

Professor Dr. jur. habil. Dr. jur. h. c. mult.

BERND SCHÜNEMANN

Em. Ordinarius für Straf- und Strafprozessrecht,
Rechtsphilosophie und -soziologie der LMU München
Ordentliches Mitglied der
Bayerischen Akademie der Wissenschaften
Direktor des Instituts für Anwaltsrecht
an der LMU München

82279 Eching a. A.
Kaagangerstraße 22
Telefon (08143) 7402
Telefax (08143) 8508

Dr. h.c. Mongolische Staatsuniversität Ulan Bator

Dr. h.c. Universität Saragossa (Spanien)

Dr. h.c. Universität Carlos Mariátegui Moquegua (Perú)

Dr. h.c. Georgische Staatsuniversität Tiflis

Dr. h.c. Staatliche Chengchi-Universität Taipei (Taiwan)

Dr. h.c. Nationale Universität Athen (Griechenland)

Dr. h.c. Dongguk-Universität Seoul (Korea)

Dr. h.c. Staatliche Universität Huánuco (Perú)

Dr. h.c. Universität Inca Garcilaso de la Vega (Perú)

Dr. h.c. Estudios Superiores San Cristóbal de las Casas (México)

Dr. h.c. Ponteficia Universität Católica del Perú

Dr. h.c. Staatliche Universität Córdoba (Argentinien)

Honorarprofessor Staatliche Universität San Agustín, Arequipa, Universität San Martín de Porres, Lima (Perú), Univ. de Sinú (Kolumbien)

Socrates-Professor Universität de los Andes, Bogotá (Kolumbien)

Chair-Professor Staatl. Chengchi-Universität Taipei (Taiwan)

Visiting Professor Peking Univ., Beijing Normal Univ. u. Renmin-Universität von China

23. April 2021

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Dr. Petersen, sehr geehrte Damen und Herren Mitglieder des parlamentarischen Untersuchungsausschusses der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg!

I.

Die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses wird allgemein als das schärfste Schwert des Parlaments im politischen Kampf bezeichnet. Und es ist auch anerkannt, dass es sich hierbei in erster Linie um ein kontrollpolitisches Instrument der Opposition handelt, so dass seine Einsetzung völlig legitimerweise parteipolitischen Zwecken dient. Sobald das Plenum des Parlaments einen Untersuchungsausschuss eingesetzt und den Untersuchungsgegenstand in einer für den Ausschuss verbindlichen Weise definiert hat, avanciert aber der Ausschuss zum Herrn im Verfahren und ist für alle Untersuchungsmaßnahmen im Rahmen des festgelegten Untersuchungsauftrages allein verantwortlich – das ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und auch sonst einhellig anerkannt.

Gem. Art. 26 Abs. 2 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg gelten für die Beweiserhebung des Untersuchungsausschusses sinngemäß die Vorschriften über den Strafprozess. Ergänzend regelt § 1 des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse der Hamburgischen Bürgerschaft, dass die Aufgabe des Untersuchungsausschusses darin besteht, Sachverhalte zu untersuchen und, so § 17, die nach dem Untersuchungsauftrag erforderlichen Beweise zu erheben. Sowohl aus der Bezugnahme auf die Strafprozessordnung, in der das Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung gilt, als auch aus der Aufgabe der Sachverhaltsaufklärung ergibt sich die selbstverständliche Aufgabe des Untersuchungsausschusses, nicht etwa zu politischen Zwecken einen fabrizierten, d. h. gefälschten Sachverhalt zu produzieren, sondern **den wirklichen, d. h. wahren Sachverhalt zu ermitteln.**

Aus dieser Aufgabe kann der Untersuchungsausschuss auch nicht durch einen Einsetzungsbeschluss des Plenums entlassen werden, weil sie sich

aus der Verfassung ergibt und das Plenum nicht über, sondern **unter** der Verfassung steht. Die Umschreibung des Untersuchungsgegenstandes in I. des Einsetzungsbeschlusses, warum der Senat bereit gewesen sei, Steueransprüche „*verjähren zu lassen*“, kann deshalb den Untersuchungsausschuss keinesfalls verpflichten, in Wahrheit nicht existierende Steueransprüche zu fingieren. Dementsprechend ist auch die Frage unter III. 10., ob die von der Finanzverwaltung und dem Senat getroffenen Maßnahmen zur Reduzierung des eingetretenen *Schadens* effektiv und hinreichend gewesen seien, nicht etwa im Sinne einer den Ausschuss bindenden Vorgabe zu verstehen, dass nach der tatsächlichen Sach- und Rechtslage der Stadt von Warburg ein Steuerschaden zugefügt worden sei. Die Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg kann Gesetze erlassen und Untersuchungsausschüsse einsetzen, aber eines kann sie nicht: Die Wirklichkeit und die auf ihr beruhende richtige Sach- und Rechtslage verändern, denn so wenig wie Cäsar über der Grammatik steht sie über der Wahrheit und der Gerechtigkeit.

II.

Es muss deshalb noch einmal ganz deutlich resümiert und vertieft werden, was in den bisherigen Stellungnahmen von und für Herrn Dr. Olearius und soeben auch für Herrn Warburg bereits exemplarisch belegt worden ist: (1) Nach der wahren Sach- und Rechtslage gab und gibt es **keine Rückforderungsansprüche** des Hamburger Fiskus gegen Warburg; (2) diesen Sachverhalt schlussendlich und gründlich aufzuklären gehört zur **Kognitionspflicht** dieses Untersuchungsausschusses; (3) und Herr Dr. Olearius setzt volles **Vertrauen in die Redlichkeit und Rechtlichkeit** von dessen **Aufklärungshandlungen**.

Wenn Sie, meine Damen und Herren Ausschussmitglieder, sich jetzt fragen sollten, soll damit uns als Parlamentariern ein unredliches Handeln beim **Einsetzungsbeschluss** vorgeworfen werden, so kann ich Ihnen auch diesen Punkt erklären: Sie sind gutgläubiges Opfer einer **Verleumdungskampagne** und einer **Sündenbockprojektion** geworden, die zwar nur in einem Teil, aber in einem besonders lautstarken und skrupellosen Teil der Medien in Verbindung mit einem ruchlosen ehemaligen Hauptmatador der Cum-Ex-Geschäfte angezettelt worden ist und auch der Justiz Sand in die Augen gestreut hat, weil es ihr dadurch vermeintlich einfach gemacht wurde, eine im Verhältnis zu den beteiligten Staatsbanken und Global Player kleine, inhabergeführte Privatbank mit großem öffentlichem Aplomb exemplarisch zur Strecke zu bringen und damit das einschlägige Treiben der großen Landesbanken und allen voran der Deutschen Bank, die zusammen mit ihrem Londoner Handelsplatz wie die Spinne im Netz agierte, erst einmal auf die lange Bank schieben zu können.

Vielleicht mag es Ihnen, meine Damen und Herren Ausschussmitglieder, auf den ersten Blick wenig wahrscheinlich vorkommen, dass die vor Ihnen stehenden Beweiserhebungen folglich die die Einsetzung des Untersuchungsausschusses leitenden Erwartungen vom Kopf auf die Füße stellen werden. Aber für derartige überraschende Ergebnisse objektiven und sorgfältigen Nachforschens gibt es genügend historische Beispiele, ich erinnere nur an das größte der Durchsetzung des kopernikanischen Weltbildes, für dessen Propagierung noch kurz vorher *Giordano Bruno* auf den Scheiterhaufen geschickt wurde. Und auf diesem Wege zur Durchsetzung der Wahrheit auch gegen ein scheinbar endgültig festgeklopftes Vorurteil werden Sie einen weiteren Irrglauben zu entlarven haben: den Irrglauben nämlich, dass in den Zeiten der Cum-Ex-Geschäfte von 2007 – 2011 deren Natur als – wie es 10 Jahre später gewöhnlich heißt – „räuberischer

Griff in die Staatskasse“ selbst für den Unerfahrensten und Unbedarftesten offen zutage gelegen hätte und deshalb jeglicher Irrtum darüber seinerzeit ausgeschlossen gewesen sei. Denn in Wahrheit hatte die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, die vom Bundesfinanzministerium im Detail verantwortete Gesetzgebung des Bundes mitsamt der anschließenden Verwaltungspraxis höchster staatlicher Stellen wie auch schließlich die von den Cum-Ex-Protagonisten in diesen Jahren weitestgehend beherrschte steuerrechtliche Fachliteratur die doppelte Kapitalertragssteuererstattung bei sog. gedeckten Leerverkäufen als eine zwangsläufige Konsequenz der internationalen Usancen im Aktienhandel dargestellt, der man nur entkommen könne, wenn der Verkäufer eine deutsche Depotbank benutzte. Genau das ist aber bei Warburg der Fall gewesen, weshalb es geradezu grotesk wirkt, wenn bisher ein Teil der Medien und der Justiz sich Warburg als Sündenbock herausgegriffen haben - wobei das nur den Kulminationspunkt in der Verzeichnung der wirklichen Verantwortlichkeiten in den Jahren 2007 – 2011 darstellt, der wir auch im Untersuchungsbericht des Deutschen Bundestages begegnen, in dem die Rolle der Depotbanken planmäßig herausgehalten worden ist, wie soeben Herr Dr. Gauweiler dargelegt hat, und in dem außerdem die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes wie auch der Inhalt des berüchtigten Jahressteuergesetzes 2007 eklatant falsch dargestellt worden sind.

III.

Falls sie jetzt denken, hier würde jemand den Mund allzu voll nehmen, bitte ich um ihre Aufmerksamkeit für die nachfolgende, äußerst konzentrierte Darstellung der vollständig durch Urkunden belegten Fakten, die mein soeben formuliertes Resümee lückenlos untermauern.

Den Sachverhalt, den ich nachfolgend auf drei Ebenen nicht nur vortragen, sondern durch die einschlägigen Dokumente umfassend belegen und beweisen werde, der bisher teils übersehen, teils planmäßig unterdrückt worden ist, würde man neudeutsch als einen **Game Changer** bezeichnen. Gestatten sie mir, dass ich es altmodisch auf Französisch formuliere: **J'accuse!**

1. Ich klage **erstens** an, dass man jetzt unterdrückt, dass in den maßgeblichen Jahren 2007 – 2011 durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, durch den Gesetzgeber, durch die Verwaltungspraxis und durch die absolut überwiegende Auffassung im steuerrechtlichen Schrifttum ein kommunikatives Milieu geschaffen wurde, in dem eine konventionell auf deutsche Geschäfte konzentrierte Privatbank wie Warburg auch nicht den mindesten Argwohn entwickeln konnte, dass die ihr von ihren anwaltlichen Beratern Dr. Berger und Dr. Steck vorgeschlagenen und vollständig von diesen im Zusammenwirken mit dem Londoner Handelstisch der HypoVereinsbank, der in Deutschland wie in London agierenden Deutschen Bank und dem Globalplayer ICAP im Detail durchgeführten Geschäft in irgendeiner Form das deutsche Steuerrecht verletzen würden. Und dass man jetzt alles das nicht wahrhaben will, sondern unterdrückt und Herrn Dr. Olearius Kenntnis und Absichten unterstellt, die er damals weder hatte noch haben konnte. Wobei auf allen Ebenen teils ignoriert, teils unterdrückt worden ist, dass die Fälle des Warburg-Aktienhandels unter Einschaltung einer deutschen Bank, nämlich **der Deutschen Bank**, als **inländische Depotbank** des Verkäufers abgewickelt wurden und damit in einer Weise, für die das Jahressteuergesetz 2007 unbeschadet seiner zahlreichen bewussten Lücken die doppelte Erstattung einer nur einmal gezahlten Kapitalertragssteuer dadurch verhindert hatte, dass die Depotbank selbst als Erfüllungsgehilfe des Fiskus diesen Betrag vom Käufer vereinnahmte. Darauf hat Herr Dr. Olearius in seiner Erklärung bereits

hingewiesen, darauf hat Herr Rechtsanwalt Dr. Landry in seiner Erklärung ebenfalls hingewiesen, aber in hanseatischer Vornehmheit haben beide die Feststellung der Ungeheuerlichkeit dieser Unterdrückung dem Auge des Betrachters überlassen. Bitte verzeihen Sie es mir als einem gebürtigen Niedersachsen, wenn ich diese Vornehmheit nicht aufbringe, sondern klipp und klar meine Meinung sage, dass es in einem Rechtsstaat unerträglich ist, wenn man die strafrechtliche Verfolgung derjenigen, die sich auf die offensichtliche Lücke des Jahressteuergesetzes 2007 gestürzt und mithilfe **ausländischer** Depotbanken in riesigstem Umfange doppelte Steuererstattungen kassiert haben, auf den Sankt-Nimmerleins-Tag verschiebt und stattdessen die Warburg Bank in den staatlichen Verfahren und in den Medien ans Kreuz zu schlagen versucht, obwohl sie als einzige oder jedenfalls eine der wenigsten die Aktien zum vollen Bruttopreis einschließlich Kapitalertragssteuer über die **inländische** Depotbank des Verkäufers erworben hat.

2. Ich klage **zweitens** an, dass die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes bisher vollständig ignoriert worden ist, wonach bereits durch die Zahlung des Bruttokaufpreises einschließlich der Kapitalertragsteuer an die Deutsche Bank als Depotbank des Verkäufers die von Warburg später zur Erstattung angemeldete **Kapitalertragssteuer voll bezahlt** worden ist, und zwar völlig unabhängig davon, ob die Deutsche Bank ihre sich aus dem Jahressteuergesetz 2007 ergebenden Pflichten selbst erfüllt hat oder nicht.

3. Und ich klage **drittens** an, dass ein nichtswürdiges Zusammenspiel mit einer kriminellen Person und die Anwendung krimineller Methoden dazu geführt haben, dass Teile der Justiz und Teile der Medien geradezu eine Kampagne gegen Warburg geführt haben, um sie als Sündenbock herzu-

richten, wodurch die Hamburger Bürgerschaft dazu verleitet wurde, gutgläubig von existierenden steuerlichen Forderungen der Stadt und einem ihr zugefügten Schaden auszugehen, um etwaige diesbezügliche Versäumnisse von Senat und Verwaltung der Stadt Hamburg durch Einsetzung dieses Ausschusses aufklären zu lassen.

IV.

Da der Betroffene nach der gesetzlichen Regelung seine Stellungnahme vor Beginn der Beweisaufnahme abgibt und deshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Mitglieder des Untersuchungsausschusses mit den vorliegend einschlägigen, extrem komplizierten Fragen des Steuerrechts von Haus aus bewandert sind, muss ich meiner nachfolgenden Dokumentation, dass Warburg der Stadt Hamburg keinen Schaden zugefügt hat und dass es überhaupt keine steuerrechtlichen Ansprüche gegen Warburg gab, die man hätte verjähren lassen können, einige knappe unstrittige Eckpunkte der steuerlichen Rechtslage voranstellen. Als emeritierter Universitätsprofessor für die Fächer Strafrecht und Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie waren mir, wie vielleicht wie auch manchem Mitglied dieses Ausschusses, die Cum-Ex-Geschäfte zunächst böhmische Dörfer, aber nach monatelanger intensiver Beschäftigung mit der Materie glaube ich ein sehr knappes und dabei sehr klares und unstrittiges Bild der Rahmenbedingungen zeichnen zu können, in das sodann ohne Schwierigkeiten der Komplex Warburg eingeordnet werden kann.

1. Der weltweite Handel mit deutschen Aktien rund um den Dividendentichtag, im Börsenjargon als **Dividendenstripping** bezeichnet, beruhte seit längerem auf der Eigenart des deutschen Kapitalertragssteuerrechts,

dass diese von dem ausschüttenden Unternehmen als Quellensteuer abgeführt und von dem Aktionär auf seine gesamte Einkommensteuerschuld angerechnet werden konnte, was naturgemäß bei ausländischen Aktieninhabern, die übrigens mehr als zwei Drittel der gesamten deutschen Aktien besitzen, nicht möglich war und deshalb bei diesen zu einem endgültigen Verlust zu führen drohte. Für international agierende deutsche Banken ergab sich daraus die lukrative Geschäftsmöglichkeit, die von einem Steuerausländer gehaltenen Aktien für kurze Zeit um den Dividendentichtag herum auf sich oder einen anderen Steuerinländer übertragen zu lassen, wobei der diesem erwachsende Anrechnungsvorteil zum größeren oder größten Teil durch die Preisgestaltung auf den Steuerausländer rückübertragen wurde. Die jeweiligen Gewinnmargen unterschieden sich bei einem Steuerausländer aus einem Land mit Doppelbesteuerungsabkommen, der ohne diese Geschäfte 15% der Dividende verlor, und einem solchen aus einem Land ohne Doppelbesteuerungsabkommen, der anfangs 20 und später 25% einbüßte, alles zuzüglich Solidaritätszuschlag. Die deutsche Steuerverwaltung versuchte diese Geschäfte als Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gem. § 42 AO zu behandeln, doch verstieß die Benachteiligung der Steuerausländer nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes selbst gegen den unionsrechtlichen Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit. Im Bereich dieses klassischen Dividendenstripings durch Inhaberverkäufe und -käufe geht es jedenfalls nicht um Doppelanrechnung einer nur einmal gezahlten Kapitalertragssteuer und dementsprechend auch nicht um strafrechtlich relevante Sachverhalte.

2. Diese Gefahr entstand erst, als der Bundesfinanzhof bei bloß schuldrechtlichen Geschäften den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO für möglich erklärte und dadurch eine kautelarjuristische Praxis inspirierte, durch sog. Leergeschäfte, also den Verkauf erst künftig zu erwerbender Aktien, infolge börsentechnischer Eigenheiten

doppelte Kapitalertragssteuerbescheinigungen für eine vom ausschüttenden Unternehmen nur einmal ausgeschüttete Dividende zu generieren. Hieraus entwickelte sich der riesige Cum-Ex-Komplex, von dem das vorliegende Untersuchungsverfahren nur ein winziges und, wie noch zu dokumentieren sein wird, letztlich gar nicht einschlägiges Segment betrifft.

V.

1. Ich beginne nach diesen einführenden Bemerkungen mit meinem ersten „j'accuse“, nämlich der Ersetzung des in den maßgeblichen Jahren 2007 – 2011 durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, durch den Gesetzgeber, durch die Verwaltungspraxis und durch die absolut überwiegende Auffassung im steuerrechtlichen Schrifttum geschaffenen kommunikativen Milieus durch das ex-post-Schlagwort vom „räuberischen Griff in die Staatskasse“. Damit soll nicht in Zweifel gezogen werden, dass es genügend steuerrechtliche Spezialisten bei den internationalen operierenden Großbanken und Großkanzleien wie auch das Duo Dr. Berger/Dr. Steck gegeben hat, die die Mängel der gesetzlichen Regelung erkannten und zur Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragsteuer ausnutzten. Anders bei der im internationalen Aktienhandel wenig erfahrenen Warburg Bank und Herrn Dr. Olearius, für die die Abwicklung über eine inländische Depotbank des Verkäufers eine Garantie für die steuerliche Korrektheit bedeutete. Denn das Jahressteuergesetz 2007 führte für den Fall des Leerverkaufs über den Dividendenstichtag eine neuartige Form der Kapitalertragssteuer ein, die gem. dem neuen § 20 Abs. 1 Satz 4 EStG auf die so genannte Dividendenersatzzahlung erhoben wurde, die der Leerverkäufer an den Käufer zu errichten hatte, wobei der neue § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG bestimmte, dass das den Verkauf ausführende **inländische** Kreditinstitut den Steuerabzug für Rechnung des Käufers vorzunehmen habe.

Aus der in ihren Details hier nicht mündlich vorzutragenden und deshalb als **Anlage 1** beigefügten Auswertung der überaus eingehenden Gesetzesbegründung geht hervor, dass der Käufer bei Einschaltung einer inländischen Depotbank in jedem Fall sicher sein konnte, dass die von ihm durch den von ihm gezahlten Bruttokaufpreis wirtschaftlich finanzierte Kapitalertragsteuer auch tatsächlich an den Fiskus gelangte als Basis der ihm erteilten Kapitalertragsteuergutschrift.

2. Genauso sieht es auch bis heute die Rechtsprechung, soweit sie nicht diesen zentralen Gesichtspunkt vollständig übersieht. Beispielsweise lesen wir in dem allerjüngsten Beschluss des OLG Frankfurt in der Strafsache gegen Dr. Berger u. a. (2 Ws 132/20) vom 09.03.2021, **dessen Beziehung hiermit angeregt wird**, auf S. 7:

„Die Abwicklung der Leerverkaufsgeschäfte ... **erfolgte jedenfalls ab 2007 mit im Ausland ansässigen Depotbanken**, um sicherzustellen, dass keine Kapitalertragssteuer auf die Dividendenausgleichszahlungen (= Dividendenersatzanspruch) einbehalten und abgeführt wurde. Dies war deswegen notwendig, weil ein im Ausland ansässiges Kreditinstitut bzw. eine „ausländische Stelle“ vom deutschen Gesetzgeber durch ein Bundesgesetz nicht zum Einbehalt und zur Abführung von Kapitalertragssteuer verpflichtet werden konnte.“

Dass deutsche Depotbanken, jedenfalls allen voran die Deutsche Bank, ihren Ablieferungspflichten einfach nicht nachgekommen sind, hat bis 2016 außer diesen selbst und vielleicht den bösgläubigen Architekten von Cum-Ex-Leergeschäften niemand gewusst. Auch bei Warburg wusste man das nicht, es ist völlig unstrittig, dass zu keiner Zeit irgendein Kontakt zwischen Warburg und der Deutschen Bank existierte. Dabei lässt sich auch nicht etwa gewissermaßen von hinten argumentieren, wonach aus der Tatsache, dass bei dem kurzfristigen Aktienkauf und -verkauf ein Gewinn herauskam, notwendigerweise gefolgt wäre, dass die Deutsche Bank

die von Warburg gezahlte Kapitalertragssteuer in andere Kanäle als an das Finanzamt abgeführt haben müsste. Denn das wäre ein klassischer Zirkelschluss, vielmehr wird umgekehrt ein Schuh heraus: Gerade die Einschaltung einer deutschen Depotbank zeigte, dass es um ein Dividenden-Stripping im normalen Verhältnis ging, bei dem der Nutzen, der aus der Anrechenbarkeit der Kapitalertragssteuer resultierte, mit dem ausländischen Aktieninhaber, der diese Anrechenbarkeit nicht selbst geltend machen konnte, geteilt wurde.

3. Dadurch, dass der Untersuchungsausschuss des Bundestages eine Aufklärung der Rolle der Depotbanken mit Mehrheit ablehnte, wie zuvor Herr Dr. Gauweiler herausgestellt hat, fand eine Aufklärung dieser Bewandnisse damals nicht statt. Ob das mit Fleiß oder aus Nachlässigkeit geschah, mag dahingestellt bleiben. Der Rubikon der Rechtsstaatlichkeit wurde aber jedenfalls in dem Augenblick überschritten, als die Staatsanwaltschaft Köln zwar die Rolle der Deutschen Bank als Spinne im Netz der Cum-Ex-Leergeschäfte erkannte und in einem umfangreichen Aktenvermerk vom 17.7.2019 fast 100 Beschuldigte bis hinauf zu den Vorständen Ackermann und Anshu Jain identifizierte (auszugsweise beigefügt in **Anlage 2**, die komplette Beiziehung wird angeregt), aber deren Verfolgung zunächst einmal weit nach hinten schob und sich stattdessen auf die Warburg Bank konzentrierte, ohne sich darüber Rechenschaft abzulegen, dass für die Bewertung der von ihr getätigten Geschäfte die **Rolle der Deutschen Bank als Depotbank** schlechthin entscheidend war.

Anschließend hat das Landgericht Bonn, salopp gesprochen, noch einen draufgesetzt, indem es sich in seinem Urteil vom 12.3.2020 für die Depotbank nicht im Mindesten interessierte, deren Identität völlig offenließ und damit den steuerrechtlich entscheidenden Gesichtspunkt, dass nämlich Warburg die Aktien über eine deutsche Depotbank des Verkäufers erwarb, einfach unter den Teppich kehrte (UA 25 des vermutlich vom

Ausschuss bereits beigezogenen Urteils, über das am 15. Juni 2021 der Bundesgerichtshof verhandeln) wird. Wie bereits Rechtsanwalt Dr. Gauweiler hervorgehoben hat, ging die Hamburger Betriebsprüfung dagegen noch am 5. Juni 2015 mit Recht davon aus, dass Warburg mit der Zahlung des Bruttokaufpreises an die Deutsche Bank alle steuerlichen Pflichten korrekt erfüllt hatte.

4. Ich würde Ihre Geduld über Gebühr strapazieren, wenn ich jetzt noch im Detail auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes bis zu dem von dessen 1. Senat erlassenen Gerichtsbescheid vom 06.03.2013 eingehen wollte. Zu diesem Gerichtsbescheid ist im Bericht des Cum-ex-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages ausgeführt, dass dieser die Auffassung des FG Hamburg zurückgewiesen hatte, wonach der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums mit dem Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung, den der BFH in seiner Grundsatzentscheidung von 1999 ausgesprochen hatte, beim außerbörslichen Handel nicht Platz greife. Im Bericht des Untersuchungsausschusses (BT-Dr 18/12700, S. 94) wurde darüber hinaus mitgeteilt, dass das Bundesfinanzministerium diesen Gerichtsbescheid des BFH „als ernsthafte Gefährdung seiner Rechtsposition der Unrechtmäßigkeit der zweifachen Kapitalertragssteuererstattung einschätzte“. Zwar ist dem Gerichtsbescheid in der gesamten seitherigen Diskussion nicht mehr die geringste Beachtung gezollt worden, was aber keinesfalls damit erklärt, geschweige denn gerechtfertigt werden kann, dass er nach dem vom Bundesfinanzminister angeordneten Einspruch des Finanzamts nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Denn er zeigt mit unüberbietbarer Klarheit, dass die Konzeption des JStG 2007 in dem vom Gesetzgeber gewollten und in der Gesetzesbegründung klar und eindeutig niedergelegten Sinne, dass auch bei der Leerverkäufen das wirtschaftliche Eigentum übergeht und dann zwangsläufig eine nur bei

inländischen Depotbanken kompensierbare doppelte Kapitalertragssteuerbescheinigung ausgestellt wird, noch im Jahre 2013 auch vom zuständigen Senat des Bundesfinanzhofes anerkannt wurde, ohne dass darin ein räuberischer Griff in die Staatskasse gesehen wurde. Um meine mündlichen Ausführungen damit nicht über Gebühr zu belasten, füge ich diesen Bescheid als **Anlage 3** bei und verweise im einzelnen auf dessen Inhalt.

V.

Ich komme nunmehr zum **zweiten j'accuse**, dass bisher vollständig die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes ignoriert bzw. zu Unrecht nicht angewendet worden ist, wonach bereits durch die Zahlung des Bruttokaufpreises einschließlich der Kapitalertragsteuer an die Deutsche Bank als Depotbank des Verkäufers die von Warburg später zur Erstattung angemeldete **Kapitalertragssteuer voll bezahlt** worden ist, und zwar völlig unabhängig davon, ob die Deutsche Bank ihre sich aus dem Jahress-teuergesetz 2007 ergebenden Pflichten selbst erfüllt hat oder nicht.

1. Tatsächlich bedeutete diese Zahlung nämlich nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes im Rechtssinne bereits die Erfüllung der Kapitalertragssteuerschuld, weil die Depotbank bei der Vereinnahmung als Verwaltungshelfer fungiert, so dass der Eingang der Zahlung bei ihr für den Steuerschuldner als Erfüllung gilt, gleichgültig, ob der Verwaltungshelfer den Betrag dann veruntreut oder korrekt an den Fiskus weiterleitet. Nach dem durch das JStG 2007 eingefügten § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG „gelten als sonstige Bezüge (die zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören) auch Einnahmen, die anstelle der (Dividenden) von einem anderen als dem Anteilseigner ... bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert

werden“, wobei in Absatz 2a als Anteilseigner derjenige bezeichnet wird, der im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses wirtschaftlicher Eigentümer ist (wörtlich: „dem nach § 39 der Abgabenordnung die Anteile zuzurechnen sind“). In diesem Fall hat gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 „das für den Verkäufer der Aktien den Verkaufsauftrag ausführende inländische Kreditinstitut den Steuerabzug für die Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge vorzunehmen“. Nach § 45a Abs. 1 EStG in der Fassung des JStG 2007 ist schließlich von der den Verkaufsauftrag ausführenden Stelle die Anmeldung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer dem Finanzamt einzureichen. Das gilt auch, wenn ein Steuerabzug nicht vorzunehmen ist, wobei dann der Grund für die Nichtabführung anzugeben ist. Unstreitig hat Warburg jeweils den vollen Bruttokaufpreis für die Aktien cum Dividende und damit unter Einschluss der in der Dividende enthaltenen Kapitalertragsteuer an die Deutsche Bank als inländische Depotbank des Verkäufers bezahlt.

2. 2. Für einen ein entsprechendes Problem betreffenden Fall hat der Bundesfinanzhof in seinem in die amtliche Sammlung aufgenommen Grundsatzurteil vom 23.4.1996 (BFHE 181, 7 ff.) Folgendes ausgesprochen:

„Mit der ordnungsgemäßen Einbehaltung durch den Schuldner der Kapitalerträge ist die Kapitalertragsteuer auch dann i.S. von § 36 Abs. 2 Nr.2 EStG erhoben, wenn sie nicht an das FA abgeführt wird. Liegen auch die übrigen Voraussetzungen des § 36 Abs.2 Nr.2 EStG vor, so erlangt der Gläubiger der Kapitalerträge (Steuerschuldner) im Zeitpunkt der Einbehaltung der Kapitalertragsteuer durch den Schuldner der Kapitalerträge einen Steueranrechnungsanspruch, der zu einer Einnahme aus Kapitalvermögen i.S. von § 8 Abs.1 EStG i.V.m. § 11 Abs.1 EStG führt. Dem steht nicht entgegen, daß die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Steuerschuldners für die nicht abgeführte Kapitalertragsteuer nach § 44 Abs.5

Satz 2 Nr.2 EStG vorliegen und das FA in einem späteren Veranlagungszeitraum dementsprechend handelt.“

Zur Begründung ist in Tz. 14 ausgesprochen worden:

„ ‚Erhoben‘ i. S. des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist die Kapitalertragsteuer bereits dann, wenn sie vom Schuldner der Kapitalerträge (hier: GmbH) für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge (hier: Kläger) einbehalten wurde; auf die Abführung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer an das FA kommt es dabei nicht an. Dies folgt aus der Erwägung, daß sich der Fiskus beim Einzug der Kapitalertragsteuer des Schuldners der Kapitalerträge als ‚Verwaltungsgehilfen‘ bedient, der Gläubiger der Kapitalerträge (Steuerschuldner) den Steuereinbehalt dulden muß und auf die Abführung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer durch den Schuldner der Kapitalerträge grundsätzlich keinen Einfluß nehmen kann (zur --im Hinblick auf § 42d Abs.3 Satz 4 Nr.2 EStG-- vergleichbaren Rechtslage bei der Lohnsteuer vgl. Blümich/Heuermann, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 15.Aufl., § 42d Rdnr.19 ff., insbesondere Rdnr.22, m.w.N.; Heuermann, Der Betrieb --DB-- 1994, 2411, rechte Spalte f.). Vor diesem Hintergrund ist es geboten, das Risiko der Nichtabführung der Kapitalertragsteuer durch den Schuldner der Kapitalerträge und des Ausfalls der Kapitalertragsteuer dem Fiskus zuzuweisen, der sich des Schuldners der Kapitalerträge als ‚Verwaltungshelfers‘ (‚verlängerten Arms‘, ‚Inkassostelle‘) bedient.“

Dass der laut dieser Entscheidung vom BFH aufgestellte Grundsatz auch für die durch das JStG 2007 eingeführte Rolle der inländischen Depotbank gelten muss, wird im weit überwiegenden Schrifttum teils direkt vertreten, teils dadurch im Ergebnis erreicht, dass die in § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG genannten Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Käufers verneint werden oder zumindest eine vorrangige Inanspruchnahme der Depotbank für geboten erklärt wird

(vgl. Loritz, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2017, 353, 355; Desens, DStR 2012, 2473, 2474; ders., DStZ 2014, 154, 157;

Haarmann/Kermer, Ubg (Die Unternehmensbesteuerung) 2020, 501, 557 ff. sub 3.3.3.2.; Jehke/Blank, DStR 2017, 905 ff.; Spengel, FR 2017, 545, 552; Podewils, FR 2013, 481; Englisch, FR 2010, 1023).

Zwar hat sich das hessische Finanzgericht dagegen ausgesprochen (DStR 2016, 1084), aber mit einer nicht überzeugenden Begründung, deren Details und Kritik ich Ihnen hier ersparen möchte. Man kann sie in meiner Revisionsbegründung zum Bundesgerichtshof zu finden, der am 15. Juni 2021 darüber befinden wird.

VI.

Ich komme abschließend zu meinem **dritten „j'accuse“**. Hierbei geht es um die nichtswürdigen Methoden, durch die die Hamburger Bürgerschaft dazu verleitet wurde, gutgläubig von existierenden steuerlichen Forderungen der Stadt und einem ihr zugefügten Schaden auszugehen, um etwaige diesbezügliche Versäumnisse von Senat und Verwaltung der Stadt Hamburg durch Einsetzung dieses Ausschusses aufklären zu lassen. Ich möchte ausdrücklich nochmals betonen, dass Herr Dr. Olearius die Einsetzung des Ausschusses und dessen künftige Tätigkeit entschieden begrüßt, weil er hier **erstmals**, wenn auch nur in Form einer Betroffenen-erklärung und hinzugefügter Anregungen (weil der Ausschuss bisher anderes nicht zulassen möchte), seinen Standpunkt zur Geltung bringen und die rechtsstaatswidrigen Manipulationen aufdecken kann, die durch ein Zusammenspiel einiger staatlicher Amtsträger mit einigen Medienvertretern zu der vorliegenden Sündenbockprojektion geführt haben. Herr Dr. Olearius ist deshalb auch voller Zuversicht, dass die nunmehr etablierte Plattform durch Ihre Bemühungen, meine sehr geehrten Damen und Herren Mitglieder des Untersuchungsausschusses, zur objektiven Aufklärung führen wird.

1. Im Zentrum dieser Ebene steht eine Figur, die in allen Phasen des Geschehens nur skrupellos um des eigenen Vorteil willens gehandelt hat, indem sie zunächst Warburg und Herrn Dr. Olearius anwaltlich vertrat und dabei die Aktiengeschäfte nicht nur empfahlen, sondern auch deren völlige steuerrechtliche Korrektheit versichert hat, die sich dabei selbst in großem Umfange bereichert und die Gewinne ins Ausland verschoben hat, die sich dann Jahre später, als ihr die Angelegenheit zu heiß wurde, der Staatsanwaltschaft Köln als eine Art Kronzeuge angedient und dabei in Form einer schriftlich abgefassten Vereinbarung bereit erklärt hat, ihre Schweigepflicht als Rechtsanwalt zu verletzen, zum Nachteil ihrer alten Partei Warburg einen Parteiverrat zu begehen, die dabei von der Staatsanwaltschaft darauf hingewiesen wurde, dass sogar ein völliges Absehen von eigener Bestrafung in Betracht komme, sofern sie genügend wertvolles Belastungsmaterial liefere, und die dann in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn zu Lasten von Herrn Dr. Olearius falsch ausgesagt hat, ohne dass dieser dagegen etwas unternehmen konnte, weil er selbst nicht Prozessbeteiligter dieses Verfahrens war.

Zur vorläufigen Belohnung darf diese Figur frei durch das In- und Ausland reisen, sich der aus ihrer bei weitem nicht auf Warburg beschränkten Beratungstätigkeit im Cum-Ex-Bereich erwirtschafteten Gewinne erfreuen und überdies an dem mit großem Nachdruck betriebenen öffentlichen Hinrichtung des vor über 200 Jahren in Hamburg gegründeten Bankhauses Warburg in geradezu schmierenkomödiantischer Weise mitarbeiten, indem sie unter falschem Namen und verkleidet in der in Hamburg produzierten Magazinsendung „Panorama“ auftrat. Diese Figur wird für ihre sinistren Tätigkeiten in den Medien ferner dadurch belohnt, dass ihr Name nur abgekürzt zitiert wird, aber es besteht nicht der geringste Grund, ihn zu verschweigen: Es handelt sich um den Rechtsanwalt Dr. Kai-Uwe Steck, früher in Frankfurt am Main tätig und mittlerweile in die Schweiz

verzogen. Seine Medienfreunde, allen voran die Journalisten Oliver Hollenstein und Oliver Schrömm (nachfolgend die beiden Olivers genannt), tummeln sich mittlerweile mit dem Cum-Ex-Thema gewissermaßen mit Zielfernrohreinstellung auf das Bankhaus Warburg in einer niemals abreißen, immer aufreizenden und zahllose Wiederholungen nicht scheuenden Kette von Beiträgen außer bei „Panorama“ auch bei der „Zeit“ und beim „Managermagazin“, was wenigstens wegen der räumlichen Nähe den ökologischen Fußabdruck in Grenzen hält. Sie haben außer dem durch systematische Anonymisierung zum Phantom gewordenen Kai-Uwe Steck eine nicht weniger kriminelle Informationsquelle ausgeschlachtet, die hier in dem prachtvollen Saal, in dem ich für Herrn Dr. Olearius sprechen darf, als Elefant im Raum steht: Die ihnen notwendig auf kriminellem Wege zugespielten Tagebücher von Dr. Olearius, die die Staatsanwaltschaft Köln beschlagnahmte, asservierte und sodann durch einen mir nicht näher bekannten Justizbeamten zumindest in, wie sie selbst sagen, „umfangreichen Passagen“ zur Einsicht zur Verfügung stellte. Dass der betreffende Beamte dadurch das Steuergeheimnis nach § 355 Strafgesetzbuch strafbar verletzte, ferner für den Fall einer zeitweisen Aushändigung auch einen strafbaren Verwahrungsbruch beging, scheint ebenso wie seine mutmaßliche Anstiftung durch Presseangehörige in unserer heutigen rechtspolitischen Landschaft niemanden zu interessieren, geschweige denn zu verwundern. Jedoch hätte man eigentlich hellhörig werden müssen, weil es um **Tagebücher** geht und damit um etwas Ähnliches wie Selbstgespräche, die nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes selbst bei mutmaßlichen Mördern unverwertbar wären (BGHSt 50, 206; 57, 71; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, S. 188 m. w. N.).

2. Es spricht also alles dafür, dass die Verwertung der Tagebücher auf eine Verletzung der in Art. 1 Grundgesetz garantierten Würde von Herrn

Dr. Olearius abzielte, aber tatsächlich haben sich die beiden Olivers als Teil der Kraft profiliert, die das Böse will und das Gute schafft. Denn die Tagebücher enthalten nicht nur nichts Unrechtes, sondern auch nicht das Mindeste, dessen sich der Verfasser zu schämen hätte. Sie belegen im Detail, dass Herr Dr. Olearius von Leerverkaufsgeschäften, die Dr. Berger und Dr. Steck zusammen mit ihren englischen Spießgesellen und den Vertretern der Deutschen Bank schneiderten, nichts gewusst hat. Und was das direkte Thema des Untersuchungsausschusses anbetrifft, so war es – wie Herr Dr. Gauweiler bereits eingehend dargelegt hat – ausweislich der Tagebücher nichts anderes als eine völlig korrekte Informationsübermittlung an die Regierung. Und überdies nicht nur eine korrekte, sondern geradezu pflichtgebotene Handlung, deren Unterlassung einer Untreue gleichgekommen wäre – nämlich dass der Vorstand einer Bank, die von der Behörde mit einer nach seiner Überzeugung unbegründeten Forderung in 2- oder sogar 3-stelliger Millionenhöhe überzogen wird, was je nach der weiteren Entwicklung existenzgefährdend sein kann, den eigenen Standpunkt höheren Ortes unterbreitet und um Prüfung bittet. Das würde angesichts der Höhe der Forderung und der Bedeutung des Unternehmens für Hamburg für jedes Unternehmen in der gleichen Situation gelten und gilt erst recht für eine Bank, die nicht nur in den letzten 70 Jahren Herausragendes für die Hamburger Wirtschaft geleistet hat und deshalb geradezu als eine Hamburger Institution bezeichnet werden darf, die nach ihrer Vertreibung durch das NS-Regime vermittels ihrer Rückkehr nach Deutschland ein wichtiges Zeichen und Symbol für den Wiederaufbau von Rechtsstaat und sozialer Marktwirtschaft gesetzt hat und deren Leistungen nicht nur für Hamburg, sondern für das ganze Land in den Geschichtsbüchern nachgelesen werden können, ich erinnere nur an Max Warburg, den Großvater des heutigen Mitinhabers.

Dass die mediale Ausschlichtung der Tagebücher, die zu dem vorliegenden Untersuchungsverfahren geführt hat, von einer **Vorverurteilung** in der Sache selbst ausgeht und damit einem Zirkelschluss erliegt, brauche ich nur an einem einzigen Satz darzulegen, der sich in dem Zeit-Online-Artikel „Der Bankier und seine Freunde in der Politik“ vom 03. September 2020 ganz am Anfang findet, indem es dort heißt, dass „sich Olearius und seine Bank viele Millionen Euro vom Staat erstatten ließen, die sie zuvor gar nicht gezahlt hatten“. Denn sie hatten diese in Wahrheit ja unbestreitbar mit dem Bruttokaufpreis an die Deutsche Bank als inländische Depotbank des Verkäufers gezahlt und wehrten sich nunmehr mit rein rechtlichen Argumenten dagegen, zu einer möglicherweise existenzgefährdenden Doppelzahlung gezwungen zu werden, indem sie wegen der Bedeutung der Sache die Regierung durch eine juristische Ausarbeitung des Justitiars Dr. Greiner auf die Argumente der Bank aufmerksam machten, wie bereits in der Stellungnahme von Herrn RA Dr. Landry im einzelnen dargelegt worden ist.

3. Ich beende dieses dritte j'accuse mit einem Blick auf die Rolle des Rechtsanwalts Dr. Kai-Uwe Steck, der die Warburgseite bei den Aktientransaktionen beriet und sie ihnen schmackhaft machte, wobei er mit seinem Sozius Dr. Berger dabei half, steuerlich völlig unbedenkliche Inhabergeschäfte vorzuspiegeln. Dazu kann ich auf die Ausführungen von Herrn RA Dr. Landry verweisen. Später hat er, ob der Schweigepflichten und Treuepflichten eines Rechtsanwalts unbekümmert, mit der Staatsanwaltschaft eine Art Deal abgeschlossen, um sich auf Kosten der von ihm irreführten Mandanten den rechtlichen Konsequenzen seiner Handlungen zu entziehen. In den Ermittlungsakten ist ein Dokument aufgetaucht, in dem durch die Staatsanwaltschaft Köln dem dortigen Beschuldigten Dr. Steck im Beisein seiner beiden Verteidiger, die zuvor eine Verfahrensein-

stellung nach § 153a StPO ventiliert hatten, in einem von allen unterschriebenen Aktenvermerk vom 15.12.2016 im Falle eines wesentlichen Aufklärungsbeitrages ein Absehen von Strafe für denkbar erklärt wurde, woraufhin dieser bei seiner anschließenden Vernehmung ausdrücklich erklärte, sein Beitrag zur Sachaufklärung gelte auch und besonders vor dem Hintergrund dieses Vermerks (beigefügt in **Anlage 4**).

Zu diesem Handeln eines Rechtsanwalts glaubte ich mir eigentlich jeden weiteren Kommentar ersparen zu können. Es zeigt wohl am eklatantesten, wes Geistes Kind die Beschuldigungen gegen Herrn Dr. Olearius und das Kesseltreiben gegen Hamburgs Warburg Bank sind. Aber dass die Strafkammer des LG Bonn sich gleichwohl nicht gescheut hat, ihr Einziehungsurteil gegen Warburg vom 18.3.2020 entscheidend auf diese Figur zu stützen, wirft nicht nur ein weiteres bezeichnendes Licht auf die Kammer und ihren Vorsitzenden Zickler, sondern auf die ganze Fokussierung der StA Köln und das LG Bonn auf das unerbittliche Vorgehen speziell gegen Warburg anstelle einer breiten und gleichmäßigen Aufarbeitung entsprechend der Größe der Banken und ihres Engagements im Cum-ex-Komplex. Und damit schließt sich der Kreis zu der quantitativen Betrachtung, wie sie Herr Dr. Gauweiler angestellt und dazu nachgewiesen hat, dass Warburg selbst im worst case nur ein ganz kleines Licht zwischen den gleißenden Halogenstrahlern der Landesbanken und der Deutschen Bank gewesen wäre. Warum dann aber diese rücksichtslose Verfolgung des kleinen Lichts, während die großen Scheinwerfer auf die lange Bank geschoben werden? Eine andere Erklärung, als dass man einen Sündenbock suchen und finden wollte, sehe ich nicht.

Deshalb schließe ich mit einem Appell: Durchbrechen Sie in Ihrer Arbeit diesen Teufelskreis von Sündenbockprojektion, Vorverurteilung und Sachverhaltsverdrehung, lassen Sie sich nicht von medialer Demagogie manipulieren, sondern verteidigen Sie durch Ihre Arbeit als Ausschluss

eines Landesparlaments die Ehre des gesamten deutschen Parlamentarismus, indem Sie mitten im Kesseltreiben gegen das Hamburger Bankhaus Warburg und seine Inhaber spät, aber nicht zu spät die **Wahrheit** zur Geltung bringen.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Anlagenverzeichnis

- 1** Zentraler Inhalt des Jahressteuergesetzes 2007
- 2** Einleitungsverfügung StA Köln v. 17.7.2019 gegen 89 Mitarbeiter der Deutschen Bank (Auszug)
- 3** Gerichtssentscheid des BFH v. 6.3.2013 (I R 2/12)
- 4** Vermerk StA Köln v. 15.12.2016 (sog. „Steck-Deal“)