

WHITEPAPER

Risiken der Doppelbelastung und Schadensüberkompensation bei Cum/Ex-Transaktionen

DR. CAROLIN SABEL
SALARY PARTNERIN
RECHTSANWÄLTIN

Risiken der Doppelbelastung und Schadensüberkompensation bei Cum/Ex-Transaktionen

Seitdem vor mehr als zehn Jahren erste Kenntnisse über die umfassenden Aktivitäten von Finanzakteuren und anderen Anlegern im Rahmen von Cum/Ex-Aktientransaktionen und deren steuerlichen Auswirkungen an die Öffentlichkeit gelangt sind, haben die wissenschaftliche und die justizielle Aufarbeitung von „Cum/Ex“ immer mehr an Fahrt aufgenommen.

Inzwischen existieren eine Vielzahl von Publikationen und einige gerichtliche Entscheidungen, u.a. zur Strafbarkeit der Beteiligten wegen Steuerhinterziehung und der Einziehung der aus der Tat erlangten Erträge¹, zur Steuerrechtswidrigkeit

erfolgter Kapitalertragsteueranrechnungen² und zum zivilrechtlichen Regress unter den Beteiligten³.

Wenig beleuchtet wurden dagegen bisher das Zusammentreffen der unterschiedlichen Ansprüche aus Strafrecht, Steuerrecht und Zivilrecht und das daraus entstehende Risiko der Doppelbelastung eines Beteiligten und der Überkompensation des staatlichen Schadens.

Diesem Themenbereich widmet sich der folgende Beitrag, der auf einer umfassenden aktuellen Veröffentlichung der Autorin in Zusammenarbeit mit Dr. Carsten Kusche zum selben Thema⁴ basiert.

DIE AUTORIN



Frau Dr. Carolin Sabel ist Salary Partnerin bei Kantenwein in München und beschäftigt sich vorwiegend mit Fragestellungen aus dem Bereich Commercial Dispute Resolution. In der jüngeren Vergangenheit hat sich Frau Dr. Sabel in einer Reihe zivil- und steuerrechtlicher Fallgestaltungen mit einer Vielzahl von Fragestellungen zur rechtlichen Beurteilung von Cum/Ex-Transaktionen befasst. Hierzu gehören insbesondere Fragestellungen zur Haftungsverteilung zwischen den verschiedenen Beteiligten einer Cum/Ex-Transaktion sowie übergreifender Betrachtungen im Zusammenhang mit der Schadensliquidation.

Kantenwein ist eine multidisziplinäre Sozietät aus Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern mit Sitz in München.

¹BGH Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20. ²BFH Urt. vom 16.04.2014 - I R 2/12; FG Hessen Urt. v. 10.2.2016 - 4 K 1684/14, Urt. v. 10.03.2017 - 4 K 977/14, Beschl. v. 06.04.2021 - 4 V 723/20.

³LG Frankfurt a.M. Urt. v. 23.09.2020 - 2/18 O 386/18; OLG Frankfurt a.M. Urt. v. 02.07.2020 - 1 U 111/18. ⁴Sabel/Kusche, *Das Verhältnis von sanktionenrechtlicher Vermögensabschöpfung, steuerlicher Haftung und zivilrechtlichem Regress infolge einer Cum/Ex-Transaktion*, ZWH 2021, 195-203 (Teil I) und ZWH 2021, 242-250 (Teil II).

INHALT

A. Welche Ansprüche können aus einer Cum/Ex-Transaktion resultieren?

- I. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Vermögensabschöpfung
- II. Fiskalische Ansprüche
- III. Zivilrechtliche Ansprüche

B. Wie regelt das geltende Recht das Zusammentreffen der bestehenden Ansprüche?

- I. Vermögensabschöpfung auf strafrechtlicher Grundlage
- II. Vermögensabschöpfung auf ordnungswidrigkeitenrechtlicher Grundlage
- III. Zivilrechtliche Ansprüche

C. Wie kann das nach geltendem Recht bestehende Risiko der Doppelbelastung der Beteiligten und der Überkompensation des fiskalischen Schadens vermieden werden?

- I. Analoge Anwendung der strafrechtlichen Lösung
- II. Ausweitung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Regelungen

D. Fazit

A. Welche Ansprüche können aus einer Cum/Ex-Transaktion resultieren?

I. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Vermögensabschöpfung

Nach jüngster Rechtsprechung des BGH kann die Beteiligung an einer Cum/Ex-Transaktion (in Abhängigkeit vom konkreten Tatbeitrag) als strafbare Steuerhinterziehung gem. § 370 AO und damit als Anknüpfungstat für eine Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB angesehen werden.⁵ Im Rahmen einer Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB kann bei Tätern, Teilnehmern und Dritten das aus einer Tat Erlangte bzw. der an dessen Stelle tretende Wertersatz eingezogen werden. Darüber hinaus kann eine Vermögensabschöpfung infolge einer Cum/Ex-Transaktion nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht in Betracht kommen. Dieses sieht eine Einziehung des Wertes des aus der Tat Erlangten (§ 29a OWiG) sowie eine (Verbands-) Geldbuße vor, die neben einem Ahndungsanteil auch einen Abschöpfungsanteil zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils aus der Tat enthält (§§ 30, 17 Abs. 4 OWiG). Anknüpfungstat hierfür kann sowohl eine durch die Cum/Ex-Transaktion verwirklichte Steuerordnungswidrigkeit gem. §§ 378 ff. AO als auch die Verletzung betrieblicher Organisationspflichten nach §§ 130, 30 OWiG sein.

II. Fiskalische Ansprüche

Wurde im Rahmen einer typischen Cum/Ex-Transaktion, beispielsweise im Jahr 2009, auf dessen Gesetzesstand sich auch die in diesem Abschnitt genannten Vorschriften des EStG beziehen, eine nur einmal abgeführte

Kapitalertragsteuer doppelt angerechnet oder erstattet, kann der Fiskus verschiedene Ansprüche gegen die Beteiligten geltend machen. Er kann etwa (i) den Schuldner der Kapitalertragsteuer (Aktienkäufer) gem. § 130 AO im Wege der Rücknahme der Anrechnungsverfügung oder gem. § 44 Abs. 5 S. 2 EStG in Anspruch nehmen, (ii) sich bei der die unzutreffende Steuerbescheinigung ausstellenden Stelle (Depotbank des Käufers) gem. § 45a Abs. 7 EStG schadlos halten oder (iii) die verkaufsausführende Stelle (Depotbank des Verkäufers) gem. § 44 Abs. 5 S. 1 EStG in die Haftung nehmen.

Daneben kommt die Haftung der beteiligten Unternehmen und ihrer Leitungsorgane gem. §§ 70, 69 AO sowie des etwaigen Täters oder Teilnehmers einer Steuerhinterziehung gem. § 71 S. 1 AO in Betracht.

Diese Ansprüche knüpfen jeweils an die den Steuerschaden auslösende Verletzung der dem jeweiligen Beteiligten im System der Kapitalertragsteuererhebung zukommenden Pflicht durch diesen Beteiligten an. Da diese steuerlichen Pflichten wiederum sämtlich darauf gerichtet sind, zusammen die Erhebung eines Kapitalertragsteueraufkommens zu sichern, ist davon auszugehen, dass der Fiskus im Falle der Pflichtverletzung und Haftung mehrerer Beteiligter zwar jeden Schuldner/Haftenden in voller Höhe in Anspruch nehmen, seinen Anspruch in Höhe seines Steuerschadens aber insgesamt nur einmal realisieren kann.

Dementsprechend ist anzunehmen, dass die Ansprüche in einem Gesamtschuldverhältnis i.S.d. § 44 AO stehen.⁶

⁵BGH Urt. v. 28.07.2021 – 1 StR 519/20. ⁶Vgl. ähnlich Florstedt DStR 2019, 655 (660) sowie LG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.09.2020 – 2-18 O 386/18.

III. Zivilrechtliche Ansprüche

Haften mehrere Beteiligte gegenüber dem Fiskus auf steuerrechtlicher Grundlage als Gesamtschuldner, entstehen zwischen ihnen Ansprüche auf Gesamtschuldnerregress. Diese richten sich nach der zivilrechtlichen Vorschrift des § 426 BGB.⁷ Daneben kommen im Einzelfall, abhängig von der konkreten Ausgestaltung der die Beteiligten verbindenden Vertragsverhältnisse, vertragliche Freistellungs-, Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüche zwischen den Beteiligten in Betracht. Dies können insbesondere Ansprüche aus Depotverträgen⁸ sowie aus (ggf. konkludenten) Anlageberatungsverträgen⁹ sein. Kaufvertragliche Ansprüche zwischen den Parteien der Cum/Ex-Transaktion wurden in der Rechtsprechung abgelehnt.¹⁰

B. Wie regelt das geltende Recht das Zusammentreffen der bestehenden Ansprüche?

Aus den genannten Ansprüchen resultiert zumindest im Ausgangspunkt die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme eines Beteiligten einer Cum/Ex-Transaktion und der Überkompensation des fiskalischen Schadens.¹¹ Denn die Beteiligten einer Cum/Ex-Transaktionen können zum einen steuerlich in Anspruch genommen und zum anderen Adressat einer straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen (Dritt-)Abschöpfungsanordnung werden, mit der der wirtschaftliche Vorteil der Transaktion abgeschöpft wird, der ihnen jedoch infolge einer steuerlichen Inanspruchnahme ggf. ohnehin nicht verbleibt.

Existieren mehrere steuerliche (Haftungs-)Schuldner, die dem Fiskus gesamtschuldnerisch haften und untereinander regresspflichtig sind, tritt der zivilrechtliche Regressanspruch als dritter Anspruch und weiterer potentieller Auslöser einer Doppelbelastung hinzu. Gegen ein (rechts-)staatliches Vorgehen, das sich sämtlicher verfügbarer Mittel seiner Rechtsordnung bedient, um die aus Cum/Ex-Transaktionen entstandenen Steuerschäden durch Inanspruchnahme der Beteiligten zu kompensieren, ist zwar grundsätzlich nichts einzuwenden. Mit Blick auf eine potentielle Doppelbelastung der Beteiligten ist hier jedoch zu berücksichtigen, dass die Vermögensabschöpfung nach ihrer gesetzlichen Konzeption neben die Ahndung der Tat tritt und damit lediglich darauf abzielt, einen wirtschaftlichen Vorteil abzuschöpfen, der dem Abschöpfungsadressaten aus einer rechtswidrigen Tat entstanden und verblieben ist.¹² Somit würde die infolge der Kumulation von Vermögensabschöpfung und steuerlicher oder zivilrechtlicher Haftung wegen derselben Tat entstehende Doppelbelastung des Abschöpfungsadressaten über den Zweck der Vermögensabschöpfung hinausgehen und zugleich spiegelbildlich eine Überkompensation des fiskalischen Schadens nach sich ziehen. Beides wäre im Rahmen einer rechtsstaatlichen Aufarbeitung von Cum/Ex-Transaktionen weder erforderlich noch gerechtfertigt. Diesem potentiellen Kumulationseffekt wird durch das geltende Recht in unterschiedlicher Weise und Intensität begegnet – und zwar abhängig davon, ob die Anspruchshäufung auf einer strafrechtlichen oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vermögensabschöpfung basiert.

⁷St. Rspr., vgl. etwa BGH Beschl. v. 28.10.1992 - XII ZB 42/91; BFH Urt. v. 27.03.1968 - II 98/62, Urt. v. 23. 9. 2009 - VII R 43/08. ⁸Florstedt DStR 2019, 695 (698). ⁹OLG Stuttgart Urt. v. 27.4.2015 - 5 U 120/14.

¹⁰OLG Frankfurt a.M. Urt. v. 02.07.2020 - 1 U 111/18. ¹¹Mit „doppelter Inanspruchnahme“ oder „Doppelbelastung“ ist hier die Inanspruchnahme auf Grundlage der sanktionenrechtlichen Vermögensabschöpfung einerseits und der steuerlichen oder zivilrechtlichen Haftung andererseits gemeint, wobei nicht gemeint ist, dass der Abschöpfungsbetrag und die Haftungssumme in jedem Fall betragsmäßig identisch sein müssen.

¹²Der Gesetzgeber, das BVerfG und der BGH schreiben der Einziehung auch nach neuem Abschöpfungsrecht keinen Strafcharakter zu, s. BT-Dr.18/9525, 46 f.; BVerfG Beschl. v. 10.2.2021 - 2 BvL 8/19, Rz. 102 ff., 117 ff.; BGH Urt. v. 15.5.2018 - 1 StR 651/17, Beschl. v. 6.2.2018 - 5 StR 600/17, Beschl. v. 7.3.2019 - 3 StR 192/18.

I. Vermögensabschöpfung auf strafrechtlicher Grundlage

Handelt es sich bei der Vermögensabschöpfung um eine strafrechtliche Einziehung, löst das Gesetz die Problematik des Zusammentreffens abschöpfungsrechtlicher und fiskalischer Ansprüche im Fall der zuerst erfolgenden Einziehung dadurch auf, dass der Einziehungsbetrag an den Verletzten auszukehren ist (§ 459h Abs. 2 S. 1 StPO). Für den Fall der zuerst erfolgenden Steuertilgung trifft das Gesetz die Anordnung, dass die Einziehung nach Erlöschen des Verletztenanspruchs ausgeschlossen ist (§ 73e Abs. 1 S. 1 StGB). Erfolgt die Steuertilgung zwischen Anordnung und Vollstreckung der Einziehung erfolgt, so ordnet § 459g Abs. 4 S. 1 StPO die Aussetzung der Vollstreckung an.

Dementsprechend erhält bei zuerst erfolgender Einziehung gegenüber einem Beteiligten der Fiskus den strafrechtlich eingezogenen Betrag (§ 459h Abs. 2 S. 1 StPO) und wird dadurch in seiner fiskalischen Forderung gegen den Einziehungsadressaten befriedigt. Durch diese Erfüllung wird nicht nur die Möglichkeit der strafrechtlichen Einziehung bei den weiteren Beteiligten ausgeschlossen (§ 73e Abs. 1 S. 1 StGB). Es erlöschen gleichsam auch die im Gesamtschuldverhältnis stehenden fiskalischen Ansprüche gegen die weiteren Beteiligten (§ 44 Abs. 2 S. 1 AO). In der Folge kann der Fiskus weder den Einziehungsadressaten, noch die weiteren Beteiligten fiskalisch in Anspruch nehmen. Daher kann der Einziehungsadressat auch zivilrechtlich durch die weiteren Beteiligten weder auf Gesamtschuldnerregress noch auf etwaigen vertraglichen Regress in Anspruch genommen und dadurch mehrfach belastet werden. Denn hierfür fehlt es bereits an der steuerlichen Haftung bzw. am ersatzfähigem Schaden der weiteren Beteiligten.

Zivilrechtliche Regressansprüche können nur umgekehrt dem Einziehungsadressaten selbst infolge seiner zugleich die Steuertilgung bewirkenden Einziehungsleistung gegenüber den – im Übrigen nicht in Anspruch genommenen – weiteren Beteiligten zustehen.

Bei zuerst erfolgender steuerlicher Inanspruchnahme eines Beteiligten erlischt zunächst der fiskalische Anspruch mit Gesamtwirkung für alle Gesamtschuldner (§ 44 Abs. 2 S. 1 AO). Dadurch wird auch die strafrechtliche Einziehung (gegenüber allen potentiellen Einziehungsadressaten) ausgeschlossen. Auch in diesem Fall kann nur der steuerlich in Anspruch Genommene im Wege des Gesamtschuldnerregresses (oder ggf. des vertraglichen Regresses) gegen die weiteren steuerlich Haftenden vorgehen, so dass neben der Schadensüberkompensation auch die Doppelbelastung der Beteiligten ausgeschlossen ist.

II. Vermögensabschöpfung auf ordnungswidrigkeitenrechtlicher Grundlage

Handelt es sich bei der Vermögensabschöpfung um eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Einziehung oder ein Bußgeld mit Abschöpfungsanteil, stellt das Gesetz dagegen keine befriedigende Regelung zur Verfügung, die eine Doppelbelastung der Beteiligten und eine Schadensüberkompensation beim Fiskus umfassend vermeidet. Denn das Ordnungswidrigkeitenrecht bestimmt in Abweichung vom Straf- und Strafprozessrecht weder, dass die Vermögensabschöpfung durch Einziehung und Bußgeld zu unterbleiben hat, wenn der Verletztenanspruch durch Erfüllung erloschen ist, noch, dass der im Wege der Einziehung oder des Bußgelds abgeschöpfte Betrag dem Verletzten auszukehren ist.

Eine wechselseitige Berücksichtigung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vermögensabschöpfung und der steuerlichen Haftung findet dort in anderer Weise statt. Zum einen mindert eine Haftung des Abschöpfungsadressaten gegenüber dem Verletzten, d.h. vorliegend dem Fiskus, im Rahmen der Festsetzung des Abschöpfungsbetrags den abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteil aus der Tat, wenn der Anspruch des Verletzten (Fiskus) bereits rechtskräftig festgestellt ist.¹³ Zum anderen ist im Vollstreckungsverfahren von der Vollstreckung der Einziehung (§ 99 Abs. 2 S. 1 OWiG) bzw. des Bußgeldes (§ 99 Abs. 2 S. 1 OWiG analog¹⁴) abzusehen, wenn der Abschöpfungsadressat eine rechtskräftige Entscheidung vorlegt, in der gegen ihn wegen der mit Geldbuße bedrohten Handlung ein dem Verletzten erwachsener Anspruch festgestellt ist. Hat der Abschöpfungsadressat den Einziehungsbetrag bzw. das Bußgeld gezahlt, wird ihm der Betrag seiner Haftung gegenüber dem Verletzten zurückerstattet, wenn er eine rechtskräftige Entscheidung über seine Haftung gegenüber dem Verletzten vorlegt (§ 99 Abs. 2 S. 2 OWiG).

Wenngleich damit einige Fälle des Zusammentreffens von steuerlicher Haftung und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vermögensabschöpfung im Sinne einer Vermeidung von Doppelbelastung und Schadensüberkompensation geregelt sind, ist das ordnungswidrigkeitenrechtliche Regelungssystem insoweit lückenhaft. Denn es erfasst lediglich die Konstellation, in der es nur einen steuerlich Haftenden und damit kein Gesamtschuldverhältnis gibt.

Haften dem Fiskus mehrere Beteiligte als steuerliche Gesamtschuldner, kann der Fiskus ohne Rücksicht auf eine bereits gegenüber einem Beteiligten angeordnete Vermögensabschöpfung einen anderen Beteiligten

in steuerliche Haftung nehmen. Wendet sich dieser andere Beteiligte wiederum im Rahmen seines Gesamtschuldnerregresses an den Abschöpfungsadressaten, so wird der Abschöpfungsadressat mehrfach belastet, während der staatliche Steuerschaden spiegelbildlich überkompensiert wird. Zu diesem Ergebnis kommt es zum einen, weil die zuerst erfolgende Vermögensabschöpfung nicht dazu führt, dass der abgeschöpfte Betrag dem Fiskus mit Gesamt-Erfüllungswirkung ausgekehrt wird. Zum anderen kommt es dazu, weil im Rahmen der zuerst erfolgten Vermögensabschöpfung der erst später gegenüber dem Abschöpfungsadressaten rechtskräftig festgestellte Gesamtschuldnerregressanspruch nicht berücksichtigt wird und der Abschöpfungsadressat die Gesamtschuldnerregressforderung im Rahmen der Vollstreckung auch schwerlich gem. (bei Einziehung) bzw. analog (bei Bußgeld) § 99 Abs. 2 OWiG als Forderung „des Verletzten“ zur Aussetzung der Vollstreckung bzw. Rückerstattung seiner Zahlung anführen kann. Haften dem Fiskus mehrere Beteiligte als steuerliche Gesamtschuldner, kann auch in umgekehrter Reihenfolge erst ein Gesamtschuldner steuerlich in Anspruch genommen und daraufhin bei einem anderen Gesamtschuldner eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Vermögensabschöpfung vorgenommen werden. Der Abschöpfungsadressat kann auch in diesem Fall zusätzlich zu der Vermögensabschöpfung mit einem später geltend gemachten Gesamtschuldnerregress des steuerlich in Anspruch genommenen Gesamtschuldners belastet werden. Auch insoweit kommt es zur Doppelbelastung und zur Überkompensation des fiskalischen Schadens. Dieses Ergebnis ist wiederum zum einen dadurch bedingt, dass das Erlöschen der steuerlichen Gesamtschuld durch die erfolgreiche Inanspruchnahme eines Gesamtschuldners nicht die Unzulässigkeit der

¹³BGH Urt. v. 18.6.1969 – 2 StR 96/69, Beschl. v. 19.6.2007 – KRB 12/07, Urt. v. 18.5.2017 – 3 StR 103/17; Gürtler in Göhler, § 17 OWiG Rz. 4w0. ¹⁴BGH Urt. v. 18.5.2017 – 3 StR 103/17.

Vermögensabschöpfung bei einem anderen Beteiligten nach sich zieht. Zum anderen ist es auch in diesem Fall dadurch bedingt, dass im Rahmen der Vermögensabschöpfung der erst später gegenüber dem Abschöpfungsadressaten rechtskräftig festgestellte Gesamtschuldnerregressanspruch nicht betragsmindernd berücksichtigt wird und der Abschöpfungsadressat die Gesamtschuldnerregressforderung dann später im Rahmen der Vollstreckung auch schwerlich gem. (bei Einziehung) bzw. analog (bei Bußgeld) § 99 Abs. 2 OWiG als Forderung „des Verletzten“ zur Aussetzung der Vollstreckung bzw. Rückerstattung seiner Zahlung anführen kann.

C. Wie kann das nach geltendem Recht bestehende Risiko der Doppelbelastung der Beteiligten und der Überkompensation des fiskalischen Schadens vermieden werden?

I. Analoge Anwendung der strafrechtlichen Lösung

Um das im ordnungswidrigkeitenrechtlichen System bestehende Risiko der Doppelbelastung eines Beteiligten und der Überkompensation des fiskalischen Schadens zu eliminieren, wäre zunächst naheliegend,

die strafrechtlichen Regelungen, aufgrund derer diese Effekte bei der strafrechtlichen Einziehung vermieden werden, d.h. insbesondere §§ 73e Abs. 1 S. 1 StGB und 459h Abs. 2 S. 1 StPO, im Ordnungswidrigkeitenrecht analog anzuwenden. Allerdings liegen die Voraussetzungen für einen derartigen Analogieschluss nicht vor. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

Denn in der Gesetzesbegündung zu § 99 OWiG kommt klar zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, im Ordnungswidrigkeitenrecht eine der strafrechtlichen Vorgängerregelung zu § 73e Abs. 1 S. 1 StGB (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F.) entsprechende Vorschrift zu implementieren. Begründet wurde dies damit, dass der Gesetzgeber das Vorhandensein von Verletztenansprüchen im Ordnungswidrigkeitenrecht (in zwar zweifelhafter aber zu respektierender Weise) für so selten hielt, dass er meinte, Mehrfachbelastungen seien durch Anwendung des Opportunitätsprinzips bei der Festsetzung des Abschöpfungsbetrags und des § 99 OWiG im Vollstreckungsverfahren vollständig vermeidbar.

Darüber hinaus fehlt es auch mit Blick auf § 459h Abs. 2 S. 1 StPO betreffend die Auskehr des Einziehungsbetrags an den Verletzten an einer planwidrigen Regelungslücke, da das OWiG durchaus eine Regelung zum Verbleib der Erträge aus Bußgeldern enthält – nämlich die Bestimmung in § 90 Abs. 2 S. 1 OWiG, nach der Geldbußen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, in die Bundeskasse fließen, wenn eine Verwaltungsbehörde des Bundes den Bußgeldbescheid erlassen hat, und in allen anderen Fällen in die Landeskasse.

¹⁵BT-Drucks. 10/318, 43. ¹⁶BT-Drucks. 10/318, 43.

II. Ausweitung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Regelungen

Doppelbelastungen durch Bußgeld, Verletztenanspruch und Regressforderung sollten daher im Ordnungswidrigkeitenrecht selbst vermieden werden. Dafür spricht nicht nur das Scheitern der strafrechtlichen Analogie, sondern positiv auch der Umstand, dass der Gesetzgeber ausweislich der oben genannten Gesetzesbegründung zu § 99 OWiG Doppelbelastungen auch im Bußgeldverfahren ausschließen wollte und das Opportunitätsprinzip sowie die Regelungen des § 99 Abs. 2 OWiG als die dazu geeigneten Mittel angesehen hat.

Daran anknüpfend erscheint es kohärent und zweckmäßig, die Problematik der Doppelbelastung und Schadensüberkompensation dadurch zu lösen, dass zum einen das behördliche Ermessen bei der Bußgeldfestsetzung und bei der Festsetzung eines Einziehungsbetrags derart eingeschränkt bzw. geleitet sein sollte, dass Ersatzansprüche Dritter frühestmöglich zu berücksichtigen sind, ohne dass dazu zwingend deren rechtskräftige Feststellung erforderlich ist. Die Gefahr der Doppelbelastung des Bußgeldadressaten wäre zwar nicht vollständig ausgeräumt, wenn die Bußgeldbehörde in jedem Einzelfall ermitteln würde, inwiefern sie Ersatzansprüche Dritter als ausreichend gesichert einschätzt, um diese auch schon vor ihrer rechtskräftigen Feststellung bußgeldmindernd zu berücksichtigen. Es bestünde jedoch immerhin im Einzelfall die Möglichkeit, der Doppelbelastungsgefahr bereits im Erkenntnisverfahren zu begegnen.

Zum anderen sollte § 99 Abs. 2 OWiG durch eine (doppelt) analoge Anwendung über den Wortlaut und die nach der Rechtsprechung analoge Anwendung auf Bußgelder hinaus

auch auf Fälle angewandt werden, in denen der Betroffene eine rechtskräftige Entscheidung vorlegt, in der gegen ihn wegen der mit Geldbuße bedrohten Handlung ein einem Dritten erwachsener Anspruch festgestellt ist (§ 99 Abs. 2 S. 1 OWiG), bzw. auf Fälle, in denen die Zahlung auf Grund der rechtskräftigen Entscheidung an den Dritten nachgewiesen ist (§ 99 Abs. 2 S. 2 OWiG). Denn dadurch würde die Regelung nicht nur die Inanspruchnahme des Abschöpfungsadressaten durch den Fiskus (d.h. den Verletzten), sondern auch durch einen fiskalisch in Anspruch genommenen und Regress verlangenden anderen Gesamtschuldner erfassen.

Die Voraussetzungen für diese Analogie sind erfüllt. Das OWiG enthält keine Regelung zur Aussetzung der Vollstreckung oder zur Rückzahlung des Bußgeldes im Fall, dass der Abschöpfungsadressat wegen der mit Bußgeld bedrohten Handlung nicht nur durch den Verletzten, sondern durch einen Dritten, der dem Verletzten gesamtschuldnerisch neben dem Abschöpfungsadressaten haftet und auf die Gesamtschuld zahlt, in Anspruch genommen wird und sich sein aus der Tat entstandener Vorteil daher letztlich entsprechend mindert. Diese Regelungslücke ist auch als planwidrig anzusehen, da der Gesetzgeber diese Konstellation (der Haftung Mehrerer gegenüber dem Verletzten) vor dem Hintergrund, dass er schon die Existenz eines Verletzten einer Ordnungswidrigkeit an sich für „selten“ hält,¹⁷ erst recht nicht bedacht haben dürfte. Von einer vergleichbaren Interessenlage ist ebenfalls auszugehen. Denn es bedeutet wertungsmäßig keinen Unterschied, ob eine Doppelbelastung des Abschöpfungsadressaten durch einen neben dem Bußgeld/der Einziehung geltend gemachten Anspruch des Verletzten oder durch einen daneben geltend gemachten Regressanspruch eines ebenfalls dem Verletzten haftenden und diesen befriedigenden Gesamtschuldner eintritt. In beiden Fällen verbleibt der abgeschöpfte wirtschaftliche

¹⁷BT-Drucks. 10/318, 43.

Vorteil bereits durch den (Dritt-) Anspruch nicht nachhaltig im Vermögen des Abschöpfungsadressaten, so dass auch der Abschöpfungsanteil des Bußgeldes bzw. der eingezogene Betrag letztlich Sanktionscharakter hat und seinen Zweck verfehlt. Zudem wird auch in beiden Fällen der Anspruch des Verletzten der Tat erfüllt, da die hier vorgeschlagene Analogie die Tilgung der steuerlichen Ansprüche des Fiskus durch den Dritten voraussetzt.

In beiden Fällen erscheint daher der Abschöpfungsadressat gleichermaßen schutzwürdig.

Umgekehrt ist es nicht plausibel begründbar, warum das Vorhandensein einer Mehrheit von Schuldnern des Fiskus diesem letztlich mehrfach zugutekommen soll, obwohl die entsprechenden Ansprüche im Gesamtschuldverhältnis zueinander stehen und obwohl § 99 Abs. 2 OWiG bereits nach seinem Wortlaut darauf hindeutet, dass eine Durchsetzung der Vermögensabschöpfung im Fall, dass dem Abschöpfungsadressaten gegenüber mehreren Ansprüchen aus der Tat geltend gemacht werden, im Ergebnis nicht intendiert ist.

D. Fazit

- Eine Cum/Ex-Transaktion kann sowohl eine straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Vermögensabschöpfung als auch eine steuerliche Haftung und zivilrechtliche Regressansprüche der Transaktionsbeteiligten auslösen.
- Wird eine Vermögensabschöpfung im Wege der strafrechtlichen Einziehung angeordnet, existiert ein ausreichender gesetzlicher Rahmen zur Vermeidung der Doppelbelastung des Einziehungsadressaten mit Vermögensabschöpfung und steuerlicher Haftung oder zivilrechtlichem Regress und zur Vermeidung einer spiegelbildlichen Überkompensation des fiskalischen Schadens.
- Wird eine Vermögensabschöpfung dagegen im Wege der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Einziehung oder Geldbuße vorgenommen, kann das geltende Recht die Doppelbelastung und Schadensüberkompensation nicht ausreichend vermeiden. In der Fallkonstellation, in der dem Fiskus als Verletztem der Anknüpfungstat der Vermögensabschöpfung mehrere Beteiligte der Cum/Ex-Transaktion steuerlich als Gesamtschuldner haften, fehlt es an gesetzlichen Regelungen, die verhindern, dass bei einem Beteiligten eine Vermögensabschöpfung und bei einem anderen eine steuerliche Haftung durchgesetzt werden und der Abschöpfungsadressat anschließend durch den Gesamtschuldnerregress des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners neben der Vermögensabschöpfung mittelbar auch mit der steuerlichen Haftung belastet wird.
- Dieses Ergebnis ist mit dem Zweck der Vermögensabschöpfung nicht vereinbar. Es sollte daher zum einen durch die mindernde Berücksichtigung auch nicht rechtskräftig festgestellter Drittansprüche im Rahmen der Festsetzung des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Abschöpfungsbetrags und zum anderen durch die doppelt analoge Anwendung von § 99 Abs. 2 OWiG auch auf Fälle, in denen der Abschöpfungsadressat nicht durch den Verletzten, sondern durch einen Dritten in Anspruch genommen wird, vermieden werden.

Ihre Fragen zu Rückgriffsszenarien und potentiellen Cum/Ex-Doppelbelastungen

Bei Interesse an einer Beratung zu diesem Themenkomplex stehen Ihnen Dr. Carolin Sabel und Dr. Alexander Kröck gerne als Ansprechpartner zur Verfügung. Hinsichtlich der steuerstrafrechtlichen Hintergründe bitten wir um Kontaktaufnahme mit Dr. Rainer Spatscheck.



DR. CAROLIN SABEL
SALARY PARTNERIN
RECHTSANWÄLTIN



DR. ALEXANDER KRÖCK
PARTNER
RECHTSANWALT



DR. RAINER SPATSCHECK
PARTNER
RECHTSANWALT