

Prof. Dr. Thomas Fischer

Rechtsanwalt

Vors. Richter am Bundesgerichtshof a. D.

**Parlamentarischer Untersuchungsausschuss „Cum-Ex-Steuergeldskandal“
der Hamburger Bürgerschaft**

**Erklärung zur Vernehmung der Zeugen Dr. Rolf Möhlenbrock und Michael Sell
am 4. Februar 2022**

Für den Beteiligten Max Warburg gebe ich zur Vernehmung der Zeugen Dr. Möhlenbrock und Sell in der Sitzung des Ausschusses vom 4 Februar 2022 die folgende Erklärung ab. Da das Protokoll der Vernehmung der beiden Zeugen noch nicht zur Verfügung steht, erfolgt die Erklärung unter dem Vorbehalt einer Ergänzung zu einem späteren Zeitpunkt.

1)

Die Befragung der Zeugen durch den Ausschuss hat einige der Fragen aufgegriffen, die von den Beteiligtenvertretern vorab mit der Anregung übermittelt worden waren, sie an die Zeugen zu richten. Zahlreiche angeregte Fragen sind aber nicht gestellt worden. Ich komme auf einige von ihnen im Folgenden zurück.

2)

Bemerkenswert war die Darstellung, welche der Zeuge Dr. Möhlenbrock von der Besprechung im BMF am 16. November 2017 gab, in deren Ergebnis die Weisung des Bundesministeriums an das Finanzamt für Großunternehmen Hamburg erging.

a)

Hierzu ist es erforderlich, sich noch einmal einige der Aussagen der Hauptabteilungsleiterin der Staatsanwaltschaft Köln, Brorhilker, bei ihrer Vernehmung am 3. Dezember 2021 vor dem Ausschuss in Erinnerung zu rufen. Ich zitiere aus dem Protokoll dieser Sitzung:

Vorsitzender:

Weisung durch das BMF und Treffen im BMF im November 2017, können Sie uns dazu etwas sagen? Ich glaube, da waren Sie beteiligt.

Brorhilker:

*Ich habe davon Kenntnis bekommen, dass es ein Treffen geben soll, (...) Ich glaube, der Hintergrund war mir gar nicht klar, sondern mir war klar, dass jemand von der Finanzverwaltung NRW nach Berlin fährt und dort auf die Vertreter der Finanzverwaltung Hamburg trifft, die wohl unterschiedliche **Auffassungen** haben steuerlicherseits (...) Ich hatte dann gefragt, ob es sinnvoll ist, dass ich die strafrechtlichen Erkenntnisse mit einbringe. Und das ist dann intern besprochen worden und mir ist dann gesagt worden: Ja, das ist eine gute Idee, das machen wir so. Ich soll mitkommen. Und deswegen bin ich dann mit einem Fahrer und der Sachgebietsleiterin nach Berlin gefahren und da war dann dieses Gespräch.*

Also weder davor noch danach war ich befasst., sondern ich war nur bei diesem Gespräch anwesend. Und mir war auch gar nicht klar, dass es schon um eine Weisung ging. Das war mir gar nicht kommuniziert worden im Vorfeld. Sondern was mir kommuniziert worden war, war: Es soll sich ausgetauscht werden über steuerrechtliche Standpunkte. Und meine Aufgabe war es eben dann, die Ermittlungsergebnisse vorzustellen, und das habe ich auch gemacht.

Also beide Seiten haben zunächst kurz dargestellt, wie sie die Sachen sehen, und dann wurde mir das Wort erteilt. Ich sollte dann die strafrechtliche Komponente mit reinbringen. Ich habe dann den Stand der Ermittlungen geschildert, und anschließend, ja, da gab es dann eine Weisung seitens des BMF, und da war das Gespräch auch schon zu Ende.

(...) Wir hatten schon mehrere Kronzeugen vernommen. Wir hatten schon Herrn Steck vernommen und Herrn Henke und noch andere und vor allem Herrn Thorpe (...) Das hatte ich alles geschildert. Das war die eine Komponente. Also diese Profit-Split-Vereinbarung war eigentlich meiner Meinung nach belegt. Das Zweite war, dass wir eben Herrn Thorpe als Trader vernommen hatten (...) Er hatte zugegeben, dass er der Verkäufer war, Er hat uns also genau das zugegeben, was wir eben versucht haben auch zu belegen. (...) Das habe ich eben dann auch vor Ort geschildert.

(Protokoll S. 10/11)

Ja also meine Wahrnehmung war dann ja 2017 bei diesem Weisungsgespräch, dass die Hamburger Finanzverwaltung eben die Steuer nicht zurückfordern wollte. Das habe ich damals mitbekommen und habe dann, wie gesagt, meine Perspektive geschildert. An weitere inhaltliche Diskussionen kann ich mich nicht erinnern (...)

Vorsitzender:

Was können Sie uns zu dem Gespräch am 16. November 2017 im BMF sagen. Bitte schildern Sie den Gesprächsverlauf und die Auffassung der einzelnen Beteiligten, soweit Sie sich erinnern können.

Brorhilker:

Die Sichtweise aus NRW wurde ganz kurz dargestellt. Dann hat Hamburg seine Sichtweise erläutert, die wollten eben nicht zurückfordern, weil sie alles noch für zu unsicher hielten. Dann wurde ich aufgefordert, die Ermittlungsergebnisse zu schildern. Das habe ich auch gemacht (...) die Kronzeugenaussagen. Ich kann mich auch noch daran erinnern, was ich gesagt habe. Also mir war ja gar nicht bewusst, dass das im Kontext einer Weisung hier passiert, sondern ich dachte wirklich, es ginge jetzt um Meinungs austausch.

Ich kann mich noch erinnern, dass es meine Intention war, Sicherheit zu vermitteln, und dass ich dann erläutert habe, warum ich selbst meine, dass wir wirklich auf einem guten Weg sind, was die Beweisführung betrifft, weil der Kronzeuge Thorpe selbst Leerverkäufe für die Warburg umgesetzt hat. Und wir hatten den nächsten Kronzeugen sozusagen schon an der Angel. (...) Und das gibt natürlich eine ganz andere Qualität sozusagen. Man musste sich überhaupt nicht mehr einen abrechnen mit Indizien und sonst was, wenn man zwei Täter hat, die gestehen, dann ist man wirklich auf der sicheren Seite.

(...) Und ich kann mich auch noch daran erinnern, dass ich die Argumentation hinsichtlich des Preises, die ich vorhin schilderte, dass ich die auch noch einmal erörtert habe. Und ich habe eben dargelegt, dass das wahnsinnig umständlich ist und dass wir das in dem Fall gar nicht müssen, weil wir haben Aussagen, wir haben einen Level, und deswegen war mein Bemühen, so eine gewisse Sicherheit zu vermitteln. Ja, dass das Gespräch so endete, dass es eine Weisung gab, war mir ja jetzt am Anfang des Gesprächs auch nicht klar. Und ja, es war danach relativ schnell zu ende.

Vorsitzender:

Haben Sie mit dem Finanzamt für Großunternehmen über das Thema Existenzgefährdung gesprochen?

Brorhilker:

Das war natürlich etwas, was die Finanzverwaltung halt bewegt hat. Das war auch in dem Weisungsgespräch, das kam ja immer wieder (...)

Vorsitzender:

Sprachen Sie jemals mit der Hamburger Finanzverwaltung über die Bedeutung des Dividendenlevels? (...)

Brorhilker:

Also spätestens habe ich das gemacht im Rahmen des Weisungsgesprächs im BMF. Da kann ich mich daran erinnern, dass ich das ausgeführt habe (...)

Vorsitzender:

Sprachen Sie vor dem Treffen beim BMF mit der Hamburger Finanzverwaltung jemals über die Bedeutung von Lieferketten, also vor dem Treffen?

Brorhilker:

Nein, ich war gar nicht vorher mit denen in Kontakt.

Abg. Müller:

War es in dieser Situation in Berlin so, dass das BMF eigentlich erkennbar schon überzeugt war, dass die Beweislage ausreicht und die Hamburger aber irgendwie (...)

Brorhilker:

Ja, es war jetzt auch keine stundenlange Diskussion. Sondern es wurden die Standpunkte ausgetauscht und dann wurde eigentlich nur gesagt zu der Zeugenaussage, ja, dann schicken Sie uns dann, und das habe ich dann ja auch gemacht. Also inhaltlich darüber diskutiert wurde nicht. Es war jetzt kein Frage-Antwort-Gespräch.

(Protokoll S. 31)

Abg. Prof. Dr. Wiese:

Wie war ihr Eindruck von der Reaktion der Kolleginnen und Kollegen im BMF. Hatten Sie das Gefühl, wurde Ihnen gegenüber zum Ausdruck gebracht, dass die Kollegen dort

sich von der Hamburger Finanzverwaltung richtig behandelt fühlen oder dass sie sich vielleicht hinter die Fichte geführt gefühlt hatten (...)

Brorhilker:

Das BMF hat in dem Gespräch eigentlich wenig gesagt. Also es fiel irgendwann der Satz: Machen Sie den Sack zu, und viel mehr ist da gar nicht dazu gesagt worden. (...) Jeder hat etwas gesagt, und dann folgte dieser Satz: So, machen Sie den Sack zu. Und dann war das Gespräch auch zu Ende. Also deswegen, sonstige Differenzen konnte ich jetzt gar nicht wahrnehmen. (...)

(Prot. S. 36)

b)

Der Zeuge Dr. Möhlenbrock hat eine hiervon abweichende Schilderung davon vorgetragen, wie die Besprechung im BMF und die Teilnahme der Staatsanwaltschaft daran zustande kam und wie sie verlief. Nach seiner Aussage hatte sich der Zeuge „zunächst einen Eindruck verschafft“ und war zu der Ansicht gelangt, es bestehe kein Anspruch der Warburg Bank auf Erstattung der KESt. Zur Begründung hat er sich auf einige Schlagworte aus der Rechtsprechung bezogen (Stichwort: „Rundum sorglos Paket“). Im Jahr 2016 sei man beim BMF durch eine Länderabfrage auf den ersten in Hamburg anhängigen Fall gestoßen. Im September 2017 habe er die Idee gehabt, man könne zur Frage der Rückforderung der Erstattung an die Warburg Bank eine Besprechung in Berlin durchführen. Er habe gedacht, es könne sinnvoll sein, Frau Brorhilker sowie die Steuerfahndung NRW einzuladen, um sich von diesen den dortigen Erkenntnisstand mitteilen zu lassen. Die Einladung von Brorhilker sei auf seine Initiative hin erfolgt.

Bei der Besprechung habe Frau Brorhilker „sehr detailliert über einzelne Lieferketten berichtet“, auch über einzelne Personen; dies habe zu einer „Stabilisierung des Bildes“ hinsichtlich Warburg geführt. Die Hamburger Beamten hätten kaum aktiv nachgefragt. Die Besprechung sei von Brorhilker „dominiert“ worden, Es habe keine rechtlichen Erörterungen gegeben, sondern es sei nur der Sachverhalt besprochen bzw. vorgetragen worden. Über Fragen der Beweislast sei es nicht gegangen.

Er habe mit der Staatsanwaltschaft Köln vor der Besprechung vom 16.11.2017 keinen Kontakt gehabt. Erst nach diesem Termin habe er Kontakte mit der Staatsanwaltschaft gehabt. (Anmerkung: Die Zeugin Brorhilker hat am 3.12.2021 ausgesagt, sie habe nach der Besprechung vom 16.11.2017 keinerlei Kontakte mehr zum BMF gehabt. Die Richtigkeit dieser Aussage ist zweifelhaft).

Hamburg habe keine substantziellen Einwendungen vorgetragen. Die Hamburger Rechtsansicht sei falsch gewesen. Daher sei die Weisung ergangen. Im Jahr 2018 habe das BMF die Finanzbehörden Hamburg angewiesen, in allen Angelegenheiten in Sachen Warburg Bank Absichtsberichte vorzulegen.

c)

Die Auffälligkeit betrifft zunächst das Zustandekommen der Besprechung im Hinblick auf die Teilnahme der Oberstaatsanwältin Brorhilker sowie zweier Beamter der Steuerfahndung NRW. Der Zeuge Dr. Möhlenbrock hat ausgesagt: Die Idee zu der Besprechung im BMF habe er selbst gehabt. Er habe auch die Idee gehabt, die Zeugin Brorhilker einzuladen. Demgegenüber hat diese ausgesagt, sie selbst habe die Idee gehabt, an der Besprechung teilzunehmen, und sich sodann aktiv darum bemüht. Beide Aussagen widersprechen sich. Nur eine kann richtig sein.

Abweichend waren auch die Bekundungen beider Zeugen zum Ablauf und zur inhaltlichen Beteiligung der Anwesenden. Während Dr. Möhlenbrock darlegte, die Staatsanwältin habe die Besprechung „deutlich dominiert“, schilderte die Zeugin eine sukzessive Stellungnahme aller Anwesenden und sodann – ohne inhaltliche Diskussion – eine unvermittelte Beendigung des Gesprächs unter Formulierung der Weisung „Machen Sie den Sack zu“.

Da Fragen des formalen Ablaufs und der Aussagewahrheit an dieser Stelle nicht nachgegangen werden kann, will ich mich auf einige inhaltliche Fragen beschränken:

Es bleibt unerklärlich, welchem Zweck die Besprechung aus Sicht des BMF überhaupt dienen

sollte. Der Zeuge Möhlenbrock hat ausgesagt, er habe bereits lange vor diesem Termin eine klare Rechtsansicht darüber gehabt, ob es sich bei sog. Cum-Ex-Geschäften um eine steuerrechtlich (noch) zulässige Gestaltung handle. Dies sei nach seiner Ansicht nicht der Fall gewesen, da es sich um ein „Rundum-sorglos-Paket“ gehandelt habe. Dahinter steht der Gedanke: Da es Geschäfte ohne Risiko nicht geben kann, können risikolose Geschäfte mit hohen Gewinnerwartungen zwingend nur illegal sein.

Dies ist eine Alltagstheorie, von deren Gegenteil uns eine Armee von Anlageberatern aller Finanzdienstleistungsinstitute uns allerdings täglich zu überzeugen versucht. Auch die Bundesregierung selbst empfiehlt ihren Bürgern zuzeiten Geldanlagen nach „Riester“ oder „Rürup“ mit der Versprechung, es handle sich um risikofreie Wege zu einer kapitalgestützten Altersvorsorge.

Die Theorie setzt voraus, was sie zu beweisen versucht: Wenn es sozusagen klassische „Cum-Cum-Geschäfte“, also Aktienkauf und -Rückverkauf über den Dividendenstichtag gab, die als viele Jahre lang als steuerrechtlich zulässig angesehen und nicht beanstandet wurden, dann resultierte der (einzig) realisierbare Gewinn der Beteiligten daraus, dass der inländische institutionelle Käufer sich die vom Emittenten abgeführte KESt erstatten lassen konnte, der ausländische Verkäufer aber nicht, und dass die Steuererstattung zwischen den Parteien geteilt wurde. Dies ist, wie auf der Hand liegt, ein Geschäft ohne Risiko, wenn man einmal § 42 AO (Umgehungsverbot) beiseitelässt.

Waren solche Geschäfte zwingend rechtswidrig und strafbar, müsste man nicht allein bis weit in das 20. Jahrhundert hinein rückwirkend steuergetriebene Wertpapiergeschäfte für illegal und strafbar erklären, sondern auch alle, die an der Gestaltung, Aufrechterhaltung und Nutzbarkeit dieser Möglichkeiten mitgewirkt haben, wegen Beteiligung an diesen Straftaten verfolgen und Vermögenswerte in vielhundertfacher Milliardenhöhe in subjektiven oder objektiven Verfahren einziehen.

Die angeblich – so die Aussage der Zeugin Brohilker vor dem Ausschuss am 3. Dezember 2021

– „auf den ersten Blick und für jedermann sofort erkennbare Strafbarkeit von sog. „Cum-Ex-Geschäften“ soll darauf beruhen, dass es „nicht sein könne“, dass eine einmal abgeführte Steuer zweimal erstattet wird“. Da die KESt eine Quellensteuer ist, ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Emittent die Steuer einbehält und abführt. Verkaufte ein ausländischer Inhaber die Aktien an einen inländischen institutionellen Käufer, wurde die Steuer erstattet. Ist der Inhaber unbekannt, weiß man weder, ob er Ausländer ist, noch ob er eine Erstattung beantragt oder nicht. Der Leerverkauf cum und die Lieferung ex Dividendenanspruch, aber mit Schadensersatzleistung (Kompensationszahlung) ist daher ein Indiz, aber keine sichere Bestätigung für eine doppelte Erstattung, deren Voraussetzung wäre, dass der Inhaber Ausländer ohne Erstattungsanspruch ist und ein Cum-Cum-Geschäft mit einem deutschen Käufer durchführt. Diese Beweislücke ist der Sinn der Ermittlung von „Lieferketten“. Wenn dies nicht möglich oder zu schwierig ist, kann man den Nachweis nicht einfach dadurch ersetzen, dass man behauptet, dass das fiktive, also nur unterstellte Ermittlungsergebnis „nicht sein könne“. Das ist zirkelschlüssig, denn was „nicht sein kann“, soll und muss ja durch die Ermittlung erst bewiesen werden. Ich komme darauf zurück.

d)

Der Zeuge Dr. Möhlenbrock hat ausgesagt, nach Erhebungen des BMF könne von einem Steuerschaden von insgesamt etwa fünf Milliarden Euro für die deutschen Finanzkassen ausgegangen werden; nach seiner Kenntnis seien bislang vielleicht drei Milliarden zurückgeflossen. Auf die Nachfrage, ob und wenn ja welche Vorgänge es hierzu im BMF gab, antwortete er sinngemäß, das wisse er nicht. Er „gehe davon aus, dass auch andere Länder zu Unrecht erstattete Steuern zurückgefordert hätten“. Auf die weitere Frage, ob das BMF auch in anderen Fällen nachgefragt und Berichte angefordert habe, antwortete der Zeuge, da sei er überfragt; das wisse er nicht. Es gebe Länderabfragen (wohl seit 2016).

Diese Auskunft muss man als Beleg dafür ansehen, dass eine Aktivität des Bundesministeriums, die derjenigen im Fall Warburg auch nur annähernd ähnelt, nicht gegeben hat und bis heute nicht gibt. Dies ist angesichts der Schadenshöhe, von welcher das Ministerium selbst ausgeht, und den noch deutlich höheren Summen, die von Behörden,

Politikern und Medien genannt werden, nicht nachvollziehbar und mit rechtmäßigem und normalem Verwaltungshandeln in keiner Weise vereinbar. Eine oberste Bundesbehörde, die im angeblich „größten Steuerskandal der Geschichte“ zu Lasten eines einzigen Beschuldigten eine außergewöhnliche, überaus seltene Durchgriffsmaßnahme ergreift und eine Einzelfallweisung an ein Finanzamt eines Bundeslandes erteilt, in allen anderen Fällen, die den überwältigenden Teil der angenommenen Gesamtschäden betreffen, aber nicht nur tatenlos bleibt, sondern auch zehn Jahre nach Ende der untersuchten Tatzeit noch immer nur vage Kenntnisse von Umfang, Schadenshöhe und Rückforderungsstand hat, handelt nach Regeln und Plänen, die sich mit zufälligen Aufmerksamkeitslücken, institutionellem Desinteresse und individuellen Aufmerksamkeitsdefiziten nicht erklären lassen. Dies bestätigt die Annahme, dass der Warburg Bank in dieser Inszenierung die Rolle des Sündenbocks zugebracht ist.

3)

Sie bestätigt sich auch, wenn man die Aussagen des Zeugen Dr. Möhlenbrock zur Bedeutung der Depotbanken betrachtet.

Der von der Zeugin Brorhilker überaus gelobte so genannte Kronzeuge Dr. Steck, bekanntlich in den Jahren 2007 bis 2011 Rechtsanwalt der in diesem Ausschuss Beteiligten, hat am 19. Januar 2022 in einer Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bonn als Zeuge folgendes ausgesagt (ich zitiere aus dem stenografischen Protokoll):

„Ich habe die Depotbanken nicht so begriffen, dass sie nur Administration betrieben haben, sondern die haben für mich wahrnehmbar eine zentrale Rolle in Sachen Cum-Ex gespielt (...) Ich nehme jetzt mal eine heraus, (...), da habe ich ein Gespräch geführt und gesagt. „Es sind ja keine Leerverkäufe oder man kann es nicht sehen, dass es Leerverkäufe sind, und und und. Dann haben die mir gesagt in einem Gespräch in München. Herr Steck, wir sind ja Depotbank, und wir sehen mehr als Sie (...) Also sie sehen als Bank, dass die Aktien im Kreis wandern (...) Es ist für mich immer wieder erstaunlich, wie die (Depotbanken) sich hinstellen und sagen: Wir wussten nichts von Leerverkäufen, wir wussten nichts davon, dass es Absprachen gab (...) Jeder wusste,

dass das Leerverkäufe sind, jeder wusste, dass die auch nur über Absprachen initiiert werden konnten (...)“

Weitere Einzelheiten aus der fast 200-seitigen Aussage will ich nicht vortragen. Die Zitate machen deutlich: Wenn der Zeuge Dr. Steck eine zentrale, überaus glaubwürdige Aufklärungsperson ist, wie es behauptet wird, und wenn schon die Erwähnung dieses Zeugen durch die Staatsanwältin Brorhilker in der Besprechung am 16. November 2017 dazu führte, dass das BMF endgültig überzeugt war und den Befehl erteilte, „den Sack zuzumachen“, dann ist unerklärlich, warum der zuständige Abteilungsleiter desselben Ministeriums, das das Schreiben vom 20. 03. 2009 versandt hat, im Jahr 2022 auf Fragen des Vorsitzenden sowie des Abg. Müller nach der Rolle der Deutschen Bank bei den der Warburg Bank vorgeworfenen Geschäften aussagt: Davon habe er keine Ahnung; das wisse er nicht.

Insoweit habe ich mir den Wortlaut notiert:

Frage des Vorsitzenden: *„Was war die Rolle der Depotbanken?“*

Antwort Zeuge Dr. Möhlenbrock: *„Das kann ich auch nicht sagen.“*

Die Warburg Bank hat an die Deutsche Bank – die mit ihr nicht in Vertragsbeziehung stand, sondern Depotbank des Verkäufers ICAP war – Bruttopreise bezahlt. Nach der Regelung des Jahressteuergesetzes 2007 waren die inländischen Depotbanken der ausländischen Aktienverkäufer zur Abführung der KESt verpflichtet. Soweit erkennbar, haben die Finanzbehörden einschließlich des BMF die Einhaltung dieser Pflicht zwischen 2007 und 2012 nicht ein einziges Mal überprüft. Die Staatsanwältin Brorhilker hat bei Ihrer Aussage vor dem Ausschuss zur Rolle der Deutschen Bank ausgesagt:

„Das ist in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, wie das jetzt genau zu bewerten ist, was genau die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle ist. Aber jedenfalls handelte es sich dabei [der Deutschen Bank] nicht um die Depotbank des Leerverkäufers. ICAP ist kein Leerverkäufer, sondern ein Broker (...) Also von daher ist es jetzt für uns eine andere Position als die Depotbank des Leerverkäufers, die an der

Stelle hätte Steuern abführen müssen und die dann praktischerweise ins Ausland versetzt worden ist, damit das eben nicht passiert...“

(Protokoll der Sitzung vom 3.12.2021, S. 46)

Die Zeugin übernimmt also im Verhältnis Eins zu Eins die Argumentation der Deutschen Bank, sie sei gar nicht Depotbank des Verkäufers gewesen, weil ihr Vertragspartner ICAP nicht Verkäufer gewesen sei. Das ist falsch. Wenn aber die Staatsanwaltschaft Köln diese Ansicht vertritt, müsste sie die Ermittlungsverfahren, die sie angeblich mit dem Ziel konsequenter Verfolgung gegen Verantwortliche der Deutschen Bank führt, sogleich einstellen, da es sich dann aus ihrer Perspektive um eine Verfolgung Unschuldiger handeln würde.

In einer rational nicht nachvollziehbaren Allianz äußerster Milde, unbegreiflichen Desinteresses und beschuldigtenfreundlichster Auslegung aller Sach- und Rechtsfragen haben Staatsanwaltschaft und BMF eine Prüfung und Verfolgung der Beteiligung der Depotbanken sowie von Taten staatlicher Banken über viele Jahre zurückgestellt, während gegen die Warburg Bank mit dem außergewöhnlichen Mittel einer Einzelweisung des Bundesministeriums im Hinblick auf eine Forderung vorgegangen wurde, deren Höhe im Bereich von 0,2 Prozent des angenommenen Gesamtschadens liegt.

4)

Nach der Aussage des Zeugen Dr. Möhlenbrock bleibt unklar, aus welchem Grund die Besprechung vom 16. 11. 2017 überhaupt stattfand. Nach Aussage des Zeugen bestand bei ihm, nach Aussage des Zeugen Sell auch bei diesem schon vor der Besprechung kein Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Rückforderung. Wenn dies so war, bleibt unerfindlich, aus welchem Grunde der Unterabteilungsleiter Möhlenbrock nach Absprache mit seinem Abteilungsleiter Sell die Staatsanwältin aus Köln „einlud“, damit diese einmal erzählte, welche strafrechtlichen Erkenntnisse sie habe. Sowohl dem Finanzamt für Großunternehmen als auch der Finanzbehörde Hamburg war der Stand von der Ermittlungsergebnisse und die Meinung der Staatsanwaltschaft bekannt. Es kann ausgeschlossen werden, dass das BMF eine inhaltlich ganz überflüssige Informationsbesprechung anberaunt hat.

Der Zeuge Sell hat ausgesagt, er habe an dieser Sitzung absichtlich nicht teilgenommen, „um eine weitere Eskalationsmöglichkeit offenzuhalten“. Das bedeutet, dass er als Remonstrations-Instanz vor der Leitungsebene des Ministeriums in Reserve bleiben und nicht unmittelbar beteiligt sein wollte. Hieraus folgt, dass die Sache im Einzelnen besprochen war.

Dass die Leitungsebene, wie der Zeuge Dr. Möhlenbrock ausgesagt hat, weder von der Vorbereitung noch vom Inhalt und Ergebnis der Besprechung Kenntnis erhielt, ist eine angesichts der Bedeutung der Sache nicht glaubhafte Darlegung. Entgegen unserer Anregung, den Zeugen nach eine Befassung der Leitungsebene des BMF mit Fragen von Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäften zu befragen, sind Fragen danach leider nicht gestellt worden. Die Darlegung, es habe sich bei diesen Geschäften um organisierte Wirtschaftskriminalität größten Ausmaßes gehandelt, deren Bedeutung seit mindestens zehn Jahren immer deutlicher geworden sei, ist mit der Behauptung, Minister und Staatssekretäre des Bundesministeriums der Finanzen seien mit dem Thema nicht befasst gewesen und hätten keine Kenntnis vom Stand der Erkenntnisse erhalten, unvereinbar. Dasselbe gilt für die Annahme, über eine in einer derart wichtigen Frage ergangene Einzelweisung des Ministeriums an eine Landesfinanzverwaltung sei keine Information an Staatssekretär und Minister erfolgt. Wäre dies der Fall, so müsste man es als eine grobe Pflichtverletzung des Abteilungsleiters ansehen.

a)

Es stellt sich die Frage, ob vor der Durchführung der Besprechung eine feste Rechtsansicht des BMF in der Einzelangelegenheit bestand. Der Zeuge Dr. Möhlenbrock hat berichtet, er habe eine solche Ansicht von Beginn seiner Befassung mit Fragen von Cum-Ex- und Cum-Cum-Geschäften gehabt. Der Zeuge Sell, sein Vorgesetzter, hat sich bei seiner Vernehmung als Cum-Ex-Bekämpfer der ersten Stunde dargestellt – eine Deutung, die gesonderter Befassung bedarf. Jedenfalls haben beide Zeugen – Abteilungsleiter und Unterabteilungsleiter der zuständigen Abteilung des Ministeriums – nachdrücklich bekundet, dass sie keine Zweifel an der Steuerrechtswidrigkeit der betroffenen Aktiengeschäfte hatten. In diesem Fall ist es aber kaum erklärlich, warum im Fall Hamburg/Warburg Bank bis zum letztmöglichen Moment

(Verjährung drohte) gewartet, sodann eine Besprechung mit zwei Länderfinanzbehörden (Hamburg und NRW) anberaumt und eine Staatsanwältin aus Köln eingeladen wurde, die den Sachstand ihrer Ermittlungen erzählen sollte. Mindestens ebenso wahrscheinlich erscheint es nach allgemeiner und verwaltungsinterner Lebenserfahrung, dass die Gewissheit über die Rechtslage im BMF deutlich geringer ausgeprägt war, als dies heute behauptet wird.

Insoweit gibt es nur zwei Möglichkeiten:

aa)

Entweder mindestens der zuständigen Abteilung des Bundesfinanzministeriums war seit langem bekannt und evident, dass eine große Vielzahl von bankgeschäftlichen Aktivitäten steuerrechtswidrig war. Dann stellt sich die Frage, aus welchem Grund, aufgrund welcher Entscheidungen und mit welcher Motivation viele Jahre lang zunächst nichts gegen die Durchführung dieser Geschäfte getan wurde, obgleich mit dem Jahressteuergesetz 2007 eine Kontrollmöglichkeit eingeführt wurde, und warum danach wiederum jahrelang keine Anstrengungen unternommen wurden, die Schäden, die vor allem von den staatseigenen Landesbanken angerichtet worden waren, aufzuklären und zu verfolgen. Erst recht unerklärlich ist dann, aus welchem Grunde die Leitungsebene des Ministeriums angeblich nicht mit der Sache befasst worden sein soll.

Der Abteilungsleiter Dr. Möhlenbrock, als Unterabteilungsleiter seit 2015 zuständig, hat am 4. Februar ausgesagt, er sei erstmals im Jahr 2016 auf das Problem aufmerksam geworden, als eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe sich damit befasst habe; erst dann habe man aufgrund einer Länderumfrage von dem (ersten) Hamburger Fall erfahren.

Dies war die Aussage des Leiters derselben Abteilung, die im Jahr 2003 vom Bankenverband informiert wurde, im Jahr 2006 das Jahressteuergesetz 2007 entworfen, im März 2009 das bekannte Schreiben versendet und Ende 2011 die Möglichkeit der hier behandelten Geschäfte gesetzlich unterbunden hat. Sein Vorgänger im Amt, Sell, hat als Zeuge geschildert, wie sensibilisiert und motiviert er Cum-Ex-Geschäfte stets verfolgt habe.

Möglicherweise hat der Zeuge sich missverständlich ausgedrückt; allerdings ist vom Ausschuss auch nicht nachgefragt worden. Vor dem 4. Untersuchungsausschusses des 18. Deutschen Bundestags hat der Zeuge Dr. Möhlenbrock am 15. Dezember 2016 ausgesagt:

„Also, den Zusammenhang zwischen Cum/Ex als Sachverhaltsbeschreibung und einer damit verbundenen möglicherweise sogar steuerstrafrechtlichen Relevanz, das ist mir das erste Mal im Jahr 2009 so richtig bewusst geworden (...) Ich habe das für mich als Anlass gesehen, da konkreter nachzufragen das noch einmal schriftlich aufzunehmen... Es ist dann drei Monate später zu einer ersten Reaktion gekommen unseres Hauses. Es hat nämlich ein BMF-Schreiben gegeben (...)

Es ist so gewesen, dass die zuständigen Kollegen des Referats in schöner Regelmäßigkeit am Rande von Veranstaltungen das angesprochen haben und da hat es meines Wissens auch Abfragen gegeben bei den Ländern, ob da Gestaltungen des Dividendenstripings stattgefunden hätten., ohne dass wir da eine Rückmeldung seitens der Länder bekommen hätten (...)

Das Cum/Ex-Thema hat ja einen ersten Auftrieb bekommen durch diese Gesetzgebung JStG 2007 (...) In den Jahren danach da hatten wir als Exekutive, da hatte auch der Gesetzgeber ganz nachhaltig zunächst einmal mit der Frage zu kämpfen, ob wir in diesen grenzüberschreitenden Fällen als EU-Staat überhaupt die Berechtigung haben, KESt einzubehalten. So, dann hat es ja in der Folge auch ein Vertragsverletzungsverfahren gegeben gegen Deutschland. Dagegen ist vor den EuGH geklagt worden. Das haben wir verloren (...)

Auf Vorhalt einer Referatsleiterbesprechung im März 2009 mit Hinweis auf Leerverkäufe und den Hinweis „AL IV bittet darum zu ermitteln, wer die Initiatoren solcher Modelle sind“ antwortete der Zeuge damals: „Also das erinnere ich jetzt nicht. Das Ergebnis ist mir da nicht bekannt“ (...)

Frage Abg. Schick:

„Was mich erstaunt, wenn diese Rechtsauffassung jedem klar sein muss, warum dann doch in einem relativ großen Umfang das gemacht worden ist“.

Dr. Möhlenbrock: *„Die Organisiertheit der Durchführung finde ich ebenso verwunderlich wie Sie offenbar (...) Also rein materiellrechtlich war es so, dass wir zum Zeitpunkt des OGAW-IV-Gesetzes im Jahre 2011/2012 noch gar nicht sicher waren, ob wir überhaupt in diesen Sachverhalten als Fiskus Kapitalertragsteuer erheben durften. Und das ist dann ja auch durch das entsprechende Urteil aus dem Jahr 2011 des EuGH beschieden worden, dass wir es nicht durften.“*

(Protokoll Dt. Bundestag, 18. WP, 4. Untersuchungsausschuss; Anlage 0014)

Auch diese inzwischen mehr als fünf Jahre zurückliegende Aussage des Zeugen zeigt, dass abgesehen von einer unklaren Meinung, wonach es sich bei Cum/Cum- und „Cum-Ex-Geschäften um Umgehungsgeschäfte im Sinne des § 42 AO handelte, worüber angeblich ein Jahrzehnt lang von den Verantwortlichen nachgedacht wurde, keiner der Politiker und Beamten, die das Thema angeblich stets „im Focus hatten“, den parallel stattfindenden, angeblich evidenten sogenannten „größten Steuerraub der Geschichte“ zur Kenntnis nahm und irgendeine konsequente Maßnahme dagegen ergriff und ihre Wirksamkeit prüfte. Im Frühjahr 2016 will die Abteilung des BMF, dessen beide seit 2005 amtierende Leiter nach ihren Aussagen niemals einen Zweifel an der Steuerrechtswidrigkeit hatten und spätestens 2009 die steuerstrafrechtliche Bedeutung erkannten, erstmals auf den einzigen Fall aufmerksam geworden sein, in welchem sie sodann tätig wurde. Dies geschah in Form einer in ihrem Sinn kaum erklärbaren Besprechung, die von einer Staatsanwältin dominiert wurde, und des Mittels einer Einzelweisung. Weitere Durchgriffsmaßnahmen des BMF sind nicht bekannt geworden. Ob und was Depotbanken mit dem Cum-Ex-Geschäft zu tun haben könnten, ist dem zuständigen Abteilungsleiter, dem nach seiner Aussage aus dem Jahr 2016 seit 2009 die steuerstrafrechtliche Problematik „richtig bewusst“ war, im Februar 2022 nicht bekannt, da dem BMF keine Erkenntnisse vorliegen.

Die Konzentration der Aktivitäten auf die Warburg Bank kann unter diesen Umständen kaum

anders denn als jedenfalls objektiv willkürliches Herausgreifen eines „Sündenbocks“ angesehen werden, verbunden mit einer offenkundigen Schonung zahlreicher anderer Personen und Institutionen im so genannten „systemrelevanten“ und staatlichen Bereich.

Es ist insoweit anzumerken, dass leitende Beamte einer (obersten) Finanzbehörde, gewiss auch deren Leitungsebene, in ihrem Zuständigkeitsbereich eine qualifizierte Treuepflicht im Sinne des Untreuetatbestands sowie eine Garantenpflicht zum Schutz des Fiskalvermögens haben. Auf der Grundlage der Aussagen der Zeugen Dr. Möhlenbrock und Sell ist daher zu prüfen, in welchem Umfang hier ein Anfangsverdacht einer Untreue durch Unterlassen gegeben ist. Die Aussagen drängen den Eindruck auf, als sei über viele Jahre hinwegsehenden Auges darauf verzichtet worden, das Vorliegen und den möglichen Umfang steuerrechtswidriger Schädigungen des Fiskalvermögens überhaupt sachgerecht zu prüfen, vorhandenen Hinweise nachzugehen und die nachgeordneten Behörden des Geschäftsbereichs in geeigneter Weise zu beaufsichtigen. Auch eine behauptetes fortdauerndes Unterlassen eine Information der Leitungsebene des Ministeriums ist angesichts der von den Zeugen selbst bekundeten Schadenshöhen und der Bedeutung der Sache nicht nachvollziehbar und mit den Pflichten leitender Ministerialbeamter schwerlich vereinbar.

Es ist mehr als erstaunlich, dass weder von Seiten der Ermittlungsbehörden noch von Seiten des Untersuchungsausschusses offenbar erwogen wird zu prüfen, wie die Beteiligung der Bundesfinanzverwaltung an der Entstehung und Nichtverhinderung der angenommenen Schäden rechtlich zu beurteilen ist. Bekanntlich ist von der Staatsanwaltschaft Köln unter lauter Medienbegleitung ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen die Hamburger Finanzbeamtin Petersen eingeleitet worden, das sogar zu einer Durchsuchung im Finanzamt für Großunternehmen geführt hat. Selbst auf der untersten Ebene der Landesfinanzverwaltung wird also das Narrativ vom kompromisslosen Kampf gegen die sog. Cum/Ex-Mafia mit spektakulärer Härte vollzogen. Dem steht gegenüber, dass zwei Abteilungsleiter des BMF, die zusammen während der gesamten Dauer der Vorgänge verantwortlich waren, als Zeugen aussagen, dass sie über ein Jahrzehnt fast nichts getan

haben, die Einhaltung der gesetzlichen Regeln nicht geprüft, die Leitungsebene des BMF nicht fortlaufend informiert haben und 12 Jahre, nachdem ihnen die steuerstrafrechtliche Bedeutung der Sache klar wurde, immer noch nicht sagen können, welche Bedeutung und welche Rolle die inländischen Depotbanken beim so genannten „Raub“ gespielt haben, von den Ermittlungsbehörden noch nicht einmal mit einer kritischen Frage belästigt werden.

bb)

Es besteht andererseits auch die Möglichkeit, dass die angeblich von Anfang an vorhandene Rechtssicherheit überhaupt nicht gegeben war, sondern sich erst in der Rückschau und aus einer Perspektive gebildet hat, deren Narrativ inzwischen als populistische Heldengeschichte einiger Investigativ-Journalisten und einer Staatsanwältin aus Köln erzählt wird. Insoweit wäre die Behauptung, die Sach- und Rechtslage sei von Anfang an völlig klar gewesen, nur eine nachträglich konstruierte Behauptung, um die angebliche Evidenz der Strafverfolgungsmaßnahmen ohne hinreichende Beweisgrundlage zu rechtfertigen.

Thema dieses Ausschusses ist unter anderem die Frage, ob auf Entscheidungen der Finanzbehörden ein „politischer“ Einfluss ausgeübt wurde. Nun wird man darüber, was ein „politischer“ Einfluss ist, im Einzelnen streiten können. Eine Einzelweisung des Bundesministeriums der Finanzen an eine Behörde eines Bundeslandes ist kein Ereignis, das als unpolitische Entscheidung abgesehen werden kann. Ebenso wenig ist es erkennbar, warum das „Dominieren“ (Dr. Möhlenbrock) einer Beamtin der Justiz NRW in einer zur Weisung des BMF führenden Besprechung nicht unter dem Verdacht stehen sollte, das Ausüben „politischen Einflusses“ gewesen zu sein. Dies im Nachhinein mit der Auskunft zu verkleinern, man habe am 16.11.2017 einmal den Sachverhalt klären und keine Rechtsfragen erörtern wollen, ist nicht angemessen. Es wirft vor allem auch ein fragwürdiges Licht auf das Ministerium, das angeblich zwar nicht seine Rechtsüberzeugung, wohl aber eine Einzelfalls-Entscheidung davon abhängig macht, ob nach Ansicht einer Staatsanwältin aus Köln die tatsächlichen und ermittlungstechnischen Voraussetzungen für den Beweis von Indizien für die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestands gegeben sind.

Denn die Diskussion über Lieferketten und Dividendenlevel, die uns die Zeugen Brorhilker und Möhlenbrock in einer Anschaulichkeit, deren Übereinstimmung kaum zufällig sein dürfte, als „Kauf eines Handies in Köln Porz von einem, der da auf'm Teppich sitzt“ (Brorhilker) und „Kauf von Milch“ zum Dumpingpreis (Möhlenbrock) dargestellt haben – der Zeuge Dr. Steck ergänzte das bei seiner letzten Aussage am 19.01.2022 zum das Beispiel „Kauf einer Rolex für 5 Euro“ –, ist, anders als immer wieder dargestellt wird, keineswegs eine Frage nach Tatbestandsmerkmalen. Die Frage, „was man braucht“ (gemeint: für eine Verurteilung), hat sich ersichtlich ganz verselbständigt und wird nur noch von der geradezu abwegigen Ansicht der Zeugin Brorhilker übertroffen, die am 03. 12. 2021 vor dem Ausschuss ausgeführt hat, wenn man einen Kronzeugen habe, „dann braucht man sich keinen mehr abzurechnen wegen Indizien und so“, sondern könne „ein Häkchen dranhaken“.

b)

Die Beweisführung auf der Grundlage der Rechtsansicht des BMF, wie sie die Zeugen Möhlenbrock und Sell geschildert haben, fand und findet auf der Ebene von „Indizien“ statt. Indizien sind, rechtstechnisch ausgedrückt, Hilfstatsachen, so genannte Beweiszeichen für Haupttatsachen; Haupttatsachen sind Merkmale des gesetzlichen Tatbestands im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG. Ob ein Indiz „reicht“ oder nicht, ist keine Frage, die sich abstrakt und auf der Rechtsebene entscheiden lässt.

Beispiel: Wenn man eine Leiche mit einer Stichverletzung findet und daneben eine Person mit einem Messer in der Hand, ist dies ein „Indiz“ dafür, dass sie der Täter war. Es wäre aber gewiss falsch, einen Rechtssatz aufzustellen, wonach jeder Mensch, der mit einem Messer in der Hand neben einer Leiche gefunden wird, ein Mörder sei.

Anders gesagt: Ein „Dividendenlevel“, also hier das Verhältnis, in welchem eine Steuererstattung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer einer Aktie aufgeteilt wurde, mag ein Indiz dafür sein, dass eine steuerrechtswidrige Konstellation unter Umgehung der

gesetzlichen Regelungen vorgelegen hat. Er wird aber dadurch keine Haupttatsache und ist auch kein zwingendes, ausnahmslos mit demselben Ergebnis zu wertendes Beweisanzeichen. Denn § 370 Abs. 1 AO lautet nicht: „Wer beim Handel mit Aktien über den Dividendenstichtag unter Absicherung durch Futures einen Dividendenlevel unter X Prozent vereinbart...“. Er lautet noch nicht einmal: „Wer Aktienhandel über den Dividendenstichtag im Wege des Leerverkaufs/Kaufs vom Leerverkäufer betreibt...“

Noch viel weniger zwingende Beweisanzeichen sind Aussagen von so genannten „Kronzeugen“. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen „Kronzeugen“, dem die Staatsanwaltschaft Köln seit nunmehr mindestens sieben Jahren eine von ihm selbst ausdrücklich eingeräumte Tatbeute von 50 Millionen Euro frei überlässt und der sich heute auf der Homepage seiner Kanzlei in Zürich wie folgt anpreist:

„Schwerpunktmäßig war ich im internationalen Bank- und Kapitalanlagerecht tätig (...) gestützt auf reichhaltige Erfahrungen habe ich mich jüngst mit viel Leidenschaft auch auf den Bereich Krisenmanagement fokussiert.“

(Quelle: Homepage „Ponovia. Wer Wir sind“)

Bei der schweizerischen ERNA Stiftung (c/o abona Treuhand AG) übt er die Tätigkeit eines Stiftungsrats aus und beschreibt sich auf deren Homepage wie folgt:

„Dr. Kai-Uwe Steck ist ein deutscher Rechtsanwalt und Experte für Bankrecht und Investmentfonds, einschließlich Hedgefonds, Private Equity Fonds und Immobilieninvestmentfonds. Unlängst wurde er von Expert Guides von der Legal Media Group, London, als "Best of the Best 2015" ausgezeichnet und gehört damit zu den renommiertesten Anwälten weltweit in seinem Tätigkeitsbereich.“

Während also die Betroffenen dieses Ausschusses öffentlich buchstäblich als Gesichter des „größten Steuerraubs“ vorgeführt und im Fernsehen unter Mitwirkung eines Landesjustizministers als überführte Mitglieder einer „Mafia“ dargestellt werden und noch

nicht einmal durch ihre Bevollmächtigten der nichtöffentlichen Vernehmung von Zeugen beiwohnen dürfen, deren erklärtes Ziel es ist, sich bei der Beweisführung gegen die betroffenen „keinen mehr abzurechnen“ und jeden, der sich nicht als „Kronzeuge“ ergibt, mit absurd überzogenen Strafanträgen zu verfolgen, genießt der „Kronzeuge“ Steck, aufgrund dessen die Staatsanwältin „sich keinen mehr abrechnen“ muss, die Früchte einer vorweggenommenen Resozialisierung, die er sich durch Verrat möglichst vieler angeblicher Mandantengeheimnisse verdient hat.

c)

Erlauben Sie mir insoweit noch einen Hinweis auf den zweiten angeblich überragenden „Kronzeugen“, der in der Besprechung vom 16.11.2017 dargeboten wurde: Der Zeuge Thorpe, ehemals Aktienhändler, hat in der Hauptverhandlung vor dem LG Bonn gegen einen ehemaligen leitenden Mitarbeiter der Warburg Bank am 8. Mai 2021 auf Befragen folgendes ausgesagt:

Zeuge Thorpe: (...) 2009 waren noch Handelsaktivitäten möglich und diesbezüglich waren die Gesetzesänderungen 2008 von Bedeutung.

Verteidiger Prof. Dr. Fischer: Warum war die Gesetzeslage für Sie von Bedeutung?

Thorpe: Weil die Gesetzesänderung bedeutet hätte, dass die Transaktionen nicht länger hätten durchgeführt werden können.

Fischer: Nicht hätten durchgeführt werden können oder nicht hätten durchgeführt werden dürfen?

Thorpe: Das hing davon ab, welche Änderungen spezifisch diese Gesetzesänderung impliziert hätte.

Fischer: Ja, das leuchtet mir ein. Aber was haben Sie damals mit Herrn H. besprochen?

Ging es darum, dass die Geschäfte gar nicht mehr möglich sein könnten, oder ging es darum, die neuen gesetzlichen Bestimmungen zu kennen, weil sie sie einhalten wollten?

...

Thorpe: *Also die Gespräche, die wir geführt haben, die waren eher auf einem oberflächlichen Niveau. (...) Auf einem oberflächlichen Niveau, auf dem wir das Gespräch geführt haben, war uns allen klar, dass irgendwann eine Gesetzesänderung derart stattfinden würde, dass man diese Geschäfte grundsätzlich unterbindet.*

Fischer: *Verstehe ich Sie daher richtig, dass Sie gesagt haben, bis zu dieser möglichen Gesetzesänderung seien die Geschäfte noch möglich?*

Thorpe: *Ja, davon sind wir ausgegangen.*

Fischer: *Hat Herr H. mit Ihnen über steuerrechtliche Risiken gesprochen?*

Zeuge Thorpe: *Nein.*

Fischer: *Hat er mit Ihnen über strafrechtliche Risiken gesprochen?*

Thorpe: *Nein.*

Fischer: *Worauf bezieht sich dann Ihr Verständnis, dass die Geschäfte noch möglich waren oder nicht mehr möglich sein würden?*

Thorpe: *Aus unserem Gesichtspunkt als Trader für die Bank M. war es so, dass, wenn die Bank also sozusagen diese Trades genehmigt hat und entsprechende Genehmigungen auch begründet, dann hätten wir diese Deals oder diese Trades durchgeführt. Uns interessiert nicht so sehr, was diese Gesetzesänderung konkret bedeutet, sondern uns interessiert viel mehr, was die Bank sozusagen daraus macht,*

und daraus leiten wir dann ab, ob wir es fortsetzen oder nicht fortsetzen. Weder H. noch ich waren Steuerrechtsexperten, und das hat uns auch nicht so interessiert. Für uns war allein entscheidend, ob wir diese Geschäfte weiter durchführen konnten oder nicht. Und das hing davon ab, was die Bank uns erlaubt oder nicht.

(...)

Fischer: *Sie sagten, dass Sie alles nichts angegangen ist und dass Ihre Geschäftspartner machen können, was sie wollen, ohne dass es Ihr Geschäft tangiert. Ist das richtig?*

Thorpe: *Ich glaube, aus unserer Sicht, dann wollen wir natürlich Geld verdienen. Uns hätte es Sorge bereitet, wenn die Gesetzesänderung im Jahr 2009 dazu geführt hätte, dass Warburg mit uns keine Geschäfte mehr machen kann. Aus diesem Gesichtspunkt hatten wir natürlich ein Interesse daran zu wissen, wie die Steuergesetzesänderung unsere Gegenpartei beeinflusst (...)*

Fischer: *Wissen Sie, Herr Thorpe, wie das in dem Gesetz von 2007 geregelt werden sollte oder geregelt worden ist?*

Thorpe: *Es sollte eine Verpflichtung für den deutschen Verwahrer geben, sozusagen Kapitalertragsteuer zu bezahlen.*

Fischer: *Und wissen Sie, ob das gemacht worden ist, ob die deutschen Banken, die dazu verpflichtet waren, das auch getan haben?*

Thorpe: *Mein Verständnis ist dahin gehend, dass sie das getan hätten, aber soweit ich weiß, hat sich das ganze Leerverkaufsbusiness aus Deutschland hinaus verlagert.*

Fischer: *Haben Sie mit Ihren Gesprächspartnern bei der Warburg mal über diese steuerrechtlichen und steuerfinanztechnischen Einzelheiten gesprochen?*

Thorpe: *Das Einzige, was wir gemacht haben, ist, wir haben das oberflächlich mal besprochen.*

Fischer: *Und hat Herr H. mit Ihnen mal darüber gesprochen, dass er das in der Bank abklären muss?*

Thorpe: *Nein. Es war alles nur oberflächlich.*

Fischer: *Seit wann wissen Sie oder seit wann hatten Sie den Eindruck oder haben Sie heute den Eindruck oder wann haben Sie den Eindruck gewonnen, dass diese Geschäfte möglicherweise illegal und strafbar sein könnten?*

Thorpe: *Ich glaube, das haben wir das erste Mal gehört, als gegen Martin Shields und Paul Mora Ermittlungen geführt wurden, und das war, glaube ich, im Jahr 2012. Aber bis zu diesem Zeitpunkt sind wir nicht davon ausgegangen, dass das Risiko bestünde, dass man sie strafrechtlich verfolgen würde.“*

d)

Zu der Besprechung am 16.11.2017 reiste die Oberstaatsanwältin Brorhilker also mit der Rechtsmeinung ins Bundesministerium der Finanzen an, dass man sich „keinen mehr abzurechnen braucht mit Indizien und so weiter“, falls man „Kronzeugen“ hat, und unter Hinweis auf ihren „Kronzeugen“ Dr. Steck, den sie als voll geständigen Mittäter seit sieben Jahren – unter Belassung von 50 Millionen Euro Tatbeute – nicht verfolgt und dem sie in einer schriftlichen Vereinbarung vom 16. Dezember 2016 mitgeteilt hat, ein Absehen von Strafe komme in Betracht, wenn er hinreichend belastendes Material gegen Dritte (ehemalige Mandanten) liefere. Den weiteren „Kronzeugen“ Thorpe, den nach eigener Aussage Rechtsfragen nicht interessierten und der bis 2012 von der Legalität der Geschäfte ausgegangen war, hatte sie, wie sie hier ausgesagt hat, „schon an der Angel“.

Auf dieser Basis entschied die Steuerabteilung des BMF am 16.11.2017 ohne inhaltliche

Diskussion, dass „der Sack zuzumachen“ sei. Damit wurde das rechtsstaatliche Verfahren regelrecht auf den Kopf gestellt: Ohne dass überhaupt geklärt war, welchen konkreten Beweiswert bestimmte Indizien für das Vorliegen einer Steuerrechtswidrigkeit haben, wurde (und wird) einfach dasjenige Indiz für „ausreichend“ erklärt, das zur Hand ist („Dividendenlevel“), mit der Begründung, eine Verurteilung sei sonst zu schwierig („Lieferketten“) oder nicht möglich. Schon diese Begründung ist abenteuerlich.

Die Zeugin Brorhilker hat am 3. Dezember 2021 ausgesagt, inzwischen sei es der Staatsanwaltschaft inzwischen möglich, sog. Lieferketten nachzuvollziehen und auf diese Weise einerseits die tatsächlich Beteiligten festzustellen, andererseits zu ermitteln, ob tatsächlich im Einzelfall eine doppelte Erstattung von KEST stattgefunden hat. Wenn dies, wie bisher angenommen, gar nicht möglich war festzustellen, wäre es nach allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts selbst bei Nachweis eines Tatvorsatzes nicht erklärlich, wieso eine Verfolgung und Aburteilung wegen vollendeter Tat erfolgt, da es ja am Nachweis der Kausalität im Einzelfall fehlt.

Deshalb musste sich aufdrängen, die nun gegebene Möglichkeit der Lieferketten-Feststellung alsbald zu einer Prüfung zu nutzen, ob die bisherige Indizien-Bewertung denn überhaupt stimmte. Weder hat die Staatsanwältin als Zeugin hiervon berichtet noch der Abteilungsleiter des BMF noch hat der Ausschuss danach gefragt. Die Behauptung der Zeugin Brorhilker, es „reiche“, einen sog. Dividendenlevel unter 90 festzustellen, wird – auch im Ausschuss – weiterhin behandelt wie ein gesicherter Erfahrungssatz, der selbst dann keiner Überprüfung bedarf, wenn bessere Beweismittel zur Hand sind.

Das Ganze wird flankiert mit einer Reihe von „Kronzeugen“-Aussagen zweifelhaften und grob widersprüchlichen Gehalts durch Beschuldigte, die sich durch Belastung ehemaliger Mandanten und Kunden Straffreiheit erwerben dürfen. Ein Geständnis unter Belastung Dritter ist, wie es ein Strafkammervorsitzender in Bonn kürzlich in einer Hauptverhandlung in die Stifte der Presse diktierte, „der größte Gefallen, den sich ein Mensch überhaupt tun kann.“

5)

Aus Sicht der Betroffenen und hier Verfahrensbeteiligten ist dies eine verkürzte, unfaire und voreingenommene Sicht der Dinge. Die Vernehmung der Zeugen Dr. Möhlenbrock und Sell hat (erneut) ergeben, dass die Beurteilung der Rechtslage in den Jahren 2016 und 2017 keineswegs so eindeutig war, wie dies heute dargestellt wird. Wäre die Frage der Steuerrechtswidrigkeit derart „evident“, auf den ersten Blick erkennbar und für jeden offenkundig gewesen, wie es die Zeugen hier dargestellt haben, so hätte es zum ersten keinen Anlass gegeben, eine Besprechung unter Hinzuziehung einer Staatsanwältin im BMF durchzuführen. Zum Zweiten gäbe es keine rechtmäßige Erklärung dafür, dass die Länder- und das Bundesministerium der Finanzen viele Jahre weitgehend untätig geblieben und sodann selektiv gegen einzelne Institute vorgegangen sind, aber nichts zur Aufklärung der Verstrickung der staateigenen Banken sowie der systemrelevanten Depotbanken beitragen.

Schließlich wäre zum Dritten auch unerklärlich, warum der Erste Bürgermeister Hamburgs, wenn zwei auf den ersten Blick und ohne den geringsten Zweifel als Steuerhinterzieher erkennbare Unternehmer zu ihm kämen und um eine Überprüfung Ihrer Behandlung durch die Finanzbehörden bäten, diese nicht hinausweisen, sondern freundlich auffordern sollte, ihr Anliegen dem Finanzsenator vorzutragen.

6)

Fazit: Die Darstellung, wonach die Zweifel des Finanzamts und der Finanzbehörde Hamburg von vornherein gänzlich unvertretbar und auf den ersten Blick als abwegig anzusehen gewesen seien, ist durch die Aussagen der beiden Zeugen Dr. Möhlenbrock und Sell ebenso wenig gestützt worden wie durch die vollkommen einseitigen Belastungsbemühungen der Zeugin Brorhilker. Bestätigt worden ist vielmehr, dass die Frage der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit einer Rückforderung gegen die Warburg Bank diskutabel war und zu Recht diskutiert wurde. Dass die Betroffenen als Steuerpflichtige die Position vertraten und vertreten, steuerrechtlich gehandelt zu haben, geht über das Maß an vorgegeblicher Uneinsichtigkeit nicht hinaus, das jeder Steuerpflichtige an den Tag legt, der gegen einen

Steuerbescheid Rechtsmittel einlegt. Die Vorsprache beim vormaligen Ersten Bürgermeister durch die Betroffenen Dr. Olearius und Warburg war daher weder rechtlich noch moralisch zweifelhaft. Nichts anderes ist durch die Zeugenaussagen belegt worden. Die Frage der Gedächtnisleistungen des vormaligen Ersten Bürgermeisters ist davon unabhängig.

Die Vernehmung der beiden Zeugen hat schließlich erhebliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass über einen langen Zeitraum von verantwortlichen, vermögensbetreuungspflichtigen und garantenpflichtigen Personen im Bundesministerium der Finanzen treupflichtwidrig unterlassen wurde, Maßnahmen zu ergreifen, die sich auf der Grundlage des von ihnen selbst dargestellten Informations- und Sachstands aufdrängten und zur Verhinderung von Schäden in sehr erheblicher Höhe geführt hätten.

Prof. Dr. Fischer
Rechtsanwalt