

Wird die Bestrafung von Cum-Ex-Betrug zu einer Klassenfrage?

Kommentar von Armin Kammrad vom 5. September 2019

Dass es sich bei Cum-Ex-Geschäften um eine schwere Straftat handelt, ist eigentlich nicht zu übersehen. Die Komplexität des ganzen Ablaufs sowie das Fehlen von auf diesen Fall speziell zugeschnittenen Gesetzen, scheint jedoch häufig einen klaren Blick auf den strafrechtlich eindeutigen Tatbestand zu behindern. Doch bei der Frage nach der strafrechtlichen Relevanz des organisierten Steuerraubs in Milliardenhöhe durch Cum-Ex-Geschäfte die Frage möglicher Legalität überhaupt aufzuwerfen, ist bereits juristisch ein - wenn auch ungewolltes - Zugeständnis an die reichen Betrüger. Sobald nämlich feststeht, dass man *"durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält"*, um *"sich oder einem Dritten"* aus Steuergeldern *"einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen"*, ist eigentlich der Tatbestand von § 263 StGB (Betrug) eindeutig erfüllt.

Auch ist kein entlastender Verbotsirrtum (§ 17 StGB) möglich, sobald man ohne Gegenleistung eine Leistung (Steuerrückzahlung) erlangt und dies dem Täter bewusst war. Das von der Rechtsprechung für eine Strafbarkeit geforderte Bewusstsein über einen Verstoß gegen die rechtliche Ordnung, kann bei diesem bewusst kompliziert gestalteten Konstrukt zur persönlichen Bereicherung aus Steuergeldern, nicht ernsthaft bestritten werden. Die Undurchsichtigkeit war ja gerade das Mittel für einen erfolgreichen Betrug. Ebenso spielt die Komplexität des Vorgangs für einen Irrtum über die Tatumstände (§ 16 StGB), keine Rolle, wenn der individuell im Kollektiv realisierte Vorsatz der Bereicherung aus Steuergeldern vorliegt. Nicht nur wer gewerblich Cum-Ex-Geschäfte betreibt, sondern auch wer diese zwecks persönlicher Bereicherung zu Lasten der Allgemeinheit in Anspruch nimmt, macht sich somit strafbar; er erschleicht sich staatliche Leistungen - allerdings nicht aufgrund zu geringer Existenzsicherung, sondern aufgrund asozialer persönlicher Bereicherungsabsicht. Und es gibt sogar zum Erschleichen von Leistungen eine speziellen Paragraphen - nämlich § 265a StGB.

Das Interessante daran ist nun, dass sich § 265a StGB u.a. auf Schwarzfahren oder Veranstaltungsbesuch ohne Entrichtung eines Eintrittsgeldes bezieht, also schwerpunktmäßig uns "kleinen Leute" betrifft. Interessant ist allerdings auch, dass es zu dieser Erschleichung von Leistung eine sogar höchst-richterliche Rechtsprechung gibt, bei der allerdings - von der richterlichen Begründung her - nicht einzusehen wäre, warum sie auf die "großen" Leistungsbetrüger nicht ebenso angewendet werden sollte.

Maßgeblich war hier eine Entscheidung des BGH am 8. Januar 2009 (Az. 4 StR 117/08), bei der es im Zusammenhang mit dem Schwarzfahren um die juristisch angemessene Interpretation von § 265a StGB ging. Konkret ging es darum, ob sich ein Schwarzfahrer bereits dadurch nach § 265a StGB wegen Erschleichens von Leistungen strafbar macht, wenn er ein öffentliches Verkehrsmittel benutzt und dabei hofft nicht aufzufallen bzw. den Anschein erweckt er besitze einen gültigen Fahrausweis. Die Parallele zum Cum-Ex-Betrug ist offensichtlich: Auch hier ist die Hoffnung zentral nicht aufzufallen, wobei die Komplexität des Vorgangs gerade das Betrugsprinzip darstellt, was von daher die Schwere der persönlichen Schuld beim Erschleichen von Leistung eher erhöht und sicher nicht mindert (formell vergleichbar dem Vorgang wenn von zwei Leuten nur einer den Fahrschein löst, aber ohne aufzufallen, der eine nach Kontrolle dem anderen für die Kontrolle seinen Fahrschein unauffällig weiterreicht). Für den BGH war die Sache klar: *"Denn nach seinem Wortsinn beinhaltet der Begriff der "Erschleichung" lediglich die Herbeiführung eines Erfolgs auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Weg. Danach sei unter dem Erschleichen einer Beförderung jedes der Ordnung widersprechendes Verhalten zu verstehen, durch das sich der Täter in den Genuss der Leistung bringt und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsgemäßheit umgibt"*, so der rechtliche Extrakt des BGH-Beschlusses. Was sollte da im Fall des Erschleichens von Steuergeldern anders sein? Ersetze "Beförderung" durch "Steuerrückerstattung" und jeder strafrechtlich relevante Unterschied verschwindet hinter das vom BGH formulierte juristische Grundprinzip.

Nun gibt es ein Analogieverbot. Lässt sich den die eine Art des Erschleichens von Leistungen (Schwarzfahren) wirklich mit der anderen (Steuerbetrug) verfassungskonform gleichsetzen? Mit diesem Prob-

lem von § 265a StGB beschäftigte sich bereits vor dem BGH mit einem Abweisungsbeschluss (Az.: 2 BvR 1907/97) am 9. Februar 1998 das Bundesverfassungsgericht (woran sich auch der BGH zehn Jahre später orientiert). Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG (*"Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde"*) sah das BVerfG hier nicht. Vielmehr betrachtet es im historischen Rückblick § 265a StGB als einen, der Praxis angemessenen Auffangtatbestand vom Betrug nach § 263 StGB, wörtlich: *"um den Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, die bei der Feststellung der Betrugsmerkmale Täuschung, Irrtumserregung und Vermögensschädigung bei Inanspruchnahme von Massenleistungen ohne Entrichtung des geforderten Entgelts auftraten"*.

Genauso verhält es sich beim Steuerbetrug durch das Cum-Ex-Konstrukt. Es gibt nur dafür kein § 263 StGB weiter konkretisierendes und der Praxis angemessenes Spezialgesetz. Aber stellt dies ein Problem für die Strafverfolgung im Falle des Cum-Ex-Betruges dar? Das BVerfG stellte fest: *"Da das Tatbestandsmerkmal "Erschleichen" schon im Hinblick auf seine Funktion der Lückenausfüllung für sich genommen eine weite Auslegung zulässt, ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn die herrschende Auffassung im Schrifttum sowie die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung unter dem Erschleichen einer Beförderung jedes der Ordnung widersprechende Verhalten versteht, durch das sich der Täter in den Genuß der Leistung bringt und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt"*. Was den Vergleich mit der Cum-Ex-Problematik betrifft, führt das Gericht - auch ohne Spezialgesetz - das Ganze sogar wieder auf den entscheidenden Punkt mit der Feststellung zurück: *"Es ist von Verfassungs wegen insbesondere nicht geboten, über das bloße Erwecken eines Anscheins hinaus etwa die Überlistung einer Kontrollmöglichkeit oder eine täuschungsähnliche Manipulation zu verlangen. Wäre beispielsweise ein "Anscheinsempfänger" vorhanden, läge eine Täuschung vor; damit wäre der Tatbestand des Betruges im Sinne des § 263 StGB in Betracht zu ziehen."* Beim Cum-Ex-Betrug gibt es genau diesen Anscheinsempfänger, nämlich das Finanzamt, bei dem man persönlich sein Steuerrückerstattungsformular einreichte. Den Betrugstatbestand des § 263 StGB erfüllt somit jeder, der sich durch Cum-Ex-Betrug bereicherte. Dazu bedarf es keines Spezialgesetzes und sind die höchstrichterlichen Rechtsgrundsätze zu § 265a StGB identisch.

Eher wäre zu fragen, ob § 265a StGB nicht ersatzlos zu streichen ist, da er in der Regel nur den ärmeren Teil der Bevölkerung trifft, wogegen der Gesetzgeber für den reichen Betrüger angeblich nichts Passendes an Gesetz parat hat. Da freut sich der Anwalt des reichen Cum-Ex-Betrügers natürlich. Doch liegt die strafrechtliche Zurückhaltung trotz Kenntnis (bei uns zumindest ab 2012) vielleicht auch daran, dass der schwarzfahrende Hartz IV-Abhängige, anders wie der reiche Steuerbetrüger, der Partei des für Steuerbetrug mit zuständigen Abgeordneten, nicht eine saftige Spende zukommen lassen kann? Und was ist hier mit der Justiz? Wird sie bei der Bestrafung der Reichen den Grundsätzen treu bleiben, die sie für den eher ärmeren Teil der Bevölkerung entwickelt hat?

Der 1806 in London geborene Ökonom John Stuart Mill vertrat noch die Ansicht: *"Die großen Einkommen nach einem höheren Satz zu besteuern als die geringen, heißt nichts anderes, als die Erwerbstätigkeit und Sparsamkeit besteuern, und den Fleißigen mit einer Strafe belegen, weil er mehr gearbeitet und gespart hat als andere"*. Auch wenn wir heute wissen, dass der Reichtum oft nur auf fleißigen - und zugegeben: intelligenten - Betrug und guten Beziehungen zum Gesetzgeber aufbaut, zeugt der Cum-Ex-Betrug nicht nur von der Sparsamkeit der Reichen, was deren Bereitschaft Steuern zu zahlen betrifft, sondern auch vom Raub von fremden Geld, also dem Geld, was den Menschen mit geringem Einkommen gerade fehlt. Wird sich unsere Klassengesellschaft wieder einmal auch in einer Klassenjustiz ausdrücken? Diese Befürchtung ist sicher nicht ganz unbegründet. Aber wir müssen uns damit nicht abfinden. Zumindest mögen Richter es nicht, wenn man ihnen Klassenjustiz vorwirft - eben nicht aus dem Bauch heraus, sondern begründet. Und das ist gar nicht so schwer. Wer es bei der Bestrafung des Cum-Ex-Betrugs besonders schwierig macht, schätzt entweder die Rechtslage falsch ein oder will uns bewusst täuschen. Lassen wir das nicht zu.

Siehe zum Hintergrund im LabourNet Germany das Dossier: ["Cum-Ex-Files": Angriff auf Europas Steuerzähler](#)