

RECHTSANWÄLTE
GAUWEILER & SAUTER
Partnerschaft mbB

RAe Gauweiler & Sauter Partnerschaft mbB · Lenbachplatz 6 · 80333 München

DR. PETER GAUWEILER ²
Rechtsanwalt
Bayerischer Staatsminister a. D.

ALFRED SAUTER ¹
Rechtsanwalt
Bayerischer Staatsminister a. D.

DR. NADINE PALLAS ¹
Rechtsanwältin
Richterin am Bayerischen
Verfassungsgerichtshof

PROF. DR. THOMAS FISCHER ²
Rechtsanwalt
Of Counsel
Vorsitzender Richter am
Bundesgerichtshof a.D.

BERND KNOBLOCH
Rechtsanwalt
Of Counsel

DR. STEFANIE RABENAU ²
Rechtsanwältin

DR. DÖRTHE KORN ²
Rechtsanwältin

DOMINIK KLAUCK ²
Rechtsanwalt

THOMAS GAUWEILER, MLB ²
Rechtsanwalt

München, 20. September 2023

**Erklärung von Herrn Rechtsanwalt Dr. Gauweiler
als Verteidiger von Herrn Dr. Olearius
gemäß § 243 Abs. 5 S. 3 StPO
(opening statement)**

STANDORTE

¹ ARABELLASTRASSE 19 a
81925 MÜNCHEN

² LENBACHPLATZ 6
80333 MÜNCHEN

TELEFON +49 89 3564784-0
TELEFAX +49 89 3564784-99

zentrale@gauweiler-sauter.de

Inhaltsverzeichnis

A. VORBEMERKUNG.....	3
B. WO STEHEN WIR AM ANFANG DIESER HAUPTVERHANDLUNG?.....	5
I. ANKLAGE UND ERÖFFNUNGSBESCHLUSS	5
II. ERMITTLUNGSVERFAHREN DER STAATSANWALTSCHAFT KÖLN UND VERFAHRENSHINDERNISSE	6
1. <i>Zur Verfahrensdauer mache ich auf Folgendes aufmerksam:.....</i>	6
2. <i>Verstoß gegen die Pflicht, auch entlastende Umstände zu ermitteln (§ 160 Abs. 2 StPO).....</i>	7
3. <i>Litigation PR der Staatsanwaltschaft</i>	9
4. <i>Bruch des Asservatengeheimnisses durch Herausgabe der Tagebücher des Angeklagten zum Zwecke der öffentlichen Verbreitung und Publizierung.....</i>	10
5. <i>Willkürliche Aufspaltung des Verfahrens.....</i>	11
C. ZU DEN ANKLAGEVORWÜRFEN.....	12
I. SACHVERHALTSGRUNDLAGEN DER ANKLAGE	12
1. <i>Abweichende Würdigung und Lücken des Sachverhalts.....</i>	12
2. <i>Bewertung von „Kronzeugen“-Aussagen.....</i>	22
II. BEHANDLUNG VON BEWEISANZEICHEN ZUGUNSTEN DES ANGEKLAGTEN.....	26
D. EINWÄNDE GEGEN DIE ANKLAGEVORWÜRFE	26
I. VOR-ENTSCHEIDUNGEN.....	26

II.	STELLUNG DES ANGEKLAGTEN ALS GESCHÄFTSLEITER	27
III.	VERFASSUNGSRECHTLICHE EINWÄNDE GEGEN DIE ANKLAGE VON STRAFTATEN, DIE DER STAAT SELBST BEGANGENEN HAT: DIE RECHTSPRECHUNG DES BVERFG ZU VOLLZUGSDEFIZITEN IM STEUERRECHT	29
	1. <i>Kenntnisstand der Finanzverwaltung (Finanzamt Düsseldorf Altstadt, Finanzamt Wiesbaden II, Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, Bundeszentralamt für Steuern).....</i>	30
	2. <i>Kenntnisstand der Landesregierungen</i>	32
	3. <i>Rechtsprechung des BVerfG zu Vollzugsdefiziten im Steuerrecht</i>	32
E.	VORSATZFRAGEN.....	37
I.	VORSTELLUNGSBILD IM TATZEITRAUM	38
II.	INDIZWIRKUNG DER UNTERSCHREITUNG VON MELDESchWELLEN	40
III.	AUSWERTUNG DER TAGEBÜCHER	41
IV.	INFORMATION- UND COMPLIANCE-STRUKTUR DER WARBURG BANK	42
V.	REAKTION DES ANGEKLAGTEN AUF DIE KONFRONTATION MIT DEN TATVORWÜRFEN	42
VI.	IRRTUMSFRAGEN	43
F.	SCHLUSS.....	44

A. Vorbemerkung

Aufgabe des Verteidigers ist es bei komplexen Verfahren, in einer zusammenhängenden Darstellung einleitend den Standpunkt des Angeklagten zur Anklage darzulegen, ohne einen Schlussvortrag vorwegzunehmen.

Unser Verfahren weist – von einer nahezu biblischen Plage für den Betroffenen abgesehen – eine Reihe von Besonderheiten auf, die den Rahmen des Üblichen im Strafprozess weit hinter sich lassen:

- Eine Verfahrensdauer von bisher über 10 Jahren bis zum Beginn der Hauptverhandlung; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in anderen Fällen eine Verfahrensdauer von mehr als 7 Jahren als „*überlang*“ und *Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK* erkannt und den verantwortlichen Staat wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention verurteilt.
- eine vom EGMR noch vor Beginn der Hauptverhandlung angenommene Menschenrechtsbeschwerde des Angeklagten wegen Vorverurteilung durch Spruchkörper deutscher Gerichte, ohne jemals dort angeklagt oder auch nur gehört worden zu sein;
- Zwei parlamentarische Skandalenquete, die auf den Beklagten zielen, um ihn für politische Mitnahmezwecke abzuwerten und zu beschädigen. Dies geschieht vor aller Augen durch fortgesetzten Verwahrungsbruch und Eingriffsversuche in das laufende Verfahren, bei der Staatsanwaltschaft und Gericht und hemmungslose Parteilichkeit bei der Wahrnehmung der diesbezüglichen öffentlichen Aufgaben;
- und absolut einmalig vor diesem Gericht:

Das Land NRW klagt „Taten“ an, die es selbst begangen hat: Dies gilt sowohl für die vorgeworfenen Aktienverkaufsgeschäfte um alle Dividendenstichtage mit Hilfe der US-amerikanischen Börsenhandelsgeschäfte ICAP und der Deutschen Bank und der Vereinnahmung im Fall NRW unberechtigter Erstattung nicht gezahlter Kapitalertragssteuer (allerdings in Höhe von mindestens 1,2 Mrd. EUR; vgl. Urteil OLG Frankfurt v. 21.12.2022, Az. 4 U 282/21 sowie Klage der Portigon AG gegen ICAP v. 24.11.2021 vor dem Supreme Court des Staates New York, Index-Nr. 609442/2021)) als auch für die vorgeworfene – angebliche – spätere Verschleierung dieses Umstands durch ein

im Jahr 2015 erstelltes Auftragsgutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Ernst & Young;

- als isolierter Täter von der Strafverfolgung herausgestellt wurde über Jahre stattdessen die Warburg-Bank unter Zurückstellung aller anderen Verfahren, darunter die gegen die staatliche Seite.

Nach der Äußerung von Exekutivdirektor der BaFin Raimund Röseler noch im August 2021 gegenüber dem manager magazin

„hat das Übel vor allem 2 Namen: Olearius und Warburg.“

Einen Täter isoliert herauszugreifen, um an ihm ein Exempel zu statuieren, ist willkürlich und unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten inakzeptabel.

B. Wo stehen wir am Anfang dieser Hauptverhandlung?

I. Anklage und Eröffnungsbeschluss

Die Strafkammer hat im Eröffnungsbeschluss vom 12.04.2023 darauf hingewiesen, dass Herr Dr. Olearius in den Fällen 3, 5 – 9, 11 und 12 der Anklage – also in acht von 15 angeklagten Fällen – gar keine eigene Steuererklärung abgegeben hat. In Bezug auf Fall 13 der Anklageschrift wurde die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Verstoßes gegen das Verbot der Doppelverfolgung (Art 103 Abs. 3 GG) nicht eröffnet, weil Fall 13 mit dem Fall 10 der Anklage identisch ist. Tat 15 der Anklage – unrichtige Angaben bei einer Petition an die Freie und Hansestadt Hamburg im Jahr 2016 – käme, wie der Eröffnungsbeschluss dargelegt hat, nur dann in Betracht, wenn der Beschuldigte sämtliche unter Ziffer 1 bis 14 der Anklageschrift genannten Taten nicht begangen hätte.¹

¹ Vg. Eröffnungsbeschluss vom 12.04.2023, S. 3 f.

II. Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Köln und Verfahrenshindernisse

Die Verteidigung hat im Zwischenverfahren eine Reihe von Einwänden gegen die Anklageerhebung vorgetragen, die sich auf Verfahrenshindernisse wegen Verstoßes gegen das menschen- und verfassungsrechtliche Fairnessgebot gerade aus dem Ermittlungsverfahren richteten und deretwegen das Verfahren schon damals hätte eingestellt werden müssen.

Die Kammer hat zwischenzeitlich eingetretene weitere Vorgänge als so gravierend angesehen, dass sie den bisherigen Vorsitzenden dieses Gerichts wegen Befangenheit abgelehnt hat. Die weiteren Einwendungen hat das Gericht nicht im Prüfungsmaßstab des Zwischenverfahrens für eine Einstellung als nicht oder noch nicht ausreichend belegt gesehen. Da das Vorliegen von Verfahrenshindernissen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist und sich die Beurteilung von Abwägungsfragen durch Erkenntnisse der Hauptverhandlungen ändern kann, will ich vorsorglich darauf hinweisen, dass die Vorbehalte der Verteidigung insoweit im Grundsatz aufrechterhalten werden.

1. Zur Verfahrensdauer mache ich auf Folgendes aufmerksam:

Das Ermittlungsverfahren gegen Herrn Dr. Olearius wird formell seit über 7 Jahren, in der Sache jedoch bereits seit über 10 Jahren geführt. Das erste staatsanwaltschaftliche Aktenzeichen gegen Herrn Dr. Olearius in diesem Beschluss lautet 113 Js 952/13. Die Ermittlungen waren schon damals auch auf den Vorwurf der Steuerhinterziehung durch Abgabe der Steuererklärungen für die Jahre 2007 bis 2011 gerichtet. Der erste Durchsuchungsbeschluss gegen Herrn Dr. Olearius erging am 13. Januar 2016 (AG Köln, Gz. 503 G 155-157/16). Die Ermittlungen zum Komplex M. M. Warburg wurden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 19. Februar 2016 vom Verfahren 113 Js 952/13 abgetrennt und unter dem Aktenzeichen 113 Js 522/16 weitergeführt. Ermittlungen wegen „Cum-Ex“ erfolgten aufgrund der Durchsuchungsmaßnahmen infolge des Beschlusses des Amtsgerichts Köln vom 13.01.2016.

Die zentrale Anklage im Komplex Warburg war bereits gegen die Beschuldigten Shields und Diable unter dem Aktenzeichen 213 Js 41/19 Anfang 2019 erhoben worden. Alles, was die Staatsanwaltschaft heute Herrn Dr. Olearius vorhält, hätte sie schon vor vier Jahren anklagen

können. Die Beweismittel, auf welche sich die heutige Anklage stützt, waren der Staatsanwaltschaft spätestens Anfang 2019 bekannt.

Im Fall von Herrn Dr. Olearius wiegt die Verfahrensverzögerung, die allein von der Staatsanwaltschaft und aus prozesstaktischen Gründen verursacht wurde, besonders schwer. Die viele Jahre andauernde Ungewissheit war für den Angeklagten nicht nur eine persönliche, sondern auch eine schwere wirtschaftliche Belastung. Die Schwebelage hat zu einer Vielzahl bankaufsichtsrechtlicher Maßnahmen gegen Herrn Dr. Olearius geführt. Obgleich er während der gesamten Dauer des Ermittlungsverfahrens kein einziges Mal persönlich angehört wurde, musste er sich, nicht zuletzt auch aufgrund der Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft nicht nur in der Öffentlichkeit und gegenüber Behörden, sondern auch gegenüber den sensiblen Kunden einer Privatbank wie ein bereits verurteilter Straftäter behandeln lassen.

2. Verstoß gegen die Pflicht, auch entlastende Umstände zu ermitteln (§ 160 Abs. 2 StPO)

Die Strafverfolgungsbehörde hat gegen Herrn Dr. Olearius einseitig, voreingenommen und unter Verstoß gegen das rechtsstaatliche Fairnessgebot ermittelt und damit gegen das Objektivitätspostulat verstoßen.

a)

Die Fokussierung der Ermittlungen auf die Warburg Bank hatte den Blick darauf verstellt, dass es derselbe Staat ist, der einerseits angebliche Verbrechen von Privaten verfolgt, die zugrundeliegenden Transaktionen aber in wesentlich größerem Umfang zum eigenen Vermögensvorteil seiner Beteiligungsgesellschaften selbst hat durchführen lassen und bewusst geduldet hat, dass die ihm selbst zuzurechnenden Handlungen zwei Jahrzehnte lang faktisch nicht verfolgt hat.

b)

Auch die Ermittlungsverfahren gegen Angehörige von ICAP und der Deutschen Bank als Vertragspartner von Warburg – aber auch der WestLB - wurden zu Lasten von Herrn Dr. Olearius willkürlich zurückgestellt. Die von der Staatsanwaltschaft Köln öffentlich aufgestellte Behauptung, ICAP sei kein Leerverkäufer ist ausweislich vorliegender interner ICAP-Papiere und der Ermittlungen der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main nachweislich unrichtig.

c)

Schließlich sind auch die Rolle der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft EY im Zusammenhang mit der Deutschen Bank sowie deren Sonderbeziehung zur Staatsanwaltschaft Köln im Ermittlungsverfahren nicht beachtet worden, obwohl das von dem vormals für die WestLB zuständigen NRW Finanzminister Linsen bei seiner Vernehmung als Zeugen in den Bundestagsuntersuchungsausschuss eingeführte Entlastungsgutachten von Ernst & Young einer der zentralen Gründe für die Mehrheit des Bundestags-PUA war, auf eine Untersuchung der Cum-Ex-Geschäfte der WestLB und der diesbezüglichen Unterlassungen des BMF zu verzichten. Es war E&Y, die zur Hochzeit der Cum-Ex-Geschäfte die Jahresabschlüsse dieser Landesbank testiert und als WP bestätigt hat, dass die Buchführung und der Jahresabschluss den geltenden gesetzlichen Vorschriften entsprachen.

d)

Das Land Nordrhein-Westfalen verteidigt sich im Hinblick auf die Cum-/Ex-Geschäfte seiner Landesbank mit einer Zivilklage auf Schadensersatz gegen ICAP vor dem Supreme Court des Staates New York mit dem Argument, es sei über das Vorliegen von Leerverkäufen getäuscht worden. Die Folgerungen daraus für das hiesige Verfahren sind im Zwischenverfahren erörtert worden: Selbstverständlich kann es sein, dass ICAP nur in einem der Fälle getäuscht hat und in einem anderen Fall nicht. Das ändert aber nichts an der indiziellen Bedeutung des Täuschungsvorwurfs der NRW-Beteiligungsgesellschaft gegen ICAP auch für die Beurteilung der Tätigkeit von ICAP gegenüber Warburg.

Das gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass in beiden Fällen bei ICAP in Person des ICAP Head of Structure Products, Herrn Shoun Miell, der gleiche Akteur tätig war.

e)

Die ermittlungsführende Abteilungsleiterin der Staatsanwaltschaft Köln, OStA'in Brorhilker, nahm ultra vires außerhalb ihrer dienstlichen Aufgaben und Befugnisse auf das Besteuerungsverfahren der M.M. Warburg Einfluss. Bei ihrem privaten Auftritt im BFM am 16.11.2017 gab sie ihre Kenntnisse aus den Vernehmungen ihrer Kronzeugen offensichtlich nur unvollständig weiter. Sie hielt die Tatsache ihres Treffens im BMF bis zum 14.03.2021 noch über 3 Jahre vor ihren Vorgesetzten verborgen.

Bei ordnungsgemäßigem Informationsgang hätte die Staatsanwaltschaft Köln spätestens 2017 Kenntnis haben können, dass sowohl die Finanzbehörde Hamburg als auch das BMF übereinstimmend von der Möglichkeit einer Pflicht der Deutschen Bank ausgegangen waren, die Kapitalertragsteuer des Leerverkäufers einzubehalten und abzuführen.

3. Litigation PR der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft Köln hat in beispiellosem Maß an der öffentlichen Vorverurteilung des Angeklagten Dr. Olearius teilgenommen, diese zu verantworten und teilweise aktiv betrieben. Beispielhaft ist auf Folgendes hinzuweisen:

Tiefpunkt war die von Kollegen Dr. Landry bereits genannte Ausstrahlung in der ARD am 7. Juni 2021: „Eine Staatsanwältin jagt die Steuer-Mafia.“ Die verfahrensführende OStA'in wirkte in umfangreichen Interviewpassagen mit, bei gleichzeitiger fortgesetzter Einblendung der Warburger Bank und von Dr. Olearius persönlich. Darüber hinaus trat sie als Schauspielerin in nachgestellten Szenen aus ihrer Ermittlungstätigkeit gegen Warburg sowie aus ihrem Privatleben auf.

Die Staatsanwaltschaft Köln hatte in der Vergangenheit schon viele Verfahren gegen persönlich haftende Gesellschafter von Bankgesellschaften zu bearbeiten. Keine der zuständigen Dezernentinnen oder Dezernentin hat – aus guten Gründen - seine Arbeit filmisch darstellen lassen. Dieser Vorgang im hiesigen Verfahren ist einmalig.

Das laufende Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten Dr. Olearius wurde und wird bis heute in dem Film exemplarisch und gezielt dafür missbraucht, einem Millionenpublikum Herrn Dr. Olearius in abwertender Weise als Straftäter und die ermittelnde Staatsanwältin als Heldin der Strafverfolgung zu präsentieren. Auch dies ist ein singulärer Vorgang. Gegen die Mitwirkung der staatlichen Amtsträger an dem Produkt sind Klagen bei den Verwaltungsgerichten Düsseldorf und Köln anhängig.

4. Bruch des Asservatengeheimnisses durch Herausgabe der Tagebücher des Angeklagten zum Zwecke der öffentlichen Verbreitung und Publizierung

Herr Dr. Olearius führt seit Jahrzehnten regelmäßig Tagebuch. Die Tagebücher wurden am 20. März 2018 bei einer Durchsuchung des Privathauses des Herrn Dr. Olearius durch die Staatsanwaltschaft Köln sichergestellt und beschlagnahmt. Sie wurden beim LKA Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf auf Weisung der Staatsanwaltschaft Köln kopiert und gescannt. Noch im Sommer 2020 wurde an OStA'in Brorhilker auf deren Verlangen ein USB-Stick mit einer Kopie der (gesamten) Tagebücher ausgehändigt; er wurde am 08.09.2020 an das LKA zurückgegeben.

Die Daten wurden im Sommer 2020 illegal kopiert und einer unbekanntem Mehrzahl von Journalisten übergeben. Ob dies gegen Entgelt erfolgte, ist nicht bekannt.

Ablichtungen derjenigen Eintragungen, die als verfahrensrelevant angesehen wurden, waren vom LKA in ein Sonderheft aufgenommen worden. Ab 03.09.2020 verbreiteten ZEIT, Süddeutsche Zeitung und Panorama insgesamt 38 Zitate aus den Tagebüchern. Hiervor war lediglich eines in dem Sonderheft enthalten, in das die Verteidiger des Angeklagten am 25.06.2020 Akteneinsicht genommen hatten.

Es ist daher offenkundig, dass der Asservatenbruch und Geheimnisverrat durch einen oder mehrere Bedienstete entweder des LKA oder der Staatsanwaltschaft Köln begangen worden sein mussten. Eine insoweit erstattete Strafanzeige blieb erfolglos, weil angeblich schon nicht

ermittelt werden konnte, wie viele Personen Zugang zu den geheimschutzbedürftigen Daten hatten.

Die Erlangung der Tagebücher hat der Journalist Oliver Schröm in einem dem von Herrn Kollegen Dr. Landry zitierten Buch im Detail beschrieben.

Der Betroffene Dr. Olearius sowie seine gesamte Familie und die Personen seines engen persönlichen Umfelds stehen damit auf unabsehbare Zeit unter der Bedrohung mit Veröffentlichung intimster Details ihrer Lebensumstände, ihres Lebenslaufs und Ihrer vertraulichen Äußerungen durch eine unbekannte Vielzahl von Personen. Die durch Straftaten von Bediensteten der Staatsanwaltschaft Köln oder des Landeskriminalamts NRW entwendeten und weitergegebenen Daten stellen eine fortdauernde potenzielle Quelle für weitere Straftaten (z.B. Erpressungen, Ehrverletzungen) dar. Dabei darf nicht vergessen werden, dass in diesem Fall von rechtsstaatlichen Behörden die Rede ist, auf deren Gesetzestreue sich Betroffene gerade in der Ausnahmesituation eines Strafverfahrens in besonderer Weise verlassen und ihnen als übergeordnete Instanz vertrauen können müssen.

Insgesamt haben wir es hier mit einem Fall besonders weitreichender Mitverantwortung der Strafverfolgungsbehörde an einer beispiellosen öffentlichen Vorverurteilung und unabsehbar fortwirkender Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Angeklagten Dr. Olearius zu tun. Darüber, welche Folgen dies für das Hauptverfahren haben muss, wird Gegenstand der Hauptverhandlung sein müssen.

5. Willkürliche Aufspaltung des Verfahrens

Die Fokussierung der Strafverfolgung auf Mitarbeiter der Warburg Bank erfolgte zudem gezielt in einer Weise, die den Angeklagten Olearius in seinen Verteidigungsrechten im Hauptverfahren wesentlich beschneidet.

Die Ermittlungen gegen Geschäftsleiter und Mitarbeiter der Warburg Bank sowie gegen Berater wurden zunächst in demselben Verfahren unter demselben Aktenzeichen geführt. Im Fortgang der Ermittlungen hat die Staatsanwaltschaft Köln jedoch die Verfahren gegen jeweils einzelne Beschuldigte abgetrennt und diese – bis auf einen Fall – jeweils einzeln angeklagt. Obgleich nach vielfachen Berichten und behördlichen Mitteilungen die Staatsanwaltschaft mit inzwischen mehr als 1.500 Ermittlungsverfahren im Sachzusammenhang mit „Cum/Ex“-Geschäften vollkommen überlastet ist, wurden und werden also höchst aufwendige parallele Verfahren geführt, was zu weiteren jahrelangen Verzögerungen beiträgt.

Grund hierfür ist ersichtlich, dass die Staatsanwaltschaft gezielt versucht, in der Sache mitbeschuldigte Personen als möglicherweise entlastende Aussagepersonen auszuschalten oder unter den Druck weitergehender Strafverfolgung zu setzen. So ist gegen den rechtskräftig Verurteilten Christian Schmid alsbald nach seiner Zeugenaussage im Verfahren gegen Dr. Berger ein Ermittlungsverfahren wegen Falschaussage eingeleitet worden, weil seine Angaben nicht die von der Staatsanwaltschaft erwünschte Belastungstendenz hatten.

C. Zu den Anklagevorwürfen

Dem Angeklagten werden mit der Anklage vorsätzliche Taten der Steuerhinterziehung nach § 370 AO vorgeworfen. Ihren Tatvorwurf hat die Staatsanwaltschaft teilweise auf objektive Indizien, teilweise auf Beweisanzeichen zum subjektiven Vorstellungsbild des Angeklagten gestützt. Zu beidem sind einige Ausführungen veranlasst, überdies zum Umgang der Anklagebehörde mit für den Angeklagten sprechenden Indizien.

I. Sachverhaltsgrundlagen der Anklage

1. Abweichende Würdigung und Lücken des Sachverhalts

Zur Antwort des Verteidigers auf den Anklagevorwurf gehört insbesondere das Aufzeigen lückenhafter Ermittlungen und eine abweichende Würdigung des der Anklage zugrundeliegen-

den Sachverhalts. Dieser stützt sich in der Anklage auf einen Tatplan, den es nie gab. Behauptet werden dafür folgende Punkte:

- Die Broker Shields, Thorpe und Mora, die über viele Jahre Aktienhandel für deutsche Großbanken getätigt haben und stets versichert haben, sie seien von der Legalität von Cum-Ex-Geschäften ausgegangen, hätten auch für die Warburg Bank Cum-Ex-Geschäfte getätigt;
- Die Missbräuchlichkeit der Rückerstattungspraxis von Kapitalertragsteuer sei nicht nur für die an dem Handel in London Beteiligten, sondern auch für Herrn Dr. Olearius aus den ihm vorgelegten Zahlen durch ein zwingend auf „Leerverkäufe“ hinweisendes „Dividendenlevel“ der Aktienhandelsgeschäfte klar erkennbar gewesen;
- Der „Kronzeuge“ Dr. Steck habe ein deliktisches Vorgehen von Herrn Dr. Olearius bestätigt;
- Eine Sammlung von internen E-Mail-Nachrichten, in denen es um Cum-Ex-Geschäfte ging, habe unter „cc“ Herrn Dr. Olearius aufgeführt;
- Tagebucheinträge von Herrn Dr. Olearius deuteten auf dessen Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Geschäfte hin;
- „Scheinrechnungen“ im Zusammenspiel mit der Sarrazin-Bank und der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Berger belegten die Absprache einer internen Aufteilung des aus illegalen Cum/Ex-Geschäften generierten Gewinns.
-

Ich äußere mich in Folgendem zu den aus unserer Sicht neuralgischen Behauptungen der Anklageschrift:

- a) **Behauptung:** *Herr Dr. Olearius habe aufgrund seiner exponierten Stellung Kenntnis von den Einzelheiten der Geschäfte gehabt: .*

*„Der Angeschuldigte Dr. Olearius befasste sich als persönlich haftender Gesellschafter, Hauptanteilseigner und Sprecher der Partner der M.M. Warburg detailliert mit allen Strategien des Bankhauses und **segnete so auch die von ihm initiierten** Cum-Ex-Geschäfte ab.“*

- Anklageschrift vom 01.07.2023, Seite 8 - (Hervorhebung nicht im Original)

Unstreitig ist, dass das sogenannte „Dividendenstripping“, das sich allein aus steuerlichen Gründen lohnte, weil Kapitalertragsteuer vom inländischen Käufer, nicht aber vom ausländischen Verkäufer geltend gemacht werden konnte, im Tatzeitraum in keiner Weise rechtlich bemakelt war. Exakt dieses Modell wollte der Gesetzgeber mit dem Jahressteuergesetz 2007 weiter ermöglichen – die Benachteiligung der Steuerausländer erwies sich als unionsrechtswidrig -, gleichzeitig aber missbräuchliche Handelspraktiken unterbinden, indem er die inländischen Depotbanken ausländischer Verkäufer zur Einbehaltung und Abführung der Steuer verpflichtete.

Die Kammer hat im Zwischenverfahren mit Beschluss vom 30.09.2022 die Staatsanwaltschaft gebeten, eine Vielzahl von diesbezüglichen Fragen noch aufzuklären. Hierzu zählten etwa die Fragen:

- *„Was konkret wurde in Bezug auf Cum-Ex-Geschäfte besprochen?“*

Wurde in den Gesprächen erwähnt, dass den Cum-Ex-Geschäften Leerverkäufe zugrunde lagen und/oder es zu einer doppelten Anrechnung bzw. Erstattung von Kapitalertragsteuer kommen kann?

- *Wurden in den Gesprächen die grundsätzlichen Konditionen von Kurssicherungsgeschäften – insbesondere sogenannte Dividendenlevel – besprochen?*
- *Wurde in den Gesprächen besprochen, woher der Gewinn aus den Cum-Ex-Geschäften stammen sollte? Wurde dabei insbesondere besprochen, dass einzige Gewinnquelle die Rückerstattung einer weniger häufig erhobenen und einbehaltenen, als erstatteten Kapitalertragsteuer war?*
- *Wurde in den Gesprächen über Details der Ausgestaltung der Cum-Ex-Geschäfte – wie etwa die Auswahl der Kontrahenten sowie die Depotbanken deren Vergütung*

oder mögliche Strukturen – gesprochen?

- *Wurde in den Gesprächen besprochen, welche Rolle die Warburg Bank bzw. die Warburg Invest bei der Durchführung der Cum-Ex-Geschäfte begleiten sollte?*
- *Wurde in den Gesprächen über wirtschaftliche, steuerrechtliche oder haftungsrechtliche Risiken der Warburg Bank bzw. der Warburg Invest, die mit der Durchführung von Cum-Ex-Geschäften einhergehen könnten, gesprochen?“*

Alle Fragen stehen bislang unbeantwortet im Raum. Die Staatsanwaltschaft Köln hat keinen Anlass gesehen, der Aufklärungsbitte des Gerichts nachzukommen, was unmissverständlich deutlich macht, dass die diesbezüglichen Schuldvermutungen der Anklageschrift auf einer lückenhaften Grundlage beruhen.

b) ***Behauptung:*** *Die Beauftragung des Bevollmächtigten Christian Schmid durch den Angeklagten belege dessen detaillierte Einarbeitung in die Geschäfte*

„Dr. Olearius veranlasste insbesondere den gesondert verurteilten Schmid, sich detailliert in diese Geschäftsmodelle einzuarbeiten und ihn auf dem Laufenden zu halten.“

- Anklageschrift vom 01.07.2023, Seite 8 -

Aus diesem Umstand auf den Vorsatz des Angeklagten zu schließen, ist nicht plausibel. Es setzt voraus, dass der Angeklagte von dem seinerseits vorsätzlich handelnden Generalbevollmächtigten der Bank umfassend über die Rechtswidrigkeit des Geschäftsmodells aufgeklärt wurde und gleichwohl die unrechtmäßige Erstattung eigenhändig geltend gemacht hat. Dies ist eine willkürliche und zirkuläre Schlussfolgerung, welche voraussetzt, was sie zu beweisen behauptet.

Tatsächlich übernahm ein Team aus Mitarbeitern der Warburg Bank die Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Vorschläge und veranlasste seinerseits Prüfungen durch die jeweils zuständigen Fachabteilungen der Bank. Aus der Beauftragung einer den Compliance-Regeln entsprechenden intensiven Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Geschäftsmodells durch einen Geschäftsleiter zu schließen, dieser habe die Rechtswidrigkeit gekannt, ist jedenfalls dann widersinnig und willkürlich, wenn die mit der Prüfung Beauftragten ihrerseits in ihren Berichten die Rechtmäßigkeit des Geschäftsmodells ausdrücklich versichert haben.

c) *Behauptung:* *Dr. Olearius sei der direkte Ansprechpartner des Rechtsanwalts Dr. Berger gewesen:*

„Dr. Olearius war damit durchgehend in alle Planungen und auch die weitere Abwicklung dergestalt eingebunden, dass er die Abläufe kannte und bei Schwierigkeiten konkret eingebunden wurde, sowie die maßgeblichen Entscheidungen traf.“

- Anklageschrift vom 01.07.2023, Seite 8 - (Hervorhebung nicht im Original)

Insoweit gilt das oben Ausgeführte entsprechend. Der Rechtsanwalt Dr. Berger hat vielfach und vor allem in dem gegen ihn selbst gerichteten Strafverfahren versichert, er sei von der steuerrechtlichen Zulässigkeit des Geschäftsmodells überzeugt gewesen und bis heute überzeugt. Er habe daher genau dies dem Angeklagten Dr. Olearius und den Mitarbeitern der Warburg Bank im Rahmen des Beratungsmandats versichert. Die Annahme der Anklageschrift, hieraus ergebe sich ein Indiz für die Kenntnis des Angeklagten Dr. Olearius, setzt wiederum voraus, was als Beweisergebnis behauptet wird.

d) *Behauptung:*

Auch die weitere Behauptung enthält eine Folgemutmaßung:

„Darüber hinaus initiierte Dr. Olearius maßgeblich die seinerzeit neue Strategie, die Cum-Ex-Geschäfte über eigens dafür geschaffene Gesellschafts-

bzw. Fondsstrukturen abzuwickeln, und war in diesen Fallgestaltungen insbesondere vorbereitend aktiv dabei eingebunden, für die Warburg Invest bei der BaFin die Erweiterung der Genehmigung auf die Erlaubnis zur Fremdverwaltung von Investment-Aktiengesellschaften zu erlangen, um eigenständige Fonds auflegen zu können.

Zudem war der Angeschuldigte Dr. Olearius insbesondere in Krisensituationen persönlich eingebunden in die Bemühungen, Risiken abzuwenden bzw. die Schäden zu begrenzen.“

- Anklageschrift vom 01.07.2023, S. 8 -

Die Tatsache, dass die Tochtergesellschaft der M.M. Warburg, die Warburg Invest bei der BaFin die erweiterte Genehmigung auf die Erlaubnis zur Fremdverwaltung von Investment-Aktiengesellschaften beantragt hat, um eigenständige Fonds auflegen zu können, enthält eine Beschreibung der Aufgaben dieser Gesellschaft. Daraus auf Begehung der angeklagten Tat zu schließen, ist unzulässig spekulativ. Der zweite Teil der Behauptung über die Einbindung „in Krisensituationen“ zielt auf die Existenz eines „Warnschreibens“ von Rechtsanwalt Dr. Berger zum Jahressteuergesetz an Bundestagsabgeordnete. Tatsächlich finden sich in den Aservaten mehrere Belege, dass dieses Warnschreiben nicht im Auftrag von Herrn Dr. Olearius erfolgte, sondern im Auftrag der Deutschen Bank verfasst und von dieser bezahlt wurde.

e) *Behauptung:* *Herr Dr. Olearius sei als Geschäftsleiter der Bank für die Unterzeichnung der Steuererklärungen zuständig gewesen.*

„Dr. Olearius war darüber hinaus auch für die Unterzeichnung der Steuererklärung zuständig.“

- Anklageschrift vom 01.07.2023, S. 8 -

Die bloße Zuständigkeit als Geschäftsleiter hat für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit des Handelns des Angeklagten keine Bedeutung. Sie belegt allein, dass die zuständige Person nach außen die Verantwortung für die Erklärung übernehmen soll, enthält aber weder einen Beweis darauf, dass sie dies überhaupt, noch dafür, dass sie es in Kenntnis tatbestandsverwirklichender Umstände getan hat.

Nur in sieben von 15 Fällen hat der Angeklagte, wie die Strafkammer im Zwischenverfahren festgestellt hat, die Steuererklärungen persönlich unterschrieben. Ob dies jeweils in Kenntnis oder billigender Inkaufnahme von der Unrichtigkeit von einzelnen steuererheblich Umständen geschah, ist für die strafrechtliche Beurteilung entscheidend, von der bloßen Zuständigkeitsfrage aber gänzlich unabhängig.

f) **Behauptung:** *Die „Scheinrechnungen“ der Sarasin-Bank belegten kollusives Zusammenwirken in Kenntnis der Rechtswidrigkeit.*

Die Anordnung der Durchsuchungen vom 13.01.2016 bei der Warburg Bank sowie bei dem Angeklagten Dr. Olearius war vom Amtsgericht Köln maßgeblich auf das Vorliegen so genannter „Scheinrechnungen“ und den Verdacht gestützt, die Sarasin Bank habe Steuern hinterzogen. Dieser Vorwurf ist bereits in der Vergangenheit entkräftet und fallengelassen worden. Gleichwohl führt die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Köln diese Rechnungen weiterhin als Beweisanzeichen für ein kollusives Zusammenwirken und die vorsätzliche Begehung von Steuerstraftaten durch den Angeklagten an.² Das erscheint wiederum tendenziös und in der Sache verfehlt.

² Vgl. Anklageschrift S. S. 6, 10 f., 18, 114, 117, 362.

- g) *Behauptung:*** *Aus dem sog. „Dividendenlevel“ lasse sich zum einen das Vorliegen von Leerverkäufen ableiten, zum anderen ergebe sich hieraus die Kenntnis des Angeklagten Dr. Olearius hiervon.*

Unabhängig davon, dass Dr. Olearius der Terminus und das damit angeblich verbundene Rechenwerk damals unbekannt waren:

aa)

Die Behauptung, dass das in der Anklageschrift zitierte Dividendenlevel ein Gewinnniveau aufzeige, das zwangsläufig die Illegalität des Geschäfts belege (Anklageschrift S. 345 f.), ist unzutreffend. Es ist weiterhin unzutreffend, dass sich daraus ergebe, dass der Anteil des Erwerbers an der Bruttodividende „im Vergleich zum normalen Dividendenstripping“ den Tatvorwurf bestätige. Selbst die Anklageschrift behauptet bei ihrer Erörterung nicht, dass die Relevanz dieser Vergleichszahlen zum normalen Dividendenstripping Herrn Dr. Olearius bekannt gewesen sei oder hätte bekannt sein müssen.

Die Vernehmung des vom Gericht bestellten Sachverständigen Prof. Dr. Elsas wird hierzu die erforderliche Aufklärung bringen. Die in anderen Verfahren verwerteten Gutachten von Herrn Prof. Dr. Theissen haben kein Ergebnis zur Frage eines Zusammenhangs der möglichen Rechtswidrigkeit der verfahrensgegenständlichen Geschäfte und den jeweiligen Dividendenleveln erbracht.

bb)

Gleichwohl hat die Staatsanwaltschaft Köln öffentlich den Eindruck zu erwecken versucht, aus Berechnungen des „Dividendenlevels“ ergebe sich quasi zwangsläufig nicht allein die Tatsache, dass dem jeweiligen Geschäft ein Leerverkauf zugrunde gelegen habe, sondern auch die Schlussfolgerung, die maßgeblich beteiligten Personen hätten dies mindestens billigend in Kauf genommen und seien schon dadurch überführt.

OStA'in Brorhilker hat am 03.12.2021 vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburger Bürgerschaft wie folgt ausgesagt:

„Vorsitzender: Welche Rolle spielte für Ihre Ermittlungsverfahren der Dividendenlevel beim Nachweis der Steuerhinterziehung?“

Brorhilker: Eine große.

Vorsitzender Und welche große?

Brorhilker: Ich sage vielleicht erstmal was der Dividendenlevel ist. Der Dividendenlevel ist aus Sicht des Käufers betrachtet, wirkt es sich aus wie ein Preisabschlag. Also ich vergleiche das gerne für Nichtjuristen mit dem Hehlerpreis. Also wenn eine Ware wahnsinnig billig ist und die Begleitumstände sind auch ein bisschen dubios, dann gibt es strafrechtliche Rechtsprechung, die sagt, dann sollte der Käufer vorsichtig sein. Also wenn ich ein Handy kaufe in Köln Porz von jemandem, der da auf dem Teppich sitzt, und ich bezahle auch nur ein Drittel des Marktpreises, es ist aber originalverpackt, dann weiß ich zwar nicht, von welchem Laster das Handy gefallen ist, aber dass es vom Laster gefallen ist, das muss einem dann klar sein.“⁸

Tatsächlich hat OStA'in Brorhilker hier weder „gesagt, was der Dividendenlevel ist“, noch in überprüfbarer Weise dargelegt, „welche Rolle“ es „für die Ermittlungsverfahren spielte“. Vielmehr hat sie in befremdlicher Form den „Käufer“ gleichgesetzt mit „jemandem, der in Köln-Porz da auf dem Teppich sitzt“ und „vom Laster gefallene“ Telefone anbietet (...)

Die Beschreibung der Oberstaatsanwältin enthielt weder eine vertretbare Definition des Dividendenlevels noch eine zutreffende Zuordnung der Beteiligtenrollen beim Aktienhandel über den Dividendenstichtag. Die Zeugin definierte den Dividendenlevel als „Hehlerpreis“. Dies war allenfalls eine alltagssprachliche Umschreibung eines vorab feststehenden Ergebnisses, offenbarte aber vor allem ein von Voreingenommenheit bestimmtes Fehlverständnis.

Tatsächlich sind Preisabschläge – relativ ausgedrückt als Verhältnisgröße im sog. Dividendenlevel – seit jeher im Rahmen des Dividendenstripping gemacht worden, um die national

³ Wortprotokoll des PUA Hamburg vom 03.12.2021.

unterschiedlichen Kapitalertrags- und Körperschaftssteuerregelungen im Sinne steuermotivierter Geschäfte zu berechnen und ggf. zu nutzen. Wäre der Dividendenlevel „für jedermann offensichtlich“ ein „Hehlerpreis“ (so OStA'in Brorhilker noch im Dezember 2021), so müsste schon im Hinblick auf das Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO dringend aufgeklärt werden, warum die Staatsanwaltschaft Köln, ebenso wie alle anderen Staatsanwaltschaften und Finanzbehörden in Deutschland, diese angeblich offenkundige Tatsache jahrzehntelang für belanglos hielten und nicht verfolgten, obgleich sie in tausenden von Steuererklärungen offenbart und in zahlreichen gesetzgeberischen Quellen diskutiert wurde.

Behauptung: Herr Dr. Olearius wusste um das finanzielle Eigeninteresse von Dr. Berger

„Ihm war bewusst, dass Dr. Berger ein erhebliches finanzielles Eigeninteresse an diesen Geschäften hatte.“

- Anklageschrift vom 01.07.2023, S. 8 -

Diese Behauptung macht eine durchweg mit Belastungstendenz vorgenommene Tatsachewertung der Anklagebehörde deutlich.

Es ist das Wesen jeder professionellen Vermittlung und/oder Beratung, dass der betreffende Berufsträger ein „finanzielles Eigeninteresse“ hat. Dies gilt namentlich auch für eine Vermittlung durch Angehörige einer hochspezialisierten Steuerrechts-Kanzlei. Es gehört nachweislich zur Geschäftspraxis zahlreicher Steuerberatungsunternehmen, gegen Provision Anlagevermittlung zu betreiben.

Hieraus ergibt sich aber keinerlei Erfahrungssatz der Art, das wirtschaftliche Eigeninteresse einer Vermittlungstätigkeit lege für den Mandanten die Annahme nahe, dass das vermittelte Geschäft auf die Begehung von Straftaten gerichtet sei. Ein solcher Erfahrungssatz existiert nicht, ist für die Beweiswürdigung daher ohne Bedeutung und weist – unausgesprochen – auf eine befremdliche Schlussfolgerung zwischen absoluter Honorarhöhe und Kenntnis der Rechtswidrigkeit hin.

2. Bewertung von „Kronzeugen“-Aussagen

a) Zeuge Dr. Steck

Zu erheblichen Teilen stützt sich die Anklage auf Bekundungen des Zeugen Dr. Kai-Uwe Steck, deutscher Rechtsanwalt mit Tätigkeitsschwerpunkt mittlerweile in Dubai, derzeit ausweislich seines Internetauftritts spezialisiert auf „Relokation Schweiz – Vereinigte Arabische Emirate“ im Zusammenhang mit schwierigen Fällen des Ukraine-Sanktionsregimes der Europäischen Union.

aa)

Der Zeuge Dr. Steck hat aufgrund einer Absprache mit der Staatsanwaltschaft ein erhebliches Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens; darüber hinaus sind ihm von der Ermittlungsbehörde zahlreiche Vorteile zugewandt worden.

Im November 2016 hat sich der Zeuge Dr. Steck, nachdem seine Strafverteidiger dies angekündigt hatten, den Strafverfolgungsbehörden als Aufklärungshilfe nach § 46b StGB angeboten. Am 16. Dezember 2016 wurde eine Vereinbarung in der Form eines „Vermerks“ getroffen. Hierin bekundeten OStA'in Brorhilker, der Zeuge Dr. Steck sowie dessen Verteidiger Übereinstimmung in der Feststellung, dass ein Absehen von Strafe oder eine Strafmilderung hinsichtlich der von der Staatsanwaltschaft verfolgten Straftaten des Zeugen in Betracht kommen, wenn dieser hinreichend gehaltvolle Aufklärungsbeiträge durch Belastungen anderer Beschuldigter leiste.⁴ Dass es sich bei dem Inaussichtstellen von Straflosigkeit um einen unzulässigen

⁴ SH 138, Bl. 212: „Am heutigen Tage wurde das Vernehmungsprotokoll vom 15.11.2016 korrigiert und unterschrieben. Im Anschluss daran wurde die Sach- und Rechtslage erörtert. Durch die Verteidigung wurde die Möglichkeit einer Verfahrenserledigung nach § 153a StPO angesprochen, insbesondere im Hinblick auf die bereits erbrachten Aufklärungsbeiträge in den vergangenen Vernehmungen. Mit Blick auf das Gewicht des vorgeworfenen Tatbeitrags erklärte die Staatsanwaltschaft, dass dies nicht in Betracht komme. Denkbar sei allenfalls eine Strafmilderung bzw. das Absehen von Strafe nach § 46b StGB. Im Hinblick auf den gewichtigen Tatvorwurf gegen den Angeklagten sei ein ebenso wesentlicher Aufklärungsbeitrag erforderlich. Der Beschuldigte stellte daraufhin in Aussicht, sich u.a. zur Mechanik der Transaktionen zu äußern. Er habe insoweit Erkundigungen eingeholt, um aktiv an der Sachaufklärung mitwirken zu können. Unter diesen Voraussetzungen erscheine die Anwendbarkeit des § 46b StGB nach vorläufiger Einschätzung der Staatsanwaltschaft vorstellbar. Durch die Staatsanwaltschaft wurde insoweit verdeutlicht, dass eine entsprechende Zusage derzeit nicht erfolgen kann. Eine abschließende Bewertung sei vielmehr erst nach Kenntnis und Prüfung der Einlassung im Hinblick auf einen messbaren Aufklärungserfolg möglich. Weitere Vernehmungstermine wurden für den 25.01,

Belohnungsvorgang durch die Sachbearbeiterin gehandelt haben dürfte, ergibt sich aus dem Vergleich mit der gegen seinen Sozium Berger verhängten Haftstrafe. Dessen Strafmaß zugrunde gelegt müsste der Zeuge eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt haben (§ 46 b Abs. 1 Satz 4 StGB).

Auf der Grundlage dieser Übereinkunft wurde der Zeuge Dr. Steck in mehreren Terminen von der Staatsanwaltschaft sowie in Hauptverhandlungen paralleler Verfahren umfangreich vernommen. Er belastete zahlreiche Personen und teilte mit, er selbst habe durch seine Beteiligung an Straftaten der Steuerhinterziehung etwa 50 Millionen Euro an Erlösen erzielt.

OStA'in Brorhilker fertigte einen Vermerk, in welchem sie den angeblich ungewöhnlich hohen Mitwirkungswillen des Zeugen hervorhob und den Vorsitzenden der 12. Strafkammer des LG Bonn um Auskunft bat, ob die Strafkammer einer Anwendung von § 46b StGB i. V. m. § 153b Abs. 1 StPO (Absehen von Strafe oder Einstellung) zustimme. Der Vorsitzende leitete die Sache mit dem zutreffenden Bemerkungen zurück, die Sache sei dort nicht anhängig.

bb)

Im Jahr 2017 teilten die Verteidiger des Zeugen Dr. Steck mit, dieser beabsichtige, den von ihm verursachten Schaden wiedergutzumachen und das Erlangte zurückzuzahlen. Allerdings seien die Verhandlungen mit der Finanzverwaltung schwierig, weil zunächst geklärt werden müsse, wie hoch der dem Beschuldigten Steck zuzurechnende Anteil sei.

Dies ist vor dem Hintergrund des für §§ 73 ff. StGB geltenden Bruttoprinzips und des § 111e Abs. 1 StPO unverständlich. Die zwingende Einziehung beschränkt sich nicht auf Taterträge, die nach Abrechnung möglicherweise gegebener Gesamtschuldverhältnisse jeweils zuzurechnen wären. Der gesamtschuldnerische Ausgleich zwischen Tatbeteiligten ist nicht Aufgabe einer vorausseilenden Kulanz der Strafjustiz.

Dem Zeugen Dr. Steck wurde von der Staatsanwaltschaft Köln das nach seinen eigenen Bekundungen aus Straftaten Erlangte (50 Mio. Euro) seit – mindestens – 2017 belassen. Tatsächlich zahlte der Zeuge bis Ende 2022 nur einen Betrag von 5 Mio. Euro an die Staatskasse zurück. Das entsprach der Summe, für welche er im Wege gesamtschuldnerischer „Zurechnung“ aus der Partnerschaft mit dem anderweit Verfolgten Dr. Berger verantwortlich sein soll.

Der Zeuge wurde von der Staatsanwaltschaft Köln bis heute keinen Reise- oder Aufenthaltsbeschränkungen unterworfen. OStA'in Brorhilker erklärte in der Hauptverhandlung gegen Christian Schmid, es lägen keinerlei Anhaltspunkte für eine Verlagerung von geschäftlichen Aktivitäten des Zeugen in die VAR vor. Tatsächlich ergab sich schon damals das Gegenteil aus dem Internetauftritt des Zeugen.

Das Strafverfahren gegen den Zeugen Dr. Steck wird somit von der Staatsanwaltschaft Köln seit mindesten sechs Jahren in keiner Weise gefördert. Dies ist eine absichtlich rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung, die ersichtlich allein dem Ziel dient, den Zeugen als sog. „Kronzeugen“ (§ 46b StGB) vorzuhalten und ihn unter Inaussichtstellen unverhältnismäßig milder Strafen oder des Absehens von Strafe dazu zu bringen, möglichst umfassend als „Aufklärungshilfe“ (Belastungszeuge) gegen Dritte zur Verfügung zu stehen. In der Relation zur Strafe, die die StA gegen seinen Mittäter Dr. Berger beantragt hat, hätte ihm schon wegen § 46 b Abs. 1 S. 4 StGB kein Absehen von Strafe angeboten werden dürfen, da er nach diesem Maßstab eine Freiheitsstrafe von mehr als 3 Jahren verwirkt hat.

Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Staatsanwaltschaft Köln im Verfahren gegen den Bevollmächtigten der Warburg Bank, Christian Schmid, dem aus sämtlichen ihm zugerechneten Taten ein Eigenvorteil von ca. 100.000 € zur Last gelegt wurde, eine absurd überzogene Freiheitsstrafe von zehn Jahren beantragt hat.

Eine Prüfung der Voraussetzungen einer möglicherweise rechtswidrigen Vorteilsgewährung gemäß § 136a Abs. 1 S. 3 StPO an den Zeugen durch die Staatsanwaltschaft durch die Aufsichtsbehörde ist nicht erfolgt. Vielmehr ist darauf hingewiesen worden, die Regelung des § 46b StGB (Strafmilderung bei Aufklärungshilfe) erlaube die Gewährung von Vorteilen ausdrücklich.

Diese Auslegung ist unzureichend und einseitig. Selbstverständlich enthält § 46b StGB keine „Ausnahmeregelung“ zu § 136a StPO; vielmehr ist die Vorschrift gerade umgekehrt im Lichte des Verbots rechtsstaatswidriger Einwirkung auf Zeugenaussagen auszulegen und anzuwenden.

b) Zeuge Thorpe

Entsprechendes gilt für den Zeugen Darren Thorpe. Auch dieser erfreut sich seit zehn Jahren eines von der Staatsanwaltschaft Köln unbehelligten Lebens, wenn und weil er als „Aufklärungsgehilfe“ Belastungen anderweit beschuldigter Personen vorträgt.

c) Einseitige Verwertung

In der Hauptverhandlung gegen Christian Schmid vor der 12. Strafkammer des LG Bonn hat der Zeuge Dr. Steck bekundet, nach seiner Ansicht und Erinnerung habe der Beschuldigte Dr. Olearius die Erklärungen des anderweit beschuldigten Dr. Berger zu den „Cum/Ex“-Geschäften gar nicht verstanden. In der Beweiswürdigung der Strafkammer hat diese dem Zeugen Dr. Steck sämtliche Bekundungen seiner mehrtätigen Zeugenaussage geglaubt mit Ausnahme dieser einen: Diese beruhe, so die Kammer, auf dem Bemühen des Zeugen um Wichtigkeit und sei daher unglaubhaft.

Dem Zeugen Thorpe hat die 12. Strafkammer in demselben Verfahren alle den dortigen Angeklagten belastenden Bekundungen geglaubt, jedoch die Aussage, er selbst habe weder von Einzelheiten der rechtlichen Beurteilung der Geschäfte Kenntnis gehabt noch jemals mit jemandem darüber gesprochen, mit keinem Wort gewürdigt.

Die Staatsanwaltschaft Köln wiederum hat aus diesen Bekundungen der genannten Zeugen auch für die Anklage gegen den Angeklagten Dr. Olearius keinerlei Schlussfolgerungen gezogen und sie in der Anklageschrift noch nicht einmal erwähnt.

II. Behandlung von Beweisanzeichen zugunsten des Angeklagten

Eine ernsthafte Auseinandersetzung mit Umständen und Beweisanzeichen, welche für ein Schuldlosigkeit des Angeklagten Dr. Olearius sprechen können, fehlt in dem von der Anklage vorgelegten „Wesentlicher Ergebnis der Ermittlungen“ vollständig. Weder zum objektiven noch zum subjektiven Tatbestand sind Erwägungen vorgetragen worden, welche einer Schuldvermutung entgegenstehen müssten und in Literatur und Praxis seit Jahren erörtert wurden.

Auch dies deutet auf einen einseitigen, eifernden Verfolgungswillen unter Außerachtlassung der Pflicht aus § 160 Abs. 2 StPO hin. Die verfahrensleitende OStA'in hat als Zeugin vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburger Bürgerschaft im Dezember 2021 ausdrücklich bekundet, sie sei „von Anfang an“ zu keinem Zeitpunkt von Zweifeln belastet gewesen, dass das von ihr Verfolgte rechtswidrig und strafbar sei. Eine noch deutlichere Demonstration von einseitiger Voreingenommenheit ist kaum denkbar.

D. Einwände gegen die Anklagevorwürfe

Die nunmehr begonnene Hauptverhandlung wird Gelegenheit und Anlass bieten, die von der Staatsanwaltschaft mit der Anklage vorgetragene Beweisanzeichen und Schlussfolgerungen objektiv und im Einzelnen zu prüfen. Vorab und im Rahmen des nach § 243 Abs. 5 StPO Gebotenen soll nur das Folgende kurz angesprochen werden:

I. Vor-Entscheidungen

Die bisher ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Verfahren wegen „Cum/Ex“-Geschäften können für das hiesige Verfahren keinen durchgreifenden Aussagewert haben.

Die Anklageschrift stützt sich in der rechtlichen Bewertung maßgeblich auf die Entscheidung des BGH vom 28.07.2021 im Verfahren Shields/Diable, Az.: 1 StR 519/20. Auf S. 365 der Anklageschrift heißt es etwa:

„Dies ist umso bedeutsamer, als es sich weitgehend bereits um dieselben Fälle handelt, die nunmehr Gegenstand dieser Anklage geworden sind und bereits in der Entscheidung des Landgerichts Bonn vom 18.03.2020 auch gerade aufgrund des arbeitsteiligen Vorgehens der Tatbeteiligten auch die Tatbeiträge des Angeschuldigten Olearius als Teil der Feststellungen enthalten.“

Die Anklageschrift lässt unerwähnt, dass eine Menschenrechtsbeschwerde des Angeklagten Dr. Olearius gegen die Entscheidung des BGH wegen Verletzung der Unschuldsvermutung gem. Art. 6 Abs. 2 EMRK vom EGMR zur Hauptsacheprüfung angenommen wurde. Die Anklageschrift vertieft die vor dem EGMR gerügte Verletzung des Art. 6 Abs. 2 EMRK, indem sie das Urteil des BGH einführt, ohne dem Gericht auch nur die Annahme der Konventionsrüge durch den EGMR zur Kenntnis zu bringen.

II. Stellung des Angeklagten als Geschäftsleiter

Die Anklageschrift geht von einer Vermutung der Allwissenheit des Angeklagten als Geschäftsleiter einer Bank aus. Das steht in krassem Gegensatz zur gleichzeitigen Annahme der Staatsanwaltschaft, aus der Stellung der Repräsentanten der Eigentümerseite von Landesbanken ergebe sich keine Vorsatzvermutung.

Kein Mitarbeiter der M.M. Warburg hat in den bisherigen Verfahren als Beschuldiger oder Zeuge ausgesagt, dass Herr Dr. Olearius Kenntnis von der Durchführung von Leerverkäufen gehabt oder um die Möglichkeit einer doppelten Anrechnung einer nur einmal bezahlten Kapitalertragsteuer gewusst habe. Selbst der Hauptbelastungszeuge Dr. Steck hat Herrn Dr. Olearius kein Wissen zugeschrieben, *„das er mit eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen in Verbindung bringen konnte“*⁵.

Der Angeklagte Dr. Olearius ordnete eine Prüfung der Transaktionen durch die zuständigen

⁵ Vgl. LG Bonn, Urt. v. 01.06.2021, S. 164.

Abteilungen unter Aufsicht von Herrn Christian Schmid an. Zusätzlich wurde die Steuerberaterkanzlei Alpers & Stenger eingeschaltet sowie der erfahrene Chefjustitiar der M.M. Warburg, Herr Dr. Eckardt.

Es ist nicht ersichtlich, dass angesichts des Umstands, dass zahlreiche staatliche Banken dieselben Geschäfte mit voller Kenntnis der Landesregierungen sowie der Finanzverwaltung seit Jahren betrieben, weitere Prüfungsmaßnahmen zu anderen Ergebnissen gekommen wären.

Dass Geschäftsleiter einer Bank ihr Pflichtenprogramm durch Delegationen – sowohl innerhalb der Geschäftsleitungsebene als auch gegenüber Bereichsvorständen oder Compliance-Beauftragten – erfüllen können und regelmäßig auch müssen, ist unstrittig.⁶ Anhaltspunkte dafür, dass Herr Dr. Olearius die leitenden Mitarbeiter der Bank nicht ordnungsgemäß ausgewählt und überwacht hätte, sind nicht ersichtlich. Nach der internen Geschäftsverteilung der Geschäftsleitung war er überdies für den Aktienhandel gar nicht zuständig.

Diese Gesichtspunkte sind umso bedeutender, als zum Tatzeitraum eine Steuerrechtswidrigkeit der Transaktionen nach übereinstimmenden Zeugenaussagen im Untersuchungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft nicht einmal von der hamburgischen Ministerialverwaltung angenommen wurde. So erklärte der für Ertragssteuerrecht zuständige Abteilungsleiter der Finanzbehörde Hamburg, LRD Michael Wagner, in der Sitzung des PUA vom 05. November 2021, er habe die von der Rechtsprechung des BFH geforderten Anforderungen für den Nachweis von „Cum-Ex“- Leerverkaufstransaktionen im Fall Warburg nicht als erfüllt angesehen. Zu dieser Einschätzung stehe er noch heute. Die anderslautende Weisung des BMF im November 2017 habe er für falsch gehalten; sie habe bei der Finanzbehörde Hamburg (also dem Finanzministerium) „wie ein Blitz eingeschlagen“. Auch hierzu verhält sich die Anklageschrift mit keinem Wort.

⁶ Dazu BGH NJW 2009, 3173 [3175]; NJW 2012, 1237 [1238]; Fischer/Boegel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage 2017, § 128 Rn. 140; Schulze, NJW 2014, 3484 ff.

III. Verfassungsrechtliche Einwände gegen die Anklage von Straftaten, die der Staat selbst begangenen hat: Die Rechtsprechung des BVerfG zu Vollzugsdefiziten im Steuerrecht

In keinem der bisherigen Cum-Ex-Verfahren untersucht wurden die sich aus der Rechtsprechung des BVerfG zu Vollzugsdefiziten im Steuerrecht ergebenden Konsequenzen für den staatlichen Strafanspruch vor dem Hintergrund, dass der Staat nicht nur positive Kenntnis von „Cum-Ex“- Leerverkaufstransaktionen hatte, sondern diese auch selbst durch seine Landesbanken ausgeführt hat.

In seinem Urteil vom 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 = NJW 2004, 1022 – zur Besteuerung von Spekulationsgewinnen gelangt das Bundesverfassungsgericht zur Verfassungswidrigkeit einer Norm des Steuerrechts auf Grund struktureller Vollzugsdefizite. Es tritt hierin dem BFH bei, der in seinem Vorlagebeschluss bereits gesetzliche Erhebungsmängel festgestellt hatte. Wenn die Steuernorm nicht vollzogen wird, so führt dies zu einer gleichheitswidrigen Belastung (BVerfG a.a.O., Rn. 40). Verfassungswidrig ist, so das BVerfG – ebenso bereits in BVerfGE 84, 239 zur Zinsbesteuerung – der Widerspruch zwischen Steuernorm und Erhebungsregel.

Das Gericht wird im Rahmen der Hauptverhandlung als Verletzung der Garantien des Art. 20 III GG demnach zu prüfen haben, ob der Umstand, dass

- das Land NRW vor der Kammer eine Tat anklagt, die es selbst begangenen hat,
- seinen für die Rückerstattung von Kapitalertragssteuer zuständigen Instanzen, die in der Anklage beschriebenen steuersystematischen und aktienrelevanten Vorgänge zur angeblichen Tatzeit nicht nur offenkundig waren, sondern
- das Land NRW selbst, als wirtschaftender Staat diese Umstände nutzte, um einen ökonomischen Mehrwert zu erzielen,

mit der in der Anklageschrift durchgehend behaupteten staatlichen Opferrolle und der behaupteten Strafwürdigkeit (S. 12 ff. der Anklage) denklogisch vereinbar ist. Dies ist kein Fall der

Berufung auf eine Gleichheit im Unrecht – sondern ein fortgesetzter und rechtswidriger Verstoß gegen das die Staatsgewalt unmittelbar verpflichtende Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und der Willkür und damit gegen Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG. Art. 4 Abs. 1 Landesverfassung NRW rezipiert ausdrücklich die Grundrechte des Grundgesetzes, dies betrifft insbesondere auch die Justizgrundrechte.

Dies gilt wegen der unbedingten Bindung auch der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht umso mehr, als die Verwaltungskompetenz für die Erhebung der Kapitalertragssteuer nach Art. 108 Abs. 3 GG iVm Art. 85 GG bei den Ländern liegt, im Fall der angeklagten Fondstransaktionen also bei dem die staatsanwaltschaftliche Anklage tragenden Land Nordrhein-Westfalen.

1. Kenntnisstand der Finanzverwaltung (Finanzamt Düsseldorf Altstadt, Finanzamt Wiesbaden II, Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, Bundeszentralamt für Steuern)

Nach dem beweisbedürftigen Vortrag der Anklageschrift sind gegenüber den mit den angeklagten Vorgängen befassten Landesfinanzbehörden,

- das Finanzamt Düsseldorf Altstadt (Fälle 11 bis 12 der Anklage S. 48),
- das Finanzamt für Großunternehmen Hamburg (Fälle 1, 2, 4, 10, 14 der Anklage S. 19, 25, 32, 43, 50)
- ebenso wie das Bundeszentralamt für Steuern (Fälle 5 bis 9 der Anklage S. 39)

nicht vollständige und damit auf Irreführung angelegte Angaben gemacht worden.

Es ist undenkbar, dass von diesen Behörden in dem in der Anklage problematisierten Zeitraum eine Rückerstattung bzw. Anrechnung in summa von über einer Milliarde Euro an die WestLB bzw. die HSH Nordbank hätte erfolgen können, ohne dass die handelnden

Amtsträger dieser Behörde einen Überblick über die Zusammenhänge gehabt und/oder eine Absicherung durch ihre vorgesetzte Stelle gefordert und erhalten hätten.

Das Bundeszentralamt für Steuern wurde unmittelbar vor Beginn des behaupteten Tatzeitraums, zum 1. Januar 2006, gemeinsam mit dem Zentrum für Informationsverarbeitung und Informationstechnik als unmittelbare Ausgründung aus dem Bundesministerium für Finanzen überhaupt erst errichtet. Mit der Errichtung des Bundesamtes – so die damalige parlamentarische Staatssekretärin im BMF, Babara Hendriks, war *„eine deutlich verbesserte Aufgabenerledigung“* sowie die Erwartung *„für eine effektivere und effizientere Steuererhebung verbunden“*.

Das Bundeszentralamt für Steuern wurde mit Spitzenpersonal aus dem BMF besetzt, allen voran der Vizepräsident und spätere Präsident des BZSt Eberhard Petersen, der unmittelbar aus der Steuerabteilung des BMF an das BZSt entsandt wurde.

Der 4. Untersuchungsausschuss des 18. Deutschen Bundestags hat im Einzelnen belegt, dass die Fachabteilungen des BMF jedenfalls zur Tatzeit und im Einzelnen über die Wirkungsweisen von Cum-Ex vollständig im Bilde waren und das BMF in dem von ihm gestalteten *„Arbeitskreis Leerverkäufe“* fortgesetzt mit der Problematik befasst wurde.

In dem Sondervotum von Bündnis 90/Die Grünen zum Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses (BT-Drs. 18/12700, S. 458 – 547) wird festgestellt, die Cum/Ex-Aktivitäten seien *„nur möglich“* gewesen *„durch ein massives Staatsversagen im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) aber auch auf Landesebene“*. Das Gesamtproblem sei *„trotz vorhandener Informationen nicht“* erfasst worden (Abschlussbericht S. 504).

Der Exekutivdirektor der Bankenaufsicht der BaFin erklärte im Untersuchungsausschuss als Zeuge:

„Bei Cum/Ex haben wir den Anlass schlicht nicht gesehen dafür, weil Cum/Ex ist jahrelang von den Finanzbehörden geduldet worden. Also, ich meine, jahrelang gab es diese Geschäfte, ohne dass die zuständigen Behörden gesagt haben: Das ist nicht sauber, was da läuft. Und ich bin da auf die Wertung der Finanzbehörden angewiesen.“ (BT-Drs. 18/12700, S. 263)

2. Kenntnisstand der Landesregierungen

Die für die Cum-Ex-Geschäfte der WestLB zuständigen Aufsichtsratsmitglieder Dr. Linssen und Dr. Norbert Walter-Borjans waren als Finanzminister des Landes NRW zugleich oberste Dienstvorgesetzte des Finanzamts Düsseldorf, das die von der WestLB in Milliardenhöhe beantragten Erstattungen von Kapitalertragsteuer ausführte.

Die für die Cum-Ex-Geschäfte der HSH-Nordbank verantwortlichen Aufsichtsratsmitglieder Dr. Michael Freytag und Dr. Wolfgang Peiner waren als Finanzsenatoren zugleich oberste Dienstvorgesetzte des Finanzamts für Großunternehmen Hamburg.

3. Rechtsprechung des BVerfG zu Vollzugsdefiziten im Steuerrecht

Das BVerfG stellt in seiner Entscheidung zu Vollzugsdefiziten im Steuerrecht ab auf eine

„dem Gesetzgeber zuzurechnende mangelnde Durchsetzung der materiellen (Steuer-)Pflicht.“

Das BVerfG entwickelt eine Reihe von Kriterien für die Annahme eines normativ bedingten Vollzugsdefizits:

- im Vergleich mit anderen Einkünften;
- im Zusammenspiel ermittlungsbeschränkender und fehlender ermittlungsfördernder Normen;

- in der gleichheitswidrigen Vollzugssituation und in Nachbesserungsversuchen, die die Finanzverwaltung unternommen hat;
- Im Fall der Spekulationsgewinne sah das BVerfG, dass die Erhebung der Steuer „in den Veranlagungszeiträumen 1997 und 1998 die Besonderheit aufweist, zu rechtswidrigem Handeln geradezu einzuladen.“ (Rn 113).

Daraus ergeben sich im Zusammenhang mit Cum/Ex diese Fragestellungen:

- Vergleichbarkeit struktureller Vollzugsdefizite bei Cum/Ex unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, auf Grund der Gesetzeslage, behördlichen Unterlassens und eigener Aktivitäten des Staates?
- Rechtsfolgen hieraus? Erstreckung einer gleichheitswidrigen Vollzugspraxis auf eine ebenfalls strukturell defizitäre Verfolgungspraxis?

Es wird Aufgabe der Hauptverhandlung sein, aufzuklären, ob die vom BVerfG aufgestellten Kriterien im Tatsächlichen den Sachverhalt der Anklage betreffen. Folgendes spricht dafür:

- Die vom BMF ausgesprochenen Weisungen, die unterlassene Inanspruchnahme der Depotbanken und die konstatierte Wirkungslosigkeit des Jahressteuergesetzes 2007.
- Dass mit den landeseigenen und der Rechtsaufsicht unterliegenden Landesbanken der Staat selbst einer der wichtigsten Cum/Ex-Akteure war, verstärkt den defizitären und gleichheitswidrigen Vollzug. Nicht nur hat der Staat hier seinen Steueranspruch gleichheitswidrig nicht geltend gemacht; er hat drüber hinaus – über seine Landesbanken – aktiv diesen Steueranspruch gefährdet und im Ergebnis gemindert.

- Auch für Cum/Ex gilt wie im Fall der Spekulationsgewinne: die Duldungspraxis und erst recht das eigene Handeln des Staats – durch seine Landesbanken – mussten geradezu als „Einladung“ verstanden werden, in gleicher Weise vorzugehen.
- Es kommt für die Rechtswidrigkeit einer gleichzeitigen oder nachträglichen exekutiven Verfolgung allerdings nicht darauf an, ob und welche Dritte diese Einladung angenommen haben; vielmehr geht es darum, dass sie von staatlicher Seite überhaupt zum Ausdruck gebracht und ein entsprechendes behördliches Umfeld geschaffen wurde, über das zur angeblichen Tatzeit in der Wirtschaftspresse und damit zur Kenntnis nationaler und internationaler Börsenakteure berichtet wurde. Auf die Kenntnis des Angeklagten von den Transaktionen der Landesbank kommt es in diesem Zusammenhang überhaupt nicht an.

Das BVerfG stellt für ein strukturelles Vollzugsdefizit maßgeblich auf dessen normative Bedingtheit ab.

Dafür sprechen hier:

- Lückenhaftigkeit und Anreizwirkung der – in den fraglichen Zeiträumen – geltenden Regelung;
- bewusste Inkaufnahme mangelhaften Vollzugs beim Jahressteuergesetz 2007 – Vergleichbarkeit mit BVerfGE 84, 239 LS 4 zu Verwaltungsvorschriften;
- Nachbesserungsversuche 2007 und – letzterer erfolgreich – 2012.

Insoweit dürfte Vergleichbarkeit der Vollzugssituation gegeben sein. Die Finanzverwaltung hatte sogar ein geschärftes Problembewusstsein, nachdem unter anderem in den Ländern NRW und Hamburg im hier angeklagten Tatzeitraum dreistellige Millionenbeträge an zuvor

nicht einbezahlter Kapitalertragsteuer an die Landesbanken der WestLB und der HSH Nordbank ausgeschüttet wurden, wobei jeweils die Finanzminister beide Länder auf beiden Seiten der Transaktionen – als Mitglieder des Aufsichtsrats der Landesbanken und als oberste Dienstherren der Finanzämter – standen. Im Fall der WestLB wurde sogar eine Sonderprüfung nach §§ 44 KWG ff. durchgeführt, deren Ergebnis der Landesregierung NRW von der BaFin zur Verfügung gestellt wurde.

Die mit dem Vollzug des Gesetzes beauftragte Finanzverwaltung ist - mit den Worten des BVerfG - verpflichtet, die Besteuerungsvorgaben „in strikter Legalität“ umzusetzen und so Belastungsgleichheit zu gewährleisten. Dies hat sie hier unterlassen; von staatlicher Seite wurden darüber hinaus die Vollzugsdefizite durch positives Handeln vertieft. **Es ist daher völlig ausgeschlossen, dass den die Erstattungen an die WestLB und die HSH Nordbank verfügenden Finanzbehörden die Asymmetrie zwischen Erhebung und Erstattung bei den Ein- und Ausgängen der nämlichen Haushaltsstellen nicht vor Augen gestanden haben könnte. Die Kammer hat in ihrem Beweisbeschluss vom 30.09.2022 in anderem Zusammenhang zurecht auf dieselbe Diskrepanz aufmerksam gemacht.**

„Wurde in den Gesprächen besprochen, woher der Gewinn aus den Cum-Ex-Geschäften stammen sollte? Wurde dabei insbesondere besprochen, dass einzige Gewinnquelle die **Rückerstattung einer weniger häufig erhobenen und einbehaltenen, als erstatteten Kapitalertragsteuer** war?“

- Beweisbeschluss der Kammer vom 30.09.2022 -

Wir haben Herrn Prof. Dr. Christoph Degenhart gebeten, im Wege eines Rechtsgutachtens aus verfassungsrechtlicher Sicht zur Frage des steuergesetzlichen Vollzugsdefizits sowie den Rechtsfolgen auf das hiesige Strafverfahren Stellung zu nehmen. Herr Prof. Degenhart ist ehem. Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht an der Universität Leipzig und Mitglied des Verfassungsgerichtshofs des Freistaats Sachsen.

Die gutachterliche Stellungnahme liegt dem Statement als **Anlage** bei und ist Teil der vorliegenden Prozessklärung. Herr Prof. Dr. Degenhart kommt dabei zu folgendem Ergebnis:

„Für die – hier im Mittelpunkt der Betrachtung stehenden – Veranlagungszeiträume 2007 – 2011 bestand für die Erhebung der Kapitalertragsteuer ein verfassungswidriges Vollzugsdefizit i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Verwaltungspraxis und Gesetzgebung mussten geradezu als Einladung empfunden werden, sich des Cum/Ex-Modells zu bedienen. Dies gilt umso mehr, als der Staat die Cum/Ex-Geschäfte über einen langen Zeitraum nicht nur passiv hingenommen, sondern sich über seine Landesbanken aktiv hieran beteiligt hat und sich nunmehr in hohem Maße widersprüchlich verhält. Auch dies wird neben der Duldung von Seiten des Staates im Sinn des Verbots des venire contra factum proprium für anstehende Verfahren in Rechnung zu stellen sein.“

Anders als bei Spekulationsgewinnen aus Wertpapiergeschäften führt dies hier jedoch nicht dazu, dass die einschlägigen Normen des Steuerrechts als verfassungswidrig für nichtig zu erklären wären.⁷

Die Verfassungswidrigkeit liegt hier im Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und das Willkürverbot durch eine defiziente Vollzugspraxis.⁸

Sie liegt aber nicht nur darin begründet, dass staatlicherseits Cum/Ex einerseits geduldet und andererseits aktiv betrieben wurde.

Denn als mit der Änderung des Kapitalsteuererhebungsverfahrens ab 2012 durch das Gesetz vom 22.6.2011 (s.o. Abs.Nr. 6) Cum/Ex die Grundlage entzogen war, setzten sich die Vollzugsdefizite fort in einer gleichermaßen defizienten Erhebungspraxis der Finanzbehörden, die sich wiederum auf Warburg und dessen Umfeld konzentrierte. Wenn demgegenüber Steuerforderungen gegenüber den Landesbanken und weiteren Akteuren, wenn überhaupt, dann

⁷ vgl. differenzierend zur Rechtsfolge auch Hey, StuW 2023, 55 (57, 64)

⁸ vgl. Hey, StuW 2023, 55 (62) zu Vollzugsdefiziten als Fall des Willkürverbot

verzögert und lückenhaft geltend gemacht wurden, so handelte die Finanzverwaltung erneut in Missachtung des Gebots strikter Legalität und Gleichmäßigkeit des Vollzugs.⁹

In den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen führte dies zur Gleichheitswidrigkeit der Steuererhebung und damit ein Steuererhebungsverbot auf der Grundlage des Willkürverbots des Art. 3 Abs. 1 GG. Nicht weniger willkürlich erscheint die steuerliche Behandlung auch und gerade nach der Gesetzesänderung aus 2011

Die rechtsstaatliche defiziente Vollzugspraxis setzt sich fort in einer widersprüchlichen Vorgehensweise der staatlichen Stellen, soweit es um die nunmehrige rechtliche Aufarbeitung von Cum/Ex geht. Daraus ergibt sich ein weiteres Verfahrenshindernis für diesen Strafprozess.

Diese Vollzugsdefizite werden wir dem erkennenden Gericht in der nunmehr beginnenden Hauptverhandlung im Einzelnen belegen.

E. Vorsatzfragen

Einen Schwerpunkt der bevorstehenden Hauptverhandlung müssen zweifellos Fragen des Tatvorsatzes sowie gegebenenfalls der Unrechtserkenntnis spielen.

Die Länge des Ermittlungsverfahrens steht in einem reziproken Verhältnis zur Dürtigkeit seiner Ergebnisse bezüglich eines angeblichen Vorsatzes von Herrn Dr. Olearius. Auch gibt es keine Darstellung, ob sich das Vorstellungsbild des Angeklagten in diesen Jahren geändert oder entwickelt hätte oder haben könnte. Nach der Anklageschrift soll der Tatentschluss von Herrn Dr. Olearius bereits im Jahr 2006 gefasst worden sein.

§ 370 AO setzt Vorsatz voraus. Ausreichend ist bedingter Vorsatz, also nach ständiger Rechtsprechung das kognitive Element des Erkennens der Möglichkeit einer Verwirklichung des ob-

⁹ BVerfGE 84, 239 Rdn. 109 bei juris. Hey, StuW 2023, 55 (57)

jektiven Tatbestands sowie das voluntative Element des „billigenden Inkaufnehmens“. Zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster, auch grober Fahrlässigkeit besteht zwar eine begrifflich klare Grenze; diese in der konkreten Sachverhaltsprüfung festzustellen bereitet jedoch erfahrungsgemäß vielfach große Schwierigkeiten. Das gilt namentlich bei strafrechtlichen Tatbeständen, die mit normativen Merkmalen („rechtswidrig“, „unbefugt“, „unzutreffend“) oder Blankettverweisungen („steuerlich erhebliche Tatsachen“) arbeiten.

Bei der Feststellung muss das Gericht eine Gesamtwürdigung des Wissens- und Willenselements vornehmen, in die unter anderem Umstände der Tat selbst, die Persönlichkeit des Angeklagten, seine Intelligenz, Erfahrungen und Einstellungen, weiterhin Umstände und Handlungen im Vorfeld der Tat und nach der Tat (z.B. Rettungsbemühungen) einzustellen sind.

I. Vorstellungsbild im Tatzeitraum

Vorliegend geht es um das Vorstellungsbild des Angeklagten Dr. Olearius in den Jahren 2006 und 2007. Bei Schlussfolgerungen aus objektiven Beweisanzeichen darf also nicht auf den Erkenntnistand von 2023 abgestellt werden, die Gefahr von sog. Rückschaufehlern ist zu berücksichtigen.

Der Vorsatz von Dr. Olearius müsste die zumindest in Kauf genommene Verletzung der damaligen Steuerrechtslage einschließen.

Die Rechtslage im Tatzeitraum ging von der Zulässigkeit des sog. „Dividendenstripping“ aus, also des Ausnutzens des Umstands, dass zwischen inländischer und ausländischer Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer auf die Körperschaftssteuer juristischer Personen erhebliche Unterschiede bestanden. Die 2011 vom Europäischen Gerichtshof als unionsrechtswidrig erkannte Beschränkung der Anrechenbarkeit bzw. Erstattungsfähigkeit beim ausländischen Inhaber von Aktien deutscher Unternehmen konnte mit ausdrücklicher Zustimmung des BFH in der Weise gesetzeskonform durch kurzfristige Übertragung der Aktien hergestellt und der wirtschaftliche Vorteil der Rückerstattung geteilt werden.

Der BFH erklärte diese Art von Wertpapiergeschäften mit Urteil vom 15. Dezember 1999 für

legal, bestätigte dies beispielsweise mit Beschluss vom 20. November 2007 und gab diese im Tatzeitraum geltende Rechtsprechung erst ab dem Jahr 2014 sukzessive und auch nur indirekt über das Konstrukt eines sog. „modellhaften Gesamtvertragskonzepts“ auf.

Dr. Olearius ging davon aus, dass die verfahrensgegenständlichen Handelsgeschäfte allgemein übliches Dividendenstripping waren. Daher war ein Tatvorsatz im Sinn von § 15 StGB nicht gegeben. Aus Sicht der Verteidigung ist insoweit schon jetzt auf folgende Gesichtspunkte hinzuweisen:

II. Indizwirkung der Unterschreitung von Meldeschwellen

Die Unter- oder Überschreitung der Meldeschwellen kann entgegen den Ausführungen der Anklageschrift kein Argument für den Vorsatz sein. Die Meldeschwelle spielte vielmehr überhaupt keine Rolle, was am Beispiel des werthaltigsten Cum-ex-Geschäfts, das in Deutschland bekannt wurde, gezeigt werden kann:

Einem Bericht des Handelsblatts vom 07./08. Dezember 2019 (S. 38) zufolge erwarb die WestLB im April 2007, einen Tag vor der Hauptversammlung der Daimler Chrysler AG, Aktien dieser Gesellschaft im Wert von 9 Mrd. EUR cum Dividende, wodurch die Bank mit 14% zum größten Anteilseigner des Automobilproduzenten wurde.

Dieser Vorgang hätte nach dem WpHG gemeldet werden müssen, was jedoch nicht geschehen ist. Als Folge ist offenbar, wie dem Minderheitsvotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Untersuchungsausschuss des 18. Deutschen Bundestag entnommen werden kann, eine Sonderprüfung nach §§ 44 ff. KWG bei der BaFin veranlasst worden. Im Bericht des Untersuchungsausschusses heißt es dazu auf S. 556:

„Die Bafin hielt Cum/Ex-Geschäfte - im Gegensatz zum übergeordneten BMF – nicht für rechtswidrig.“

Dies deckt sich mit der Aussage des Exekutivdirektors Bankenaufsicht der BaFin, Raimund Röseler, als Zeuge in jenem Untersuchungsausschuss:

„Cum-Ex sei jahrelang von den Finanzbehörden geduldet worden“ (Bericht des Untersuchungsausschusses auf S. 263).

Diese Betrachtungsweise dürfte auch das Ergebnis der Sonderprüfung getragen haben. Die Prüfung durch die BaFin muss sich im vorliegenden Fall darauf erstreckt haben, zu welchem Zweck die Aktien der Daimler-Chrysler AG erworben worden sind und welche wirtschaftlichen Folgen mit dem Erwerb verbunden waren. Die schiere Dimension des Vorgangs schließt es aus, dass der Aufsichtsrat der WestLB und damit der Finanzminister nicht informiert waren. Es

darf daher angenommen werden, dass das Überschreiten der Meldeschwelle kein Anlass gewesen sein konnte, die steuerliche Rechtmäßigkeit von staatlicher Seite selbstkritisch in Frage zu stellen. Sowohl der Cum/Ex-Charakter dieses Aktienankaufs der WestLB wie die Nichtbeachtung der Meldeschwellen wurden in dem zitierten Bericht des Handelsblattes vom 7./8. Dezember 2019 öffentlich erörtert.

III. Auswertung der Tagebücher

Die Auswertung der vom Angeklagten Dr. Olearius im Tatzeitraum und später geführten Tagebücher ist – unabhängig vom Bruch des Asservatengeheimnisses – von der Staatsanwaltschaft Köln einseitig und selektiv auf solche Passagen beschränkt worden, aus denen sich nach Ansicht der Anklagebehörde Hinweise auf einen möglichen Tatvorsatz ableiten ließen. Gänzlich unbeachtet geblieben ist dagegen die Vielzahl von Eintragungen und Schilderungen, welche gerade das Gegenteil nahelegten.

Die Staatsanwaltschaft Köln hat Auszüge aus den Tagebüchern des Herrn Dr. Olearius als Beweismittel im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren eingeführt. Das Landgericht Bonn (12. Große Strafkammer) hat Auszüge aus den Tagebüchern im Strafverfahren als Beweismittel im Urkundenbeweis eingeführt und in Strafurteilen verwertet.

Tatsächlich ist die Gesamtheit der Tagebücher des fraglichen Zeitraums für Herrn Dr. Olearius evident entlastend. Dies zu erkennen setzt jedoch voraus, die Aufzeichnungen in ihrer Gesamtheit zur Kenntnis zu nehmen und sich nicht selektiv auf einzelne – in der Presse zitierte – Passagen zu beschränken. Unsere Kanzlei hat in einer umfangreichen Untersuchung sämtliche Eintragungen von Herrn Dr. Olearius im Zeitraum 2005 bis 2011 ausgewertet. Hierbei handelt es sich um 6.516 handschriftliche Seiten. Sie belegt, dass von einer Belastung des Angeklagten durch seine Tagebucheintragungen keine Rede sein kann. Dies ist besonders deshalb von Bedeutung, weil es ausgeschlossen erscheint, dass der Beschuldigte schon ein Jahrzehnt, bevor gegen ihn ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde, bewusst unzutreffende Eintragungen in sein eigenes, höchstpersönliches Tagebuch vorgenommen hat, das von ihm stets verschlossen gehalten wurde und Dritten nicht zugänglich war.

Offenkundig und ausdrücklich stand der Tagebuchverfasser dem Rechtsanwalt Dr. Hanno Berger und dessen Vorschlägen mit der gebotenen Vorsicht gegenüber. Mehrfach notierte Dr. Olearius, sämtliche Vorschläge müssten von den Fachabteilungen der Bank genau geprüft werden; ihre rechtliche Zulässigkeit müsse sorgfältig verifiziert werden.

IV. Informations- und Compliance-Struktur der Warburg Bank

In der Anklageschrift wurde die Bedeutung der betrieblichen Informationsstruktur für die strafrechtliche Zurechnung völlig ausgeblendet.

Die hohe Bedeutung des Bankhauses Warburg für die maritime Wirtschaft der Hansestadt Hamburg ergibt sich aus den Zahlen: Die Bank zählt mit einer Bilanzsumme von rund 6 Milliarden Euro und einem verwalteten Kundenvermögen von rund 70 Milliarden Euro zu den größten privaten Finanzdienstleistern Deutschlands.

Der Geschäftsleiter einer Bank dieser Größenordnung kann eine strafrechtliche Verantwortung selbstverständlich nicht nur dadurch abwenden, dass er vor Abgabe von Steuererklärungen sämtliche von bevollmächtigten, qualifizierten Mitarbeitern durchgeführten Vorbereitungshandlungen und die in der Regel hinter einem komplexen Zahlengerüst verborgenen Besteuerungsgrundlagen in allen Details nachvollzieht. Zur Vermeidung strafrechtlicher Risiken bedarf es eines wirksamen Tax Compliance Managements. Ein solches war bei der Warburg Bank eingerichtet; es gab für den Angeklagten Dr. Olearius keinerlei Anlass, an der Wirksamkeit und Zuverlässigkeit dieses Managements zu zweifeln.

V. Reaktion des Angeklagten auf die Konfrontation mit den Tatvorwürfen

Bei der Durchsuchung am 22. Januar 2016 hat das Landeskriminalamt NRW – KHK Polaschek, StAR Kolk in einem Vermerk die erste Reaktion des Herrn Dr. Olearius anlässlich der strafprozessualen Maßnahme notiert. Dort heißt es auf S. 2:

„Gesprächsweise wurden mit Dr. Olearius die im Beschluss aufgeführten Beschuldigungen erörtert. Er bestätigte die Kenntnis der strafrechtlichen Grundproblematik bei den so genannten CUM/EX-Geschäften, gab aber an, dass er eine strafbare Beteiligung für sein Haus gänzlich auszuschließen. Man habe seinerzeit streng darauf geachtet, dass es nicht zu Leerverkäufen kommt. Zwar habe es Transaktionen von Aktien im Zusammenhang mit CUM/EX gegeben, jedoch seien die Aktien in seinem Haus „körperlich vorhanden“ gewesen. So sei er „jedenfalls unterrichtet“ worden. Auf nochmalige Nachfrage erklärte er wörtlich, dass „die Aktien tatsächlich im Hause“ gewesen seien. Dabei machte er eine Handbewegung, als habe er die Aktien selbst in seinen Händen gehalten. Dass bei der WARBURG Gruppe die Transaktionen bei CUM/EX-Handelsgeschäften mittels Computerhandels abgewickelt worden seien, schloss er aus.“¹⁰

Diese spontane und authentische Aussage des Herrn Dr. Olearius gegenüber Beamten des LKA ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass Herr Dr. Olearius kein „schlechtes Gewissen“ hatte. Vielmehr zeigt seine Einlassung, dass er davon ausging, rechtlich abgesichert zu sein, auch weil die Aktien physisch im Depot der M. M. Warburg vorhanden waren.

Herr Dr. Olearius hat unmittelbar nach der Durchsuchung die Kanzlei Flick Gocke Schaumburg mit der Durchführung interner Ermittlungen beauftragt. Die Kanzlei hat daraufhin einen 92-seitigen Untersuchungsbericht angefertigt. Anhaltspunkte für einen Tatvorsatz des Angeklagten ergeben sich daraus nicht.

VI. Irrtumsfragen

Zum Tatvorsatz der Steuerhinterziehung gehört nach std. Rspr. des BGH, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will. Nimmt der Steuerpflichtige irrtümlich an, ein Steueranspruch sei nicht entstanden, liegt danach ein Tatbestandsirrtum vor, der gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB den

¹⁰ Vermerk des LKA NRW, SH 099 0427, S. 2.

Vorsatz ausschließt.¹¹ Bei der Prüfung des Vorsatzes der Steuerhinterziehung haben die Strafverfolgungsbehörden die Einlassung des Angeklagten sorgfältig zu würdigen und sich, soweit möglich, Klarheit über seine allgemeinen steuerlichen Vorkenntnisse zu verschaffen, des Weiteren über die objektiven Umstände des Tatgeschehens sowie das Verhalten des Angeklagten.

Eine Prüfung der Voraussetzungen eines Tatbestandsirrtums gem. § 16 Abs. 1 StGB oder eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB ist im gesamten Ermittlungsverfahren einschließlich der Anklage unterblieben.

F. Schluss

Damit will ich, hohes Gericht, meine Eröffnungserklärung abschließen, die ja die Schlussbewertung weder vorwegnehmen darf noch kann. Ich will diesen Vortrag aber nicht ohne den Hinweis beenden, dass die Eigentümer der Warburg Bank - im Gegensatz zu den in der Eröffnungserklärung genannten anderen Instituten einschließlich der Beteiligungsgesellschaft des Staates - den ihnen vorgeworfenen Steuerschaden unabhängig von seiner rechtlichen Prüfung von sich aus und aus eigener Tasche mit Zinsen bezahlt und wieder gut gemacht haben.

Dr. Gauweiler
Rechtsanwalt

¹¹ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 24. Januar 2002 – 1 StR 331/17, Rn. 14.