

Dr. Peter Gauweiler

Rechtsanwalt
GAUWEILER & SAUTER
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Lenbachplatz 6 | 80333 München
T +49 89 35647840 | F +49 89 356478499
peter.gauweiler@gauweiler-sauter.de

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Kaagangerstraße 22 | 82279 Eching a. A.
T+49 8143 7402 | Fax +49 8143 8508
bernd.schuenemann@jura.uni-muenchen.de

Dr. Rudolf Hübner

Rechtsanwalt und Steuerberater
Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP
Rechtsanwälte Steuerberater
An der Alster 3 | 20099 Hamburg
T +49 40 89728 7000 | F +49 40 897287100
rudolfhuebner@qinnemanuel.com

per beA

Staatsanwaltschaft Köln
- Herrn LOStA Dr. Stephan Neuheuser -
Am Justizzentrum 13
50939 Köln

Hamburg und München, 12. September 2024

Rechtsbeugung durch Oberstaatsanwältin a. D. Anne Brorhilker mittels vorsätzlicher Mitteilung eines unvollständigen und damit falschen Sachverhalts in den Anklageschriften vom 27. Mai 2020 gegen Herrn Marcus Hagel, Herrn Martin Dörscher, Herrn Christian Schmid und Herrn Dr. Detlef Mertens und vom 1. Juli 2022 gegen Herrn Dr. Christian Olearius

Sehr geehrter Herr Leitender Oberstaatsanwalt Dr. Neuheuser,

als Verteidiger von Herrn Dr. Christian Olearius erstatten wir namens und in Vollmacht unseres Mandanten

Strafanzeige

gegen

Oberstaatsanwältin a. D. **Anne Brorhilker**, Adresse unbekannt, wegen Rechtsbeugung, Verbrechen strafbar gemäß § 339 StGB.

Teil 1: Einleitung und Zusammenfassung

Dr. Hanno Berger empfahl der M.M. Warburg & CO (AG & Co.) KGaA („**Warburg Bank**“) zu Beginn des Jahres 2007 die Durchführung sog. Cum/Ex-Transaktionen, die nach seiner Darstellung dem Ausgleich steuerlich benachteiligter ausländischer Aktieninhaber dienen sollten. Der Bundesfinanzhof hatte zuvor im Jahr 1999 entschieden, dass solche Transaktionen rechtmäßig sind (BFH, Urt. v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527) und diese Rechtsprechung im Jahr 2007 nochmal bestätigt (BFH, Beschl. v. 20.11.2007 – I R 85/05, BStBl. II 2013, 287). Für die Durchführung der Transaktionen stellte Dr. Berger den Kontakt zwischen der Warburg Bank und Paul Mora (Hypo-Vereinsbank, London („**HVB**“), später Ballance-Gruppe) und später im Jahr 2007 über Axel von Rosen zu Darren Thorpe (Macquarie Bank, London) her. Die Warburg Bank führte Cum/Ex-Transaktionen in den Jahren 2007 bis 2011 im Eigenhandel durch. Nur 2008 war dabei an fünf Transaktionen die Macquarie Bank beteiligt. Im Übrigen plante die HVB bzw. die Ballance Gruppe um Paul Mora die Transaktionen. Im Jahr 2009 legte außerdem die Warburg Invest auf Initiative von Herrn Dr. Berger den Ballance Capital German Equity Special Fund („**BCGES**“) und im Jahr 2010 den Ballance Capital German Hedge Fund („**BCGH**“) auf. Alle Transaktionen des Eigenhandels der Warburg Bank wurden vollständig mit der ICAP Securities Limited („**ICAP**“) abgeschlossen. Die Transaktionen des BCGES und des BCGH wurden nahezu vollständig über ICAP und die ICAP-Konzerngesellschaft The Link Asset and Securities Limited („**Link**“) abgeschlossen.

Frau **Oberstaatsanwältin a. D. Anne Brorhilker** erhob im Zusammenhang mit diesen Geschäften am **27. Mai 2020** Anklage gegen Herrn Christian Schmid, Herrn Dr. Detlef Mertens, Herrn Martin Dörscher und Herrn Marcus Hagel wegen Steuerhinterziehung (**Anlage 1.**, nachfolgend zitiert als die „**Anklage vom 27. Mai 2020**“). In gleicher Weise verantwortete Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker als Hauptabteilungsleiterin und „*zentrale Wissens- und Entscheidungsträgerin*“ (S. 37 der NRW-Landtagsdrucksache 18/9507), die von ihren Mitarbeitenden verlangte, sich ihrem kronzeugenbasierten „*Ermittlungskonzept unterzuordnen*“ (S. 28 der NRW-Landtagsdrucksache 18/9507), auch die Anklage gegen Herrn Dr. Christian Olearius vom 1. Juli 2022 (**Anlage 2.**, nachfolgend zitiert als die „**Anklage vom 1. Juli 2022**“, zusammen mit der Anklage vom 27. Mai 2022 die „**Anklagen**“). Im Kern lautete der Vorwurf jeweils, die Angeschuldigten hätten gewusst, dass den Transaktionen nicht Inhaber- sondern Leerverkäufe zugrunde gelegen hätten und es deshalb zur Anrechnung bzw. Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer gekommen sei.

Die Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 waren derart fehlerhaft, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker durch die Erhebung der Anklage jeweils eine Rechtsbeugung begangen hat (Teil 2). Ein Staatsanwalt kann Täter einer Rechtsbeugung im Sinne des § 339 StGB sein, wenn er wie ein Richter in einem rechtlich vollständig geregelten Verfahren zu entscheiden hat und dabei einen gewissen Grad sachlicher Unabhängigkeit genießt. Diese Voraussetzungen hat der Bundesgerichtshof für Anklageerhebungen bereits bejaht (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 18). Eine täterschaftliche Rechtsbeugung liegt dabei unter anderem vor, wenn der Staatsanwalt dem Gericht gezielt einen falschen oder

unvollständigen Sachverhalt zur Entscheidung vorlegt (zur Verfälschung der Entscheidungsgrundlage des Gerichts durch Staatsanwälte *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 339 Rn. 7; zur Verfälschung der Entscheidungsgrundlage durch Richter BGH, Beschl. v. 29.11.2022 – 4 StR 149/22, NStZ 2023, 738, juris Rn. 26). Dies hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in mehrfacher Hinsicht getan, indem sie entlastende Sachverhalte entgegen § 160 Abs. 2 StPO nicht ermittelte bzw. in den Anklagen nicht erwähnte oder unterdrückte, woraus sich zu reichende tatsächliche Anhaltspunkte im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO für die Begehung einer Rechtsbeugung (§ 339 StGB) durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker ergeben:

1. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker stellte in den Anklageschriften vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 unwahre und unvollständige belastende Aussagen der sog. Kronzeugen Dr. Kai-Uwe Steck, Darren Thorpe und Martin Shields ohne jede Überprüfung als wahr und vollständig bzw. ausreichend dar (siehe insbesondere Teil 2:A.I.-III., S. 12-42, Rn. 8-83). Sie blendete nicht nur die mangelnde empirische Bestätigung der angeblichen, insbesondere von den Zeugen Thorpe und Shields behaupteten Bedeutung der sog. Dividenden-Level zur Feststellung von Leerverkäufen aus (Teil 2:A.I.2.a), S. 18 ff., Rn. 21 ff.). Sie verschwieg oder marginalisierte außerdem zahlreiche ihr bekannte Hinweise auf Täuschungen der Verantwortlichen der Warburg Bank willkürlich – namentlich unter anderem die schriftlichen Bestätigungen von Herrn Dr. Berger, Herrn Dr. Steck und Herrn Paul Mora über das Nichtvorliegen von Leerverkäufen (Teil 2:A.IV.1.e) und f), S. 59-83, Rn. 125-173), einen von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker als nachgewiesen angesehenen Betrug durch Herrn Dr. Berger und Herrn Dr. Steck zu Lasten des Drogerieunternehmers Herrn Erwin Müller (Teil 2:A.IV.1.g), S. 84 ff, Rn. 174 ff.), den täuschenden Inhalt von Präsentationen und Gutachten der Kanzlei Dewey (Teil 2:A.IV.1.a), S. 44 ff., Rn. 88 ff. und Teil 2:A.IV.1.d), S. 55 ff, Rn. 115 ff.), Präsentationen der HVB (Teil 2:A.IV.1.a), S. 44 ff., Rn. 88 ff. und Teil 2:A.IV.1.c), S. 54 f., Rn. 113 f.) und der Macquarie Bank (Teil 2:A.IV.3., S. 105 f., Rn. 218 ff.) sowie interne Anweisungen von ICAP, Leerverkäufe gegenüber den deutschen Käufern zu verschweigen (Teil 2:A.IV.2. S. 89 ff., Rn. 185 ff.). Diese Hinweise blendete Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker aus, weil sie nicht zu ihrer von Voreingenommenheit bestimmten Ermittlungshypothese passten, die Verantwortlichen der Warburg Bank hätten vorsätzlich gehandelt und die interne Dokumentation, nach der man von Inhabergeschäften ausging (siehe dazu z.B. Teil 2:A.IV.1.d), S. 57 f., Rn. 118 ff. und Teil 2:A.VI., S. 108 ff., Rn. 227 ff.), sei – wie von Dr. Kai-Uwe Steck bekundet – eine bewusst wahrheitswidrige „Papierlage“ (siehe zur Darstellung in der Anklage und zur Unwahrheit der Behauptungen des Dr. Kai-Uwe Steck Teil 2:A.III., S. 39 ff., Rn. 76 ff. sowie die als Anlage 17 beigefügte Strafanzeige wegen Falschaussage vom 1. August 2024). Insbesondere bezogen auf die Herrn Dr. Christian Olearius, Herrn Christian Schmid, Herrn Martin Dörscher, Herrn Marcus Hagel, Herrn Dr. Detlef Mertens sowie weitere Verantwortliche der Warburg Bank belastenden Aussagen des Herrn Dr. Kai-Uwe Steck war Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker deren Unwahrheit in zentralen Punkten bekannt oder sie rechnete zumindest damit. Denn Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker überprüfte die Aussagen ihrer „Kronzeugen“ vorsätzlich

nicht oder hielt die Ergebnisse ihrer Überprüfungen zurück. Am 3. Dezember 2021 äußerte sie sich zu diesem Vorgehen als Zeugin (!) vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft und führte aus, wenn man sogenannte „Kronzeugen“ habe, „die gestehen“, müsse man „sich überhaupt nicht mehr einen abbrechen mit Indizien oder sonst was“ (Wortprotokoll zur öffentlichen Sitzung vom 3. Dezember 2021, **Anlage 3.**, S. 18). Diese Aussage spiegelt die Maxime ihres Handelns in erschreckender, weil § 160 Abs. 2 StPO verhöhnender Weise wieder. Dabei war Frau Oberstaatsanwältin a. D. Anne Brorhilker bewusst, dass der Ansatz, fremdbelastende Geständnisse ohne jede Überprüfung zu übernehmen, bereits ohne Indizien für Täuschungshandlungen rechtsstaatlich untragbar war und ist, weil er das in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannte Risiko ausblendet, dass das fremdbelastende „Geständnis“ – wie hier – in Wahrheit eine falsche Verdächtigung ist (vgl. dazu *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 729, 737a). Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker blendete auch vorsätzlich die maßgebliche Rolle von ICAP aus, weil ihr die dokumentierte Täuschungsabsicht der ICAP-Verantwortlichen bekannt war, jedoch nicht in ihre Ermittlungshypothese passte. Wider besseres Wissen behauptete sie daher vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft am 3. Dezember 2021, ICAP sei „kein Leerverkäufer“, sondern (nur) „ein Broker“ gewesen (Wortprotokoll zur öffentlichen Sitzung vom 3. Dezember 2021, S. 46). Dabei belegten nicht nur ICAP-interne Unterlagen und eine Kontrollmitteilung der hessischen Steuerfahndung, sondern auch Aussagen ihres „eigenen“ „Kronzeugen“ Martin Shields in ihrer Gegenwart das Gegenteil (Teil 2:A.IV.2.a)-c), S. 90-97, Rn. 188-201). Angesichts der von ihr missachteten Indizien für Täuschungen entfernte sich Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker durch ihr Verhalten bewusst in schwerwiegender Weise zum Nachteil der von ihr Angeklagten (Christian Schmid, Dr. Detlef Mertens, Martin Dörscher, Marcus Hagel und Dr. Christian Olearius) von Recht und Gesetz – insbesondere von ihrer Verpflichtung zu neutraler Ermittlung auch entlastender Umstände aus § 160 Abs. 2 StPO – und richtete damit ihr Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an eigenen Maßstäben aus (siehe zum Vorsatz von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker auch (Teil 2:D., S. 134 ff., Rn. 303 ff.). Diese Erkenntnis erklärt auch die ungewöhnlich intensive „Pressearbeit“ der früheren Oberstaatsanwältin Brorhilker, die überflüssig gewesen wäre, wenn die Beweislage, die von der Staatsanwaltschaft behauptet Eindeutigkeit tatsächlich hätte bzw. gehabt hätte.

2. Die grob lückenhafte und falsche Darstellung der Anklagevorwürfe erstreckt sich auch auf die Auswahl und die Auslegung von Urkunden. Beispielhaft und besonders schwerwiegend falsch, weil frei erfunden ist die Darstellung zu einer E-Mail des Sekretariats von Dr. Berger im Auftrag von Dr. Berger vom 18. August 2006 (Teil 2:A.VII.1., S. 111 ff., Rn. 233 ff.). Mangels eines tatsächlichen Beweises für die Verbindung von sog. „OTC Equity Swaps“ der Warburg Bank im Jahr 2006 mit den Cum/Ex-Transaktionen der Jahre 2007 bis 2011 baute Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in der Anklage vom 27. Mai 2020 sowie in der Anklage vom 1. Juli 2022 eine solche Verbindung mittels einer E-Mail von Herrn Dr. Hanno Berger an Herrn Christian Schmid vom

18. August 2006 auf. Dabei stellte sie den Inhalt der E-Mail so dar, als hätte sie eine geheime Absprache von Herrn Dr. Hanno Berger und Herrn Christian Schmid mit dem Ziel der Einflussnahme auf die Regelungen des Jahressteuergesetzes 2007 zu Cum/Ex-Transaktionen zum Gegenstand (S. 105 f. der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 107 f. der Anklage vom 1. Juli 2022). Es ist davon auszugehen, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker dabei wusste, dass die E-Mail nicht nur an Herrn Christian Schmid, sondern auch noch an mehr als 15 Mitarbeiter anderer Banken wortlautidentisch versandt wurde und dass sie sich nicht auf die Regelungen des Jahressteuergesetzes zu Cum/Ex-Transaktionen, sondern auf die geplante rückwirkende Beschränkung eines Verlustnutzungsmodells bezog (siehe Teil 2:A.VII.1.b), S. 111 ff., Rn. 234 ff.). Auch durch diese bewusst manipulative Darstellung des Sachverhalts, die zu einer von der 12. Großen Strafkammer des Landgerichts Bonn ausdrücklich als „tragend“ für den Vorsatz des Christian Schmid bezeichneten Feststellung führte (siehe S. 123 f. Rn. 271), entfernte sich Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker bewusst in schwerwiegender Weise zum Nachteil der von ihr Angeklagten (Christian Schmid, Dr. Detlef Mertens, Martin Dörscher, Marcus Hagel und Dr. Christian Olearius) von Recht und Gesetz – insbesondere von ihrer Verpflichtung zu neutraler Ermittlung auch entlastender Umstände aus § 160 Abs. 2 StPO – und richtete damit ihr Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an eigenen Maßstäben aus.

3. Darauf, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die Anklage vom 1. Juli 2022 nicht selbst unterzeichnete, kommt es nicht an. Als Hauptabteilungsleiterin, „zentrale Wissens- und Entscheidungsträgerin“ (S. 37 der NRW-Landtagsdrucksache 18/9507), die von ihren Mitarbeitenden verlangte, sich ihrem kronzeugenbasierten „Ermittlungskonzept unterzuordnen“ (S. 28 der NRW-Landtagsdrucksache 18/9507), und einzige durchgehend an den Ermittlungen beteiligte Staatsanwältin verantwortet sie entweder etwaige Wissensdefizite ihrer Mitarbeitenden kraft überlegenen Wissens oder handelte kraft Organisationsherrschaft täterschaftlich.

Die schwerwiegende und vielfache Verletzung der Verpflichtung aus § 160 Abs. 2 StPO stellt einen elementaren Rechtsverstoß im Sinne des § 339 StPO dar (siehe Teil 2:C., S. 131, Rn. 298 ff.), weil diese Verpflichtung als eine Ausprägung des Legalitätsgrundsatzes zu den wesentlichen Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts zählt (BGH, Beschl. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 24). Mit der Beugung von § 160 Abs. 2 StPO durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker ist außerdem eine Verletzung von Verfahrensrecht Gegenstand der Rechtsbeugung im Sinne des § 339 StPO. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass in solchen Fällen für die Rechtsbeugung nur erforderlich ist, dass durch die Verfahrensverletzung die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung zum Vor- oder Nachteil einer Partei begründet wurde, nicht jedoch, dass ein Vor- oder Nachteil tatsächlich eintritt (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 20 m.w.N. (siehe auch Teil 2:B., S. 129 ff., Rn. 288 ff.)). Voraussetzung der Rechtsbeugung ist daher nicht, dass die mit den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 Angeschuldigten tatsächlich und im Ergebnis zu Unrecht angeschuldigt und – soweit geschehen – verurteilt wurden, sondern nur, dass durch die Beugung von § 160 Abs. 2 StPO die Gefahr einer falschen Entscheidung begründet wurde.

Dies ist – ungeachtet der Tatsache, dass zumindest die Verurteilungen von Herrn Schmid, Herrn Dörscher und Herrn Hagel aufgrund der Verletzung von § 160 Abs. 2 StPO auch im Ergebnis zu Unrecht erfolgten – ohne Weiteres der Fall. Ebenfalls unerheblich ist angesichts dessen, dass das Landgericht Bonn eine eigene Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung traf – dies ändert nichts an der geschaffenen Gefahr und damit dem Strafgrund (vgl. zur Verfälschung der Entscheidungsgrundlage durch eine Amtsrichterin BGH, Beschl. v. 29.11.2022 – 4 StR 149/22, NStZ 2023, 738, juris Rn. 25 f.). Vorliegend wird das z. B. dadurch belegt, dass nachweislich falsche, ins Blaue hinein aufgestellte Tatsachenbehauptungen der Anklage durch das Landgericht Bonn ohne jede Überprüfung übernommen wurden (siehe beispielhaft Teil 2:A.VII., S. 111-125, Rn. 232-272).

Die Ausführungen der Einzelheiten orientieren wir an der nachfolgenden Gliederung und im Ausgangspunkt an der Anklage vom 27. Mai 2020, weil es sich um die erste Anklage gegen Verantwortliche der Warburg Bank handelt. Bei den jeweiligen Fundstellen der Anklage vom 27. Mai 2020 sind dann jeweils die Parallelfundstellen in der Anklage vom 1. Juli 2022 ergänzt. Nachweise unter Angabe von Aktenfundstellen beziehen sich auf die Akte des Verfahrens gegen Dr. Christian Olearius, Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft Köln 213 Js 15/22, Aktenzeichen des LG Bonn 63 KLS 1/22. Wir regen daher an, die Akte zum Ermittlungsverfahren gegen Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker beizuziehen.

Inhaltsübersicht

TEIL 1: EINLEITUNG UND ZUSAMMENFASSUNG	2
TEIL 2: RECHTSBEUGUNG DURCH OSTAIN A. D. ANNE BRORHILKER.....	9
A. Falsche und unvollständige Darstellungen in den Anklagen.....	11
I. Falsche „Feststellung“ des Vorliegens von Leerverkäufen auf der Grundlage nicht überprüfter Behauptungen der sog. Kronzeugen.....	12
1. Wesentliche Darstellung in den Anklageschriften.....	12
2. Fehlerhaftigkeit und Unvollständigkeit der Darstellung in der Anklageschrift.....	17
a) Dividendenlevel erlauben keinen Nachweis von Leerverkäufen.....	18
b) Handelsvolumen als eigenes Indiz unergiebig.....	31
c) Unvollständige Darstellung der Ursachen für Spätlieferungen	31
d) Zeuge Shields hat Leerverkäufe nicht aus eigener Wahrnehmung „bestätigt“	33
3. Beweismittel der Anklage damit zum Nachweis von Leerverkäufen ungeeignet	35
II. Falsche Ableitung des angeblichen Vorsatzes aus den Behauptungen der Zeugen Shields und Thorpe.....	36
III. Falschaussagen des Dr. Steck.....	39
1. Darstellung der Aussagen in den Anklagen	39
2. Falschaussagen des Dr. Steck und Strafanzeige vom 1. August 2024	40
IV. Willkürlich unterbliebene Aufklärung von Täuschungshandlungen	42
1. Täuschungshandlungen durch Berger/Steck und Mora/Shields.....	43
a) Präsentation German Basis Opportunity 2007	44
b) Darstellung der Transaktionen durch Dr. Berger im Frühjahr 2007.....	49
c) Präsentation „Basis Opportunities Fund M.M. Warburg – Discussion Document Update“	54
d) Darstellung in den Gutachten von Dr. Berger verschweigt Leerverkäufe.....	55
e) Diskussion im Zusammenhang mit dem Entwurf des BMF-Schreibens im März und April 2009	59
f) Bestätigungen von Ballance Capital bzw. Paul Mora	74
g) Täuschung von Erwin Müller durch Dr. Kai-Uwe Steck	84
2. Täuschungshandlungen durch Shaun Miell und weitere Verantwortliche der ICAP Securities Limited	89
a) Kontrollmitteilung des FA Darmstadt bestätigte unmittelbare Leerverkäufe über Deutschland durch ICAP in 2006.....	90

b) Aussagen des Zeugen Shields	90
c) Interne Dokumente von ICAP belegen Leerverkäufe durch ICAP und Täuschungsabsicht bei ICAP	92
d) E-Mail-Bestätigung von ICAP	98
e) ICAP agierte bei mindestens vier Transaktionen des Eigenhandels als unmittelbarer Leerverkäufer.....	100
f) ICAP schaltete mit hoher Wahrscheinlichkeit die Konzerngesellschaft LINK als Leerverkäufer zwischen	101
g) Klage der WestLB/Portigon gegen ICAP	101
h) Unwahre Darstellung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft am 3. Dezember 2021	104
3. Täuschungshandlungen durch Axel von Rosen und Darren Thorpe	105
V. Unterdrückung entlastender Zeugenaussagen	107
VI. Unterdrückung entlastender Urkunden	108
VII. Falsche und einseitig verzerrende Darstellung und Auslegung von Urkundeninhalten (beispielhaft).....	111
1. E-Mail vom 18. August 2006 von Dr. Berger an Herrn Schmid	111
a) Darstellung in den Anklagen.....	111
b) Unwahrheit der Darstellung in der Anklage.....	111
2. Overview Dividendenoptimierung.....	125
3. Spiegel-Artikel 2009	127
4. Scheinrechnungen	129
VIII. Zwischenergebnis.....	129
B. Rechtlicher Maßstab.....	129
C. Objektiver Tatbestand, Taterfolg.....	131
D. Vorsatz der Anne Brorhilker.....	134
E. Beweismittel	138
TEIL 3: AKTENEINSICHT	139
TEIL 4: ANLAGENÜBERSICHT	141

Teil 2: Rechtsbeugung durch OStAin a. D. Anne Brorhilker

- 1 Mit der Anklage vom 27. Mai 2020 gegen Herrn Christian Schmid, Herrn Martin Dörscher, Herrn Marcus Hagel und Herrn Dr. Detlef Mertens und der Anklage vom 1. Juli 2022 gegen Herrn Dr. Christian Olearius hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker dem Landgericht Bonn einen schwerwiegend falsch dargestellten und unvollständigen Sachverhalt zur Entscheidung unterbreitet (Teil 2:A., S. 11-129, Rn. 6-287). Schon mit der Anklage vom 27. Mai 2020 hat sie im Übrigen auf der gleichen Tatsachengrundlage, aber ohne ihn anzuklagen, zugleich auch Herrn Dr. Christian Olearius der Mittäterschaft beschuldigt (S. 273 f. der Anklage vom 27. Mai 2020). Durch die Erhebung der Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 hat sie jeweils eine Rechtsbeugung nach § 339 StGB begangen.
- 2 Eine Rechtsbeugung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Verletzung von Verfahrensrecht bei der Erhebung der Anklage begangen werden (siehe im Einzelnen Teil 2:B., S. 129 ff., Rn. 288 ff.). Hierfür genügt, wenn die Staatsanwältin durch ihr Verhalten die konkrete Gefahr eines unrechtmäßigen Vor- oder Nachteils für eine Partei schafft, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Vor- oder Nachteil eingetreten ist (BGH, Beschl. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 20). Ein solcher Nachteil kann auch darin liegen, dass die Entscheidungsgrundlage des Gerichts durch die Unterbreitung eines falschen und unvollständigen Sachverhalts verfälscht wird (BGH, Beschl. v. 29.11.2022 – 4 StR 149/22, NStZ 2023, 738, juris Rn. 26; *Fischer*, StGB, 71, Aufl. 2024, § 339 Rn. 7). Dies ist vorliegend der Fall. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker verletzte in gravierender Form ihre Verpflichtung aus § 160 Abs. 2 StPO, auch entlastende Sachverhalte zu ermitteln und das Ergebnis der Ermittlungen in der Anklage darzustellen. Der Rechtsverstoß ist auch elementar im Sinne des § 339 StGB. Die Verpflichtung aus § 160 Abs. 2 StPO – eine Ausprägung des Legalitätsgrundsatzes – zählt zu den wesentlichen Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts (BGH, Beschl. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 24).
- 3 Der Taterfolg liegt bereits in der jeweiligen Erhebung der Anklage auf der Grundlage eines in Wahrheit zum Nachteil der Angeklagten verfälschten dargestellten und nicht ausermittelten Sachverhalts (siehe Teil 2:C., S. 131 ff., Rn. 294 ff.). Die Falschdarstellungen haben sich allerdings auch in den Urteilen gegen die Angeklagten Schmid, Dörscher, Hagel und Dr. Mertens niedergeschlagen (Rn. 297).
- 4 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker handelte auch vorsätzlich, was sich auch aus ihren öffentlichen Äußerungen ergibt (Teil 2:D., S. 134 ff., Rn. 303 ff.). Beispielsweise liegen die elektronischen Postfächer des Dr. Berger sowie des Dr. Steck, aus denen sich die Unwahrheit zentraler Darstellungen der Anklage ergibt, der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen seit mehr als einem Jahrzehnt vor. Es ist fernliegend, dass ihnen und damit – sofern man nicht ein gezieltes Zurückhalten von Beweismitteln seitens der auswertenden Ermittlungspersonen gegenüber Frau Brorhilker unterstellt – auch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker bei der Auswertung entgangen ist, dass zentrale, der Anklage zugrundeliegende Behauptungen des Zeugen Dr. Steck sowie weitere Unterstellungen der Anklage durch Urkunden belegbar

unwahr sind. Dessen ungeachtet hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker jede (Anordnung der) Überprüfung der sog. Kronzeugenaussagen unterlassen, obwohl sie aus allgemeinen Erwägungen und konkreten Ermittlungsergebnissen um deren teils mögliche, teils sicherere Unwahrheit wusste. Die besondere Schwere des darin liegenden Verstoßes gegen § 160 Abs. 2 StPO kommt auch darin zum Ausdruck, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in Kenntnis der Mängel der Anklage und damit auch des Verfahrens gegen Herrn Christian Schmid – dem das Landgericht einen persönlichen Vorteil von EUR 100.000 unterstellte – gegen diesen persönlich die Verhängung einer Haftstrafe von 10 Jahren beantragte, während sie bereits versucht hatte, für ihre „Kronzeugen“, die sich jeweils durch Cum/Ex-Transaktionen in zweistelligem Millionenbereich bereichert hatten, völlige Straffreiheit zu erlangen, obwohl dies in offensichtlichem Widerspruch zu § 46b Abs. 1 Satz 3 StGB stand (siehe Rn. 301).

- 5 In einem anlässlich ihrer „Kündigung“ mit dem WDR geführten Interview antwortete Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker außerdem auf die Frage nach ihrem größten Erfolg: „[...] *dass wir die Kronzeugen zum Reden gebracht haben [...]*“ (Minute 16:37 des Videos¹). Bezogen auf die Belastung von Dr. Christian Olearius, Christian Schmid, Martin Dörscher, Marcus Hagel, Dr. Detlef Mertens und weiterer Mitarbeiter der Warburg Bank durch unwahre Aussagen des Dr. Kai-Uwe Steck hätte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker genauso gut sagen können: „[...] *dass wir die Kronzeugen zum Lügen gebracht haben [...]*“. Es steht fest, dass der Staatsanwaltschaft Köln und speziell Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die Beweismittel für und auch die Hinweise auf schwerste Täuschungen durch Dr. Kai-Uwe Steck, Dr. Hanno Berger, Paul Mora und weitere Beteiligte vorlagen und auch bekannt waren (siehe z.B. den Fall „Erwin Müller“, Teil 2:A.IV.1.g), S. 84 ff., Rn. 174 ff.). Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker interessierte sich dafür indessen nicht, sondern propagierte öffentlich, wenn man sogenannte „Kronzeugen“ habe, „die gestehen“, müsse man „*sich überhaupt nicht mehr einen abbrechen mit Indizien oder sonst was*“ (Wortprotokoll zur öffentlichen Sitzung des Untersuchungsausschusses der Hamburgischen Bürgerschaft vom 3. Dezember 2021). In diesem Sinne wurden die Täuschungshandlungen ignoriert und beiseite geschoben, um den auf der Grundlage der Aussagen des Dr. Steck zum „Musterfall“ auserkorenen „Warburg-Komplex“ nicht zu gefährden – mit schwersten Folgen: Auf die Aussagen wurden Haftstrafen gegen Christian Schmid, Martin Dörscher, Marcus Hagel und Dr. Detlef Mertens, enteignungsgleiche Eingriffe der BaFin und Interventionen des Bundesfinanzministeriums gestützt, die die traditionsreiche Warburg Bank schwer beschädigten, während die Ermittlungen gegen andere Institute, etwa die Deutsche Bank und die Landesbanken gezielt zurückgehalten wurden. Die Autobiografie des früheren Bundesfinanzministers Dr. Wolfgang Schäuble mit dem Titel „*Erinnerungen. Mein Leben in der Politik*“ legt nahe, dass für dieses Vorgehen auch politische Opportunitäts-erwägungen eine Rolle spielten. Die Politik habe die Interessen der „*vielfach in diese Problematik involvierten Landesbanken*“ berücksichtigen müssen (S. 517 der Erinnerungen). Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker jedenfalls nahm zumindest am 16. November 2017 auch an einem Termin beim Bundesfinanzministerium teil (**Anlage 4**).

¹ <https://www1.wdr.de/mediathek/video/sendungen/video-exklusiv-interview-cum-ex-chefermittlerin-spricht-ueber-ihre-kuendigung-100.html>

A. Falsche und unvollständige Darstellungen in den Anklagen

- 6 Die von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker unterzeichnete Anklage vom 27. Mai 2020 gegen Herrn Christian Schmid, Herrn Martin Dörscher, Herrn Marcus Hagel und Herrn Dr. Detlef Mertens und die Anklage vom 1. Juli 2022 gegen Herrn Dr. Christian Olearius stützen im Ergebnis sowohl die Feststellung des behaupteten objektiven Tatbestandes, also das Vorliegen von in der Steuererklärung verschwiegenen Leerverkäufen ohne Steuereinbehalt (vgl. S. 185 ff., 269 der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 344 ff., 353 der Anklage vom 1. Juli 2022), als auch die Feststellung des subjektiven Tatbestandes (vgl. S. 222 ff., 263 ff., 277 ff. der Anklage vom 27. Mai 2020 und S. 340 ff., 348 ff. der Anklage vom 1. Juli 2022) auf die Aussagen der drei sog. Kronzeugen Dr. Steck, Shields und Thorpe bzw. die von diesen behauptete Bedeutung bestimmter Indizien und Unterlagen. Dabei überprüfte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker weder die eigentlichen Aussagen noch die Tragfähigkeit der behaupteten angeblichen Bedeutung von Indizien auf ihre Richtigkeit und veranlasste eine solche Prüfung auch nicht. Wäre eine solche Prüfung veranlasst worden, hätte diese die insbesondere von den Zeugen Shields und Thorpe aufgestellten Behauptungen zur Feststellung von Leerverkäufen im Kern nicht bestätigt, sondern als unzureichend widerlegt (nachfolgend I., S. 12 ff., Rn. 8 ff.). Damit ist bereits die Darstellung des objektiven Tatbestandes grob unvollständig und falsch. Das Gleiche gilt für die Darstellung des angeblichen subjektiven Tatbestandes (nachfolgend II., S. 36 ff., Rn. 70 ff.). Die Überprüfung der Aussage des Zeugen Steck hätte außerdem ergeben, dass dieser die Unwahrheit sagt (nachfolgend III., S. 39 ff., Rn. 76 ff.), um von ihm und Dr. Berger begangene Täuschungshandlungen gegenüber den Angeklagten zu verdecken (nachfolgend IV.1., S. 43 ff., Rn. 86 ff.). Schon nach den eigenen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft gingen Dr. Berger und Dr. Steck so weit, ihren Mandanten bzw. Kunden zur Verdeckung ihrer Täuschungen Unterlagen unterzuschieben (siehe IV.1.g), S. 84 ff., Rn. 174 ff.). Nie aufgeklärt wurde durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker auch der täuschende Charakter der von der HVB (siehe IV.1.a), S. 44 ff., Rn. 88 ff.) und der Macquarie Bank (siehe IV.3., S. 105 ff., Rn. 218 ff.) zur Vorstellung der Transaktionen verwandten Präsentationen sowie die Anweisung der Verantwortlichen der ICAP Securities Limited, gegenüber den deutschen Erwerbern das Vorliegen von Leerverkäufen zu verschweigen (siehe IV.2.c), S. 92 ff., Rn. 191 ff.). Angesichts dessen beruht auch die in den Anklagen aus den Indizienbehauptungen abgeleitete Behauptung einer Kenntnis der Angeschuldigten Schmid, Dörscher, Hagel, Dr. Mertens und Dr. Olearius von Leerverkäufen ohne Steuereinbehalt auf einer untragbar unvollständigen und falschen Tatsachengrundlage.
- 7 Soweit die dessen ungeachtet auf Grundlage der Kronzeugenaussagen gewonnenen „Erkenntnisse“ als durch Urkunden „bestätigt“ behauptet werden (insbesondere S. 222 ff. der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 107 ff., S. 115 ff., S. 134 ff., S. 151 ff., S. 161 ff. der Anklage vom 1. Juli 2022), sind die Urkunden entgegen § 160 Abs. 2 StPO willkürlich lückenhaft ausgewählt und blenden entlastende Urkunden, Urkundeninhalte oder Auslegungsalternativen nahezu vollständig aus oder unterdrücken sie (siehe u.a. VI., S. 108 ff., Rn. 227 ff. und VII., S. 111 ff., Rn. 232 ff.). Das gilt insbesondere für die angebliche „Verbindung“ zwischen den OTC-Equity Swaps des Jahres 2006 und den Transaktionen der Jahre 2007 bis 2011 im Sinne eines „Rollenwechsels“, die interne Dokumentation der Warburg Bank, bei den getätigten Geschäften

handele sich um Geschäfte mit ausländischen Aktieninhabern, sowie für die durch Urkunden belegten massiven Täuschungshandlungen von Dr. Berger, Dr. Steck, Paul Mora und mutmaßlich auch den Verantwortlichen der ICAP Securities Limited. Auch die Darstellung der im Zuge der Ermittlungen sichergestellten Urkunden in der Anklage ist daher grob unvollständig und falsch.

I. Falsche „Feststellung“ des Vorliegens von Leerverkäufen auf der Grundlage nicht überprüfter Behauptungen der sog. Kronzeugen

1. Wesentliche Darstellung in den Anklageschriften

8 In den Anklagen wird für keine einzige der den jeweiligen steuerlichen Erklärungen zugrunde liegenden Transaktionen das Vorliegen eines Leerverkaufs durch Transaktionsbelege und Depotbestände des Leerverkäufers nachgewiesen. Vielmehr stützt sich die Anklage zur Feststellung von Leerverkäufen ohne Steuerabzug allein auf die Aussagen der gesondert verfolgten Zeugen

- Darren THORPE,
- Martin SHIELDS,
- Nicholas DIABLE,
- Aneil ANAND und
- Rakesh MAJITHIA

sowie auf die „Indizien“

- Dividendenlevel
- Hohe Handelsvolumina und
- Spätlieferungen

und die angebliche Bedeutung, die diese Indizien nach den Aussagen der vorgenannten Zeugen haben sollen (S. 185 bis 222 der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 344-348 der Anklage vom 1. Juli 2022).

9 Der Zeuge Thorpe wird in der Anklage fast ausschließlich mit allgemeinen Erläuterungen zu Cum/Ex-Geschäften, insbesondere den Dividendenleveln und Absprachen zitiert. Da Absprachen gleichermaßen auch bei Inhabergeschäften („klassisches Dividendenstripping“) vorkommen würden, stützt sich die Anklage nur auf die Aussagen zu den Dividendenleveln. In der Anklage wird dazu im Wesentlichen ausgeführt (S. 186-188 der Anklage vom 27. Mai 2020, wortgleich auf S. 311-312 der Anklage vom 1. Juli 2022):

*„Im Hinblick auf Cum/Ex-Geschäfte im Allgemeinen erklärte der gesondert Verfolgte Thorpe bereits zu Beginn seiner Vernehmung ausdrücklich, dass aufgrund der Preisgestaltung der in Rede stehenden Cum/Ex-Transaktionen jedem klar gewesen sei, dass es sich um einen Leerverkaufsmarkt gehandelt habe. Ein Dividendenlevel von rund 80 lasse den sicheren Rückschluss zu, dass sich der Verkäufer erst „ex“ mit diesen Aktien eingedeckt habe. Ein Dividendenlevel von über 95 lasse dagegen eher auf Cum/Cum-Geschäfte schließen.“*³⁰⁸ [VN 01 Blatt 4.]

Weiter gab der gesondert Verfolgte Thorpe an, aus der Preisgestaltung und der Art und Weise, wie die Futures gehandelt worden seien, sei erkennbar gewesen, dass der Verkäufer ein Leerverkäufer gewesen sei, der sich erst Ex/Ex mit den Aktien eingedeckt und daher keine Kapitalertragsteuer auf die Dividendenkompensationszahlung abgeführt habe. So sei der Preis etwa 20 Prozent niedriger gewesen als der reguläre Preis für ein Cum/Cum-Geschäft (hohe 70 Prozent für den Avana-Handel im Vergleich zu hohen 90 Prozent für Cum/Gum-Geschäfte).

Bei Geschäften mit Schluss-Tag kurz vor dem Ex-Tag bestehe zwar auch die Möglichkeit, dass es sich um Inhaberverkäufe handele. Wenn ein Inhaberverkäufer seine Aktien aber erst so kurz vor dem Dividendenstichtag abstoße, dass die Aktien nach dem Dividendenstichtag geliefert würden, müsse auch er einen Preisabschlag akzeptieren. Der gesondert Verfolgte Thorpe bestätigte ausdrücklich, dass der Grund für diese Preisabschläge darin liege, dass die Käufer zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen seien, die Aktien würden von einem Leerverkäufer stammen und daher nicht bereit gewesen seien, mehr zu zahlen als für diese Geschäfte marktüblich. Zwar bestehe die Möglichkeit, dass auch ein Inhaberverkäufer einen Dividendenlevel von weniger als 85 Prozent akzeptiere, was mit Unterschieden in Doppelbesteuerungsabkommen zusammen hänge. Zwar sei in den meisten Doppelbesteuerungsabkommen ein Reststeuersatz von 85 Prozent vereinbart, d.h. für Inhaberverkäufer aus diesen Ländern würden Geschäfte mit einem geringeren Dividendenlevel wirtschaftlich keinen Sinn ergeben. Es gebe aber Staaten, wie z.B. die Cayman-Islands, mit denen kein Doppelbesteuerungsabkommen zu Deutschland bestehe. Auf den Cayman-Islands seien z.B. Hedge-Funds angesiedelt, diese kämen grundsätzlich als Inhaberverkäufer in Betracht, die einen geringeren Dividendenlevel akzeptieren könnten. Er selbst habe eine derartige Konstellation aber nie wahrgenommen, es handele sich dabei um eine theoretisch denkbare Möglichkeit. Seiner Einschätzung nach würden in mindestens 99 Prozent aller Fälle von Cum-Ex-Trades die Aktien von einem Leerverkäufer stammen.

*Wenn die Trades mehrere Tage zuvor vereinbart worden seien, hätte der Inhaber der Long-Position nicht zu einem solch niedrigen Preis verkaufen müssen. Zu diesem Zeitpunkt hätten die Verkäufer immer den viel höheren Preis im Cum/Cum-Markt vorgezogen. Dass ein Verkäufer sich bewusst dazu entscheide, einen Dividendenlevel von 79 Prozent zu akzeptieren, obwohl er auch einen von 97 Prozent auf dem Cum/Cum-Markt erhalten könnte, sei wirtschaftlich unsinnig und daher ausgeschlossen.*³¹⁰ [VN 01 Blatt 273 ff.,

807.]

[...]“

- 10 Die Angaben in der Anklage vom 27. Mai 2020 zu den Aussagen des Zeugen Thorpe im Zusammenhang konkret mit den Geschäften mit der Warburg Bank im Jahr 2008 sind demgegenüber denkbar knapp (S. 193 der Anklage vom 27. Mai 2020):

„Der gesondert Verfolgte Thorpe erklärte ausdrücklich, Macquarie sei regelmäßig als Leerverkäufer aufgetreten für sogenannte „wholesale“-Kunden. Einer dieser „wholesale“-Kunden sei die M.M. Warburg in Hamburg gewesen, ein weiterer die LBBW in Stuttgart.“^{321 [VN 01 Blatt 201 f.]}

- 11 Die in den Anklagen wiedergegebenen Aussagen des Zeugen Shields betreffen im Wesentlichen den Ablauf der Geschäfte sowie die Einschätzung der Bedeutung von Dividendenleveln durch Herrn Shields, dazu heißt es in der Anklage (S. 199 f. der Anklage vom 27. Mai 2020, wortgleich auf S. 323 f. der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Der gesondert Verfolgte Shields gab insoweit an, bei einem Dividendenlevel von unter 85 Prozent sei die Wahrscheinlichkeit des Erwerbs vom Leerverkäufer sehr hoch, da dies unter jenem Anteil an der Bruttodividende liege, den ein Aktionär aus dem Ausland aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen insgesamt erhalte (Auszahlung der Nettodividende zuzüglich Teilerstattung der Kapitalertragsteuer). Hinzu komme, dass ein Inhaberverkäufer nicht erst kurz vor dem Dividendenstichtag verkaufen würde, da er nunmehr den Cum/Ex-Trading-Level akzeptieren müsste. Dies wäre wirtschaftlich sinnlos, wenn er einige Tage zuvor den Cum/Cum-Level erreichen könne.“^{340 [340 VN 03 Blatt 161.]}

Bei einem Dividendenlevel 83 Prozent wäre die Transaktion aus Sicht des Verkäufers höchst unwirtschaftlich, wenn dieser mit Kapitalertragsteuer belastet werden würde, weswegen man nahezu sicher davon ausgehen könne, dass der Veräußerer nicht mit Kapitalertragsteuer belastet worden sei.“^{341 [VN 03 Blatt 172.]}

Noch deutlicher sei die Sachlage bei dem sich aus der dem gesondert Verfolgten Shields vorgelegten Tabelle (Tabelle „Aufstellung Ertrag und Provisionen aus Aktien/Dividendengeschäften 2010“^{342 [VN 03 Blatt 728, 745.]}) ergebenden Dividendenlevel von 79 Prozent. Nach Auffassung des gesondert Verfolgten Shields sei es nur schwer vorstellbar, dass bei einem solchen Level die Aktien von einem Inhaber-Verkäufer kämen^{343 [VN 03 Blatt 730.]}. Ohne Einsichtnahme in die konkreten Transaktionsdaten könne er dies zwar nicht definitiv sagen, er gehe jedoch fest davon aus, dass die Aktien von einem Leerverkäufer stammen würden, der bislang nicht mit Kapitalertragsteuer belastet worden sei“^{344 [VN 03 Blatt 728 ff.]}

- 12 Dazu, ob den Transaktionen konkret Leerverkäufe zugrunde lagen, zitiert die Anklage den Zeugen Shields lediglich an anderer Stelle mit der Aussage, die Ballance-Gruppe sei nicht als Leerverkäufer aufgetreten (S. 121 der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 99, 127 der Anklage vom 1. Juli 2022).

- 13 Der Zeuge Diable wird in den Anklagen (S. 206-214 – 27. Mai 2020 bzw. S. 329-336 – 1 Juli 2022) weder mit Angaben zur Bedeutung der Dividendenlevel noch mit konkreten Angaben dazu zitiert, ob angeklagten Geschäften Leerverkäufe zugrunde lagen und wer ggf. die Leerverkäufer waren.
- 14 Der Zeuge Anand (S. 214-218 – 27. Mai 2020 bzw. S. 336-339 – 1 Juli 2022) war an den angeklagten Geschäften überhaupt nicht beteiligt, sondern an anderen von Dr. Berger und Dr. Steck initiierten Fondstransaktionen. Zur Bedeutung der Dividendenlevel führte er aus, für Inhabergeschäfte habe der Dividendenlevel bei 95 % gelegen. Auch der Zeuge Majithia war nur an anderen von Dr. Berger und Dr. Steck initiierten Fondstransaktionen beteiligt. In Bezug auf Dividendenlevel wird er mit der Behauptung zitiert, ein Dividendenlevel von 81 % indiziere einen Leerverkauf, weil ein Inhaberverkäufer sonst „durch die Transaktionskosten“ Verluste erleiden würde (S. 218 – 27. Mai 2020 bzw. S. 340 – 1. Juli 2022).
- 15 Zur Bedeutung der „weiteren Indizien“ „Dividendenlevel“, „Hohe Handelsvolumina“ und „Spätlieferungen“ heißt es in den Anklagen insbesondere (S. 219-222 der Anklage vom 27. Mai 2020, wortgleich S. 345-348 der Anklage vom 1. Juli 2022):

„bb) Weitere Indizien

(1) Dividendenlevel

Auf Grundlage der glaubhaften und sich deckenden Angaben der gesondert Verfolgten Shields, Diable, Thorpe, Anand und Majithia ist davon auszugehen, dass ein eindeutiger Hinweis auf eine Cum/Ex-Leerverkaufsgestaltung ohne vorherigen Steuerabzug das aus Erwerbersicht hohe Gewinnniveau ist, welches daraus resultierte, dass der Leerverkäufer den Käufer an dem Steuervorteil teilhaben ließ, indem er den Preis des Futures zu dessen Gunsten anpasste. Nur Leerverkäufer, die auf die Dividendenkompensationszahlungen keine Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag abgeführt haben, waren dazu der Lage. Die Ausnutzung günstiger Kursentwicklungen der erworbenen Wertpapiere war erkennbar keine Motivation der Angeschuldigten und gesondert Verfolgten, da es im Bereich der „marktneutralen“ Equity-Finance-Trades nur um die Ausnutzung steuerlicher Effekte, hier konkret der Verteilung der nicht abgeführten Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag ging. Aus Sicht der gesondert Verfolgten Shields, Mora und Thorpe war nur bedeutsam, zu welchen Kosten sie in der Lage waren, Ex-Aktien zu beziehen, welche Vergütung das den Leerverkauf ausführende Institut für seine Tätigkeit verlangte und welche Handels- und Finanzierungskosten in der Kette anfielen - wobei sich sämtliche Kosten als „Dividendenpunkte“ und damit als Anteile am generierten Steuerschaden darstellen.

Vor dem Hintergrund, dass die verfahrensgegenständlichen Cum/Ex-Transaktionen von professionellen Akteuren umgesetzt werden, erscheint es entsprechend der Angaben der Trader als ausgeschlossen, dass der Veräußerer dem Erwerber für das kurzfristige Halten der Aktie über den Dividendenstichtag und für die Vereinnahmung der Dividende teilweise über zwanzig Prozent der Bruttodividende überlassen hätte.

Der im Vergleich zum normalen Dividendenstripping hohe Anteil des Erwerbers an der Bruttodividende bei Cum/Ex-Leerverkäufen lässt sich zudem damit erklären, dass der Erwerber als Antragsteller im steuerlichen Verfahren auch das Risiko der Nichtanrechnung respektive -erstattung trägt.

*Nach diesen Maßstäben ist offensichtlich, dass es sich bei den Cum/Ex-Eigenhandels-transaktionen in den Jahren 2007 bis 2011 um Leerverkäufe ohne Steuerabzug gehandelt hat. Mit den Cum/Ex-Transaktionen in den Jahren 2007 und 2008 mit der HVB und Macquarie vereinbarte die M.M. Warburg regelmäßig zwischen fünf und zwölf Prozent der Bruttodividende, mit Ballance im Jahr 2008 bereits zwischen fünfzehn und zwanzig Prozent. Ab der Dividendensaison 2009 erhielt die M.M. Warburg von Ballance selten unter zwanzig Prozent der Bruttodividende*³⁸⁸ [Vgl. dazu die Tabellen oben.]

[...]

Das Gewinnniveau war nur möglich, weil der Leerverkäufer keine Steuer abgeführt hat.

(2) Hohe Handelsvolumina

Das hohe Handelsvolumen in Verbindung mit dem Zeitpunkt von Handels- und Liefer-tag spricht ebenfalls für Leerverkäufe, da ein Inhaber-Verkäufer nur ausnahmsweise oder versehentlich Cum/Ex verkaufen würde, aber nicht derart große Mengen zum - im Vergleich zu einem ihm grundsätzlich möglichen Cum/Cum-Geschäft - viel niedrigeren Preis. Zudem lassen sehr hohe Handelsvolumina den Schluss auf im Vorhinein getroffene Absprachen zwischen den Akteuren zu.

[...]

(3) Spätlieferungen

Für das Vorliegen von Leerverkäufen sprechen zudem die wiederholten Spätlieferungen. Spätlieferungen können naturgemäß nur auftreten, wenn der Cum/Ex-Verkäufer keine ausreichenden Bestände in seinem Depot hat, um seine Lieferverpflichtungen fristgerecht zu erfüllen, sondern sich die Aktien erst nach dem Ex-Tag besorgen muss.

*Der Sonderprüfer der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kommt zu dem Schluss, dass die Spätlieferungen ein Indiz dafür seien, dass ICAP respektive der hinter ICAP stehende Cum/Ex-Verkäufer „am Valutatag keine ausreichenden Bestände in seinem Clearstream-Depot hatte, um seinen Lieferverpflichtungen fristgerecht nachzukommen“*³⁹⁰ [Vgl. SH 6.4 Band 1 Blatt 194.]

In den Dividendensaisons 2007 und 2008 kam es bei den von der HVB initiierten Geschäften bei drei von vierzehn Gattungen zu nicht valutagerechten Settlements, bei von Macquarie vermittelten Cum/Ex-Transaktionen in einem von sechs Fällen. Nachdem Ballance ab März 2008 die Kreisläufe verwaltete, nahmen die Spätlieferungen deutlich

zu. Im Jahr 2008 lieferten die gesondert Verfolgten in acht von fünfzehn Fällen zu spät, in 2009 und 2010 jeweils in dreizehn von 21 respektive 26 Fällen. Die beiden Transaktionen in 2011 wurden valutagerecht beliefert. Dabei fällt insbesondere auf, dass nicht nur die Häufigkeit der Transaktionen zugenommen hat, bei denen es zu Spätlieferung kam, sondern dass auch innerhalb eines Settlements zunehmend viele Tranchen verspätet geliefert wurden. Bei der Thyssenkrupp AG, der Douglas Holding AG, der Fresenius Medical Care & Co. KGaA und der Metro AG (alle 2009) sowie der Allianz SE (2010) war es sogar so, dass nicht eine einzige Aktien vertragsgerecht in das Depot der M.M. Warburg eingebucht wurde.

Der gesondert Verfolgte Shields hat Leerverkäufe bestätigt und ausgeführt, dass es deswegen regelmäßig zu Spätlieferungen gekommen sei³⁹¹ [Vgl. VN 03 Blatt 185.]. Die Spätlieferungsquote bei normalen Transaktionen liege seiner Ansicht nach bei fünf bis zehn Prozent oder sei sogar noch niedriger³⁹² [Vgl. VN 03 Blatt 183.].“

2. Fehlerhaftigkeit und Unvollständigkeit der Darstellung in der Anklageschrift

- 16 Die vorstehenden Darstellungen in den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 sind in den wesentlichen Punkten falsch und unvollständig. Es trifft nicht zu, dass die festgestellten Dividendenlevel ein „*eindeutiger Hinweis*“ auf Leerverkäufe seien, das „*Gewinnniveau*“ nur möglich gewesen sei, „*weil der Leerverkäufer keine Steuer abgeführt hat*“ und „*ausgeschlossen*“ sei, dass ein Inhaber als „*Veräußerer dem Erwerber für das kurzfristige Halten der Aktie über den Dividendenstichtag und für die Vereinnahmung der Dividende teilweise über zwanzig Prozent der Bruttodividende überlassen hätte*“. Vielmehr ist durch die Gutachten der gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. Theissen im später abgetrennten Verfahren gegen Herrn Dörscher und Herrn Hagel und Prof. Dr. Elsas im Verfahren gegen Herrn Dr. Christian Olearius sowie eine wissenschaftliche Studie belegt, dass sich der von den Zeugen behauptete Zusammenhang nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft nicht belegen lässt (siehe a), S. 18 ff., Rn. 21 ff.). Selbst wenn die Behauptungen der sog. Kronzeugen zur Bedeutung der Dividendenlevel nicht vorsätzlich falsch gewesen sein sollten, ist durch die Gutachten und die Studie belegt, dass sie allenfalls ihre subjektive Wahrnehmung des Marktes, nicht aber das mit wissenschaftlichen Methoden festgestellte und maßgebliche objektive Marktgeschehen geschildert haben. Dieses objektive Marktgeschehen wird außerdem durch Unterlagen der ICAP Securities Limited belegt, aus denen sich ergibt, dass aus der damaligen ex-ante-Perspektive aus entsprechenden Dividendenleveln nicht auf Leerverkäufe geschlossen werden konnte und wurde.
- 17 Falsch ist auch die Behauptung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker, das gehandelte Volumen spreche für Leerverkäufe, weil Inhaber den für sie vermeintlich schlechteren Preis von Cum/Ex-Geschäften im Vergleich zu Cum/Cum-Geschäften nur „*ausnahmsweise oder versehentlich*“ hinnehmen würden (siehe b), S. 31, Rn. 57). Denn dieser Rückschluss beruht auf der unzutreffenden Einschätzung der Bedeutung des Dividendenlevels, ist also kein eigenständiges Indiz.

- 18 Die Darstellung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker zu Spätlieferungen ist unvollständig (siehe c), S. 31 ff., Rn. 58 ff.). Selbst wenn Spätlieferungen im Einzelfall für Leerverkäufe sprechen sollten, gibt es auch zahlreiche andere Gründe für Spätlieferungen. Zu einigen Gründen hat beispielsweise auch der Zeuge Shields ausgesagt. Indem diese Gründe in den Anklagen mit keinem Wort erwähnt wurden, wurde der unzutreffende Eindruck erweckt, dass andere Gründe fern liegen und eine Überprüfung der Gründe der Spätlieferungen(deshalb) nicht erforderlich ist.
- 19 Schließlich suggerieren die Anklagen unzutreffend, der Zeuge Shields habe das Vorliegen von Leerverkäufen konkret für die angeklagten Geschäfte bestätigt, obwohl er dazu gerade keine eigene, konkrete Wahrnehmung mitgeteilt hatte, sondern lediglich aus den angeblichen Indizien die – dem Zeugen verwehrt – Schlussfolgerung gezogen hatte, es müssten Leerverkäufe vorliegen (siehe d), S. 33 ff., Rn. 63 ff.).
- 20 Die Fehlerhaftigkeit und Unvollständigkeit der Anklagen führt dazu, dass mit den Anklagen der Eindruck erweckt werden sollte und erweckt wurde, als könnten Leerverkäufe mit den angegebenen Beweismitteln – Aussagen der sog. Kronzeugen und drei angeblichen „Indizien“ – in der Hauptverhandlung festgestellt werden, obwohl dies tatsächlich für mindestens 98,57 % der im Eigenhandel der Warburg Bank angerechneten Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag und für sämtliche Steuerbeträge im Zusammenhang mit dem BCGES und dem BCGH nicht der Fall war (siehe 3., S. 35 ff., Rn. 66 ff.).

a) Dividendenlevel erlauben keinen Nachweis von Leerverkäufen

- 21 Die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen unter der Leitung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker haben die von den sog. Kronzeugen behauptete Beweiswirkung bestimmter Dividendenlevel niemals einer Überprüfung geschweige denn einer unabhängigen Überprüfung unterzogen, weil es ihnen zu mühsam war. Beispielhaft antwortete der Zeuge Grypstra-Bendfeldt – vormals beim Bundeszentralamt für Steuern in die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Köln wegen des BCGES involviert – auf die Frage, ob das Bundeszentralamt für Steuern die These der sog. Kronzeugen überprüft habe, am 22. Januar 2024:

„RA Dr. Hübner: Jetzt könnte man ja - da würde ich noch einmal aufgreifen, was gesagt wurde - auf die Idee kommen, diese Angaben des Zeugen zu überprüfen, indem man exemplarisch statistisch belastbare Gruppen von Transaktionen zusammengestellt, an denen die Zeugen nicht beteiligt waren, und dann die Lieferketten ermittelt und die genaue Geschäftsstruktur ermittelt und guckt, ob es zu einer einfachen oder einer mehrfachen Anrechnung von Kapitalertragsteuer gekommen ist, und so könnte man das ja überprüfen. Wir haben verstanden, das ist nicht gemacht worden, so etwas?

***Zeuge Grypstra-Bendfeldt:** Ich denke, es wäre ein immenser Aufwand gewesen. Nein.“*

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 22. Januar 2024, S. 176 **Anlage 5.**

- 22 Hätte die Staatsanwaltschaft die behauptete Beweiskwirkung der Dividendenlevel einer Überprüfung mit wissenschaftlichen Methoden unterzogen, hätte sich herausgestellt das diese Beweiskwirkung nicht nachweisbar ist: Zwei Sachverständigengutachten gerichtlicher Sachverständiger und eine wissenschaftliche Studie belegen dies. Bestätigt werden diese wissenschaftlichen Erkenntnisse außerdem durch interne Dokumente der Gegenpartei der Warburg Bank, der ICAP Securities Limited sowie anwendbare und bis zum Beweis des Gegenteils durch die Staatsanwaltschaft mutmaßlich auch eingehaltene Leerverkaufsverbote der BaFin. Durch die unterlassenen, aber notwendigen ermittlungsmaßnahmen bewahrte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhiker ihre Anklagen vor dem Einsturz ihrer vermeintlich tragenden „Kronzeugen-Säulen“, die sich im Lichte der nachfolgenden Darstellung als nicht tragfähig erweisen.

aa) Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. Elsas und Prof. Dr. Theissen

- 23 Der Sachverständige Prof. Dr. Elsas führte in seinem Gutachten vom 18. Dezember 2023 im Verfahren gegen Herrn Dr. Christian Olearius zur Indizwirkung verschiedener Dividenden-Level innerhalb der auch für ausländische Aktieninhaber grundsätzlich sinnvollen Spanne von Dividenden-Levels zwischen 73,625 % und 100 % für das Vorliegen von Leerverkäufen und mehrfache Steueranrechnungen aus:

„RA Dr. Hübner: Aber dann müsste ich ja - - Dann hätte ich doch nur ein Indiz, wenn ich weniger als 75 Prozent zahle.

SV Prof. Dr. Elsas: Nein. Ein Indiz werden Sie wahrscheinlich immer haben, weil die Beziehung, dass sozusagen das Zugeständnis größer wird, je größer der erwartbare Gewinn ist, dürfte immer gelten. Ein Beweis, dass es Cum/Ex ist, ist es nicht.

RA Dr. Hübner: Ja. Sie können also auch nicht sagen: Ein Dividendenlevel von weniger als 95 ist ein Leerverkauf?

SV Prof. Dr. Elsas: Das kann ich nicht sagen, nein.

RA Dr. Hübner: Und Sie können auch nicht sagen, dass die Steuer nicht gezahlt wurde?

SV Prof. Dr. Elsas: Nein, das kann ich nicht sagen.“

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 18. Dezember 2023, S. 174 **Anlage 6.**, Hervorhebungen durch Verf.

- 24 Der Sachverständige Prof. Dr. Theissen hat in seinem Gutachten vom 24. April 2023 im Verfahren gegen Herrn Hagel und Herrn Dörscher ausgeführt, dass bei einem KEST-Satz von 25 % zzgl. SolZ in Abhängigkeit von einem ggf. einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen (im Folgenden: „DBA“) alle Dividendenlevel bis 73,625 % (ohne DBA) bzw. bis 85 % (mit Standard-DBA) bei Transaktionen mit Inhabern möglich sind und eine zwischen diesen Werten und

100 % liegende Grenze, die Rückschlüsse auf das Vorliegen von Inhaber- oder von Leerverkäufen zulasse, nicht bestimmbar ist:

„Vors. Zickler: [...] Jetzt ist die Frage: Indizieren jetzt diese Level selbst, also lassen die Rückschlüsse zu, lassen die gesicherte Rückschlüsse zu auf das zugrunde liegende Geschäft, nämlich dahin, ob ein Cum/Ex-Geschäft sozusagen ein Leerverkauf war oder ein inhaberveräußertes - ich nenne es jetzt mal so - Cum/Cum-Geschäft? Lassen - das ist jetzt die Frage - alle Dividendenlevel von X oder Y oder Z solche Rückschlüsse zu, Ihrer Erfahrung nach?

***Sachverständiger Prof. Dr. Theissen:** Erfahrung würde ich nicht sagen - Einschätzung. Im Prinzip: ja. Ich kann aber nicht genau sagen, wo die entsprechenden Werte liegen. Im Grunde genommen hat man die Inhalte, die da relevant sind, schon besprochen, nämlich: Es geht letzten Endes um die unterschiedliche steuerliche Behandlung, die wir haben, und es geht im Wesentlichen um die Kapitalertragsteuer unter Berücksichtigung eventueller Doppelbesteuerungsabkommen.*

Und letzten Endes: Die effektive Steuerlast der ausländischen Anteilseigner unter Berücksichtigung des Doppelbesteuerungsabkommens gibt uns die Untergrenze für den plausiblen Dividendenlevel. Und alles, was darunter liegt, ist mit Cum/Cum-Transaktionen nicht zu erklären.

Aber wo der Wert genau liegt, das hängt von der genauen Ausgestaltung der Doppelbesteuerungsabkommen ab. Und das ist es, worum es geht.

***Vors. Zickler:** Alles klar. Vielleicht, um es plastisch zu machen: Wir hatten - oder ich hatte -eingebracht: Ein, ich glaube, vielfach anzutreffender definitiver Steuersatz nach Doppelbesteuerungsabkommen mag 15 Prozent sein. So gerechnet wäre für einen Dividendenstripper - ich nenne ihn jetzt mal Cum/Cum mit der gleichen Unschärfe, wie er vorliegt - ein Level von 85 sozusagen das Äußerste, was man auf Veräußererseite akzeptieren würde.*

***Sachverständiger Prof. Dr. Theissen:** So würde ich es sehen.*

***Vors. Zickler:** Okay. Dann haben wir noch einmal eröffnet, und ich mache die Runde noch einmal auf. Wollen Sie noch einmal?*

***RA Dr. Beckschäfer:** Dann greife ich das noch einmal auf. Sie wurden eben gefragt, ob sonstige steuerliche Effekte denkbar sind, die man quasi auf dem unteren Rand des denkbaren Levels für ein Dividendenstripping abbilden kann. Sie hatten gesagt: Ja, da ist vieles denkbar,*

***Sachverständiger Prof. Dr. Theissen:** Ja, aber da möchte ich mich deswegen nicht dazu äußern, weil ich zu der steuerlichen Behandlung, insbesondere dann auch bei Ausländern, nichts sagen kann.*

RA Dr. Beckschäfer: Genau.

Sachverständiger Prof. Dr. Theissen: Natürlich, gerade weil ich Dividenden ... Steuerersatz besteuern muss - und der kann unterschiedlich sein, je nachdem, welches Einkommen man hat -, aber da bin ich nicht Experte genug, um das irgendwie quantifizieren zu wollen.

RA Dr. Beckschäfer: Das reicht mir auch, dass der untere Satz dann eben nicht vollständig feststeht, und es nicht so einfach zu beurteilen ist. Danke.“ (Hauptverhandlung vor dem LG Bonn vom 24. April 2023, Wortprotokoll S. 99)

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn in der Strafsache Dörscher, Hagel vom 24. April 2023, siehe S. 105 ff zu den zitierten Aussagen, **Anlage 7.**; Hervorhebungen durch Verf.

- 25 Damit steht fest, dass die von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker insbesondere unter Berufung auf die Zeugen Thorpe und Shields aufgestellte Behauptung, bei Dividenden-Levels von weniger als 95 % sei zwingend auf Leerverkäufe zu schließen, mit wissenschaftlichen Methoden selbst nach jahrelanger Aufbereitung von Cum/Ex-Transaktionen im Allgemeinen und der verfahrensgegenständlichen Geschäfte im Besonderen nicht bestätigt werden kann. Entsprechend trifft es auch nicht zu, dass das von der Warburg Bank erzielte Gewinnniveau nur im Falle von Leerverkäufen ohne Steuereinbehalt möglich gewesen wäre. Laut den Sachverständigen liegt bei zunehmendem Gewinn des inländischen Käufers lediglich ein Indiz dafür vor, dass der insgesamt zu verteilende Gewinn größer ist. Solange aber insgesamt die Gewinnspanne nicht verlassen wird, die auch für ausländische Aktieninhaber wirtschaftlich sinnvoll ist, können daraus jedoch keine Rückschlüsse gezogen werden. Entsprechend resümierte der Sachverständige Prof. Dr. Elsas:

*„Wir hatten ja grundsätzlich schon diskutiert, dass ein Dividendenlevel kein Beweis für irgendeine Art von Geschäft ist“ (S. 192 der **Anlage 6**).*

- 26 Schon angesichts der Tatsache, dass der Dividendenlevel auf wissenschaftlicher Grundlage nur ein Indiz für einen höheren verteilbaren Gewinn (also beispielsweise eine fehlende Berechtigung des Inhaber-Verkäufers nach einem Doppelbesteuerungsabkommen oder einen Leerverkauf), aber gerade kein Beweis für Leerverkäufe ist, kann das Vorliegen von Leerverkäufen nicht über die Dividendenlevel – auch nicht mittels Zeugenaussagen zu der angeblichen Bedeutung der Dividendenlevel – festgestellt werden. Das muss auch deshalb gelten, weil es sich um objektiv überprüfbare Umstände handelt. Der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen war die Überprüfung nur zu mühsam.

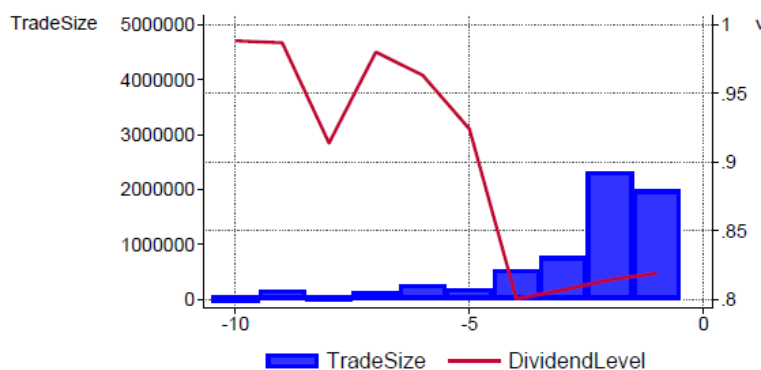
bb) Wissenschaftliche Studie von Laternus/Reichel/Wahrenburg

- 27 Darüber hinaus hat der Sachverständige Prof. Dr. Elsas mit einer Studie von Laternus/Reichel/Wahrenburg (**Anlage 8.**) auch weitere Gesichtspunkte erörtert, die gegen das Vorliegen

von Leerverkäufen bei den Geschäften der Warburg Bank, des BCGES und des BCGH bzw. gegen die Indizwirkung der Dividendenlevel im allgemeinen sprechen:

- 28 Nach den Ergebnissen der vom Sachverständigen Prof. Dr. Elsas vorgestellten Studie hat ein Handel in Dividendenarbitrage-Strukturen mit Single Futures zu einem Dividenden-Level von 97 % nicht in nennenswertem Umfang stattgefunden. Aus der nachfolgenden Grafik aus der Studie ergibt sich zwar, dass an drei von 10 Tagen vor der Hauptversammlung das Dividenden-Level bei ca. 97 % gelegen hat. Der Vergleich des Handelsvolumens mit den Tagen, an denen die durchschnittlichen Dividenden-Level bei 80 bis 82 % gelegen haben (Tag 4 bis Tag 1), zeigt aber, dass zu Dividenden-Levels von 97 % nahezu kein Handel stattgefunden hat. Angesichts der großen Zahl ausländischer Aktionäre – im Zeitraum 2007 bis 2011 befanden sich durchgängig mehr als 50 % der DAX-Aktien in ausländischer Hand – und des unzweifelhaft großen Umfangs des Dividendenstrippings als Inhabergeschäft, widerlegt dieses Handelsbild die Behauptung der Anklage bzw. von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker und den sog. Kronzeugen, dass Inländer in signifikantem Umfang bereit waren, Aktien zu einem Dividenden-Level von 97 % zu erwerben. Wäre dies der Fall gewesen, dürfte das Handelsvolumen zu Dividenden-Levels von durchschnittlich 97 % nicht so viel geringer sein als das Handelsvolumen zu Dividenden-Levels von durchschnittlich 80 bis 82 %.

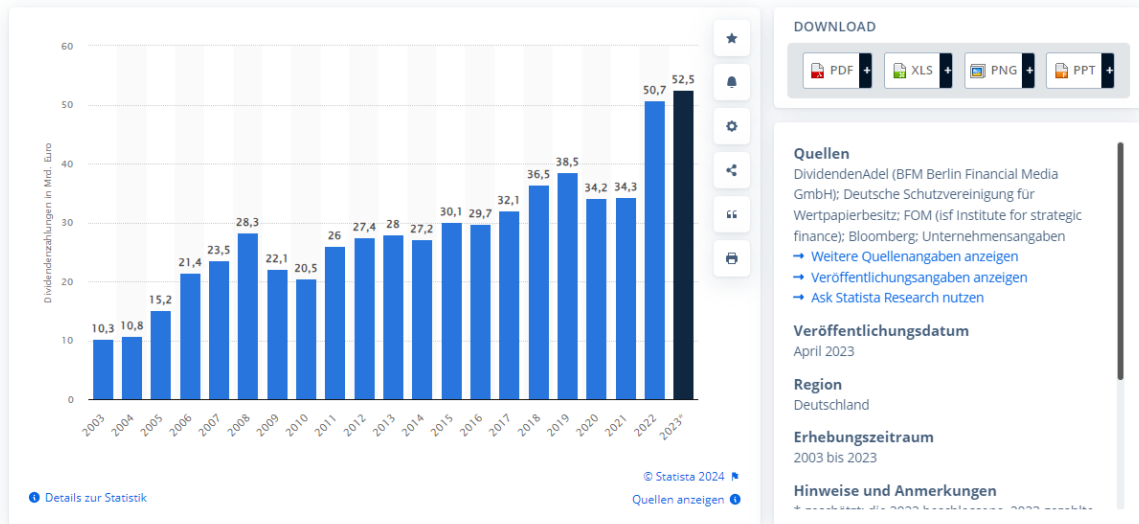
(a) CumExPeriod: 2005-2011



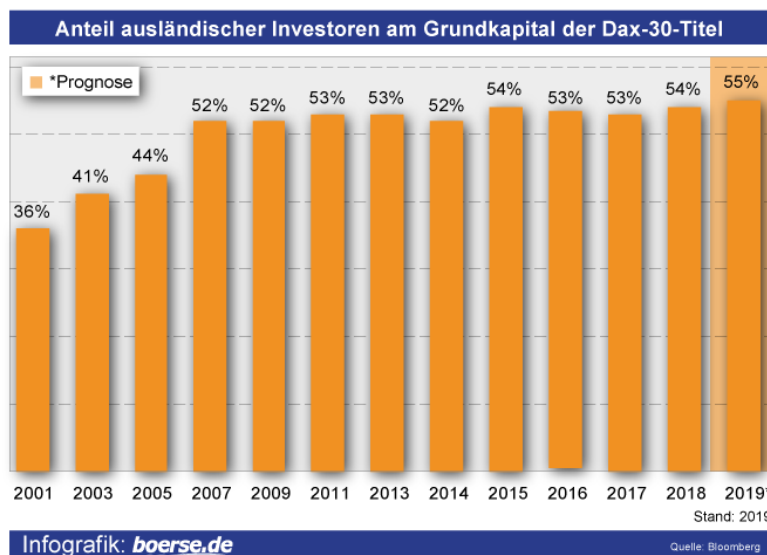
- 29 Damit ist schließlich auch die zentrale These der Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 2. Juli 2022 widerlegt, dass die von der Warburg Bank, dem BCGES und dem BCGH erzielten Profite nur aus der Geltendmachung nicht gezahlter Steuern, mithin einer Steuerhinterziehung und nicht aus dem vom Bundesfinanzhof wiederholt als zulässig bestätigten (BFH, Urt. v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; BFH, Beschl. v. 20.11.2007 – I R 85/05, BFH/NV 2008, 551 = BStBl. II 2013, 287) Dividendenstripping kommen konnten. Allein die DAX-30 Unternehmen haben in den Jahren 2007 bis 2011 Dividenden in Höhe von insgesamt 120,4 Milliarden Euro ausgeschüttet²:

² <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/4761/umfrage/dividendenzahlungen-der-dax-unternehmen/>

Entwicklung der Dividendenzahlungen der DAX-Unternehmen in den Jahren von 2003 bis 2023 (in Milliarden Euro)



- 30 Auf diese Ausschüttungen ist Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von insgesamt EUR 29,0 Milliarden erhoben worden. Der Anteil ausländischer Investoren betrug dabei durchgehend etwas mehr als 50 %:



- 31 Auf die ausländischen Investoren entfiel daher Kapitalertragsteuer in Höhe von rund 15,16 Milliarden Euro:

Jahr	Dividenden	Steuersatz (KESt + SolZ)	KESt + SolZ	Anteil Auslandsbesitz	Auf Auslandsbesitz entfallende KESt+SolZ
2007	€ 23.500.000.000,00	21,100%	€ 4.958.500.000,00	52,00%	€ 2.578.420.000,00
2008	€ 28.300.000.000,00	21,100%	€ 5.971.300.000,00	52,00%	€ 3.105.076.000,00
2009	€ 22.100.000.000,00	26,375%	€ 5.828.875.000,00	52,00%	€ 3.031.015.000,00
2010	€ 20.500.000.000,00	26,375%	€ 5.406.875.000,00	52,00%	€ 2.811.575.000,00
2011	€ 26.000.000.000,00	26,375%	€ 6.857.500.000,00	53,00%	€ 3.634.475.000,00
Summe	€ 120.400.000.000,00		€ 29.023.050.000,00		€ 15.160.561.000,00

- 32 Wenn nur 30 % aller ausländischen Anteilseigner von DAX-30 Unternehmen keine Entlastung nach einem Doppelbesteuerungsabkommen geltend machen konnten, standen EUR 4,55 Milliarden an Kapitalertragsteuer für Dividendenstrippinggeschäfte mit Dividendenleveln von unter 85 % zur Verfügung. Da die Dividendenlevel im Jahr 2007 und bei den Fonds BC German Equity Fund und BC German Hedge Fund über 85 % lagen, waren die Geschäfte auch für solche ausländischen Anteilseigner attraktiv, die eine Entlastung nach einem Doppelbesteuerungsabkommen erzielen konnten.
- 33 Insbesondere ist die Behauptung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in den Anklagen, dass die von der Warburg Bank, dem BCGES und dem BCGH erzielten Profite nicht anders zu erklären seien als durch die Anrechnung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer infolge von Leerverkäufen ohne Steuerabzug, damit schlicht unwahr.

cc) Behauptete Cum/Cum-Dividendenlevel wirtschaftlich nicht sinnvoll

- 34 Die von den sog. Kronzeugen behaupteten Dividendenlevel von Cum/Cum-Geschäften sind im Übrigen auch deshalb nicht plausibel, weil mit ihnen zumindest in den Jahren 2007 und 2008 keine oder praktisch keine Erträge zu erzielen gewesen wären; deshalb kann ausgeschlossen werden, dass sich in nennenswerter Anzahl inländische Kreditinstitute gefunden hätten, die zu diesen Dividendenleveln Aktien „übernommen“ hätten.
- 35 Hintergrund ist, dass Banken als zu veranlagende Körperschaften die anrechenbare Kapitalertragsteuer erst im Anschluss an ihre Veranlagung erhalten. Die erste Veranlagung einer Körperschaft erfolgt dabei regelmäßig erst ca. zwei Jahre später, da schon die komplexe Steuererklärung meist erst gegen Ende des auf die Dividendenzahlung folgenden Kalenderjahres abgegeben wird. Auch bei der Warburg Bank war dies der Fall. Die Kapitalertragsteuer auf die Transaktion in Fraport Aktien vom 28. Mai 2008 (TH 3.19) beispielsweise erhielt die Warburg Bank erst mit dem Bescheid vom 14. April 2010 (SH 33 Heft 2 PDF 70). Das bedeutet wirtschaftlich, dass eine Bank bei Cum/Cum- und Cum/Ex-Inhabergeschäften dem Fiskus für zwei Jahre die gesamte Kapitalertragsteuer unverzinslich als Darlehen gewährt. Hätte die Bank diesen Betrag hingegen – statt ein Dividenden-Geschäft zu machen – auf dem Interbankenmarkt angelegt, hätte sie für den Betrag jedenfalls eine Verzinsung zum 12-Monats-Euribor erhalten. Wie die folgende Beispielrechnung am Beispiel der Fraport Transaktion (TH 3.19) zeigt, hätten Dividendenlevel von 98 % bei einer Bank als Käuferin und Zinsen von über 4 % dann regelmäßig geringere Erträge als eine Anlage auf dem Interbankenmarkt erzielt:

Fraport AG (TH 3.19)		
	Handelstag	28.05.2008
	Tag des ersten Steuerbescheids (SH 33 Heft 2 PDF 70)	14.04.2010
1	12-Monats Euribor am 01.06.2008	5,097%
2	Zinstage zwischen dem 28.05.2008 und dem 14.04.2010	686
3	Brutto-Dividende	2.070.000,00 €
4	Davon 2% (Ertrag bei Dividenden-Level von 98% - Zeile 3*0,02)	41.400,00 €
5	Kapitalertragsteuer	436.770,00 €
6	Entgangene Zinsen auf Kapitalertragsteuer für 686 Tage (360 Zinstage pro Jahr - Zeile 5*(Zeile 2/360)*5,097)	42.421,80 €
7	Ertrag bei einem Dividenden-Level von 98% (Zeile 4-Zeile 6)	- 1.021,80 €

36 Bei einem Dividendenlevel vom 97 % wäre der Ertrag zwar etwas höher gewesen als bei einer Anlage auf dem Interbankenmarkt. Unter Berücksichtigung des zusätzlichen Aufwands dürften die Geschäfte aber dessen ungeachtet zu solchen Konditionen unattraktiv gewesen sein.

37 Diese Situation bestand bei Dividenden-Levels von 97, 98 % durchgehend sowohl für die Dividenden-Saison 2007 als auch 2008. Denn die der jeweiligen Bank auf die vorfinanzierte Kapitalertragsteuer entgehenden Zinsen betrugen durchgehend mehr als vier Prozent:

12-Monats Euribor 2007 und 2008			
2007		2008	
Datum	Zinssatz	Datum	Zinssatz
02.01.2007	4,030%	02.01.2008	4,733%
01.02.2007	4,080%	01.02.2008	4,330%
01.03.2007	4,077%	03.03.2008	4,379%
02.04.2007	4,193%	01.04.2008	4,736%
01.05.2007	4,298%	02.05.2008	4,952%
01.06.2007	4,466%	02.06.2008	5,097%
02.07.2007	4,524%	01.07.2008	5,418%
01.08.2007	4,522%	01.08.2008	5,357%
03.09.2007	4,783%	01.09.2008	5,325%
01.10.2007	4,716%	01.10.2008	5,505%
01.11.2007	4,630%	03.11.2008	4,846%
03.12.2007	4,711%	01.12.2008	3,921%

38 Es erscheint danach ausgeschlossen, dass deutsche Banken in nennenswerter Anzahl bereit waren, das auch bei Cum/Cum-Geschäften existente Risiko der Rückforderung der Kapitalertragsteuer in nennenswerter Höhe für einen allenfalls minimalen Zusatzverdienst einzugehen. Bestätigt wird dies jedenfalls durch Presseberichte:

- 39 Das Handelsblatt berichtete am 2. Mai 2016 unter der Überschrift „*Steuertricks mit Dividenden*“ unter anderem über Cum/Cum-Transaktionen des Asset Managers Vanguard mit deutschen Banken in den Jahren 2013 bis 2015. In dem Artikel heißt es, Vanguard habe sich die halbe Kapitalertragsteuerersparnis gesichert, was umgekehrt bedeutet, dass die andere Hälfte bei den deutschen Gegenparteien verblieb:

„Das Ergebnis zeigt, dass die Banken und ihre Geschäftspartner beim Griff in die deutsche Steuerkasse offenbar viel Spaß hatten. „Cum-Cum-Trade“ und „Yield Enhancement“ nannten sie ihre Geschäfte. Letzteres bedeutet übersetzt so viel wie „Verbesserung der Ausbeute.“ Und so war es auch. US-Finanzdienstleister wie Vanguard etwa sicherten sich mit den Geschäften die halbe Kapitalertragsteuer-Ersparnis.“

Artikel aus dem Handelsblatt vom 2. Mai 2016 von Sönke Iwersen, Volker Votsmeier und Yasmin Osman mit dem Titel „Steuertricks mit Dividenden“, **Anlage 9**.

- 40 Die Hälfte der Kapitalertragsteuerersparnis entsprach in diesem Zeitraum bei einem Steuersatz von 26,375 % (inkl. SolZ) zwischen 7,5 % und 13,188 % der Bruttodividende, je nachdem ob ein Doppelbesteuerungsabkommen – insbesondere das DBA-USA (KESt-Belastung von 15 %) – zur Anwendung kam, oder nicht (im Fall von auch bei großen Vermögensverwaltern üblichen Offshore-Gesellschaften). Das entspricht immerhin Dividendenleveln von 86,812 % bis 92,5 %, bei Geschäften mit dem – nach Blackrock – zweitgrößten Vermögensverwalter der Welt. Wenn aber selbst der zweitgrößte Vermögensverwalter der Welt als Aktieninhaber in den Jahren 2013 bis 2015 Dividendenlevel zwischen 86,812 % und 92,5 % akzeptierte, belegt auch dies die Unrichtigkeit der allein auf Zeugenaussagen gestützten Behauptungen der Staatsanwaltschaft Köln, Dividendenlevel unter 97 % seien mit Aktieninhabern praktisch nicht zu erzielen gewesen.
- 41 Das – geringe – Volumen an Futures, das ausweislich der Studie Laternus/Reichel/Wahrenburg zu Dividendenleveln von 97, 98 % etc. gehandelt wurde, dürfte daher mit anderen Handelsstrategien zusammenhängen, bei denen Dividendenstripping keine Rolle spielte und bei denen daher lediglich Zinseffekte, nicht aber die Aufteilung des Steuervorteils, in die Preisbildung des Futures einfließen.

dd) ICAP Product Review German Stock Trade

- 42 Die Feststellungen in den Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. Elsas und Prof. Dr. Theissen sowie die Ergebnisse der Studie von Laternus/Reichel/Wahrenburg werden außerdem durch die der Staatsanwaltschaft Köln bei Erhebung der Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 vorliegenden Product Review German Stock Trade-Dokumente der ICAP Securities Limited – Verkäuferin und Kontraktpartnerin aller Eigenhandelsgeschäfte sowie zusammen mit der ICAP-Konzerngesellschaft The Link Asset und Securities Limited auch fast aller Transaktionen des BCGES und des BCGH – belegt.
- 43 Für die Jahre 2007 und 2008 (d. h. bei einem Kapitalertragsteuersatz von 20 % zzgl. Solidaritätszuschlag, insgesamt 21,1 %) belegt das ICAP-interne Papier „*Product Review German*

Stock Trade“ vom 15. April 2008, dass Dividendenlevel von 83-87 % aus damaliger Marktperspektive nicht auf Leerverkäufe hinwiesen. Denn wenn das so gewesen wäre, hätte ICAP bei Vereinbarung der angestrebten Dividendenlevel denklogisch unmöglich gleichzeitig davon ausgehen können, dass Leerverkäufe zwar für Clearstream und die Depotbank The Bank of New York Mellon, nicht aber für den Käufer erkennbar seien und man deshalb bei ICAP – solange man den Käufer im Dunkeln lässt – auf einen gutgläubigen Käufer vertrauen könne. Genau das aber hat ICAP ausweislich des Product Reviews vom 15. April 2008 getan:

„Procedures for Entering into a trade

[...]

5. Do not tell the counterparty to the German stock trade that we have sold short over dividend date. Similarly do not tell Clearstream or BONY we are sold short specifically even though they can work it out.

6. There should be no discussion or suggestion that ICAP is in a bi-lateral or tri-partite division of the tax credits on the trade. The pricing of dividend within the future should be inherent/implicit and not explicit and we should be in range 83-87% of gross dividend rather than one percentage on all trades.“ (Hervorhebung nicht im Original)

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„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, das 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.“

Product Review German Stock Trade von ICAP vom 15. April 2008, Seite 7, **Anlage 10.**

- 44 Die Annahme eines gutgläubigen Käufers auf Seiten von ICAP war dabei der zentrale Punkt des ICAP von Clifford Chance erteilten Rechtsrats (S. 8, der **Anlage 11**) zur Absicherung der Rechtmäßigkeit der Teilnahme von ICAP an Cum/Ex-Transaktionen (die mittelbare Täterschaft war bei Clifford Chance offensichtlich unbekannt).

45 Im „*Product Review German Stock Trade*“ vom 5. Januar 2009 heißt es insoweit (S. 8 der **Anlage 11**):

„The opinion concludes that the Purchaser does not have a bad purpose if it is not aware, when claiming a withholding tax credit, that the seller of the shares is selling short and that the dividend compensation payment that it receives has not suffered German withholding tax. Even if the Purchaser is acting abusively, then it would only affect ICAP if individuals within the firm are aware that the Purchaser is applying for a withholding tax credit knowing that no German withholding tax has been paid in Germany on the compensation payment. As a practical matter this will not be the case.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Die Stellungnahme 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.“

46 Wenn aber Dividendenlevel von 83-87 % bezogen auf einen Kapitalertragsteuersatz von 20 % (21,1 % inkl. SolZ) zwingend und für jeden Marktteilnehmer erkennbar auf einen Leerverkauf hätten schließen lassen, hätte ICAP keinesfalls, auch nicht ohne Kommunikation über Leerverkäufe, von einem gutgläubigen Käufer ausgehen können. Dass ICAP als einer der erfahrensten Teilnehmer des Cum/Ex-Marktes überhaupt (ICAP handelte nicht nur mit M.M. Warburg, sondern auch im hohen Milliardenvolumen mit der WestLB, der HSH Nordbank, der Commerzbank und weiteren Marktteilnehmern) die Sachlage in so gravierender Weise verkannt hätte, kann ausgeschlossen werden. Danach steht fest, dass in den Jahren 2007 und 2008 und bezogen auf einen Kapitalertragsteuersatz von 20 % Dividendenlevel von 83-87 % keinen zwingenden Hinweis auf das Vorliegen von Leerverkäufen bedeuten.

47 Für das Jahr 2009 und bezogen auf einen Kapitalertragsteuersatz von 25 % rechnete ICAP ausweislich des Product Review vom 5. Januar 2009 mit Dividendenleveln zwischen 78,625 und 79,625 % (S. 5 der **Anlage 11**) bzw. weniger als 79,125 % (S. 6 der **Anlage 11**). Danach steht weiter fest, dass in den Jahren 2009-2011 und bezogen auf einen Kapitalertragsteuersatz von 25 % (26,375 inkl. SolZ) auch Dividendenlevel von weniger als 79,125 % keinen zwingenden Hinweis auf das Vorliegen von Leerverkäufen bedeuten.

ee) Leerverkaufsverbote der BaFin

48 Die Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 lassen vollständig unerwähnt, dass es seit dem 19. September 2008 Verbote ungedeckter Leerverkäufe in Bezug auf deutsche Finanz-Aktien gab (**Anlage 12.**), die in den Jahren 2009, 2010 und 2011 sieben der verfahrensgegenständlichen Transaktionen aus dem Eigenhandel der Warburg Bank und EUR 14.175.903,12 Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag erfassten. Außerdem gab es im Jahr 2010 eine Meldepflicht für Netto-Leerverkaufspositionen in deutschen Aktientiteln, die fünf Transaktionen mit einem Anrechnungsvolumen von EUR 14.437.675,00 erfasste:

49 Im Jahr 2009 waren die folgenden Transaktionen von dem verhängten Verbot ungedeckter Leerverkäufe erfasst:

Vom Verbot ungedeckter Leerverkäufe vom 19. September 2008 (ausgelaufen am 31. Januar 2010) erfasste Transaktionen in 2009				
	Aktie	Datum (Kauf)	Transaktionsheft	KESSt + SolZ
1.	Allianz SE	29.04.2009	TH 4.12	3.323.250,00
2.	Deutsche Bank AG	26.05.2009	TH 4.20	857.187,50
3.	Deutsche Börse AG	20.05.2009	TH 4.21	2.603.212,50

50 Im Jahr 2010 waren die folgenden Transaktionen von dem verhängten Verbot ungedeckter Leerverkäufe erfasst:

Vom Verbot ungedeckter Leerverkäufe vom 18. Mai 2010 (widerrufen mit Wirkung zum 27. Juli 2010) erfasste Transaktionen in 2010				
	Aktie	Datum (Kauf)	Transaktionsheft	KESSt + SolZ
1.	Deutsche Bank AG	27.05.2010	TH 11.20	207.703,12
2.	Deutsche Börse AG	27.05.2010	TH 11.21	3.184.781,25

51 Im Jahr 2010 waren die folgenden Transaktionen von der am 4. März 2010 verfüigten Offenlegungspflicht erfasst, wobei die Transaktion in Aktien der Deutsche Bank AG unterhalb der Meldeschwelle von 0,2 % der Aktien lag:

Von der Allgemeinverfügung zur Einführung einer Transparenzpflicht für Netto-Leerverkaufspositionen der BaFin vom 4. März 2010 erfasste Transaktionen in 2010					
	Aktie	Datum (Kauf)	Transaktionsheft	Anteil an Aktien (ca.)	KESSt + SolZ
1.	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	28.04.2010	TH 11.10	1,64 %	4.701.343,75
2.	Hannover Rück AG	04.05.2010	TH 11.14	2,82 %	1.883.175,00

3.	Allianz SE	05.05.2010	TH 11.15	0,91 %	4.460.671,88
4.	Deutsche Bank AG	27.05.2010	TH 11.20	0,14 %	207.703,12
5.	Deutsche Börse AG	27.05.2010	TH 11.21	2,95 %	3.184.781,25
6.	Summe				14.437.675,00

- 52 Im Jahr 2011 waren die folgenden Transaktionen von dem Verbot ungedeckter Leerverkäufe in § 30h WpHG erfasst:

Vom Verbot ungedeckter Leerverkäufe gemäß § 30h WpHG i.d.F. vom 27. Juli 2010 (BGBl. 2010 I, S. 945) erfasste Transaktionen in 2011				
	Aktie	Datum (Kauf)	Transaktionsheft	KESSt + SolZ
1.	Thyssen AG	29.01.2011	TH 14.1	1.364.906,25
2.	Siemens AG	25.01.2011	TH 14.2	2.634.862,50

- 53 Die Leerverkaufsverbote widerlegen bis zum Beweis des Gegenteils durch die Staatsanwaltschaft – die dazu bei der BaFin in nunmehr mehr als acht Jahren Ermittlungen nicht einmal eine Anfrage gestellt hat – das Vorliegen von Leerverkäufen zumindest bei den erfassten Transaktionen. Soweit die sog. Kronzeugen überhaupt abstrakt mutmaßliche Leerverkäufer benannt haben, handelte es sich um große (ausländische) internationale Kreditinstitute (siehe S. 189 der Anklage vom 27. Mai 2020 und S. 313 der Anklage vom 1. Juli 2022: Santander, Cater Allen, Royal Bank of Scotland, Barclays, Morgan Stanley, Merill Lynch), bei denen typischer Weise aufsichtsrechtliche Verbote, Melde- und Berichtsschwellen über automatisierte Compliance-Systeme laufen und dementsprechend auch tatsächlich umgesetzt werden.
- 54 In Summe, d.h. soweit entweder ein Leerverkaufsverbot oder eine Meldepflicht bestand, ist danach für 10 Transaktionen und EUR 25.221.093,75 der im Eigenhandel der Warburg angerechneten Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag davon auszugehen, dass es sich um Inhabergeschäfte gehandelt hat und die Behauptung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker, es hätten Leerverkäufe vorgelegen, widerlegt ist. Das sind 15,14 Prozent des in den Anklagen für den Eigenhandel (Taten 1, 2, 3, 12, 13 der Anklage vom 27. Mai 2020) vorgeworfenen Gesamtschadens von EUR 166.576.606,11.
- 55 Damit ist zugleich das Argument der Staatsanwaltschaft zu den Dividendenleveln durch einen weiteren Gesichtspunkt widerlegt. Denn diese Transaktionen wiesen laut Anklagen die folgenden Dividenden-Level auf (S. 28 f. bzw. S. 30 f. (2009), S. 47 f. bzw. S. 42 f. (2010) und S. 51 bzw. S. 49 f. (2011) der Anklage vom 27. Mai 2020 bzw. vom 1. Juli 2022):

Übersicht zu Dividendenleveln der von Leerverkaufsverböten oder Meldepflichten erfassten Transaktionen				
	Aktie	Datum (Kauf)	Transaktionsheft	Dividendenlevel
1.	Allianz SE	29.04.2009	TH 4.12	78,94
2.	Deutsche Bank AG	26.05.2009	TH 4.20	78,28
3.	Deutsche B6rse AG	20.05.2009	TH 4.21	79,04
4.	M6nchener R6ckversicherungs-Gesellschaft AG	28.04.2010	TH 11.10	78,92
5.	Hannover R6ck AG	04.05.2010	TH 11.14	79,07
6.	Allianz SE	05.05.2010	TH 11.15	78,97
7.	Deutsche Bank AG	27.05.2010	TH 11.20	78,88
8.	Deutsche B6rse AG	27.05.2010	TH 11.21	78,89
9.	Thyssen AG	29.01.2011	TH 14.1	79,11
10.	Siemens AG	25.01.2011	TH 14.2	-27,65 (in den Anklagen ersichtlich fehlerhaft berechnet)

56 Wenn aber bei den vorstehend erl6uterten Transaktionen auf der Grundlage der verf6gbaren, von der Staatsanwaltschaft vorgebrachten Informationen von Inhabergesch6ften auszugehen ist, dann k6nnen die mit den weiteren Transaktionen vergleichbaren Dividendenlevel auch deshalb kein Beweis und auch kein hinreichend sicheres Indiz f6r die Annahme von Leerverk6ufen sein.

b) Handelsvolumen als eigenes Indiz unergiebig

57 Das Handelsvolumen ist als eigenes Indiz bereits nach den Ausf6hrungen der Anklagen unergiebig. Es soll nur im Zusammenhang mit der angeblichen Bedeutung der Dividenden-Level ein weiteres Indiz darstellen. Da sich bereits die angebliche Bedeutung der Dividendenlevel mit wissenschaftlichen Methoden nicht belegen l6sst, liegt auch mit den Handelsvolumina kein Indiz vor.

c) Unvollst6ndige Darstellung der Ursachen f6r Sp6tlieferungen

58 Die Darstellung der Anklagen zu Sp6tlieferungen gibt schon die Angaben des Zeugen Shields im Ermittlungsverfahren in sinnentstellender Weise einseitig zu Lasten der Angeklagten wieder. Der Zeuge Shields hat insbesondere nicht – wie es die Anklagen suggerieren – ausgesagt, dass es allein wegen Leerverk6ufen und der deshalb fehlenden Verf6gbarkeit von Aktien zu Sp6tlieferungen gekommen sei. Er hat vielmehr auch ausgesagt, dass Finanzierungslimite und

die daraus folgende fehlende Verfügbarkeit von Kapital gerade bei der Warburg Bank ebenfalls zu Spätlieferungen führte (VN 03 Bd. 1 Bl. 182):

„Ich kann mich, wie ich bereits beim letzten Mai gesagt habe, nicht mehr konkret an den Chat erinnern und weiß insofern auch nicht mehr, welche Probleme Hagel hier genau meint. Es ist aber offensichtlich so, dass Hagel hier anspricht, dass es in letzter Zeit vermehrt zu Verzögerungen beim Settlement gekommen ist, dies sowohl beim An- als auch beim Verkauf von Aktien. Auf Grund der Finanzierungslimite für die M.M. Warburg und dem gleichzeitigen Bemühen, einen möglichst hohe Dividendenbetrag zu generieren, ist es notwendig, ein- fein abgestimmtes System von An- und Verkäufen zu implementieren, damit der zu Verfügung stehende Investmentbetrag möglichst effizient eingesetzt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass hier grundsätzlich die Lieferung nur gegen Zahlung erfolgt (Delivery vs. Payment; DVP). Sofern es auf der ein oder anderen Seite zu verspäteten Settlements kommt, wird dieses System gestört. Das Settlement einer vereinbarten Transaktion kann möglicherweise nicht zeitgerecht ausgeführt werden, da wegen eines verspäteten Settlements eines Verkaufs vorübergehend nicht genügend Kapital für das Settlement des Ankaufs von Aktien einer weiteren Gattung zur Verfügung steht. Dies kann dann zur Folge haben, dass das Settlement dieser Transaktion auf der Settlement Liste weit zurückfällt und es möglicherweise erst am nächsten Tag aufgeführt werden kann, was zu einer Potenzierung und zeitlichen Ausweitung der Probleme führt.“

- 59 Solche Spätlieferungen können in gleicher Weise bei Inhabergeschäften auftreten. Das gleiche gilt für zahlreiche weitere Gründe, aus denen Lieferaufträge fehlschlagen können, etwa weil die – manuell erfolgten – Eingaben über die Stückelung o.Ä. nicht übereinstimmen, die Lieferung deshalb nicht ausgeführt wird und es dadurch zu den von Herrn Shields ausgeführten Kaskadeneffekten kommt.
- 60 Hintergrund ist dabei insbesondere, dass das Wertpapierabwicklungssystem von Clearstream, das sog. CASCADE-System, eine Lieferung bei OTC-Geschäften nur durchführen kann, wenn sog. Lieferaufträge (auch Lieferinstruktionen) des liefernden und Match-Aufträge (auch Empfangsinstruktionen) des empfangenden Abwicklungs-Teilnehmers zueinander passen – sog. Matching. Im Clearstream-Kundenhandbuch von 2012 heißt es dazu (**Anlage 13.**, eine ältere Fassung liegt nicht vor, das System CASCADE gab es aber auch schon in den Jahren 2007 bis 2011 in dieser Form):

„Matching

OTC-Aufträge in GS-verwahrten Wertpapieren gegen Zahlung sind matchpflichtig. Durch den frühzeitigen Abgleich zwischen Lieferauftrag (Auftraggeber bzw. Verkäufer) und Match-Auftrag (Empfänger bzw. Käufer) wird sichergestellt, dass die Abwicklungsmodalitäten den Vereinbarungen zwischen den Kontrahenten genau entsprechen.

Das Matching erfolgt in CASCADE anhand von Haupt-Matchkriterien und optionalen Matchkriterien.

Haupt-Matchkriterien:

- *Lastschrift-Bank (übertragende Bank)*
- *Gutschrift-Bank (empfangende Bank)*
- *Wertpapierkennung*
- *Nennwert/Nominale*
- *Gegenwert*
- *Währung*
- *Settlementtag*
- *Schlussstag (Handelstag)*
- *RTS DvP in EUR (J/N)*

Optionale Matchkriterien:

- *Emissionseinführung (nur bei Namensaktien)*

Die Haupt-Matchkriterien dienen als Suchkriterien bei der Auffindung des Gegenauftrags. Wird der Gegenauftrag gefunden, müssen auch die optionalen Matchkriterien abgeglichen werden, sofern sie in beiden Aufträgen enthalten sind. Nur wenn sowohl die Haupt-Matchkriterien als auch die optionalen Matchkriterien übereinstimmen, gilt der Auftrag als „matched“. Für den Abgleich des Gegenwertes als Matchkriterium gilt eine Toleranzgrenze von EUR 25,- [...].“

61 Danach können Eingabefehler – also typische menschliche Fehler – bei dem Abwicklungsprozess zu Settlement Fails führen, die dann erst früher oder später auffallen müssen. Naturgemäß treten solche Fehler bei OTC Geschäften häufiger auf als bei Börsengeschäften.

62 Deutlich wird damit, dass die Spätlieferungen nicht als Indiz für Leerverkäufe hätten gewertet werden dürfen, ohne die Gründe für diese Spätlieferungen im Einzelnen zu untersuchen.

d) Zeuge Shields hat Leerverkäufe nicht aus eigener Wahrnehmung „bestätigt“

63 Irreführend ist auch die Darstellung, wonach der Zeuge Shields das Vorliegen von Leerverkäufen „bestätigt“ habe. Der Zeuge Shields hat hierzu gerade keine eigene Wahrnehmung geschildert, sondern eine Schlussfolgerung gezogen (VN 03 Bd. 1 Bl. 172 und Bd. 2 Bl. 377):

„Frage KHK Müller:

Inwieweit wurde der Veräußerer der Aktien mit KESSt belastet?

Antwort:

Ich kann diese Frage nicht mit Sicherheit beantworten, da ich nicht genau weiß, wer letztlich die Aktien an den Käufer veräußert hat. Das bereits erwähnte Pricing (Dividendenlevel 83 %) sorgt jedoch dafür, dass die Transaktion aus Sicht des Verkäufers höchst unwirtschaftlich wäre, wenn dieser mit belastet werden würde. Daher gehe ich nahezu sicher davon aus, dass der Veräußerer nicht mit KESt belastet wurde.“

„Frage KHK Müller:

Inwieweit können Sie sagen, ob es sich bei dem Kontrahenten von M. M. Warburg bei den in Rede stehenden Trades jeweils um einen Leer- oder einen Inhaberverkäufer handelte?

Antwort:

Konkrete Angaben zum jeweiligen Verkäufer der Aktien kann ich aus der Erinnerung heraus nicht machen. Wie bereits gestern besprochen, sind die Aktien mit einem Dividendenlevel von 78 % bis 82 % in die M. M. Warburg hineingehandelt worden. Dies ist ein deutlicher Indikator dafür, dass es sich vorliegend um Leerverkäufe handelte. Denn dies ist ein im Vergleich zum Dividendenlevel beim Cum/Cum-Geschäften (zu diesem Zeitpunkt 98 % bis 99 %) ein sehr niedriger Level, der nur zu realisieren ist, wenn auf der Verkaufsseite ein Leerverkäufer agiert, der nicht mit KESt belastet wird. Ich kann sagen, dass der hier gehandelte Dividendenlevel noch niedriger ist, als die sogenannte Treaty-Rate in Höhe von 85 %. Damit ist gemeint, dass ausländische Aktionäre im Rahmen der Doppelbesteuerungsabkommen in der Regel eine Erstattung erhalten, die letztlich darauf hinaus läuft, dass er 85 % der Bruttodividende vereinnahmen kann. Unabhängig davon sind generell auch verspätete Lieferungen und eine Lieferfrist von T +3-Indikatoren für einen solchen Leerverkauf.

Frage OStAin Brorhilker:

Wer agierte insoweit als Stückegeber?

Antwort:

In Bezug auf die hier in Rede stehenden Aktienpakete kann ich nicht im Einzelnen sagen, wer welche Aktien an M. M. Warburg geliefert hat. Generell war es so, dass Ballance Principals die direkten oder indirekten Short Seller zu ICAP geleitet hat. Wir haben Gespräche mit den Verkäufern unmittelbar oder mittelbar über Broker geführt und uns war klar, wer welche Art und welche Menge von Aktien an ICAP leitet. Wie ICAP die Verteilung der Aktien an die Käufer dann konkret vornahm, war nicht unsere Sache. Darüber wurden wir nicht konkret informiert. Das war für uns auch nicht relevant.“

64 Hieran hält der Zeuge Shields bis heute fest. Beispielsweise sagte er im Verfahren gegen Herrn Dr. Berger:

„Angeklagter Dr. Berger: Also, Sie sagen, ab 2007 waren sie ein Intermediary, aber hinter ICAP war das eben ein Shortseller. Jetzt möchte ich wissen: Woher wissen Sie das angesichts der verschiedenen Saldierungen für Rechnungen, dass da wirklich ein ganz bestimmter Leerverkäufer hinter ICAP stand? Wer war denn der Leerverkäufer? Wie hieß der denn?

Zeuge Shields (Konsekutivübersetzung): Ja, Sie haben recht, ich kann nicht garantiert sagen, dass es einen Leerverkäufer gab. Aber ich kann sagen, dass es andernfalls keinen Sinn ergeben würde. Sie haben recht, technisch ist es möglich, dass sie kein Leerverkäufer waren, aber die Volumina, die Termine, die Preisgestaltung, die Gegenparteien usw. lassen darauf schließen, dass ein Leerverkäufer dahinter stand. Ich kann es nicht garantieren.“

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 29. August 2022, S. 60, **Anlage 14.**

- 65 Was Herrn Shields zu der Wertung – es handelt sich nicht um die Mitteilung wahrgenommener Tatsachen – befähigen soll, die Sinnhaftigkeit des Handelns von ihm nicht einmal benannter Unternehmen und der für sie handelnden Personen zu beurteilen, sei an dieser Stelle dahingestellt. Fakt ist nach der Aussage jedenfalls, dass Herrn Shields etwaige konkrete Leerverkäufer und insbesondere die genaue Herkunft der Aktien im Einzelnen unbekannt sind. Dies hat er im Verfahren gegen Herrn Dr. Christian Olearius am 27. Februar 2024 nochmals mit den Worten bestätigt:

„Ich war nie der Leerverkäufer, deswegen kenne ich die Position des Leerverkäufers nicht.“

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 28. Februar 2024, S. 72 f., **Anlage 15.**

3. Beweismittel der Anklage damit zum Nachweis von Leerverkäufen ungeeignet

- 66 Bis heute und schon gar nicht bei Erhebung der Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 ist bzw. war auch nur für eine einzige Transaktion durch eine von der Staatsanwaltschaft ausermittelte Lieferkette nachgewiesen, wer der Leerverkäufer war und dass es sich tatsächlich um Leerverkäufe handelte. Schon gar nicht wurde ermittelt, ob es tatsächlich zu einer weiteren Anrechnung oder Erstattung der vom Emittenten einbehalten Steuer gekommen ist, mithin, ob das Narrativ von der doppelten Anrechnung tatsächlich zutrifft. Denn selbst wenn Leerverkäufe vorlägen, ist damit noch nicht nachgewiesen, dass es zu einer doppelten Steuererstattung bzw. Anrechnung gekommen ist. Dafür müsste der ursprüngliche Aktieninhaber identifiziert und seine steuerliche Position geprüft werden.
- 67 Allein für die fünf von der Macquarie initiierten Transaktionen hat ein Zeuge – der Zeuge Thorpe – behauptet, zu wissen, wer die Leerverkäuferin gewesen sei. Dies sei die Macquarie

Bank gewesen. Auch das hat die Staatsanwaltschaft unter der Leitung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker indessen nicht überprüft und in den Anklagen ausgeführt, obwohl sich eine eingehende Prüfung dieser Behauptung aufdrängte. Aber selbst wenn man dieser Aussage des Zeugen Thorpe auch ohne eine Überprüfung Glauben schenkte, beträfe dies lediglich 1,43 % oder EUR 2.409.696,80 der Steueranrechnungsbeträge im Eigenhandel der Jahre 2007 bis 2011 in Höhe von insgesamt EUR 168.984.352,84. Die Fonds BCGES und BCGH sind von dieser Aussage des Zeugen Thorpe überhaupt nicht betroffen.

- 68 Die Behauptung des Vorliegens von „Leerverkäufen ohne Steuerabzug“ in den Anklagen kann damit konkret für mindestens 98,57 % der angeklagten Steuerhinterziehungsbeträge sowie die Fonds BCGES und BCGH ausschließlich auf den angeblichen Indizien „Dividendenlevel“, „Hohe Volumina“ und „Spätlieferungen“ sowie ihrer Auslegung durch die sog. Kronzeugen beruhen. Beweisbar ist damit – wie vorstehend dargelegt – nichts.
- 69 Daran ändern im Übrigen auch die auf der Anklage vom 27. Mai 2020 beruhenden Urteile der 12. Großen Strafkammer des Landgerichts Bonn vom 1. Juni 2021 gegen Herrn Schmid (Az. LG Bonn: 62 KLS 1/20), vom 9. Februar 2022 gegen Herrn Dr. Mertens (Az. LG Bonn: 62 KLS 3/20) und vom 12. Dezember 2023 gegen Herrn Hagel und Herrn Dörscher (Az. LG Bonn: 62 KLS 1/21) nichts. Sie belegen vielmehr die Gefahr, die durch die falsche und unvollständige Darstellung durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in der Anklage vom 27. Februar 2020 geschaffen wurde.

II. Falsche Ableitung des angeblichen Vorsatzes aus den Behauptungen der Zeugen Shields und Thorpe

- 70 Aus den Behauptungen der sog. Kronzeugen zur angeblichen Bedeutung des Dividendenlevels konnte schon deshalb keine Kenntnis der Angeklagten Schmid, Dörscher, Hagel und Dr. Mertens von Leerverkäufen ohne Steuerabzug abgeleitet werden, weil diese Bedeutung nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft – nach jahrelanger Forschung – nicht nachweisbar ist (siehe im Einzelnen vorstehend Rn. 16-69). Aber selbst wenn sich die Aussagen der Zeugen empirisch belegen ließen, so wäre jedenfalls grob falsch, dass dies für jedermann, insbesondere für im entsprechenden Marktsegment in London nicht vernetzte Personen wie die Angeklagten Schmid, Dörscher, Hagel und Dr. Mertens offensichtlich oder überhaupt nur bei gebotener Sorgfalt erkennbar gewesen sei. Die Anklagen berufen sich insoweit auf die – durch Sachverständige widerlegte – Behauptung auch des Zeugen Dr. Steck, die Profite seien „andernfalls nicht möglich gewesen“ (S. 264 der Anklage vom 27. Mai 2020 bzw. S. 341 der Anklage vom 1. Juli 2022 und S. 265 f. bzw. S. 342 zur entsprechenden Behauptung des Zeugen Shields):

„Auch der gesondert Verfolgte Dr. Steck hat bestätigt, dass allen Beteiligten – also auch dem Angeschuldigten Dr. Olearius - klar gewesen sei, dass es sich um Leerverkaufsgestaltungen gehandelt habe, da die Profite andernfalls nicht möglich gewesen wären. Er gehe davon aus, dass der Sache „auf die Stirn geschrieben stand“: „„auf der Verkäuferseite agiert ein Leerverkäufer““⁵⁵⁰ [Vgl. VN 02 Blatt 390.]“

„Auch der gesondert Verfolgte Shields hat bestätigt, dass dem Angeschuldigten Hagel und allen anderen klar gewesen sei, „dass Geschäfte zu dem verwirklichten Tradinglevel mit aller Wahrscheinlichkeit Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen waren“⁵⁵⁸ [Vgl. VN 03 Blatt 7, 34, 142.]“

- 71 Wenn aber nicht einmal zwei gerichtliche Sachverständige aus der ex-post-Perspektive mit ungleich besseren Erkenntnisquellen und nach den Feststellungen der 12. Großen Strafkammer im Verfahren gegen Herrn Dörscher und Herrn Hagel *„langjähriger empirischer Kapitalmarktforschung gerade in Bezug auf die hier zu beantwortenden Fragen zu Kurssicherungsinstrumente“* (S. 124 des Urteils vom 13. Dezember 2023) eine an bestimmten Dividendenleveln zu bestimmende Grenze zwischen Inhaber- und Leerverkäufen – geschweige denn die von den Zeugen behauptete Grenze – benennen können, dann hat diese Grenze schlicht nicht in wahrnehmbarer Weise existiert und kann den Angeklagten Schmid, Hagel, Dörscher und Dr. Merrens unmöglich entgegengehalten werden.
- 72 Das gilt erst recht wenn man berücksichtigt, dass die „Product Reviews“ von ICAP belegen, dass nicht einmal ICAP als einer der erfahrensten Marktteilnehmer überhaupt, im Tatzeitraum davon ausging, dass eine solche Grenze besteht. Alle diese Aspekte werden in den von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker zu verantwortenden Anklagen unterschlagen.
- 73 Noch dazu ergänzte der Sachverständige Prof. Dr. Theissen, dass es steuerlicher Expertise in Bezug auf die Besteuerung des konkreten veräußernden Ausländers bedarf, um für diesen die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit zu beantworten. Eine solche Expertise war bei den Angeklagten und auch bei der Warburg Bank nicht vorhanden und wird von in den Anklage vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 nicht einmal behauptet.
- 74 Schließlich belegt der Vortrag der Portigon AG (vormals WestLB) in einer Klage gegen ICAP vor US-Gerichten, dass selbst die Verantwortlichen wesentlich größerer und international erfahrener Kreditinstitute aus Dividendenleveln von weniger als 97 % bis heute nicht auf Leerverkäufe schließen, geschlossen haben und auch nicht schließen mussten. In dem Verfahren gegen ICAP legt die WestLB (Portigon) dar, dass selbst jahrelange interne Untersuchungen (trotz Ausführung Cum/Ex und Dividendenleveln) keine Hinweise auf Leerverkäufe ergaben. Erst das Finanzamt habe Portigon im Jahr 2020 (!) aufgeklärt, man sei von ICAP betrogen worden. In einer mündlichen Verhandlung vom 13. Mai 2022 (!) erklärten Anwälte der Portigon AG (in sinngemäßer deutscher Übersetzung, siehe S. 51 ff. des beigegeführten Protokolls):

„DER GERICHTSHOF: Herr Rechtsanwalt, wann hat der Betrug stattgefunden?

MR. JODLOWSKI: Der Betrug geschah 2005, und meine Mandantin wurde Anfang 2020 von dem Betrug und der Steuerschuld in Kenntnis gesetzt, Euer Ehren. Vor diesem Zeitpunkt, und das behaupten wir, hatten wir keine Kenntnis. Meine Mandantin führte eine Untersuchung durch, eine mehrjährige Untersuchung, und war nicht in der Lage festzustellen, und das behaupten wir, ob ihre Gegenparteien short waren, als sie ihnen die deutschen Aktien verkauften, um die es hier geht. [...] Als mein Mandant die Untersuchung durchführte, war eines der Dinge...

DER GERICHTSHOF: Wann haben sie die Untersuchung durchgeführt?

MR. JODLOWSKI: Von etwa 2015 bis 2018, Euer Ehren.

DER GERICHTSHOF: Hmm-mmm.

MR. JODLOWSKI: Sie haben eine Untersuchung durchgeführt und die Behörden kamen zu ihnen und sagten, ja, Sie müssen sich diese Transaktionen ansehen. Meine Mandantin beauftragte Berater und Experten, die alle ihre Handelsdaten auswerteten, um herauszufinden, ob die Gegenparteien, wie z. B. ICAP, Leerverkäufe getätigt hatten, als diese Aktien an sie verkauft wurden. Meine Mandantin war nicht in der Lage, auf der Grundlage ihrer Ermittlungen festzustellen, ob die Gegenpartei Leerverkäufe tätigte, da sie keinen Zugang zu den Handelsdaten und den Depotdateien ihrer Gegenparteien hatte, was sie den deutschen Behörden mitteilte. Wir können hier keine Beweise für Leerverkäufe finden. Wir sind der Meinung, dass unsere Ansprüche auf Steuergutschriften rechtmäßig waren. Als die deutschen Behörden dann zu ICAP gingen und Informationen über den Handel sammelten, kamen die deutschen Behörden Anfang 2020 zu meiner Mandantin zurück und sagten: "Stellen Sie sich vor, es hat sich herausgestellt, dass ICAP die ganze Zeit über short war und Sie möglicherweise betrogen worden sind. Das war der Zeitpunkt, an dem wir beschlossen, den Fall einzureichen, Euer Ehren. Zu diesem Zeitpunkt hatten wir Kenntnis davon, dass wir möglicherweise betrogen wurden, und haben deshalb den Fall weiterverfolgt.

DER GERICHTSHOF: Im Jahr 2015 wussten Sie also nicht, dass Sie möglicherweise betrogen worden waren?

MR. JODLOWSKI: Nein, Euer Ehren.

DER GERICHTSHOF: Nun, Sie haben eine Untersuchung durchgeführt. Zu welchem Zweck haben Sie eine Untersuchung durchgeführt?

MR. JODLOWSKI: Um festzustellen, ob wir möglicherweise betrogen wurden, und wir waren nicht in der Lage, das herauszufinden, Euer Ehren.

DER GERICHTSHOF: Sie wussten also, dass es 2015 ein Problem gab, aber Sie sagen, dass Sie zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage waren, es herauszufinden?

MR. JODLOWSKI: Wir wussten nicht einmal, dass es zu diesem Zeitpunkt ein Problem gab.

DER GERICHTSHOF: Und warum haben Sie dann eine Untersuchung durchgeführt?

MR. JODLOWSKI: Weil die Behörden uns gebeten hatten, der Sache nachzugehen, und das haben wir getan. Mein Mandant hat nicht einfach die Hände in den Schoß gelegt und fünf oder sechs Jahre gewartet und dann den Fall eingereicht, mein Mandant hat

sein Bestes getan, um herauszufinden, ob er von ICAP betrogen worden war, und er hat erst Anfang 2020 herausgefunden, dass das der Fall war.“

Wortprotokoll über die Verhandlung vor dem Supreme Court of the State of New York, The County of Nassau in dem Verfahren der Portigon AG gegen die TP ICAP Plc. vom 13. Mai 2022, **Anlage 16.**

- 75 Letztlich bedeutet dieser Vortrag, dass das Land Nordrhein-Westfalen mit zweierlei Maß misst. Bei den Verantwortlichen der Warburg Bank unterstellt man, diese hätten angesichts der Ausführung „Cum/Ex“ und der Dividendenlevel Leerverkäufe nicht nicht bemerken können und schickt Mitarbeiter mit dieser Begründung jahrelang ins Gefängnis. Der viel größeren und viel internationaleren WestLB gesteht man es hingegen offensichtlich zu, dass Leerverkäufe nicht nur nicht offensichtlich, sondern auch im Nachhinein bei internen Untersuchungen unter Einbindung besonderer fachlicher Expertise nicht aufzudecken waren.

III. Falschaussagen des Dr. Steck

1. Darstellung der Aussagen in den Anklagen

- 76 Die Anklagen berufen sich zur Darlegung einer Kenntnis von Herrn Schmid, Herrn Dr. Mertens und Herrn Dr. Olearius neben Urkunden – worauf noch im Einzelnen eingegangen wird – ausschließlich auf die Aussage des Zeugen Dr. Kai Uwe-Steck. Dazu heißt es auf Seite 265 der Anklage vom 27. Mai 2020 (wortgleich auf S. 342 f. der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Laut des gesondert Verfolgten Dr. Steck hat auch Schmid das Thema Dividendenstripping verstanden und erkannt, dass es sich bei den Cum/Ex- Transaktionen um eine Weiterentwicklung des Dividendenstripings gehandelt hat. Bei einem gemeinsamen Gespräch mit Dr. Berger und Dr. Olearius habe Dr. Berger das Cum/Ex-Modell vorgestellt und die Schlagworte „Leerverkauf, „Short-Seite“, „Dividendenkompensationszahlung“, „Dividendenarbitrage“, „BFH-Entscheidung zum Dividendenstripping“ sowie „Settlement“ genannt^{553 [Vgl. VN 02 Blatt 389.]}. Schmid habe bei den Transaktionen stets die Federführung innegehabt, wobei Details in Bezug auf die Umsetzung auch in den Händen von Dörscher gelegen hätten^{554 [Vgl. VN 02 Blatt 387.]}.

[...]

Eine E-Mail, in der der gesondert Verfolgte Dr. Berger den Angeschuldigten Schmid und Dr. Mertens mitteilte, dass es keine Absprachen zur Eingehung von Leerverkäufen geben dürfe und es auch rein tatsächlich bei den beabsichtigten Transaktionen keine Leerverkäufe gebe, bezeichnete der gesondert Verfolgte Dr. Steck als „schriftliche Lüge“. Um so etwas mit Fug und Recht schreiben zu können, hätte man den effektiven Verkäufer kennen müssen. Dies sei sicherlich nicht der Fall gewesen. Die E-Mail bezeichnete er als „Nebelkerze“, die er sich aus heutiger Sicht nur so erklären könne, dass man nach außen in schriftlicher Form nicht das habe kommunizieren und offenle-

*gen wollen, von dem man intern ausgegangen sei⁵⁵⁶ [Vgl. VN 02 Blatt 487 f.]. Die Angeschul-
digten Schmid und Dr. Mertens hätten zudem gewusst, dass es sich um eine schriftliche
Lüge gehandelt habe⁵⁵⁷ [Vgl. VN 02 Blatt 820.]“*

- 77 Wie bereits das vorstehende Zitat belegt, bestimmt die Darstellung von Herrn Dr. Steck auch die Auslegung von Urkunden durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker, indem er unterstellt, die Unwahrheit der Bestätigung, es lägen keine Leerverkäufe vor, sei bekannt gewesen und diese Behauptung von Frau Brorhilker übernommen wird.

2. Falschaussagen des Dr. Steck und Strafanzeige vom 1. August 2024

- 78 Beide von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker als besonders wichtig für den Nachweis einer Kenntnis von Herrn Christian Schmid und Herrn Dr. Christian Olearius herausgestellten Aussagen des Herrn Dr. Kai-Uwe Steck sind unwahr.
- 79 Dr. Kai-Uwe Steck hat bei der Staatsanwaltschaft Köln und vor dem Landgericht Bonn in sechs Verfahren zu dem von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker auf Seite 265 der Anklage vom 27. Mai 2020 (bzw. S. 341 f. der Anklage vom 1. Juli 2022) herausgestellten Gespräch ausgesagt, bei dem „*Dr. Berger das Cum/Ex-Modell vorgestellt*“ habe. Zeitlich ordnete Herr Dr. Steck das Gespräch nahezu durchgehend „Anfang des Jahres 2007“ ein – nur dann ergibt auch die von Frau Brorhilker herausgestellte „Vorstellung“ der Geschäfte, die im Mai 2007 erstmals durchgeführt wurden, Sinn. Die 12. Große Strafkammer stellte auf der Grundlage der Aussagen des Dr. Kai-Uwe Steck fest, das Gespräch habe „*in der zweiten Hälfte des Jahres 2006 oder Anfang 2007*“ (Urteil vom 1. Juni 2021, Az.:62 Kls - 213 Js 131/20- 3/20) bzw. „*spätestens zu Beginn des Jahres 2007*“ (Urteil vom 13. Dezember 2022, Az.: 62 Kls - 213 Js 116/20 - 2/20) stattgefunden und machte die behaupteten Inhalte insbesondere zum Kern ihrer Verurteilung von Herrn Schmid sowie ihrer Vorverurteilung von Herrn Dr. Christian Olearius.
- 80 Die Kalendereinträge und E-Mail-Daten der elektronischen Postfächer von Herrn Dr. Hanno Berger und Herrn Dr. Kai-Uwe Steck aus dem Asservat 280.2 belegen dagegen, dass Herr Dr. Kai-Uwe Steck weder in der zweiten Jahreshälfte 2006 noch im gesamten Jahr 2007 bei einem Gespräch von Herrn Dr. Hanno Berger mit Herrn Dr. Christian Olearius und Herrn Christian Schmid zugegen war (siehe dazu eingehend Teil 2:A.VII., S. 52 ff., Rn. 33 ff. der Strafanzeige vom 1. August 2024, **Anlage 17**). Aufgrund der Vielzahl der Termine von Herrn Dr. Hanno Berger und Herrn Dr. Kai-Uwe Steck – allein die Termine für das zweite Halbjahr 2006 und das Jahr 2007 aus dem Asservat 280.2 umfassen 4.859 Blatt (!) – belegen die Inhalte der Postfächer auch, dass Herr Dr. Steck bei einem solchen Gespräch auch nicht zugegen gewesen sein kann (siehe dazu Teil 2:A.VII., S. 56, Rn. 36 f. der Strafanzeige vom 1. August 2024, **Anlage 17**). Tatsächlich hat Herr Dr. Kai-Uwe Steck Herrn Dr. Christian Olearius nachweislich erstmals am 11. November 2008 in den Räumen der Warburg Bank getroffen (siehe dazu Teil 2:A.VII., S. 57 ff., Rn. 41 ff. der Strafanzeige vom 1. August 2024, **Anlage 17**). Zu diesem Zeitpunkt – nachdem die Warburg Bank bereits seit zwei Jahren bzw. Dividendensaisons die den Verurteilungen durch die 12. Strafkammer des LG Bonn zugrunde liegenden Aktiengeschäfte getätigt hatte – ergibt ein Treffen mit dem von Herrn Dr. Kai-Uwe Steck bekundeten

Gesprächsinhalt – einer grundsätzlichen Erläuterung der Geschäfte – nicht nur keinen Sinn. Es ist außerdem durch eine von Herrn Dr. Kai-Uwe Steck selbst verfasste Gesprächszusammenfassung belegt, dass das Gespräch nicht den von ihm berichteten Inhalt, sondern andere Inhalte hatte, von denen er indessen bei seinen Aussagen nicht berichtet hat. Die mehrfachen Aussagen des Dr. Kai-Uwe Steck zu dem angeblichen Treffen und den Gesprächsinhalten sind daher – vorsätzlich – falsch.

- 81 Das gleiche gilt für die Aussage von Herrn Dr. Kai-Uwe Steck, Herr Christian Schmid und Herr Dr. Detlef Mertens hätten gewusst, dass die Bestätigung von Herrn Dr. Berger in der E-Mail vom 3. April 2009, nach der keine Leerverkäufe vorlägen, eine „schriftliche Lüge“ sei. Dr. Hanno Berger, Dr. Kai-Uwe Steck und Paul Mora (für die Ballance-Gruppe) bestätigten der Warburg Bank und der Warburg Invest jeweils (mehrfach) schriftlich, dass den von ihnen vermittelten bzw. vorgeschlagenen Geschäften keine Leerverkäufe zugrunde lägen (siehe dazu IV.1.e), S. 59 ff., Rn. 125 ff. und IV.1.f), S. 74 ff., Rn. 162 ff.). Sie veranlassten auch, dass solche schriftlichen Bestätigungen durch Mitarbeiter der ICAP Securities Limited – Verkäuferin aller von der Warburg Bank erworbenen Aktien – abgegeben wurden (siehe dazu IV.2.d), S. 98 ff., Rn. 202 ff.). Um diese, seiner Aussage zum angeblichen Gesprächsinhalt des angeblichen Treffens mit Herrn Dr. Christian Olearius und Herrn Christian Schmid diametral entgegengesetzten Urkunden zu entkräften, behauptete Herr Dr. Kai Uwe Steck, die Unwahrheit des Bestätigungsinhalts sei bekannt gewesen. Vor dem Landgericht Bonn präzisierte er seine Aussage dahingehend, insoweit sei die Schaffung einer „Papierlage“ von Herrn Dr. Hanno Berger mit Herrn Christian Schmid in einem Telefongespräch am 3. April 2009 ausdrücklich besprochen worden (siehe dazu eingehend Teil 2:B., S. 62 ff., Rn. 52 ff. der Strafanzeige vom 1. August 2024, **Anlage 17**). Bei diesem Telefongespräch habe er – Dr. Kai-Uwe Steck – bei Dr. Berger mitgehört. Es habe dann zu der von Herrn Konrad Rohde vorformulierten, in der Anklage vom 27. Mai 2020 auf S. 265 (S. 342 der Anklage vom 1. Juli 2022) hervorgehobenen E-Mail von Herrn Dr. Hanno Berger an Herrn Christian Schmid und Herrn Dr. Detlef Mertens geführt. Auch diese Aussage des Dr. Kai-Uwe Steck ist nachweislich falsch. Herr Dr. Hanno Berger war am 3. April 2009 durchgehend zuhause in Schlüchtern-Elm – gut eine Autostunde vom Frankfurter Büro der Kanzlei Dewey entfernt. Dr. Kai-Uwe Steck war den ganzen Tag im Büro (siehe Teil 2:B., S. 67 f., Rn. 61 ff. der Strafanzeige vom 1. August 2024, **Anlage 17**). Er kann also nicht bei dem Telefongespräch von Herrn Dr. Hanno Berger mit Herrn Christian Schmid, das der E-Mail zugrunde liegt, zugegen gewesen sein.
- 82 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker hat diese Behauptungen, die schon grundsätzlich massiv auf die Vertuschung von Täuschungshandlungen durch Herrn Dr. Steck hindeuten, entweder nie auf ihre Richtigkeit hin überprüft bzw. überprüfen lassen oder sie hat die Ergebnisse dieser Ermittlungen unterdrückt. Für letzteres spricht, dass die Unwahrheit der Aussagen von Herrn Dr. Kai-Uwe Steck mit Leichtigkeit innerhalb weniger Minuten in den seit 2013 von der Staatsanwaltschaft Köln sichergestellten elektronischen Postfächern nebst Kalendern von Dr. Berger und Dr. Steck (Asservat 280.2) festgestellt werden konnte. Es kann daher praktisch ausgeschlossen werden, dass dies einer auch nur mit minimaler Sorgfalt arbeitenden Staatsanwältin entgehen konnte. Jedenfalls aber bauen die Anklagen auf diese objektiv unwahren Tatsachen auf und verfälschten auch deshalb die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn.

Insoweit ist hervorzuheben, dass diese von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker „geförderten“ Falschaussagen sich als maßgebliches Beweismittel bis zum Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 28. Juli 2021 (1 StR 519/20) „durchgesetzt“ haben. Dort heißt es auf S. 41 in Rn. 85 f:

„Das Landgericht hat aufgrund einer Gesamtwürdigung der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen in den Fällen 1-3, 8 und 11 der Urteilsgründe den Schluss gezogen, dass der Angeklagte S. und die gesondert Verfolgten Dr. Olearius, Dr. Berger und Schmid die Cum-Ex-Leerverkaufsgeschäfte allein deshalb tätigten, um die deutschen Finanzbehörden durch wahrheitswidrige Erklärungen dazu zu veranlassen, zugunsten der Einziehungsbeteiligten ungerechtfertigt Kapitalertragsteuern nebst Solidaritätszuschlag anzurechnen und auszuzahlen, obwohl sie wussten, dass die geltend gemachten Steuern in Wirklichkeit nicht einbehalten wurden. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Hierbei hat sich das Landgericht rechtsfehlerfrei insbesondere auf folgende Gesichtspunkte gestützt: Nach den Feststellungen hat der Zeuge Dr. Steck die von den Beteiligten getroffenen Absprachen im Zusammenhang mit den Transaktionen mit den Worten eingeräumt, „alle Fakten [hätten] auf dem Tisch gelegen“ (UA S. 204).“

- 83 Wegen der Einzelheiten der Falschaussagen des Dr. Kai-Uwe Steck wird vollumfänglich auf die als **Anlage 17**. beigefügte Strafanzeige gegen Herrn Dr. Kai-Uwe Steck verwiesen. Das Verfahren gegen Herrn Dr. Kai-Uwe Steck wird bei der Staatsanwaltschaft Köln unter dem Aktenzeichen 213 Js 2/24 geführt.

IV. Willkürlich unterbliebene Aufklärung von Täuschungshandlungen

- 84 Die Staatsanwaltschaft Köln hat unter der Leitung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker von Anbeginn der Ermittlungen an sämtliche Hinweise darauf ignoriert, dass Dr. Berger, Dr. Steck, Paul Mora, Martin Shields und die Verantwortlichen sowie Händler der ICAP Securities Limited eng zusammengearbeitet haben sowie nicht nur ein massives Interesse daran hatten, M.M.Warburg und damit auch Dr. Christian Olearius, Christian Schmid, Martin Dörcher, Marcus Hagel und Dr. Detlef Mertens über Leerverkäufe und damit das wahre Risiko der Transaktionen zu täuschen, sondern auch entsprechend gehandelt haben. Sogar einer der Verteidiger von Dr. Berger hat am 29. November 2022 in der Hauptverhandlung gegen Dr. Berger gesagt: „Es war auch klar, dass 2007 die Warburg Bank kaufen sollte, weil man halt einen Deppen gebraucht hat, der ins Risiko geht. So.“ Ermittlungen in Richtung einer Irreführung der M.M.Warburg und der Herren Dr. Christian Olearius, Christian Schmid, Martin Dörcher, Marcus Hagel und Dr. Detlef Mertens über das Vorliegen von Leerverkäufen hat die Staatsanwaltschaft – im Gegensatz zur Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt im Fall Rafael Roth – gleichwohl nie betrieben. In den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 finden die schwerwiegenden Indizien für eine Täuschung, die Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker und der Staatsanwaltschaft Köln vorlagen, dementsprechend nicht einmal Erwähnung. Ersichtlich handelte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker getreu ihrem Motto, wenn

man sogenannte „Kronzeugen“ habe, „die gestehen“, müsse man „sich überhaupt nicht mehr einen abbrechen mit Indizien oder sonst was“ (S. 18 des Wortprotokolls zur öffentlichen Sitzung des Untersuchungsausschusses der Hamburgischen Bürgerschaft vom 3. Dezember 2021, **Anlage 3**).

85 Beispielhaft belegen die folgenden Tatsachen die schwerwiegende Verletzung der Verpflichtung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker aus § 160 Abs. 2 StPO zur Ermittlung von Täuschungen durch Dr. Berger, Dr. Steck, Paul Mora, Martin Shields, Shaun Miell und weitere Verantwortliche der ICAP Securities Limited sowie Axel von Rosen und Darren Thorpe. Die dargestellten Verletzungen des § 160 Abs. 2 StPO haben sich auch in den Anklagen niedergeschlagen, indem Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in dem Wissen, dass an sich Ermittlungen zu den Täuschungen und entsprechende Ausführungen in den Anklagen geboten (bzw. die Anklagen zu unterlassen) gewesen wären, nicht nur die Ermittlungen, sondern auch die Erwähnung der ihr bereits vorliegenden Indizien für eine Täuschung in den Anklagen unterließ. Vielmehr erweckte sie im Gegenteil jeweils den Eindruck, als lägen solche Täuschungen bzw. Täuschungsindizien nicht vor. Dokumente, die ihrem strategischen „Ansatz“ einer in der Warburg Bank konstruierten „Aktenlage widersprechen, wurden „weggelassen“. Damit sind die Anklagen auch insoweit falsch und unvollständig bzw. stellen eine verfälschte Entscheidungsgrundlage für das Gericht dar.

1. Täuschungshandlungen durch Berger/Steck und Mora/Shields

86 Dr. Hanno Berger, Paul Mora und Martin Shields sowie später auch Dr. Kai-Uwe Steck haben die ab dem Jahr 2007 durchgeführten Transaktionen im Hause Warburg als Transaktionen ausländischer Aktieninhaber zum Ausgleich von deren Benachteiligung beim Dividendenbezug vorgestellt und dies insbesondere im Zusammenhang mit der Diskussion um das BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009 mehrfach schriftlich bestätigt. Soweit die 12. Große Strafkammer in ihrem Urteil gegen Herrn Schmid vom 1. Juni 2021 ausführt, es sei *„nicht im Ansatz erkennbar, dass die gesondert Verfolgten Dr. Berger, Dr. Steck, Mora, Shields und Thorpe übereinstimmend oder unabhängig voneinander entschieden haben könnten, das Vorliegen von Leerverkäufen gegenüber der Warburg Bank zu verschweigen“* (S. 218 f. des Urteils vom 1. Juni 2021) beruht dies auf der schwer verfälschten Darstellung des Sachverhalts durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in der Anklage vom 27. Mai 2020 sowie des dadurch bestimmten Beweisprogramms und belegt gerade die von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker durch die Rechtsbeugung geschaffene Gefahr. Denn tatsächlich hatte die Darstellung der Geschäfte gegenüber der Warburg Bank von Beginn an und durchgehend täuschenden Charakter. Dies ergibt sich bereits aus der Präsentation German Basis Opportunity vom 30. Januar 2007, mit der die Geschäfte der Warburg Bank erstmals vorgestellt wurden. Den täuschenden Charakter dieser Präsentation – den die hessische Steuerfahndung bereits in einem Auswertungsvermerk aus dem Jahr 2015 (!) festgestellt hatte – hat Herr Martin Shields auf Nachfrage der Vorsitzenden Richterin der 13. Großen Strafkammer des Landgerichts Bonn sogar ausdrücklich bestätigt.

87 Im Einzelnen:

a) Präsentation German Basis Opportunity 2007

aa) Darstellung in den Anklagen

88 In der Anklage vom 27. Mai 2020 (und der Anklage vom 1. Juli 2022) wird auf die Präsentation „German Basis Opportunity“ auf den Seiten 15-16 (16-17), 107-108 (109-110) und 225 (116) als erste und grundlegende Darstellung der Geschäfte der Jahre 2007 bis 2010 Bezug genommen. Die Präsentation wurde sowohl von Dr. Berger (Dewey) als auch von Paul Mora und Martin Shields (HVB) verwendet. Dabei behauptet Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker unter Berufung auf eine Aussage von Martin Shields, bereits aus der Präsentation sei eine „Leerverkaufskomponente“ „für den verständigen Betrachter höchst wahrscheinlich“. Die wesentlichen Ausführungen lauten (S. 107 f. der Anklage vom 27. Mai 2020, wortgleich S. 109 f. der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Anfang des Jahres 2007 übersandte der gesondert Verfolgte Dr. Berger³⁵[E-Mail von Lekschas vom 30.01.2007, 14:31:56 Uhr.] den Angeschuldigten Dörscher und Schmid die Präsentation „German Basis Opportunity“, die sowohl das Handelsmuster beschrieb als auch den Dividendenlevel von 95 Prozent und den für den Erwerber M.M. Warburg sich daraus ergebenden Profit von 5 Prozent. Der gesondert Verfolgte Shields gab dazu an, dass der in Rede stehenden Tabelle insbesondere folgenden Aspekte zu entnehmen seien: Trade Date, Trading Level und die Anzahl der zu handelnden Aktien. Die Kombination dieser Angaben mache es für den verständigen Betrachter höchst wahrscheinlich, dass es sich hier um einen Cum/Ex-Trade mit einer Leerverkaufskomponente handele.³⁶ [VN 03 Blatt 34.]

[...]

Am 17. April 2007 übersandte der gesondert Verfolgte Vincent den Angeschuldigten Dörscher und Schmid sowie dem gesondert Verfolgten Dr. Eckardt nochmals die Präsentation „German Basis Opportunity“, die auch die Auflistung „Complete Portfolio of Trades“ mit 21 Aktientiteln unter Angabe des Kurses, der Höhe der Bruttodividende, der Stückzahl, des Handels- und Liefertages sowie des erwarteten Gewinns enthielt. Am 25. April 2007 übersandte der gesondert Verfolgte Vincent ihnen dann eine Liste mit den später tatsächlich durchgeführten Transaktionen.⁴² [E-Mail von Vincent vom 17.04.2007, 12:09 Uhr und vom 25.04.2007, 15:54:44 Uhr]“

bb) Tatsachen, die die Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Darstellung belegen

89 Die Darstellung in der Anklage vom 27. Mai 2020 verfälscht zunächst deshalb die Entscheidungsgrundlage des Gerichts, weil sie auf die Wertung – nicht Wahrnehmung – des Martin Shields zurückgreift, die „Kombination aus Trade Date, Trading Level und die Anzahl der zu handelnden Aktien“ mache es „für den verständigen Betrachter hoch wahrscheinlich, dass es sich hier um einen Cum/Ex Trade mit einer Leerverkaufskomponente handelt“ (VN 03, Bd. 1 Bl. 36). Wie bereits dargelegt, hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die behauptete

Wirkung der Indizien „Dividendenlevel“ und „Handelsvolumen“ nie überprüft und eine Überprüfung hätte ergeben, dass diese Bedeutung nicht nachweisbar ist (siehe I.2.a), S. 18 ff., Rn. 21 ff. und I.2.b), S. 31, Rn. 57).

- 90 Darüber hinaus wäre einem unbefangenen Betrachter aufgefallen, dass es – gerade angesichts der Wertung des Martin Shields – auffällig ist, dass in der Präsentation von Leerverkäufen nicht die Rede ist, was für eine Täuschung über das Vorliegen von Leerverkäufen spricht. Ein solcher unbefangener Betrachter waren – im Gegensatz zu Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker – die Beamten der Ermittlungsgruppe Duplo der hessischen Steuerfahndung. Eine in allen wesentlichen Punkten identische Präsentation für die Rafael Roth Financial Enterprises GmbH (**Anlage 18.**) werteten diese als eine Inhabergeschäfte vortäuschende Darstellung. In einem Auswertungsvermerk vom 19. August 2015 (Auszugsweise beigelegt als **Anlage 19.**) wird Herrn Mora, Herrn Shields und Herrn Dr. Berger insoweit die Schaffung eines Täuschungssystems vorgeworfen. Der wesentliche Beitrag dazu von Herrn Martin Shields sei die Erstellung der Präsentation „German Basis Opportunity“ gewesen. In dem Vermerk heißt es wörtlich:

„Täuschungssystem

Um die Leerverkaufsstruktur umsetzen zu können, mussten die Beschuldigten, die nicht mit dem Handel direkt befassten, aber an den Transaktionen (peripher) Beteiligten über die tatsächlichen Wirkungen der Struktur (zweifache Anrechnung einer nur einmal abgeführten Steuer) im Unklaren lassen und aufkeimende Zweifel und Bedenken zerstreuen. Im Wesentlichen gehören zu diesem Personenkreis die Beschäftigten der Kreditabteilung und Compliance der HVB München.

So antwortete der Beschuldigte Mora vor dem Beginn des ersten Handels für RRFE in seiner E-Mail vom 07.04.2006 um 18:30 Uhr MEZ auf eine Nachfrage Ahmet Kalyons (Kreditabteilung), dass man nur handeln werde, wenn es auch interessierte Personen gäbe, dass man aber bereits potenzielle Counterparties organisiert habe. Er wies nochmals daraufhin, dass es nur darum gehe, Roth eine Kreditlinie zur Verfügung zu stellen. Wenn dies nicht möglich sei, könne man die Trades auch mit anderen Counterparties machen. Zur Profitabilität könne er keine Aussagen machen, da sich diese im Bereich Handel nicht vorhersagen lasse. Zur Profitabilität der Kreditlinie könne Bornmüller Aussagen machen. Um 18:43 Uhr MEZ schrieb der Beschuldigte Shields, der die E-Mail zur Kenntnis erhalten hatte, dem Mitbeschuldigten Mora in Bezug auf die E-Mail, dass er ihn daran erinnern solle, nie mit ihm Poker zu spielen.

Neben dem Beschuldigten Mora (s.o.), dem Beschuldigten Dr. Berger, der sich um die steuerrechtliche Seite der Leerverkaufsstruktur kümmerte, und dem Beschuldigten Bornmüller, der durch halbherzige, unzutreffende Auskünfte den wahren Inhalt des Handels verschleierte, hat sich auch der Beschuldigte Shields an den Täuschungsmanövern beteiligt. Sein Beitrag schlägt sich insbesondere in der Präsentation „German Basis Opportunity.ppt“ (s.o. Tz. 2.3.1) nieder. Dort stellte er die RRFE-Geschäfte als

Arbitragegewinnmöglichkeit dar, die sich insbesondere durch ein Kurssicherungsgeschäft am HV-Tag eröffne. Außerdem würden bei dem Aktienhandel seitens des Verkäufers Inhaberaktien verwendet, obwohl es sich tatsächlich um Leerverkäufe handelt.“

- 91 Sämtliche sog. Kronzeugen – auch Herr Martin Shields – kannten diese Vorwürfe der Ermittlungsgruppe Duplo und die damit für sie verbundenen massiven Gefahren, als sie sich zu einer Aussage bei der Staatsanwaltschaft Köln entschlossen. Auch hatten die Zeugen untereinander Kontakt, der Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker ebenso bekannt war wie die Ermittlungen in Hessen. Es drängte sich daher auf, dass die sog. Kronzeugen über die Behauptung, aus den Dividendenleveln etc. sei die wahre Natur der Geschäfte offensichtlich gewesen, den Risiken von Täuschungshandlungen entziehen wollten, die ihnen die hessischen Ermittlungsbehörden bereits vorwarfen. Für eine solche Verdeckung von Täuschungshandlungen sprach auch das Eingeständnis von Herrn Shields, mit Herrn Hagel nie über Leerverkäufe gesprochen zu haben, während Dr. Kai-Uwe Steck behauptete (VN 02 Bd. 4 Bl. PDF 56), zu Beginn der Transaktionen habe man mit der Kommunikation über Leerverkäufe „überhaupt keine Berührungspunkte“ gehabt. Hier Shields sagte insoweit am 14. Dezember 2017 (VN 03 Bd. 1 PDF 7):

„Ich habe zwar mit Markus Hagel nicht ausdrücklich darüber gesprochen, ob auf der Gegenseite jeweils ein Short Seller stand. Mir und somit jedem, der in diesem Geschäftsfeld Erfahrung hatte, war aber klar, dass Geschäfte zu dem verwirklichten Tradinglevel mit aller Wahrscheinlichkeit Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen waren.“

- 92 Es macht keinen Sinn, nicht über Leerverkäufe zu sprechen, wenn das einerseits ein zentraler Punkt der Transaktionen war und andererseits keinerlei Berührungspunkte bestanden haben sollen. Herr Shields wusste aber selbstverständlich bei seiner Aussage, dass es keinen urkundlichen Beweis für eine Kommunikation zwischen ihm und Herrn Hagel über Leerverkäufe gibt, vielmehr die vorhandene Kommunikation solche verschwieg. Gerade für die Präsentation „German Basis Opportunity“ hätte Herr Shields möglicherweise sogar deren täuschenden Charakter zugestanden, wenn Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker danach hinreichend deutlich gefragt hätte – was sie jedoch ausweislich des Protokolls über die Vernehmung vom 21. Februar 2018 nicht getan hat. Dafür, dass er den täuschenden Charakter der Präsentation im Ergebnis gestanden hätte, sprechen die Antworten von Herrn Martin Shields auf die Fragen der Vorsitzenden Richterin Dr. Slota-Haaf in der Vernehmung von Herrn Shields vom 27. Februar 2024 im Verfahren gegen Herrn Dr. Christian Olearius. Dort sagte Herr Martin Shields (S. 42 ff. der **Anlage 20.**, Hervorhebungen durch Verf.):

„Vors. Dr. Slota-Haaf: Dann, Herr Shields, würde ich gerne Ihnen diese German-Basis-Opportunity-Präsentation, die wir in der Akte haben, vorhalten, ob wir von derselben reden. Die Fundstelle habe ich schon gesagt - ich wiederhole sie noch einmal -: Sonderheft 10, Band 7, PDF 163 ff. [Fassung der E-Mail des Lee Vincent vom 17. April 2007, Anm. d. Verf.] bei uns.“

(Projektion)

Erst einmal: Das erste Blatt, kommt Ihnen das schon bekannt vor?

Zeuge Shields *(Konsekutivübersetzung): Ja, das tut es.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Wenn wir einmal auf die nächsten Seiten scrollen, damit Sie erst einmal einen Überblick bekommen! - Gleich kommt ein Schema, das vielleicht auch noch einmal eine Erinnerung weckt. Wenn Sie das so sehen, wer hat diese Präsentation erstellt? Wer ist Urheber, wenn man das so sagen kann?*

Zeuge Shields *(Konsekutivübersetzung): Diese Präsentation wurde von meinem Desk, also meiner Abteilung vorbereitet, MTD7, so wie es hier auch steht. An Personen waren beteiligt: ich selbst, Paul Mora und ein oder zwei weitere Kollegen.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Wer waren diese Kollegen mit Namen?*

Zeuge Shields *(Konsekutivübersetzung): Könnten wir das Datum kurz sehen?*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Links unten ist das.*

Zeuge Shields *(Konsekutivübersetzung): Entschuldigung, also das ist nicht das erste Jahr dieser Präsentation. - Ich spreche jetzt zuerst von der Version 2006, als diese Präsentation ursprünglich erstellt wurde. Das wären damals gewesen: Nick Diable, Lee Vincent und in einer deutschen Version dann durch die Sekretärin Vivian Smee, sie ist aus der Schweiz. Und das hier, diese Version 2007, wäre dann nur aktualisiert worden, mit neuen Informationen zu den einzelnen Trades, und da kann ich jetzt nicht konkret sagen, wer sie vorbereitet hat, also entweder ich oder Nick oder Lee.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Können wir erst einmal wieder ausmachen. Ich komme gleich auf diese Präsentation noch einmal zurück, wenn wir dann auf den Kontakt zur Warburg Bank kommen. Diese Art Präsentation - Sie sagten, in der Grundstruktur aus dem Jahr zuvor wurde die auch Herrn Roth persönlich vorgestellt. War er dabei?*

Zeuge Shields *(Konsekutivübersetzung): Ja, bei dem Meeting in Berlin wurde diese Präsentation gezeigt.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *In einer etwas anderen Form, weil sie eben der Vorgänger dieser ist. - Konnte man aus der Präsentation, die Sie bei diesem Meeting, bei diesem Treffen vorgestellt haben, erkennen, dass es sich um Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag mit Leerverkäufen handelt? Ist das aus der Präsentation hervorgegangen?*

Zeuge Shields *(Konsekutivübersetzung): Das ist es nicht.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: Hatte das einen Grund, warum es nicht hervorgegangen ist? Weil ich Sie so verstanden hatte, dass die Struktur da hinter ja eine Cum/Ex-Leerverkaufsstruktur gewesen ist.

Zeuge Shields (Konsekutivübersetzung): Der Grund dafür, dass das nicht Teil der Präsentation ist, liegt in dem Publikum für diese Transaktion: Diese Präsentation wurde einem Teilnehmer an dieser gesamten Aktivität vorgestellt, und hier ging es nur um dessen Verantwortung und dessen Interaktion oder Rolle in dem Gesamtschema. Das heißt, es gab hier keine komplette Darstellung der ganzen Transaktionsstruktur, sondern nur der Teile, die hier für die Gegenpartei wichtig waren. Und das war jetzt an dieser Stelle die Käuferseite. Wenn es eine Präsentation gewesen wäre für den Verleiher, dann wären nur die Dinge hervorgehoben worden, die wichtig sind für die Teilnahme des Verleihers an diesen Aktivitäten. Wenn es eine Präsentation für den Shortseller, also den Leerverkäufer, gewesen wäre, dann wäre es um dessen Rolle im Gesamtschema gegangen.

Und deswegen kann ich hier sagen: Nein, darum ging es nicht. Es war eine Präsentation für die Käuferseite, und man bezog sich nur auf die hier relevanten Aktivitäten.

Vors. Dr. Slota-Haaf: War aus Ihrer Sicht demnach die Information, dass es sich bei dem Kauf - aus Käufersicht gesehen - um einen Aktienkauf mit Leerverkaufskonstellation handelt, eine unwesentliche Information für den Käufer, sodass die eben bei der Präsentation nicht offenbart werden oder offengelegt werden musste? Kann ich das aus Ihren Ausführungen schlussfolgern?

Zeuge Shields (Konsekutivübersetzung): Bei dieser Präsentation ging es nur um die praktische Umsetzung der Aktivitäten von Käuferseite. Das heißt, es handelt sich nicht um eine Präsentation aller maßgeblichen Faktoren für diese Transaktion. Ich wurde gebeten, diese Präsentation zu erstellen, um konkret über die Abwicklung zu sprechen, die Interaktion und Aktivitäten aufseiten des Kunden, und es ging nicht darum, die Gesamtaktivitäten zu erklären. Das war nicht Sinn der Präsentation.

Alle Elemente, nach denen Sie jetzt fragen oder wo Sie fragen, warum die nicht Teil der Präsentation sind: Also, die Personen, die bei der Präsentation zugegen waren - und das war ich größtenteils ja nicht -, diese Personen hätten den vollen Umfang dieser Transaktion erklären können oder eben aber auch nicht. Es lag an diesen Personen, zu entscheiden, welche Informationen wesentlich für dieses Meeting waren und dort geteilt werden sollten.“

- 93 Wollte Herr Shields also das Eingeständnis einer Täuschung vermeiden, musste er behaupten, dass aus anderen Gründen offensichtlich sei, dass Leerverkäufe vorgelegen hätten und er deshalb keine Notwendigkeit gesehen hätte, darüber zu sprechen.
- 94 Gleichwohl hielt es Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker getreu ihrem Ermittlungsansatz, wenn man sogenannte „Kronzeugen“ habe, „die gestehen“, müsse man „sich überhaupt nicht

*mehr einen abbrechen mit Indizien oder sonst was“ (S. 18 des Wortprotokolls zur öffentlichen Sitzung des parlamentarischen Untersuchungsausschusses der Hamburgischen Bürgerschaft vom 3. Dezember 2021, **Anlage 3**), nie für nötig, die Angaben der Kronzeugen zu überprüfen oder auch nur in Frage zu stellen. Die Untätigkeit von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker ging so weit, dass sie nicht einmal Kommunikation der HVB sicherte, auswerten ließ und zu den Akten des „Warburg-Verfahrens“ nahm. Dabei versteht sich von selbst, dass beispielsweise die interne Kommunikation zwischen Paul Mora und Martin Shields, aber auch deren Kommunikation mit den Verantwortlichen der ICAP Securities Limited, von höchster Bedeutung für das Verfahren gewesen wäre. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker indessen verschwieg entgegen § 160 Abs. 2 StPO all dies in den Anklagen und verfälschte so die Entscheidungsgrundlage des Gerichts.*

b) Darstellung der Transaktionen durch Dr. Berger im Frühjahr 2007

aa) Darstellung in den Anklagen

95 Obwohl es sich bei dem Prüfungs- und Entscheidungsprozess der Warburg Bank vor Aufnahme der Geschäfte 2007 um einen der wichtigsten Punkte des gesamten Geschehens handelt, ist die Darstellung dazu in der Anklage vom 27. Mai 2020 (und in der Anklage vom 1. Juli 2022) mit etwa zwei Seiten sehr knapp. Es wird ohne nähere Ausführungen lediglich auf die zweifache Übersendung von Versionen der Präsentation „German Basis Opportunity“ sowie drei Treffen und die Zustimmung der Partnerschaft der Warburg Bank am 25. April 2007 Bezug genommen. Der angesprochene Vermerk zum Anteil von Dr. Berger stammt erst vom 21. Mai 2007 (BMO 2, Bl. 175) und gehört daher nicht zu dem Entscheidungsprozess in der Warburg Bank (S. 107 f. der Anklage vom 27. Mai 2020, mit minimalen Abweichungen auf S. 109 f. der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Anfang des Jahres 2007 übersandte der gesondert Verfolgte Dr. Berger³⁵[E-Mail von Leckas vom 30.01.2007, 14:31:56 Uhr.] den Angeschuldigten Dörscher und Schmid die Präsentation „German Basis Opportunity“, die sowohl das Handelsmuster beschrieb als auch den Dividendenlevel von 95 Prozent und den für den Erwerber M.M. Warburg sich daraus ergebenden Profit von 5 Prozent. Der gesondert Verfolgte Shields gab dazu an, dass der in Rede stehenden Tabelle insbesondere folgenden Aspekte zu entnehmen seien: Trade Date, Trading Level und die Anzahl der zu handelnden Aktien. Die Kombination dieser Angaben mache es für den verständigen Betrachter höchst wahrscheinlich, dass es sich hier um einen Cum/Ex-Trade mit einer Leerverkaufskomponente handele.“³⁶ [VN 03 Blatt 34.]

In der Folgezeit fanden auch persönliche Treffen der Angeschuldigten sowohl mit dem gesondert Verfolgten Dr. Berger als auch mit den gesondert Verfolgten Mora und Shields statt.

So traf sich der Angeschuldigte Dörscher am 16. Februar 2007 mit dem gesondert Verfolgten Dr. Berger, um das grundsätzliche Vorgehen bei den geplanten Cum/Ex-Leerverkaufstransaktionen zu erörtern³⁷ [E-Mail von Remus vom 14.02.2007, 13:03 Uhr.]. Am 19. März 2007 trafen sich die Angeschuldigten Dörscher und Schmid erneut mit dem gesondert Verfolgten Dr. Berger.³⁸ [Vgl. BMO 7 Band 6 pdf Blatt 343.]

Der Angeschuldigte Dörscher verhandelte mit dem gesondert Verfolgten Dr. Berger in der Folge auch die Höhe dessen Anteils für die Ausarbeitung der Handelsstrategie und teilte dies dem Angeschuldigten Schmid mit.³⁹ [BMO 2 Blatt 175.]

Nachdem der gesondert Verfolgte Dr. Berger nochmals eine „Präsentation zur Dividendenarbitrage-Struktur“ übersandte⁴⁰ [E-Mail von Munser vom 12.04.2007, 19:14 Uhr.], trafen sich die Angeschuldigten Hagel, Dörscher und Schmid und der gesondert Verfolgte Dr. Eckardt am 13. April 2007 mit den gesondert Verfolgten Mora, Shields und Vincent in den Räumlichkeiten der M.M. Warburg, um die Dividendensaison 2007 zu besprechen.⁴¹ [E-Mail von Rohde vom 03.04.2007, 18:13 Uhr; E-Mail von Leckschas vom 04.04.2007, 12:08 Uhr; E-Mail von Mora vom 12.04.2007, 18:18:46 Uhr und vom 16.04.2007, 10:18 Uhr; E-Mail von Dörscher vom 17.04.2007, 15:51:26 Uhr.]

Am 17. April 2007 übersandte der gesondert Verfolgte Vincent den Angeschuldigten Dörscher und Schmid sowie dem gesondert Verfolgten Dr. Eckardt nochmals die Präsentation „German Basis Opportunity“, die auch die Auflistung „Complete Portfolio of Trades“ mit 21 Aktientiteln unter Angabe des Kurses, der Höhe der Bruttodividende, der Stückzahl, des Handels- und Liefertages sowie des erwarteten Gewinns enthielt. Am 25. April 2007 übersandte der gesondert Verfolgte Vincent ihnen dann eine Liste mit den später tatsächlich durchgeführten Transaktionen.⁴² [E-Mail von Vincent vom 17.04.2007, 12:09 Uhr und vom 25.04.2007, 15:54:44 Uhr]

Anschließend stimmte die Partnerschaft der M.M. Warburg diesen Cum/Ex-Transaktionen zu, was der Angeschuldigte Dörscher dem gesondert Verfolgten Mora am 25. April 2007 mitteilte.⁴³ [E-Mail von Dörscher vom 25.04.2007, 18:44 Uhr] Dies war der Startschuss für die wenige Tage später einsetzenden Eigenhandelsgeschäfte, was den Stellenwert des Angeschuldigten Dörscher verdeutlicht.“

bb) Tatsachen, die die Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Darstellung belegen

- 96 Die Darstellung in den Anklagen ist erneut fehlerhaft und unvollständig und verfälschte damit die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn.
- 97 Zunächst hat es am 19. März 2007 kein Treffen zwischen Herrn Dr. Berger, Herrn Schmid und Herrn Dörscher gegeben. An diesem Tag war Herr Dr. Berger in Frankfurt und nahm über den ganzen Tag zahlreiche Termine wahr. Herr Schmid und Herr Dörscher jedoch waren in Hamburg (**Anlage 21.**). Soweit das Datum auf der handschriftlichen Unterlage in BMO 7, Band 6, PDF 343 das Jahr 2007 ausweisen sollte – es kann sich bei der Zahl am Ende auch um eine unvollständige 8 handeln – wäre dies ein Irrtum. Denn tatsächlich stattgefunden hat ein Treffen

zwischen Herrn Berger, Herrn Schmid und Herrn Dörscher am 19. März 2008 (**Anlage 22.**). Dass das Gespräch, zu dem die Notizen gefertigt wurden, nicht am 19. März 2007 stattgefunden haben kann, sondern im Jahr 2008 stattgefunden haben muss, folgt im Übrigen auch aus dem Inhalt der Notizen. Dort ist beispielsweise von einem „*Vertrag mit P. Mora*“ die Rede. Dieser Vertrag – das sog. Partnership Agreement – wurde am 29. Februar 2008 abgeschlossen. Am 19. März 2007 war ein solcher Vertrag hingegen noch nicht einmal absehbar.

- 98 Gewichtiger ist jedoch, dass wesentliche Teile des Entscheidungsprozesses in der Warburg Bank in den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 überhaupt nicht dargestellt werden. Insbesondere hat Herr Dr. Berger vor Durchführung der ersten Transaktion des Jahres 2007 ausweislich von zwei auf seine Veranlassung durch sein Sekretariat übermittelten Fachaufsätzen gegenüber der Warburg Bank nicht nur hervorgehoben, dass Inhabergeschäfte unproblematisch seien, sondern auch behauptet, dass das Problem der Anrechnung von nicht erhobener Kapitalertragsteuer im Falle von Leerverkäufen durch das Jahressteuergesetz vollständig behoben sei.
- 99 Der bankinterne Entscheidungsprozess, aufgrund dessen die Transaktionen letztlich durchgeführt wurden, fand nach dem Gespräch vom 16. Februar 2007 und vor Beginn der Transaktionen (Allianz AG am 2. Mai 2007), insbesondere im April 2007 statt. Dabei schaltete Herr Schmid zunächst die interne Rechtsabteilung ein. Danach kam es am 13. April 2007 zu einem ersten persönlichen Termin in Hamburg mit Paul Mora an dem außerdem Herr Dörscher, Herr Dr. Eckardt – Leiter der Rechtsabteilung –, Herr Schmid und – in den Anklagen weggelassen – per Telefon Herr Dr. Berger, nicht jedoch Lee Vincent teilnahmen (**Anlage 23.**). Aus einer auf diesen Termin folgenden E-Mail von Herrn Mora vom 16. April 2007, 09:18 Uhr (SH 10 Bd. 7 PDF 160 ff.) ergibt sich, dass die Geschäfte dort nochmal grundsätzlich vorgestellt wurden und die Diskussionen noch nicht abgeschlossen waren. Außerdem stellte Herr Mora die Herren Martin Shields, Lee Vincent und Nick Diable mit der E-Mail vom 16. April 2007, 09:18 Uhr erstmals vor.
- 100 Am 17. April 2007 übersandte Lee Vincent von der HVB sodann die von Paul Mora angekündigte Präsentation mit dem Titel „German Basis Opportunity“ an Herrn Schmid, Herrn Dr. Eckardt und Herrn Dörscher (SH 10 Bd. 7 PDF 160 ff.).
- 101 Zu dieser E-Mail schrieb der von Herrn Schmid eingeschaltete Justitiar der Warburg Bank, Herr Dr. Eckardt, an Herrn Dörscher, ob dieser das Thema weiter betreibe „zwecks Entscheidungsfindung“ (SH 10 Bd. 7 PDF 172 ff.).
- 102 Herr Dörscher teilte daraufhin noch am 17. April 2007 Paul Mora mit, dass der interne Prüfungs- und Entscheidungsprozess noch etwas Zeit in Anspruch nehmen werde (SH 10 Bd. 7 PDF 175-177).
- 103 Herr Dörscher telefonierte dann zwischen dem 17. April 2007 und dem 23. April 2007 mit Dr. Berger, wie sich aus einer im Auftrag von Dr. Berger an Herrn Dörscher von Frau Munser versandten E-Mail ergibt (SH 47 BD 2 PDF 83-84).

- 104 Gegenstand des Gesprächs muss die Abklärung der steuerlichen Zulässigkeit der Transaktionen gewesen sein, denn Herr Dr. Berger hat Frau Munser im Anschluss beauftragt, Herrn Dörscher unter Bezugnahme auf das Telefonat zwei Aufsätze zur rechtlichen Einschätzung von Cum/Ex-Transaktionen und den Risiken von Leerverkäufen nach dem Jahressteuergesetz 2007 zuzusenden (*Storg*, NWB Fach 3, Seite 14327/169 (SH 47 Bd. 2 PDF 85-88); *Seip/Füllbier*, BB 2007, 47 (SH 47 Bd. 2 PDF 89-93)).
- 105 Die Hervorhebungen, die Dr. Berger in diesen Aufsätzen vorgenommen hat oder vornehmen ließ (die Aufsätze stammen in dieser Form aus dem Asservat 280.2, also dem Postfach von Dr. Berger, die Hervorhebungen müssen also von Dr. Berger selbst oder in seinem Auftrag angebracht worden sein) sowie die Ergebniszusammenfassungen in den Aufsätzen belegen, wie Dr. Berger die Transaktionen vorgestellt haben muss: Als Inhaberverkäufe. 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), SH 47 Bd. 2 PDF 91):

„Bei einem Verkauf aus dem Bestand heraus in zeitlicher Nähe zum Dividendenaus-schüttungstermin 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 Anrechnung 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

- 106 Die Betonung der rechtlichen Situation bei gedeckten Verkäufen bzw. Inhabergeschäften („aus dem Bestand heraus“) belegt, dass gerade diese Gegenstand der von Dr. Berger vorgestellten Transaktionen waren. Nur so ergibt die Hervorhebung Sinn.
- 107 Was Leerverkäufe betrifft vermitteln die Aufsätze demgegenüber die (wie wir heute wissen fehlerhafte) Einschätzung, dass das Problem durch das Jahressteuergesetz 2007 vollständig behoben und das Vorliegen von Leerverkäufen mit dem Ziel der Erstattung oder Anrechnung einer nicht gezahlten Kapitalertragsteuer daher praktisch ausgeschlossen sei. Im Aufsatz von *Seip/Füllbier* (BB 2007, 477 (479)) heißt es dazu (SH 47 Bd. 2 PDF 88):

„III. Zusammenfassung

Die Qualifizierung der Ausgleichszahlungen als Einkünfte aus Kapitalvermögen löst das Problem zu viel bescheinigter Kapitalertragsteuer im Zusammenhang mit Leerverkäufen über den Dividendenstichtag.

Darüber hinaus stellt die Gesetzesbegründung klar, dass auch ähnliche Konstellationen – wie z.B. missglückte Erfüllungsgeschäfte (Fails) - von dieser Regelung erfasst

werden, sofern die Wertpapiere cum Dividende veräußert, aber ex Dividende erworben wurden.

Im Ergebnis entspricht in all diesen Fällen die von der ausschüttenden Gesellschaft und von der Depotbank des Leerverkäufers und den anderen beteiligten Depotbanken einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer dem tatsächlich bescheinigten Kapitalertragsteuervolumen. Die bislang in der Praxis aufgetretenen Steuerausfälle werden unterbunden.“ (Hervorhebung durch Verfasser)

108 Im Aufsatz von Storg, (NWB Fach 3, Seite 14327/169 (14331/173 f.), SH 47 Bd. 2 PDF 92) heißt es zur Neuregelung:

„II. Neuregelungen zur Verhinderung von Steuerausfällen

Durch die mit dem Jahressteuergesetz 2007 eingeführten Neuregelungen werden die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen insoweit verringert, als das inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut des Leerverkäufers zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet wird. Zusammen mit der nach den allgemeinen Vorschriften von der Aktiengesellschaft abgeführten Kapitalertragsteuer soll so viel Quellensteuer erhoben werden, wie bei den Anteilseignern später steuerlich berücksichtigt wird. Die Kapitalertragsteuer in Höhe von 20 v. H. der Dividende wird dem Leerverkäufer in Rechnung gestellt. Ihm wird keine Steuerbescheinigung über die vom Veräußerungserlös einbehaltene Kapitalertragsteuer ausgestellt. Zusätzlich belastet das Kreditinstitut den Leerverkäufer mit einem Betrag in Höhe der Nettodividende, die dem Erwerber der Aktie gutgeschrieben wird. Die einbehaltene Kapitalertragsteuer wird beim Erwerber der Aktien angerechnet. Er erhält eine Steuerbescheinigung.“ (Hervorhebung durch Dr. Berger)

109 Die Dr. Berger nachweislich bekannte Lücke der Abwicklung von Leerverkäufen über eine ausländische Depotbank wird in keinem der Aufsätze beschrieben. Auch in der E-Mail vom 23. April 2007 wurde die Lücke nicht erläutert, nicht einmal in dem mit E-Mail vom 11. Februar 2008 Herrn Schmid und Herrn Dörscher übermittelten umfangreichen Gutachten (SH 10 Bd. 12, Bl. 134 ff.). Danach ist davon auszugehen, dass Dr. Berger die Risiken im Zusammenhang mit Leerverkäufen über ausländische Depotbanken entsprechend der Darstellung in den Aufsätzen zielgerichtet unerwähnt gelassen hat. Den Mitarbeitern der Warburg Bank wurde also suggeriert:

1. es handele sich um Aktienkäufe von Inhabern („aus dem Bestand heraus“), nicht um Leerkäufe (Ausrufungszeichen im ersten Aufsatz);
2. im Fall von Leerverkäufen bestehe kein Risiko, weil die Depotbank Steuern einzubehalten habe.

110 Am Morgen des 24. April 2007 leitete Herr Dörscher die beiden von Dr. Berger übermittelten Aufsätze per E-Mail an Frau Rohde, die Sekretärin von Herrn Schmid weiter (SH 47 Bd. 2

PDF 95 f. In der E-Mail führte Herr Dörscher aus: „*anbei zwei Unterlagen bzgl. der Transaktionen mit Paul Mora.*“ Ebenfalls am 24. April 2007, um 15:00 Uhr traf sich Herr Schmid mit Herrn Steuerberater Alpers (SH 47 Bd. 2 PDF 97). Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wurde in dem Termin auf der Grundlage der Aufsätze sowie ggf. anderer Materialien die steuerliche Zulässigkeit der vorgeschlagenen Transaktionen besprochen und die Entscheidung der Partner (d.h. der Geschäftsleitung) der Warburg Bank vorbereitet.

- 111 Nachfolgend stimmten die Partner der Durchführung der Transaktionen auf der Grundlage des durchgeführten Entscheidungsprozesses zu. Herr Dörscher informierte Paul Mora mit E-Mail vom 25. April 2007 über die Zustimmung der Partner (SH 10, Bd. 7, Bl. 197):

„we have the go from our partners.

But I can't come tomorrow. I will come on Friday, if it's possible for you.

I am looking forward to discuss the details with you and execute afterwards the deal!“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„wir haben das "Go" von unseren Partnern.

Aber ich kann morgen nicht kommen. Ich werde am Freitag kommen, wenn es für Sie möglich ist.

Ich freue mich darauf, die Details mit Ihnen zu besprechen und anschließend das Geschäft abzuschließen!“

- 112 Weder die E-Mail von Frau Munser im Auftrag von Dr. Berger an Herrn Dörscher nebst beigefügten Aufsätze noch die Weiterleitung der Unterlagen durch Herrn Dörscher an Herrn Schmid, noch die Information über den Termin von Herrn Schmid mit Herrn Alpers wurde von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker bzw. den unter ihrer Leitung tätigen Ermittlungsbehörden zur Akte genommen, geschweige denn in den Anklagen erwähnt. Dass insbesondere die E-Mail von Herrn Dr. Berger vom 23. April 2007 den Ermittlungsbehörden entgangen sein könnte, erscheint dabei ausgeschlossen. Jedenfalls aber verfälscht das Fehlen dieser Informationen die dem Landgericht Bonn vorgelegte Entscheidungsgrundlage in einem besonders wichtigen Punkt – dem ursprünglichen Entscheidungsprozess in der Warburg Bank.

c) Präsentation „Basis Opportunities Fund M.M. Warburg – Discussion Document Update“

aa) Darstellung in den Anklagen

- 113 Im Februar 2008 erstellten Paul Mora und Martin Shields im zeitlichen Zusammenhang mit der Gründung der Ballance Gruppe und der Verhandlung des „Partnership Agreement“ eine Präsentation mit dem Titel: „Basis Opportunities Fund M.M. Warburg – Discussion Document

Update“ (BMO 7 Bd. 6 PDF 319 ff.). Auch in dieser Präsentation erwähnten Paul Mora und Martin Shields Leerverkäufe und eine damit ggf. verbundene Anrechnung ohne korrespondierenden Steuereinbehalt nicht. In den Anklagen wird dazu ausgeführt (S. 230 der Anklage vom 27. Mai 2020 und S. 135 f. der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Auf die Frage, aus welchem Grund in der in Rede stehenden Präsentation in Bezug auf die Beschreibung möglicher Handelsstrategien Leerverkäufe nicht erwähnt werden⁴¹⁶ [VN 03 Blatt 154.], ließ sich der gesondert Verfolgte Shields ein, sie hätten in dieser Präsentation die Strukturen nur grob beschrieben. Einem verständigen Betrachter müsse jedoch, zumindest was die Struktur in Deutschland angehe, mit Blick auf das Cash-Flow-Profil sowie auf die Annahmen und Ergebnisse aus den Transaktionen auf Seite 15 der Präsentation auffallen, dass hier Leerverkäufe eine Rolle spielen müssten. Im Bereich „Ergebnisse (Results)“ sei zum Beispiel ersichtlich, dass der Gewinn aus den Transaktionen bei ca. 10 Prozent des generierten Bruttodividendenvolumens liege. Dies sei nur zu erreichen, indem man Cum/Ex-Transaktionen durchführe, in welchen zumindest zum Teil ein Leerverkäufer agiere, der nicht mit Kapitalertragsteuer belastet werde.“

bb) Tatsachen, die die Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Darstellung belegen

- 114 Die Darstellung in den Anklagen verfälscht erneut die Entscheidungsgrundlage des Gerichts, weil sie erneut auf die Wertung – nicht Wahrnehmung – des Martin Shields zurückgreift, aus der Höhe des erzielten Profits könne auf das Vorliegen von Leerverkäufen geschlossen werden. Wie bereits dargelegt, hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die behauptete Wirkung des Indizes „Dividendenlevel“ nie überprüft. Hätte sie eine Überprüfung veranlasst, hätte diese ergeben, dass diese angebliche Bedeutung nicht nachweisbar ist ((siehe I.2.a), S. 18 ff., Rn. 21 ff.). Daher spricht die Tatsache, dass Herr Shields, wenn eine Unterlage zu Leerverkäufen schweigt, wiederholt auf diese Behauptung rekurriert für das Vorliegen einer Täuschungshandlung. Auf die Ausführungen zu den Ermittlungen der hessischen Behörden, nach denen Paul Mora, Martin Shields, Dr. Hanno Berger und weitere Personen ein „Täuschungssystem“ geschaffen haben, wird verwiesen (Rn. 90).

d) Darstellung in den Gutachten von Dr. Berger verschweigt Leerverkäufe

aa) Darstellung in den Anklagen

- 115 Ebenfalls im Februar 2008 übermittelte Herr Dr. Berger mit E-Mail vom 11. Februar 2008 ein steuerliches Gutachten. In den Anklagen führt Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker zu diesem Gutachten und einem weiteren Gutachten, das am 18. Dezember 2008 und am 20. Februar 2009 übermittelt wurde, aus, die Angeschuldigten könnten sich darauf nicht berufen, dass in den Gutachten Inhaberverkäufe dargestellt würden (S. 231 f., 249 f. der Anklage vom 27. Mai 2020 bzw. S. 137 f., 227 der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Die Angeschuldigten können sich auch nicht auf das an die Angeschuldigten Schmid und Dörscher adressierte steuerliche Gutachten der gesondert Verfolgten Dr. Berger und Dr. Kleinert vom 08. Februar 2008⁴²² [Vgl. SH 6.5 Band 2 pdf Blatt 90 ff.] berufen, da den rechtlichen Erwägungen ein anderer Sachverhalt als der im Rahmen der Cum/Ex-Eigengeschäfte verwirklichter Sachverhalt zugrunde liegt. Insbesondere behandelt es einen Inhaberverkauf und erwähnt nicht einmal die Möglichkeit, es könnte sich um einen Leerverkauf handeln. Konsequenterweise wird daher auch nicht erwähnt, dass das Absicherungsgeschäft (im Fall der Eigengeschäfte der M.M. Warburg der Single Stock Future Short) einen nicht marktgerechten Preis hat. Vielmehr wird insoweit ausgeführt, es werde am Verkaufstag die noch offene Position des Futures dadurch geschlossen, dass die Kapitalgesellschaft den Future zurückkaufe. Damit gehe für die Kapitalgesellschaft ein Gewinn oder Verlust einher, je nach Entwicklung der Aktie als Underlying in dem Zeitraum zwischen An- und Verkaufstag⁴²³ [Vgl. SH 6.5 Band 2 pdf Blatt 95.]. Verschwiegen wird damit, dass die Beteiligten ihren Anteil am Gewinn des Geschäfts vorab in Form des Dividendenlevels vereinbart haben und anschließend den Preis des Absicherungsgeschäfts entsprechend angepasst haben.“

„Die Angeschuldigten Dr. Mertens und Schmid können sich auch nicht auf den Entwurf des steuerlichen Gutachtens zur Ausnutzung von Marktineffizienzen bei dem Handel mit Aktien über den Hauptversammlungsstichtag der gesondert Verfolgten Dr. Berger vom 18. Dezember 2008⁴⁷⁸ [Vgl. SH 6.5 Band 2 pdf Blatt 4 ff.] sowie vom 20. Februar 2009⁴⁷⁹ [Vgl. SH 6.5 Band 3 pdf Blatt 135 ff.] berufen, dass dieser dem Angeschuldigten Schmid zusandte⁴⁸⁰ [Vgl. E-Mail Leckschas an Schmid vom 22.12.2008, 13:08:33 Uhr, SH 6.3 Band 1 pdf Blatt 118.]

Auch dieses Gutachten gibt den Sachverhalt unzutreffend wieder. So wird in den Gutachten nicht der Erwerb via physisch abgewickelter Futures mit vier Tagen Lieferfrist behandelt. Laut dem Gutachten der gesondert Verfolgten Dr. Berger baue die Anlagestrategie auf der statistisch begründeten Wahrscheinlichkeit auf, dass ein Verlust aus dem Verkauf von am Hauptversammlungsstichtag erworbenen Aktien am Tag nach der Hauptversammlung aufgrund des sogenannten Dividendenabschlags niedriger sei als die ausgezahlte Bruttodividende. Den den Angeschuldigten bekannten Sachverhalt - nämlich das Vorliegen von Leerverkäufen - würdigt der gesondert Verfolgte Dr. Berger bewusst nicht.⁴⁸¹ [Vgl. SH 6.5 Band 2 pdf Blatt 143, 152; vgl. E-Mail von Schwarz an Dr. Mertens vom 28.04.2008, 20:14:59 Uhr.]“

bb) Tatsachen, die die Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Darstellung belegen

- 116 Bei der Darstellung der Gutachten vom 8. Februar 2008 und vom 18. Dezember 2008 bzw. vom 20. Februar 2009 ist erneut die Haltung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker zu erkennen, Indizien für eine Täuschung bewusst zu ignorieren. Zutreffend stellt sie zu den Gutachten fest, dass dort Inhaberverkäufe dargestellt und gewürdigt werden. Um das Risiko „Täuschung“ für ihre Ermittlungshypothese „alle wussten von Leerverkäufen“ zu umschiffen, wird aus dem „anderen Sachverhalt“ dann aber schlicht geschlossen, dass sich die Angeschuldigten

nicht auf das Gutachten berufen könnten. Dabei ist urkundlich belegt, dass Dr. Berger das Gutachten mit Blick auf die Gründung der Ballance-Gruppe übermittelte und die Angeschuldigten Schmid, Hagel und Dörscher – Dr. Mertens erhielt das Gutachten nicht – das Gutachten auf die von der Warburg Bank durchgeführten Geschäfte bezogen haben.

- 117 Dr. Berger übersandte das steuerliche Gutachten mit E-Mail vom 11. Februar 2008 über sein Sekretariat an Herrn Schmid und Herrn Dörscher. Außerdem fügte er ein korrespondierendes aufsichtsrechtliches Gutachten bei, das die von Paul Mora angestrebte Fondstruktur betraf. In diese Struktur sollte damals – nach der Vorstellung von Dr. Berger und Paul Mora – der Eigenhandel überführt werden. Gemeinsam sollten die Gutachten die steuerliche und die aufsichtsrechtliche Würdigung der Struktur vermitteln. In der E-Mail von Paul Mora teilte Dr. Berger zu dem Steuergutachten mit (SH 10, Bd. 12, PDF 134):

*„Sehr geehrter Herr Schmid,
sehr geehrter Herr Dörscher,*

anliegend erhalten Sie - wie vereinbart - die Unterlagen i.S.d. Dividendenoptimierungsstruktur. Das Steuergutachten stellt die Situation dar, dass eine deutsche Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH die entsprechenden Aktiengeschäfte rund um den HV-Stichtag tätigt. In diesem Steuergutachten sind sämtliche wesentlichen steuerlichen Folgen, insbesondere zur Kapitalertragsteuererstattung, bereits beschrieben.“

- 118 Vor diesem Hintergrund wurde das steuerliche Gutachten vom 8. Februar 2008 von Herrn Schmid, Herrn Dörscher und Herrn Hagel auch auf die Eigenhandelstransaktionen aus dem Jahr 2007 und von Anfang des Jahres 2008 bezogen. Dies belegt eine interne Auswertung der Gutachten, das Diskussionspapier Paul Mora vom 20. Februar 2008 (SH 10 Bd. 13 PDF 16). In der Präsentation wird zum Hintergrund der Transaktionen ausgeführt (S. 11 der Präsentation, SH 10 Bd. 13 PDF 27)

Die beabsichtigten Transaktionen können analog zu den Trades in der Vergangenheit über die neue Struktur abgewickelt werden.

[...]

- Ausländischer Investor, in der Regel institutionell, verkauft deutsche Aktien am Tage der HV des Portfoliounternehmens einem Broker. Der Verkäufer kann die zu zahlende Kapitalertragssteuer nicht verrechnen bzw. erstatten lassen*
- Der Broker verkauft die Aktien am selben Tag an die inländische Kapitalgesellschaft weiter. Der Kaufpreis beinhaltet den Aktienpreis „cum Dividende“, die Gebühr für den Broker sowie einen Anteil am Steuerspareffekt für den ursprünglichen Verkäufer*
- Finanzierung gegebenenfalls durch Kreditaufnahme*

- *Zeitgleich mit dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums sichert die Kapitalgesellschaft den Aktienkurs „ex Dividende“ durch einen Future ab*
- *Nachdem die Dividende durch die Kapitalgesellschaft vereinnahmt wurde, werden die Aktien entweder an den ursprünglichen Verkäufer oder einen Dritten „ex Dividende“ veräußert*
- *Rückkauf des Futures und damit Realisierung eines Gewinn/Verlusts (Hedge der Handelsverluste Aktien exklusiv Dividendenabschlag)*
- *Erstattungsanspruch der Kapitalgesellschaft für zuviel gezahlte Kapitalertragssteuer gegenüber Fiskus*

Die Transaktion zielt auf die Nutzung der Kapitalertragsteuerverrechnung einer inländischen Kapitalgesellschaft ab.“

- 119 Die Beschreibung des Transaktionsablaufs im Diskussionspapier vom 20. Februar 2008 entsprach nicht nur vollständig der Durchführung der streitgegenständlichen Transaktionen. Auch wird ausdrücklich die Benachteiligung von Steuerausländern beim Bezug von Dividenden als wirtschaftlicher Hintergrund der Transaktionen hervorgehoben. Von Leerverkäufen ist nicht die Rede.
- 120 Das Diskussionspapier enthält zudem eine explizite Bezugnahme auf die im Jahr 2007 und Anfang 2008, „in der Vergangenheit“ also im Eigenhandel durchgeführten Transaktionen, was erneut belegt, dass es sich um eine Darstellung des Verständnisses auch dieser Transaktionen bei der Warburg Bank handelt.
- 121 Am 20. Februar 2008 fand außerdem eine zu dem Diskussionspapier passende Besprechung im Büro von Herrn Schmid statt. Im Kalender von Herrn Schmid (Asservat 344-1-4) ist ein Termin mit dem Betreff „Herr Dörscher, Herr Hagel w/Paul Mora“ vermerkt (**Anlage 24.**). Herr Dörscher hat dazu noch Herrn Dr. Eckardt eingeladen mit dem Betreff „Schmid wg. Paul Mora“ mit dem Ort „Büro Schmid“ (**Anlage 25.**). Aufgefunden wurde das vorgehaltene Diskussionspapier bei der Durchsuchung am 20. Januar 2016 in der Rechtsabteilung – Asservat 316-5-3 (siehe Vermerk Hauptakte, Bd. 15, Bl. 3427, PDF 2). Danach ist davon auszugehen, dass das Gutachten in der Rechtsabteilung gründlich überprüft wurde und die Ergebnisse der Überprüfung in der Besprechung der beteiligten Bereiche Handel, Corporate Finance, Rechtsabteilung und Bilanzen, Rechnungswesen und Controlling vorgestellt und diskutiert wurden.
- 122 Nichts von alledem findet sich indessen in der Darstellung der Anklagen. Darüber hinaus trifft es auch nicht zu, dass in dem Gutachten die Ertragsquelle nicht richtig benannt werde. Tatsächlich ergab sich der Erfolg der Transaktionen notwendig aus der Summe der im Gutachten erörterten Steuererstattung, der Kursentwicklung der Aktie im Haltezeitraum und der Kursentwicklung des Futures bis zur Glattstellung – also genau wie im Gutachten beschrieben. Stieg der Kurs der Aktie im Vergleich zum Kaufpreis, fiel der Wert des Futures und umgekehrt.

123 Auch mit Blick auf die Darstellung des Gutachtens vom 8. Februar 2008 sowie das dieses Gutachten auswertende Diskussionspapier Paul Mora legte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhiller nach alledem dem Landgericht Bonn einen zu Lasten der Angeschuldigten verfälschten Sachverhalt vor.

124 Wäre danach bereits das Gutachten vom 8. Februar 2008 als Täuschungshandlung einzuordnen gewesen, gilt dies für die Gutachten vom 18. Dezember 2008 und vom 20. Februar 2009 entsprechend, zumal Dr. Berger und Dr. Steck nachfolgend am 3. April 2009 und am 31. März 2009 gerade für die Transaktionen des BCGES ausdrücklich bestätigten, dass keine Leerverkäufe vorlägen (siehe dazu im Einzelnen nachfolgend e), S. 59 ff., Rn. 125 ff.):

„Sehr geehrter Herr Schmid,

sehr geehrter Herr Mertens,

im Nachgang zu dem soeben geführten Telefonat mit Ihnen, Herr Schmid, möchte ich gerne noch einmal die besprochenen Punkte zusammenfassen. [...]

3. Es gibt in den beabsichtigten Transaktion keine cum-/ex-Leerverkäufe über den Dividendenstichtag. [...].“ (E-Mail vom 3. April 2009, SH 10 Bd. 26, Bl. 320)

„Sehr geehrter Herr Dr. Mertens,

[...] 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 BFH-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“ (E-Mail vom 31. März 2009, SH 10, Bd. 26, Bl. 438 f.)

e) Diskussion im Zusammenhang mit dem Entwurf des BMF-Schreibens im März und April 2009

aa) Darstellung in der Anklagen

125 Die ab Ende März 2009 einsetzende Diskussion um den Entwurf des späteren BMF-Schreibens vom 5. Mai 2009 wird in den Anklagen im Wesentlichen auf drei Notizen vom 1. April 2009, vom 20. April 2009 und vom 28. April 2009 reduziert (S. 233 bis 236 und 245 f. der Anklage

vom 27. Mai 2020 bzw. S. 151-154 und 224 der Anklage vom 1. Juli 2022). Den Verantwortlichen der Warburg Bank und der Warburg Invest sei die Möglichkeit von Leerverkäufen bekannt gewesen:

„Die innere Haltung des Angeschuldigten Schmid wird auch an folgender Textpassage in der oben genannten Notiz deutlich:

„Es wurde noch einmal betont, dass MMW bei Leerverkäufen unter Umständen das Risiko hat, dass der ohne Steuergutschrift entstehende Verlust aus den Aktienkäufen und -Verkäufen bei MMW verbleibt.“

Die Möglichkeit von Leerverkäufen wird hier ausdrücklich erwähnt und auch die Folge, dass die Finanzverwaltung in diesem Fall keine Steuererstattung vornehmen wird. Dass vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis bei den später erfolgten Erstattungsanträgen keinerlei zusätzliche Angaben gemacht wurden, lässt nur den Schluss zu, dass zumindest billigend in Kauf genommen wurde, Steuern zu erhalten, die der M.M. Warburg nicht zustanden.“ (S. 235 – Anklage vom 27. Mai 2020, S. 154 – Anklage vom 1. Juli 2022)

*„Dass die Verantwortlichen der M.M. Warburg über Abläufe und Wirkweise der im Rahmen der Cum/Ex-Eigengeschäfte und Cum/Ex-Geschäfte über Fonds genau informiert waren, ergibt sich zudem aus dem „Vertraulichen Vermerk BC German Equity Special Fund“, der unter dem 28. April 2009 vom gesondert Verfolgten Dr. Eckardt erstellt wurde.“*⁴⁶⁹ [Vgl. SH 10 Chronologie, Vermerk aus Asservat 316-5-6.]

„Die Finanzverwaltung hat festgestellt, dass es bei Aktiengeschäften um den Ausschüttungstermin zu einer doppelten Bescheinigung von Kapitalertragsteuer kommen kann. Das geschieht, wenn beim Kauf der Aktie „cum Dividende“ der Verkäufer die Aktien nicht besitzt (Leerverkauf). In diesen Fällen wird von der Abwicklungsstelle eine Steuerbescheinigung erstellt, obwohl es mangels Bestand beim Verkäufer nicht zum Kapitalertragsteuerabzug gekommen ist.“

Weiter wird der „Entwurf eines BMF-Schreibens, das ausgiebig mit den betroffenen Verbänden diskutiert worden ist“ erörtert sowie das Erfordernis einer Berufsträgerbescheinigung. Der gesondert Verfolgte Dr. Eckardt weist daraufhin, dass sich das BMF-Schreiben derzeit noch im Entwurfsstadium befindet und erklärt dazu: „Sollte es aber aufgrund der Äußerungen der Länderreferenten in seinem Inhalt modifiziert werden, insbesondere indem nicht auf die Kenntnis des Käufers, sondern auf objektive Umstände abgestellt wird (so die Vorversion), besteht die Gefahr, dass die Steuergutschriften, die Warburg Invest für den Fonds erhalten hat, im Nachhinein aberkannt werden und die Erstattungsanträge zurückgezahlt werden müssen. Aufgrund des in Aussicht genommenen Lebenszyklus des Fonds würde das zu einer Zeit geschehen, in der dieser weitestgehend abgewickelt wäre. Das Haftungsrisiko trifft damit Warburg Invest selbst, ohne dass noch Rückgriffsmöglichkeiten bestehen.“

Aus dem Vermerk wird deutlich, dass die Verantwortliche der M.M. Warburg sich darüber bewusst waren, dass die durch den BC German Equity Special Fund erworbenen Aktien aus Leerverkäufen stammen. Dies folgt insbesondere aus dem Hinweis, dass - sollte die Finanzverwaltung im Rahmen der Berufsträgerbescheinigungen auf objektive Umstände abstellen⁴⁷⁰ [In der in Rede stehenden Entwurfsfassung des BMF heißt es unter anderem, dass die in einer Steuerbescheinigung ausgewiesenen Kapitalertragsteuer nicht anzurechnen ist, sofern zwischen dem Leerverkäufer und dem Käufer „Beziehungen bestehen, die einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem Leerverkauf und dem Kauf begründen“ und dem Käufer dadurch bekannt ist, dass ihm eine Steuerbescheinigung ausgestellt wird, obwohl die darin ausgewiesene Kapitalertragsteuer nicht erhoben bzw. abgeführt worden war.] - das steuerliche Risiko als zu hoch erachtet werde.“ (S. 245 f. – Anklage vom 27. Mai 2020, S. 224 – Anklage vom 1. Juli 2022)

bb) Tatsachen, die die Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Darstellung belegen

- 126 Auch die Darstellung der Diskussion rund um das BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009 in den Anklagen stellt den Sachverhalt grob unvollständig und stark verfälscht dar. Das gilt sowohl für das Ergebnis der Diskussion als auch für deren Ablauf. Zwar trifft es zu, dass man in der Warburg Bank durch den Entwurf das Risiko bei Leerverkäufen erkannte. Alle beteiligten Geschäftspartner bestätigten allerdings schriftlich das auch anlässlich des Bekanntwerdens des BMF-Entwurfes nochmal nachweisbare Verständnis der Verantwortlichen der Warburg Bank, dass man mit ausländischen Inhabern und nicht mit Leerverkäufern kontrahiere. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verantwortlichen der Warburg Bank diese Bestätigungen nicht für richtig hielten (siehe zu den Bestätigungen von Ballance im Einzelnen unter f), S. 74 ff., Rn. 162 ff.). Herr Christian Schmid fasste dementsprechend am Ende der Diskussion um das BMF-Schreiben die Ergebnisse in einem Vermerk vom 30. April 2009, den die Anklagen unerwähnt lassen, wie folgt zusammen (SH 10 Bd. 29 PDF 336):

„Nach den uns bekannten Sachverhalten handelt es sich bei den Transaktionen BC German Equity Special Funds und unseren eigen Single Future Strukturen in keinem Fall um Leerverkäufe.“

- 127 Im Gegensatz zur Würdigung durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in den Anklagen gibt es daher im Zusammenhang mit der Diskussion um den Entwurf des BMF-Schreibens vom 20. März 2009 und die Bedenken der BHF Asset Servicing GmbH nicht nur Nachweise dafür, dass die Transaktionen im Hause Warburg als Inhaberverkäufe verstanden wurden (dazu unter (1)), sondern auch dafür, dass sich Dr. Berger, Dr. Steck und Paul Mora in Bezug auf die Irreführung von M.M. Warburg abgestimmt haben (dazu unter (2)), was dann zu einem positiven Prüfungsergebnis – zwar bestehen bei Leerverkäufen Risiken, aber es liegen keine Leerverkäufe vor – führte (dazu unter (3)). Im Einzelnen:

(1) Bekanntwerden des Entwurfs bei Dewey und im Hause Warburg

- 128 Das Bundesfinanzministerium übermittelte den ersten Entwurf zum späteren BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009 am Freitag, 20. März 2009, zur Stellungnahme an die Bankenverbände. Die Kanzlei Dewey wurde vom Verband der Auslandsbanken in Deutschland e.V. am Montag, 23.

März 2009, um 12:32 Uhr über den Entwurf informiert (**Anlage 26.**). Schon um 12:40 Uhr leitete Dr. Rohde die Nachricht an zahlreiche Kollegen weiter und bat diese, den Entwurf dringend Dr. Berger vorzulegen (**Anlage 27.**). Sofort entwickelte sich bei Dewey hektische Betriebsamkeit. Um 14:22 Uhr etwa antwortete Dr. Steck an Alexander Szewald von der Luxemburg Financial Group (vormals Deutsche Bank), der den Entwurf um 13:12 Uhr ebenfalls übersandt hatte: „*Wir sitzen schon drüber. Melde und asap.*“ (**Anlage 28.**). Nicht von Dr. Berger oder Dr. Steck kontaktiert wurde M.M.Warburg.

- 129 Im Hause Warburg erfuhr der Händler Marcus Hagel am 24. März 2009 indirekt von Paul Mora von dem Schreiben. Paul Mora schrieb um 11:00 Uhr (SH 10, Bd. 24, Bl. 238):

„I assume you have seen the press release from yesterday regarding the dividends. We are still working through it with Dewey and trying to fully digest but please call me to discuss (+ 350 2006 2014) whenever suits you.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Ich gehe davon aus, Sie haben die Pressemitteilung von gestern zu Dividenden gesehen. Wir arbeiten uns noch gemeinsam mit Dewey und versuchen, es voll zu verstehen, aber bitte rufen Sie mich an, um sie zu besprechen [...Telefonnummer...] wann immer es Ihnen passt.“

- 130 Anders als von Paul Mora erwartet, wusste Herr Hagel jedoch nicht, worum es ging. Um 11:06 Uhr fragte er eine Kollegin und einen Kollegen aus dem Handelsbereich (SH 10, Bd. 24, Bl. 238):

„Ist mir ja unangenehm das zu sagen - und deshalb für den moment nur intern - welche Pressemitteilung??? Bitte mal alles andere kurz zurückstellen und hierüber nachdenken ...“

- 131 Allein oder gemeinsam mit der Kollegin und dem Kollegen kam Herr Hagel anschließend zu der Schlussfolgerung, Paul Mora habe eine Pressemitteilung der Europäischen Kommission zur Besteuerung ausländischer Anteilseigner in Deutschland gemeint. Jedenfalls schrieb er um 12:07 Uhr an Paul Mora (SH 10, Bd. 24, Bl. 241):

„to make sure we are talking about the same thing here: You mean the decision by the European Commission to refer Germany to the European Court of Justice on outbound dividend taxation? I have seen something about it, but that was end of last week. If there is anything else [sic!] please give me a hint because I must have missed it ... We should of course discuss possible implications, one way or the other!“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„um sicherzugehen, dass wir hier über dieselbe Sache sprechen: Sie meinen die Entscheidung der Europäischen Kommission, Deutschland wegen der Besteuerung von Auslandsdividenden vor dem Europäischen Gerichtshof zu verklagen? Ich habe etwas

darüber gelesen, aber das war Ende letzter Woche. Wenn es noch etwas gibt, geben Sie mir bitte einen Hinweis, denn ich muss es verpasst haben ... Wir sollten etwaige Auswirkungen in jedem Fall besprechen!“

- 132 Die von Herrn Hagel in Bezug genommene Pressemitteilung der Kommission vom 19. März 2009 hatte das Verfahren zum Gegenstand, in dem der Europäische Gerichtshof später die unionsrechtswidrige Benachteiligung von Steuerausländern beim Dividendenbezug feststellte (EuGH, Urt. v. 20.10.2011 – Rs. C-284/09, Slg. 2011, I-9879). Die Pressemitteilung lautete (**Anlage 29.**):

„Direkte Steuern: Europäische Kommission verklagt Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof wegen steuerlicher Diskriminierung von Auslandsdividendenzahlungen

Die Europäische Kommission hat beschlossen, vor dem Europäischen Gerichtshof Klage gegen Deutschland wegen seiner Besteuerung von Dividendenzahlungen an Unternehmen im Ausland zu erheben. In Deutschland werden Dividendenzahlungen an ausländische Unternehmen höher besteuert als solche an inländische Unternehmen. Nach Auffassung der Kommission steht die höhere Besteuerung von Dividendenzahlungen ins Ausland im Widerspruch zum EG-Vertrag und zum EWR-Abkommen, da sie den freien Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 56 EG-Vertrag und Artikel 40 EWR-Abkommen einschränkt.

Dividendenzahlungen ins Ausland werden von einem deutschen Unternehmen an einen ausländischen Anteilseigner getätigt, Inlandsdividendenzahlungen von einem deutschen Unternehmen an einen inländischen Anteilseigner.

Die deutschen Steuervorschriften können dazu führen, dass Dividendenzahlungen ins Ausland höher besteuert werden als Inlandsdividendenzahlungen. Während Inlandsdividendenzahlungen von der Steuer befreit sind, unterliegen Dividendenzahlungen ins Ausland einer Quellensteuer in Höhe von bis zu 25 % (zuzüglich des Solidaritätszuschlags).

Dadurch werden Dividendenzahlungen ins Ausland, d.h. an EU-Mitgliedstaaten und die EWR/EFTA-Staaten, die entsprechende Amtshilfe leisten (z.B. Auskunftserteilung) diskriminiert.

Im Denkavit-Urteil vom 14. Dezember 2006 (Rechtssache C-170/05) hat der Gerichtshof den Grundsatz bestätigt, dass Dividendenzahlungen ins Ausland im Quellenstaat (dem Staat, von dem aus die Dividenden gezahlt werden) nicht höher besteuert werden dürfen als Inlandsdividendenzahlungen.

Da Deutschland seine Steuervorschriften nicht entsprechend geändert hat, nachdem dem Land am 23. Juni 2007 eine mit Gründen versehene Stellungnahme (IP/07/1152)

übermittelt wurde, hat die Kommission beschlossen, den Europäischen Gerichtshof mit der Angelegenheit zu befassen.

Bei der Kommission wird der Fall unter dem Aktenzeichen 2004/4349 geführt.“

- 133 Dieses Dokument konnte Herr Hagel überhaupt nur für relevant halten, wenn er von Transaktionen mit ausländischen Aktieninhabern, deren Dividenden der Kapitalertragsteuer unterlagen, ausging. Denn der ausländische Leerverkäufer, der den Verkauf auch über eine ausländische Bank abwickelte, wurde nicht mit Kapitalertragsteuer belastet, konnte also auch unter keinem denkbaren Gesichtspunkt unionsrechtlich benachteiligt sein. Die Reaktion von Herrn Hagel und seinen Kollegen belegt also, dass diese von Inhaberverkäufen ausgingen.
- 134 Die Pressemitteilung ist von der Staatsanwaltschaft nicht zu den Verfahrensakten genommen worden, obwohl es nahe gelegen hätte, zu ermitteln, auf was sich die initiale – und damit unbefangene – Reaktion von Herrn Hagel und seinem Team genau bezog.
- 135 Erst Stunden später wurde Herrn Hagel bekannt, dass Paul Mora möglicherweise den Entwurf des BMF-Schreibens meinte. Erneut war er sich jedoch nicht sicher, ob Paul Mora dieses meinte. Um 17:54 Uhr schrieb er nochmals an Paul Mora (SH 10, Bd. 24, Bl. 243):

„just came across one other thing regarding new rules for German corporates with unsettled positions over ex-days - think this could be what you were talking about?

As there was no answer yet I will try to call you later.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„bin gerade auf eine andere Sache gestoßen, die neue Regeln für deutsche Unternehmen mit offenen Positionen über Ex-Tage betrifft. Könnte es sich dabei um das handeln, wovon Sie sprachen?

Da es noch keine Antwort gab, werde ich versuchen, Sie später anzurufen.“

- 136 Nachdem Paul Mora um 18:01 Uhr bestätigt hatte, dass er den Entwurf des BMF-Schreibens meinte und auf eine Rückmeldung von Dr. Berger und Dr. Steck warte (SH 10, Bd. 24, Bl. 245), antwortete Herr Hagel Paul Mora um 18:27 Uhr, der Entwurf betreffe aus seiner Sicht nicht direkt die im Hause Warburg umgesetzte Struktur, könne aber zu technischen Problemen führen (SH 10, Bd. 24, Bl. 252):

„Right, they should give us some insight of what they think about this. I might get something wrong, but they do not target directly the structure we trade, though this might create some transaction-based problems - am I right? I would be very interested in your initial thoughts. That said I will not call you today but wait until you had the chance to discuss with Dewey. Let's discuss this whenever you think it is useful, you can call me any time you like.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Richtig, sie sollten uns einen Einblick geben, was sie darüber denken. Vielleicht verstehe ich etwas falsch, aber sie zielen nicht direkt auf die Struktur ab, mit der wir handeln, obwohl dies einige transaktionsbezogene Probleme verursachen könnte - habe ich Recht? Ich wäre sehr an Ihren ersten Gedanken interessiert. Deshalb werde ich Sie heute nicht anrufen, sondern warten, bis Sie die Gelegenheit hatten, mit Dewey zu diskutieren. Lassen Sie uns das besprechen, wann immer Sie es für sinnvoll halten, Sie können mich jederzeit anrufen, wenn Sie wollen.“

- 137 Auch diese Antwort von Herrn Hagel hat nur Sinn, wenn er von Inhaberverkäufen ausging. Denn in dem Entwurf des BMF-Schreibens, den er ersichtlich zwischenzeitlich zur Kenntnis genommen hatte, hieß es unter anderem (vgl. SH 10, Bd. 24, Bl. 416):

„Bestehen zwischen dem Leerverkäufer und dem Käufer Beziehungen, die einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem Leerverkauf und dem Kauf begründen, ist dem Käufer in den o. g. Fällen bekannt, dass ihm eine Steuerbescheinigung ausgestellt wurde, obwohl die darin ausgewiesene Kapitalertragsteuer nicht erhoben bzw. abgeführt worden ist.

In diesen Fällen ist die in der Bescheinigung ausgewiesene Kapitalertragsteuer nicht gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, § 31 KStG anzurechnen, weil sie nicht erhoben worden ist. Weiterhin ist die Kapitalertragsteuer nicht gemäß §§ 44a Abs. 7 bis 9, 44b Abs. 1, 50d EStG, § 11 Abs. 2 InvStG zu erstatten bzw. vom Steuerabzug nicht Abstand zu nehmen.“

- 138 Wäre Herr Hagel von abgesprochenen Leerverkäufen ausgegangen, hätte er niemals behaupten können, das BMF-Schreiben in der Entwurfsfassung vom 20. März 2009 ziele nicht direkt auf die im Hause Warburg umgesetzte Struktur ab.

(2) Abstimmung zwischen Dr. Berger, Dr. Steck und Paul Mora und Irreführung von M.M.Warburg

- 139 Die Veröffentlichung des Entwurfs des BMF-Schreibens am 20. März 2009 fiel außerdem mit in die Verhandlungen mit der BHF-Bank als Depotbank des von Dr. Berger, Dr. Steck und Paul Mora initiierten BCGES. Spätestens am 31. März 2009 erfuhr auch die BHF-Bank von dem Entwurf und wendete sich telefonisch an Dr. Mertens von der Warburg Invest. Dr. Mertens berichtete über das Gespräch intern per E-Mail vom 31. März 2009, 17:25 Uhr wie folgt (SH 10, Bd. 25, PDF 564):

„ich hatte gerade ein sehr interessantes Telefonat mit meinem Ansprechpartner bei BHF. Er teilte mir mit, dass die BHF in unverbrüchlicher Treue zu unserem Projekt steht, aber sich andererseits der aktuellen Diskussion nicht verschließen kann. Stand heute bedeutet dies, dass die BHF NICHT DAS STEUERERSTATTUNGSVERFAHREN

DURCHFÜHREN WIRD. Das Verfahren müsste dann von der KAG direkt durchgeführt werden.

Ich habe diesen Hinweis zur Kenntnis genommen und im weiteren Verlauf die Alternativlösung des Wettbewerbers genannt, der die im Entwurf des Rundschreibens angesprochene Bescheinigung eines Berufsträgers anfordern wird. Mein Gesprächspartner nahm diesen Hinweis dankend zur Kenntnis und wird ihn in die interne Diskussion einbringen.

Paul werde ich gleich über den aktuellen Sachstand informieren, da die BHF auf Änderungen in der 3er-Vereinbarung drängen wird.“

- 140 Der danach von Dr. Mertens informierte Paul Mora kontaktierte sofort Dr. Steck, der seinerseits Dr. Mertens anrief, worüber er unmittelbar, noch am 31. März 2009, um 20:13 Uhr, wiederum Paul Mora wie folgt berichtete (**Anlage 30.**):

„I spoke to Dr. Mertens. He (hopefully) got my legal message. I will provide him with a list of arguments (you will get an English version from Konrad asap) tonight so that he can call BHF tomorrow morning. In principle, he is in agreement with me that we don't have to change the Framework-Agreement and that we can deal with the reclaim issues BHF has brought up in a separate custody agreement. So you can also chase him tomorrow to sign the FA without further changes and we don't have to go back to Deutsche. Dr. Mertens in turn has to make sure that BHF signs the FA as well asap.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Ich habe mit Herrn Dr. Mertens gesprochen. Er hat meine juristische Botschaft (hoffentlich) verstanden. Ich werde ihm heute Abend eine Liste mit Argumenten zukommen lassen (eine englische Version erhältst Du so schnell wie möglich von Konrad), damit er morgen früh mit BHF telefonieren kann. Im Prinzip ist er mit mir einer Meinung, dass wir die Rahmenvereinbarung nicht ändern müssen und dass wir die von BHF angesprochenen Fragen der Rückforderung in einer separaten Depotbankvereinbarung regeln können. Sie können also auch morgen auf ihn einwirken, damit er den FA ohne weitere Änderungen unterschreibt und wir nicht wieder zur Deutschen gehen müssen. Herr Dr. Mertens muss seinerseits sicherstellen, dass BHF den FA ebenfalls so schnell wie möglich unterzeichnet.“

- 141 Um 20:43 Uhr verschickte Herr Dr. Steck dann an Herrn Dr. Mertens die angekündigte Liste mit Argumenten für die BHF-Bank. Darin bestätigte er ausdrücklich, dass keine Leerverkäufe vorliegen (SH 10, Bd. 26, PDF 45, Hervorhebungen durch Verf.):

„Sehr geehrter Herr Dr. Mertens,

vielen Dank für Ihre Bereitschaft, morgen früh auf die BHF-Bank zuzugehen. Es sollte – wie telefonisch besprochen – unser gemeinsames Ziel sein, die BHF zur Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung zu bewegen, damit der Fonds morgen entstehen kann. Das Thema, das die BHF-Bank aufgebracht hat, lässt sich dann gesondert in einem Depotbankvertrag einfangen.

Zum Hintergrund kann ich Ihnen zurufen, dass heute ein Treffen der Bankenverbände mit dem BMF zum in Rede stehenden Schreiben stattgefunden hat. Es zeichnet sich mit aller Deutlichkeit ab, dass nur (OTC) Transaktionen negativ betroffen sind, in denen der Verkäufer und der Käufer Absprachen treffen. Schon dies ist bei dem Fonds von Ballance nicht der Fall.

Zudem ist die Art der Transaktion (Termingeschäfte mit physischer Lieferung der Aktien – Details haben wir schon telefonisch besprochen) nicht von dem Schreiben erfasst. Außerdem werden diese Transaktionen auch noch (termin-)börsenmäßig(!) abgewickelt, so dass auch insofern das Schreiben schon nicht zur Anwendung kommt.

Des Weiteren hören wir aus zuverlässiger Quelle, dass nur betriebliche Anleger erfasst werden sollen. Wir haben diese nicht im Fonds.

Ob Spezialfonds überhaupt erfasst werden, ist auch nicht abschließend entschieden. Womöglich werden diese wie auch die Publikumsfonds per se nicht von diesem Schreiben erfasst sein.

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 BFH-Bank quasi „Gürtel“ und „Hosenträger“. Es verbleibt kein Risiko bei der BHF-Bank und auch nicht bei der KAG.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung. Über ein Feedback nach Ihrem Gespräch mit der BHF-Bank würde ich mich sehr freuen, da die Sache – wie Sie wissen – sehr zeitkritisch ist.

Mit besten Grüßen

Kai-Uwe Steck

- 142 Eine Stunde später schickte Herr Dr. Berger eine nahezu identische E-Mail auch an Rechtsanwalt Rudolf Mikus. Dieser vertrat die BNP Paribas, die für einen anderen Fonds von Paul Mora (sog. BACA-Fonds, aufgelegt mit einer KAG der Société Générale) Depotbank werden sollte.

Auch in der E-Mail an Herrn Mikus führt Herr Dr. Berger – wie Herr Dr. Steck – aus, dass keine Leerverkäufe vorlägen (**Anlage 31.**, Hervorhebungen durch Verf.):

„Vor diesem Hintergrund hat die BNP-Bank m.E. keine Veranlassung, 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 BNP-Bank - wenn es denn unbedingt notwendig ist - auch noch weiteren Komfort geben; Herr Dr. Berger könnte in seiner Funktion als Steuerberater des Fonds eine Bestätigung abgeben, dass keine Anhaltspunkte für einen Leerverkauf und eine doppelte Anrechnung vorliegen. Das wäre für die BNP-Bank quasi „Gürtel“ und „Hosenträger“. Es verbleibt kein Risiko bei der BNP-Bank.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung. Über ein Feedback nach Ihrem Gespräch mit der BNP-Bank würde ich mich sehr freuen, da die Sache - wie Sie wissen - sehr zeitkritisch ist“

- 143 Am 1. April 2009 um 09:02 Uhr informierte Herr Dr. Mertens dann Herrn Dr. Steck, dass er wie verabredet mit der BHF-Bank gesprochen habe und diese die Argumente wohlwollend zur Kenntnis genommen habe (SH 10, Bd. 26, Bl. 10). Schon am Abend des 1. April 2009 wurde Herr Dr. Steck gleichwohl nervös, weil er nichts weiter hörte. Um 18:47 Uhr kontaktierte er Paul Mora (**Anlage 32.**):

„You were very silent today. That makes me very nervous. We have not made significant progress today. Please let me know where we stand and what are the open issues.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Du warst heute sehr schweigsam. Das macht mich sehr nervös. Wir haben heute keine nennenswerten Fortschritte gemacht. Bitte lass mich wissen, wo wir stehen und was die offenen Fragen sind.“

- 144 Paul Mora antwortete noch in derselben Minute, die Lage sei mal so und mal so, ein bisschen wie in der Nachricht gestern (vermutlich die an Herrn Dr. Mertens). Herr Dr. Steck solle ihn mal anrufen (**Anlage 33.**).
- 145 Nachdem Herr Dr. Berger sich am 2. April 2009 nach dem Sachstand mit der BHF Bank erkundigt hatte, hakte dann am 3. April 2009 Paul Mora bei Herrn Dr. Mertens nach, ob es Neuigkeiten von der BHF-Bank gebe. Herr Dr. Mertens antwortete um 17:02 Uhr (SH 10 Bd. 26 PDF 96 f.):

„I have talked to BHF. They found your proposal the investor taking the tax risk interesting – but there is no chance to get a decision (and therefore a signature under the Tripartite Agreement) today. I have discussed this question also with Mr. Schmid: We are not happy about the fact, that in any case there is a remaining reputational risk with Warburg.

We are also a little bit worried about Dr. Berger's last mail about the tax problem and the type of our future transactions. Mr. Schmid asked me to get a more precise description.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Ich habe mit der BHF gesprochen. Sie fanden Ihren Vorschlag, dass der Anleger das Steuerrisiko übernimmt, interessant - aber es gibt keine Chance, heute eine Entscheidung (und damit eine Unterschrift unter den Dreiparteienvertrag) zu bekommen. Ich habe diese Frage auch mit Herrn Schmid besprochen: Wir sind nicht glücklich über die Tatsache, dass in jedem Fall ein Reputationsrisiko bei Warburg bestehen bleibt.

Wir sind auch ein wenig beunruhigt über die letzte Mail von Dr. Berger über das Steuerproblem und die Art unserer zukünftigen Transaktionen. Herr Schmid hat mich gebeten, eine genauere Beschreibung zu beschaffen.“

- 146 Die Nachricht von Herrn Dr. Mertens leitete Paul Mora noch in derselben Minute an Herrn Dr. Steck weiter mit der Bemerkung, seine Befürchtungen seien eingetreten, man solle telefonieren (E-Mail von Paul Mora an Dr. Kai-Uwe Steck vom 3. April 2009 mit dem Betreff: „FW: hi Detlef..sorry to pester but any further news??“ – von der Staatsanwaltschaft nicht in die Akte aufgenommen):

„As I feared ...let's talk in a sec“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Wie ich befürchtet habe ... lass uns gleich darüber reden“

E-Mail von Paul Mora an Dr. Kai-Uwe Steck vom 3. April 2009 mit dem Betreff:
„FW: hi Detlef..sorry to pester but any further news??“ (**Anlage 34.**)

- 147 Herr Dr. Steck antwortete, er sei auf seinem Mobiltelefon erreichbar (E-Mail von Dr- Kai-Uwe Steck an Paul Mora vom 3. April 2009 mit dem Betreff: „AW: FW: hi Detlef..sorry to pester but any further news??“ vom 3. April 2009). Er hatte sich kurz zuvor – um 17:00 Uhr – von einem Fahrer am Skyper (dem Büro von Dewey LeBoeuf in Frankfurt am Main) abholen lassen (E-Mail von Isabel Alves (Dewey LeBoeuf) an Dr. Kai-Uwe Steck vom 3. April 2009 mit dem Betreff „Habe Herrn Rothländer für 17h vor den Skyper bestellt, VG IA“).

E-Mail von Dr- Kai-Uwe Steck an Paul Mora vom 3. April 2009 mit dem Betreff:
„AW: FW: hi Detlef..sorry to pester but any further news??“ (**Anlage 35.**)

E-Mail von Isabel Alves (Dewey LeBoeuf) an Dr. Kai-Uwe Steck vom 3. April 2009 mit dem Betreff „Habe Herrn Rothländer für 17h vor den Skyper bestellt, VG IA“ (**Anlage 36.**)

- 148 Ergebnis des Gesprächs zwischen Herrn Dr. Steck und Herrn Paul Mora war ersichtlich, dass sofort ein erneuter Versuch der Einwirkung auf Herrn Schmid und Herrn Dr. Mertens vorge-

nommen werden sollte. Jedenfalls telefonierte Herr Dr. Berger im Anschluss mit Herrn Christian Schmid und beauftragte Herrn Dr. Konrad Rohde damit, die von Herrn Dr. Steck später als abgesprochene Lüge dargestellte E-Mail-Zusammenfassung zu dem Gespräch zu entwerfen (dazu sogleich Rn. 151 ff.). Um 17:56 Uhr schickte Herr Dr. Rohde an Frau Leckschas aus dem Sekretariat Dr. Berger den Entwurf einer Zusammenfassung des Telefonats „zur Versendung aus Hannos Account“. Allerdings sollte Frau Leckschas den Entwurf zuvor „*bitte noch einmal zur Absprache an Hanno faxen*“. In dem Entwurf führte Herr Rohde aus (E-Mail von Dr. Konrad Rohde an Monika Leckschas (Sekretariat Dr. Berger) vom 3. April 2009 mit dem Betreff „E-Mail an Herrn Schmid und Herrn Mertens von Warburg“ – auch diese E-Mail hat die Staatsanwaltschaft nicht zur Akte genommen):

„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.

E-Mail von Dr. Konrad Rohde an Monika Leckschas (Sekretariat Dr. Berger) vom 3. April 2009 mit dem Betreff „E-Mail an Herrn Schmid und Herrn Mertens von Warburg“ (**Anlage 37.**), Hervorhebungen durch Verf.

- 149 Herr Dr. Berger sah den Entwurf unverzüglich durch und ließ Herrn Dr. Rohde schon um 18:31 Uhr die überarbeitete Fassung an Frau Leckschas (Sekretariat Dr. Berger) senden, die die Mail um 18:33 Uhr an Herrn Schmid und Herrn Dr. Mertens versendete. In der endgültigen Fassung hieß es (SH 10 Bd. 26 PDF 289 f., Hervorhebung durch Verf.):

„Sehr geehrter Herr Schmid,

sehr geehrter Herr Mertens,

im Nachgang zu dem soeben geführten Telefonat mit Ihnen, Herr Schmid, möchte ich gerne noch einmal die besprochenen Punkte zusammenfassen. Es gibt fünf Gründe, warum sich die BHF Bank unbesorgt als Depotbank an den besprochenen Transaktionen beteiligen kann.

1. Es kommen keinerlei Haftungstatbestände für die BHF Bank in Betracht. [...]

3. Es gibt in den beabsichtigten Transaktion keine cum-/ex-Leerverkäufe über den Dividendenstichtag. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Entwurfs des BMF Schreibens sollen nur Leerverkäufe erfasst werden, die unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG fallen und bei denen ausländische Depots zur Abwicklung des Leerverkaufs verwendet werden. Im vorliegenden Fall werden aber Futures gehandelt. Auf diese findet die Vorschrift § 20 Abs. 2 Nr. 3 EStG Anwendung. Folglich fallen die beabsichtigten Transaktionen aus dem Anwendungsbereich des Entwurfs des BMF Schreibens heraus.

4. Damit kommt es auch nicht mehr auf das Nichtvorliegen von Absprachen zwischen Käufern und Leerverkäufern an. Dennoch ist auch hierzu festzuhalten, dass solche Absprachen nicht vorliegen.“

150 Um 19:44 Uhr kommentierte Herr Dr. Steck den Vorgang gegenüber seinem Kollegen Herrn Hertel (SH 10 Bd. 26 PDF 303):

„Malta: Warburg und BHF zicken noch wg BMF, aber Fonds soll Montag gezeichnet werden.“

151 In den Anklageschriften findet dieser Vorgang lediglich im Rahmen der „Einlassungen Dritter zum Kenntnisstand der Angeschuldigten“ auf Seite 265 (27. Mai 2020) bzw. Seite 342 (1. Juli 2022) wie folgt Erwähnung:

„Eine E-Mail, in der der gesondert Verfolgte Dr. Berger den gesondert Verfolgten Schmid und Dr. Mertens mitteilte, dass es keine Absprachen zur Eingehung von Leerverkäufen geben dürfe und es auch rein tatsächlich bei den beabsichtigten Transaktionen keine Leerverkäufe gebe, bezeichnete der gesondert Verfolgte Dr. Steck als „schriftliche Lüge“. Um so etwas mit Fug und Recht schreiben zu können, hätte man den effektiven Verkäufer kennen müssen. Dies sei sicherlich nicht der Fall gewesen. Die E-Mail bezeichnete er als „Nebelkerze“, die er sich aus heutiger Sicht nur so erklären könne, dass man nach außen in schriftlicher Form nicht das kommunizieren und offenlegen wollen, von dem man intern ausgegangen sei⁵⁵⁶ [Vgl. VN 02 Blatt 487 f.]. Die gesondert Verfolgten Schmid und Dr. Mertens hätten zudem gewusst, dass es sich um eine schriftliche Lüge gehandelt habe⁵⁵⁷ [Vgl. VN 02 Blatt 820.]“

152 Diese Darstellung ist zunächst schon deshalb unvollständig und verzerrend, weil Herr Dr. Steck die von ihm als schriftliche Lüge bezeichnete Aussage von Herrn Dr. Berger am 31. März 2009 nachweislich auch selbst getätigt hat (siehe Rn. 141) und er sich, hätte er nicht behauptet, dass Herrn Schmid und Herrn Dr. Mertens die Unwahrheit der Aussage bekannt gewesen wäre, selbst der Täuschung bezichtigt hätte. Die Behauptungen von Herrn Dr. Steck sind aber auch insgesamt nachweislich unwahr (siehe im Einzelnen auch die Strafanzeige vom 1. August 2024, **Anlage 17**).

- 153 Belegt wird der Befund, dass mit der E-Mail von Dr. Berger vom 3. April 2009 keine abgesprochene Lüge vorliegt, sondern eine Täuschung, unter anderem durch eine E-Mail, in der Herr Dr. Mertens noch am 3. April 2009 um 18:49 Uhr Herrn Schmid, Herrn Hagel und Herrn Dr. Klünger über ein Gespräch mit Paul Mora sowie ggf. ein weiteres Gespräch mit Herrn Dr. Berger berichtete. Darin heißt es (SH 10 Bd. 26 PDF 305):

„Für mich zeichnet sich ein etwas chaotisches Bild ab:

Paul muss sich die Details der Termintransaktionen bei Dewey besorgen. Er konnte mir beispielsweise nicht sagen, ob die Aktie aus dem Termingeschäft cum oder ex geliefert wird. Darüber kann die Long-Position - wenn physisch geliefert wird - kein Future, sondern allenfalls ein Forward sein. Ich habe ihn auf jeden Fall gebeten, soviel Details wie möglich zu liefern. Diese sind für Montag morgen avisiert.

Dr. Berger kann offenbar überhaupt nicht verstehen, dass die Depotbank BHF hier irgendein Risiko sieht. Im übrigen wäre es die einzige Depotbank, die Schwierigkeiten macht.“

- 154 **Herrn Dr. Mertens kann unmöglich einerseits unbekannt gewesen sein, ob die Aktien bei den vorgeschlagenen Termintransaktionen „cum oder ex“ geliefert werden und gleichzeitig gewusst haben, dass die Aussage in der E-Mail von Herrn Dr. Berger, die er nur 16 Minuten zuvor erhalten hatte, eine schriftliche Lüge gewesen sei.** Darüber hinaus belegt auch die Passage über die Depotbank BHF eine Täuschung von Herrn Schmid und Herrn Dr. Mertens durch Herrn Dr. Berger. Denn die Behauptung, dass die BHF-Bank die einzige Depotbank sei, die Risiken sehe, ist ebenfalls nachweislich unwahr. Auch die BNP Paribas hatte über ihren Anwalt Rudolf Mikus Fragen zum Entwurf des BMF-Schreibens aufgeworfen, die Herr Dr. Berger mit einer E-Mail zu zerstreuen versuchte, die Herr Dr. Steck weitgehend wortlautidentisch an Herrn Dr. Mertens zur Besprechung mit der BHF gesendet hatte (siehe oben Rn. 141 f.). Und auch gegenüber Rechtsanwalt Mikus hob Herr Dr. Berger hervor, dass keine Leerverkäufe vorlägen.

- 155 Im Übrigen hat die Verteidigung von Paul Mora die – auch durch die Bestätigungen der Ballance Capital Limited weiter belegte (siehe im Einzelnen sogleich unter f), Rn. 162 ff.) – Täuschung durch eine zwar allgemein gehaltene, aber doch bezeichnende Bezugnahme auf die „typische“ Beratung von Cum/Ex-Käufern durch involvierte Rechtsanwälte letztlich in einem Schriftsatz an die Staatsanwaltschaft Köln vom 8. Oktober 2018 eingeräumt (Hauptakte, Bd. 14, Bl. 3271, PDF Bl. 64). In dem Schriftsatz zitieren Paul Moras Verteidiger – mangels Aussagen von Dr. Berger – exemplarisch eine Aussage des Rechtsanwalts Prof. Dr. Thomas Koblenzer (Hauptakte, Bd. 14, Bl. 3360, PDF Bl. 153):

„Man hat im Grunde genommen diese inländischen Steuerpflichtigen, die ich betreut habe, auch hinsichtlich des Gesamtgeschäfts bewußt im Unklaren gelassen. Das ist so“

156 Indem sie in den Anklagen die vorstehenden Informationen zur Diskussion um das BMF-Schreiben wegließ, verfälschte Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn. Denn die dargestellte Kommunikation belegt ein Zusammenwirken von Paul Mora mit Dr. Steck und Dr. Berger bei der Täuschung von Herrn Schmid und Dr. Mertens, während Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker sich in den Anklagen die unwahren Angaben des Dr. Kai-Uwe Steck ohne Überprüfung und unter Weglassung von für die richterliche Würdigung wichtigen Dokumenten zu eigen machte (siehe Rn. 151).

(3) Vermerke vom 28. April 2009 und vom 30. April 2009

157 Angesichts dessen ist auch die Darstellung des „Vertraulichen Vermerks“ von Herrn Dr. Eckardt vom 28. April 2009 in den Anklagen, wonach „deutlich“ werde, „*dass die durch den BC German Equity Special Fund erworbenen Aktien aus Leerverkäufen stammen*“ (S. 245 – 27. Mai 2020, S. 224 – 1. Juli 2022) einseitig verfälschend. Der Vermerk erfolgte vor dem Hintergrund der Bestätigung von Ballance Capital bzw. Paul Mora vom 20. April 2009, dass keine Leerverkäufe vorliegen und keine Beteiligung an Absprachen erfolge, die zu einer doppelten Erstattung von Kapitalertragsteuer führen könnten (siehe im Einzelnen f), S. 74 ff., Rn. 162 ff.). Zweck des Vermerks war danach, die Prüfung der ggf. bestehenden Restrisiken zu dokumentieren. Dabei hätte Herr Dr. Eckardt schon logisch das Risiko einer Rückforderung auf der Grundlage der subjektiven Betrachtung des seinerzeit aktuellen BMF-Entwurfs nicht leugnen können, wenn er vom Vorliegen von Leerverkäufen ausgegangen wäre. Ein Restrisiko war daher aus seiner damaligen Sicht folgerichtig allenfalls bei einer objektiven Betrachtung gegeben. Das heißt indessen weder, dass Herr Dr. Eckardt vom Vorliegen von Leerverkäufen ausging (wie nicht, siehe zwei Sätze zuvor), noch dass er mit der Möglichkeit der Unrichtigkeit der Bestätigungen von Paul Mora sowie der Rechtswidrigkeit der Anrechnungen bzw. Erstattungen rechnete. Es bedeutet nur, dass die Rechtmäßigkeit der Erstattungen bei einer objektiven Betrachtung von Umständen abgehangen hätte, zu denen die Warburg Invest keinen eigenen Zugang hatte und bei denen deshalb ein theoretisches Restrisiko nicht vollständig ausgeschlossen werden konnte.

158 Ein solches theoretisches steuerliches – und erst recht strafrechtliches – Restrisiko war aber angesichts des von Dr. Eckardt festgestellten geringen Ertrages der Warburg Invest von EUR 250.000 aus seiner Sicht unvertretbar und hätte deshalb keine „tragfähige Grundlage“ für die Geschäfte des BCGES gebildet. Hätte Herr Dr. Eckardt indessen konkret das Risiko einer mehrfachen Erstattung von Kapitalertragsteuer gesehen – also etwa mit der Unrichtigkeit der Bestätigung von Ballance Capital bzw. Paul Mora gerechnet – hätte er auch bei subjektiver Betrachtung nicht davon ausgehen können, dass eine „tragfähige Grundlage“ für die Fortführung der Geschäfte gegeben sei.

159 Auch belegt ein späterer Vermerk, dass Herr Dr. Eckardt Gestaltungen mit doppelter Steuererstattung ohne Wenn und Aber ablehnte. Auf einen Vermerk von Herrn Dörscher vom 30. November 2010 (SH 10 Bd. 58 PDF 431), in dem Herr Dörscher von einer externen Finanzierungsanfrage für ein Projekt berichtet, bei dem es zu einer Steuererstattung „*sowohl in Luxemburg als auch in England*“ kommen soll, notierte Herr Dr. Eckart „*kommt nicht in Frage*“. Der

Vermerk vom 30. November 2010 ist im Übrigen ein weiterer Beleg dafür, dass im Hinblick auf die tatsächlich durchgeführten Geschäfte Täuschungen insbesondere durch Dr. Berger, Dr. Steck und Paul Mora erfolgten. Denn er belegt, dass externe Vorschläge mit dem Ziel doppelter Erstattungen im internen Entscheidungsprozess der Warburg Bank auch so dargestellt und abgelehnt wurden. Wäre also der Vorschlag von Dr. Berger auf eine solche doppelte Erstattung unter Nutzung von Leerverkäufen gerichtet gewesen, hätte sich dies auch in den Diskussionsunterlagen der Warburg Bank – insbesondere dem Diskussionspapier Paul Mora – niederschlagen.

- 160 Herr Christian Schmid fasste dementsprechend am Ende der Diskussion um das BMF-Schreiben die Ergebnisse der Prüfung durch die verschiedenen Abteilungen der Warburg Bank – auch durch die Rechtsabteilung bzw. Dr. Eckardt – aus damaliger Sicht der Verantwortlichen subjektiv zutreffend wie folgt zusammen (SH 10 Bd. 29 PDF 336):

„Nach den uns bekannten Sachverhalten handelt es sich bei den Transaktionen BC German Equity Special Funds und unseren eigen Single Future Strukturen in keinem Fall um Leerverkäufe.“

- 161 Dafür, dass Herr Christian Schmid und die weiteren Teilnehmer der Besprechung entgegen dem Vermerk von dem Vorliegen von Leerverkäufen ausgegangen sein könnten, ist nach dem Vorstehenden nichts ersichtlich. Zumindest aber hätte eine korrekte, nicht verfälschende und vor allem vollständige Darstellung in den Anklagen die vorstehend erörterten weiteren Unterlagen und ihre mögliche Bedeutung für die in den Anklagen gewürdigten Unterlagen nicht verschweigen dürfen.

f) Bestätigungen von Ballance Capital bzw. Paul Mora

aa) Darstellung in den Anklagen

- 162 Paul Mora bzw. die Ballance Capital Limited und in 2011 die Arunvill Capital Limited bestätigten gegenüber der Warburg Bank und der Warburg Invest acht Mal schriftlich, dass den von Ballance bzw. Arunvill vermittelten Transaktionen keine Leerverkäufe ohne Steuereinbehalt zugrunde lägen und es nicht zu einer vom BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009 missbilligten doppelten Anrechnung von Kapitalertragsteuer komme:

Bestätigungen der Ballance Capital bzw. von Paul Mora			
	Aussteller	Datum	Fundstelle
1.	Ballance Capital Limited / Paul Mora	20.04.2009	BMO 10, Bl. 168
2.	Ballance Capital Limited / Paul Mora	04.06.2009	BMO 10, Bl. 169
3.	Ballance Capital Limited / Paul Mora	04.06.2009	BMO 10, Bl. 170
4.	Ballance Capital Limited / Paul Mora	19.06.2009	BMO 10, Bl. 171

5.	Ballance Capital Limited / Paul Mora	30.06.2009	BMO 10, Bl. 172
6.	Ballance Capital Limited / Paul Mora	14.07.2010	BMO 10, Bl. 173
7.	Ballance Capital Limited / Paul Mora	02.12.2010	BMO 10, Bl. 174
8.	Arunvill Capital Limited / Paul Mora	08.07.2011	BMO 10, Bl. 175

- 163 In den Anklagen bleiben die Bestätigungen selbst praktisch unerwähnt. Ein von Paul Mora übersandter Entwurf wird ohne Auseinandersetzung mit dem Kontext als „unglaublich“ gebrandmarkt (S. 235 der Anklage vom 27. Mai 2020 und S. 154 der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Dass einer der Hauptprofiteure der Geschäfte, der gesondert Verfolgte Mora, dessen Aufgabe es war, den kompletten Cum/Ex-Kreislauf zu orchestrieren und welcher dabei insbesondere die Aufgabe hatte, die Leerverkäufer zu vermitteln, in einer E-Mail vom 16. April 2009 angab, er habe keine Kenntnis darüber, ob die M.M. Warburg Aktien von einem Leerverkäufer erwerbe⁴³⁴ [Vgl. E-Mail Mora an Schmid vom 16.04.2009, 20:10:00 Uhr.], ist ebenso wenig überraschend wie glaubhaft.“

- 164 Zur Nachfrage von Marcus Hagel nach einer solchen Bestätigung im Februar 2010 wird einfach – quasi ins Blaue hinein – behauptet, Herr Hagel habe dadurch aktiv an der Verschleierung des Sachverhalts und der Täuschung der Finanzbehörden mitgewirkt (S. 142, 238 der Anklage vom 27. Mai 2020 bzw. S. 157, 163 der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Anhand des Schreibens des Angeschuldigten Hagel an den gesondert Verfolgten Mora vom 16. Februar 2010¹⁵¹ [E-Mail von Hagel vom 16.02.2010, 09:49 Uhr, SH 6.4 Band 1 pdf Blatt 162], in welchem er eine „No-Short-Selling-Involved-Confirmation“ erfragt, wird deutlich, dass der Angeschuldigte zunehmenden Einfluss auf die Cum/Ex-Transaktionen hatte und aktiv an der Verschleierung des Sachverhalts mitwirkte.“

„Dass auch der Angeschuldigte Hagel in Kenntnis der Sach- und Rechtslage weiterhin versuchte, die Finanzverwaltung zu täuschen, zeigt sich daran, dass er mit E-Mail vom 16. Februar 2010 von dem gesondert Verfolgten Mora eine „No-Short-Selling-Involved-Confirmation“ erbat, wissend, dass es sich sehr wohl um Leerverkäufe handelte⁴⁴⁴ [Vgl. E-Mail Hagel an Mora vom 16.02.2010, 10:54:00 Uhr.]“

bb) Tatsachen, die die Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Darstellung belegen

- 165 Auch im Zusammenhang mit den von Paul Mora unterzeichneten Bestätigungen hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker dem Landgericht Bonn einen verfälschten Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt. Die Anklagen erwähnen weder die Vielzahl der Bestätigungen noch deren Text. Dieser lautete:

„In my capacity as the director of Ballance Capital Ltd., being also the sole shareholder of Balance Capital UK Ltd., I hereby confirm that we have no knowledge that Warburg Invest or M.M. Warburg will purchase shares over the dividend payment day within the

meaning of the above mentioned decree from a corresponding short seller, whereby sec. 44 par. 1 sentence 3 in connection with sec. 20 par. 1 no. 1 sentence 4 EStG was not applied. Further we will not participate in any arrangement which would lead to an illicit double use of withholding tax credits as described in the decree.

If we receive knowledge of such arrangements between the Sellers and Buyers of shares or share related derivatives at a later stage, we will inform you forthwith, latest however within 3 bank business days.“

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.“

- 166 Die Frage, ob die Verantwortlichen der Warburg Bank und insbesondere die mit den Anklagen Angeschuldigten von der Richtigkeit des Bestätigungsinhalts ausgingen, wird einfach verneint, obwohl selbst Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker den täuschenden Charakter der Bestätigungen erkennt, ihn aber einfach (nur) auf die Finanzbehörden bezieht, denen diese Bescheinigungen im Rahmen der Veranlagung aber gar nicht vorgelegt wurden (siehe SH 33, (Aktenkopien FA für Großunternehmen), Heft 7, Bl. 20 ff, PDF 23 ff.). Dabei legen die bereits vorstehend dargestellten Täuschungshandlungen eine mögliche Täuschung auch in Bezug auf die Bestätigungen mehr als nahe. Daher zeigt die Darstellung durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker ihre § 160 Abs. 2 StPO massiv verletzende Voreingenommenheit und Einseitigkeit.
- 167 Auch bei ihrer Darstellung der E-Mail von Marcus Hagel vom 16. Februar 2010 zeigt sich diese Voreingenommenheit von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker (Anklage vom 27. Mai 2020 S. 142, 238, Anklage vom 1. Juli 2022 S. 157, 163; Fundstelle der E-Mail in der Akte SH 10 Bd. 38 PDF 116 f.). Obwohl seine Reaktion auf die Nachfrage von Paul Mora nach dem Entwurf des BMF-Schreibens belegt, dass er im März 2009 vom Vorliegen von Inhaberverkäufen ausging (siehe e)bb)(1), S. 62 f., Rn. 131 f.), wird ihm einfach – ohne jede Ermittlung – eine bewusste Täuschung der Finanzbehörden unterstellt. Dabei belegt eine von Herrn Hagel und Herrn Menge erstellte – in den Anklagen vollständig unterschlagene – Transaktionsbeschreibung aus dem Juni 2010, dass Herr Hagel auch im Jahr 2010 – deutlich nach der E-Mail vom 16. Februar 2010 – von Inhabergeschäften ausging und die Ballance Gruppe aus

seiner Sicht eingeschaltet wurde, weil sie Kontakte zu interessierten ausländischen Aktieninhabern habe. Erstellt wurde die Transaktionsbeschreibung auf Anfrage von Herrn Thomas Schult, dem Vorgesetzten von Herrn Jakob Menge und Herrn Marcus Hagel. Herr Schult benötigte die Darstellung für Gespräche mit Prüfern der Wirtschaftsprüfer, der Aufsichtsbehörden und/oder des Finanzamtes (E-Mail von Herrn Menge an Herrn Hagel vom 17. Juni 2010, **Anlage 38.**):

„Hr. Schult kam gerade auf mich zu; er hat mich gebeten (am bsp. der SAP) einmal kurz den kompletten ablauf einer single-future transaktion schriftlich zu schildern, da er in den kommenden tagen gespräche mit einem prüfer zu dem thema führen wird / muss: ich werde nun anfangen, grob den ablauf in schriftform darzulegen;

Ich nehme an, dass Du gerne über das dokument drüberschauen würdest, bevor ich es Hern. Schult schicke....“

- 168 Zur Beantwortung der Anfrage von Herrn Schult schickte Herr Menge Herrn Schult am 22. Juni 2010 folgende E-Mail mit dem Betreff „Kurz-Zusammenfassung der Single-Future Transaktionen“ (**Anlage 39.**):

„Hallo Herr Schult,

anbei übersende ich Ihnen die gewünschte Zusammenfassung einer Single-Future Transaktion (am Beispiel der SAP-Transaktion).

Ich hoffe, die Ausführungen sind für Sie hilfreich“

- 169 In der beigefügten Zusammenfassung wird ausgeführt:

„Rechtliche Rahmenbedingungen:

- falls ein in Deutschland steuerpflichtiges „Kreditinstitut“ (nach § 8b (7) KStG) Aktien (deutscher) Unternehmen im Umlaufvermögen (sprich: dem Handelsbuch zurechenbar) hält, sind die (Dividenden-)Einkünfte hieraus von der Kapitalertragssteuer befreit*
- diese „Kreditinstitut“ bekommt zunächst die Nettodividende ausgeschüttet*
- dem „Kreditinstitut“ entsteht somit eine Forderung gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern in Höhe der (gezählten) Kapitalertragssteuer zuzüglich des Solidaritätszuschlags*

Motivation:

- ein im Ausland (steuerlich) domizilierter Halter von deutschen Aktien, der in Bezug auf die von diesen Aktien ausgeschütteten Dividenden steuerpflichtig ist, hat die Motivation, diese Steuerlast zu reduzieren*

- die Single Future-basierte Transaktion verlagert die Dividendenerträge an das deutsche „Kreditinstitut“, welches in Bezug auf die Erträge steuerbefreit ist; der so realisierte komparative Steuervorteil wird den Beteiligten quotal zugerechnet

Handelsstrategie – Außenverhältnis / Kapitalmarkt:

- das deutsche Kreditinstitut (MMW) erwirbt verschiedene Aktien börsennotierter deutscher Unternehmen (spätestens) am Tag der Hauptversammlung; Lieferung und Zahlung der Aktien in $t+2$ („settlement day“)
- somit werden die Aktien mit Dividendenanspruch („cum Dividende“) erworben
- folglich erhält das Kreditinstitut am Ex-Tag die Nettodividende
- ein paar Handelstage später (Länge der Haltedauer reicht i.d.R. von 2 bis hin zu 8 Handelstagen) werden die Aktien wieder über den Markt verkauft
- durch einen an der EUREX verkauften Single-Stock-Future werden mögliche Kursschwankungen in der Aktie während der Haltedauer abgesichert

Interaktion Ballance Capital / MMW:

- Ballance Capital nimmt gegenüber MMW die Rolle eines Beraters ein; primäre Aufgabe von BC ist die Beschaffung von Liquidität in den Aktien, die MMW über den Dividendenstichtag kauft m.a.W. hat BC die Kontakte zu institutionellen Kapitalsammelstellen, die über signifikante Aktienpositionen in deutschen Aktien verfügen
- diese Kapitalsammelstellen unterliegen nicht der deutschen Steuerhoheit und weisen somit gegenüber deutschen „Kreditinstituten“ komparative Nachteile auf
- um die potentiell entstehende Steuerlast zu reduzieren, ist die ausländische Kapitalsammelstelle bereit, die Aktien über den Dividendenstichtag an MMW als (steuerbefreites) „Kreditinstitut“ für eine gewisse Haltedauer zu verkaufen
- als Ausgleich dafür erhält zunächst MMW einen im Vorfeld verhandelten Anteil an der Bruttodividenden (im Regelfall betrug dieser Anteil für die im Jahr 2010 getätigten Transaktionen 21%)
- dieser Prozentsatz an der Bruttodividende wird im Rahmen einer waterfall-Regelung folgendermaßen verteilt:
 - es existiert eine hurdle-rate für MMW, die für das Jahr 2010 auf 9% verhandelt wurde; die erstmal MMW zusteht

- zudem wird die rechnerische Bruttodividende [gemeint ist wohl der Bruttoertrag, Anm. d. Verf.] (ohne Berücksichtigung von Kosten) im Verhältnis von 0,45 : 0,55 zwischen Ballance Capital und MMW aufgeteilt

[...]

Juristische Rahmenbedingungen / Voraussetzungen:

- *Käufe und Verkäufe der Aktien werden tatsächlich vollzogen*
- *sämtliche Geschäft werden zu „drittüblichen“ Konditionen und Preisen eingegangen und abgewickelt*
- *bei Dividendenzahlungen durch den deutschen Emittenten der Aktien wird ordnungsgemäß Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt“ (Hervorhebungen durch Verfasser)*

170 Die Transaktionsbeschreibung nebst zugehöriger Kommunikation belegt, dass der Hintergrund die Geschäfte nach der Wahrnehmung der Verantwortlichen der Warburg Bank der Ausnutzung der unionsrechtswidrigen Benachteiligung von Steuerausländern beim Dividendenbezug dienen sollten. Weiter beweist die Transaktionsbeschreibung, dass die Vermittlung solcher ausländischer Aktieninhaber als Transaktionsgegenpartei die Leistung war, für die Ballance in Anspruch genommen wurde. Es ist überhaupt kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, warum Herr Menge und Herr Hagel hier für ihren Vorgesetzten eine wahrheitswidrige Beschreibung hätten erstellen sollen.

171 Besonders deutlich zeigt sich die völlige Einseitigkeit der Ermittlungen von und der Darstellung in den Anklagen durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker unter Verletzung von § 160 Abs. 2 StPO außerdem darin, dass sie Herrn Martin Shields in 37 vielfach ganztägigen Vernehmungen zwischen dem 14. Dezember 2017 und dem 10. März 2020 nie nach den Bestätigungen fragte, obwohl die Bestätigungen durch seinen engsten Geschäftspartner Paul Mora ausgestellt wurden und er an der Ballance-Gruppe wesentlich beteiligt war. Im Verfahren gegen Herrn Dr. Christian Olearius bestätigte Herr Shields – zunächst abstrakt gefragt – dass Ballance Bestätigungen im Zusammenhang mit dem BMF-Schreiben ausstellte. Als ihm jedoch ein Vorhalt der Vorsitzenden Richterinnen den täuschenden Charakter der Bestätigungen verdeutlichte, distanzierte er sich nicht nur sofort („I didn’t sign this“), sondern behauptete auch, die Bestätigung erstmalig zu sehen. Auch dieses Verhalten spricht dafür, dass die Bestätigungen Täuschungshandlungen darstellten. Später wunderte Herr Shields sich dann auch darüber, warum er zu den Bestätigungen von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker nicht befragt wurde. Er sagte zu den Bestätigungen unter anderem:

„Vors. Dr. Slota-Haaf: Wissen Sie, ob seitens Ballance eine Art Bestätigungen ausgestellt wurden, die im Zusammenhang mit diesem Schreiben stehen, wo gewisse Abläufe bestätigt oder dann nicht bestätigt werden?“

Zeuge Shields (Konsekutivübersetzung): Also, ich glaube, ja. Ich glaube, als Manager stellte Ballance entsprechende Bestätigungen zur Verfügung.

Vors. Dr. Slota-Haaf: Ich würde Ihnen gern ein Dokument vorhalten. Das ist Beweismittelordner 04, PDF 175.

(Projektion)

Wir sehen den Briefkopf. Dann, Frau Borges, wenn Sie gerade so nett wären, nur den Absatz „Dear Ladies and Gentlemen“.

Dolmetscherin Borges:

Sehr geehrte Damen und Herren,

in meiner Rolle als Direktor der Ballance Capital Ltd., wobei ich außerdem der einzige Anteilseigner der Ballance Capital UK Ltd. bin, bestätige ich hiermit, dass wir keine Kenntnis darüber haben, dass Warburg Invest oder M.M.Warburg Aktien kaufen wird über den Dividendenzahlungstag oder im Sinne des oben erwähnten Erlasses von einem korrespondierenden Leerverkäufer, wobei § 44 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 Einkommensteuergesetz keine Anwendung fand.

Darüber hinaus werden wir uns nicht beteiligen an einer jedweden Absprache, die zu einer illegalen oder nicht rechtmäßigen doppelten Nutzung einer Gutschrift von Kapitalertragsteuer führen würde, wie sie in dem Erlass beschrieben ist. Wenn wir Kenntnis erlangen von solchen Absprachen zwischen den Verkäufern und Käufern von Aktien oder aktienbezogenen Derivaten zu einem späteren Zeitpunkt, werden wir Sie unumgänglich in-formieren, allerdings spätestens innerhalb von drei Bankgeschäftstagen.

Mit freundlichen Grüßen.

Es folgt eine Unterschrift: Paul Mora, Direktor Ballance Capital Ltd.

Vors. Dr. Slota-Haaf: Wieso wird hier bestätigt, dass man - ich muss das selber noch mal gerade lesen - keine Kenntnis darüber hat in Bezug auf das Kaufgeschäft der Aktien, also auf die Herkunft, also in Bezug auf das BMF-Schreiben, was da gemeint ist, wenn, wie Sie sagen, Sie gar nicht wissen, woher die Aktie kommt? Es wird ja letztlich etwas bestätigt, nämlich dass man kein Wissen hat, dass das, was vom Schreiben gefordert wird, getätigt wurde. Wie kann das bestätigt werden, wenn, wie Sie vorher sagten, auf Frage, woher die Aktien kommen, weil ICAP Ihnen das ja nicht mitgeteilt hat - - Warum können Sie das bestätigen oder Ballance? Das ist ja nicht Ihre Unterschrift, sondern die von Herrn Mora. - Wissen Sie, was ich meine?

Zeuge Shields: [Englisch]

Vors. Dr. Slota-Haaf: Genau, Sie haben ja hier bestätigt - - Da steht ja:

I hereby confirm

- ich kann das von hier so schlecht lesen -

that we have no knowledge that Warburg Invest or M.M. Warburg will purchase shares over the dividend day within the meaning of the above-mentioned decree.

Und so weiter. Das ist also ja in Bezug auf Leerverkäufe gesetzt.

Zeugenbeistand RA Tute: *„From a corresponding [...]“.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Genau, „from a corresponding short seller“. Da ist ja der Bezug, dass Sie sagen, das können wir also bestätigen, obwohl Sie vorhin gesagt haben, wer der Verkäufer war, das weiß ich ja gar nicht, weil ich ja ICAP nicht gefragt habe. Also, woher können Sie bestätigen, dass es kein Leerverkäufer war?*

Zeuge Shields: *I didn't sign this.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Deswegen habe ich ja gefragt. Das ist ja von Paul Mora.*

Zeuge Shields (Konsektivübersetzung): *Erst mal möchte ich sagen, dass ich das Ganze nicht unterschrieben habe. Ich muss auch ganz ehrlich sagen, ich kann mich jetzt nicht erinnern, ob es vielleicht sogar das erste Mal ist, dass ich das hier lese. Aber was ich dazu sagen kann, ist, dass Paul Anwalt war/ist, und er hat eine Fähigkeit, sehr genau zu formulieren. Also, er formuliert immer genau so, dass das, was formuliert ist, genau so korrekt ist, sodass er sich wohl in der Lage gefühlt hat, dieses Dokument so zu unterschreiben.“*

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 27. Februar 2024, S. 113 ff.. **Anlage 40.)**

„RA Dr. Hübner: *Dann würde ich gern noch einmal etwas vorhalten aus der Akte. Ich glaube, es macht auch Sinn, dass wir es noch einmal an-werfen, auch wenn wir es gerade schon hatten. Das ist die Bestätigung vom 20. April 2009. Die ist im Sonderheft 10, Band 29 und da PDF 4.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Das ist die Gleiche, die wir gerade eben schon hatten, nur mit einer anderen Fundstelle?*

RA Dr. Hübner: *Genau.*

Vors. Dr. Slota-Haaf: *Nur damit Klarheit herrscht.*

(Projektion)

RA Dr. Hübner: *Erinnern Sie sich an das Dokument? Sie hatten gestern schon etwas dazu gesagt, aber jetzt noch einmal, nachdem Sie darüber nachgedacht haben: Erinnern Sie sich daran?*

Zeuge Shields (Übersetzung): *Ich habe de facto gestern Abend noch einmal darüber nachgedacht, aber ich kann mich wirklich nicht daran erinnern, dieses Dokument zuvor gesehen zu haben. Aber wie ich gestern sagte - da beziehe ich mich auf meine Aussagen von gestern -, es ist ein mit sehr viel Präzession formulierter Text.*

RA Dr. Hübner: *Wissen Sie noch, wie viele Vernehmungen Sie bei der Staatsanwaltschaft hatten?*

Zeuge Shields (Übersetzung): *Ich weiß es nicht, aber ich kenne jemanden, der das wusste. Vielleicht 30, 35. Also, ich denke, irgendwie 29, 30 bis hin zu meinem Verfahren und seit dem Verfahren dann noch weitere Vernehmungen.*

RA Dr. Hübner: *Aber dementsprechend hat Sie die Staatsanwaltschaft zu dem Dokument nie befragt?*

Zeuge Shields (Übersetzung): *Daran habe ich keine Erinnerung. Ich stimme zu, es ist eine offensichtliche Frage. Es gab ein ähnliches Dokument, aber daran habe ich keine Erinnerung. Ich glaube, es gab ein ähnliches Dokument zu Fonds, aber ich habe keine Erinnerung an so etwas in Bezug auf den Eigenhandel. [Herrn Shields wurde vom 31. Oktober 2018 eine ähnliche Bestätigung des Brokers Novus für die Seriva GmbH vorgehalten, VN 03 Bd. 3, Bl. 624, PDF 179, Bl. 658, PDF 213, Anmerkung d. Verf.]*

RA Dr. Hübner: *Sie haben gestern gesagt - -*

Zeuge Shields (Übersetzung): *Also, wenn sie mich gefragt hätten, dann wäre es in der Mitschrift auf jeden Fall. Es ist mit Sicherheit so, dass, wenn sie gefragt hätten, das in der Niederschrift zu finden wäre.“*

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 28. Februar 2024, S. 92 f. (**Anlage 41.**)

- 172 Aus den Mitschriften der Vernehmungen des Zeugen Shields ergibt sich, dass er zu den von Paul Mora unterzeichneten Bestätigungen der Ballance Capital Limited von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker oder anderen Ermittlungspersonen nicht befragt wurde.

„Vors. Dr. Slota-Haaf: *Jetzt haben wir - wenn ich es richtig gezählt habe - sieben solcher Bestätigungen gesehen. Wussten Sie das, dass die in dieser großen Zahl abgegeben worden sind?*

Zeuge Shields (Übersetzung): *Das wusste ich nicht. Nein, dessen war ich mir nicht bewusst. Ich erinnere das zumindest nicht.*

[...]

RA Dr. Hübner: Nach Ihrem Verständnis der Transaktion der Warburg Bank: Ist das, was da niedergelegt ist, richtig?

Zeuge Shields: [Englisch]

RA Dr. Hübner: Ja. Das ist die Confirmation. - Ist das richtig, was da steht? Oder fragen wir einmal andersherum: Hätten Sie diesen Satz unterschrieben?

Zeugenbeiständin RAin Dr. Schilling: Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie die Frage nicht hypothetisch formulieren könnten, sodass ich Herrn Shields bitten würde, Ihre Ausgangsfrage zu beantworten: Ist das aus Ihrer Sicht richtig?

Zeuge Shields (Übersetzung): Meine Sichtweise hier jetzt auf diesen Satz bezogen, möchte ich noch einmal wiederholen, dass Ballance Capital und Ballance Principals als zwei getrennte Gesellschaften zu sehen sind. Hier bei Ballance Principals, wo ich tätig war, ging es ja um das Eigengeschäft mit Leerverkäufern, mit Verleihern usw., und in diesem Zusammenhang hätte ich das auf keinen Fall unterschreiben können. Eine Person, die tätig war aufseiten von Ballance Capital, hat vielleicht darüber nachgedacht, ein solches Schreiben zu unterzeichnen, aber ich aus meiner Perspektive von Ballance Principals hätte das nicht.

RA Dr. Hübner: Aber ist es im Rahmen der Transaktion aus Ihrer Sicht zu einer doppelten Nutzung von Steuergutschriften gekommen?

Zeuge Shields: [Englisch]

RA Dr. Hübner: Und aus Ihrer Sicht - - Entschuldigung.

Zeuge Shields (Übersetzung): Aus meiner Perspektive haben im Bereich Eigengeschäftstransaktionen von Warburg diese durchaus zu einer zweiten Kapitalertragsteuergutschrift geführt, ja.

RA Dr. Hübner: Und aus Ihrer Sicht: Wusste Paul Mora das?

Zeuge Shields (Übersetzung): Ob Paul Mora wusste, dass das Eigengeschäft von Warburg zu einer solchen zweiten Steuergutschrift führen würde: Aus meiner Sichtweise wusste Paul Mora das, ja. Vielleicht hätte er gesagt, also jetzt in Bezug auf das Wort „illicit“: nicht rechtmäßig oder illegal, nicht zu einer illegalen doppelten Nutzung.“

Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 28. Februar 2024, S. 108 ff. (**Anlage 41**)

173 Auch mit Blick auf die Bestätigungen der Ballance Capital Limited ist die Darstellung in den Anklagen durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker danach schwerwiegend unvollständig und verfälschte somit die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn. Dass der Zeuge Shields, nachdem er zunächst die Kenntnis von Bestätigungen der Ballance Capital Limited

bestätigte, von den konkreten Bestätigungen im Angesicht von deren Inhalt nichts gewusst haben will, belegt einmal mehr, dass mit den Bestätigungen gravierende Hinweise auf eine Täuschung vorlagen. Diese Hinweise hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in so krasser Weise ignoriert, dass sie Herrn Shields in 37 Vernehmungen nicht einmal dazu befragt hat. Sogar Herr Shields selbst hat unumwunden ausgeführt, dass sich Fragen nach diesen Bestätigungen aufgedrängt hätten. Gegen umfangreiche – vorstehend dargestellte – Unterlagen zu dem Entscheidungsprozess in der Warburg Bank hielt Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker eisern an dem Lügegebäude ihres „Kronzeugen“ Dr. Steck fest und unterschlug geradezu planmäßig jeden sich aufdrängenden Zweifel an der Richtigkeit dieser „Kronzeugenaussagen“. Das hätte ja bedeutet, sich „mit Indizien oder sonst was“ „einen abbrechen“ zu müssen und unterblieb deshalb ersichtlich planmäßig.

g) Täuschung von Erwin Müller durch Dr. Kai-Uwe Steck

174 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker hätte die Angaben von Herrn Dr. Kai-Uwe Steck in den Anklagen auch deshalb nicht als unzweifelhaft richtig darstellen dürfen, weil sie selbst davon ausging, dass Herr Dr. Kai-Uwe Steck im Zusammenhang mit den angeklagten Taten – dem BC German Hedge Fund – Herrn Erwin Müller durch Täuschung zum Investment in den Fonds bewogen hat und insoweit nicht geständig war – also unwahr aussagte. Sie ging sogar davon aus, dass er und Herr Dr. Berger versucht haben, Herrn Erwin Müller Unterlagen unterzuschieben, um seine Kenntnis eines angeblichen Leerverkaufs-Geschäftsmodells des BCGH und des Caerus II Equity Fund zu konstruieren. Die sich daraus aufdrängenden Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen wurden dem Landgericht Bonn vorenthalten.

175 Am 10. März 2010 suchten Dr. Kai-Uwe Steck und Dr. Kai Henke von der Bank Sarasin den Drogerieunternehmer Erwin Müller in Ulm auf und stellten ihm Investitionen in die Cum/Ex Investmentfonds BCGH und Caerus II Equity vor.

Termin aus dem Kalender von Herrn Dr. Steck vom 10. März 2010 mit dem Betreff „MT Hr Müller + Kai Henke (Müller LTD)“ (**Anlage 42.**)

176 Herr Dr. Berger war dabei nicht zugegen. Herr Dr. Henke sagte zu dem Termin bei der Staatsanwaltschaft Köln am 12. Juni 2017 aus (VN 07 S. 27 der Verfahrensakte zum Az.: 63 KLS-213 Js 15/22-1/22):

„Wir haben dann bei Herrn Müller nachgefasst und Herr Müller hat sein Interesse bekräftigt, indem er sagte, dass wir vorbeikommen, den Experten mitbringen sollen und das Produkt erklären können. Ich bin dann gemeinsam mit Kai-Uwe Steck und Herrn Soldner zu Herrn Müller nach Ulm gefahren. Wenn ich gefragt werde, ob das Treffen am 10. März gewesen sein kann, so kann dies zutreffen.“

In diesem Treffen hat Kai-Uwe Steck Herrn Müller die Handelsstrategie so weit wie möglich erklärt. Bei diesem Treffen war der Steuerberater von Herrn Müller nicht dabei, dieser hat später mit Dr. Berger gesprochen.“

- 177 Herr Erwin Müller investierte schließlich auf Vermittlung der Bank Sarasin im Jahr 2010 jeweils EUR 50 Mio. in den von der Warburg Invest aufgelegten BCGH Fund und in den von der Varengold Bank aufgelegten Caerus II Equity Fund. Seine Investments erhielt Erwin Müller inklusive der versprochenen Verzinsung zurück.
- 178 Im Jahr 2011 investierte Erwin Müller erneut auf Vermittlung der Bank Sarasin EUR 50 Mio. in den Sheridan Equity Arbitrage Fund („**Sheridan Fund**“). Diesmal verlor er die in den Sheridan Fund investierten Mittel nahezu vollständig.
- 179 Dr. Kai-Uwe Steck behauptet, Herr Erwin Müller sei über die wahre Natur der Geschäfte zu treffend informiert worden. In der Vernehmung vom 6. April 2017 sagte Herr Dr. Steck ausweislich des Vernehmungsprotokolls aus (VN 02 Bd. 2 Bl. 370 f., PDF 106 f., der Verfahrensakte zum Az.: 63 KLS-213 Js 15/22-1/22):

„Es gab meiner Erinnerung nach einen Großinvestor in diesem Fonds. Dieser wurde von der Bank Sarasin beigebracht. Dabei handelt es sich um Erwin Müller aus Ulm. Dieser war Kunde bei der Bank Sarasin in Zürich. Herr Henke hat die Kundenvermittlung übernommen. [...] Herr Müller bestand darauf, ein Steuergutachten vor der Kapitaleinlage zu erhalten. Es herrschte ein großer Zeitdruck. Herr Berger konnte Herrn Müller direkt kein Steuergutachten erstellen, weil er bereits ein Steuergutachten für die Investment-Aktiengesellschaft erstellt hatte. Vor diesem Hintergrund hat Herr Dastmaltchi den Namen von StB. Koblenzer ins Spiel gebracht. Es bestand offenbar eine Geschäftsbeziehung zwischen der Varengold Bank bzw. Herrn Dastmaltchi und Herrn StB. Koblenzer. Herr Koblenzer war damals fachlich prädestiniert für eine Stellungnahme, es gab aber nicht mehr genügend Zeit, um ihn ein Gutachten selbst erstellen zu lassen. Herr Berger hat der Varengold Bank daraufhin erlaubt, sein Gutachten an Herrn Koblenzer als Worddatei weiterzugeben, damit dieser daraus ein eigenes Gutachten quasi im Wege von copy/paste machen konnte. Dies ist meines Erachtens auch so erfolgt. Am Ende ist dieses Gutachten von Herrn Koblenzer an Herrn Dastmaltchi und von diesem wiederum an Herrn Berger und auch an Herrn Henke überstellt worden. Wenn KHK Müller mir vor diesem Hintergrund die E-Mail von Herrn Dastmaltchi an Herrn Berger vom 30.04.2010 von 18:57:23 Uhr vorhält, korrespondiert das mit meiner Einlassung und stützt meine Erinnerung. In der E-Mail geht es zwar um ein Gutachten von Herrn Koblenzer an Frau Singer. Das musste auf Betreiben von Hanno Berger auch noch erstellt werden. Frau Singer hat auf Vermittlung von Herrn Berger auch investiert. Herr Berger wollte für sie besonderen Versicherungsschutz arrangieren, weil Frau Singer danach fragte, als Sie von der Versicherung in Sachen „Erwin Müller Gutachten“ von Hanno Berger erfuhr. Das lief über Herrn Dastmaltchi in Sachen „Erwin Müller“ nach gleichem Muster ab. Ich erinnere noch sehr genau, dass das eine Vorbedingung war, damit Herr Müller überhaupt investiert. Er wollte eine Absicherung. Mir wurde von Herrn Dastmaltchi als auch von Herrn Henke berichtet, dass Herr Müller ein solches Gutachten per Einschreiben vorab erhalten hat. Ich meine zu erinnern, dass die Varengold Bank die postalische Übersendung vorgenommen hat.

Jedenfalls hat Herr Dastmaltchi mir das später auch noch einmal bestätigt. Insbesondere hat der Koblenzer für das Gutachten „Erwin Müller“, das von Varengold (Herrn Dastmaltchi) auf Geheiß von Herrn Berger bzw. (indirekt) von Herrn Erwin Müller (via Kai Henke) in Auftrag gegeben wurde, eine Objektversicherung in Höhe des eingelegten Investments (50 Mio. €) von der Allianz besorgt. Wenn mir in diesem Zusammenhang die E-Mail von Herrn Dastmaltchi an Herrn Berger vom 30.04.2010 um 18:41:10 Uhr vorgelegt wird, unterstreicht das meine Einlassung. In die Einzelheiten war ich nicht involviert. Aber ich erinnere, dass Herr Koblenzer ein sechsstelliges Honorar verlangte, obgleich er die Gutachtenarbeit (wie oben beschrieben) eigentlich nicht selbst hatte. Er ist von der Varengold zu Lasten des Fonds am Ende entsprechend bezahlt worden. Den genauen Betrag kenne ich nicht. Auf Nachfrage kann ich sagen, dass wir bei Dewey mit solchen Objektversicherungen damals keine Erfahrung hatten. Ich erinnere aber, dass Herr Berger davon sehr angetan war. Die Lösung kam von Herrn Koblenzer. Er hatte damit wohl Erfahrungen und verfügte zumindest über die einschlägigen Beziehungen. Auf nochmalige Nachfrage bekräftige ich, dass ich damals von Herrn Berger und Herrn Henke gesagt bekommen habe; Herr Erwin Müller macht ein solches Gutachten zur Vorbedingung seines Investments. Alles andere macht auch keinen Sinn, denn weder Sarasin noch Varengold noch Dewey hatten ein Interesse daran, die Umsetzung derart zu verkomplizieren. Vor einiger Zeit habe ich dann mit Erstaunen der Presse entnommen, dass Herr Erwin Müller die Existenz und (zumindest mittelbare) Beauftragung eines solchen Gutachtens verneint. Er sehe sich als getäuschter Verbraucher, der von den steuergetriebenen Aktientransaktionen nichts wusste. Das deckt sich nicht mit den Vorgängen, die ich damals erlebt habe bzw. mit den Informationen, die bei uns in der Kanzlei vorhanden waren.“

- 180 Mit Verfügung vom 24. Mai 2019 leitete die Staatsanwaltschaft Köln Ermittlungen gegen Herrn Erwin Müller wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung ein. Zur Begründung bezog sich die Staatsanwaltschaft auf die Aussagen von Dr. Kai-Uwe Steck und führte aus:

„BC German Hedge Fund

Erwin Müller – *Erwin Müller investierte ebenfalls in den Cearus Fund der Varengold Bank, der ebenso wie der BC German Hedge Fund im Jahr 2010 Cum/Ex-Handelsstrategien umsetzte. Im Rahmen seiner Vernehmung hat Dr. Steck zu Erwin Müller in Bezug auf das Investment in den Cearus Fund ausgesagt (Bl. 363 ff. VN 02), Erwin Müller habe ein Gutachten zur Vorbedingung seines Investments gemacht. Er habe vor einiger Zeit mit Erstaunen der Presse entnommen, dass Erwin Müller die Existenz und (zumindest mittelbare) Beauftragung eines solchen Gutachtens verneint habe. Dass dieser sich als getäuschter Verbraucher sehe, der von den steuergetriebenen Aktientransaktionen nichts gewusst haben will, entspreche nicht seiner Wahrnehmung der Vorgänge und seiner Informationen über Erwin Müller. Es ist entsprechend der Einschätzung von Dr. Steck davon auszugehen, dass ein erfahrener Geschäftsmann, der Investitionen in Millionenhöhe in zwei Vehikel tätigt, sich mit der Aktienstrategie im Einzelnen (d.h. unter Ausführungen zu steuerlichen Gegebenheiten) auseinandersetzt hat.“*

181 Bereits knapp vier Monate später und soweit ersichtlich ohne jede zwischenzeitliche Ermittlung stellte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker persönlich das Ermittlungsverfahren gegen Herrn Erwin Müller mit Verfügung vom 13. August 2019 wieder ein. Die Verfügung lautet:

„1. Vermerk

a) Entgegen des Vermerks Bl. 4480 d. A. besteht kein Anfangsverdacht gegen den Anleger **Erwin Müller**. Die Aussage des Beschuldigten Dr. Steck, die Grundlage der BL 4480 d. A. dargelegten Erwägungen war, ist zwar für sich genommen geeignet, einen Anfangsverdacht zu begründen. Allerdings konnten im Rahmen der bisherigen Ermittlungen weitere Erkenntnisse zum Anleger Erwin Müller gewonnen werden, die im Vermerk Bl. 4480 d. A. offensichtlich nicht berücksichtigt worden sind:

- Stellungnahme von Freshfields zur Beratungssituation Müller (Bl. 1275 ff d. A. 113 Js 952/13)
- Angaben des Beschuldigten Dr. Henke (Bl. 24 ff, 43 f. SH 144 113 Js 952/13)
- eigene Angaben des Erwin Müller (z.B. Bl. 10371 ff, 12560 ff d. A. 113 Js 952/13)
- Auswertung Client Contact Reports und E-Mails durch die Bank Sarasin (Bl. 10380 d. A. 113 Js 952/13)
- Vernehmung Gmünder vom 26.11.2015 (Bl. 10350 ff d. A. 113 Js 952/13)
- Vernehmung Soldner (Bl. 19050 ff d. A. 113 Js 952/13)
- Vernehmung Bär (Bl. 12762 ff d. A. 113 Js 952/13)

Abgesehen davon ist der Presse zu entnehmen, dass Erwin Müller den Rechtsstreit mit der Bank Sarasin im Hinblick auf mangelhafte Beratung gewonnen hat (auch in zweiter Instanz).

Das entsprach im Übrigen dem Prüfungsergebnis von Freshfields: „Ausgehend von den uns heute verfügbaren Informationen ist es überwiegend wahrscheinlich, dass EM einen Prozess gegen die BSC wegen falscher Beratung im Zusammenhang mit der Investition in den Sheridan Fund vor deutschen Gerichten gewinnen wird“ (Bl. 1275 d. A. 113 Js 952/13).

Bei Gesamtbetrachtung dieser Umstände bestehen daher keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte der vorsätzlichen Beteiligung an den verfahrensgegenständlichen Steuerhinterziehungsmodellen.

[...]

2. **Einstellung gern. § 170 Abs. 2 StPO bzgl. Erwin Müller** (aus den Gründen des Vermerks zu Ziff. 1 a))“

Verfügung der Staatsanwaltschaft Köln vom 13. August 2019 – Oberstaatsanwältin Brorhilker, HA der Verfahren 113 Js 522/16 und 213 Js 15/22, Bd. 21 Bl. 4973 (**Anlage 44.**)

182 Hätte aus Sicht von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker auch nur die Möglichkeit bestanden, dass die Aussage des Dr. Kai-Uwe Steck in ihren wesentlichen Punkten zutreffend ist, hätte – wie sie selbst im Vermerk vom 13. August 2019 ausdrücklich feststellte – ein Anfangsverdacht gegen Herrn Erwin Müller bestanden. Aufgrund der Verfügung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker steht daher fest, dass diese die Angaben von Herrn Dr. Kai-Uwe Steck für unwahr hielt. Hierzu verwies sie insbesondere auf die Darstellung des Anwalts von Erwin Müller, Eckart Seith, der in einem Schreiben vom 2. Dezember 2014 ausführte, Herr Erwin Müller habe das „Gutachten Koblenzer“ weder in Auftrag gegeben noch erhalten (**Anlage 45.**), sowie auf das von Erwin Müller gegen die Bank Sarasin betriebene Zivilverfahren. In diesem ließ er vortragen Herr Dr. Steck und Herr Dr. Berger hätten das Gutachten Koblenzer ohne Wissen von Erwin Müller in Auftrag gegeben, um seine Kenntnis der Geschäftsstruktur der Herrn Müller angebotenen Fonds zu konstruieren (aus dem Tatbestand zum Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 14. September 2018, Az.: 5 U 98/17):

„Er [Herr Müller, Anm. d. Verf.] habe vorgerichtlich nie AGB der Beklagten [Bank Sarasin, Anm. d. Verf.] 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. [Hervorhebung d. Verf.]“

183 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker muss nach alledem schwerste Täuschungshandlungen durch Dr. Kai-Uwe Steck, der immerhin die Fonds BCGH und Caerus II Equity Herrn Müller am 10. März 2010 auch persönlich vorgestellt hatte, als nachgewiesen angesehen haben, wenn sie sogar einen Anfangsverdacht (!) gegen Erwin Müller ablehnte und das Verfahren ohne jede Ermittlungshandlung einstellte. Danach hat die Staatsanwaltschaft Köln, insbesondere Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker erkannt, dass die Aussagen des Dr. Steck dazu dienen, gegen ihn gerichteten Täuschungsvorwürfen zu entgehen.

184 Da Herr Dr. Steck die Täuschung von Herrn Erwin Müller außerdem nicht gestanden hat, vielmehr bis heute bestreitet, belegte sein Verhalten gleichzeitig, dass er in wesentlichen Punkten

falsch aussagte. Sämtliche seine Angaben waren angesichts dessen höchst zweifelhaft und hätten der eingehenden Überprüfung bedurft, bevor sie in einer Anklage zulasten von Angeschuldigten hätten verwertet werden dürfen. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker unterließ diese Überprüfung jedoch. Vielmehr baute Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker Herrn Dr. Kai-Uwe Steck im Gegenteil ungeachtet seiner von ihr erkannten Unglaubwürdigkeit als sog. „Kronzeugen“ auf und nutzte seine unwahren Aussagen (siehe dazu Teil 2:A.III., S. 39 ff., Rn. 76 ff. und **Anlage 17**) in Kenntnis ihrer Unwahrheit (siehe z.B. Rn. 35 der **Anlage 17**) für die Anklagen gegen Herrn Schmid, Herrn Dörscher, Herrn Hagel und Herrn Dr. Mertens und Herrn Dr. Olearius. Darin liegt eine besonders schwere, willkürliche Verletzung von § 160 Abs. 2 StPO und eine entsprechende Verfälschung der Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn.

2. Täuschungshandlungen durch Shaun Miell und weitere Verantwortliche der ICAP Securities Limited

185 Bei sämtlichen Cum/Ex-Transaktionen der Warburg Bank war die ICAP Securities Limited im eigenen Namen Verkäuferin der Aktien. Auch die Absicherungsgeschäfte wurden sämtlich mit ICAP vereinbart. Bei den Transaktionen des BCGES und des BCGH waren ICAP und die ICAP-Konzerngesellschaft Link ebenfalls weit überwiegend Kontraktpartner der gegenläufigen Futuregeschäfte (sog. Calendar-Spreads).

186 Ermittlungen der Hessischen Steuerfahndung (dazu unter a)), Aussagen des Zeugen Shields in Anwesenheit von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker (dazu unter b)) und interne Unterlagen von ICAP (dazu unter c)) belegen, dass ICAP direkt und indirekt als Leerverkäufer aufgetreten ist. Das betrifft auch Transaktionen der Warburg Bank und der Warburg Invest. Bei mindestens vier Transaktionen, zwei im Jahr 2008 und zwei im Jahr 2009 war ICAP nachweislich unmittelbarer Leerverkäufer von an die Warburg Bank veräußerten Aktien (dazu unter e)). In weiteren Fällen schaltete ICAP mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Link als Leerverkäuferin zwischen (dazu unter f)). Mutmaßlich war Link auch Leerverkäuferin von an den BCGES veräußerten Aktien. Dennoch und damit wider besseres Wissen leugnete Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker diesen Umstand und tat öffentlich so, als sei ICAP stets nur als „unbeteiligter“ Broker aufgetreten. Am 3. Dezember 2021 sagte sie dazu als Zeugin vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft (S. 46 der **Anlage 3**):

„ICAP ist kein Leerverkäufer. ICAP ist ein Broker, der sich nicht Ex/Ex eingedeckt hat, sondern Cum/Ex.“

187 Hintergrund dieser „Strategie“ von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker war mutmaßlich, dass für ICAP durch interne Unterlagen dokumentiert ist, dass ICAP den deutschen Käufern Leerverkäufe gezielt verheimlichte (dazu unter h)). Auch ist eine Abstimmung von Bestätigungen, dass keine Leerverkäufe vorlagen, zwischen Dr. Berger, Dr. Steck, Paul Mora, Martin Shields und ICAP nachgewiesen (dazu unter d)). Diese Erkenntnisse hätten die Behauptungen

von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in den Anklagen schwer erschüttert und widerlegt. Daher verschwieg Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker diese Tatsachen in den Anklagen und verfälschte so erneut die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn.

a) Kontrollmitteilung des FA Darmstadt bestätigte unmittelbare Leerverkäufe über Deutschland durch ICAP in 2006

188 Bereits in einer Kontrollmitteilung vom 2. September 2014 führten Beamte der hessischen Steuerfahndung aus, das ICAP in 2006 als unmittelbarer Leerverkäufer über die Deutsche Bank AG und im Jahr 2008 zumindest als mittelbarer Leerverkäufer über die Deutsche Bank AG in Erscheinung trat (TH 3.8, PDF 33):

„In der Anlage übersende ich Ihnen sechs Auswertungen mit Auszügen aus der Datenbank dbTrader der Deutschen Bank AG. Die Datensätze geben den Aktienhandel des Brokers ICAP Securities Ltd. London wieder. Die Aktien wurden am Tag der Hauptversammlung und damit mit Anspruch auf Dividende (cum dividende) von ICAP an Ihre Steuerpflichtige verkauft. In vergleichbaren von der EG-Duplo ermittelten Fällen kaufte ICAP diese Aktien im Jahr 2006 jedoch erst am Folgetag und damit ohne Dividendenanspruch (ex dividende) bei ihrem Lieferanten ein. Insoweit ist ICAP Leerverkäuferin. Im Jahr 2008 trat ICAP davon abweichend nur mittelbar als Leerverkäufer auf. Das heißt, der Vorverkäufer vor ICAP deckte sich in diesen Fällen zur Belieferung der Verkäufe an ICAP mit Aktien ohne Dividendenanspruch ein.“

b) Aussagen des Zeugen Shields

189 Die Erkenntnisse der Hessischen Steuerfahndung bestätigte auch der – zumindest aus der Perspektive von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker uneingeschränkt glaubwürdige – Zeuge Martin Shields. ICAP sei teilweise selbst als Leerverkäufer aufgetreten und habe teilweise andere Gesellschaften als Leerverkäufer zwischengeschaltet. Am 20. Februar 2018 sagte der Zeuge Shields hierzu:

„Frage OStAin Brorhilker:

Jede Position besteht also aus zwei Komponenten, das Aktiengrundgeschäft und das Absicherungsgeschäft?

Antwort:

Ja, genau so ist das. Die Grundstruktur der Geschäfte besteht aus Einkauf von Aktien und Gegengeschäft über ein Derivat [...].

Der Skizze kann man entnehmen, dass als Käufer neben Fonds auch Banken (LBBW, West LB, HeLaBa und Warburg) und Gesellschaften wie etwa die Seriva GmbH agiert haben. Auf der Short Seller-Seite standen große Investmentbanken. Dies waren z. B.

Scotia Bank, Merrill Lynch, Fortis, Maples, Lehman, Santander, Bank d'Orsey, Macquarie, Barclays, MF Global. [...]

Frage OStAin Brorhilker:

In welchen Fällen hat ICAP aufs eigene Buch Geschäfte gemacht und in welchen Fällen waren sie lediglich als Broker tätig?

Antwort:

ICAP kann Geschäfte abschließen als klassischer Broker (name give up), als Back-to-back-, Vermittler“ oder als Prop Trader.

[...]

Beim Prop Trading wird dagegen auf eigenes Risiko gehandelt. Es handelt sich damit nicht um die Funktion eines Brokers, sondern eher um die eines Dealers. Einige Gesellschaften, die als Broker tätig waren, konnten auch in gewissem Umfang auf eigenes Risiko handeln, also Dealer sein, wie z. B. ICAP. Bei cash settled Futures konnten Gesellschaften, die als Broker fungierten, zum Teil auch Prop Trades, also Geschäfte auf eigenes Risiko, durchführen. Diese Geschäfte wurden dann nicht im Rahmen eines sogenannten Give-ups auf Käufer oder Verkäufer übertragen.“ (VN 03 Bd. 1 Bl. 20 f., siehe auch Anklage vom 27. Mai 2020, S. 198, Anklage vom 1. Juli 2022 S. 322)

„Auf der andere Seite bin ich dann auch an diverse Broker Hauser,. Insbesondere auch an ICAP herangetreten und habe dort abgefragt, in wie weit man bereit sei, eine Short Stock und Future Long Position einzugehen, bzw. ob dort Zugang zu jemandem besteht, der eine entsprechende Position einzunehmen bereit ist.

[...]

Zumindest in den späteren Jahren, deckte sich ICAP Cum/Ex mit Aktien bei einem Dritten ein, mit dem dann auch ein entsprechendes Absicherungsgeschäft abgeschlossen wurde. Ich weiß aber für die einzelnen Trades nicht wer das jeweils war. Ob ICAP hier selbst als Short Seller aufgetreten ist, oder als Broker für einen Dritten handelte, vermag ich nicht genau zu sagen. Im ersten Jahr war es jedenfalls so, dass ICAP sicherlich beide Wege genutzt hat, ohne dass ich jetzt hier im Einzelnen differenzieren könnte. In den nachfolgenden Jahren, dürften sie in der Regel als Broker aufgetreten sein.

Jetzt mochte ich gerne den zweiten Teil des Schaubildes erläutern, der sich in der unteren Hälfte des Blattes befindet. Die Rolle von der HVB umfasste auch die Bereitstellung von Aktien an die Leerverkäufer. Auf der linken Seite des Schaubild ist die HVB dargestellt, auf der rechten Seite der Shortseller (SS). Dazwischen habe ich jeweils Broker eingezeichnet. In der hier angezeichneten Struktur, in der ein Broker, z.B. ICAP, den Leerverkäufer gesucht hat, haben wir auch für das Leihe Geschäft mit ICAP, also nicht direkt mit dem Leerverkäufer Kontakt aufgenommen. Sowohl das Aktiengeschäft,

als auch das Future Geschäft wurden dann wiederum über ICAP abgewickelt, oder über den entsprechenden anderen Broker. Der große Anteil am Gewinn den die HVB in dem oben dargestellten Geschäft vereinnahmen konnte, erklärt sich unter anderem daraus, dass die HVB Zugriff auf eine große Zahl an Aktien hatte, die am Ex-Tag den Leerverkäufern zur Verfügung gestellt werden konnte. Es handelte sich entweder um Aktien von Kunden oder um Aktien, die die HVB sich von externen Dritten, z. B. State Street, geliehen hatte. Meiner Erinnerung nach, stellte die HVB bei ca. 30-40% der Geschäfte die Aktien auch für den Leerverkäufer zur Verfügung. Diese Geschäfte waren aber nicht anders bepreist, als diejenigen, bei denen die HVB nicht die Aktien zur Verfügung stellten.“ (VN 03 Bd. 1 Bl. 23 ff.)

190 Am 6. März 2018 – immer noch mehr als zwei Jahre vor Erhebung der Anklage vom 27. Mai 2020 – sagte Herr Shields außerdem:

„ICAP hat zu diesem Zeitpunkt das Handelsinteresse von Marcus Hagel bzgl. der Aktien und der Futures und das Interesse der HVB am Verkauf der dazu passenden Futures sowie das Interesse des Suppliers zum Verkauf der Stücke zum Referenzpreis entgegengenommen und dann entsprechend des zuvor vereinbarten Konzeptes den Gegenparteien zugeordnet. ICAP hat insoweit entweder aufs eigene Buch gehandelt und hat die Positionen anschließend an die zuvor bestimmten Gegenparteien veräußert. ICAP kann auch als Broker aufgetreten sein und hat dann die Positionen an die Gegenparteien weitergereicht.

Auf Nachfrage kann ich nicht mehr genau sagen, ob mir damals bereits bewusst war, dass ICAP teilweise aufs eigene Buch handelte und teilweise als typischer Broker auftrat. Zumindest aus den Ermittlungsakten ist mir dies jedenfalls aufgefallen. Für das Gesamtkonzept war dies nicht entscheidend. Entscheidend war nur, dass in der Struktur irgendwo ein Short Seller auftrat, der keine KESt abführte.“ (VN 03 Bd. 1 Bl. 57)

c) Interne Dokumente von ICAP belegen Leerverkäufe durch ICAP und Täuschungsabsicht bei ICAP

191 Interne Produktbeschreibungen von ICAP aus den Jahren 2008 und 2009, sog. „Product Reviews“ belegen (ebenfalls), dass ICAP seit dem Jahr 2004 selbst als Cum/Ex-Leerverkäufer auftrat :

*„[...] ICAP will hedge its long position in G-Shares resulting from the Future by short-selling G-Shares cum-dividend (the “**Short Sale**”) OTC [...].*

*One day later (“**Day 2**”), ICAP purchases the number of shares necessary to settle the Short Sale ex-dividend from another market counterparty [...].” („Product Review German Stock Trade“ vom 15. April 2008, S. 2 der **Anlage 10** und vom 5. Januar 2009, S. 2 der **Anlage 11**)*

“2009 will constitute the **fifth successive dividend season in which ICAP have implemented this structure.**“ („Product Review German Stock Trade“ vom 5. Januar 2009, S. 4 der **Anlage 11**, Hervorhebung durch Verf.)

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„[...] ICAP sichert ihre aus dem Future resultierende Long-Position in G-Aktien durch außerbörsliche Leerverkäufe von G-Aktien cum-Dividende ab (der „**Leerverkauf**“) [...].

Einen Tag später („**Tag 2**“) kauft ICAP die für die Abwicklung des Leerverkaufs ex-Dividende erforderliche Anzahl von Aktien von einer anderen Marktgegenpartei [...].“

„2009 wird die fünfte Dividendensaison in Folge sein, in der die ICAP diese Struktur umsetzt.“

- 192 In dem Product Review vom 15. April 2008 legte ICAP in einer Prozessbeschreibung ausdrücklich fest, dass die Aktienerwerber bei Cum/Ex-Transaktionen nicht über Leerverkäufe informiert werden sollen. Wörtlich heißt es in dem „Product Review German Stock Trade“ von ICAP vom 15. April 2008 (**Anlage 10**):

„Procedures for Entering into a trade

[...]

5. Do not tell the counterparty to the German stock trade that we have sold short over dividend date. Similarly do not tell Clearstream or BONY we are sold short specifically even though they can work it out.

6. There should be no discussion or suggestion that ICAP is in a bi-lateral or tri-partite division of the tax credits on the trade. The pricing of dividend within the future should be inherent/implicit and not explicit and we should be in range 83-87% of gross dividend rather than one percentage on all trades.

7. Do not enquire after the tax analysis of the German counterparty to the short sale.“
(Hervorhebung nicht im Original)

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„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, das 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.“

- 193 Hintergrund dieser selbst auferlegten Schweigepflicht war die Befürchtung der Verantwortlichen von ICAP, in Deutschland in ein Strafverfahren wegen der Erstattung nicht gezahlter Steuern verwickelt zu werden. Shaun Miell, verantwortlich für die „Product Reviews“ (siehe jeweils S. 1 der **Anlagen 10 und 11**), Tim Sewell, Lorraine Barclay, Duncan Wales und Gary Smith von ICAP setzten sogar ihre Anwälte von Clifford Chance unter Druck, um Aussagen zur Beihilfestaftbarkeit in einem Gutachten abzuschwächen. Am 1. April 2008 schrieb Tim Sewell hierzu an Olaf Mertgen, Felix Mühlhäuser und Hubert Schmid von Clifford Chance (**Anlage 46.**):

„I got to read this yesterday evening. It is in line with your earlier advice but I would like you to call me this morning to discuss the 3rd paragraph on Page 11 please. Your comments on "aiding and abetting" need to be clarified urgently [sic!]. We have a 4.30 p.m. internal call on this matter and I need this sorted out quickly ahead of this call.

Shaun - what is your availability this am ?

TS“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Ich bin gestern Abend dazu gekommen, dies zu lesen. Es stimmt mit Ihrer bisherigen Beratung überein, aber ich möchte Sie bitten, mich heute Morgen anzurufen, um den dritten Absatz auf Seite 11 zu besprechen. Ihre Bemerkungen zur „Beihilfe“ müssen dringend geklärt werden. Wir haben um 16.30 Uhr eine interne Telefonkonferenz in dieser Angelegenheit, und ich muss das vor dieser Telefonkonferenz schnell klären.

Shaun – wie sieht Ihre Verfügbarkeit heute Morgen aus?

TS“

- 194 Olaf Mertgen von Clifford Chance teilte daraufhin unter anderem an Tim Sewell und Shaun Miell mit, für die Annahme einer Beihilfe sei dann kein Raum, wenn der Käufer nicht bösgläubig sei („no Bad Purchaser“) und deshalb keine Steuerhinterziehung vorliege:

„With reference to the conversation yesterday, please find attached a slightly amended draft of our tax opinion where we have set out once more that there is no room for aiding and abetting if there is no party committing tax evasion in Germany (i.e. if there is no Bad Purchaser).“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Unter Bezugnahme auf das gestrige Gespräch fügen wir Ihnen einen leicht geänderten Entwurf unseres Steuergutachtens bei, in dem wir noch einmal darlegen, dass für eine Beihilfe kein Raum ist, wenn es in Deutschland keinen Steuerhinterzieher gibt (d.h. wenn es keinen bösgläubigen Käufer gibt).“

195 Danach entschieden sich die Verantwortlichen von ICAP bewusst zur Täuschung der Aktien-erwerber, um vermeintlich auf diese Weise einer Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung zu umgehen. Selbstverständlich aber kann die Steuerhinterziehung auch in mittelbarer Täterschaft begangen werden. Es kann ausgeschlossen werden, dass dies Olaf Mertgen von Clifford Chance, bis heute für Clifford Chance als Rechtsanwälte tätig, unbekannt war.

196 Aufgrund der Beratung durch Clifford Chance ging man bei ICAP davon aus, die Transaktionen könnten insbesondere dann rechtsmissbräuchlich – und potentiell auch strafbar – sein, wenn der Käufer eine Erstattung der Kapitalertragsteuer in Kenntnis der Nichtabführung von Kapitalertragsteuer durch einen Leerverkäufer geltend mache. Im „Product Review German Stock Trade“ vom 5. Januar 2009 heißt es insoweit (S. 8 der **Anlage 11**):

„The opinion concludes that the Purchaser does not have a bad purpose if it is not aware, when claiming a withholding tax credit, that the seller of the shares is selling short and that the dividend compensation payment that it receives has not suffered German withholding tax. Even if the Purchaser is acting abusively, then it would only affect ICAP if individuals within the firm are aware that the Purchaser is applying for a withholding tax credit knowing that no German withholding tax has been paid in Germany on the compensation payment. As a practical matter this will not be the case.“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Die Stellungnahme 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.“

197 Sodann hat die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main bei ihren Ermittlungen festgestellt, dass Paul Mora, Martin Shields und Mitarbeiter von ICAP bei Cum/Ex-Transaktionen sehr eng zusammengearbeitet haben und auch intensive private Kontakte pflegten. Daher liege es auf der Hand, dass es zwischen Paul Mora, Martin Shields und ICAP zu Absprachen gekommen sei. In der Anklage der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main gegen Paul Mora und Martin Shields heißt es dazu (SH 7, Bd. 1, PDF Bl. 427, S. 412 f.):

„cc) Einbindung des Leerverkäufers ICAP in die Geschäftsstruktur

Die Struktur sah eine Lieferung von Aktien seitens eines fremden Lieferanten (Supplier) an den Kunden der Bank (Taker) vor. Als Supplier konnte der Angeschuldigte Mora den britischen Broker ICAP Securities Ltd., London, für die Struktur gewinnen; mit dem er bereits im März 2006 Kontakt aufnahm.

(1) Gemeinsame Beteiligung des Angeschuldigten Mora und dem Mitarbeiter Miell von ICAP am „Cinnamon Club“ (sog. „Cum/Ex-Loge“) sowie weitere gemeinsame Aktivitäten

Der Kontakt kam nicht zuletzt auf Grund der privaten Beziehungen des Angeschuldigten Mora zu einem führenden Angestellten ICAPs zustande. Wie eng diese privaten Beziehungen waren und damit auch als Grundlage für entsprechende Absprachen dienen konnten, zeigt der folgende Umstand: Zwischen dem Angeschuldigten Mora und Shaun Miell, einem führenderen Angestellten ICAPs, bestanden schon im Jahr 2005 private Beziehungen. Beide waren an dem indischen Restaurant „Cinnamon Club“ in London beteiligt.

Diese Örtlichkeit wurde zwischenzeitlich aufgrund von Recherchen von Journalisten der Zeitung „Die Zeit“ als „Cum-/Ex-Loge“ enttarnt, in der u.a. der Angeschuldigte Mora ausweislich eines Insiders junge Banker in die „Cum-/Ex-Welt“ eingeführt habe. Nähere Details hierzu sind nicht bekannt.

Auch bei anderen Anlässen wurden diese privaten Beziehungen eingehend gepflegt. So waren die Angeschuldigten Mora und Shields auf Einladung von ICAP auf mehreren gemeinsamen Skiwochenenden. Derartige Gastfreundschaft wurde natürlich gerne erwidert: So war Plumpton auf Einladung der HVB auf dem Oktoberfest 2007, gemeinsam mit den Angeschuldigten Mora, Shields und Diable. Zuvor nahmen Plumpton und Miell von ICAP an der „Client Roof Party 2007“ teil.

Es liegt auf der Hand, dass auf einer derartigen Basis Absprachen zwischen allen Beteiligten spielend möglich waren.“

- 198 Wenn aber einerseits ICAP, konkret durch Shaun Miell, seine Mitarbeiter aktiv anwies, Leerverkäufe zu verschweigen, weil die Transaktionen nur dann rechtmäßig seien, und sich andererseits auch nach Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main Absprachen zwischen Paul Mora und ICAP aufdrängten, dann spricht dies dafür, dass auch Paul Mora von der Position von ICAP erfuhr und schon zur eigenen Absicherung entsprechend verfuhr, also Leerverkäufe verschwieg. Die von ihm ausgestellten Bestätigungen der Ballance Capital belegen, dass dies der Fall war.
- 199 Außerdem war Shaun Miell als Leiter der „Structured Products Group“ von ICAP nicht nur für die „Product Review“-Dokumente verantwortlich (siehe jeweils S. 1 der **Anlagen 10 und 11**). Nach den Aussagen des Zeugen Shields plante er auch gemeinsam mit Paul Mora die Transaktionen der Warburg Bank. In Gegenwart und auf Frage von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker sagte er dazu aus

„Frage Oberstaatsanwältin Brorhilker:

Welche Personen, Institutionen waren an der Vorbereitung und Durchführung der Transaktionen, welche im Rahmen der Cum/Ex-Eigenhandelsaktivitäten der M.M. Warburg im Jahr 2007 durchgeführt wurden, beteiligt?

Antwort:

In der Planungsphase waren auf der Seite der HVB im Wesentlichen Paul Mora, Lee Vincent und meine Person beteiligt. Für M.M. Warburg haben Herr Hagel und Herr Dörscher agiert, und für ICAP sind aufgetreten insbesondere entweder Neil Plumptre oder Shaun Miell. An der Durchführung der Trades waren aufseiten der HVB insbesondere Lee Vincent oder ich beteiligt, aufseiten ICAP Joel James - dies galt für die Abwicklung der Futures - sowie Paul Schofield bei den Aktien-Trades. Aufseiten der M.M. Warburg hat im Wesentlichen Marcus Hagel agiert. Dies gilt sowohl für die Futures- wie auch für die Aktienseite.“ (VN 03, Bd. 1 Bl. 38)

„Vorhalt KHK Müller:

[...] Was wissen Sie zu den Cum/Ex-Eigenhandelsaktivitäten der M. M. Warburg im Jahr 2008 mit Ballance [...] Welche Personen/Institutionen waren an der Vorbereitung und Durchführung der Transaktionen beteiligt?

Antwort:

An diesen Transaktionen waren nur Ballance (Paul Mora und ich) und ICAP (Joel James, Paul Schofield, Neil Plumptre und Shaun Miell) beteiligt. Auf Seiten von M. M. Warburg waren Markus Hagel und Martin Dörscher beteiligt. Meines Wissens nach gab es keinen weiteren Broker.“ (VN 03 Bd. 1, Bl. 157-159)

- 200 Auch hat der Zeuge Shields ausgesagt, dass Herr Marcus Hagel von ihm und Paul Mora über den von ihnen hergestellten Kontakt zu ICAP in das „Geschäftsfeld“ überhaupt erst eingeführt wurde:

„Ich erinnere mich aber noch insoweit daran, dass wir Markus Hagel zu Beginn der Geschäfte mit der M. M. Warburg den zuständigen Personen bei ICAP vorgestellt haben, um ihn in dieses Geschäftsfeld, nämlich der Eigengeschäfte der M. M. Warburg, einzuführen.“ (VN 03 Bd. 1, Bl. 7)

- 201 Angesichts dessen steht fest, dass sich eine Abstimmung zwischen ICAP, Paul Mora und Martin Shields, die Beteiligten im Hause Warburg nicht über Leerverkäufe zu informieren, auch für Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker geradezu aufdrängte. Gleichwohl hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker weder die „Product Reviews“ noch die E-Mail-Kommunikation zwischen ICAP und Clifford Chance jemals zur Akte der sog. „Warburg-Verfahren“ genommen geschweige denn weitere Ermittlungen in diese Richtung angestrengt. Auch damit hat sie dem Landgericht Bonn für die Beurteilung wesentliche Fakten vorenthalten.

d) E-Mail-Bestätigung von ICAP

202 E-Mail-Bestätigungen von ICAP belegen außerdem, dass ICAP nach den Vorgaben der Product Reviews handelte und Leerverkäufe leugnete. Dr. Hanno Berger entwarf dafür im Auftrag von Paul Mora im Jahr 2009 sogar einen Text, den ICAP dann am 5. Mai 2009 wieder über Ballance mit Dr. Berger und Dr. Steck abstimmte und der anschließend auch in Bestätigungen gegenüber der Warburg Invest verwendet wurde.

203 Am 21. April 2009 schrieb Dr. Hanno Berger an Paul Mora und Dr. Kai-Uwe Steck auf die Frage von Paul Mora nach einem Betätigungstext für einen „Long Position Seller“ also Inhaberverkäufer (E-Mail-Austausch vom 20. und 21. April 2009 aus dem Asservat 280.2, **Anlage 47.**):

„Dear Paul,

From a legal perspective the confirmation could have the following wording: „As the seller of the shares we hereby confirm that we have not sold the shares out of a naked short position“.

Kind regards

Hanno“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Lieber Paul,

aus rechtlicher Sicht könnte die Bestätigung folgenden Wortlaut haben: „Als Verkäufer der Aktien bestätigen wir hiermit, dass wir die Aktien nicht aus einer ungedeckten Leerverkaufsposition heraus verkauft haben“.

Mit freundlichen Grüßen

Hanno“

204 Diesen Text leitete Paul Mora an Martin Shields und Joe Penna (von Ballance) weiter mit der Bemerkung, das sei, was man von den Gegenparteien benötige. Im Anschluss informierten Paul Mora und Martin Shields auch ICAP über den benötigten Text. Am 5. Mai 2009 schickt dann Joel James von ICAP ein Muster einer vollständigen E-Mail-Handelsbestätigung an Lee Vincent von Ballance (**Anlage 48.**):

„Hi Lee, this is an example e-mail.

To confirm Société Générale Securities Services KAG mbH BUY the following

2,000,000 SIE GY (DE0007236101) @ xxx

T/D xx/xx

V/D xx/xx

As the seller of the shares we hereby confirm that we have not sold the shares out of a naked short position

Regards

Joel James

Structured Equity Products

ICAP Equities“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Hallo Lee, dies ist eine Beispiel-E-Mail.

Um zu bestätigen, dass die Société Générale Securities Services KAG mbH das Folgende kauft

2.000.000 SIE GY (DE0007236101) @ xxx

T/T xx/xx

V/T xx/xx

Als Verkäufer der Aktien bestätigen wir hiermit, dass wir die Aktien nicht aus einer ungedeckten Leerverkaufsposition heraus verkauft haben

Mit freundlichen Grüßen

Joel James

Structured Equity Products

ICAP Equities“

- 205 Von der Warburg Bank oder der Warburg Invest war niemand in die Kommunikation eingebunden. Beispielsweise am 9. Juni 2009 wurde der Bestätigungstext von ICAP dann auch von Benjamin Kingham von ICAP bei einer Transaktion der Warburg Invest (tatsächlich durchgeführt von Ballance als Investment Manager und dort von Lee Vincent) für den BCGES verwendet (TH 9.5, Bl. 5):

„Hi Lee

To confirm WARBURG INVEST BUYS the following:

600,000 TGM GY (DE000A0N4P43) @ EUR 10.45 @ EUR 10.45013 NET

Trade date 09 JUN

Value date 11 JUN

We will deliver from KV 7527 to your KV ac

As the seller of the shares we hereby confirm that we have not sold the shares out of a naked short position

Thanks Ben

ICAP – Equity Finance“

In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„Hallo Lee

Um zu bestätigen, dass die WARBURG INVEST das Folgende KAUF

600,000 TGM GY (DE000A0N4P43) @ EUR 10.45 @ EUR 10.45013 NET

Handelstag 9. Juni

Wertstellungstag 11. Juni

Wir liefern von KV 7527 zu Ihrem KV ac

Als Verkäufer der Aktien bestätigen wir hiermit, dass wir die Aktien nicht aus einer ungedeckten Leerverkaufsposition heraus verkauft haben

Mit freundlichen Grüßen

Danke Ben

ICAP Equity Finance“

206 Es überrascht nicht, dass die Hintergründe dieser Bestätigung unter der Leitung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker weder Eingang in die Verfahrensakten noch in die Anklagen vom 27. Mai 2020 (dort S. 241 ff.) und vom 1. Juli 2022 (dort S. 220 ff.) gefunden haben.

e) ICAP agierte bei mindestens vier Transaktionen des Eigenhandels als unmittelbarer Leerverkäufer

207 Bei vier Transaktionen des Eigenhandels der Warburg Bank, je zwei im Jahr 2008 und im Jahr 2009 lieferte ICAP Aktien (teilweise) nicht über die Deutsche Bank AG, sondern über Clearstream Luxemburg und deckte sich erst Ex/Ex mit Aktien ein. Letzteres wird ICAP – heute TP

ICAP Markets Limited – auf Anfrage einräumen, sofern dies nicht bereits im Verfahren 213 Js 134/19 geschehen ist. Dies belegt, dass ICAP in diesen Fällen unmittelbar als ungedeckte Leerverkäuferin gegenüber der Warburg Bank handelte. Es handelt sich um folgende Transaktionen:

Bestätigungen der Ballance Capital bzw. von Paul Mora				
	Akite	Handelstag	Transaktionsheft	Anzahl Aktien
1.	Siemens AG	24.01.2008	TH 3.2	
2.	Lufthansa AG	29.04.2008	TH 3.10	
3.	Thyssen Krupp AG	23.01.2009	TH 4.2	
4.	Douglas Holding AG	18.03.2009	TH 4.5	

f) ICAP schaltete mit hoher Wahrscheinlichkeit die Konzerngesellschaft LINK als Leerverkäufer zwischen

208 Beispielsweise für die Transaktion in Aktien der Siemens AG im Eigenhandel der Warburg Bank im Jahr 2009 begründet eine Kontrollmitteilung des Finanzamts München vom 22. Oktober 2018 den – Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker bekannten – Verdacht, dass ICAP mittelbar durch Zwischenschaltung der Konzerngesellschaft Link als Leerverkäuferin aufgetreten ist (TH 4.3 Bl. 48-50). Die Warburg Bank erwarb im Rahmen der Transaktion 6.900.000 Aktien der Siemens AG. Ausweislich der Kontrollmitteilung deckte sich ICAP in entsprechender Höhe bei der CACEIS Bank mit Aktien ein und lieferte diese dann an Link weiter. Link verbrachte die Aktien anschließend zu Clearstream Luxemburg, von wo aus sie wiederum auf das ICAP-Konto bei der Deutsche Bank AG Frankfurt geliefert wurden.

g) Klage der WestLB/Portigon gegen ICAP

209 Schließlich wirft selbst die NRW-landeseigene Portigon AG (vormals WestLB) ICAP vor, in massivem Umfang als Leerverkäuferin gegenüber der früheren WestLB gehandelt zu haben. Damit verlangt letztlich das Land Nordrhein-Westfalen selbst in einer am 24. November 2021 in den Vereinigten Staaten erhobenen Klage Schadensersatz in hoher dreistelliger Millionenhöhe von der TP ICAP Plc als Muttergesellschaft der ICAP Securities Limited. Die Portigon AG trägt vor, von ICAP bei Cum/Ex-Transaktionen in den Jahren 2005 bis 2008 über das Vorliegen von Leerverkäufen getäuscht worden zu sein. Sie beruft sich dabei auf die „Product Review German Stock Trade“-Dokumente (siehe dazu I.2.a)dd), S. 26 ff., Rn. 42 ff. und c), S. 92 ff., Rn. 191 ff.).

Klage der Portigon AG gegen die TP ICAP PLC wegen Täuschung durch ICAP vom 24. November 2021 vor dem Supreme Court of the State of New York, County of Nassau, Index No. 609442/2021, **Anlage 49**.

210 In der Klage der Portigon AG wird dazu unter anderem ausgeführt:

„1. This action arises out of a massive scheme by ICAP Securities Limited (the “voice broking business”), a voice broking unit now wholly owned by Defendant (“ICAP,” “Defendant,” or the “Company”), one of the world’s largest broker dealers to defraud its counterparties to stock purchase transactions for German publicly listed stock companies, executed around the date on which these companies declare their dividend, sometimes called cum-ex trading.

2. Defendant defrauded Plaintiff through a series of these “cum-ex” transactions, which were supposed to result in Plaintiff receiving tax withholding certificates that Plaintiff could utilize to reduce its tax exposure. However, unbeknownst to Plaintiff, Defendant misrepresented the validity of the tax withholding credits.“ (S. 1 der **Anlage 49**).

„39. During the course of their investigations, prosecutors have uncovered internal files showing that ICAP’s voice broking unit was concerned about the legality of its trading strategies, and took steps to hide its conduct from tax authorities and counterparties. In a 2008 internal memo signed off by at least nine top officials at the brokerage, including then-EMEA general counsel Duncan Wales, head of the structured products desk Shaun Miell, and board member and chief operating officer Mark Yallop, ICAP made clear that it was seeking to conceal from its counterparties that it was taking short positions: “Do not enquire after the tax analysis of the German counterparty.” “Do not tell the counterparty to the German stock trade that we have sold short,” stated another directive. In yet another memo, ICAP stated: “Don’t tell the German side that we sold short.”

40. The memos, only recently publicly discussed, detail the procedures for running the trades and outline the illegal scheme ICAP’s voice broking team carried out. Over a three-day period, ICAP brokers would buy derivatives linked to a German company’s shares about to pay dividends, sell this stock – also known as a short sale – to the purchaser (such as Plaintiff), borrow and buy this stock after the dividend date to cover the short sale, and then buy its shares back again after the dividend date pursuant to the derivatives. In other words, ICAP deliberately set up cum-ex deals in such a way that their harmfulness to their counterparties, which included Plaintiff, and various treasuries, remained hidden.

41. ICAP’s voice broking business unit ran this scheme with numerous counterparties, including Plaintiff, and reaped substantial profits therefrom. A 2009 memo shows that, when all the various trades ended, ICAP’s voice broking business walked away with as much as 6.5% of the dividend. The higher the tax rate on dividends, the more ICAP made off the transaction. As the 2009 memo put it, “As the withholding tax has gone up, there is more ‘juice’ in the trade.” According to another memo, the deals were a highly profitable scheme for ICAP: the transactions pulled in \$38 million of revenue for the broker in 2006, or about 3% of the group total that year.“ (S. 33 f. der **Anlage 49**).

211 In sinngemäßer deutscher Übersetzung:

„1. Die vorliegende Klage ist das Ergebnis eines gigantischen Plans der ICAP Securities Limited (das „Voice-Broking-Geschäft“), einer Voice-Broking-Einheit, die sich inzwischen vollständig im Besitz der Beklagten („ICAP“, „Beklagte“ oder die „Gesellschaft“), einem der weltweit größten Broker-Händler, befindet, ihre Vertragspartner bei Aktienkaufgeschäften für deutsche börsennotierte Aktiengesellschaften zu betrügen, die um den Tag herum ausgeführt werden, an dem diese

Unternehmen ihre Dividende bekannt geben, was manchmal als Cum-Ex-Handel bezeichnet wird.

2. Die Beklagte hat die Klägerin durch eine Reihe dieser „Cum-Ex“-Transaktionen betrogen, die dazu führen sollten, dass die Klägerin Quellensteuerbescheinigungen erhält, die sie zur Verringerung ihrer Steuerlast verwenden kann. Ohne Wissen der Klägerin täuschte die Beklagte jedoch die Gültigkeit der Steuerabzugsgutschriften vor, die sie in diesem Jahr insgesamt erhielt.“

„39. Im Laufe ihrer Ermittlungen haben die Staatsanwälte interne Unterlagen entdeckt, aus denen hervorgeht, dass die Voice-Broking-Einheit von ICAP über die Rechtmäßigkeit ihrer Handelsstrategien besorgt war und Schritte unternahm, um ihr Verhalten vor Steuerbehörden und Geschäftspartnern zu verbergen. In einem internen Memo aus dem Jahr 2008, das von mindestens neun Spitzen-Managern des Brokerunternehmens abgezeichnet wurde, darunter der damalige Chefsyndikus für die Region EMEA, Duncan Wales, der Leiter der Abteilung für strukturierte Produkte, Shaun Miell, und Vorstandsmitglied und Chief Operating Officer Mark Yallop, machte ICAP deutlich, dass es versuchte, vor seinen Geschäftspartnern zu verbergen, dass es Short-Positionen einging: „Erkundigen Sie sich nicht nach der Steueranalyse der deutschen Vertragspartner.“ „Sagen Sie der deutschen Vertragspartner nicht, dass wir Leerverkäufe getätigt haben“, heißt es in einer anderen Anweisung. In einem weiteren Memo erklärte die ICAP: „Sagen Sie der deutschen Seite nicht, dass wir Leerverkäufe getätigt haben.“

40. Die Memos, die erst kürzlich öffentlich diskutiert wurden, beschreiben detailliert das Verfahren für die Durchführung der Geschäfte und skizzieren den illegalen Plan, den das Voice-Broking-Team von ICAP durchführte. Über einen Zeitraum von drei Tagen kauften ICAP-Broker Derivate, die an die Aktien eines deutschen Unternehmens gekoppelt waren, das kurz vor einer Dividendenausschüttung stand, verkauften diese Aktien - auch als Leerverkauf bekannt - an den Käufer (wie die Klägerin), liehen und kauften diese Aktien nach dem Dividendentermin, um den Leerverkauf zu decken, und kauften dann die Aktien nach dem Dividendentermin gemäß den Derivaten wieder zurück. Mit anderen Worten: ICAP hat die Cum-Ex-Geschäfte bewusst so gestaltet, dass ihre Schädlichkeit für ihre Vertragspartner, zu denen auch die Klägerin gehörte, sowie verschiedene Finanzbehörden verborgen blieb.

41. Die Voice-Broking-Geschäftseinheit von ICAP führte dieses System mit zahlreichen Vertragspartnern, einschließlich der Klägerin, durch und zog daraus erhebliche Gewinne. Aus einem Memo aus dem Jahr 2009 geht hervor, dass die Voice-Broking-Abteilung von ICAP nach Abschluss der verschiedenen Geschäfte bis zu 6,5 % der Dividende einbehalten hat. Je höher der Steuersatz auf Dividenden war, desto mehr verdiente ICAP an dem Geschäft. In dem Memo aus dem Jahr 2009 heißt es: „Da die Quellensteuer gestiegen ist, gibt es mehr 'Saft' im Handel.“ Einem anderen Memo zufolge waren die Geschäfte für ICAP äußerst profitabel: Die Transaktionen brachten dem Broker im Jahr 2006 Einnahmen in Höhe von 38 Millionen Dollar ein, was etwa 3 % des Gesamtumsatzes der Gruppe in diesem Jahr entsprach.“

- 212 Die Klage wurde am 23. Juni 2022 wegen fehlender internationaler Zuständigkeit des angerufenen Gerichts abgewiesen, weil ICAP behauptete, der Handel habe keinerlei Verbindungen zu den USA gehabt.

Berufung der Portigon AG vom 22. Juli 2022 gegen die Entscheidung des Supreme Court of the State of New York, County of Nassau, Index No. 609442/2021, vom 23. Juni 2022 nebst Entscheidung vom 23. Juni 2022, **Anlage 50**.

- 213 Aussagen von Martin Shields deuten darauf hin, dass der Vortrag von ICAP, es habe keinen Bezug der Transaktionen zur Tätigkeit von ICAP in den USA gegeben, unzutreffend ist. Jedenfalls sagte Martin Shields am 7. August 2019 (VN 03 Bd. 5 Bl. 960 PDF 95):

„Frage:

Sind Ihnen Probleme von „Shortsellern“ mit den britischen Aufsichtsbehörden bekannt? Insoweit soll Merrill Lynch sollte im Jahr 2007 eine Strafe gezahlt haben.

Antwort:

Ich denke, dass sich dies auf die MOD-Problematik in UK beziehen könnte, über die wir bereits gesprochen haben. Ob es sich damals konkret um Merrill Lynch gehandelt hat, kann ich aber nicht sagen.

Ich kann mich aber daran erinnern, dass aufgrund dieses Vorfalls ICAP fortan auch über ihre Niederlassung in New York handelte. Auch Equinet in Deutschland wurde anschließend vermehrt in die Geschäfte eingebunden.“

- 214 Auch dies begründet den Verdacht, dass ICAP – bis heute – Täuschungshandlungen unternimmt, um die maßgebliche Rolle des Unternehmens bei Cum/Ex-Transaktionen zu verschleiern.
- 215 Die Portigon AG hat gegen die abweisenden Entscheidungen Rechtsmittel eingelegt, die sie nach wie vor verfolgt.

h) Unwahre Darstellung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft am 3. Dezember 2021

- 216 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker behauptete ungeachtet der vorstehenden, ihr bekannten Tatsachen – wider besseres Wissen – vor dem Untersuchungsausschuss der hamburgischen Bürgerschaft am 3. Dezember 2021, ICAP sei nur „Broker“ gewesen, nicht Leerverkäufer (S. 46 der **Anlage 3**):

„ICAP ist kein Leerverkäufer. ICAP ist ein Broker, der sich nicht Ex/Ex eingedeckt hat, sondern Cum/Ex.“

- 217 Damit ist auch belegt, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn vorsätzlich schwer verfälschte, indem sie in den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 die maßgebliche Rolle von ICAP und die Tätigkeit von ICAP als Leerverkäufer ausblendete, vielmehr suggerierte, als habe ICAP als weitgehen uneteiligter Broker mitgewirkt.

3. Täuschungshandlungen durch Axel von Rosen und Darren Thorpe

- 218 Auch die Darstellung der mit der Macquarie Bank durchgeführten Transaktionen in den Anlagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 suggeriert, es habe keine Täuschungshandlungen von Macquaire-Mitarbeitern gegenüber den Verantwortlichen von Warburg gegeben:

„Der gesondert Verfolgte von Rosen leitete dem Angeschuldigten Hagel im Verlauf der Vorgespräche zum einen eine Präsentation zur sogenannten GEES-Struktur zu.“⁶⁸ [E-Mail von Rosen vom 04.12.2007, 13:19 Uhr, mit Anhang Präsentation Warburg GEES] Nach Angaben des gesondert Verfolgten Thorpe handelt es sich dabei um ein Cum/Ex-Handelskonzept, bei dem die Macquarie-Bank zum einen als Leerverkäuferin auftrat und zum anderen über von ihr strukturierte GmbHs an den Gewinnen der Käufer-Seite partizipierte.⁶⁹ [VN 01 Blatt 79]“ (S. 114 der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 120 der Anklage vom 1. Juli 2022)

„Der Angeschuldigte Hagel setzte sich Ende des Jahres 2007 parallel zu den Transaktionen unter Verwendung von Single Stock Futures mit der „German-Enhanced-Equity-Swap-Struktur 2008“, einer weiteren Cum/Ex-Gestaltung mit Equity Swaps, auseinander“⁴¹¹ [Vgl. E-Mail von Rosen an Hagel vom 04. Dezember 2007, 13:19:00 Uhr.], was verdeutlicht, wie eingehend er sich mit der Materie befasste.“ (S. 227 f. der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 118 der Anklage vom 1. Juli 2022)

- 219 Aus der Darstellung ergibt sich zwar, dass die Macquarie Bank die Transaktionen anhand einer Präsentation der sog. „GEES-Struktur“ erläuterte. Diese Präsentation überließ Axel von Rosen von der Macquarie Bank Herrn Hagel von der Warburg Bank explizit, um ein „Verständnis des Mechanismus“ zu vermitteln (E-Mail vom 4. Dezember 2007, SH 10 Bd. 10, PDF 84):

*„Da das neue Jahr aber zügig näher kommt und damit auch die ersten Dividenden im Januar, schicke ich Dir einfach mal die alte Präsentation aus dem Vorjahr. Es geht ja zunächst einmal mehr **um ein Verständnis des Mechanismus**, als einen aktuellen Vorschlag.“ (Hervorhebung des Verfassers)*

- 220 Den zu verstehenden Mechanismus beschrieb die Präsentation in steuerlicher Hinsicht wie folgt (SH 10 Bd. 10 PDF 88):

„Investor hat Rückerstattungsanspruch auf überzahlte Kapitalertragsteuer“

- 221 Befragt nach seiner Deutung dieser Passage sagte der Zeuge Thorpe im Verfahren gegen Herrn Dr. Christian Olearius am 17. Januar 2024, der einzige Grund für diese Formulierung könne aus seiner Sicht sein, dass es um die Anrechnung einer gezahlten Kapitalertragsteuer auf die Körperschaftsteuer gehe, also um klassisches Dividendenstripping (S. 84 der **Anlage 51**):

*„**RA Dr. Hübner:** Aber würden Sie dann sagen, dass „überzahlt“ das richtige Wort ist für die Cum/Ex-Welt, oder ist das nicht das richtige Wort?*

***Zeuge Thorpe (Konsekutivübersetzung):** Also, **der einzige Grund**, der sich für mich herleiten lässt für das Wort „überzahlt“, ist, dass ich denke, dass eine Steuer abgeführt*

wurde auf die Dividende, sozusagen als Vorauszahlung der Körperschaftsteuer, und dass das dann zu einer Überzahlung bei der Körperschaftsteuer führt. Aber das ist jetzt das Einzige, was ich mir dazu denken kann. Aber ich bin kein Experte.“ (Hervorhebung durch Verfasser)

- 222 Warum Marcus Hagel bei der Lektüre der Präsentation zu einem anderen Schluss hätte kommen sollen, bleibt schleierhaft. Lebensfremd und im Widerspruch zur allgemeinen Lebenserfahrung wäre jedenfalls anzunehmen, dass Herr von Rosen die Transaktionen gegenüber der Warburg Bank anders darstellte, als in der Präsentation angegeben. Er hätte damit nicht nur gegenüber unbeteiligten Dritten einen Betrug zu Lasten der Anleger der GEES-Struktur zugegeben. Er hätte damit auch gegen die vom Zeugen Thorpe geschilderte interne Abstimmung zum „Marketing“ von Cum/Ex-Transaktionen verstoßen, die zu dem Ergebnis kam, es genüge, von Dividendenarbitrage zu sprechen und Leerverkäufe zu verschweigen:

„Zeuge Thorpe (Konsekutivübersetzung): Ich bin mir sicher, dass die Investoren nicht die vollen Informationen hatten und über die vollständige Struktur hinter diesen Trades Bescheid wussten. Es ist natürlich schwer zu sagen. Also, das ist jetzt meine Auffassung. Ich selbst war nie bei einer Marketingpräsentation dabei, habe auch nicht mit den Investoren gesprochen, aber das ist meine Auffassung - „my belief“ -, mein Glaube.“ (S. 61 f. der **Anlage 52**.)

„Zeuge Thorpe (Konsekutivübersetzung): Ich war bei internen Besprechungen dabei, wo es auch darum ging, wie das Ganze vermarktet werden sollte. Und die gängige Sicht war, dass die Bank einige Details darüber geben musste, aber eben nicht alle Details, also jetzt nicht alle Hintergründe, über die Leerverkäufe, sondern dass es reichte, wenn man sagte, dass es um Dividenden-Arbitrage-Transaktionen ginge.“ (S. 62 der **Anlage 52**)

- 223 Außerdem teilte Herr von Rosen aktiv mit, die Präsentation diene dem „*Verständnis des Mechanismus*“ (siehe Rn. 219).
- 224 Die Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 freilich – wie sollte es anders sein – verschweigen den entlastenden Inhalt der GEES-Präsentation und setzen diese ohne Würdigung ihres Inhalts suggestiv mit den vom Zeugen Thorpe berichteten Leerverkäufen in Verbindung (S. 19, 114, 227 der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 20, 118, 120 der Anklage vom 1. Juli 2022). Durch die Aussage des Zeugen Thorpe nunmehr nachgewiesene Aufklärungsmöglichkeiten zugunsten der Mitarbeiter der Warburg Bank hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhiller auch hier unterlassen und damit dem Landgericht Bonn einen verfälschten Sachverhalt vorgelegt.

V. Unterdrückung entlastender Zeugenaussagen

225 Mehr als drei Monate vor Anklageerhebung am 27. Mai 2020 kam es zu einer Vernehmung von Herrn Franz Jacob Menge durch die Ermittlungsbehörden, der bei der Warburg Bank ebenfalls als Händler gearbeitet hatte. In der Vernehmung machte Herr Menge die später angeklagten Herren Schmid, Dörscher, Hagel und Dr. Mertens eindeutig entlastende Angaben. Allerdings wurde weder ein Protokoll gefertigt, noch ein Aktenvermerk erstellt, sondern die Vernehmung aus unbekannten Gründen abgebrochen. In einem mehr als drei Jahre später nach Bekanntwerden der Vernehmung am 8. September 2023 durch den Ersten Kriminalkommissar Corell gefertigten Vermerk heißt es zu der Vernehmung:

„Vernehmung des Beschuldigten Franz Jacob MENGE am 14.02.2020

Anlass gibt eine Nachfrage der Staatsanwältinnen Dumont und Steinebach, welche die Anklage im Verfahren 62 KLs 1/21 vor dem Landgericht Bonn vertreten.

Ausweislich des hier noch, lediglich digital, vorliegenden Entwurfs erschien der Beschuldigte MENGE am 14.02.2020, gemeinsam mit seinen Verteidigern in den Diensträumen des LKA NRW, um im Verfahren 113 Js 522/16 vernommen zu werden.

Inhaltlich machte der Beschuldigte Angaben zur Person, seinem beruflichen Werdegang sowie zu seiner Tätigkeit bei der M. M. Warburg. Berührungspunkte mit Cum/Ex-Transaktionen habe er erstmals im Januar 2009 gehabt. Diese Käufe und Verkäufe sowie gleichgelagerte Transaktionen seien in einem Google-Kalender des Herrn Hagel vorgeplant gewesen. In März oder April 2009 habe er dann Hagel nach dem Hintergrund dieser Transaktionen befragt. Im Beisein von Christin Schmidt habe Hagel dann erklärt, dass es für bestimmte Pensionskassen ungünstig sei, Dividenden zu erhalten. Eine Person namens Paul habe Kontakt zu diesen Pensionskassen. Nach dem Erwerb würden die Aktien auf dem gleichen Wege wieder an den Eigentümer zurück gelangen, Steuerliche Themen haben keine Rolle gespielt: Tiefergründige Überlegungen zu der Struktur habe er nicht angestellt. Zudem wollte er als Neuling nicht nachfragen.

Die Kürze des Entwurfs sowie der Umstand, dass dieser nicht unterzeichnet wurde lässt darauf schließen, dass die Vernehmung abgebrochen wurde. Weiteres ist mir hierzu nicht Erinnerung.

Zu weiteren Vernehmungsterminen kam es nicht.

Über die Tatsache, dass der Beschuldigte zur Vernehmung erschien, wurde versehentlich kein Aktenvermerk erstellt.“

226 Auch wenn sich der Vermerk nicht zu den weiteren Teilnehmern der Vernehmung verhält, liegt nahe, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhiller bei der Vernehmung – wie bei nahezu allen Vernehmungen – anwesend war. Es wird aufzuklären sein, warum die Vernehmung nicht fortgesetzt und dieser Vorgang den Akten – und damit auch den mit der Anklage vom 27. Mai

2020 angeklagten Herren Schmid, Dörscher, Hagel und Dr. Mertens sowie dem mit der Anklage vom 1. Juli 2022 angeklagten Dr. Christian Olearius – über drei Jahre vorenthalten wurde. Jedenfalls legte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker auch insoweit dem Landgericht Bonn einen verfälschten Sachverhalt vor, als die Aussage des Zeugen Menge, die überdies durch Urkunden gestützt wird (dazu sogleich unter Teil 2:A.VI.), unerwähnt blieb und damit zu Lasten der Angeklagten unterdrückt wurde.

VI. Unterdrückung entlastender Urkunden

- 227 In den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 vollständig unerwähnt bleibt auch eine Beschreibung der Transaktionen aus der Warburg Bank vom 22. Juni 2010. Diese Beschreibung erstellten Franz Jacob Menge und Marcus Hagel aus dem Handel für den dortigen Abteilungsleiter Thomas Schult. Herr Schult benötigte die Darstellung für Gespräche mit Prüfern der Wirtschaftsprüfer, der Aufsichtsbehörden und/oder des Finanzamtes (E-Mail von Herrn Menge an Herrn Hagel vom 17. Juni 2010, **Anlage 38**, siehe dazu auch bereits oben Rn. 167 ff.):

„Hr. Schult kam gerade auf mich zu; er hat mich gebeten (am bsp. der SAP) einmal kurz den kompletten ablauf einer single-future transaktion schriftlich zu schildern, da er in den kommenden tagen gespräche mit einem prüfer zu dem thema führen wird / muss: ich werde nun anfangen, grob den ablauf in schriftform darzulegen;

Ich nehme an, dass Du gerne über das dokument drüberschauen würdest, bevor ich es Hern. Schult schicke....“

- 228 Zur Beantwortung der Anfrage von Herrn Schult schickte Herr Menge Herrn Schult am 22. Juni 2010 folgende E-Mail mit dem Betreff „Kurz-Zusammenfassung der Single-Future Transaktionen“ (bereits vorgelegt als **Anlage 39**):

„Hallo Herr Schult,

anbei übersende ich Ihnen die gewünschte Zusammenfassung einer Single-Future Transaktion (am Beispiel der SAP-Transaktion).

Ich hoffe, die Ausführungen sind für Sie hilfreich“

- 229 In der beigelegten Zusammenfassung wird ausgeführt:

„Rechtliche Rahmenbedingungen:

- *falls ein in Deutschland steuerpflichtiges „Kreditinstitut“ (nach § 8b (7) KStG) Aktien (deutscher) Unternehmen im Umlaufvermögen (sprich: dem Handelsbuch zurechenbar) hält, sind die (Dividenden-)Einkünfte hieraus von der Kapitalertragssteuer befreit*
- *diese „Kreditinstitut“ bekommt zunächst die Nettodividende ausgeschüttet*

- dem „Kreditinstitut“ entsteht somit eine Forderung gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern in Höhe der (gezahlten) Kapitalertragssteuer zuzüglich des Solidaritätszuschlags

Motivation:

- ein im Ausland (steuerlich) domizilierter Halter von deutschen Aktien, der in Bezug auf die von diesen Aktien ausgeschütteten Dividenden steuerpflichtig ist, hat die Motivation, diese Steuerlast zu reduzieren
- die Single Future-basierte Transaktion verlagert die Dividendenerträge an das deutsche „Kreditinstitut“, welches in Bezug auf die Erträge steuerbefreit ist; der so realisierte komparative Steuervorteil wird den Beteiligten quotal zugerechnet

Handelsstrategie – Außenverhältnis / Kapitalmarkt:

- das deutsche Kreditinstitut (MMW) erwirbt verschiedene Aktien börsennotierter deutscher Unternehmen (spätestens) am Tag der Hauptversammlung; Lieferung und Zahlung der Aktien in t+2 („settlement day“)
- somit werden die Aktien mit Dividendenanspruch („cum Dividende“) erworben
- folglich erhält das Kreditinstitut am Ex-Tag die Nettodividende
- ein paar Handelstage später (Länge der Haltedauer reicht i.d.R. von 2 bis hin zu 8 Handelstagen) werden die Aktien wieder über den Markt verkauft
- durch einen an der EUREX verkauften Single-Stock-Future werden mögliche Kursschwankungen in der Aktie während der Haltedauer abgesichert

Interaktion Ballance Capital / MMW:

- Ballance Capital nimmt gegenüber MMW die Rolle eines Beraters ein; primäre Aufgabe von BC ist die Beschaffung von Liquidität in den Aktien, die MMW über den Dividendenstichtag kauft m.a.W. hat BC die Kontakte zu institutionellen Kapitalsammelstellen, die über signifikante Aktienpositionen in deutschen Aktien verfügen
- diese Kapitalsammelstellen unterliegen nicht der deutschen Steuerhoheit und weisen somit gegenüber deutschen „Kreditinstituten“ komparative Nachteile auf
- um die potentiell entstehende Steuerlast zu reduzieren, ist die ausländische Kapitalsammelstelle bereit, die Aktien über den Dividendenstichtag an MMW als (steuerbefreites) „Kreditinstitut“ für eine gewisse Haltedauer zu verkaufen

- als Ausgleich dafür erhält zunächst MMW einen im Vorfeld verhandelten Anteil an der Bruttodividenden (im Regelfall betrug dieser Anteil für die im Jahr 2010 getätigten Transaktionen 21%)
- *dieser Prozentsatz an der Bruttodividende wird im Rahmen einer waterfall-Regelung folgendermaßen verteilt:*
 - *es existiert eine hurdle-rate für MMW, die für das Jahr 2010 auf 9% verhandelt wurde; die erstmal MMW zusteht*
 - *zudem wird die rechnerische Bruttodividende [gemeint ist wohl der Bruttoertrag, Anm. d. Verf.] (ohne Berücksichtigung von Kosten) im Verhältnis von 0,45 : 0,55 zwischen Ballance Capital und MMW aufgeteilt*

[...]

Juristische Rahmenbedingungen / Voraussetzungen:

- *Käufe und Verkäufe der Aktien werden tatsächlich vollzogen*
- *sämtliche Geschäft werden zu „drittüblichen“ Konditionen und Preisen eingegangen und abgewickelt*
- *bei Dividendenzahlungen durch den deutschen Emittenten der Aktien wird ordnungsgemäß Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt“ (Hervorhebungen durch Verfasser)*

- 230 Die Transaktionsbeschreibung nebst zugehöriger Kommunikation belegt, dass der Hintergrund die Geschäfte nach der Wahrnehmung der Verantwortlichen der Warburg Bank der Ausnutzung der unionsrechtswidrigen Benachteiligung von Steuerausländern beim Dividendenbezug dienen sollten und entsprechend an die Führungsebene kommuniziert wurde. Weiter beweist die Transaktionsbeschreibung, dass die Vermittlung solcher ausländischer Aktieninhaber als Transaktionsgegenpartei die Leistung war, für die Ballance in Anspruch genommen wurde.
- 231 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker hat den dem Landgericht Bonn zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt auch dadurch verfälscht, dass sie diese für das Verständnis der Transaktionen im Hause Warburg wichtige Unterlage zurückhielt und damit unterdrückte. Die Unterlage passte eben nicht zu dem von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker konsequent gepflegten Narrativ, dass es weder Täuschung noch Irrtum der Verantwortlichen bei Warburg gegeben habe.

VII. Falsche und einseitig verzerrende Darstellung und Auslegung von Urkundeninhalten (beispielhaft)

232 Über die vorstehenden Punkte hinaus legte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in den Anklagen zahlreiche Urkunden entweder nachweislich falsch oder stark einseitig und zum Nachteil der Angeklagten Schmid, Dörscher, Hagel und Dr. Mertens verfälschend aus. Beispielhaft betrifft dies die folgenden Urkunden.

1. E-Mail vom 18. August 2006 von Dr. Berger an Herrn Schmid

a) Darstellung in den Anklagen

233 Am 18. August 2006 schickte Herr Dr. Hanno Berger Herrn Christian Schmid eine E-Mail mit dem Betreff „Jahressteuergesetz 2007“. Diese stellte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker so dar, als bestünde ein Zusammenhang mit den im Jahressteuergesetz 2007 geplanten Regelungen zu Cum/Ex-Transaktionen und als hätte Dr. Berger sich mit Herrn Schmid verabredet, auf das Gesetzgebungsverfahren zu diesen Regelungen Einfluss zu nehmen:

„a) Eigenhandel im Jahr 2007

Bereits im Sommer des Jahres 2006 informierte der gesondert Verfolgte Dr. Berger die Angeschuldigten über das geplante Jahressteuergesetz 2007 und die damit verbundenen Änderungen.³²[E-Mail Munser vom 18.08.2006, 15:01:03 Uhr.] Er teilte dem Angeschuldigte 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 ab dem Jahr 2007 von der Leerverkaufs- auf die Käuferseite.“ (S. 105 f. der Anklage vom 27. Mai 2020, S. 107 f. der Anklage vom 1. Juli 2022).

b) Unwahrheit der Darstellung in der Anklage

234 Im Gegensatz zur Darstellung in den Anklagen steht die E-Mail vom 18. August 2006 nachweislich in keinerlei Zusammenhang mit Cum/Ex-Transaktionen.

235 Zwar hat Dr. Berger in der Tat versucht, auf das Gesetzgebungsverfahren zum Jahressteuergesetz Einfluss zu nehmen. Tatsächlich aber stand der Versuch von Dr. Berger, das Gesetzgebungsverfahren zum Jahressteuergesetz 2007 zu beeinflussen, jedoch in keinerlei Zusammenhang mit Cum/Ex-Transaktionen, sondern mit der befürchteten Rückwirkung einer Regelung zur Verlustnutzung bei Einkünften aus Kapitalvermögen, die die von Dr. Berger vielfach – auch bei der Warburg Bank – beratene sog. Asset-Linked-Note-Struktur betraf. Insoweit sollte mit dem Jahressteuergesetz 2007 über § 20 Abs. 2a JStG 2007 die Vorschrift des § 15b EStG für entsprechend anwendbar erklärt werden.

236 Im Einzelnen:

aa) Hintergrund der E-Mail vom 18. August 2006

237 Am 11. Juli 2006 veröffentlichte das Bundesministerium der Finanzen den Referentenentwurf zum Jahressteuergesetz 2007. Dort hieß es in Art. 1 Nr. 12 lit. b) – Seite 6 – und in Art. 1 Nr. 34 lit. h):

12. § 20 wird wie folgt geändert:

[...]

b) Nach Absatz 2a wird folgender neuer Absatz 2b eingefügt:

„(2b) § 15b ist sinngemäß anzuwenden. Ein vorgefertigtes Konzept im Sinne des § 15b Abs. 2 Satz 2 liegt auch vor, wenn die positiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen.“

[...]

34. § 52 wird wie folgt geändert:

[...]

h) Nach Absatz 37c wird folgender Absatz 37d eingefügt:

„(37d) § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 und Abs. 2b in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ... [einsetzen: Ausfertigungsdatum und Seitenzahl der Verkündung des vorliegenden Änderungsgesetzes]) ist auf Verluste aus Steuerstundungsmodellen anzuwenden, wenn die Investition nach dem ... [einsetzen: Tag des Kabinettsbeschlusses] rechtsverbindlich getätigt wurde.“

238 Noch am 11. Juli 2006, 21:05 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 5-6), machte Patricia Volhard (seinerzeit Rechtsanwältin der Kanzlei P+P Pöllath + Partner) Dr. Berger per E-Mail darauf aufmerksam, dass der Referentenentwurf vorsehe, § 15b EStG ab dem Tag des Kabinettsbeschlusses über das Gesetz auf sämtliche Einkünfte im Sinne des § 20 EStG zu erstrecken.

239 Dr. Berger bedankte sich am folgenden Vormittag bei Patricia Volhard per E-Mail (11:28 Uhr, SH 47 Bd. 1 PDF 7-9) für die Information und teilte mit, es bleibe zu hoffen, dass der Kabinettsbeschluss „noch in einiger Ferne liege“. Im Anschluss informierte Dr. Berger am 13. Juli 2006, also nur zwei Tage nach Veröffentlichung des Referentenentwurfs zum JStG 2007, unter anderem an die:

1. Deutsche Bank: Alexander Szewald, Andreas Loeschinger, Thomas Arntz, Thomas Gstaedtner (SH 47 Bd. 1 PDF 10-11); die
2. HVB: Markus Häuser, Nicolas Blanchard, Stefan Niggel (SH 47 Bd. 1 PDF 12-13); die
3. Commerzbank: Jörg Schneider, Maurizio Petri, Hans-Ulrich Dietz, Rene Kaselitz (SH 47 Bd. 1 PDF 14-15); die
4. UBS: Daniela Rudolf, Martin Eiben, Ralf Zirn (SH 47 Bd. 1 PDF 16-17); und die
5. Credit Suisse: Martin Boehringer, Neil Brown, Daniel Mühlemann (SH 47 Bd. 1 PDF 17-18),

dass der Gesetzgeber beabsichtige, Verluste aus modellhaften Gestaltungen auch bei Einkünften aus Kapitalvermögen künftig nicht mehr anzuerkennen (§ 20 Abs. 2b EStG i.V.m. § 15b EStG i.d.F. JStG 2007) und dass dies die Asset Linked Note Struktur („ALN-Struktur“) betreffe. Herr Christian Schmid gehörte nicht zu den Empfängern.

240 Am 24. Juli 2006, 12:02 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 20-21), informierte Alexander Szewald von der Deutsche Bank AG – einer der Empfänger der E-Mail vom 13. Juli 2006 von Dr. Berger zum JStG 2007 Dr. Berger und Dr. Steck über einen Pressebericht, nach dem die Regelung in § 20 Abs. 2b EStG mit echter Rückwirkung auf den 1. Januar 2006 erfolgen solle. Die weitergeleitete Reuters-Meldung lautete:

„Steinbrück will neues Steuersparmodell rückwirkend schließen

Berlin, 24. Jul (Reuters) - Finanzminister Peer Steinbrück will unverzüglich gegen ein neues Steuersparmodell für Reiche vorgehen.

Mit der Vorlage des Jahressteuergesetzes 2007 am kommenden Mittwoch werde dem von einigen Banken angebotenen Fonds die rechtliche Grundlage entzogen, sagte ein Sprecher des SPD-Politikers am Montag in Berlin. „Nach bisheriger Planung soll die Regelung rückwirkend zum 1. Januar 2006 in Kraft treten“, fügte er hinzu.

Der „Spiegel“ hatte zuvor über geschlossene Fonds berichtet, die Spitzenverdienern Verlustzuweisungen von über 250 Prozent zusichern. Diese Verluste sollen dem Anleger helfen, seine persönliche Steuerlast über Jahre zu drücken. Am Ende der Laufzeit steht ein garantiert positiver Bonus. Nach dem Bericht bieten die Deutsche Bank und die australische Bank Macquarie solche Produkte an. Die von der Deutschen Bank angebotenen Fonds hießen OptiVestII, SmartInvest und ExtraVest. Die Deutsche Bank

wollte keinen Kommentar zu den Aussagen des Sprechers und dem „Spiegel“-Bericht abgeben.

Die Deutsche Bank wollte keinen Kommentar zu den Aussagen des Sprechers und dem „Spiegel“-Bericht abgeben.“

- 241 Bei Dewey wurde die Nachricht unmittelbar, um 12:10 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 22-23), an Dr. Steck und in den Verteiler der steuerlichen Berater weitergegeben. Dr. Steck ließ die Kollegen wissen (SH 47 Bd. 1 PDF 24-25):

„Bitte diese Info nicht ungefiltert an Mandanten herausgeben. HB [Dr. Berger, Anm. d. Verf.] ist noch dabei, die Hintergründe zu beleuchten.“

- 242 Mit E-Mail vom 25. Juli 2006, 14:39 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 26-27), schrieben Claus-Dieter Jackstein (seinerzeit ebenfalls bei Dewey) und Dr. Berger wegen der befürchteten Rückwirkung an Frau Prof. Dr. Johanna Hey (damals) von der Universität Düsseldorf. Wie der Presse zu entnehmen sei, solle § 20 Abs. 2b EStG nunmehr rückwirkend ab dem 1. Januar 2006 eingeführt werden. Damit werde in bereits abgeschlossene Dispositionen eingegriffen. Deshalb wird von Frau Prof. Dr. Hey eine Stellungnahme zu etwaigen verfassungsrechtlichen Bedenken erbeten. Eine identische Anfrage geht am 26. Juli 2006, 10:10 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 28-29), an Prof. Dr. Paul Kirchhof von der Universität Heidelberg.

- 243 Mit E-Mail vom 28. Juli 2006, 09:41 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 30-37), übermittelt Frau Prof. Dr. Hey ihre Stellungnahme, die ersichtlich auf eine Einflussnahme auf das Gesetzgebungsverfahren abzielt. In ihrer E-Mail schreibt Frau Prof. Hey:

„anbei erhalten Sie meine kleine Stellungnahme. Sie ist doch etwas länger geworden und mit ein paar Zitaten unterfüttert, aber ich hatte Sie so verstanden, dass es auch darum gehe, das Problembewusstsein bei den Abgeordneten zu wecken und dafür erschien es mir erforderlich, die Aussagen zu belegen. Für eine Stellungnahme in der Presse lassen sich selbstverständlich kürzere Zitate herauslösen.“

- 244 In der Stellungnahme zieht Frau Prof. Hey unter anderem das Fazit:

„Die Rückbeziehung auf den 1. 1. 2006 begegnet schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken.“

- 245 Die Stellungnahme von Frau Prof. Hey leitete Dr. Berger noch am 28. Juli 2006 unter anderem an die Deutsche Bank AG (SH 47 Bd. 1 PDF 38-44), die Macquarie Bank (SH 47 Bd. 1 PDF 45-51), den Deutschen Sparkassen und Giroverband (SH 47 Bd. 1 PDF 52-58), den Bundesverband Investment und Asset Management (SH 47 Bd. 1 PDF 59-65), die Dresdner Bank (SH 47 Bd. 1 PDF 66-72), die Allianz (SH 47 Bd. 1 PDF 66-72), den Bundesverband deutscher Banken (SH 47 Bd. 1 PDF 73-79), die HVB (SH 47 Bd. 1 PDF 80-86), die Commerzbank (SH 47 Bd. 1 PDF 87-93) und die UBS (SH 47 Bd. 1 PDF 94-100), weiter.

- 246 Noch am späten Nachmittag des 28. Juli 2006, 16:58 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 101-102), teilte ihm Dr. Thomas Arntz von der Deutsche Bank AG mit, der BdB habe der Deutsche Bank AG versprochen, „in seiner Stellungnahme anzuregen als massgeblichen Zeitpunkt den Kabinettsbeschluss zu nehmen“. Axel von Rosen von der Macquarie Bank fragt danach, ob „das auch noch in der FAZ“ erscheine, was Dr. Berger bejaht (SH 47 Bd. 1 PDF 103-105). Nach der Regelung zu Cum/Ex-Transaktionen in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erkundigt sich weder Dr. Arntz noch Herr von Rosen.
- 247 Am 31. Juli 2006, 07:44 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 106-107), erhielt Claus-Dieter Jackstein eine E-Mail aus dem Sekretariat des Finanzausschusses des Bundestages. Von dort kam die Frage, ob die Stellungnahme von Frau Prof. Hey an die Abgeordneten weitergeleitet werden dürfe. Dies bejahte Claus-Dieter Jackstein umgehend um 10:15 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 106-107).
- 248 Am 2. August 2006 leitete Axel von Rosen von der Macquarie Bank einen weiteren Presseartikel, in dem Staatssekretärin Barbara Hendricks zur Rückwirkung zitiert wird, mit der Bemerkung „sieht nicht so gut aus...“ an Dr. Berger weiter (SH 47 Bd. 1 PDF 108-109).
- 249 Am 4. August 2006 teilte Claus-Dieter Jackstein dem Dewey-Steuerteam mit, das JStG 2007 sei von der Agenda der Kabinettsitzung am 9 August 2006 abgesetzt worden, es solle nunmehr am 16. August behandelt werden (SH 47 Bd. 1 PDF 110-111). Weiter heißt es in der E-Mail:

„Interessant ist zudem, dass sich Finanzpolitiker der CDU/CSU für ein in Krafttreten des § 20 Abs. 2b EStG aus Verfassungsgründen auf den Kabinettsbeschluss beziehen wollen. Eine entsprechende Intervenierung ist dem BMF zugeleitet worden.“

- 250 Auch diese Information übermittelte Dr. Berger noch am 4. August 2006 unter anderem an die Deutsche Bank (SH 47 Bd. 1 PDF 112-113), die Macquarie-Bank (SH 47 Bd. 1 PDF 114-115), die Dresdner Bank (SH 47 Bd. 1 PDF 116-117), die Allianz (SH 47 Bd. 1 PDF 116-117), die UBS (SH 47 Bd. 1 PDF 118-119), die Commerzbank (SH 47 Bd. 1 PDF 120-121) und die HVB (SH 47 Bd. 1 PDF 122-123).

- 251 Am 8. August 2006, um 13:36 (SH 47 Bd. 1 PDF 125-126), Uhr schrieb Claus-Dieter Jackstein (von Dewey, cc. Dr. Berger) an Felix Hierstetter von General Electric, dieser möge ein bevorstehendes Treffen mit Peer Steinbrück (damals Bundesminister der Finanzen) nutzen, um die rückwirkende Anwendung des § 20 Abs. 2b EStG zu verhindern:

„Sehr geehrter Herr Hierstetter,

Aus dem aktuellen Gesprächsprogramm der AmCham [American Chamber of Commerce, Anm. d. Verf.] Germany entnehme ich, dass am 16. August 2006 ein Top Level Meeting mit Bundesfinanzminister Peer Steinbrück stattfinden wird. Teilnehmer von AmCham sind Sie und der Board of Directors. Besser könnte der Termin im Hinblick auf das JStG 2007 nicht gelegt sein. Gratuliere!

Wie Sie sicher in der Presse gelesen haben, sollen Teile des JStG 2007, z.B. § 20 Abs. 2b EStG, der vorsieht, dass § 15b EStG künftig auch für Einkünfte aus Kapitalvermögen Anwendung finden soll, nunmehr rückwirkend am 1. Januar 2006 in Kraft treten. Der Referentenentwurf der Bundesregierung zum JStG 2007 sieht vor, dass § 20 Abs. 2b EStG nach dem Tag des Kabinettsbeschlusses (23. August 2006 ?) in Kraft treten soll. Was soll denn nun gelten?

AmCham hat immer darauf hingewiesen, dass in der Steuergesetzgebung u.a. Rechts – und Planungssicherheit herrschen muß, um den Standort Bundesrepublik [sic] Deutschland attraktiver werden zu lassen. Das o.a. Beispiel bewirkt genau das Gegenteil ! Abgesehen davon kann nach Meinung vieler Experten ein zeitlicher Anknüpfungspunkt frühestens nach einem Kabinettsbeschluss bzw.nach einer formalen Ankündigung gelten.

Hier wird willkürlich in bereits abgeschlossene Dispositionstatbestände eingegriffen. Bitte fragen Sie Herrn Steinbrück ob Planungssicherheit und verfassungsrechtliche Bedenken nicht vorgehen sollten vor rein fiskalischen Überlegungen,

Zusätzlich möchte ich auf mein Schreiben vom 26. Juli 2006 an das Bundesministerium der Finanzen zum DBA - USA hinweisen. Der geplante § 50d Abs.9 EStG in der Fassung des Referentenentwurfs des JStG 2007, könnte wohl das Ende der Freistellungsmethode für Schachteldividenden bedeuten. Treaty override?

Ansonsten haben Sie ja mit Ihrem Thesenpapier zur Steuerpolitik bereits in der Presse viel Resonanz gefunden was dem Bundesfinanzminister nicht entgangen sein dürfte. Für das Meeting wünsche ich Ihnen viel Erfolg.“

252 Felix Hierstetter antwortete dazu am 9. August 2006 (SH 47 Bd. 1 PDF 128-130):

„Lieber Herr Jackstein,

vielen Dank für Ihr e.mail und die guten Wünsche.

Zu § 50d Abs. 9 EStG hatte ich vor einigen Tagen bereits ein Gespräch mit Herrn Naumann. Es ist unstrittig nicht vorgesehen, hiermit die Anwendung der Freistellungsmethode für Schachteldividenden zu beeinträchtigen. Herr Naumann sagte, es werde wohl insoweit ggf. noch eine gesetzliche Klarstellung in der Endfassung geben.

Zu § 20 Abs 2b EStG vermute ich, dass der Tag nach dem Kabinettsbeschluss maßgeblich sein wird. Ihre Anmerkungen zu Fragen der Planungssicherheit teile ich, allerdings liegt unser „AmCham-Fokus“ natürlich nicht so sehr auf dieser Regelung.“

253 Die E-Mail von Herrn Hierstetter leitete Dr. Berger wieder an den weitgehend gleichen Personenkreis, den er über die Risiken des JStG 2007 für die ALN-Struktur informiert hatte, mit der Bitte um „höchstvertrauliche Behandlung“ weiter (z.B. 10. August 2006, 12:17 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 131-133), Macquarie, 12:18 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 134-136), Deutsche Bank):

„FYI! Mit der Bitte um höchstvertrauliche Behandlung. Im Übrigen habe ich soeben erfahren, daß der Kabinettsbeschuß über das Jahressteuergesetz 2007 auf unbestimmte Zeit verschoben ist. Der Beschluß wird jedoch baldmöglichst angestrebt.“

254 Ebenfalls am 9. August 2006 erreichte Dr. Berger die Nachricht von Manfred Materne aus dem Deutschen Sparkassen und Giroverband, dass der Kabinettsbeschluss wegen „Klärungsbedarfs“ auf unbestimmte Zeit verschoben sei (SH 47 Bd. 1 PDF 137-138). Claus-Dieter Jackstein teilte Dr. Berger am 10. August 2006 mit, der Beschluss des Bundeskabinetts sei nunmehr für den 23. August 2006 vorgesehen (SH 47 Bd. 1 PDF 139-140).

255 Am 14. August 2006 schrieb Dr. Berger um 22:27 Uhr eine E-Mail an Dr. Friedrich Merz, seinerzeit Abgeordneter des Deutschen Bundestages für die CDU, mit dem Betreff „Jahressteuergesetz 2007 – dort § 20 Abs. 2b EStG“ (SH 47 Bd. 1 PDF 141-143). In der E-Mail heißt es unter anderem:

„Sehr geehrter Herr Dr. Merz,

erlauben Sie, dass ich auf unser kurzes Telefonat von Mittwoch vergangener Woche zurückkomme.

Wie ich in unserem Gespräch kurz erwähnte, ist unsere Sozietät von der Deutschen Bank AG zu Beginn dieses Jahres mandatiert worden, ein steueroptimiertes Fondsprodukt zu entwickeln. Dieses Produkt wurde unter dem Namen OptiVest bis Ende Juni 2006 vertrieben. Ebenso waren wir von der australischen Bank Macquarie mit der rechtlichen Begleitung eines gleichen Modelles mandatiert, welches unter dem Namen Global Fortune seit 2003 vertrieben wurde.

Beide Banken haben, nachdem im Juni Presseveröffentlichungen (u.a. Der Spiegel) auftauchten, noch vor Veröffentlichung des Referentenentwurfs des Jahressteuergesetzes 2007 am 13. Juli 2006 die Fonds geschlossen und den Vertrieb eingestellt.

Das Modell, welches einem Investor eine Verlustzuweisung von 250 % zuweist und zu einer Steuerstundung von mehreren Jahren führt, basiert auf der Einkunftsart „Einkünfte aus Kapitalvermögen“ (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG).

Oben beschriebenes Modell unterfällt nicht dem § 15 b EStG. Diese Norm versagt mit Wirkung zum 10. November 2005 bei modellhaft erzeugten Verlusten für in dieser Vorschrift (enumerativ) aufgezählte Einkunftsarten nicht aber für § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG die Anerkennung. Ebenso unterstand das Modell nicht dem Regime des § 2b EStG, der Vorgängervorschrift des § 15b EStG.

[...]

Sehr geehrter Herr Dr. Merz, darf ich Sie bitten, sich dieser Sache anzunehmen mit dem Ziel, jedenfalls eine rückwirkende Anwendung des neuen § 20 Abs. 2b EStG und

damit einen Verfassungsbruch zu verhindern. Selbstverständlich werden wir bzw. unsere Mandanten Sie für Ihre Bemühungen honorieren. Für den Fall, dass Sie der Gelegenheit tätig werden können und wollen, lassen Sie mir doch kurz Ihre Honorarvorstellungen zukommen.

Mit kollegialen Grüßen

Dr. Hanno Berger

PS: Bitte bestellen Sie meinem früheren Sozienkollegen Herrn Peter Nägele viele Grüße von mir.“

256 Am 15. August 2006 traf Dr. Berger um 15:00 Uhr Herrn Christian Schmid in Frankfurt am Main (SH 47 Bd. 1 PDF 153) und besprach mit ihm die Asset Linked Note-Struktur und insbesondere ein mögliches Investment von Herrn Josef Schucker in die Struktur. Noch am selben Abend, um 21:13 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 154-155), teilte Dr. Berger Herrn Schmid mit, die Warburg Bank sei als einzige Bank „im Rennen“, weil Herr Schucker „*nichts mit einer australischen Bank (Macquarie Bank) zu tun haben*“ wolle.

257 Am 17. August 2006, um 11:44 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 156-157), schrieb Claus-Dieter Jackstein an Dr. Berger zum Zeitplan für das Gesetzgebungsverfahren. Außerdem habe die Stellungnahme von Frau Prof. Hey „*bei den Abgeordneten Wirkung gezeigt*“. Sollte die Rückwirkung gleichwohl kommen, regte er an, Frau Prof. Hey für eine Stellungnahme im Finanzausschuss zu gewinnen:

„Hallo Herr Dr. Berger,

Folgender vorläufiger Zeitplan ist für das Gesetzgebungsverfahren vorgesehen:

- *Am 23. August 2006 Kabinettsbeschluss zum Referentenentwurf (Eine Agenda liegt noch nicht vor und ist auch nicht vor Montag dem 21.8.06 zu erwarten) Knackpunkte nach wie vor u.a. § 15b EStG und § 50d (9) EStG, was eine Verschiebung des Beschlusses um eine Woche zur Folge haben könnte. CDU will Rückwirkung vermeiden und Grundfunktion der Freistellungsmethode erhalten. Ausgang nach wie vor offen. Einschätzung: Stellungnahme von Frau Prof. Dr. Hey hat bei den Abgeordneten Wirkung gezeigt. Nunmehr muß das Bundeskanzleramt noch überzeugt werden was in der Zwischenzeit mit halbem Erfolg geschehen ist.. Gegenargumente sind Steuerausfälle und das Schließen von Steuerschlupflöchern.*

Sollte die Rückwirkung kommen, bleibt das Gesetzgebungsverfahren mit Anhörungen des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages. Hier werden Stellungnahmen, wie die von Prof. Hey, eine wichtige Rolle spielen. Prof. Dr. Hey müßte dafür gewonnen werden.

- 6. September 2006: Sitzung der Arbeitsgruppe Finanzen der CDU/CSU- Bundestagsfraktion. Thema: JStG 2007.
- 28. September 2006: 1. Lesung im Bundestag.
- 18. Oktober 2006: Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags
- 25. Oktober 2006: Abschließende Stellungnahme des Finanzausschusses
- 27. Oktober 2006: 2. und 3. Lesung im Bundestag
- Zuleitung des beschlossenen Gesetzes an den Bundesrat im November 2006
- Verkündigung [sic] im Dezember 2006.“

bb) Die E-Mail vom 18. August 2006

258 Am Tag darauf, dem 18. August 2006, 15:01 Uhr (SH 10 Bd. 4, Bl. 26 f.), schrieb Dr. Berger die von der Staatsanwaltschaft und der 12. Großen Strafkammer grob fälschlich für eine Beeinflussung der Regelungen des JStG 2007 zu Cum/Ex-Transaktionen bemühte E-Mail an Herrn Schmid:

„Sehr geehrter Herr Schmid,

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.

Ein schönes Wochenende und beste Grüße

Dr. Hanno Berger“

259 Die exakt gleiche E-Mail mit dem (bis auf die Anrede) exakt gleichen Wortlaut ging auch an den Personenkreis, den Dr. Berger fortlaufend über die Problematik der rückwirkenden Anwendung des geplanten § 20 Abs. 2b EStG informiert hatte. Insgesamt mindestens 16 weitere externe Personen sowie das gesamte Dewey-Steuer team erhielten die E-Mail:

1. Axel von Rosen (Macquarie Bank, SH 47 Bd. 1 PDF 158-159)
2. Catherine Macdonald (Macquarie Bank, SH 47 Bd. 1 PDF 160-161)

3. Gerd Knoll (Steuerberater Herr Josef Schucker, SH 47 Bd. 1 PDF 162-163)
4. Daniela Rudolf (UBS, SH 47 Bd. 1 PDF 164-165)
5. Ralf Zirn (UBS, SH 47 Bd. 1 PDF 164-165)
6. Jörg Rosowski (Mandant Dr. Berger, SH 47 Bd. 1 PDF 166-167)
7. Dr. Thomas Arntz (Deutsche Bank AG, SH 47 Bd. 1 PDF 168-169)
8. Andreas Löschinger (Deutsche Bank AG, SH 47 Bd. 1 PDF 170-171)
9. Alexander Szewald (Deutsche Bank AG, SH 47 Bd. 1 PDF 172-173)
10. Daniel Mühlemann (Crédit Suisse, SH 47 Bd. 1 PDF 174-175)
11. Martin Böhringer (Crédit Suisse, SH 47 Bd. 1 PDF 174-175)
12. Neil Brown (Crédit Suisse, SH 47 Bd. 1 PDF 174-175)
13. Notar Meyer (SH 47 Bd. 1 PDF 178-179)
14. Andreas Bornmüller (HVB, SH 47 Bd. 1 PDF 180-181)
15. Christian Hoppmann (HVB, SH 47 Bd. 1 PDF 180-181)
16. Nicolas Blanchard (HVB, SH 47 Bd. 1 PDF 180-181)
17. Verteiler des Steuerteams Dewey LeBoeuf (SH 47 Bd. 1 PDF 176-177)

260 Schon danach kann sich diese E-Mail unmöglich auf eine zwischen Dr. Berger und Herrn Schmid angeblich abgesprochene Beeinflussung der Regelungen des Jahressteuergesetzes 2007 zu Cum/Ex-Transaktionen bezogen haben.

261 Entgegen der Informationen von Dr. Berger entschied das Bundeskabinett außerdem gleichwohl am „kommenden Mittwoch“. Auch sah der vom Bundeskabinett beschlossene Entwurf in § 52 Abs. 37d EStG die rückwirkende Anwendung für das gesamte Jahr 2006 vor (BR Drs. 622/06, S. 16). Bereits um 12:25 Uhr schrieb Dr. Berger an Herrn Schmid (SH 10, Bd. 4, Bl. 28 f.) sowie erneut an alle weiteren Empfänger seiner E-Mail vom 18. August 2006, die Lage sei „äußerst misslich“, aber eine Einflussnahme sei nach wie vor möglich (SH 47 Bd. 1 PDF 182-201). Dieses Mal sparte Dr. Berger sich die personalisierte Anrede und versandte vollständig wortlautidentische E-Mails:

„Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass entgegen aller Äußerungen im Vorfeld die Bundesregierung heute über einen Kabinettsentwurf zu § 20 Abs. 2b EStG beschließen wird. Danach soll die Gesetzesänderung wider Erwarten sogar rückwirkend zum 1.

Januar 2006 in Kraft treten. Das hätte zur Folge, dass Verluste, die aufgrund modellhafter Gestaltung entstanden sind, als nicht abzugsfähig behandelt werden.

Diese Entwicklung war nicht vorhersehbar, weil zahlreiche Quellen (Verbände, Wirtschaftsinstitute und andere Interessenvereinigungen) unabhängig voneinander wohl bewusst falsch informiert wurden.

Das Gesetzgebungsverfahren ist damit zwar in Gang gebracht, dennoch ist eine Veränderung des Gesetzes im Lauf des Verfahrens durchaus noch möglich. Gleichwohl ist die Lage äußerst misslich und unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht zu erklären.

Über den weiteren Verlauf werde ich Sie informieren.“

- 262 Nur wenige Stunden später, am 23. August 2006, um 16:40 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 202-204), schrieb die Wirtschaftswoche an das Büro Dr. Berger und bat um die Freigabe von Zitaten für einen Artikel, die unmittelbar erfolgte:

„das Bundeskabinett hat nun doch heute entschieden, wir ändern deshalb unseren Plan und bringen doch ein kurzes Stück zum Jahressteuergesetz. Darin würde ich Herrn Berger gerne wie folgt zitieren:

(...) „Die rückwirkende Regelung sei „verfassungsrechtlich höchst bedenklich“, moniert Hanno Berger, Steuerrechtler bei der Kanzlei Dewey Ballantine und Erfinder der Fonds. „Die Anleger haben im Vertrauen auf die geltenden Gesetze investiert und werden jetzt bestraft.“ Zudem habe das Modell jahrelang funktioniert, ohne dass sich der Fiskus darum scherte.

(...) Ob eine Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht Erfolgchancen hat, ist fraglich. Die Karlsruher Verfassungshüter hatten im Frühjahr in einer Urteilsbegründung angedeutet, dem Gesetzgeber in fiskalischen Fragen künftig größeren Spielraum einzuräumen als in der Ära Paul Kirchhoff. „Es gibt eine Tendenz, dem Staat mehr und mehr entgegen zu kommen“, kritisiert Berger.

Eine Rückmeldung bis morgen Mittag wäre gut, wir haben Nachmittags Redaktionsschluss.“

- 263 Ebenfalls am 23. August 2006, um 16:53 Uhr (SH 47 Bd. 1 PDF 205-207), schrieb Claus-Dieter Jackstein (im cc. Dr. Berger und Dr. Steck) an Frau Prof. Hey:

„Sehr geehrte Frau Professor Dr. Hey,

Soeben ist über den Ticker des BMF der Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Jahressteuergesetzes 2007 veröffentlicht worden, welches heute im Bundeskabinett beschlossen worden ist.

Dabei ist die rückwirkende Anwendung von 15b EStG auf Kapitaleinkünfte durch den Hinweis auf Absatz 33a meines Erachtens noch verschärft worden (11. November 2005). Siehe Nr. 40 j auf Seite 16 und die Erläuterungen zu Buchstabe 40 j auf den Seiten 107/108 zum Gesetzentwurf. Ihre letzte Stellungnahme, die wir dankend entgegengenommen haben, ist den Mitgliedern des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages bekannt. Schon aus diesem Grund wäre es auch von unserer Seite her wünschenswert, von Ihnen zu erfahren, wie Sie die Begründung des BMF zu diesem Vorgehen kommentieren.

Vielen Dank und beste Grüße“

- 264 Dr. Berger setzte seine Bemühungen, die rückwirkende Anwendung des § 20 Abs. 2b EStG zu verhindern, auch in der Folge fort. Beispielsweise beauftragte er zusätzlich Prof. Dr. Rupert Scholz (CDU) mit der Erstellung eines Gutachtens, der dieses am 25. September 2006 übermittelte und dafür brutto EUR 81.200,00 berechnete (SH 47 Bd. 1 PDF 213-303). Bezahlt wurde das Gutachten ausweislich einer E-Mail vom 26. September 2009 (22:10 Uhr, SH 47 Bd. 1 PDF 316-317) von der Macquarie Bank und der Deutsche Bank AG. Das Gutachten wurde am 25. und am 26. September 2006 nicht nur an die Deutsche Bank AG (SH 47 Bd. 1 PDF 304-305) und die Macquarie Bank (SH 47 Bd. 1 PDF 306-307), sondern – unter anderem – zusätzlich zu der Stellungnahme von Frau Prof. Dr. Johanna Hey – an Carl-Ludwig Thiele (CDU, SH 47 Bd. 1 PDF 308-309), Dr. Michael Meister (CDU, SH 47 Bd. 1 PDF 310-311), Otto Bernhardt (CDU, SH 47 Bd. 1 PDF 312-313) und Eduard Oswald (CSU, SH 47 Bd. 1 PDF 314-315) versandt.
- 265 Am 29. September 2006 erschien in der Börsenzeitung ein Gastbeitrag von Dr. Berger und Dr. v. Crailsheim, der sich gegen die rückwirkende Anwendung von § 20 Abs. 2b EStG wendet (SH 47 Bd. 1 PDF 318-321). Ebenfalls am 29. September 2006 stellte Dr. Berger fest, dass Frau Prof. Dr. Johanna Hey als Sachverständige zum Finanzausschuss eingeladen wurde und bat diese daher gemeinsam mit Claus-Dieter Jackstein um ein Treffen vor der Ausschusssitzung (SH 47 Bd. 1 PDF 322-323). Am 5. Oktober 2006 übersandte Dr. Berger Frau Prof. Dr. Hey mit Blick auf den Anhörungstermin und das bevorstehende Gespräch das Gutachten von Prof. Dr. Scholz und weitere Unterlagen (SH 47 Bd. 1 PDF 324-325). Am 15. Oktober 2006 übermittelte Frau Prof. Dr. Hey eine ergänzende Stellungnahme an den Finanzausschuss (SH 47 Bd. 1 PDF 326-Bd. 2 PDF 3), an der Anhörung nahm aber letztlich wohl nur Prof. Dr. Rupert Scholz teil (siehe Börsenzeitung vom 17. Oktober 2006, SH 47 Bd. 2 PDF 4-6).
- 266 Im Anschluss an die Anhörung schrieb Dr. Berger am 24. Oktober 2006 auch selbst an die Mitglieder des Finanzausschusses (SH 47 Bd. 2 PDF 7-14). Diese Stellungnahme leitet er wiederum an die Macquarie Bank (SH 47 Bd. 2 PDF 15-22) und die Deutsche Bank AG (SH 47 Bd. 2 PDF 23-30) weiter. Axel von Rosen von der Macquarie Bank antwortete daraufhin: „*vielen Dank Hanno, das liest sich plausibel, hoffentlich wird letztendlich nicht nach rein fiskalischen Erwägungen entschieden. Aber gut zu sehen, dass die CDU anscheinend etwas Druck macht!*“, (SH 47 Bd. 2 PDF 31-32). Am 24. Oktober 2006 heißt es jedenfalls im Handelsblatt (SH 47 Bd. 2 PDF 73):

„Jahressteuergesetz 2007 [...] Während die SPD weiter darauf beharrt, dass Verluste aus geschlossenen Fonds bereits ab 1. Januar 2006 nicht mehr steuermindernd anerkannt werden, plädiert die Union für Vertrauensschutz: Sie verlangt, dass der Tag des Kabinettsbeschlusses, der 23.9.2006, das Enddatum sein solle. Dies würde laut Gesetzesentwurf zu Steuerausfällen in Höhe von 685 Mill. Euro in diesem Jahr führen. Die Banken hatten allerdings die neuen Steuersparmodelle von vorne herein mit einer Rückabwicklungsklausel versehen. „Hier wird keinem Anleger etwas weggenommen“, sagte Poß dem Handelsblatt.“

- 267 Am 3. November 2006 verteilte dann Claus-Dieter Jackstein Dewey-intern ein „Memo Jahressteuergesetz 2007 – Verfahrensstand“, in dem es heißt (SH 47 Bd. 2 PDF 74-78):

„Das Koalitionsgespräch am 6. November 2006 zwischen Vertretern der Koalitionsparteien wird Klarheit darüber schaffen, ab wann die Gesetzeslücke bei Steuerspar-/Steuerstundungsmodellen geschlossen werden soll. Die SPD beharrt weiterhin auf den 1.1.2006. Die CDU/CSU auf den Kabinettsbeschluss (23. August 2006).

Der Ausgang ist völlig offen.“

- 268 Ungeachtet der Anstrengungen von Dr. Berger entschied sich die Koalition am 6. November 2006 für die Rückwirkung. Dr. Berger schrieb am Abend des 6. November 2006 an Axel von Rosen (Macquarie Bank, SH 47 Bd. 2 PDF 79-80) und Andreas Löschinger (Deutsche Bank, SH 47 Bd. 2 PDF 81-82):

„leider habe ich schlechte Neuigkeiten aus Berlin:

Nach unseren Informationen hat sich die Koalition auf die Rückwirkung zum 1. Januar 2006 geeinigt.

Ich melde mich, sobald ich mehr Informationen habe.“

- 269 Am 13. Dezember 2006 wurde das Jahressteuergesetz im Bundesgesetzblatt mit der von der Bundesregierung beschlossenen Rückwirkung verkündet (BGBl. I 2006, S. 2878 (2886).

- 270 **Zum Versuch einer Einflussnahme auf die Regelung zu Leerverkäufen in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG findet sich in der gesamten Kommunikation von Dr. Berger kein einziges Wort.**

- 271 Angesichts des vorstehend dargestellten Ablaufs ist die Behauptung der Anklagen, Herr Schmid habe Einfluss auf das Jahressteuergesetz 2007 nehmen wollen (S. 105 f. bzw. S. 107 f., oben Rn. 233) eindeutig widerlegt. Sie war **frei erfunden**. Es kann ausgeschlossen werden, dass dies Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker und ihren Ermittlungspersonen nicht bewusst war, als Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die Anklage vom 27. Mai 2020 verfasste. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker und ihre Ermittlungspersonen werden schlechterdings nicht behaupten wollen, dass sie das Postfach von Herrn Dr. Berger nicht einmal nach dem Stichwort „Jahressteuergesetz 2007“ durchsucht haben, bzw. haben durchsuchen lassen.

Wenn dies aber geschehen ist, konnte ihnen die vorstehende Kommunikation unmöglich verborgen bleiben. Auch im Hinblick auf die E-Mail vom 18. August 2006 hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker dem Landgericht Bonn damit einen verfälschten Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt. Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass das Landgericht Bonn die E-Mail vom 18. August 2006 in seinem Urteil vom 1. Juni 2021 gegen Herrn Christian Schmid ausdrücklich als „tragend“ für den Vorsatz von Herrn Schmid herangezogen hat:

„**Tragend** für die Überzeugung der Kammer von der Kenntnis des Angeklagten bezüglich des Vorliegens von Leerverkäufen sowie dem nicht erfolgten Steuerabzug auf die Dividendenkompensationszahlung sind indes die nachfolgend dargelegten Umstände.

(a) Die Kammer ist aufgrund der Ergebnisse der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Umstrukturierung der im Jahr 2006 durchgeführten Geschäfte im Jahr 2007 allein vor dem Hintergrund erfolgte, dass die Warburg Bank der durch § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4, § 43 Abs. 1 Nr. 1, § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG [VZ 2007] begründeten Steuerabzugsverpflichtung der Depotbank eines Leerverkäufers entgehen wollte. Demgegenüber schließt sie aus, dass der Angeklagte und weitere Verantwortliche der Warburg Bank infolge des Inkrafttretens des Jahressteuergesetzes 2007 entschieden hatten, - selbst nicht mehr an Leerkaufsmodellen um den Dividendenstichtag mitzuwirken.

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. Insbesondere sollten Geschäftsmodelle, die auf eine CumCum-Struktur abzielen, durch das Jahressteuergesetz keinerlei Regelung zugeführt werden. Dies spricht deutlich dafür, dass der gesondert Verfolgte Dr. Berger sowie der Angeklagte frühzeitig erkannten, dass das erwartete Jahressteuergesetz 2007 die seitens der Warburg Bank praktizierten CumEx-Leerkaufgeschäfte betreffen würde und dass nunmehr nach Möglichkeiten zu suchen war, diese gleichwohl auch in Zukunft durchführen zu können.

Soweit der Angeklagte geltend gemacht hat, er habe der Email keine weitere Bedeutung beigemessen, wertet die Kammer dies - wie bereits dargelegt - als reine Schutzbehauptung. Der gesondert Verfolgte Dr. Berger ging bei der Abfassung der Email augenscheinlich davon aus, der Angeklagte sei mit dem erwarteten Inhalt des Jahressteuergesetzes vertraut und habe erkannt, welche Interessen der Warburg Bank durch dieses betroffen sein könnten. Dann musste die Email aber einen realen Hintergrund derge-

stalt haben, dass zwischen dem gesondert Verfolgten Dr. Berger sowie dem Angeklagten Gespräche über eine Fortführung der CumEx-Geschäfte im Jahr 2007 bereits stattgefunden hatten, da keinerlei Anlass für eine irgendwie geartete Lobbyarbeit bestanden hätte, wenn seitens der Warburg Bank ab 2007 nur noch Geschäfte mit Inhaberverkäufen hätten durchgeführt werden sollen.“ (Seite 187 f. des Urteils vom 1. Juni 2021, Az.: 62 KLS 1/20, Hervorhebungen durch Verf.)

- 272 Diese Urteilsgründe belegen die für den am 1. Juni 2021 verurteilten Christian Schmid geradezu katastrophalen Folgen einer bewusst unvollständigen Darstellung der Zusammenhänge der Aktivitäten von Herrn Dr. Berger betreffend das Jahressteuergesetz 2007.

2. Overview Dividendenoptimierung

- 273 Einseitig zu Lasten der Angeklagten Schmid, Dörscher, Hagel, Dr. Mertens und Dr. Olearius verfälscht ist auch die Darstellung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker zu einer im Auftrag von Dr. Berger am 10. Oktober 2007 an Herrn Dörscher übermittelten Übersicht mit dem Titel „Zwischenstand Overview Dividendenoptimierung“ (SH 10 Bd. 9 PDF 140-150) nebst einer Präsentation mit dem Titel „Step-Plan Aktienverkauf“ (SH 10 Bd. 9 PDF 151-156). Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker stellt den „Zwischenstand“ so dar, als handle er nur Leerverkaufstransaktionen und als handle es sich deshalb um einen „*eindeutigen Beleg*“ dafür, wie die Transaktionen des Eigenhandels verstanden worden seien (S. 226 f. der Anklage vom 27. Mai 2020. S. 117 f. der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Eindeutiger Beleg dafür, dass die Beteiligten wussten, dass es sich um Leerverkaufsgestaltungen zur mehrfachen Erlangung von Kapitalertrag-Steuer und Solidaritätszuschlag gehandelt hat, ist die von der Zeugin Leckschas an den Angeschuldigten Dörscher am 10. Oktober 2007 übersandte E-Mail mit der Datei „Zwischenstand Overview Dividendenoptimierung“ sowie die Präsentation „Step-Plan Aktienverkauf“ mit dem eindeutigen Hinweis auf Pläne zur Durchführung von Leerverkaufsgestaltungen und dem Effekt der doppelten Anrechnung von Kapitalertragsteuer“⁴¹⁰ [Vgl. E-Mail Leckschas an Dörscher vom 10.10.2007, 16:55:35 Uhr.]

Es wird für verschiedene Länder eine „Short Sale (Roth-Struktur)“ geprüft, wobei in diesem Zusammenhang von „doppelte Anrechnung der Kapitalertragsteuer“ die Rede ist. Insoweit wird dargelegt, dass diese in Österreich, Spanien und der Schweiz funktionieren.“

- 274 Zutreffend daran ist zwar, dass in der Übersicht zwar auch von einer „Short Sale (Roth-Struktur)“ die Rede ist. Daneben ist aber – insbesondere unter der Überschrift „Alternativstruktur Quellensteueroptimierung“ auch von „klassischen“ Dividendenstripping-Geschäften die Rede. Diese Geschäfte werden ausdrücklich als Inhabergeschäfte bezeichnet. Beispielsweise heißt es zu Österreich (SH 10 Bd. 9 PDF 143):

„Verschiedene Trader wurden von uns (KUS) angefragt; diese Trader haben Kontakt zu möglichen Targets, die außerhalb von Österreich (in Deutschland und andernorts) ansässig sind und eine Beteiligung unter 10 % an österreichischen Aktiengesellschaften halten.“

275 Ersichtlich sollte gerade für diese Geschäfte das Interesse der Warburg Bank geweckt werden. Denn allein für Österreich wurde eine weitere, detaillierte Beschreibung beigelegt, der „Step-Plan Aktienverkauf“ (SH 10 Bd. 9 PDF 151-156). Auch dort werden ausdrücklich Inhabergeschäfte beschrieben (SH 10 Bd. 9 PDF 152):

„Anlage

- *Ausgangslage: Deutsche AG hält Beteiligung an österreichischer, börsennotierter AG.*
- *Die Österreichische GmbH, deren Gesellschafter zu 100% die deutsche Investor AG ist, kauft Aktien an Österreichischer AG unmittelbar vor deren Hauptversammlung Over the Counter (OTC) für 99 von Deutsche AG (Kauf „cum dividend“). Der Börsenkurs beträgt zum Zeitpunkt des Kaufs 100.*
- *Österreichische GmbH schließt zeitgleich mit Bank Forward (alternativ: Put Option) ab. Der Verkaufspreis ist > 90, z.B. 90. Der Verlust auf Ebene der österreichischen GmbH i.H.v. 9 (90 (Forward-Verkaufspreis) – 99 (Kaufpreis)) ist steuerlich nicht abzugsfähig.“*

276 Zum Hintergrund der Geschäfte wird ausdrücklich die Benachteiligung von Steuerausländern im Vergleich zu Steuerinländern angeführt (SH 10 Bd. 9 PDF 156):

„Genereller Anwendungsbereich der Quellensteueroptimierung:

- *Alle Staaten, in denen – wie in Österreich – Inlandsdividenden steuerfrei sind (sehr häufig der Fall), und*
- *wo (deutsche) Aktionäre Aktienbeteiligungen an dort ansässigen Gesellschaften halten, die nicht unter den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie fallen, und*
- *die (deutschen) Aktionäre in ihrem Ansässigkeitsstaat (in Deutschland) und im Quellenstaat bei Aktienveräußerungen günstiger besteuert werden als beim direkten Bezug von Dividenden.“*

277 Mehrere Urkunden belegen, dass die Verantwortlichen der Warburg Bank bei den Single-Future-Transaktionen von einer solchen „Quellensteueroptimierung“, also „klassischem“ Dividendenstripping mit ausländischen Inhabern ausgingen. Das betrifft insbesondere das Diskussionspapier Paul Mora vom 20. Februar 2008 (SH 10 Bd. 13 PDF 16-32, siehe dazu S. 57 ff.,

Rn. 118 ff.) und die Transaktionsbeschreibung von Herrn Hagel und Herrn Menge vom 22. Juni 2010 (siehe dazu S. 77 ff., Rn. 168 ff. und S. 108 ff., Rn. 227 ff.).

- 278 Außerdem wurde keines der in der Übersicht vom 10. Oktober 2007 vorgeschlagenen Geschäftsmuster – weder „Short Sales“ noch „Quellensteueroptimierungen“ – umgesetzt. In dem „Zwischenstand“ wird kein Vergleich der verschiedenen Strukturen mit den tatsächlich von der Warburg Bank in deutschen Aktien im Jahr 2007 bereits durchgeführten Geschäften vorgenommen. Aus dem Dokument selbst und den begleitenden Umständen kann daher nicht darauf geschlossen werden, wie die Verantwortlichen der Warburg Bank die tatsächlich durchgeführten Geschäfte verstanden haben. Im Gegenteil: Zu keinem Zeitpunkt wurden die von der Warburg Bank getätigten Geschäfte etwa von dieser selbst als „Short Sale (Roth-Struktur)“ bezeichnet. Vielmehr wurden sie intern ausdrücklich als Inhabergeschäfte verstanden und bezeichnet (siehe insbesondere S. 57 ff., Rn. 118 ff., S. 73 f., Rn. 157 und S. 77 ff., Rn. 168 ff.).
- 279 Die Haltung der Verantwortlichen der Warburg Bank zu Gestaltungen mit mehrfacher Steuererstattung wird demgegenüber eindeutig durch den Vermerk von Herrn Dr. Eckardt vom 30. November 2010 (SH 10 Bd. 58 PDF 431) belegt. In dem Vermerk berichtet Herr Dörscher von einer externen Finanzierungsanfrage für ein Projekt, bei dem es zu einer Steuererstattung „*sowohl in Luxemburg als auch in England*“ kommen soll. Von Herrn Dr. Lütgerath, der bereits „erhebliche Zweifel“ anmerkte, nach seiner Meinung befragt, notierte Herr Dr. Eckardt auf dem Vermerk: „*kommt nicht in Frage*“ (siehe auch Rn. 125 der Erklärung der Verteidigung gemäß § 257 Abs. 2 StPO vom 26. Februar 2024 zur Aussage des Zeugen Christian Schmid).
- 280 Danach hätte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker diese E-Mail nicht als „eindeutigen Beleg“ bezeichnen dürfen, sondern hätte zumindest in den Anklagen auf die vorstehenden Punkte hinweisen müssen. Dies gilt erst recht angesichts der Tatsache, dass Herr Dr. Steck und Herr Dr. Berger nach den Ermittlungsergebnissen von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker – beispielsweise im Fall Erwin Müller – so weit gingen, ihren Mandanten oder Kunden Unterlagen unterzuschieben, die ihre Kenntnis von Leerverkäufen konstruieren sollten (siehe S. 84 ff., Rn. 174 ff.). Offensichtlich hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker diese Möglichkeit hier – anders als im Fall Müller, wo sie diese als nachgewiesen ansah – ausgeblendet. Darin liegt erneut eine – bewusst – verfälschende Darstellung des durch das Landgericht Bonn zu entscheidenden Sachverhalts.

3. Spiegel-Artikel 2009

- 281 Offensichtlich verkürzt und verfälschend ist auch die Darstellung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker zu einem Artikel im Magazin Der SPIEGEL 29/2009 vom 13. Juli 2009. In der Anklage vom 27. Mai 2020 heißt es dazu auf Seite 236 (S. 155 der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Die Angeschuldigten Hagel, Dr. Mertens und Schmid nahmen zudem den Artikel des Spiegel-Artikels „Hase und Igel“ zur Kenntnis⁴³⁸ [Vgl. E-Mail Dr. Mertens an Schmid, Dr. Eckardt und

Dr. Klünger vom 14.07.2009, 11:23:29 Uhr; vgl. E-Mail Dr. Mertens an Hagel vom 15.07.2009, 10:27:13 Uhr.] Darin beschreibt der Autor das Cum/Ex-Leerverkaufsmodell und die Ansicht der Finanzverwaltung. Der Angeschuldigte Hagel empfand dies offensichtlich als „Mobbing“⁴³⁹ [Vgl. E-Mail Hagel an Dr. Mertens vom 15.07.2009, 10:59:42 Uhr.]“

- 282 Zutreffend ist, dass es in dem Artikel um Leerverkaufsgestaltungen geht, bei denen es zu einer Anrechnung oder Erstattung nicht gezahlter Steuern kommt. In dem Artikel heißt es:

„[...] Ausgerechnet viele Großanleger, die von den staatlichen Stützungsmaßnahmen für den Finanzsektor besonders profitieren, wollen mit Hilfe höchst komplexer, grenzüberschreitender Börsenmanöver das deutsche Finanzamt austricksen.

Dabei besteht „die Gefahr, dass zwei Steuerbescheinigungen ausgestellt werden, obwohl nur einmal Kapitalertragsteuer abgeführt wurde“, bestätigt ein Sprecher des Bundesfinanzministeriums (BMF). Bei der Veranlagung lassen sich also Steuern zurückfordern, die nie bezahlt worden sind.

[...]

Ein toter Winkel im internationalen Abwicklungssystem für Wertpapiergeschäfte macht die jüngste Gaunerei möglich. Ein Profianleger verkauft eine geliehene Dax-Aktie über eine ausländische Bank. Zum selben Zeitpunkt erteilt ein deutscher Finanzinvestor für diese Aktie einen Kaufauftrag. Das Geschäft wird laut BMF „in zeitlicher Nähe vor dem Dividendenausschüttungstermin“ angestoßen.

Es kommt zu einer paradoxen Situation: Aufgrund der Trägheit der Abwicklung ist für rund 48 Stunden nicht genau klar, wer der Eigentümer der Aktie und damit dividendenberechtigt ist. Scheinbar gibt es zwei Besitzer der Papiere. Das System spuckt beim ursprünglichen Eigentümer und dem Käufer der Aktie jeweils eine Steuerbescheinigung aus, obwohl nur einmal bezahlt wurde. Denn die ausländische Bank führt keine Kapitalertragsteuer an den hiesigen Fiskus ab.

Der komplexe Trick kursiere „schon seit längerem“, sagt der Steuerspezialist einer ausländischen Großbank. Erst kürzlich musste er für Londoner Kollegen prüfen, ob das ein neues Kundenprodukt sein könnte.“

- 283 Allerdings zitiert Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die E-Mail von Herrn Hagel in den Anklagen in sinnentstellender Weise einseitig. Gerade zu den steuerlichen Ausführungen in dem Artikel führte Herr Hagel in seiner E-Mail aus (SH 10 Bd 34 PDF 5):

„Was das steuerliche angeht, ich glaube nicht, dass es so etwas wirklich gibt!“

- 284 Angesichts des Inhalts des Artikels kann diese Bewertung von Herrn Hagel nur bedeuten, dass Herr Hagel – insbesondere aufgrund der vorstehend dargestellten Täuschungshandlungen – davon ausging, dass es bei den Transaktionen der Warburg Bank und auch grundsätzlich bei

Cum/Ex-Transaktionen nicht zur Anrechnung oder Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer kommen würde. Auf diese Weise ergibt auch seine in der E-Mail eingangs geäußerte, in den Anklagen ohne Kontext aufgegriffene Bewertung des Artikels – „*Das hat ein wenig was von Mobbing ...*“ – Sinn, nämlich in der Weise, dass die Transaktionen, die eine unionsrechtswidrige Benachteiligung von Steuerausländern ausnutzen sollten, aus seiner Sicht zu Unrecht durch die Berichterstattung in ein schlechtes Licht gerückt wurden.

4. Scheinrechnungen

- 285 Einseitig verfälschend ist auch die Darstellung der Anklagen zu den sog. „Scheinrechnungen“ der Bank Sarasin, mit denen Dr. Berger und Dr. Steck ihre Provisionen abrechneten. Auf S. 278 f. der Anklage vom 27. Mai 2020 heißt es dazu (S. 362 der Anklage vom 1. Juli 2022):

„Nach den oben dargestellten Maßstäben handelten die Angeschuldigten Hagel, Dörscher, Schmid und Dr. Mertens von Anfang an vorsätzlich [...].

Insbesondere die jahrelange Praxis, die exorbitanten Gewinnanteile der gesondert Verfolgten Dr. Berger und Dr. Steck über Scheinrechnungen zu verschleiern, lässt auf ein vorhandenes Problembewusstsein bei den Beteiligten schließen.“

- 286 Auch diese Darstellung ist offensichtlich unzutreffend, was auch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker bei Erhebung der Anklagen bekannt war. Dies wird insbesondere dadurch ersichtlich, dass Dr. Berger und Dr. Steck auch Provisionen für die sog. ALN-Struktur auf die gleiche Weise abrechneten. Die Rechtmäßigkeit dieser Strukturen hat auch die Staatsanwaltschaft Köln nie in Zweifel gezogen. Wenn aber auch Provisionen für ersichtlich nicht zu beanstandende Transaktionen auf gleiche Weise abgerechnet wurden, wie die Cum/Ex-Transaktionen des Eigenhandels der Warburg Bank, kann die Abrechnungsmodalität nicht als Zeichen eines angeblichen „Problembewusstseins“ herangezogen werden.

VIII. Zwischenergebnis

- 287 Zusammenfassend hat Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker nicht nur ihre Verpflichtung aus § 160 Abs. 2 StPO, auch entlastende Umstände zu ermitteln, angesichts der „Kronzeugenaussagen“ wegen derer man „*sich überhaupt nicht mehr einen abbrechen [müsse] mit Indizien oder sonst was*“ (Wortprotokoll zur öffentlichen Sitzung des Untersuchungsausschusses der Hamburgischen Bürgerschaft vom 3. Dezember 2021), vollständig außer Acht gelassen. Sie hat sogar vielfach ihr vorliegende entlastende Beweismittel in den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 bewusst verschwiegen oder falsch dargestellt oder es unterlassen, von ihr selbst als geboten erkannte entlastende Ermittlungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.

B. Rechtlicher Maßstab

- 288 Ein Staatsanwalt kann Täter einer Rechtsbeugung im Sinne des § 339 StGB sein, wenn er wie ein Richter in einem rechtlich vollständig geregelten Verfahren zu entscheiden hat und dabei

einen gewissen Grad sachlicher Unabhängigkeit genießt. Diese Voraussetzungen hat der Bundesgerichtshof sowohl für staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügungen als auch für Anklageerhebungen bereits bejaht (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 18, vgl. BGH, Urt. v. 15.09.1995 – 5 StR 713/94, BGHSt 41, 247, 249, juris Rn. 43).

- 289 Als eine Beugung des Rechts im Sinne von § 339 StGB kommen nur elementare Rechtsverstöße in Betracht. Dabei indizieren die Einordnung der Rechtsbeugung als Verbrechen und die gemäß § 24 Nr. 1 DRiG, § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BeamStG im Fall einer Verurteilung kraft Gesetzes eintretende Beendigung des Richter- oder Beamtenverhältnisses die Schwere des Unwerturteils (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 19 m.w.N.). § 339 StGB erfasst deshalb nur Rechtsbrüche, bei denen sich der Richter oder Amtsträger bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache bewusst in schwerwiegender Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an eigenen Maßstäben ausrichtet (st. Rspr., BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 19 m.w.N.). Eine unrichtige Rechtsanwendung reicht daher für die Annahme einer Rechtsbeugung selbst dann nicht aus, wenn sich die getroffene Entscheidung als unvertretbar darstellt (st. Rspr., BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 19 m.w.N.). Ob ein elementarer Rechtsverstoß vorliegt, ist auf der Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände zu entscheiden (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 19 m.w.N.).
- 290 Eine Rechtsbeugung kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auch durch einen Verstoß gegen Verfahrensrecht begangen werden (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 20 m.w.N.). In diesem Fall ist es jedoch erforderlich, dass durch die Verfahrensverletzung die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung zum Vor- oder Nachteil einer Partei begründet wurde, ohne dass allerdings ein Vor- oder Nachteil tatsächlich eingetreten sein muss (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 20 m.w.N.). Daneben kann auch Bedeutung erlangen, welche Folgen der Verstoß für eine Partei hatte, inwieweit die Entscheidung materiell rechtskonform blieb und von welchen Motiven sich der Richter oder Amtsträger bei der Entscheidung leiten ließ (vgl. BGH, Urteile vom 05.12.1996 – 1 StR 376/99, BGHSt 42, 343, 351; vom 20.09.2000 – 2 StR 276/00, NStZ-RR 2001, 243, 244; vom 18.07.2013 – 4 StR 84/13, NStZ 2013, 655, 656; vom 13.05.2015 – 3 StR 498/14, NStZ 2015, 651, 652).
- 291 Hat der Täter Verfahrensrecht durch ein Unterlassen (§ 13 Abs. 1 StGB) verletzt, wird das Tatbestandsmerkmal der Rechtsbeugung in der Regel nur dann als erfüllt angesehen werden können, wenn eine rechtlich eindeutig gebotene Handlung unterblieben ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Richter oder Staatsanwalt bewusst gegen eine Vorschrift verstoßen hat, die ein bestimmtes Handeln unabweislich zur Pflicht macht (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 21).
- 292 Bei staatsanwaltlichen Verfahrenshandlungen kommt ein elementarer Rechtsverstoß im Sinne des § 339 StGB insbesondere bei Verletzungen des Legalitätsgrundsatzes in Betracht, der zu

den wesentlichen Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts zählt (vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 24). Zu den Vorschriften, in denen das Legalitätsprinzip Niederschlag gefunden hat, gehört auch § 160 StPO (vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 24). Maßstab für die Beurteilung staatsanwaltschaftlichen Handelns ist dabei grundsätzlich die Rolle der Staatsanwaltschaft als „Wächter der Gesetze“ und als ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege sowie der hieraus folgenden Pflicht zur Objektivität, die insbesondere in § 160 Abs. 2 StPO ihren Niederschlag im Gesetz gefunden hat (vgl. zur Befangenheit von Staatsanwälten als Sitzungsvertretern BGH, Beschl. v. 18.01.2024 – 5 StR 473/23, NJW-Spezial 2024, 473, juris Rn. 10 m.w.N.). Verletzt ein Staatsanwalt seine Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens derartig schwer und nachhaltig, dass sich sein Verhalten in der Hauptverhandlung aus Sicht eines verständigen Angeklagten als Missbrauch staatlicher Macht darstellt, so ist dessen Recht auf ein faires und justizförmiges Verfahren verletzt (vgl. zur Befangenheit von Staatsanwälten als Sitzungsvertretern BGH, Beschl. v. 18.01.2024 – 5 StR 473/23, NJW-Spezial 2024, 473, juris Rn. 10 m.w.N.; vgl. zur Rechtsbeugung durch Staatsanwälte durch schwere Missbräuche bei der Gestaltung des Verfahrens BGH Urt. v. 15.09.1995 – 5 StR 713/94, BGHSt 41, 247, juris Rn. 43).

- 293 Vor diesem Hintergrund ist eine Rechtsbeugung regelmäßig zu bejahen, wenn dem erstinstanzlichen Gericht oder einem Rechtsmittelgericht vorsätzlich ein falscher oder unvollständiger Sachverhalt vorgelegt und so die Entscheidungsgrundlage des Gerichts verfälscht wird (vgl. BGH, Urt. v. 29.11.2022 – 4 StR 149/22 NStZ 2023, 738, juris Rn. 21, 26 für die Begehung durch Richter und *Fischer*, StGB, 71, Aufl. 2024, § 339 Rn. 7, für die Begehung durch Staatsanwälte).

C. Objektiver Tatbestand, Taterfolg

- 294 Das unter A. (Seite 11-129, Rn. 6-286) geschilderte Verhalten von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Anne Brorhilker erfüllt nach Maßgabe dieser Grundsätze den objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung.
- 295 Eine Staatsanwältin wird bei Erhebung der Anklage nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache im Sinne des § 339 StGB tätig. Mit den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 liegt daher eine geeignete Tathandlung vor. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker war und ist sowohl für die von ihr unterzeichnete Anklage vom 27. Mai 2020 als auch für die von ihr nicht unterzeichnete Anklage vom 1. Juli 2022 vollumfänglich verantwortlich. Das folgt für die Anklage vom 1. Juli 2022 zunächst daraus, dass sie als Hauptabteilungsleiterin förmlich die Verantwortung trug. Auch sind die Anklagen in allen wesentlichen Punkten – auch in den in dieser Anzeige zitierten Passagen – identisch. Weiter hob das Justizministerium des Landes-Nordrhein-Westfalen selbst in einem Schreiben vom 15. August 2023 an den früheren Justizminister Peter Biesenbach hervor, Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker habe von allen für sie tätigen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten die „*Bereitschaft, sich einem von der Hauptabteilungsleiterin*

entwickelten Ermittlungskonzept [nicht überprüfter Kronzeugenaussagen, Anm. d. Verf.] unterzuordnen“ erwartet (NRW-Landtags-Drucksache 18/9507, S. 28). Außerdem sei Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker (als einzige durchgehend an den Ermittlungen beteiligte Staatsanwältin) die „zentrale Wissens- und Entscheidungsträgerin“ (S. 37 der NRW-Landtagsdrucksache 18/9507) der Staatsanwaltschaft Köln in Sachen Cum/Ex (gewesen). Angesichts dessen handelte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker auch bei Anklage vom 1. Juli 2022 entweder mit Rücksicht auf etwaige Wissensdefizite ihrer Mitarbeitenden kraft überlegenen Wissens oder kraft Organisationsherrschaft täterschaftlich.

- 296 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker hat auch das Verfahrensrecht gebeugt. Sie hat ihre Verpflichtung aus § 160 Abs. 2 StPO verletzt, entlastende Umstände zu ermitteln und zu berücksichtigen. Sie hat in den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 teils aktiv Sachverhalte verfälscht dargestellt, teils Sachverhalte weggelassen, aus denen sich eine Verpflichtung zu weiteren Ermittlungen entlastender Umstände ergeben hätte, teils kaschiert, dass die Angaben der sog. Kronzeugen niemals auf ihre Wahrheit hin überprüft wurden oder gar diesbezügliche Ermittlungsergebnisse unterdrückt. Damit hat sie dem Landgericht Bonn eine in vielfacher Hinsicht massiv verfälschte Entscheidungsgrundlage zur Entscheidung vorgelegt. Da § 160 Abs. 2 StPO ihr die Ermittlung auch entlastender Umstände unabweislich zur Pflicht machte, kommt es im Einzelnen nicht darauf an, ob ein Handeln oder ein Unterlassen vorliegt.
- 297 Die Erhebung der Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker unter Verletzung ihrer Pflicht aus § 160 Abs. 2 StPO begründete auch die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung zum Nachteil der Angeklagten Schmid, Dörscher, Hagel, Dr. Mertens und Dr. Olearius. Tatsächlich hat sich diese Gefahr sogar verwirklicht, wofür exemplarisch das Urteil gegen Herrn Christian Schmid als erstes auf die Anklage vom 27. Mai 2020 folgendes Urteil steht. Insbesondere wurden eine Kenntnis und ein Vorsatz des Herrn Christian Schmid im Urteil der 12. Großen Strafkammer des Landgerichts Bonn vom 1. Juni 2021 tragend mit der angeblichen Bedeutung des Dividendenlevels (siehe dazu A.I.2.a), S. 18-31, Rn. 21-56 sowie S. 204 des Urteils vom 1. Juni 2021, Az. 62 KLS 1/20), den nachweislich unwahren Aussagen des Zeugen Dr. Steck (siehe dazu A.III., S. 39-42, Rn. 76-83 und im Einzelnen Anlage 17 und dort Rn. 12 zu den Feststellungen des LG Bonn im Urteil vom 1. Juni 2021) und der angeblichen – unwahren – Bedeutung der E-Mail vom 18. August 2006 (siehe dazu A.VII.1., S. 111-125, Rn. 233-272 sowie Seite 187 f. des Urteils vom 1. Juni 2021, Az.: 62 KLS 1/20, vorstehend im Wortlaut wiedergegeben in Rn. 271) begründet. Auch stellte das Landgericht Bonn aufgrund des durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in der Anklage vom 27. Mai 2020 und in der Folge auch in der Hauptverhandlung verfälschten Sachverhalts fest, es sei „nicht im Ansatz erkennbar, dass die gesondert Verfolgten Dr. Berger, Dr. Steck, Mora, Shields und Thorpe übereinstimmend oder unabhängig voneinander entschieden haben könnten, das Vorliegen von Leerverkäufen gegenüber der Warburg Bank zu verschweigen“, (S. 218 f. des Urteils vom 1. Juni 2021). Diese Würdigung des Landgerichts Bonn wäre bei objektiver Darstellung in der Anklage vom 27. Mai 2020 – unabhängig vom Ergebnis – unmöglich gewesen. Angesichts dessen kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass bei zutreffender Darstellung in der Anklage diese entweder nicht zugelassen worden wäre oder

Herr Christian Schmid – zumindest unter Anwendung des Zweifelsgrundsatzes – freigesprochen worden wäre. Auch für die Anklage vom 1. Juli 2022 gegen Herrn Dr. Christian Olearius kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese bei zutreffender Darstellung nicht zugelassen worden wäre.

- 298 Es liegt auch ein elementarer, besonders gravierender Rechtsverstoß vor. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker entfernte sich bewusst und in schwerwiegender Weise durch multiple Verstöße von ihrer Verpflichtung aus § 160 Abs. 2 StPO und setzte an dessen Stelle ihren eigenen Maßstab, nämlich, nach dem man „*sich überhaupt nicht mehr einen abbrehen mit Indizien oder sonst was*“ müsse, wenn man sogenannte „Kronzeugen“ habe, „*die gestehen*“ (Wortprotokoll zur öffentlichen Sitzung des Untersuchungsausschusses der Hamburgischen Bürgerschaft vom 3. Dezember 2021, **Anlage 3**). Dabei war Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker bewusst, dass der Ansatz, fremdbelastende Geständnisse ohne jede Überprüfung zu übernehmen, bereits ohne Indizien für Täuschungshandlungen rechtsstaatlich untragbar war und ist, weil er das in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannte Risiko ausblendet, dass das fremdbelastende „Geständnis“ – wie hier – in Wahrheit eine falsche Verdächtigung ist (vgl. dazu *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 729, 737a). Für den „Kronzeugen“ Dr. Steck hatte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker aber sogar bereits Indizien für die Falschheit seiner Aussagen und schenkte diesem bei der Beurteilung eines Anfangsverdachts gegen Ermin Müller bereits keinen Glauben (siehe A.IV.1.g), S. 84 ff., Rn. 174 ff.).
- 299 Erschwerend kommt hinzu, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker dieses Handeln bis heute für ihren „größten Erfolg“ hält. In einem anlässlich ihrer „Kündigung“ mit dem WDR geführten Interview antwortete Frau Oberstaatsanwältin a. D. auf die Frage nach ihrem größten Erfolg: „[...] *das wir die Kronzeugen zum Reden gebracht haben* [...]“ (Minute 16:37 des Videos³). Bezogen auf die Belastung von Dr. Christian Olearius, Christian Schmid und weiterer Mitarbeiter der Warburg Bank durch unwahre Aussagen des Dr. Kai-Uwe Steck hätte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker genauso gut sagen können: „[...] *dass wir die Kronzeugen zum Lügen gebracht haben und deren Aussagen dann noch nicht einmal überprüften* [...]“.
- 300 Auch die schwerwiegenden Folgen für die Angeklagten Schmid, Dörscher, Hagel und Dr. Mertens, die zwischenzeitlich sämtlich, teils rechtskräftig (Schmid, Dr. Mertens) zu langjährigen Haftstrafen verurteilt wurden und teils (Schmid, Dr. Mertens) auch in Haft sitzen, sprechen für einen elementaren Rechtsverstoß.
- 301 Auch das mutmaßlich Motiv von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker, ihren „Musterfall Warburg Bank“ und ihre Ermittlungshypothese „*alle wussten von Leerverkäufen*“ nicht durch die rechtsstaatlich verlangten (vgl. BGH, Beschl. v. 18.01.2024 – 5 StR 473/23, NJW-Spezial 2024, 473, juris Rn. 10 m.w.N.) Ermittlungen nach § 160 Abs. 2 StPO zu gefährden, wirkt erschwerend.

³ <https://www1.wdr.de/mediathek/video/sendungen/video-exklusiv-interview-cum-ex-chefermittlerin-spricht-ueber-ihre-kuendigung-100.html>

302 Schließlich wirkt erschwerend, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker persönlich auf der Grundlage ihrer schwer fehlerhaften Anklage vom 27. Mai 2020 am 1. Juni 2021 gegen den seinerzeit 77-jährigen Herrn Christian Schmid die Verhängung einer Haftstrafe von 10 Jahren beantragte. Herrn Christian Schmid wurde dabei in Bezug auf Steuerhinterziehungstaten in Höhe von EUR 169 Mio. ein persönlicher Vorteil von EUR 100.000 zur Last gelegt. Gegen den seinerzeit 38-jährigen Herrn Martin Shields – einen der sog. Kronzeugen –, beantragte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker in Bezug auf Steuerhinterziehungstaten in Höhe von EUR 447 Mio. – dieser Betrag enthält auch alle Herrn Schmid vorgeworfenen Taten – bei einem persönlichen Vorteil von mindestens EUR 14 Mio. demgegenüber am 18. März 2020 nur eine Haftstrafe von einem Jahr und 10 Monaten, die zur Bewährung auszusetzen sei. Für ihre ebenfalls erheblich jüngeren „Kronzeugen“ Steck (der verursachte Steuerschaden beträgt über EUR 1 Milliarde), Thorpe, Anand und Majithia, die sich jeweils durch Cum/Ex-Transaktionen jeweils in hohem zweistelligem Millionenbereich persönlich bereichert haben, hatte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker sogar völlige Straffreiheit zu erlangen versucht, obwohl dies in offensichtlichem Widerspruch zu dem von ihr öffentlich stets betonten Legalitätsprinzip – hier in Gestalt des § 46b Abs. 1 Satz 3 StGB – stand (siehe den Vermerk von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker vom 19. März 2018, **Anlage 53.**). Für Herrn Christian Schmid entsprach demgegenüber eine zehnjährige Haftstrafe einem Antrag auf lebenslängliche Haft. Dass dieser Unterschied allein durch ein „fehlendes“ Geständnis und „fehlende“ Aufklärungshilfe im Sinne des § 46b StGB zu rechtfertigen gewesen wäre, ist offensichtlich ausgeschlossen und schon dadurch belegt, dass die von der 12. Großen Strafkammer verhängte Haftstrafe „nur“ gut die Hälfte – 5 Jahre 6 Monate – betrug. Damit zielte die Antragstellung durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker angesichts der ihr bekannten schweren Verletzungen von § 160 Abs. 2 StPO offensichtlich auf eine willkürliche Benachteiligung von Herrn Christian Schmid.

D. Vorsatz der Anne Brorhilker

303 Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker handelte vorsätzlich, wobei bedingter Vorsatz genügt (vgl. BGH, Urt. v. 18.07.2013 – 4 StR 84/13, NStZ 2013, 655, juris Rn. 20). Ihr Vorsatz ergibt sich unmittelbar aus von ihr öffentlich getätigten Äußerungen sowie daraus, dass ihr die offensichtliche Unvollständigkeit und Einseitigkeit des Sachverhalts in den Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 schlechterdings nicht verborgen geblieben sein kann und nicht verborgen geblieben ist. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker hat daher durch die Erhebung der Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn absichtlich massiv verfälscht.

304 Wer sich damit brüstet, die Kronzeugen zum Reden gebracht zu haben, und es mit dieser Begründung für überflüssig erklärt, sich „*einen abzubrechen mit Indizien oder sonst was*“, bekennt sich ausdrücklich zu einem mit der höchstichterlichen Rechtsprechung und der einschlägigen Literatur schlechterdings nicht zu vereinbarenden Gesetzesverständnis des § 160 Abs. 2 StPO und gesteht ein, dass so auch bei der Auswertung des Beweismaterials und der Erstellung der Anklagen vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 verfahren worden ist. Dass dies nicht

nur ein „flotter Spruch“ einer geltungssüchtigen Staatsanwältin, sondern ein öffentliches Geständnis ihrer tatsächlichen und rechtswidrigen Vorgehensweise war, wird durch die vorstehend im Einzelnen dargestellten Sachverhalte nachgewiesen.

- 305 Als roter Faden zieht sich durch die erklärtermaßen absichtlich auf die Verwendung der sog. Kronzeugen und ihre Interpretation von Unterlagen (angebliche „Papierlage“) limitierte „Aufklärungsarbeit“ von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker und ihren Ermittlungspersonen die Maxime, alles auszublenden, was die Glaubwürdigkeit ihrer Kronzeugen und die Richtigkeit ihrer Angaben erschüttern könnte. Daher unterblieb unter anderem eine fachkundige Untersuchung (durch Sachverständige) der Behauptungen zu den Zusammenhängen zwischen Dividendenleveln und Leerverkäufen, eine sorgfältige und kritische Darstellung der tatsächlichen Hintergründe der behaupteten Einflussnahme von Dr. Berger auf das Jahressteuergesetz 2007 sowie eine Auseinandersetzung mit dem Wahrheitsgehalt der Belastungsbehauptungen des Zeugen Dr. Steck und der widersprüchlichen Einordnung seiner Glaubwürdigkeit durch die Staatsanwaltschaft. Mit diesem Vorgehen missachtete Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker nicht nur sehenden Auges ihre Verpflichtungen aus § 160 Abs. 2 StPO. Durch die unterlassene Aufklärung bzw. Ermittlung entlastender Umstände sowie das Vorenthalten entlastender Sachverhalte und Unterlagen verfälschte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die Entscheidungsgrundlage des Landgerichts Bonn in den Verfahren gegen Herrn Schmid (Az. LG Bonn: 62 KLS 1/20), gegen Herrn Dr. Mertens (Az. LG Bonn: 62 KLS 3/20), gegen Herrn Hagel und Herrn Dörscher (Az. LG Bonn: 62 KLS 1/21) und gegen Herrn Dr. Christian Olearius (Az.: LG Bonn 63 KLS 1/22).
- 306 Wer so die Entscheidungsgrundlage des zuständigen Gerichts durch Unterbreiten eines falschen und unvollständigen Sachverhalts verfälscht kann den Vorsatz nicht mit der Begründung leugnen, er sei ungeachtet dieser schwerwiegenden Versäumnisse von der Schuld der Angeklagten und der Richtigkeit der Verurteilung überzeugt. Diese Ausrede liefe darauf hinaus, jegliche – hier massive und vielfache – Manipulation entscheidungserheblicher Sachverhalte in einer Anklageschrift mit der Begründung zu gestatten, dass es doch im Ergebnis nur darauf ankomme, ob das Verhalten des Angeklagten strafwürdig sei. Die mit einer solchen Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft zwingend einhergehende Bevormundung des erkennenden Gerichts mittels Verfälschung seiner Entscheidungsgrundlage soll durch § 160 Abs. 2 StPO gerade verhindert werden. Daher kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nicht darauf an, ob aus einer Verletzung des Verfahrensrechts tatsächlich ein Nachteil folgt, die konkrete Gefahr eines solchen Nachteils genügt (BGH, Urt. v. 14.09.2017 – 4 StR 274/16, BGHSt 62, 312, juris Rn. 20 m.w.N., siehe auch oben Rn. 290). Die planmäßige Ignoranz der sich aus § 160 Abs. 2 StPO ergebenden Verpflichtung zu einer belastende und entlastende Momente gleichermaßen umfassenden Darstellung in einer Anklageschrift durch die von ihrer „Waffe“ namens „Kronzeugen“ geradezu begeisterte Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker belegt deren Vorsatz im Sinne der bewussten und gewollten Missachtung dieser Verpflichtung.
- 307 Aus der Äußerung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker, wenn man sogenannte „Kronzeugen“ habe, „die gestehen“, müsse man „sich überhaupt nicht mehr einen abbrehen mit

Indizien oder sonst was“ (Wortprotokoll zur öffentlichen Sitzung des parlamentarischen Untersuchungsausschusses der Hamburgischen Bürgerschaft vom 3. Dezember 2021, **Anlage 3**) folgt, dass sie deren Angaben zumindest vorsätzlich nicht überprüfte und damit zumindest in Kauf nahm, dass sie nicht stimmen könnten. Speziell in Bezug auf die Aussagen von Herrn Dr. Steck rechnete sie auch damit, dass diese Angaben falsch sind oder zumindest sein könnten, weil sie ihm – auch im Zusammenhang mit den in der Anklage vom 27. Mai 2020 anklagegegenständlichen Transaktionen des BCGH – schwerste Täuschungen zu Lasten des Erwin Müller vorwarf und diese als erwiesen ansah. Es ist im Übrigen fernliegend, dass die Staatsanwaltschaft unter der Leitung von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker die Kalender von Herrn Dr. Berger und Herrn Dr. Steck – obwohl sie ihr bei Anklageerhebung im Jahr 2020 seit sieben Jahren vorlagen – nicht ausgewertet haben. Bei der Auswertung wird ihnen aufgefallen sein, dass die Aussage von Dr. Kai-Uwe Steck zu dem angeblichen Treffen mit Herrn Dr. Olearius unwahr war und ist und Herr Dr. Steck Herrn Dr. Christian Olearius vor dem 11. November 2008 nicht getroffen hat. Insoweit besteht also zumindest der begründete Verdacht, dass stark entlastende Beweismittel gezielt unterdrückt wurden.

- 308 Ebenso kann ausgeschlossen werden, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker und ihren Ermittlungspersonen bei der Auswertung des elektronischen Postfachs von Herrn Dr. Berger entgangen ist, dass die E-Mail von Herrn Dr. Berger vom 18. August 2006 (über Frau Munser) in keinerlei Zusammenhang mit Cum/Ex-Transaktionen gestanden hat. Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker wird schlechterdings nicht behaupten wollen, dass das Postfach von Herrn Dr. Berger nicht einmal nach dem Suchbegriff „Jahressteuergesetz 2007“ durchsucht wurde und dass ihr und ihren Ermittlungspersonen nicht aufgefallen ist, dass die E-Mail vom 18. August 2006 mit dem Betreff „Jahressteuergesetz 2007“ wortlautidentisch an 16 weitere Empfänger ging. Dennoch konstruierte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker mit diese E-Mail eine „geheime Absprache“ von Herrn Dr. Hanno Berger und Herrn Christian Schmid, die zum Gegenstand gehabt haben soll, Einfluss auf die Regelungen des Jahressteuergesetzes 2007 zu Cum/Ex-Transaktionen zu nehmen.
- 309 Aus dem Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker vorliegenden Auswertungsvermerk der hessischen Steuerfahndung vom 19. August 2015 war Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker bereits bei Beginn ihrer Ermittlungen klar, dass Paul Mora und Martin Shields gemeinsam mit Dr. Berger und Dr. Steck ein Täuschungssystem geschaffen hatten. Das gleiche ergibt sich für ICAP (zusätzlich) aus den sog. Product Reviews, die Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker aus den Ermittlungsakten der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt ebenfalls vorlagen. Schließlich ergab sich aus ihren eigenen Ermittlungen, dass sie Herrn Dr. Steck und Herrn Dr. Berger schwerste Täuschungen vorwarf, bis dahin, dass Dr. Berger und Dr. Steck ihren Kunden bzw. Mandanten Unterlagen unterschoben, mit dem Ziel eine Kenntnis von Leerverkäufen zu konstruieren. Mit minimalem Aufwand konnte auch die Unwahrheit der zentralen Belastungsbehauptungen von Herrn Dr. Kai-Uwe Steck urkundlich belegt werden (siehe oben Rn. 82 und Rn. 35 der **Anlage 17**). Es kann daher praktisch ausgeschlossen werden, dass die Unwahrheit der Aussagen des Dr. Steck einer auch nur mit minimaler Sorgfalt arbeitenden Staatsanwältin entgehen konnte. Auch war Frau Oberstaatsanwältin a. D. Anne Brorhilker bewusst, dass der Ansatz, fremdbelastende Geständnisse ohne jede Überprüfung zu übernehmen, bereits ohne

Indizien für Täuschungshandlungen rechtsstaatlich untragbar war und ist, weil er das in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannte Risiko ausblendet, dass das fremdbelastende „Gesändnis“ – wie hier – in Wahrheit eine falsche Verdächtigung ist (vgl. dazu *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 729, 737a). Dennoch stellte Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker den Sachverhalt in der Anklage vom 27. Mai 2020 so dar, als gäbe es keine Anhaltspunkte für Täuschungen der Verantwortlichen der Warburg Bank.

- 310 Vorsätzlich blendete Frau Oberstaatsanwältin a. D. in der Anklage auch aus, dass ICAP nicht nur als Broker, sondern auch als Leerverkäufer agierte. Sie ignorierte unter anderem die in ihrer Gegenwart gemachten Aussagen des Zeugen Shields, die sog. „Product Reviews“ von ICAP und die Kontrollmitteilungen des Finanzamts München. Sie ging sogar so weit, dass sie zu der Rolle von ICAP vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft am 3. Dezember 2021 wider besseres Wissen sagte:

„ICAP ist kein Leerverkäufer. ICAP ist ein Broker, der sich nicht Ex/Ex eingedeckt hat, sondern Cum/Ex.“ (S. 46 der **Anlage 3**)

- 311 Auch die von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker persönlich im Verfahren gegen Herrn Christian Schmid beantragte Haftstrafe von 10 Jahren belegt, dass sie in der Absicht handelte, Herrn Christian Schmid auf der Grundlage ihrer bewusst fehlerhaften und einseitigen, § 160 Abs. 2 StPO verletzenden Ermittlungen, besonders schwere Nachteile zuzufügen (siehe auch oben Rn. 302).
- 312 Nicht zuletzt dürfte auch die ungewöhnliche Pressearbeit von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker ihren Vorsatz hinsichtlich der verfälschten Darstellung des Sachverhalts in der Anklage vom 27. Mai 2020 belegen. Wäre die Beweislage wirklich so eindeutig, wie von ihr dargestellt, hätte es einer solchen Pressearbeit nicht bedurft. Sofern diese Pressearbeit also nicht ausschließlich auf Geltungssucht von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker zurückzuführen sein sollte, diene sie offensichtlich dazu, die Mängel ihrer Beweisführung durch öffentliche Vorverurteilung zusätzlich zu verdecken.
- 313 Schließlich spricht auch die Tatsache, dass Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker ausweislich einer Antwort des Nordrhein-Westfälischen Justizministeriums auf eine kleine Anfrage der FDP, die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte ihrer Hauptabteilung in ungewöhnlicher Weise dazu zwang, sich ihrem Ermittlungskonzept unterzuordnen sowie dass sie über Jahre „zentrale Pflichten“ ihrer Tätigkeit nicht erfüllte, für eine vorsätzliche Verletzung auch ihrer Verpflichtung aus § 160 Abs. 2 StPO. Auch soll Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker, als einzige durchgehend an den Ermittlungen beteiligte Staatsanwältin die „zentrale Wissens- und Entscheidungsträgerin“ (S. 37 der NRW-Landtagsdrucksache 18/9507) der Staatsanwaltschaft Köln in Sachen Cum/Ex gewesen und in dieser Weise das Wissen über die Ermittlungen (und deren § 160 Abs. 2 StPO verletzenden Charakter) auf sich konzentriert haben.
- 314 Zu diesen Punkten heißt es in der Antwort (Landtags-Drucksache 18/9507):

„Die Einarbeitung in die Cum/Ex-Strukturen erfordert ... neben bestimmten Fähigkeiten und der Bereitschaft, sich einem von der Hauptabteilungsleiterin entwickelten Ermittlungskonzept unterzuordnen, ein hohes Maß an intrinsischer Motivation. Eine Besetzung von Stellen gegen den erklärten Willen von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten stünde daher einem dauerhaften erfolgreichen Einsatz in der Hauptabteilung H entgegen.“ (Zitat aus einem Schreiben des Ministeriums der Justiz vom 15. August 2023 an Herrn Peter Biesenbach, NRW-Landtags-Drucksache 18/9507, S. 28)

„Die in die Verantwortung der Hauptabteilungsleiterin H fallenden Entwürfe begründeten oft erhebliche Rücksprachebedarfe. In dringenden Fällen, in denen die Hauptabteilungsleiterin H nicht kurzfristig erreicht werden konnte, wurde deren Funktion nicht oder nicht erschöpfend durch die sie vertretenden Abteilungsleitungen wahrgenommen. Auch waren mehrere Entwürfe der Hauptabteilungsleiterin H inhaltlich unzulänglich, weil sie sich auf die Perspektive der Ermittlerin beschränkten, eine Einordnung des Berichtsinhalts aus Sicht einer Hauptabteilungsleitung vermissen ließen und/oder auf die Besonderheiten des Verfahrens nicht im erforderlichen Maße eingingen.

Zudem wurde dem neuen Behördenleiter aus einem eingesehenen Verwaltungsvorgang früh bekannt, dass diese Schwächen bereits länger bestanden. Bereits im November 2022 wurden Gespräche zwischen der damaligen Behördenleitung und der Hauptabteilungsleiterin H geführt, weil diese ihr aufgrund ihrer Stellung als Hauptabteilungsleiterin obliegende zentrale Pflichten nicht erfüllte. Berichtsentwürfe der Hauptabteilungsleiterin wurden bereits damals als ‚regelmäßig deutlich überarbeitungsbedürftig‘ bewertet. Dies hatte zur Bestimmung eines ‚Berichtsbeauftragten‘ geführt, ohne dass dies in der Folgezeit zu einer wesentlichen Verbesserung im Berichtswesen führte.“ (Zitat in einem Bericht des Leitenden Oberstaatsanwalts der Staatsanwaltschaft Köln Dr. Stephan Neuheuser an das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2024)

E. Beweismittel

315 Als Beweismittel stehen unter anderem zur Verfügung:

1. Anklage vom 27. Mai 2020 im Verfahren der Staatsanwaltschaft Köln mit dem Aktenzeichen 213 Js 32/20, unterzeichnet durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker und Herrn Staatsanwalt Dr. Kammin;
2. Akten des Verfahrens der Staatsanwaltschaft Köln mit dem Aktenzeichen 213 Js 32/20;
3. Anklage vom 1. Juli 2020 im Verfahren der Staatsanwaltschaft Köln gegen Herrn Dr. Christian Olearius mit dem Aktenzeichen 213 Js 15/22, unterzeichnet durch Frau Staatsanwältin Kerkerling;

4. Akten des Verfahrens der Staatsanwaltschaft Köln gegen Dr. Christian Olearius, Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft Köln 213 Js 15/22, Aktenzeichen des LG Bonn 63 KLS 1/22 (Fundstellen in dieser Anzeige erfolgen nach dem Inhalt der Akte des Verfahrens 213 Js 15/22);
5. Asservat 280.2, jeweils zu den vorgenannten Verfahren – elektronische Postfächer des Dr. Berger und des Dr. Steck;
6. Kommunikationsinhalte von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker, insbesondere aus E-Mail-Konten, Chatverläufen von Messenger-Diensten etc.;
7. Zeugnis des Staatsanwalts Dr. Kammin, Staatsanwaltschaft Köln, Mitverfasser der Anklage vom 27. Mai 2020;
8. Zeugnis der Staatsanwältin Stephanie Kerkerling, Staatsanwaltschaft Köln, Mitverfasserin der Anklage vom 1. Juli 2022;
9. Zeugnis des EHKH Michael Corell, LKA Düsseldorf – einer der Ermittlungsführer des LKA;
10. Zeugnis des EHKH Jörg Müller, LKA Düsseldorf – einer der Ermittlungsführer des LKA;
11. Zeugnis des Matthias Grypstra-Bendfeldt, Prüfungsbeamter des Bundesrechnungshofs, zuvor Ermittlungsführer des Bundeszentralamtes für Steuern;
12. Zeugnis des Vorsitzenden Richters am Landgericht Roland Zickler, Landgericht Bonn, derzeit abgeordnet, vormals Vorsitzender Richter der 12. Großen Strafkammer des Landgerichts Bonn und als solcher in allen drei aus der Anklage vom 27. Mai 2020 folgenden Verfahren tätig gewesen;
13. Zeugnis der Vorsitzenden Richterin am Landgericht Dr. Marion Slota-Haaf;
14. Als Anlagen vorgelegte stenografische Wortprotokolle über die Hauptverhandlungen vor dem Landgericht Bonn und Zeugnis der Stenografen, jeweils zu laden über die Steno Deutschland GmbH.

Teil 3: Akteneinsicht

- 316 Dr. Christian Olearius ist Verletzter der Rechtsbeugung gemäß § 373a StPO. Dies hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 373a StPO unter Verweis auf die entsprechende Rechtsprechung für den vergleichbaren Fall der Aussagedelikte klargestellt (BT Drs. 19/27654, S. 101:

„Geschütztes Rechtsgut ist bei den Aussagedelikten zwar die Rechtspflege. Allerdings können nach der Rechtsprechung auch die durch die Folgen solcher Straftaten betroffenen Verfahrensbeteiligten Verletzte im Sinne des § 172 Absatz 1 StPO sein, weil durch die Rechtspflege auch die Interessen der Verfahrensbeteiligten gewährleistet werden sollen. Verletzter ist danach eine Person, deren Stellung im Verfahren durch die in Betracht kommende Aussage erschwert worden ist oder, sofern das Verfahren bereits abgeschlossen ist, zu deren Nachteil sich die Aussage ausgewirkt hat (so zum Beispiel OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 1991 – 1 Ws 888/91).“

- 317 Bei der Rechtsbeugung gemäß § 339 StGB ist die Sachlage vergleichbar. Dies gilt zunächst offensichtlich für die mit der Anklage vom 27. Mai 2020 und vom 1. Juli 2022 unmittelbar Angeschuldigten. Aber auch Dr. Christian Olearius wird in der Anklage vom 27. Mai 2020 vorsätzliches Verhalten vorgeworfen. Die dadurch begründete Gefahr hat sich auch in den Vorurteilungen durch die 12. Große Strafkammer des Landgerichts Bonn verwirklicht. Auch Dr. Christian Olearius wird daher durch die Rechtsbeugung der Oberstaatsanwältin a. D. Anne Brorhilker in beiden Fällen verletzt.
- 318 Wir bitten daher, das Aktenzeichen mitzuteilen, unter dem diese Strafanzeige bearbeitet wird, und uns namens und in Vollmacht von Herrn Dr. Christian Olearius frühestmöglich Akteneinsicht zu gewähren.

Dr. Gauweiler
Rechtsanwalt

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann

Dr. Hübner
Rechtsanwalt

Teil 4: Anlagenübersicht

Anlagenübersicht zur Strafanzeige vom 12. September 2024	
Anlagen-Nr.:	Dokument
1	Anklage der Staatsanwaltschaft Köln – handelnd durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker – vom 27. Mai 2020 gegen Herrn Christian Schmid, Herrn Martin Dörscher, Herrn Marcus Hagel und Herrn Dr. Detlef Mertens
2	Anklage der Staatsanwaltschaft Köln – verantwortlich handelnd durch Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker – vom 1. Juli 2022 gegen Herrn Dr. Christian Olearius
3	Auszug aus dem Wortprotokoll zur öffentlichen Sitzung des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses „Cum-Ex-Steuergeldaffäre“ der Hamburgischen Bürgerschaft vom 3. Dezember 2021
4	E-Mail von Oberstaatsanwalt Thomas Elschenbroich vom 12. März 2021 an Frau Oberstaatsanwältin a. D. Anne Brorhilker sowie Antwort vom 14. März 2021 nebst nachträglich angefertigtem Aktenvermerk zum Termin vom 16. November 2017
5	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 22. Januar 2024, S. 176
6	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 18. Dezember 2023, S. 174
7	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn in der Strafsache Dörscher, Hagel vom 24. April 2023, S. 105 ff.
8	Studie „Financial Crime Spillovers: Evidence from Cum-Ex and Cum-Cum Trading“ von Valerie Laturnus, Arne Reichel, Mark Wahrenburg vom 16. Juni 2023
9	Artikel aus dem Handelsblatt vom 2. Mai 2016 von Sönke Iwersen, Volker Votsmeier und Yasmin Osman mit dem Titel „Steuertricks mit Dividenden“
10	Product Review German Stock Trade von ICAP vom 15. April 2008
11	Product Review German Stock Trade von ICAP vom 5. Januar 2009
12	Allgemeinverfügungen der BaFin vom 19. September 2008, vom 21. September 2008, vom 17. Dezember 2008, vom 30. März 2009, vom 29. Mai 2009 und vom 18. Mai 2010
13	Auszug aus dem „Kundenhandbuch – Für Kunden der Clearstream Banking Frankfurt“ aus dem April 2012
14	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 29. August 2022, S. 60
15	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 28. Februar 2024, S. 72 f.
16	Wortprotokoll über die Verhandlung vor dem Supreme Court of the State of New York, The County of Nassau in dem Verfahren der Portigon AG gegen die TP ICAP Plc. vom 13. Mai 2022
17	Strafanzeige gegen Herrn Dr. Kai-Uwe Steck wegen Falschaussage vom 1. August 2024
18	Präsentation für die Rafael Roth Financial Enterprises GmbH
19	Auswertungsvermerk vom 19. August 2015 der hessischen Steuerfahndung
20	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 27. Februar 2024
21	Kalendereinträge vom 19. März 2007 aus den elektronischen Terminkalendern von Herrn Dr. Hanno Berger (Asservat 280.2), Herrn Christian Schmid und Herrn Martin Dörscher (Asservat 344-1-4)

22	Kalendereinträge vom 19. März 2008 aus dem elektronischen Terminkalender von Herrn Dr. Hanno Berger (Asservat 280.2) mit dem Betreff „HAMBURG - 9:15h (10:20h) - 18:55h (20:05h) bzw. 20:15h (21:25h)“ und dem Betreff „Herr Schmid (M.M. Warburg)“
23	Kalendereintrag vom 13. April 2007 aus dem elektronischen Terminkalender von Herrn Christian Schmid (Asservat 344-1-4) mit dem Betreff „Herr Mora, Dr. Berger (per Telefon), Herr Dörscher, Herr Dr. Eckardt“
24	Kalendereintrag vom 20. Februar 2008 aus dem elektronischen Terminkalender von Herrn Christian Schmid (Asservat 344-1-4) mit dem Betreff „Herr Dörscher, Herr Hagel w/Paul Mora“
25	Kalendereintrag vom 20. Februar 2008 aus dem elektronischen Terminkalender von Herrn Dr. Bernd Eckardt (Asservat 344-1-4) mit dem Betreff „Schmid wg. Paul Mora“
26	E-Mail von Markus Erb (Verband der Auslandsbanken in Deutschland e.V) an Dr. Konrad Rohde u.a. vom 23. März 2009, 12:32 Uhr
27	E-Mail von Dr. Konrad Rohde an zahlreiche Kollegen vom 23. März 2009, 12:40 Uhr
28	E-Mail von Dr. Kai Uwe Steck an Alexander Szewald von der Luxemburg Financial Group (vormals Deutsche Bank) vom 23. März 2009, 14:22 Uhr
29	Pressemitteilung der Europäischen Kommission zur Besteuerung ausländischer Anteilhaber in Deutschland vom 19. März 2009
30	E-Mail von Dr. Kai-Uwe Steck an Paul Mora vom 31. März 2009, 20:13 Uhr mit dem Betreff: „RE: Investment Guidelines“
31	E-Mail von Dr. Hanno Berger an Rechtsanwalt Rudolf Mikus vom 31. März 2009 mit dem Betreff „FW: Argument für Anruf BHF“
32	E-Mail von Dr. Kai-Uwe Steck an Paul Mora vom 1. April 2009, 18:47 Uhr, mit dem Betreff „AW: BVI“
33	E-Mail von Paul Mora an Dr. Kai-Uwe Steck vom 1. April 2009, 18:47 Uhr, mit dem Betreff „RE: BVI“
34	E-Mail von Paul Mora an Dr. Kai-Uwe Steck vom 3. April 2009 mit dem Betreff: „FW: hi Detlef..sorry to pester but any further news??“
35	E-Mail von Dr. Kai-Uwe Steck an Paul Mora vom 3. April 2009 mit dem Betreff: „AW: FW: hi Detlef..sorry to pester but any further news??“
36	E-Mail von Isabel Alves (Dewey LeBoeuf) an Dr. Kai-Uwe Steck vom 3. April 2009 mit dem Betreff „Habe Herrn Rothländer für 17h vor den Skyper bestellt, VG IA“
37	E-Mail von Dr. Konrad Rohde an Monika Leckschas (Sekretariat Dr. Berger) vom 3. April 2009 mit dem Betreff „E-Mail an Herrn Schmid und Herrn Mertens von Warburg“
38	E-Mail von Herrn Menge an Herrn Hagel vom 17. Juni 2010 mit dem Betreff „2 dinge“
39	E-Mail von Herrn Menge an Herrn Schult vom 22. Juni 2010 mit dem Betreff „Kurz-Zusammenfassung der Single-Future Transaktionen“
40	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 27. Februar 2024, S. 113 ff.
41	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 28. Februar 2024, S. 92 f., 108 ff.
42	Termin aus dem Kalender von Herrn Dr. Steck vom 10. März 2010 mit dem Betreff „MT Hr Müller + Kai Henke (Müller LTD)“
43	Verfügung der Staatsanwaltschaft Köln vom 24. Mai 2019 – Staatsanwältin Beul, HA der Verfahren 113 Js 522/16 und 213 Js 15/22, Bd. 19, Bl. 4456 (4480, 4532)
44	Verfügung der Staatsanwaltschaft Köln vom 13. August 2019 – Oberstaatsanwältin Brorhilker, HA der Verfahren 113 Js 522/16 und 213 Js 15/22, Bd. 21 Bl. 4973

45	Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Eckart Seith vom 2. Dezember 2014 an Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker
46	E-Mail von Tim Sewell an Olaf Mertgen, Felix Mühlhäuser und Hubert Schmid von Clifford Chance vom 1. April 2008
47	E-Mail-Austausch vom 20. und 21. April 2009 zwischen Paul Mora, Dr. Hanno Berger und Dr. Kai-Uwe Steck aus dem Asservat 280.2
48	E-Mail von Joel James (ICAP) vom 5. Mai 2009 an Lee Vincent (Ballance) und von diesem (5. Mai 2009) an Dr. Hanno Berger und Dr. Kai-Uwe Stecl
49	Klage der Portigon AG gegen die TP ICAP PLC wegen Täuschung durch ICAP vom 24. November 2021 vor dem Supreme Court of the State of New York, County of Nassau, Index No. 609442/2021
50	Berufung der Portigon AG vom 22. Juli 2022 gegen die Entscheidung des Supreme Court of the State of New York, County of Nassau, Index No. 609442/2021, vom 23. Juni 2022 nebst Entscheidung vom 23. Juni 2022
51	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 17. Januar 2024, S. 84
52	Auszug aus dem stenografischen Wortprotokoll über die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn vom 15. Januar 2024, S. 61 f.
53	Vermerk von Frau Oberstaatsanwältin a. D. Brorhilker vom 19. März 2018