

Rechtsanwalt Dr. Gauweiler
Gauweiler & Sauter
Lenbachplatz 6
80333 München
Tel.: 089/3564784-10
Tel.: 089/3564784-99
peter.gauweiler@gauweiler-sauter.de

Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft
Erklärung von Herrn Rechtsanwalt Dr. Gauweiler für Herrn Dr. Christian Olearius zur
Aussage des Zeugen Michael Sell und Dr. Rolf Möhlenbrock
in der Sitzung vom 04.02.2022

Für Herrn Dr. Olearius gebe ich folgende Erklärung ab:

1. Der PUA wurde nicht über die Tätigkeit des Zeugen Michael Sell bei der BaFin informiert

Die Auskünfte des Zeugen Sell zu seinen persönlichen Verhältnissen und seinem Lebenslauf waren insofern unvollständig, als der Zeuge dem PUA nicht seine eigene Rolle im Zusammenhang mit „Cum-Ex“ als Exekutivdirektor Querschnittsaufgaben bei der BaFin von April 2008 bis April 2012 offengelegt hat.

Lebenslauf des Herrn Michael Sell:

- 1989 bis 1992: Steuerabteilung einer Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
- 1993 bis 1995: Referent „Dienstrecht“ im BMF
- von Februar 1996 bis April 2008 Ministerialdirigent Finanzpolitik im Bundeskanzleramt

Zunächst Referent „Steuerpolitik“ bis 1998, dann von 1999 bis 2004 Referatsleiter „Steuerpolitik“, ab 2005 Gruppenleiter Finanzpolitik

- von April 2008 bis April 2012 Exekutivdirektor Querschnittsaufgaben bei der BaFin

Zuständigkeit: Alle Aufgaben, die ab einer gewissen Größenordnung abteilungsübergreifend für die BaFin insgesamt von Bedeutung sind

- Mai 2012 bis September 2018: Abteilungsleiter Direkte Steuern beim BMF (Ministerialdirektor)

- von Dezember 2018 bis September 2021: Rechtsanwalt in der Kanzlei Seitz Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB
- seit September 2021: Leiter der Abschlussprüferaufsichtsstelle beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (Im Auftrag der Bundesregierung setzt das BAFA zentrale Klimaschutzprogramme um, beispielsweise durch die Steigerung der Energieeffizienz in Gebäuden oder die Förderung der Elektromobilität).

Im Jahr 2008 – mitten in der Finanzkrise – ist der Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung („SoFFin“) auf Grundlage des StFG gegründet worden, der die von der Finanzkrise ab dem Jahr 2007 betroffenen Banken mit einem Volumen von bis zu 480 Mrd. EUR stabilisieren sollte. Der SoFFin wurde insbesondere auch mit Blick auf die WestLB gegründet: Die SoFFin hat für die WestLB als erstem Institut eine Abwicklungsanstalt errichtet, in die Aktiva in Höhe von 85 Mrd. EUR ausgegliedert wurden. Mit diesem Schritt konnte die WestLB Auflagen der EU-Kommission erfüllen. Diese hatte eine Verringerung der Bilanzsumme sowie risikoreicher Aktiva angeordnet.

Die globale Finanzkrise begann am 09. August 2007. An diesem Tag stiegen die Zinsen für Interbankfinanzkredite sprunghaft an. Der Höhepunkt der Krise war der Zusammenbruch der US-amerikanischen Großbank Lehman Brothers am 15. September 2008.

Ausgehend von einem Bericht des Handelsblatts vom 07./08. Dezember 2019 auf S. 38 ist öffentlich bekannt, dass die WestLB noch am Tag ihrer Hauptversammlung am 04. April 2007 für zwei Wochen mit einem Anteil von 14% im Wert von 9 Mrd. EUR zum größten Einzelaktionär der Daimler-Chrysler AG geworden war. Der Erwerb von 14% der Aktien an der Daimler-Chrysler AG im Jahr 2007 durch die WestLB hätte nach § 26 WpHG innerhalb von 3 Handelstagen gemeldet werden müssen. Von Gesetzes wegen bestanden keine Rechte aus Aktien für die Zeit, für welche die Mitteilungspflichten - wie im vorliegenden Fall - unerfüllt blieben (§ 28 WpHG). Als Folge hiervon ist noch im Jahr 2007 im Auftrag der BaFin eine Sonderprüfung nach §§ 44 ff. KWG durch einen externen Gutachter veranlasst worden.

Dieser Vorgang muss dem Zeugen Sell, der im Jahr 2007 Gruppenleiter Finanzpolitik beim BMF und ab April 2008 Exekutivdirektor Querschnittsaufgaben bei der BaFin war, bekannt gewesen sein. Zur Zuständigkeit des Exekutivdirektors Querschnittsaufgaben gehörten gerade Fälle, die aufgrund ihrer Größenordnung abteilungsübergreifend für die BaFin von Bedeutung waren. Der Erwerb von 14% der Anteile der Daimler-Chrysler AG gilt als größtes „Cum-Ex“-Geschäft aller Zeiten. Noch im Mai 2010 beschäftigte der

Fall den Finanzausschuss des Landtags NRW. Der Exekutivdirektor aD Michael Sell muss daher mit dem Fall befasst worden sein.

Aus den nunmehr vorliegenden öffentlich zugänglichen Erkenntnissen über die WestLB (und deren Rechtsnachfolgerin Portigon) ist zu folgern, dass derartige Geschäfte auch nach der Sonderprüfung durch die BaFin ab dem Jahr 2007 nicht unterbunden worden sind und Rückstellungen wegen der kontroversen Steuerprofite erst wesentlich später im Jahr 2013 gebildet wurden. Nunmehr hat das Landgericht Frankfurt a.M. in der Verantwortung der vormaligen, zu 100% im Staatseigentum stehenden WestLB mit Urteil vom 29. September 2021, Az.: 2-27 O 328/20 eine Steuerschädigung von EUR 1 Milliarde festgestellt.

Der BaFin-Direktor Jochen Sanio hat als Zeuge im 4. Untersuchungsausschuss des 18. Deutschen Bundestages ausgesagt, man sei davon ausgegangen, die Finanzbehörden duldeten Cum/Ex. Diese Aussage könnte auf Erkenntnissen beruhen, die im Umgang mit der WestLB gewonnen wurden.

In jedem Fall aber ist unvorstellbar, dass sich der BaFin-Direktor Sanjo bei seiner Aussage nicht auf Angaben des Exekutivdirektors Querschnittsaufgaben Michael Sell gestützt hat. In die Zuständigkeit des Exekutivdirektors Querschnittsaufgaben fallen alle Aufgaben, die ab einer gewissen Größenordnung abteilungsübergreifend für die BaFin von Bedeutung sind. Der Fall WestLB – zu deren Rettung 85 Mrd. EUR an Aktiva in eine „Bad Bank“ der SoFFin ausgegliedert wurden und die durch „Cum-Ex“ einen Steuerschaden von mindestens EUR 1 Mrd. verursacht hat – muss damit in die Zuständigkeit des Exekutivdirektors Sell gefallen sein.

In seiner Zeugenaussage vor dem 4. Untersuchungsausschuss des 18. Deutschen Bundestages hat Herr Sell hingegen angegeben, erstmalig im Mai 2012 mit dem Phänomen „Cum-Ex“ befasst worden zu sein – anders als sein Mitarbeiter Dr. Möhlenbrock, der angab, bereits 2009 von „Cum-Ex“ Kenntnis erlangt zu haben. Das kann nicht richtig sein.

Wir regen daher dringend an,

den Zeugen Michael Sell noch einmal zu laden und ihn zu seiner beruflichen Vorbefassung mit „Cum-Ex“ insbesondere als Exekutivdirektor Querschnittsaufgaben bei der BaFin zu befragen.

Ferner erinnern wir an unseren Beweisantrag vom 23.04.2021,

den Sonderprüfungsbericht der BaFin im Fall WestLB aus dem Jahr 2007 / 2008 von Amts wegen beizuziehen.

2. Den Zeugen wurden wesentliche, von den Betroffenenvertretern dem PUA unterbreitete Fragen nicht gestellt

- a) Der Zeuge Michael Sell wurde nicht dazu befragt, wie es zur Teilnahme der Oberstaatsanwältin Brorhilker an der Besprechung vom 8. November 2017 kam und welche Rolle Frau OStA'in Brorhilker bei dieser Besprechung hatte. Frau OStA'in Brorhilker hat bei ihrer Zeugenaussage vom 03.12.2021 folgendes ausgesagt:

***Dr. Mathias Petersen, Vorsitzender:** Hatten Sie im Laufe Ihrer Ermittlungen, insbesondere in den Jahren 2016, 2017, zur Warburg Bank einen Austausch mit der BaFin?*

***Zeugin Brorhilker:** Ja*

***Dr. Mathias Petersen, Vorsitzender:** Ist Ihnen bekannt, wie die BaFin die Cum/Ex-Geschäfte der Warburg Bank eingeschätzt hat, insbesondere in den Jahren 2016, 2017, und hat sich die Einschätzung der BaFin im Laufe der Zeit verändert?*

***Zeugin Brorhilker:** (...) Also für mich war überhaupt nicht nachvollziehbar, und ganz ehrlich, ich hatte den Eindruck, der Bericht ist gar nicht gelesen worden. Dank der Fußnoten - - Also die Punkte, die ich jetzt gerade erwähnt habe, die habe ich da auch angesprochen und habe jeweils auch immer die Fußnoten in dem Gespräch schon herausgesucht und gesagt, hier, die Belege liegen doch da in dem Anlagenband und da in einer Fußnote. Im Gespräch gab es keine Erwiderung darauf, außer dass gesagt wurde, nein, das finde ich aber nicht so.*

Also das war anfänglich die Haltung der BaFin, oder sagen wir mal so, die Zwischenphase, denn anfänglich gab es ja diesen Prüfungsbescheid, dass eine Sonderprüfung überhaupt gemacht werden sollte. Und dann die Gespräche waren eben erstaunlich, tja, oberflächlich. Und später hat sich das wiederum komplett gedreht. Also heute ist die BaFin da ja sehr - wie soll ich sagen? - durchsetzungsfähig. Es hat sich also in meiner Betrachtung von außen wiederum geändert.

Also ich kann Ihnen natürlich nicht sagen, wie das jetzt innerhalb der BaFin in der Breite aussah, sondern ich kann Ihnen nur sagen: Die Gespräche, die ich geführt habe mit den Gesprächspartnern, aus meiner Sicht gab es diese drei Phasen, aber ob das jetzt die offizielle Haltung der BaFin widerspiegelt, kann ich Ihnen natürlich nicht sagen.

Weder die Zeugin Brorhilker noch der Zeuge Sell sind jedoch vom PUA dazu befragt worden, was genau BaFin und BMF von Frau Brorhilker „gelernt“ hatten und welche Rolle Frau Brorhilker bei der internen Meinungsbildung gespielt hatte.

- b) Die Zeugen Sell und Dr. Möhlenbrock wurden nicht dazu befragt, ob das BMF aufsichtliche Maßnahmen gegen Landesbanken im Zusammenhang mit „Cum-Ex“-Geschäften durchgeführt hat und ob es Besprechungen des BMF mit Vertretern von Landesbanken wegen der Behandlung solcher Geschäfte gab. Insbesondere wurden die Zeugen nicht zu den sich aufdrängenden Parallelen zu dem ebenfalls die Verantwortlichkeit des Hamburger Senats betreffenden Fall HSH Nordbank befragt.

Am 6. Juli 2021 fand Presseberichten zufolge eine Durchsuchung der Geschäftsräume der HSH Nordbank statt. Der Durchsuchungsbeschluss soll sich auf einen Antrag der Staatsanwaltschaft Köln stützen und auf dem Vorwurf gegen (mindestens) zwei Mitarbeiter der Bank beruhen, sich im Zusammenhang mit so genannten Cum-Ex-Geschäften der Steuerhinterziehung schuldig gemacht zu haben. Wie bekannt ist, hat die HSH Nordbank im Jahr 2014 einen Betrag von 126 Mio. Euro an das Finanzamt zurückgezahlt, den sie aus mutmaßlich rechtswidrigen Aktiengeschäften über den Dividendentichtag in den Jahren 2007 bis 2011 erlangt hatte. Die gegen Mitarbeiter der Bank geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sind daraufhin von der Staatsanwaltschaft Hamburg - wohl aus Opportunitätsgründen - eingestellt worden. Die Betroffenenvertreter haben daher bereits mit Schreiben vom 24.08.2021 beantragt, die Ermittlungs- und Steuerakten im Fall HSH Nord beizuziehen und alle von 2007 bis 2011 für die Aufsicht über die HSH Nord zuständigen Finanzsenatoren und Bürgermeister zu den internen Vorgaben für die Durchführung von „Cum-Ex“-Transaktionen zu vernehmen.

Es hätte sich aufgedrängt, auch die Vertreter des BMF dazu zu befragen, warum man im Fall Warburg eine Weisung erteilt hat, nicht aber im Fall der HSH Nordbank.

Daraus hätte sich ganz zwanglos die weitere Frage ergeben, ob das BMF bei irgendeiner (!) Landesbank (WestLB, LBBW etc.) entsprechenden Aufklärungsbedarf in Sachen „Cum-Ex“ gesehen hat und wenn dies bei keiner einzigen Landesbank der Fall war – obwohl die 2017 bekannten angebliche Schadenssumme bei Warburg bei den Landesbanken bis zum Faktor 10 überschritten wurden – wie diese Fokussierung des Eingriffsermessens auf Warburg durch das Bundesfinanzministerium zu erklären ist.

- c) Der Zeuge Sell wurde nicht zur BMF-internen Genese der Weisung vom 08.11.2017 sowie zur Befassung der politischen Spitze befragt. Wir hatten diesbezüglich

insbesondere die Frage angeregt, ob Staatssekretäre oder der Bundesminister der Finanzen in die Entscheidung über die Erteilung der Weisung des BMF vom 08.11.2017 einbezogen waren, was sich angesichts des Untersuchungsauftrags – politische Einflussnahme zu Gunsten oder zu Lasten von Warburg – aufgedrängt hätte.

- d) Die Zeugen Sell und Dr. Möhlenbrock wurden weiter nicht zu ihrer persönlichen Kenntnis über „Cum-Ex“ in den Jahren 2007 bis 2011 sowie zu ihrer Meinungsbildung vom „Unrechtscharakter“ von „Cum-Ex“ befragt.

Aus den Akten des 4. Untersuchungsausschusses des 18. Deutschen Bundestages (BT-Drs. 18/12700) geht hervor, dass Vertreter des BMF bereits im Oktober 2009 an dem Ad-Hoc-Arbeitskreis Leerverkäufe teilgenommen haben. In seiner Zeugenaussage vor diesem Untersuchungsausschuss des Bundestages hat Herr Sell angegeben, erstmalig im Mai 2012 mit dem Phänomen „Cum-Ex“ befasst worden zu sein.

Herr Dr. Rolf Möhlenbrock – bereits ab 2008 Referatsleiter in der Steuerabteilung des BMF – gibt in seiner Zeugenaussage vor dem 4. Untersuchungsausschuss des 18. Deutschen Bundestages an, bereits „Anfang 2009“ Kenntnis von „Cum-Ex“ als Sachverhaltsbeschreibung und einer damit verbundenen „möglicherweise sogar strafrechtlichen Relevanz“ erhalten zu haben. In diesen Zeitraum fiel auch die Sonderprüfung bei der WestLB wegen des Erwerbs von 14% der Anteile an DaimlerChrysler im April 2007. Von welcher Person Herr Dr. Möhlenbrock die Information erhalten hatte, wollte er nicht offenlegen.

Im Hamburger PUA hat Herr Dr. Möhlebrock demgegenüber angegeben, vom BZSt, den Bundesländern und ab 2016 durch Länderbefragungen von Cum-Ex erfahren zu haben. Den anonymen Informanten, den Herr Dr. Möhlenbrock gegenüber dem Deutschen Bundestag erwähnt hatte, hat der Zeuge dem PUA bei dieser Aussage vorenthalten.

Wir regen daher ausdrücklich an,

Herrn Dr. Möhlenbrock erneut zu laden und ihn hinsichtlich der Widersprüchlichkeiten seiner Aussagen vor dem PUA der Hamburgischen Bürgerschaft einerseits und dem PUA des Deutschen Bundestages andererseits zu befragen.

- e) Die Zeugen Sell und Dr. Möhlenbrock wurden nicht dazu befragt, ob das BMF geprüft hat, ob es sich bei der Ermöglichung von „Cum-Ex“ um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Unionsrechts gehandelt hatte, die der Europäischen Kommission hätte gemeldet werden müssen.

Die Aussagen der Zeugen Sell und Dr. Möhlenbrock legen – ebenso wie die Zeugenaussage des Herrn Scholz vom 30. April 2021 – nahe, dass Warburg der einzige Fall war, in dem das BMF eine rechtsaufsichtsrechtliche Weisung erteilt hat.

Asymmetrien bei der Rückforderung staatlicher Zuwendungen können – ebenso wie die Ermöglichung der staatlichen Zuwendung durch eine fehlerhafte Gesetzgebung – staatliche Beihilfen im unionsrechtlichen Sinne sein.

Aus diesem Grund haben wir den ehemaligen Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs, Herrn Prof. Dr. Vassilios Skouris gebeten, die „Cum-Ex“-Problematik unter dem Gesichtspunkt des unionalen Beihilferechts gem. Art. 107, 108 AEUV zu untersuchen.

Herr Professor Skouris kommt dabei zu folgendem Ergebnis:

„Cum-Ex-Geschäfte erfüllen alle Voraussetzungen, damit sie als „Beihilfen“ im Sinn des Europäischen Unionsrechts qualifiziert werden, weil

- sie den an ihnen beteiligten Wirtschaftsteilnehmern allgemein einen finanziellen Vorteil gewähren (nämlich eine Steuererstattung für nicht abgeführte Kapitalertragsteuer), der zudem bei den sog. wirtschaftlichen Eigentümern der „leer-gekauften“ Aktien durch Zeitablauf in den Fällen verbleiben darf, in denen eine Verjährung nach Art. 17 der Verordnung 2015/1589 eingetreten ist;

- dieser Vorteil mit Rücksicht darauf als „selektiv“ erscheint, dass lediglich die an den Leerkäufen von Aktien beteiligten Personen von einer ungerechtfertigten Steuererstattung profitiert haben;

- die so begünstigten Wirtschaftsteilnehmer durch die ungerechtfertigte Steuererstattung ihre finanzielle Stellung auf Kosten des deutschen Fiskus verbessert haben und damit von staatlichen Ressourcen bedient worden sind;

- und (weil) schließlich der über längere Zeit gewährte finanzielle Vorteil Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt hat.“

Das diesbezügliche Gutachten von Herrn Professor Skouris legen wir dem PUA hiermit als **Anlage** vor.

Hieraus folgt, dass die Bundesrepublik Deutschland auch unionsrechtlich verpflichtet gewesen wäre, gegen alle Kreditinstitute gleichermaßen vorzugehen. Herr Professor Skouris stellt in seinem Gutachten auch fest, dass nicht nur die Ermöglichung von „Cum-Ex“ durch den Staat, sondern auch das ungleiche Einschreiten der Exekutive unionsrechtlich als nicht vom AEUV gedeckte Beihilfe qualifiziert werden muss.

München, den 17.02.2022

Dr. Gauweiler
Rechtsanwalt

**DIE BEIHILFENRECHTLICHE BEURTEILUNG DER CUM-EX-
GESCHÄFTE**

GUTACHTEN

erstellt

von Professor Dr.Dr.h.c.mult.

Vassilios Skouris*

***Emeritus Professor der Universität Thessaloniki, Affiliate Professor der
Bucerius Law School, Hamburg, Präsident des Gerichtshofs der
Europäischen Union (2003-2015)**

[1.] Aus Anlass der mit den sog. Cum-Ex-Geschäften seit ihrer Erscheinung vor ungefähr 20 Jahren in Deutschland aufgetretenen und noch nicht ganz bewältigten Probleme wurde ich von der Kanzlei Gauweiler & Sauter gefragt, ob und inwiefern die rechtliche Behandlung dieser Geschäfte durch den deutschen Staat unter dem Gesichtspunkt des Europäischen Unionsrechts und insbesondere des Beihilfenrechts Bedenken unterliegt.

I. ERSCHEINUNG UND ENTWICKLUNG DER CUM-EX-GESCHÄFTE

[2.] Cum-Ex-Geschäfte laufen (mindestens) bis in das Jahr 2002 zurück und basieren auf dem Modell, dass rund um den Ausschüttungstag der Dividenden börsennotierter Unternehmen Aktienpakete dieser Unternehmen „Cum“ (d.h. mit Dividende) und „Ex“ (d.h. ohne Dividende) gehandelt wurden und mittels einer komplizierten Konstruktion zum Ergebnis führten, dass die auf die Dividende anfallende Kapitalertragsteuer nur einmal abgeführt, aber mehrmals erstattet wurde¹. Zur Duldung dieses Phänomens seitens des Staates hat möglicherweise der Umstand beigetragen, dass in der kontrovers geführten Auseinandersetzung um die (steuerliche) Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Cum-Ex-Geschäfte eine Reihe von Fachleuten sich für ihre Legalität ausgesprochen und bewirkt haben, dass über längere Zeit – zumindest vom Standpunkt des Steuerrechts - eine gewisse (Rechts)Unsicherheit über die Frage bestand². Bezeichnend ist auch, dass obwohl diese Praxis

¹ Die Kapitalertragsteuer wurde bis 2012 beim Aktienemittenten (d.h. an der Quelle) einbehalten und an den Fiskus abgeführt. Verantwortlich für die Ausstellung der dazugehörigen Steuerbescheinigung, die bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zu einer Erstattung führen konnte, war die Depotbank des Aktieninhabers. Eine mehrfache Erstattung war im Rahmen von Cum-Ex-Geschäften möglich, weil Aktienpakete mehrmals „leerverkauft“ werden konnten und die Depotbank(en) der Leerkäufer in die Lage versetzten, so viele Bescheinigungen auszustellen, wie Leerkäufe stattgefunden hatten.

² Cum-Ex-Geschäfte werden beispielsweise von *T. Müller/L. Schade*, Das große Missverständnis der Kapitalertragsteuererstattung, BB 2017, S. 1239 ff., eher positiv beurteilt, während *C. Spengel/T. Eisgruber*, Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei

dem Bundesfinanzministerium nicht unbekannt war³, die zuständigen staatlichen Stellen auf das Problem erst in der amtlichen Begründung zum Jahressteuergesetz 2007 reagiert haben⁴, doch, wie sich gezeigt hat, ohne Erfolg: Im Gegenteil wurden Cum-Ex-Geschäfte seitdem noch stärker betrieben⁵, was das Bundesfinanzministerium veranlasst hat, in einer ersten Phase (d.h. ab dem 5. Mai 2009) auf dem Verwaltungsweg eine Lösung zu versuchen, um die durch die Häufung von Cum-Ex-Geschäften verursachte mehrfache Erstattung der Kapitalertragsteuer zu unterbinden⁶. Als auch dieser Versuch ohne große Wirkung geblieben ist⁷ und angesichts ansteigender kritischer Kommentare in der Presse⁸, ist der Gesetzgeber tätig geworden und hat durch den Übergang vom Schuldner- auf das Zahlstellenprinzip erreicht, dass ab 1. Januar 2012 die durch die Vornahme von Cum-Ex-

Cum/Ex-Geschäften, DStR 2015, S. 785 ff., eine negative Stellung einnehmen. Es ist in diesem Zusammenhang bezeichnend, dass *C. Spengel* und *T. Eisgruber* in ihrem Aufsatz in den Fußnoten 6 und 19 mehr als zwanzig Beiträge aufführen, die die Cum-Ex-Praxis sowohl steuer- als auch strafrechtlich verteidigen.

³ Vgl. dazu *C. Moes*, Cum/Ex: Rechtserzeugung im Grenzgebiet von Zivil-, Steuer- und Strafrecht, JZ 2020, S. 529 (533 mit Fn. 31) unter Hinweis auf das entsprechende die Kapitel im Bericht des vom Bundestag eingesetzten Untersuchungsausschusses in der BT-Drucksache 18/12700, S. 112 ff.

⁴ Die Absicht des Gesetzgebers ist gewesen, Steuerausfällen entgegenzutreten, „die dadurch entstehen, dass Kapitalertragssteuer bescheinigt wird, die nicht abgeführt wurde“ (BT-Drucksache 16/2712 S. 47). Die dafür eingesetzten Mittel haben aber wohl nicht gewirkt und waren überdies auf inländische Depotbanken beschränkt. Der maßgebliche Satz der Gesetzesbegründung lautet: „Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen insoweit verringert werden, als dass das inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut des Leerverkäufers zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet wird“ (BT-Drucksache 16/2712 S. 47).

⁵ Nämlich unter Einsatz von ausländischen Kredit- und Finanzleistungsinstituten, die von der gesetzlichen Neuregelung nicht erfasst wurden und die Rolle der Leerverkäufer übernommen haben: *C. Moes*, aaO (Fn. 3) S. 533 f.

⁶ Dazu ausführlich BT-Drucksache 18/12700, S. 191 ff. Zum Schreiben des Bundesfinanzministeriums s. *C. Moes*, aaO (Fn. 3) S. 534 mit Fn. 37.

⁷ In einer Auskunft der Bundesregierung vom 23. August 2019 (BT-Drucksache 19/12692, auf S. 1) heißt es, dass in der Zeit zwischen 2006 bis 2011 Erstattungsanträgen in 89 Fällen mit einem Gesamtvolumen von (lediglich) 1,26 Milliarden Euro nicht entsprochen worden war.

⁸ Z. B. DER SPIEGEL Nr. 29 aus 2009, S. 68 ff. Unter der Rubrik „cumex-files.com“ wird berichtet, dass 38 Reporter aus 12 Ländern in Sachen „Cum/Ex“ sehr intensiv recherchiert haben.

Geschäften verursachte mehrfache Erstattung der Kapitalertragsteuer ausgeschlossen wurde⁹.

[3.] Seitdem konzentriert sich die Diskussion auf das Schicksal der vor dem 1. Januar 2012 geschlossenen Cum-Ex-Geschäfte. Angesichts der beträchtlichen Summen an Kapitalertragsteuer, die im Laufe der Jahre erstattet wurde, obwohl sie nicht zuvor abgeführt worden war, wurde ein Untersuchungsausschuss des Bundestags eingesetzt und sollte klären, wie das Verhalten der Bundesregierung zu beurteilen war und ob diese früher hätte einschreiten sollen¹⁰. Der Ausschuss hat intensiv gearbeitet und am 19. Juni 2017 einen umfassenden Abschlussbericht veröffentlicht. Darin kommt er zwar zum Ergebnis, dass Cum-Ex-Geschäfte rechtswidrig sind (und auch waren)¹¹, hält aber (mehrheitlich) die damalige Bundesregierung und insbesondere den Bundesfinanzminister weder für verantwortlich, durch das Jahressteuergesetz 2007 eine Rechtsgrundlage geschaffen zu haben, die Cum-Ex-Geschäfte legalisierte, noch hält er den Vorwurf für gerechtfertigt, dass die Aufklärung der Cum-Ex-Fälle zögerlich behandelt würde, weil man ihre Bedeutung und Breite nicht erkannt hätte¹².

[4.] Die mit dem europäischen Beihilfenrecht möglicherweise verbundene Problematik wurde im Abschlussbericht des Bundestagsausschusses nicht aufgeworfen¹³. Das ist zwei Jahre

⁹ Seitdem trifft nämlich die Abzugsverpflichtung für die Kapitalertragsteuer nicht (mehr) die ausschüttende Aktiengesellschaft, sondern die Depotbank des Aktieninhabers, die auch die Verantwortung für die Ausstellung der Steuerbescheinigung trägt und dafür sorgen kann, dass nur abgeführte Steuern bescheinigt und erstattet werden. Aus der Literatur vgl. *M. Jachmann-Michel*, Die Kapitalertragsteuer – das normative Umfeld von „Cum/Ex und Co“, Teil 2: Internationale Aspekte und Dividendenstripping, JM 2020, S. 251 (253) mit Fn. 17.

¹⁰ Der Ausschuss wurde durch Beschluss vom 4. Dezember 2015 eingesetzt und hat seinen Bericht am 19. Juni 2017 eingereicht.

¹¹ BT- Drucksache 18/12700 S. 379: „Cum/Ex-Geschäfte waren und sind rechtswidrig“.

¹² BT-Drucksache aaO S. 379 ff. Vgl. auch die Sondervoten auf S. 381 ff. (DIE LINKE) und 458 ff. (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

¹³ Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 29. November 2018 zum Thema „Der Cum-Ex-Skandal: Finanzkriminalität und die Schlupflöcher im geltendem Rechtsrahmen (2018/2900(RSP))“ unter Punkt G betont, „dass die Cum-Ex-Geschäfte einige der Merkmale von Steuerbetrug aufweisen und dass beurteilt werden muss, ob gegen

später geschehen (nämlich am 12. Oktober 2020), als der Fachbereich Europa der Unterabteilung Europa des Deutschen Bundestags den Auftrag erhielt, zu klären, ob „die Nicht-Unterbindung der steuerrechtlichen Verjährung von Ansprüchen aus Cum-Ex-Geschäften durch das Hamburger Finanzamt für Großunternehmen eine verbotene Beihilfe im Sinne des Unionsrechts darstellt“¹⁴. In seiner diesbezüglichen Stellungnahme zieht der Fachbereich Europa nach eingehender Prüfung die Schlussfolgerung, dass der ihm unterbreitete Sachverhalt den Tatbestand „einer verbotenen und nicht gerechtfertigten Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV“ erfülle¹⁵.

[5.] Darüber hinaus ist vom Standpunkt des Beihilfenrechts erwähnenswert, dass die Angelegenheit auf der Ebene der EU von einem Mitglied des Europäischen Parlaments – wahrscheinlich im Anschluss an die Stellungnahme des Fachbereichs Europa des Bundestags – in der Form einer Anfrage die Kommission erreicht hat¹⁶. Der Abgeordnete hat an die Kommission die Frage gerichtet, ob „die unterbliebene Unterbindung der steuerlichen Verjährung von Cum-Ex-Geschäften der W. Bank durch die Freie und Hansestadt Hamburg einen Verstoß gegen das EU-Beihilfenrecht begründen“ könnte. In ihrer Antwort hat die zuständige Kommissarin zunächst darauf hingewiesen, dass ein deutsches Gericht ein Urteil erlassen habe, in dem die Erstattung der strittigen Beträge gefordert werde und zog daraus den Schluss, dass auf „der Grundlage der verfügbaren Informationen ... die Kommission beihilferechtlich keinen Anlass sieht, in dieser Angelegenheit tätig zu werden“¹⁷.

[6.] Eine letzte Entwicklung ist durch ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Juli 2021 eingetreten, mit dem das

nationales Recht oder Unionsrecht verstoßen wurde“, ohne allerdings den Gegenstand der möglichen Rechtsverletzungen näher zu umschreiben.

¹⁴ Der Bericht des Fachbereichs Europa trägt den Titel „Beihilferechtliche Bewertung der Nicht-Unterbindung der steuerrechtlichen Verjährung von Ansprüchen aus Cum-Ex-Geschäften durch die Freie und Hansestadt Hamburg“.

¹⁵ Bericht, aaO S. 12.

¹⁶ Anfrage des Abgeordneten M. Schirdewan an die Kommission unter dem Aktenzeichen P-005435/2020.

¹⁷ Antwort von Frau Vestager vom 11. November 2020.

Gericht die mit den Cum-Ex-Geschäften verbundenen Fragen aus strafrechtlicher Sicht aufzuklären sucht¹⁸. Der BGH kommt hier zum Schluss, dass (erstens) die Geltendmachung tatsächlich nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer gegenüber den Finanzbehörden auf der Grundlage derartiger Cum-Ex-Geschäfte den Straftatbestand der Steuerhinterziehung erfülle und dass (zweitens) die aus der Betätigung solcher Geschäfte erzielten Erträge und gezogenen Nutzungen nach den einschlägigen Vorschriften des StGB - ohne einer Verjährung zu unterliegen - eingezogen werden könnten¹⁹.

II. DIE BEHANDLUNG DER CUM-EX-GESCHÄFTE IN DEUTSCHLAND AUS DER SICHT DES EUROPÄISCHEN BEIHILFENRECHTS

[7.] Um die Haltung des deutschen Staates gegenüber dem Gesamtkomplex „Cum-Ex-Geschäfte“ aus der Sicht des europäischen Beihilfenrechts zu beurteilen, muss zunächst geklärt werden, wann eine staatliche Beihilfe im Sinne des Unionsrechts vorliegt.

¹⁸ BGH, Urteil vom 28. Juli 2021 – 1 StR 519/20. Die Leitsätze des Urteils lauten:
„1. Die Geltendmachung tatsächlicher nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer zur Steueranrechnung bzw. Steuererstattung gegenüber den Finanzbehörden auf der Grundlage von CumEx-Leerverkaufsgeschäften stellt eine unrichtige Angabe über steuerrechtlich erhebliche Tatsachen im Sinne des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; sie führt im Fall ihrer positiven Bescheidung zu ungerechtfertigten Steuervorteilen im Sinne des § 370 Abs. 4 Satz 2 AO.

2. § 73e Abs. 1 Satz 1 StGB in der Fassung durch das Jahressteuergesetz 2020 vom 21. Dezember 2020 ermöglicht in Verbindung mit Art. 316j Nr. 1 EGStGB die Einziehung von Taterträgen trotz eingetretener Zahlungsverjährung aus steuerlichen Gründen“. Die scheinbar zeitlich unbegrenzte Möglichkeit der Einziehung begründet der BGH mit Hinweis auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Februar 2021, 2 BvL 8/19, Rn. 104 ff., 130 ff. und 148 ff. Hier hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Ansicht vertreten, dass die eine echte Rückwirkung anordnende - und dem Art. 316j EGStGB durchaus vergleichbare - Vorschrift des Art. 316h EGStGB verfassungsmäßig sein kann, wenn die Rückwirkung durch überragende Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, die dem Prinzip der Rechtssicherheit (dem das Instrument der Verjährung dient) vorgehen (Rn. 144 ff., 148).

¹⁹ BGH, aaO Rn. 88 ff. und insbesondere 111 ff.

1. Merkmale der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

[8.] Staatliche Beihilfen im europäischen Unionsrecht sind weit zu verstehen und erfassen Handlungen jeder Art, die ihre Empfänger begünstigen, indem sie ihnen einen finanziellen Vorteil verschaffen, während sie anderen Wirtschaftsteilnehmern diesen Vorteil vorenthalten, und sich negativ auf den Wettbewerb auswirken. Der Begriff der Beihilfe ist nicht nach den Gründen oder Zielen staatlicher Maßnahmen zu bestimmen, sondern unterliegt objektiven Kriterien und hängt allein davon ab, ob durch dem Staat anzulastende Vorkehrungen einem oder mehreren Unternehmen ein Vorteil gewährt wird, den die Begünstigten unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätten²⁰. Dagegen kommt es nicht darauf an, (a) aus welchem Grund die staatliche Intervention vorgenommen wird und (b) welche Form die strittige Maßnahme annimmt und welche Technik sie zu ihrer Durchführung verwendet²¹. Wesentlich sind in diesem Zusammenhang die Wirkungen des in Frage kommenden Akts oder anders formuliert die (negativen) Konsequenzen, die durch den gewährten Vorteil für den Wettbewerb eintreten.

[9.] In den uns interessierenden Fällen, nämlich den Cum-Ex-Geschäften, geht es um Aktionen, die sich im Bereich der direkten Besteuerung abspielen. Hierzu ist gleich zu betonen, dass, obwohl im gegenwärtigen Stadium der Entwicklung des Unionsrechts die Zuständigkeit zur Bestimmung und Erhebung der direkten Steuern bei den Mitgliedstaaten verbleibt, letztere nach ständiger

²⁰ Zu diesem Punkt vgl. nur EuGH Rechtssache C-56/93, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:1996:64, Rn. 10 f., und Rechtssache C-522/13, Ministerio de Defensa und Navantia, ECLI:EU:C:2014:2262, Rn. 22, sowie EuG T-67/94, Landbroke Racing Ltd/Kommission, ECLI:EU:T:1998:7, Rn. 52. Nach einem kürzlich ergangenen Urteil des Gerichts kann sogar ein Schiedsspruch, mit dem ein ermäßigter Stromtarif für ein Unternehmen festgesetzt wird, eine Beihilfe sein: Rechtssachen T-639/14 RENV, T-352/17 und T-740/17, DEI/Kommission, ECLI:EU:T:2021:604.

²¹ Aus der neueren Rechtsprechung vgl. EuGH, Rechtssache C-487/06 P, British Aggregate Association/Kommission, ECLI:EU:C:2008:757, Rn.85 und 89, Rechtssache C-279/08 P, Kommission/Niederlande, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 51, und jüngst EuG, Rechtssachen T-516/18, Luxemburg/Kommission, und T-525/18, Engie/Kommission, ECLI:EU:T:2021:251, Rn. 351.

Rechtsprechung des EuGH bei der Ausübung ihrer diesbezüglichen Kompetenz das Recht der Union beachten müssen²². Dementsprechend sind staatliche Interventionen in Bereichen, die wie die direkte Besteuerung nicht den Gegenstand einer Harmonisierung auf Unionsebene bilden, nicht vom Anwendungsbereich der Unionsregeln über die staatlichen Beihilfen ausgenommen. Infolgedessen kann eine Maßnahme auf dem Gebiet der direkten Besteuerung eine staatliche Beihilfe darstellen und verboten sein, wenn sie insbesondere zwischen Unternehmen differenziert, die sich im Hinblick auf das von ihr verfolgte Ziel in einer vergleichbaren Situation befinden, und wenn sie dazu führt, dass die von ihr begünstigten Wirtschaftsteilnehmer gegenüber ihren Konkurrenten einen selektiven Vorteil erhalten²³. Die Mitgliedstaaten der EU sind zwar grundsätzlich frei, ihre Wirtschaftspolitik nach ihren eigenen Vorstellungen zu gestalten und namentlich über die konkrete Verteilung der steuerlichen Belastung auf die verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer zu entscheiden, solange sie aber dabei das Unionsrecht respektieren und keine Entscheidungen treffen, die entweder mit dem einschlägigen Beihilfenrecht der Union unvereinbar sind oder Differenzierungen einführen, die gegen die Grundfreiheiten der Verträge verstoßen²⁴. So sind auch die neueren Urteile des EuGH zu verstehen, die zu einer Kontrolle der als „tax rulings“ bezeichneten staatlichen Entscheidungen vom Standpunkt der

²² Aus der sehr reichen Judikatur vgl. nur EuGH Rechtssache C-269/09, Kommission/Spanien, ECLI:EU:C:2012:439, Rn. 47: „Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die direkten Steuern beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung des Unionsrechts zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, diese jedoch ihre Befugnisse unter Wahrung des Unionsrechts ausüben müssen“.

²³ EuG aaO (Fn. 21), Rn. 140: „Wenn nämlich steuerliche Maßnahmen in der Praxis zu einer unterschiedlichen Behandlung von Gesellschaften führen, die sich im Hinblick auf das mit diesen Maßnahmen verfolgte Ziel in einer vergleichbaren Lage befinden, und den Empfängern der Maßnahmen selektive Vorteile verschaffen, die „bestimmte“ Unternehmen oder „bestimmte“ Produktionszweige begünstigen, können sie als eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden“.

²⁴ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV, EU 2016, C 262/1, Rn. 156 mit Fn. 231, und Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. März 2019 zu Finanzkriminalität, Steuerhinterziehung und Steuervermeidung, EU 2021/C 108/02, Rn. 116 (speziell für Beihilfen).

europäischen Beihilfenregelungen schreiten, soweit damit bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile gewährt werden²⁵.

[10.] In einem weiteren Sinn verlangt das unionsrechtliche Beihilfenrecht eine substantielle Bewertung steuerrechtlicher Regelungen, die über deren formelle Bezeichnung bzw. Erscheinung hinausgeht und nach dem wirklichen Gesetzeszweck sucht, um die exakten Auswirkungen auf den Wettbewerb zu eruieren. Diese Tendenz einer globalen Betrachtung und Überprüfung steuerrechtlich bedeutsamer Aktionen hat zur Folge, dass immer mehr Kategorien nationaler Maßnahmen auf dem Gebiet des Steuerrechts immer öfter als staatliche Beihilfen bezeichnet worden sind.

2. Die Gewährung von wirtschaftlichen Vorteilen durch die „Cum-Ex-Geschäfte“

[11.] Die durch den Abschluss von Cum-Ex-Geschäften bei bestimmten Unternehmen eingetretenen Vorteile sind zweifacher Art und treten ein (erstens) durch den Einsatz des Cum-Ex-Mechanismus selbst, insoweit Leerkäufe ungehindert stattfinden konnten und den dabei als Leerkäufern agierenden Personen die Eigenschaft der „wirtschaftlichen Eigentümer“ zugesprochen wurde²⁶, und (zweitens) insoweit durch Zeitablauf eine Verjährung der im Rahmen von Cum-Ex-Geschäften erzielten und unberechtigten Steuerrückzahlungen eingetreten ist, weil die deutschen Behörden (Finanzämter) es unterlassen haben, rechtzeitig gegen die ungerechtfertigten Steuererstattungen wirksam einzuschreiten.

²⁵ Dazu neuestens EuG aaO (Fn. 21), Rn. 64 ff., und insbesondere 212 ff., wo das Modell der luxemburgischen Steuervorbescheide (tax rulings) im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht kontrolliert wird. Vgl. ferner zu den holländischen rulings EuG, Rechtssache T-648/19, Nike u.a./Kommission, ECLI:EU:T:2021:428, sowie zu den belgischen rulings zuletzt EuGH, Rechtssache C-337/19 P, Kommission/Belgien und Magnetrol International, ECLI:EU:C:2021:741.

²⁶ Zur Rechtsfigur des „wirtschaftlichen Eigentums“ im Rahmen der Cum-Ex-Geschäfte s. T. Müller/L. Schade aaO (Fn. 2), S. 1239 ff., sowie C. Moes aaO (Fn. 3), S. 531.

a) Vorteil durch die Duldung von Leerkäufen

[12.] Der beihilfenrechtlich relevante Vorteil entwickelt sich bei den Cum-Ex-Geschäften in zwei verschiedenen Phasen und folgt zum einen aus der langjährigen Anwendung einer nicht ganz klaren Gesetzeslage bis zum Jahr 2007 bezüglich der Leerkäufe von Aktien und zum anderen aus der unglücklichen Fassung des Jahressteuergesetzes 2007, das entgegen dem Willen seiner Urheber, diese Geschäfte künftig zu unterbinden, durch die Beschränkung des Verbots auf „deutsche Banken“ sogar eine Intensivierung des Phänomens ermöglicht hat²⁷.

[13.] In der Zeit vor 2007 haben die an Cum-Ex-Geschäften beteiligten Wirtschaftsteilnehmer ihre Erstattungsansprüche eigentlich darauf gestützt, dass die Rechtslage nicht eindeutig gewesen ist und Leerkäufe nicht ausdrücklich verboten waren. Auf der Grundlage der (angeblichen) Existenz einer wirklichen oder vermeintlichen Gesetzeslücke bei der rechtlichen Behandlung von Leerkäufen haben sich die Cum-Ex-Geschäfte ausgebreitet, mit der Folge, dass die Depotbanken entsprechende Steuerbescheinigungen nicht nur für diejenigen Wirtschaftsteilnehmer ausstellten, die tatsächlich (körperliche) Eigentümer der Aktien waren und in dieser Eigenschaft einmal das Recht hatten, die ausgeschüttete Dividende zu erhalten, und zum anderen verpflichtet waren, die anfallende Kapitalertragsteuer zu zahlen, sondern auch diejenigen mit Steuerbescheinigungen ausstatteten, die als Leerkäufer von Aktien fungiert und daher weder eine Dividende erhalten noch die entsprechende Kapitalertragsteuer entrichtet hatten. Auf diese Weise sind diese Personen mit Hilfe von Steuerbescheinigungen in den Genuss der Erstattung von Steuern gekommen, die sie nicht abgeführt hatten.

[14.] Selbst wenn man die Auffassung vertritt, dass die Vorschriften über die Erhebung der Kapitalertragsteuer, die zumindest bis 2007 gegolten haben, Leerkäufe nicht ausdrücklich privilegierten und insofern den von diesen Geschäften Begünstigten einen direkten Vorteil nicht – jedenfalls nicht absichtlich - gewährten, unterliegt

²⁷ Oben Rn. 2 mit Fn. 5.

keinem Zweifel, dass durch die massive Vornahme von Cum-Ex-Geschäften der deutsche Staat über eine längere Zeit erhebliche Summen von „Steuern“ erstattet hat, die er niemals erhalten hatte, und auf diese Weise einen beträchtlichen Schaden erlitten hat. Angesichts dessen ist - unabhängig vom Willen des Gesetzgebers und unabhängig von der Frage, ob das Verhalten der an den Cum-Ex-Geschäften beteiligten Personen strafrechtlich relevant ist und als eine (schwere) Steuerhinterziehung oder (einfache) Steuervermeidung qualifiziert wird²⁸ - die (bewusst oder unbewusst) positive (und jedenfalls nicht ablehnende) Haltung des deutschen Staates gegenüber den bloß „wirtschaftlichen Eigentümern“ der Aktien (den Leerkäufern) vom Standpunkt des europäischen Beihilfenrechts als „Vorteil“ zu bezeichnen.

[15.] Dass die strafrechtliche Behandlung und die daraus resultierende mögliche Verurteilung der an den Cum-Ex-Geschäften beteiligten Wirtschaftsteilnehmer auf die Frage nach der beihilfenrechtlichen Vorteilsgewährung seitens des Staates keinen Einfluss auszuüben vermag, wird durch die von der Kommission verfolgte Praxis in den Fällen der Regelung von Steuerschulden zwischen der Steuerbehörde und einzelnen Steuerpflichtigen bestätigt. Solche Regelungen von Steuerschulden mögen zwar üblich sein und oftmals einen Ausweg bieten, damit zumindest Teile einer kontinuierlich wachsenden Steuerschuld beglichen werden, können aber im Einzelfall unberechtigte Vorteile im Sinn des Beihilfenrechts gewähren, wenn die konkrete Regelung eine zu niedrige Steuer festsetzt, die außerhalb eines logischen Rahmens liegt²⁹ und den Steuerschuldner übermäßig begünstigt. Daher hat das erst später – nämlich Ende 2011 - verfügte Verbot der Cum-Ex-Geschäfte einschließlich der strafrechtlichen Verfolgung der an diesen Geschäften beteiligten Personen die Frage der Vorteilsgewährung im beihilfenrechtlichen Sinn nicht wesentlich beeinflusst, weil der durch die Steuererstattung eingetretene Nutzen, den die Leerkäufer über mehrere Jahre

²⁸ Vgl. dazu die in Fn. 24 aufgeführte Entschließung des Europäischen Parlaments, in der von „Finanzkriminalität, Steuerhinterziehung und Steuervermeidung“ die Rede ist.

²⁹ Bekanntmachung der Kommission aaO (Fn. 24), Rn. 176, mit Verweisung auf die Kommissionsentscheidung 2011/276, Umicore, EU 2011, L 122/76, Rn. 155.

gezogen haben - ähnlich wie bei der Regelung von Steuerschulden - außerhalb eines logischen Rahmens liegen könnte und tatsächlich liegt.

b) Das Jahressteuergesetz 2007 als neuer Vorteil?

[16.] Ein weiterer Punkt, der vom Standpunkt der Vorteilsgewährung im Rahmen der Cum-Ex-Geschäfte eine Rolle spielen kann, ist die Reaktion des deutschen Gesetzgebers im Jahr 2007. Wie wir oben gesehen haben, hat der Gesetzgeber versucht, die Cum-Ex-Geschäfte einzuschränken, indem er seine Absicht bekundet hat, Steuerausfällen entgegenzutreten zu wollen, die darauf beruhten, dass die Leerkäufer die Zahlung von Kapitalertragsteuer bescheinigt bekamen, die sie nicht abgeführt hatten³⁰. Durch die unglückliche Fassung der Gesetzesänderungen sind die Cum-Ex-Geschäfte aber nicht zurückgegangen, sondern im Gegenteil stark gewachsen und wurden erst später durch eine neue – und dieses Mal wirksame - Intervention des Gesetzgebers ausgeschlossen, die am 1.1.2012 in Kraft getreten ist.

[17.] Unter diesen Bedingungen stellt sich die Frage, ob die missglückte Gesetzesänderung 2007 einen weiteren bzw. neuen Vorteil darstellt, der beihilfenrechtlich relevant sein könnte. Dieser Betrachtungsweise steht allerdings die Tatsache entgegen, dass das Jahressteuergesetz 2007 die Rechtslage im Ergebnis nicht wirklich beeinflusst hat: Cum-Ex-Geschäfte wurden weiter getätigt und sogar intensiviert, die Intention des Gesetzgebers, die Steuerausfälle zu begrenzen, hat sich nicht realisiert, so dass der Eindruck bekräftigt wird, dass alles beim alten geblieben ist. In Wahrheit hat sich die faktische Situation um die Cum-Ex-Geschäfte nicht geändert: Der bereits seit 2002 durch die Ausstellung von Steuerbescheinigungen den Leerkäufern gewährte Vorteil beihilfenrechtlicher Art wurde aufrechterhalten, so dass von einer eher konstanten Lage gesprochen werden kann. Daher entspricht es mehr der Realität, von einem einheitlichen und kontinuierlichen Vorteil bei den Cum-Ex-Geschäften zu sprechen, der vor ungefähr

³⁰ Dazu oben Rn. 2.

zwanzig Jahren in Erscheinung getreten ist und bis Ende 2011 gedauert hat.

c) Aufrechterhaltung des Vorteils durch das Verhalten mancher Finanzämter

[18.] Weiter ist zu erwähnen, dass nachdem sich – nicht zuletzt infolge der unglücklichen Intervention des Gesetzgebers im Jahr 2007 - allmählich die Gewissheit gebildet hat, dass Cum-Ex-Geschäfte rechtswidrig waren und zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der an den Leerkäufen beteiligten Personen führten, eine Reihe von Finanzämtern in Deutschland sich bemüht haben, rechtmäßige Zustände wiederherzustellen und die rechtsgrundlos erstatteten Kapitalertragsteuern zurückzufordern. In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, dass die zuständige Kommissarin gerade mit Rücksicht auf die geltend gemachten Rückforderungsansprüche seitens der deutschen Behörden die beihilfenrechtliche Problematik der Cum-Ex-Geschäfte für gelöst gehalten hat³¹.

[19.] Auf der anderen Seite ist wohl nicht zu bestreiten, dass die Finanzämter nicht in allen Fällen rechtzeitig tätig geworden sind, sondern angesichts der damals noch nicht ganz eindeutigen Rechtslage deren endgültige Klärung abgewartet und damit riskiert haben, dass die Ansprüche auf Rückforderung der rechtsgrundlos erstatteten Kapitalertragsteuer – jedenfalls vom Standpunkt des europäischen Beihilfenrechts - verjährt worden sind. Insoweit die Finanzämter durch ihre nicht koordinierte Haltung und insbesondere durch ihr Zögern, schnell einzuschreiten, die Verjährung der Rückforderungsansprüche nicht verhindert haben, haben sie den auf diese Weise begünstigten Wirtschaftsteilnehmern im Vergleich zu den zur Zahlung aufgeforderten Personen einen (weiteren) Vorteil verschafft. In diesem Sinn hat der EuGH jüngst entschieden, dass eine Beihilfenregelung gemäß Art. 1 Buchstabe d) der Verordnung 2015/1589 „über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 (AEUV)“ auch auf eine ständige Verwaltungspraxis der Behörden eines Mitgliedsstaats

³¹ Oben Rn. 5 .

zurückgehen kann, wenn diese Praxis ein „systematisches Konzept“ erkennen lässt³².

[20.] Schließlich lässt sich noch das von der Judikatur des EuGH entwickelte und ständig angewandte Merkmal des unter normalen Marktbedingungen agierenden Privatinvestors anführen³³, damit noch deutlicher wird, dass hier ein beihilfenrechtlich bedeutsamer Vorteil vorliegt. Wenn und weil Forderungen (einschließlich der Steuerschulden) durchweg der Verjährung unterliegen, kann behauptet werden, dass die säumigen Behörden durch ihr abwartendes Verhalten nicht wie ein Privatinvestor gehandelt haben, der den endgültigen Verlust seiner Rechte nicht ertragen und selbst im Fall einer unsicheren Rechtslage – soweit eine solche bei den Cum-Ex-Geschäften bestand – alle rechtlichen Hebel einsetzen würde, um seine Ansprüche zu befriedigen³⁴.

d) Staatliches Unterlassen als beihilfenrechtlich relevantes Verhalten

[21.] Ein Vorteil im Sinn des Beihilfenrechts liegt vor, wenn die finanzielle Lage eines Unternehmens nach Vornahme der staatlichen Maßnahme mit der finanziellen Lage verglichen wird, in

³² EuGH, Rechtssache C-337/19 P, Kommission/Belgien und Magnetol International u.a., ECLI:EU:C:2021:741, Rn. 79 ff. Das zur Frage der sog. tax rulings ergangene Urteil weitet den Begriff der „Beihilferegulung“ der Verordnung aus, indem nicht nur echte Rechtsakte davon erfasst werden, sondern auch eine ständige Verwaltungspraxis, die systematische Züge annimmt.

³³ Diese Rechtsfigur wurde von der Rechtsprechung entwickelt: Vgl. insbesondere EuGH, Rechtssache C-142/87, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:1990:125, Rn. 29, Rechtssache C-305/89, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:1991:142, Rn. 18 f., und Rechtssache C-486/15 P, France Telecom/Kommission, ECLI:EU:C:2016:912, Rn. 129 ff., sowie EuG Rechtssache 16/96, CityFlyer Express/Kommission, ECLI:EU:T:1998:78, Rn. 51.

³⁴ In der Rechtssache C-256/97, Déménagements-Manutention Transport S.A., ging es um Zahlungserleichterungen für Sozialversicherungsbeiträge, die einem Unternehmen von der mit ihrer Einziehung betrauten Einrichtung aufgrund Ermessens gewährt wurden. Hier meint der EuGH, dass solche Erleichterungen eine staatliche Beihilfe darstellen, „wenn das Unternehmen in Anbetracht der Bedeutung des hiermit gewährten wirtschaftlichen Vorteils derartige Erleichterungen offenkundig nicht von einem privaten Gläubiger erhalten hätte, der sich ihm gegenüber in derselben Situation befindet wie die mit der Einziehung betraute Einrichtung“ (ECLI:EU:C:1999:332, Rn. 30).

der dieses Unternehmen sich befände, wenn die Maßnahme nicht durchgeführt worden wäre³⁵. Im Hinblick auf den Begriff der „staatlichen Maßnahme“ ergibt sich aus der einschlägigen Rechtsprechung, dass hier nicht unbedingt ein positives Tun seitens des Staates erforderlich ist, sondern auch ein Unterlassen genügt, wenn die staatlichen Behörden keine geeigneten Entscheidungen treffen und durch ihr Verhalten den Wettbewerb verfälschen. Das ist z.B. der Fall, wenn die zuständigen Einrichtungen über längere Zeit davon absehen, die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel effektiv einzusetzen, um zu erzwingen, dass bestimmte Unternehmen ihren steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen nachkommen³⁶. Vorteile können demnach auch durch staatliches oder behördliches Unterlassen entstehen.

e) Zwischenergebnis: Ein Vorteil liegt vor

[22.] Im Hinblick auf das Vorliegen eines beihilfenrechtlich relevanten Vorteils ergibt sich, dass ein solcher Vorteil bei der rechtlichen Behandlung der Cum-Ex-Geschäfte gewährt wurde. Trotz (und unabhängig von) der ursprünglich nicht ganz eindeutigen Rechtslage über die Zulässigkeit solcher Geschäfte hat die vorausgegangene Untersuchung gezeigt, dass die Erstattung von Kapitalertragsteuer an Leerkäufer von Aktien über eine längere Zeit diesen Wirtschaftsteilnehmern einen wesentlichen Vorteil verschafft hat. Bei globaler Betrachtung des Phänomens „Cum-Ex-Geschäfte“ vom Standpunkt des unionalen Beihilfenrechts lässt sich nämlich feststellen, dass der deutsche Gesetzgeber es unterlassen hat, möglichst früh die notwendigen Verbesserungen in der Gesetzgebung einzuführen, die den wirtschaftlichen Vorteil für die an den Cum-Ex-Geschäften beteiligten Personen eliminiert hätten. Seine Intervention im Jahr 2007 hat keine wesentliche Änderung gebracht und den Vorteil im Ergebnis aufrechterhalten. Ein weiteres beihilfenrechtlich relevantes Unterlassen ist der Verwaltung und genauer denjenigen Finanzämtern anzulasten, die, nachdem sich die Überzeugung langsam durchgesetzt hatte, dass Cum-Ex-

³⁵ Bekanntmachung der Kommission aaO (Fn. 24), unter Hinweis auf EuGH, Rechtssache 173/73, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13.

³⁶ EuGH, Rechtssache C-480/98, Spanien/Kommission, ECLI:EU:C:2000:559, Rn. 19 ff.

Geschäfte nicht durch die deutsche Rechtsordnung gedeckt waren, eine Verjährung der Rückforderungsansprüche des deutschen Fiskus nicht verhindert, sondern durch ihre abwartende Haltung eigentlich (mit)verursacht und damit dazu beigetragen haben, dass ein wesentlicher Teil der zu Unrecht erstatteten Kapitalertragsteuer bei den an den Cum-Ex-Geschäften beteiligten Personen verblieben ist.

3. Die Selektivität des Vorteils

[23.] Der bis zum 31. Dezember 2011 gewährte Vorteil bei Cum-Ex-Geschäften ist als selektiv zu bezeichnen, weil durch die zögernde Haltung des deutschen Gesetzgebers lediglich diejenigen Wirtschaftsteilnehmer von der Steuererstattung profitiert haben, die sich an Leerkäufen beteiligt haben und gegenüber jenen, die als echte (körperliche) Eigentümer der Aktien auf die von ihnen tatsächlich erhaltene Dividende Kapitalertragsteuer entrichtet hatten, offenkundig begünstigt worden sind³⁷. Die Rechtsprechung geht allgemein davon aus, dass Unternehmen dann einen selektiven Vorteil erhalten, wenn sie bei der direkten Besteuerung im Vergleich zu anderen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren faktischen und rechtlichen Lage befinden, günstiger behandelt werden³⁸.

[24.] Ähnlich wie bei den steuerrechtlich relevanten Entscheidungen des EuGH im Bereich der sog. tax rulings kamen hier die an Leerkäufen beteiligten Wirtschaftsteilnehmer in den Genuss eines selektiven Vorteils, weil die nationalen Behörden das im Hinblick auf seinen genauen Inhalt unklare Kapitalertragsteuersystem ohne wirklichen rechtlichen Grund für eine längere Zeit in einer Art und

³⁷ Wie das auch neuerdings bei den irischen tax rulings und ihrer Anwendung auf „Apple“ der Fall war: Dazu EuG, Rechtssachen T-778/16 und T-892/16, Irland/Kommission, ECLI:EU:T:2020:338, Rn. 199 f. Zur Selektivität vgl. noch sehr ausführlich EuGH, Rechtssachen C-50/19 P, C-51/19 P, C-52/19 P, C-53/19 P, C-54/19 P, C-55/19 P, C-64/19 P und C-65/19 P, Sigma Alimentos Exterior u.a./Kommission, ECLI:EU:C:2021:792, Rn. 42 ff.

³⁸ Vgl. nur EuGH, Rechtssache C-387/92, Banco Exterior de Espana, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 14, und Rechtssache C-66/02, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:2005:768, Rn. 78, sowie EuG, Rechtssache T-222/04, Italien/Kommission, ECLI:EU:T:2009:194, Rn. 63.

Weise ausgelegt und angewandt haben, die diesen Personen eine bevorzugte Position sicherte³⁹.

[25.] In der jüngsten Rechtsprechung des Gerichts der EU wird die Tendenz sichtbar, im Bereich des Steuerrechts die Prüfung des Vorteils gemeinsam mit seiner Selektivität vorzunehmen. Damit nämlich diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, muss nachgewiesen werden, dass die strittige Maßnahme für manche Steuerpflichtige zu einer Reduktion der normalerweise zu zahlenden steuerlichen Belastung führt, während andere Steuerpflichtige, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, nicht in den Genuss der Entlastung kommen und daher Opfer einer Diskriminierung sind⁴⁰. Hier hängt der selektive Charakter der als Beihilfe in Betracht kommenden Handlung wesentlich von dem Zweck des Steuersystems ab, weil dieser Zweck es gestattet, die Steuerpflichtigen zu bestimmen, die sich in einer vergleichbaren Lage mit dem Empfänger des in einer Steuerentlastung liegenden Vorteils befinden⁴¹.

[26.] In diesem Sinn und trotz des Umstandes, dass die (deutschen) einschlägigen Steuergesetze in Bezug auf ihren exakten Inhalt bei der Behandlung von Cum-Ex-Geschäften zu manchem Zweifel Anlass gaben, hat sich schließlich die Auffassung durchgesetzt, dass das eigentliche Ziel der Regelungen über die auf die Dividenden anfallenden Kapitalertragsteuer es gewesen ist, Steuern zu erheben, einen Teil davon in Form einer Erstattung dem wirklichen (körperlichen) Eigentümer der Aktien zurückzugeben und allein ihm eine Steuerbescheinigung auszustellen, weil nur er die entsprechende Abgabe entrichtet hat. Dagegen haben die sog. wirtschaftlichen Eigentümer der Aktien Erstattung für eine Steuer erhalten, die sie nicht gezahlt haben, und auf diese Weise einen

³⁹ Vgl. Bekanntmachung der Kommission aaO (Fn. 24), Rn. 174.

⁴⁰ EuGH, Rechtssache C-518/13, Eventech, ECLI:EU:C:2015:19, Rn. 53, EuG Rechtssachen T-778/16 und T-892/16, Irland/Kommission, aaO (Fn. 37), Rn. 136 und 142, sowie Rechtssachen T-516/18 und T-525/18, Engie, aaO (Fn. 21), Rn. 241.

⁴¹ EuG, Rechtssachen T-516/18 und T-525/18, aaO (Fn. 21), Rn. 245 und 296, wo davon die Rede ist, dass der Gesetzeszweck nicht zuletzt durch die Gerichte des betreffenden Mitgliedstaats bestimmt werden kann.

beihilfenrechtlich relevanten, d.h. selektiven Vorteil gegenüber den echten/ körperlichen Eigentümern derselben Aktien erlangt.

[27.] Ein zusätzliches Argument für das Vorliegen eines selektiven Vorteils bei den Cum-Ex-Geschäften kann man aus der bereits erwähnten (jüngsten) Entscheidung des Gerichts der EU ziehen, das die luxemburgischen tax rulings zum Gegenstand hatte⁴². Das Gericht meint, dass das allgemeine Verbot der Steuerhinterziehung und Steuervermeidung unter dem Gesichtspunkt des Kampfes gegen missbräuchliche Praktiken im Steuerrecht der Anwendung von Rechtsinstituten entgegenstehen kann, die für sich gesehen nicht rechtswidrig sind, aber durch ihren Einsatz dazu führen, die Steuererhebung bei den Gewinnen von Unternehmen erheblich zu reduzieren oder gar auszuschließen. Das Gericht steigt tief in die Prüfung der Einzelheiten des Steuersystems ein, um eine umfassende Bewertung des Einzelfalls im Hinblick auf die tatsächlich erhobene Steuer vorzunehmen. Die Anwendung des Steuergesetzes in einer Weise, die sich vom Grundsatz der Besteuerung von Gewinnen entfernt, indem bestimmte Unternehmen in den Genuss von erheblichen Vergünstigungen kommen, die fast zu einer Steuerbefreiung ihrer Gewinne führen, kann sehr wohl vom Standpunkt des Beihilfenrechts für die so begünstigten Unternehmen einen selektiven Vorteil bedeuten⁴³.

[28.] Wenn sogar bei der Einführung derartiger tax rulings selektive Vorteile entdeckt werden, sprechen noch stärkere Argumente dafür, auch bei Cum-Ex-Geschäften eine Selektivität anzunehmen.

4. Beihilfen aus staatlichen Ressourcen

[29.] Damit die bestimmten Unternehmen vorbehaltenen selektiven Vorteile eine Beihilfe im Sinn des Unionsrechts bilden, müssen sie aus staatlichen Ressourcen stammen⁴⁴. Dies bedeutet nicht unbedingt, dass eine körperliche Übergabe staatlicher Geldmittel stattfinden soll. Denn die Rechtsprechung sieht Beihilfen auch als gegeben an, wenn die staatliche Intervention darin besteht, dass

⁴² EuG aaO (Fn. 21).

⁴³ EuG aaO (Fn. 21), Rn. 440 ff. m.w. N.

⁴⁴ Bekanntmachung der Kommission, aaO (Fn. 24), Rn. 51. Aus der Rechtsprechung s. nur EuGH, Rechtssache C-262/12, Vent De Colère u.a., ECLI:EU:C:2013:851, Rn. 16.

bestehende finanzielle Belastungen von Unternehmen abgeschafft oder gemindert werden und daher, ohne den Charakter von Subventionen zu erhalten, im Ergebnis – ähnlich wie positive Leistungen - die finanzielle Stellung dieser Unternehmen auf Kosten des Fiskus verbessern⁴⁵.

[30.] Im vorliegenden Fall kommt es auf die Fragen an, ob (a) die mit Cum-Ex-Geschäften verbundenen Transaktionen dem deutschen Staat im weitesten Sinn zuzurechnen sind und (b) ob sie ihm Ressourcen entzogen haben. Was den ersten Punkt betrifft, fällt insbesondere das zögernde Verhalten des Staates gegenüber den Cum-Ex-Geschäften seit 2000 auf, insofern das Phänomen mit den Leerkäufen und der Anerkennung der sog. (bloß) wirtschaftlichen Eigentümer lange Zeit geduldet wurde, im Jahr 2007 zu einem missglückten Versuch, die Geschäfte abzuschaffen, führte und erst 2011 durch den Übergang vom Schuldner- auf das Zahlstellenprinzip eine wirksame Reaktion des Gesetzgebers ausgelöst hat⁴⁶. Selbst wenn behauptet werden könnte, dass anfangs eine Unsicherheit über die rechtliche Behandlung von Cum-Ex-Geschäften bestand, die das passive Verhalten der staatlichen Stellen bis zu einem Punkt erklärte, ohne es zu rechtfertigen, hat sich die Situation spätestens 2007 wesentlich geändert, weil der Gesetzgeber das Problem erkannt und versucht hat, die besagten Geschäfte (allerdings mit unpassenden Mitteln) einzuschränken. Was den zweiten Punkt angeht, so leuchtet ohne weiteres ein, dass die mehrfache Erstattung nicht gezahlter Ertragsteuer bei Leerkäufen von Aktien den Staat zu Leistungen an die an den Cum-Ex-Geschäften beteiligten Wirtschaftsteilnehmern bewogen hat, die ihm einen milliardenschweren Schaden zugefügt haben. Damit ist auch diese Voraussetzung für das Vorliegen einer Beihilfe erfüllt, weil durch die mehrfache Erstattung nicht gezahlter Ertragsteuer dem Staat erhebliche Ressourcen entzogen wurden.

⁴⁵ Dazu EuGH Rechtssachen C-399/10 P und 401/10 P, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:C:2013:175, Rn. 100 f.

⁴⁶ Oben Rn. 2.

5. Konsequenzen für den Wettbewerb

[31.] Schließlich ist zu untersuchen, ob und inwieweit der Wettbewerb innerhalb der EU durch die Cum-Ex-Geschäfte Schaden genommen hat⁴⁷. In diesem Zusammenhang genügt es vollkommen, auf die einschlägige und neuerdings bestätigte Judikatur des EuGH zu verweisen, wonach Regelungen der direkten Besteuerung, die für bestimmte Unternehmen Steuererleichterungen herbeiführen, in der Lage sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, indem sie die Stellung dieser Unternehmen auf dem Markt, auf dem sie tätig sind, verbessern und auf diese Weise den Wettbewerb zu verfälschen drohen⁴⁸. In unserem Fall steht fest, dass die auf längere Zeit erstreckte und massive Vornahme von Cum-Ex-Geschäften in Deutschland den davon begünstigten Wirtschaftsteilnehmern erlaubt hat, große Gewinne auf Kosten des Staates zu erzielen, indem sie Steuern zurückerstattet bekamen, die sie nicht abgeführt hatten. Eine derartig privilegierte steuerliche Behandlung hat sehr wohl Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb der Union gehabt, so dass auch dieses letzte Merkmal der Beihilfe im Sinn des Unionsrechts gegeben ist.

6. Ergebnis: Beihilfe liegt vor

[32.] Die ursprünglich zögernde Haltung des deutschen Gesetzgebers in Bezug auf die Erscheinung und Verbreitung der Cum-Ex-Geschäfte, seine unglückliche Intervention im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 und die anschließende Unterlassung einiger Finanzbehörden, die rechtsgrundlos erstatteten Kapitalertragsteuern rechtzeitig zurückzufordern, mit der Folge, dass sie (steuerrechtlich) verjährt worden sind, haben insgesamt bewirkt, dass die zu viel erstatteten Steuern – mindestens partiell - bis heute bei den an den Leerkäufen beteiligten

⁴⁷ EuGH, Rechtssache C-156/98, Deutschland/Kommission, ECLI:EU:C:2000:467, Rn. 30, Rechtssache C-172/03, Heiser, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 55, Rechtssachen C-71/09 PP, C-73/09 P und C-76/09 P, Comitato „Venezia vuole vivere u.a./Kommission, ECLI:EU:C:2011:368, Rn. 136, und Rechtssache C-271/13 P, Rouse Industry/Kommission, ECLI:EU:C:2014:175, Rn. 44.

⁴⁸ EuGH, Rechtssache C-71/04, Xunta de Galicia, ECLI:EU:C:2005:493, Rn. 44 f., und EuG, Rechtssachen T-778/16 und T-892/16, aaO (Fn. 37), Rn. 31.

Wirtschaftsteilnehmern verblieben sind. Damit wurden den Empfängern dieser Leistungen - teilweise durch ein dem deutschen Staat zuzurechnendes positives Tun und teilweise durch passives Verhalten seiner Organe - gegenüber ihren Konkurrenten Vorteile gewährt, die einerseits der Staatskasse erhebliche Ressourcen entzogen haben und andererseits geeignet waren, den Wettbewerb innerhalb der EU zu verfälschen. Infolgedessen sind alle Bedingungen erfüllt, damit die Cum-Ex-Geschäfte im unionsrechtlichen Sinn als „Beihilfen“ bezeichnet werden können.

III. VERLETZUNG DER UNTERRICHTUNGSPFLICHT ÜBER DIE GEWÄHRUNG VON BEIHILFEN

[33.] Gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Kommission über geplante Beihilfen zu unterrichten und zugleich deren Auszahlung an die zu unterstützenden Wirtschaftsteilnehmer vorerst auszusetzen, um der Kommission Gelegenheit zu geben, die Vereinbarkeit des einzuführenden Regimes mit dem Unionsrecht zu überprüfen. Wie aus Art. 2 der Verordnung 2015/1589 folgt, muss die Unterrichtung der Kommission vollständig sein⁴⁹ und unverzüglich erfolgen⁵⁰. Die Anmeldepflicht gilt für jede neue Beihilfe und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie den in Art. 107 AEUV aufgestellten materiellen Bedingungen entspricht oder nicht: Die Unterrichtung erfolgt gerade, damit die Kommission feststellen kann, ob die Beihilfe unionsrechtskonform ist und daher gewährt werden darf.

[34.] Der vorliegende Fall stellt im Hinblick auf die Anmeldepflicht einige Besonderheiten auf, weil die als Beihilfe qualifizierte Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer nicht auf einer diesbezüglichen (positiven) Entscheidung des deutschen Staats beruhte, sondern primär auf das auffallend passive Verhalten der zuständigen Behörden zurückzuführen ist. In der Zeit zwischen 2000 und 2012 wurde entweder nichts (bis zum Jahressteuergesetz

⁴⁹ EuGH, Rechtssache C-99/98, Österreich/Kommission, ECLI:EU:C:2001:94, Rn. 56.

⁵⁰ EuG, Rechtssache T-62/08, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni/Kommission, ECLI:EU:T:2010:268, Rn. 235 f.

2007) oder nichts Richtiges unternommen (durch dasselbe Jahressteuergesetz 2007), um dem Phänomen „Cum-Ex-Geschäfte“ wirksam entgegenzutreten. Im Gegenteil wurden die diesen Geschäften zugrunde liegenden Leerkäufe mehr oder weniger geduldet, so dass kein normales (Beihilfen)Konzept vorlag, welches der Kommission mitgeteilt werden könnte. Das bedeutet freilich nicht, dass die Unterrichtungspflicht deswegen entfällt: Die Zulässigkeit der Cum-Ex-Geschäfte war von Anfang an strittig und wurde mit der Zeit immer stärker in Zweifel gezogen, während der Gesetzgeber spätestens bei der missglückten Formulierung des Jahressteuergesetzes 2007 seine Absicht zum Ausdruck brachte, die Cum-Ex-Geschäfte zu eliminieren, so dass mindestens ab diesem Zeitpunkt auch die beihilfenrechtliche Seite der besagten Geschäfte ins Bewusstsein hätte kommen müssen. Tatsache bleibt jedenfalls, dass – wie es scheint – die gesamte Angelegenheit zu keinem Zeitpunkt als potenzielle Beihilfe zur Kenntnis der Kommission gebracht worden ist.

[35.] Im Übrigen dient das durch Art. 108 Abs. 3 AEUV eingeführte System präventiver Kontrolle durch die Kommission gerade dem Ziel, Zweifel über die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem einschlägigen Unionsrecht früh zu beseitigen, was am besten zu erreichen ist, wenn alle bzw. möglichst viele Sachverhalte der Kommission mitgeteilt werden, damit sie präventiv eingreifen kann und damit die beteiligten (und keineswegs immer bösgläubigen) Wirtschaftsteilnehmer nicht die ausgezahlten Beihilfen nachträglich und zwar in einem mühsamen und komplizierten Verfahren zurückzahlen müssen⁵¹. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt sich daher, die in Art. 108 Abs. 3 AEUV und Art. 2 der Verordnung 2015/1589 verankerten Unterrichtungspflichten stets und strikt einzuhalten, um gerade in Zweifelsfällen so schnell wie möglich Gewissheit über die Frage der Unionsrechtskonformität zu erlangen⁵².

⁵¹ Einzelheiten regelt Art. 16 der Verordnung 2015/1589. Vgl. auch die einschlägige Bekanntmachung der Kommission aus dem Jahr 2019, EU 2019 C 247/1.

⁵² Dazu EuGH, Rechtssache C-39/94, SFEI, ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 48.

[36.] Die Verletzung der in Art. 108 Abs. 3 AEUV und Art. 2 der Verordnung 2015/1589 verankerten Anmeldepflicht bewirkt, dass die gleichwohl gewährten Beihilfen rechtswidrig sind, wie es Art. 1 Buchstabe f) der Verordnung vorschreibt. In unserem Fall heißt es, dass die mit den Cum-Ex-Geschäften verbundenen ungerechtfertigten Steuererstattungen als nicht angemeldete Beihilfen vom Standpunkt des Unionsrechts rechtswidrig sind.

IV. CUM-EX-GESCHÄFTE ALS BESTEHENDE BEIHILFE

[37.] Mit Rücksicht darauf, dass Cum-Ex-Geschäfte mindestens seit 2002 bekannt sind⁵³, stellt sich die Frage, ob sie als „bestehende“ Beihilfen behandelt werden sollen. Als solche gelten nämlich nach der Legaldefinition von Art. 1 Buchstabe b) der Verordnung 2015/1589 u.a. Beihilfen, für die die nach Art. 17 derselben Verordnung vorgesehene zehnjährige Verjährung eingetreten ist. Bei Beihilfen, die - wie bei den Cum-Ex-Geschäften geschehen – über mehrere Jahre gewährt wurden, begann die Verjährung zu laufen, wenn und sobald die Beihilfe tatsächlich ihren jeweiligen Empfänger erreichte⁵⁴, und konnte nur unterbrochen werden, wenn die Kommission selbst oder auf ihre Initiative der betreffende Mitgliedstaat in der Angelegenheit aktiv geworden wären⁵⁵. Bei den zwischen 2002 und 2011 vorgenommenen Cum-Ex-Geschäften ist mit Rücksicht darauf, dass weder die Kommission noch die Bundesrepublik Deutschland eingegriffen haben, um die Rückzahlung der zu Unrecht erstatteten Kapitalertragsteuer als nicht angemeldeter Beihilfe zu fordern, anzunehmen, dass in den meisten noch offenen Fällen vom Standpunkt des unionsalen Beihilfenrechts gemäß Art. 17 der Verordnung 2015/1589 eine Verjährung der entsprechenden Rückforderungsansprüche eingetreten ist. Sind aber die Voraussetzungen von Art. 1 Buchstabe b) der Verordnung in einem konkreten Fall erfüllt, so unterliegt eine als bestehend qualifizierte Beihilfe nicht der

⁵³ Oben Rn. 2.

⁵⁴ Art. 17 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 2015/1589 und EuGH, Rechtssache C-81/10 P, France Télécom/Kommission, ECLI:EU:C:2011:811, Rn. 80 ff.

⁵⁵ Art. 17 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung 2015/1589.

Rückzahlung an den Staat, die sonst auf Anordnung der Kommission mit dem Ziel verfügt worden wäre, die durch die Beihilfe herbeigeführte Verfälschung des Wettbewerbs zu beseitigen.

[38.] Um es noch einmal deutlich zu formulieren: Aus den vorausgegangenen Bemerkungen folgt, dass die nicht angemeldeten und daher in Anwendung der Verordnung 2015/1589 als rechtswidrig zu qualifizierenden, aber nicht rechtzeitig zurückgeforderten Beihilfen vom Standpunkt des Europäischen Unionsrechts nicht mehr angemahnt werden können, wenn und soweit sie als bestehend zu gelten haben. Wenn also seit Gewährung der durch die Cum-Ex-Geschäfte geleisteten Beihilfen mehr als zehn Jahre verstrichen sind, was angesichts der Tatsache anzunehmen ist, dass solche Geschäfte „nur“ bis 2011 vorgenommen wurden, ist für sie unionsrechtlich eine Verjährung eingetreten.

[39.] Das bedeutet, dass die im Rahmen der Cum-Ex-Geschäfte geleisteten, aber nicht angemeldeten und daher als rechtswidrig zu qualifizierenden Beihilfen nicht mehr auf der Grundlage des europäischen Beihilfenrechts zurückgefordert werden können und daher gemäß Art. 17 der Verordnung 2015/1589 – trotz des ihnen anhaftenden Rechtsmangels – nach dem Ablauf von zehn Jahren bei ihren Empfängern verbleiben dürfen.

V. RÜCKFORDERUNG DER BEIHILFE TROTZ UNIONSRECHTLICHER VERJÄHRUNG

[40.] Die in Art. 17 Abs. 1 der Verordnung 2015/1589 vorgesehene Verjährung bezieht sich auf die „Befugnisse der Kommission zur Rückforderung von Beihilfen“. Das lässt die Frage aufkommen, ob rechtswidrig gewährte Beihilfen trotz einer unionsrechtlich eingetretenen Verjährung auf andere Weise und durch andere Organe zurückgefordert werden können. In Betracht kommen zwei Möglichkeiten, die sich auf der Ebene der Mitgliedstaaten abspielen.

1. Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten

[41.] Zum einen existiert eine reiche Rechtsprechung des EuGH, die den Anwendungsbereich von Art. 17 der Verordnung 2015/1589 begrenzt und ausdrücklich anerkennt, dass Schadensersatz- bzw. Staatshaftungsklagen der durch die Gewährung von (nicht der Kommission angemeldeter und damit rechtswidriger) Beihilfen benachteiligten Konkurrenten vor nationalen Gerichten Erfolg haben können und zwar unabhängig davon, ob die in Betracht kommenden Beihilfen wegen des Ablaufs der zehnjährigen Verjährungsfrist als bestehend anzusehen sind⁵⁶. Konkret führt der Gerichtshof aus, dass das Verstreichen der in Art. 17 der Verordnung 2015/1589 vorgesehenen Frist nicht zur Folge haben kann, „dass rechtswidrige Beihilfen allein deshalb, weil sie zu bestehenden Beihilfen...werden, rückwirkend legalisiert werden und dadurch einer Schadensersatzklage von Einzelpersonen und durch die Gewährung der Beihilfe beeinträchtigten Wettbewerbern gegen den betreffenden Mitgliedstaat jede Rechtsgrundlage entzogen wird“⁵⁷.

[42.] Der Auffassung des EuGH liegt der Grundgedanke zugrunde, dass im Rahmen der Einhaltung der den Mitgliedstaaten zukommenden Verpflichtungen nach den Artikeln 107 und 108 AEUV (zum einen) den nationalen Gerichten und (zum anderen) der Kommission einander ergänzende und unterschiedliche Rollen zufallen⁵⁸. Während für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfemaßnahmen mit dem Unionsrecht die Kommission ausschließlich zuständig ist, wachen die nationalen Gerichte über die Wahrung der Rechte des Einzelnen, wenn die Mitgliedstaaten ihre aus Art. 108 Abs. 3 folgende Anmeldungspflicht für Beihilfen missachten⁵⁹. Der Gerichtshof geht sogar einen Schritt weiter und

⁵⁶ EuGH, Rechtssachen C-261/01 und C-262/01, van Calster u.a., ECLI:EU:C:2003:571, Rn. 74 ff., Rechtssache C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 26, und Rechtssache C-387/17, Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA, ECLI:EU:C:2019:51, Rn. 61 ff. m.w.N.

⁵⁷ EuGH, aaO Rechtssache C-387/17, Rn. 62.

⁵⁸ EuGH, aaO Rechtssachen C-261/01 und C-262/01, Rn. 74.

⁵⁹ EuGH, aaO Rechtssachen C-261/01 und C-262/01, Rn. 75, und C-387/17, Rn. 55. Vgl. ferner Rechtssache C-295/97, Piaggio, ECLI:EU:C:1999:313, Rn. 31, und Rechtssache C-

spricht den nationalen Gerichten bei der Wahrung der Rechte des Einzelnen eine breite Autonomie gegenüber der Kommission zu, wenn und weil die von der Beihilfengewährung geschädigten Konkurrenten der Beihilfenempfänger Schadensersatz gegen den verantwortlichen Mitgliedstaat unabhängig davon fordern können, ob die in Rede stehende Beihilfe zugleich Gegenstand einer Untersuchung der Kommission ist⁶⁰.

2. Zeitlich unbegrenzte Einziehung rechtswidrig gewährter Beihilfen?

[43.] Eine zweite Alternative, die der Vollständigkeit halber erwähnt wird, betrifft nicht speziell die Beihilfenproblematik. Sie geht vielmehr auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Juli 2021 zurück, das die Frage der strafrechtlichen Einziehung der zu Unrecht erstatteten Kapitalertragsteuer im Zusammenhang mit den Cum-Ex-Geschäften ausführlich behandelt. In unserem Zusammenhang kommt es auf dieses Urteil insoweit an, als der BGH die Einziehung aller aus der Betätigung von Cum-Ex-Geschäften erzielten Erträge und gezogener Nutzungen nach den einschlägigen Bestimmungen des StGB anordnet und daneben betont, dass diese Einziehung nicht der steuerrechtlichen Verjährung unterliegt⁶¹.

[44.] In Bezug auf die mit Beihilfen verbundene Verjährung nach Art. 17 der Verordnung 2015/1589 hat der EuGH kürzlich klargestellt, dass sie einen beschränkten Anwendungsbereich hat und im Übrigen die Verjährung etwaiger Ansprüche auf Schadensersatz Einzelner gegen den Staat dem nationalen Recht überlässt. Die allein anwendbaren Verjährungsregeln des nationalen Rechts unterliegen wie alle mitgliedstaatlichen Bestimmungen über Klagen, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht

385/18, Arriva Italia u.a., ECLI:EU:C:2019:1121, Rn. 84. Hinzuzufügen ist, dass die Pflicht, die Rechte Dritter gegen die Gewährung rechtswidriger Beihilfen zu schützen, nicht allein die mitgliedstaatlichen Gerichte, sondern auch andere nationale Behörden treffen kann: EuGH, Rechtsdache C-349/17, Eesti Pagar, ECLI:EU:C:2019:172, Rn. 89, und Rechtssache C-654/17, Bayerische Motorenwerke/Kommission und Freistaat Sachsen, ECLI:EU:C:2019:634, Rn.139.

⁶⁰ EuGH, aaO Rechtssache 387/17, Rn. 57.

⁶¹ Oben Rn. 6.

erwachsenen Rechte gewährleisten sollen, (lediglich) dem Äquivalenz- und dem Effektivitätsprinzip⁶². Mehr vermag das Unionsrecht nicht zu leisten, so dass die Heranziehung von Art. 17 der Verordnung 2015/1589 über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus im Widerspruch zum Grundsatz der Rechtssicherheit stehen würde. Daher kann dem Einzelnen eine Verjährungsfrist wie die des Art. 17 der Verordnung, die lediglich darauf abzielt, die Befugnisse der Kommission zur Rückforderung von Beihilfen zeitlich zu begrenzen, nicht entgegengehalten werden⁶³.

[45.] In dieser Rechtsprechung wird die Tendenz sichtbar, die Anwendung der beihilfenrechtlichen Verjährung möglichst zu reduzieren, um anderen Klagen und Verfahren, die auf nationaler Ebene rechtswidrige, weil nicht angemeldete, Beihilfen strengeren Regelungen unterwerfen, nicht zu beeinflussen. Unter diesen Umständen scheinen die vom Bundesgerichtshof herangezogenen Vorschriften über die zeitlich unbegrenzte Einziehung der unter Verletzung des (deutschen) Strafrechts erzielten Erträge und Nutzungen vom Standpunkt des stricto sensu europäischen Beihilfenrechts keinen Bedenken zu unterliegen, wenn und solange sie zu dessen Durchsetzung wirksam beitragen und der durch die Gewährung von Beihilfen eingetretenen Wettbewerbsverfälschung beikommen können⁶⁴. Schließlich darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Einziehung von Erträgen aus Straftaten Gegenstand einer besonderen Richtlinie ist, die darauf abzielt, die grenzüberschreitende Kriminalität in der Europäischen Union zu bekämpfen⁶⁵. Ohne die Frage der Verjährung direkt anzusprechen,

⁶² EuGH, Rechtssache C-387/17, aaO (Fn. 56) Rn. 72. Vgl. ferner Rechtssachen C-201/10 und 202/10, Ze FU Fleischhandel und Vion Trading, ECLI:EU:C:2011:282, Rn. 32 m.w.N.

⁶³ EuGH, Rechtssache C-387/17, aaO (Fn. 56) Rn. 74 f.

⁶⁴ Eine andere Frage, die aus dem Rahmen dieses Gutachtens fällt, ist, ob eine zeitlich unbegrenzte Einziehung mit dem Grundgesetz vereinbar ist: Dazu oben Rn. 6 mit Fn. 18 und dem Hinweis auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Februar 2021.

⁶⁵ Vgl. Richtlinie 2014/42/EU „über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der EU“ vom 1. April 2014, L 127/19, und dazu neuerdings EuGH, Rechtssachen C-845/19 und C-863/19, Okrazhna prokuratura, ECLI:EU:C:2021:864.

zeigt die Richtlinie, dass der europäische Gesetzgeber auf die Einziehung von Erträgen aus kriminellen Handlungen Wert legt und ihren Anwendungsbereich möglichst ausweiten will⁶⁶.

VI. GESAMTERGEBNIS DES GUTACHTENS

1. Cum-Ex-Geschäfte erfüllen alle Voraussetzungen, damit sie als „Beihilfen“ im Sinn des Europäischen Unionsrechts qualifiziert werden, weil

- sie den an ihnen beteiligten Wirtschaftsteilnehmern allgemein einen finanziellen Vorteil gewähren (nämlich eine Steuererstattung für nicht abgeführte Kapitalertragsteuer), der zudem bei den sog. wirtschaftlichen Eigentümern der „leergekauften“ Aktien durch Zeitablauf in den Fällen verbleiben darf, in denen eine Verjährung nach Art. 17 der Verordnung 2015/1589 eingetreten ist;
- dieser Vorteil mit Rücksicht darauf als „selektiv“ erscheint, dass lediglich die an den Leerkäufen von Aktien beteiligten Personen von einer ungerechtfertigten Steuererstattung profitiert haben;
- die so begünstigten Wirtschaftsteilnehmer durch die ungerechtfertigte Steuererstattung ihre finanzielle Stellung auf Kosten des deutschen Fiskus verbessert haben und damit von staatlichen Ressourcen bedient worden sind;
- und (weil) schließlich der über längere Zeit gewährte finanzielle Vorteil Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt hat.

2. Der als „Beihilfe“ erkannte Vorteil bei den Cum-Ex-Geschäften ist als rechtswidrig zu bezeichnen, weil der beihilfenrechtlich relevante Sachverhalt entgegen Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht bei der Kommission angemeldet worden ist.

3. Soweit seit der Erstattung der Kapitalertragsteuer zehn Jahre verstrichen sind, ohne dass die Kommission tätig geworden ist, tritt gemäß Art. 17 der Verordnung 2015/1589 vom Standpunkt des Unionsrechts Verjährung ein.

⁶⁶ Beispielsweise durch Art. 4 (Verfahren in Abwesenheit), 5 (Erweiterte Einziehung), 6 (Dritteinziehung) oder 7 (Sicherstellung im Hinblick auf eine spätere Einziehung).

4. Trotz Eintritts der unionsrechtlichen Verjährung erkennt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs an, dass auf der Ebene der Mitgliedstaaten Rechtsbehelfe und Verfahren statthaft sind, welche die als Beihilfen erkannten finanziellen Zuwendungen auch nach Ablauf der in der Verordnung 2015/1589 vorgesehenen Frist einer Rechtskontrolle unterwerfen und mit Sanktionen versehen können.

Thessaloniki, den 13.Dezember 2021



Prof. Dr.Dr.h.c. mult. Vassilios Skouris