

Titel:

Vorstandshaftung für nicht abgeführte Kapitalertragsteuer

Normenketten:

AktG § 93

ZPO § 167

Leitsätze:

1. Bei der Frage der Zustellung als „demnächst“ darf nicht auf eine rein zeitliche Betrachtungsweise abgestellt werden, da die Parteien bei der Zustellung von Amts wegen vor Nachteilen durch Verzögerungen bewahrt werden sollen, die von ihnen nicht beeinflusst werden können. Insbesondere bei aufwendigen Auslandszustellungen steht eine Zustelldauer von im Einzelfall mehreren Jahren einer Zustellung als „demnächst“ nicht entgegen, wenn der Kläger und seine Prozessbevollmächtigten alles ihnen Zumutbare getan haben, um die Zustellung der Klage herbeizuführen. (Rn. 92) (redaktioneller Leitsatz)
2. Ein Geschäftsleiter handelt nur dann sorgfältig iSd § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, wenn er umso größere Gefahren für die Gesellschaft nur eingeht, je kleiner deren Eintrittswahrscheinlichkeit ist. Dabei spielt es eine gewichtige Rolle, was die möglichen Alternativen des in Betracht genommenen Handelns bzw. Unterlassens sind. Eine Pflicht, existenzgefährdende Risiken niemals einzugehen ("absolute Grenze"), gibt es hingegen nicht. (Rn. 111 – 112) (redaktioneller Leitsatz)
3. Auf das unternehmerische Ermessen, die sog. Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, kann sich nicht berufen, wer ein Schmiergeld von 1 Mio. EUR annimmt, da in diesem Fall eine so erhebliche Interessenskollision vorliegt, dass die Anwendung der Regelung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist. (Rn. 123) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatzpflicht, Schmiergeld, Zustellung, Vorstandshaftung, Kapitalertragsteuer

Fundstelle:

NZG 2026, 461

Tenor

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.000.000,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 18.08.2023 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet ist, die Schäden zu ersetzen, die der ... durch die Nichtabführung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag aus und im Zusammenhang mit den im Zeitraum Januar und Februa 2017 für die ... durchgeführten Aktiengeschäften entstanden sind.
3. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 4.102.363,88 € festgesetzt.

Tatbestand

1

Der Kläger begehrt als Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Bank, deren Vorstand der Beklagte in der Vergangenheit war, die Herausgabe eine „Schmiergeldzahlung“, die der Beklagte erhalten hat, sowie die Feststellung, dass der Beklagte für bestimmte Schäden haftet, die auf eine vermeintliche Pflichtverletzung des Beklagten zurückzuführen sind.

2

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der ..., einer vergleichsweise kleineren Bank (Bilanzsumme am 31.12.2015 ca. 30 Mio. Euro, am 31.12.2016 ca. 34 Mio. Euro und am 31.08.2017 ca. 30,9 Mio. Euro und handelsrechtliches Eigenkapital am 31.08.2017 22,1 Mio. Euro), die bis Ende 2015 ... hieß und ihren Sitz in der ... – hatte (im Folgenden „Insolvenzschuldnerin“). Am 14.03.2018 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestimmt. Der Beklagte ist Volljurist und war vom 18.03.2011 bis 02.01.2018 Vorstandsmitglied der Insolvenzschuldnerin. Im Rahmen der internen Ressortzuständigkeit fungierte der Beklagte als Vorstand für den Bereich Markt gem. § 25c Abs. 4a Nr. 3 lit. b KWG. Seine Aufgabe war es mithin, Neugeschäfte zu akquirieren und Kunden zu betreuen. Einzig weiteres Vorstandsmitglied – dementsprechend für den Bereich Marktfolge – war Am 03.11.2015 schloss der Beklagte mit der Insolvenzschuldnerin einen Dienstvertrag, in dessen Ziff. 13.4 geregelt ist, dass Erfüllungsort und Gerichtsstand jeweils der Sitz der Insolvenzschuldnerin ist. ... (vgl. hierzu die Zeugenaussage Anlage B 25, auf die sich beide Parteien berufen) arbeitete in den Jahren 2013 bis 2016 für die Firma ... mit Sitz auf den Cayman Islands (im Folgenden ...) in einem Bürokomplex in L., in dem auch andere Firmen, u.a. die ... mit Sitz in G. (im Folgenden „...“) und die Firma ... Büros hatten. ... sollte Investments für die ... finden und dabei u.a. mit den genannten Firmen zusammenarbeiten, um die Investments zu „verfeinern“.

3

Gemeinsam mit anderen Personen der genannten Firmen ersann er Anfang 2016 ein Investmentssystem, das folgenden Hintergrund und folgendes Konzept hatte:

4

Wenn eine deutsche, inländische Gesellschaft sammelverwahrte Aktien deutscher börsennotierter Unternehmen mit Dividendenanspruch erwirbt, erhält sie im Anschluss über die ... , F.. (im Folgenden ... oder ... eine Tochter der D Bö. AG, und sodann über ihre Depotbank entweder die Dividende oder – im Fall der Lieferung ohne Dividendenanspruch – eine Kompensation für die entgangene Dividende vom Veräußerer der Aktien. Prinzipiell gehören sowohl die Dividende gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG als auch die Dividendenkompensation gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Diesbezüglich ist gem. § 44 Abs. 1 S. 3 u. 4 Nr. 3 lit. a) die Depotbank als „auszahlende Stelle“ verpflichtet den Steuerabzug unter Beachtung der im Bundessteuerblatt veröffentlichten Auslegungsvorschriften der Finanzverwaltung für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge vorzunehmen. Diese Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt gem. § 20 Abs. 5 S. 2 EStG i.V.m. § 39 AO aber nur der sog. „wirtschaftliche Eigentümer“ der Aktien. Der ... entschied im Jahr 2015 (Urteil vom 18.08.2015 – I R 88/13), dass im Einzelfall ein anderer als der zivilrechtliche Inhaber der Aktien wirtschaftlicher Eigentümer sein könne. Konkret ging es in dem Fall um Wertpapierdarlehen zwischen einem britischen Finanzinstitut und einem deutschen Maschinenbauunternehmen, aufgrund derer Aktien von dem deutschen Maschinenbauunternehmen über den Dividendenstichtag insgesamt 14 Tage gehalten wurden und zum gleichen Kurs hin- und her transferiert wurden. Laut ... sei das britische Finanzinstitut als Darlehensgeberin wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien geblieben, auch wenn es zwischenzeitlich nicht zivilrechtliche Inhaberin der Aktien war.

5

... stellte fest, dass trotz dieser Rechtsprechung und einer zeitnah daran angepassten Gesetzeslage, die ... unabhängig von einer konkreten Prüfung des wirtschaftlichen Eigentums 100% der Dividende (bei Lieferung der Aktien vor dem Dividendenstichtag) bzw. 100% der Dividendenkompensation (bei Lieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag) an die Depotbank der inländischen Gesellschaft auszahlte, wenn diese zivilrechtliche Inhaberin der Aktie bzw. des Dividendenanspruchs sei. ... und sein Team folgerten, dass diese Zahlung – wenn sie dann von der Depotbank weitergereicht wird – in den Fällen, in denen die inländische Gesellschaft aber gar nicht wirtschaftliche Eigentümerin ist, nach der Rechtsprechung des BFH weder Dividendenausschüttung noch Dividendenkompensation und somit keine Einkünfte aus Kapitalvermögen sein könne, sondern eine „normale Handelseinnahme“ sein müsse. Das hätte zur Folge, dass die verwahrende Depotbank eigentlich keine Kapitalertragssteuer an der Quelle einbehalten müsste, sondern dass die Besteuerung über die „regulären“ Einkünfte erfolgen müsste. Dennoch – so die Beobachtung von ... – behandelten die Depotbanken die Zahlungen unabhängig vom wirtschaftlichen Eigentum stets wie eine Dividende und führten deshalb vor Auszahlung an die inländische Gesellschaft gem. § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a EStG Kapitalertragsteuer ab. Wenn die inländische Gesellschaft gar nicht

wirtschaftlicher Eigentümer war, müsste sie sich nun auf aufwendige Weise diese – aus seiner Sicht fälschlicherweise – an der Quelle abgeführte Steuer zurückholen. Dies schien aus Sicht von ... kein gewinnversprechendes System zu sein. Aus seinem Team kam daher der Gedanke auf, dass eine deutsche gemeinnützige Gesellschaft kurzfristige Inhaberin der Aktien sein könnte, ohne wirtschaftliche Eigentümerin zu werden. Da gemeinnützige Gesellschaften 100% ihrer Kapitaleinkünfte zunächst ausgeschüttet bekämen, dürfte und müsste – so die Logik von ... – seitens der Depotbank kein Steuerabzug von der Zahlung erfolgen und zwar unabhängig davon, ob die gemeinnützige Gesellschaft wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien war oder nicht. Die gemeinnützige Gesellschaft könnte sodann die vereinnahmte Zahlung vollständig an den Kapitalgeber weiterleiten, der ihren zwischenzeitlichen Aktienerwerb finanziert hat.

6

Als gemeinnützige Gesellschaft in diesem System sollte die ... (im Folgenden ... eine im März 2015 gegründete Gesellschaft mit einem Stammkapital von 1.000 €, genutzt werden. Ausweislich des Gesellschaftsvertrags sollte die Gesellschaft der selbstlosen „Unterstützung und Förderung von Kunst und Kultur“ dienen und „ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts 'Steuerbegünstigte Zwecke' der Abgabenordnung“ verfolgen (Anlage K 17). Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer war

7

Die ... hatte am 25.03.2015 einen Bescheid des Finanzamts Frankfurt am Main III i.S.d. § 60a AO über die Einhaltung der satzungsmäßigen Voraussetzungen gem. §§ 51, 59, 60, 61 AO für eine Steuerbegünstigung wegen ausschließlicher Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke erhalten (Anlage K 18, im Folgenden „§ 60a-Bescheinigung“). In dem Bescheid findet sich der folgende Hinweis zum Kapitalertragsteuerabzug:

„Bei Kapitalerträgen, die bis zum 31.12.2017 zufließen, reicht für die Abstandnahme vom Kapitalertragsteuerabzug nach § 44a Abs. 4, 7 und 10 Satz 1 Nr. 3 EStG die Vorlage dieses Feststellungsbescheides oder die Überlassung einer amtlich beglaubigten Kopie dieses Feststellungsbescheides aus. Das Gleiche gilt bis zum o.a. Zeitpunkt für die Erstattung von Kapitalertragsteuer nach § 44b Abs. 6 EStG durch das depotführende Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut.

Die Vorlage dieses Feststellungsbescheides ist unzulässig, wenn die Erträge in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb anfallen, für den die Befreiung von der Körperschaftsteuer ausgeschlossen ist.“ (Herv. durch das Gericht)

Hinweis des Gerichts zu den Begrifflichkeiten, insb. auch zum Unterschied zwischen einer „Nichtveranlagungsbescheinigung“ bzw. „NV-Bescheinigung“ und der vorliegenden § 60a-Bescheinigung: Im vorliegenden Rechtsstreit geht es – soweit es um Kapitalerträge geht – um solche i.S.d. § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a EStG. Diesbezüglich ist gem. § 44 Abs. 1 S. 3 u. 4 Nr. 3 lit. a) die Depotbank als „auszahlende Stelle“ verpflichtet den Steuerabzug unter Beachtung der im Bundessteuerblatt veröffentlichten Auslegungsvorschriften der Finanzverwaltung für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge vorzunehmen. Die Verpflichtung der auszahlenden Stelle, ausnahmsweise unter bestimmten Bedingungen keinen oder nur einen verminderten Steuerabzug vorzunehmen, ist bezüglich dieser Art von Kapitalerträgen in § 44a Abs. 10 EStG geregelt. Eine sog. Nichtveranlagungsbescheinigung ist in § 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG geregelt. Diese Vorschrift ist seit 2015 unverändert. Bei der § 60a-Bescheinigung handelt es sich nicht um eine solche Nichtveranlagungsbescheinigung. Die Vorschrift „§ 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 3 EStG“ hingegen, die in der § 60a-Bescheinigung (und auch in diversen Gutachten, die im Tatbestand:noch folgen) genannt ist, stimmt nicht mehr mit der heutigen Fassung des § 44a Abs. 10 EStG überein. Nach damaligem Gesetzeswortlaut des § 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 3 EStG hatte die auszahlende Stelle keinen Steuerabzug vorzunehmen, wenn ihr eine „Bescheinigung nach Absatz 7 Satz 2 für den Gläubiger vorgelegt wird“. Er entspricht somit dem heutigen § 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 2 EStG bis Ende des ersten Halbsatzes. Der dort in Bezug genommene § 44a Abs. 7 S. 2 i.V.m. S. 1 Nr. 1 EStG verweist wiederum damals wie heute u.a. auf Körperschaften i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG. Das waren damals und sind heute noch u.a. „Körperschaften ... die nach der Satzung ... und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen ... Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 der Abgabenordnung).“ Eine Nichtveranlagungsbescheinigung und eine § 60a-Bescheinigung sind demnach unterschiedliche Bescheinigungen. Beiden verpflichteten die auszahlende Stelle über eine andere Nummer der damaligen

Fassung des § 44a Abs. 10 S. 1 EStG vom Steuerabzug Abstand zu nehmen. Beide müssen der auszahlenden Stelle hierzu „vorgelegt“ werden. Im Folgenden wird häufig zu sehen sein, dass die § 60aBescheinigung zwar fälschlicherweise als Nichtveranlagungsbescheinigung bezeichnet wird, die Nennung des § 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 3, Abs. 7 Satz 2 EStG ist jedoch die richtige Vorschrift für eine § 60a-Bescheinigung.

8

Die ... in Person der Herren ... und ..., trat im Frühjahr 2016 mit dem Wunsch an die Insolvenzsuldnerin, konkret den Beklagten heran, diese sollte als Depotbank im Auftrag der ... außerbörsliche OTC (over the counter)-Aktientransaktionen in signifikantem Umfang durchführen. Dabei sollte die ... girosammelverwahrte Aktien nur in kurzen Zeiträumen über den Dividendenstichtag erwerben bzw. halten. Die ... forderte von der Insolvenzsuldnerin unter gleichzeitiger Vorlage der § 60a-Bescheinigung, dass ihr die dividendenbezogenen Zahlungen der ... an die Insolvenzsuldnerin ohne Einbehaltung der Kapitalertragssteuer und des Solidaritätszuschlags, also zu 100% ausbezahlt werden sollten. Der Beklagte war als Vorstand Markt auf Seiten der Insolvenzsuldnerin der maßgebliche Ansprechpartner für die ... bezüglich dieser Geschäfte. Herr ... und ... teilten dem Beklagten mit, dass dieser persönlich eine Zahlung erhalten würde, falls die von der ... geplanten Transaktionen erfolgreich durchgeführt werden können. Dem widersprach der Beklagte jedenfalls nicht.

9

Wie dem Beklagten bekannt war, hatte die ... vor Beginn dieser anvisierten Aktientransaktionen einen Rahmenkreditvertrag über 50 Mio. Euro mit der ... abgeschlossen. Die Auszahlung der 50 Mio. Euro erfolgten auf das Konto der ... bei der Insolvenzsuldnerin. Der Erwerb der Aktien sollte demnach fremdfinanziert erfolgen. In der Folge schlossen die ..., die ... und die Insolvenzsuldnerin eine Kontrollvereinbarung über ein Sicherheitenkonto zwecks Absicherung der Darlehensgewährung. Das Marktrisiko der Aktien sollte mittels eines Future abgesichert werden, so dass die ... kein Risiko dahingehend tragen sollte, wie sich der Kurs der Aktien während der kurzen Verweildauer in ihrem Depot bei der Insolvenzsuldnerin entwickeln würden.

10

Ein knapp 16-seitiges Memorandum der seitens der Insolvenzsuldnerin im März 2016 beauftragten ..., vom 14.04.2016 (Anlage K 19), das an den Beklagten persönlich gerichtet war, ergab, dass die Insolvenzsuldnerin – unabhängig davon, ob die ... wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien werden würde oder nicht – nicht verpflichtet sei, Kapitalertragssteuer und Solidaritätszuschlag bei der Abwicklung solcher Aktientransaktionen über den Dividendenstichtag einzubehalten, wenn der Auftraggeber steuerbegünstigt sei. Daher bestehe auch keine Gefahr einer Haftung der Insolvenzsuldnerin für nicht abgeführte Steuern gem. § 44 Abs. 5 EStG. Da die Vorversion des Memorandums aus Sicht von Herrn ... nicht zufriedenstellen war, wurde eine Formulierung mit der Kanzlei verhandelt, die von Herrn ... als akzeptabel erachtet wurde. (vgl. auch Anlage B 27 und K 34). Dies war dem Beklagten bewusst.

11

In dem Memorandum heißt es unter „Sachverhalt“:

„Eine ausschließlich in Deutschland steuerlich ansässige, steuerbefreie Körperschaft nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, 3 Nr. 6 GewStG („Investor“) beabsichtigt, deutsche girosammelverwahrte Aktien („Aktien“) spätestens am Dividendenstichtag der jeweiligen Aktien mit Dividendenanspruch (cum Dividende) schuldrechtlich zu erwerben und über den Dividendenstichtag hinaus zu halten („Haltedauer“).“

12

Sodann heißt es unter „Annahmen“ u.a.:

„Der Investor, die Depotbank und der Veräußerer werden im eigenen Namen und für eigene Rechnung handeln.

Der Investor wird hinsichtlich der Aktien keinen Weisungen des Veräußerers unterliegen.

...

Dem Investor wurde durch das zuständige Finanzamt eine ordnungsgemäße Nichtveranlagungsbescheinigung gemäß § 44a Abs. 10 Nr. 3, Abs. 7 Satz 2 EStG erteilt („NV-

Bescheinigung'). Die NV-Bescheinigung wird nicht widerrufen sein und auch Gründe für einen Widerruf werden nicht bestehen.

Der Depotbank wird am Dividendenstichtag, dem Tag der Zahlung der Dividenden oder der Dividendenkompensation und während des gesamten Veranlagungszeitraums des Erwerbs der Aktien durch den Investor die NV-Bescheinigung durch den Investor in ordnungsgemäßer Weise vorgelegt sein.

...

Vor Eintritt und Umsetzung der Transaktion ist das Vorliegen dieser Annahmen zu verifizieren.“

13

Sodann heißt es unter „Analyse“ unter der Überschrift „Abstandnahme vom Kapitalertragsteuerabzug“

„Nach § 44a Abs. 10 Nr. 3 EstG hat die auszahlende Stelle im Fall von Kapitalerträgen i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EstG keinen Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen, wenn der auszahlenden Stelle eine Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EstG für den Gläubiger vorliegt.

Annahmegemäß sind diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt, weil der Depotbank am Dividendenstichtag, dem Tag der Zahlung der Dividenden oder der Dividendenkompensation und während des gesamten Veranlagungszeitraums des Erwerbs der Aktien die NV-Bescheinigung durch den Investor in ordnungsgemäßer Weise vorgelegt sein wird (siehe oben Ziffer 2).“

sowie unter der Überschrift „kein Vorsatz oder keine grobe Fahrlässigkeit:

„Zudem würde unseres Erachtens kein Vorsatz oder keine grobe Fahrlässigkeit (...= der Depotbank im Hinblick auf eine angenommene Pflichtverletzung bestehen. Vielmehr darf sich die Depotbank unseres Erachtens auf eine ihr ordnungsgemäß vorgelegte und gültige NV-Bescheinigung verlassen.“

14

Sodann heißt es unter „Schlussbemerkungen“:

„Obwohl die oben dargestellten Rechtsauffassungen und getroffenen Aussagen sorgfältig geprüft sind und unsere fachliche Meinung wiedergeben, dürfen sie nicht als Garantie für die deutsche ertragsteuerliche Behandlung der Transaktion in einem nicht durch steuerliche Verwaltungsvorschriften und höchstrichterliche finanzgerichtliche Rechtsprechung abschließend geklärten Bereich missverstanden werden. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Finanzverwaltung oder die Finanzgerichte den in diesem Memorandum dargestellten Rechtsauffassungen und getroffenen Aussagen nicht folgen.

Eine Garantie für den Eintritt für Rechts- und Steuerfolgen wird daher nicht übernommen. Um die deutsche ertragsteuerliche Behandlung der Transaktion abzusichern, kann grundsätzlich eine verbindliche Auskunft i.S.v. § 89 AO bei dem zuständigen Finanzamt beantragt werden.“

15

Zur Frage, ob es den konkreten Umständen nach naheliegt oder ggf. fernliegt, ob die Erträge, die die ... oder eine Gesellschaft ihrer Größe mit den Dividendenauszahlungen in der beabsichtigten Höhe erwirtschaftet, in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb anfallen oder nicht, äußert sich das Memorandum nicht. Es äußert sich auch nicht dazu, ob die stets als „NV-Bescheinigung“ bezeichnete Bescheinigung einen solchen Unzulässigkeitsvorbehalt enthält, und ob es Aufgabe der Depotbank ist, zu prüfen, ob es den konkreten Umständen nach fernliegt, ob die Erträge, die der Investor mit den Dividendenauszahlungen erwirtschaftet, in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb anfallen oder nicht.

16

Weder der Beklagte noch ... noch Mitarbeiter der Insolvenzschildnerin holten zunächst für die steuerrechtliche Rechtmäßigkeit der Ausschüttung der Dividenden(kompensationen) bzw. Zahlungen der ... ohne Einbehaltung der Kapitalertragssteuer samt Solidaritätszuschlag an die ... bei Transaktionen in derartigen Umfang in der Nähe des jeweiligen Dividendenstichtags eine verbindliche Auskunft beim Finanzamt i.S.d. § 89 AO ein.

17

Die Compliance-Abteilung sowie weitere Abteilungen innerhalb der Insolvenzschildnerin äußerten im April 2016 Zweifel an der steuerrechtlichen Rechtmäßigkeit der vollständigen Ausschüttung der Dividende bzw.

Dividendenkompensation an die ..., also der Nichtabführung der Kapitalertragssteuer und des Solidaritätszuschlags.

18

Die Insolvenzsuldnerin entschied sich in Person ihrer beiden Vorstandsmitglieder im April 2016 endgültig für die Durchführung der von der ... angeordneten Aktientransaktionen inklusive der von der ... zur Bedingung gemachten Auskehr der Dividendenzahlungen ohne Einbehaltung der Kapitalertragssteuer und Solidaritätszuschlag. Infolgedessen führte die Insolvenzsuldnerin zwischen April 2016 und Februar 2017 Aktientransaktionen für die ... in Höhe von insgesamt etwa 3,8 Mrd. Euro durch und zahlte die auf die Aktien entfallenden Dividenden(-kompensationen) in Höhe von etwa 140 Mio. Euro (davon etwa 117 Mio. im Jahr 2016) an die ... aus, ohne die rechnerische Kapitalertragssteuer mitsamt Solidaritätszuschlag für das Jahr 2016 in Höhe von etwa 30,6 Mio. Euro und für das Jahr 2017 in Höhe von etwa 6,2 Mio. Euro abzuführen. Die ... wurde dabei von der Insolvenzsuldnerin als „professioneller Kunde“ i.S.d. § 31a Abs. 7 WertpHG eingestuft.

19

Die Aktientransaktionen erfolgten dabei derart, dass die ... die Aktien am Tag der Hauptversammlung/Dividendenstichtag (t+0, Beispiel: 14.04.2016) über ihren Broker, die ... schuldrechtlich erwarb. Die Aktien sollten zwei Börsentage nach dem Dividendenstichtag (t+2, Beispiel 16.04.2016) FOP – Free of Payment, d.h. unabhängig von einer Gegenleistung der ..., geliefert werden. Am Tag nach dem Dividendenstichtag (t+1, Beispiel: 15.04.2016) veräußerte die ... die Aktien wieder schuldrechtlich und FOP mit Lieferung einen Börsentag später (t+2, Beispiel: 16.04.2016). Zwei Börsentage nach dem Dividendenstichtag (t+2, Beispiel: 16.04.2016) erfolgten somit sowohl die Einlieferung (Einbuchung) der an t+0 (Beispiel 14.04.2016) erworbenen als auch die Auslieferung (Ausbuchung) der am t+1 (Beispiel 15.04.2016) veräußerten Aktien. Die Dividende(nkompensation) wurde der ... direkt nach dem Dividendenstichtag gutgeschrieben. Die insoweit vereinnahmten Beträge leitete die ... im sofortigen Anschluss auf ein Konto der ... weiter. Die (zwischenzeitlichen) Veräußerer der Aktien konnten bis heute nicht ermittelt werden.

20

Schon zum ersten Dividendenstichtag, dem 14.04.2016, bei der ... und bei der ... fielen Dividendenausschüttungen an die in Höhe von 7.986.000,00 € an. Im Einzelnen ergeben sich die Höhe der Dividenden, das jeweilige deutsche Unternehmen, die Höhe der Dividende und die theoretische Kapitalertragsteuer aus folgender Aufstellung:

Monat / Jahr	Wertpapier	ISIN	Dividende	KapSt 25%	3/5 der KapSt
Apr 16			808.500,00 €	202.125,00 €	121.275,00 €
Apr 16			7.177.500,00 €	1.794.375,00 €	1.076.625,00 €
Mai 16			4.500.000,00 €	1.125.000,00 €	675.000,00 €
Mai 16			4.350.000,00 €	1.087.500,00 €	652.500,00 €
Mai 16			3.795.000,00 €	948.750,00 €	569.250,00 €

Mai 16		24.090.000,00€	6.022.500,00 €	3.613.500,00 €
Mai 16		7.588.125,00 €	1.897.031,25 €	1.138.218,75 €
Mai 16		6.912.000,00 €	1.728.000,00 €	1.036.800,00€
Mai 16		2.012.500,00 €	503.125,00 €	301.875,00 €
Jun 16		24.224.500,00 €	6.056.125,00 €	3.633.675,00 €
Jun 16		4.008.000,00 €	1.002.000,00 €	601.200,00 €
Jun 16		6.509.014,00 €	1.627.253,50 €	976.352,10 €
Jul 16		6.085.250,00 €	1.521.312,50 €	912.787,50 €
Jul 16		11.664.000,00€	2.916.000,00 €	1.749.600,00 €
Jul 16		540.000,00 €	135.000,00 €	81.000,00 €
Aug 16		2.855.200,00 €	713.800,00 €	428.280,00 €
Aug 16		430.500,00 €	107.625,00 €	64.575,00 €
Zwischensumme		117.550.089,00 €	29.387.522,25 €	17.632.513,35 €
Jan 17		34,20 €	8,55 €	5,13 €
Feb 17		21.780.000,00 €	5.445.000,00 €	3.267.000,00 €
Feb 17		600.000,00 €	150.000,00 €	90.000,00 €
Feb 17		200.000,00 €	50.000,00 €	30.000,00 €
Feb 17		945.000,00 €	236.250,00 €	141.750,00 €
Zwischensumme 2017		23.525.034,20 €	5.881.258,55 €	3.528.755,13 €
Gesamtsumme		141.075.123,20 €	35.268.780,80 €	21.161.268,48 €

21

In einem WA-Austausch am 04. und 05.05.2016 (Anlage B 10) teilte der Beklagte seinem vormals engen Freund und Vertrauten Herrn ... mit, dass es sich bei „cum/cum“Geschäften im Gegensatz zu „cum/ex“ um die legale Variante handle, da man den Steuervorteil für dieselben Aktien nur einmal und nicht mehrfach erhalte. Man habe einen Weg gefunden, die Transaktionen so zu strukturieren, dass kein geltendes Recht verletzt werde. Zudem verschickte der Beklagte eine Datei mit dem Namen ... und schrieb dazu, dies sei der Teaser für das cumcum-Investment.

22

Am 11.05.2016 schrieb Frau ... Mitarbeiterin der Insolvenzschildnerin eine E-Mail an den Vorstandskollegen des Beklagten, In dieser E-Mail heißt es bezogen auf die zu erwartenden Aktentransaktionen der ... um den Dividendenstichtag Mitte Mai 2016: „das Geld aus der Dividende wird vom Kunden bis Mittag in GB erwartet, da es bereits als Liquidität disponiert ist“.

23

Spätestens nach Durchführung der ersten Transaktionen war beiden Vorständen der Insolvenzschildnerin bewusst, welches Ausmaß die Transaktionen der ... haben würden. Beide hielten an ihrer zuvor gefassten Entscheidung fest, weiter als Depotbank für die ... zu agieren.

24

Die ... veranlasste im Juli und August 2016 Zahlungen von der ... über eine ... an die ... (im Folgenden ...) im Umfang von einer Million Euro. Die ... ist eine – jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt – von ... als Treuhänder für den Beklagten gehaltene Gesellschaft mit Sitz in H.. Der Beklagte hatte keinen Anspruch auf diese Zahlung an die Den handelnden Personen der ... sowie dem Beklagten war bewusst, dass es sich um eine Zahlung handelt, die den bisherigen Beitrag des Beklagten zu den Geschäftsbeziehungen der Insolvenzschildnerin mit der ... belohnen und die Weiterführung incentivieren sollte.

25

Am 23.08.2016 wies die Leiterin der Compliance-Abteilung und Geldwäschebeauftragte der Insolvenzschuldnerin, Frau ..., in einer E-Mail an den Vorstand, also u.a. an den Beklagten, darauf hin, dass das Gutachten der ... nur einen abstrakten Sachverhalt bewerte, ohne auf die spezifischen Einzelheiten und Hintergründe der ... Transaktionen einzugehen. Sie forderte die Einholung einer verbindlichen Auskunft, um für Rechtssicherheit zu sorgen. Sie bat bis zum 25.08.2016 um eine finale schriftliche Stellungnahme, ob eine verbindliche Auskunft des Finanzamts eingeholt wird (Anlage B 11 unten). Am 25.08.2016 antwortete der Vorstandskollege des Beklagten für den Bereich Marktfolge, ... dass „der Vorstand“ die Verpflichtungen der Insolvenzschuldnerin u.a. darin sehe, aufgrund der „NV Bescheinigung“ vom Steuerabzug gemäß § 44a EStG Abstand zu nehmen. Die diesbezüglichen Vorgaben des ... an Depotbanken seien insbesondere Kontrolle der Laufzeit und die Vorlage im Original bzw. als beglaubigte Kopie. Beides sei erfolgt. „Der Vorstand“ sehe keine Verpflichtung darin, „den wirtschaftlichen Sinn von Wertpapiertransaktionen zu hinterfragen“ und „die Sinnhaftigkeit deutscher Steuergesetzgebung zu hinterfragen, z.B. NV-Bescheinigungen, KESTRegulierung“. „Aufgrund der klaren Geschäftsabwicklung und eindeutigen rechtlichen Verpflichtungen für die Dero“ sehe „der Vorstand keine Notwendigkeit, weitere Analysen vorzunehmen oder gar eine verbindliche Auskunft einzuholen.“

26

Am 30.08.2016 gab Frau ... sodann eine GwG-Verdachtsmeldung wegen der Geschäfte an das Bayerische Landeskriminalamt ab. In einem Vermerk vom selben Tag (Anlage K 21) hielt sie u.a. fest, dass der Vorstand mit Entscheidung vom 25.08.2016 abgelehnt habe, den Sachverhalt verbindlich von den Finanzbehörden abklären zu lassen. Aus ihrer Sicht bestehe daher eine Unsicherheit, ob die Vorgehensweise der Gesellschaft eine Steuerhinterziehung darstelle, weshalb sie eine Verdachtsmeldung abgebe. Bald darauf nahm die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main unter dem Aktenzeichen 7481 Js 242562/16 verdeckte Ermittlungen u.a. gegen den Beklagten wegen Steuerhinterziehung infolge der Durchführung der Geschäfte mit der auf. In einer EMail vom 02.09.2016 an den Vorstand, also u.a. den Beklagten, teilte Frau ... diesem mit, dass die Funktion der ... als kurzfristige Durchlaufstelle für Wertpapiere der ... ihrer Einschätzung nach offenkundig sei und es demgegenüber nicht ersichtlich sei, dass die ... als gemeinnützige UG einem gemeinnützigen Zweck nachgehe. Im Geldwäschebericht von Frau ... für den Zeitraum 01.10.2015 bis 30.09.2016 (Anlage K 22) nahm sie Bezug auf ihre Geldwäscheverdachtsanzeige und stellte fest, dass sie angeregt habe, die Geschäftsbeziehung zu beenden. Die „vielen Transaktionen durch eine Gesellschaft, die einen gemeinnützigen Zweck verfolgt und gemäß Gesellschaftsvertrag eigentlich im Kunstbereich tätig ist“, seien „auffällig“ gewesen.

27

Im September 2016 wurde vom Vorstand der Insolvenzschuldnerin beschlossen, eine verbindliche Auskunft gem. § 89 AO einzuholen (vgl. Anlage B 20).

28

Zum 09.11.2016 wurde die Geschäftsbeziehung der Insolvenzschuldnerin mit der ... zwischenzeitlich beendet.

29

Am 04.01.2017 teilte ... dem Beklagten per E-Mail (Anlage B 31) mit, dass es „nun doch absehbar [sei], dass es auch in 2017 Möglichkeiten für die ... bezüglich der bisherigen Investment-Strategie gibt.“ Er würde die Geschäftsbeziehungen und die Vereinbarungen mit der ... gerne fortführen. Der Vorstand der Insolvenzverschuldnerin beabsichtigte kurz darauf die Wiederaufnahme der Geschäfte (ebenfalls Anlage B 31). In einer EMail an den Vorstand, also u.a. an den Beklagten, vom 05.01.2017 teilte Frau ... mit, dass sich die Einschätzung von Compliance nicht geändert habe (Anlage K 23).

30

In einer E-Mail vom 13.01.2017 an den Vorstand (Anlage K 24), u.a. also den Beklagten, teilte Herr ... von der ... mit, dass die Intention hinter einem von ihm gewünschten Telefontermin sei, dass die Geschäfte mit der ... eine besondere Tragweite für die Insolvenzschuldnerin hätten und für deren Beurteilung die Kenntnis der verwirklichten Sachverhalte bedeutsam sei. Die abstrakte Beurteilung der ... sei daher für die Prüfungszwecke der Wirtschaftsprüfer nicht ausreichend. Es komme stattdessen auf eine belastbare Aussage für die konkret abgewickelten Geschäfte an. So könnte man die Zweifelsfragen beispielsweise dadurch klären, indem man die ... fragt, ob die Aussagen in der Stellungnahme uneingeschränkten Bestand auch für die tatsächlich verwirklichten Geschäfte hätten.

31

In einem WA-Chat vom 16.01.2017 teilte der Beklagte ... u.a. mit, dass der Abschlussprüfer der Insolvenzschildnerin von einer Steuerhinterziehung der ... ausgehen würde. Daneben stellte der Beklagte gegenüber ... auch eine etwaige missbräuchliche Verwendung der Bescheinigung durch ... in den Raum.

32

Zwischenzeitlich hatte die ..., eine Firma mit Verbindungen zur ... zur ... und zur ..., die ...beauftragt, zu prüfen, ob sie der steuerlichen Analyse der ... aus dem Memorandum vom 14.04.2016 folge. Die ... bestätigte mit etwa fünf Seiten langem Schreiben vom 27.01.2017 an die ...(Anlage K 25), der Analyse grundsätzlich zu folgen. Zum Sachverhalt und zu den Annahmen wurde dabei prinzipiell auf das Memorandum der ... verwiesen. Zur Frage, ob die Richtigkeit des Ergebnisses bei den konkreten Geschäften der Insolvenzschildnerin mit der ... und den bekannten Umständen nach berechtigt sei, äußerte sich auch die ... in dem Schreiben nicht. Das Schreiben enthielt u.a. folgenden Passus:

„Wenn man eine vorliegende NV-Bescheinigung aber nicht bereits als hinreichend, sondern nur als neben der tatsächlichen vorliegenden Steuerbegünstigung notwendige Voraussetzung für die Abstandnahme vom Steuerabzug ansieht, sollte jedenfalls regelmäßig der zur Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG erforderliche Vorwurf der groben Fahrlässigkeit entfallen, da einer sich auf die NV-Bescheinigung verlassenden Bank schwerlich der Vorwurf eines in besonderem Maße sorgfaltswidrigen Verhaltens gemacht werden kann.“

33

Eine auf den konkreten Sachverhalt bezogene Auseinandersetzung mit dem Thema „grobe Fahrlässigkeit“ folgt nicht.

34

Falls der Veräußerer wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien bleiben sollte, führt das Schreiben u.a. aus:

„Wir sind ferner der Auffassung, dass die Depotbank auch hinsichtlich der steuerlich dem Veräußerer zugerechneten Dividende keine Pflicht zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer trifft. Wenngleich der Gesetzeswortlaut auch eine andere Interpretation zulässt, folgen wir den Ausführungen von ... wonach eine zum Einbehalt verpflichtete auszahlende Stelle im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 Buchst. a EStG nur die Stelle sein dürfte, die aufgrund einer unmittelbaren Vertragsbeziehung zum Gläubiger der Kapitalerträge die Möglichkeit besitzt, die zum Einbehalt und Abzug notwendigen Informationen vom Gläubiger zu erlangen. Eine rein technisch in den Zahlungsprozess eingebundene Stelle sollte nicht als Zahlstelle in diesem Sinne qualifizieren. Ferner sprechen aus unserer Sicht die folgenden Überlegungen gegen eine Abzugsverpflichtung der Depotbank bezogen auf die dem Veräußerer zuzurechnende Dividende:“ [es folgenden entsprechende Überlegungen]

35

Das Schreiben schließt mit folgenden Schlussbemerkungen:

„Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass diese Stellungnahme entsprechend unserer fachlichen Überzeugung erstellt wurde, jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass die deutschen Finanzbehörden oder Finanzgerichte im Bereich nicht abschließend durch finanzgerichtliche Rechtsprechung geklärter Rechtsfragen einen anderen Standpunkt hinsichtlich der Auslegung der deutschen Steuergesetze einnehmen. Weiterhin möchten wir Sie darauf hinweisen, dass unsere Stellungnahme auftragsgemäß nur eine kurze Zusammenfassung unserer Arbeitsergebnisse darstellt, jedoch keine ausführliche Analyse der auftretenden Rechtsfragen enthält.“

36

Bereits am Vortag, dem 26.01.2017, hatte die ... ihre Analyse auch der Insolvenzschildnerin zur Verfügung gestellt (Anlage K 26). Zu Beginn dieser Übermittlung wies die ... die Insolvenzschildnerin darauf hin, dass es in ihrer Verantwortung liege, zu bestimmen, inwieweit die Analyse der ... den Zwecken der Insolvenzschildnerin dienlich ist und alle Aspekte berücksichtigt, die hierfür relevant sind.

37

Mit Schreiben vom 27.01.2017 (Anlage B 23) wurde eine verbindliche Auskunft beim Finanzamt angefragt. Diese bezog sich aber nur indirekt auf die vorliegenden Geschäfte mit der ... die nicht näher beschrieben wurden, sondern betraf in erster Linie die Frage, ob aufgrund einer Änderung der Abwicklungsweise der Clearstream (Auszahlung der Dividende an Tag t+3) die Einordnung der Insolvenzschildnerin korrekt sei,

„auf Kundenkonten ausbezahlte Ertragniszahlungen aus ... Reverse Claims als Kapitalerträge im Sinne des § 43 EStG“ anzusehen.

38

Hiernach, ebenfalls am 27.01.2017 traf der Vorstand der Insolvenzschuldnerin, also der Beklagte und ... den Beschluss, die Geschäfte mit der .. wieder aufzunehmen (Anlage B 32). In dem Beschluss wurde auf die eben ausgeführte Anfrage einer verbindlichen Auskunft beim Finanzamt verwiesen. Des Weiteren wird zur Absicherung auf das Gutachten der ... vom 27.01.2017 verwiesen. Dieses adressiere unter anderem folgende Punkte „Einbindung des [sic] tatsächlichen Geschäftsstruktur“ und „Prüfungspflicht der Depotbank zur Wirksamkeit NV Bescheinigung“. Zudem wurde seitens des Vorstands ein Konto der ... bei der ... in L. als Referenzkonto für die Auszahlungen an die ... akzeptiert.

39

In einem zweiseitigen Schreiben vom 06.02.2017 (Anlage B 17) führte die Steuerberaterin ... von der ... als Antwort auf eine Anfrage von Herrn ... aus, dass im Fall der Vorlage einer § 60a-Bescheinigung die „gUG, nicht aber die Bank“ prüfen müsse, „ob sie die Bescheinigung vorlegen durfte. Hat die gUG sie vorgelegt, kann die Bank davon ausgehen, dass die Einkunftsquelle und mithin auch die daraus fließenden Erträge der steuerbefreiten Sphäre der gUG zuzurechnen sind.“ In der wenige Zeilen langen Anfrage hatte ... lediglich ausgeführt, dass für einen Kunden eine § 60aBescheinigung vorläge, was darin zum Kapitalertragsteuerabzug steht, dass der Kunde eine gUG ist und gefragt, ob die Insolvenzschuldnerin für Erträge i.S.d. § 43 Abs. 1 Nr. 1a EStG Abstand vom Kapitalertragsteuerabzug nehmen darf.

40

In einem vorläufigen Gutachten vom 14.03.2017 von ... (damals noch Prof. und Fachanwalt für Steuerrecht, Anlage B 18), das dieser gegenüber dem Beklagten erstattete, kam er zu dem Ergebnis, dass die Insolvenzschuldnerin unter keinen Umständen gem. § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG für nicht einbehaltene und abgeführte Kapitalertragssteuer hafte. Falls die ... mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags wirtschaftliches Eigentum i.S.d. § 20 Abs. 5 S. 2 EStG i.V.m. § 39 AO erwerbe, erziele sie Kapitaleinkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG (Dividendenerlöse). Falls die das wirtschaftliche Eigentum erst mit der Lieferung der Aktien nach dem Dividendenstichtag erwerbe, erziele sie Kapitaleinkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG (Dividendenkompensation). In beiden Fällen sei die Insolvenzschuldnerin gem. § 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 3 EStG verpflichtet gewesen, wegen der ihr vorgelegten „Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 S. 2 EStG“ die Kapitalertragssteuer nicht einzubehalten. Voraussetzung des § 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 1 EStG sei nicht eine bestimmte Tatsache, die durch die Bescheinigung nachgewiesen werden solle, sondern nur die Vorlage der Bescheinigung selbst. Die dritte denkbare Konstellation sei, dass die ... infolge der Gesamtschau aus Fremdfinanzierung der Aktienkäufe durch die ... der Verpfändung der Konten und Depots der ... an die ..., der Absicherung über einen Future und der kurzen Haltezeit nie wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien geworden sei. In diesem Fall erziele sie von vornherein keine Einkünfte aus Kapitalvermögen, die der Kapitalertragssteuer unterlägen, die von der Insolvenzschuldnerin einzubehalten sei.

41

Ebenfalls am 14.03.2017 erfolgte eine Durchsuchung der Geschäftsräume der Insolvenzschuldnerin durch die Staatsanwaltschaft Frankfurt. Im Rahmen der Auswertung der Unterlagen stießen die Beamten auf die oben genannten Transaktionen der ... an die Infolgedessen kam es Ende Dezember 2017 zu Verhandlungen zwischen dem Beklagten und der Insolvenzschuldnerin. Gegenstand war, dass der Beklagte gegenüber der Insolvenzschuldnerin einräumte, dass die ... die vorgenannten Zahlungen erhalten hatte, dass er der wirtschaftliche Inhaber der ... sei, und, dass er infolge seines Dienstvertrags zur Erstattung der Zahlung an die Insolvenzschuldnerin verpflichtet sei. Die ... war zum damaligen Zeitpunkt Inhaberin eines Depots bei der Insolvenzschuldnerin mit einer Vielzahl von Aktien und Anleihen im Wert von etwa 0,9 Mio. Euro. Dem Entwurf einer Vereinbarung zwischen der Insolvenzschuldnerin, dem Beklagten und der ..., vertreten durch Herrn ... zufolge (Anlage K 3), sollte die Insolvenzschuldnerin die Aktien und Anleihen auf ein eigenes Konto der Insolvenzschuldnerin übertragen. Dies sollte eine Zahlung des Beklagten auf Ansprüche der Insolvenzschuldnerin gegen ihn darstellen. Der Beklagte war an dem Entwurf der Vereinbarung beteiligt. Zwar wäre der Beklagte mit dem Abschluss der Vereinbarung, die erst am 29.12.2017 finalisiert wurde (vgl. Anlage K 2), einverstanden gewesen (vgl. auch Anlage B 12), zu ihrem Abschluss kam es aber in der Folge nicht, da der übrigen Vorstand und/oder der Aufsichtsrat Sorge hatten, dass durch die Übernahme der Aktien und Anleihen strafrechtliche Vorschriften, insbesondere Geldwäsche,

verletzt werden könnten. Infolgedessen gab der Beklagte den Erhalt des Geldes im Rahmen seiner Einkommenssteuererklärung für den Veranlagungszeitraum 2016 an und zahlte hierauf Einkommenssteuer und Solidaritätszuschlag. Am 02.01.2018 wurde der Beklagte als Vorstand der Bank abberufen.

42

Mit Schreiben vom 13.09.2017 teilte das Finanzamt ... der Insolvenzsuldnerin mit, zu beabsichtigen, wegen der Nichtabführung der Kapitalertragssteuer und des Solidaritätszuschlags ihr gegenüber einen Haftungsbescheid nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG im Umfang von etwa 35 Mio. Euro zu erlassen. Die Insolvenzsuldnerin stellte draufhin beim Finanzgericht ... einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, dem Finanzamt den Erlass eines solchen Bescheids vorläufig zu untersagen. Im Rahmen des Verfahrens kündigte das Finanzamt an, nunmehr zu beabsichtigen einen Nachforderungsbescheid gem. §§ 155, 167 AO i.V.m. § 44 Abs. 5 EStG zu erlassen. Mit Beschluss vom 23.01.2018 wies das Finanzgericht den Antrag der Insolvenzsuldnerin als zulässig, aber unbegründet ab (Anlage K 20). Das Finanzgericht verneinte nach summarischer Prüfung das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs. Vielmehr sei die Insolvenzsuldnerin ihrer Pflicht zur Vornahme des Steuerabzugs als auszahlende Stelle der Kapitalerträge nicht nachgekommen (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 EStG). Bei den der ... gutgeschriebenen Kapitalerträgen handle es sich nach Aktenlage um inländische Kapitalerträge, unabhängig davon, ob es sich um Dividenden i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG oder um Dividendenkompensationszahlungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG handle. Dies deshalb, weil die ... durch das kurzzeitige Einbuchen der Aktien in ihr Depot zivilrechtlicher Eigentümer und damit auch wirtschaftlicher Eigentümer i.S.d. § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO geworden sei. Daran ändere auch ein eventuelles Pfandrecht der ... nichts. Die Insolvenzsuldnerin könne sich nicht auf die vorgelegte § 60a-Bescheinigung berufen, da für sie die Verwendung der Kapitalerträge durch die ... für nichtsatzungsgemäße Zwecke und damit ein gemeinnützigkeitsschädliches Verhalten der ... erkennbar gewesen sei. Dies ergebe sich u.a. aus dem enormen Handelsvolumen und daraus, dass der Insolvenzsuldnerin bekannt gewesen sei, dass die Kapitalerträge ins Ausland zur dortigen Verwendung durch die ... weitergeleitet werden. Die Funktion der ... als kurzfristige Durchlaufstelle sei offenkundig gewesen. Die Insolvenzsuldnerin könne sich nicht erfolgreich auf das Gutachten der ... berufen, da dieses derartige Geschäfte nur abstrakt bewerte, aber nicht die konkreten Aktiengeschäfte mit der ... und dem außerordentlich großen Handelsvolumen. Die Insolvenzsuldnerin habe sich somit durch die Nichtabführung der Kapitalertragsteuer grob fahrlässig verhalten.

43

Mit Nachforderungsbescheid vom 02.02.2018 (Anlage K 27) setzten die Finanzbehörden die nicht abgeführte Kapitalertragssteuer mitsamt Solidaritätszuschlag in Höhe von insgesamt 37.208.563,74 € gegen die Insolvenzsuldnerin wie folgt fest:

Zeitraum	Kapitalertragsteuer in €	Solidaritätszuschlag in €
April 2016	1.996.500,00	109.807,50
Mai 2016	13.311.906,25	732.154,84
Juni 2016	8.685.378,50	477.695,82
Juli 2016	4.572.312,50	251.477,19
August 2016	821.425,00	45.178,38
Summe 2016	29.387.522,25	1.616.313,72

Zeitraum	Kapitalertragsteuer in €	Solidaritätszuschlag in €
Januar 2017	8,55	0,47
Februar 2017	5.881.250,00	323.468,75
Summe 2017	5.881.258,55	323.469,22

44

Das Finanzamt begründete den Bescheid u.a. wie folgt:

„Bei sämtlichen Beträgen handelt sich um Kapitalerträge, für die nach § 43 Absatz 1 Nr. 1a EStG die Kapitalertragsteuer einzubehalten gewesen wäre. Die ... war als auszahlende Stelle verpflichtet den Steuerabzug gem. § 44 Abs. 1 S. 3 und Abs. 1 S. 4 Nr. 3 lit. a EStG vorzunehmen und die Kapitalertragsteuer abzuführen (§ 44 Absatz 1 S. 5 EStG). Nicht zutreffend ist, dass die Pflicht zur Vornahme des Steuerabzugs nach § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a EStG entfällt, weil die ... gUG weder zivilrechtlicher noch wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien gewesen sein soll. Die ... gUG hat durch die nach dem Dividendenstichtag erfolgte Einbuchung der Aktien in ihrem Depot zivilrechtliches Eigentum an den giroversammelten Aktien erworben. Selbst wenn die ... gUG nicht Eigentümer der Aktien geworden wäre, hätte dies die ... nicht von ihrer Verpflichtung zum Steuerabzug befreit. Die ... hätte stattdessen ermitteln müssen, für wen und auf wessen Rechnung sie den Steuerabzug vorzunehmen hat.

Darüber hinaus war die Abstandnahme vom Kapitalertragsteuerabzug nach § 44a Abs. 10 S. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 7 S. 2 EStG nicht durch die Bescheinigung nach § 60a Abs. 1 AO der ... gUG gedeckt. Das ergibt sich daraus, dass das gemeinnützigkeitsrechtlich schädliche Verhalten der ... gUG für die ... erkennbar war.

Hierfür sprechen folgende Umstände:

- Nach den Feststellungen der Steuerfahndung ist davon auszugehen, dass die ... den wesentlichen Ablauf der geplanten Aktiengeschäfts kannte.
- Der ... war bekannt, dass die der ... gUG gutgeschriebenen Dividenden nach Eingang ins Ausland weitergeleitet wurden.
- Von Seiten der Compliance wurde auf Grundlage von § 11 GwG eine Geldwäscheverdachtsmeldung abgegeben.
- Der Umfang des Handelsvolumens legt nahe, dass der Vorstand in den Ablauf der Aktiengeschäfte eingebunden war.

Demnach war für die ... klar ersichtlich, dass die ... gUG die Kapitalerträge nicht für satzungsgemäße Zwecke verwendete und damit gemeinnützigkeitsschädlich handelte. Die ... kann sich daher weder auf die Bescheinigung nach § 60a Abs. 1 AO berufen noch wurden Gründe vorgetragen, die sie gem. § 44 Abs. 5 S. 1 EStG exkulpieren könnten.

Die ... hätte daher den Kapitalertragsteuerabzug vornehmen müssen oder sich zumindest bei dem für die Kapitalertragsteuer zuständigen Finanzamt Abteilung III (damals Abteilung Körperschaften) vor der Abwicklung der o.g. Transaktionen rückversichern bzw. das Finanzamt über die geplanten Geschäfte informieren müssen. Bei bestehender Ungewissheit über die Rechtslage ist alleine die Vornahme des Steuerabzugs pflichtgerecht.

Die Kapitalertragsteuer ist daher nach §§ 155, 167 Abs. 1 S. 1 AO i.V.m. § 44 Abs. 6 S. 1 EStG nachzufordern.“

45

Gegen den Bescheid legte die Insolvenzschuldnerin am 07.02.2018 Einspruch ein. Sämtliche Versuche der Insolvenzschuldnerin, sich gegen die sofortige Vollziehung des Bescheids zur Wehr zu setzen, waren erfolglos. Dies führte zur Zahlungsunfähigkeit und damit zur Insolvenzreife der Insolvenzschuldnerin. Daraufhin stellt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) einen Insolvenzantrag über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin. Das Amtsgericht München – Insolvenzgericht – eröffnete in der Folge am 14.03.2018 unter dem Aktenzeichen 1501 IN 404/18 das Insolvenzverfahren und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter (Anlage K 1). Dieser führte das Einspruchsverfahren gegen den Steuerbescheid vom 02.02.2018 fort und versucht eine Haftung der Insolvenzschuldnerin abzuwenden. Das Verfahren war im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht abgeschlossen.

46

Parallel hatte das für die ... zuständige Finanzamt einen Bescheid gegen diese auf Zahlung der entsprechenden Kapitalertragssteuer mitsamt Solidaritätszuschlag erlassen. Der Antrag der ... auf Aussetzung der Vollziehung wurde vom Finanzgericht Hessen und die hiergegen gerichtete Beschwerde vom BFH abgewiesen. Das Hauptsacheverfahren gegen den Bescheid selbst war im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht abgeschlossen. In einem weiteren Verfahren betreffend einen Bescheid des Finanzamts gegen die ... vom 24.04.2017 zur Vorauszahlung über Körperschaftssteuer und

Solidaritätszuschlag lehnte das hessische Finanzgericht den Antrag der ... zur Aussetzung der Vollziehung mit Beschluss vom 17.08.2018 ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der ...führte zum Beschluss des BFH vom 04.03.2020 (Az. I B 57/18), in welchem er den Beschluss des Hessischen Finanzgerichts aufhob und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Hessische Finanzgericht zurückverwies. In der Begründung führte der BFH u.a. aus:

„Wie das FG hat auch der Senat allerdings keine ernstlichen Zweifel daran, dass die Antragstellerin körperschaftsteuerpflichtig und nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (KStG) von der Körperschaftsteuer befreit gewesen ist.“

„Aufgrund der vom FG hervorgehobenen Umstände muss davon ausgegangen werden, dass die tatsächliche Geschäftsführung der Antragstellerin nicht auf die ausschließliche Verfolgung der satzungsmäßigen gemeinnützigen Zwecke (Förderung von Kunst und Kultur gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 5 AO) gerichtet war und damit gegen § 56 AO verstoßen hat, dem zufolge die steuerbegünstigten Zwecke von der Körperschaft ausschließlich verfolgt werden müssen.“

1. „Das FG hat hierzu ausgeführt, der überwiegende Teil der tatsächlichen Geschäftsführung der Antragstellerin sei darauf gerichtet gewesen, Aktiengeschäfte durchzuführen. Dies ergebe sich aus dem Umfang der Aktientransfers, aus dem hierzu notwendigen Aufwand für die komplexen vertraglichen Gestaltungen der Aktiengeschäfte, deren Kreditfinanzierung sowie den Sicherungsgeschäften, aus der Erstellung und Abstimmung der diesem Gesamtkonzept zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen und Erklärungen und aus der Rolle des Geschäftsführers der Antragstellerin, der bei Depotöffnung von der D-Bank als „professioneller Kunde“ i.S. des § 31a Abs. 7 des Wertpapierhandelsgesetzes eingestuft wurde. Die Allgemeinheit habe demgegenüber im Gründungsjahr und im Streitjahr mit Ausnahme einer einwöchigen Kunstaussstellung keinen Nutzen von den Tätigkeiten der Antragstellerin gehabt. Diese Umstände lassen bei der gebotenen summarischen Betrachtung auch aus Sicht des Senats darauf schließen, dass die satzungsmäßige Verankerung der Gemeinnützigkeit primär dem Zweck diene, den Bescheid nach § 60a AO zu erlangen, um mit dessen Hilfe sodann die Dividendenstripping-Geschäfte tätigen zu können.“

47

Der Bescheid des Finanzgerichts sei aber laut BFH deshalb aufzuheben gewesen, weil sowohl der Dividendentatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EstG als auch derjenige des Satzes 4 (Dividendenkompensationszahlung) voraussetze, dass der Empfänger der Bezüge (irgendwann) wirtschaftlicher Eigentümer i.S. von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO der Aktien geworden sei. Nach der gebotenen summarischen Prüfung habe der BFH ernsthafte Zweifel daran, dass die ... zu irgendeinem Zeitpunkt wirtschaftliche Eigentümerin der erworbenen Aktien geworden sei. U.a. die Fremdfinanzierung, die Wertpapierverpfändung, die Absicherung des Marktrisikos durch Futures und die kurze Haltezeit sprächen dafür, dass den Aktiengeschäften der ... ein von der ... initiiertes und modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept zugrunde liege, das dem Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum durch die ... von vornherein entgegenstehe. Zu Beginn des Tatbestands wies der BFH darauf hin, dass das Verfahren nur die körperschaftsteuerrechtliche Ebene berührt und nicht die kapitalertragsteuerlichen Folgen und somit auch nicht die „sich in diesem Zusammenhang möglicherweise ergebende Problematik eines Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i.S. von § 42 der Abgabenordnung (AO).“

48

Anfang des Jahres 2018 zog der Beklagte zunächst von München in die Schweiz und dann in die Volksrepublik China. Um einen Anspruch auf Zahlung von 1 Mio. Euro gegen den Beklagten geltend zu machen, stellten die Klägervertreter am 15.03.2018 einen Antrag aus Auskunft aus dem Melderegister bei der Landeshauptstadt München nach dem Wohnort des Beklagten (Anlage K 7). Sie erhielten am 21.03.2018 die Antwort, dass der Beklagte ohne nähere Ortsangabe in die Schweiz abgemeldet sei (Anlage K 4). ... versuchte sich mit Schreiben vom 29.03.2018 (Anlage K 35) an den Beklagten für den Kläger zu bestellen und den Beklagten aufzufordern, die streitgegenständliche Million sowie Rechtsanwaltskosten in Höhe von etwa 20.000 € zu bezahlen, die die Insolvenzschriftstellerin bislang für die strafrechtliche Vertretung des Beklagten ausgegeben hatte. Das Schreiben konnte aber nicht zugestellt werden, da der Beklagte unter der in Erfahrung gebrachten Schweizer Adresse nicht mehr wohnhaft war. Auf eine Anfrage vom 17.04.2018 beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement EJPD erhielten die Klägervertreter am 30.04.2018 die Antwort, dass der Beklagte nicht im Zentralen Migrationsinformationssystem ZEMIS registriert

sei (Anlage K 9). Auf eine Anfrage beim Département de la sécurité des Kantons Genf erhielten die Klägervvertreter am 22.06.2018, eingegangen am 17.07.2018 die Auskunft, der Beklagte sei nach ... in China verzogen (Anlage K 5). Am 23.07.2018 wandten sich die Klägervvertreter an den Strafverteidiger des Beklagten im Verfahren der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main, Rechtsanwalt Dieser teilte sodann mit E-Mail vom 16.08.2018 dem Kläger im Auftrag des Beklagten dessen Anschrift in China mit ... (im Folgenden Adresse 1) und gab an, den Beklagten zivilrechtlich nicht zu vertreten. Mit Schreiben vom 21.08.2018 an die vorgenannte „Adresse 1“ in China machte der Kläger gegenüber dem Beklagten den Anspruch geltend. Dieses Schreiben erhielt der Beklagte am 23.09.2018 (Anlage K 6) und nahm es auch wahr. Als hierauf keine Reaktion erfolgte, wandten sich die Klägervvertreter am 15.11.2019 erneut per E-Mail an den Strafverteidiger des Beklagten, ... und baten diesen, dem Beklagten eine Nachricht weiterzuleiten. In dieser baten die Klägervvertreter für die weitere Kommunikation zumindest um Mitteilung einer E-Mail-Adresse und um Rückmeldung bis 29.11.2019, ob und in welcher Form der Depotbestand der ... – ggf. in Abstimmung mit den Finanzbehörden – zur Erfüllung der Ansprüche der Insolvenzsuldnerin gegen den Beklagten eingesetzt werden könne (Anlage K 10). Des Weiteren wurde der Abschluss einer Verjährungshemmungsvereinbarung angeregt, um die Interessen der Insolvenzsuldnerin im Zusammenhang mit Ansprüchen gegen den Beklagten aus § 93 Abs. 2 AktG wegen der steuerrechtlichen Haftung der Insolvenzsuldnerin wegen der Geschäfte mit der ... zu wahren. In einem Telefonat vom 02.12.2019 mit ... teilte dieser den Klägervvertretern mit, dass er seinen Mandanten ebenfalls nicht erreicht habe (s. Gesprächsnotiz Anlage K 11).

49

Das Depot der ... bei der Insolvenzsuldnerin bestand jedenfalls bis zur mündlichen Verhandlung fort.

50

Der Kläger behauptet, dem Beklagten sei bewusst gewesen, dass die Durchführung der Transaktionen für die ... und die vorbehaltlose Ausschüttung der Dividenden in steuerrechtlicher Hinsicht höchst bedenklich und für die Insolvenzsuldnerin mit existenzbedrohenden Risiken verbunden gewesen sei. Die eingeholten Gutachten sollten lediglich einen „Deckmantel“ zur Verbesserung der Aktenlage darstellen. U.a. dem Beklagten sei bewusst gewesen, dass sie für die tatsächlichen steuerrechtlichen Fragen der konkreten Fallgestaltung ohne Wert waren. Zudem habe der Beklagte die Gutachter über mehrere relevante Aspekte des Sachverhalts im Unklaren gelassen, u.a. die ... als Investor, ihre Gesellschaftsform, ihr Stammkapital, die sehr kurze Haltedauer sowie die exakte Art der vorgelegten Bescheinigung.

51

Der Kläger meint, er habe in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Insolvenzsuldnerin einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von 1.000.000 € aus § 675, 667 BGB, da dieser das Geld in seiner Rolle als Vorstandsmitglied als Zuwendung zur Durchführung einer bestimmten mit der Insolvenzsuldnerin verbundenen Tätigkeit erhalten habe. Des Weiteren habe der Kläger einen noch nicht sicher bezifferbaren Anspruch gegen den Beklagten aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, falls die Insolvenzsuldnerin letztlich für die im Jahr 2017 nicht abgeführte Kapitalertragssteuer samt Solidaritätszuschlag haften müsse. Diesbezüglich könne sie daher eine Feststellung der Haftung dem Grunde nach verlangen. Der Beklagte sei bewusst ein existenzgefährdendes Risiko für die Insolvenzsuldnerin eingegangen, indem er im Jahr 2017 nicht dafür gesorgt habe, dass die (vermeintliche) Kapitalertragssteuer zunächst einbehalten wird oder nur dann nicht einbehalten wird, nachdem das Finanzamt dies zuvor im Rahmen einer verbindlichen Auskunft als rechtmäßig bestätigt hat. Selbst, wenn die Insolvenzsuldnerin am Ende nicht für die nicht abgeführte Steuer haften müsse, hafte der Beklagte für die durch die Insolvenzeröffnung bedingten Schäden.

52

Der Kläger beantragt zuletzt,

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von € 1.000.000,00 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den jeweils geltenden Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet ist, die Schäden zu ersetzen, die der durch die Nichtabführung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag aus und im Zusammenhang mit den im Zeitraum Januar und Februar 2017 für die ... gUG durchgeführten Aktiengeschäften entstanden sind.

53

Der Beklagte beantragt,

Klageabweisung.

54

Der Beklagte behauptet, er sei von der steuerrechtlichen Zulässigkeit der vorbehaltlosen Ausschüttung der Dividenden bzw. Zahlungen damals wie heute fest überzeugt (gewesen). Insbesondere habe dieses Vorgehen überhaupt nichts mit Cum-Ex-Geschäften zu tun und stelle auch keine rechtswidrige Variante von Cum-Cum-Geschäften dar. Ein existenzielles Risiko für die Insolvenzschriftnerin habe er in den streitgegenständlichen Geschäften daher nie gesehen. Diese Überzeugung schöpfe er auch aus den eingeholten Gutachten, deren Ergebnisse durch die Entscheidung des BFH bestätigt worden seien. Die Gutachter ..., ... und ... seien von Seiten der Akteure um die ... vollständig über den Sachverhalt informiert worden. Etwaige gegenteilige Behauptungen der ... in dem Zivilrechtsstreit zwischen dieser und dem Kläger (Anlage K 31 und K 32) seien falsch und auf ein Eigeninteresse von RA ... zurückzuführen.

55

Zudem sei dem Beklagten bewusst gewesen, dass die Regulatorik in Deutschland die unentdeckte Durchführung rechtswidriger Geschäfte unmöglich mache. Unabhängig davon habe die Entscheidung der Durchführung der Geschäfte mit der ... nicht ihm, sondern seinem Vorstandskollegen ... als Vorstand für den Bereich Marktfolge obliegen. Der Beklagte selbst habe keine diesbezügliche Entscheidung herbeiführen können und ... auch nicht anweisen können, die Geschäfte zu unterlassen.

56

... habe zudem im Gegensatz zum Beklagten versucht, die Compliance-Abteilung weniger in die Geschäfte mit der ... einzubeziehen. Zum Beweis dieser Tatsachen beantragt der Beklagte die Vernehmung der Mitarbeiterinnen der Insolvenzschriftnerin Frau ... und Frau ... sowie die Vernehmung des Vorstandskollegen ... (die ebenfalls vom Kläger zum Beweis des Gegenteils beantragt wird).

57

Als ... und ... dem Beklagten eine Zahlung für den Fall versprochen, dass die von der ... geplanten Transaktionen erfolgreich durchgeführt werden können, sei weder eine Höhe der Zahlung noch ein Zahlungszeitpunkt besprochen worden noch sei eine Vereinbarung mit konkreten Leistungen oder dergleichen abgeschlossen worden. Der Beklagte wäre der Geschäftsoportunität auch ohne eine solche Zahlung zugunsten der Insolvenzschriftnerin nachgegangen. Er habe auf die Zahlung in Höhe von 1 Mio. Euro Steuern und Solidaritätszuschlag in Höhe von insgesamt 463.250,50 € gezahlt.

58

Des Weiteren sei der Beklagte nicht nach China gezogen, um einer Zustellung der Klage zu entgehen, sondern aus wirtschaftlichen und familiären Gesichtspunkten heraus.

59

Der Beklagte behauptet schließlich, dass Herr ... inzwischen den überwiegenden Teil der Aktiva der ... für eigene Zwecke verbraucht habe.

60

Der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Er meint, die Klage sei nicht „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO zugestellt worden. Insbesondere sei es fahrlässig gewesen, dass der Kläger am 20.12.2019 Klage eingereicht habe, ohne unmittelbar zuvor die am 16.08.2018 vom Strafverteidiger des Beklagten mitgeteilte Adresse noch einmal auf dieselbe Weise, nämlich durch Rückfrage beim Strafverteidiger, überprüft zu haben. Da die Insolvenzschriftnerin seit Dezember 2017 Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis gehabt habe, sei mit Ablauf des Jahres 2020 Verjährung eingetreten. Bezüglich der Feststellungsklage sei die fünfjährige Verjährungsfrist des § 93 Abs. 6 AktG bereits abgelaufen.

61

Der Beklagte erklärt hilfsweise die Aufrechnung mit einer Forderung über 463.250,50 €. Da die Insolvenzschriftnerin pflichtwidrig den Abschluss der entworfenen Vereinbarung zur Übertragung der Inhalte des Depots der ... auf die Insolvenzschriftnerin nicht angenommen habe, sei ihm ein Steuerschaden

in dieser Höhe entstanden, da er die Rückzahlung als Ausgabe hätte geltend machen können, so dass der Vorgang letztlich steuerrechtlich nicht relevant gewesen wäre.

62

In rechtlicher Hinsicht meint der Beklagte, keine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG begangen zu haben, da die Insolvenzschuldnerin nicht nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG für die Kapitalertragssteuer und den Solidaritätszuschlag hafte. Die Insolvenzschuldnerin sei nicht verpflichtet gewesen sei, von den an die ... ausgezahlten Beträgen Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen. Aufgrund des den Aktienverkäufen zugrundeliegenden Gesamtkonzepts sei die ... nicht wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien geworden und habe somit keine Kapitalerträge i.S.v. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt, bei denen die Einkommensteuer durch Abzug vom Kapitalertrag erhoben werde. Bei den der ... gutgeschriebenen Beträgen handle es sich vielmehr um eine Schadensersatzzahlung des Veräußerers. Des Weiteren sei die Insolvenzschuldnerin jedenfalls aufgrund des von der ... vorgelegten Feststellungsbescheids nach § 60a AO zur Abstandnahme vom Kapitalertragsteuerabzug verpflichtet gewesen. Sie habe insbesondere nicht zu prüfen gehabt, ob die Kapitalerträge in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb der ... angefallen seien, da materielle Voraussetzung für die Abstandnahme vom Steuerabzug allein die Vorlage des Feststellungsbescheids nach § 60a AO sei. Ungeachtet dessen seien die Erträge auch nicht in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb der ... angefallen. Die Tätigkeit der ... habe sich trotz des großen Umfangs der Aktiengeschäfte und der Fremdfinanzierung im Rahmen privater Vermögensverwaltung gehalten. Darüber hinaus könne der Insolvenzschuldnerin jedenfalls weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Durch Vorlage des Feststellungsbescheids nach § 60a AO habe die ... konkludent erklärt, dass die Kapitalerträge nicht in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb anfallen würden. Da es der Insolvenzschuldnerin mangels Einblick in die Geschäftsführung und der einzelnen Tätigkeiten der Körperschaft kaum möglich und auch nicht zuzumuten sei, zu überprüfen, ob die Kapitalerträge in einem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb anfallen oder nicht, habe sie sich grundsätzlich in nicht vorwerfbarer Weise auf die (konkludente) Erklärung der ... verlassen können und müssen.

63

Der Kläger meint hierzu, der Anspruch auf Zahlung von einer Million Euro sei nicht verjährt, da die Klage demnächst i.S.d. § 167 ZPO zugestellt worden sei. Eine zeitliche Obergrenze gebe es hierfür nicht. Der Kläger habe stets alles Zumutbare für die alsbaldige Zustellung getan. Außerdem sei die Erhebung der Einrede der Verjährung treuwidrig und als unzulässige Rechtsausübung anzusehen, da der Beklagte eine frühere Zustellung durch sein Verhalten verhindert habe.

64

Die ursprünglich nur auf Zahlung eines Betrags in Höhe von 1 Mio. Euro gerichtete Klage ist am 23.12.2019 beim Landgericht München I eingegangen (Bl. 1). Darin ist die Anschrift des Beklagten mit ... (Adresse 1) angegeben worden.

65

Das Gericht hat am 08.01.2020 den Streitwert vorläufig auf 1.000.000,00 € festgelegt (Bl. 12). Am 23.01.2020 hat das Gericht die Durchführung eines schriftlichen Vorverfahrens und damit die Zustellung der Klage an den Beklagten an der in der Klage genannten Adresse im Wege der Rechtshilfe in China angeordnet (Bl. 14/16). Am 27.01.2020, Eingang 28.01.2020, haben die Klägervorteiler zwei Beglaubigte Abschriften der Klage nebst Anlagen zum Zweck der Zustellung im Wege der Rechtshilfe übersandt (Bl. 17). Am 17.02.2020 hat das Gericht die Klägervorteiler um Einzahlung eines Vorschusses zur Übersetzung sämtlicher zuzustellender Dokumente in Höhe von 2.700 € aufgefordert (Bl. 19). Am 19.02.2020 haben die Klägervorteiler den angeforderten Vorschuss eingezahlt und am 21.02.2020 dies mittels Schriftsatzes vom selben Tag nachgewiesen (Bl. 20a). Am 10.03.2020 hat das Gericht der ... einen Übersetzungsauftrag erteilt (Bl. 21a). Am 17.07.2020 ist dann seitens des Gerichts der Zustellantrag expediert worden (im Folgenden „Zustellungsversuch 1“). Am 15.03.2021 ist eine Nachfrage des Gerichts beim International Legal Cooperation Center in China verfügt worden (Bl. 20b, 21b und 22). Am 02.08.2021 ist die Antwort auf das Rechtshilfeersuchen beim Gericht eingegangen. Die Antwort stammt vom 30.06.2021. Darin heißt es u.a. auf englischer Sprache, dass der Empfänger verzogen ist und ohne Kontaktinformationen nicht erreicht werden konnte (s. Anhang Bl. 23).

66

Mit Schreiben vom 09.08.2021, expediert am 10.08.2021, hat das Gericht dies den Klägervvertretern mitgeteilt und eine Kopie der Antwort auf das Rechtshilfeersuchen beigefügt (Bl. 23). Mit Schriftsatz vom 13.08.2021 haben die Klägervvertreter daraufhin mit entsprechender Begründung die öffentliche Zustellung der Klageschrift beantragt (Bl. 24/26). Eine vom Gericht am 23.08.2021 in Auftrag gegebene (Bl. 27) Übersetzung der Antwort auf das Rechtshilfeersuchen, hat ergeben, dass darin mitgeteilt worden ist, dass die Zustellungsbeauftragten bei der Polizei in Erfahrung gebracht haben, dass ... und ... bereits vor dem September 2018 ausgezogen seien und ... sich dort abgemeldet habe. Am 29.09.2021 haben sich die Klägervvertreter telefonisch nach dem Sachstand erkundigt und keine Auskunft erhalten, da sich die Akte beim Kostenbeamten befände (Anlage K 14). Am 15.10.2021 haben die Klägervvertreter schriftlich um Sachstandsmitteilung bezüglich der öffentlichen Zustellung gebeten (Bl. 31). Mit Verfügung vom 22.11.2021, expediert am 23.11.2021, hat das Gericht den Klägervvertretern mitgeteilt, dass die Voraussetzung für eine öffentliche Zustellung voraussichtlich zu bejahen seien. Die Klagepartei werde aber gebeten, vorher noch einmal bei dem Strafverteidiger des Beklagten nachzufragen, ob sich der Beklagte noch in China aufhalte oder sonstiges über den Aufenthalt des Beklagten bekannt sei (Bl. 33). Mit Schriftsatz vom 10.12.2021, am selben Tag bei Gericht eingegangen, haben die Klägervvertreter mitgeteilt, sich am 29.11.2021 an den Strafverteidiger des Beklagten gewandt zu haben (Bl. 34/35 mit Anlagen nach dem Schriftsatz).

67

Der Strafverteidiger hat demnach mit E-Mail vom 08.12.2021 (auch Anlage B 5) mitgeteilt, dass der Beklagte „seit dem letzten Jahr“ nicht mehr unter der ursprünglich mitgeteilten Adresse ... „Adresse 2“). Dementsprechend haben die Klägervvertreter das Gericht in dem Schriftsatz gebeten, die Klage an diese Adresse zuzustellen. Daraufhin hat das Gericht am 23.12.2021 verfügt, die Klage unter der neuen Adresse zuzustellen (Bl. 36). Da die Unterlagen des erstellten Zustellungsversuchs nicht zurückgeschickt worden waren, hat das Gericht mit Schreiben vom 30.12.2021 erneut die Einzahlung eines Vorschusses für Übersetzungskosten bei den Klägervvertretern in Höhe von 2.200 € angefordert (Bl. 37). Mit Schriftsatz vom 30.12.2021, bei Gericht eingegangen am 03.01.2022, haben die Klägervvertreter die angeforderten Ausfertigungen der Klage übersandt und mitgeteilt, den Vorschuss eingezahlt zu haben. Am 31.01.2022 ist der entsprechende Auftrag an die ... erteilt worden (Bl. 40). Am 23.02.2022 ist das Rechtshilfeersuchen expediert worden (im Folgenden „Zustellungsversuch 2“).

68

Eine Rückmeldung aus China ist bis zum 24.05.2023 trotz Nachfragen des Gerichts vom 07.02.2023 (Bl. 43) und 02.03.2023 (Bl. 44) beim International Legal Cooperation Center in China nicht erfolgt. In diesem Zeitraum sind diverse telefonische Sachstandsfragen der Klägervvertreter erfolgt (Anlage K 15 und K 16). Am 25.05.2023 ist das Zustellungsersuchen am Landgericht eingegangen. Danach habe keine Zustellung erfolgen können, da der Adressat unbekannt verzogen sei. Im Rahmen des Zustellungsversuchs am 28.11.2022 habe der Hausverwalter des Gebäudes mitgeteilt, dass der Beklagte nicht der Eigentümer der Wohneinheit ... sei. Der Eigentümer der Wohneinheit ... habe mitgeteilt, dass der Beklagte seit zwei Jahren nicht mehr der Mieter sei und er keine Kontaktinformationen von diesem weitergeben werde. Dieses Ergebnis ist der zuständigen Richterin am 20.06.2023 mitgeteilt worden (Bl. 47). Diese hat am 21.06.2023 (Bl. 48) die Mitteilung an die Klägervvertreter verfügt und diese zugleich gebeten, vor einer eventuellen Bewilligung der öffentlichen Zustellung, mitzuteilen, ob eine neue Anschrift des Beklagten – ggf. über seine strafrechtlichen Vertreter – bekannt ist. Mit Schriftsatz vom 20.07.2023 (Bl. 51/55 nebst Anlagen) haben die Klägervvertreter dem Gericht mitgeteilt, am 04.07.2023 den Strafverteidiger des Beklagten per E-Mail um entsprechende Mitteilung gebeten zu haben. Der Strafverteidiger habe am 10.07.2023 (auch Anlage B 6) geantwortet, dass der Beklagte ihn um Mitteilung der folgenden Adresse gebeten habe ... (im Folgenden „Adresse 3“). Zugleich haben die Klägervvertreter Zweifel geäußert, dass diesmal unter einer weiteren „c/o-Adresse“ eine Zustellung erfolgreich sein werde, insbesondere da der Beklagte versuche, sich seiner Verantwortung zu entziehen. Daher werde vorrangig die öffentliche Zustellung beantragt. Mit Beschluss vom 26.07.2023 hat das Gericht daraufhin die öffentliche Zustellung der Klage bewilligt (Bl. 56/58). Zugleich ist der Strafverteidiger des Beklagten von der öffentlichen Zustellung in Kenntnis gesetzt worden, verbunden mit der Bitte, seinen Mandanten hiervon in Kenntnis zu setzen (Bl. 59). Daraufhin hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten mit Schriftsatz vom 04.08.2023 die Vertretung des Beklagten angezeigt (Bl. 60). Daraufhin ist diesem die Klage nebst Verfügung des schriftlichen Vorverfahrens am 17.08.2023 zugestellt worden.

69

Bezüglich des Zustellungsverlaufs der Klage behauptet der Kläger, dass die Information in der am 02.08.2021 bei Gericht eingegangenen Antwort vom 30.06.2021 auf das Rechtshilfeersuchen (Zustellungsversuch 1) insoweit korrekt sei, als dass die Adressinhaberin Frau ... und der Beklagte bereits vor dem September 2018 aus Adresse 1 ausgezogen seien. Des Weiteren sei die Information in der am 25.05.2023 eingegangenen Antwort auf das Rechtshilfeersuchen (Zustellungsversuch 2) insoweit korrekt, als das im Rahmen der Zustellungsversuchs am 28.11.2022 über den Eigentümer herausgefunden werden konnte, dass der Beklagte zu diesem Zeitpunkt schon seit zwei Jahren nicht mehr unter der Adresse 2 wohnte.

70

Bezüglich des Zustellungsverlaufs der Klage behauptet der Beklagte, unter der in der Klageschrift angegebenen Adresse (Adresse 1), die er am 16.08.2018 über seinen Strafverteidiger mitteilen ließ, habe bis zum 31.12.2020 Post an ihn über Frau ... zugestellt werden können. Zum Beweis dieser Behauptung legt der Beklagte u.a. eine schriftliche Aussage der Frau ... (Anlage B1) und einen Mietvertrag nebst Übersetzung für die zeitlich daran anschließende Wohnung der Frau (Anlage B 4) vor.

71

Des Weiteren sei der Beklagte erst im Jahr 2021 in die Adresse 2 gezogen und habe dort bis März 2022 gewohnt. Die Aussage des vermeintlichen Eigentümers, dass der Beklagte am 28.11.2022 schon seit zwei Jahren nicht mehr unter der Adresse 2 gewohnt habe, sei insoweit falsch.

72

Schließlich würden in China sichere E-Mail-Dienste nicht ohne Zuhilfenahme eines in China generell illegalen VPN-Dienstes funktionieren, seien dem Beklagten bereits mehrfach wichtige E-Mails abhandengekommen und seien Dienste wie die vom Beklagten genutzte E-Mail-Adresse von web.de komplett ausgefallen. Er habe daher präferiert eine Korrespondenz per Brief zu führen.

73

Der Kläger hat die ursprünglich nur auf Zahlung gerichtete Klage mit Schriftsatz vom 14.12.2023, eingegangen am selben Tag bei Gericht, um den Feststellungsantrag erweitert. Infolgedessen hat das Gericht mit Beschluss vom 20.12.2023 den Streitwert vorläufig auf 4.102.363,88 € festgelegt. Am 27.12.2023 ist der weitere Vorschuss angefordert worden (Bl. 147). Die Klageerweiterung ist dem Beklagtenvertreter am 23.01.2024 zugestellt worden (bei Bl. 149).

74

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.10.2024 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

75

Die Klage ist zulässig und begründet.

A.

76

Die Klage ist zulässig.

77

I. Die Erweiterung der Klage um den Feststellungsantrag ist gem. § 263 ZPO zulässig, da sie angesichts der Nähe zum ursprünglichen Streitgegenstand sachdienlich ist und der Beklagte zudem gem. § 267 ZPO eingewilligt hat.

II. Das LG München I ist international und örtlich zuständig, da in Ziff. 13.4 des zwischen der Insolvenzschriftschuldnerin und dem Beklagten geschlossenen Dienstvertrags als Gerichtsstand der Sitz der Insolvenzschriftschuldnerin in München vereinbart worden ist.

78

Des Weiteren ist das Landgericht München I gem. § 1 ZPO i.V.m. §§ 71 Abs. 1, 23 GVG angesichts des Streitwerts sachlich zuständig.

79

III. Der Kläger ist gem. § 80 Abs. 1 InsO prozessführungsbefugt, Ansprüche der Insolvenzschuldnerin geltend zu machen.

80

IV. Der Kläger hat das gem. § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Interesse an der Feststellung der Schadensersatzpflicht für die im Antrag genannten Unterlassungen des Beklagten. Selbst wenn man davon ausgeht, dass ein endgültiger Schaden nur dann eintreten würde, wenn die Insolvenzschuldnerin tatsächlich für die nichtabgeführte Kapitalertragsteuer haften muss, so liegt die erforderliche hinreichende Wahrscheinlichkeit bei reinen Vermögensschäden (vgl. BGH NJW-RR 2019, 1332 Rn. 41) dennoch vor.

81

Denn bereits das Finanzgericht München hat den Antrag der Insolvenzschuldnerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, dem Finanzamt den Erlass eines Haftungsbescheids zu untersagen, mit Beschluss vom 23.01.2018 abgewiesen. Das Finanzgericht hat dann am 02.02.2018 einen Nachforderungsbescheid erlassen, der mit Sicherheit etwa 6,2 Mio. € höher ausgefallen ist als er es wäre, wenn der Beklagte die im Feststellungsantrag genannte Kapitalertragsteuer samt Solidaritätszuschlag im Januar und Februar 2017 abgeführt hätte. Auch die Entscheidung des BFH vom 04.03.2020 lässt es nicht per se als unwahrscheinlich erscheinen, dass die Insolvenzschuldnerin am Ende für die Beträge haften wird, da der BFH zu Beginn des Tatbestands explizit darauf hingewiesen hat, dass die Entscheidung nur die körperschaftsteuerrechtliche Ebene berührt und nicht die kapitalertragsteuerlichen Folgen und somit auch nicht die „sich in diesem Zusammenhang möglicherweise ergebende Problematik eines Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten“ i.S. von § 42 AO.

82

Neben der Anwendung von § 42 AO sind andere Varianten denkbar, die zu einer Haftung der Insolvenzschuldnerin führen könnten. So kam der BFH lediglich im Rahmen einer „summarischen Prüfung“ zu den ernstlichen Zweifeln daran, dass die ... wirtschaftliche Eigentümerin der erworbenen Aktien geworden ist. Das wirft aber die Frage auf, wer dann stattdessen wirtschaftlicher Eigentümer gewesen sein soll. Denn manche der vom BFH genannten Umstände für die Annahme, dass die ... nicht wirtschaftliche Eigentümerin war, konkret die Fremdfinanzierung und die Wertpapierverpfändung deuten auf die ... als Kapitalgeber und Pfandnehmer hin. Die ... wurde aber nie zivilrechtliche Eigentümerin der Aktien, weshalb sie als wirtschaftliche Eigentümerin eher nicht in Betracht kommt. Ob die jeweiligen Veräußerer wirtschaftliche Eigentümer trotz der Veräußerung geblieben sind, ist durchaus fraglich, insbesondere da die genauen Vertragsbedingungen der Veräußerungen unbekannt sind. Jedenfalls handelt es sich anders als bei den klassischen cumcum-Geschäften, die spezifisch dazu dienen, die Kapitalertragsteuer bei einer inländischen, zum Steuerabzug berechtigten Gesellschaft entstehen zu lassen, um keine 2-Personen, sondern um eine 3-PersonenKonstellation, bei der das wirtschaftliche Eigentum noch nicht abschließend geklärt ist. Sollte der BFH am Ende doch die ... als wirtschaftliche Eigentümerin ansehen, kommt eine Haftung der Insolvenzschuldnerin für die Kapitalertragsteuer in Betracht, da sich dem Vorstand die Unzulässigkeit der Vorlage der § 60a-Bescheinigung und die Gemeinnützigkeitsschädlichkeit der Geschäftstätigkeit der ... im konkreten Fall dermaßen stark aufgedrängt hat, dass man von grober Fahrlässigkeit ausgehen muss. Das könnte zu einer Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG führen.

83

Sollte die ... tatsächlich nicht wirtschaftlicher Eigentümer geworden sein, so wäre dennoch eine Haftung der Insolvenzschuldnerin nach der Argumentation des Finanzamts München denkbar, dass sie hätte ermitteln müssen, für wen und auf wessen Rechnung sie den Steuerabzug stattdessen vorzunehmen hat. Diese Argumentationslinie kommt sogar im Gutachten der ... zum Ausdruck, wo sie schreibt:

„Wir sind ferner der Auffassung, dass die ... auch hinsichtlich der steuerlich dem Veräußerer zugerechneten Dividende keine Pflicht zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer trifft. Wenngleich der Gesetzeswortlaut auch eine andere Interpretation zulässt, folgen wir den Ausführungen von ..., wonach eine zum Einbehalt verpflichtete auszahlende Stelle im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 Buchst. a EStG nur die Stelle sein dürfte, die aufgrund einer unmittelbaren Vertragsbeziehung zum Gläubiger der Kapitalerträge die Möglichkeit besitzt, die zum Einbehalt und Abzug notwendigen Informationen vom Gläubiger zu erlangen. Eine rein technisch in den Zahlungsprozess eingebundene Stelle sollte nicht als Zahlstelle in diesem Sinne qualifizieren.“ (Herv. durch das Gericht)

84

Die unterstrichenen Stellen machen deutlich, dass eine abweichende Meinung durchaus denkbar ist.

85

Neben der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des tatsächlichen Schadenseintritts muss zugunsten des Klägers zudem berücksichtigt werden, dass ihm angesichts des ungewissen zeitlichen Ablaufs des Einspruchsverfahrens ohne Geltendmachung die Verjährung des dem Feststellungsantrag zugrunde liegenden Schadensersatzanspruchs drohen würde. Der Schaden hat sich in dem Bescheid des Finanzamts vom 02.02.2018 nämlich schon so weit konkretisiert, dass man vom Entstehen des Anspruchs i.S.d. § 200 BGB an diesem Tag ausgehen muss, so dass die Verjährungsfrist seitdem läuft. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung waren bereits sechseinhalb der zehn Jahre des § 52a Abs. 1 KWG abgelaufen, so dass die Erhebung einer Feststellungsklage auch vor diesem Hintergrund als interessensgerecht erscheint.

86

Die Erhebung einer Leistungsklage ist demgegenüber noch nicht möglich, weil sich der Schaden insbesondere angesichts des ungewissen Ausgangs des Einspruchsverfahrens noch nicht beziffern lässt.

B.

87

Die Klage ist begründet.

88

I. Der Kläger hat einen Anspruch gegen den Beklagten aus §§ 675, 667 BGB auf Zahlung von 1 Mio. Euro.

89

1. Der Vorstand ist nach diesen Normen verpflichtet, „Schmiergelder“, die er im Zusammenhang mit dem Abschluss von Geschäften der Gesellschaft mit Dritten erlangt, herauszugeben (MüKoAktG/Spindler AktG § 84 Rn. 121; BGH DStR 2001, 949, 950). Bei der Zahlung von 1 Mio. Euro an die ... handelt es sich um ein solches Schmiergeld wie der Beklagte letztlich auch eingeräumt hat. Es wäre auch ausgeschlossen, dass das Geld ohne Mitwirkung des Beklagten auf einer wirtschaftlich ihm gehörenden Gesellschaft mit Sitz in ... gelandet ist. Der Beklagte muss den Erhalt dieser Zahlung mitgesteuert haben. Somit hat er sie – wie er ebenfalls eingeräumt hat – erhalten i.S.d. § 667 BGB.

90

2. Der Anspruch besteht unabhängig davon, ob die Behauptung des Beklagten zutreffend ist, dass ... den überwiegenden Teil der Aktiva der ... für eigene Zwecke verbraucht habe. Dies stellt keinen rechtlich erheblichen Einwand dar, da der Beklagte das Geld zunächst erlangt hat und es anschließend weder zurückgegeben (vgl. BGH DStR 2001, 949, 950) noch sonst irgendwie für die Zwecke der Insolvenzschuldnerin verwendet hat (vgl. BeckOK BGB/D. Fischer BGB § 667 Rn. 14). Einen Entreichereinwand kennt § 667 BGB nicht, zumal sich der Beklagte der Rückzahlungspflicht von vornherein bewusst gewesen sein muss.

91

3. Der im Jahr 2017 entstandene Anspruch ist auch nicht mit Ablauf des Jahres 2020 verjährt, da durch Einreichung der Klage am 23.12.2019 eine Hemmung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingetreten ist, da die Klage zwar erst am 17.08.2023, aber dennoch „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO zugestellt wurde.

92

a) Nach ständiger Rechtsprechung darf bei der Frage der Zustellung als „demnächst“ nicht auf eine rein zeitliche Betrachtungsweise abgestellt werden, da die Parteien bei der Zustellung von Amts wegen vor Nachteilen durch Verzögerungen bewahrt werden sollen, die von ihnen nicht beeinflusst werden können (vgl. BGH NJW 2830, 2831). Daher gibt es auch keine absolute zeitliche Grenze, nach deren Überschreitung eine Zustellung nicht mehr als „demnächst“ angesehen werden kann (BGH a.a.O.). Insbesondere bei aufwendigen Auslandszustellungen steht eine Zustelldauer von im Einzelfall mehreren Jahren einer Zustellung als „demnächst“ nicht entgegen, wenn der Kläger und seine Prozessbevollmächtigte alles ihnen Zumutbare getan haben, um die Zustellung der Klage herbeizuführen (vgl. OLG Frankfurt am Main, BeckRS 2010, 30106). Da die Voraussetzung somit einer wertenden Betrachtung zugänglich ist, muss nach Ansicht des Gerichts neben der Tatsache, dass der Kläger und

seine Prozessbevollmächtigten vorliegend alles Zumutbare getan haben, um die Zustellung der Klage herbeizuführen (b), auch berücksichtigt werden, dass die Klage bereits ein Jahr vor der theoretischen Verjährung am 31.12.2020 eingereicht wurde, sowie, dass der Beklagte eine kürzere Zustelldauer trotz bestehender Möglichkeiten nicht ermöglicht hat (c).

93

b) Das Gericht verzichtet an dieser Stelle darauf, die Bemühungen der Klageseite um die Ermittlung der (jeweiligen) Adresse des Beklagten und den Verlauf der Zustellung erneut im Detail nachzuzeichnen, sondern verweist auf die entsprechenden, zusammenhängenden Ausführungen im Tatbestand. Zu betonen ist jedoch angesichts der Einwände des Beklagten, dass sich der Kläger bei Einreichung der Klage am 23.12.2019 nicht ohne Weiteres darauf verlassen hat, dass die am 16.08.2018 von RA ... mitgeteilte Adresse des Beklagten noch aktuell ist. Vielmehr haben sich die Klägervorteiler, nachdem sie keine Antwort vom Beklagten auf ihr Schreiben vom 21.08.2018 bekommen haben, obwohl dieses dem Beklagten zugegangen ist, mit E-Mail vom 15.11.2019 erneut an RA ... gewandt und ihn gebeten, dem Beklagten eine Nachricht weiterzuleiten (Anlage K 10). In dieser baten die Klägervorteiler für die weitere Kommunikation zumindest um Mitteilung einer E-Mail-Adresse und um Rückmeldung bis 29.11.2019, ob und in welcher Form der Depotbestand der ... – ggf. in Abstimmung mit den Finanzbehörden – zur Erfüllung des Anspruchs der Insolvenzsuldnerin gegen den Beklagten eingesetzt werden kann. Des Weiteren wurde der Abschluss einer Verjährungshemmungsvereinbarung angeregt, um die Interessen der Insolvenzsuldnerin im Zusammenhang mit Ansprüchen gegen den Beklagten aus § 93 Abs. 2 AktG wegen der steuerrechtlichen Haftung der Insolvenzsuldnerin wegen der Geschäfte mit der ... zu wahren. In einem Telefonat vom 02.12.2019 mit Herrn ... teilte dieser den Klägervorteilern mit, dass er den Beklagten ebenfalls nicht erreicht habe (s. Gesprächsnotiz Anlage K 11).

94

Nach Einreichung der Klage sind die Klägervorteiler sämtlichen Anforderungen des Gerichts stets zeitnah nachgekommen. Auch diesbezüglich wird ausdrücklich auf die ausführlichen Schilderungen in der Prozessgeschichte Bezug genommen. Eine Verzögerung ist zu keinem Zeitpunkt entstanden, erst recht keine in einem Umfang von zwei Wochen. Zum reinen Zustellverlauf ist zu ergänzen, dass sich die Klägervorteiler regelmäßig und fortwährend bei den Geschäftsstellen des Landgerichts München I über den Stand der Zustellung informiert haben und nur auf deren expliziten Wunsch hin in längeren Abstand nachgefragt haben (Anlage K 12 bis K 16).

95

c) Daneben ist zu berücksichtigen, dass den Beklagten als ehemaligen Vorstand der Insolvenzsuldnerin, der weniger als drei Monate vor Insolvenzeröffnung (14.03.2018) aus einem Vorstandsamt ausgeschieden ist (02.01.2018) gem. § 97 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i.V.m § 101 Abs. 1 S. 1 u. 2 Hs. 1 InsO die Pflicht tritt, den Kläger über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben und ihm bei der Erfüllung von dessen Aufgaben, zu denen auch das hiesige Verfahren gehört, zu unterstützen. Damit der Verpflichtete hierfür überhaupt herangezogen werden kann, muss er dauerhaft erreichbar sein, wofür er auch ohne Präsenzordnung i.S.d. § 97 Abs. 3 InsO als Ausdruck seiner Unterstützungspflicht selbst Sorge zu tragen hat (BeckOK InsR/Kramer InsO § 97 Rn. 31).

96

Gemessen daran ist auch für die Frage der Zustellung als „demnächst“ zu berücksichtigen, dass der Beklagte dem Kläger in Verletzung der soeben ausgeführten Pflichten nicht die Vereinfachung der Zustellung ermöglicht hat. Der Beklagte wusste über das Schreiben des Klägers vom 21.08.2018 sowie über seinen Strafverteidiger, dass der Kläger ihn in Anspruch nehmen wollte. Als Jurist wird er auch eine Vorstellung davon gehabt haben, dass diese Inanspruchnahme der Pflicht eines Insolvenzverwalters entspricht und dass ohne Klageerhebung Verjährung droht. Das prinzipielle Bestehen des Anspruchs auf Rückzahlung des erhaltenen Schmiergelds hatte er zudem selbst bereits im Dezember des Jahres 2017 eingeräumt.

97

Dennoch hat der Beklagte dem Kläger keinen elektronischen oder fernmündlichen Kommunikationskanal eröffnet, obwohl ihm dies zumutbar gewesen wäre. Die Behauptungen des Beklagten, eine zumutbare elektronische Kommunikation sei quasi nicht möglich gewesen, weil in China sichere E-Mail-Dienste nicht ohne Zuhilfenahme eines in China generell illegalen VPN-Dienstes funktionieren würden, dem Beklagten

bereits mehrfach wichtige E-Mails „abhandengekommen“ seien und Dienste wie die vom Beklagten genutzte E-Mail-Adresse von web.de komplett ausgefallen seien, sind insofern abwegig, wenn der Beklagte damit behaupten will, es sei ihm nicht zumutbar gewesen, einen elektronisch oder fernmündlichen Kommunikationskanal zum Kläger herzustellen. China ist gewiss kein Land, das technisch vom Rest der Welt abgeschnitten ist. Die Kommunikation mit seinem Strafverteidiger wird der Beklagte auch kaum per Brief geführt haben.

98

Schließlich hätte es gereicht, wenn der Beklagte schon deutlich früher einen Zustellungsbevollmächtigten in Deutschland benannt hätte. Es ist bezeichnend, dass der Beklagtenvertreter schon am 04.08.2023 die Verteidigung angezeigt hat, nachdem das Gericht am 26.07.2023 die öffentliche Zustellung der Klage bewilligt hat und den Strafverteidiger des Beklagten hiervon in Kenntnis gesetzt hat. In dieser Zeit von gerade einmal neun Tagen wird der Strafverteidiger kaum dem Beklagten einen Brief geschrieben haben und dieser per Brief den Beklagtenvertreter beauftragt haben.

99

Dass es überhaupt zu den äußerst lange dauernden und letztlich erfolglosen Zustellversuchen in China kommen musste, ist daher – unabhängig von der Richtigkeit der jeweiligen Adresse im Zeitpunkt ihrer Mitteilung – dem Beklagten anzurechnen.

100

d) Ob ein Berufen auf die Verjährung aus den soeben ausgeführten Gründen schon für sich genommen treuwidrig und damit unzulässig ist (vgl. Replik vom 23.11.2023 S. 18 f.), kann damit dahinstehen.

101

4. Nachdem der Anspruch des Klägers somit besteht und auch nicht verjährt ist, sind die innerprozessualen Bedingungen für die vom Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Kläger bzw. die Insolvenzschuldnerin in Höhe von 463.250,50 € eingetreten.

102

Die Aufrechnung führt jedoch nicht zum teilweisen Erlöschen des Anspruchs in der genannten Höhe, da der Beklagte nie einen entsprechenden Anspruch gegen die Insolvenzschuldnerin hatte.

103

Der Beklagte nimmt für sich in Anspruch, mit dem Beginn des Jahres 2018 einen Schadensersatzanspruch gegen die Insolvenzschuldnerin erworben zu haben, weil diese in Kenntnis der Problematik verhindert habe, dass der Beklagte noch im Jahr 2017 die Vermögenswerte der ... an die Insolvenzschuldnerin übertragen konnte, so dass er nicht mehr die Möglichkeit gehabt habe, eine solche Rückzahlung bei seiner Einkommenssteuererklärung als steuermindernd anzugeben.

104

Es liegt jedoch keine Pflichtverletzung, erst recht kein fahrlässiges Verhalten der Verantwortlichen der Insolvenzschuldnerin vor. Aus der E-Mail in Anlage K 2 ergibt sich, dass die Verantwortlichen noch am 29.12.2017 eilig am Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung gearbeitet haben und damit dem prinzipiellen Wunsch des Beklagten nach eiliger Sachbehandlung nachgekommen sind. Aus der E-Mail ergibt sich auch, dass man die Entscheidung vom Vorstand getroffen und vom Aufsichtsrat genehmigt werden sollte (...). Dass die handelnden Personen Sorge hatten, dass die Annahme der Wertpapiere und Anleihen der ... angesichts der damals bekannten Umstände und des Ermittlungsverfahrens gegen den Beklagten geldwäscherelevant sein könnte, ist durchaus nachvollziehbar. Dass sie sich deshalb ohne die Möglichkeit externe rechtliche Beratung in Anspruch nehmen zu können, nicht aus bloßem Gefallen dem Beklagten gegenüber dazu entschieden haben, noch schnell am letzten Arbeitstag des Jahres 2017 die Wertpapiere und Anleihen anzunehmen, ist daher ebenfalls nachvollziehbar. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich der Beklagte selbst durch die Annahme des Schmiergeldes in diese Situation gebracht hat. Hätte er dies nicht getan oder das Geld frühzeitig an die Insolvenzschuldnerin weitergeleitet, wäre ihm der geltend gemachte „Steuerschaden“ nicht entstanden. Er hat aber zu verantworten, dass er das Geld als „eigenes“ vereinnahmt hat und deshalb auch die entsprechende Einkommenssteuer darauf zahlen musste.

105

5. Der Kläger hat Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen gem. §§ 291, 288 Abs. 1 S. 1 BGB seit dem Tag nach Zustellung der Klage, also seit 18.08.2023.

II.

106

Die Klage ist auch hinsichtlich des Feststellungsantrags begründet, da der Kläger einen Anspruch gegen den Beklagten als Vorstandsmitglied aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG auf Ersatz derjenigen Schäden hat, die der Insolvenzschuldnerin dadurch entstanden sind, dass der Beklagte die Kapitalertragsteuer und den Solidaritätszuschlag aus und im Zusammenhang mit den im Zeitraum Januar und Februar 2017 für die ... durchgeführten Aktiengeschäfte nicht abgeführt hat (im Folgenden „das Nichtabführen 2017“).

107

1. Das Nichtabführen von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag aus im Zusammenhang mit sämtlichen für die ... durchgeführten Aktiengeschäften für 2016 und 2017 (im Folgenden „das Nichtabführen“ oder „nicht abführen“ und hinsichtlich des Gegenteils „das Abführen“ oder „abführen“) war in der konkreten damals vorliegenden Situation pflichtwidrig i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

108

a) Die Pflichtwidrigkeit des Nichtabführens liegt vor allem darin begründet, dass der Umfang der nichtabgeführten Steuer so groß war, dass im Fall einer Haftung der Insolvenzschuldnerin sofort fällige Zahlungspflichten über viele Millionen und damit die Insolvenz der Insolvenzschuldnerin die einzig realistischen Folgen waren, und, dass angesichts dessen die Wahrscheinlichkeit, dass sich dieses Risiko realisiert, zu groß war, als dass ein sorgfältiger Geschäftsleiter es hätte eingehen dürfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Fortbestand der Insolvenzschuldnerin nicht von der Umsetzung der Geschäfte mit der ... abhängig war.

109

Zwar hätte es insgesamt näher gelegen, sich auf die Weise pflichtgemäß zu verhalten, indem der Beklagte an einem Eingehen der Geschäfte für die ... gar nicht erst mitgewirkt hätte, da die Akteure der ... ja von vornherein forderten, dass nicht abgeführt werden solle. Hätte der Vorstand der Insolvenzschuldnerin ein Abführen zur Bedingung gemacht oder ein solches angekündigt, wäre es realistischerweise zu den Geschäften gar nicht gekommen. Es ist aber genauso denkbar, wie der Kläger es mit seinem Antrag tut, als Pflichtwidrigkeit spezifisch auf das Nichtabführen abzustellen, weil dies gewissermaßen die letzte Möglichkeit gewesen wäre, sich doch noch pflichtgemäß zu verhalten, obwohl man sich ursprünglich auf die Geschäfte nach dem Modell der ... eingelassen hat. Dabei ist davon auszugehen, dass die ... die Geschäfte mit der Insolvenzschuldnerin nicht mehr fortgeführt hätte, wenn der Beklagte direkt nach irgendeinem Dividendenstichtag dafür gesorgt hätte, dass entgegen der ursprünglichen Vereinbarung dann doch abgeführt wird.

110

Eine weitere Möglichkeit pflichtgemäßen Verhaltens wäre es gewesen, die Geschäfte erst nach Einholung einer verbindlichen und im Sinne der Rechtsmeinung des Vorstands erteilten Auskunft des Finanzamts durchführen. Da dies aber nicht erfolgt ist, muss das Nichtabführen in der jeweils konkreten Situation betrachtet werden, in der es erfolgt ist. Zu diesen jeweiligen Zeitpunkten lag eine solche Auskunft nicht vor.

111

b) Nach der Rechtsauffassung des Gerichts, handelt ein Geschäftsleiter nur dann sorgfältig i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, wenn er umso größere Gefahren für die Gesellschaft nur eingeht, je kleiner deren Eintrittswahrscheinlichkeit ist. Dabei spielt es eine gewichtige Rolle, was die möglichen Alternativen des in Betracht genommenen Handelns bzw. Unterlassens sind. Von einem Geschäftsleiter kann eher gefordert werden, einer bestimmten, sehr riskanten Geschäftsoption nicht nachzugehen, wenn es daneben andere, zwar weniger lukrative, aber auch deutlich weniger riskante Geschäfte gibt. Gibt es hingegen im Geschäftsfeld einer Gesellschaft in einer bestimmten Situation nur noch „riskante“ Geschäftsoptionen, ist es vergleichsweise nachvollziehbarer, wenn das Risiko eingegangen wird, da das (temporäre) Einstellen der Geschäftstätigkeit keine attraktive Option ist.

112

Eine Pflicht, existenzgefährdende Risiken niemals einzugehen, gibt es nach Ansicht des Gerichts hingegen nicht. Der Kläger argumentiert hingegen, ein Geschäftsleiter müsse existenzgefährdende Risiken stets

vermeiden und dürfe keine Geschäfte eingehen, die zu einer Bestandsgefährdung der Gesellschaft führen können bzw. müsse sämtliche Maßnahmen unterlassen, die eine solche hervorrufen könnten (angeführt werden u.a. ThürOLG Jena, NZG 2001, 86; OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 532). Das Gericht ist der rechtlichen Auffassung, dass eine solche „absolute Grenze“ nicht existiert. Denn die Schwelle zwischen dem Vorliegen und Nichtvorliegen eines existenzgefährdenden Risikos lässt nicht exakt bestimmen, aber müsste sich bestimmen lassen, um eine solche Rechtsansicht anzuwenden. Des Weiteren bleibt unklar, was Existenzgefahr genau bedeutet: Gegen die automatische Gleichsetzung von Existenzgefahr und Insolvenz spricht, dass auch „geplante“ Insolvenzen gibt oder solche, die mit einem Insolvenzplan enden und zu einer nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft führen. Auch im vorliegenden Fall ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass der Bescheid des Finanzamts München aufgehoben wird und die Insolvenzureife wieder beseitigt werden kann.

113

Gleichermaßen gibt es letztlich für kein Risiko eine Eintrittswahrscheinlichkeit von exakt Null, die aber bei existenzgefährdenden Risiken nach Rechtsansicht des Klägers gefordert wird. Absolute Sicherheit ist nicht möglich. Selbst wenn sich ein Unternehmen gegen ein Risiko versichert, besteht wieder ein Risiko, dass der Versicherer insolvent gehen könnte, der Versicherungsvertrag aus irgendwelchen Gründen nicht wirksam geschlossen wurde o.ä. Der Beklagte weist zurecht darauf hin, dass Unternehmen regelmäßig Geschäfte tätigen, deren vollständiges Scheitern die Existenz des Unternehmens gefährden würden, bei denen die Eintrittswahrscheinlichkeit dieses Scheiterns aber so extrem gering ist, dass es dennoch der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entspricht, diese Geschäfte durchzuführen. Auch Eltern dürfen einem Kleinkind irgendwann feste Nahrung geben, obwohl es im allerschlimmsten Fall daran ersticken könnte, oder ein Kind irgendwann unbeaufsichtigt Fahrrad fahren lassen, obwohl es im Straßenverkehr sterben könnte. Absolute Sicherheit vor existenzgefährdenden Risiken gibt es nicht und kann daher auch nicht gefordert werden.

114

c) Das fortgesetzte Nichtabführen barg – neben der Möglichkeit, dass aus Sicht der Insolvenzschuldnerin „alles gut geht“ – zwei denkbare Risikoszenarien in sich.

115

Beiden gemein ist, dass es – wie tatsächlich eingetreten – irgendwann zu einem vollstreckbaren Bescheid des Finanzamts kommt und dieser angesichts des enormen Umfangs des Nichtabführens die Insolvenz der Insolvenzschuldnerin herbeiführt. So dann schließt sich ein Insolvenzverfahren an, in dessen Rahmen die Insolvenzschuldnerin ihre Geschäfte einstellen wird und der Insolvenzverwalter über mehrere Jahre versucht, die steuerrechtliche Haftung der Insolvenzschuldnerin abzuwenden.

116

In dem einen Szenario („Szenario 1“) gelingt ihm dies nicht, in dem anderen („Szenario 2“) schon.

117

Im Szenario 1 führt das Nichtabführen zur Insolvenz der Insolvenzschuldnerin und zu einem reinen Vermögensschaden der Insolvenzschuldnerin in Höhe von über 37 Mio. Euro. Damit handelt es sich offensichtlich um ein äußerst negatives Szenario, das es aus Sicht des Vorstands so gut wie irgend möglich zu vermeiden gilt.

118

Im Szenario 2 führt das Nichtabführen zunächst zur Insolvenz der Insolvenzschuldnerin, aber nicht zu einer endgültigen Haftung der Insolvenzschuldnerin. Dennoch kommt es zu vielfältigen Schäden, u.a. Verlusten infolge des Einstellens der Geschäfte, einem Reputationsverlust, den Kosten des Insolvenzverfahrens und der Rechtsverfolgung etc. Zwar ist es in diesem Szenario denkbar, dass der Staat im Rahmen der Staatshaftung diese Schäden kompensieren muss. Ein solcher Prozess wäre aber ebenfalls sehr langwierig und es wäre sehr schwer, die exakten Schäden überhaupt zu bestimmen und nachzuweisen und somit noch einmal schwerer, sie auch vollständig kompensiert zu bekommen. Auch dieses Szenario ist daher ein ziemlich negatives, das es aus Sicht des Vorstands zu vermeiden gilt, soweit dies möglich und zumutbar ist, weil alternative Handlungsmöglichkeiten bestehen.

119

d) In Anbetracht der oben unter b) ausgeführten Maßstäbe war der Eintritt sowohl des ersten Szenarios als auch des zweiten Szenarios zu wahrscheinlich, als dass der Beklagte diese Risiken hätte eingehen dürfen, wenn er sich ordentlich und gewissenhaft verhalten hätte. Dies gilt umso mehr, als der Fortbestand der Insolvenzschriftnerin nicht von der Umsetzung der Geschäfte mit der ... abhängig war. Es ging daher lediglich um die Wahrnehmung einer Geschäftsoportunität, die jedoch mit den beiden oben benannten Risikoszenarien verknüpft war.

120

Zwar kann man mit guten Argumenten begründen, dass die Entscheidungen des FG München vom 23.01.2018 und des Finanzamts München vom 02.02.2018 falsch sind. Ausreichend für das Szenario 2 waren aber – auch schon ex ante – zwei derartige Entscheidungen, unabhängig davon, ob diese „richtig“ sind und der Steuerbescheid letztlich aufgehoben werden sollten. Dass es zu zwei derartigen Entscheidungen kommen konnte, war nicht derart außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass es angesichts der damit einhergehenden Gefahr des Eintritts des Szenarios 2 für die Insolvenzschriftnerin der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entsprochen hätte, dieses Risiko einzugehen.

121

In den Ausführungen zum Feststellungsinteresse wurden bereits mehrere denkbare, rechtlich nicht völlig unvertretbare Szenarien aufgezeigt, die zu einer Haftung der Insolvenzschriftnerin führen können. Dabei handelt es sich teilweise um ungeklärte Rechtsfragen (z.B. Insolvenzschriftner als Zahlstelle für den eigentlichen wirtschaftlichen Eigentümer; Pflicht zum Abführen bei Vorlage der § 60a-Bescheinigung, die die Zahlstelle erkennbar offensichtlich unzulässig ist), teilweise um sehr wertungsoffene Tatbestandsvoraussetzungen wie „Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten“ i.S.d. § 42 Abs. 1 AO und teilweise um schwierige Subsumtionen (z.B. grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 44 Abs. 5 EStG). Angesichts dessen, war das ex ante Risiko für den Beklagten kaum exakt einzuschätzen und hätte er es deshalb angesichts der schwerwiegenden Folgen nicht eingehen dürfen.

122

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Finanzgerichtsbarkeit bei bestehenden Ungewissheiten über die Rechtslagen allein die Vornahme des Steuerabzugs pflichtgerecht ist (BFH, BeckRS 2011, 94404 m.w.N.). Eine abweichende Rechtsmeinung ist demnach im Rechtsbehelfsverfahren durchzusetzen.

123

e) Auf das unternehmerische Ermessen, die sog. Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kann sich der Beklagte dabei nicht berufen, da angesichts des angenommenen Schmiergeldes von einer Million Euro eine so erhebliche Interessenskollision vorliegt, die die Anwendung der Regelung ihrer Natur nach ausschließt (vgl. MüKoAktG/Spindler AktG § 93 Rn. 69 f.).

124

f) Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die ausgeführten Risiken und ihre Eintrittswahrscheinlichkeiten für ihn nicht erkennbar waren oder er sie aufgrund der konkreten Umstände, insbesondere der Gutachten, anders hätte einschätzen dürfen.

125

Das Gegenteil ist der Fall, insbesondere waren die oben aufgezeigten Risiken und ein gewisses, nicht akzeptables Maß an Eintrittswahrscheinlichkeit für den Beklagten voll erkennbar.

126

aa) Das Gutachten von ... vom 14.03.2017 erfolgte erst nach dem streitgegenständlichen Nichtabführen 2017.

127

bb) Sodann wiesen die davor erfolgten Gutachten selbst auf bestehende Restrisiken sowie darauf hin, dass eine Absicherung letztlich nur über eine verbindliche Auskunft i.S.v. § 89 AO erfolgen kann.

128

So heißt es im Memorandum der ...

„Obwohl die oben dargestellten Rechtsauffassungen und getroffenen Aussagen sorgfältig geprüft sind und unsere fachliche Meinung wiedergeben, dürfen sie nicht als Garantie für die deutsche ertragsteuerliche Behandlung der Transaktion in einem nicht durch steuerliche Verwaltungsvorschriften und höchstrichterliche finanzgerichtliche Rechtsprechung abschließend geklärten Bereich missverstanden werden. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Finanzverwaltung oder die Finanzgerichte den in diesem Memorandum dargestellten Rechtsauffassungen und getroffenen Aussagen nicht folgen.“

Eine Garantie für den Eintritt für Rechts- und Steuerfolgen wird daher nicht übernommen. Um die deutsche ertragsteuerliche Behandlung der Transaktion abzusichern, kann grundsätzlich eine verbindliche Auskunft i.S.v. § 89 AO bei dem zuständigen Finanzamt beantragt werden.“ (Herv. durch das Gericht)

129

Das Schreiben von ... enthielt u.a. folgende Passage

„Wir sind ferner der Auffassung, dass die ... auch hinsichtlich der steuerlich dem Veräußerer zugerechneten Dividende keine Pflicht zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer trifft. Wenngleich der Gesetzeswortlaut auch eine andere Interpretation zulässt, folgen wir den Ausführungen von ... wonach eine zum Einbehalt verpflichtete auszahlende Stelle im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 Buchst. a EStG nur die Stelle sein dürfte, die aufgrund einer unmittelbaren Vertragsbeziehung zum Gläubiger der Kapitalerträge die Möglichkeit besitzt, die zum Einbehalt und Abzug notwendigen Informationen vom Gläubiger zu erlangen. Eine rein technisch in den Zahlungsprozess eingebundene Stelle sollte nicht als Zahlstelle in diesem Sinne qualifizieren.“ (Herv. durch das Gericht)

und folgende Schlussbemerkung

„Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass diese Stellungnahme entsprechend unserer fachlichen Überzeugung erstellt wurde, jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass die deutschen Finanzbehörden oder Finanzgerichte im Bereich nicht abschließend durch finanzgerichtliche Rechtsprechung geklärter Rechtsfragen einen anderen Standpunkt hinsichtlich der Auslegung der deutschen Steuergesetze einnehmen. Weiterhin möchten wir Sie darauf hinweisen, dass unsere Stellungnahme auftragsgemäß nur eine kurze Zusammenfassung unserer Arbeitsergebnisse darstellt, jedoch keine ausführliche Analyse der auftretenden Rechtsfragen enthält.“

130

cc) Weder das Memorandum der ... noch das Schreiben der ... enthielten in Bezug auf den Sachverhalt sämtliche für eine vollständige Risikoeinschätzung relevanten Informationen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Umstände, wie deutlich es für die Insolvenzschuldnerin erkennbar war, dass die ... gemeinnützigkeitsschädlich handelt (Gesellschaftsform, Haftungskapital, Umfang der Transaktionen), sowie im Hinblick auf diejenigen Umstände, die für die Beurteilung einer eventuellen missbräuchlichen Gestaltung i.S.d. § 42 AO relevant sind (u.a. Umfang der Transaktionen, extrem kurze Haltedauer, sofortige Weiterleitung des Zuflusses).

131

Dass diese Informationen fehlten, war für den Beklagten auch erkennbar, zumal sie in den Gutachten schlichtweg nicht erwähnt werden. So nimmt auch das ...-Schreiben nur auf den Sachverhalt im Memorandum der ... Bezug.

132

Auf diesen Umstand, dass die Gutachten eher einen abstrakten und nicht den tatsächlichen Fall bewerten, wurde der Beklagte sowohl von der Geldwäschebeauftragten und Leiterin der Compliance Abteilung der Insolvenzschuldnerin ... am 23.08.2016 (Anlage B 11 unten) als auch in der E-Mail von Herrn ... von der ... vom 13.01.2017 (Anlage K 24) spezifisch hingewiesen. Sie waren – nicht nur deshalb – für den Beklagten somit klar erkennbar.

133

dd) Zudem legte seinem eigenen Bekunden nach nicht der Beklagte selbst den jeweiligen Gutachtern den Sachverhalt vollständig dar, sondern er verließ sich darauf, dass die für die ... und die ... agierenden Personen dies tun würden. Hierauf durfte sich der Beklagte, insbesondere angesichts des gegenläufigen Interesses dieser Personen, aber nicht verlassen. Die ... wies bei der Übermittlung des Schreibens an die Insolvenzschuldnerin sogar darauf hin, dass es in ihrer Verantwortung liege, zu bestimmen, inwieweit die

Analyse den Zwecken der Insolvenzsuldnerin dienlich ist und alle Aspekte berücksichtigt, die hierfür relevant sind.

134

Das zweiseitige Schreiben der Steuerberaterin ... war offensichtlich nur die Beantwortung einer sehr kurzen abstrakten Frage, die ... ihr gestellt hatte (Anlage B 17).

135

Des Weiteren wurde das Memorandum der ... anscheinend nicht wertungs offen erstellt. Das ergibt sich schon daraus, dass einzelne Formulierungen anschließend mit der Kanzlei nachverhandelt wurden.

136

ee) Außerdem gab es auch abweichende Meinungen. So teilte insbesondere die Geldwäschebeauftragte und Leiterin der Compliance Abteilung der Insolvenzsuldnerin Frau ... in einer E-Mail vom 02.09.2016 an den Vorstand, also u.a. den Beklagten, mit, dass die Funktion der ... als kurzfristige Durchlaufstelle für Wertpapiere der ... ihrer Einschätzung nach offenkundig sei und es demgegenüber nicht ersichtlich sei, dass die ... als gemeinnützige UG einem gemeinnützigen Zweck nachgehe.

137

Auch dem Beklagten selbst war angesichts der Whatsapp-Chats vom 16.01.2017 klar, dass eine Steuerhinterziehung der ... sowie eine missbräuchliche Verwendung der § 60a Bescheinigung im Raum stehen. Eine gegenteilige Behauptung des Beklagten wäre auch unglaubwürdig, da die Transaktionen völlig offensichtlich dem einzigen Zweck dienten, den Abzug von Kapitalertragsteuer zu vermeiden. Wenn Geschäfte ausschließlich zu einem solchen Zweck erfolgen, liegt die Gefahr eines Missbrauchs i.S.d. § 42 AO stets auf der Hand. Dies gilt insbesondere, als sich kein Gutachter explizit mit dieser Frage auseinandergesetzt hat, u.a. weil auch kein Gutachter das komplette Geschäftsmodell kannte und überblicken konnte.

138

Zudem hätte auch die Zahlung eines Schmiergelds von einer Million Euro den Beklagten extrem misstrauisch machen müssen. Für die Durchführung einwandfrei legaler und risikoloser Handlungen bekommt man nicht ein Schmiergeld von einer Million Euro gezahlt.

139

Schließlich zeigt auch der Vorstandsbeschluss vom 27.01.2017 (Anlage B 32) klar, dass es beiden Vorständen der Insolvenzsuldnerin nicht auf eine tatsächliche Risikoabsicherung ankam, sondern lediglich darauf, dass es so wirkt, als hätten sie sich abgesichert. So rechtfertigen sie darin die Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehungen zur ... zum einen damit, dass nunmehr eine verbindliche Auskunft eingeholt worden sei. Diese (Anlage B 23) hatte aber mit den ... Geschäften nur ganz am Rande zu tun und legte auf keinen Fall das Transaktionsmodell gegenüber den Finanzbehörden offen. Sie betraf stattdessen lediglich die – für den Streitgegenstand irrelevante – Frage, ob aufgrund einer Änderung der Abwicklungsweise der ... (Auszahlung der Dividende an Tag t+3) die Einordnung der Insolvenzsuldnerin korrekt sei, „auf Kundenkonten ausbezahlte Ertragszahlungen aus ... Reverse Claims als Kapitalerträge im Sinne des § 43 EStG“ anzusehen. Zum anderen rechtfertigte der Vorstand in dem Beschluss die Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehungen mit der ... mit dem Gutachten der ..., da dieses nun u.a. die „Einbindung des [sic] tatsächlichen Geschäftsstruktur“ und die „Prüfungspflicht der Depotbank zur Wirksamkeit NV Bescheinigung adressiere“. Das tut das Gutachten aber schlichtweg nicht. Es nimmt vom Sachverhalt her Bezug auf das Memorandum der ..., welches die Geschäftsstruktur gerade nicht in allen relevanten Details nachzeichnet. Und zum Thema Prüfungspflicht führt das Gutachten lediglich aus:

„Wenn man eine vorliegende NV-Bescheinigung aber nicht bereits als hinreichend, sondern nur als neben der tatsächlichen vorliegenden Steuerbegünstigung notwendige Voraussetzung für die Abstandnahme vom Steuerabzug ansieht, sollte jedenfalls regelmäßig der zur Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG erforderliche Vorwurf der groben Fahrlässigkeit entfallen, da einer sich auf die NV-Bescheinigung verlassenden Bank schwerlich der Vorwurf eines in besonderem Maße sorgfaltswidrigen Verhaltens gemacht werden kann.“
(Herv. durch das Gericht)

140

Eine Auseinandersetzung, ob die Insolvenzsuldnerin angesichts des konkreten Sachverhalts ihre Sorgfaltspflichten ausnahmsweise doch in besonderem Maße verletzt, folgt nicht, da der konkrete

Sachverhalt schon gar nicht Gegenstand des Gutachtens ist. Das wird an dieser Stelle für jeden juristisch vorgebildeten Leser wie den Beklagten offensichtlich. g)

141

Auf objektiver Ebene ist die vom Beklagten ins Feld geführte Ressortaufteilung deshalb nicht relevant, weil er die jeweiligen Beschlüsse, insbesondere auch denjenigen vom 27.01.2017, zur Durchführung der Geschäfte nach dem von der ... geforderten System ohne Abführung gemeinsam mit seinem Vorstandskollegen beschlossen hat. Denn das von der ... geforderte Nichtabführen war zentraler Bestandteil des Geschäftssystems. Dem Beklagten war bewusst, dass die ... die Geschäfte mit der Insolvenzschuldnerin nicht gemacht hätte bzw. jederzeit beendet hätte, wenn die Insolvenzschuldnerin (doch) abgeführt hätte.

142

Darüber hinaus war der Beklagte in alle Themen betreffend das „ob“ der Geschäfte voll eingebunden. Er kannte das Muster der Transaktionen, soweit es aus Sicht der Insolvenzschuldnerin erkennbar war, er kannte die Gutachten, er kannte die Kritik der Compliance-Abteilung etc. Er hätte sich an den Beschlüssen zur Durchführung der Geschäfte nicht beteiligen müssen und dennoch tat er es im Bewusstsein aller oben aufgeführten Umstände.

143

Schließlich hat gem. § 34 Abs. 1 AO jeder Vorstand die Pflicht, die steuerlichen Pflichten der Insolvenzschuldnerin zu erfüllen. Anders als der Beklagte meint, greift § 34 Abs. 1 AO nicht nur hinsichtlich originärer Steuerpflichten der Gesellschaft selbst, sondern auch dann, wenn die Rolle des Verpflichteten als tatbestandliche Voraussetzung einer Vorschrift gesondert normiert ist, wie etwa bei einer potentiellen Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG (BeckOK AO/Rosenke AO § 34 Rn. 11) oder bei jeglicher Pflicht, Steuern für Rechnung eines Dritten einzubehalten und an die Finanzbehörde abzuführen (BeckOK AO/Rosenke AO § 34 Rn. 245). Die Entrichtungsschuld der auszahlenden Stelle ist eine eigene Steuerschuld und nicht auf die Funktion einer fiktiven Haftungsschuld beschränkt (Beck'sches Steuer und Bilanzrechtslexikon/Scheel Haftung Rn. 27).

144

2. Somit ist das gesamte Nichtabführen pflichtwidrig i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AktG. Auch wenn der Kläger aus nachvollziehbaren prozessökonomischen Erwägungen nur das Nichtabführen 2017 in seinen Antrag aufgenommen hat, kann auf Ebene der Pflichtwidrigkeit das Nichtabführen 2017 nicht getrennt vom Nichtabführen 2016 betrachtet werden, so dass auch das Nichtabführen 2017 für sich genommen pflichtwidrig ist.

145

Gemeint ist damit, dass es dem Normzweck des § 93 AktG widersprechen würde zu argumentieren, dass das Nichtabführen 2017 deshalb nicht mehr pflichtwidrig war, da zu diesem Zeitpunkt noch nicht klar war, welches Szenario sich realisieren würde, aber eine erhebliche Beeinflussung desjenigen Szenarios, das sich einmal realisieren wird, angesichts des bereits erfolgten Nichtabführens 2016 nicht mehr möglich war. Entweder würde alles gut gehen; im Szenario 2 würde es sowieso keinen Unterschied machen, ob sich der zwischenzeitliche bestehende, am Ende aber aufgehobene Haftungsbescheid auf 31 Mio. Euro beläuft oder auf 37,2 Mio. Euro; lediglich im Szenario 1, in dem die Insolvenzschuldnerin schlussendlich haftet, macht das Nichtabführen 2017 einen echten Unterschied.

146

Eine solche Betrachtungsweise würde aber dazu führen, dass pflichtwidriges, weil zu riskantes Verhalten eines Vorstands dazu führt, dass späteres Verhalten deshalb nicht mehr pflichtwidrig ist, weil es „jetzt auch keinen Unterschied mehr macht“. Das ist mit dem Regelungszweck des § 93 AktG nicht vereinbar.

147

Daneben ist nach Ansicht des Gerichts auch die Eintrittswahrscheinlichkeit allein des Szenarios 1 zu groß, als dass der Beklagte im Jahr 2017 nicht hätte abführen dürfen und so potenziell die Haftung der Insolvenzschuldnerin noch einmal um 6,2 Mio. Euro – und ex ante betrachtet um eine unbekannte, eventuell noch größere Summe – erhöhen dürfen.

148

3. Der Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Ein seltener Ausnahmefall, in dem sein Verhalten zwar angesichts der für ihn erkennbaren Umstände pflichtwidrig, aber dennoch nicht mindestens fahrlässig ist (vgl. MüKoAktG/Spindler AktG § 93 Rn. 220), liegt nicht vor. Insbesondere sind keine Umstände ersichtlich, weshalb ihm die Wahrnehmung seiner Vorstandspflichten unzumutbar gewesen sein soll.

149

4. Sollte sich das Szenario 1 verwirklichen, in dem die Insolvenzschuldnerin letztlich für das Nichtabführen haftet, beruht der Schaden in Höhe von 6,2 Mio. Euro eindeutig kausal auf dem pflichtwidrigen Handeln des Beklagten, d.h. dem Nichtabführen 2017. Der Tatsache, dass dieser Schaden noch nicht sicher eingetreten ist, begegnet der Kläger mit der Erhebung der vorliegenden Feststellungsklage. Insofern kann auf die Ausführungen zum Feststellungsinteresse Bezug genommen werden.

150

Für die Feststellungsklage kann daher an dieser Stelle dahinstehen, ob weitere, im Raum stehende Schäden kausal auf der in den Blick genommenen Pflichtverletzung, dem Nichtabführen 2017, beruhen würden oder nicht. Dies gilt insbesondere für die Frage eventueller Schäden im Fall des Szenarios 2, in welchem es dem Kläger noch gelingt, die Haftung der Insolvenzschuldnerin abzuwenden. In diesem Fall würden die Schäden neben dem pflichtwidrigen Verhalten auch auf einem rechtswidrigen Bescheid des Finanzamts beruhen. Dem Kläger ist aber in rechtlicher Hinsicht zuzugeben, dass die Entscheidung des Finanzamts – ihre Rechtswidrigkeit unterstellt – weder so unvorhersehbar noch so unvertretbar war, dass sie den Zurechnungszusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Beklagten und dem Schadenseintritt unterbrechen könnte (vgl. auch BGH NJW 2009, 987). Insbesondere hat der Beklagte durch sein pflichtwidriges Verhalten (s. hierzu oben) das Risiko geschaffen, dass es zu einer solchen, ggf. rechtswidrigen, aber mit großen Folgen für die Insolvenzschuldnerin einhergehenden Entscheidung des Finanzamts kommen kann.

151

Problematischer – aber ebenfalls nicht entscheidungserheblich – ist jedoch, dass der Beklagte, nimmt man nur das streitgegenständliche pflichtwidrige Nichtabführen 2017 in den Blick, hierdurch die Insolvenz der Schuldnerin wohl kaum äquivalent kausal herbeigeführt hat, weil sie bereits infolge des nicht streitgegenständlichen Nichtabführens 2016 eingetreten wäre. Die Entscheidung über das Bestehen einer solchen Kausalität bleibt aber naturgemäß einer eventuellen Leistungsklage vorbehalten, innerhalb der dann konkrete Schäden auf ihre Kausalität hin untersucht werden können.

152

5. Verjährung ist nicht eingetreten, da § 52a Abs. 1 KWG regelt, dass Ansprüche von Kreditinstituten gegen Geschäftsleiter aus dem Organ- und Anstellungsverhältnis wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten in zehn Jahren verjähren. Diese zehn Jahre sind unter keinem denkbaren Gesichtspunkt abgelaufen.

C.

153

I. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

154

II. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 1 u. 2 ZPO.

155

III. Hinsichtlich des Streitwerts wurde bezüglich der Feststellungsklage angesichts des offenen Ausgangs des Einspruchsverfahrens gegen den Bescheid des Finanzamts München vom 02.02.2018 die Hälfte des auf das Jahr 2017 entfallenden Betrags in Höhe von 6.204.727,77 €, also ein Betrag in Höhe von 3.102.363,88 € angesetzt. Gemeinsam mit der Leistungsklage ergibt dies den festgelegten Streitwert.