**Ausschnitte aus dem Sondervotum des Berichterstatters der Fraktion
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bundestag, Abgeordneter Dr. Gerhard Schick im Rahmen
des Untersuchungsausschusses Cum/Ex (Drucksache 18/12700) zur Arbeit der BaFin**

Ausschnitt 1: Rolle der Finanzaufsicht (S. 497 – S. 503)

Ausschnitt 2: Bewertungsteil: Staatliches Organisationsversagen: Finanzaufsicht (S. 526 – S. 531)

4. Rolle der Finanzaufsicht

Die Finanzaufsichtsbehörde BaFin wurde erst im Dezember 2015 systematisch in die Aufarbeitung von Cum/Ex einbezogen. Die Unterlagen zeigen vorher nur punktuelle Berührungen mit dem Thema. Zentrales Problem ist das Selbstverständnis der BaFin, nicht jedoch die mangelnden Handlungsmöglichkeiten. Diese hätten bestanden.

a) Kenntnisstand und Aktivitäten der BaFin

In den Akten findet sich kein Hinweis, dass die BaFin in die Gesetzgebung zum JStG2007 eingebunden war oder sich von sich aus daran beteiligt hätte. Das Problem Cum/Ex war insofern bei der BaFin bis März 2007 überhaupt nicht auf dem Schirm.

Im April 2007 ordnete die BaFin eine Sonderprüfung bei der WestLB an. Dabei ging es um zwei Themen, zum einen um Spekulationsgeschäfte mit Vorzugsaktien u.a. von Volkswagen, zum anderen – nach Darstellung der Zeugen nachrangig – um Dividendenstripping. Beauftragt wurde mit KPMG eine der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften. Diese Sonderprüfung fand breite mediale Resonanz, was auch im Pressespiegel der BaFin seinen Niederschlag fand,¹⁷³⁷ also offenbar nicht nur von den unmittelbar beteiligten Mitarbeitern wahrgenommen wurde. Die Düsseldorfer Staatsanwaltschaft ermittelte in diesem Zusammenhang wegen Untreue und Kursmanipulation gegen zwei ehemalige Mitarbeiter der Bank. Das scheint sich aber auf die Spekulationsgeschäfte, nicht auf das Dividendenstripping bezogen zu haben. Bevor die Sonderprüfung abgeschlossen war, wurde bereits WestLB-Chef Fischer aus dem Amt gedrängt. Im Vorfeld der Sonderprüfung bei der WestLB im Frühjahr 2007 wurde die Leitungsebene nicht nur über Vorgänge zur WestLB informiert, der damalige Präsident *Jochen Sanio* hatte sich auch persönlich auf die Abstimmungsprozesse innerhalb der BaFin aufgeschaltet.¹⁷³⁸

Das Gutachten der KPMG vom Juli 2007 wurde nicht veröffentlicht, soll aber nach Medienberichten schwere Vorwürfe gegen den WestLB-Vorstand enthalten haben. Nach Berichten der *ZEIT*¹⁷³⁹ gab es zu diesem Zeitpunkt aber nur eine Sachstandsmitteilung der KPMG, in der keinerlei Vorwürfe gegen Mitglieder der WestLB erhoben wurden: „Sie haben lediglich den Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat rekonstruiert. »Der vorliegende Vermerk soll die Chronologie der Unterrichtung des Aufsichtsrats sowie des Risiko- und des Prüfungsausschusses durch den Vorstand beschreiben«, schreiben die Prüfer am Ende ihres Berichts. »Nicht Gegenstand unseres Vermerks ist eine rechtliche Würdigung eventueller Verstöße gegen aufsichts- oder aktienrechtliche Vorschriften.«“

Davon, dass Verstöße gegen steuerliche Vorschriften oder gar strafrechtlich relevanten Steuergeschäften Gegenstand der Untersuchung gewesen seien, ist in dem Bericht der *ZEIT*, der offenbar in Kenntnis des KPMG-Vermerks verfasst wurde, nicht die Rede. KPMG weist in einer Stellungnahme zum Rechtlichen Gehör vom 31. Mai 2017 selbst darauf hin, dass die von KPMG im Auftrag der BaFin bei der WestLB durchgeführte Sonderprüfung „keinen inhaltlichen Bezug zu Cum/Ex-Sachverhalten“ hatte.¹⁷⁴⁰

Die BaFin äußerte sich gegenüber der *Süddeutschen Zeitung*¹⁷⁴¹, sie habe die Hinweise des Whistleblowers in die Sonderprüfung eingehen lassen. Deren Ergebnisse seien an das BMF kommuniziert worden. In den Akten findet sich allerdings keine inhaltlich substantiierte Information an das BMF, in denen die Hinweise des Whistleblowers enthalten wären. Die Hinweise des Whistleblowers zu Cum/Ex haben

¹⁷³⁷ U.a. MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 69 von 101, S.111 (im Ordner noch weitere Artikel).

¹⁷³⁸ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 75 von 101, S. 75 f.

¹⁷³⁹ „Showdown bei der Wild WestLB“ in *ZEIT Online*, 2. August 2007.

¹⁷⁴⁰ Vgl. Sechster Teil: Rechtliches Gehör.

¹⁷⁴¹ „Bonner Geheimnisse“ in *Süddeutsche Zeitung*, 4. Mai 2017.

offenbar, obwohl diese Sonderprüfung sich mit dem Dividendenstripping befasste, nicht dazu geführt, dass steuerrechtliche Fragen überhaupt untersucht wurden. Es wurden, wenn der Bericht der *ZEIT* es korrekt darstellt, lediglich Informationsflüsse untersucht.

Genauere Informationen zum Inhalt der Sonderprüfung und ihren Ergebnisse sind in den geheimen Akten zu finden. Sie sind für das Verständnis der Vorgehensweise höchst aufschlussreich. Ihre Kenntnis für die Öffentlichkeit würde heute keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse mehr gefährden. Trotzdem sind sie nach wie vor eingestuft, so dass wichtige Schlussfolgerungen hier nicht gezogen werden können.

Ebenfalls im April 2007 kursiert in der BaFin ein Artikel aus dem Frankfurter Finanzmarktbericht, der Dividendenstripping detailliert beschreibt.¹⁷⁴² Im Jahr 2009 ist aktenkundig, dass BaFin-Präsident Sanio den *SPIEGEL*-Artikel „Hase und Igel“ gelesen hat und darauf Fragen vermerkt hat. Diese haben nach Aktenlage nicht zu einer wirklichen Befassung mit der Thematik geführt.

Erst im Jahr 2010 hat die BaFin wieder Bezug zu Cum/Ex. Eine Anfrage aus dem BMF an die Wertpapierabteilung führt zu einer sehr kurzfristigen und inhaltlich sehr begrenzten Abfrage derselben bei Fonds. Es ging um die Frage, ob vermehrt ein Wechsel von Spezialfonds zu Publikumsfonds zu beobachten sei. Diese Frage konnte die BaFin nach ihrer kleinen Abfrage verneinen.¹⁷⁴³ Innerhalb der BaFin hat das nicht zu weiterer Beschäftigung mit dem Thema Cum/Ex geführt.

Am 3. März 2011 leitete der damalige Leiter der Wertpapieraufsicht, Exekutivdirektor *Karl-Burkhard Caspari*, eine Email des BMF mit dem Betreff „Kapitalertragsteuer bei Aktien bei Leerverkäufen von Aktien oder Investmentanteilen über den Dividendenstichtag“ an die Fachabteilung weiter mit dem Auftrag:

*„WA 4 bitte klären, was sich hinter dem Leerverkauf von Fondsanteilen für ein Geschäft verbirgt.“*¹⁷⁴⁴

Zuständig für die Bearbeitung dieses Auftrages war das Referat WA 41. Ergebnis: keine Erkenntnisse. Eine Verbindung zu den in den Akten im April 2011 befindlichen Hinweisen auf die Presseveröffentlichungen zur Deka gab es nicht. Diese lösten zwar die Frage aus: „werden wir aktiv oder warten wir die internationalen Untersuchungen ab?“¹⁷⁴⁵. Man entschied sich aber offenbar, abzuwarten.

Bis zum Ende der Cum/Ex-Geschäfte am 1. Januar 2012 hat die BaFin folglich den größten Finanzskandal der deutschen Nachkriegsgeschichte nicht mitbekommen. Weder wurde sie vom BMF richtig informiert, noch wurde sie selbst aufgrund von Hinweisen aktiv. Selbst die Medienenthüllungen über Cum/Ex-Geschäfte der HVB¹⁷⁴⁶ ab Frühjahr 2012 und die Auskunftsbereitschaft des ehemaligen HVB-Steuerabteilungsleiters *Frank Tibo*¹⁷⁴⁷ führten auf Seiten der BaFin zu keinem gesteigerten Interesse an den illegalen Aktiengeschäften.

Im April 2013 war eine ganze Reihe von BaFin-Fachbereichen im Rahmen der Beantwortung einer Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE. mit dem Thema Cum/Ex befasst.¹⁷⁴⁸ Auch hier wurde kein Anlass gesehen, dass Thema strukturiert anzugehen und die der BaFin vorliegenden Informationen zusammen zu führen. Im Juni 2013 bat das BMF um einen Bericht, angestoßen durch eine Berichterstattung der *Süddeutschen Zeitung*. Das Referat WA 46 der BaFin führt daraufhin „zu der Problematik „Dividendenstripping“ eine Abfrage bei betroffenen Gesellschaften durch. Am 5. Juni 2013 wurde dazu in einem BaFin-internen Mailwechsel festgehalten:¹⁷⁴⁹

„Für eine von WA 45 beaufsichtigte Gesellschaft ist bereits eine Antwort bei WA 46 eingegangen. Darüber hinaus gehende Maßnahmen/Prüfungen sind bislang noch nicht erfolgt.“

¹⁷⁴² MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 69 von 101, S. 8 ff.

¹⁷⁴³ Protokoll-Nr. 22 I, S. 74.

¹⁷⁴⁴ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 87 von 101, S. 4.

¹⁷⁴⁵ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 100 von 101, S. 7.

¹⁷⁴⁶ „Umstrittene HVB-Steuersparprodukte: Vorwürfe gegen die Bank werden konkreter“ auf www.juve.de, 7. Februar 2012; „Brisante Steuerprodukte: HVB kontert, Broker erhebt schwere Vorwürfe gegen Clifford“ auf www.juve.de, 29. Juni 2012; „HVB-Razzia wegen Cum-Ex-Trades: Vorstand und Aufsichtsrat wappnen sich mit Strafrechtlern“ auf www.juve.de, 29. November 2012.

¹⁷⁴⁷ Siehe Vierter Teil: Sondervoten, Abschnitt B I 1a.

¹⁷⁴⁸ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. auf BT-Drs. 17/13638.

¹⁷⁴⁹ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 100 von 101, S. 195.

Das Wertpapieraufsichts-Referat WA 41 reagierte auf die Berichtsbitte mit entwaffnender Offenheit.¹⁷⁵⁰

„in der Investmentaufsicht wurde die in der Anlage beigelegte beschriebene Abfrage bei den dort genannten Gesellschaften unternommen, die nach hiesiger Kenntnis Anlagestrategien möglicherweise unter Einbindung der dem sog. Dividendenstripping zuzuordnenden Techniken verwendet haben. Die Abfrage ergab, dass Rückstellungen für den Fall, dass eine Steuerrückforderung fällig wird, nicht gebildet werden. Begründet wurde die einheitlich durch die Ansicht, dass durch die aktuelle Auslegung der BMF-Rundschreiben – teilweise bestätigt durch Gutachten von Steuerberatungsfirmen – keine Pflicht zur Steuerrückzahlung besteht. Damit besteht aus investimentrechtlicher Sicht keine Veranlassung für weitere Prüfungen.“

Die BaFin nimmt demnach die Antworten der abgefragten Institute ohne weitere Nachfragen hin und sieht keinen weiteren Prüfungsbedarf, und das zu einem Zeitpunkt, zu dem die Fälle HVB und Deka bereits öffentlich waren.

Kaum ein halbes Jahr später, im Dezember 2013, wird der Fall der HSH Nordbank publik. Trotz des Cum/Ex-Schadens von etwa 130 Millionen Euro¹⁷⁵¹ sieht die BaFin erneut keinen Anlass, dass Thema Cum/Ex in den Blick zu nehmen.

Erst im Rahmen der parlamentarischen Initiative zur Einrichtung des Untersuchungsausschusses und mit dem Fall der Maple Bank begann die Ebene der Hausleitung reaktiv eine breiter angelegte Cum/Ex-Sachverhaltsaufklärung durch Initiation einer Cum/Ex-Befragung der inländischen Kreditinstitute anzustoßen. Die BaFin-interne Abstimmung zu dieser Abfrage erfolgte in der Abteilungsleiterrunde des Geschäftsbereichs Bankenaufsicht am 07. Dezember 2015. Tagesordnungspunkt 2 der Sitzung lautet: „UA CumEx“. Zu diesem Tagesordnungspunkt ist protokolliert:¹⁷⁵²

„Es wurde der UA angesprochen, derzeit sei Finanzaufsicht selbst noch nicht Gegenstand, was sich aber ändern dürfte. Im BMF hat Steuerabteilung/Herr Sell die Federführung. Herr Röseler bat, soweit noch nicht ohnehin schon bekannt, die einschlägig verdächtigen Banken zu befragen, inwieweit sie betroffen seien. Dies solle aber informell geschehen.“

Die offenbar anfängliche Planung einer „informellen“ Abfrage bei „einschlägig verdächtigen Banken“ wurde letztlich als formgebundene Abfrage anhand eines erstellten Fragenkataloges unter allen inländischen Banken ab Februar 2016 durchgeführt. Darüber hinaus steht diese Abfrage über die Debatte innerhalb des Tagesordnungspunktes hinaus in einem direkten Zusammenhang mit der Einrichtung des Untersuchungsausschusses. In einer Email des BaFin-Abteilungsleiters und Stellvertreters Raimund Rösellers, Dr. Peter Lutz, vom 16. Februar 2016 mit dem Betreff „Abfrage zu Cum/Ex-Geschäften“ verdeutlicht Lutz den Zusammenhang.¹⁷⁵³

„Ich möchte dabei nicht verschweigen, dass dem BMF daran gelegen zu sein scheint, die Abfrage noch vor der am Freitag im Bundestag stattfindenden Debatte zum Untersuchungsausschuss lanciert zu haben.“

Der für die Bankenaufsicht zuständige Exekutivdirektor Raimund Röseler erfuhr von der Problematik um die Maple Bank sogar erst Anfang 2016, also erst gut einen Monat bevor die BaFin der Maple Bank die Führung der Bankgeschäfte untersagte. Vor dem Untersuchungsausschuss sagte Röseler dazu aus:¹⁷⁵⁴

„Maple bin ich sehr spät eingebunden worden. Maple bin ich, glaube ich, erst zu Jahresbeginn, nachdem es einen neuen Referatsleiter gab in diesem Referat, über die volle Tragweite informiert worden.“

Während der Vorbereitung dieser Abfrage scheint der Kenntnisstand noch gering zu sein in der BaFin. Am 16. Dezember 2015 schreibt Röseler:

¹⁷⁵⁰ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 100 von 101, S. 198.

¹⁷⁵¹ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 97 von 101, S. 31-33.

¹⁷⁵² MAT A-BaFin-4-1, Ordner 2 von 3, S. 128-130.

¹⁷⁵³ MAT A-BaFin-4-1, Ordner 1 von 3, S. 43.

¹⁷⁵⁴ Protokoll-Nr. 16 I, S. 56.

*„Roegel hat auch schon simple Fehler im Fragebogen gefunden. Da muss sich mal jemand einlesen in das Thema“.*¹⁷⁵⁵

Noch im Januar 2016 bezeichnet die BaFin die rechtliche Bewertung intern als umstritten und bezieht sich in Rechtauslegung auf das Bundesfinanzhof-Urteil von 1999.¹⁷⁵⁶

b) Auftrag und Selbstverständnis der BaFin

Auftrag und Selbstverständnis der BaFin spiegeln sich in den folgenden, selbstformulierten Zielen wider:¹⁷⁵⁷

„a) Die BaFin beaufsichtige Banken, Finanzdienstleister, Versicherer und den Wertpapierhandel mit dem Ziel, die Funktionsfähigkeit, Stabilität und Integrität des deutschen Finanzmarktes zu sichern.

b) Die BaFin gewährleiste faire und transparente Verhältnisse an den Märkten und schütze die Verbraucher in ihrer Gesamtheit.

c) Die BaFin achte darauf, dass die Marktteilnehmer sich an die einschlägigen Gesetze halten, damit Bankkunden, Versicherte und Anleger dem Finanzsystem vertrauen können.“

Im Rahmen des Untersuchungsausschusses stellte sich die Frage, inwiefern die BaFin durch ihren Umgang mit den Cum/Ex-Geschäften ihrem Auftrag angemessen nachgekommen ist.

Der o.g. Aufgabegliederung folgend ergeben sich folgende Fragenkomplexe:

1. Inwieweit hätte es in der gesetzlichen Zuständigkeit der BaFin gelegen, Verstöße gegen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen im Bereich der Cum/Ex-Geschäfte zu verhindern oder zu unterbinden?
2. Inwieweit konnte sich die BaFin mit anderen Behörden bezüglich steuerlicher Fragen kooperieren?
3. Verstoßen Cum/Ex-Gestaltungen mit Leerverkauf gegen die MaRisk und ergibt sich daraus eine bankenaufsichtliche Relevanz für die BaFin?

c) Zuständigkeit der BaFin bei Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen

*„Aufgabe der BaFin im Bereich der Bankenaufsicht ist vor allen Dingen die Solvenzaufsicht.“*¹⁷⁵⁸

Die BaFin Sorge sich bei Finanzinstituten um vorhandene Liquidität für eingegangene Risiken durch eine angemessene Risikokontrolle.¹⁷⁵⁹ Zudem achte die BaFin auf die Geeignetheit des Führungspersonals von Banken. Einzelne Geschäfte und Tätigkeiten, die im Untersuchungszeitraum gegen steuerrechtliche Vorschriften verstießen, rückten für die Bankenaufseher somit nur dann in den Fokus, wenn dadurch die Solvabilität gefährdet erschien beziehungsweise die Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung in Zweifel hätte geraten können.

Zur Beurteilung genuin steuerrechtlicher Missbräuche jedoch sei der BaFin "nicht die geringste Kompetenz vom Gesetzgeber zugewiesen"¹⁷⁶⁰. Daher schreckte sie auch vor selbstständigem Agieren in diesem Bereich zurück. Sie war verunsichert, eine solche Maßnahme könne "eine schwere vorsätzliche Amtspflichtverletzung darstellen."¹⁷⁶¹

¹⁷⁵⁵ MAT A-BaFin-4-2-1, Ordner 3 von 3 (entstufte Dokument), S. 3.

¹⁷⁵⁶ MAT A-BaFin-4-1, Ordner 1 von 3, S. 57.

¹⁷⁵⁷ "Die BaFin stellt sich vor" (Broschüre), S. 2, online unter www.bafin.de.

¹⁷⁵⁸ Protokoll-Nr. 16 I, S. 50.

¹⁷⁵⁹ Protokoll-Nr. 24 I, S. 53 f.

¹⁷⁶⁰ Protokoll-Nr. 24 I, S. 75.

¹⁷⁶¹ Protokoll-Nr. 24 I, S. 79.

In Bezug auf steuerrechtliche Fragestellungen sei die BaFin abhängig von externer Hilfe, einerseits von den durch die Finanzinstitute vergüteten Jahresabschlussprüfern,¹⁷⁶² sowie andererseits von der Bundesbank,¹⁷⁶³ den Finanzämtern und Staatsanwaltschaften.¹⁷⁶⁴ Wiederholt betonten die Zeugen der BaFin, sie bräuchten, um Verstöße gegen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen aufgrund von Cum/Ex-Geschäften ahnden zu können, „Hinweise von den Strafverfolgungsbehörden und den Steuerbehörden“ – denn es fehle „die Eigenexpertise, um solche Deals bewerten zu können“¹⁷⁶⁵.

Hinzu komme laut BaFin, die bloße Verwicklung in Cum/Ex-Geschäfte könne noch nicht als Indiz für eine mangelhafte Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung gelten, da es dazu zunächst durch die zuständigen Stellen eine deutliche Bejahung der Rechtsverletzung („erwiesenermaßen – erwiesenermaßen! – illegale Tätigkeiten“¹⁷⁶⁶) brauche – was allerdings in den Jahren 1999 bis 2012 nicht der Fall gewesen sei.¹⁷⁶⁷

Die Rechtsauffassung des BMF zur Illegalität von Cum/Ex beziehungsweise dazu ermittelnde Staatsanwaltschaften genügen demnach noch nicht zur Rechtsklarheit, denn nicht alle Gerichte hätten diese Auffassung geteilt.¹⁷⁶⁸ In Summe habe die BaFin "bei Cum/Ex [...] den Anlass schlicht nicht gesehen"¹⁷⁶⁹.

Ob der BaFin die Kompetenz in rechtlicher Hinsicht fehlte, um insoweit aktiv Cum/Ex-Geschäften nachzugehen, erscheint anhand folgender Gegebenheiten zweifelhaft:

- a. *Erwin Müller* reichte eine Klageschrift gegen die die verantwortlichen Personen der Bank J. Sarasin (Deutschland) ein, die der BaFin vorlag.¹⁷⁷⁰ Darin sollen sich Unterlagen der Bank befunden haben, in denen diese ihr Fondsprodukt selbst als "steuerlich aggressiv" sowie "steuerrechtlich und steuerreputationell als nicht ok" bezeichnet habe. Die BaFin beabsichtigte nach Kenntnis dieser Unterlagen im Mai 2014 die Aufsichtsratsmitglieder Hr. *Sarasin* und Hr. *Gmünder* zu verwarren – allerdings sei die Bank dem zuvorgekommen, da sie die beiden vorzeitig abberief. Die staatsanwaltschaftliche Klärung dieser beiden Fälle erfolgte jedoch erst 2016 mit der Einstellung der Verfahren.¹⁷⁷¹ Hier wollte die BaFin augenscheinlich selbstständig aktiv werden, ohne ein juristisches Ergebnis abzuwarten.
- b. Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN stellte im November 2015 die Kleine Anfrage "Steuerrechtliche Zulässigkeit des Dividendenstrippings"¹⁷⁷². Im Antwortbeitrag der BaFin – welcher später in die Antwort der Bundesregierung nicht mehr übernommen worden ist – schreibt diese, sie habe "die beschriebenen Cum-Ex-Geschäfte betroffener Institute untersucht und begleitet aktuelle Entwicklungen auf diesem Gebiet weiterhin eng. Cum-Ex-Geschäfte wurden bereits durch Sonderprüfungen, Aufforderungen von Instituten zu schriftlichen Stellungnahmen sowie Aufwachtsgespräche thematisiert."¹⁷⁷³ Diese Einlassungen bei Cum/Ex durch die BaFin stehen in einem Widerspruch zu den Aussagen der vernommenen BaFin-Zeugen, da aus ihnen Cum/Ex-bezogene Prüftätigkeiten und Maßnahmen belegt werden.
- c. In seinem Gutachten für den Untersuchungsausschuss wirft der Sachverständige *Prof. Spengel* die Frage auf, warum die BaFin zu keinem Zeitpunkt die sprunghaften Transaktionen von Aktien im Milliardenbereich rund um den Dividendenstichtag näher untersucht habe, schließlich erhalte sie, aufgrund der bestehende Pflicht jedes Geschäft mit Finanzinstrumenten (auch OTC) zu melden, sämtliche Transaktionsdaten.¹⁷⁷⁴ Unverständlich bleibt, weshalb systematischen Nachforschungen der BaFin zu den Transaktionsschwankungen um den Dividendenstichtag unterblieben sind. Denn gegen die Auswertung von ihr zur Verfügung stehenden Daten kann es keine rechtlichen Bedenken geben.

¹⁷⁶² Protokoll-Nr. 14 I, S. 85.

¹⁷⁶³ Protokoll-Nr. 14 I, S. 76.

¹⁷⁶⁴ Protokoll-Nr. 20 I, S. 70 f.

¹⁷⁶⁵ Protokoll-Nr. 16 I, S. 65.

¹⁷⁶⁶ Protokoll-Nr. 36 I, S. 86.

¹⁷⁶⁷ Protokoll-Nr. 24 I, S. 54.

¹⁷⁶⁸ Protokoll-Nr. 36 I, S. 86.

¹⁷⁶⁹ Protokoll-Nr. 16 I, S. 63.

¹⁷⁷⁰ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 100 von 101, S. 212, hier und im Folgenden.

¹⁷⁷¹ „200.000 Euro ersparen Eric Sarasin ein Strafverfahren“ in *Handelsblatt*, 8. Januar 2016.

¹⁷⁷² Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf BT-Drs. 18/6863.

¹⁷⁷³ MAT A-BaFin-2-1-1, Ordner 19 von 101, S. 5.

¹⁷⁷⁴ MAT A-SV-2, S. 102 f.

d) Zusammenarbeit der BaFin mit anderen Behörden

Die jahrelange "Sonderstellung"¹⁷⁷⁵ der BaFin beim Informationsaustausch mit anderen Behörden der Finanzverwaltung, die eine Kooperation etwa mit BMF oder BZSt verhindert hat, liege in der Formulierung des § 9 KWG begründet.¹⁷⁷⁶ Noch bis zum November 2015 hätten die gesetzlichen Rahmenbedingungen die BaFin gegenüber den Steuerbehörden zur grundsätzlichen Verschwiegenheit verpflichtet,¹⁷⁷⁷ es müsste die BaFin "keine Amtshilfe gegenüber den Finanzämtern leisten, und [war] auch nicht anzeigepflichtig, was steuerrechtliche Sachverhalte anbelangt."¹⁷⁷⁸

Diese Kompetenzbeschränkung wurde im Nachhinein als problematisch betrachtet und zu November 2015 beendet, was ausdrücklich begrüßt wurde.¹⁷⁷⁹ Trotzdem gibt es zahlreiche Belege, dass die BaFin auch auf Grundlage der Rechtslage von vor November 2015 hätte tätig werden können.

Auch im Zeitraum vor November 2015 schloß § 9 KWG ein Tätigwerden nicht aus,

„soweit die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht.“¹⁷⁸⁰

Dieses zwingende öffentliche Interesse wiederum sei

„namentlich gegeben, wenn [...] Wirtschaftsstraftaten verfolgt werden oder verfolgt werden sollen, die nach ihrer Begehungsweise oder wegen des Umfangs des durch sie verursachten Schadens geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern“¹⁷⁸¹.

Bei Cum/Ex-Geschäften sprechen sowohl die Vorgehensweise (das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs davon geht davon aus,

„dass ich nicht zweimal was erstattet kriege, was einmal bezahlt worden ist“ - diese Rechtsauffassung "ist auch einfach nachzuvollziehen"¹⁷⁸²), als auch der Umfang ("die Einschätzung der Steuerausfälle auf 12 Mrd. € wird als realistisch angesehen"¹⁷⁸³)

dafür, dass hier ein zwingendes öffentliches Interesse vorliegt. Hätte die BaFin ihre Erkenntnisse zu Cum/Ex-Geschäften eigenständig an die Finanzbehörden weitergeleitet, wäre dies also im gesetzlich zulässigen Rahmen gewesen.

Tatsächlich kooperierte die BaFin ja auch vor November 2015 im steuerlichen Bereich mit anderen Behörden:

- a. In der Antwort auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN¹⁷⁸⁴ bestätigt die Bundesregierung ein Auskunftersuchen nach §44 Absatz 1 KWG bei deutschen Banken, um die das BMF im Oktober 2008 gebeten. Hier ging es um die Mitwirkung der Schweizer Tochtergesellschaften deutscher Banken.
- b. Im Rahmen der aus NRW gelieferten Hinweise, das BMF-Schreiben vom 5. Mai 2009 werde über den Weg der Publikumsfonds, die vom BMF-Schreiben nicht umfasst wurden, umgangen, führte die BaFin im Jahr 2010 eine auf diesen Aspekt abzielende Abfrage auf Veranlassung des BMF durch.
- c. Im April 2010 wurde bekannt, dass die BaFin dem Fall einer vermuteten Steuerhinterziehung unter Nutzung eines Scheinwohnsitzes in der Schweiz im Wege einer Sonderprüfung bei der

¹⁷⁷⁵ Protokoll-Nr. 16 I, S. 50.

¹⁷⁷⁶ Protokoll-Nr. 24 I, S. 78 f.

¹⁷⁷⁷ Protokoll-Nr. 32 I, S. 73.

¹⁷⁷⁸ Protokoll-Nr. 20 I, S. 71.

¹⁷⁷⁹ Protokoll-Nr. 16 I, S. 51.

¹⁷⁸⁰ § 9 Absatz 5 Satz 2 KWG a.F.

¹⁷⁸¹ § 30 Absatz 4 Satz 5b AO.

¹⁷⁸² Protokoll-Nr. 36 I, S. 86 (beide Zitate).

¹⁷⁸³ MAT A-HE-2-1 HMdF S 2401 A-012, Ordner 1 von 24, S. 317.

¹⁷⁸⁴ BT-Drs. 16/13528.

Schweizer Großbank UBS nachging. Für die Sonderprüfung zuständig sei das Geldwäschereferat der BaFin gewesen. *DER SPIEGEL* berichtete:¹⁷⁸⁵

„Bei der BaFin fällt die Untersuchung in die Zuständigkeit des Geldwäschereferats. Dabei soll unter anderem geklärt werden, ob die deutsche Tochter der UBS systematisch Beihilfe zur Steuerflucht geleistet haben könnte.“

Und in weiteren Medien wurde darüber hinaus berichtet:¹⁷⁸⁶

„Wenn sich der Verdacht erhärte, werde die BaFin die Erkenntnisse an die Staatsanwaltschaft weitergeben, die für die strafrechtlichen Ermittlungen zuständig ist.“

Eine solche Vorgehensweise wäre also auch bei Cum/Ex insgesamt möglich gewesen.

e) Verstoß gegen die MaRisk

Im Dezember 2005 hat die BaFin „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisk) in einem Rundschreiben an alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in der Bundesrepublik Deutschland veröffentlicht. Ein Verstoß gegen die MaRisk fällt eindeutig in den Zuständigkeitsbereich der Bankenaufsicht.

Die MaRisk-Vorschrift zu BTO 2.2.1 Handel, Ziffer 2 Satz 1 besagt:¹⁷⁸⁷

„Handelsgeschäfte zu nicht marktgerechten Bedingungen sind grundsätzlich unzulässig.“

Bei Cum/Ex-Geschäften wird der Profit in Höhe der zu Unrecht angerechneten oder erstatteten Kapitalertragsteuer unter den Beteiligten über die Preisgestaltungen bei Kauf und Rückkauf verteilt. Über die sog. Trading Levels insbesondere bei Rückkauf der Aktienpakete an den ursprünglichen Leerverkäufer durch den mit Ex-Aktien belieferten Käufer erfolgt die Aufteilung der „Beute“.¹⁷⁸⁸ Die Preisgestaltung des Rückkaufes der Aktien erfolgt nicht zu marktgerechten Konditionen, da über diesen Preis die hinterzogene Kapitalertragsteuer unter den jeweils Beteiligten aufgeteilt wird. Damit liegen bei den Preisgestaltungen dieser Rückkaufgeschäfte keine marktgerechten Bedingungen vor. Laut MaRisk sind diese Handelsgeschäfte „grundsätzlich unzulässig“, sodass die Bankenaufsicht der BaFin mindestens seit Veröffentlichung der MaRisk für Cum/Ex-Geschäfte, die nicht marktgerechte Bedingungen aufweisen, aufsichtsrechtlich zuständig war. Aus den Akten des Untersuchungsausschusses ist für keinen einzigen Fall belegt, dass die BaFin bankenaufsichtsrechtliche Prüfungen auf Einhaltung der MaRisk bei dieser Art von Cum/Ex-Rückkaufgeschäften durchgeführt hätte.

¹⁷⁸⁵ „BaFin prüft UBS“ in *DER SPIEGEL*, 3. April 2010.

¹⁷⁸⁶ „BaFin ermittelt“ auf www.n-tv.de, 1. April 2010.

¹⁷⁸⁷ MaRisk aus dem Rundschreiben 10/2012 (BA), 14. Dezember 2012, online unter www.bafin.de.

¹⁷⁸⁸ „Cum-Ex-Ermittlungen: Verteidigerduo Dierlamm und Park stößt Aussagegelle an“ auf www.juve.de, 25. April 2017.

e) Finanzaufsicht

Die BaFin ist gem. § 6 Absatz 2 und 3 KWG für die Integrität des deutschen Finanzmarktes verantwortlich und untersteht gem. § 2 FinDAG der Rechts- und Fachaufsicht des BMF. Sie ist für den Milliarden-schaden bei Cum/Ex mitverantwortlich, denn sie hatte die nötigen Informationen schon 2007 oder hätte sie beschaffen können. Auch standen ihrem Tun keine rechtlichen Argumente entgegen. Im Gegenteil wäre ein Eingreifen rechtlich geboten gewesen. Vielmehr war ihr Selbstverständnis falsch und ihre fachliche Kompetenz ungenügend. Die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Teilen der BaFin funktionierte nicht sachgerecht. Zur Entlastung der BaFin muss man einräumen, dass sie vom BMF zu spät informiert und ihr keine klare Rechtsauffassung übermittelt wurde. Auch kann die mangelhafte Zusammenarbeit der verschiedenen Institutionen im Geschäftsbereich des BMF nicht allein der BaFin angelastet werden.

aa) Alle nötigen Informationen waren 2007 in der BaFin vorhanden

Die Aufgabe der BaFin ist eine risikoorientierte Aufsicht, die auf die Sicherung der Solvenz und Risikovermeidung der Institute gerichtet ist.¹⁸⁹⁵ Außerdem soll sich die BaFin um die Integrität des Finanzplatzes kümmern und Missständen entgegenwirken. Das hat sie im Fall Cum/Ex nicht getan. Ihre Aktivitäten zu dem Thema beginnen erst, nachdem es keine Cum/Ex-Geschäfte mehr gab – und auch dann dauerte es noch eine Weile, bis sie das Thema auf dem Schirm hatte.

Ein zentraler Grund ist zum einen eine zu enge Sicht auf das Thema Solvenzaufsicht. Nicht nur das Thema Cum/Ex hat gezeigt, dass kriminelles Handeln Institute in massive Schwierigkeiten bringen kann. Zum anderen entspricht das Selbstverständnis, sich ausschließlich um die Solvenz der Institute zu kümmern, nicht ihrem Auftrag, der eben auch die Missstandsaufsicht und die Sorge um die Integrität des Finanzplatzes enthält. Wie schon bei der Finanzkrise hat sich die BaFin auch im Fall von Cum/Ex und Cum/Cum durch eine völlige Unkenntnis dessen ausgezeichnet, was am deutschen Finanzmarkt wirklich passiert. Ihr Desinteresse für kriminelle Vorgänge am Finanzmarkt ist haarsträubend und muss durch eine Neuaufstellung überwunden werden.

Selbst wenn man der Argumentation der BaFin folgen würde, dass sie nur für die Solvenzaufsicht zuständig ist, ist das Wegsehen der BaFin nicht zu rechtfertigen. Schließlich führte Cum/Ex bereits bei einer Bank der Maple-Bank¹⁸⁹⁶, zur Insolvenz. Diese Ignoranz führte in der Konsequenz dazu, dass der BaFin essentielle Kenntnisse zu den Cum/Ex-Geschäftsmodellen fehlten. Die fehlende Expertise holte sie sich aber weder beim BMF noch

¹⁸⁹⁵ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 1.

¹⁸⁹⁶ „Keine Gnade bei dubiosen Aktiendeals“ in *Süddeutsche Zeitung*, 7. Februar 2016

beim BZSt; stattdessen bezeugten die BaFin-Mitarbeiter eine tiefgehende Abhängigkeit von Wirtschaftsprüfern. Darüber hinaus befasste sich die BaFin viel zu spät mit dem Thema Cum/Ex.

Die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN¹⁸⁹⁷ hat früh aufgedeckt, wie viele Informationen seit Jahren im Einflussbereich der BaFin lagen und dass trotz alledem nichts geschah. Die BaFin muss hierfür die Verantwortung übernehmen: Obwohl die BaFin seit spätestens 1995 die Möglichkeit hat, Leerverkäufe anzeigepflichtig zu machen und Handelsvolumina rund um den Dividendenstichtag systematisch zu analysieren, geschieht dies bis heute nicht. Erforderlich wäre, dass Transaktionsdaten zukünftig durch die BaFin in Echtzeit ausgewertet werden sollen und bestehende Finanzalgorithmen permanent in Bezug auf neue illegale Praktiken überarbeitet werden. Nur so kann die Finanzaufsicht den Finanzmarktakteuren voraussein und Unregelmäßigkeiten früh genug erkennen. Darüber hinaus muss auch die BaFin ihren Austausch mit anderen Finanzbehörden intensivieren und Steuerkompetenzen aufbauen. Damit sie ihre Aufgabe auch in Fällen von Finanzkriminalität im Rahmen der Aufsicht angemessen erfüllen kann, muss die BaFin zudem ähnlich der US-amerikanischen SEC mit staatsanwaltschaftlichen Kompetenzen ausgestattet werden.

Am deutlichsten wird das Versagen der BaFin am Fall der Sonderprüfung der WestLB im Frühjahr 2007:

- Es gab eine Sonderprüfung im richtigen Themenfeld Dividendenstripping. Diese wurde allerdings von der BaFin nicht selbst durchgeführt. Beauftragt wurde damit eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die selbst zu Cum/Ex beraten hat.
- Die WestLB hatte laut Aussage von *Markus Bolder* in einer eigenen Abteilung zehn Mitarbeiter, die sich nur mit Dividendenstripping beschäftigen und dabei etwa 10 bis 20 Milliarden Euro an Aktiengeschäften tätigen. Ob Cum/Cum oder Cum/Ex war nach seiner Aussage nicht unterscheidbar.
- Über den Whistleblower erhielt die BaFin Hinweise auf die kriminellen Cum/Ex-Geschäfte, auch mit Hinweis auf die WestLB. Diese werden sogar mit der laufenden Sonderprüfung in Zusammenhang gebracht.

Doch die entscheidenden Antworten erhält nur der, der auch die richtigen Fragen stellt. Steuerliche oder strafrechtliche Fragen wurden jedoch in der Sonderprüfung offenbar nicht thematisiert.

Der BaFin liegen umfangreiche Transaktionsdaten von Börsen- und OTC-Geschäften vor. Deren Auswertung hätte gezeigt, welch enormes Volumen jeweils über den Dividendenstichtag gehandelt wird. Die Fieberkurve der steuergetriebenen Finanzmarktgeschäfte wäre aus diesen Daten leicht zu sehen gewesen. Allein, die BaFin nutzt diese Informationen bis heute nicht in ausreichendem Maß.

Das Angebot aus Mai 2007, weitere Informationen von dem Whistleblower gegen Geld erhalten zu können, wurde nicht weiterverfolgt. Es wurde nicht einmal zum Anlass genommen, die bei der BaFin vorliegenden Transaktionsdaten auszuwerten, bei der Sonderprüfung gezielter nachzuboahren oder nach öffentlichen Informationen zu dem Thema, die es in den Niederlanden gab, zu recherchieren. Ebenso wenig wurde mit Steuerbehörden des Bundes oder der Länder Kontakt aufgenommen, um die vom Whistleblower erhaltenen Informationen einordnen und bewerten zu können. Das BZSt erfährt in der Konsequenz erst viel zu spät von den Cum/Ex-Deals. Vor allem aber leitete die BaFin diese Informationen nicht an das BMF weiter. Selbst nach Aussage von *Jörg Asmussen* wäre das angezeigt gewesen.

Vergleicht man das Vorgehen der BaFin im Whistleblower-Fall 2007 und das Vorgehen des Landes NRW bezüglich *Paul Smith* im Spätsommer 2015 wird das ganze Drama offensichtlich: Wenn das Angebot von 2007 von der BaFin beziehungsweise dann vom BMF so genutzt worden wäre wie später die Informationen von *Paul Smith*, hätte die strafrechtliche Aufarbeitung von Cum/Ex schon 2007 beginnen können. Die Geschäfte der Jahre 2008 bis 2011 hätte es dann nicht mehr gegeben, weil die Scheinlegalität weg gewesen wäre. Und

¹⁸⁹⁷ BT-Drs. 18/9731.

viele Fälle von vor 2007, die zwischenzeitlich verjährt sind, wären damals noch nicht verjährt gewesen. Ein Milliardenfehler der BaFin!

bb) Rechtliche Möglichkeit und Verpflichtung zum Handeln

Die BaFin wie auch die Koalitionsfraktionen verteidigen das langjährige Nichtstun der BaFin zunächst mit dem solvenzrechtlichen Fokus der Bankenaufsicht. Diese Argumentation ist mit der Schließung der Maple-Bank eindeutig widerlegt. Cum/Ex ist im Ergebnis Solvenz gefährdend gewesen.

Jochen Sanio verteidigte das Nichtstun seiner Behörde damit, dass sie

„keine steuerrechtlichen Kompetenzen“¹⁸⁹⁸

habe und ein solches Vorgehen rechtswidrig gewesen wäre. Das ist schlichtweg falsch: Für den Zeitraum nach November 2015 wurde – viel zu spät – mit der Änderung des § 9 KWG die Segregation der BaFin innerhalb der Finanzverwaltung gesetzlich beseitigt. Aber auch vor November 2015 ist diese Behauptung falsch. Denn § 9 KWG verhindert dann nicht die Nutzung aufsichtlicher Daten,

*"soweit die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht."*¹⁸⁹⁹

Dieses zwingende öffentliche Interesse wiederum sei

*"namentlich gegeben, wenn [...] Wirtschaftsstraftaten verfolgt werden oder verfolgt werden sollen, die nach ihrer Begehungsweise oder wegen des Umfangs des durch sie verursachten Schadens geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern."*¹⁹⁰⁰

Auf Cum/Ex trifft dies eindeutig zu: Bei Finanzkriminalität dieser Größenordnung besteht ein zwingendes öffentliches Interesse an der Verfolgung. Die Begehungsweise, die Abteilungsleiter Sell als „organisierte Kriminalität“ bezeichnet hat, belegt das zusätzlich. Die BaFin war somit ab 2007 nicht nur nicht am Handeln gehindert, sie war sogar zur Anzeige ihrer Erkenntnisse zu Cum/Ex-Geschäften bei den Finanzbehörden verpflichtet.

Die Verantwortlichen in der BaFin rechtfertigen das Vorgehen der BaFin damit, dass aufsichtsrechtliche Anknüpfungspunkte nur dann vorlägen,

„wenn ganz klar von den zuständigen Stellen entschieden wurde, dass beispielweise jemand eine Straftat begangen hat.“¹⁹⁰¹

Man könne nichts tun, solange eine „endgültige rechtliche Klärung noch ausstehe“.¹⁹⁰² Damit würde sich die BaFin jedoch an dieser Stelle völlig ihrer Aufgabe entziehen. Denn zu dem Zeitpunkt, an dem (höchst-)gerichtlich eine Straftat festgestellt wurde, sind die nötigen Informationen bereits öffentlich bekannt. Der BaFin bleibt dann nichts weiter, als betroffenen verurteilten Vorständen ggf. noch die Fähigkeit zum Führen einer Bank abzusprechen. Ein Warten auf endgültige juristische Klärung hätte dann bei den üblichen Verfahrensdauern zur Folge, dass unter den Augen der BaFin jahrelange illegale oder gar kriminelle Geschäfte stattfinden können. Mehr noch, es kommt jahrelang nicht zu einer richterlichen Klärung, ob die Geschäfte illegal oder kriminell sind, wenn die BaFin ihr vorliegende Hinweise

¹⁸⁹⁸ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 2b.

¹⁸⁹⁹ § 9 Absatz 5 Satz 2 KWG a.F.

¹⁹⁰⁰ § 30 Absatz 4 Satz 5 b KWG.

¹⁹⁰¹ Protokoll-Nr. 24 I, S. 56.

¹⁹⁰² Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 2d.

auf nach ihrer Rechtsauffassung illegale oder kriminelle Geschäfte nicht nutzt, um die Sachverhalte zu ermitteln und ggf. die Ergebnisse an die Staatsanwaltschaft zu übergeben. Hätte die BaFin die ihr vorliegenden Informationen Cum/Ex genutzt, wäre es viel früher zu Ermittlungsverfahren und entsprechender Rechtsprechung gekommen.

Das Argument *Lautenschlägers*, man könne nicht von einem Missstand im Sinne des § 6 Absatz 2 KWG reden, wenn von allen deutschen Kreditinstituten nur „*einige wenige*“¹⁹⁰³ betroffen seien, entlastet die BaFin nicht: Sie hat, weil sie Hinweise liegen ließ und ihr vorliegende Daten nicht auswertete, nicht wahrgenommen, dass nicht einige wenige, sondern eine erschreckend große Anzahl von Finanzdienstleistern an Cum/Ex beteiligt waren. Dass der BaFin ein solches Ausmaß durchgehen konnte, ist ein starker Anscheinsbeweis für eine grobe Verletzung ihrer Aufsichtspflicht.

Auch das Argument *Rösellers*, es habe keinen institutionalisierten Austausch mit anderen Behörden gegeben¹⁹⁰⁴, zieht nicht: bei Unklarheiten hätte zumindest das BMF informiert und ein Austausch mit zuständigen Behörden über das BMF angeregt werden müssen. Dieses Fehlen eines institutionalisierten Austausches wurde auch von den Zeugen im Nachgang als Fehler eingeräumt.¹⁹⁰⁵

cc) Mangelnde Kenntnis der Geschäftsmodelle

Dass die BaFin das Problem nicht nur nicht kommunizierte, sondern in großen Teilen offensichtlich auch nicht erkannte, hängt eng mit der Tatsache zusammen, dass in der BaFin nur geringe Kenntnisse über die Geschäftsmodelle der ihr unterstehenden Institute vorliegen. Anders gesagt: Die BaFin hat meist keine Ahnung, womit die Institute eigentlich ihr Geld verdienen. So gab *Sabine Lautenschläger* an, erst „*ab den Jahren 2011, 2012 beziehungsweise 2013 Kenntnis von Einzelfällen mit Bezug zu Steuerrecht*“¹⁹⁰⁶ gehabt zu haben. *Ruth Burkert* gibt den September 2012 als Zeitpunkt an, an dem sie von Cum/Ex erfahren habe¹⁹⁰⁷ – interessanterweise in Verbindung mit der internen Untersuchung einer Bank, ob solche Geschäfte dort gelaufen seien. Die Tatsache, dass relevante Ertragsbestandteile bei der Maple-Bank aus Cum/Ex stammen mußten, entging der Aufsicht.

Und warum hat man bei Hinweisen auf Cum/Ex nicht einmal in den eigenen Unterlagen nachgeschaut, was es dort bereits gab? Aus der Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN geht darüber hinaus hervor, dass „*die BaFin demnach bereits 2009 die Möglichkeit gehabt hätte, von Cum-Ex-Geschäften bei der Maple Bank GmbH Kenntnis zu erlangen*“¹⁹⁰⁸. Die BaFin hat dies selbst eingeräumt, sodass spätestens ab diesem Zeitpunkt die von der BaFin nötigen Schritte hätten eingeleitet werden müssen.

Neben der vorgeblich mangelnden Kenntnis über die Existenz der Geschäftsmodelle fehlt der BaFin nach eigenen Aussagen auch die fachliche Kompetenz, die Geschäftsmodelle in ihrer Komplexität zu begreifen. So gab *Raimund Röseler* in seiner Befragung an: „*steuerrechtliche Kompetenzen haben wir nicht.*“¹⁹⁰⁹ *Röseler* verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die BaFin gerade wegen der fehlenden steuerrechtlichen Kompetenz auf die Hinweise anderer Behörden angewiesen sei¹⁹¹⁰. Spätestens mit dieser Erkenntnis hätten BMF und BZSt eingeschaltet werden müssen. Stattdessen weiß die BaFin, als sie sich endlich für eine Abfrage bei den Banken entscheidet, immer noch nicht, was genau sie da eigentlich fragen soll:

¹⁹⁰³ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 2d.

¹⁹⁰⁴ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 2e.

¹⁹⁰⁵ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 2c.

¹⁹⁰⁶ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 3.

¹⁹⁰⁷ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 3.

¹⁹⁰⁸ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 4b.

¹⁹⁰⁹ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 5.

¹⁹¹⁰ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 2a.

„Wir sind schlicht daran gescheitert, dass die Leute aus unseren Aufsichtsreferaten dafür eine Hilfestellung brauchten, weil die kennen sich in dieser Materie auch nicht aus. Die wollten dann einen Fragenkatalog haben: Wie kann ich fragen?“¹⁹¹¹

Auch das löst keine Nachfrage bei anderen Behörden aus. So schwach darf eine Finanzaufsichtsbehörde nicht agieren.

dd) Abhängigkeit von Wirtschaftsprüfern

Diese offensichtliche Unkenntnis der BaFin in aufsichtsrelevanten Themen führt wiederum zu einer immensen Abhängigkeit von Wirtschaftsprüfern:

„Also, wir haben zwar eine zentrale Rechtsabteilung, die sich in Steuerrecht aber auch nicht gut auskennt. Wir sind dann wirklich auf externe Hilfe angewiesen. Das heißt, wir müssen extern Gutachter oder einen externen Prüfer, der in die Bank reingeht, beauftragen, weil wir haben die Expertise nicht im Haus, das zu würdigen.“¹⁹¹²

Dies wird von *Peter Kruschel* bestätigt: man sei auf die Jahresabschlussprüfer angewiesen.¹⁹¹³ Im Kern heißt das also: die BaFin ist von jenen abhängig, die von den Banken dafür bezahlt werden, ihren Jahresabschluss zu prüfen – von jenen Kreditinstituten also, in denen die Cum/Ex-Akteure saßen und die größtes Interesse daran hatten, die Geschäfte zu verschleiern. Eine unabhängige, sorgfältige Bankenaufsicht wird so unmöglich.

Besonders deutlich wird das an der problematischen Doppelrolle von KPMG als Sonderprüfer bei der WestLB und als Gutachter für Cum/Ex-Akteure. Es kann nicht funktionieren, wenn man den Bock zum Gärtner macht. Die Finanzaufsicht muss künftig viel mehr mit eigenen Fachleuten solche Überprüfungen machen, sonst besteht die Gefahr, dass ihr Wirtschaftsprüfungsgesellschaften aus eigenem Interesse wichtige Informationen vorenthalten oder die Untersuchung in die falsche Richtung lenken.

ee) BaFin wird viel zu spät tätig

Das späte Tätigwerden der BaFin machte Steuerausfälle in Milliardenhöhe möglich. Über die Sonderprüfung bei der WestLB wusste die BaFin seit 2007 Bescheid; dass die Maple-Bank in Cum/Ex-Geschäften involviert war, wusste die BaFin spätestens seit 2009.¹⁹¹⁴ Zwar revidierte die BaFin ihre anfängliche Einschätzung über die Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung der Maple-Bank.¹⁹¹⁵ Dies geschah jedoch erst, als die Bank 2016 bereits zusammengebrochen war, also etwa drei Jahre nachdem die Bundesregierung Cum/Ex-Geschäfte bereits öffentlich als illegal bezeichnet hatte.¹⁹¹⁶ Die BaFin wird zu Cum/Ex tatsächlich erst im Rahmen der Abfrage vom Februar 2016 tätig: Aus den Unterlagen, die dem Untersuchungsausschuss vorliegen, geht hervor, dass sich das BMF in einer Abteilungsleiterrunde am 5. Dezember 2015 entschließt, die BaFin einzuschalten.¹⁹¹⁷ Im Februar 2016 setzt sich die BaFin dann nach der Maple-Bank-Insolvenz „an die Spitze der Bewegung“¹⁹¹⁸ und führt eine Umfrage bei den Banken durch, wobei die von *Raimund Roeseler* vorgeschlagenen Fragen nochmal die Kompetenzprobleme der BaFin unterstreichen: „ich bin für 3-5 klare Fragen 13 von "habt ihr Cum-ex Geschäfte gemacht", "erwartet ihr Steuernachzahlungen", "habt ihr ausreichende Rückstellungen gemacht", "Volumen des Ganzen“¹⁹¹⁹. 2016 mit solchen Fragen an die Banken heranzutreten, lässt klar erkennen, dass an der Spitzen der

¹⁹¹¹ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 5.

¹⁹¹² Protokoll-Nr. 16 I, S. 59.

¹⁹¹³ Siehe Zweiter Teil: Feststellungen des Untersuchungsausschusses zum Sachverhalt, Abschnitt H IV 2c.

¹⁹¹⁴ Ergänzung zur Antwort der Bundesregierung auf die Schriftliche Frage 36 des Abgeordneten *Dr. Gerhard Schick* auf BT-Drs. 18/7721, vgl. BT-Drs. 18/8766, S. 71.

¹⁹¹⁵ Protokoll-Nr. 16 I, S. 51.

¹⁹¹⁶ BT-Drs. 17/13638, S. 12 unter Punkt "6. Rechtsauffassung der Bundesregierung".

¹⁹¹⁷ MAT A-BZSt-3-1, Ordner 7 von 10, S. 111 ff.

¹⁹¹⁸ MAT A-BaFin-4, Ordner 2 von 3, S.148 f.

¹⁹¹⁹ MAT A-BaFin-4, Ordner 2 von 3, S.148 f.

Finanzaufsichtsbehörde weder ausreichend Sachkenntnis noch Aufklärungswillen vorhanden war.

Die Rolle von Bankenaufseher *Rösele* ist hier sehr kritisch zu sehen. Seit 2012 gab es immer wieder Medienberichte zu Cum/Ex. Von dem Chef der Abteilung Bankenaufsicht ist zu erwarten, dass er bei solchen Fragestellungen im Bankenbereich aufmerkt, sich informieren lässt und sich die Frage stellt, was die Aufgabe seiner Behörde dabei ist. In den Akten findet sich keine Spur, dass der oberste Bankenaufseher *Rösele* sich irgendwie für dieses Thema interessiert hätte.