

Tax Compliance

Bei Auslandsbanken in Deutschland

At Foreign Banks in Germany

New Edition

2018



Verband der Auslandsbanken
in Deutschland e.V.

Association of Foreign Banks in Germany

Tax Compliance bei Auslandsbanken in Deutschland

Vorwort

In Deutschland, wie auch weltweit, ist in den letzten Jahren eine deutliche Klimaverschärfung im Steuerstrafrecht zu verzeichnen. Für in Deutschland tätige Unternehmen und insbesondere Banken folgt daraus eine gesteigerte Notwendigkeit, das Unternehmen, seine Vorstände und Mitarbeiter durch eine wirksame Tax Compliance vor steuer- und strafrechtlichen Risiken zu schützen.

Die Verschärfungen treffen Unternehmen wie Einzelpersonen gleichermaßen. Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften erheben zunehmend bereits anlässlich der Aufarbeitung „normaler“ steuerlicher Sachverhalte, etwa im Rahmen einer Betriebsprüfung, strafrechtliche Vorwürfe. Für betroffene Unternehmen, ihre Vorstände, Geschäftsleiter und verantwortlichen Mitarbeiter bedeutet dies oftmals erhebliche finanzielle und strafrechtliche Risiken.

Finanzdienstleister, insbesondere die für sie handelnden Organe, stehen vor der Herausforderung, komplexe steuerliche Sachverhalte ordnungsgemäß erklären zu müssen. Gleichzeitig gilt es zu verhindern, dass Verstöße gegen steuerliche Erklärungspflichten von Kunden, Geschäftspartnern oder Mitarbeitern dem Unternehmen und seinen Organen in vorwerfbarer Weise zugerechnet werden.

Auslandsbanken stehen vor der Herausforderung, dass die bestehende Compliance-Organisation steuerlichen Risiken in Deutschland angemessen Rechnung tragen muss und gleichzeitig wesentliche steuerliche Aufgaben in Deutschland durch Mitarbeiter der zentralen Steuerabteilung im Ausland oder durch Berater wahrgenommen werden.

Dabei ist zu beachten, dass steuer- und strafrechtliche Risiken der deutschen Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung nicht an der Grenze haltmachen, sondern auch verantwortlich handelnde Personen im Ausland treffen. Dies gilt besonders für Auslandsbanken, die in Deutschland durch unselbstständige Zweigniederlassungen (Betriebsstätten) tätig sind. Hier sind die Organe der ausländischen Muttergesellschaft unmittelbar für die Abgabe richtiger Steuererklärungen in Deutschland verantwortlich und haften bei Zuwiderhandlung.

Mit dieser Broschüre möchten wir uns an Vorstände, Geschäftsleiter und verantwortliche Mitarbeiter von Auslandsbanken aus den Bereichen Steuern, Recht und Compliance richten. Ziel ist es, angesichts verschärfter rechtlicher Rahmenbedingungen, aber auch neuer Möglichkeiten zum Schutz vor steuerlichen Risiken einen Überblick über aktuelle Entwicklungen im Bereich der Tax Compliance in Deutschland zu geben.

Die Broschüre gibt zunächst einen Überblick über die Risiken unzureichender Tax Compliance. Ihr Schwerpunkt liegt sodann in der Darstellung, wie sich Auslandsbanken, ihre Vorstände, Geschäftsleiter und Mitarbeiter wirksam durch ein sogenanntes Tax-Compliance-Management-System (Tax-CMS) vor steuer- und strafrechtlichen Risiken in Deutschland schützen können. Dabei wird insbesondere auf die aktuellen Verlautbarungen der Finanzverwaltung (AEAO zu § 153) und des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW PS 980) zur enthaftenden Wirkung eines Tax-CMS eingegangen.

Hamburg/Frankfurt im Frühling 2018

Martin H. Seevers und Markus Erb

A.	EINFÜHRUNG	6
B.	INTERNATIONALE COMPLIANCE-VORGABEN	8
C.	RISIKEN MANGELHAFTER TAX COMPLIANCE	10
I.	Steuerrechtliche Risiken	11
1.	Steuerliche Risiken für das Unternehmen	11
2.	Haftung der Bank für Steuern von Kunden	11
a)	Haftung bei Verletzung der Pflicht zur Kontenwahrheit	11
b)	Haftung bei unzureichenden Mitteilungen nach § 138b AO	11
3.	Persönliche Haftung von Mitarbeitern für Unternehmenssteuern	12
a)	Haftung bei Pflichtverletzungen durch Leitungspersonen	12
b)	Haftung bei Steuerhinterziehung	13
II.	Straf- und bußgeldrechtliche Risiken	13
1.	Persönliche Risiken	13
a)	Steuerhinterziehung	13
b)	Leichtfertige Steuerverkürzung	17
c)	Verstoß gegen die Korrekturpflicht des § 153 Abs. 1 AO	17
d)	Weitere steuerstraf- und bußgeldrechtliche Risiken	18
e)	Verletzung von Aufsichtspflichten	18
2.	Bußgeldrisiken des Unternehmens	19
a)	Anknüpfungstaten	19
b)	Höhe der Geldbuße	19
III.	Zivilrechtliche Haftung der Leitungsperson auf Schadensersatz	19
IV.	Aufsichtsrechtliche Risiken für Banken und Geschäftsleiter	20
V.	Reputationsschäden	21
D.	EINFÜHRUNG EINES TAX-CMS	22
I.	Gründe für die Einführung eines Tax-CMS	22
II.	Pflicht zur Einführung eines Tax-CMS	22
1.	Allgemein	22
2.	Rechtspflicht vs. faktische Pflicht	23
3.	Anwendungserlass zu § 153 AO	23
4.	Besonderheit bei Auslandsbanken	24
III.	Anforderungen an ein wirksames Tax-CMS nach IDW PS 980	24
1.	Hintergrund	24
2.	Ausgewählte Aspekte	25
3.	Grundelemente eines Tax-CMS	26
a)	Tax Compliance-Kultur	27
b)	Tax Compliance-Ziele	27
c)	Tax Compliance-Organisation	27
d)	Tax Compliance-Risiken	28
e)	Tax Compliance-Programm	28

f) Tax Compliance-Kommunikation	29
g) Tax Compliance-Überwachung und Verbesserung	29
IV. Testierung des Tax-CMS nach IDW PS 980	29
V. Umsetzung und Implementierung eines Tax-CMS nach IDW PS 980	30
1. Fokus des Tax-CMS	30
2. Ist-Soll-Analyse (Risiko-Kontroll-Matrix)	31
3. Umsetzung von Verbesserungsmaßnahmen	31
E. ANHANG (STAND DER GESETZE: 1. SEPTEMBER 2017)	32
I. Abgabenordnung – AO (Auszug)	32
II. Ordnungswidrigkeitengesetz – OWiG (Auszug)	35

A. Einführung

„Tax Compliance“ ist ein Unterbegriff bzw. Teilaspekt der (Corporate) Compliance. Unter „(Corporate) Compliance“ werden die Bemühungen eines Unternehmens verstanden, Gesetze und Richtlinien, aber auch selbst definierte freiwillige Standards zu erfüllen. Sie dient der Gesetzestreue und damit dem Schutz vor straf- und bußgeldrechtlichen Risiken sowie vor weiteren Haftungsrisiken, einschließlich der Minimierung von Reputationschäden.¹ Tax Compliance als Teilaspekt einer ganzheitlichen Compliance dient diesem Ziel in Bezug auf steuerrechtliche Regelungen.

Banken sind im Gegensatz zu nicht oder weniger regulierten Unternehmen bereits von Gesetzes wegen verpflichtet, bestimmte Compliance-Strukturen zu schaffen (vgl. § 25a KWG, § 33 WpHG). Damit verfügen sie regelmäßig über eine umfangreiche Compliance-Organisation, die um Überlegungen zur Tax Compliance sinnvoll zu ergänzen ist.

Die Compliance-Organisation bei Banken hat häufig vor allem nicht-steuerliche Themen im Blick (z. B. Risiken aus Wertpapiertransaktionen, Geldwäsche- und Korruptionsprävention). Zunehmend gerät aber auch die Tax Compliance in den Fokus von Compliance-Bemühungen. Grund hierfür sind zum einen medienwirksame Ermittlungen der deutschen Aufsichts-, Finanz- und Strafverfolgungsbehörden gegen Banken, u. a. wegen des Verdachts auf Steuerhinterziehung durch Offshore-Gesellschaften („Panama Papers“) oder sog. „Cum/Ex“-Geschäfte, und zum anderen die Erkenntnis, dass mitunter auch Steuern für betroffene Institute und Personen existenzbedrohende Risiken bergen können.

In der täglichen Steuerarbeit macht sich zudem die „härtere Gangart“ der deutschen Finanzverwaltung bemerkbar. Sie führt in der Praxis dazu, dass derzeit bei nahezu jeder „normalen“ Korrektur von Steuererklärungen überlegt werden muss, ob hierfür eine schlichte Berichtigung (§ 153 AO) ausreicht oder die Korrekturmeldung sicherheitshalber „selbstanzeige“ erfolgen sollte. In diesen Fällen erfüllt die Anzeige aus Vorsichtsgründen zusätzlich die deutlich höheren Anforderungen an eine straf- oder bußgeldbefreiende Selbstanzeige (§§ 371, 378 Abs. 3 AO), um das Unternehmen, dessen Vorstand und verantwortliche Mitarbeiter vor strafrechtlichen Risiken zu schützen. Neben den damit verbundenen Risiken sind derartige, im Tagesgeschäft nicht unübliche Korrekturen aufgrund der hohen rechtlichen Anforderungen an eine wirksame Selbstanzeige oftmals mit erheblichem internem und externem Aufwand verbunden.

Nicht zuletzt hat die Tax Compliance in Deutschland auch dadurch deutlich an Gewicht gewonnen, dass es mit dem neuen Anwendungserlass (AEAO) zu § 153 AO erstmals eine offizielle Verlautbarung der deutschen Finanzverwaltung gibt, in der diese die enthaftende Wirkung eines Tax-CMS anerkennt (vgl. unten D.II.3). Korrespondierend hierzu hat das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) den IDW PS 980 mit dem IDW Praxishinweis 1/2016² für die Prüfung von Tax-CMS für anwendbar erklärt. Der damit geschaffene Prüfungsstandard für Tax-CMS wird sich nach unserer Einschätzung in Deutschland auch im Bankenbereich als Branchenstandard für die Konzeptionierung und Implementierung von Tax-CMS etablieren.

¹ Vgl. *Bürkle* BB 2005, 565, 566; *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Auflage 2014, Kap. 5 Rn. 7; *Streck*, in: Streck/Mack/Schwedhelm, Tax Compliance, 2. Auflage 2016, Rn. 1.1.

² IDW Praxishinweis 1/2016 vom 31. Mai 2017, IDWLife 7/2017, S. 837.



Neben der Minimierung von Haftungsrisiken kann ein wirksames Tax-CMS auch eine zulässige Steueroptimierung ermöglichen. Es erlaubt zudem eine konsequente Klärung strittiger Sachverhalte im Rechtsweg.

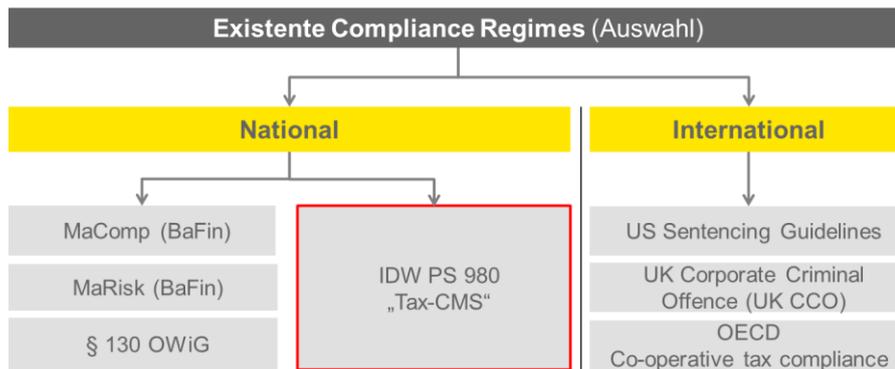
Im Ergebnis ist festzustellen, dass (Tax) Compliance eine **Führungsaufgabe** ist. Lediglich ihre Umsetzung muss die Unternehmensleitung nicht persönlich wahrnehmen. Diese kann beispielsweise auf ein Vorstandsmitglied, etwa den CFO (horizontale Delegation) sowie innerhalb des Unternehmens, etwa auf den (Chief) Compliance Officer oder Leiter Steuern übertragen werden (vertikale Delegation). Die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung ist jedoch von der Unternehmensleitung – gemessen an den Voraussetzungen des § 130 OWiG – zu überwachen. Die Compliance verbleibt damit in der Gesamtverantwortung der Unternehmensleitung und ist in letzter Konsequenz delegationsfeindlich.³ Die Unternehmensleitung muss deshalb alle grundlegenden Entscheidungen über die Einrichtung einer Compliance-Organisation selbst treffen und sich regelmäßig von deren Wirksamkeit überzeugen.

³ Bürkle CCZ 2010, 4, 5; Fleischer NZG 2014, 321, 323.

B. Internationale Compliance-Vorgaben

Auslandsbanken verfügen außerhalb Deutschlands meist über eine umfangreiche Compliance-Organisation. Je nach Größe und Geschäftsmodell sind daher die Anforderungen unterschiedlicher Compliance-Regime in mehreren Jurisdiktionen mit den Voraussetzungen eines Tax-CMS in Deutschland sinnvoll in Einklang zu bringen.

Abb. 1: Bestehende Compliance-Regimes (Auswahl)



Die heutigen Compliance-Bemühungen in Deutschland gehen maßgeblich auf die 1991 in den USA eingeführten „Federal Sentencing Guidelines“ (FSG)⁴ zurück. Danach hängt die Höhe von Unternehmensstrafen in den USA entscheidend vom Nachweis eines „effektiven“ Compliance-Programms ab, das geeignet ist, Straftaten zu verhindern. Die FSG werden vielfach als „best practice“ für Compliance im Unternehmen angesehen. Neben technischen Umsetzungsregeln liegt ihre Bedeutung vor allem darin, dass sie die Wirksamkeit des Compliance-Programms entscheidend an das Vorliegen einer Unternehmenskultur knüpfen, die gesetzestreu Verhalten fördert. Zudem muss die Unternehmensleitung nachweisen, ihrer Compliance-Verantwortung als Führungsaufgabe gerecht geworden zu sein. Diese Anforderungen finden sich auch in den sieben Grundelementen eines Tax-CMS nach IDW PS 980 in Deutschland wieder (Einzelheiten, vgl. D.III.3).

Für an US-Börsen notierte Unternehmen bestehen zusätzlich verschärfte Compliance-Anforderungen durch den „Sarbanes-Oxley Act“ (SOX).⁵

Weltweite Bedeutung für die Tax Compliance hat ein neuer Straftatbestand für Unternehmen, der im September 2017 in Großbritannien in Kraft tritt: Corporate Offence of Failure to Prevent Facilitation of Tax Evasion (CCO). Danach können Unternehmen u. a. mit Geldstrafen in unbeschränkter Höhe belegt werden, wenn eine mit dem Unternehmen assoziierte Person eine Steuerstraftat ermöglicht oder gefördert hat. Die CCO wurde nach dem Vorbild des „UK Bribery Act“⁶ ausgestaltet und ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert:

⁴ United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2016, <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>, zuletzt abgerufen am 9. August 2017.

⁵ Sarbanes-Oxley Act of 2002 v. 30. Juli 2002, <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>, zuletzt abgerufen am 9. August 2017.

⁶ Bribery Act 2010 v. 8. April 2010, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf, zuletzt abgerufen am 8. August 2017.

Zum einen kann sich das Unternehmen gegen eine Verurteilung grundsätzlich nur durch den Nachweis einer angemessenen Compliance-Organisation („reasonable procedures“) verteidigen. Hierfür hat die britische Finanzverwaltung (HMRC) die folgenden sechs Prinzipien aufgestellt:

- Risk Assessment (principle 1),
- Proportionality of risk-based prevention procedures (principle 2),
- Top-level commitment (principle 3),
- Due diligence (principle 4),
- Communication (including training) (principle 5),
- Monitoring and review (principle 6).⁷

Diese Prinzipien sind den sieben Grundelementen eines deutschen Tax-CMS nach IDW PS 980 sehr ähnlich.

Zum anderen ist die CCO weder sachlich auf die Hinterziehung von britischen Steuern noch örtlich auf Großbritannien beschränkt. Aufgrund ihrer globalen Reichweite ist sie daher auch für Auslandsbanken in Deutschland mit Geschäftsbeziehungen zu Großbritannien relevant.

Inzwischen gibt es in vielen Ländern ähnliche Regelungen und Leitlinien mit Vorgaben im Hinblick auf die Ausgestaltung der (Tax) Compliance-Organisation. Die OECD gibt Hinweise für ein wirksames Tax-CMS bzw. „Tax Control Framework“ in ihrer Leitlinie „Co-operative Tax Compliance“.⁸



Im Ergebnis lassen sich alle Compliance-Regime in unterschiedlicher Ausprägung auf drei Grundfunktionen reduzieren: Prävention („prevent“), Aufdeckung („detect“) und Reaktion („respond“) von bzw. auf Fehlverhalten.⁹ Bei der Einführung eines Tax-CMS in Deutschland sollte daher darauf geachtet werden, dass es sinnvoll in die bestehende Tax sowie Non-Tax Compliance-Organisation der Auslandsbank integriert wird.

⁷ Nähere Ausführungen zu diesen Grundelementen/principles finden sich in der offiziellen „The Bribery Act 2010 – Guidance“ des Ministry of Justice (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560120/Tackling_tax_evasion_-_Draft_government_guidance_for_the_corporate_offence_of_failure_to_prevent_the_criminal_facilitation_of_tax_evasion.pdf, zuletzt abgerufen am 8. August 2017).

⁸ <http://www.oecd.org/tax/co-operative-tax-compliance-9789264253384-en.htm>, zuletzt abgerufen am 8. August 2017. Die Guideline sieht sechs Grundelemente vor: Tax Strategy Established, Applied Comprehensively, Responsibility Assigned, Governance Documented, Testing Performed, Assurance Provided (vgl. Seite 15 ff. der Guideline).

⁹ Moosmeyer, Compliance, 2. Auflage 2012, S. 33.

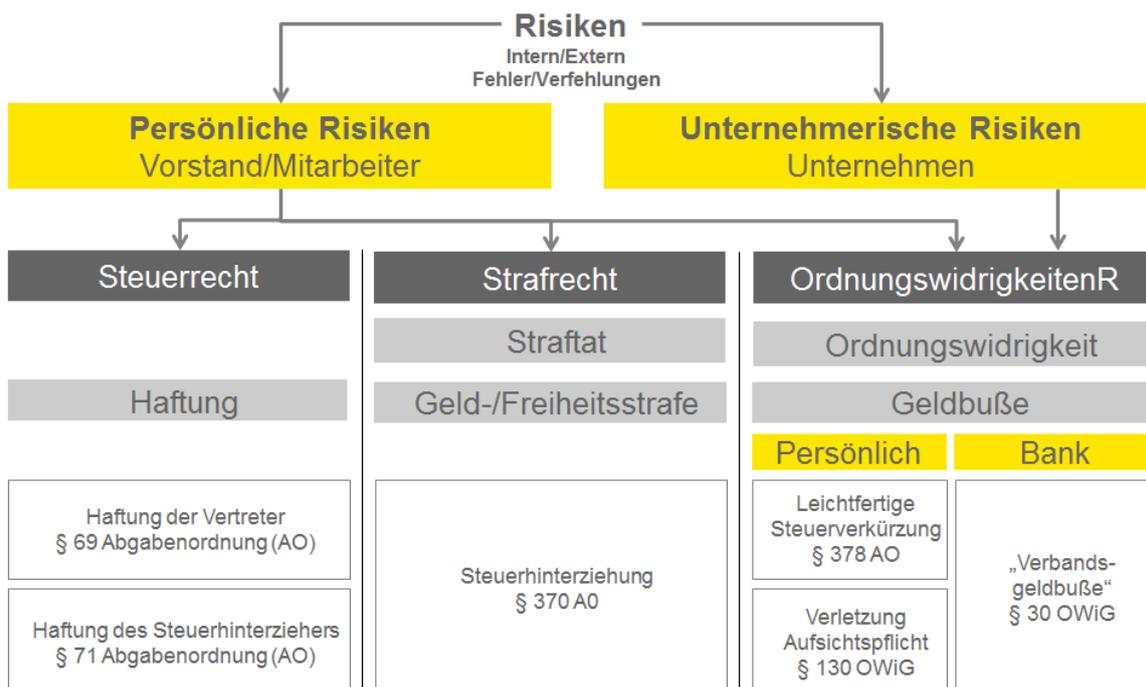
Abb. 2: Elemente bestehender Compliance-Regimes (Auswahl)

Drei Grundfunktionen	§ 130 OWiG	IDW PS 980	OECD Co-operative Tax Compliance	UK Corporate Criminal Offence	US Sentencing Commission
Prävention („Prevent“)	<ol style="list-style-type: none"> Sorgfältige Personalauswahl bei Einstellung und Beförderung Sachgerechte Organisation und Aufgabenteilung 	<ol style="list-style-type: none"> Kultur Ziele Risiken Programm Organisation Kommunikation Überwachung/Verbesserung 	<ol style="list-style-type: none"> Steuerstrategie implementiert Alle Unternehmensbereiche erfasst Eindeutige Zuordnung von Verantwortlichkeiten Kontrollsystem dokumentiert Überwachung, Überprüfung und Aktualisierung Enthftung gewährleistet 	<ol style="list-style-type: none"> Risiko-einschätzung Verhältnismäßigkeit risikobasierter Präventionsmaßnahmen Top Level Commitment Due Diligence Kommunikation (inkl. Training) Überwachung und Weiterentwicklung 	<ol style="list-style-type: none"> Aufstellen klarer Regeln Verantwortlichkeit hochrangiger Unternehmensmitarbeiter für das Compliance Programm Sorgfältige Auswahl der zuständigen Verantwortlichen Information und Schulung aller Unternehmensmitarbeiter Überwachung der Einhaltung und fortlaufende Aktualisierung der Compliance-Regelungen Schaffung einer entsprechenden Unternehmenskultur Einschreiten bei Fehlverhalten
Aufdeckung („Detect“)	<ol style="list-style-type: none"> Angemessene Aufklärung und Schulung Ausreichende Überwachung Angemessenes Einschreiten bei Fehlverhalten 				
Reaktion („Respond“)					

C. Risiken mangelhafter Tax Compliance

Mangelhafte Tax Compliance birgt für das Unternehmen und die verantwortlichen Personen neben steuerrechtlichen, straf- und bußgeld-rechtlichen Risiken auch zivilrechtliche sowie wirtschaftliche Risiken (z. B. Reputationsrisiko).

Abb. 3: Steuer- und strafrechtliche Risiken mangelhafter Tax Compliance



I. Steuerrechtliche Risiken

Mangelhafte Tax Compliance erhöht in aller Regel sowohl für die Bank als auch für die handelnden Akteure das Risiko steuerlicher Sanktionen.

1. Steuerliche Risiken für das Unternehmen

Zunächst ist festzustellen, dass die reine Steuerbelastung, die sich vordergründig als Folge einer mangelhaften Tax Compliance, z. B. im Rahmen einer Betriebsprüfung materialisiert, in der Regel keine wirkliche Folge mangelhafter Tax Compliance ist. Die Steuer wäre bei gehöriger Erfüllung der Steuerpflichten meist ohnehin angefallen – nur nicht so spät. Gleichwohl können adäquate Compliance-Prozesse auch dafür sorgen, dass Steuertatbestände etwa aufgrund einer verbesserten Steuerplanung gar nicht erst verwirklicht und so Steuern nachhaltig (legal) gespart werden.

Zu den steuerlichen Risiken einer mangelhaften Tax Compliance für das Unternehmen zählt allerdings das **Zinsrisiko**, weil Steuernachforderungen in Deutschland pauschal mit 6 % p. a. verzinst werden. Diese Zinsbelastung ist angesichts der anhaltenden Niedrigzinsphase ein erheblicher wirtschaftlicher Nachteil für jedes Unternehmen. Zudem können die Zinsen auch nicht steuermindernd berücksichtigt werden.

Soweit mangelhafte Tax Compliance zur verspäteten Abgabe von Steuererklärungen führt, besteht das Risiko von Verspätungszuschlägen (§ 152 AO), die bis zu 10 % des Steuerbetrags ausmachen können. Die verspätete Zahlung von Steuern führt sogar zu **Säumniszuschlägen von 12 % p. a.** Ein finanzieller Schaden kann aber auch darin liegen, dass das Unternehmen (z. B. nach einer Betriebsprüfung) unerwartet Liquidität für Steuerzahlungen bereitstellen und sich zu ungünstigen Konditionen refinanzieren muss.

Darüber hinaus kann das Finanzamt eine Reihe weiterer finanzieller Sanktionen ergreifen, um Unternehmen zur Tax Compliance anzuhalten (z. B. Verzögerungsgelder, wenn Unterlagen in einer Betriebsprüfung nicht rechtzeitig vorgelegt werden).

2. Haftung der Bank für Steuern von Kunden

Zudem kann die Bank in bestimmten Fällen für die Steuer ihrer Kunden in Haftung genommen werden.

a) Haftung bei Verletzung der Pflicht zur Kontenwahrheit

Wenn ein Kunde ein Konto unter Verstoß gegen die Pflicht zur Kontenwahrheit (§ 154 Abs. 1 AO) unterhält, dann darf die Bank etwaige Guthaben nur nach Zustimmung des Finanzamtes des Verfügungsberechtigten auszahlen (§ 154 Abs. 3 AO). Diese Zustimmung verweigert das Finanzamt in der Regel dann, wenn der Verfügungsberechtigte Steuerschulden hat.

Sollte ein Bankmitarbeiter in einem solchen Fall das Guthaben vorsätzlich oder grob fahrlässig ohne die Zustimmung des Finanzamtes auszahlen, kann die Bank für die entgangene Steuer in Haftung genommen werden (§ 72 AO).

b) Haftung bei unzureichenden Mitteilungen nach § 138b AO

Ab dem Jahr 2018 müssen Banken von ihnen hergestellte oder vermittelte Beziehungen von inländischen Steuerpflichtigen zu sogenannten Drittstaat-Gesellschaften an die Finanzbehörden melden (§ 138b AO). Für in 2018 verwirklichte Sachverhalte müssen diese Meldungen bis zum 28. Februar 2019 erstattet werden.

Falls eine Mitteilung unrichtig, unvollständig oder gar nicht erstattet wird, kann die Bank für die Steuern des Kunden in Haftung genommen hat, die dieser durch die betreffende Drittstaat-Gesellschaft in Deutschland ausgelöst hat (§§ 138b Abs. 4 Satz 2, 72a Abs. 4 AO).

3. Persönliche Haftung von Mitarbeitern für Unternehmenssteuern

Prinzipiell haften in Deutschland weder die Vorstände oder Geschäftsführer noch sonstige Mitarbeiter von Kapitalgesellschaften für deren Verbindlichkeiten. Dies gilt auch im Steuerrecht, sodass primär die Kapitalgesellschaft selbst für die Zahlung ihrer Steuern verantwortlich ist.

Im Steuerrecht gibt es jedoch wichtige **Ausnahmen**, die insbesondere dann relevant werden können, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihre Steuern (vollständig) zu bezahlen.

a) Haftung bei Pflichtverletzungen durch Leitungspersonen

Nach § 69 AO können die gesetzlichen Vertreter (§ 34 AO) und sonstige Verfügungsberechtigte einer Gesellschaft (§ 35 AO) (im Folgenden: Leitungspersonen) persönlich für Steuern der Gesellschaft in Anspruch genommen werden (d. h. „haften“), wenn ihnen eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung im Hinblick auf die steuerlichen Angelegenheiten des Unternehmens anzulasten ist.

Wenngleich die Begrifflichkeiten zwischen dem KWG und der Abgabenordnung nicht aufeinander abgestimmt sind, dürfte eine Leitungsperson im Sinne der §§ 34, 35 AO weitgehend dem Geschäftsleiter im Sinne des § 1 Abs. 2 KWG entsprechen.

Der sogenannte Haftungsschuldner steht in diesem Fall mit seinem gesamten Privatvermögen als Gesamtschuldner neben dem Unternehmen für die Steuerschuld des Unternehmens ein (§ 44 Abs. 1 AO). Die steuerliche Haftung kann daher ein enormes wirtschaftliches Risiko bergen.

§ 69 AO hat Schadensersatzcharakter und kommt immer dann in Betracht, wenn eine Leitungsperson die ihr auferlegten steuerlichen Pflichten des Unternehmens verletzt hat und dadurch Steuern nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder gezahlt worden sind. Die insoweit wichtigsten Pflichten betreffen die **Abgabe (richtiger) Steuererklärungen** und die **pünktliche Entrichtung von Steuern**. Begeht ein Unternehmen in diesem Bereich nachhaltig Fehler, kann den verantwortlichen Leitungspersonen in vielen Fällen auch ein Versäumnis nachgewiesen werden. Ein Tax-CMS kann derartige Fehler und somit auch die Gefahr einer persönlichen Haftung reduzieren.

Soweit die Auslandsbank in Deutschland über eine eigene Tochtergesellschaft verfügt, gelten insbesondere die Geschäftsführer bzw. die Vorstände der deutschen Tochtergesellschaft als Leitungspersonen. Die Leitungsorgane der ausländischen Muttergesellschaft sind in diesem Fall in aller Regel nicht von einer Haftung bedroht.

Verfügt die Auslandsbank in Deutschland hingegen nur über eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung, dürften sowohl die **ausländischen Geschäftsführungsorgane** als auch die **inländischen Geschäftsleiter** im Sinne des § 53 Abs. 2 Nr. 1 KWG als Leitungspersonen im steuerlichen Sinne gelten. Dies gilt entsprechend für Zweigniederlassungen nach § 53b KWG. Die Hauptniederlassung und ihre Geschäftsleiter haften für steuerliche Sachverhalte der Zweigniederlassung. Der Niederlassungsleiter der inländischen Zweigniederlassung haftet ebenfalls für Tax Compliance-Verstöße und kann für die Steuerschulden der Zweigniederlassung persönlich in Anspruch genommen werden, da das Finanzamt sich nicht an die ausländische Hauptniederlassung halten muss.

Wurde die Steuerverantwortung durch Zuständigkeitsvereinbarungen (z. B. Geschäftsverteilungspläne) bestimmten Leitungspersonen zugewiesen, besteht für die übrigen (nicht zuständigen) Leitungspersonen mangels Verschuldens in aller Regel keine Haftungsverantwortung. Auch sonstige Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsführungsebene (z. B. der Leiter der Steuerabteilung) sind in aller Regel keine Leitungspersonen im Sinne der §§ 34, 35 AO und müssen die Haftung nach § 69 AO nicht fürchten.

b) Haftung bei Steuerhinterziehung

Gemäß § 71 AO kommt eine persönliche Haftung für Steuern des Unternehmens auch dann in Betracht, wenn der Mitarbeiter eine Steuerhinterziehung zugunsten des Unternehmens begangen hat (Täterschaft) oder an einer solchen beteiligt war (Anstiftung oder Beihilfe).

Im Gegensatz zur Haftung nach § 69 AO kann die Haftung nach § 71 AO nicht nur die Leitungspersonen eines Unternehmens, sondern prinzipiell jeden Mitarbeiter betreffen. Dies liegt darin begründet, dass eine Steuerhinterziehung zugunsten des Unternehmens auch durch Mitarbeiter unterhalb der Leitungsebenen begangen werden kann. Die Haftung kann daher auch Mitarbeiter der deutschen oder ausländischen Steuerabteilung treffen, wenn diese zugunsten der ausländischen Muttergesellschaft oder der deutschen Tochtergesellschaft (deutsche) Steuern hinterziehen.

Diese Haftung kommt auch dann zum Tragen, wenn ein Bankmitarbeiter seinen Kunden bei der Steuerhinterziehung behilflich ist. In diesem Fall würde der Mitarbeiter für die hinterzogenen Steuern des Kunden haften.

Die Haftung nach § 71 AO ist keine „Strafe“ für den Mitarbeiter im rechtlichen Sinne. Es wird lediglich der steuerliche Schaden des Fiskus kompensiert, der durch das schuldhafte Verhalten des Mitarbeiters entstanden ist.

II. Straf- und bußgeldrechtliche Risiken

In Deutschland gibt es – anders als beispielsweise in den USA oder im Vereinigten Königreich (etwa mit der neu eingeführten Corporate Offence of Failure to Prevent Facilitation of Tax Evasion) – kein (echtes) Unternehmensstrafrecht. Daher treffen straf- und bußgeldrechtliche Risiken, die sich aus oder aufgrund einer mangelhaften Tax Compliance ergeben, primär die handelnden bzw. verantwortlichen natürlichen Personen in den Unternehmen. Für das Unternehmen besteht daneben ein Bußgeldrisiko.

1. Persönliche Risiken

Persönliche straf- und bußgeldrechtliche Risiken treffen in erster Linie die Leitungspersonen des Unternehmens, da diese für die Erfüllung der steuerlichen Pflichten des Unternehmens verantwortlich sind. Dies gilt auch dann, wenn die Geschäftsführung im Ausland ansässig ist. Aber auch andere Angestellte einer Bank können bei einer mangelhaften Tax Compliance straf- und bußgeldrechtlichen Risiken ausgesetzt sein.

Bei einer Verletzung der steuerlichen Pflichten des Unternehmens kommt insbesondere eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder Beihilfe zur Steuerhinterziehung (§ 27 StGB) in Betracht. In weniger gravierenden Fällen kann ein Fehlverhalten (lediglich) als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld wegen leichtfertiger Steuerverkürzung (§ 378 AO) sanktioniert werden. Gegen die Geschäftsleiter kann zudem ein Bußgeld wegen Verletzung von Aufsichtspflichten verhängt werden (§ 130 OWiG). Im Einzelnen:

a) Steuerhinterziehung

Die vorsätzliche Steuerhinterziehung nach § 370 AO ist in Deutschland eine Straftat. Sie kann mit Geldstrafe oder einer Gefängnisstrafe von bis zu fünf Jahren (in besonders schweren Fällen auch bis zu zehn Jahren) bestraft werden. Ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung liegt unter anderem dann vor, wenn Steuern in großem Ausmaß verkürzt wurden. Dies ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH) bereits ab einem Hinterziehungsbetrag von EUR 50.000 pro Tat der Fall.¹⁰

¹⁰ BGH v. 27. Oktober 2015, 1 StR 373/15.

Steuerhinterziehungen im Unternehmenskontext dürften daher häufig als besonders schwerer Fall gelten.

(i) **Strafbarkeitsrisiko von Tax Compliance-Versäumnissen**

Die gesetzliche Struktur des Hinterziehungstatbestandes ist vergleichsweise komplex und insbesondere im Zusammenspiel mit den Regelungen zur Mittäterschaft und Beihilfe sehr vielschichtig. Wichtig ist zu verstehen, dass ein Strafbarkeitsrisiko nicht nur in den „klassischen“ Fällen von Steuerhinterziehung besteht, wie etwa durch „schwarze Konten“, Schwarzarbeit oder vergleichbare bewusst vorgenommene Handlungen. Nach deutschem Recht lassen sich auch unternehmensbezogene Tax-Compliance-Versäumnisse unter den relativ abstrakt gefassten Steuerhinterziehungstatbestand subsumieren.

So kann sich eine Leitungsperson (etwa der CFO) z. B. dadurch strafbar machen, dass sie die **Steuerabteilung** in ihrem Unternehmen (bewusst) so **unzureichend aufstellt**, dass steuerliche Pflichten von ihr nicht vollständig und pünktlich wahrgenommen werden können. In diesem Fall könnte der verantwortlichen Leitungsperson der Vorwurf gemacht werden, dass sie es zumindest billigend in Kauf nimmt, dass Steuererklärungen unrichtig oder verspätet beim Finanzamt eingereicht und dadurch Steuern nicht oder nicht rechtzeitig erklärt und gezahlt werden. Die Leitungsperson könnte sich in diesem Fall nicht dadurch exkulpieren, dass sie vorträgt, an der konkreten Vorbereitung der unrichtigen Steuererklärung nicht beteiligt gewesen zu sein.

Eine Exkulpation wäre vielmehr dadurch möglich, dass die Leitungsperson überzeugend behaupten kann, dass sie von der Richtigkeit der Steuererklärungen (legitimerweise) ausgehen durfte. Dies wird in aller Regel dann gelingen, wenn ein adäquates Tax-CMS besteht.

Bei international aufgestellten Unternehmen dürften die deutschen Strafverfolgungsbehörden die strafrechtliche Verantwortung in der Praxis primär bei den (inländischen) **Geschäftsführern der Tochtergesellschaften** bzw. bei den **Geschäftsleitern der inländischen Zweigniederlassung** suchen. Grundsätzlich können aber auch die **Leitungsorgane des ausländischen Unternehmens** in den Fokus deutscher strafrechtlicher Ermittlungen rücken, wenn es um steuerliche Verfehlungen der inländischen Dependence geht. Dies gilt unabhängig davon, ob die Bank in Deutschland über eine Zweigniederlassung oder eine Tochtergesellschaft operiert. Allerdings dürfte die „Abschirmwirkung“ zugunsten der ausländischen Geschäftsleitungsorgane bei rechtlich selbstständigen Tochtergesellschaften prinzipiell größer sein (vgl. jedoch die abweichende Rechtslage zu § 130 OWiG, unten unter Punkt e).

Daneben kann auch jeder andere Mitarbeiter unterhalb der Leitungsebene eine Steuerhinterziehung (zugunsten des Unternehmens) begehen, wenn er vorsätzlich dafür sorgt, dass **falsche Steuererklärungen erstellt** und dadurch zu niedrige Steuern für das Unternehmen festgesetzt werden. Die Steuerverkürzung muss dabei nicht Hauptzweck seines Handelns sein. So kann sich beispielsweise ein Sachbearbeiter aus der Steuerabteilung strafbar machen, wenn er – um sein persönliches Arbeitspensum zu reduzieren – den Vorsteuerabzug aus Eingangsrechnungen bewusst ungenau prüft und zum Vorsteuerabzug freigibt.

Auch die **verspätete Abgabe von Steuererklärungen** führt in der Praxis häufig zum Vorwurf der Steuerhinterziehung. Grund hierfür ist, dass eine tatbestandliche Steuerverkürzung bereits dann vorliegt, wenn Steuern nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Eine zentrale Funktion eines Tax-CMS ist daher die **fristgerechte Abgabe von Steuererklärungen bzw. die rechtzeitige Einholung von Fristverlängerungen** zu gewährleisten.

Eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung setzt Vorsatz des Täters oder Teilnehmers voraus. Die Frage, wann vorsätzliches Handeln vorliegt, kann im Einzelfall schwierig zu beantworten sein. Vorsätzliches Handeln ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Mitarbeiter oder Leitungspersonen absichtlich oder wissentlich falsche Angaben machen. Allerdings genügt für die Annahme einer Strafbarkeit bereits der sog. Eventualvorsatz, bei dem der Täter die Möglichkeit der Steuerhinterziehung nur billigend in Kauf nimmt – ohne sie aber bewusst anzustreben. Hier bestehen schwierige Abgrenzungsfragen zur leichtfertigen Steuerverkürzung, die lediglich als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann (siehe Punkt b). Der Grund hierfür ist, dass der BGH in den vergangenen Jahren die Anforderungen an den bedingten Vorsatz stark reduziert hat. Danach liegt bedingter Vorsatz bereits dann vor, wenn der Täter die Existenz eines Steueranspruchs für möglich hält und die Finanzbehörden über die Besteuerungsgrundlagen gleichwohl in Unkenntnis lässt, er sich also mit der Möglichkeit der Steuerverkürzung abfindet.¹¹ In der Praxis gehen daher Verstöße gegen steuerliche Erklärungspflichten (z. B. verspätete Abgabe oder Berichtigung von Steuererklärungen) häufig mit dem Vorwurf eines zumindest bedingt vorsätzlichen Fehlverhaltens seitens der Finanzverwaltung einher.

(ii) Ablauf und Konsequenzen eines Steuerstrafverfahrens

Hat das Finanzamt bzw. die dort zuständige Bußgeld- und Strafsachenstelle oder Staatsanwaltschaft aufgrund von bestimmten Anhaltspunkten den Verdacht, dass Leitungspersonen oder Mitarbeiter eines Unternehmens eine Steuerhinterziehung begangen haben könnten, wird für gewöhnlich ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet.

Die Einleitung eines Steuerstrafverfahrens wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung zugunsten des Unternehmens bedeutet allerdings noch nicht, dass sich der betroffene Vorstand oder Mitarbeiter tatsächlich etwas hat zuschulden kommen lassen. Gleichwohl stellt bereits die Einleitung eines Strafverfahrens – unabhängig vom Verfahrensausgang – meist eine immense persönliche Belastung für den Beschuldigten dar. In solchen Fällen ist es regelmäßig geboten, dass der Mitarbeiter einen eigenen Strafverteidiger konsultiert, der ihn unabhängig berät.

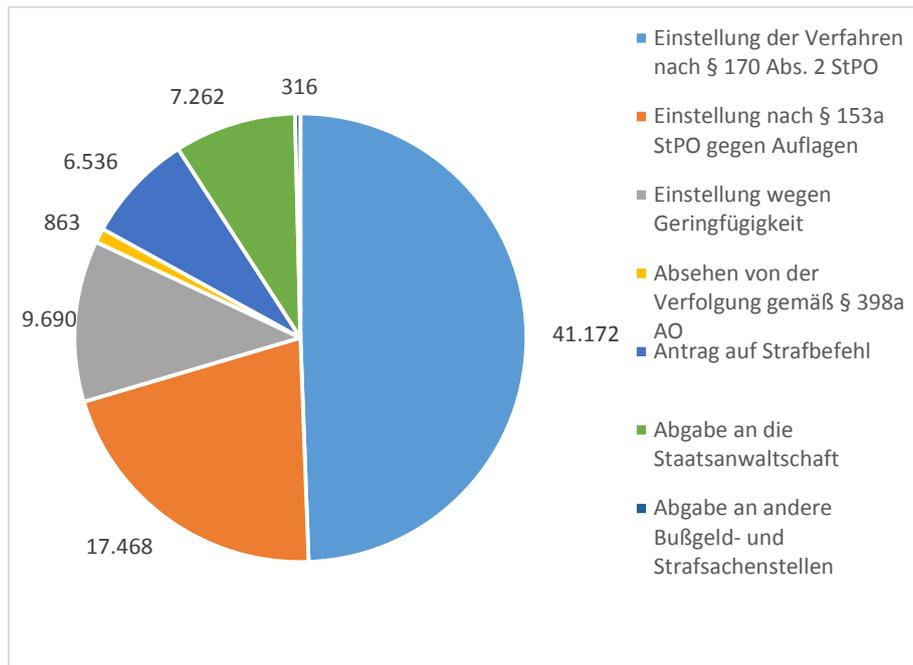
Das Ermittlungsverfahren kann prinzipiell auf zwei Arten beendet werden:

Im Idealfall wird es (ggf. gegen Zahlung einer Geldauflage) eingestellt. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Vorwürfe nicht bestätigt oder als nicht so gravierend erwiesen haben. Im Jahr 2015 wurden insgesamt rund 82 % der von den Bußgeld- und Strafsachenstellen abgeschlossenen Verfahren eingestellt.¹²

¹¹ BGH v. 8. September 2011, 1 StR 38/11.

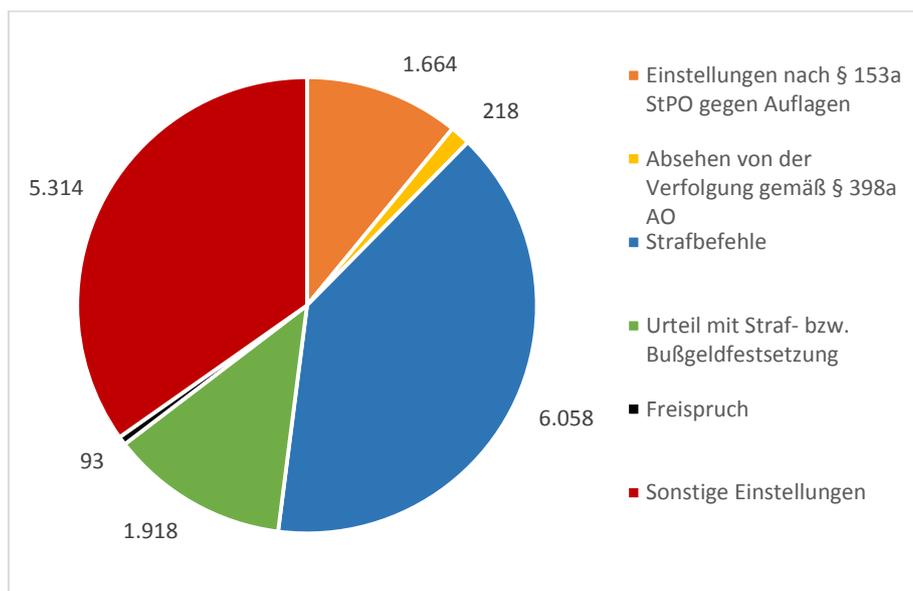
¹² Monatsbericht des Bundesfinanzministeriums vom 21. November 2016 zur Verfolgung von Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten im Jahr 2015.

Abb. 4: Ausgang der von Bußgeld- und Strafsachenstellen abgeschlossenen Strafverfahren 2015
(Quelle: BMF)¹³



Falls eine Einstellung nicht möglich ist, wird die Staatsanwaltschaft den Fall in der Regel bei Gericht zur Anklage bringen. Dann wird über den Fall im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung verhandelt, an deren Ende eine Verfahrenseinstellung, eine Verurteilung oder (bei Steuerdelikten praktisch äußerst selten) ein Freispruch stehen kann. So betrug die **Freispruchquote** bei Steuerstrafverfahren im Jahr 2015 nur rund **0,6 %**.¹⁴

Abb. 5: Ausgang der von Staatsanwaltschaften und Gerichten abgeschlossenen Strafverfahren 2015
(Quelle: BMF)¹⁵



¹³Siehe Fußnote 12.

¹⁴Siehe Fußnote 12.

¹⁵Siehe Fußnote 12.

Bei einer Verurteilung muss das Gericht die konkrete Strafe (Geld- oder Freiheitsstrafe) nach der persönlichen Schuld des Verurteilten bemessen. Maßgebliches Kriterium der Strafzumessung ist bei der Steuerhinterziehung die **Höhe der hinterzogenen Steuern**. Der BGH hat hierzu in mehreren Urteilen Leitlinien aufgestellt, wonach bei einem Hinterziehungsbetrag von mehr als EUR 100.000 pro Tat in der Regel keine Geldstrafe mehr zu verhängen ist, sondern eine Gefängnisstrafe zur Bewährung.¹⁶ Bei einem Hinterziehungsbetrag von mehr als EUR 1 Mio. soll auch eine Strafaussetzung zur Bewährung nur noch bei besonders gewichtigen Milderungsgründen in Betracht kommen.¹⁷

Eine gerichtliche Verurteilung zu mehr als 90 Tagessätzen wird zudem in das Führungszeugnis (§ 30 Bundeszentralregistergesetz, BZRG) aufgenommen, das unter anderem z. B. bei der BaFin vorzulegen ist, wenn die Person als Geschäftsleiter angemeldet werden soll (§ 30 BZRG, § 5c Anzeigenverordnung).

b) Leichtfertige Steuerverkürzung

Die leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) ist gewissermaßen der „kleine Bruder“ der vorsätzlichen Steuerhinterziehung (§ 370 AO). Sie wird als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu EUR 50.000 pro Verstoß geahndet. Dabei ist zu beachten, dass jede (Steuer-) Ordnungswidrigkeit einzeln mit Bußgeld belegt werden kann. Daher kann das Gesamtbußgeld bei einer Vielzahl von Verstößen EUR 50.000 deutlich übersteigen (da kein Kumulationsverbot).

Grundsätzlich steht die leichtfertige Steuerverkürzung sowohl von der Sanktionsschärfe als auch von der praktischen Relevanz her deutlich hinter der Steuerhinterziehung zurück. So haben die Staatsanwaltschaften und Bußgeld- und Strafsachenstellen in Deutschland im Jahr 2015 98.572 Steuerstrafverfahren abgeschlossen, während lediglich 537 Bußgeldbescheide wegen leichtfertiger Steuerverkürzung rechtskräftig wurden.¹⁸

Die Tatbestände sind objektiv sehr ähnlich, in subjektiver Hinsicht genügt allerdings bereits Leichtfertigkeit (anstelle von Vorsatz). Leichtfertigkeit im Sinne einer groben Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird. Demgegenüber ist das bloße Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, also einfache Fahrlässigkeit (vgl. § 276 Abs. 2 BGB), für eine Ahndung nicht ausreichend (vgl. § 10 OWiG).

Eine Geldbuße nach § 378 AO wird in der Praxis vor allem dann verhängt, wenn der für eine Steuerhinterziehung erforderliche Vorsatz im Strafverfahren nicht nachgewiesen werden kann und gleichwohl eine Sanktion geboten erscheint.

c) Verstoß gegen die Korrekturpflicht des § 153 Abs. 1 AO

Im Zusammenhang mit den steuerlichen Straf- und Bußgeldvorschriften ist stets auch die steuerliche Korrekturpflicht nach § 153 AO zu beachten. Hierbei handelt es sich um eine rein steuerliche Korrekturvorschrift, die jeden Steuerpflichtigen und auch die Leitungspersonen von Gesellschaften dazu verpflichtet, die von ihnen abgegebenen Steuererklärungen unverzüglich zu korrigieren, wenn sie nachträglich erkennen, dass diese fehlerhaft waren.

Die besondere Schärfe der Vorschrift liegt darin, dass die Korrekturpflicht strafbewehrt ist und eine nicht unverzügliche Korrektur eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen begründen kann (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO).

¹⁶ BGH v. 2. Dezember 2008, 1 StR 416/08.

¹⁷ BGH v. 29. November 2006, 5 StR 324/06; BGH v. 2. Dezember 2008, 1 StR 416/08.

¹⁸ Siehe Fußnote 12.

Abb. 6: Abgrenzung § 153 AO von einer Selbstanzeige



d) Weitere steuerstraf- und bußgeldrechtliche Risiken

Neben den dargestellten und besonders praxisrelevanten Tatbeständen existiert bei Verstößen gegen steuerliche Vorschriften eine Vielzahl weiterer straf- und bußgeldrechtlicher Tatbestände, wie z. B. §§ 379 bis 383b AO und §§ 26a, 26b und 26c UStG.

Besonders von Bedeutung für Banken ist dabei sicherlich der seit Sommer 2017 neugefasste § 379 Abs. 2 Nr. 2 AO, der nun auch leichtfertige oder vorsätzliche Verstöße im Bereich der Legitimationspflichten des § 154 Abs. 2 bis 2c AO auf Seiten der Banken sanktioniert. Zudem sind auch leichtfertige oder vorsätzliche Verstöße gegen die neuen Mitteilungspflichten nach § 138b AO im Zusammenhang mit vermittelten Beziehungen zu Drittstaat-Gesellschaften bußgeldbewehrt (§ 379 Abs. 2 Nr. 1d AO).

Im Bereich der Umsatzsteuer gibt es zahlreiche Bußgeldvorschriften, nach denen zumindest leichtfertige **Verletzungen bestimmter Aufbewahrungs- und Anzeigepflichten** mit Geldbuße belegt werden können.

e) Verletzung von Aufsichtspflichten

§ 130 OWiG ist eine Bußgeldvorschrift im allgemeinen (nichtsteuerlichen) Ordnungswidrigkeitenrecht, wonach der gesetzliche Vertreter eines Unternehmens mit einer Geldbuße von bis zu EUR 1 Mio. belegt werden kann, wenn aus dem Unternehmen heraus Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen werden, die durch bestimmte (unterlassene) Aufsichtsmaßnahmen hätten verhindert oder wesentlich erschwert werden können.

Diese Vorschrift ist in der Vergangenheit insbesondere genutzt worden, um die Geschäftsleitung für aus dem Unternehmen heraus begangene Korruptionsdelikte zu sanktionieren. Sie lässt sich aber ohne weiteres auch auf steuerliche Sachverhalte anwenden, wenn z. B. Mitarbeiter „auf Arbeitsebene“ Steuerhinterziehungen zugunsten des Unternehmens begehen, ohne dass der Leitungsperson insoweit ein Vorwurf der Steuerhinterziehung gemacht werden kann. Dies hat aus der Sicht der Verfolgungsbehörden den „Charme“, dass für eine aus dem Unternehmen heraus begangene Pflichtverletzung nicht unbedingt ein konkreter „Täter“ festgestellt werden muss, sondern es ausreicht, wenn irgendeinem Mitarbeiter eine entsprechende Pflichtverletzung vorzuwerfen ist.¹⁹

Die besondere Reichweite von § 130 OWiG für Auslandsbanken, die in Deutschland über eine Tochtergesellschaft agieren, ergibt sich auch dadurch, dass sich die Verantwortung des ausländischen Geschäftsleiters des Unternehmens je nach faktischer Einwirkung auch auf den Bereich der

¹⁹ Rogall, in: KK-OWiG, 4. Auflage 2014, § 130 Rn. 110.

deutschen Tochtergesellschaft erstrecken kann.²⁰ Insofern können auch im Ausland begangene Aufsichtspflichtverletzungen in Deutschland geahndet werden, wenn die Anknüpfungstat (also z. B. die Steuerhinterziehung) in Deutschland sanktioniert werden kann. Insofern muss beachtet werden, dass die prinzipielle **Abschirmwirkung** einer selbstständigen Tochtergesellschaft **nicht unbeschränkt** gilt.

2. Bußgeldrisiken des Unternehmens

In Deutschland gibt es zwar kein klassisches Unternehmensstrafrecht; gleichwohl kann gegen juristische Personen gemäß § 30 OWiG ein Bußgeld verhängt werden, wenn ein Mitarbeiter aus der Führungsebene eine unternehmensbezogene Straftat oder Ordnungswidrigkeit (sog. Anknüpfungstat) begangen hat.

a) Anknüpfungstaten

Als Anknüpfungstat im steuerlichen Kontext kommen insbesondere die Steuerhinterziehung oder die leichtfertige Steuerverkürzung in Betracht, wenn der jeweilige Tatbestand durch ein Organ oder einen Mitarbeiter aus der Führungsebene erfüllt wurde. Als Anknüpfungstat im Sinne von § 30 OWiG ist aber auch ausreichend, wenn eine Leitungsperson eine Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 130 Abs. 1 OWiG begeht, die ihrerseits ein Steuerdelikt eines Unternehmensmitarbeiters zur Grundlage hat.

Wird die Steuerhinterziehung oder leichtfertige Steuerverkürzung durch einen sonstigen Mitarbeiter begangen und beruht diese auf einer Aufsichtspflichtverletzung bzw. einem Organisationsmangel (§ 130 OWiG), ist es für die Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße nicht erforderlich, dass der konkrete Täter ermittelt wird bzw. ermittelt werden kann.²¹

b) Höhe der Geldbuße

Die Höhe der Geldbuße nach § 30 OWiG ist grundsätzlich von der Schwere der Anknüpfungstat abhängig. Ist die Anknüpfungstat eine vorsätzliche Straftat (z. B. eine Steuerhinterziehung), kann die Geldbuße bis zu EUR 10 Mio. betragen (sogenannter Ahndungsteil der Geldbuße).

Dabei ist zu beachten, dass dieses gesetzliche Höchstmaß weit überschritten werden kann, wenn nur dadurch der wirtschaftliche Vorteil, den das Unternehmen aus der Anknüpfungstat erzielt hat, abgeschöpft werden kann (sogenannter Abschöpfungsteil der Geldbuße). So wurde beispielsweise eine Bank vor einigen Jahren mit einer Geldbuße von EUR 150 Mio. belegt, weil ein Mitglied der erweiterten Geschäftsführung Beihilfe zur Steuerhinterziehung von Kunden begangen hat.²² In diesem Fall Betrag der Ahndungsteil EUR 1 Mio. und der Abschöpfungsteil EUR 149 Mio.

Durch die Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung können auch in Deutschland Unternehmensgeldbußen in signifikanter Höhe verhängt werden.

III. Zivilrechtliche Haftung der Leitungsperson auf Schadensersatz

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls von Bedeutung, ob das mit einem Bußgeld belegte Unternehmen die verantwortlichen Leitungspersonen in Regress nehmen kann.

Die zivilrechtliche Haftung würde sich auf die Schäden beziehen, die aufgrund einer mangelhaften Tax Compliance eingetreten sind. Hiervon wären z. B. Zinsen umfasst, die aufgrund einer verspäteten Zahlung der Steuern angefallen sind. Die Steuerschuld selbst ist jedoch kein kausaler Schaden, da

²⁰ Vgl. OLG München 23. September 2014, 3 Ws 599 und 600/14; Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 4. Auflage 2016, § 130, Rn. 7; Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, OWiG, 1. Auflage 2017, § 130, Rn. 25.

²¹ BGH, NStZ 1994, 346; Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 4. Auflage 2016, § 30 Rn. 10.

²² LG Düsseldorf, 21. November 2011, 10 Kls 14/11.

diese gerade auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung der steuerlichen Pflichten bestanden hätte (siehe auch oben, C.I.1). Hinzu kämen möglicherweise Kosten für Anwaltskanzleien oder Steuerberater, die für die steuerliche Aufarbeitung der Non-Compliance Vorfälle konsultiert werden müssten.

Nach der „Siemens-Neubürger“-Entscheidung des Landgerichts München I vom 10. Dezember 2013 jedenfalls ist davon auszugehen, dass eine Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft bei unzureichender Compliance-Organisation zu bejahen ist.²³

Die Vorstandsmitglieder einer AG haben gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Verletzen sie ihre Pflichten, sind sie der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Aus der sog. Legalitätspflicht des Vorstands folgt zudem, dass dieser das Unternehmen so organisieren und beaufsichtigen muss, dass es nicht zu Gesetzesverletzungen kommt. Für Vorstände von Aktiengesellschaften konkretisiert § 91 Abs. 2 AktG – nach Auffassung des Landgerichts München I – die Überwachungspflicht. Seiner „Organisationspflicht genügt der Vorstand bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet“, wobei sich der Umfang bzw. die Ausgestaltung im Einzelfall nach Art, Größe und Organisation des Unternehmens, der zu beachtenden Vorschriften, der geografischen Präsenz wie auch Verdachtsfällen aus der Vergangenheit richtet. Hierbei handelt es sich um eine Aufgabe des Gesamtvorstandes. Bereits die Delegation dieser Aufgabe auf unterhalb der Vorstandsebene angesiedelte Mitarbeiter stellt nach Auffassung des Landgerichts München I eine Pflichtverletzung dar.

Diese Rechtsprechung dürfte vergleichbar auch für GmbHs gelten. Ob auch Leitungsorgane ausländischer Banken vergleichbaren Haftungsrisiken unterliegen, richtet sich nach dem Recht des jeweiligen Herkunftslandes der Bank.

Ein etwaiges Strafverfahren gegen das Leitungsorgan, in dem diesem ggf. vorsätzliches Handeln nachgewiesen wird, birgt in diesem Zusammenhang die besondere Brisanz, dass **D&O-Versicherungen** bei vorsätzlichem Handeln grundsätzlich **nicht greifen**.

IV. Aufsichtsrechtliche Risiken für Banken und Geschäftsleiter

Im schlimmsten Fall können Tax Compliance-Verstöße dazu führen, dass einer Bank die Bankerlaubnis entzogen wird. Nach dem KWG kann eine **Bankerlaubnis** u. a. dann **entzogen** werden, wenn sich die Geschäftsleiter als nicht zuverlässig erweisen (§§ 35, 32 KWG). Als mildere Maßnahme kann die BaFin auch die **Abberufung der verantwortlichen Geschäftsleiter** verlangen (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 1 KWG).

Eine diesbezügliche Unzuverlässigkeit der Geschäftsleiter könnte sich z. B. daraus ergeben, dass sie wegen Steuerdelikten verurteilt wurden.

In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass die Staatsanwaltschaft gemäß § 60a KWG dazu verpflichtet ist, die Erhebung der öffentlichen Anklage eines Geschäftsleiters einer Bank wegen einer Straftat bei oder im Zusammenhang mit der Ausübung eines Gewerbes der BaFin mitzuteilen. Das Gericht muss die BaFin zudem über den Ausgang eines solchen Verfahrens unterrichten.

Insofern sollten alle Auslandsbanken, die in Deutschland über eine KWG-Erlaubnis verfügen, auch aus diesem Grund daran interessiert sein, bereits die Einleitung eines Steuerstrafverfahrens wegen mangelnder Tax Compliance zu vermeiden.

²³ LG München I, Urteil v. 10. Dezember 2013, 5 HK O 1387/10.

Eine Besonderheit gilt für Zweigniederlassungen nach § 53b KWG. Hierbei handelt es sich um einen rechtlich unselbständigen Teil eines Kreditinstituts mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums. Diese wurden von der dortigen Aufsichtsbehörde zugelassen und werden auch von dieser Behörde beaufsichtigt. Inwieweit die ausländische Aufsichtsbehörde bei Tax Compliance-Verstößen dann die Zuverlässigkeit der verantwortlichen ausländischen (oder inländischen) Geschäftsleiter in Frage stellen oder gar die erteilte Erlaubnis für das Kreditinstitut zurücknehmen kann, richtet sich nach dem dortigen Recht.

Daher sollte unbedingt auch in Hauptniederlassung-Zweigniederlassung-Konstellationen auf ein wirksames Tax CMS hingewirkt werden.



Tax Compliance-Verstöße können dazu führen, dass die Bankerlaubnis für die Bank entzogen oder die Abberufung des verantwortlichen Geschäftsleiters von der BaFin verlangt wird.

V. Reputationsschäden

Neben den rechtlichen Risiken müssen auch die rein wirtschaftlichen Risiken mangelhafter Tax Compliance in Blick behalten werden.

Bereits Gerüchte, dass ein Steuerstrafverfahren gegen eine Bank geführt wird, können schon dafür sorgen, dass sich Kunden besorgt abwenden, ihre Gelder abziehen und bei der Konkurrenz anlegen. Wenn es dann tatsächlich zur öffentlichen Verhandlung gegen Bankmitarbeiter oder gar zu einer Verurteilung von Leitungspersonen kommt, ist der Reputationsschaden kaum mehr zu beziffern.

D. Einführung eines Tax-CMS

Teil D gibt einen Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen und aktuellen Entwicklungen einschließlich praktischer Hinweise zur Implementierung eines enthaftenden Tax-CMS bei Auslandsbanken.

Dabei wird insbesondere auf die aktuellen Verlautbarungen der deutschen Finanzverwaltung zur enthaftenden Wirkung eines Tax-CMS sowie auf den am 31. Mai 2017 veröffentlichten IDW Praxishinweis 1/2016²⁴ zur Ausgestaltung und Prüfung eines Tax-CMS gemäß IDW PS 980 eingegangen. Dieser dürfte sich als Branchenstandard auch für Banken etablieren.

I. Gründe für die Einführung eines Tax-CMS

Hauptgrund für die Einführung eines Tax-CMS ist regelmäßig der Schutz von Bank, Geschäftsleitung und Mitarbeitern vor steuerstraf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken vor dem Hintergrund einer verschärften Gesetzgebung und Rechtsprechung im Steuerstrafrecht sowie einer „härteren Gangart“ der Finanzverwaltung.²⁵

Ein Tax-CMS schützt zudem vor den zivilrechtlichen und steuerlichen Haftungsrisiken mangelhafter Tax Compliance, die in Teil C dargestellt wurden.

Durch ein Tax-CMS lassen sich aber auch **Effizienz- und Kostenvorteile** durch Schaffung einer wohlorganisierten Steuerorganisation erzielen. Die Praxis zeigt, dass die Kosten mangelhafter Tax Compliance oftmals die Kosten eines Tax-CMS um ein Vielfaches übersteigen.



Durch ein Tax-CMS lassen sich Effizienz- und Kostenvorteile erzielen. Kosten mangelhafter Tax Compliance übersteigen die Kosten eines Tax-CMS um ein Vielfaches.

II. Pflicht zur Einführung eines Tax-CMS

1. Allgemein

Grundlage der Compliance-Pflicht in Deutschland ist die Legalitätspflicht des Vorstands bzw. der Geschäftsführung. Jedes Mitglied des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung hat dafür Sorge zu tragen, dass im Außenverhältnis alle Vorschriften eingehalten werden, die die Gesellschaft als Rechtssubjekt treffen.

Ein Rechtsverstoß im Außenverhältnis birgt stets das Risiko einer Pflichtverletzung und damit einer Schadenersatzpflicht des Vorstands bzw. Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft.

Die Einhaltung der Tax-Compliance erfordert je nach Art, Umfang und Risikoexposition des Unternehmens unterschiedliche Maßnahmen. Ab einer gewissen Unternehmenskomplexität wird Tax-Compliance nicht mehr ohne ein mehr oder minder stark ausgeprägtes Tax-CMS gewährleistet werden können.

²⁴ IDW Praxishinweis 1/2016 vom 31. Mai 2017, IDWLife 7/2017, S. 837.

²⁵ Vgl. oben in Teil A.

Vorständen oder Geschäftsführern, die im Unternehmen bestehende Risiken ohne ein systematisches Risikomanagementsystem zu beherrschen versuchen, muss bewusst sein, dass sie hierfür die haftungsrechtlichen Konsequenzen tragen.

Die Auskunftersuchen der BaFin an alle der deutschen Bankenaufsicht unterliegenden Kreditinstitute zu „Cum/Ex“- und „Cum/Cum“-Geschäften²⁶ sowie zu den „Panama Papers“ haben gezeigt, dass Steuerrisiken für betroffene Banken auch existenzbedrohende Ausmaße annehmen können.

2. Rechtspflicht vs. faktische Pflicht

In Deutschland wird zum Teil noch diskutiert, ob es eine ausdrücklich normierte Rechtspflicht zum Aufbau eines Compliance-Systems gibt.

Spätestens nach der „Siemens/Neubürger“-Entscheidung des Landgerichts München²⁷ muss sich die Praxis jedoch darauf einstellen, dass aus Vorsichtsgründen eine solche Pflicht jedenfalls bei größeren Unternehmen anzunehmen ist. Für Auslandsbanken, die mit verschiedenen Gruppengesellschaften als auch mit anderen Einheiten grenzüberschreitend agieren, wird daher in aller Regel die Einführung eines Tax-CMS geboten sein, um eine vollständige Tax Compliance zu gewährleisten.

Im Steuerrecht ist diese Diskussion auch aufgrund des Anwendungserlasses zu § 153 Abgabenordnung von der Realität überholt.²⁸ Angesichts der hohen Risiken mangelhafter Tax Compliance besteht im Bereich der Steuern für Unternehmen ab einer gewissen Größe zumindest die faktische Notwendigkeit eines Tax-CMS. Dies ergibt sich auch aus den gesetzlichen Anforderungen an eine gehörige Aufsicht im Unternehmen zur Vermeidung von Sanktionen nach §§ 130, 30 OWiG.²⁹

3. Anwendungserlass zu § 153 AO

Zentrale Bedeutung für die Einrichtung eines Tax-CMS hat der 2016 eingeführte Anwendungserlass zu § 153 Abgabenordnung (AEAO zu § 153 AO),³⁰ in dem die deutsche Finanzverwaltung erstmals die enthaftende Wirkung eines Tax-CMS in Tz. 2.6 offiziell anerkennt:

„Hat der Steuerpflichtige ein **innerbetriebliches Kontrollsystem** eingerichtet, dass der Erfüllung der steuerlichen Pflichten dient, kann dies gegebenenfalls ein Indiz darstellen, das gegen das Vorliegen eines Vorsatzes oder der Leichtfertigkeit sprechen kann, jedoch befreit dies nicht von einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls.“

Der Erlass ist eine Reaktion der Finanzverwaltung auf das gestiegene steuerstrafrechtliche Risiko³¹ und die in der Praxis zunehmend schwierige Abgrenzung eines „normalen Arbeitsfehlers“ von steuerstrafrechtlich relevantem Verhalten im Unternehmen. Die Finanzverwaltung versteht den Erlass als Angebot, durch ein Tax-CMS insbesondere das strafrechtliche Risiko „normaler“ Fehler in der täglichen Steuerarbeit (z. B. verspätete Abgabe bzw. Berichtigung von Steuererklärungen) wirksam zu reduzieren.

Die Finanzverwaltung lässt jedoch offen, welche konkreten Anforderungen ein Tax-CMS erfüllen muss, damit es seine enthaftende Wirkung entfalten kann. Diese werden durch den IDW

²⁶ Vgl. BaFin-Pressemittelung vom 18. Juli 2017: Cum/Cum-Geschäfte: BaFin startet Abfrage bei allen deutschen Kreditinstituten.

²⁷ Vgl. ausführlich dazu oben unter C.III.

²⁸ Vgl. dazu unter 3.

²⁹ Vgl. ausführlich oben unter C.II.1.e).

³⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 23. Mai 2016 – IV A 3-S 0324/15/10001, IV A 4-S 0324/14/10001 (AEAO zu § 153 AO), BStBl. I 2016, 490.

³¹ Vgl. oben unter C.II.1.a)(i).

Praxishinweis 1/2016 konkretisiert, der auf Initiative des BMF vom IDW erarbeitet und am 31. Mai 2017 in seiner finalen Fassung veröffentlicht wurde (Einzelheiten, vgl. unten).



Die aktuellen Verlautbarungen der deutschen Finanzverwaltung und des IDW in Verbindung mit der bestehenden „Compliance-Rechtsprechung“ bieten neue Möglichkeiten zur Etablierung und rechtssicheren Ausgestaltung eines enthaftenden Tax-CMS.

4. Besonderheit bei Auslandsbanken

Rechtlich selbständige deutsche Tochtergesellschaften von Auslandsbanken und unselbständige Zweigniederlassungen von Auslandsbanken außerhalb der EU bzw. des EWRs sind zudem auch aufgrund der bankenspezifischen Compliance-Regelung in § 25a Abs. 1 KWG (und § 53 KWG) zur Einrichtung interner Kontrollsysteme verpflichtet. Danach muss ein angemessenes und wirksames Risikomanagement sichergestellt werden, anhand dessen sich die finanzielle Lage des Unternehmens jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt. Die gesetzlichen Anforderungen an die Compliance-Organisation werden durch Verwaltungsanweisungen³² der Bankenaufsicht konkretisiert:

AT 4.4.2. MaRisk: „Jedes Institut muss über eine Compliance-Funktion verfügen, um den Risiken, die sich aus der Nichteinhaltung rechtlicher Regelungen und Vorgaben ergeben können, entgegenzuwirken. Die Compliance-Funktion hat auf die Implementierung wirksamer Verfahren zur Einhaltung der für das Institut wesentlichen rechtlichen Regelungen und Vorgaben und entsprechender Kontrollen hinzuwirken. Ferner hat die Compliance-Funktion die Geschäftsleitung hinsichtlich der Einhaltung dieser rechtlichen Regelungen und Vorgaben zu unterstützen und zu beraten.“

Zwar ist umstritten, ob auch Steuerrisiken von dieser gesetzlich normierten Pflicht zum Aufbau einer Compliance-Organisation erfasst werden. Die jüngsten Auskunftersuchen der BaFin³³ zeigen jedoch, dass Steuerrisiken angesichts ihrer finanziellen Auswirkungen zunehmend auch in den Fokus der Bankenaufsicht gelangen. Die Compliance-Funktion von Banken ist zudem allgemein auf die „Einhaltung der für das Institut wesentlichen rechtlichen Regelungen und Vorgaben“³⁴ gerichtet. Steuerrisiken sind daher von der Compliance-Organisation der Bank zu erfassen. Ein Tax-CMS ist sinnvoll in die bestehende Compliance-Organisation zu integrieren.



Steuerrisiken sind (derzeit) im Fokus der deutschen Bankenaufsicht. Steuerrisiken sind daher von der Compliance-Organisation der Bank zu erfassen und ein Tax-CMS ist sinnvoll in die bestehende Compliance-Organisation einzubetten.

III. Anforderungen an ein wirksames Tax-CMS nach IDW PS 980

1. Hintergrund

Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat 2011 einen allgemeingültigen branchenübergreifenden Prüfungsstandard zur Zertifizierung von Compliance-Management-Systemen (IDW PS 980) veröffentlicht.³⁵ Bereits im Sommer 2015 wurde auf Initiative des BMF eine IDW-Arbeitsgruppe gebildet, um

³² Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk).

³³ Vgl. Fn 26.

³⁴ Vgl. AT 4.4.2. Abs. 1 MaRisk.

³⁵ Vgl. IDW Prüfungsstandard: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980), Verlautbarung vom 11. März 2011, WPg Supplement 2/2011, 78ff.

auf Grundlage des IDW PS 980 konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung und Prüfung eines Tax-CMS zu erarbeiten.

Nach einem ersten Entwurf im Juni 2016 und der Berücksichtigung von Anmerkungen aus dem Berufsstand und von anderen Berufsverbänden hat das IDW am 31. Mai 2017 den finalen IDW Praxishinweis 1/2016: Ausgestaltung und Prüfung eines Tax-CMS gemäß IDW PS 980 (IDW Praxishinweis 1/2016) veröffentlicht.³⁶

Dieser beinhaltet ein siebenstufiges Modell zur Implementierung und Prüfung von Compliance Management Systemen.

Abb. 7: Die sieben Elemente des IDW PS 980



Der IDW PS 980 dürfte sich in Deutschland auch im Bankenbereich als Branchenstandard für Tax-CMS etablieren.

2. Ausgewählte Aspekte

Folgende Aspekte erscheinen uns für das Verständnis eines Tax-CMS nach IDW PS 980 wichtig:

Wie ein Tax-CMS nach IDW PS 980 konkret auszugestaltet ist, um enthaftend zu wirken, lässt sich nicht pauschal beantworten. Während die nachfolgend näher dargestellten sieben Grundelemente Bedeutung für alle Unternehmen haben, ist ein Tax-CMS letztlich individuell an den jeweiligen Besonderheiten und Bedürfnissen des einzelnen Unternehmens auszurichten.³⁷

Ein Tax-CMS kann sich darüber hinaus auf abgegrenzte Teilbereiche wie etwa einzelne Steuerarten, z. B. Umsatzsteuer, Lohnsteuer, Einkommensteuer, oder einzelne Gruppengesellschaften beziehen. Somit lässt sich ein Tax-CMS auch sukzessive einführen, allerdings tritt auch nur insoweit eine enthaftende Wirkung ein. In der Praxis werden Tax-CMS meist über alle für die Bank relevanten Gesellschaften und Steuerarten eingeführt, um Unternehmen, Geschäftsleitung und Mitarbeiter umfassend zu schützen. Dabei ist der stets individuell zu bestimmende, richtige risikobasierte Ansatz

³⁶ IDW Prüfungshinweis 1/2016, IDW Life, 07/2017, 837.

³⁷ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 4.

von entscheidender Bedeutung, um die enthaftende Wirkung und ein kosteneffizientes Vorgehen sicherzustellen (z. B. durch Clustering von Gesellschaften mit vergleichbaren Steuerrisiken).

Tax-CMS Prüfungen sind in erster Linie betriebswirtschaftliche Systemprüfungen. Ein wirksames Tax-CMS erfordert jedoch, dass die konkreten materiell-rechtlichen Steuerrisiken des Unternehmens identifiziert und ihnen geeignete Maßnahmen entgegengesetzt werden, die geeignet sind, Verstöße gegen steuerliche Erklärungspflichten zu verhindern. Für die enthaftende Wirkung ist es daher wichtig, dass die Konzeptionierung, Implementierung und Prüfung von Tax-CMS unter Einbindung qualifizierter Steuerberater und auf das Steuerrecht spezialisierte Anwälte erfolgt. Diese sollten neben Fachwissen in den zu prüfenden Steuerarten gerade im Bankenbereich über entsprechende Branchenkenntnisse verfügen. Zudem sollten die mit der Einführung oder Prüfung des Tax-CMS betrauten Personen mit der zur Abwehr steuerstrafrechtlicher Risiken relevanten Gesetzgebung und Rechtsprechung vertraut sein.

Der Prüfung eines Tax-CMS liegt die sog. Tax-CMS Beschreibung zugrunde. Diese beinhaltet eine Darstellung aller sieben Grundelemente eines Tax-CMS (s. u.) unter Berücksichtigung der angewandten Tax-CMS Grundsätze. Unter Tax-CMS-Grundsätzen sind allgemein anerkannte Rahmenkonzepte oder vom Unternehmen selbst entwickelte Grundsätze für ein Tax-CMS zu verstehen. Dies können auch ausländische oder internationale Compliance-Konzepte sein, vgl. z. B. OECD: Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks.³⁸

So lässt sich ein deutsches Tax-CMS nach IDW PS 980 sinnvoll in die bestehende Tax- bzw. Non-Tax Compliance Organisation der Auslandsbank integrieren und mit den Anforderungen an ein Tax-CMS im Ausland verbinden (z. B. Australian Government: Tax Review Management und Governance Review Guide³⁹).

Da das Tax-CMS deutsche Risiken abwehren soll, ist bei einer Einbindung in ein übergeordnetes internationales (Tax) CMS besonders darauf zu achten, dass für den deutschen Teil zumindest die Voraussetzungen des § 130 OWiG beachtet werden, die sich in den Ausführungen des IDW PS 980 jedenfalls zum Teil wiederfinden. Die konkrete Ausgestaltung des Tax-CMS kann von Unternehmen zu Unternehmen variieren, was den verschiedenen unternehmensindividuellen Faktoren geschuldet,⁴⁰ aber auch vom IDW Praxishinweis 1/2016 selbst gewollt ist. So führt der IDW Praxishinweis 1/2016 in Rn. 24 einen Katalog von Eigenschaften an, die auf ein Unternehmen zutreffen können. Bspw. werden die Größe des Unternehmens, Art und Umfang der Geschäftstätigkeit, Branche und Betätigungsfelder, nationale oder internationale Ausrichtung und diverse weitere Merkmale genannt, die zu einer aus Sicht des IDW unterschiedlichen Ausgestaltung eines Tax-CMS führen können. Insoweit sollen die sieben Stufen des IDW PS 980 keinen Mindeststandard definieren.

3. Grundelemente eines Tax-CMS

Ein Tax-CMS nach IDW PS 980 muss grundsätzlich die folgenden sieben Grundelemente enthalten:

³⁸ Vgl. OECD: Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks, OECD Publishing, Paris 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264253384-en> (Stand: 13. August 2017)

³⁹ Vgl. <https://www.ato.gov.au/Business/Large-business/In-detail/Key-products-and-resources/Tax-risk-management-and-governance-review-guide/> (Stand: 13. August 2017).

⁴⁰ Vgl. Bürkle BB 2005, 565; Knierim, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Auflage 2014, Kap. 5 Rn. 106.

a) *Tax Compliance-Kultur*⁴¹

Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit eines Tax-CMS ist die im Unternehmen bzw. Konzern gelebte Tax-Compliance-Kultur. Hier geht es um das **Bekenntnis des Unternehmens** bzw. Konzerns und seiner Führung zu (steuer)rechtsgetreuem Verhalten. Dieses muss durch ein zielgerichtetes Bekenntnis der Unternehmensführung („**tone from the top**“) zur Einhaltung und Erfüllung der steuerlichen Pflichten vermittelt werden. So sollte z. B. die Verpflichtung zur Steuerzahlung eher als gesellschaftliche Verpflichtung denn als lästiger Kostenfaktor angesehen und kommuniziert werden.



Voraussetzung für ein wirksames Tax-CMS ist die gelebte Tax Compliance-Kultur, d. h. ein Bekenntnis der Unternehmensführung zur Einhaltung und Erfüllung der steuerlichen Pflichten.

b) *Tax Compliance-Ziele*⁴²

Die Tax Compliance-Ziele werden von den gesetzlichen Vertretern des Unternehmens festgelegt und dienen als Grundlage zur Beurteilung der Tax Compliance-Risiken. Hier können jegliche Ziele definiert werden, die das Unternehmen mit dem Tax-CMS verfolgt. Letztlich beruhen die Tax Compliance-Ziele auf der Unternehmensstrategie, aus welcher sie abgeleitet werden. Es werden Rahmen und Aufgaben der Steuerfunktion festgelegt. Dabei kann auch die Steueroptimierung als ein (Teil-)Ziel eines Tax-CMS definiert werden.

Zu beachten ist jedoch, dass die mit der Definition der Tax Compliance-Ziele verbundene Schwerpunktsetzung ihre Grenzen in dem übergeordneten Ziel des rechtskonformen Handelns finden muss.

c) *Tax Compliance-Organisation*⁴³

Die Compliance-Organisation betrifft die „Rollen und Verantwortlichkeiten“, aber auch „die Ablauforganisation für die Einhaltung der steuerrechtlichen Pflichten“. Sie umfasst sowohl die vertikale als auch horizontale Delegation der steuerrechtlichen Aufgaben.

Im Rahmen der Tax Compliance-Organisation sind die Anforderungen des § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG an eine gehörige Aufsicht zu berücksichtigen. Es muss eine sachgerechte Organisation und Aufgabenverteilung innerhalb des Betriebs und Unternehmens stattfinden. Aufsichtsmaßnahmen, die der Inhaber des Unternehmens nicht selbst wahrnimmt, müssen derart delegiert werden, dass keine Lücken entstehen und die zwischengeschalteten Aufsichtspersonen „Inhalt und Umfang ihrer Pflichten“ kennen. Sofern Zweifel im Hinblick auf Zuständigkeiten bestehen oder sich gar „keine für die Aufsicht zuständige Person feststellen“ lässt, „liegt regelmäßig ein den Inhaber treffender Organisationsmangel vor“. Daher ist auf eine **klare und eindeutige Verteilung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten** innerhalb der Tax Compliance-Organisation zu achten. Die betriebliche Organisation der Tax Compliance-Funktion ist in die Gesamtorganisation des Betriebs und Unternehmens zu integrieren. Dabei gilt es alle steuerlich relevanten Bereiche in die Organisation der Tax Compliance einzubeziehen.⁴⁴

Bei der Aufgabenverteilung ist darauf zu achten, dass das betreffende **Personal sorgfältig ausgewählt** wird. Zur Gewährleistung einer sorgfältigen Auswahl sind die **Erstellung von Aufgaben-**

⁴¹ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 26 ff.

⁴² IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 31 ff.

⁴³ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 35 ff.

⁴⁴ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 11.

und Stellenprofilen sowie die Dokumentation der Qualifikation der Mitarbeiter unerlässlich.⁴⁵ Dabei ist „eine klare und vollständige“ **Beschreibung der Aufgaben** des jeweiligen Mitarbeiters erforderlich. Daneben muss der jeweilige Mitarbeiter mit den Mitteln, aber auch Befugnissen ausgestattet werden, die für die Aufgabenerfüllung erforderlich sind.⁴⁶



Bei einer Tax Compliance-Organisation ist auf klare und eindeutige Verteilung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten zu achten. Sorgfältige Personalauswahl, Erstellung von Aufgaben- und Stellenprofilen sowie die Dokumentation der Mitarbeiterqualifikation sind dabei notwendig.

d) *Tax Compliance-Risiken*⁴⁷

Unter Berücksichtigung der Compliance-Ziele sind die Tax Compliance-Risiken zu ermitteln. Hierzu wird eine der Unternehmensorganisation angemessene systematische Risikoerkennung und -beurteilung durchgeführt. Dies kann z. B. durch Erstellung einer Risiko-Kontroll-Matrix geschehen, mittels derer das Risikopotential einzelner, zuvor ausgewählter Steuerarten für das konkrete Unternehmen dargestellt wird. Bei der Risikoanalyse ist darauf zu achten, dass das übergeordnete Ziel eines Tax-CMS die Vermeidung von steuerrechtlichen Verstößen ist. Die Risikoanalyse muss daher in erster Linie untersuchen, welche materiellen Steuerrisiken sich aus dem Unternehmen selbst und seinen Geschäftsfeldern sowie seiner Organisation ergeben. Diese Risiken sind zu identifizieren und in Risikoklassen einzuordnen. Dabei sind Eintrittswahrscheinlichkeit und mögliche Folgen zu berücksichtigen.

e) *Tax Compliance-Programm*⁴⁸

Bei dem Compliance-Programm handelt es sich um Maßnahmen, die den festgestellten Risiken entgegenwirken, aber auch solche, die bei festgestellten Compliance-Verstößen zu ergreifen sind. Hierbei ist zu beachten, dass die Maßnahmen den Anforderungen des § 130 OWiG für eine „gehörige Aufsicht“ genügen. Diese umfassen auch ein Einschreiten bei Verstößen. Zu Abwehr einer zivilrechtlicher Schadenersatzhaftung der Vorstände ist nach der Rechtsprechung erforderlich, dass bei Kenntnis von Gesetzesverletzungen „Maßnahmen zur Aufklärung und Untersuchung von Verstößen, deren Abstellen und der Ahndung der betroffenen Mitarbeiter eingeleitet“ ergriffen werden müssen.⁴⁹

Die zu ergreifenden Maßnahmen können präventiven und detektiven Charakter haben. Neben Richtlinien und Anweisungen können sie auch **Checklisten, Schulungen, die Kommunikation von Rechtsänderungen** usw. umfassen.⁵⁰ Auch das sog. **Vier-Augen-Prinzip und anlassbezogene oder stichprobenhafte Untersuchungen** sind Maßnahmen, die grundsätzlich einzuführen und umzusetzen sind. Um steuerliche Verstöße zu vermeiden ist das eingesetzte Personal regelmäßig über seine Pflichten und gesetzliche Neuerungen, aber auch geänderte Verwaltungsauffassungen und Rechtsprechung aufzuklären und zu instruieren. Gegebenenfalls sind infolge derartiger Veränderungen auch die Prozesse und Richtlinien selbst anzupassen.

⁴⁵ Vgl. auch *Geuenich/Kiesel* BB 2012, 155, 162.

⁴⁶ *Besch/Starck*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Auflage 2016, § 33 Rn. 102.

⁴⁷ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 41 f.

⁴⁸ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 43 ff.

⁴⁹ LG München I, Urteil v. 10. Dezember 2013 – 5 HK O 1387/10.

⁵⁰ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 44.

Der Umfang von einzuführenden Überwachungs- und Kontrollmechanismen richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls. Die Gefahrgeneignetheit der Tätigkeit und das Gewicht der zu befolgenden Vorschriften wirken sich besonders auf den Umfang der erforderlichen Kontrolldichte. Im Einzelfall kann auch eine „laufende Kontrolle“ erforderlich sein, die sich „nicht in gelegentlichen Überprüfungen erschöpfen darf“. Für neue Mitarbeiter ist beispielsweise vorzusehen, dass diese umfangreicher zu überwachen sind als Mitarbeiter, die seit langem im Unternehmen und eingearbeitet sind sowie ihre Tätigkeit in der Vergangenheit immer zuverlässig ausgeübt haben.⁵¹



Ein Tax Compliance-Programm kann den Risiken durch Richtlinien, Anweisungen als auch durch Checklisten, Schulungen sowie die zeitnahe Kommunikation von Rechtsänderungen, das Vier-Augen-Prinzip und stichprobenhaften Prüfungen steuerlichen Risiken entgegenwirken.

f) *Tax Compliance-Kommunikation*⁵²

Compliance-Kommunikation liegt der Gedanke zugrunde, dass Compliance nur dann Wirksamkeit entfalten kann, wenn sie **aktiv** im Unternehmen **kommuniziert** wird. Daher müssen die für die Umsetzung des Tax-CMS und zum Erreichen der Ziele maßgeblichen Personen von Ihren Rollen und Verantwortlichkeiten im Rahmen des Tax-CMS unterrichtet werden.

Die Kommunikation der maßgeblichen Richtlinien, Arbeitsanweisungen, Rechtsänderungen etc. kann beispielsweise durch **(E-Mail-)Newsletter, aber auch Schulungen** erfolgen. Hierbei ist auf eine **regelmäßige** Kommunikation zu achten, welche die maßgeblichen Compliance-Regelungen in regelmäßigen Abständen bei den von ihnen betroffenen Personen zurück ins Gedächtnis ruft.

g) *Tax Compliance-Überwachung und -Verbesserung*⁵³

Als letztes Grundelement wird eine Überwachung und Verbesserung des Tax-CMS verlangt. Die Überwachung betrifft in erster Linie die Effektivität bzw. Wirksamkeit des Tax-CMS. Das Tax-CMS muss „leben“ und sich mit dem Unternehmen bzw. Konzern dynamisch weiterentwickeln.

Um den Voraussetzungen des § 130 OWiG zu genügen sind festgestellte Regelverstöße abzustellen und Mängel des Tax-CMS zu beseitigen. Bei Regelverstößen sind angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um diese in Zukunft zu verhindern. Je nach Schwere der Zuwiderhandlung kann es erforderlich sein, Sanktionen anzudrohen bzw. zu verhängen, um eine Wiederholung zu verhindern.⁵⁴ Dies kann auch die Kündigung unzuverlässiger Arbeitnehmer bedeuten, sofern dies arbeitsrechtlich zulässig ist.

IV. *Testierung des Tax-CMS nach IDW PS 980*

In Deutschland kann ein Unternehmen sein Tax-CMS auf Basis des IDW PS 980 (wie auch jedes andere CMS) von einem Wirtschaftsprüfer prüfen und testieren lassen. Eine Testierung oder Zertifizierung durch die Finanzverwaltung im Rahmen eines gesonderten Prozesses ist in Deutschland nicht vorgesehen.

Die Prüfung ist konzeptionell eine Systemprüfung und dient nicht der Identifikation einzelner Fehler.⁵⁵ Es stehen zwei Prüfungstiefen zur Verfügung:

⁵¹ KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 62.

⁵² IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 48 ff.

⁵³ IDW Praxishinweis 1/2016, Rn. 52 ff.

⁵⁴ Vgl. Rogall, in: KK-OWiG, 4. Auflage 2014, § 130 Rn. 42.

⁵⁵ IDW PS 980, Rn. 18.

- Angemessenheitsprüfung und
- (umfassende) Wirksamkeitsprüfung.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung wird beurteilt, ob die CMS-Beschreibung zutreffend ist und ob die dort niedergelegten Grundsätze und Maßnahmen Risiken für wesentliche Regelverstöße rechtzeitig erkennen lassen und solche Regelverstöße verhindern können. Darüber hinaus wird beurteilt, ob die Grundsätze und Maßnahmen zu einem bestimmten Zeitpunkt implementiert waren.⁵⁶

Die Wirksamkeitsprüfung basiert auf der Angemessenheitsprüfung. Es wird zusätzlich festgestellt, ob das CMS während eines bestimmten Zeitraums wirksam war.⁵⁷ Um durch das Tax-CMS eine weitreichende Enthftung zu erlangen, sollte die umfassendere Wirksamkeitsprüfung angestrebt werden.

Ob und inwieweit ein Testat zusätzliche Rechtssicherheit gegenüber den Finanzbehörden/Strafverfolgungsbehörden bietet und im konkreten Fall geeignet ist, Vorsatz und Leichtfertigkeit auszuschließen, ist umstritten.⁵⁸ Hat ein Unternehmen ein Tax-CMS durch einen qualifizierten externen Berater prüfen und zertifizieren lassen, kann dem Unternehmen und seinem Leitungspersonal aber wohl nur schwerlich der Vorwurf gemacht werden, nicht alles Erforderliche getan zu haben, um die Abgabe unrichtiger Steuererklärungen zu vermeiden. Durch die Zertifizierung lässt sich das Risiko steuerstrafrechtlicher Sanktionen gegenüber der bloßen Implementierung eines Tax-CMS nochmals weiter reduzieren.

V. Umsetzung und Implementierung eines Tax-CMS nach IDW PS 980

Die Umsetzung und Implementierung eines Tax-CMS erfolgt typischerweise in mehreren Schritten. Dabei ist grundsätzlich zu empfehlen, mit einem **fachgebietsübergreifenden Team** zu arbeiten, das in der Lage ist, die relevanten steuerlichen, rechtlichen und prozessualen Themen umfänglich abzudecken. Neben der Bewertung der steuerlichen Risiken durch entsprechend qualifizierte Steuerberater/Steueranwälte wird in aller Regel der Rat entsprechend qualifizierter Rechtsanwälte im Hinblick auf die Anforderungen des § 130 OWiG erforderlich sein.

1. Fokus des Tax-CMS

Im Rahmen der vorbereitenden Planung zum Aufbau eines Tax-CMS sollte zunächst der Fokus bezüglich Steuerarten und einzubeziehender Gruppengesellschaften festgelegt werden (sogenanntes „Scoping“). Üblicherweise deckt ein Tax-CMS die folgenden vier Kernsteuerarten ab:

- Ertragsteuern,
- Umsatzsteuer,
- Lohnsteuer sowie
- Kapitalertragsteuer und sonstige Abzugsteuern.

Dies gilt gleichermaßen für Auslandsbanken, unabhängig davon, ob sie in Deutschland über eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung oder über eine (oder mehrere) Tochtergesellschaft(en) verfügen. Demgegenüber ist die Anzahl der einzubeziehenden Gruppengesellschaften/Betriebsstätten bei Auslandsbanken in der Regel deutlich geringer als bei großen inländischen Konzernen.

⁵⁶ IDW PS 980, Rn. 17.

⁵⁷ IDW PS 980, Rn. 14.

⁵⁸ Ablehnend: *Simon/Merkelbach* AG 2014, 318, 321; *Fleischer* NZG 2014, 321, 325; *Rieder/Falge* BB 2013, 778; *Böttcher* NZG 2011, 1054, 1055 f.; jedenfalls kritisch *Wulf* wistra 2016, 337, 338; Zustimmung: *Gelhausen/Wermelt* CCZ 2010, 208, 210; *Busekist/Hein* CCZ 2012, 41, 45; *Schemmel/Minkoff* CCZ 2012, 49, 53 f.

2. Ist-Soll-Analyse (Risiko-Kontroll-Matrix)

Nachdem der Fokus des Tax-CMS bestimmt wurde, wird der Ist-Zustand der Tax Compliance-Strukturen anhand der vorhandenen Maßnahmen, Kontrollen und Dokumentationen aufgenommen. Dabei sind neben der Papierlage auch rein faktische („gelebte“) Prozesse zu berücksichtigen. Bei Auslandsbanken sind dabei auch globale Steuerelemente in den Blick zu nehmen. Als Leitbild der Ist-Analyse gelten die unter D.III.3 dargestellten sieben Grundelemente eines Tax-CMS nach IDW PS 980, wobei sich in der Praxis diesbezügliche Checklisten etabliert haben. Auf Basis der Ist-Analyse erfolgt eine Gegenüberstellung der bereits implementierten mit den erwarteten Kontrollen und Maßnahmen bezogen auf die identifizierten Risiken.

Ergebnis der Ist-Soll-Analyse ist eine gesellschaftsbezogene Risiko-Kontroll-Matrix, welche die Risiken den bereits implementierten als auch erwarteten Kontrollen und Maßnahmen gegenüberstellt.

3. Umsetzung von Verbesserungsmaßnahmen

Basierend auf der Risiko-Kontroll-Matrix kann eine Liste der erforderlichen Verbesserungsmaßnahmen in Form von zu überarbeitenden Prozessen, Kontrollen und Richtlinien abgeleitet werden.⁵⁹

Diese Maßnahmen und Kontrollen sollten die identifizierten Risiken minimieren und dabei zugleich angemessen, durchführbar und praktikabel sein. Zudem können ineffiziente oder überflüssige Maßnahmen vermieden werden. Die neue Prozesslage muss sodann in Form von **Richtlinien, Arbeitsanweisungen und Prozessdokumentationen** schriftlich niedergelegt werden. Kernaspekte hierbei sind

- die interne Kompetenzverteilung,
- Auswahl und Instruktion der Mitarbeiter,
- Kontrolle und
- das Krisenmanagement.

Dazu zählt aber auch eine klare Eskalationsstrategie für problematische Sachverhalte. Als probate Kontrolle haben sich z. B. das **Vier-Augen-Prinzip, anlassbezogene Stichproben** oder auch **IT-gestützte Lösungen** etabliert.



Verbesserungsmaßnahmen sollten in Richtlinien, Arbeitsanweisungen und Prozessdokumentationen schriftlich festgehalten werden. Wirksam kontrolliert wird deren Einhaltung durch das Vier-Augen-Prinzip, anlassbezogene Stichproben und IT-gestützte Lösungen.

⁵⁹ Ludwig/Breimann/Kusch, DStR 2016, 2240.

E. Anhang (Stand der Gesetze: 1. September 2017)

I. Abgabenordnung – AO (Auszug)

§ 34 Pflichten der gesetzlichen Vertreter und der Vermögensverwalter

(1) ¹Die gesetzlichen Vertreter natürlicher und juristischer Personen und die Geschäftsführer von nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen und Vermögensmassen haben deren steuerliche Pflichten zu erfüllen. ²Sie haben insbesondere dafür zu sorgen, dass die Steuern aus den Mitteln entrichtet werden, die sie verwalten.

(2) ¹Soweit nicht rechtsfähige Personenvereinigungen ohne Geschäftsführer sind, haben die Mitglieder oder Gesellschafter die Pflichten im Sinne des Absatzes 1 zu erfüllen. ²Die Finanzbehörde kann sich an jedes Mitglied oder jeden Gesellschafter halten. ³Für nicht rechtsfähige Vermögensmassen gelten die Sätze 1 und 2 mit der Maßgabe, dass diejenigen, denen das Vermögen zusteht, die steuerlichen Pflichten zu erfüllen haben.

(3) Steht eine Vermögensverwaltung anderen Personen als den Eigentümern des Vermögens oder deren gesetzlichen Vertretern zu, so haben die Vermögensverwalter die in Absatz 1 bezeichneten Pflichten, soweit ihre Verwaltung reicht.

§ 35 Pflichten des Verfügungsberechtigten

Wer als Verfügungsberechtigter im eigenen oder fremden Namen auftritt, hat die Pflichten eines gesetzlichen Vertreters (§ 34 Abs. 1), soweit er sie rechtlich und tatsächlich erfüllen kann.

§ 69 Haftung der Vertreter

¹Die in den §§ 34 und 35 bezeichneten Personen haften, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 37) infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt oder soweit infolgedessen Steuervergütungen oder Steuererstattungen ohne rechtlichen Grund gezahlt werden. ²Die Haftung umfasst auch die infolge der Pflichtverletzung zu zahlenden Säumniszuschläge.

§ 71 Haftung des Steuerhinterziehers und des Steuerhehlers

Wer eine Steuerhinterziehung oder eine Steuerhehlerei begeht oder an einer solchen Tat teilnimmt, haftet für die verkürzten Steuern und die zu Unrecht gewährten Steuervorteile sowie für die Zinsen nach § 235 und die Zinsen nach § 233a, soweit diese nach § 235 Absatz 4 auf die Hinterziehungszinsen angerechnet werden.

§ 153 Berichtigung von Erklärungen

(1) ¹Erkennt ein Steuerpflichtiger nachträglich vor Ablauf der Festsetzungsfrist,

1. dass eine von ihm oder für ihn abgegebene Erklärung unrichtig oder unvollständig ist und dass es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist oder
2. dass eine durch Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern zu entrichtende Steuer nicht in der richtigen Höhe entrichtet worden ist,

so ist er verpflichtet, dies unverzüglich anzuzeigen und die erforderliche Richtigstellung vorzunehmen.²Die Verpflichtung trifft auch den Gesamtrechtsnachfolger eines Steuerpflichtigen und die nach den §§ 34 und 35 für den Gesamtrechtsnachfolger oder den Steuerpflichtigen handelnden Personen.

(2) Die Anzeigepflicht besteht ferner, wenn die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung, Steuerermäßigung oder sonstige Steuervergünstigung nachträglich ganz oder teilweise wegfallen.

(3) Wer Waren, für die eine Steuervergünstigung unter einer Bedingung gewährt worden ist, in einer Weise verwenden will, die der Bedingung nicht entspricht, hat dies vorher der Finanzbehörde anzuzeigen.

§ 370 Steuerhinterziehung

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht,
2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder
3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt

und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3)¹In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

²Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt,
2. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger oder Europäischer Amtsträger (§ 11 Absatz 1 Nummer 2a des Strafgesetzbuchs) missbraucht,
3. die Mithilfe eines Amtsträgers oder Europäischen Amtsträgers (§ 11 Absatz 1 Nummer 2a des Strafgesetzbuchs) ausnutzt, der seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht,
4. unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt,
5. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach Absatz 1 verbunden hat, Umsatz- oder Verbrauchssteuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Umsatz- oder Verbrauchssteuervorteile erlangt oder
6. eine Drittstaat-Gesellschaft im Sinne des § 138 Absatz 3, auf die er alleine oder zusammen mit nahestehenden Personen im Sinne des § 1 Absatz 2 des Außensteuerges-

setzes unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden oder bestimmenden Einfluss ausüben kann, zur Verschleierung steuerlich erheblicher Tatsachen nutzt und auf diese Weise fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt.

(4) ¹Steuern sind namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden; dies gilt auch dann, wenn die Steuer vorläufig oder unter Vorbehalt der Nachprüfung festgesetzt wird oder eine Steueranmeldung einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht. ²Steuervorteile sind auch Steuervergütungen; nicht gerechtfertigte Steuervorteile sind erlangt, soweit sie zu Unrecht gewährt oder belassen werden. ³Die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 sind auch dann erfüllt, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können.

(5) Die Tat kann auch hinsichtlich solcher Waren begangen werden, deren Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr verboten ist.

(6) ¹Die Absätze 1 bis 5 gelten auch dann, wenn sich die Tat auf Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben bezieht, die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verwaltet werden oder die einem Mitgliedstaat der Europäischen Freihandelsassoziation oder einem mit dieser assoziierten Staat zustehen. ²Das Gleiche gilt, wenn sich die Tat auf Umsatzsteuern oder auf die in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 2008/118/EG des Rates vom 16. Dezember 2008 über das allgemeine Verbrauchsteuersystem und zur Aufhebung der Richtlinie 92/12/EWG (ABl. L 9 vom 14.1.2009, S. 12) genannten harmonisierten Verbrauchsteuern bezieht, die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verwaltet werden.

(7) Die Absätze 1 bis 6 gelten unabhängig von dem Recht des Tatortes auch für Taten, die außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes begangen werden.

§ 378 Leichtfertige Steuerverkürzung

(1) ¹Ordnungswidrig handelt, wer als Steuerpflichtiger oder bei Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen eine der in § 370 Abs. 1 bezeichneten Taten leichtfertig begeht. ²§ 370 Absatz 4 bis 7 gilt entsprechend.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

(3) ¹Eine Geldbuße wird nicht festgesetzt, soweit der Täter gegenüber der Finanzbehörde die unrichtigen Angaben berichtigt, die unvollständigen Angaben ergänzt oder die unterlassenen Angaben nachholt, bevor ihm oder seinem Vertreter die Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens wegen der Tat bekannt gegeben worden ist. ²Sind Steuerverkürzungen bereits eingetreten oder Steuervorteile erlangt, so wird eine Geldbuße nicht festgesetzt, wenn der Täter die aus der Tat zu seinen Gunsten verkürzten Steuern innerhalb der ihm bestimmten angemessenen Frist entrichtet. ³§ 371 Absatz 4 gilt entsprechend.

II. Ordnungswidrigkeitengesetz – OWiG (Auszug)

§ 30 Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen

(1) Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder
5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.

(2) ¹Die Geldbuße beträgt

1. im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu zehn Millionen Euro,
2. im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünf Millionen Euro.

²Im Falle einer Ordnungswidrigkeit bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. ³Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so verzehnfacht sich das Höchstmaß der Geldbuße nach Satz 2 für die im Gesetz bezeichneten Tatbestände. ⁴Satz 2 gilt auch im Falle einer Tat, die gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, wenn das für die Ordnungswidrigkeit angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt.

(2a) ¹Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) kann die Geldbuße nach Absatz 1 und 2 gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. ²Die Geldbuße darf in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen. ³Im Bußgeldverfahren tritt der Rechtsnachfolger oder treten die Rechtsnachfolger in die Verfahrensstellung ein, in der sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat.

(3) § 17 Abs. 4 und § 18 gelten entsprechend.

(4) ¹Wird wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt oder wird von Strafe abgesehen, so kann die Geldbuße selbständig festgesetzt werden. ²Durch Gesetz kann bestimmt werden, dass die Geldbuße auch in weiteren Fällen selbständig festgesetzt werden kann. ³Die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann; § 33 Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.

(5) Die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung schließt es aus, gegen sie wegen derselben Tat den Verfall nach den §§ 73 oder 73a des Strafgesetzbuches oder nach § 29a anzuordnen.

(6) Bei Erlass eines Bußgeldbescheids ist zur Sicherung der Geldbuße § 111d Absatz 1 Satz 2 der Strafprozessordnung mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des Urteils der Bußgeldbescheid tritt.

§ 130 Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen

(1) ¹Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. ²Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.

(2) Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen.

(3) ¹Die Ordnungswidrigkeit kann, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe bedroht ist, mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden. ²§ 30 Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden. ³Ist die Pflichtverletzung mit Geldbuße bedroht, so bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße wegen der Aufsichtspflichtverletzung nach dem für die Pflichtverletzung angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. ⁴Satz 3 gilt auch im Falle einer Pflichtverletzung, die gleichzeitig mit Strafe und Geldbuße bedroht ist, wenn das für die Pflichtverletzung angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das

Tax compliance at foreign banks in Germany

Preface

In recent years, criminal tax law has grown much more stringent, both in Germany and around the world. As a result, companies and especially banks operating in Germany are finding it more and more necessary to protect the corporate entity, management board members and employees from tax and criminal law risks through effective tax compliance.

The harsher laws are impacting companies and private individuals alike. Tax authorities and public prosecutor's offices are increasingly likely to press criminal charges, even in the investigation of "normal" tax matters such as those arising in the course of tax audits. This frequently gives rise to considerable financial and criminal law risks for the relevant companies, their management boards, senior managers and key employees.

Financial services providers and especially their governing bodies are faced with the challenge of properly declaring complex tax matters. At the same time, such institutions must ensure that they and their governing bodies are not held liable for infringements against tax filing obligations on the part of customers, business partners or employees.

Foreign banks are faced with the challenge of needing their existing compliance organization to adequately address tax risks in Germany while, at the same time, having key tax activities in Germany are performed by employees in the central tax department abroad or by advisors.

In this context, they need to remember that tax and criminal law risks to the German subsidiary or branch do not stop at the border, but also affect key personnel abroad. This especially applies to foreign banks operating in Germany through dependent branches (permanent establishments). The governing bodies of the foreign parent are responsible for the filing of correct tax returns in Germany and are liable in cases of violations.

This brochure is addressed to management board members, senior managers and key employees of foreign banks in the areas of tax, law and compliance. Our objective is to provide an overview of current developments in tax compliance in Germany in light of the tighter legal framework and new options to guard against tax risks.

This brochure first outlines the risks of insufficient tax compliance. Then it focuses on how foreign banks, their management board members, senior managers and employees can effectively protect themselves against tax and criminal law risks in Germany through a tax compliance management system (tax CMS). This includes a discussion of the current pronouncements by the tax authorities (AEAO ["Anwendungserlass zur Abgabenordnung": Decree on the Application of the German Tax Code] on Sec. 153 AO ["Abgabenordnung": German Tax Code]) and the IDW ["Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.": Institute of Public Auditors in Germany] (IDW AssS 980) regarding the liability-discharging effect of a tax CMS.

Hamburg/Frankfurt, spring 2018

Martin H. Seevers and Markus Erb

A.	INTRODUCTION	44
B.	INTERNATIONAL COMPLIANCE REQUIREMENTS	46
C.	RISKS OF POOR TAX COMPLIANCE	48
I.	Tax risks	48
1.	Tax risks for the entity	48
2.	Liability of the bank for customers' taxes	49
a)	Liability for breaches of the obligation on the authenticity of accounts	49
b)	Liability for inadequate compliance with notification obligations in accordance with Sec. 138b AO	49
3.	Personal liability of employees for business taxes	49
a)	Liability for breach of duty by legal and other representatives	49
b)	Liability in cases of tax evasion	50
II.	Criminal law and fine risks	50
1.	Personal risks	51
a)	Tax evasion	51
b)	Reckless understatement of tax	54
c)	Breach of duty to make corrections pursuant to Sec. 153 (1) AO	55
d)	Other criminal law and fine risks	55
e)	Breach of supervisory duties	56
2.	Risks of fines for the entity	56
a)	Related offenses	56
b)	Fine amount	56
III.	Legal and other representatives' civil liability for damages	57
IV.	Regulatory risks for banks and senior managers	58
V.	Reputational damage	58
D.	INTRODUCTION OF A TAX CMS	59
I.	Reasons for the introduction of a tax CMS	59
II.	Obligation to introduce a tax CMS	59
1.	General	59
2.	Legal vs. constructive obligation	60
3.	Decree on the application of Sec. 153 AO	60
4.	Special requirement for foreign banks	61
III.	Requirements for an effective tax CMS in accordance with IDW AssS 980	61
1.	Background	61
2.	Selected aspects	62
3.	Basic components of a tax CMS	63
a)	Tax compliance culture	63
b)	Tax compliance objectives	64
c)	Tax compliance organization	64
d)	Tax compliance risks	65
e)	Tax compliance program	65

f)	Tax compliance communication	66
g)	Tax compliance monitoring and improvement	66
IV.	Assurance engagement related to the tax CMS in accordance with IDW AssS 980	66
V.	Realization and implementation of a tax CMS in accordance with IDW AssS 980	67
1.	Focus of the tax CMS	67
2.	Current state/future state analysis (risk and control matrix)	67
3.	Implementation of improvement activities	67
E.	APPENDIX (LAWS CURRENT AS OF 1 SEPTEMBER 2017)	69
I.	German Tax Code [“Abgabenordnung”: AO] (excerpt)	69
II.	German Administrative Offenses Act [“Ordnungswidrigkeitengesetz”: OWiG] (excerpt)	72
	GLOSSAR/GLOSSARY	75
	KONTAKTE/CONTACTS	78

A. Introduction

“Tax compliance” is a subset or aspect of (corporate) compliance. The term “(corporate) compliance” refers to an entity’s efforts to comply with laws and regulations, but also with standards that it has voluntarily defined itself. Compliance serves to ensure adherence to legislation and thereby protect the entity against the risk of criminal prosecution and fines as well as other liability risks, including reputational risk.¹ Tax compliance, an aspect of overall compliance, serves this purpose with regard to the provisions of tax law.

In contrast to companies in unregulated or less regulated sectors, banks are legally required to create certain compliance structures (cf. Sec. 25a KWG [“Kreditwesengesetz”: German Banking Act], Sec. 33 WpHG [“Wertpapierhandelsgesetz”: German Securities Trading Act]). As such, they generally have an extensive compliance organization which needs to give appropriate consideration to tax compliance.

The compliance organizations of banks primarily focus on non-tax aspects (such as anti-money laundering and corruption as well as risks from securities transactions). However, compliance efforts are also increasingly turning to tax compliance in the face of highly publicized investigations into banks by the German regulatory, tax and criminal prosecution authorities on the grounds of suspected tax evasion by offshore companies (“Panama Papers”) or “cum/ex” trading as well as the realization that tax issues may also harbor existential risks to banks and private individuals.

What’s more, it is apparent in everyday tax work that the German tax authorities are taking a harder line. This means in current practice having to decide in nearly every case involving a “normal” correction of a tax return whether a simple correction (Sec. 153 AO) is sufficient or whether a voluntary disclosure should be made as a precaution. In such cases, disclosures made as a precaution also meet the significantly higher requirements of a voluntary disclosure to avoid criminal prosecution or a fine (Secs. 371, 378 (3) AO) in order to protect the entity, its management board and key employees against criminal law risks. Aside from the related risks, such corrections, which are not uncommon in day-to-day operations due to the high legal requirements for an effective voluntary disclosure, entail considerable internal and external cost and effort.

Furthermore, tax compliance in Germany has gained substantial significance as a result of the German tax authorities issuing the new application decree (AEO) regarding Sec. 153 AO, the first official pronouncement in which they recognize the liability-discharging effect of a tax CMS (cf. below D.II.3). Correspondingly, in its IDW Practice Guidance 1/2016², the IDW declared IDW AssS 980 applicable to the audit of tax CMSs. We believe that the assurance standard for tax CMSs so established will also become the industry standard for the design and implementation of tax CMSs in the German banking industry.

¹ Cf. Bürkle *BB 2005*, 565, 566; Knierim, in Wabnitz/Janovsky, *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 4th edition 2014, chapter 5 marginal no. 7; Streck, in Streck/Mack/Schwedhelm, *Tax Compliance*, 2nd edition 2016, marginal no. 1.1.

² IDW Praxishinweis 1/2016: Ausgestaltung und Prüfung eines Tax Compliance Management Systems gemäß IDW PS 980 [IDW Practice Guidance 1/2016: Design of and Assurance Engagements Relating to Tax Compliance Management Systems in Accordance with IDW AssS 980] dated 31 May 2017, IDWLife 7/2017, p. 837.



Besides minimizing liability risks, an effective tax CMS can also enable permissible tax optimization. It also allows parties to clarify contentious matters in court.

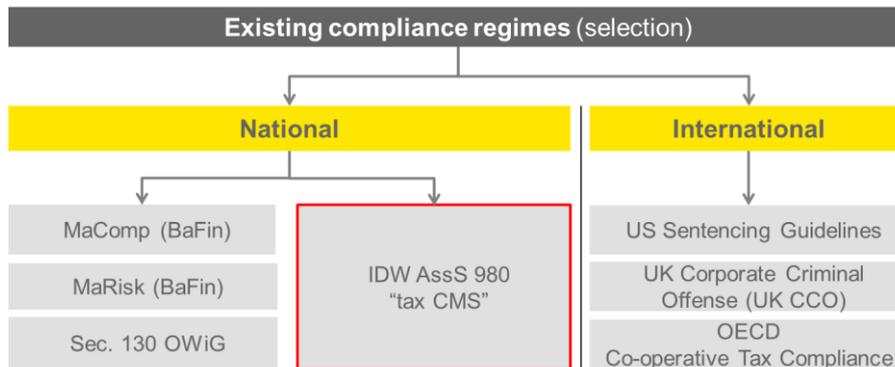
Ultimately, (tax) compliance is a **management task**, though management does not have to implement the compliance function in person. This responsibility can, for example, be assigned to the CFO (horizontal delegation) and, within the organization, to the (chief) compliance officer or the head of tax (vertical delegation). However, under the requirements of Sec. 130 OWiG [“Ordnungswidrigkeitengesetz”: German Administrative Offenses Act], management is responsible for monitoring proper performance of duties. As such, compliance remains the overall responsibility of management and cannot be delegated.³ Consequently, management must make all fundamental decisions concerning the establishment of a compliance organization itself and regularly test its effectiveness.

³ Bürkle, *CCZ 2010*, 4, 5; Fleischer, *NZG 2014*, 321, 323.

B. International compliance requirements

Foreign banks generally have an extensive compliance organization outside Germany. Depending on a bank's size and business model, the requirements of different compliance regimes in various jurisdictions must be meaningfully harmonized with the requirements of a tax CMS in Germany.

Fig. 1: Existing compliance regimes (selection)



The present compliance efforts in Germany are to a large extent based on the “Federal Sentencing Guidelines” (FSGs)⁴ introduced in the US in 1991. According to these guidelines, the amount of corporate fines in the US depends on the existence of an “effective” compliance program that is capable of preventing criminal conduct. The FSGs are frequently viewed as best practice for corporate compliance. In addition to containing technical implementation rules, the guidelines are also significant in that they link the effectiveness of the compliance program to the existence of a corporate culture that encourages compliance with the law. Also, management must demonstrate that they have met their compliance responsibility and treated this responsibility as a management task. These requirements are also set out in the seven basic components of a tax CMS in accordance with IDW AssS 980 in Germany (for details, see D.III.3).

Companies listed on US stock exchanges are subject to even more stringent compliance requirements under the Sarbanes-Oxley Act (SOX).⁵

A new criminal offense introduced in the UK in September 2017 will have global significance for tax compliance: the corporate offense of failure to prevent the facilitation of tax evasion (CCO). Under this offense, an entity will face unlimited fines if a person associated with the entity has enabled or facilitated a criminal offense. The CCO was modeled on the UK Bribery Act⁶ and is significant for two reasons:

First, the only way for an entity to avoid conviction is to demonstrate that it has a suitable compliance organization (“reasonable procedures”) in place. To this end, the British tax authorities (HMRC) have established the following six principles: Risk assessment (principle 1), proportionality of risk-based prevention procedures (principle 2), top-level commitment (principle 3), due diligence

⁴ *United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2016*, <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>, last retrieved on 9 August 2017.

⁵ Sarbanes-Oxley Act of 2002 (30 July 2002), <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>, last retrieved on 9 August 2017.

⁶ Bribery Act 2010 (8 April 2010), http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf, last retrieved on 8 August 2017.

(principle 4), communication (including training) (principle 5), monitoring and review (principle 6).⁷ These principles are very similar to the seven basic components of a German tax CMS under IDW AssS 980.

Second, the CCO is neither restricted to the evasion of UK taxes nor to offenses committed in the UK. Due to its global reach, it is therefore also relevant for foreign banks in Germany with business dealings in the UK.

Meanwhile, similar regulations and guidelines have been adopted in a large number of countries with requirements regarding the design of the (tax) compliance organization. The OECD provides guidance for an effective tax CMS or “tax control framework” in its report *Co-operative Tax Compliance*.⁸



Ultimately, all compliance regimes in their various forms can be reduced to three basic functions: prevent, detect and respond to misconduct.⁹ Consequently, when introducing a tax CMS in Germany, care should be taken to meaningfully integrate it into the existing tax and non-tax compliance organization of the foreign bank.

Fig. 2: Elements of existing compliance regimes (selection)

Three basic functions	Sec. 130 OWiG	IDW AssS 980	OECD Co-operative Tax Compliance	UK corporate criminal offense	US Sentencing Commission
Prevent	<ol style="list-style-type: none"> 1 Due care in the recruitment and promotion of employees 2 Appropriate organization and allocation of responsibilities 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Culture 2. Objectives 3. Risks 4. Program 5. Organization 6. Communication 7. Monitoring/improvement 	<ol style="list-style-type: none"> 1 Tax strategy established 2 Applied comprehensively 3 Responsibility assigned 4 Governance documented 5 Monitoring, testing and maintenance 6 Assurance provided 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Risk assessment 2. Proportionality of risk-based prevention procedures 3. Top-level commitment 4. Due diligence 5. Communication (including training) 6. Monitoring and review 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Established standards and procedures 2. High-level personnel responsible for the compliance program 3. Reasonable efforts in the selection of substantial authority personnel 4. Training programs and information for all employees 5. Monitoring of adherence and ongoing revision of the compliance program 6. Creation of a suitable corporate culture 7. Intervention in cases of misconduct
Detect	<ol style="list-style-type: none"> 3 Appropriate briefing and training 4 Adequate monitoring 5 Appropriate intervention in cases of misconduct 				
Respond					

⁷ For more details of these principles, see the official documents *The Bribery Act 2010 – Guidance* by the Ministry of Justice (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560120/Tackling_tax_evasion_-_Draft_government_guidance_for_the_corporate_offence_of_failure_to_prevent_the_criminal_facilitation_of_tax_evasion.pdf, last retrieved on 8 August 2017).

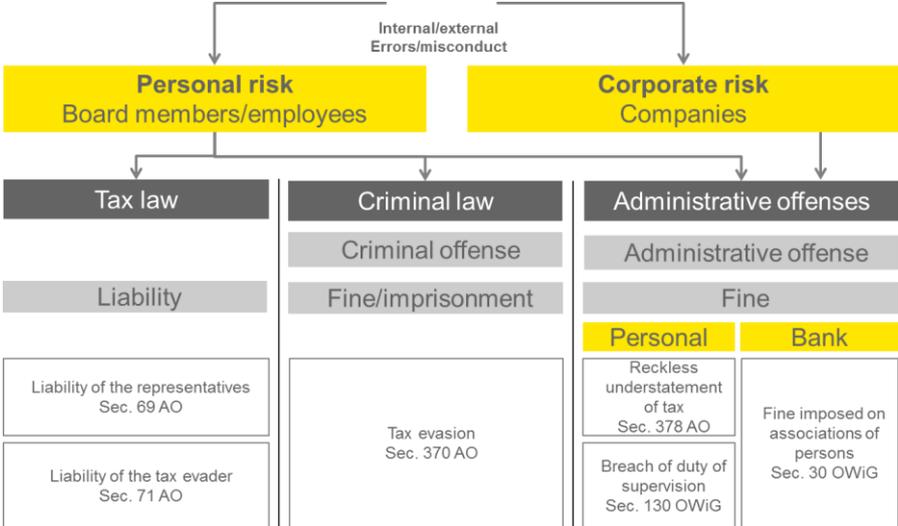
⁸ <http://www.oecd.org/tax/co-operative-tax-compliance-9789264253384-en.htm>, last retrieved on 8 August 2017. The report provides for six basic components: tax strategy established, applied comprehensively, responsibility assigned, governance documented, testing performed, assurance provided (cf. p. 15 et seq. of the report).

⁹ Moosmeyer, *Compliance*, 2nd edition 2012, p. 33.

C. Risks of poor tax compliance

Poor tax compliance harbors tax, criminal law and fine risks in addition to civil law and economic risks (e.g., reputational risk) for companies and their representatives.

Fig. 3: Tax and criminal law risks arising from poor tax compliance



I. Tax risks

Poor tax compliance generally increases the risk of tax penalties both for the bank and its representatives.

1. Tax risks for the entity

To begin with, it is worth noting that the tax burden as such, which on the surface arises as a result of poor tax compliance, e.g., in the context of a tax audit, is generally not actually the result of poor tax compliance. In most cases, the tax would still have been incurred if the tax liability had been duly complied with – just without a delay. Nevertheless, adequate compliance processes can ensure that taxable events do not arise in the first place thanks to improved tax planning, so that taxes are (legally) saved in the long term.

However, **interest rate risk** is one of the tax risks arising from poor tax compliance, since a flat rate of 6% p.a. is charged on tax backpayments in Germany. Given the persisting low interest rate environment, this interest burden is a significant economic disadvantage for any company. What’s more, the interest is not tax deductible.

If poor tax compliance leads to the delayed filing of tax returns, the risk of late-filing penalties arises (Sec. 152 AO) which may comprise up to 10% of the tax amount. The late payment of taxes even gives rise to **late payment penalties of 12% p.a.** However, financial loss may also arise if the entity (e.g., after a tax audit) has to unexpectedly provide liquidity for tax payments and refinance its expense at unfavorable conditions.

In addition, the tax office can impose a number of further financial penalties to compel companies to comply with tax requirements (e.g., fees for delay if documents are not submitted on time in a tax audit).

2. Liability of the bank for customers' taxes

Furthermore, in certain cases, banks may be held liable for their customers' taxes.

a) *Liability for breaches of the obligation on the authenticity of accounts*

If a customer maintains an account in breach of the obligation regarding the authenticity of accounts (Sec. 154 (1) AO), the bank may only pay out any credit balance with the consent of the tax office responsible for assessing the authorized drawer (Sec. 154 (3) AO). The tax office will generally withhold this consent if the authorized drawer has tax liabilities.

If a bank employee pays out the credit balance in such a case willfully or due to gross negligence without the consent of the tax office, the bank may be held liable for the lost tax (Sec. 72 AO).

b) *Liability for inadequate compliance with notification obligations in accordance with Sec. 138b AO*

From 2018 onwards, banks are required to notify the tax authorities of relationships set up or brokered by them between German taxpayers and non-EEA companies (Sec. 138b AO). For relationships set up or brokered in 2018, the notification must be made by no later than 28 February 2019.

If a notification is incorrect, incomplete or not made at all, the bank may be held liable for the customer's taxes which the latter triggered in Germany through the relevant non-EEA company (Secs. 138b (4) Sentence 2, 72a (4) AO).

3. Personal liability of employees for business taxes

In principle, neither the management board members, general managers nor any other employees of corporations in Germany are liable for its debts. This also applies to tax law, so that corporations themselves are primarily liable for their taxes.

However, tax law provides for important **exceptions** which can become relevant especially if the entity is no longer able to (fully) pay its taxes.

a) *Liability for breach of duty by legal and other representatives*

Sec. 69 AO provides that the legal representatives (Sec. 34 AO) and other persons with power of disposal (Sec. 35 AO) (legal and other representatives) shall be personally liable for taxes owed by the entity if they are responsible for a willful or grossly negligent breach of duty with regard to the entity's tax affairs.

Although the terms used in the German Banking Act are not aligned with those of the German Tax Code, a legal or other representative ["Leitungsperson"] within the meaning of Secs. 34 and 35 AO can be considered substantially equivalent to the senior manager ["Geschäftsleiter"] within the meaning of Sec. 1 (2) KWG.

In such a case, the liable person is liable in respect of his or her entire assets for the entity's tax liability as a joint and several debtor together with the entity (Sec. 44 (1) AO). As such, tax liability can harbor immense economic risk.

Sec. 69 AO is in essence a compensatory damages clause and applies in all cases in which legal and other representatives have breached the tax duties of the entity imposed on them and, as a result, taxes were not determined or satisfied or not determined or satisfied in time. The key duties in this regard are the **filing of (correct) tax returns** and the **timely payment of taxes**. If an entity makes repeated errors in this area, this failure can also be imputed to the responsible legal and other

representatives in many cases. A tax CMS can reduce such errors and thereby also the risk of personal liability.

If the foreign bank has its own subsidiary in Germany, the legal and other representatives are, in particular, its general managers or members of the management board of the German subsidiary. In this case, the management bodies of the foreign parent are generally not at risk of being held liable.

However, if the foreign bank only has a legally dependent branch in Germany, both the **non-German management bodies** and the **German senior managers** within the meaning of Sec. 53 (2) No. 1 KWG will qualify as legal and other representatives for tax purposes. This applies mutatis mutandis for branches in accordance with Sec. 53b KWG. The head office and its senior managers are liable for the tax matters of the branch. The German branch manager is also liable for breaches of tax compliance and can be held personally liable for the tax liabilities of the branch, since the tax office is not obligated to pursue the foreign head office.

If responsibility for tax has been assigned to certain legal and other representatives under a schedule of responsibilities (e.g., a business distribution plan), the remaining legal and other representatives (not assigned responsibility) are generally not liable due to a lack of culpability. Other employees below the management level (e.g., the head of the tax department) are generally also not legal and other representatives within the meaning of Secs. 34 and 35 AO and face no risk of liability in accordance with Sec. 69 AO.

b) Liability in cases of tax evasion

Sec. 71 AO provides that personal liability for the entity's taxes also arises if the employee committed the tax evasion for the benefit of the entity (perpetration) or was involved in such a crime (aiding or abetting).

Contrary to liability in accordance with Sec. 69 AO, not only the legal and other representatives of an entity can be held liable in accordance with Sec. 71 AO, but in principle any employee. The reason for this is that employees below the management level can also commit tax evasion for the benefit of the entity. Employees of the German or foreign tax department can therefore also be held liable if they evade (German) taxes for the benefit of the foreign parent or the German subsidiary.

Such liability also applies if a bank employee aids a customer in evading taxes. In such a case the employee would be liable for the taxes the customer has evaded.

The liability of employees within the meaning of Sec. 71 AO is not a "penalty" for the employee in the legal sense. It merely entails compensation for the tax losses incurred by the tax authorities which arose due to the employee's culpable conduct.

II. Criminal law and fine risks

Corporate criminal law in the true sense of the term does not exist in Germany, unlike, for instance, in the US or the UK (such as the recently introduced corporate offense of failure to prevent facilitation of tax evasion).

Consequently, the criminal law and fine risks arising as a result of poor tax compliance primarily impact the natural persons acting as the companies' representatives. The entity is also exposed to a risk of being fined.

1. Personal risks

Personal criminal law and fine risks affect the entity's legal and other representatives first and foremost, since they are responsible for meeting the entity's tax obligations. This is also the case if management is domiciled outside Germany. However, other bank employees can also incur criminal law and fine risks in the event of poor tax compliance.

A breach of an entity's tax duties generally lead to a punishable offense in the form of tax evasion (Sec. 370 AO) or aiding or abetting tax evasion (Sec. 27 StGB [“Strafgesetzbuch”: German Criminal Code]). In less serious cases, misconduct may (merely) be treated as an administrative offense entailing a fine for reckless understatement of tax (Sec. 378 AO). Furthermore, a fine for breach of supervisory duties can be imposed on the senior managers (Sec. 130 OWiG). The specific offenses are as follows:

a) Tax evasion

Intentional tax evasion in accordance with Sec. 370 AO is a criminal offense in Germany, carrying a fine or prison sentence of up to 5 years (in particularly serious cases, up to 10 years). Particularly serious cases of tax evasion include instances in which taxes are deliberately understated on a large scale. According to the German Federal Court of Justice [“Bundesgerichtshof”: BGH], evaded taxes of EUR 50,000 in a single instance already qualify as a particularly serious case.¹⁰ Tax evasion in a corporate context will therefore frequently qualify as particularly serious.

(i) Risk of a punishable offense resulting from poor tax compliance

The legal structure of the offense of tax evasion is comparatively complex and multifaceted, particularly with regard to its interaction with the provisions on aiding and abetting. It is important to understand that there is a risk of a punishable offense not only in classic cases of tax evasion, such as instances involving “off the books” accounts, illegal work or similar deliberate activities. Under German law, the relatively abstractly defined offense of tax evasion also encompasses poor tax compliance by companies.

As such, a legal or other representative (for example, the CFO) could commit an offense by (knowingly) **organizing the tax department in an inadequate manner** that renders it unable to comply with its tax obligations fully and in a timely manner. In such cases, the responsible legal or other representative could be accused of, at the very least, accepting the possibility that the tax returns would be filed with the tax office incorrectly or late and that, as a result, taxes would not be declared and satisfied at all or not declared and satisfied on time. In such cases, legal and other representatives could not exculpate themselves by arguing that they were not involved in the actual preparation of the incorrect tax returns.

Instead, exculpation would be possible if the legal and other representatives could convincingly claim that they were (legitimately) entitled to assume that the tax returns were correct. In most cases, this claim is likely to be successful if the entity has an adequate tax CMS.

In companies with cross-border activities, the German law enforcement agencies will usually seek to attribute responsibility under criminal law primarily to the (German) **general managers of the subsidiaries** or the **senior managers of the German branch**. However, the German law enforcement efforts may also turn their attention to the **management bodies of the foreign entity** when investigating the issue of poor tax compliance by the German dependent company. This applies irrespective of whether the bank operates in Germany through a branch or subsidiary. However, the

¹⁰ BGH judgment dated 27 October 2015, 1 StR 373/15.

“shielding effect” protecting the foreign management bodies will generally be greater in cases involving legally independent subsidiaries (however, see the different legal situation compared with Sec. 130 OWiG under e) below).

Moreover, all other employees below management level can commit tax evasion (for the benefit of the entity) if they intentionally cause **incorrect tax returns to be prepared**, resulting in the amount of taxes assessed for the entity being too low. In this context, the understatement of taxes need not be the main objective of their actions. For instance, staff members from the tax department may commit an offense by knowingly being lax in their review of input tax deduction on invoices received and approving these for input tax deduction in order to reduce their personal workload.

The **late filing of tax returns** also frequently leads to allegations of tax evasion in practice, as the conditions for understatement of taxes are met as soon as taxes have not been assessed on time. A central function of a tax CMS is therefore ensuring **timely filing of tax returns and timely requests for extensions**.

To be punishable for tax evasion requires intent on the part of the perpetrator or participant. It can be difficult to judge from case to case whether a particular act was intentional. An employee or legal or other representative can be said to have acted intentionally if they deliberately or knowingly made misstatements. However, conditional intent, in which the perpetrator merely accepts the possibility of tax evasion without deliberately aiming to achieve it, suffices to raise the assumption of a punishable offense. It is difficult to distinguish such cases from reckless understatement of tax, which may only be punished as an administrative offense (see b). The reason for this development is that the German Federal Court of Justice has significantly reduced the requirements for conditional intent in the last few years. Conditional intent is already inferred if the perpetrator believes that a tax claim may exist and fails to inform the tax authorities of the tax base, thereby accepting the possibility of understating taxes.¹¹ Therefore, in practice, breaches of tax filing obligations (e.g., late filing or correction of tax returns) are often accompanied by the allegation by the tax authorities of, at the very least conditionally intended, misconduct.

(ii) Criminal tax proceedings and consequences

If the tax office or its department responsible for administrative fines and criminal matters have certain grounds to suspect that legal and other representatives or employees of an entity could have committed tax evasion, criminal tax investigations are normally initiated.

The initiation of criminal tax proceedings on the grounds of suspected tax evasion for the benefit of the entity does not per se mean that the management board member or employee in question has done anything wrong. Nonetheless, it does place an immense personal burden on the accused, regardless of the outcome of the proceedings. In such cases, employees are often well advised to consult their own legal counsel who will advise them independently.

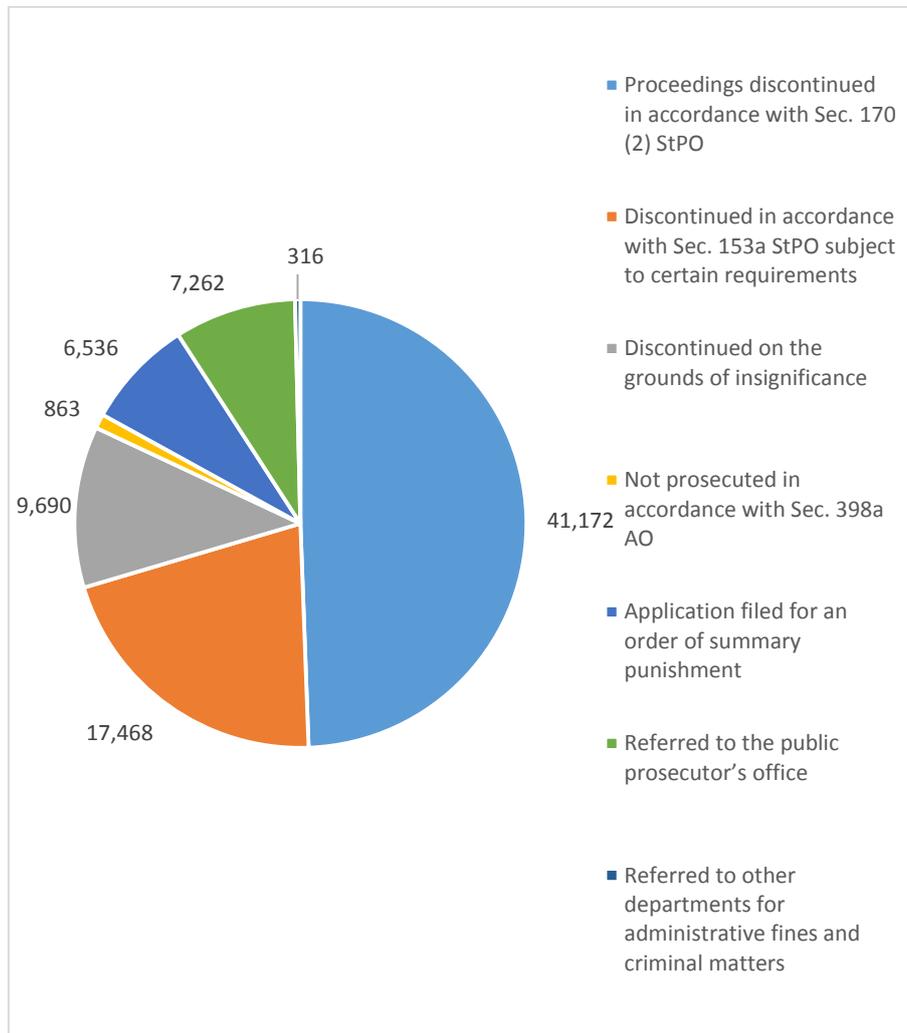
The investigations can be closed in one of two ways:

Ideally, they are discontinued (possibly in return for the payment of a fine). This is especially the case if the allegations are not confirmed or prove to be not particularly serious. In 2015, some 82% of the proceedings concluded by departments for administrative fines and criminal matters were discontinued.¹²

¹¹ BGH judgment dated 8 September 2011, 1 StR 38/11.

¹² Monthly report of the Federal Ministry of Finance from 21 November 2016 on the prosecution of tax crimes and administrative tax offenses in 2015.

Fig. 4: Outcome of criminal proceedings concluded by departments for administrative fines and criminal matters in 2015 (source: Federal Ministry of Finance)¹³

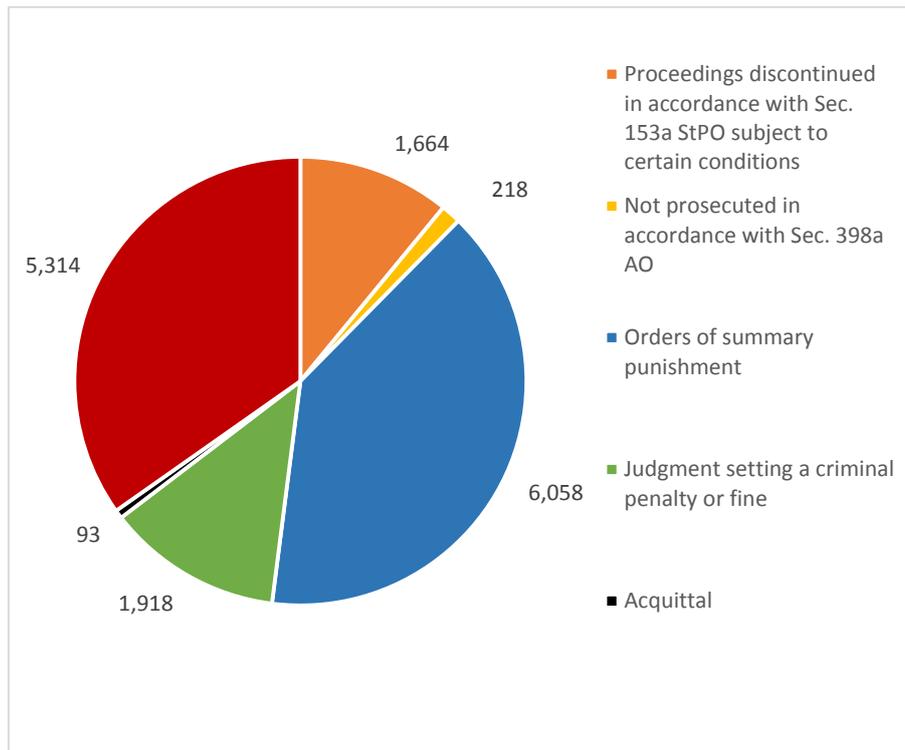


If the investigation cannot be discontinued, the public prosecutor's office will generally bring charges in court. The matter will be heard in public proceedings, at the end of which the case will be dismissed or the accused convicted or (very rarely in tax crimes) acquitted. The **acquittal rate** for criminal tax proceedings in 2015 was only around **0.6%**.¹⁴

¹³ Cf. footnote 12.

¹⁴ Cf. footnote 12.

Fig. 5: Outcome of criminal proceedings concluded by public prosecutor's offices and courts in 2015 (source: Federal Ministry of Finance)¹⁵



If the court convicts the accused, it must order the specific penalty (fine or imprisonment) according to the accused's personal culpability. The decisive criterion for sentencing in tax evasion cases is the **amount of taxes evaded**. In this regard, the German Federal Court of Justice has set guidelines in various judgments, whereby if the amount of taxes evaded is in excess of EUR 100,000 in a single case, a suspended prison sentence must generally be handed down rather than a fine.¹⁶ For evaded amounts of more than EUR 1 million, a prison sentence can only be suspended if there are especially significant mitigating circumstances.¹⁷

Furthermore, a sentence of more than 90 day fine units is recorded in the police clearance certificate (Sec. 30 BZRG ["Bundeszentralregistergesetz": German Federal Central Criminal Register Act]), which must be submitted for instance to BaFin for a person to be reported as a senior manager (Sec. 30 BZRG; Sec. 5c AnzV ["Anzeigenverordnung": German Reports Regulation]).

b) *Reckless understatement of tax*

In a way, reckless understatement of tax (Sec. 378 AO) is the extenuated form of intentional tax evasion (Sec. 370 AO). It is treated as an administrative offense and carries a fine of up to EUR 50,000 per instance. It should be noted that each separate administrative (tax) offense can carry a fine. The total fine for multiple breaches can therefore be well in excess of EUR 50,000 (accumulation is not prohibited).

Reckless understatement of tax is a significant step down from tax evasion, both in terms of the harshness of the penalties and its practical relevance. In 2015, public prosecutor's offices and

¹⁵ Cf. footnote 12.

¹⁶ BGH judgment dated 2 December 2008, 1 StR 416/08.

¹⁷ BGH judgment dated 29 November 2006, 5 StR 324/06; BGH judgment dated 2 December 2008, 1 StR 416/08.

departments for administrative fines and criminal matters concluded 98,572 criminal tax proceedings, while only 537 fines due to reckless understatement of tax were enforced.¹⁸

Objectively, the elements of the respective offenses are very similar. From a subjective angle, however, recklessness (rather than intent) is sufficient. Recklessness is construed as gross negligence if the due diligence required in the ordinary course of business is breached to a particularly serious extent. By contrast, the mere failure to apply due diligence in the ordinary course of business, that is, slight negligence (cf. Sec. 276 (2) BGB [“Bürgerliches Gesetzbuch”: German Civil Code]), is not a sufficient basis for punishment (cf. Sec. 10 OWiG).

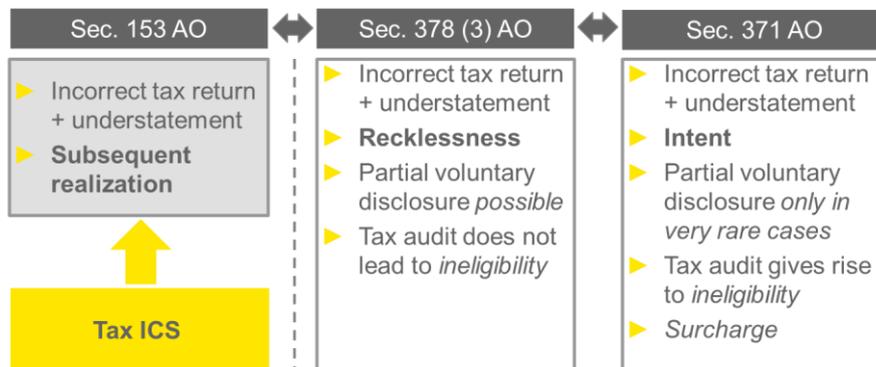
In practice, a fine in accordance with Sec. 378 AO is primarily imposed if it cannot be proved in the criminal proceedings that the tax evasion was internationally perpetrated, but a penalty is still deemed appropriate.

c) Breach of duty to make corrections pursuant to Sec. 153 (1) AO

Observance of the provisions governing criminal penalties and administrative fines also includes compliance with the duty to make corrections in accordance with Sec. 153 AO. This provision purely relates to corrections of tax information and requires all taxpayers as well as legal and other representatives of companies to correct the tax returns filed by them without delay if they subsequently realize that they are incorrect.

This provision is particularly stringent in that the duty to correct carries a penalty and that delays in making corrections can constitute grounds for punishment for tax evasion through omission (Sec. 370 (1) No. 2 AO).

Fig. 6: Distinction between Sec. 153 AO and voluntary disclosure



d) Other criminal law and fine risks

In addition to the elements of the offenses described, which are particularly relevant in practice, there are a large number of other elements establishing liability for criminal prosecution and fines, such as Secs. 379 to 383b AO and Secs. 26a, 26b and 26c UStG [“Umsatzsteuergesetz”: German VAT Act].

Since the summer of 2017, the revised provisions of Sec. 379 (2) No. 2 AO, which now also prescribe penalties for reckless or intentional breaches by banks of their identity check duties pursuant to Sec. 154 (2) to (2c) AO, have become particularly relevant to banks. Furthermore, fines can be handed down for reckless or intentional breaches of the new notification duties in accordance with Sec. 138b AO in connection with relationships brokered with non-EEA companies (Sec. 379 (2) No. 1d AO).

¹⁸ Cf. footnote 12.

VAT legislation contains a large number of provisions on fines under which fines can be imposed for, at the very least, reckless **breaches of certain retention and notification duties**.

e) Breach of supervisory duties

Sec. 130 OWiG stipulates fines for general (non-tax) administrative offenses, under which a fine of up to EUR 1 million can be imposed on the legal representatives of an entity for crimes or administrative offenses committed within the entity which would have been prevented, or made much more difficult, by certain (omitted) supervisory measures.

In the past, this provision was frequently used to impose penalties on management for corruption offenses perpetrated within the entity. However, the provision can also be applied to tax offenses if, for example, employees at “rank-and-file level” commit tax evasion for the benefit of the entity that cannot be imputed to the legal or other representative. The appeal of this approach to prosecuting authorities is that they do not necessarily have to identify a specific “perpetrator” for breaches of duty within the entity, but that it is sufficient if any employee can be held to be in breach of the duty in question.¹⁹

The wide scope of Sec. 130 OWiG for foreign banks operating in Germany through subsidiaries also stems from the fact that the responsibility of foreign senior managers can extend into the domain of the German subsidiaries depending on their effective influence.²⁰ Consequently, breaches of supervisory duties outside Germany can carry a penalty in Germany if the related offense (for example, tax evasion) is punishable in Germany. As such, it is worth noting that the **shielding effect** of an independent subsidiary is **not unlimited**.

2. Risks of fines for the entity

Germany does not have corporate criminal law in the conventional sense. However, Sec. 30 OWiG provides that a fine can be imposed on legal entities if a management-level employee commits a corporate crime or administrative offense (related offense).

a) Related offenses

In the context of tax law, related offenses are in particular tax evasion or reckless understatement of tax if the prerequisites in either case are met by a governing body or management-level employee. However, the prerequisites for a related offense under Sec. 30 OWiG are also met if a legal or other representative commits a breach of supervisory duties within the meaning of Sec. 130 (1) OWiG that forms the basis for a tax offense by an entity employee.

If an employee who is not a legal or other representative commits tax evasion or reckless understatement of tax and this is based on a breach of supervisory duties or an organizational deficiency (Sec. 130 OWiG), a corporate fine can be imposed without the need for identifying the specific perpetrator.²¹

b) Fine amount

The amount of the fine in accordance with Sec. 30 OWiG generally depends on the gravity of the related offense. If the related offense was committed with intent (e.g., tax evasion), a fine of up to EUR 10 million may be imposed (punitive component of the fine).

¹⁹ Rogall, in *KK-OWiG*, 4th edition 2014, Sec. 130 marginal no. 110.

²⁰ Cf. Munich Higher Regional Court [“Oberlandesgericht”: OLG] judgment dated 23 September 2014, 3 Ws 599 and 600/14; Bohnert/Krenberger/Krumm, *OWiG*, 4th edition 2016, Sec. 130, marginal no. 7; Leitner/Rosenau, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, *OWiG*, 1st edition 2017, Sec. 130, marginal no. 25.

²¹ BGH, *NStZ* 1994, 346; Bohnert/Krenberger/Krumm, *OWiG*, 4th edition 2016, Sec. 30 marginal no. 10.

It should be noted that this statutory ceiling can be significantly exceeded if this is the only way to recover the economic benefit the entity derived from the related offense (economic benefit recovery component of the fine). A few years ago, a fine of EUR 150 million was imposed on a bank because a member of the extended management team aided a customer in tax evasion.²² In this case, the punitive component was EUR 1 million and the economic benefit recovery component was EUR 149 million.

As in other countries, significant fines can be imposed on companies in Germany in order to recover profits.

III. Legal and other representatives' civil liability for damages

This question hinges on whether an entity subject to a fine can take recourse against the legal and other representatives responsible.

Civil liability would extend to damage caused by poor tax compliance and would include, for example, interest due on a delayed payment of taxes. The tax liability itself is not a causal damage as it exists independently of whether tax obligations are properly complied with (see also above, C.I.1). Legal or tax advisory fees for consultation on the tax consequences of non-compliance cases might also be incurred in addition.

After the Siemens/Neubürger decision by the Munich I Regional Court dated 10 December 2013, we have to assume that the management board of a stock corporation can be held liable for an inadequate compliance organization.²³

Sec. 93 (1) Sentence 1 AktG [“Aktengesetz”: German Stock Corporation Act] requires the members of a stock corporation’s management board to exercise the due care and diligence of prudent and conscientious managers in their management activities. If they breach their duties, under Sec. 93 (2) Sentence 1 AktG they are jointly and severally liable to compensate the entity for any losses incurred. Moreover, the “legality obligation” of the management board implies that it has to organize and supervise the entity such that no breaches of law occur. According to the Munich I Regional Court, for management boards of stock corporations, Sec. 91 (2) AktG specifies the duty of oversight. “The management board only satisfies the organizational duty in a given risk situation by establishing a compliance organization that is designed to prevent damage and control risks.” The extent and design of such organization will be determined by the nature, size and organization of the entity, the relevant laws and regulations, its geographical presence and suspicious transactions occurring in the past. This is a task incumbent upon the entire management board. According to the Munich I Regional Court, the very act of delegating this task to employees at a level of hierarchy below the management board is, in itself, a breach of duty.

This ruling is likely to be applicable to German limited liability companies [“Gesellschaft mit beschränkter Haftung”: GmbH], too. Whether or not management bodies of foreign banks face similar liability risks is a matter governed by the laws of the home country of the bank in question.

Any criminal proceedings against the management body which prove that it acted with intent would be doubly charged in that **D&O insurance never pays out** in the event of willful misconduct.

²² Düsseldorf Regional Court [“Landgericht”: LG] decision dated 21 November 2011, 10 KLs 14/11.

²³ Munich I Regional Court [“Landgericht”: LG], judgment of 10 December 2013, 5 HK O 1387/10.

IV. Regulatory risks for banks and senior managers

In a worst case scenario, tax compliance breaches can lead to the loss of a bank's banking license. Under the German Banking Act, a **banking license** can be **revoked** when the senior managers prove to be unreliable (Secs. 35 and 32 KWG). BaFin can also choose to **remove the senior managers responsible** as a less severe measure (cf. Sec. 36 (1) Sentence 1 KWG).

Senior managers are unreliable if, for example, they are found guilty of tax crimes.

In this context, it is important to bear in mind that the public prosecutor's office is required by Sec. 60a KWG to notify BaFin if it commences a public prosecution of a senior manager of a bank due to a crime or in connection with the operation of a business. The court must also inform BaFin of the outcome of these proceedings.

It therefore follows that all foreign banks which hold a KWG license in Germany should be keen to avoid instigation of criminal tax proceedings due to poor tax compliance.

An exception applies for branches in accordance with Sec. 53b KWG. This exception involves a legally dependent part of a bank with its registered office in another country belonging to the European Economic Area that received its banking license from the regulatory authority in the relevant country and is also under supervision by this regulatory authority. In the event of breaches of tax compliance, the local legislation of that country determines whether the foreign supervisory authority can all into question the reliability of the responsible foreign (or German) senior manager or whether it can even revoke the banking license granted.

For this reason, an effective tax CMS is also indispensable in cases involving head offices and local branches.



Tax compliance breaches can lead to the loss of a banking license or the removal by BaFin of the senior manager responsible.

V. Reputational damage

Apart from legal risks, the economic risks attached to poor tax compliance must be considered.

It only takes rumors that criminal tax proceedings are being conducted against a bank for customers to become concerned, withdraw their funds and entrust their money to rival banks. If a public trial of bank employees actually takes place, or legal and other representatives are sentenced, the reputational damage can be exorbitant.

D. Introduction of a tax CMS

Part D provides an overview of the legal framework and the current developments along with practical guidance to implementing a tax CMS that grants a discharge from liability for foreign banks.

The overview includes a discussion of the current pronouncements of the German tax authorities regarding the liability-discharging effect offered by a tax CMS as well as IDW Practice Guidance 1/2016²⁴: Design of and Assurance Engagements Relating to Tax Compliance Management Systems in Accordance with IDW AssS 980, published on 31 May 2017. This could become an industry standard for banks as well.

I. Reasons for the introduction of a tax CMS

The main reason for introducing a tax CMS is usually to protect the bank, management and employees against the risk of criminal tax and administrative offenses in the face of tighter legislation and rulings by tax courts as well as a tougher stance by the tax authorities.²⁵

A tax CMS also offers protection against the civil law and tax law liability risks resulting from poor tax compliance presented in part 0.

What's more, a tax CMS allows **efficiency and cost benefits** to be generated by creating a well-structured tax organization. Experience has shown that the cost of poor tax compliance frequently exceeds the cost of a tax CMS many times over.



A tax CMS can deliver efficiency and cost benefits. The cost of poor tax compliance frequently exceeds the cost of a tax CMS many times over.

II. Obligation to introduce a tax CMS

1. General

The compliance obligation in Germany is based on the “legality obligation” of the management (board), i.e., each member of the management (board) is required to ensure compliance, in external dealings, with all regulations which are relevant for the company as a legal entity.

Non-compliance in external dealings always harbors the risk of a breach of duty and thus of the member of the management (board) being liable for damages to the entity.

Different measures are required to achieve tax compliance, depending on the nature, size and risk exposure of the business. Once an entity has reached a certain level of complexity, tax compliance cannot be ensured without a tax CMS in some shape or form.

Management (board) members who attempt to control risks in the entity without a systematic risk management system need to be aware that they bear the related liability risks.

²⁴ IDW Praxishinweis 1/2016: Ausgestaltung und Prüfung eines Tax Compliance Management Systems gemäß IDW PS 980 [IDW Practice Guidance 1/2016: Design of and Assurance Engagements Relating to Tax Compliance Management Systems in Accordance with IDW AssS 980] dated 31 May 2017, IDWLife 7/2017, p. 837.

²⁵ See above in part A.

BaFin's requests to all banks subject to German banking supervision for information regarding "cum/ex" and "cum/cum" transactions²⁶ and the "Panama Papers" have shown that tax risks can reach existence-threatening proportions for affected banks.

2. Legal vs. constructive obligation

Whether there is an explicitly regulated obligation in German law to establish a compliance system is still the subject of some debate.

However, since the "Siemens/Neubürger" decision by the Munich Regional Court²⁷ companies have had to err on the side of caution and assume that such an obligation applies, at least if they have sizable operations. This means that foreign banks operating with various group companies and other entities across borders will generally need to introduce a tax CMS in order to ensure full tax compliance.

In tax law, this debate has been overtaken by reality, including the decree on the application of Sec. 153 AO.²⁸ Given the high risks posed by poor tax compliance, companies of a certain size effectively need to have a tax CMS. This need also derives from the legal requirements for proper supervision in the entity in order to avoid penalties under Secs. 130 and 30 OWiG.²⁹

3. Decree on the application of Sec. 153 AO

The Decree on the Application of Sec. 153 AO (AEAO on Sec. 153 AO)³⁰ issued in 2016 in which the German tax authorities officially recognize the liability-discharging effect granted by a tax CMS in No. 2.6 for the first time is of central importance for the establishment of a tax CMS:

"The fact that the taxpayer has established an **internal control system** to fulfill tax obligations can provide an indication that intent or recklessness was not involved, but does not eliminate the need to examine the specific case."

The decree is the tax authorities' response to the increased criminal tax risk³¹ and the growing practical difficulty of distinguishing between "normal human error" in companies and behavior that is relevant under criminal tax law. The tax authorities see the decree as an offer to use a tax CMS to effectively reduce the criminal tax law risk of "normal" errors in everyday tax work (e.g., late filing or correction of tax returns).

However, the tax authorities do not state what specific requirements a tax CMS must meet in order to grant a discharge from liability. Such requirements are specified in IDW Practice Guidance 1/2016 which was developed by the Institute of Public Auditors in Germany at the initiative of the Federal Ministry of Finance and issued in its final version on 31 May 2017 (see below for details).

²⁶ Cf. BaFin press release dated 18 July 2017: Cum/cum transactions: BaFin starts request for information from all German banks (not available in English).

²⁷ For more details, see C.III.

²⁸ Cf. 3.

²⁹ For more details, see C.II.1.e).

³⁰ Cf. interpretative letter of the Federal Ministry of Finance dated 23 May 2016 – IV A 3-S 0324/15/10001, IV A 4-S 0324/14/10001 (AEAO regarding Sec. 153 AO), BStBl. ["Bundesteuerblatt": German Federal Tax Gazette] I 2016, 490.

³¹ See above under C.II.1.a)(i).



The current pronouncements of the German tax authorities and the IDW as well as the “court rulings on compliance” offer new opportunities to design and establish a tax CMS that grants a discharge from liability.

4. Special requirement for foreign banks

Legally independent German subsidiaries of foreign banks and dependent branches of foreign banks from non-EU and non-EEA countries are also required to establish internal control systems under the bank-specific compliance provisions of Sec. 25a (1) KWG (and Sec. 53 KWG). These provisions require entities to ensure appropriate and effective risk management by means of which the institution’s financial situation can be gaged with sufficient accuracy at all times. The legal requirements of the compliance organization are specified in more detail by BaFin’s pronouncements³²:

AT 4.4.2. MaRisk: “Each institution shall have a compliance function in place in order to counteract the risks that may arise from non-compliance with legal rules and regulations. The compliance function shall ensure the implementation of effective procedures for complying with the legal rules and regulations that are material to the institution, and of corresponding controls. The compliance function shall additionally support and advise the management board with regard to complying with these legal rules and regulations.”

It is disputed whether tax risks are covered by this legally regulated obligation to establish a compliance organization. However, BaFin’s recent requests for information³³ show that tax risks, given their financial impact, are increasingly attracting the attention of the banking supervisory authority. Moreover, the compliance function of banks is generally focused on “compliance with the material legal rules and regulations.”³⁴ Tax risks therefore need to be captured by the bank’s compliance organization. It makes sense to integrate a tax CMS into the existing compliance organization.



Tax risks are (currently) in the focus of Germany’s banking supervisory authority BaFin. Tax risks should therefore be captured by the bank’s compliance organization, which is also the best place for the integration of a tax CMS.

III. Requirements for an effective tax CMS in accordance with IDW AssS 980

1. Background

In 2011, the IDW issued an assurance standard for the certification of compliance management systems that is generally applicable to all industries (IDW AssS 980).³⁵ In the summer of 2015, an IDW working group was set up at the initiative of the Federal Ministry of Finance in order to develop specific requirements for the design of and assurance engagements relating to tax compliance management systems on the basis of IDW AssS 980.

³² MaRisk [“Mindestanforderungen an das Risikomanagement”: Minimum Requirements for Risk Management].

³³ Cf. footnote 26.

³⁴ Cf. AT 4.4.2. (1) MaRisk.

³⁵ Cf. IDW Prüfungsstandard: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980) [IDW Assurance Standard: Principles for the Proper Performance of Reasonable Assurance Engagements Relating to Compliance Management Systems (IDW AssS 980)], pronouncement dated 11 March 2011, WPg Supplement 2/2011, 78 et seq.

After issuing the first draft in June 2016 and incorporating the comments received from the audit profession and other professional organizations, the IDW published its final IDW Practice Guidance 1/2016: Design of and Assurance Engagements Relating to Tax Compliance Management Systems in Accordance with IDW AssS 980 (IDW Practice Guidance 1/2016) on 31 May 2017.³⁶

This Practice Guidance sets out a seven-tier model for implementing compliance management systems and the related assurance engagements.

Fig. 7: The seven basic components of IDW AssS 980



IDW AssS 980 could become an industry standard for tax CMSs in Germany in the banking sector as well.

2. Selected aspects

We consider the following aspects to be important for understanding a tax CMS in accordance with IDW AssS 980:

There is no hard and fast answer to the question of how exactly a tax CMS in accordance with IDW AssS 980 should be designed in order to grant a discharge from liability. The seven basic components described below are important for all companies, while a tax CMS ultimately depends on the specific needs and circumstances of the individual entity.³⁷

A tax CMS can also refer to delineated areas such as individual tax types (e.g., value-added tax, wage tax, income tax) or specific group companies. Thus a tax CMS can also be rolled out in stages, though its liability-discharging effect would only apply to the extent of its implementation. In practice, tax CMSs are usually introduced across all entities and tax types relevant for the bank in order to provide comprehensive protection for the business, management and employees. In this context, the right

³⁶ IDW Practice Guidance 1/2016, IDW Life, 07/2017, 837.

³⁷ IDW Practice Guidance 1/2016, section 4.

risk-based approach, which must always be determined individually, is essential in order to obtain a liability-discharging effect and ensure cost efficiency (e.g., by clustering entities with comparable tax risks).

Tax CMS assurance engagements are first and foremost system-based audits. However, an effective tax CMS requires the specific substantive tax risks of the entity to be identified and countered by measures that are suitable for preventing breaches of tax filing obligations. For the tax CMS to have a liability-discharging effect, it is therefore important that qualified tax advisors and lawyers specializing in tax law provide guidance during the process of designing and implementing the system and having an assurance engagement carried out. These professionals should be experts in the tax types in question and knowledgeable about the banking industry. Moreover, those responsible for the implementation of the tax CMS or the related assurance engagement should be familiar with the legislation and court rulings relevant to preventing criminal tax law risks.

The assurance engagement relating to a tax CMS is based on a tax CMS description, which sets forth all seven basic components of a tax CMS (see below) taking into account the applied tax CMS principles. Tax CMS principles mean generally accepted frameworks or principles developed by the entity for a tax CMS. These may also be foreign or international compliance frameworks, cf., for example, OECD: Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks.³⁸

A German tax CMS in accordance with IDW AssS 980 can thus be integrated into the existing tax or non-tax compliance organization of the foreign bank and combined with the requirements for a tax CMS abroad (e.g., Australian Government: Tax Review Management and Governance Review Guide³⁹).

As the tax CMS is intended to prevent risks in Germany, particular care will need to be taken when integrating the system into an overarching international (tax) CMS to ensure that the requirements of Sec. 130 OWiG are observed, some of which are set out in IDW AssS 980. The specific design of the tax CMS may vary from one entity to the next, which is due to various entity-specific factors,⁴⁰ but is also intended by IDW Practice Guidance 1/2016 itself. In section 24, IDW Practice Guidance 1/2016 lists a number of characteristics, such as the size of the entity, the nature and scope of its operations, the industry and sectors in which it operates, the national or international alignment of operations and various other characteristics that, according to the IDW, can lead to a different design of a tax CMS. In this respect, the seven components of IDW AssS 980 are not intended to define any minimum standards.

3. Basic components of a tax CMS

A tax CMS in accordance with IDW AssS 980 must contain the following seven basic components:

a) Tax compliance culture⁴¹

The basic prerequisite for an effective tax CMS is the tax compliance culture prevailing in the entity or group, in other words, the **commitment of the entity** or group and its management to acting in compliance with the (tax) law. The **tone from the top** is vital in expressing management's

³⁸ Cf. OECD: Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks, OECD Publishing, Paris 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264253384-en> (retrieved on 13 August 2017).

³⁹ Cf. <https://www.ato.gov.au/Business/Large-business/In-detail/Key-products-and-resources/Tax-risk-management-and-governance-review-guide/> (retrieved on 13 August 2017).

⁴⁰ Cf. Bürkle *BB* 2005, 565; Knierim, in Wabnitz/Janovsky, *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 4th edition 2014, chapter 5 marginal no. 106.

⁴¹ IDW Practice Guidance 1/2016, section 26 et seq.

commitment to observing and fulfilling tax obligations. For example, the obligation to pay tax should be viewed and communicated as a duty to society rather than an onerous cost factor.



The prerequisite for an effective tax CMS is the prevailing tax compliance culture, i.e., management's commitment to observing and fulfilling tax obligations.

b) Tax compliance objectives⁴²

The tax compliance objectives are defined by the entity's management and serve as the basis for assessing tax compliance risks. All of the objectives pursued by the entity with its tax CMS can be defined here. Ultimately, the tax compliance objectives are based on and derived from the business strategy. The framework and tasks of the tax function are defined, which can include tax optimization as one objective of a tax CMS.

However, it should be noted that the priorities set when tax compliance objectives are defined will always be limited by the overarching goal of compliant conduct.

c) Tax compliance organization⁴³

The compliance organization relates to the "roles and responsibilities" as well as the "procedures for compliance with tax obligations." It comprises both vertical and horizontal delegation of tax tasks.

The requirements of Sec. 130 (1) Sentence 1 OWiG relating to proper supervision have to be taken into account for the tax compliance organization. The organization and allocation of tasks within the operation and entity must be appropriate. Supervisory measures that the owner of the entity does not take personally must be delegated in such a way that no gaps arise and the supervisory personnel are aware of the "substance and scope of their duties." If there are any doubts as to responsibilities or "no person responsible for supervision" can be determined, this "generally constitutes an organizational deficiency attributable to the owner." Therefore, a **clear and unequivocal allocation of tasks and responsibilities** within the tax compliance organization is vital. The operational organization of the tax compliance function needs to be integrated into the overall organization of the operation and entity, making sure that all tax-relevant areas are included in the tax compliance organization.⁴⁴

When allocating tasks, it needs to be ensured that the relevant **personnel are carefully selected**. To ensure careful selection, the **creation of task and job profiles** as well as the documentation of employee qualifications are indispensable,⁴⁵ including "a clear and full" **description of the tasks** of each employee. In addition, employees must be given the resources and powers they need to perform their tasks.⁴⁶

⁴² IDW Practice Guidance 1/2016, section 31 et seq.

⁴³ IDW Practice Guidance 1/2016, section 35 et seq.

⁴⁴ IDW Practice Guidance 1/2016, section 11.

⁴⁵ Cf. also Geuenich/Kiesel, *BB* 2012, 155, 162.

⁴⁶ Besch/Starck, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*, 3rd edition 2016, Sec. 33 marginal no. 102.



Clear and unequivocal allocation of tasks and responsibilities is essential for a tax compliance organization, as are careful personnel selection, creation of task and job profiles and documentation of employee qualifications.

d) Tax compliance risks⁴⁷

The tax compliance risks are identified taking the tax compliance objectives into account. A systematic risk identification and assessment which is appropriate for the entity's organization is carried out for this purpose. This can be done, for example, by preparing a risk and control matrix presenting the risk potential of specific, previously selected tax types for the entity in question. In analyzing the risks, it needs to be remembered that the overarching objective of a tax CMS is to avoid non-compliance with tax law. The risk analysis must therefore primarily examine what substantive tax risks arise from the entity itself and from its business segments and organization. These risks are identified and assigned to risk categories, considering the risk likelihood and possible consequences.

e) Tax compliance program⁴⁸

The compliance program comprises procedures to prevent non-compliance as well as measures to be taken in the event of identified non-compliance. It needs to be ensured that these procedures and measures meet the requirements of "proper supervision" under Sec. 130 OWiG, which include intervention in the event of non-compliance. According to court rulings, in order to avoid liability for damages under civil law, management board members who become aware of legal infringements need to take "steps to investigate and clarify instances of non-compliance, stop them and punish the employees in question."⁴⁹

The measures to be taken may be preventive or detective. Aside from policies and procedures, they can include **checklists, training, communication of legal changes**, etc.⁵⁰ The **principle of dual control and checks on an ad hoc or sample basis** are measures that should be introduced and applied. To prevent tax non-compliance, the designated staff should be regularly briefed on their duties and any legal amendments as well as on changes in interpretation by the tax authorities and in court practice. The policies and procedures may have to be amended to reflect such changes.

The extent of monitoring and control mechanisms to be introduced will depend on the circumstances of the individual case. The inherent risk of the activity and the importance of the regulations to be observed will especially affect the required scope of controls. In some cases, "ongoing control" may be needed which may "not be limited to occasional reviews". New employees, for instance, should be monitored more closely than staff who have served the entity for a long time, are familiar with the work and have always performed their tasks reliably in the past.⁵¹



A tax compliance program can help prevent tax risks through policies, procedures as well as through checklists, training and timely communication of legal amendments, the principle of dual control and checks on a sample basis.

⁴⁷ IDW Practice Guidance 1/2016, section 41 et seq.

⁴⁸ IDW Practice Guidance 1/2016, section 43 et seq.

⁴⁹ Munich I Regional Court ["Landgericht": LG], judgment of 10 December 2013, 5 HK O 1387/10.

⁵⁰ IDW Practice Guidance 1/2016, section 44.

⁵¹ Rogall, in *KK-OWiG*, Sec. 130 marginal no. 62.

f) *Tax compliance communication*⁵²

Compliance communication is based on the notion that compliance will only be effective if it is **actively communicated** within the entity. This means that the persons who are key to implementing the tax CMS and achieving the objectives need to be informed about their roles and responsibilities related to the tax CMS.

The relevant policies, procedures, legal amendments, etc. can be communicated in **(email) newsletters as well as training sessions**. **Regular** communication is important to remind the persons concerned of the key compliance rules from time to time.

g) *Tax compliance monitoring and improvement*⁵³

The last basic component is monitoring and improvement of the tax CMS. Monitoring mainly relates to the effectiveness of the tax CMS. The tax CMS must be a “living” system and change and evolve dynamically along with the entity or group.

To meet the requirements of Sec. 130 OWiG, identified non-compliance must be stopped and deficiencies in the tax CMS eliminated. Appropriate measures need to be taken in the event of non-compliance in order to prevent such instances in the future. Depending on the severity of non-compliance, it may be necessary to threaten or impose penalties so as to prevent repetition.⁵⁴ This can go as far as terminating unreliable employees, where permitted under labor law.

IV. Assurance engagement related to the tax CMS in accordance with IDW AssS 980

In Germany, an entity can engage an auditor to perform an assurance engagement relating to its tax CMS on the basis of IDW AssS 980 (like any other CMS) and issue a report on the engagement. There is no provision for the tax authorities in Germany to issue any kind of attestation or certification in a separate process.

The assurance engagement is designed as a system-based audit and not to identify individual errors.⁵⁵ There are two kinds of engagement:

- Assurance engagement relating to design and implementation
- (Extensive) assurance engagement relating to operating effectiveness

The assurance engagement relating to design and implementation involves assessing whether the CMS description is correct and whether the policies and procedures set out therein allow risks of material non-compliance to be identified in due time and such non-compliance to be prevented. It is also assessed whether the policies and procedures were implemented at a given point in time.⁵⁶

The assurance engagement relating to operating effectiveness is based on the assurance engagement relating to design and implementation. In addition, it entails establishing whether the CMS was effective during a given period.⁵⁷ The more extensive assurance engagement relating to operating effectiveness should be chosen in order to achieve maximum liability-discharging effect.

It is disputed whether and to what extent a report on such an assurance engagement offers legal certainty in relation to the tax authorities/law enforcement agencies and is suitable for ruling out

⁵² IDW Practice Guidance 1/2016, section 48 et seq.

⁵³ IDW Practice Guidance 1/2016, section 52 et seq.

⁵⁴ Cf. Rogall, in: *KK-OWiG*, 4th edition 2014, Sec. 130 marginal no. 42.

⁵⁵ IDW AssS 980, section 18.

⁵⁶ IDW AssS 980, section 17.

⁵⁷ IDW AssS 980, section 14.

intent and recklessness in the specific case.⁵⁸ However, if an entity has had a qualified external practitioner perform an assurance engagement relating to its tax CMS and issue a report on the engagement, it will be difficult to accuse the entity and its legal and other representatives of failing to do all that was necessary to avoid the filing of incorrect tax returns. The performance of an assurance engagement allows the risk of criminal tax law sanctions to be reduced to a greater degree than would be the case if a tax CMS were merely implemented.

V. Realization and implementation of a tax CMS in accordance with IDW AssS 980

Realization and implementation of a tax CMS typically takes place in several stages. It is advisable to work with a **multidisciplinary team** that can cover all the relevant tax, legal and procedural aspects. Besides having the tax risks assessed by suitably qualified tax advisors/tax lawyers, the advice of suitably qualified lawyers will generally be required with regard to the requirements of Sec. 130 OWiG.

1. Focus of the tax CMS

During the preparatory planning for the establishment of a tax CMS, the tax types and group entities will need to be scoped. A tax CMS ordinarily covers the following four key tax types:

- Income tax
- Value-added tax
- Wage tax
- Tax on investment income and other withholding taxes

This applies equally to foreign banks, regardless of whether they have a legally dependent branch or a subsidiary (or several subsidiaries) in Germany. However, foreign banks will generally have a smaller number of in-scope group entities/permanent establishments than large German groups.

2. Current state/future state analysis (risk and control matrix)

Once the scope of the tax CMS has been determined, the current state of the tax compliance structures is identified on the basis of the existing procedures, controls and documentation, with consideration given to both theory and actual practice. Foreign banks should also look through their global tax documentation. The seven basic components of a tax CMS in accordance with IDW AssS 980 presented in D.III.3 can be used as guidance for the current state analysis. In practice, checklists have been developed for this. The current state analysis is used as a basis for comparing the controls and procedures already in place with the expected controls and procedures in relation to the identified risks.

The outcome of the current state/future state analysis is an entity-specific risk and control matrix showing the risks alongside the controls and procedures already implemented and those that are expected.

3. Implementation of improvement activities

The risk and control matrix can be used to compile a list of the required improvement activities in the form of processes, controls and policies in need of revision.⁵⁹

⁵⁸ Against: Simon/Merkelbach *AG 2014*, 318, 321; Fleischer *NZG 2014*, 321, 325; Rieder/Falge *BB 2013*, 778; Böttcher *NZG 2011*, 1054, 1055 et seq.; critical Wulf *wistra 2016*, 337, 338; in favor: Gelhausen/Wermelt *CCZ 2010*, 208, 210; Busekist/Hein *CCZ 2012*, 41, 45; Schemmel/Minkoff *CCZ 2012*, 49, 53 et seq.

⁵⁹ Ludwig/Breimann/Kusch, *DStR 2016*, 2240.

These procedures and controls should minimize the identified risks and be appropriate, feasible and practical. Moreover, inefficient or superfluous procedures can be avoided.

The new process framework then has to be set forth in writing in **policies, procedures and process documentation**. The key aspects in this context are:

- Internal allocation of competencies
- Selection and instruction of employees
- Control
- Crisis management

This includes a clear escalation strategy for problematic issues. The **principle of dual control, ad hoc checks on a sample basis and computer-assisted solutions** are examples of proven control mechanisms.



Improvement activities should be set forth in writing in policies, procedures and process documentation. Compliance with this framework can be effectively controlled using the principle of dual control, ad hoc checks on a sample basis and computer-assisted solutions.

E. Appendix (laws current as of 1 September 2017)

I. German Tax Code [“Abgabenordnung”: AO] (excerpt)

Section 34 Obligations of legal representatives and asset managers

(1) ¹The legal representatives of natural and legal persons, and the general managers of associations of persons and conglomerations of assets without legal capacity shall fulfill the tax obligations of these entities. ²In particular, they shall ensure that taxes are paid from the funds they manage.

(2) ¹To the extent that associations of persons without legal capacity do not have a general managers, their members or partners shall fulfill the duties within the meaning of Paragraph (1) above. ²Any member or partner may be held liable by the revenue authority. ³Sentences 1 and 2 above shall apply to conglomerations of assets without legal capacity subject to the proviso that the persons entitled to the assets fulfill the tax obligations.

(3) Where persons other than the owners of the assets or their legal representatives are responsible for asset management, the asset managers shall, within their management competence, have the obligations referred to in Paragraph (1) above.

Section 35 Obligations of the person with power of disposal

Persons with power of disposal acting on their own behalf or on behalf of a third party shall have the obligations of a legal representative (Sec. 34 (1) to the extent that they are able to fulfill them de jure and de facto.

Section 69 Liability of the representatives

¹The persons referred to in Secs. 34 and 35 shall be liable where claims arising from the tax debtor-creditor relationship (Sec. 37) are not determined or satisfied or not determined or satisfied in time due to a breach of the duties imposed on them, willfully or through gross negligence, or where, as a result, tax rebates or refunds are paid in the absence of legal grounds. ²This liability shall also include any late-payment penalties payable as a result of the breach of duty.

Section 71 Liability of tax evaders and persons receiving, holding or selling goods obtained by tax evasion

Whoever evades taxes or receives, holds or sells goods obtained by tax evasion or participates in such crime shall be liable for the taxes understated, the tax advantages wrongfully granted as well as the interest due in accordance with Sec. 235 and the interest due in accordance with Sec. 233a, where the latter has been credited towards the interest on understated taxes under Sec. 235 (4) of this Code.

Section 153 Correction of returns

(1) ¹Where a taxpayer subsequently realizes before the period for assessment has elapsed

1. that a return submitted by him or for him is incorrect or incomplete and that this can lead or has already led to an understatement of tax, or
2. that a tax amount payable by way of tax mark or tax stamp was not paid in the correct amount,

he shall be obliged to indicate such without undue delay, and to effect the necessary corrections.

²This obligation shall also concern the taxpayer's universal successor and the persons acting for the universal successor or the taxpayer pursuant to Secs. 34 and 35.

(2) The notification obligation shall further apply where the conditions for tax exemption, tax reduction or other tax privileges subsequently cease to exist, whether in full or in part.

(3) Whoever wishes to use goods for which a tax privilege has been allowed subject to a condition in a manner which does not correspond to this condition shall be obliged to advise the revenue authority of such in advance.

Section 370 Tax evasion

(1) A penalty of up to five years' imprisonment or a fine shall be imposed on any person who

1. furnishes the revenue authorities or other authorities with incorrect or incomplete particulars concerning matters of substantial significance for taxation,
2. fails to inform the revenue authorities of facts of substantial significance for taxation when obliged to do so, or
3. fails to use revenue stamps or revenue stamping machines when obliged to do so

and as a result understates taxes or derives unwarranted tax advantages for himself or for another person.

(2) Attempted perpetration shall be punishable.

(3) ¹In particularly serious cases, a penalty of between 6 months and 10 years' imprisonment shall be imposed. ²A case shall generally be deemed to be particularly serious where the perpetrator

1. deliberately understates taxes on a large scale or derives unwarranted tax advantages,
2. abuses his authority or position as a public official or European public official (Sec. 11 (1) No. 2a StGB ["Strafgesetzbuch": German Criminal Code]),
3. solicits the assistance of a public official or European public official (Sec. 11 (1) No. 2a StGB) who abuses his authority or position,
4. repeatedly understates taxes or derives unwarranted tax advantages by using falsified or forged documents,
5. as a member of a group formed for the purpose of repeatedly committing acts pursuant to Paragraph (1) above, understates value-added taxes or excise duties or derives unwarranted value-added or excise duty advantages, or

6. uses a non-EU and non-EFTA company within the meaning of Sec. 138 (3) over which he exercises, alone or jointly with related parties within the meaning of Sec. 1 (2) AStG [“Außensteuergesetz”: German Foreign Investment Tax Act], directly or indirectly, a controlling or decisive influence in order to conceal facts of substantial significance for taxation and in this manner repeatedly understate taxes or derive unwarranted tax advantages.

(4) ¹Taxes shall be deemed to have been understated in particular where they are not assessed at all, in full or in time; this shall also apply even where the tax has been assessed provisionally or assessed subject to re-examination or where a self-assessed tax return is deemed to be equal to a tax assessment subject to re-examination. ²Tax advantages shall also include tax rebates; unwarranted tax advantages shall be deemed derived to the extent that these are wrongfully granted or retained. ³The conditions of Sentences 1 and 2 above shall also be fulfilled where the tax to which the act relates could have been reduced for other reasons or the tax advantage could have been claimed for other reasons.

(5) The act may also be committed in relation to goods whose importation, exportation or transit is banned.

(6) ¹Paragraphs (1) to (5) above shall apply even where the act relates to import or export duties which are administered by another Member State of the European Union or to which a Member State of the European Free Trade Association or a country associated therewith is entitled. ²The same shall apply where the act relates to value-added taxes or harmonized excise duties on goods designated in Article 1 (1) of Council Directive 2008/118/EC of 16 December 2008 concerning the general arrangements for excise duty and repealing Directive 92/12/EEC (OJ L 9 of 14 January 2009, p. 12) which are administered by another Member State of the European Union.

(7) Irrespective of the *lex loci delicti*, the provisions of Paragraphs (1) to (6) above shall also apply to acts committed outside the territory of application of this Code.

Section 378 Reckless understatement of tax

(1) ¹Whoever as a taxpayer or a person looking after the affairs of a taxpayer recklessly commits one of the acts described in Sec. 370 (1) shall be deemed to have committed an administrative offense. ²Section 370 (4) to (7) shall apply accordingly.

(2) The administrative offense may be punished with a fine of up to EUR 50,000.

(3) ¹A fine shall not be set insofar as the perpetrator corrects the incorrect particulars submitted to the revenue authority, supplements the incomplete particulars submitted to the revenue authority, or furnishes the revenue authority with the previously omitted particulars before he or his representative has been notified of the initiation of criminal or administrative fine proceedings resulting from the act. ²Where tax has already been understated or tax advantages have already been derived, a fine shall not be set if the perpetrator pays, within the reasonable period of time allowed to him, the taxes that were understated to his benefit on the basis of this act. ³Section 371 (4) shall apply accordingly.

II. German Administrative Offenses Act [“Ordnungswidrigkeitengesetz”: OWiG] (excerpt)

Section 30 Fine imposed on legal persons and on associations of persons

(1) Where someone acting

1. as an entity authorized to represent a legal person or as a member of such an entity,
2. as chairman of the executive committee of an association without legal capacity or as a member of such committee,
3. as a partner authorized to represent a partnership with legal capacity,
4. as the authorized representative with full power of attorney or in a managerial position as procura-holder or the authorized representative with a commercial power of attorney of a legal person or of an association of persons referred to in numbers 2 or 3, or
5. as another person responsible on behalf of the management of the operation or enterprise forming part of a legal person, or of an association of persons referred to in numbers 2 or 3, also covering supervision of the conduct of business or other exercise of controlling powers in a managerial position,

has committed a criminal offense or an administrative offense as a result of which duties incumbent on the legal person or on the association of persons have been violated, or where the legal person or the association of persons has been enriched or was intended to be enriched, a fine may be imposed on such person or association.

(2) ¹The fine shall amount

1. in the case of a criminal offense committed with intent, to not more than EUR 10 million,
2. in the case of a criminal offense committed negligently, to not more than EUR 5 million.

²Where there has been commission of an administrative offense, the maximum fine that can be imposed shall be determined by the maximum fine imposable for the administrative offense concerned. ³If the Act refers to this provision, the maximum amount of the fine in accordance with Sentence 2 shall be multiplied by 10 for the offenses referred to in the Act. ⁴Sentence 2 shall also apply where there has been commission of an act simultaneously constituting a criminal offense and an administrative offense, provided that the maximum fine imposable for the administrative offense exceeds the maximum pursuant to the Sentence 1.

(2a) ¹In the event of a universal succession or of a partial universal succession by means of splitting (Sec. 123 (1) UmwG [“Umwandlungsgesetz”: German Reorganization Act]), the fine in accordance with Paragraphs (1) and (2) may be imposed on the legal successor(s). ²In such cases, the fine may not exceed the value of the assets which have been assumed, as well as the amount of the fine which is suitable against the legal successor. ³The legal successor(s) shall take up the procedural position in the fine proceedings in which the legal predecessor was at the time when the legal succession became effective.

(3) Sec. 17 (4) and Sec. 18 shall apply mutatis mutandis.

(4) ¹If criminal proceedings or regulatory fining proceedings are not commenced on account of the criminal offense or of the administrative offense, or if such proceedings are discontinued, or if imposition of a criminal penalty is dispensed with, the fine may be assessed independently. ²Statutory provision may be made to the effect that a fine may be imposed in its own right in further

cases as well. ³Independent assessment of a fine against the legal person or association of persons shall however be precluded where the criminal offense or the administrative offense cannot be prosecuted for legal reasons; Sec. 33 (1) Sentence 2 shall remain unaffected.

(5) Assessment of a fine incurred by the legal person or association of persons shall, in respect of one and the same offense, preclude a forfeiture order, pursuant to Secs. 73 or 73a StGB [“Strafgesetzbuch”: German Criminal Code] or pursuant to Sec. 29a, against such person or association of persons.

(6) On issuance of a fining notice, in order to secure the regulatory fine, Sec. 111d (1) Sentence 2 StPO [“Strafprozessordnung”: German Code of Criminal Procedure] shall be applied on proviso that the judgment is substituted by the fining notice.

Section 130 Violation of obligatory supervision in operations and enterprises

(1) ¹Whoever, as the owner of an operation or undertaking, intentionally or negligently omits to take the supervisory measures required to prevent contraventions, within the operation or undertaking, of duties incumbent on the owner and the violation of which carries a criminal penalty or a fine, shall be deemed to have committed an administrative offense in a case where such contravention has been committed as would have been prevented, or made much more difficult, if there had been proper supervision. ²The required supervisory measures shall also comprise appointment, careful selection and surveillance of supervisory personnel.

(2) An operation or undertaking within the meaning of Paragraph (1) shall include a public enterprise.

(3) ¹Where the breach of duty carries a criminal penalty, the administrative offense may carry a fine not exceeding EUR 1 million. ²Sec. 30 (2) Sentence 3 shall be applicable. ³Where the breach of duty carries a fine, the maximum fine for breach of the duty of supervision shall be determined by the maximum fine imposable for the breach of duty. ⁴Sentence 3 shall also apply in the case of a breach of duty carrying simultaneously a criminal penalty and a fine, provided that the maximum fine imposable for the breach of duty exceeds the maximum pursuant to the Sentence 1.

Glossar/Glossary

Abkürzung/Abbreviation	Deutsch/German	Englisch/English
AEAO	Anwendungserlass zur Abgabenordnung	Decree on the Application of the German Tax Code
AktG	Aktiengesetz	German Stock Corporation Act
AO	Abgabenordnung	German Tax Code
AStG	Außensteuergesetz	German Foreign Transaction Tax Act
AnzV	Anzeigenverordnung	German Reports Regulation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	German Civil Code
BGH	Bundesgerichtshof	German Federal Court of Justice
BStBl.	Bundessteuerblatt	German Federal Tax Gazette
BZRG	Bundeszentralregistergesetz	German Federal Central Criminal Register Act
CCO		Corporate offense of failure to prevent the facilitation of tax evasion (UK)
CMS		Compliance Management System
FSGs		Federal Sentencing Guidelines (US)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	German limited liability company
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.	Institute of Public Auditors in Germany
IDW Praxishinweis		IDW Practice Guidance
IDW PS	IDW Prüfungsstandard	IDW Assurance Standard (IDW AssS)
KWG	Kreditwesengesetz	German Banking Act
LG	Landgericht	Regional Court
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement	Minimum Requirements for Risk Management
OLG	Oberlandesgericht	Higher Regional Court
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz	German Administrative Offenses Act
SOX		Sarbanes-Oxley Act (US)

StGB	Strafgesetzbuch	German Criminal Code
StPO	Strafprozessordnung	German Code of Criminal Procedure
UmwG	Umwandlungsgesetz	German Reorganization Act
UStG	Umsatzsteuergesetz	German VAT Act
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz	German Securities Trading Act

Kontakte/Contacts

EY

www.ey.com



Martin H. Seevers

martin.seevers@de.ey.com

Martin H. Seevers, Rechtsanwalt, Steuerberater, LL.M. Tax (USA), ist Partner bei EY Law und leitet die Tax Controversy Praxisgruppe im Bereich Financial Services (FSO) in Deutschland und EMEIA. Er ist auf die Vermeidung, Begleitung und Lösung von Steuerkonflikten im Finanzsektor an der Schnittstelle von Recht, Steuern, Compliance und Anti-Financial Crime spezialisiert.

Martin H. Seevers, Attorney, Tax Advisor, LL.M. Tax (USA), is a partner at EY Law in Germany and heads the firm's Tax Controversy Practice Group in the Financial Services Organization (FSO) in Germany and EMEIA. He specializes in preventing, advising on and resolving tax controversies in the financial services sector and focus on related legal, tax, compliance and anti-financial crime matters.

Verband der Auslandsbanken
in Deutschland

Association of Foreign Banks
in Germany

www.vab.de



Markus Erb

markus.erb@vab.de

Markus Erb ist Prokurist und Direktor und leitet den Bereich Steuern und Betriebswirtschaft des Verbands der Auslandsbanken in Deutschland. Er betreut alle steuerrechtlichen Themen im Verband.

Markus Erb is proxy and director and is heading the division tax and economic affairs of the Association of Foreign Banks in Germany. He deals with all the tax-relevant aspects in the Association.

In Deutschland ist in den letzten Jahren eine deutliche Klimaverschärfung im Steuerstrafrecht zu verzeichnen. Für in Deutschland tätige Unternehmen und insbesondere Banken folgt daraus eine gesteigerte Notwendigkeit, das Unternehmen, seine Vorstände und Mitarbeiter durch eine wirksame Tax Compliance vor steuer- und strafrechtlichen Risiken zu schützen.

Diese Broschüre richtet sich an Vorstände, Geschäftsleiter und verantwortliche Mitarbeiter von Auslandsbanken aus den Bereichen Steuern, Recht und Compliance. Sie gibt einen Überblick über die Risiken unzureichender Tax Compliance und erläutert, wie sich Auslandsbanken, ihre Vorstände, Geschäftsleiter und Mitarbeiter wirksam durch ein sogenanntes Tax-Compliance-Management-System (Tax-CMS) vor steuer- und strafrechtlichen Risiken in Deutschland schützen können.

In recent years, criminal tax law in Germany has grown much more stringent. As a result, companies and especially banks operating in Germany are finding it more and more necessary to protect the corporate entity, management board members and employees from tax and criminal law risks through effective tax compliance.

This brochure is addressed to management board members, senior managers and key employees of foreign banks in the areas of tax, law and compliance. It outlines the risks of insufficient tax compliance and focuses on how foreign banks, their management board members, senior managers and employees can effectively protect themselves against tax and criminal law risks in Germany through a tax compliance management system (tax CMS).



Verband der Auslandsbanken
in Deutschland e.V.

Association of Foreign Banks in Germany