



M.M. WARBURG & CO
GRUPPE

Stellungnahme der M.M. Warburg & CO Gruppe

für den Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft „Cum-Ex-Steuergeldaffäre“

A. Einleitung

Im Einsetzungsantrag des Untersuchungsausschusses „Cum/Ex-Steueraffäre“ vom 28. November 2020 wird ausgeführt:

„In Hamburg hat man zumindest in einem Fall auf Rückforderung der unrechtmäßig erhaltenen Steuererstattungen verzichtet, in einem zweiten Fall wäre es beinahe zu einem weiteren Verzicht gekommen. Für jeden fleißigen und gewissenhaften Steuerzahler ist es unbegreiflich, dass das Hamburger Finanzamt im Falle des Bankhauses M.M. Warburg & CO auf hohe Millionensummen verzichtet hat. Und das insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Steuer zumindest nach weithin herrschender Meinung angefallen war und die Staatsanwaltschaft Köln sowie die Finanzaufsicht bereits gegen das Bankhaus ermittelt haben.“

Weiter heißt es:

„Nachdem vergleichbare Erstattungsanträge des Bankhauses M.M. Warburg & CO und ihm verbundener Unternehmen beziehungsweise Vermögensmassen seitens des Bundeszentralamtes für Steuern, anderer Finanzbehörden der Länder und der Staatsanwaltschaft Köln/Bonn ebenfalls als sogenannte Cum-Ex-Geschäfte eingestuft wurden, weigerte sich gleichwohl die Finanzbehörde Hamburg, die darauf erstattete Kapitalertragsteuer zurückzufordern, und ließ eine Rückforderung im Jahr 2016 verjähren. Erst nach einer Weisung des Bundesfinanzministeriums Ende 2017 wurde die Verjährung einer weiteren Rückforderung unterbrochen. Die Einschätzung des Bundes einer unrechtmäßigen Kapitalertragsteuererstattung wurde vom Landgericht Bonn mit dem Bankhaus M.M. Warburg & CO als Beteiligte durch Urteil vom 18. März 2020 bestätigt. Warum hat Hamburg im Jahr 2016 47 Millionen Euro vom Bankhaus M.M. Warburg & CO nicht zurückgefordert und wollte auch 2017 eine Forderung über weitere 43 Millionen Euro verjähren lassen?

[...]

Diese und weitere Fragen sind nach wie vor ungeklärt. An ihrer Aufklärung besteht sowohl bei den Hamburger Steuerzahlerinnen und Steuerzahlern, aber auch weit darüber hinaus, ein enormes öffentliches Interesse.“

Konkret werden hiermit die Untersuchungsaufträge Nr. 1 bis 4 verbunden, die sich auf das Besteuerungsverfahren der M.M. Warburg & CO (AG & Co.) KGaA („**M.M. Warburg Bank**“) und der M.M. Warburg & CO Gruppe GmbH („**M.M. Warburg Gruppe**“, nachfolgend zusammen „**M.M. Warburg & CO**“) beziehen und insbesondere die Vorgänge innerhalb der Hamburger Finanzbehörden beleuchten sollen, die dazu geführt haben, dass in den Jahren 2016 und 2017 aus eigenem Antrieb keine Rückforderung von angerechneter Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag bei der M.M. Warburg & CO Gruppe GmbH erfolgte.

M.M.Warburg & CO haben als betroffene Steuerpflichtige diese Besteuerungsverfahren über die für sie handelnden Mitarbeiter und Bevollmächtigte aus eigener Anschauung nur insoweit erlebt, wie Amtshandlungen ihnen gegenüber mit Außenwirkung vorgenommen wurden. Der Abwägungsprozess innerhalb der Finanzverwaltung war zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt und konnte mangels Akteneinsichtsrechts auch nicht bekannt sein. Mittlerweile haben Vertreter von M.M.Warburg & CO Einsicht in die Steuerakten nehmen können, sodass amtsinterne Vorgänge jedenfalls insoweit beurteilt werden können, wie diese in den Akten des Finanzamts für Großunternehmen in Hamburg dokumentiert wurden. Über weitere behördeninterne Vorgänge, so z.B. bei der Finanzbehörde oder beim Bundesministerium der Finanzen, besteht bei M.M.Warburg & CO nur insoweit Kenntnis, wie diese Bestandteil der beim Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg geführten Akten geworden sind.

Hiernach lässt sich, wie nachfolgend aufgezeigt wird, kein Fehlverhalten der Hamburger Finanzbehörden im Umgang mit dem Steuerfall M.M.Warburg & CO erkennen. Die Behörden haben auf Basis ihres jeweiligen Erkenntnisstandes in den Jahren 2016 und 2017 vertretbar und angemessen agiert.

B. Meilensteine des Steuerverfahrens

I. Erklärungsgemäße Veranlagung

Die Warburg Bank ist mit ihrer Muttergesellschaft, der Warburg Gruppe, eng verbunden. Beide Unternehmen bilden seit dem Jahr 2007 eine körperschaftsteuerliche Organschaft. Aufgrund dieser Organschaft wurde und wird das steuerliche Einkommen der Warburg Bank der Warburg Gruppe zugerechnet. Steuern auf Einkünfte der Warburg Bank entrichtet und entrichtet deshalb die Warburg Gruppe; letztere gibt die Einkünfte der Bank in ihrer eigenen Steuererklärung an.

Die Warburg Gruppe gab die Steuererklärungen für die Jahre 2007 bis 2011 jeweils im zweiten auf den Veranlagungszeitraum folgenden Kalenderjahr ab. Die Steuererklärung für das Jahr 2007 wurde folglich im Jahr 2009 und die Erklärung für 2011 im Jahr 2013 abgegeben. Die Erklärungen enthielten jeweils eine Angabe über die anzurechnenden Kapitalertragsteuern, die jeweils die auf die Cum/Ex-Transaktionen der Warburg Bank entfallenden Beträge einschlossen.

Das Finanzamt für Großunternehmen veranlagte die Warburg Gruppe unmittelbar nach der jeweiligen Steuererklärung und zahlte die beantragten Anrechnungsbeträge parallel zum Erlass des jeweiligen Steuerbescheides aus.

II. Kontrollmitteilung des Finanzamts Darmstadt vom 2. September 2014

Das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg führte für das Jahr 2007 eine Außenprüfung durch, die sich auf die Veranlagungszeiträume 2003 bis 2007 bezogen hatte. Die Prüfung wurde am 23. Mai 2012 ohne jegliche Feststellungen zu den Cum/Ex-Eigenhandelsgeschäften abgeschlossen.

Für die Veranlagungszeiträume 2008 bis 2011 führt das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg bei der Warburg Bank und Gruppe gegenwärtig eine Außenprüfung durch, die noch nicht abgeschlossen ist. Während dieser Außenprüfungen erhielt das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg im Jahr 2014 eine Kontrollmitteilung der beim Finanzamt Darmstadt angesiedelten Steuerfahndungsgruppe „EG Duplo“, die darauf aufmerksam machte, dass der Aktienveräußerer ICAP plc (nachfolgend: „ICAP“) im Jahr 2008 als mittelbarer Leerverkäufer auftrat und der Vorverkäufer vor ICAP

sich zur Belieferung der Verkäufe an ICAP mit Aktien ohne Dividendenanspruch eindeckte. Das entsprechende Schreiben vom 2. September 2014 wurde zunächst irrtümlich an das Finanzamt Bremen-Mitte übermittelt und erreichte die Hamburger Finanzverwaltung erst im Rahmen einer nochmaligen Übersendung durch die Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main.

Die Kontrollmitteilung enthielt als Anlage einen umfangreichen Vermerk, mit dem eine Leerverkaufsstruktur unter Einbeziehung von ICAP ausführlich beschrieben und der Finanzverwaltung zur Kenntnis gebracht wurde. In dem Schreiben hieß es u.a.:

„In der Anlage übersende ich Ihnen sechs Auswertungen mit Auszügen aus der Datenbank dbTrader der Deutschen Bank AG. Die Datensätze geben den Aktienhandel des Brokers ICAP Securities Ltd. London wieder. Die Aktien wurden am Tag der Hauptversammlung und damit mit Anspruch auf Dividende (cum dividende) von ICAP an Ihre Steuerpflichtige [d.h. die M.M. Warburg Bank; Anm. d. Unterz.] verkauft.

[...]

Wegen des Einkaufs mit Dividendenanspruch wies die Clearstream Banking AG Frankfurt am Main ihrer Steuerpflichtigen eine Zahlung in Höhe der Nettodividende (Dividendenausgleichszahlung) zu, die zur Ausstellung einer Steuerbescheinigung für ihre Steuerpflichtige, oder – falls diese die Aktien weitergab – für deren Kunden führte.

Diese Steuerbescheinigung führte, wie in der Anlage zu dieser Kontrollmitteilung erläutert, zu einem Steuerschaden, da Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag angerechnet wurde, die zuvor nicht einbehalten und nicht abgeführt wurden.

[...]

Hinsichtlich der für 2008 mitgeteilten vermuteten Leerverkäufe bleibt zu prüfen, ob der Verkäufer vor ICAP tatsächlich einen ungedeckten Leerverkauf an ICAP tätigte. Sollte dies der Fall sein, bleibt zu prüfen, wer die Kapitalertragsteuer und den Solidaritätszuschlag zu Unrecht angerechnet hat und ob diese Anrechnung zurückgenommen werden kann.“

Den Hamburger Finanzbehörden lagen damit Anhaltspunkte für potenziell steuerschädliche Cum/Ex-Geschäfte vor, an denen die Warburg Bank womöglich beteiligt war. Gleichzeitig wurde den Finanzbehörden ein Prüfungsauftrag vorgegeben: Die EG Duplo wies darauf hin, dass der Steuerschaden (und damit die Möglichkeit zur Rückforderung von Anrechnungsbeträgen) davon abhängt, ob der (oder ein) Verkäufer in der Lieferkette „vor“ dem Broker ICAP einen ungedeckten Leerverkauf tätigte.

Die Kontrollmitteilung veranlasste die Betriebsprüfer des Finanzamts für Großunternehmen in Hamburg zu zwei Prüfungsanfragen, nämlich Prüfungsanfrage Nr. 6 vom 6. Januar 2015 und Prüfungsanfrage Nr. 8 vom 8. April 2015, mit denen u.a. Informationen zu Kauf und Lieferung der Aktien sowie der kontrahierenden Depotstelle abgefragt wurden. Die Warburg Bank beantwortete die Anfragen und stellte mehrere Unterlagen zur Verfügung, u.a. Abrechnungspapiere des Girosammelverwahrers Clearstream Banking AG, Frankfurt (nachfolgend: „**Clearstream**“) sowie Nachweise über die Dividendengutschriften und entsprechende Steuerbescheinigungen. Aus den Abrechnungsunterlagen von Clearstream war erkennbar, dass die Aktien über das Kassenvereinskonto (KV-Konto) mit der Nummer „7527“ geliefert worden waren. Die KV-Nummer 7527 steht für die Deutsche Bank AG, Frankfurt, die offenbar als inländische Depotbank oder Verwahrstelle in die Aktienlieferung eingeschaltet war. Die Betriebsprüfer werteten die erhaltenen Informationen und Unterlagen aus und verfassten daraufhin am 5. Juni 2015 einen Vermerk, nach dem „nichts weiter zu veranlassen“ sei, da bei Vorliegen von Leerverkäufen die Kapitalertragsteuer bei der Deutschen Bank AG als der inländischen Depotbank

nachgefordert werden müsste. Die Warburg Bank bzw. Gruppe hafte nicht für eine von der Depotbank unterlassene Steuerabführung:

„[...]“

Die den o.a. Dividendengutschriften zugrunde liegenden Aktiengeschäfte wurden anhand der von der Bank vorgelegten Abrechnungen geprüft.

Die Bank hat die Aktien außerbörslich - unter anderem über ICAP als Vermittler - mit Dividendenanspruch erworben. Abgewickelt wurden die Handelsgeschäfte über die Deutsche Bank bzw. über die Clearstream S.A. Frankfurt. Da eine Erfüllung der Kaufgeschäfte erst nach dem Ex-Tag stattfand, konnte die Gutschrift der Urdividenden nicht mehr am Zahlungstag erfolgen, sondern wurden nach Umbuchung der Aktien über die Clearstream-Konten der Deutschen Bank bzw. der Clearstream S.A. Frankfurt als Kompensationszahlung reguliert.

Die Deutsche Bank bzw. die Clearstream S.A., Frankfurt sind als die die Abwicklung ausführenden inländischen Kreditinstitute Schuldner der Kapitalertragsteuer und des Solidaritätszuschlags und haben diese abzuführen (§ 44 (1) S 3 EStG).

Die Dividenden wurden netto, d.h. nach Abzug von KEST und SolZ von der Clearstream AG den Konten der inländischen Kreditinstitute als Zahlstellen belastet und der Warburg Bank gutgeschrieben.

Entsprechend den banküblichen Mechanismen wurden für die der Warburg-Bank gutgeschriebenen Dividenden (Kompensationszahlungen) zutreffend Steuerbescheinigungen ausgestellt.

Die Warburg Bank ist steueranrechnungsberechtigt (§ 36 Abs. 2 Nr. 2. EStG).

Für eine Inanspruchnahme der Warburg-Bank für die die Verkaufsaufträge ausführenden inländischen Kreditinstitute möglicherweise nicht abgeführten Steueranrechnungsbeträge liegen die Voraussetzungen des § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG nicht vor.

Es ist nichts weiter zu veranlassen. Die Fertigung von Kontrollmitteilungen kann unterbleiben, weil die das Jahr 2008 betreffenden Sachverhalte bereits Gegenstand besonderer Ermittlungen sind (s.o.).“

Das Finanzamt für Großunternehmen hielt die Warburg Bank bzw. Gruppe zum damaligen Zeitpunkt für anrechnungsberechtigt. Rücknahmen der Anrechnungsverfügungen erfolgten im Nachgang zu diesem Vermerk folgerichtig nicht. Die Prüfer stützten sich bei ihrer Bewertung der vorgefundenen Transaktionen offenbar auf die Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007, welches die inländischen Depotbanken eines Leerverkäufers zum Abzug von Kapitalertragsteuer verpflichtete. Der Cum/Ex-Erwerber hingegen sollte in jedem Falle anrechnen können.

Exkurs: Bei „Cum/Ex“-Geschäften mit einem Leerverkäufer konnte es bis ins Jahr 2011 dazu kommen, dass sowohl der zivilrechtliche Eigentümer der Aktien am Dividendenstichtag als auch der Leerkäufer eine steuerliche Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer erzielen konnten, obwohl der Steuerbetrag insgesamt nur einmal einbehalten und abgeführt wurde. Dies war aber nur der Fall, wenn die Depotbank des Leerverkäufers keinen Steuerabzug auf die Dividendenkompensationszahlung vornahm und dennoch eine Kapitalertragsteuerbescheinigung ausgestellt wurde.

Der Gesetzgeber bzw. die Finanzverwaltung haben bekanntlich in den Jahren 2007 bis 2012 eine Reihe von Versuchen unternommen, eine mehrfache Anrechnung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag bei „Cum/Ex“-Geschäften in der Leerverkaufsvariante zu erschweren bzw. ganz zu unterbinden. So wurde mit dem Jahressteuergesetz 2007 zunächst mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG einen gesonderter Einkünftebestand für Dividendenkompensationszahlungen in Leerverkaufskonstel-

lationen aufgenommen und dies mit einer zusätzlichen Erhebungspflicht für Kapitalertragsteuer durch die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle des Aktienveräußerers, d.h. dessen Depotbank, verbunden (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG). Konkret hieß es in der Gesetzesbegründung (Begründung zum JStG 2007, BT-Drucks. 6/2712, S. 47 f.):

„In dem Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufs, bei dem der Verkäufer die Aktien selbst erst beschaffen muss und der Erwerb dieser Wertpapiere durch den Veräußerer erst zu einem Zeitpunkt möglich ist, in dem bereits der Dividendenabschlag vorgenommen wurde, ist der betreffende Aktienbestand im Zeitpunkt der Dividendenzahlung noch im rechtlichen Eigentum eines Dritten, dem seinerseits auch die Dividende und der damit verbundene Kapitalertragsteuer-Anrechnungsanspruch als rechtllichem Eigentümer der Aktien zustehen. Deshalb sind in diesem Fall zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienerwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht.

[...]

Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen insoweit verringert werden, als das inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut des Leerverkäufers zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet wird. Zusammen mit der nach den allgemeinen Vorschriften von der Aktiengesellschaft abgeführten Kapitalertragsteuer soll so viel Quellensteuer erhoben werden, wie bei den Anteilseignern später steuerlich berücksichtigt wird.“

Die Abzugsverpflichtung konnte der Gesetzgeber schon aus völkerrechtlichen Gründen allerdings nicht für Depotbanken normieren, deren Sitz im Ausland belegen war. Dies hatte zur Folge, dass im Fortgang die Mehrzahl der Cum/Ex-Transaktionen bewusst über solche ausländischen Depotbanken abgewickelt wurden, um die Abzugsverpflichtung zu umgehen.

Eine Besonderheit der Cum/Ex-Geschäfte der Warburg Bank bestand darin, dass der Aktienveräußerer bis auf wenige Fälle gar keine ausländische Depotbank einschaltete, sondern über das Inland handelte. Auf Seiten des Verkäufers war als inländische Depotbank die Deutsche Bank AG in Frankfurt am Main eingeschaltet. Nach der Transaktionsstruktur und der Konzeption des Jahressteuergesetzes 2007 hätte folglich selbst bei Leerverkäufen kein Steuerausfall eintreten dürfen, da die Deutsche Bank AG zur Steuerabführung verpflichtet war. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von sonstigen Cum/Ex-Sachverhalten, bei denen keine inländischen Depotbanken eingeschaltet waren und damit der Steuerausfall nicht durch eine Abführungspflicht kompensiert werden konnte.

In Übereinstimmung mit dieser Gesetzesbegründung ging das Finanzamt für Großunternehmen davon aus, dass der Steuerbetrag, der dem Anrechnungsanspruch der Warburg Bank entsprach, ggf. bei der Deutschen Bank AG als der inländischen Depotbank nachzufordern sei, nicht aber von der Warburg Bank verlangt werden könne.

III. Ermittlung der Finanzbehörden nach Durchsuchung bei M.M.Warburg & CO

Die Staatsanwaltschaft Köln führte und führt seit Anfang 2016 gegen Verantwortliche von M.M.Warburg & CO im Hinblick auf die beantragte und vorgenommene Anrechnung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung. Die Staatsanwaltschaft Hamburg bzw. das Finanzamt für Prüfungsdienste und Strafsachen in

Hamburg führen daneben keine eigenen Verfahren zu den Cum/Ex-Transaktionen von M.M.Warburg & CO.

Am 20. und 21. Januar 2016 durchsuchten die Staatsanwaltschaft Köln und das Landeskriminalamt Düsseldorf die Geschäftsräume von M.M.Warburg & CO. Hierüber wurde das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg umgehend informiert. Das Finanzamt begann im Anschluss an die Durchsichtung, die Cum/Ex-Geschäfte der Bank erneut zu untersuchen. Zunächst stellte sich die Behörde die Frage, welche Veranlagungszeiträume verfahrenstechnisch überhaupt noch änderbar waren.

Bereits am 15. Februar 2016 hieß es in einem internen Vermerk der zuständigen Sachgebietsleiterin P.:

„Es sind die Jahre 08-11 betroffen, wobei 08 bereits verjährt ist.“

Frau P. informierte die Leitungsebene des Finanzamtes per E-Mail vom 24. Februar 2016 über die bereits eingetretene Zahlungsverjährung:

„Hinsichtlich der cum-ex Eigengeschäfte der Bank wäre das Jahr 2008 bereits zahlungsverjährt, für die Jahre 2009 – 2011 könnten ca. 90 Mio streitig werden.“

Mit E-Mail vom 14. April 2016 informierte Frau P. die Finanzbehörde Hamburg über die Eigenhandelsgeschäfte der Bank und wies dabei auf die bereits eingetretene Zahlungsverjährung hin:

„Da die Anrechnungsverfügung für die Jahre 2007 und 2008 wegen Zahlungsverjährung nicht mehr geändert werden kann, sind weitere Sachverhaltsmitteilungen durch die Betriebsprüfung nur für die Jahre 2009-2011 (ca. € 100 Mio angerechnete KESt) geplant.“

Die Finanzbehörde bat in ihrer Antwort-E-Mail auf diese Verdachtsmeldung vom gleichen Tag darum, über die weitere Entwicklung „auf dem Laufenden“ gehalten zu werden. Zudem regte die Behörde an, trotz der Zahlungsverjährung „den Kopf nicht zu früh in den Sand zu stecken“ und die Jahre 2007 und 2008 in die Prüfung mit einzubeziehen. Es sollte versucht werden, die Steueranrechnungsbeträge über eine Änderung der Körperschaftsteuerbescheide gem. § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO rückgängig zu machen.

Frau P. notierte handschriftlich auf einem Ausdruck dieser E-Mail, dass diese Änderungsmöglichkeit nicht „stimme“ und vermerkte die einschlägigen Urteile aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes zur Zahlungsverjährung bei Steueranrechnungsbeträgen (nämlich die Urteile vom 27. Oktober 2009 – Az. VII R 51/08 und vom 29. Oktober 2013 – Az. VII R 68/11). Nach dieser Rechtsprechung – im Fall des Urteils vom 27. Oktober 2009 explizit zu „Cum/Ex-Luftgeschäften“ ergangen – soll die fünfjährige Zahlungsverjährung bei Steueranrechnungsbeträgen bereits mit Bekanntgabe des ersten Steuerbescheides beginnen und unabhängig davon ablaufen, ob das Finanzamt von den seinen Rückforderungsanspruch begründenden Tatsachen „Kenntnis hatte, Kenntnis haben musste oder auch nur Kenntnis haben konnte.“

IV. Besprechung mit M.M.Warburg & CO im Mai 2016

Das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg stimmte mit M.M.Warburg & CO einen Termin für eine persönliche Besprechung der Cum/Ex-Thematik für den 18. Mai 2016 ab. Im Vorfeld des Ter-

mins verfasste Frau P. einen Vermerk zu den Eigenhandelsgeschäften der Bank und legte erneut dar, dass in Bezug auf das Jahr 2008 „aufgrund bereits Ende 2015 eingetretener Zahlungsverjährung keine Rückforderung mehr erfolgen kann.“ Im Übrigen, d.h. in Bezug auf die Jahre 2009 bis 2011, komme jedoch eine Änderung der ursprünglichen Anrechnungsverfügungen in Betracht. Rechtsgrundlage für eine solche Rücknahme sollte § 130 Abs. 2 Nr. 3 AO sein. Danach kann eine Anrechnungsverfügung zurückgenommen werden, wenn der Begünstigte diese durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig sind. Die Rücknahme hat innerhalb eines Jahres ab Kenntnis des Finanzamtes von den anspruchsbegründenden Umständen zu erfolgen (§ 130 Abs. 3 AO).

In Abkehr von dem Vermerk der Betriebsprüfung vom 5. Juni 2015 ging Frau P. in ihrem Vermerk davon aus, dass aufgrund der zwischenzeitlich offenkundig gewordenen Tatsachen eine Rücknahme gerechtfertigt sei. Zwar sei dem Finanzamt nicht bekannt, ob der Vorverkäufer des Brokerhauses ICAP ein Leerverkäufer war. In der Gesamtschau sprächen verschiedene Umstände – wie die typische Cum/Ex-Abwicklung, die Involvierung von ICAP sowie von Herrn M., die Gutachten der Initiatoren Dr. B. und Dr. S. sowie die Unwirtschaftlichkeit der Geschäfte – klar für Leerverkäufe. Die Anrechnungsverfügung für 2009 sollte bis Anfang Juni 2016 zurückgenommen werden, da aufgrund des Vermerks vom 5. Juni 2015 andernfalls die Jahresfrist für die Rücknahme abzulaufen drohe.

Die Besprechung fand wie geplant am 18. Mai 2016 statt. Die Vertreter von M.M.Warburg & CO wiesen in der Besprechung unter anderem auf die Besonderheit hin, dass mit der Deutschen Bank AG eine inländische Depotbank auf Verkäuferseite eingeschaltet gewesen sei, die bei Leerverkäufen zum Steuereinbehalt verpflichtet war. Damit weiche der Sachverhalt klar von den bisher durch die Finanzgerichte entschiedenen Konstellationen ab. Zudem wurde die Dringlichkeit einer umgehenden Rücknahme verneint, da wesentliche Sachverhaltselemente dem Finanzamt erst im Nachgang zu der Durchsuchung bekannt geworden seien; die Jahresfrist würde folglich nicht bereits im Juni 2016 ablaufen.

Die Vertreter von M.M.Warburg & CO führten zudem aus, dass die Bank eine Rückforderung der Anrechnungsbeträge wirtschaftlich nicht tragen könne. Die BaFin hatte sich nicht klar positioniert, wie sie auf eine Steuerrückforderung reagieren würde. Es bestand daher die Gefahr, dass die BaFin trotz des Schuldbeitritts der Gesellschafter Dr. Olearius und Warburg ein Moratorium verhängen würden, was den Zusammenbruch der gesamten Bankengruppe zur Folge hätte.

Ein solches Szenario war nicht von der Hand zu weisen: Die BaFin hatte wenige Wochen zuvor über die Maple Bank GmbH, die konzernintern Cum/Ex-Geschäfte durchgeführt hatte, ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot sowie ein Moratorium verhängt, was innerhalb weniger Tage zur Insolvenz der Maple Bank GmbH führte.

Vor diesem Hintergrund entschied das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, vorerst keine Änderungsbescheide zu erlassen. Intern wies Frau P. darauf hin, dass etwaige Leerverkäufer nicht ermittelt seien und sich das Finanzamt lediglich auf Beweislastregeln stützen würde. Das Finanzamt Darmstadt habe in seiner Kontrollmitteilung explizit ausgeführt, dass Leerverkäufe geprüft werden müssten.

Zusammenfassend hieß es:

„Angesichts der womöglich enormen und unverhältnismäßigen Auswirkungen bei Warburg erscheint es gerechtfertigt, das Risiko einzugehen und die Bescheide nicht bis zum 08.06. zu

ändern. Tatsächlich könnte man sich darauf berufen, dass ein Teil der den Anscheinsbeweis erschütternden Umstände erst mit dem KPMG Gutachten bekannt wurden und im übrigen könnte ggf. auch eine Änderung wegen arglistiger Täuschung angestrebt werden (die allerdings deutlich schwerer zu beweisen sein dürfte).“

Vor dem Hintergrund eines andernfalls drohenden Zusammenbruchs der Bank war das Finanzamt bestrebt, die Rücknahme der Anrechnungsverfügungen so rechtssicher wie möglich auszugestalten. Bei unklarer Rechtslage fordern Finanzämter zwar teilweise die Steuern zurück und setzen unmittelbar im Anschluss die Vollstreckung des Rückforderungsbescheid wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit aus (vgl. § 361 Abs. 2 AO). Dieser Weg war dem Finanzamt für Großunternehmen allerdings versperrt, weil die Befürchtung bestand, dass die dann notwendige Rückstellungsbildung wohl den Zusammenbruch der Bank trotz Aussetzung der Vollziehung zur Folge haben würde.

V. Abstimmung mit anderen Finanzämtern

Das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg war in der Folge bestrebt, die Entscheidung über eine Rückforderung auf rechtlich sicherer Basis vornehmen zu können. So wurde der Austausch mit den Finanzbeamten des Finanzamtes Wiesbaden II gesucht, welches mit dem öffentlich bekanntgewordenen Cum/Ex-Fall des Berliner Immobilienunternehmers Rafael Roth befasst war. Über ein Ende September 2016 geführtes Telefonat mit dem für Herrn Roth zuständigen Hauptsachgebietsleiter des Finanzamtes Wiesbaden II fertigte Frau P. den folgenden Vermerk an:

*„Telefonat am 20.9.16
Er sieht auch Probleme bei der Beweislastverteilung
§ 130 [AO; Anm. d. Unterz.] (-) Anscheinsbeweis..
Sie hatten 5 Geschäfte ermittelt und die Entscheidung auf Vollbeweis gestützt.
Sie haben Glück gehabt, da die Entscheidung sehr mutig war.
Er schickt mir den geschwärzten Bescheid.“*

Das Finanzamt Wiesbaden II hatte Anfang des Jahres 2011 die zugunsten der Rafael Roth Financial Enterprises GmbH ergangenen Anrechnungsverfügungen wegen deren Cum/Ex-Geschäften zurückgenommen. Dies hatten sie allerdings nicht auf Vermutungen oder einen reinen Anscheinsbeweis gestützt, sondern für jedenfalls fünf Transaktionen die Lieferketten komplett ausermittelt und Leerverkäufe festgestellt. Das Finanzamt Wiesbaden II nahm die Steueranrechnung Anfang des Jahres 2011 gleichwohl für sämtliche Transaktionen zurück, was die Behörde gegenüber dem Finanzamt für Großunternehmen offenbar als „mutig“ einschätzte.

Das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg beschäftigte sich offensichtlich auch mit dem Cum/Ex-Fall der Maple Bank GmbH. In einem undatierten handschriftlichen Vermerk aus dem Jahr 2016 notierte Frau P. zu einem „Gutachten Maple aus Januar 2009“, dass dort „konzerninterne Strukturen“ vorgelegen hätten und die an die Maple Bank GmbH verkaufende Maple Securities UK Ltd. „keine inl. Depotbank“ eingeschaltet hatte.

Innerhalb des Finanzamtes für Großunternehmen wuchs damit die Erkenntnis, dass sich die Cum/Ex-Geschäfte von M.M.Warburg & CO von denjenigen Konstellationen, in denen andere Finanzämter Steuerbeträge zurückgefordert hatten, unterschieden: In Bezug auf M.M.Warburg & CO fehlte es an jeglichem positiven Nachweis von Leerverkäufen. Anders als im Fall „Rafael Roth“ waren Lieferket-

ten nicht einmal für einige wenige Transaktionen ausermittelt. Anders als bei den Geschäften der Maple Bank GmbH hatte M.M. Warburg & CO die Aktien nicht von einer Konzerntochter erworben – was denklösig abgesprochen sein musste –, sondern über einen ausländischen Broker bezogen. Zudem war mit der Deutschen Bank AG eine inländische und bei Leerverkäufen abführungsverpflichtete Depotbank in die Aktienlieferung an M.M. Warburg & CO eingeschaltet, was jedenfalls bei den Geschäften der Maple Bank GmbH nicht der Fall gewesen war.

Dem Finanzamt für Großunternehmen wurde somit bewusst, dass es für die Cum/Ex-Geschäfte der M.M. Warburg & CO keinen eindeutigen Präzedenzfall gab und die Rückforderung der Anrechnungsbeträge jedenfalls mit Risiken behaftet war.

VI. Intensive Prüfungen des Finanzamtes für Großunternehmen im Oktober 2016

Das Finanzamt für Großunternehmen bereitete einen 28-seitigen Bericht zu den Cum/Ex-Geschäften der Warburg Bank für die Finanzbehörde vor. Der von Frau P. verfasste Bericht vom 5. Oktober 2016 stellte zunächst den damals ermittelten Sachverhalt dar. Auf Basis dieser Feststellung sollte eine Rücknahme der Anrechnungsverfügungen für die Jahre 2009 bis 2011 nach Beweislastgrundsätzen möglich sein. Der Bericht wies ausdrücklich darauf hin, dass die Lieferketten der Aktien nicht nachverfolgt und tatsächliche Leerverkäufer nicht ermittelt worden waren. Die Beweislast für das Vorliegen der Anrechnungsvoraussetzungen liege jedoch bei der Warburg Bank. Zudem ergäben sich Anhaltspunkte für ein fahrlässiges Verhalten der Bank, so dass bei Abwägung des eingeräumten Ermessens zulasten der Bank zu entscheiden sei. Das Finanzamt bevorzugte daher eine direkte Rücknahme der Anrechnungsverfügungen.

Frau P. wies die Finanzbehörde in ihrem Bericht darauf hin, dass jedenfalls die Rückforderung der Steuerbeträge für das Jahr 2009 aufgrund sonst eintretender Zahlungsverjährung noch im Jahr 2016 erfolgen müsse, *„anderenfalls wäre auch für das Jahr 2009 – wenn überhaupt – eine Inanspruchnahme nur noch bei Steuerhinterziehung möglich.“* Ebenfalls führte Frau P. aus, dass die Bank davon ausgehe, dass *„eine Rückforderung der KESt ihre Leistungsfähigkeit übersteigt.“* Der Bericht endete mit folgendem Entscheidungsvorschlag:

„Auch wenn das Finanzamt in rechtlicher Hinsicht diverse Probleme sieht, die Erfolgsaussichten eines evtl. finanzgerichtlichen Verfahrens nur als ausgeglichen angesehen werden und die Auswirkungen für die Warburg Bank erheblich sind, so bittet das Finanzamt um Zustimmung, die Anrechnungsverfügungen der Körperschaftsteuerbescheide der Jahre 2009-2011 der M.M. Warburg & CO Gruppe GmbH dahingehend zu ändern, dass die bisher angerechnete Kapitalertragsteuer und der Solidaritätszuschlag um auf die cum-ex Geschäfte der M.M. Warburg & CO (AG & Co) KGaA entfallenden Steuerabzugsbeträge gekürzt werden.“

Das Finanzamt erbat damit die Zustimmung der vorgesetzten Finanzbehörde zur Rücknahme der Steueranrechnungen. Dabei wies es explizit auf die unklare Rechtslage und die ausgeglichenen – d.h. 50:50 – Erfolgsaussichten bei einer zu erwartenden Klage gegen die Änderungsbescheide hin. Diese Einschätzung entsprach dem damaligen Stand der Sachverhaltsaufklärung wie auch der Rechtsprechung. Das Finanzamt hatte konkrete Leerverkäufer – anders als in den Cum/Ex-Fällen „Rafael Roth“ und Maple Bank GmbH – nicht ermittelt. Explizite Absprachen über Leerverkäufe gab es nicht. Die zum damaligen Zeitpunkt ergangenen Gerichtsentscheidungen zu Cum/Ex-Fällen waren nicht ohne Weiteres auf die Geschäfte der Warburg Bank übertragbar, da in jenen Fällen entweder aufgrund von

Wertpapierleihen gar kein wirtschaftliches Eigentum übergegangen sein konnte (wie im vom BFH mit Urteil vom 16. April 2014 – Az. I R 2/12 entschiedenen Fall) oder aber keine inländische Depotbank eingeschaltet war (wie im Fall des Finanzgerichts Hessen vom 10. Februar 2016 – Az. 4 K 1684/14).

VII. Entscheidung zur Nichtrücknahme aus November 2016

Im Nachgang zu dem Bericht vom 5. Oktober 2016 trafen Vertreter von Finanzamt und Finanzbehörde zu einer abschließenden Besprechung zur Rückforderung der Steuerbeträge zusammen. Die Besprechung fand am 17. November 2016 in den Räumlichkeiten der Finanzbehörde statt. Zugegen waren sechs Beamten der Finanzbehörde sowie aus dem Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg dessen Vorsteherin und Frau P.

Aus dem über dieses Treffen gefertigten Gesprächsvermerk geht hervor, dass das Finanzamt von sich aus darauf hinwies, dass sich die Erfolgsaussichten eines etwaigen Klageverfahrens gegen eine Rücknahme der Anrechnungsverfügungen zu Lasten des Fiskus verschoben hätten. Zum einen lägen dem Finanzamt weitere Erkenntnisse aus dem Maple Bank-Fall vor. Anders als bei der Warburg Bank sei die Kenntnis der Beteiligten von Leerverkäufen und doppelter Steueranrechnung aufgrund der konzerninternen Strukturierung der Geschäfte „nahezu sicher“. Zudem habe der Sonderprüfer Deloitte im Auftrag der BaFin die Cum/Ex-Geschäfte der Warburg Bank untersucht und sei ebenfalls zu keinem durchweg belastbaren Ergebnis gekommen, sondern stelle „in Teilen Vermutungen an.“ Auf dieser Basis sprachen die Vertreter des Finanzamtes die folgende Empfehlung aus (Zitat nach Gesprächsvermerk vom 17. November 2016):

„Aufgrund dieser Unterlagen würde das Finanzamt nunmehr die Auffassung vertreten, dass sich die Risikoeinschätzung der Erfolgsaussichten eines etwaigen Klageverfahrens weiter zu Lasten der Finanzverwaltung verschoben hätten und dass eine Änderung der Anrechnungsverfügung nicht sinnvoll sei.“

Die Empfehlung, die Steueranrechnungen nicht zurückzunehmen, kam folglich nicht aus der Finanzbehörde, sondern wurde von Seiten des Finanzamtes unterbreitet.

In der sich anschließenden Diskussion ging es zudem um die Risikotragfähigkeit der M.M. Warburg Bank. Ferner wurden Amtshaftungsansprüche gefürchtet. Ebenfalls angeführt wurde der Umstand, dass

„der zuständige Kölner Staatsanwalt (laut Telefonaten aus August und November) keine Probleme damit habe, wenn das Finanzamt mangels belastbaren Sachverhalts derzeit von einer Änderung der Bescheide absehen würde.“

Auf Basis der Empfehlung des Finanzamtes und der Erörterung der verschiedenen Aspekte entschieden die Anwesenden, die Anrechnungsverfügungen nicht zurückzunehmen. Dabei gingen die Beteiligten davon aus, dass bei erwiesener Strafbarkeit eine spätere Rücknahme noch möglich sei (Zitat nach Gesprächsvermerk vom 17. November 2016):

„Die Beteiligten waren sich nach eingehender Diskussion einig, dass eine Änderung der Bescheide zum jetzigen Zeitpunkt unterbleiben sollte, da diese lediglich auf einigen Indizien und Vermutungen beruhen würde und der Sachverhalt noch nicht ausreichend aufgeklärt ist. Es

sollen die weiteren Ermittlungen und Feststellungen der StA Köln abgewartet werden um sowohl Prozesskostenrisiken als auch die Gefahr von Amtshaftungsansprüchen zu verringern.

Für das Jahr 2009 wird ggf. Zahlungsverjährung eintreten. Eine spätere Änderung der Bescheide bzw. Anrechnungsverfügungen ist erschwert, erscheint jedoch bei strafrechtlicher Relevanz nicht ausgeschlossen.“

VIII. Laufende Abstimmung mit Staatsanwaltschaft Köln

Die Entscheidungen von Finanzbehörde und des Finanzamts für Großunternehmen in Hamburg, zum Jahresende 2016 die Anrechnung von Kapitalertragsteuer für das Jahr 2009 nicht zu widerrufen, erging im Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft Köln. Frau P. telefonierte mehrfach mit dem damals zuständigen Kölner Staatsanwalt F. und fertigte über jedes Telefonat einen Vermerk an. In mehreren Telefonaten bestätigte der Staatsanwalt, dass die Entscheidung, steuerlich (noch) nicht tätig zu werden, angesichts des unklaren Sachverhalts vertretbar sei.

Das Finanzamt für Großunternehmen stimmte sich grundsätzlich mit der Staatsanwaltschaft Köln zum Stand des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und den möglicherweise angezeigten steuerlichen Maßnahmen ab. Über ein Telefonat am 19. August 2016 notierte Frau P.:

„Er hat keine Probleme damit, wenn wir abwarten + ggf. noch auf die StA warten, weil der SV zu unklar ist.“

In einem weiteren Telefonvermerk vom 4. November 2016 hielt Frau P. diesbezüglich fest:

„Er würde ggf. die Steuerbescheide zurzeit noch nicht ändern, da SV zu unklar (Er sei aber auch kein Steuerrechtler.)“

Die Staatsanwaltschaft Köln drängte also nicht auf eine Änderung der Steuerbescheide, sondern ging selbst davon aus, dass es dafür noch zu früh sei. Wie dargestellt war dieser Aspekt für die Meinungsbildung innerhalb der Hamburger Finanzverwaltung maßgeblich. Der Vermerk über die Besprechung in der Finanzbehörde vom 17. November 2016 wies ausdrücklich auf diesen Umstand hin:

„Im Übrigen wurde darauf hingewiesen, dass der Staatsanwalt (laut Telefonaten aus August und November) keine Probleme damit habe, wenn das Finanzamt mangels belastbaren Sachverhalts derzeit von einer Änderung der Bescheide absehen würde.“

Anfang 2017 unterrichtete Frau P. den Kölner Staatsanwalt darüber, dass die Hamburger Finanzverwaltung von einer Rücknahme der Steueranrechnung für das Jahr 2009 abgesehen habe. Frau P. notierte die folgende Reaktion des Staatsanwaltes in einem Telefonat vom 23. Januar 2017:

„Er ist mit der Entscheidung des FA absolut einverstanden und hält sie zum jetzigen Zeitpunkt auch für richtig.“

Hierüber berichtete Frau P. wiederum an die Finanzbehörde in einer E-Mail vom 15. März 2017. Hier heißt es:

„Der Staatsanwalt hat mir mitgeteilt, dass er die letztes Jahr getroffene Entscheidung der Steuerverwaltung für richtig hält.“

In einem Telefonat am 26. April 2017 teilte der Staatsanwalt gegenüber Frau P. mit, dass er die Ermittlungsverfahren für die Jahre 2006, 2007 und 2008 – also die Zeiträume vor Erlass des BMF-Schreibens zu Berufsträgerbescheinigungen vom 5. Mai 2009 (BStBl. I 2009, 631) – wohl einstellen wird, *„da die Rechtslage etc. dort noch komplizierter war.“*

Ein weiteres Telefonat mit der Staatsanwaltschaft Köln fand am 18. Mai 2017 statt. Besprochen wurde der derzeitige Stand von Straf- und Steuerverfahren. Frau P. notierte zu den Aussagen des Kölner Staatsanwaltes:

„Er stimmt meiner Auffassung zu, dass wir mindestens die einzelnen Geschäfte nachvollziehen und darlegen müssen (wenn ggf. aufgrund des Umfangs nicht alle). Dazu gehört der Übertragungsweg, die einzelnen Beteiligten, Depotbanken etc.“

Darüber hinaus müssen wir klären, wer, wann was wusste um ggf. den subj. Tatbestand (für die StA) bzw. die grobe Fahrlässigkeit für das FA festzustellen. [...]

Wir sind beide der Auffassung, dass die bisherigen Ermittlungen den SV noch nicht ausreichend aufgeklärt haben um eine Entscheidung zulasten der Bank zu treffen.“

Am nächsten Tag unterrichtete Frau P. die Finanzbehörde über das Ergebnis des Telefonats. Dabei teilte sie mit, dass die Staatsanwaltschaft Köln jedenfalls für drei Aktientransaktionen die Lieferketten und einen etwaigen Leerverkäufer nachweisen wolle.

Im weiteren Verlauf des Jahres 2017 hielt die Staatsanwaltschaft an der Einschätzung, die Steueranrechnung (noch) nicht zurückzunehmen, fest. Über ein Telefonat vom 8. Juli 2017 notierte Frau P.:

„Er hält es daher nach wie vor für gut vertretbar, keinen Steuerbescheid zu erlassen und ist mit jeder Entscheidung des FA einverstanden.“

Über einen Telefontermin mit der Staatsanwaltschaft Köln vom 4. September 2017 hielt Frau P. fest:

„Nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen ergeben sich Indizien für einen Anfangsverdacht. Er hat aber bisher weder einen hinreichenden Tatverdacht (Voraussetzungen für Anklage) noch einen dringen Tatverdacht (Haftbefehl).“

Er hält es daher nach wie vor für gut vertretbar, keinen Steuerbescheid zu erlassen, und ist mit jeder Entscheidung des FA einverstanden.“

Zu einem Telefonat vom 6. Oktober 2017 vermerkte Frau P. über den Kölner Staatsanwalt:

„Da er keinen dringenden Tatverdacht sieht, hält er es für vertretbar, nichts zu ändern.“

In Anbetracht der engen Abstimmung mit der Staatsanwaltschaft Köln durfte das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg davon ausgehen, dass auf Basis des bislang ermittelten Sachverhaltes das Absehen von einer Rücknahme der Anrechnungsverfügung vertretbar war.

IX. Entscheidung zur Nichtrücknahme im November 2017 und Weisung des Bundesministeriums der Finanzen

Spätestens Mitte Oktober 2017 schaltete sich das Bundesministerium der Finanzen ein und bat die Finanzbehörde bis Ende Oktober 2017 „um nähere Erläuterungen des Verfahrensstandes“ der Cum/Ex-Geschäfte der Warburg Bank. Die Finanzbehörde forderte daraufhin bei dem Finanzamt für Großunternehmen einen weiteren Bericht an.

In seiner Antwort nahm das Finanzamt für Großunternehmen Bezug auf den umfassenden Bericht vom 5. Oktober 2016. In seinem neuen Bericht vom 20. Oktober 2017 ergänzte das Finanzamt den Sachverhalt um die mittlerweile gewonnenen neuen Erkenntnisse und legte zudem seine Sicht auf die Rechtslage dar. Zusammenfassend war das Finanzamt der Auffassung, dass trotz der neuen Sachverhaltselemente keine hinreichend belastbare Grundlage für eine Rücknahme der Steueranrechnungen gegeben sei und bat die Finanzbehörde um Zustimmung, die Anrechnungsverfügung für das Jahr 2010 nicht zu ändern. Konkret hieß es in dem Bericht:

„Warburg geht weiter davon aus, dass eine Rückzahlungsverpflichtung den Fortbestand des Bankhauses gefährdet bzw. unmöglich macht.

Mangels ausreichend ermittelten Sachverhalts ist - angesichts der schwerwiegenden Auswirkungen für die Warburg Bank und der jeder Hinsicht bestehenden rechtlichen Probleme und unterschiedlichen rechtlichen Auffassungen eine Änderung der Anrechnungsverfügung oder der Erlass eines Haftungsbescheides nicht angebracht. Eine Änderung aufgrund eines Verdachts sollte - auch wenn Ende 2017 für das Jahr 2010 Verjährung eintritt - nur erfolgen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der sichere Nachweis in absehbarer Zeit gelingt. Davon ist derzeit nicht auszugehen.

Ergänzend weist das Finanzamt darauf hin, dass die in 2017 erfolgte Änderung des § 228 AO die Zahlungsverjährung bei Steuerhinterziehung um 5 Jahre verlängert.

Das Finanzamt schlägt daher aufgrund des in wesentlichen Teilen nicht ermittelten Sachverhalts und der Vielzahl nicht entschiedener Rechtsfragen vor, weder die Anrechnungsverfügung des Bescheides für das Jahr 2010 der M.M. Warburg & CO Gruppe GmbH zu ändern, noch einen Haftungsbescheid zu erlassen und bittet um Zustimmung zu dieser Vorgehensweise.“

Der Anstoß, die Steueranrechnung für das Jahr 2010 nicht zurückzunehmen, kam nach alledem aus dem Finanzamt für Großunternehmen und nicht aus der Finanzbehörde. Mit der Verlängerung der Zahlungsverjährungsfrist für Steuerhinterziehung war zudem ein rechtliches Mittel gegeben, die Bescheide für das Jahr 2010 auch nach Ablauf des Jahres 2017 noch zu ändern.

Die Finanzbehörde nahm auf Basis des Berichts des Finanzamtes für Großunternehmen am 30. Oktober 2017 gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen Stellung und vertrat dort ebenfalls, dass eine Änderung der Anrechnungsverfügung für das Jahr 2010 nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand nicht angezeigt sei.

Am 6. November 2017 erteilte die Finanzbehörde förmlich gegenüber dem Finanzamt für Großunternehmen die Zustimmung dazu, die Anrechnungsverfügung für 2010 nicht zu ändern. Parallel dazu fand ein Telefonat mit der Staatsanwaltschaft Köln statt, zu dem Frau P. das folgende vermerkte:

„Die Ermittlungen sind nicht abgeschlossen, einzelne Ketten werden gerade ermittelt. Position von uns sei absolut nachvollziehbar.“

Die Hamburger Finanzverwaltung durfte also Anfang November 2017 noch davon ausgehen, im Einklang mit der Kölner Strafverfolgungsbehörde zu handeln.

Zwei Tage später, am 8. November 2017, erreichte die Finanzbehörde die Erwiderung des Bundesministeriums der Finanzen auf die zuvor versandte Stellungnahme. Das Bundesministerium der Finanzen teilte mit, dass gegen die Vorgehensweise der Finanzbehörde, zum Jahresende keine verjährungshemmenden Maßnahmen einzuleiten, erhebliche Bedenken bestünden. Das Ministerium „bat“ verjährungsunterbrechende Maßnahmen einzuleiten und forderte dazu auf, die ergriffenen Maßnahmen zur Verhinderung der Zahlungsverjährung bis Ende November 2017 anzuzeigen.

Dieses Schreiben wurde von Seiten der Hamburger Finanzverwaltung als offizielle Weisung zur Rücknahme verstanden und war Anlass für eine Besprechung im Bundesministerium der Finanzen. An dem Termin am 16. November 2017 nahm neben Vertretern des Bundesministeriums, der Finanzbehörde Hamburg und des Finanzamtes für Großunternehmen auch Frau Oberstaatsanwältin B. für die Staatsanwaltschaft Köln teil. Frau P. notierte zu dem Termin u.a. die folgenden Punkte:

„BMF will eine Änderung und ist an Einzelheiten zum SV oder rechtl. Feinheiten nicht interessiert.“

[...]

Zu dem Gespräch wies Fr. B. darauf hin, dass sie auch davon ausgingen, dass Lieferketten nachgewiesen werden müssen. Möglicherweise werde das aber durch die Zeugenaussagen obsolet.“

Frau Oberstaatsanwältin B. bestätigte damit, zunächst ebenfalls den Nachweis von Lieferketten für erforderlich gehalten zu haben. Aufgrund von neuen Zeugenaussagen würde der Nachweis aber in Zukunft womöglich nicht mehr notwendig sein. Indirekt wurde damit die Position des Finanzamtes für Großunternehmen in Hamburg bestätigt. Ohne die – vom Finanzamt noch nicht ausgewerteten – Zeugenaussagen konnte der Nachweis von Leerverkäufen nur durch die Ermittlung der Lieferketten gelingen.

Im Nachgang zu dem Termin in Berlin wandte sich die Finanzbehörde mit Schreiben vom 29. November 2017 erneut an das Bundesministerium der Finanzen und führte mehrere Bedenken gegen die Rücknahme der Anrechnungsverfügung für das Jahr 2010 an. Die Finanzbehörde wies darauf hin, dass kein ausermittelter Sachverhalt vorliege und eine Änderung des Bescheides womöglich den Zusammenbruch der Bank zur Folge haben könne. Zudem führte die Finanzbehörde aus:

„Die zuständige Staatsanwaltschaft (zuständig war bisher Herr StA F.) hat keine Probleme damit, dass das FA mangels belastbaren Sachverhalts von einer Änderung des Bescheids (sic) absieht.“

Tatsächlich hatte die Staatsanwaltschaft noch Anfang November 2017 erklärt, die Nichtrückforderung der Steuerbeträge sei „*absolut nachvollziehbar*.“

Das Bundesministerium der Finanzen erklärte am 1. Dezember 2017, dass es an seiner „*Weisung zur Einleitung verjährungsunterbrechender Maßnahmen uneingeschränkt fest[halte]*“. Die Weisung basierte offenbar auf neuen Erkenntnissen aus den Ermittlungsverfahren. Zusätzlich forderte das Bundesministerium der Finanzen die Hamburger Finanzbehörde auf zu prüfen, ob für weitere Veranlagungszeiträume verjährungsunterbrechende Maßnahmen zu ergreifen seien und inwieweit Rückgriffsansprüche gegen inländische Depotbanken geltend gemacht werden könnten sowie in Bezug auf bereits zahlungsverjährte Veranlagungszeiträume Angaben dazu, warum keine verjährungsunterbrechenden Maßnahmen eingeleitet worden seien.

Auf Basis der ausdrücklichen Weisung erließ das Finanzamt für Großunternehmen am 13. Dezember 2017 für das Jahr 2010 einen Änderungsbescheid, in dem die Anrechnungsverfügung in Höhe der Cum/Ex-Beträge zurückgenommen wurde.

Kurz zuvor hatte die Staatsanwaltschaft Köln dem Finanzamt für Großunternehmen eine CD mit den Protokollen der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des britischen Aktienhändlers Darren Lee T. zukommen lassen. Frau Oberstaatsanwältin B. dürfte den Vertretern der Hamburger Finanzverwaltung während des Termins im Bundesministerium der Finanzen in Berlin von dieser Vernehmung berichtet und die Protokolle sodann dem Finanzamt zur Verfügung gestellt haben. Herr T. fungierte als Kronzeuge und beschrieb in seinen Vernehmungen durch Frau Oberstaatsanwältin B., wie ausgehend von bestimmten Strukturierungsmerkmalen von Cum/Ex-Geschäften auf Leerverkäufe geschlossen werden könne. Relevant seien hierbei vor allem sog. Dividendenlevel. Bei einem Level von 80 % beispielsweise sei regelmäßig von Leerverkäufen auszugehen, auch wenn theoretisch ein Erwerb vom Inhaber möglich sei. Das Finanzamt für Großunternehmen folgte diesen neuen Ermittlungsergebnissen der Staatsanwaltschaft Köln und stützte sich in den Erläuterungen zu der Rücknahme der Anrechnungsverfügung vor allem auf die Aussage des Herrn T..

Anfang Dezember 2017 teilte der bislang tätige Kölner Staatsanwalt gegenüber dem Finanzamt für Großunternehmen mit, dass er nicht mehr zuständig sei. Frau Oberstaatsanwältin B. habe das Verfahren übernommen.

X. Rechtliche Bewertung innerhalb des Finanzamtes

Das Finanzamt für Großunternehmen setzte Ende des Jahres 2017 die Weisung des Bundesministeriums der Finanzen zur Rücknahme der Anrechnungsverfügung für das Jahr 2010 um. Am 22. Januar 2018 legte das Finanzamt für Großunternehmen – nach Aufforderung der Finanzbehörde – ein Schreiben vor, mit dem die Fragenliste des Bundesministeriums der Finanzen vom 1. Dezember 2017 beantwortet wurde. Die Finanzbehörde verfasste auf Basis der Stellungnahme des Finanzamtes ein Antwortschreiben an das Bundesministerium der Finanzen, welches am 31. Januar 2018 versandt wurde. Das Finanzamt wies in seinem Schreiben an die Finanzbehörde darauf hin, dass der Veranlagungszeitraum 2011 noch nicht verjährt sei und die Verjährung durch Änderungsbescheide Ende 2018 noch gehemmt werden könne. Zur möglichen Haftung der Deutschen Bank AG als der inländischen Depotbank des Brokers ICAP führte das Finanzamt aus, dass jedenfalls „*darüber nachgedacht*“ werden könnte, „*dass die Deutsche Bank zumindest bei diesen Geschäften KEST hätte einbehalten müssen*.“

Zu den unterbliebenen verjährungsunterbrechenden Maßnahmen führte das Finanzamt aus, dass die Veranlagungszeiträume 2007 und 2008 Ende 2015 verjährt seien, „da die Betriebsprüfung von einer Pflicht der Deutschen Bank zum KEST-Einbehalt ausging.“ Tatsächlich hatte die Betriebsprüfung im Vermerk vom 5. Juni 2015 die Auffassung vertreten, es sei bei der Warburg Bank bzw. Gruppe nichts weiter zu veranlassen. In Bezug auf den Veranlagungszeitraum 2009, bei dem Ende 2016 Zahlungsverjährung eingetreten war, stellte sich das Finanzamt auf den folgenden Standpunkt:

„Die Zahlungsverjährung kann nur durch den Erlass eines Bescheides unterbrochen werden. Daher ist es geboten, zumindest einen Sachverhalt vorliegen zu haben, der eine rechtliche Prüfung und eine sachgerechte Ermessensausübung möglich macht und mit dem das Finanzamt seiner Feststellungs- bzw. Beweislast nachkommen kann.

[...]

Bei allen Verdachtsmomenten lag daher Ende des Jahres 2016 weder ein gesicherter Sachverhalt vor, noch waren die rechtlichen Voraussetzungen derart geklärt, dass eine Rücknahme der Anrechnungsverfügung des Jahre [sic] 2009 gerechtfertigt gewesen wäre.

Dabei ist im Rahmen der Ermessensabwägung auch zu berücksichtigen, dass im Falle einer Festsetzung trotz AdV ggf. Rückstellungen zu bilden sind und ein Institut gefährdet sein bzw. zusammenbrechen kann. Schließlich hielt auch der damals zuständige Staatsanwalt die Entscheidung des Finanzamtes für zutreffend.“

Das Finanzamt begründete die unterbliebene Verjährungsunterbrechung folglich allein aus den rechtlichen und tatsächlichen Erfolgsaussichten einer Klage gegen einen etwaigen Änderungsbescheid. Die Behörde war bestrebt, einen rechtmäßigen Bescheid zu erlassen und sah sich hierzu aufgrund des unklaren Sachverhalts im Jahr 2016 nicht in der Lage.

Das Finanzamt war noch nicht einmal von der Rechtmäßigkeit des – auf Weisung des Bundesministeriums der Finanzen – erlassenen Änderungsbescheides für den Veranlagungszeitraum 2010 überzeugt. Die Warburg Gruppe legte gegen den Bescheid umgehend Einspruch ein und beantragte die Aussetzung der Vollziehung. Das Finanzamt gewährte die Aussetzung der Vollziehung, da es ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Änderungsbescheides hatte (vgl. § 361 Abs. 2 AO). Frau P. erklärte der Düsseldorfer Steuerfahndung in einem Telefonat am 23. Februar 2018 die Hintergründe von Änderungsbescheid und Aussetzung der Vollziehung (Zitat aus Telefonvermerk vom 23. Februar 2018):

„Sie fragte nach der AdV + ich habe ihr gesagt, dass diese gewährt wurde. Zum einen stand das in dem ersten Schreiben des BMF. Zum zweiten hatte Hr. M. [Abteilungsleiter im BMF; Anm. d. Verf.] das auch noch nach dem Gespräch bestätigt. Darüber hinaus halten wir die Bescheide für rechtswidrig, solange keine belastbaren Liefer- und Handelsketten für 2010 vorliegen. Ich habe darauf hingewiesen, dass wir selber wohl kaum welche werden ermitteln können und auf regelmäßige Updates aus NRW angewiesen sind, schon um eine Untätigkeitsklage zu verhindern.

[...]

Ich habe lediglich erwähnt, dass ich die Entscheidung des BMF für eine rein politische halte und dass es für eine Behörde recht unangenehm ist, einen rechtswidrigen Bescheid zu erlassen, der jetzt rechtmäßig gemacht werden müsse.“

Die für die Besteuerung der Warburg Bank und Gruppe zuständige Frau P. ging folglich Anfang 2018 von der Rechtswidrigkeit der kurz zuvor erlassenen Änderungsbescheide aus. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass eine Rücknahme nur dann rechtmäßig erfolgen könne, wenn die tatsächlichen Leerverkäufer anhand von Lieferketten ermittelt worden wären.

Die Lieferketten sollten von der Betriebsprüfung ermittelt werden. Trotz dieser Aufgabenteilung erreichten die Betriebsprüfer und die Veranlagungsstelle, konkret Frau P., kein Verhältnis einer vertrauensvollen Zusammenarbeit. Unter dem 1. März 2018 verfassten zwei Betriebsprüfer einen Vermerk mit dem Titel „*Cum / Ex-Geschäfte im Eigenhandel der Warburg Bank 2010*“, der aus einer Seite zum Sachverhalt und weiteren sieben Seiten zur Rechtslage bestand. Obwohl die Prüfer keine tatsächlichen Leerverkäufer ermitteln konnten, gingen sie im Rechtsteil ihres Vermerkes davon aus, dass die Aktien von Leerverkäufern stammen müssten und die Änderungsbescheide vom 13. Dezember 2017 rechtmäßig wären.

Frau P. vertrat hierzu die entgegengesetzte Position. In handschriftlichen Anmerkungen zu dem Vermerk machte sie mehrere Einwände geltend. Unter anderen führte sie aus, dass bloße Vermutungen zu Leerverkäufen keine belastbare Grundlage für rechtmäßige Bescheide seien. Sie schrieb deutlich:

„Die Bp sollte den Sachverhalt ermitteln, insbesondere Lieferketten. Zu einer rechtlichen Würdigung waren sie nicht gefragt. Lieferketten sind anscheinend nicht zu ermitteln und der Leerverkäufer anscheinend auch nicht.

[...]

Der Bp ist es nicht möglich, einen SV zu vermitteln, der Grundlage des Verfahrens sein könnte. Sollte nicht weitere Ermittlungen durchgeführt werden, muß das Verfahren ausschließlich mit Indizien geführt werden.

Die Prüfer selber gehen davon aus, dass nicht alle relevanten Tatsachen bekannt sind. Fraglich ist, wie sie trotzdem einen Abrechnungsbescheid rechtfertigen!

Auch das FG Hessen hat den Leerverkäufer bspw. ermittelt und festgestellt, dass dort keine Kest einbehalten wurde.“

Eine weitere Besprechung zwischen Frau P. und den zwei Betriebsprüfern am 13. Juni 2018 zu der Ermittlung der Lieferketten brachte offenbar keine Lösung. Auf den Einwand von Frau P., dass selbst die Staatsanwaltschaft Köln im Herbst 2017 die vorhandenen Daten aus internen Untersuchungsberichten der Deutschen Bank AG für unergiebig gehalten habe, meinte ein Prüfer lediglich, dass der Staatsanwalt ja ausgetauscht sei. Der Anweisung, die Lieferketten zu ermitteln, wollte der Prüfer nicht nachkommen, da dies „*nicht wichtig sei.*“

Die Anmerkungen und Aussagen verdeutlichen, dass die rechtlichen Möglichkeiten von Rückforderungsbescheiden innerhalb des Finanzamtes für Großunternehmen unterschiedlich beurteilt wurden. Während die Betriebsprüfung den bereits ermittelten Sachverhalt für ausreichend erachtete, war die Behördenleitung – genauso wie die Staatsanwaltschaft Köln bis Ende 2017 – bestrebt, den Sachverhalt und insbesondere die Leerverkäufer zu ermitteln, um die Steueranrechnungsbeträge auf einer belastbaren rechtlichen Grundlage zurückfordern zu können. Hierbei handelte es sich um behördeninterne Meinungsverschiedenheiten. Einflüsse von außen, etwa aus der Finanzbehörde, sind weder dokumentiert noch liegen hierfür Anhaltspunkte vor.

XI. Weitere Kommunikation mit dem Bundesministerium der Finanzen und der Staatsanwaltschaft Köln

Am 18. April 2018 meldete sich das Bundesministerium der Finanzen auf das Schreiben der Finanzbehörde vom 31. Januar 2018. Das Bundesministerium der Finanzen forderte die Finanzbehörde u.a. auf, die Ermittlungsansätze zur weiteren Aufklärung der Struktur mitzuteilen. Ferner betonte das Bundesministerium der Finanzen die Wichtigkeit der Aufklärung der Dividendenlevel. Die ermittelten Dividendenlevel von ca. 80 % seien aus Sicht des Bundesministeriums der Finanzen *„ausschließlich unter der Annahme von Leerverkäufen plausibel begründbar.“*

Die Finanzbehörde leitete das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen an das Finanzamt für Großunternehmen mit der Aufforderung zum Entwurf einer Stellungnahme weiter. Das Finanzamt stellte sich in seiner Antwort vom 7. Juni 2018 auf den Standpunkt, dass die Handels- und Lieferketten ermittelt werden müssten, um zweifelsfrei feststellen zu können, *„ob und auf welcher Ebene KEST einbehalten wurde.“* In diesem Zusammenhang wurde auf andere Finanzbehörden verwiesen, die zur Feststellung des Sachverhaltes Lieferketten ermitteln würden:

„Die Auffassung des Finanzamtes zu Handelsketten wird auch von Habammer, Vizepräsident des Bayerischen Landesamtes für Steuern in DSrR 2017, 1958 vertreten, wenn dieser mitteilt, vor der Rechtsanwendung steht aber die Sachverhaltsermittlung. Der Nachweis der Handelskette ist schwierig, in der Praxis das eigentliche Problem und ohne Mitwirkung der handelnden Banken in einigen Fällen unmöglich.“

Auch Hessen schein Handelsketten bei Wertpapiergeschäften zu ermitteln und ähnliche Probleme zu haben. [...]“

Das Finanzamt für Großunternehmen stufte den Dividendenlevel als *„zwar ein gewichtiges, aber dennoch nur ein Indiz“* ein. Ohne ausermittelte Handelsketten könnten Bescheide nicht rechtssicher erlassen werden. Die Ermittlung der Handelsketten wurde nach wie vor für entscheidend gehalten.

Das Finanzamt für Großunternehmen suchte zudem weiterhin den Kontakt zur Staatsanwaltschaft Köln. In einem Telefonat am 18. Juni 2018 wies Frau Oberstaatsanwältin B. gegenüber Frau P. darauf hin, dass die Strafverfolgungsbehörden hierbei eigene Aufklärungsarbeit leisten würden. Frau P. notierte hierzu:

„Sie [Frau B., Anm. d. Verf.] würde mit einer etwaigen Einspruchsentscheidung noch warten, denn die Zeugenaussagen werden frühestens im Herbst freigegeben. Sie hätten auch noch weitere Transaktionsketten. Auf meine Nachfrage, ob es sich um die – nicht aussagekräftigen Ketten aus den Unterlagen der Deutschen Bank handele – sagte sie, dass es nicht diese seien, dass sie andere hätten. Da sie gegen mehrere/vielen Banken ermitteln, könnten sie Querverbindungen herstellen.“

Die Aussagen von Frau B. wurden am 29. Juni 2018 in einer Besprechung zwischen der Vorsteherin und Frau P. als Vertreter des Finanzamtes für Großunternehmen und drei Beamten der Finanzbehörde erörtert. Die Teilnehmer erzielten darüber Einigkeit, dass *„der Sachverhalt noch nicht vollständig ausermittelt ist.“* Ferner besprachen sie, welche weiteren Ermittlungen durch das Finanzamt in Bezug auf die 26 Aktientransaktionen des Jahres 2010 durchgeführt werden sollten. Hierbei wurde dafür votiert, zeitnah ein Koordinierungsgespräch mit Vertretern des Bundesministeriums der Finanzen, der

Hamburger Finanzverwaltung sowie der Staatsanwaltschaft Köln und Ermittlern der BaFin zu vereinbaren. Die Hamburger Finanzbeamten waren folglich klar daran interessiert, für die Ermittlung eines belastbaren Sachverhaltes mit sämtlichen Behörden zusammenzuarbeiten.

Im Rahmen einer Besprechung mit den Betriebsprüfern der Warburg Bank bzw. Gruppe am 16. Januar 2019 teilte Frau Oberstaatsanwältin B. mit, dass trotz der Aussagekraft von Dividendenleveln „*der Nachweis über zumindest einige Liefer-/Handelsketten [...] zunächst unerlässlich*“ bliebe. Lieferketten blieben damit bis in das Jahr 2019 hinein ein wichtiger Baustein zum Nachweis von Leerverkäufen.

XII. Abstimmung zur einer Haftungsinanspruchnahme der Deutschen Bank AG

Mit der Weisung vom 1. Dezember 2017 hatte das Bundesministerium der Finanzen das Finanzamt für Großunternehmen aufgefordert, die Betriebsstättenfinanzämter der auf Seiten der Veräußerer handelnden Depotbanken über den Sachstand zu informieren, um die Haftung der Depotbanken verfahrensrechtlich offenhalten zu können. Mit Schreiben vom 15. März 2018 wandte sich das Finanzamt für Großunternehmen an das für die Veranlagung der Deutschen Bank AG zuständige Finanzamt Frankfurt am Main V-Höchst und wies auf Anhaltspunkte dafür hin, dass die Deutsche Bank AG nicht nur als Depotbank, sondern auch als Verleiher von Wertpapieren aufgetreten sei, die im weiteren Verlauf der Handelsketten zu einer möglicherweise ungerechtfertigten Inanspruchnahme von Kapitalertragsteuer geführt haben könnte. In dem Schreiben regte das Finanzamt für Großunternehmen gegenüber dem Frankfurter Finanzamt an, „*eine etwaige Haftungsinanspruchnahme der Deutschen Bank in eigener Zuständigkeit zu prüfen.*“

Hintergrund waren die Entscheidungen des Finanzgerichts Hessen vom 10. Februar 2016 und vom 20. März 2017, welche eine Verpflichtung der inländischen Depotbank eines Cum/Ex-Leerverkäufers zum Steuerabzug festgestellt hatten (FG Hessen, Urt. v. 10. Februar 2016 – 4 K 1684/14, EFG 2016, 761, Rz. 83):

„Dies ist für die Einbehaltung der Kapitalertragsteuer gem. § 44 Abs. 1 Satz 3, 3. Alt. EStG das inländische Kreditinstitut oder der inländische Finanzdienstleister (Depotbank), dessen sich der Schuldner der Kapitalerträge bei deren Auszahlung bedient. Diese Depotbank ist beim Aktienverkauf zur Abwicklung des Zahlungsflusses zwischengeschaltet.“

Der Vorsitzende Richter am Hessischen Finanzgericht *Helmut Lotzgeselle*, der die genannten Entscheidungen verantwortete, hat den Vorrang der Depotbankhaftung kürzlich eindrucksvoll bestätigt und in einer Stellungnahme zur öffentlichen Sitzung des Finanzausschusses des Bundestages am 9. September 2020 konkret ausgeführt (Hervorhebung durch Verf.):

*„Welche weiteren Schlussfolgerungen haben sich daraus ergeben?
Das Gericht hat in den Urteilsgründen ausdrücklich dargelegt, dass wegen der rechtswidrigen Nichteinbehaltung der Kapitalertragsteuer aufgrund der Verrechnung der Ansprüche auf schuldrechtlicher Basis in Kenntnis der Abläufe eine vorrangige Haftungsinanspruchnahme der handelnden inländischen Depotbanken nach § 44 Abs. 5 EStG vorzunehmen ist.
Gleichwohl ist bisher - mit einzelnen Ausnahmen in Bayern und Nordrhein-Westfalen - keine Haftungsinanspruchnahme von Depotbanken durch die Finanzverwaltung für die rechtswidrig*

nicht einbehaltene und demzufolge zu Unrecht erstattete Kapitalertragsteuer bekannt geworden.“

Dieser Haftungsvorrang entspricht sowohl der gesetzgeberischen Konzeption als auch dem Kenntnisvorsprung der Depotbanken auf Leerverkäuferseite, die – anders als die Erwerberseite – die Leerverkäufe klar erkennen und entsprechend durch Steuerabzug reagieren konnten. Das Finanzamt Frankfurt am Main V-Höchst wandte sich gleichwohl strikt gegen eine Haftungsinanspruchnahme der Deutschen Bank AG. Die Warburg Bank bzw. Gruppe müsse als veranlagter Steuerschuldner vorrangig in Anspruch genommen werden. Hierbei beriefen sich die Frankfurter Beamten auf Vorgaben des Bundesministeriums der Finanzen, die die Depotbanken nur subsidiär in Anspruch nehmen wollten. Das Finanzamt für Großunternehmen sah sodann davon ab, in Eigenregie einen Haftungsbescheid gegen die Deutsche Bank AG zu erlassen.

Hierbei ist beachtlich, dass das Hessische Ministerium der Finanzen bereits mit Erlass vom 24. Juli 2014 verfügt hatte, dass die Deutsche Bank AG steuerlich nicht als die „den Verkaufsauftrag ausführende Stelle“ anzusehen sei. Hier heißt es:

„Hessisches Ministerium der Finanzen [...]

Begriff der „den Verkaufsauftrag ausführenden Stelle“ i.S. des § 44 Abs. 1 Satz 3, 3. Halbsatz EStG

Ihr Bericht vom 04.06.2014 - S 1401 A-28-St3e

Ich stimme der in den Abschnitten I. bis III. Ihres o.a. Berichts vertretenen Rechtsauffassung zu. Die dargelegte Rechtsauffassung führt zu dem Ergebnis, dass in den beschriebenen drei Prüfungsfallen in Hessen eine erweiternde Auslegung des § 44 Abs. 1 S. 3, 3. HS EStG [Begriff der den Verkaufsauftrag ausführenden Stelle, Anm. d. Verf.] abzulehnen ist und bei Erfüllung des Tatbestands der §§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 43 -15- Abs. 1 Nr. 1 EStG beim inländischen Settlement Agent [... geschwärzte Textpassage...] Deutsche Bank keine die Kompensationszahlung betreffende Kapitalertragsteuerabzugsverpflichtung besteht. Mit Schreiben vom 23.07.2014 habe ich Bund und Länder mit Hilfe Ihres Berichts und der zugehörigen Anlagen in neutralisierter Form anhand einer Darstellung über die Grundkonstellation (entsprechend Abschnitt I. Ihres Berichts), über die in den drei hessischen Prüfungsfällen vorgefundene Konstellation (entsprechend Abschnitt II. Ihres Berichts) und denkbare weitere Konstellationen (entsprechend Abschnitt III. Ihres Berichts) über die über die Problematik unterrichtet.“

Die Hessische Finanzverwaltung verzichtete mit ihrer Rechtsauffassung ausdrücklich auf eine Haftungsinanspruchnahme der in Hessen ansässigen Depotbanken, obwohl diese als solche bezeichneten „Prüffälle“ zahlreiche Leerverkaufstransaktionen über das Inland abgewickelt hatten.

XIII. Rückforderung und Begleichung der Steuerbeträge

Nachdem das Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg die Anrechnungsverfügung für das Jahr 2010 zum Ende des Jahres 2017 zurückgenommen und die Warburg Gruppe zur Rückzahlung der Steuerbeträge zuzüglich Zinsen in Anspruch genommen hatte, erließ es im Dezember 2018 Änderungsbescheide für den Veranlagungszeitraum 2011. Auf Antrag gewährte das Finanzamt auch für das Jahr 2011 die Aussetzung der Vollziehung.

Im März 2020 zahlte die Warburg Gruppe die Steuerbeträge (Körperschaftsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag) für die Jahre 2010 und 2011 nebst Zinsen an das Finanzamt. Für beide Jahre zahlte die Warburg Gruppe Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von ca. EUR 41,9 Mio. sowie Zinsen zur Körperschaftsteuer in Höhe von EUR 13,3 Mio.

Am 15. April 2020 erließ das Finanzamt für die Jahre 2007 bis 2009 Änderungsbescheide und nahm die Anrechnungsverfügungen zurück. Das Finanzamt begründete die Rücknahme vor allem mit der Aussage des Aktienhändlers T. bei der Staatsanwaltschaft Köln, wonach jedenfalls für das Jahr 2008 von „Leerverkaufskonstruktionen“ und Absprachen zwischen den einzelnen Parteien auszugehen sei. Des Weiteren seien – auf Grundlage der Aussage des Aktienhändlers – wegen der Höhe des Dividendenlevels von 80 % mit einer Wahrscheinlichkeit von 99 % steuerschädliche Cum/Ex-Geschäfte getätigt worden. Es bestünde nur eine theoretische Möglichkeit, dass es sich um einen Inhaberverkauf gehandelt habe.

Die Warburg Gruppe legte gegen die Änderungsbescheide Einspruch ein und beantragte die Aussetzung der Vollziehung, die umgehend – wegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Bescheide – gewährt wurde. Im Rahmen des Einspruchsverfahrens teilte das Finanzamt mit, dass es sich an die zuvor geäußerte Rechtsauffassung, wonach die Jahre 2007 bis 2009 bereits zahlungsverjährt seien, nicht mehr gebunden fühle. Die Rechtslage sei bestenfalls unklar und müsse daher womöglich gerichtlich entschieden werden.

Mit den Änderungsbescheiden vom 15. April 2020 nahm das Finanzamt die Warburg Gruppe auf Zahlung von insgesamt ca. EUR 187,5 Mio. in Anspruch. Davon beglich die Warburg Gruppe umgehend einen Betrag von ca. EUR 19,6 Mio., indem sie sich mit einer entsprechenden Verrechnung ihres Gewerbesteuer Guthabens einverstanden erklärte. Ende 2020 zahlte die Warburg Gruppe die noch offenen Steuerbeträge (Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag) von insgesamt ca. EUR 100,3 Mio. Zudem zahlte die Warburg Gruppe ca. 10,7 Mio. an Zinsen. In Bezug auf die übrigen Zinsen zur Körperschaftsteuer in Höhe von ca. EUR 56 Mio. gewährte das Finanzamt erneut die Aussetzung der Vollziehung, da insoweit ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Zinshöhe bestehen.

Warburg hat damit sämtliche Steuerbeträge beglichen und zudem bereits über EUR 24 Mio. an Zinsen gezahlt. Zinsen in Höhe von weiteren EUR 56 Mio. können noch hinzukommen. Vorausgesetzt, die Steurrückforderungen sowie die gegenwärtige Zinshöhe werden gerichtlich bestätigt, hat der Fiskus von seinem anfänglichen Zögern und seinem Abwarten auf weitere Sachverhaltsaufklärung im Endeffekt in Millionenhöhe profitiert. Neben den kompletten Steuerbeträgen werden die Hamburger Finanzbehörden Zinseinnahmen von bis zu EUR 80 Mio. vereinnahmen können.

C. Fazit

Die Hamburger Finanzbehörden haben in den Jahren 2016 und 2017 nach Recht und Gesetz und auf der Basis ihres jeweiligen Wissenstandes vertretbar sowie in Abstimmung mit den Strafverfolgungsbehörden gehandelt. Die zuständigen Beamten im Finanzamt für Großunternehmen waren durchweg bestrebt, sich rechts- und gesetzeskonform zu verhalten. Die Rücknahme der Anrechnungsverfügungen war aus ihrer Sicht nur möglich, wenn Leerverkäufe nicht als eine Möglichkeit, sondern als erwiesene Tatsache eingestuft werden konnten. Dies konnte nur über die Aufklärung von Handels- und Lieferketten gelingen. Innerhalb des Finanzamtes sollten die Betriebsprüfer daher die Lieferketten nach-

verfolgen. Solange die Leerverkäufe nicht nachgewiesen waren, bestand für das Finanzamt ein unverhältnismäßig hohes Risiko, einen rechtswidrigen Bescheid zu erlassen.

Dabei spielte vor allem die fehlende Risikotragfähigkeit der Bank eine Rolle: Selbst wenn das Finanzamt die Vollziehung eines Rückforderungsbescheides ausgesetzt hätte, wäre die Bank aufgrund bilanzieller Überschuldung und einem dann drohenden Moratorium der BaFin mit hoher Wahrscheinlichkeit in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Vor diesem Hintergrund konnte das Finanzamt nach eigener Einschätzung die angerechneten Kapitalertragsteuern nur bei tatsächlich erwiesenen Leerverkäufen zurückfordern.

Hinweise auf eine politische Einflussnahme auf Beamte des Finanzamtes gibt es nicht. Die Beamten des Finanzamtes haben sich mit der Finanzbehörde abgestimmt. Direkter Kontakt des Finanzamts für Großunternehmen in Hamburg zu politischen Entscheidungsträgern bestand nicht. Die Finanzbehörde forderte das Finanzamt bereits im Jahr 2016 auf, die Steuerverfahren von Warburg Bank bzw. Gruppe, soweit sie die Cum/Ex-Transaktionen betrafen, eng abzustimmen. Konkret bereitete das Finanzamt die einzelnen Schritte im Besteuerungsverfahren durch Empfehlungen oder Stellungnahmen an die Finanzbehörde vor. Weisungen aus der Finanzbehörde sind nicht dokumentiert, stattdessen zeigt die Aktenlage, dass die Finanzbehörde den Empfehlungen des Finanzamtes jeweils folgte. Weisungen politischer Art an das Finanzamt sind ebenfalls nicht dokumentiert. Da Frau P. zu jedem Telefonat einen Telefonvermerk oder eine kurze Aktennotiz anfertigte, erscheint eine direkte politische Einflussnahme auf das Finanzamt ausgeschlossen.

Das Finanzamt selbst stimmte sich eng mit der ermittelnden Staatsanwaltschaft Köln ab. Bis Ende des Jahres 2017 billigte der dort zuständige Staatsanwalt das Absehen von einer Steuerrückforderung. Wie das Finanzamt ging er davon aus, dass der Sachverhalt zu unklar sei, um durch Rückforderungsbescheide unumkehrbare Tatsachen zu schaffen. Die Haltung der Staatsanwaltschaft Köln änderte sich erst, als Ende des Jahres 2017 die Zuständigkeit innerhalb der Behörde wechselte. Zeitgleich wiesen erste Aussagen von Kronzeugen darauf hin, dass Leerverkäufe nicht nur über die Nachverfolgung von Lieferketten, sondern zusätzlich (oder gar alternativ) über die Berechnung von sog. Dividendenleveln nachgewiesen werden könnten. In den Jahren 2016 und 2017 lagen dem Finanzamt für Großunternehmen diese Erkenntnisse noch nicht vor.

Das Finanzamt für Großunternehmen war zudem bestrebt, die Haftung der Depotbank aufzuklären. Die Entscheidung des Finanzgerichts Hessen vom 10. Februar 2016 und vom 10. März 2017 sowie die Aussagen des zuständigen Senatsvorsitzenden *Lotzgeselle* zum Vorrang der Depotbankenhaftung zeigen, dass das Finanzamt die Haftung korrekt verfolgte, aber an der zuständigen Frankfurter Finanzverwaltung – sowie der fehlenden Rückendeckung aus dem Bundesministerium der Finanzen – letztlich scheiterte.