäßigt und die so erstattete KapSt vermindert das Volumen des nicht ausgenutzten Erstattungspotenzials in Bezug auf betrügerische Machenschaften. Dies verhindert, dass mit Hilfe von Pre-Release-ADR ungenutzte Erstattungsansprüche – ohne das Wissen der Betroffenen – in betrügerischer Absicht auf andere Personen übertragen werden können.

Der Bundesrechnungshof empfiehlt vor diesem Hintergrund, eine Einführung des TRACE-Verfahrens in Deutschland erneut zu prüfen. Dabei könnte das TRACE-Verfahren zunächst so ausgerichtet sein, dass es nur natürliche Personen mit einem Erstattungsanspruch von 15 % der Dividende nach DBA berücksichtigt. Je mehr beschränkt steuerpflichtige Anleger daran teilnehmen, desto geringer wird das Volumen nicht ausgenutzter Erstattungsansprüche sein, auf das Unberechtigte zugreifen können.

Beschränkt Steuerpflichtige, deren Erstattungsanspruch über 15 % der Dividende hinausgeht, könnten weiterhin in einem nachgelagerten Verfahren, wie derzeit auch im DTV praktiziert, einen Antrag auf Erstattung beim BZSt stellen.

Zu einem späteren Zeitpunkt könnte das Verfahren bei Bewährung dann auch um diesen Personenkreis erweitert werden.