

QUINN EMANUEL URQUHART & SULLIVAN, LLP

DR. RUDOLF HÜBNER

ERKLÄRUNG GEM. § 243 ABS. 5 SATZ 3 STPO

DATUM: 20. September 2023

BETREFF: Landgericht Bonn – 63 KLS-213 Js 15/22-1/22

Gliederung:

TEIL 1: EINLEITUNG	2
TEIL 2: DIE VERTEIDIGUNG	3
TEIL 3: DIE STAATSANWALTSCHAFT	3
A. Der vermeintliche Rollenwechsel in den Jahren 2006 und 2007	4
B. Die Außerachtlassung von Täuschungsindizien	8
I. Dr. Berger, Dr. Steck, Paul Mora	8
II. ICAP Securities Limited	12
C. Der Scheinbeweis über Dividendenlevel	13
D. Der Scheinbeweis über Leerverkäufe	14
TEIL 4: ZUM WEITEREN VERFAHREN.....	14
A. Der Umgang mit den Ermittlungsdefiziten.....	14
B. Die vermeintlich geklärte Rechtslage	15
TEIL 5: FAZIT ZUR BEVORSTEHENDEN HAUPTVERHANDLUNG	16

Teil 1: Einleitung

- 1 Hohes Gericht!
- 2 Wir alle sind heute hier um die Anklage der Staatsanwaltschaft gegen Dr. Christian Olearius wegen der Durchführung von sog. Cum/Ex-Transaktionen in den Jahren 2007 bis 2011 zu verhandeln. Die Staatsanwaltschaft hat die Anklage vorgetragen. Das Gericht hat bereits jetzt deutlich mehr als zehn Hauptverhandlungstage angesetzt. Deshalb besteht die Gelegenheit für die Verteidigung, eine Erklärung nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO abzugeben.
- 3 Zunächst eine knappe Einordnung, worum es im vorliegenden Verfahren geht:
- 4 Angeklagt sind 14 Taten, von denen sich sieben auf den Eigenhandel der Warburg Bank in den Jahren 2007 bis 2011 beziehen, sechs auf die beiden Fonds BC German Equity Special Fund und BC German Hedge Fund und eine auf die Seriva GmbH. Ausgangspunkt ist dabei der Eigenhandel, unter anderem weil dieser in 2007 begann, während die Transaktionen der Seriva GmbH in 2008 stattfanden, die des BC German Equity Special Fund in 2009 und die des BC German Hedge Fund in 2010. Angesichts dessen – und um diese Erklärung möglichst kurz zu halten – werde ich auch im Wesentlichen auf den Eigenhandel eingehen.
- 5 Diese Transaktionen wiesen eine einfache Struktur auf: ein Aktienkauf mit Absicherung vor dem Dividendenstichtag, Auflösung der Position nach dem Dividendenstichtag, Abwicklung nahezu ausschließlich über die Deutsche Bank AG, Frankfurt als inländische Depotbank der Verkäuferin ICAP Securities Limited, einem der weltgrößten Brokerunternehmen. Der Kaufpreis – unter Einschluss der Bruttodividende – wurde vollständig gezahlt, die Aktien sämtlich geliefert. Keiner der Transaktionsschritte widersprach oder widerspricht einem Dividendenstripping-Geschäft mit ausländischen Aktieninhabern. Selbst die 12. Große Strafkammer hat einmal konzidiert, dass es wohl nicht zu den Verfahren gegen Verantwortliche von M.M.Warburg gekommen wäre, wenn die Deutsche Bank AG ihre Verpflichtung zum Steuereinbehalt erfüllt hätte (Stenografisches Wortprotokoll der Hauptverhandlung vom 3. Dezember 2020, S. 12). Angemerkt sei insoweit insbesondere, dass die Warburg Bank im Gegensatz zu anderen Cum/Ex-Akteuren, wie beispielsweise der Maple Bank, gerade nicht Aktien im eigenen Konzern hin und her geschoben hat, sondern diese auf dem Markt erworben hat.
- 6 Und nun ein kurzer Überblick darüber, was dazu im Rahmen des § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO zu sagen ist.
- 7 Erstens, die Verteidigung ist der festen Überzeugung, dass Herr Dr. Christian Olearius unschuldig und freizusprechen ist.
- 8 Zweitens, die Staatsanwaltschaft geht – durch die Schützenhilfe der Urteile der 12. Großen Strafkammer gestärkt – davon aus, dass Herr Dr. Christian Olearius zu verurteilen sei.

- 9 Drittens, das Gericht steht vor der Aufgabe, zunächst die Sachaufklärung durchzuführen und daraus dann Rechtsfolgen zu ziehen.
- 10 Viertens, Ziel der Erklärung nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO ist aus meiner Sicht die Förderung des Verfahrens durch Anregungen dazu, welche tatsächlichen und rechtlichen Aspekte aus der Sicht der Verteidigung in der bevorstehenden Hauptverhandlung aufzuklären und/oder zu erörtern sind. Diese Anregungen möchte ich anhand unserer jeweiligen Prozessrolle und den vor uns stehenden Fragen darstellen. Ich beginne mit der Verteidigung, werde anschließend zur Staatsanwaltschaft kommen und mit dem Gericht abschließen.

Teil 2: Die Verteidigung

- 11 Zu den wichtigsten Aufgaben des Verteidigers in der Hauptverhandlung gehört es – wie Kollege Dr. Gauweiler bereits hervorgehoben hat –
- Lücken in den bisherigen Ermittlungen aufzuzeigen,
 - auf noch nicht beachtete oder beweisbedürftige Umstände hinzuweisen sowie
 - gegebenenfalls abweichende rechtliche Würdigung des in der Anklage zugrunde gelegten Sachverhalts darzulegen.
- 12 Mit dieser Aufgabe möchte ich sogleich beginnen, auf einige wesentliche, besonders wichtige Aspekte hinweisen.
- 13 Rechtlich zeigt die neuere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs – nicht wie die Staatsanwaltschaft meint des Bundesgerichtshofs – den Weg. Aber dazu später mehr, wenn es um die Fragen geht, vor denen das Gericht in diesem Verfahren steht.
- 14 Kommen wir zunächst zur Tatsachengrundlage, den bisherigen Ermittlungen. Die Staatsanwaltschaft hat die Anklage zu verantworten und damit ein Werk, das den Sachverhalt, wie er tatsächlich gewesen ist, in wesentlichen Punkten leugnet, um auf diese Weise das Narrativ einer Bande von Steuerräubern unter Einschluss von Herrn Dr. Olearius zu bilden und zu erzählen. Begründet hat die Staatsanwaltschaft dieses Narrativ mit ihren Ermittlungen, die allerdings schwere Lücken aufweisen. Diese Lücken gilt es im vorliegenden Verfahren zu schließen, was auch das Narrativ zum Zusammenbruch bringen wird.

Teil 3: Die Staatsanwaltschaft

- 15 Verehrte Vertreter der Staatsanwaltschaft, § 160 Abs. 1 und 2 der Strafprozessordnung lauten:
- „(1) Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.*

(2) Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.“

- 16 Dieser Aufgabe ist die Staatsanwaltschaft Köln nicht nachgekommen. Die Ermittlungen, die der vorliegenden Anklage zugrunde liegen, und die Sie hier zu verantworten haben, weisen schwerste Mängel auf, die im Verlauf dieser Hauptverhandlung zu beheben sein werden. Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist es nicht, Indizien zu sammeln die es erlauben eine zulassungsfähige Anklage zu verfassen und alles, was dem entgegenstehen könnte, was also entlastend wäre, wegzulassen oder gar nicht erst zu ermitteln. Genau diesen Eindruck aber vermittelt die Anklage. Beispielhaft werden in der Hauptverhandlung unter anderem die folgenden Ermittlungsdefizite der Staatsanwaltschaft zu beheben sein und daher Schwerpunkte der Beweisaufnahme werden:

A. Der vermeintliche Rollenwechsel in den Jahren 2006 und 2007

- 17 Die Staatsanwaltschaft stützt den Vorsatz von Dr. Christian Olearius und auch den behaupteten gemeinsamen Tatplan wesentlich auf einen angeblich durch das Jahressteuergesetz 2007 ausgelöst und von Dr. Berger angeratenen Rollenwechsel der Warburg Bank weg von der Rolle des Leerverkäufers zur Käuferseite (Seite 15 der Anklage).
- 18 Der Fehler an dieser Theorie ist, dass sie sich auf Indizien stützt, die die Staatsanwaltschaft nie ernsthaft überprüft hat. Für die von der Staatsanwaltschaft unterstellte Verbindung zwischen den OTC Equity Swaps des Jahres 2006 und den Single Future Transaktionen der Jahre 2007 bis 2011 gibt es in mehreren 10.000-Seiten Beweismaterial und sogar den Aussagen der sog. Kronzeugen keinen einzigen Beleg, der einer Überprüfung auch nur ansatzweise standhält.
- 19 Um ihre These dennoch mit Gehalt zu versehen bemüht die Staatsanwaltschaft in der Anklage zunächst die folgenden Ausführungen:

„Aufgrund der Änderung durch das Jahressteuergesetz 2007, wonach für ein einen Cum/Ex-Leerverkauf ausführendes Institut im Inland die Verpflichtung eingeführt wurde, Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag abzuführen, blieb für die M.M. Warburg ab der Dividendensaison 2007 lediglich die Rolle des Erwerbers.

Dieser Effekt war dem gesondert Verurteilten Schmid offenbar bereits im Jahr 2006 bewusst. Dies ergibt sich aus folgender Passage der im Rahmen des Genehmigungsprozesses für das Leerverkaufsprojekt „Equity Swaps“ erstellten „Notiz für die Herren Partner“ unter „Fazit“:

„Nach Aussagen von Herrn Schmid sind im Jahr 2007 keine derartigen Geschäfte zu erwarten, dementsprechend sind auch IV-Aufwendungen für dieses Geschäft nicht vorgesehen.“¹¹² (E-Mail von Böhmer-Beuth vom 01.06.2006, 12:02:58 Uhr (vgl. Anhang „Notiz Equity Swap“))

Auf den ersten Blick würde eine solche Stellungnahme im Antrag auf Genehmigung eines neuen Produktes überraschen. Vor dem Hintergrund der geplanten Gesetzesänderung im Jahr 2007 und dem Umstand, dass dies dem gesondert Verurteilten Schmid auch bekannt war¹¹³ (E-Mail von Munser vom 18.08.2006, 15:01:03 Uhr), ergibt diese Äußerung des gesondert Verurteilten Schmid allerdings Sinn. Denn nach Einführung eines neuen Besteuerungstatbestandes im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 für Kompensationszahlungen machten Leerverkäufe durch eine inländische Bank ab dem Jahr 2007 ökonomisch keinen Sinn mehr. Diese Äußerung lässt also den Schluss zu, dass ihm die Funktionsweise der Leerverkaufs-Transaktionen bekannt war. Da die Notiz an die Partner gerichtet war, waren diese entsprechend informiert, somit auch der Angeschuldigte Dr. Olearius. Auffällig ist zudem, dass in der Version mit Datum 12. Juni 2006 genau diese Passage nicht mehr enthalten ist.¹¹⁴ (Notiz für die Partner, Antrag auf Aufnahme in die Produktliste nach MaH: Equity Swap [EQS], vom 12.06.2006, SH 10, Bd. 03 (S. 248 pdf)) Dies lässt umso mehr auf ein vorhandenes Problembewusstsein der Beteiligten und insbesondere des gesondert Verurteilten Schmid schließen.“

- 20 Die Staatsanwaltschaft mag zu dieser Passage zunächst erklären, wie Herrn Schmid aufgrund einer im Auftrag von Dr. Berger von Frau Munser an Herrn Schmid erst am 18. August 2006 versandten E-Mail bereits am 1. Juni 2006 – also zum Zeitpunkt der herangezogenen E-Mail von Herrn Böhmer-Beuth – irgendetwas bewusst gewesen sein soll. Vielleicht wäre das der Staatsanwaltschaft sogar selbst aufgefallen, wenn sie die Daten der von ihr herangezogenen Beweismittel nicht in die Fußnoten verbannen würde. Unerklärlich sind auch die Ausführungen zur angeblichen „Auffälligkeit“ der Version der „Notiz für die Herren Partner“ vom 12. Juni 2006. Sowohl in der Fassung vom 1. Juni 2006 als auch in einer Fassung vom 9. Juni 2006 als auch in der final von den Partnern unterzeichneten Fassung vom 15. Juni 2006 ist die Passage mit der Aussage von Herrn Schmid enthalten. Angesichts dieses Befundes aus einer Fassung vom 12. Juni 2006 irgendwelche Mutmaßungen anzustellen zeigt durchaus eine gewisse Böswilligkeit.
- 21 Aber kommen wir zurück auf die E-Mail, die Frau Munser im Auftrag von Dr. Berger am 18. August 2006 an Herrn Schmid geschickt hat. Dazu heißt es in der Anklage auf Seite 107 f.:

„Nachdem die ersten „Testgeschäfte“ mit Leerverkäufen im Jahr 2006 unter Absegnung insbesondere durch den Angeschuldigten Dr. Olearius wie dargestellt erfolgreich verlaufen waren und die Equity Swaps in der Folge als Produkt etabliert worden waren, sollte diese Praxis in Abstimmung mit den Partnern, darunter auch der Angeschuldigte Dr. Olearius, fortgesetzt werden.“¹¹⁵ [Deloitte-Bericht, S. 61, Rz. 150 – 153, SH 10, Bd. 06 (S. 5 pdf), Vorlage von Schmid vom 15.12.2006 für die Partnersitzung am 19.12.2006, Stukturierte Produkte, SH 10, Bd. 05 (S. 212 f. pdf): „Es ist vorgesehen, den nachstehenden Neukunden noch in 2006 mit Darlehen in der genannten Höhe zur Verfügung zu stehen: [...] Aus dem für jeden einzelnen Kunden maßgeschneiderten strukturierten Produkt können insgesamt Provisionen in Höhe von bis zu 3,65 Mio. € vereinnahmt werden.[...]; Protokoll der Partnersitzung vom 19.12.2006 (Auszug), Genehmigung der Transaktionen zur Vorlage von Schmid vom 15.12.2006 mit Anmerkung von Dr. Olearius, SH 10, Bd. 05 (S. 214 pdf)

Bereits im Sommer des Jahres 2006 informierte der gesondert Verfolgte Dr. Berger allerdings die gesondert Verfolgten Hagel, Dörscher und Schmid über das geplante Jahressteuergesetz 2007 und die damit verbundenen Änderungen.¹¹⁶ (E-Mail von Munser vom 18.08.2006, 15:01:03 Uhr) Er teilte dem gesondert Verurteilten Schmid insoweit mit:

„Wie ich soeben von zwei voneinander unabhängigen, zuverlässigen Quellen erfahren habe, wird der Referentenentwurf des Jahressteuergesetzes 2007 am kommenden Mittwoch nicht in die Bundeskabinettsitzung eingebracht. Die Beschlussfassung des Bundeskabinetts über den Gesetzesentwurf ist vielmehr bis auf weiteres verschoben worden. Wir haben damit etwas mehr Zeit gewonnen, um die endgültige Fassung des Gesetzes in unserem Sinne zu beeinflussen.“

Vor dem Hintergrund der absehbaren Gesetzesänderung im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 wären die noch im Jahr 2006 durchgeführten Leerverkäufe durch ein inländisches Kreditinstitut nicht mehr profitabel gewesen, da die M.M. Warburg auf die an den Cum/Ex-Leerkäufer zu leistende Kompensationszahlung hätte Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag abführen müssen.

Aus diesem Grund wechselte die M.M. Warburg – als inländisches Kreditinstitut - ab dem Jahr 2007 von der Leerverkaufs- auf die Käuferseite.

Der gesondert Verfolgte Shields, der gemeinsam mit dem gesondert Verfolgten Mora als Asset-Manager nahezu alle Cum/Ex-Geschäfte der M.M. Warburg geplant und umgesetzt hat, berichtete von seinem ersten Kontakt zur M.M. Warburg wie folgt: Hagel sei noch im Jahr 2006 an ihn und Mora mit dem Wunsch herangetreten, dass die M.M. Warburg auf der Long-Seite bei Cum/Ex Transaktionen stehen, also entsprechende Eigengeschäfte durchführen wolle. Er habe dann in der Folgezeit – vor Beginn der Dividendensaison 2007 – ausgiebig mit Hagel kommuniziert.“

- 22 Hohes Gericht, Verehrte Vertreter der Staatsanwaltschaft, Sie wissen es bereits aus meinem Schriftsatz vom 23. August 2023, dass auch hier alles, was die Staatsanwaltschaft vorträgt, auf schweren Ermittlungsmängeln beruht und nachweislich unrichtig ist. Aber die Schöffen wissen es nicht, und sie müssen die Ermittlungslücken der Staatsanwaltschaft ebenfalls kennenlernen und verstehen, warum diese Ermittlungslücken und deren Aufarbeitung in der Hauptverhandlung für die Verteidigung von so großer Bedeutung sind.
- 23 Zunächst verhält sich keine einzige der in Fußnote 115 angegebenen Fundstellen zur angeblichen Fortsetzung der „Praxis“ der OTC Equity Swaps. Vielmehr beziehen sich die Fundstellen schon ausweislich des von der Staatsanwaltschaft selbst in der Fußnote zitierten Wortlauts auf ein völlig anderes Finanzprodukt, die sog. Luxtrusts, aus dem lediglich Provisionen vereinnahmt werden. Mit Cum/Ex-Transaktionen hat das nichts zu tun.
- 24 Besonders gravierend ist aber, dass auch die E-Mail von Herrn Dr. Berger vom 18. August 2006 nachweislich nichts, aber auch rein gar nichts mit den hier angeklagten Cum/Ex-

Transaktionen und/oder dem Versuch einer Fortsetzung der OTC Equity Swaps des Jahres 2006 zu tun hat. Noch deutlicher als die Staatsanwaltschaft hat diese Anschuldigung gleichwohl die 12. Große Strafkammer dieses Gerichts erhoben. Im Urteil gegen Herrn Christian Schmid, den Adressaten der E-Mail vom 18. August 2006, führte die 12. Große Strafkammer aus:

„Die Überzeugung der Kammer gründet zunächst auf der bereits skizzierten Email des gesondert Verfolgten Dr. Berger vom 18.08.2006 „Jahressteuergesetz 2007“, in dem dieser gegenüber dem Angeklagten ausführte, es sei Zeit gewonnen worden, die endgültige Fassung des Gesetzestextes im Sinne des gesondert Verfolgten Dr. Berger und der Warburg Bank zu beeinflussen. Eine Beeinflussung des Inhaltes des Jahressteuergesetzes konnte angesichts des Regelungsgehalts aus Sicht des gesondert Verfolgten Dr. Berger sowie des Angeklagten überhaupt nur dann angezeigt sein, wenn entsprechend dem Vorgehen im Jahr 2006 auch ab dem Jahr 2007 CumEx-Leerkaufgeschäfte durchgeführt werden sollten.

- 25 Die Überprüfung dieser Mutmaßungen anhand des Asservats 280.2 – der E-Mail Postfächer von Herrn Dr. Berger und seinen Kollegen – durch die Verteidigung mit dem Suchbegriff „Jahressteuergesetz 2007“ hat mit minimalem Arbeitsaufwand über 80 E-Mails im Umfang von mehreren Hundert Seiten zu Tage gebracht, die nicht nur einen unmittelbaren Bezug zu der E-Mail vom 18. August 2006 aufweisen, sondern die die Staatsanwaltschaft der Akte und dem Gericht bislang vorenthalten hat.
- 26 Aus den Unterlagen ergibt sich nicht nur, dass Herr Dr. Berger die E-Mail vom 18. August 2006 mit bis auf die Anrede identischem Wortlaut an mehr als 15 Mitarbeiter anderer Banken (z.B. Deutsche Bank, Crédit Suisse, UBS) verschickte, sondern auch, dass sie in einem völlig anderen Kontext stand. Im Überblick:
- 27 Bekanntlich enthalten Jahressteuergesetze stets eine Vielzahl von Regelungen. So enthielt auch der Referentenentwurf zum Jahressteuergesetz 2007 46 Seiten Regelungen, von denen sich nur etwa eine Seite auf Cum/Ex-Transaktionen bezog. Daneben war auch eine Regelung zur Verlustnutzung bei Einkünften aus Kapitalvermögen enthalten, die die ebenfalls von Dr. Berger beratene sog. Asset Linked Note Struktur betraf.
- 28 Am 24. Juli 2006 teilte Alexander Szewald von der Deutsche Bank AG Herrn Dr. Berger mit, dass Peer Steinbrück – damals Finanzminister – die Vorschrift zur Begrenzung der Verlustnutzung rückwirkend einführen wollte. Um diese Rückwirkung zu verhindern entwickelte Dr. Berger umfangreiche Lobbytätigkeiten. Dr. Berger ließ Gutachten von Frau Prof. Dr. Johanna Hey – Professorin in Köln – und Herrn Prof. Dr. Rupert Scholz, CDU Politiker und ehemaliger Staatsrechtler an der Universität München an Abgeordnete der CDU im Finanzausschuss übermitteln und kontaktierte auch Herrn Dr. Friedrich Merz und weitere Abgeordnete selbst. Mehr als 80 E-Mails mit über 400 Seiten von Herrn Dr. Berger belegen das sowie dass es keinerlei Bezug zu den Cum/Ex-Regelungen des Jahressteuergesetzes 2007 gab. Dennoch hat es keine einzige dieser Unterlagen aus dem Asservat 280.2 in die Akte

geschafft. Damit wird nicht nur klar, dass der Sachverhalt sich nicht wie von der Staatsanwaltschaft behauptet zugetragen hat, sondern auch, dass die Staatsanwaltschaft dem Gericht umfangreiche verfahrensrelevante Unterlagen sowie zahlreiche potentielle Zeugen in irritierender Weise vorenthält.

- 29 Man weiß gar nicht, welche der zwei möglichen Ursachen für diesen Befund schockierender ist, dass die Sichtung des extrem wichtigen Asservats 280.2 möglicherweise mehr oder weniger unterblieben ist oder dass die Staatsanwaltschaft von ihr gesichtete verfahrensrelevante Beweismittel zurückgehalten haben könnte.

B. Die Außerachtlassung von Täuschungsindizien

- 30 Inakzeptabel ist auch die Herangehensweise der Staatsanwaltschaft an die Untersuchung einer Täuschung der Verantwortlichen der Warburg Bank – unter ihnen Dr. Christian Olearius – durch die Geschäftspartner der Cum/Ex-Transaktionen in der Weise, dass gegenüber der Warburg Bank Verkäufe ausländischer Aktieninhaber behauptet wurden. Keine der von der Staatsanwaltschaft dafür vorgebrachten Indizien rechtfertigt es, zu diesem Thema trotz der massiven Beweise für eine Täuschung nicht einmal Ermittlungshandlungen vorzunehmen. Ich erinnere erneut an die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft aus § 160 Abs. 2 StPO, auch entlastende Tatsachen zu ermitteln. Im Überblick:

I. Dr. Berger, Dr. Steck, Paul Mora

- 31 Anfang des Jahres 2007, im Rahmen des bankmäßigen Prüfungs- und Entscheidungsprozesses vor der Entscheidung der Partner über die Durchführung der ersten Transaktion des Jahres 2007 (Allianz AG am 2. Mai 2007), hat Dr. Berger die hier angeklagten Transaktionen nachweislich als Inhaberverkäufe vorgestellt, die unproblematisch seien. Hierzu ließ er Herrn Dörscher am 23. April 2007 im Anschluss an ein Telefonat zwei Aufsätze zur rechtlichen Einschätzung von Cum/Ex-Transaktionen zusenden (Storg, NWB Fach 3, Seite 14327/169; Seip/Füllbier (BB 2007, 47). Auch diese Kommunikation hat die Staatsanwaltschaft dem Gericht sowie der Akte vorenthalten und sie musste erst von der Verteidigung in den Asservaten aufgespürt werden. Dr. Berger hat eine einzige Stelle in den Aufsätzen mit einem dicken Ausrufungszeichen versehen, diese lautet (Aufsatz von Storg, NWB Fach 3, Seite 14327/169 (14329/171)):

„Bei einem Verkauf aus dem Bestand heraus in zeitlicher Nähe zum Dividendenausschüttungstermin besteht keine Gefahr einer unberechtigten Erstattung oder Anrechnung von Kapitalertragsteuer. Die vom Emittenten gezahlte Kapitalertragsteuer wird bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen an den Käufer Y zurückerstattet bzw. auf dessen Einkommensteuerschuld angerechnet.“
(Hervorhebung durch Verfasser)

Zwischenergebnis:

Bei einem Verkauf aus dem Bestand heraus in zeitlicher Nähe zum Dividendenaus-
schüttungstermin besteht keine Gefahr einer unberechtigten Erstattung oder Anrech-
nung von Kapitalertragsteuer. Die vom Emittenten gezahlte Kapitalertragsteuer wird
bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen an den Käufer Y zurückerstattet bzw.
auf dessen Einkommensteuerschuld angerechnet.

Y
6

- 32 Wäre – wie die Staatsanwaltschaft behauptet – aufgrund des angeblichen gemeinsamen Tatplans allen bewusst gewesen, dass es um Leerverkäufe geht, hätte diese Hervorhebung keinen Sinn ergeben. Auch später haben Herr Dr. Berger, Herr Dr. Steck und Paul Mora jeweils schriftlich bestätigt, dass den hier angeklagten Transaktionen keine Leerverkäufe zugrunde gelegen haben.
- 33 Herr Dr. Steck schrieb am 31. März 2009 an Herrn Dr. Mertens von der Warburg Invest:

„Sehr geehrter Herr Dr. Mertens,

[...]

Vor diesem Hintergrund hat die BHF-Bank keinen Grund, das Sammelverfahren nicht durchzuführen. Der BMF will weiterhin an diesem Verfahren festhalten, wenn eine börsenmäßige Transaktion ohne Abreden zwischen Verkäufer und Käufer gegeben ist. Gleichwohl können wir der BHF – wenn es denn unbedingt notwendig ist – auch noch weiteren Komfort geben; Herr Dr. Berger könnte in seiner Funktion als Steuerberater eine Bestätigung abgeben, dass keine Anhaltspunkte für einen Leerverkauf und einen doppelte Anrechnung vorliegen. Das wäre für die BHF-Bank quasi „Gürtel“ und „Hosenträger“. Es verbleibt kein Risiko bei der BHF-Bank und auch nicht bei der KAG.

[...]

Mit besten Grüßen

Kai-Uwe Steck“

- 34 Herr Dr. Berger schrieb am 3. April 2009 an Herrn Schmid und Herrn Dr. Mertens:

„Sehr geehrter Herr Schmid,

sehr geehrter Herr Mertens,

im Nachgang zu dem soeben geführten Telefonat mit Ihnen, Herr Schmid, möchte ich gerne noch einmal folgende Punkte zusammenfassen:

Die BHF als Depotbank setzt sich keinem Haftungsrisiko aus. [...]

Schließlich liegen auch rein tatsächlich bei den beabsichtigten Transaktionen keine Leerverkäufe und keine dahingehenden Absprachen vor. Das BMF will Leerverkäufe in den Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erfassen, bei denen eine Abwicklung des Verkaufs über ausländische Depots erfolgt. Im vorliegenden Fall sollen Futures gehandelt werden, die unter § 20 Abs. 2 Nr. 3 EStG fallen. Damit befinden sich die beabsichtigten Transaktionen nicht im Anwendungsbereich des Entwurfs des BMF Schreibens.“

- 35 Herr Paul Mora, der sämtliche hier angeklagten Transaktionen plante, bestätigte am 20 April 2009 und auch mehrfach danach im Original auf Englisch, hier in sinngemäßer deutscher Übersetzung:

In meiner Eigenschaft als Direktor der Ballance Capital Ltd., die zugleich Alleingesellschafterin der Ballance Capital UK Ltd. ist, bestätige ich hiermit, dass wir keine Kenntnis davon haben, dass die Warburg Invest oder die M.M. Warburg Bank über den Dividendenstichtag Aktien im Sinne des oben genannten Schreibens von einem Leerverkäufer erwirbt und dabei § 44 Abs. 1 Satz 3 i. V. mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG keine Anwendung gefunden hat. Darüber hinaus werden wir uns nicht an Absprachen beteiligen, die zu einer unzulässigen Doppelanrechnung von Steuerguthaben im Sinne des Schreibens führen würden.

Sollten wir zu einem späteren Zeitpunkt Kenntnis von solchen Absprachen zwischen Verkäufern und Käufern von Aktien oder aktienbezogenen Derivaten erhalten, werden wir Sie unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 3 Bankarbeitstagen informieren.

- 36 Es ist vollständig inakzeptabel, dass die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, dass es sich dabei um Täuschungshandlungen gehandelt hat, von vornherein und ohne jede Ermittlungshandlung ausgeschlossen hat. Ja, die Staatsanwaltschaft hätte dann die Glaubwürdigkeit ihrer Kronzeugen in Frage stellen müssen. Es drängt sich aber auch auf, dass diese ein massives Interesse daran haben, Täuschungshandlungen zu verschleiern, um so ihre Inhaftungnahme zu verhindern. Schon wegen dieser massiven Eigeninteressen wären indessen Überprüfungen der Aussagen und der Glaubwürdigkeit der Zeugen zwingend erforderlich gewesen.
- 37 Dies gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass durch eine auf der Internetpräsenz des OLG Stuttgart frei zugängliche Gerichtsentscheidung offenkundig ist, dass auch andere frühere Geschäftspartner von Dr. Berger und Dr. Steck diesen schwerste Täuschungshandlungen vorwerfen.
- 38 Erwin Müller, der Drogerieunternehmer, hat in einem Prozess gegen die Bank Sarasin, die ihm gemeinsam mit Dr. Berger und Dr. Steck Anlagen in Cum/Ex-Fonds – auch dem hier angeklagten BC German Hedge Fund – empfohlen haben, wie folgt vortragen lassen (ich zitiere aus dem Tatbestand zum Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 14. September 2018, Az.: 5 U 98/17, nur die vollständigen Namen sind hier ergänzt):

„Der Kläger trug in erster Instanz vor, im März 2010 hätten Dr. Steck und Dr. Henke ihm ohne Aushändigung schriftlicher Unterlagen bzw. eines Prospekts „etwas ganz besonders Gutes“ angeboten, nämlich ein jahrelang bewährtes Geschäftsmodell mit einer kurzfristigen Rendite von 10 % unter Ausnutzung einer „steuerlichen Gestaltungsmöglichkeit“ [die Beteiligung von Erwin Müller am BC German Hedge Fund, Anm. d. Verf.]; der hohe Ertrag werde durch eine Hebelung aufgrund entsprechender Fremdkapitalaufnahme erzielt; die Investition sei zu 100 % sicher und durch die A. Versicherung abgesichert.

Der [im März 2011 vorgestellte, Anm. d. Verf.] Sheridan Fonds habe im Umfang von 230.590.946,27 € (90 % des Gesamtanlagekapitals) der hemmungslosen Bereicherung seiner „Funktionsträger“ gedient, zu denen neben der Beklagten jedenfalls Dr. Berger, Dr. Steck und die O. S. AG gehört hätten und an die dieser Betrag gleich zu Beginn zu Lasten des Fonds ausgezahlt worden sei. Die Beklagte sei Teil eines internationalen kriminellen Netzwerks gewesen, das sich die hemmungslose Bereicherung zum Nachteil des Vermögens der Bundesrepublik Deutschland und der Kunden der Beklagten zum Ziel gemacht habe; die Aufgabe mehrerer leitender Mitarbeiter der Beklagten, darunter Y und Dr. Henke, sei gewesen, ihre Kunden über den wahren Inhalt des angebotenen Sheridan Fonds arglistig zu täuschen. Das Geschäftsmodell des Sheridan Fonds habe im Kern darauf beruht, dass die Kapitalertragsteuer, deren Erstattung die US-Pensionsfonds beantragten und hätten erhalten sollen, nie an die deutsche Finanzverwaltung abgeführt und dies gegenüber der Finanzbehörde planmäßig verschleiert worden sei [...].

Dr. Berger und Dr. Steck, langjährige Rechtsberater der Beklagten, hätten das Modell des Sheridan Fonds konzipiert. Seit Mitte 2010 habe es eine – bankintern als „Projekt Gipfelsturm“ bezeichnete – strategische Zusammenarbeit der Beklagten mit ihnen gegeben, in deren Rahmen Dr. Berger und Dr. Steck ihr Gestaltungsmodelle wie den Sheridan Fonds zur Verfügung gestellt hätten, die die Beklagte bei ihren vermögenden Kunden platziert und durch die sie verdeckte Provisionen in Millionenhöhe vereinnahmt habe. Die Beklagte habe die Handelsstruktur gemeinsam mit unter anderem Dr. Berger und Dr. Steck entwickelt und sei mit ihnen Initiator des Sheridan Fonds.

[...]

Er [Herr Müller] habe vorgerichtlich nie AGB der Beklagten erhalten; die Formularbestätigungen seien ihm nicht aufgefallen, da er täglich zig Dokumente unterschreibe. Das Gutachten des Prof. Dr. Koblenzer vom 25. März 2010 (B70, nach Bl. 2146) habe er weder beauftragt noch erhalten oder zur Kenntnis genommen, vielmehr sei es von Dr. Berger und Dr. Steck über Mittelspersonen ohne sein Wissen beauftragt worden, um seine Kenntnis zu konstruieren.“

- 39 Soweit der Verteidigung bekannt hat die Staatsanwaltschaft Köln das Verfahren gegen Erwin Müller eingestellt. Sie muss ihm in diesem Fall also geglaubt haben, dass Dr. Berger und Dr. Steck hinter seinem Rücken über Mittelsmänner ein Gutachten bei Prof. Dr. Koblenzer in Auftrag gegeben haben, um seine Kenntnis zu konstruieren. Andernfalls hätte er wohl aufgrund des Gutachtens Kenntnis haben müssen. Schon dieser Vorgang hätte aufgrund seiner massiven indiziellen Wirkung Ermittlungen zu Täuschungshandlungen von Dr. Berger und Dr. Steck zu Lasten der Verantwortlichen im Hause M.M.Warburg und von Dr. Christian Olearius zwingend erforderlich gemacht. Er zeigt anschaulich, dass die den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zugrunde liegende These „alle wussten alles“ eine unrichtige Ausrede dafür ist, sich aufdrängende Ermittlungen zu unterlassen. Die Verteidigung hat in Bezug auf Erwin Müller als ersten Schritt zur weiteren Aufklärung bei der Staatsanwaltschaft Köln einen Antrag auf Akteneinsicht in das Verfahren gegen Erwin Müller gestellt.

II. ICAP Securities Limited

- 40 Die ICAP Securities Limited war unter anderem Verkäuferin sämtlicher von der Warburg Bank im Eigenhandel erworbenen Aktien und auch Kontraktpartnerin der Absicherungsgeschäfte. Die Staatsanwaltschaft ermittelt zwar angeblich gegen ICAP. Im hiesigen Verfahren findet sich ausweislich einer von der Staatsanwaltschaft nur einen Arbeitstag vor der Hauptverhandlung übermittelten Asservatenübersicht gleichwohl kein einziges Asservat aus diesen Ermittlungen. In der Akte findet sich erst Recht nichts.
- 41 Es mutet geradezu grotesk an, dass keinerlei Unterlagen bei dem mit Abstand wichtigsten Kontrahenten der angeklagten Transaktionen für das vorliegende Verfahren gesichert wurden. Mehrere der Verteidigung vorliegende Produktbeschreibungen von ICAP lassen die schlimme Vermutung möglich erscheinen, dass dieser Umstand darauf beruht, dass die Staatsanwaltschaft entlastende Umstände aus dem Verfahren fernhalten möchte. Denn obwohl einer der sog. „Product Reviews“ die ausdrückliche Anweisung für die Händler von ICAP enthält, Leerverkäufe gegenüber den deutschen Käufern der Aktien zu verschweigen, und die Dokumente der Staatsanwaltschaft nachweislich bekannt sind, erwähnt sie sie in der Anklage mit keinem Wort. In einem Product Review vom 15. April 2008 heißt es sinngemäß auf Deutsch:

„Verfahrensweise beim Abschluss einer Transaktion

[...]

5. Sagen Sie der Gegenpartei einer deutschen Aktientransaktion nicht, dass wir über den Dividendentermin leerverkauft haben. Sagen Sie gleichermaßen auch Clearstream oder BONY [Bank of New York Mellon] nicht ausdrücklich, dass wir leerverkauft haben, obgleich sie es herausfinden können.

6. Es sollte keine Diskussion oder Andeutung darüber geben, dass ICAP an einer Aufteilung der Steuervorteile zwischen zwei- oder drei Parteien beteiligt ist. Die

Einpreisung der Dividende in den Future sollte inhärent/implizit und nicht explizit sein, und wir sollten uns in einem Bereich von 83-87% der Bruttodividende bewegen, anstatt einen [gleichbleibenden] Prozentsatz für alle Geschäfte zu wählen.

7. Erkundigen Sie sich nicht nach der steuerlichen Analyse der deutschen Gegenpartei des Leerverkaufs.“

- 42 Hintergrund dieser Aufforderung war ein Rechtsrat von Clifford Chance, darin heißt es sinngemäß auf Deutsch:

„Die Stellungnahme [von Clifford Chance, Anm. des Verfassers] kommt zu dem Schluss, dass der Käufer keine missbräuchliche Absicht verfolgt, wenn ihm bei der Geltendmachung der Kapitalertragsteueranrechnung nicht bewusst ist, dass der Verkäufer der Aktien Leerverkäufe tätigt und dass von der Dividenden-Kompensationszahlung, die er erhält, keine deutsche Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist. Selbst wenn der Käufer missbräuchlich handelt, wäre das ICAP nur dann zuzurechnen, wenn Personen innerhalb des Unternehmens wissen, dass der Käufer die Anrechnung von Kapitalertragsteuer in Kenntnis des Umstandes geltend macht, dass auf die Dividenden-Kompensationszahlung keine deutsche Kapitalertragsteuer erhoben worden ist. In der Praxis wird dies nicht der Fall sein.“

- 43 Verantwortlich für diese Unterlagen war übrigens ein Herr Shaun Miell, seinerzeit Leiter der „Structured Products Group“ bei ICAP. Shaun Miell war nicht nur ein Geschäftspartner, sondern auch ein persönlicher Freund von Paul Mora. Zugleich war er nach den Aussagen mehrerer Zeugen bei ICAP für die Planung der hier angeklagten Transaktionen verantwortlich. Angesichts dessen ist es völlig unverständlich, dass die Staatsanwaltschaft die sich bei diesem Befund aufdrängenden Ermittlungen unterlassen hat. Denn es ist zu erwarten, dass bei Ermittlungen gegen Verantwortliche von ICAP weitere Unterlagen von großer Verfahrensrelevanz zum Vorschein kommen würden.

C. Der Scheinbeweis über Dividendenlevel

- 44 Schwere Mängel weisen auch die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft über die tatsächlichen Grundlagen der behaupteten indiziellen Wirkung der sog. Dividendenlevel auf. Besonders schwer wiegt, dass keine empirische Untersuchung zu Dividenden-Leveln durchgeführt wurde, die Angaben der Kronzeugen nie anhand von bereits verfügbaren Beweismitteln oder durch weitere Ermittlungen auf ihre Plausibilität überprüft wurden und die Frage der wirtschaftlichen und steuerlichen Situation ausländischer Aktieninhaber vollständig unberücksichtigt blieb. Auch das Unvermögen der bislang bestellten Sachverständigen, die von den Kronzeugen behauptete Grenze zwischen Inhaberverkäufen und Leerverkäufen zu bestätigen, wird einfach ignoriert. Zu schön war offensichtlich der Erfolg vor der 12. Großen Strafkammer dieses Gerichts, durch die Konstruktion eines auf die Dividenden-Level gestützten, praktisch unwiderlegbaren prima facie-Beweises Verurteilungen zu ermöglichen und sich die als mühsam empfundene Ermittlung von Lieferketten zu ersparen.

- 45 Im vorliegenden Verfahren kommt dazu, dass Herrn Dr. Olearius die Dividendenlevel und insbesondere ihre angebliche Bedeutung unbekannt waren bis das Thema im Zuge der Ermittlungen aufkam. Darüber hinaus ist vollständig unverständlich wie die Anklage davon ausgehen kann, dass Herr Dr. Olearius, der als Geschäftsleiter nie den Handelsbereich verantwortet hat und auch privat nicht wesentlich am Kapitalmarkt investiert hat insoweit eine bessere Erkenntnis gehabt haben soll als Sachverständige nach langen Untersuchungen und gar als die Mitarbeiter von ICAP, dem wahrscheinlich erfahrensten Teilnehmer am Cum/Ex-Markt überhaupt. Ein Mann, der bei der Durchsuchung seiner Büroräumlichkeiten ausweislich des Durchsuchungsprotokolls ausschloss, dass *„bei der WARBURG Gruppe die Transaktionen bei CUM/EX-Handelsgeschäften mittels Computerhandel abgewickelt worden seien“*, dem also nicht einmal bekannt war, dass effektive Stücke bei Aktientransaktionen bereits seit geraumer Zeit nur noch in Form von Globalurkunden beim Zentralverwahrer liegen.

D. Der Scheinbeweis über Leerverkäufe

- 46 Dessen ungeachtet ist auch mit dem Nachweis eines Leerverkaufs nicht bewiesen, dass mehr Steuern angerechnet werden als gezahlt wurden. Ohne die Lieferketten geht das nicht.
- 47 Denn deckte sich ein zunächst ungedeckter Cum/Ex-Leerverkäufer Ex/Ex bei einem Steuerausländer ein, der nicht DBA-berechtigt war und die Aktien zum Zeitpunkt der Kupon-Trennung in seinem Depot hielt, dann kommt es auch beim ungedeckten Leerverkauf nur zu einer Steueranrechnung, die dem Steuereinbehalt entspricht. Daher ist es unmöglich, ohne die Ermittlung der Lieferkette die Anrechnung einer nicht gezahlten Steuer nachzuweisen. Das aber, muss hier nachgewiesen werden, wenn die These der doppelten Anrechnung aufrecht erhalten werden soll. Auch insoweit hat die Staatsanwaltschaft Ermittlungen versäumt.

Teil 4: Zum weiteren Verfahren

A. Der Umgang mit den Ermittlungsdefiziten

- 48 Hohes Gericht, mit bestimmten Aspekten des vorliegenden Falles bin ich zwar schon länger beschäftigt. Verteidiger von Herrn Dr. Christian Olearius bin ich aber erst seit wenigen Wochen. Was die Asservate dieses Verfahrens nach zehn Jahren Ermittlungen der Staatsanwaltschaft auch nach kurzen Recherchen noch alles offenbaren, hat mich wirklich schockiert. Der Rechtsstaat muss sich gerade beweisen, wenn die öffentliche Meinung bereits festgelegt ist. Mit dieser Staatsanwaltschaft beweist sich der Rechtsstaat nicht. Dennoch hätte ich derart einseitige Ermittlungen der Staatsanwaltschaft nicht für möglich gehalten.
- 49 Sie stehen nun vor der schwierigen Aufgabe, mit diesen Defiziten in der Hauptverhandlung umzugehen. Die Verteidigung ist überzeugt, dass Sie dem Rechtsstaat die Ehre erweisen werden. Ich erlaube mir in diesem Zusammenhang noch einige Hinweise zur Rechtslage.

B. Die vermeintlich geklärte Rechtslage

- 50 Hohes Gericht, die Rechtslage ist im vorliegenden Fall nicht durch die Entscheidungen der 12. Großen Strafkammer und des Bundesgerichtshofs geklärt. Vielmehr enthielten die verfahrensgegenständlichen Erklärungen der Warburg Gruppe auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs nicht die Angaben, die für eine Erstattung der Kapitalertragsteuer objektiv erforderlich gewesen wären. Der Vorwurf des „Erschleichens“ setzt Kausalität zwischen angeblich unrichtigen oder unterlassenen Angaben und Auszahlung voraus – diese ist Kausalität ist nicht gegeben.
- 51 Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs war die Rechtslage im Tatzeitraum vielmehr so, dass allein die zeitliche Ausführungsmodalität von Aktientransaktionen „Cum/Ex“ den gesonderten Nachweis des Einbehalts der Kapitalertragsteuer erforderlich machte. Dieser Nachweis konnte nicht durch die Steuerbescheinigung geführt werden. Fehlte es an dem Nachweis des Einbehalts von Kapitalertragsteuer musste dies zwingend zur Versagung der Anrechnungen führen.
- 52 Im Urteil vom 2. Februar 2022 (I R 22/20, BStBl. II 2022, 324, juris Rn. 64 f.) hat der Bundesfinanzhof dazu ausgeführt:

„64 b) Ein Erstattungsanspruch bezogen auf eine "einbehaltene und abgeführte Steuer" kann nicht bereits damit begründet werden, dass mit dem Erstattungsantrag eine durch die Depotbank des Erwerbers [...] ausgestellte Bank-Bescheinigung ("Credit Advice") vorgelegt wird, die neben der "Nettodividende" auch Kapitalertragsteuer-/Solidaritätszuschlags-Beträge ausweist [...]. Denn diese Bescheinigung (§ 45a Abs. 3 Satz 2 EStG) kann angesichts der zeitlichen Umstände des (auf den Zeitraum nach dem Dividendenstichtag verzögerten) Erwerbs nicht auf die Abzugsteuer des ausschüttenden Emittenten (maßgebend ist der Depotbestand am Dividendenstichtag: Einbehalt der Abzugsteuer für Rechnung des Anteilseigners als Gläubiger und Einspeisung der Nettodividende in das Dividendenregulierungsverfahren der Abwicklungsstelle [Clearstream Banking AG]) bezogen werden. [...].

65 Die vom Kläger vorgelegte Bescheinigung beweist nach der Rechtslage des Streitjahres [...] auch nicht die spätere --auf ihn als Erwerber bezogene [...] "tatsächliche" Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer/des Solidaritätszuschlags durch die die Dividendenkompensationszahlung leistende Stelle (Depotbank des Veräußerers[...]). Ebenfalls beweist sie nicht die "tatsächliche" Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer/des Solidaritätszuschlags durch die bescheinigende Stelle (Depotbank des Klägers, ggf. nach einer Weiterleitung eines "freiwilligen Einbehalts" an sie zur Abführung an die deutsche Finanzverwaltung) im Zusammenhang mit der bei ihr zugeflossenen Dividendenkompensationszahlung. Einer entsprechenden Bescheinigung kann damit zwar auf der Grundlage des § 45a Abs. 3 Satz 2 EStG eine "formelle Richtigkeit" zukommen [...], sie begründet aber keinen

Beweis für eine Abführung der Abzugsteuer für Rechnung des Empfängers der Kompensationszahlung [...].“

53 Danach ist also im gesamten Tatzeitraum die Anrechnung der Kapitalertragsteuer bei Cum/Ex-Transaktionen zu versagen gewesen, wenn nicht der Einbehalt von Kapitalertragsteuer durch den Steuerpflichtigen gesondert – also nicht durch die Steuerbescheinigung – nachgewiesen wird. Dies hätte entweder den Nachweis des Steuereinhalts durch die Depotbank des Veräußerers – etwa durch eine Bestätigung dieser Bank – oder die Darlegung einer lückenlosen Lieferkette bis zum ausländischen Aktieninhaber erfordert. Solche Angaben sind aber von der Warburg Gruppe zu keiner Zeit gemacht worden. Die Deutsche Bank AG hat auf Anfrage mitgeteilt, keine Kapitalertragsteuer einbehalten zu haben, die genauen Lieferketten sind weitgehend bis heute unbekannt.

54 Seit 2009 enthielten die Steuerbescheinigungen der Warburg Bank außerdem den vom BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009 vorgeschriebenen ausdrücklichen Hinweis:

„Kapitalerträge im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG aus Aktien, die mit Dividendenanspruch erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert wurden“
(anbei)

55 Damit war die Ausführungsmodalität Cum/Ex offen gelegt, was mangels weiterer Angaben zum Steuereinbehalt zwingend zur Versagung der Steueranrechnung hätte führen müssen.

56 Rein tatsächlich hat das Finanzamt für Großunternehmen die Steuerbescheinigungen auch bei der Veranlagung unter Zugrundelegung des BMF-Schreibens vom 5. Mai 2009 sowie eines Schreibens der Finanzbehörde Hamburg vom 23. August 2010 überprüft (SH Aktenkopien FA f. Großunternehmen HH, Heft 7, Bl. 20, 22). Im Ergebnis gilt auch für die Jahre 2007 und 2008, was im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung zu erörtern sein wird.

Teil 5: Fazit zur bevorstehenden Hauptverhandlung

57 Hohes Gericht, ich komme zum Abschluss meiner Erklärung. Ich denke, es ist deutlich geworden, dass in der Hauptverhandlung angesichts der massiven Mängel der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen ein schwieriges Programm zu absolvieren sein wird, insbesondere bei der Sachaufklärung. Dennoch sind wir zuversichtlich, dass sich hier auch schnell die Unschuld von Herrn Dr. Olearius herausstellen wird. Denn der Vorwurf, Herr Dr. Olearius habe mit einer Vielzahl von Mitarbeitern und wildfremden Personen auf der Grundlage eines „gemeinsamen Tatplans“ eine Verbrecherbande gegründet ist nicht nur unrichtig, sondern auch unglaublich. Dass von den zahlreichen Beteiligten nur Herr Dr. Steck Herrn Dr. Olearius beschuldigt, hätte der Staatsanwaltschaft zu denken geben sollen.

58 Ebenso zu denken geben sollen hätte der Staatsanwaltschaft, dass das zuständige Finanzamt in Hamburg bei der Überprüfung einer Kontrollmitteilung aus Hessen im Jahr 2015 in Kenntnis der Tatsache, dass die Aktien mit Dividendenanspruch – cum – erworben und ohne Dividendenanspruch – ex – geliefert wurden keinerlei Anlass für weitere Ermittlungen oder

Handlungen sah. All dies hat das Finanzamt am 5. Juni 2015 in einem Vermerk niedergelegt. Die Staatsanwaltschaft mag behaupten, das hätte an unzureichender Sach- und Sachverhaltskenntnis des Finanzamts in Hamburg gelegen oder daran, dass angeblich eine Vielzahl der Hamburgischen Finanzbeamten in strafbarer Weise die Warburg Bank zu begünstigen beabsichtigte. Wer die Finanzverwaltung kennt, weiß dass all das absurd ist. Jedenfalls aber fragt man sich, warum die Staatsanwaltschaft dann nicht auch schon in Frankfurt, Wiesbaden, Düsseldorf und andernorts die Finanzämter durchsucht hat.

59 Erwähnt werden muss auch, dass die Warburg Bank, Herr Dr. Christian Olearius und Herr Max Warburg sämtliche Steuerforderungen, ein vielfaches der erwirtschafteten Erträge, beglichen haben. Die anderen Beteiligten, die den größeren Teil der Steuererstattungen vereinnahmt haben, haben sich bis heute praktisch gar nicht an den Rückzahlungen beteiligt, nicht einmal in Höhe ihrer Profite.

60 Über dem Fall schwebt schließlich auch seine politische Dimension. Dazu nur ein paar besonders wichtige Punkte:

- Das hessische Finanzministerium hat mit Erlass vom 24. Juli 2014 die Deutsche Bank AG und andere Verkäufer-Depotbanken vor der Inhaftungnahme geschützt. Dies war ein Erfolg massiver Bemühungen der Deutsche Bank AG unter Einschaltung des jetzt in Wiesbaden angeklagten früheren Freshfields Partners Dr. Ulf Johannemann.
- Die Finanzverwaltung in Nordrhein-Westfalen hat ausweislich des Geschäftsberichts 2019 der Portigon AG (S. 13) EUR 151,5 Mio. Kapitalertragsteuer in die Zahlungsverjährung laufen lassen. Unterstützt wurde sie dabei durch ihre langjährigen Wirtschaftsprüfer Ernst & Young. Diese haben nicht nur die seinerzeit von der WestLB bilanzierten Ansprüche auf Kapitalertragsteuer-Anrechnung für gut befunden, sondern auch ein Gutachten für die Portigon AG erstellt nach dem keine Anhaltspunkte für Leerverkäufe vorlägen. Mit diesem Gutachten überzeugte Portigon die Finanzverwaltung davon, die Beträge nicht zurückzufordern. Verkäufer der Aktien an die WestLB war übrigens – wie im vorliegenden Fall – ICAP.
- Nur im vorliegenden Fall reist Frau Oberstaatsanwältin Brorhilker 2017 nach Berlin und veranlasst letztlich eine Weisung des Bundesfinanzministeriums. Es bleibt schleierhaft, warum die Staatsanwaltschaft Köln nicht auch in der Causa WestLB und/oder in der Causa Deutsche Bank AG interveniert hat. Das mag nicht im rechtlichen Sinne relevant für das vorliegende Verfahren sein. Es wirft aber doch ein weiteres Schlaglicht auf die Arbeit der Staatsanwaltschaft.

61 Die Staatsanwaltschaft musste in dieser Stellungnahme viel Kritik einstecken. Wer einem Bürger die Freiheit entziehen will, muss sich an den höchsten Maßstäben des Rechtsstaats messen lassen.

62 Vielen Dank.