

Schriften zum Strafrecht

Heft 241

**Zum Begriff der Gesetzesumgehung
im materiellen Strafrecht und
seiner Bedeutung für die praktische
Anwendung des Rechts**

Von

Thomas Schröder



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS SCHRÖDER

Zum Begriff der Gesetzesumgehung
im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung
für die praktische Anwendung des Rechts

Schriften zum Strafrecht

Heft 241

Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts

Von

Thomas Schröder



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2011 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-13784-8 (Print)

ISBN 978-3-428-53784-6 (E-Book)

ISBN 978-3-428-83784-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Ich möchte mich herzlich für die vielfältige Unterstützung bedanken, die wesentlich dazu beigetragen hat, diese Dissertation fertigzustellen:

Mein Doktorvater, Herr Professor Dr. Gerhard Dannecker, regte an, das Problem der Gesetzesumgehungen im Strafrecht zum Thema meiner Dissertation zu machen.

Mit den Herren Professoren Dr. Fritz Loos und Dr. Peter Rackow sowie Herrn Dr. Alexander Thiele konnte ich auf sehr hilfreiche Weise über Probleme meiner Arbeit diskutieren.

Frau Dr. Pia Lange und Herr Dr. Michael Fuhlrott lasen die Arbeit gründlich Korrektur.

Die Friedrich-Ebert-Stiftung unterstützte mich großzügig durch ein Promotionsstipendium.

Frankfurt am Main, im Dezember 2012

Thomas Schröder

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Zur Vorgehensweise	28
I. Vorrangigkeit einer abstrakten Begriffsbestimmung	28
II. Induktion versus Deduktion	29
III. Ein vorläufiger Umgebungs-begriff	31
B. Mögliche Umgehungssachverhalte im heutigen Strafrecht	33
I. Die allgemeine Strafrechtslehre	33
1. Umgebungs-normen im Allgemeinen Teil des StGB	36
a) Die Organ- und Vertreterhaftung, § 14 III StGB	36
b) Die selbständige Strafbarkeit der Beteiligten, § 29 StGB	38
c) Die Bekämpfung des „Reichenprivilegs“ in § 5 Nr. 9 StGB	38
2. Die Erschleichung von Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründen	46
a) Die Notwehrprovokation als klassischer Fall der Normerschleichung? – Zur Notwendigkeit, die vorläufige Begriffsbestimmung von gesetzesumgehendem Verhalten fortzuentwickeln	46
aa) Die absichtliche Notwehrprovokation	47
(1) Die Absichtsprovokation als Problem des Allgemeinen Teils	47
(2) Die Absichtsprovokation als Fall der Erschleichung	48
(3) Subsumtion unter den Begriff der Erschleichung im Einzelnen	49
(a) Die Streitfragen bei der Absichtsprovokation	49
(b) Konkretisierungsbedarf des Umgebungs-/Erschleichungsbegriffs	51
(aa) Objektive Elemente des Täterverhaltens	52
(bb) Subjektive Elemente des Täterverhaltens	53
(cc) Der Erfolg der Umgehungshandlung	54
(dd) Der Argumentationsaufwand	54
(ee) Zusammenfassung	65
bb) Die „sonst schuldhaft“ Herbeiführung einer Notwehrlage	68

b) Die Erschleichung eines rechtswidrigen, bindenden Befehls	71
c) Die actio libera in causa	72
aa) Die Streitfragen um die actio libera in causa	73
bb) Relevanz der Streitfragen für die Einordnung der actio libera in causa als Fall der Umgehung bzw. Erschleichung	75
(1) Die absichtliche actio libera in causa	76
(a) Die Unvereinbarkeitsthese	78
(b) Das Ausnahmemodell	79
(c) Die Tatbestandslösungen	81
(d) Zusammenfassung	88
(2) Die einfach vorsätzliche und fahrlässige actio libera in causa	89
II. Der Besondere Teil inklusive des so genannten Nebenstrafrechts	90
1. Steuerhinterziehung und Steuerumgehung	91
a) Voraussetzungen der Steuerhinterziehung im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts	92
aa) Die Abgrenzung von Scheinhandlungen (§ 41 II AO) und Steuerumgehung (§ 42 AO)	92
bb) Die tatbestandlichen Voraussetzungen der strafbaren Steuerumgehung gemäß § 370 AO in Verbindung mit § 42 AO	94
b) Die Steuerumgehung als strafrechtliche Umgehungshandlung	101
aa) Vorliegen der objektiven Umgehungselemente	101
bb) Vorliegen möglicher subjektiver Umgehungselemente	108
c) Zusammenfassung	110
2. Das Zollstrafrecht	110
a) Der „Ameisen“- und anderer Zigarettenschmuggel	113
b) Der Kaviarfall	117
3. Die Subventionserschleichung	118
a) Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs in Verbindung mit dem Vorliegen einer Subventionserschleichung	118
b) Die strafbare Subventionserschleichung als strafrechtliche Umgehungshandlung	121
c) Subventionserschleichungen im Zusammenhang mit dem Investitionszulagengesetz	124
4. Die so genannte faktische Auslegung	126

5. Die Verschleierung von Sacheinlagen	129
a) Die gesellschaftsrechtliche Sicht	130
b) Die strafrechtliche Sicht	131
c) Zusammenfassung	135
6. Umgehungen des Außenwirtschaftsgesetzes und des Kriegswaffenkontrollgesetzes	137
a) Zum Endverbleib von Rüstungsgütern	138
b) Zur Zusammensetzung von Warensendungen	142
7. Progressive Kundenwerbung, § 16 II UWG	146
8. Straftaten im Zusammenhang mit der Vermeidung des deutschen Gesellschaftsstatuts	149
a) Das deutsche Gesellschaftsstatut und die europäischen Grundfreiheiten ...	149
aa) Urteil im Fall „Centros“	150
bb) Urteil im Fall „Überseering“	151
cc) Urteil im Fall „Inspire Art“	151
dd) Konsequenzen der europäischen Rechtsprechungsentwicklung für das nationale Zivilrecht	152
b) Konsequenzen für das Strafrecht	154
aa) Anwendbarkeit deutschen Strafrechts?	154
bb) Umgehung deutschen Strafrechts?	159
9. Nutzung einer ausländischen EU-Fahrerlaubnis bei Entziehung der inländischen Fahrerlaubnis und Ablauf der Sperrfrist	164
10. Die Rechtsmissbrauchsklausel für das Umweltstrafrecht, § 330d Nr. 5 StGB ..	165
11. Umgehung eines Berufsverbots	167
12. Die Additionsklausel im Wuchertatbestand, § 291 I S. 2 StGB	168
13. Betrug, § 263 StGB	169
14. Computerbetrug, § 263a StGB	172
15. Erschleichung von Leistungen, § 265a StGB	174
16. Das so genannte Raubkopieren	176
17. Das „Leerspielen“ von Spielautomaten	177
18. „Verschleierte“ Umgehungsstrafgesetze?	178
19. Weitere, von <i>Stöckel</i> beschriebene Sachverhalte; insbesondere die Ersatzzehlerei	180

C. Zwischenergebnisse	182
I. Die Gesetzesumgehung als Problem der Normgeltung	182
II. Umgehungen und Erschleichungen	183
III. Scheinhandlungen und Scheingeschäfte	184
IV. Wissenschaftliche und rechtstatsächliche Relevanz der Problematik	184
V. Zum Erfolgskriterium	185
VI. Mehraktigkeit der Umgehungshandlung im Strafrecht	187
VII. Identität der Umgehungsproblematik für jede Deliktsebene	188
VIII. Die Verwendung des Umgehungs- und Erschleichungsbegriffs durch den Gesetzgeber	189
IX. Problemfälle für die Feststellung einer normzweckverletzenden Handlung	190
X. Offene Fragen zum Umgehungsbegriff	191
1. Das Verhältnis der Gesetzesumgehung zu verwandten Begriffen	191
2. Subjektivität bzw. Finalität des Umgehungsbegriffs?	192
D. Weitere Annäherung an den Umgehungsterminus	195
I. Bisherige Begriffsbildungen zur Umgehung im Strafrecht	195
1. <i>Stöckel</i>	196
2. <i>Tiedemann</i>	199
3. <i>Nippoldt</i>	200
4. <i>Bruns</i>	203
5. <i>von Burchard</i>	205
6. <i>Pohl</i>	206
7. <i>Vogel</i>	207
8. <i>Reisner</i>	209
a) Zum Verständnis der Umgehung in Frankreich	210
b) Zum Verständnis der Umgehung in England	211
9. Der Begriffskern weiterer Umschreibungsansätze	212

II. Ein Seitenblick auf die Behandlung der Gesetzesumgehung im Zivilrecht	213
1. <i>Teichmann</i>	215
2. <i>Westerhoff</i>	218
3. <i>Sieker</i>	222
4. <i>Benecke</i>	223
III. Zusammenfassung und Ausblick	227
1. Die Gesetzesumgehung als eigenständiges Rechtsinstitut	228
2. Sinn- und Zweckwidrigkeit der Tatbestandslosigkeit	228
3. Verwandtschaft zur Analogie	229
4. Die Ungewöhnlichkeit bzw. Künstlichkeit des Vorgehens	231
5. Verwandtschaft zum Rechtsmissbrauch	233
6. Der Sachverhaltsdurchgriff und die faktische Betrachtungsweise	235
7. Die subjektive Seite der Gesetzesumgehung	236
8. Die (rechtspolitische) Bewertung der Gesetzesumgehung	239
IV. Entwicklung eigener Kriterien eines strafrechtlichen Umgebungsbegriffs	243
1. Mögliche Zwecke einer Umgebungsdefinition	244
2. Die Gesetzesumgehung als Fall der zweckwidrigen Nichtanwendbarkeit einer Norm	245
a) Die „teleologische Lücke“ als gemeinsames Fundament aller Umgebungsumschreibungen?	245
aa) Methodologische Bewertung der teleologischen Reduktion	246
bb) Gesetzesumgehung als Lücke der Norm oder der Rechtsordnung?	246
b) Inhaltliche Kriterien für die Bestimmung einer „teleologischen Lücke“	248
aa) Die Kritik <i>Westerhoffs</i> an der Lückenterminologie	248
bb) Das Fehlen von Kriterien zu der Umgrenzung des Begriffs der „teleologischen Lücke“	248
cc) Die „teleologische Lücke“ definierbar als Fall gleicher Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit?	250
dd) Mittelbare Erträge aus der Erörterung des Strafwürdigkeits- und des Strafbedürftigkeitsbegriffs	251
(1) Zur Trennbarkeit von Strafwürdigkeits- und Strafbedürftigkeitserwägungen für den Umgebungs-zusammenhang .	251
(2) Umgebungswertung und Strafwürdigkeitswertung	253

ee) Die „teleologische Lücke“ als einzelfallabhängige Begutachtung des von der jeweiligen Strafnorm intendierten Rechtsgutsschutzes und seiner Reichweite	254
(1) Echte Gesetzesumgehungen	254
(2) Sonderfälle: Die Gesetzesumgehungen auf Rechtswidrigkeits- und Schulebene	255
(3) Scheinbare Gesetzesumgehungen	255
(4) Gesetzesumgehung trotz Fehlens einer teleologischen Lücke?	256
c) Die Eignung der „teleologischen Lücke“ zur abschließenden Bildung des Umgebungsbegriffs	258
3. Die Gesetzesumgehung – ein Fall des Rechtsmissbrauchs?	260
4. Kennzeichnung der Gesetzesumgehung als künstliches Verhalten	263
a) Deskriptive Funktionen des Künstlichkeitsbegriffs	264
aa) Das Moment der Ungewöhnlichkeit	264
(1) Notwehrprovokation und actio libera in causa	265
(2) Weitere Gesetzesumgehungen ohne Ungewöhnlichkeitscharakter ..	266
(3) Zur Tauglichkeit des „Ungewöhnlichkeits-Urteils“ in den vergleichsweise eindeutigen Sachverhalten	267
(4) Zwischenergebnis	270
bb) Die besondere Aktivität des Täters im Vorfeld der strafrechtlich relevanten Handlung	271
b) Beweisrechtliche Funktionen des Künstlichkeitsbegriffs	272
c) Zusammenfassung	273
5. Die subjektive Seite der Gesetzesumgehung im Strafrecht	274
a) Aus dem geltenden Recht ableitbare Mindestvoraussetzungen für jede Umgehung des materiellen Strafrechts	275
aa) Subjektive Mindestvoraussetzungen für den Rechtsfolgenkontext der Gesetzesumgehung	275
bb) Subjektive Mindestvoraussetzungen für den deskriptiven Kontext der Gesetzesumgehung	276
b) Weitergehende subjektive Merkmale der Gesetzesumgehung im Strafrecht ..	277
aa) Besondere subjektive Umgebungsmerkmale im Rechtsfolgenkontext ..	279
(1) Auseinanderfallen von Umgehungsziel und Handlungsziel	279
(2) Das Verhältnis der Umgehungsabsicht zu sonst im StGB formulierten Absichten	280
(3) Umgehungsabsicht als das Ziel, normzweckwidrig zu handeln? ...	280

(4) Besondere subjektive Merkmale als Erfordernis eines schuldprinzipkonformen Strafrechts	281
(a) Besondere subjektive Merkmale auf Rechtswidrigkeits- und Schuldebene und im sonstigen Kernstrafrecht	283
(b) Besondere subjektive Merkmale im so genannten Nebenstrafrecht	284
(c) Zu der Vorhersehbarkeit staatlicher Strafe bei der Steuerumgehung	286
(5) Strafbegründende subjektive Umgehungsmerkmale?	292
bb) Besondere subjektive Umgehungsmerkmale im deskriptiven Kontext ..	294
(1) Der rechtsfolgenorientierte Umgebungs-begriff	296
(2) Idealtypische Umgebungs-begriffe	297
(3) Zu den fehlenden Grundlagen für eine Entscheidung zwischen dem rechtsfolgenorientierten und einem idealtypischen Umgebungs-begriff	298
E. Relevanz und Tauglichkeit des Begriffs der Gesetzesumgehung für die Rechtspraxis	300
I. Der grundsätzliche Beurteilungsspielraum des Richters bei der Rechtsfindung	300
II. Der Beurteilungsspielraum bei der Gesetzesumgehung	302
1. Die Auswirkungen der Auslegungszielbestimmung auf den Umgehungstopos ..	303
a) Die so genannte subjektive Auslegungszielbestimmung	304
b) Die so genannte objektiv-teleologische Auslegungszielbestimmung	305
c) Stellungnahme	310
aa) Bindet Art. 103 II GG an die „subjektive“ Auslegungszielbestimmung? ..	311
bb) Binden Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip an die „subjektive“ Auslegungszielbestimmung?	313
cc) Vom Nutzen der Wortlautgrenze	316
dd) Konsequenzen der freien Methodenwahl in der Rechtsprechung für die Gesetzesumgehung im Strafrecht	317
2. Die Gesetzesumgehung und die Auslegung von Art. 103 II GG	320
a) Zur Einschränkung des Gesetzlichkeitsprinzips	321
aa) Naturrechtliche Begründungen	322
(1) Die Rechtsprechung zu der Strafbarkeit der so genannten Mauerschützen	322

(2) Übertragung auf den Umgehungszusammenhang	328
(a) Materiale Gerechtigkeitsabwägungen für die Gesetzesumgehung im Strafrecht	330
(b) Zurückweisung jedes überpositiven Einschränkungssatzes	333
bb) Verfassungsrechtliche Begründungen	334
(1) Einschränkung durch Verwirkung von Grundrechten	334
(2) Einschränkung durch teleologische Reduktion des Art. 103 II GG	334
(3) Einschränkung von Art. 103 II GG im Wege praktischer Konkordanz	336
(a) Stellungnahme zu der verfassungsimmanenten Einschränkung von Art. 103 II GG für die Tötungshandlungen an der innerdeutschen Grenze	338
(b) Stellungnahme zu der verfassungsimmanenten Einschränkung von Art. 103 II GG für den Umgehungszusammenhang	342
cc) Zwischenergebnis	346
b) Grenzen der Gesetzesumgehung aus Art. 103 II GG	347
aa) Erfassungsmöglichkeiten für den richterlichen Rechtsanwender durch das bestehende Strafrecht	348
(1) Die Gesetzesumgehung als allgemeines Rechtsinstitut	349
(2) Restriktive Auslegung und Gegenanalogie	349
(3) Die faktische Auslegung	350
(4) Übernahme von Analogien aus dem außerstrafrechtlichen Vorfeld der Strafnorm?	352
(5) Besonderheiten für den Allgemeinen Teil des StGB?	354
bb) Möglichkeiten zur Erfassung durch den Gesetzgeber	361
(1) Der Sinn des Bestimmtheitsgrundsatzes	363
(2) Das relative Verständnis von Bestimmtheit	365
(a) Die gegen einen rigorosen Bestimmtheitsmaßstab angeführten Gründe	365
(b) Die durch die Rechtsprechung zugelassenen Relativierungen im Einzelnen	366
(c) Positionen des Schrifttums zum Bestimmtheitsgrundsatz und seinen Relativierungen	370
(d) Stellungnahme	373
(aa) Bestimmtheitsanforderungen für den Allgemeinen Teil des StGB	377
(bb) Bestimmtheitsanforderungen an blankettausfüllende Regelungen	380
(3) Die Konsequenzen für Umgehungsstrafgesetze	381
(a) Aufstellung eines allgemeinen Umgehungsverbots im Allgemeinen Teil des StGB	382

(b) Existieren „gesetzlich angeordnete Analogien“?	384
(c) Bereichsspezifische Umgehungsklauseln in Strafgesetzen	385
(d) Außerstrafrechtliche Umgehungsklauseln	386
(aa) Anforderungen an Blankettmerkmale	387
(bb) Anforderungen an normative Tatbestandsmerkmale	389
(e) Erschleichungskonstellationen auf Rechtfertigungs- und Schuldebene	390
(aa) Die gesetzliche Bestimmtheit von § 32 StGB hinsichtlich der Notwehrprovokation	390
(bb) Die gesetzliche Bestimmtheit von § 20 StGB bezüglich der actio libera in causa	392
3. Zusammenfassung: Verfassungsrechtliche Grenzen für die Erfassung von Gesetzesumgehungen und die rechtsfolgenorientierte Anwendung des Begriffs bzw. des Arguments „Gesetzesumgehung“	392
III. Der verbleibende methodologische Wert des Umgehungsbegriffs für die Rechtsfolgenbegründung	397
F. Was bleibt von dem Phänomen „Gesetzesumgehung“ im Strafrecht?	401
Zusammenfassung der Ergebnisse	403
Literaturverzeichnis	417
Personenverzeichnis	443
Stichwortverzeichnis	445

Einleitung

Die strenge Gesetzesbindung ist das wohl hervorstechende Merkmal der deutschen materiellen Strafrechtsordnung. § 1 StGB und der wortgleiche Art. 103 II GG, die „Magna Charta des Verbrechers“¹, gebieten eine vorherige und bestimmte Festlegung der Strafbarkeit eines Verhaltens durch den Gesetzgeber.² Die damit verbundene, selbst auferlegte³ Begrenzung der Möglichkeiten, durchaus strafwürdigem Verhalten mit einer staatlichen Sanktion zu begegnen, findet ihre Rechtfertigung durch diejenigen Grundsätze mit Verfassungsrang, die allgemein mit dem „Nullum-crimen-Satz“ in Verbindung gebracht werden: Das Rechtsstaats-, das

¹ Der Urheber dieser berühmten Sentenz, *Franz von Liszt*, hatte dabei natürlich nicht auf das Grundgesetz Bezug genommen, er meinte vielmehr das Strafgesetzbuch von 1871 selbst, vgl. v. *Liszt*, S. 80. Zwar erscheint diese Wendung „paradox“ (so v. *Liszt* selbst, aaO.); ihm aber einen logischen Fehlschluss mit dem Argument vorzuhalten, der vom StGB straflos Gestellte sei gerade kein Verbrecher (so *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 3 Fn. 3 im Anschluss an *Schünemann*, S. 1, Fn. 2), ist zu hoch gegriffen: Das Strafgesetz, so v. *Liszt* nämlich weiter, verbriebe dem sich gegen die Rechtsordnung und Gesamtheit aufbegehrenden Einzelnen das Recht, nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen bestraft zu werden (aaO.). Der Begriff „Verbrecher“ beschreibt in diesem Zusammenhang also vornehmlich einen Normunterworfenen, der strafwürdige Devianz an den Tag legt, nicht aber ausschließlich eine Person, die einen Straftatbestand erfüllt.

² Eine vergleichbare Regelung besteht in Art. 7 I S. 1 EMRK, von dem jedoch insbesondere in Hinblick auf die Gesetzesgebundenheit der strafbegründenden Norm bislang angenommen wird, dass er gegenüber Art. 103 II GG/§ 1 StGB geringere Anforderungen aufstellt; vgl. EMRK/GG Konkordanzkommentar-*Kadelbach*, Kap. 15 Rn. 6 ff.; LK¹²-*Dannecker*, § 1 Rn. 15.

³ Auch ohne Selbstbeschränkung bleibt die Gesetzesumgehung wegen der Unzulänglichkeit von Sprache ein ewig junges Problem des Rechts. Gegenüber dem, was sie beschreiben soll (die Wirklichkeit!), bleibt die Sprache unzulänglich. Der Wortschatz ist „[...] stets nur wie eine Handvoll Räume, um ein ganzes Volk unterzubringen“ (*Walter*, S. 31). In diesem Zusammenhang – dem Bewusstsein der Unzulänglichkeit des Gesetzeswortlauts – können zudem noch unbewusste Lücken entstehen: Der Gesetzgeber muss nämlich nicht nur ungenau im dem bleiben, was er zu regeln in der Lage war, er wird auch regelmäßig zu kurz greifen, indem er Lebenssachverhalte übersieht, die in dem konkreten Zusammenhang gleichfalls regelungsbedürftig waren (*Zippelius*, S. 190 ff.). Dies wiederum kann auf zwei Weisen geschehen: Die unbewusste Gesetzeslücke kann schon bei dem In-Kraft-Treten des Gesetzes bestanden haben, sie kann aber auch durch einen Wandel der Rechtsstatsachen oder des Normumfeldes, d. h. der rechtlichen Wertungen entstanden sein (*Wank*, S. 81). In dem Maße, in dem diese unzulänglichen Normen wiederum durch Freiheitsverteilung die Freiheitsentfaltung des Normunterworfenen zu begrenzen versuchen, wird der Einzelne mit (verständlichem) Vermeidverhalten reagieren. Wegen seiner einschneidenden, ja oft die bürgerliche Existenz bedrohenden Rechtsfolgen liegt es nahe, dass dabei gerade das Strafrecht von diesem Phänomen betroffen ist (*Stöckel*, S. 4).

Demokratie- und auch das Schuldprinzip⁴ wiegen höher als das staatliche Strafbehagen aus Anlass eines als sozial gefährlich eingeschätzten Verhaltens; mit Art. 103 II GG besteht daher eine speziell strafrechtliche Flankierung der Freiheitsrechte⁵.

Notwendige Folge dieser (verfassungsrechtlich gewollten) Unvollkommenheit der Gesetze ist sonach die Möglichkeit des Rechtsunterworfenen, durch die Maschen des Strafrechts hindurchzuschlüpfen, was aber hinzunehmen sein soll: „Dass auf diese Weise gelegentlich ein besonders raffiniertes, sozialschädliches und *deshalb*⁶ strafwürdiges Tun straflos bleibt, ist der (nicht zu hohe) Preis, den der Gesetzgeber für Willkürfreiheit und Rechtssicherheit (d. h. die Berechenbarkeit des Einsatzes staatlicher Strafgewalt) zahlen muss.“⁷

Von diesem „gelegentlichen“, nämlich dem – aus Tätersicht⁸ erfolgreichen – raffinierten Tun wird diese Arbeit handeln. Es soll der allgemeinen rechtstheoretisch-verfassungsrechtlichen Problemstellung, was im Strafrecht strafbares und strafloses Verhalten bei Annahme gleicher Strafwürdigkeit voneinander scheidet, unter dem Blickwinkel der „Umgehungshandlung“ nachgegangen werden: Was ist gemeint, wenn es heißt, das Strafrecht sei „umgangen“ worden? Was unterscheidet Umgehungsverhalten von „bloß“ straflosem Verhalten? Welche Besonderheiten ergeben sich für das „ewige Spannungsverhältnis“⁹ zwischen Rechtssicherheit und materieller (Straf-)Gerechtigkeit aus dem strikten Gesetzlichkeitsprinzip einerseits und der

⁴ Eine weitere, speziell strafrechtliche Herleitung des Gesetzlichkeitsprinzips bezieht sich seit v. *Feuerbach* auf die Generalprävention: Eine Abschreckung des Publikums von Straftaten ist nur zu erreichen, wenn die verbotene Handlung schon vor der Tat möglichst genau bestimmt war; vgl. hierzu *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 22 f.; mit ähnlicher Argumentation auch BGHSt 28, 72 (73 f.).

⁵ Über die genannten Verfassungsgrundsätze als Ratio des Art. 103 II GG besteht – von erheblichen unterschiedlichen Gewichtungen allerdings abgesehen – sowohl in der strafrechtlichen als auch in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur Einvernehmen: Entsprechende Inhaltsbestimmungen von Art. 103 II GG finden sich etwa in BGHSt 18, 136 (140); 23, 167 (171) einerseits und BVerfGE 25, 269 (285 f.); 47, 109 (120); 73, 206, (234 f.) andererseits; aus dem strafrechtlichen Schrifttum vgl. nur LK¹²-*Dannecker*, § 1 Rn. 51 ff. m. w. N.; aus der verfassungsrechtlichen Literatur Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 53 ff., ebenso m. w. N.

⁶ Hervorhebung nicht im Original.

⁷ *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 3; vgl. auch LK¹¹-*Gribbohm*, § 1 Rn. 52.

⁸ An dieser Stelle muss bereits eine salvatorische Klausel eingebracht werden: Der Begriff des Täters soll hier und im weiteren Verlauf der Arbeit für eine Person stehen, deren Strafbarkeit diskutiert wird. Angesichts der Tatsache, dass sich diese Arbeit mit Verhaltensweisen beschäftigt, die mehr oder weniger auf der Grenze zur Strafbarkeit liegen, ist zuzugeben, dass eine neutralere Formulierung angebrachter erscheinen könnte. Da aber Formulierungen, die etwa auf die „womöglich strafbare Person“ abstellen, auf die Dauer allzu hölzern erscheinen und die Verwendung des Begriffs des „Verdächtigen“ wenig zutreffend ist, sei der Ausdruck des „Täters“ vorgezogen, ohne dass damit eine auch nur vorläufige strafrechtliche Wertung verbunden sein soll.

⁹ *Faller*, DB 1972, 1757 (1760).

möglichen Anerkennung einer Sonderform der Strafvermeidung, nämlich der „Umgehung“, andererseits?

Mit anderen Worten: Gegenstand der Untersuchung ist die Erforschung der Wechselbeziehungen zwischen dem „Nullum-crimen-Satz“ und der Gesetzesumgehung im Strafrecht sowie deren Erscheinungsformen. Dabei wird für diese Korrelationen insbesondere zu beachten sein, dass das oben angesprochene Spannungsverhältnis durch die Verfassung grundsätzlich zugunsten der Rechtssicherheit entschieden worden ist. Jede noch so strafwürdige Fallgestaltung ist nur innerhalb der Grenzen des in Art. 103 II GG festgehaltenen Grundsatzes *nullum crimen, nulla poena sine lege* strafbar.

Wie aus den bisherigen Ausführungen schon erkennbar ist, soll diese Arbeit allein von Umgehungen des materiellen Strafrechts durch den Straftäter handeln. Nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind andere Zusammenhänge, in denen der Begriff der Umgehung im Strafrecht zur Anwendung kommt bzw. diskutiert wird. Ausgespart sind daher alle Rechtsgestaltungen im Strafprozessrecht von Seiten der Verteidigung, die – zuletzt besonders ertragreich von *Fahl* in seiner Habilitationsschrift¹⁰ – im Zusammenhang mit dem Begriff des Rechtsmissbrauchs oder der unzulässigen Erschleichung von Rechtspositionen diskutiert werden. Umgekehrt sollen auch nicht die unzulässigen Umgehungen schützender Formen der Strafprozessordnung durch die Strafverfolgungsbehörden diskutiert werden, wie sie etwa anzunehmen sind, wenn Ermittlungsbeamte die informatorische Befragung einer Person vortäuschen, obwohl sie bereits einen Anfangsverdacht gegen sie hegen¹¹ oder Privatpersonen auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden ein auf Beweiserlangung gerichtetes Gespräch führen, ohne dass Erstere ihre Ermittlungsabsicht aufdecken¹². Nicht zu behandeln sind ferner Umgehungshandlungen der Gerichte, z. B. bei der Anwendung des Sanktionenrechts.¹³ Auch soll nicht auf Umgehungen Bezug genommen werden, wie sie dem wissenschaftlichen Kontrahenten häufig in der juristischen Diskussion über die dogmatisch richtige Auslegung des Rechts zum Vorwurf gemacht werden, etwa wenn es heißt, die Rechtsprechung umgehe durch ihr Verständnis von §§ 253, 255 StGB die für den *furtum usus* (§ 248b StGB) auch bei einem Vorgehen mit Raubmitteln vorgesehene Privilegierung.¹⁴ Weiterhin sind Umgehungshandlungen des Gesetzgebers denkbar, etwa wenn – wie im Rahmen der Terrorismusbekämpfung diskutiert – weit reichende Inhaftnahme-Möglichkeiten für die Polizeigesetze der Länder vorgeschlagen werden, die ungeachtet der vorgeblich

¹⁰ „Rechtsmissbrauch im Strafprozess“ (Heidelberg 2004).

¹¹ Zu dieser Problematik vgl. *Beulke*, Rn. 113, 118.

¹² Siehe zu dieser Frage den Beschluss des GSSt des BGH, 1/96 v. 13. 5. 1996 (JZ 1997, 736) mit Anmerkung von *Renzikowski*, JZ 1997, 710 ff.

¹³ *Stöckel*, S. 20, 111 f. nennt etwa den Fall, in dem zwar die Voraussetzungen zu einer Entziehung der Fahrerlaubnis nicht vorliegen, das Gericht dem Verkehrssünder aber zur Bewährungsaufgabe macht, sechs Monate selbst nicht zu fahren; siehe auch OLG Hamm VRS 10, 49.

¹⁴ Dieser Vorwurf wird etwa von *Joecks*, § 255 Rn. 4 in den Raum gestellt.