

NESTOR-CONST. COURAKIS

DIE MÖGLICHKEITEN EINER KRIMINALPOLITISCHEN ANWENDUNG DES UMGEHUNGSBEGRIFFES*

Professor Alexandros Ligeropoulos stellte in seiner klassischen Abhandlung über die Problematik der Gesetzesumgehung (Paris 1928, S. 337) fest, daß «la théorie de la fraude à la loi pénètre jusque dans le droit pénal» und drückte seine Zweifel aus, ob diese Anwendung des Umgehungs-begriffes im Strafrecht «sous réserve de quelques cas extrêmes» kriminalpolitisch wünschenswert ist.

Das Problem, das der Altmeister schon vor einem halben Jahrhundert mit Scharfsinn erkannt hat, nimmt heute wegen der anwachsenden Wirtschaftskriminalität neue Dimensionen an und verdient eine gründliche Untersuchung, sowohl auf der allgemeinen Ebene einer Auseinandersetzung mit dem Umgehungs - (und Scheinhandlungs)begriff im Rahmen des Strafrechts, als auch auf der speziellen Ebene einer kritischen Überprüfung der wichtigsten Kasuistik.

GESAMTÜBERBLICK

I. Allgemeiner Teil

A. Zum heutigen Stand des Problems und dessen Bedeutung

1. Die gesetzgeberische Erfassung der problematischen Fälle. Umgehungsklauseln (z.B. § 42 AO 1977, § 4 SubvG).
2. Die richterliche Stellungnahme. Faktische bzw. wirtschaftliche Betrachtungsweise.

★ Dem Aufsatz liegen Studien zugrunde, die 1978 mit Unterstützung der Max-Planck Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland begonnen wurden. Er betrifft infolgedessen das deutsche Recht und ist auf Deutsch geschrieben. Allerdings behandelt er das Material im Hinblick auf allgemeinere kriminalpolitische Bedürfnisse anderer Länder und zwar Griechenlands, dessen Recht bei Gelegenheit berücksichtigt wurde. Für wertvolle Ergänzungsvorschläge und Korrekturhinweise dankt der Verfasser an dieser Stelle den Professoren Jescheck, Krümpelmann, Tiedemann, Androulakis, Daskalopoulos und Mangakis. Sein aufrichtiger Dank gilt weiterhin den Kolleginnen C. Breucha und I. Matthiessen für ihre Mitarbeit beim Lesen der Korrekturen.

NESTOR-CONST. COURAKIS

DIE MÖGLICHKEITEN EINER KRIMINALPOLITISCHEN ANWENDUNG DES UMGEHUNGSBEGRIFFES*

Professor Alexandros Ligeropoulos • stellte in seiner klassischen Abhandlung über die Problematik der Gesetzesumgehung (Paris 1928, S. 337) fest, daß «la theorie de la fraude ä la loi penetre jusque dans le droit penal» und drückte seine Zweifel aus, ob diese Anwendung des Umgehungsbegriffes im Strafrecht «sous reserve de quelques cas extrömes» kriminalpolitisch wünschenswert ist.

Das Problem, das der Altmeister schön vor einem halben Jahrhundert mit Scharfsinn erkannt hat, nimmt heute wegen der anwachsenden Wirtschaftskriminalität neue Dimensionen an und verdient eine gründliche Untersuchung, sowohl auf der allgemeinen Ebene einer Auseinandersetzung mit dem Umgehungs - (und Scheinhandlungs)begriff im Rahmen des Strafrechts, als auch auf der speziellen Ebene einer kritischen Überprüfung der wichtigsten Kasuistik.

GESAMTÜBERBLICK

I. Allgemeiner Teil

A. Zum heutigen Stand des Problems und dessen Bedeutung

1. Die gesetzgeberische Erfassung der problematischen Fälle. Umgehungsklauseln (z.B. § 42 AO 1977, § 4 SubvG).
2. Die richterliche Stellungnahme. Faktische bzw. wirtschaftliche Betrachtungsweise.

★ Dem Aufsatz liegen Studien zugrunde, die 1978 mit Unterstützung der Max-Planck Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland begonnen wurden. Er betrifft infolgedessen das deutsche Recht und ist auf Deutsch geschrieben. Allerdings behandelt er das Material im Hinblick auf allgemeinere kriminalpolitische Bedürfnisse anderer Länder und zwar Griechenlands, dessen Recht bei Gelegenheit berücksichtigt wurde. Für wertvolle Ergänzungsvorschläge und Korrekturhinweise dankt der Verfasser an dieser Stelle den Professoren Jescheck, Krümpelmann, Tiedemann, An- droulakis, Daskalopoulos und Mangakis. Sein aufrichtiger Dank gilt weiterhin den Kolleginnen C.Breucha und I. Matthiessen für ihre Mitarbeit beim Lesen der Korrekturen.

3. Die Vernachlässigung des Problems durch die Strafrechtslehre.
- 4-5. Kriminalpolitische Wichtigkeit einer Behandlung des Themas insb. im Bereich von Wirtschaftsdelikten.
- B. Begriffsbestimmung des Forschungsobjektes
 - 6-7. Faktischer und normativer Aspekt der Begriffsbestimmung.
 8. Die Gesetzesumgehung i.w.S. als selbständige juristische Kategorie.
 - 9-10. Die Unterscheidung zwischen Schein- und Umgehungshandlungen.
 - 11-16. Begriffsmerkmale:
 - (1) Die umgangene bzw. erschlichene Norm
 - (2) Die Umgehungstätigkeit: unangemessenes und künstliches Verhalten. Die Umgehungsabsicht. Das Verhältnis zu dem Rechtsmißbrauchsgedanken.
 - (3) Verschleierung von Tatsachen (in gewissen Rechtsbereichen).
 - 17-18. Weitere Gesichtspunkte bei der Begriffsaufklärung. Wertneutralität und Ausnahmecharakter bei der Erfassung der problematischen Fälle.
 19. Rechtspolitische Bewertung im Fall von harten oder veralteten Gesetzen.

II. Besonderer Teil

- C. Die kriminalpolitischen Problemfelder beim strafrechtlichen Umgang mit den Umgehungs- und Scheinhandlungen
 - 20-21. Die Erscheinungsformen im allgemeinen
 - (a) Manipulation des Sachverhaltes
 - 22-25. (aa) Einschaltung einer dritten Person. Insb. § 14 StGB u. § 9 OWiG. Versicherungsbetrug (§ 265 StGB i.V.m. § 61 VVG). Konkursdelikte (§ 283 VI StGB).
 - 26-31. (bb) Verlegung des Ortes. Die Behandlung der natürlichen Personen. Die Problematik der Briefkasten - und Basisgesellschaften. Der sog. «Steuerparadies» - Erlass v. 14.6.1965. Die Frage der sog. «billigen Flaggen».
 - 32-33. (cc) Mißbrauch einer Frist. Insb. § 4 b. II. 1 des Investitionszulagengesetzes (InvZulG) v. 21.12.1974.
 - 34-35. (dd) Herbeiführung von Grenzfällen. «Mischformen» im Nebenstrafrecht (Zoll-, Betäubungsmittel-, Steuer- und Subventionsstrafrecht). Problemfälle im Kernstrafrecht: §§ 286, 184 I, 163 I StGB.
 - 36-37. (ee) Inszenierung eines begünstigenden Sachverhaltes. Die ab-

sichtliche Herbeiführung von Rechtfertigungs – und Schuld-
ausschließungsgründen. Die progressive Verwirklichung eines
Tatbestandes.

38. (b) Manipulation der Rechtsnorm

39-40. (aa) Tarnbezeichnung einer sonst pönalisierten Sachlage. Die
Problematik im Kartellrecht. Die «Disqualifizierung» von Tat-
bestandsmerkmalen durch die Gerichte.

41-32. (bb) Zweckentfremdeter Mißbrauch einer Norm. Die sog.
«Bürgerrechtsehen». Die mißbräuchliche Berufung auf das
Asylrecht.

D. Schlußbemerkungen

43. Die Tendenzen in der heutigen Rechtsprechung

44. Dogmatische Beurteilung der judikativen Tendenzen

I. ALLGEMEINER TEIL

A. Zum heutigen Stand des Problems und dessen Bedeutung

1. Eine Reihe von *gesetzgeberischen Maßnahmen* im Bereich des
Wirtschaftsrechts haben in der letzten Zeit das bis dahin vernachlässigte
Problem der Umgehungs- und Scheinhandlungen in den Vordergrund ge-
rückt. Nach dem Muster der §§ 5,6 StAnpG, die auch in die
Abgabenordnung 1977 (§§ 41, 42) aufgenommen wurden, hat die Er-
fassung dieser Handlungen in zwei wichtigen Gesetzen Niederschlag
gefunden: in § 4 des Subventionsgesetzes v. 29.7.1976 und - bezüglich
der Umgehungshandlungen- in § 7 des Gesetzes zur Regelung des Rechtes
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) v. 9.12.1976¹. Diese
Vorschriften enthalten eine generalisierende Klausel, die die entspre-
chenden Handlungen durch direkte Berufung auf den Begriff der «Schein - bzw.
Umgehungsgeschäfte» erfaßt. Eine solche allgemeine Regelung ist auch im
Strafrecht i.w.S. (einschl. Ordnungswidrigkeitenrecht) nicht selten. Das ist
z.B. der Fall nicht nur in dem bereits erwähnten Steuer- und Subventions-
recht (§§ 41 .II, 42 der Abgabenordnung (AO 1977) i.V.m. § 370 I AO
1977; §§ 3,4 SubvG i.V.m. § 264 I u. VII StGB), sondern auch im
Verkehrsrecht (§ 5 GüKG, § 6 PBefG -in den beiden Fällen wird auf

1. Für einige Beispiele zum Anwendungsbereich dieser Regelung -insb. zur sog.
«Kaffeefahrt»- siehe K. *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
München (C.H.Beck) 1977⁴, § 29 a V = S. 506-507. Zu der früheren Rechtslage:
K. *Tiedemann*, Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der
Bundesrepublik Deutschland (Reihe: Recht und Staat, Nr. 480/481), Tübingen (J.C.B.
Mohr) 1978, S. 36 u. FN 59 m.w.N.

«Scheintatbestände» abgestellt²⁾, im Kartellrecht (§ 38 I Nr. 11 GWB³⁾ u.s.w. Der strafrechtliche Anwendungsbereich wird allerdings umfangreicher, wenn man auch Vorschriften mit sog. indirekten Bekämpfungsformeln gegen die Schein- und Umgehungshandlungen mitberücksichtigt. Die Erfassung der problematischen Fälle erfolgt hierbei durch selbständige Darlegung des fraglichen Sachverhalts (Verwendung von spezifizierenden Klauseln z.B. beim Kopplungs- und Kettenhandel⁴⁾, durch Ausdehnung einer Regelung auf «ähnliche» Fälle (Verwendung von Ähnlichkeitsformeln und Regelbeispielen⁵ -z.B. § 264 II StGB: besonders schwere Fälle des Subventionsbetruges) oder durch Erwähnung bzw. Berufung auf den Gesetzeszweck (§ 2 I 2 des Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts v. 9.7.1954 i. d.F. der Bek. v. 3.6.1975).

2. § 5 des Güterkraftverkehrsgesetzes v. 17.10.1952 i.d.F. der Bek. v. 6.8.1975:
 - «(1) Durch Schaffung von Scheintatbeständen dürfen die Vorschriften dieses Gesetzes nicht umgangen werden.
 - (2) Ein Scheintatbestand liegt auch dann vor, wenn
 1. die Güter dem befördernden Unternehmer lediglich für die Zeit der Beförderung übereignet werden.
 2. eine Sendung nach einem Ort innerhalb der Nahzone abgefertigt wird -außer beim Vorlauf für einen Spediteursammelgutverkehr-, sofern von vornherein eine Beförderung darüber hinaus beabsichtigt ist; dabei macht es keinen Unterschied, ob die Beförderung auf demselben Kraftfahrzeug oder mit Umladung unterwegs ausgeführt wird und ob mehrere Unternehmer an der Beförderung beteiligt sind».

(Zur Auslegung dieser Regelung vgl. BayObLG in VRS 32 (1967), 70-73: 71 u. BGHZ in NJW 1960, 1057-1059: 1058).

§ 6 des Personenbeförderungsgesetzes v. 21.3.1961 («Umgehungsverbot»):
«Die Verpflichtungen des Unternehmers nach diesem Gesetz werden durch rechtsgeschäftliche oder firmenrechtliche Gestaltungen oder Scheintatbestände, die zur Umgehung der Bestimmungen des Gesetzes geeignet sind, nicht berührt».
3. § 38 I Nr. 11 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957 i.d.F. v. 30.4.1980.
 - «(1) Ordnungswidrig handelt, wer (...)
 11. Empfehlungen ausspricht, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirken».
4. Vgl. K.*Tiedemann*, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zum Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen (-J.C.B. Mohr) 1969, S. 268 u. FN 242. Zum französischen Recht s. Art. 37-1^c der Ordonnance N° 45-1483 v. 30.6.1945 bezüglich der Preise und dazu Cass. crim. v. 4.12.1968, in: La Semaine Juridique 1969, II Nr. 15981 mit Anmerkung v. H.*Guerin* und mit einer Kommentierung v. P. *Bouzat*, in: Revue trimestrielle de Droit commercial (Droit pénal des affaires: Chronique), 1969, 1155 f.
5. Zum Begriff «Regelbeispiele» vgl. H.-H. *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, Berlin (Duncker & Humblot) 1978³, § 26.V = S. 218.

Die Entscheidung, ob diese Formeln wegen ihres unbestimmten Charakters verfassungskonform (Art. 103 II GG) sind, kann nur im Einzelfall und nach Berücksichtigung sämtlicher Umstände getroffen werden. Freilich erlaubt das Bestimmtheitsgebot dem Gesetzgeber keineswegs den Gebrauch des Wortes «umgehen» ohne nähere inhaltliche Bestimmung oder Beschränkung. Gleiches gilt für einen ausdrücklichen Hinweis auf das Gesetzesziel oder bezüglich der Ähnlichkeitsformel: Ohne ausreichende Beschreibung des Bezugspunktes besteht die Gefahr, die gesetzliche Anordnung der Analogie zu institutionalisieren, was ebenfalls mit der Verfassung (Analogieverbot) im Widerspruch steht. Abgesehen von diesen Bedenken erscheint aber die Erfassung der problematischen Fälle einwandfrei, wenn der Gesetzgeber sie einfach typisiert, also in einer Form regelt, die zwischen Kasuistik und Generalklauseln steht⁶. Ein Beispiel dieser Typisierung bietet § 5 RAO 1919, wobei neben der Generalklausel typische Fallgestaltungen im Gesetz genannt wurden. Auch das Bundesverfassungsgericht hat solche typisierten Regelungen im Steuerstrafrecht als verfassungskonform bestätigt⁷.

2. Nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die *Rechtsprechung* ist bemüht, die Schein- und Umgehungshandlungen unter Kontrolle zu bringen. Durch Anwendung der sog. faktischen oder, soweit es um wirtschaftliche Sachverhalte geht, wirtschaftliche Betrachtungsweise⁸ zielt

-
6. So: K. *Tiedemann*, Zur Reform der Vermögens- und Wirtschaftsstraftatbestände, in: ZRP 3 (1970), 256-261: 261 und *ders.* in seinem Referat für die 4. Tagung der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts, 4. Arbeitstagung in der Zeit v. 24. bis 28.9.1973 in Bad Kreuznach, Bonn 1973, Anl. 1, S. 33.
 7. Insbesondere wurde als verfassungskonform der alte § 6 StAnpG (=42 AO 1977) bestätigt (BVerfGE 13 (1963), 331-355: 344 -vgl. Nikolaus *Hensel*, Zur verfassungsrechtlichen Problematik des § 6 StAnpG, Diss. Berlin 1974). Die enge Verbindung dieser Vorschrift mit dem strafrechtlich relevanten § 396 IV RAO über die Steuerhinterziehung (vgl. heute § 370 AO 1977) könnte den Gedanken einer Übernahme dieser Regelung auch in das Kernstrafrecht umso stichhaltiger erscheinen lassen, als «das materielle Steuerrecht von ganz ähnlichen Anforderungen tatbestandlicher Bestimmtheit wie das Strafrecht beherrscht wird»: K. *Tiedemann*, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag, München (C.H.Beck) 1972, C 54 -kritisch dazu: J.*Baumann* in einer Rezension dieses Gutachtens von Tiedemann, in: GA 1973, 217-219: 218 und zuletzt auch: H.*Jung*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems, Berlin/New York (de Gruyter) 1979, 9.
 8. Als positiv rechtliche *sedes materiae* dieser Betrachtungsweise wird der § 1 StAnpG v. 1934 angesehen, der auch nach der Einführung der Abgabenordnung 1977 weiter gelten wird, vor allem dort, wo ein Steuergesetz zwar bestimmte rechtliche Sachverhalte nenne, dabei aber nicht deren spezielle rechtliche Einkleidung, sondern ihre rechtliche Wirkung meine (so der Finanzausschuß des Bundestages, der den diesbezüglichen § 3 II des Entwurfes einer Abgabenordnung als entbehrlich zu streichen vorschlag -vgl. E.*Wolf*, Kommentar zur AO 1977, Baden-Baden (Nomos)

sie darauf ab, die zivilrechtlich aufgestellten Formen und Geschäfte⁹ «in ihrer sozialen Aufgabe und ihrem sozialen Wirkungssinn»¹⁰ zu betrachten und entsprechend zu beurteilen. Nach ständiger Rechtsprechung stellt z.B. der wegen Bankrotts Angeklagte auch dann «seine» Zahlungen ein, wenn er ein Geschäft tatsächlich als eigenes betreibt und dann mit Zahlungen aufhört, gleichgültig, ob das Geschäft zum Schein auf den Namen eines anderen eingetragen¹¹ oder der Eingetragene nur Mitinhaber ist¹².

Die faktische Betrachtungsweise soll jedenfalls nur im Rahmen des von der Verfassung gewährten Spielraums betätigt werden¹³, da sie sonst auf

1977, unter § 4 = S. 61; siehe auch BT-Drucks. VI/1982 v. 19.3.1971, S. 99-100). Die Ablehnung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wegen ihrer Verbindung mit der nationalsozialistischen Gesetzgebung erscheint übrigens bedenklich, denn schon in § 4 RAO aus dem Jahre 1919, also während der Weimarer Republik, fand diese Auslegungsweise einen klaren gesetzlichen Niederschlag: «Bei Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen» (RGBl. 1919, Nr. 242). Zu den Verwendungsweisen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vgl. weiter F. *Rittner*, Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe (C.F. Müller) 1975, 32 f.

9. Wo dagegen *wirtschaftlich* geprägte Formulierungen wirtschaftlich interpretiert werden, ist meistens von wirtschaftlicher Betrachtungsweise gar nicht die Rede -so: H. *Dubs*, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuerumgehung, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, 569-581: 570.
10. So: *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 4), 55. Man könnte in diesem Zusammenhang auch auf die anschauliche Formulierung v. Ulrich *Huber* (Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, in: *Juristische Analysen*, 2(1970), 784-812: 793) hinweisen, der bezüglich einer typenfremden Verwendung von Rechtsformen das Dilemma feststellt, ob es hierbei an diesen von den Beteiligten gewählten Formen oder aber an der mit diesen Formen «nicht kongruenten, typischen Funktion des Rechtsgeschäfts» anzuknüpfen ist.
11. Vgl. die von A. *Schaefer* in LK 1958⁸, Vorbem. II zu §§ 239 f KO (S. 542-543) angegebene Rechtsprechung des RG; siehe auch: RGE St 26(1895), 187-189; BGH St v. 10.4.1952, in: GA 1953, 73; BGH St v. 15.6.1972, in: GA 1973, 113-116.
12. So etwa RGE St 65 (1931), 411-415: 414 -vgl. auch Schönke/ Schröder/ Stree, 1980²⁰, § 283 Rdnr. 60= S. 1806. Vgl. weitere Beispiele der faktischen Betrachtungsweise aus dem Bereich des Nebenstrafrechts in K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 4), 57. Insb. sollte hier das Urteil des BGH St 4(1954), 347-353 hervorgehoben werden, wonach die Beurteilung, ob ein Geschäft zum Aufgabenbereich der Kreditinstitute gehört und daher nicht ohne Erlaubnis betrieben werden darf, nicht allein nach seiner rechtlichen Form, sondern vor allem nach seiner wirtschaftlichen Art und Bedeutung erfolgen muß -dazu: K. *Tiedemann/ J. Cosson*, Straftaten und Strafrecht im deutschen und französischen Bank- und Kreditwesen, Köln/ Berlin/ Bonn/ München (Heymanns) 1973, 9.
13. Zur Verfassungsmäßigkeit der «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» vgl. BVerfG v. 5.10.1966, in: *Deutsche Außenwirtschafts-Rundschau*, 17 (1967), 28-29 (mit daran angeschlossener Anmerkung v. Laumann) -Leitsatz: «Die von den Gerichten bei der

rechtsstaatliche Bedenken stoßen kann. Diese Bedenken bestehen insbesondere, wenn die genannte Betrachtungsweise nicht bloß als Vorwürdigung eines strafrechtlich relevanten Sachverhaltes, sondern auch als primäres Auslegungsmittel bei autonomen Straftatbeständen (wie etwa in § 38 I Nr. 7 u. 9 GWB) angewandt wird¹⁴. Die Wichtigkeit dieser verfassungsrechtlichen Bedenken (vor allem bezüglich des Analogieverbots) ist allerdings nicht zu überschätzen: Die gesetzgeberische Inflation der letzten Zeit, die immer häufiger werdende Verwendung von Generalklauseln bzw. unbestimmten Begriffen¹⁵ und die Annahme der teleologischen Interpretation von Strafgesetzen auch anhand extensiver bzw. restriktiver Auslegung¹⁶ haben den Raum des strafrechtlichen Schutzes so stark erweitert, daß es dem Richter in der Regel nicht an Mitteln fehlt, eine strafwürdige Tat verfassungskonform zu erfassen¹⁷. Die Konturen der gesetzlichen Regelungen sind aber meist unscharf. Dies hat zur Folge, daß derartige Entscheidungen über problematische Fälle, auch wenn sie keine Analogie darstellen, immer Gefahr laufen, als Willkürurteile gebrandmarkt zu werden, (z.B. Bezeichnung der verdünnten Salzsäure als Waffe im Sinne der §§ 250 I. 1 u. 223 a I StGB)¹⁸.

Tiedemann¹⁹ spricht anlässlich solcher Konsequenzen bei der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von einem Erkauf des Vorteils materieller Gleichbehandlung wirtschaftlich-tatsächlich gleicher Vorgänge durch die Ablösung der Strafbarkeit von der Straftatbestandlichkeit. Es sei allerdings darauf hingewiesen, daß das Spannungsverhältnis zwischen innerer Richtigkeit und äußerer Sicherheit, zu dem diese Problematik letzten Endes führt, nicht a priori vom Gesetzgeber immer zugunsten der Rechtssicherheit gelöst werden kann.

Beurteilung von Zuwiderhandlungen gegen das Verbot der Lizenzübertragung angewandte Geschäftsherrentheorie verstößt nicht gegen den Grundsatz der Freiheit der Berufsausübung».

14. Vgl. K. *Tiedemann*, Strafrechtliche Grundprobleme im deutschen und österreichischen Kartellrecht, in: *Österreichische Juristenzeitung*, 34 (1979), 617-626: 620 und *ders.*, Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht, in: *NJW* 32 (1979), 1849-1856: 1851.
15. Dazu: R. *Honig*, Strafrechtliche Allgemeinbegriffe als Mittler kriminalpolitischer Ziele, in: *Festschrift für Karl Larenz*, München (C.H.Beck) 1973, 245-263; für einige Beispiele aus der nebenstrafrechtlichen Gesetzgebung vgl. R. *Petzoldt*, Die Problematik der Generalklauseln im Nebenstrafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht, Diss. Kiel 1968, 22 f.
16. Vgl. Eb. *Schmidhäuser*, Teleologisches Denken in der Strafrechtsanwendung, in: *Festschrift für Thomas Würtenberger*, Berlin (Duncker & Humblot) 1977, 91-108 und bezüglich des Steuerrechts: W. *Kruse*, Steuerumgehung zwischen Steuervermeidung und Steuerhinterziehung, in: *Steuerberater Jahrbuch 1978/79*, 443-460: 448-449 u. FN 21-24.
17. So im Ergebnis J. *Léauté*, Le changement de fonction de la règle «nullum crimen sine lege», in: *Dix ans des conférences d'agrégation - Etudes de Droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Paris (Dalloz) 1961, 81-86.
18. BGH St 1 (1951), 1-4 -vgl. auch H. *Tröndle*, in *LK 1978*¹⁰, § 1 Rdnr. 33 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.
19. *Op. cit. supra* (FN 4), 57.

Die Entscheidung ist vielmehr erst im Einzelfall durch eine «dynamische Betrachtungsweise»²⁰ zu fällen, denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: «sowohl der Grundsatz der Rechtssicherheit wie (sic) das Prinzip der Gerechtigkeit im Einzelfall haben Verfassungsrang» (BVerfGE 7 (1958), 196; 35 (1974), 47)²¹. Letztere Bemerkung ist auch im Strafrecht von besonderer Wichtigkeit. Obwohl (oder gerade: weil) die strafrechtlichen Eingriffe in diesem Bereich am tiefsten in ihrer Wirkung gehen, «muß das Strafgesetz und seine Anwendung nicht allein förmlichen Rechtsgrundsätzen genügen, sondern auch inhaltlich den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechen, die im materiellen Rechtsstaatsprinzip verkörpert sind» (H.-H. Jescheck, op. cit. supra, FN 5, vor § 15= S. 99).

Was andererseits die Bedenken einer weitgehenden Verwendung der faktischen Betrachtungsweise bei der Auslegung wegen ihrer Befürwortung durch die (national-sozialistische) Literatur der dreißiger Jahre anbelangt²², so läßt sich bemerken, daß auch die gegensätzliche Tendenz, die strenge Festhaltung auf dem formalen Inhalt des Gesetzes zu befürworten und sogar aufzulegen, den autoritären Regimen nicht fremd ist -z.B. die Justinianische Constitutio Tanta (§ 21) bezüglich der Auslegung der Digesten und das Preußische Allgemeine Landrecht (Einl. §§ 6, 46) von Friedrich dem Großen (1794)²³.

Zur Vermeidung unerwünschter Konsequenzen bezüglich der faktischen Betrachtungsweise wäre es nun erforderlich, die Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen als eigene kriminologische Fallgruppe zu analysieren, die (rechtspolitische) Notwendigkeit ihrer Bekämpfung jeweils zu überprüfen und -gegebenfalls- die (dogmatisch) geeigneten Mittel für diese Bekämpfung zu bestimmen.

3. Die erwähnte Fragestellung findet allerdings in der Literatur heute grundsätzlich keine Berücksichtigung. Mit Ausnahme von Heinz Stöckel²⁴ und Klaus Tiedemann²⁵ scheint die *Strafrechtslehre* das Monopol des

-
20. Vgl. E. Stein, Der Dualismus im Recht und seine Überwindung, in: Festschrift für W. Mallmann, Baden-Baden (Nomos) 1978, 329-343: 329 und ähnlich A.M. Berges, Schöpferischer Realismus im Recht, in: Konkurs- Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 34 (1973), 209-232: 210 f.
21. Ferner dazu: N.-C. Courakis, Zur sozialetischen Begründung der Notwehr, Baden-Baden (Nomos) 1978, S. 85 u. FN 214.
22. Vgl. K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 4), 58-59 u. P. Liver, Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht, Bemerkungen eines Zivilisten, in: Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, Bern (Stämpfli) 1977, 108-133: 110 f.
23. Vgl. N. Androulakis, Soll und kann die Strafrechtsdogmatik durch kriminologische Daten bereichert werden? in: ders., Strafrechtliche Studien, Athen (Sakkoulas) 1972 (auf Griechisch), 9-50: 14-15.
24. H. Stöckel, Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht, Neuwied/Berlin (Luchterhand) 1966; ders., Bekämpfung der Gesetzesumgehung mit Mitteln des Strafrechts, in: ZRP 10 (1977), 134-137.
25. K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 4), 54 f; ders., Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Reinbek bei Hamburg (Rowohlt) 1976, Bd. I, 176 f, Bd. II,

Zivilrechts in diesem Bereich nicht ernsthaft herausgefordert zu haben. In keinem Lehrbuch finden sich Ausführungen über die strafrechtliche Behandlung der Schein- bzw. Umgehungshandlungen. Auch die Fälle des Strohmanns, die von der Rechtsprechung aufgedeckt und erfaßt wurden (vgl. oben, § 2), haben in der Teilnahmelehre keine Erwähnung gefunden²⁶. Daraus könnte sich die Vorstellung ergeben, das Umgehungsproblem stelle ein territorium prohibitum des Strafrechts dar²⁷. Typisch für diese Denkweise ist die Tatsache, daß die absichtliche Herbeiführung einer Rechtfertigungslage mit dem Zweck, die Tat unter Ausnützung der so geschaffenen Situation ungestraft begehen zu können (z.B. Notwehrprovokation) nur vereinzelt²⁸ in ihrer wirklichen Natur als Gesetzesumgehung bzw. Gesetzeserschleichung erkannt wurde.

4. Es liegt allerdings auf der Hand, daß diese Vernachlässigung des Problems im Rahmen einer konsequenten *kriminalpolitischen Konzeption* keinen berechtigten Grund haben kann. Im Gegenteil: sie führt zu dogmatisch uneinheitlichen, wenn nicht inhaltlich widersprechenden Lösungen; sie erlaubt, das formelle Recht als Mittel zur Begehung materiellen Unrechts zu mißbrauchen²⁹; und sie stellt damit eine Verletzung der Rechtsidee dar. Auch das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates und in das Einhalten des Gleichheitsprinzips, wird dadurch verletzt³⁰.

102 f; *ders.*, Handelsgesellschaften und Strafrecht: eine vergleichende Bestandsaufnahme, in: Festschrift für Thomas Würtenberger, op. cit. supra (FN 16), 241-256; *ders.*, Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, in: NJW 1977, 777-783: 779 f; *ders.* (Hrsg.), Multinationale Unternehmen und Strafrecht, Berlin (Heymanns) 1980, 3 f. Vgl. auch die auf Anregung Tiedemanns bearbeitete Monographie v. Rolf *Nippoldt*: Die Strafbarkeit von Umgehungshandlungen dargestellt am Beispiel der Erschleichung von Agrarsubventionen, Diss. Gießen 1974.

26. Vgl. allerdings die Ausführungen C. *Roxins* in LK 1978¹⁰, § 25 Rdnr. 88 f = S. 46 f bezüglich der aus dem sog. «organisierten Verbrechen» entstehenden Teilnahmeprobleme.
27. Ähnlich ist die Lage im Steuerrecht: «Es gehört zu den Paradoxien unseres Steuerrechts, daß eines seiner Hauptprobleme, das Problem der Steuerumgehung, nicht angesprochen wird. Jeder weiß um dieses Problem, doch keiner nennt das Kind beim Namen» -so: W. *Kruse*, op. cit. supra (FN 16), 445.
28. H. *Stöckel*, 1966 (op. cit. supra bei FN 24), 20, 104 f.
29. S. *W.O.W. Terstegen*, Steuer-Strafrecht einschl. Verfahrensrecht, Köln (O. Schmidt) 1956, 106.
30. Vgl. O. *Sandrock*, Das Analogieverbot im Wirtschaftsstrafrecht, Ergänzung und Erwidern zugleich, in: Der Betrieb, 1973, 265-267: 265; siehe auch die Begründung zum 1. WiKG in BT-Drucks. VII/3441 v. 1.4.1975, S. 14: «Eine Rechtsordnung, die dem Fehlverhalten des durchschnittlichen Bürgers ohne Schwierigkeiten begegnen kann, jedoch von Manipulationen von Intelligenztätern im

Die Geltung einer bestehenden Norm wird auch dann in Frage gestellt, wenn sie häufig «umgangen» wird. Damit bleibt zu überlegen, wieweit es generalpräventiv vertretbar erscheint, die Umgehung von Normen zuzulassen und den Täter mit «doppeltem» Unrechtsbewußtsein (Kenntnis der Strafnorm und Kenntnis ihrer Umgehungsmöglichkeit) zu privilegieren. Spezialpräventiv führt ein gänzlicher Verzicht auf die Pönalisierung von Umgehungsformen zum Freibrief für den raffinierten und geschickten Umgehungstäter, streng genommen wird der Normverletzer nur wegen seiner «Ungeschicktheit» oder gar «Dummheit» bestraft.

Auch wenn sich rechtsstaatliche Bedenken in bezug auf die strafrechtliche Behandlung der Umgehungs- (und Schein-)handlungen erheben (Bestimmtheitsgebot, Analogieverbot), sollte das Problem nicht einfach außer acht gelassen, sondern im Rahmen der entsprechenden Regelung (§ 1 dtStGB u. Art. 103 II GG) betrachtet und untersucht werden.

5. Die Notwendigkeit einer Untersuchung dieser Frage ergibt sich besonders im Bereich von *Wirtschaftsdelikten*, also von Delikten, die sich gegen die staatlich instituierte, rechtlich geschützte und gelenkte Wirtschaftsordnung (oder i.w.Š. gegen überindividuelle Opfer) richten³¹ (z.B. Subventionerschleichung, wobei selbst die Zweckplanung des Staates zur Erreichung bestimmter Subventionsziele in Frage stehen kann³²).

Wirtschaftsverkehr allzu oft die Waffen strecken muß, genügt nicht dem Grundsatz der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz».

Die Bekämpfung der Gesetzesumgehung führt danach zur Geltung der vom Gesetzgeber gezielten Regelung und dadurch zur Erfüllung der demokratischen Komponente des Gesetzlichkeitsprinzips, i.S. einer gleichmäßigen Anwendung der vom Volke durch seine Repräsentanten bestimmten Gesetze -vgl. dazu K. *Tipke*, An den Grenzen der Steuerberatung: Steuervermeidung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung, in: *Steuerberater Jahrbuch*, 1972/73, 509-532: 512, 514, der aber gleichzeitig die Gefährdung der zweiten Komponente dieses Prinzips, nämlich die rechtsstaatliche Komponente der Rechtssicherheit, durch die Umgehungsbekämpfung stark betont (vgl. allerdings dazu oben § 2 u. FN 19-21).

31. Hierzu: K. *Tiedemann*, Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung, in: ders. (Hrsg.), *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, Karlsruhe (C.F. Müller) 1972, 9-27: 15; *ders.*, op. cit. supra (FN 7), C 29 f u. *ders.*, Zum Problem der Erfassung von Wirtschaftskriminalität, in: RIAS-Funkuniversität, Reihe «Forschung und Information», Bd. 20 (Kriminalität), Berlin (Colloquium Verlag) 1976, 88-96: 91 -vgl. auch eine Übersicht über die wichtigsten Definitionsversuche in: B. *Rimann*, *Wirtschaftskriminalität, Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten*, Zürich (Schulthess) 1973, 42 f und in: H-J. *Schneider*, *Kriminologische Erforschung der Wirtschaftskriminalität*, in: *Grundlagen der Kriminalistik (periodische Ausgabe)*, Bd. 13/2, 1976, 55-88: 62 f. Siehe ferner aus der griechischen Literatur: G.A. *Mangakis*, *Die Problematik des Wirtschaftsstrafrechts (auf Griechisch)*, in: *Poenika Chronika*, 8 (1958), 385-400, 465-476: 387 u. K. *Vouyoukas*, *Wirtschaftsstrafrecht, Allg. Teil (Universitätsvorlesungen auf Griechisch)*, Athen/ Saloniki (Sakkoulas) 1975, 35.
32. Vgl. K. *Tiedemann*, *Der Entwurf eines ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *ZStW* 87 (1975), 253-296: 274.

Im folgenden werden die Wirtschaftsdelikte in dem angegebenen Sinne den hauptsächlichen Forschungsbereich dieser Arbeit bilden³³. Da aber das Strafrecht in seiner heutigen Struktur und Zielrichtung auf eine individualisierende Lösung des Konflikts zwischen Norm und Normbruch angelegt ist³⁴, erschien es mir manchmal angebracht, bei der Darstellung des Materials die Schranke der Überindividualität zu übergehen und sogar, um den Überblick über die Bedeutung des Umgehungsproblems i.w.S.³⁵ als allgemeines Rechtsproblem nicht zu verlieren, bewußt außerstrafrechtliche Quellen zu berücksichtigen.

Diese Art Delikte hängt ihrer Natur nach nicht so sehr mit der Persönlichkeit des Täters, sondern vielmehr mit seiner sozialen Umgebung (Ansteckungswirkung von Wirtschaftsdelinquenz) und der legislativen Lage zusammen³⁶. Daß diese äußeren Faktoren die Wirtschaftsdelinquenz und somit die Umgehungshandlungen wesentlich beeinflussen und begünstigen, ist offenbar:

Wegen der vielfältigen Sachverhalte und ihrer politischen Implikationen kommt der Gesetzgeber sehr oft zu Regelungen, die lückenhaft, kompliziert und sogar auch widersprechend sind. Auf dem Gebiet des EG-Marktd Ordnungsrechts spricht man z.B. von «Normenüberfülle bzw. Normenwirrwarr»³⁷, was notwendigerweise zu einer intensiven Ausnutzung der Lage im Rahmen dieser sog. «grauen Sphäre» seitens der Betroffenen führt.

Das Manipulieren mit diesen Gesetzen wird insoweit erleichtert, als ihre Fassung in beschreibender oder zweideutiger Weise niedergelegt ist, ohne staatliche Kontrolle bleibt und bei ihrer Auslegung mehr auf den Wortlaut als auf den Sinn der Gesetze abgestellt wird. Gerade diese gesetzlichen «Hintertüren», die durch eine Reihe von Facheuten und juristischen Beratern ständig herausgearbeitet werden, bilden freilich auch die *technischen Voraussetzungen* für die Umgehungshandlungen in dem

-
33. Für eine Aufzählung der wichtigsten Wirtschaftsdelikte -als Gerichtsbarkeitsgegenstand der Wirtschaftsstrafkammer- siehe § 74 c des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) und dazu K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 1), S. 13 u. FN 13.
34. So: H. Jung, op. cit. supra (FN 7), 4.
35. Der Ausdruck ist im Sinne von «Problematik der Schein- und Umgehungshandlungen» zu verstehen.
36. K. Tiedemann, Phénoménologie des Infractions économiques, in: Conseil de l' Europe, Aspects criminologiques de la délinquance d' affaires, 12^e Conférence de directeurs d' instituts de recherches criminologiques (Strasbourg, 15-18.11.1976), Strasbourg 1978, 218-272: 218 f; K.-D. Opp, Soziologie der Wirtschaftskriminalität, München (C.H. Beck) 1975, 67 f.
37. E. Diemer-Nicolaus, Der Subventionsbetrug, in: Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag, München (C. H. Beck) 1977, 31-65: 38.

Sinne, daß sie die Vereitelung des Gesetzeszweckes erlauben, ohne jedoch mit dessen Wortlaut in direkten Widerspruch zu geraten.

Die Wirtschaftsdelikte bieten ferner die *psychologischen Voraussetzungen* einer Zuflucht zu Umgehungshandlungen. Erstere wenden sich in den meisten Fällen (z.B. im Kartellrecht) gegen überindividuelle Rechtsgüter³⁸ (also ohne dem Einzelnen einen erheblichen Schaden anzutun) und sie erfolgen öfters anlässlich eines plötzlichen Eingreifens des Gesetzgebers in das private bzw. wirtschaftliche Leben oder infolge eines Zwanges zu Leistungen ohne greifbaren Gegenwert (z.B. Pflichtversicherung), was gerade zu der Überzeugung führen kann -und dies ist typisch für die Umgehungstäter-, daß die vorgenommene Handlung berechtigt sei³⁹.

B. Begriffsbestimmung des Forschungsobjektes

6. Bevor nun die Parallele zwischen Wirtschaftsdelikten und Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen anhand einzelner Fälle weitergeführt wird, ist es erforderlich, die Begriffsmerkmale dieser Handlungen zu klären und ihrer Abgrenzung von erlaubten Handlungen mit Hilfe der vorhandenen steuerstrafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur näherzukommen.

Wichtig für das Verständnis unseres Themas ist zunächst die Feststellung, daß die Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen unter zwei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet werden können: Einerseits unter dem *faktischen Aspekt*, als Handlungen, die unabhängig von der jeweils vorhandenen Gesetzgebung durch unangemessene Begehungsweisen oder Formen, eine an typisiert geregelte Fälle angeknüpfte Rechtsfolge scheinbar vermeiden bzw. erschleichen. Beispielsweise wird aus der römischen Geschichte berichtet⁴⁰, daß Licinius Stolo sein eigenes Ackergesetz dadurch umging, daß er seinen Sohn emanzipiert und danach den das gesetzliche Maß übersteigenden Teil seines Grundbesitzes auf ihn über-

38. Vgl. H. Schäfer, Referat zum Thema «Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für die wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?», in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages, Bd. II, München (C.H.Beck) 1972, M 7 —M 19: M 15 f.

39. N.-C. Courakis, Introduction à l' étude de la criminalité en col blanc, in: Revue de science criminelle, 1974, 765-781: 777 f. u. ders., Réflexions sur la problématique de la criminalité en col blanc, in: Revue pénitentiaire et de droit pénal, 100 (1976), 263-278: 267 f.

40. Livio, Hist. VII. 16 -dazu: R.v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung, Basel (Benno Schwabe) 1954⁹ (1906⁵), S. 468-469; vgl. die Diskussion über die mißbräuchliche Berufung auf § 419 III BGB in: J. Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis agere), Theorie, Rechtsprechung und Gesetzgebung. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre, Zürich 1917, 269 f. u. J. Walz, Zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung, Diss Köln 1938, 55.

trug. Die vom Gesetz typischerweise gesetzte Grenze des Grundbesitzes wurde also hier durch die ungewöhnliche Verwendung einer *persona interposita*, eines Strohmannes, problemlos überschritten. Andererseits werden die Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen unter dem *normativen Aspekt* betrachtet. Hierbei geht es um Handlungen, die den unklaren oder eben sehr deskriptiven Wortlaut eines Gesetzes in Anspruch nehmen und dadurch eine vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge durch andere, von ihm nicht direkt erfaßte Begehungsweisen oder Formen, scheinbar vermeiden bzw. erschleichen. Ein klassisches Beispiel für solche Problemfälle bezieht sich auf die Manipulation eines Kaufmannes, der vor der Grenze den einzuführenden Kaviar aus den Dosen in Fässer umfüllte, um den Kaviar zu einem niedrigeren Zollsatz in das Zollinland zu bringen⁴¹.

7. Der *Unterschied* zwischen dem ersten und dem zweiten Aspekt derartiger Handlungen besteht eigentlich in dem Kontrast zwischen materieller und formeller Betrachtungsweise: Im ersten Fall versucht man das Wesen des Problems in seiner Allgemeinheit zu verstehen, im zweiten Fall dagegen richtet sich die Art der Behandlung nach einer konkreten (formellen) Gesetzesvorschrift. Verändert sich das Gesetz, sodaß es auch die problematischen Fälle z.B. durch unscharfe Tatbestände erfassen kann, so sind die Fälle normativ in concreto geregelt. Sie bleiben aber in ihrem faktischen Aspekt als untypisierte Begehungsweisen oder Formen unberührt und können bei einer Abschaffung des entsprechenden Gesetzes noch einmal auftauchen.

8. Der Unterschied in der Betrachtungsweise steht in enger Verbindung mit der *funktionellen Behandlung* der Problemfälle: Der Gesetzgeber soll bei der Regelung eines Umgehungsfalles i.w.S. von einem faktischen Gesichtspunkt ausgehen, er soll also den Fall in seinem materiellen Inhalt berücksichtigen. Der Richter soll sich dagegen auf den normativen Inhalt beschränken und untersuchen, ob der vorliegende Fall durch extensive bzw. restriktive Auslegung erfaßt werden kann. Wenn aber die gesetzliche Vorschrift eine allgemeine oder eben eine spezifizierende Schein- oder Umgehungshandlungsklausel enthält, wobei also die entsprechenden Sachverhalte ausdrücklich als Schein- oder Umgehungsgeschäfte

41. RGE St 71 (1938), 135-137 und dazu K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 25, 1976), Bd. II, 103. Aus den Gründen dieser Seltenheitswert besitzenden Entscheidung (S. 136): «Für unzulässig muß es (...) jedenfalls erachtet werden, daß der Empfänger der Ware den wirtschaftlichen Zweck des Zolltarifes dadurch zu vereiteln und die höhere Zollabgabe dadurch zu umgehen sucht, daß er jedem Handelsbrauch zuwider die Ware unmittelbar, bevor er sie in das Zollinland verbringen läßt, in einer Weise umpackt, die sie unter den geringeren Zollsatz bringt».

bezeichnet werden (z.B. in §§ 41 u. 42 AO/1977 -vgl. oben bei § 1 dieser Arbeit), so muß auch der Richter auf den materiellen Inhalt des Falles eingehen und feststellen, ob die angewandten Begehungsweisen oder Formen unangemessen sind. In Anbetracht dieser vielschichtigen Problematik ist es m.E. zumindest bedenklich, die betreffenden Fälle von vornherein als Analogie- oder als Auslegungsproblem auszumachen und die einen als echte Umgehungen i.w.S., die anderen als unechte Umgehungen i.w.S.⁴² auf das Prokrustesbett einer präetablierten Zweiteilung stellen zu wollen. Es ist vielmehr empfehlenswert, die Umgehungsfälle i.w.S. nach ihren Begriffsmerkmalen als *selbständige juristische Kategorie*⁴³ zu betrachten und erst dann sie gemäß den rechtsstaatlichen Kriterien von Art. 103 II GG rechtspolitisch bzw. rechtsdogmatisch zu überprüfen: Eine Mischform bei Betrugsdelikten (unten, § 35) ist ebensogut eine Umgehungshandlung wie die Ersatzhehlerei (unten, § 37), selbst wenn die erstere durch Auslegung erfaßt werden kann während dagegen die Erfassung der letzteren gegen das Analogieverbot verstieße.

Einen anderen Weg schlagen immer noch die Zivilrechtler ein, die die diesbezügliche Problematik in Anknüpfung an Thöl⁴⁴ als eine der Gesetzesauslegung bezeichnen⁴⁵ und nur selten die Gesetzesumgehung als eigenes Institut zur Begründung einer Rechtsfolge betrachten⁴⁶.

-
42. So etwa A. *Hensel*, Zur Dogmatik des Begriffs «Steuerumgehung», in: Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann, München/ Leipzig (Duncker & Humblot) 1923, 217-288: 244: «Die echte Steuerumgehung fängt genau dort an, wo die Auslegungskunst zu versagen beginnt». Zu den Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen Auslegung und Analogie vgl. ferner P. *Danckert*, Die Grenze zwischen der extensiven Auslegung und der Analogie im Strafrecht, Diss. Köln 1967 und aus der neueren Literatur: V. *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, Berlin (Duncker & Humblot) 1977, 127 f; R. *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin (Duncker & Humblot) 1978, 59 f; P. *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie, Berlin (Duncker & Humblot) 1979, 36 f; F. *Höpfel*, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, in: (österr) Juristische Blätter, 101 (1979), 505-517, 575-588: 514 f.
43. Vgl. dazu H. *Stöckel*, op. cit. supra (FN 24), 50, 68, 108.
44. H. *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851, 159 f -vgl. A. *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, Göttingen (O. Schwarz) 1962, 9 f.
45. So: W. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. (Das Rechtsgeschäft), Berlin/ Heidelberg/ New York (Springer) 1979³, § 20.2b= S. 409 und zust. W. *Hefermehl* in Soergel/ Siebert, BGB, Bd. I, Kohlhammer Verl. 1978, § 134, Rdnr. 52.
46. Vgl. Th. *Mayer-Maly*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I (Allg. Teil), München (C.H. Beck) 1978, § 134, Rdnr. 15: «Es geht eben nicht um eine ohnedies gebotene oder wenigstens zulässige Analogie oder Auslegung, sondern um die auf einen zusätzlichen Rechtsgedanken beruhende Absicherung eines Verbotsgesetzes gegen Umgehungsgeschäfte» -zur Diskussion siehe auch H. *Heinrichs*, in: Palandt's Kurz-

9. Bis jetzt wurden in dieser Arbeit die beiden Kategorien, *Umgehungs- und Scheinhandlungen*, einheitlich (als Umgehungshandlungen i.w.S. -vgl. oben FN 35) behandelt. Es erhebt sich nun die Frage nach deren begrifflichen Unterschied, der eventuell eine besondere Behandlung jeder Kategorie erfordert.

Nach der herkömmlichen Lehre sind die Scheinhandlungen (z.B. Begründung eines Scheinwohnsitzes: RFH v. 20.9.1934, RStBl. 35, 86) nicht ernstlich gemeint und sollen einen Tatbestand vortäuschen, der also -im Gegenteil zu den Umgehungshandlungen- nur eine Fassade darstellt (und insoweit auch gewollt ist)⁴⁷. Auch wenn sich diese Lehre auf ein schwer zu beweisendes inneres Merkmal, den ernsthaften Willen, beruft und damit an Praktikabilität mangelt, scheint sie in Anbetracht ihrer Ausarbeitung durch die zivilrechtliche Rechtsprechung ein sicheres und festes Unterscheidungskriterium auch im Strafrecht zu bieten⁴⁸.

Kommentar zum BGB, München (C.H.Beck) 1980³⁹, § 134.4= S. 108. Im *Strafrecht* wird die Umgehungsfrage allerdings als bloßes Problem der Gesetzes- bzw. Rechtsanalogie bis jetzt betrachtet -vgl. H. *Stöckel*, op. cit. supra (FN 24), 87 f und K. *Tiedemann* in LK, 1979¹⁰, § 264 Rdnr. 89= S. 297. Ähnlich ist die Lage im *Steuerrecht* (siehe die in W. *Kruse*, op. cit. supra (FN 16), S. 448 u. FN 17 angegebenen Autoren).

47. Vgl. R. *Kühn*/ A. *Kutler*/ R. *Hoffmann*, Abgabenordnung 1977 und Finanzgerichtsordnung, Kommentar, Stuttgart (Schäffer) 1977¹², § 41.2a= S. 137 und aus der älteren Literatur: W. *Wette*, Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis, Diss. Greifswald 1900; C.-H. v. *Eckartsberg*, Das Verhältnis des agere in fraudem legis zum simulierten und zum fiduziarischen Rechtsgeschäft, Diss. Rostock i.M. 1906; W. *Fuchs*, Pseudonyme Rechtsgeschäfte, in: Archiv für die Civilistische Praxis, 115 (1917), 84-124; R. *Franke*, Zur Frage des Scheincharakters der Umgehungsgeschäfte, JW 63 (1934), 1149-1151; W. *Jung*, Simulation, fiducie et fraude à la loi, in: Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel/ Paris 1952, 139-161.

In einem neueren strafrechtlichen Beschluß des BGB v. 7.11.1978 (GA 1979, 311-313: 312) wird im Anschluß an BGH Z 36 (1962), 84-91: 88 zur Unterscheidung zwischen Schein- und Umgehungshandlung darauf abgestellt, ob die Parteien zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäft erstrebten Erfolgs ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernst gemeintes Geschäft für notwendig erachtet haben (vgl. dazu U. *Huber*, op. cit. supra (FN 10), S. 794 f u. FN 23 und K. *Michaelis*, Scheingeschäfte, verdecktes Geschäft und verkleidetes Geschäft im Gesetz und in der Rechtspraxis, in Festschrift für Franz Wieacker, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 1978, 444-462: 455 f). Hierbei handelt es sich allerdings m.E. mehr um ein praktisches Rezept (wie etwa die Frankschen Formeln in der Vorsatzlehre), den Beweis für das Vorliegen der einen oder der anderen (Straf-)Tat zu beschaffen, als um ein echtes begriffliches Unterscheidungsmerkmal.

48. Zur Entwicklung dieses Kriteriums während der Zeit des Liberalismus (2. Hälfte des 19. Jahrhunderts) vgl. O. *Kuhn*, Strohmänngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen (J.C.B. Mohr) 1964, 88 f.

10. Die *praktische Bedeutung der Unterscheidung* zwischen Umgehungs- und Scheinhandlungen ist für die Beurteilung einer *außerstrafrechtlichen* Sachlage nicht zu unterschätzen: Das Scheingeschäft ist zivilrechtlich stets nichtig (§ 117 I BGB) bzw. steuerrechtlich irrelevant (§ 41 II AO 1977 -vgl. auch § 4 SubvG) und an seiner Stelle gelten -falls vorhanden- die tatsächlichen bzw. dissimulierten Verhältnisse. Das Umgehungsgeschäft ist dagegen zivilrechtlich nichtig nur, wenn der von ihm beabsichtigte Erfolg überhaupt verhindert werden soll -was durch Auslegung festzustellen ist (§ 134 BGB)⁴⁹. Darüber hinaus wird es steuerrechtlich in eine «den wirtschaftlichen Vorgängen angemessene rechtliche Gestaltung» umgedeutet (§ 42 AO)⁵⁰. Die Tragweite der Konsequenzen (Nichtigkeit, Umdeutung) ist darum jeweils verschieden.

Im Rahmen des Steuer- und Subventions*strafrechts* werden diese Unterschiede von einem anderen Merkmal, die Verschleierung von Tatsachen (unten, § 16), minimiert: sowohl die Umgehungs- als auch die Scheinhandlungen führen, soweit man sie in der offiziellen Erklärung verschweigt bzw. dissimuliert und dadurch den Behörden unvollständige oder unrichtige Angaben vorlegt, zu einer strafwürdigen Steurhinterziehung (§ 370 AO) oder zu einem Subventionsbetrug (§ 264 StGB).

Abgesehen von dieser Besonderheit kann aber die Unterscheidung zwischen Schein- und Umgehungshandlungen von gravierender praktischer Bedeutung für das Strafrecht sein: Die Scheinhandlungen enthalten ex

49. L. *Enneccerus*/ H.C. *Nipperdey*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübingen (J.C.B. Mohr) 1960¹⁰, 1161; H. *Heinrichs*, op. cit. supra (FN 46), ibid; W. *Hefermehl*, op. cit. supra (FN 45), ibid.

Ob man bei einer zivilrechtlichen Nichtigkeitserklärung der Umgehungshandlung die Rechtsfolgen der umgangenen Rechtsnorm nach sich ziehen kann («Gleichstellung») oder sie in eine dem wirtschaftlichen Gesamtsachverhalt entsprechende rechtliche Gestaltung umdeuten darf («Umdeutung»), erscheint nach § 134 BGB fragwürdig (a. M. W.*Hefermehl*, Rdnr. 56 -vgl. ferner H. *Stöckel*, op. cit. supra (FN 24), 30 f). Zur Vermeidung dieser Schwierigkeit ist eine differenzierende Regelung der Sonderbestimmungen durch den Gesetzgeber der bloßen Auslegung vorzuziehen -so: O. Fr. Frhr. v. *Gamm*, Die Gesetzesumgehung, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 1961, 259-260: 260.

50. Ausführlich dazu: J. *Riedel*, Die Steuerumgehung, Diss. Münster 1968, 99 f. Ähnlich ist die Rechtslage in der Schweiz, wo die Rechtsprechung unter dem Einfluß von E. *Blumenstein* (Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, in: ZSchwR 52 (1933), 141a - 278a) die Maßstäbe der deutschen RAO/1919 übernommen hat (BGE 59 (1933), I, 272-288: 284) und statt der von dem Betroffenen gewählten Gestaltungsmöglichkeit derjenigen zugrundelegt, welche «der sachgemässe Ausdruck des von den Beteiligten erstrebten wirtschaftlichen Zweckes gewesen wäre» (BGE 93 (1967), I, 722-728: 725).

definitione das Merkmal einer «Vorspiegelung», sodaß sie bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 263 StGB als Betrug qualifiziert werden. Die Umgehungshandlungen sind dagegen ernstlich gewollt und fallen nicht ohne weiteres unter den Tatbestand von § 263 StGB (vgl. die Diskussion über den Mißbrauch von gesetzlich bestimmten Fristen bezüglich des Inv-ZuLG bei § 32 dieser Arbeit). Ihre Bestrafung hängt vielmehr davon ab, ob sie durch faktische Betrachtungsweise der einschlägigen Vorschrift erfaßt werden können (z.B. bei Mischformen, unten § 35) bzw. ob sie zivilrechtlich oder verwaltungsrechtlich nichtig sind und ihre Nichtbeachtung (als Vorwürdigung: oben § 2 u. FN 14) strafrechtliche Folgen herbeiführt (z.B. bei Verwendung eines Strohmannes: unten §§ 22 f)⁵¹.

11. Diese erheblichen praktischen Konsequenzen bei der Unterscheidung von Schein- und Umgehungshandlungen mögen zwar relevant bei der Entscheidung eines Sachverhaltes sein, ändern aber nichts wesentliches bei der begrifflichen Erfassung und Typisierung der diesbezüglichen Fälle, die sich also immer noch nur durch den (im Einzelfall schwer festzustellenden) Grad der Vortäuschung und des nicht ernsthaften Willens unterscheiden. In diesem Hinblick scheint es darum legitim, die problematischen Fälle in einer gemeinsamen Darstellung ihrer Begriffsmerkmale zu würdigen.

Es ist nun erforderlich, die Begriffsmerkmale von Schein- und Umgehungshandlungen näher zu bestimmen. Dies ist von Bedeutung nicht nur für die Auslegung von Schein- und Umgehungshandlungsklauseln, sondern auch im allgemeinen für die Feststellung der Grenze, an der eine Handlung sich nicht mehr als erlaubt darstellt. Beim Fehlen selbst eines dieser Merkmale kann nämlich die Rechtmäßigkeit einer Handlung nicht ernstlich in Zweifel gestellt werden.

Diese Begriffsmerkmale ergeben sich hauptsächlich aus der *Definition* der Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen (oben § 6): Sie beziehen sich auf eine Handlung, die durch (faktisch) unangemessene oder (normativ) künstlich abweichende Begehungsweise bzw. Form eine von (faktisch) typisierten oder (normativ) lückenhaft bzw. unklar geregelten Fällen

51. Vgl. K. *Tiedemann*, op. cit. supra: bei FN 7, C 53 - C 54 F u bei FN 32, 281. Im letzten Fall (der Vorwürdigung) kann das *Nebenstrafrecht*, sofern seine Vorschriften durch Verweisungen auf andere Vorschriften ausgestaltet sind (vgl. H. *Kast*, Die Bezugnahme in nebenstrafrechtlichen Rechtssätzen, in: J. Rödiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/ Heidelberg/ New York (Springer) 1976, 261-272: 262; ferner: K. *Tiedemann*, op. cit. supra [FN 4], 46 f u. H.-H. *Jescheck*, op. cit. supra [FN 5], 86 f), an besondere Bedeutung gewinnen.

abhängige Rechtsfolge scheinbar vermeidet bzw. erschleicht. Ganz grob könnte man hierbei *zwei Bergiffsmerkmale* der Umgehungshandlung i.w.S. unterscheiden: Erstens eine (allgemein anerkannte oder gesetzlich erfaßte) Norm (oder Normenkomplex), die nur typische Fälle vor Augen hat und die sie in unvollständiger Weise durch Anordnung von Sanktionen oder Gewährung von Vorteilen regelt. Und zweitens eine Tätigkeit, die diese begrenzte Typisierung bzw. Unvollständigkeit der Norm auszunutzen versucht, indem eine zweckfremde (unangemessene) bzw. künstliche, von der Norm abweichende Begehungsweise oder Form geschaffen und somit die durch die Norm bestimmte Rechtsfolge entweder vermieden (wenn die Rechtsfolge belastend ist) oder auf sich gezogen wird (wenn die Rechtsfolge begünstigend ist).

12. Was die Eigenschaften der *umgangenen bzw. erschlichenen Norm* anbelangt, so muß sie zunächst einen zwingenden, vom jeweiligen Willen der Betroffenen unabhängigen Charakter haben (z.B. Wehrpflicht -vgl. § 3 I des deutschen Wehrpflichtgesetzes). Sie sollte außerdem keine Möglichkeit zur Verwirklichung eines Zieles offen lassen, denn falls es um sog. «Wegverbotsgesetze»⁵² geht, wobei das Verbot nur eine bestimmte Art und Weise zur Erreichung eines an sich tolerierten Zieles betrifft (z.B. Verwendung inhaltlich unwahrer Angaben in echten Urkunden - «schriftliche Lügen»-, die nur in öffentlichen Urkunden strafbar sind⁵³), dann kann das erstrebte Ziel durch andere Art und Weise problemlos verwirklicht werden. Darüber hinaus muß sie eine gewisse Unvollständigkeit in der Typisierung⁵⁴ der zu erfassenden Fälle aufweisen. Diese Unvollständigkeit kann entweder in einem äußerst deskriptiven oder in einem unklaren Wortlaut bestehen. Wenn z.B. eine Wuchervorschrift nur die erhöhten Zin-

52. Dazu W. *Hefermehl*, op. cit. supra (FN 45), Rdnr. 54. Die Ausdrücke «Ziel- und Wegverbotsgesetze» stammen von J. *Vetsch*, op. cit. supra (FN 40), 75, aber die Idee geht auf H. *Thöl*, op. cit. supra (FN 44), 161, J. *Kohler*, Studien über Mentalreservation und Simulation, in: Jherings Jahrbücher, 16(1878), 91-158: 144, und *Hellwig*, Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, in: Archiv für die Civilistische Praxis, 64 (1881), 369-394: 370 f, zurück.

53. *Schönke/ Schröder/ Cramer*, 1980²⁰, § 267, Rdnr. 54=S. 1758.

54. Was unter «Typisierung» zu verstehen ist, haben schon die Altgriechen (*Platon*, Der Staatsmann, 294 b u. a) und demzufolge die Römer zum Ausdruck gebracht: «Iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου: Pomponius im 25. Buch zu Sabinus= D 1, 3, 3 (=Das Recht muß abgestellt sein, wie Theophrastus meinte, auf Fälle, welche sich regelmäßig abspielen, nicht auf die, welche der allgemeinen Übung entgegen sind). Zur Rolle des Typus und der Typisierung bei der Rechtswissenschaft vgl. H.J. *Wolff*, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale, Nr. 5, 1952, 195-205; L. *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Berlin (Duncker & Humblot) 1977.

sen sanktioniert oder eben allgemein von «Gegenleistungen» spricht, dann können die findigen Gläubiger ihre Gewinnchancen mit einer Vertragsstrafe (§§ 339 f BGB -eingeschränkt durch § 11 Nr. 6 AGBG) erweitern, ohne direkt von dieser Vorschrift erfaßt zu werden⁵⁵.

Als «*Unvollständigkeit*» des Gesetzes sind nicht nur die (ungewollten) Gesetzeslücken, sondern auch die durch Auslegung erfaßbaren Unklarheiten des Wortlauts zu verstehen. Es geht also hierbei um eine Diskrepanz zwischen unklarem Wortlaut und Gesetzeszweck, was bereits in der *römischen Zeit* mit Recht als Wesen der Umgehungshandlung betrachtet wurde: Gesetzesumgeher ist «*qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*» (=welcher ohne den Worten des Gesetzes zu nahe zu treten, sich dem Sinn desselben entzieht)⁵⁶. In der neuen Zeit wurde dagegen der Begriff -wegen der von der Begriffsjurisprudenz befürworteten scharfen Trennung zwischen Auslegung und Analogie- nur als Auslegungsproblem betrachtet oder auf die Ausnutzung von Gesetzeslücken beschränkt⁵⁷.

13. Als zweites Begriffsmerkmal kommt die *Umgehungstätigkeit* in Betracht. Sie muß zunächst *unangemessen* (nicht nur ungewöhnlich⁵⁸),

55. Vgl. Cour d' Appel de Paris v. 11.3.1967, in: Semaine Juridique, 1968, II, 15334, bezüglich des Gesetzes Nr. 66-1010 v. 28.12.1966; siehe auch P. Bouzat, op. cit. supra (FN 4), 1968, 853 f. Zu ähnlichen Problemen im deutschen Strafrecht vgl. K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 25), Bd. I, S. 92-93.

56. Das ist die berühmte Definition der *fraus legis* von Paulus in D 1, 3, 29. Bekannt sind auch eine weitere Digestenstelle von Ulpianus (D 1, 3, 30) und eine Codexstelle in der *Constitutio Theodosiana et Valentiniana* (C 1, 14, 5). Ob diese loci nachträglich in die ursprüngliche Fassung eingefügt wurden, bleibt hier dahingestellt (vgl. H. Krüger/M. Kaser, *Fraus*, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 63(1943), 117-174: 140 f u. H. Honsell, *In fraudem legis agere*, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München (C.H. Beck) 1976, 111-126). Es ist allerdings schwierig zu bestreiten, daß die römischen Juristen öfters mit Umgehungsversuchen auf Anordnungen, die die Testier-, Darlehens- und Schenkungsfreiheit einschränkten (z.B. *Lex Julia et Papia Poppaea*, *Senatusconsultum Velejanum*, *Senatusconsultum Macedonianum*), konfrontiert waren und daß diese Versuche, nach den Worten Jherings, «einen Charakterzug des römischen Volkes» bildeten: R. v. Jhering, op. cit. supra (FN 40), 3. Teil, 1. Abteilung, § 57, S. 266; zur Lage im römischen Recht vgl. ferner P. Neff, *Beiträge zur Lehre von der fraus legis facta in den Digesten*, Diss. Berlin 1895 und dazu H. Krüger, in: *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht*, 24 (1897), 147 f; M. Rotondi, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911; F. Ledermann, *Die Gesetzesumgehung im römischen und bürgerlichen Recht*, Diss. Breslau 1912; L. Carraro, *Frode alla legge*, in: A. Azara/ E. Eula (Hrsg), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 7. Bd., 1961, 647-651. Zur Lage in Byzanz, vor allem in Bezug auf Handlungen zur Umgehung des Veräußerungsverbots von Klostervermögen, siehe J. Konidaris, *Das Recht des Klostervermögens vom 9. bis einschl. 12. Jahrh.*, Athener Diss. (auf Griechisch), Athen (Sakkoulas) 1979, 84 f.

57. Vgl. die oben bei FN 45 u. 46 angegebene Literatur.

58. Was ungewöhnlich ist, begründet jedenfalls noch keine Umgehung (vgl. aber § 5 RAO/1919 u. BGH v. 3.3.1960 in NJW (1960), 1057-1059: 1058).

also von der Natur der Sache und dem Gesetzeszweck her nicht berechtigt sein⁵⁹. Wann dies der Fall ist, mag vielleicht in abstracto nicht einfach zu bestimmen sein, bereitet aber in der Praxis keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Wenn jemand z.B. eine Basisgesellschaft⁶⁰ im Ausland gründen läßt, dann kann die Wahl des Sitzes und die Rechtsform der Gesellschaft tatsächlich auf wirtschaftliche (=außersteuerliche) Gründe (Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr⁶¹) zurückzuführen sein. Falls aber solche Gründe fehlen oder nicht nachweisbar sind und die Gesellschaft keine beachtliche wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet bzw. entfalten wird⁶², erhebt sich die Vermutung, daß ihre Gründung hauptsächlich von Steuerersparungsgründen motiviert wurde, was in Bezug auf den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung als unannehmbare Steuerumgehung und eventuell als Steuerhinterziehung erscheint. Es sei allerdings darauf hingewiesen, daß sich die Rechtsprechung bei der Beurteilung solcher Gründe häufig großzügig zugunsten des Täters verhält. So hat sie z.B. als berechtigten Grund auch den angeblichen Wunsch des Steuerpflichtigen anerkannt, «durch Anlagen eines kleinen Teils seines beträchtlichen Vermögens im Ausland (Einschaltung einer juristischen Person in der Schweiz) seine Familie für etwaige Krisenzeiten zu sichern»⁶³.

-
59. Nach einem schweizerischen Bundesgerichts-Entscheid v. 24.2.1950 in: Archiv für schweizerisches Abgabenrecht 10 (1950/51), 88-96: 91, ist für die Rechtmäßigkeit erforderlich, «daß die gewählte Form ein naturgemässer Ausdruck des erstrebten wirtschaftlichen Zwecks ist»; vgl. auch K. *Tipke*/ H.W. *Kruse*, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung (Kommentar), Köln (O. Schmidt) 1976⁹, § 42 Tz 13=S. 63: «Unangemessen ist eine rechtliche Gestaltung, die verständige Parteien in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts, insb. des erstrebten wirtschaftlichen Ziels (s. auch BFH BStBl. 72, 480) nicht wählen würden». Auf die Unangemessenheit der Gestaltungsmöglichkeit stellen sowohl § 42 AO/1977 als auch § 4 II SubvG ab.
60. Darunter ist eine Gesellschaft zu verstehen, deren rechtliche Sitzort vom Ort der wirtschaftlichen Haupttätigkeit verschieden ist -vgl. B. *Grossfeld*, Basisgesellschaften im internationalen Steuerrecht, Tübingen (J.C.B. Mohr) 1974, 2 f u. W. *Ryser*, La Suisse, peau de chagrin des sociétés holding et de base?, in: Archiv für schweizerisches Abgabenrecht, 47 (1978), 119-133: 119 f.
61. Vgl. BFH-Urteil v. 29.7.1976 in: Der Betrieb, 30 (1977), 147-148: 148: «Eine 'wirtschaftliche Betätigung', die einen Rechtsmißbrauch ausschließt, erfordert (...) eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, die über den Rahmen der Vermögenshaltung hinausgeht».
62. So: BFH-Urteil v. 17.7.1968 in BStBl II, 1968, 695 und letztens auch BFH-Urteil v. 29.7.1976 in BStBl II, 1977, 261-263.
63. BFH v. 21.5.1971 in: Der Betrieb, 24 (1971), 1994-1995: 1994 und dazu H. *Flick*/ F. *Wassermeyer*, Grundsatzurteil zum Oasen-Erlaß?, in: Der Betrieb, 25 (1972), 110-113; auch wenn der Angeklagte eine juristische Person im Ausland errichtet, «um sie an die Spitze eines weltweiten Konzerns zu setzen», so ist damit die Annahme einer

14. Die Umgehungstätigkeit muß zweitens künstlich sein⁶⁴ und dies setzt zwei besondere Merkmale der Handlung voraus: Umgehungsabsicht und manipuliertes Verhalten.

Erstens muß die Handlung absichtlich begangen werden. Die Absicht hat sich nicht nur auf die Begehung der Handlung, sondern auch auf die Ausnutzung der gesetzlichen Unvollständigkeit zu erstrecken (*Umgehungsabsicht*)⁶⁵. Da aber diese Absicht nicht immer leicht festzustellen ist, tendiert die steuerstrafrechtliche Rechtsprechung dazu, ihr Vorhandensein aus den äußeren Umständen (insbesondere aus dem Fehlen vernünftiger Gründe zur Vornahme der Handlung) abzuleiten⁶⁶.

Andererseits soll die Handlung in einem aktiven, *manipulierten Verhalten* bestehen. Dies bedeutet nicht bloß, daß man den ihm vom Gesetzgeber gewährten Spielraum bis an die äußere Grenze ausnützt (z.B. Einführung beim Reiseverkehr bestimmter Ausländer von Rauchtobak bis zu 500g⁶⁷), sondern daß man darüber hinaus zur Umgehung des Gesetzes *per machinationem* oder *per callidam et malitiosam interpretationem* des

Scheingründung und eines verdeckten Treuhandverhältnisses (wobei Einkommen und Vermögen der Gesellschaft den Gesellschaftern als Treugebern zuzurechnen wären), ausgeschlossen: BFH-Urteil v. 29.1.1975, in BStBl II, 1975, 553-555: 555.

64. H. *Stöckel*, op. cit. supra (FN 24), S. 23 u. FN 80.

65. Das Erfordernis einer Umgehungsabsicht ist zwar in den meisten Rechtsbereichen, etwa im Privatrecht und im Steuerrecht, unerheblich (vgl. W. *Hefermehl*, op. cit. supra (FN 45), Rdnr. 55; W. *Kruse*, op. cit. supra (FN 16), 453 u. FN 46; E. *Blumenstein*, Das subjektive Moment der Steuerumgehung, in: Archiv für schweizerisches Abgabenrecht, 18 (1949), 193-205 (Erwiderung auf J. Wackernagel); siehe auch die in H.P. *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin/ Heidelberg/ New York (Springer 1970), S. 295 u. FN 204 angegebene handelsrechtliche Literatur); es erscheint aber im Strafrecht, wo die Betroffenen unter dem Damoklesschwert einer potentiellen Bestrafung stehen, einfach unentbehrlich -vgl. RGE St 77(1944), 87-97: 93 bezüglich einer Steuerstrafsache: «Eine Steuerumgehung ist (...) aufzunehmen, wenn Formen oder Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes mißbraucht werden und das in der Absicht geschieht, dadurch die Steuerpflicht zu umgehen oder zu mindern. Für diese Absicht genügt die Vorstellung, Steuern zu sparen; diese Vorstellung braucht nicht der entscheidende oder alleinige Antrieb für die Wahl der mißbrauchten Gestaltungsmöglichkeit zu sein; es genügt vielmehr, daß sie bei dem Gestaltungsmißbrauch mitbestimmend ist». Zur Lage im spanischen Steuer(straf)recht, wobei ebenfalls ein «proposito probado de eludir el impuesto» erforderlich ist, vgl. M. *Miranda Pan*, El fraude a la ley tributaria y la legislación española, in: Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, 27 (1977), 535-552: 538 f.

66. So: BFH-Urteil v. 7.2.1975 in: Der Betrieb, 29 (1976), 1701 in fine.

67. § 48 II. 1 der Allgemeinen Zollordnung i.d.F. der Bek. v. 18.5.1970 (BGBl. I, 560).

Gesetzes handelt (vgl. §§ 234 f dtStGB: «durch List» u. Art. 405 Code pénal: «manoeuvres frauduleuses»⁶⁸), etwa wenn man eine Inszenierung betreibt (im angeführten Beispiel, wenn der Betroffene eine über die erlaubte Grenze hinausgehende Menge von Tabak mitnimmt aber die überschüssige Menge seinem minderjährigen Verwandten unterschiebt⁶⁹).

Das Erfordernis des aktiven, manipulierten Verhaltens steht begrifflich in engem Zusammenhang mit dem Merkmal des Mißbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten und kommt somit in der AO im SubvG zum Ausdruck: Die Abgabenordnung spricht in § 42 vom «Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts» und das Subventionsgesetz in § 4 II einfach vom «Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten». In beiden Fällen wird angedeutet, daß der Täter durch rechtliches oder tatsächliches Verhalten mit dem Zweck des Gesetzes in Widerspruch gerät. Das rechtliche Verhalten bezieht sich auf Rechtsverhältnisse oder Rechtsgeschäfte (z.B. Gründung einer Gesellschaft), während das tatsächliche Verhalten vielmehr auf reine wirtschaftliche Verhältnisse abstellt (als Beispiel sei der sog. Kreisverkehr im Subventionsrecht angeführt⁷⁰, bei dem man eine Ware nur dazu verwendet, nach Zufügung und Wiederausschleuderung von Substanzen unter Inanspruchnahme von Exportsubventionen ständig zu ex- und zu importieren: «Mayonnaise-Fall»⁷¹).

15. Durch diese Zweiteilung von rechtlichem und tatsächlichem Verhalten⁷² erklärt sich übrigens die Beziehung zwischen Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen und *Rechtsmißbrauch*. Letzterer versteht sich als

-
68. Der französische Begriff ist unter gewissen Gesichtspunkten vorteilhafter für den wegen Betrugs Angeklagten als die entsprechende Regelung des deutschen Rechts (§ 263 StGB), wobei die einfachste Handlung zwecks Erregung bzw. Unterhaltung eines Irrtums zur Errichtung des Betrugs-Tatbestandes führen kann -vgl. J. *Cosson* in Conseil de l' Europe (Hrsg.), op. cit. supra (FN 36), 9-12: 11.
69. Vgl. aber § 48 VI. 4 der oben (FN 67) zitierten Allgemeinen Zollordnung, wonach «die Zollfreiheit der Absätze 1 bis 4 ausgeschlossen ist für (...) Tabakerzeugnisse (...), die von Personen eingeführt werden, die nicht mindestens 15 Jahre alt sind».
70. Dazu: K. *Tiedemann*, Subventionskriminalität in der Bundesrepublik. Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen, Reinbek bei Hamburg (Rowohlt) 1974, 105 f mit weiteren Beispielen.
71. *Mayonnaise-Fall*: Mayonnaise-Herstellung unter Verwendung von Butterschmalz; nach Einfuhr der Mayonnaise zu dem günstigen Tarif für «Gewürzsoßen» wurde das Butterschmalz extrahiert und mit Butterexporterstattung wieder ausgeführt us». dazu: Bericht in *Agra-Europe* Nr. 3 v. 19.1.1971; ferner: H. *Gurski*, Außenhandelskriminalität, insbesondere die Subventionserschleichung, in: K. *Tiedemann* (Hrsg.), op. cit. supra (FN 31), 29-49: 36 u. R. *Nippoldt*, op. cit. supra (FN 25), 164 f.
72. Zu weiteren Anwendungen dieser Zweiteilung, etwa im Zivilrecht einerseits (§ 134 BGB) und im Kartellrecht andererseits (§ 38 II. 2 a.F.= § 38 I Nr. 11 n. F. GWB) vgl. R. *Belke*, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen (J.C.B. Mohr) 1966, 363, FN 5 und ferner A. *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung als Tatbestandsmerkmal des § 38 II 2 GWB, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1966, 91-96: 91f.

die Ausübung eines subjektiven Rechts in einer Weise oder in einer Richtung, die vom Gesetz nicht bewilligt wird -er kann also nur ein rechtliches Verhalten als Gegenstand haben und kommt dagegen bei tatsächlichem Verhalten nicht zur Anwendung.

Auch bei einer Ausweitung des Rechtsmißbrauchsgedankens auf objektiv-normatives Gebiet (eine Norm wird zweck- bzw. funktionswidrig benutzt: *abusus legis*)⁷³, sind die Unterschiede zum Umgehungsdenken nicht zu unterschätzen. Beide Begriffe überschneiden sich dann zwar auf dem Gebiet des Zweck-Mittel-Verhältnisses, da es in beiden Fällen um ein Mißverhältnis zwischen dem vom Gesetz gewährten Zweck einer Vorschrift und den zur Durchführung dieses Zweckes vom einzelnen angewandten Mitteln geht. Bei der Gesetzesumgehung liegt aber m.E. der Akzent mehr auf dem Merkmal des Zweckes, während dagegen der Rechtsmißbrauch das Merkmal des Mittels hervorhebt. Beim ersteren Fall taucht also die Frage nach dem «was» der Norm auf: ob die Norm in ihrem Zweck umgangen wird. Im letzteren Fall fällt dagegen vor allem das «wie» ins Gewicht, die Art und Weise, in der die Norm (oder üblicherweise: das subjektive Recht) mißbraucht wird.

Aus dieser grundsätzlichen Differenz nach der Priorität im Zweck-Mittel-Verhältnis folgen noch weitere Unterschiede, die von einzelnen Autoren betont werden: Erstens, daß der Rechtsmißbrauch aus dem Blickwinkel des Täters und seines subjektiven Rechts betrachtet wird, während bei der Gesetzesumgehung die Sache vom Standpunkt des objektiven Rechts aus gesehen wird⁷⁴. Und zweitens, daß es beim Rechtsmißbrauch um dasjenige Gesetz geht, das angewandt wird, während es bei der Gesetzesumgehung um dasjenige geht, welches in concreto außer Anwendung gesetzt wird⁷⁵.

16. In gewissen Rechtsbereichen, wie im Steuer- und Subventionsrecht, hängt die Strafbarkeit einer Gesetzesumgehung i.w.S. von einem dritten Merkmal ab. Es muß sich nämlich um eine *Verschleierung von Tat-*

-
73. A. Egger, Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, I, Einleitung u. Personenrecht, Zürich (Schulthess) 1930², Art. 2, Rdnr. 38= S. 79; A. Teichmann, op. cit. supra (FN 44), 76 m.w.N. Zur begrifflichen Bestimmung des Rechtsmißbrauchs vgl. F. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen (J.C.B. Mohr) 1956, 34 f; V. Giorgianni, L' abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano (Giuffrè) 1963; G. Michaélidès - Nouaros, L' évolution récente de la notion du droit subjectif, in: Revue trimestrielle de droit civil, 64 (1966), 216-235; N.-C. Courakis, Der Rechtsmißbrauch nach dem Privaten und dem Öffentlichen Recht (auf Griechisch), Athen (Sakkoulas) 1978; B. Rebe, Der Wandel des Mißbrauchsbegriffs als Ausdruck eines veränderten Rechtsdenkens, in: Juristische Arbeitsblätter, 9 (1977), 6-11.
74. So: A. Ligeropoulos, Le problème de la fraude à la loi, Paris (Sirey) 1928, 147 u. A. Siegwart, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Rektoratsrede, Freiburg i.d. Schw. 1936, 29.
75. So: D. Maday, Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationsrecht, Diss. Bern 1941, 33 u. R. Nippoldt, op. cit. supra (FN 25), 223; vgl. G. Maridakis, Réflexions sur la question de la fraude à la loi d' après le droit international privé, in: Mélanges offerts à J. Maury, Bd. I, Paris 1960, 231-242: 234.

sachen bei den Behörden, aus denen sich die Umgehung ergeben kann, handeln⁷⁶. Die Einführung in das deutsche Strafgesetzbuch eines entsprechenden Tatbestandes, der die verschleierte Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen bei Gewährung von Subventionen unter Strafe stellen würde, ist sogar von der zuständigen Unterkommission I der Sachverständigen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und danach von der Sachverständigenkommission selbst befürwortet worden⁷⁷. Dieser Lösung wurde dennoch letztlich aus Rechtssicherheitswägungen eine andere vorgezogen, und zwar die Erklärung der Subventionsumgehung in einer verwaltungsrechtlichen Regelung als Offenbarungspflicht (§§ 3, 4 SubvG) und die weitere Bestrafung der Verletzung dieser Pflicht wegen Subventionsbetruges (§ 264 I Nr. 2 StGB)⁷⁸. Dabei ist allerdings zu

76. Zur Lage im heutigen Steuerstrafrecht bezüglich der alten (und in die AO 1977 nicht übernommenen) Vorschrift über die sog. *unehrliche Steuerumgehung* (§ 359 IV AO 1919; § 396 IV RAO 1931) vgl. K. Franzen/ B. Gast-deHaan/ E. Samson, *Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten*, München (C.H. Beck) 1978², § 370 AO Rdnr. 105= S. 234; W. Kruse, op. cit. supra (FN 16), 451 f; K. Tipke/ W. Kruse, op. cit. supra (FN 59), § 42 AO Tz 21= S. 68; vgl. J. Gauthier, *Fraude fiscale et droit pénal*, in: SchwZStR 1979, 264-294. Mit einem Fall strafrechtlicher Steuerumgehung hat sich in der letzten Zeit die (nicht veröffentlichte) Entscheidung des BGH 1 StR 574/78 v. 9.1.1978 befaßt: Verurteilung zu zwei Jahren und fünf Monaten eines Kaufmannes, der die Gewinne seiner Handelsgesellschaft in Liechtenstein auf sein Privatkonto überweisen ließ, ohne sie jedoch in den Steuererklärungen anzugeben (versuchte Hinterziehung von Einkommen- und Gewerbesteuer, Betrug).
77. Der Text des von der Sachverständigenkommission empfohlenen Gesetzesentwurfes zur strafrechtlichen Erfassung der Subventionserschleichung (vgl. auch § 201 III AE, BT) lautete wie folgt: «Nach Absatz 1 wird auch bestraft, wer im Zusammenhang mit einer beantragten oder bewilligten Subvention eine dem Subventionszweck widersprechende Umgehungshandlung vornimmt, ohne dies einer in Absatz 1 bezeichneten Stellen mitzuteilen. Eine solche Umgehungshandlung liegt namentlich vor, wenn die Voraussetzungen der Leistungsbewilligung in einer dem Subventionszweck widersprechenden Weise künstlich geschaffen werden»; siehe: Bundesministerium der Justiz, *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Erster Teilbericht der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bonn, Juni 1976, S. 72. Zum Regelungsvorschlag der Unterkommission I siehe die erläuternden Ausführungen *Tiedemanns* in seinem diesbezüglichen Referat (op. cit. supra (FN 6), 32 f) und in den Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform am 17. und 18.2.1976 (BT, 7. Wahlperiode, 79. u. 80. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, S. 2471, 2476). Vgl. weiter K. *Tiedemann*, op. cit. supra: (FN 70), 342 f u. (FN 32), 286 f.
78. Dazu: H. *Stöckel*, op. cit. supra (FN 24: 1977) u. V. *Götz*, *Subvention und subventionserhebliche Tatsachen*, in: *Festschrift für Franz Schad*, Düsseldorf (Verlag Deutsche Wohnungswirtschaft) 1978, 225-239. Letztere Lösung erscheint rechtsstaatlich bedenkenfrei, denn, auch wenn das Gesetzlichkeitsprinzip nicht nur die Strafnorm selbst betrifft, sondern auch die sich im verwaltungsrechtlichen Vorfeld befindende Regelung (a.A. *Stöckel*, *ibid*, 137), so ist die Generalklausurartigkeit einer

beachten, daß die Verschleierung an sich keinen Bestandteil des Umgehungs- bzw. Scheinhandlungsbegriffs darstellt, obwohl sie häufig mit seinen Erscheinungsformen verbunden ist⁷⁹. So gibt es strafrechtliche (lato sensu) Vorschriften, wie z.B. im Kartellrecht und im Güterkraftverkehrsrecht (oben § 1 u. FN 2-3), die bereits die schlichte Umgehungshandlung sanktionieren.

17. Bei der Begriffsaufklärung der Umgehungs- bzw. Scheinhandlungen sind hierbei zwei *weitere Gesichtspunkte* hervorzuheben.

Einerseits besteht in der Beurteilung einer Umgehungshandlung i.w.S. *kein moralischer Vorwurf*⁸⁰. Der Begriff bestimmt sich zwar von der Sozialethik und bildet als solche einen allgemeinen Rechtsgedanken - mindestens des öffentlichen Rechts^{80a}. Seine Bewertung wird jedoch erst aufgrund sachlicher und wertneutraler Kriterien vorgenommen. Damit soll die Frage beantwortet werden, ob die vorgenommene Handlung mit dem vom konkreten Gesetz (nicht etwa von der allgemeinen Rechtsordnung: umstr.⁸¹) verfolgten Zweck im Widerspruch steht. Erschleicht jemand bsw. durch die nur vorübergehende Ausfuhr von Waren aus EG-Staaten in Drittländer, für die ein besonders hoher Prozentsatz von Erstattungen gewährt wird, Subventionen⁸², so mag seine Handlung gegen moralische Prinzipien verstoßen, seine Aburteilung erfolgt aber ausschließlich nach juristischen Kriterien. Hierbei ist zu untersuchen ob diese Handlung dem Subventionszweck entspricht (§ 4 II SubvG)⁸³ oder (auf europarechtlicher Ebene) ob sie unter die im EG-Marktordnungsrecht gebrauchten Merkmale «Verbrauchsland» bzw. «Ausfuhr von Waren» fällt⁸⁴.

Umgebungsvorschrift wegen der technologischen Spezifität der Materie berechtigt (so: H. Jung, op. cit. supra (FN 7), 10).

79. N.-C. Courakis, op. cit. supra (FN 39: 1974), 755 f.

80. So: A. Hensel, op. cit. supra (FN 42), 231 u. W. Kruse, op. cit. supra (FN 16), 449 f.

80a Vgl. K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 7), C 54

81. Zust. K. Tipke, op. cit. supra (FN 30), 518 u. FN 20 m.w.H. auf die sich in anderer Richtung bewegende Rechtsprechung des BFH; vgl. auch die Diskussion anlässlich der Subventionsrechts-Reform in: Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts, 4. Arbeitstagung in der Zeit v. 24. bis 28.9.1973 in Bad Kreuznach, Bonn 1973, 55 f.

82. Dazu: K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 70), 97 f, 122 f u. ders., Kriminologische und kriminalistische Aspekte der Subventionserschleichung, in: Grundlagen der Kriminalistik (periodische Ausgabe), Bd. 13/1, 1974, 19-154: Vgl. auch BGH, Urteil v. 27.8.1974, in: JZ, 30 (1975), 183-185 m. Anm. v. K. Tiedemann (S. 185-187).

83. Zur Feststellung des Subventionszweckes sub specie des Verwaltungsrechts vgl. K. Vogel, Begrenzung von Subventionen durch ihren Zweck, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen (J.C.B. Mohr) 1977, 539-554.

84. Vgl. K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 31: 1976), 89 f u. E. Diemer-Nikolaus, op. cit. supra (FN 37), 35 f; auch: R. Nippoldt, op. cit. supra (FN 25), 115 f.

18. Der zweite Gesichtspunkt betrifft das Ausmaß der Anwendung einer Erfassung von Umgehungs- und Scheinhandlungen. Grundsätzlich soll die Erfassung *nur in Ausnahmefällen* als «Notventil» übernommen werden, also nur in Fällen, die ganz offenbar eine Zweckvereitelung des Gesetzes beabsichtigen und bei denen, gemäß der eindrucksvollen Metapher von Engisch⁸⁵, das gesetzte Recht «nach einer Ausnahme schreitet»⁸⁶. Wo dagegen das Gesetz selbst ausdrücklich (z.B. bei Wegverbotsgesetzen -oben § 12 u. FN 52) oder stillschweigend (sog. gewollte Gesetzeslücken) den rechtsfreien Raum des Bürgers bestimmt⁸⁷, dann sollte der Umgehungsgedanke auch in Grenzfällen keine Anwendung finden⁸⁸. Gemeint ist u.a. der Fall, in dem das Gesetz eine zahlenmäßige Grenze setzt (z.B. im Zollrecht oder im Preisstrafrecht): die volle Ausnutzung dieser Möglichkeit erscheint, wie gesagt (oben, § 14 u. FN 67), einwandfrei. Ähnliches gilt, wenn der vom Täter erstrebte materielle Rechtserfolg von dem vom Gesetz vorgesehenen Erfolg im wesentlichen abweicht⁸⁹. Dies gilt bsw., wenn beim Berufsverbot (§ 145 c StGB) oder beim Mißbrauch von Berufsbezeichnungen (§ 132 a StGB) eine Tätigkeit

-
85. K. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz (Kohlhammer) 1977⁷, VII.1.2 = S. 144.
86. Unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtswidrigkeit könnte hierbei von einer «unerträglichen Verletzung der Gemeinschaftsordnung» die Rede sein so: H-H. *Jescheck*, op. cit. supra (FN 5), § 24.1.2 = S. 186; ähnlich bereits R. v. *Jhering*, Der Zweck im Recht, I. Bd. Leipzig 1916⁵, 339 f = in: W. Maihofer (Hrsg.), Begriff und Wesen des Rechts, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, WdF Nr. LXXIX) 1973, 176-207: 193 f u. A. Graf zu *Dohna*, Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsarchiv, 30 (1925), 240.
87. Vgl. dazu H-J. *Hirsch*, Strafrecht und rechtsfreier Raum, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München (C.H. Beck) 1979, 89-115, wobei der rechtsfreie Raum als ein tertium zwischen «rechtswidrig» und «rechtmäßig» diskutiert wird.
88. So auch im Steuer(straf)recht: E. *Höhn*, Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, in Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht, 46 (1977), 145-165: 149 (Beispiel: Austritt aus der Landeskirche, um Kirchensteuern einzusparen). In solchen Fällen kann man von «Gesetzesumgehung» nicht reden, selbst wenn das Motiv des Handelns in der Absicht besteht, sich einen Steuervorteil zu verschaffen -vgl. E. *Blumenstein*, Steuerumgehung und Steuerhinterziehung, in: Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht, 14 (1946), 273-284: 283.
89. O Fr. Frhr. v. *Gamm*, op. cit. supra (FN 49), 260 und bereits A. *Ligeropoulos*, op. cit. supra (FN 74), 108 f. Der Erwerb eines Anwaltspatentes in einem schweizerischen Kanton, welcher zwar leichtere Bedingungen aufstellt, aber auch geringere Arbeitsmöglichkeiten verspricht, könnte also unter diesem Aspekt nicht als Gesetzesumgehung betrachtet werden. Anders ist aber der Fall zu beurteilen, wenn die Erlangung eines solchen Anwaltspatentes das Recht gibt, den Beruf im ganzen Land auszuüben (vgl. schwBGE 84 (1958), I, 24-29: 27 und ferner J. *Vetsch*, op. cit. supra (FN 40), 237 f u. A. *Siegwart*, op. cit. (FN 74), 20).

ausgeübt wird, die mit der verbotenen bzw. mit der unter bestimmten Voraussetzungen erlaubten nicht übereinstimmt (so z. B. die französische Rechtsprechung bezüglich der Bezeichnung «Praxis für juristische und steuerliche Studien» statt des normalen «juristischer und Steuerberater»⁹⁰. Eine Ausnahme dieser Regel erscheint jedenfalls empfehlenswert, -dies wird z.B. schon in § 132 a II StGB vorgesehen-, wenn die gewählte Bezeichnung der verbotenen «zum Verwechseln ähnlich» ist. Diese sog. «Irreführungs-Formel» wird ebenfalls im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 4 UWG)⁹¹, im Weingesetz (§ 46 WeinG) und im Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens (§ 3 HeilwWerbG) ausdrücklich mit Strafe belegt.

19. Bei der *rechtspolitischen Bewertung* des Umgehungsproblems i.w.S. ist außerdem zu beachten, daß die betreffende Handlungsweise in manchen Fällen die einzige Möglichkeit ist, ein hartes oder veraltetes Gesetz zu überwinden. Dies trifft z.B. bei der Umgehung des nationalsozialistischen Blutschutzgesetzes⁹² oder des früheren Abtreibungsparagrafen⁹³ durch Reisen in Länder mit anderen (milderen) Regelungen.

II. BESONDERER TEIL

C. Die kriminalpolitischen Problemfelder beim strafrechtlichen Umgang mit den Umgehungs- und Scheinhandlungen

20. Die bisherigen Darlegungen erlauben es nun, eine *Phänomenologie* der wichtigsten faktischen Umgehungs- und Scheinhandlungsformen zu versuchen und aufgrund dieser Klassifizierung die legislative bzw. richterliche Behandlung dieser Formen im einzelnen zu untersuchen.

Die *Erscheinungsformen* der Umgehungs- und Scheinhandlungen (an-

90. Cour d' Angers v. 28.10.1976 in: Gazette du Palais, 1977, 165 und dazu P. Bouzat, op. cit. (FN 4), 1977, 603-604.

91. Dazu: E.-J. Lampe, Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung (§ 4 UWG), in: Festschrift für Richard Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin/ New York (de Gruyter) 1976, 455-475 u. K. Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, Karlsruhe (C.F. Müller) 1976, 32 f. Zu den verschiedenen Formen der wettbewerblichen Irreführung siehe: W. Nordemann, Wettbewerbsrecht, Bonn (Stollfuß) 1977², Rdnr. 51 f, S. 38 f.

92. RGE St 72 (1939), 91-96 (Bejahung einer strafbaren Gesetzesumgehung) -vgl. auch: A. Gritt/ H. Linden/ F. Maßseller, Blutschutz und Ehegesundheitsgesetz, München (Lehmann) 1937, 99-100; E. Kohlrausch, Rassenverrat im Ausland, in: ZAKRD 1938, 335-338; ders., Die Strafbarkeit der Umgehung des Blutschutzgesetzes, ZAKRD 1941, 185-188.

93. Vgl. aber jetzt § 5 Nr. 9 StGB und dazu W. Zieher, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, Berlin (Duncker & Humblot) 1977, 136 f.

ders: Umgehungshandlungen i.w.S.) bestehen zunächst in einer (tatsächlichen) *Manipulation des Sachverhaltes* und zwar bezüglich:

- >des Rechtssubjektes (Einschaltung einer dritten juristischen oder natürlichen Person),
- >des Ortes (Verlegung des Wohnsitzes z.B. auf sog. Steueroasen),
- >der Zeit (Mißbrauch einer Frist bsw. bei Antragstellung einer Subvention),
- >des zu schützenden Rechtsobjektes (Einwirken auf seine Merkmale durch Herbeiführung von Grenzfällen -z.B. gemischte Verträge beim Betrug), oder
- >der übrigen Umstände (im allgemeinen die Inszenierung eines für der Täter günstigen Sachverhaltes, z.B. bei Notwehrprovokation).

Die in Frage kommenden Erscheinungsformen können sich andererseits als (juristische) *Manipulation einer Rechtsnorm* darstellen und zwar:

- >entweder als Tarnbezeichnung einer sonst pönalisierten Sachlage (z.B. Bezeichnung des Schmiergeldes als «Weihnachtsgeschenk», um der Anwendung des Bestechungsparagraphen zu entgehen⁹⁴)
- >oder als zweckentfremdeter Mißbrauch dieser Norm (z.B. sog. Bürgerrechtsehen, die zwecks Vermeidung einer drohenden Auslieferung oder Ausweisung an das Heimatland geschlossen wurden).

Diese Fallgruppen können auch in Verbindung miteinander auftreten (z.B. Gründung einer Briefkastengesellschaft im Ausland durch Strohänner, die mit Hilfe einer Scheinveräußerung des Grundkapitals durchgeführt wird). So können diese Fallgruppen auch entsprechend dem Grad der Vortäuschung und des nicht ernsthaften Willens zur Vornahme einer Aktivität (oben, § 9) entweder Schein- oder Umgehungshandlungen sein. Als Beispiel sei auf die Unterscheidung zwischen Briefkasten- und Basisgesellschaften hingewiesen, bei deren Bestimmung die Grenzen jedoch meist fließend sind⁹⁵. In der Praxis tauchen diese Erscheinungsformen besonders im Bereich der Aktivität von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) -oder in der Schweiz im Rahmen der Aktiengesellschaften⁹⁶ - auf, was mit der Flexibilität und Anonymität dieser Firmenkategorien zu erklären ist. Nicht ohne Grund bezeichnet man häufig diese Kategorien an sich als Kriminalitätsfaktor⁹⁷.

94. Dazu *Schönke/ Schröder/ Cramer*, 1980²⁰, § 331, Rdnr. 55= S. 1953.

95. Schwierigkeiten bestehen ebenfalls bei der Abgrenzung dieser Firmenkategorien von den anderen (gesetzlich anerkannten) Rechtsformen von Handelsgesellschaften etwa bei Treuhandverhältnissen, die als legitim betrachtet werden -vgl. BFH-Urteil v. 21.5.1971 in: *Der Betrieb* 24 (1971), 1994-1995 und BFH-Urteil v. 29.1.1975 in *BStBl. II*, 1975, 553-555.

96. Vgl. A. *Hirsch*, Die Errichtung einer Tochtergesellschaft in der Schweiz, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 7 (1978), 750-763: 750 f.

97. So: K. *Tiedemann*, Handelsgesellschaften und Strafrecht: Eine vergleichende Bestand-

Die Bedeutung der GmbH und ähnlicher Rechtsformen für die Wirtschaftskriminalität ergibt sich u.a. aus den Angaben der (nicht veröffentlichten) Forschungsberichte eines ständigen Projekts des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht «über die bundesweite Erfassung von Wirtschaftsstraftaten nach einheitlichen Gesichtspunkten» (Leitung: Professor Dr. G. Kaiser unter Mitwirkung von F. -H. Berckhauer und K.-H. Liebl). An der Gesamtzahl der eingeleiteten Strafverfahren wegen Wirtschaftsdelikte i.S.d. § 74 c GVG waren die GmbH 1974 zu 18,9%, 1975 zu 22,2%, 1976 zu 24,4%, 1977 zu 27,7% und 1978 zu 29,7% beteiligt (durchschnittliche Beteiligung: 24,6%; durchschnittlicher Zuwachs der Kriminalitätsbelastung: 18,4%), während sich die Anzahl der GmbH im Vergleich zu den anderen Rechtsformen von Unternehmen in dieser Zeit auf weniger als 6% beläuft und jährlich (durchschnittlich) um etwa 12,5% wächst. Wichtig hierbei erscheint insb. die Rolle der Briefkasten- und Basisgesellschaften, selbst wenn die ersteren zugunsten der letzteren in den vorgangenen zehn Jahren (vor allem auf multinationaler Ebene) an Gewicht verloren haben⁹⁸.

21. Es fragt sich nun, wie Gesetzgebung und Rechtsprechung zu diesen faktischen Erscheinungsformen von Schein- und insb. von Umgehungshandlungen stehen. Kann man von einheitlichen Lösungen oder mindestens von allgemeinen Tendenzen sprechen? Die Antwort auf diese Fragen bedarf zunächst einer ausführlicheren - wenn auch nur im Ansatz mögliche- Untersuchung der legis criminalis latae im einzelnen:

(a) Manipulation des Sachverhaltes

22. (aa) **Einschaltung einer dritten Person - Die Strohmanns-Problematik.** Das Gesetz selbst sieht diese Möglichkeit in einigen besonders typischen Fällen vor, etwa beim Verstoß gegen das Berufsverbot (§ 145 c StGB: «... oder durch einen anderen für sich ausüben läßt» -ähnlich Art 11 IV der griechischen Gesetzesverordnung Nr. 743 v. 4.) 10.12.1970 über die Betäubungsmittel), beim Wucher (§ 302 a StGB: «... Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt»⁹⁹), beim Verbreiten von

aufnahme, in: Festschrift für Thomas Würtenberger, Berlin (Duncker & Humblot) 1977, 241-256: 241 f. Zur Lage in den U.S.A. vgl. *ders.*, Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland (Reihe: Recht und Staat, Nr. 480/481), Tübingen (J.C.B. Mohr) 1978, S. 38-39 u. FN 70-71, S. 43; zur Lage in Frankreich siehe *ders.*, Phénoménologie des infractions économiques, in: Conseil de l' Europe (Hrsg.), Aspects criminologiques de la délinquance d' affaires, 12^e Conférence de directeurs d' Instituts de recherches criminologiques (Strasbourg, 15.-18.11.1976), Strasbourg 1978, 218-272: 243.

98. Dazu: K. *Tiedemann* (Hrsg.), Multinationale Unternehmen und Strafrecht, Beiträge zum Problem der Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr, Köln/Berlin/ Bonn/ München (Heymanns) 1980, 54.

99. Ähnliche Vorschriften treten auch in anderen Rechtsordnungen auf. So sind etwa in Frankreich als Täter eines einfachen Bankrotts auch diejenigen zu betrachten, welche

Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86 I.2 StGB: «...oder...festgestellt ist, daß sie Ersatzorganisation einer solchen verbotenen Vereinigung ist») oder bei Gewährung eines Kredits (§ 15 I.6 des Gesetzes über das Kreditwesen v. 10.7.1961: Handeln für einen anderen)¹⁰⁰. Weiterhin wird in § 14 StGB und in § 9 OWiG («Handeln für einen anderen») die früher umstrittene Frage nach der sog. Organ- und Vertreterhaftung bei Delikten, die ein besonderes Tätermerkmal voraussetzen, geregelt (vor allem vertretungsberechtigte Organe juristischer Personen und die Mitglieder solcher Organe). Diese Regelungen werden in Absatz III durch eine Vorschrift ergänzt, die von zentraler Bedeutung für die Erfassung von Umgehungshandlungen i.w.S. sein kann: Sie gelten auch dann, «wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist» (z.B. wegen Formmangels). Es genügt für die Anwendung der Vorschrift die Faktizität der Vertreter- oder Beauftragtenstellung¹⁰¹. Wo es allerdings auch an dieser Faktizität fehlt, wie bei der Bestellung eines Strohmannes, der die Pflichten nur scheinbar übernimmt, kann nach vorwiegender Meinung¹⁰² auch mit Hilfe dieser Vorschrift eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht begründet werden

23. Die Bedeutung der Regelung über das «Handeln für einen anderen» nach § 9 OWiG erscheint im Bereich des *Steuerrechts* nicht unerheblich.

die Gesellschaft «directement ou par personne interposée, (...) sous le couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux» verwaltet haben und in dieser Eigenschaft wider Treu und Glauben bestimmte Bankrotthandlungen begangen haben (Art. 131 der Loi N° 67-563 v. 13.7.1967 - vgl. auch die gleichlautende Formulierung des Art. 19 der Loi N° 70 - 1300 v. 31.12.1970 bezüglich von Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, die berechtigt sind, öffentlichen Aufruf an die Sparer zur Zeichnung zu betätigen).

100. Zu den Einzelheiten dieses Gesetzes vom strafrechtlichen Gesichtspunkt aus gesehen vgl. K. *Tiedemann/ J. Cosson*, Straftaten und Strafrecht im deutschen und französischen Bank- und Kreditwesen, Köln/ Berlin/ Bonn/ München (Heymanns) 1973, 7 f.
101. Tiedemann bezeichnet mit Recht diese Vorschrift (in ihrer alten Fassung: § 50 a III StGB a.F.) als eine «partielle Institutionalisierung der tatsächlichen Betrachtungsweise» (K. *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zum Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen: J.C.B. Mohr 1969, S. 59). In anderen Ländern, wie etwa in Griechenland, wo es keine solche Regelung gibt (vgl. aber Art. 2 II des griech. Notgesetzes Nr. 710 v. 7/7.12.1945 über den Schutz von Geld und Wertzeichen), werden judikatorisch als strafrechtlich verantwortlich diejenigen natürlichen Personen betrachtet, die als Vertreter der juristischen Person gehandelt haben; so: Areopag Nr. 73/1959 in *Poinika Chronika* 9 (1959), 337-339 u. Areopag. Nr. 260/1961, *ibid* 11 (1961), 540-541; vgl. N. *Chorafas/ K. Stamatis*, Strafrecht, I. Bd., Athen (A. Sakkoulas) 1978⁹, § 29= S. 112 f u. FN 1.

Man rechnet als besondere Tätermerkmale auch die Stellung als Arbeitgeber, Geschäftsführer (einer juristischen Person), gesetzlicher Vertreter (vor allem Eltern und Vormund) u.ä., und dies selbst wenn das Vertretungsbefugnis- oder das Auftragsverhältnis unwirksam ist¹⁰³.

Eine besondere Bedeutung hat die Regelung ebenfalls in ihrer strafrechtlichen Form i.e.S. (§ 14 StGB) beim *Konkurs der Handelsgesellschaften*. Die in dieser Vorschrift genannten Organe und Vertreter können in der Tat potentielle Täter des Bankrotts ihrer Gesellschaft sein. Die Rechtsprechung verlangt jedoch hierbei eine wichtige Voraussetzung. Der (förmlich bestellte oder tatsächliche) Geschäftsführer einer Handelsgesellschaft und zwar einer GmbH oder sogar einer GmbH & Co. KG kann die in § 283 StGB bezeichneten Tatbestände des (betrügerischen) Bankrotts nur durch solche Handlungen erfüllen, die er für die Gesellschaft (und zumindest auch¹ in deren Interesse vornimmt. Handlungen des Geschäftsführers zum Nachteil der Gesellschaft (z.B. Beiseiteschaffen von Vermögensstücken durch Untreue) fallen nicht unter § 283. Dies kann auch der Fall sein, wenn der Geschäftsführer, der Gesellschaftsgelder veruntreut, sämtliche Geschäftsanteile besitzt (Einmann-GmbH: zivilrechtlich als legitim anerkannt¹⁰⁴)¹⁰⁵. Letzteres ist allerdings zweifelhaft und wird von einem Teil der Rechtsprechung nicht anerkannt, denn sonst könnte der Täter ein der GmbH gewährtes kapitalersetzendes «Darlehen» an sich fiktiv «zurückzahlen», ohne von § 283 I.1 erfaßt zu werden¹⁰⁶.

24. Die Erfassung der Einschaltung von dritten Personen durch die Rechtsprechung ist in vielen Fällen vorwiegend an kriminalpolitischen

102. C. Roxin, in LK 1979¹⁰, § 14, Rdnr. 44= S. 100; *Schönke/ Schröder/ Lenckner*, 1980²⁰, § 14, Rdhr. 48= S. 195; siehe nunmehr auch § 32 a GmbHG i.d.F. v. 4.7.1980, wonach solche Umgehungen handelsrechtlich durch konkrete und generalklausurartige Vorschriften erfaßt werden.

103. So: K. *Franzen/ B. Gast-deHaan/ E. Samson*, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, München (C.H. Beck) 1978², § 377, Rdnr. 22-24= S. 475-476. Ähnliches gilt in Frankreich -vgl. einige Hinweise auf die französische Rechtsprechung über die sog. «dirigeants de fait» in J. *Cosson*, «Fraude Fiscale», in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Bd. III, Paris (Dalloz), Lieferung v. 1.8.1975, Nos 49-50, 64=S. 4-5. Zur Lage in Griechenland siehe Art 48 der Steuerordnung über die Buchhaltung (Kodix Forologikón Stoicheion) i.d.Bek. v. 4.2.1977.

104. Die Einmann-GmbH ist nunmehr nach § 1 GmbHG i.d.F. v. 4.7.1980 eine handelsrechtlich zulässige Rechtsform. Auch in dem früheren Recht mußte ihre Gründung zwar durch mindestens zwei Gesellschafter erfolgen, dabei war jedoch die Verwendung eines Strohmannes erlaubt, soweit letzterer nicht zum Schein handelte ;vgl. BGHE Z 21 (1956), 378-384 u. ferner H. *Brönner/ H.-J. Rux/ W. Tismer*, Die GmbH & Co KG in Recht und Praxis, Freiburg i. Br. (R. Haufe) 1972², 48-49. Anders Art. 44 I e des griech. GmbHG v. 1955, wonach die Einmann-GmbH kraft richterlicher Entscheidung aufgelöst wird.

105. BGH St. v. 7.11.1978 in GA 1979, 311-313 -vgl. auch BGH St v. 4.4.1979 in BGHE St 28 (1979), 371-380: 372.

106. Vgl. *Schönke/ Schröder/ Stree*, 1980²⁰, § 283, Rdnr. 4 a = S. 1796-1797 und die dort angeführte Literatur.

Gedanken orientiert. Beim *Versicherungsbetrug* (§ 265 StGB) wurde angenommen, daß eine betrügerische Absicht i.S. des § 265 StGB auch dann vorliegt, wenn ein anderer als der Versicherte (z.B. Ehemann) durch Täuschung die Auszahlung der Versicherungssumme erzielen will, um daraus einen materiell unberechtigten Vorteil zu gewinnen¹⁰⁷. Diese Auffassung unterlag früher starker Kritik, da nach § 61 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)¹⁰⁸ ein Haftungsausschluß des Versicherers nur bei schuldhafter¹⁰⁹ Herbeiführung des Unfalls seitens des Versicherungsnehmers, nicht aber seitens anderer Personen gegeben ist. Im Ergebnis erwirbt im letzten Fall der Versicherungsnehmer einen zivilrechtlich mangelfreien Versicherungsanspruch, der nicht als rechtswidriger Vorteil i.S.v. § 263 bezeichnet werden kann¹¹⁰. Zur Ausfüllung dieser Lücke verwendet die neue Rechtsprechung in bezug auf § 61 VVG eine faktische Betrachtungsweise und hält es für ausreichend, wenn der Täter als der «wahre wirtschaftlich Versicherte» (BGH 1 StR 127/75 v. 24.6.1975) bzw. als Repräsentant des Versicherungsnehmers gehandelt hat, etwa wenn der Ehemann den seiner Frau gehörenden Betrieb anzündet, dessen Geschäfte er tatsächlich führt (BGH St v. 7.9.1976 in NJW 1976, 2271-2272 u. in JR 1977, 390-391 mit Anmerkung *Gösse*). Es wird folglich angenommen, daß die Versicherungsnehmerin den Unfall wie eigenes Verschulden zu vertreten hat (BGH 1 StR 127/75 v. 24.6.1975).

25. Ähnliche Probleme ergeben sich bezüglich der *Konkursdelikte von natürlichen Personen*. Wie oben (§ 2 u. FN 11-12) gesagt, tendiert die Rechtsprechung in diesem Bereich dazu, die Zahlungseinstellung nach dem wirklichen Sachverhalt, nicht nach einem mit diesem im Widerspruch stehenden Schein, zu beurteilen. Dementsprechend wird der Hintermann in allen Fällen als Schuldner betrachtet und eventuell auch der Strohmann, sofern er die Interessen der Gläubiger nicht nach besten Kräften wahr¹¹¹.

107. OLG Celle v. 8.3.1950 in SJZ 5 (1950), Sp. 682-683 mit daran angeschlossener (ibid, Sp. 683-687) Anmerkung v. P. *Bockelmann*.

108. Zu § 61 VVG vgl. H. *Möller*, Ausstrahlungen des § 61 VVG auf Haftungsverhältnisse, in: Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, Karlsruhe (Verlag Versicherungswirtschaft e.V.) 1978, 251-266. Weiter gefaßt ist Art. 207 II grHGB, der nach einer Meinung (A. *Argyriadis*, Leitfaden des Versicherungsrechts, Thessaloniki: P. Sakkoulas 1976 [auf Griechisch], § 12.11.2a= S. 71) sogar auf jeden Vertreter des Versicherten angewandt werden kann.

109. «Vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit».

110. Siehe die diesbezügliche Diskussion in: *Schönke/ Schröder/ Lenckner*, 1980²⁰, § 265, Rdnr. 11-12=S. 1716 u. *Lackner*, in LK 1979¹⁰, § 265, Rdnr. 6=S. 322 f.

111. Vgl. G. *Müller*, Der Tatbestand des einfachen Bankrotts, Diss. Köln 1965, S. 5 m.w.N.

Dies aber erscheint, wie Tiedemann¹¹² bemerkt, rechtsstaatlich bedenklich. Das Gesetz setzt in § 283 VI StGB voraus, daß der Täter «*seine* Zahlungen eingestellt hat oder über *sein* Vermögen das Konkursverfahren eröffnet (...) worden ist». Abgesehen vom zweiten Fall (der Konkursöffnung), bei dem das Vermögen des Täters auf das Vermögen des formal bestellten Geschäftsinhabers zurückzuführen ist, pflegen Rechtsprechung und Lehre bezüglich des ersten Falles (der Zahlungseinstellung) über den Wortlaut des Gesetzes hinaus zu gehen und als «*seine*» Zahlungen nach dem «*wirklichen Sachverhalt*»¹¹³ auch diejenigen des Hintermannes zu betrachten¹¹⁴. Diese faktische Betrachtungsweise erfaßt notwendigerweise auch die sog. Bankrotthandlungen des § 283 (z.B. Beiseiteschaffen «*seiner*» Vermögensstücke [scil.: des Täters]), die mit der objektiven Strafbarkeitsbedingung der Zahlungseinstellung in Verbindung stehen. Ein Argument für diese doppelte Erweiterung des gesetzlichen Wortlauts könnte evtl. im früheren Wortlaut der § 239 KO zu sehen sein, der vom «Schuldner» sprach, also auf den zivilrechtlichen Begriff der § 241 f. BGB hinwies. Die neue Fassung dagegen gebraucht nur die Worte «*wer*» bzw. «*Täter*» und eröffnet somit die Möglichkeit einer autonomen, strafrechtlichen Interpretation¹¹⁵.

26. (bb) Verlegung des Ortes. Im Steuerstrafrecht taucht die

112. K. Tiedemann, Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, in: NJW 30 (1977), 777-783; 779 f.

113. So: RGE St 65 (1931), 413.

114. Vgl. oben bei FN 11.

115. Dazu: K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 112), ibid. Zur Lage in der Schweiz vgl. das Urteil des Kassationsgerichtshofes v. 8.3.1952 in der Amtlichen Sammlung, 1952 IV, 28-32 und den Aufsatz v. N. Schmid, Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Schwindel- und Strohmannengesellschaften, in SchwZStR 87 (1971), 247-264; 249, 261 f.

Zur Frage der Behandlung von Bankrotthandlungen, die außerhalb der BRD vorgenommen werden und die dort zur Eröffnung eines Konkurses führen oder die das ausländische Vermögen des Schuldners betreffen vgl. H. Hanisch, Auslandsvermögen des Schuldners im Inlandsinsolvenzverfahren und vice versa, in: W. Uhlenbruck/ B. Klasmeyer/ B.M. Kübler (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977, Köln/ Berlin/ Bonn/ München (Heymanns) 1977, 139-167; F. Mentzel/ G. Kuhn, Konkursordnung (Kommentar), München (F. Vahlen) 1976⁹, § 239, Rdnr. 4, S. 799; J. Baumann, Konkurs und Vergleich, Bielefeld (Gieseking) 1976; M. Pielorz, Auslandskonkurs und Disposition über das Inlandsvermögen, Berlin (Duncker & Humblot) 1977, 15 f. Es ist hierbei weiterhin auf den Vorentwurf eines EG-Konkursabkommens hinzuweisen, dessen revidierter Text im Jahre 1975 vorgelegt wurde (Dokument XI/449/75-F v. 1.10.1975 -vgl. J. Schmidt, Französisches Recht für Europa - Der «Konkursdurchgriff» im Vorentwurf eines EG-Konkursabkommens, in: Konkurs-, Treuhand und Schiedsgerichtswesen, 37 (1976), 11-35).

Problematik der Verlegung eines Wohnsitzes im Rahmen der sog. *Steueroasen* auf. In diesen Ländern (u.a. Liechtenstein, Bahamas, Panama, Bermudas und gewissermassen auch die Schweiz) sind die Bedingungen zur Besteuerung besonders günstig. In Liechtenstein ist beispielsweise das Steuergeheimnis gesetzlich gesichert. Darüber hinaus beläuft sich der Steuersatz für Holdings- und Sitzgesellschaften auf 1 Promille des einbezahlten Kapitals bzw. des im Unternehmen investierten Vermögens und der Reserven. Vermögens-, Erwerbs- oder Ertragsbeträge dieser Gesellschaften sind steuerfrei (Art. 7 u. 83 I des Steuergesetzes v. 30.1.1961 i.d.F. v. 4.6.1963)¹¹⁶. Es ist darum verständlich, daß viele Steuerpflichtige ihren persönlichen Wohnsitz oder den Sitz ihrer Gesellschaft in solche Steueroasen verlegen¹¹⁷. Was nun die Reaktion der betroffenen Länder anbelangt, zu deren Lasten diese Steuerflucht stattfindet, so ist zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden.

27. Bezüglich der *natürlichen Personen* stellt das Gesetz häufig auf den tatsächlichen Wohnsitzbegriff ab (z.B. § 8 AO 1977; vgl. § 2 des Außensteuergesetzes: AStG), so daß die vorgespelte Verlegung des Wohnsitzes auf Steueroasen nicht berücksichtigt wird. Zur Bestimmung des tatsächlichen Wohnsitzes sind alle dafür erheblichen Umstände heranzuziehen. Ähnliches gilt auch in Frankreich, wo die Frage besonders für die dort tätigen Künstler aktuell wird. Ein *cause célèbre* ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Berufungsgerichts von Versailles aus dem Jahre 1977. Sie verurteilte den Sänger Charles Aznavour wegen Devisen- und Zolldelikte zu einem Jahr Freiheitsstrafe mit Strafaussetzung zur Bewährung (*sursis*) und zur Geldstrafe bzw. zum Schadenersatz von 10 Millionen Fr. Francs (in jener Zeit etwa 5 Millionen DM), mit der Begründung, daß nur der Wunsch des Angeklagten, Steuervorteile zu erreichen, die angebliche Verlegung seines Hauptwohnsitzes in der Schweiz erklären könne, während der Schwerpunkt seiner Tätigkeit immer noch in Frankreich gelegen habe¹¹⁸.

28. Bezüglich der *juristischen Personen* weist das Problem mehrere Schwierigkeiten auf. Der Täter versteckt sich in solchen Fällen hinter der

116. Vgl. W.F. Feger, Die Besteuerung der Kapitalgesellschaften im Fürstentum Liechtenstein, Diss. Freiburg i.d. Schw., Vaduz 1969, 17 f; ferner: A. Vernay, Les paradis fiscaux, Paris (Seuil) 1968; A. Margairaz, La fraude fiscale et ses succédanés, Bruxelles (E. Bruylant) s.d. (um 1971), 121 f; M. Grundy (ed.), Tax Havens, A World Survey, London (Bodley Head Ltd.) 1974³ (1969¹), 87; G. Kurtz, Geheimreport Steueroasen, Panama (sic) um 1974.

117. In Liechtenstein wird die Gesamtzahl ausländischer Holdingsgesellschaften 1977 auf 20.000 - 30.000 geschätzt -vgl. K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 97: 1977), 245.

118. Vgl. «Le Monde» v. 11.-12.12.1977, S. 22.

anonymen Fassade einer ausländischen Briefkasten- oder Basisgesellschaft, so daß die Erfassung seiner Handlungen erst mit großem Aufwand (Probleme des Informationsaustausches) und unter Berücksichtigung der Interessen von anderen Ländern, in denen die Gesellschaft ihren Sitz hat¹¹⁹, zu erreichen ist. Ein sog. «Steuroasen» - Erlaß, der am 14.6.65 veröffentlicht wurde¹²⁰ und am 2.5.1977 durch einen weiteren «Erlaß betr. BFH-Rechtsprechung zu Basisgesellschaften» ergänzt wurde¹²¹, versuchte, für die Rechtsprechung zur Handhabung dieser Probleme Richtlinien aufzustellen.

Es wird dabei u.a. empfohlen, (i) die Verträge, Geschäftsbeziehungen oder Vermögensübertragungen auf Handelsgesellschaften in «Oasenländern» auf ihren wahren Sachverhalt zu überprüfen, (ii) die von dort erhaltenen Gegenleistungen an den wirtschaftlich äquivalenten Leistungen zu messen (Regelung der «Armeslänge» [Principle of Dealing at arms-length], wonach verbundene Unternehmen untereinander angemessene Preise anzusetzen haben¹²²) und (iii) sofern es nicht nur um Scheingeschäfte geht, weiter festzustellen, ob die Einschaltung des ausländischen Rechtsträgers rechtsmißbräuchlich i.S. des § 6 StAnpG (=§ 42 AO 1977) ist. Hierzu solle man hauptsächlich auf zwei Kriterien abstellen, erstens auf das angebliche Fehlen von wirtschaftlichen Gründen zur Einrichtung und Fortführung der Gesellschaft (vgl. oben § 13 u. FN 61-63), und zweitens auf die Vornahme von Rechtskonstruktionen, die an sich sehr ungewöhnlich sind. Diese Richtlinien bilden mehr oder weniger eine Herauskrystallisierung der diesbezüglichen finanzrichterlichen Rechtsprechung, die sich also unabhängig von der Verkündigung des Erlasses in derselben Richtung bewegt¹²³.

-
119. «Entscheidende Schwierigkeit [zur Dämpfung der Steuerumgehungen in Steuroasen] ist, daß die Nutzung der Steuroasen letztlich nur durch die Steuroasenländer selbst entscheidend eingeengt werden kann. Nach den bisherigen Erfahrungen sind diese Länder jedoch zu der dazu notwendigen Zusammenarbeit nicht bereit» (Aus einer Antwort des Parlamentarischen Sekretärs beim Bundesminister der Finanzen Dr. R. Böhme auf zwei schriftliche Fragen des Abgeordneten Dr. Holz (SPD), in: *Der Betrieb*, 31 (1978), 1203). Zum Problem des Informationsaustausches im besonderen vgl. J. Strobl/ J. Zeller, Probleme beim Verständigungsverfahren in Doppelbesteuerungsabkommen bezüglich Einkommen- und Körperschaftsteuer, in: *Steuer und Wirtschaft*, 55 (1978), 244-258, insb. FN 49-52.
120. Vgl. den zu diesem Thema am 23.6.1964 von der Bundesregierung vorgelegten «Steuroasenbericht» in BT-Drucks. IV, 2412.
121. Siehe die Texte dieser Erlasse in: Deutsches Wissenschaftliches Steuerinstitut der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten (Hrsg.), *AO-Handbuch des steuerlichen Verwaltungs- und Verfahrensrechts 1979*, Bonn/ München (C.H.Beck) 1979, Anlagen zu § 42 AO= Anl. a 166 f.
122. So: W. Lipps, *Außensteuerrecht*, Bonn (Stollfuß) 1978, Rdnr. 47= S. 36 f.
123. Zur Bekämpfung der Steuerflucht durch den Umgehungsgedanken vgl. die in K. Tiedemann Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag, München (C.H.Beck) 1972, C 55 bei FN 12 zitierte Literatur.

29. Gleichzeitig ist der Gesetzgeber bemüht, Maßnahmen auf internationalrechtlicher oder europarechtlicher¹²⁴ Ebene zu ergreifen. Es sei dabei hingewiesen auf die entsprechenden Vorschriften im Außensteuergesetz (AStG) v. 9.9.1972 (BGBl. I, 1713): § 1 I (Darlegung der «Armeslänge» - Regelung¹²⁵) und §§ 7 f. (Behandlung der sog. «Zwischengesellschaften»¹²⁶), im Außenwirtschaftsgesetz (AWG) v. 28.4.1961 i.d.F. v. 18.3.1975 (BGBl. I, 705): §§ 22 f. (Kapitalverkehr zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden, wobei der (Wohn-) Sitz nach § 4 tatsächliche räumliche Beziehungen voraussetzt) sowie in den Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), welche die BRD mit anderen Ländern etwa der Schweiz (zum letzten Mal im Jahre 1971) geschlossen hat (BGBl. 1972 II, 1021).

Wichtig in diesem Zusammenhang sind die Regelungen des deutsch-schweizerischen DBA in Art. 10 VIII i.V. mit einer Erklärung im Verhandlungsprotokoll v. 29.9.1971: Hinzurechnung nicht ausgeschütteter Gewinne schweizerischer Gesellschaften beim deutschen Steuerpflichtigen, und in Art. 23: Keine Beanspruchung der im Abkommen vorgesehenen Entlastungen auf Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren, wenn sie nach den Bestimmungen dieser Vorschrift mißbräuchlich erfolgt¹²⁷.

-
124. Vgl. den Bericht der EG-Kommission «über Steuerregelungen für Holding-Gesellschaften» v. 18.6.1973, die Entschließung des EG-Rates v. 2.2.1975 über Maßnahmen der Gemeinschaft zur Bekämpfung der internationalen Steuerumgehung und den Vorschlag einer Richtlinie des EG-Rates v. 27.4.1976 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten im Bereich der direkten Steuern -dazu: K. *Tiedemann*, op. cit. supra, FN 97, 1977: S. 244 u. FN 16, 1978: S. 44.
125. Dazu K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 97: 1978), 44. Ähnliche Vorschriften gelten auch in anderen Ländern, etwa in Griechenland: Art. 8 § 4 der Gesetzesverordnung Nr. 3843 v. 24/30.9.1958 über die Besteuerung des Einkommens von juristischen Personen.
126. Zu ähnlichen Regelungen anderer Länder vgl. W. *Ryser*, La Suisse, peau de chagrin des sociétés holding et de base?, in: Archiv für schweizerisches Abgabenrecht, 47 (1978), 119-133: 122 f.
127. Dazu: F. *Jung*, Das neue Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, in: Wirtschafts-, Wertpapier- und Bankrecht (WM), 1973, 254-284: 278 f.; D. *Hangarter*, Basisgesellschaften in der Schweiz nach dem neuen deutsch-schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen, in: Die Aktiengesellschaft, 17 (1972), 169-173: 173; V. *Kluge*, Die Basisgesellschaft, Betriebswirtschaftliche Bedeutung und steuerrechtliche Beurteilung, in: Die Aktiengesellschaft, 22 (1977), 325-334: 329 f. Zu den Verhandlungen dieses Abkommens siehe: D. *Hangarter*, Zur Revision des deutsch-schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens, in: Die Aktiengesellschaft, 15(1970), 256-258.

30. In Verbindung mit den oben angeschnittenen steuerlichen Problemen, welche die Briefkasten- bzw. Basisgesellschaften aufwerfen, sei auch die Frage der sog. «billigen Flaggen» (flags of convenience)¹²⁸ kurz erörtert. Diese Frage scheint für gewisse Länder von großer praktischer Bedeutung zu sein: die USA, Hongkong, Griechenland und Japan werden am meisten betroffen (sie vereinigen 75 Prozent der unter billigen Flaggen fahrenden Tonnage auf sich). Der Anteil der Bundesrepublik ist wesentlich kleiner (3,2 Prozent), gemessen aber der im eigenen Lande registrierten Tonnage ist auch die deutsche Flotte unter fremder Flagge groß: 33 Prozent, fast 400 Schiffe¹²⁹. Die Flucht in die Länder der Billigflaggen (man spricht hierbei von den «Panhonlib - Staaten» = Panama, Honduras, Liberia) hat bereits vielseitige Reaktionen hervorgerufen: in Betracht kommen vorwiegend steuerrechtliche, arbeitsrechtliche und internationalrechtliche Aspekte (Gebrauch von ausländischen, unqualifizierten Mannschaften und demzufolge auch Gefahr für die Sicherheit der Schifffahrt). Die Berufung der Gewerkschaften auf Boykottaktionen bleibt heute noch die wirksamste Maßnahme zur Verdämmung des Phänomens, was vielleicht charakteristisch für die Ohnmacht(?) der staatlichen Behörden ist, mit juristischen Mitteln (z.B. mit Hinweis auf den völkerrechtlichen Begriff des «genuine link»¹³⁰), eine Regelung zu erreichen.

31. Was nun die *kriminologisch relevante* Schein- und Umgehungstätigkeit der *Briefkasten- bzw. Basisgesellschaften* anbelangt, so bleibt sie öfters aus vielschichtigen Gründen -die auch mit dem Steuergeheimnis (§§ 30 f AO 1977) in Zusammenhang stehen- im Schatten der Öffentlichkeit. Nur einige Affären über strafrechtliche Steuer-, Zoll- und Subventionsumgehungen i.w.S. sind bekannt. Aufgrund solcher Fälle kann man allerdings die geläufigsten Praktiken auf diesem Gebiet klassifizieren. Grundsätzlich geht es um drei Sachverhaltskomplexe¹³¹:

(i) Das erforderliche Gründungskapital der (GmbH)-Gesellschaft wird unmittelbar nach der Gründung zurückgezahlt und somit der Gesellschaft

128. Zum folgenden: B.A. *Boczek*, *Flags of Convenience*, An International Legal Study, Cambridge, Mass. (Harvard Univ. Press) 1962, 59 f, 75 f; H. *Schulte*, Die «billigen Flaggen» im Völkerrecht, Frankfurt a.M./ Berlin 1962, 10 f; O.R. *von Laun*, Die Konvenienzflaggen und das «Genuine Link» im Seevölkerrecht, in: Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, Zürich (Schulthess) 1963, 327-368; B. *Audit*, *La fraude à la loi*, Paris (Dalloz) 1974, Nos 96-98 = S. 83-85. Bezüglich der Problematik dieser Frage im internationalen Arbeitsrecht vgl. K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 98), S. 6 u. FN 9.

129. W. *Kaden*, Kritischer Faktor, in: *Der Spiegel* v. 25.2.1980, 172.

130. Dazu: O.R. *von Laun*, op. cit. supra (FN 128), 339 f.

131. Vgl. K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 97: 1978 b), 244 f.

jégliche Haftungsgrundlage entzogen (es geht hierbei um einen sog. Gründungsschwindel). Das Vorgehen ist zivilrechtlich verboten (§ 30 I GmbHG¹³²) und kann unter den Voraussetzungen des § 9 I i.V.m. § 7 II GmbHG wegen falscher Angaben (§ 82 I GmbHG) auch strafrechtlich verfolgt werden¹³³.

(ii) Es werden Scheinkäufe und -verkäufe mit der Tochtergesellschaft im Ausland getätigt mit der Absicht, dadurch:

>die Ein- und Ausfuhr von Waren künstlich zu erhöhen bzw. zu senken¹³⁴.

>oder das steuerbare Einkommen der Muttergesellschaft zu verringern¹³⁵.

>oder auch von den zollrechtlichen Vorteilen (z.B. Steuerfreiheit) in gewissen Ländern zu profitieren¹³⁶.

(iii) Es werden Subventionen verlangt für Waren, die angeblich an Drittländer exportiert bzw. aus Drittländern importiert werden und die in der Tat durch die Einschaltung der Tochtergesellschaft im Drittland nur vorübergehend zur Erschleichung von (direkten) Subventionen oder zur Ersparung von hohen Abschöpfungen¹³⁷ bzw. zur Beanspruchung der Mehrwertsteuer dort verbleiben¹³⁸.

132. Auch in der Schweiz wurde ein derartiger Fall aufgrund des Art. 753 Ziff. 2 OR (Gründerhaftung) abgeurteilt: BGE 76 (1950), II, 307 -dazu: P. *Jäggi*, Die Scheineinzahlung von Aktien, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 48 (1952), 297-306 u. W. *Schmidlin*, Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts, in: SchwZStR, 85(1969), 370-387: 372.

133. Vgl. M. *Teufel*, Betrügerischer Bankrott und Kriminalistik, Hamburg (Kriminalistik Verlag) 1972, 62 u. (de lege ferenda) K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 123), C 79. Zur Lage in der Schweiz vgl. N. *Schmid*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereiche der Aktiengesellschaft, in: Schweizerische Aktiengesellschaft, 46 (1974), 101-119: 113. Das Problem kann weiterhin im Rahmen der (jeweils vorhandenen) Vorschriften über die unwahre Gewinnausschüttung (in Griechenland: Art 57 lit. c AktGG Nr. 2190/1920 u. Art. 60 VI GmbHG Nr. 3190/1955) strafrechtlich erfaßt werden.

134. z.B. Fall «Nergico»: Trib. corr. Dijon v. 23.6.1978 (unveröffentlicht), zitiert nach M. *Delmas-Marty*/ K. *Tiedemann*, La criminalité, le droit pénal et les multinationales, in: La Semaine juridique, 1979, I, 2935, Nr. 27.

135. z.B. Fall «Anorak»: LG Mannheim, zitiert nach M. *Delmas-Marty*/ K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 134), Nr. 32 u. FN 83 u. K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 98), 55. Vgl. ein Urteil des Schweizerischen Kassationsgerichtshofes v. 2.6.1966 zitiert in N. *Schmid*, op. cit. supra (FN 115), 259 und einen aus der Praxis der deutschen Staatsanwaltschaft angegebenen Fall in: R. *Müller*, Begünstigung der Steuer- und Wirtschaftstätter durch den Staat? in ZRP 8 (1975), 49-56: 52.

136. z.B. Fall. «Promatex-France», Cass. crim v. 29.6.1966 in: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambre criminelle, 162 (1966), N° 184= S. 421-425- vgl. M. *Delmas - Marty*/ K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 134), Nr. 29 u. FN 75.

137. Dazu vgl. oben, § 17 u. FN 82-84 m.w.N.; siehe auch BGHE St 25 (1975), 190-207 (Erschleichung von Steuervorteilen), wobei allerdings die Verurteilung auf das Merkmal der «unwahren Angaben» (§ 392 AO a.F.) gestützt wurde: S. 202, vgl. oben, § 16.

32. (cc) Mißbrauch einer Frist. Das Vorgehen besteht einerseits darin, durch fiktive oder tatsächliche *Verschiebung* einer Handlung auf einen früheren oder späteren Zeitpunkt, belastende Rechtsfolgen zu erschleichen -z.B. Wiederaufnahme der Arbeit nach Bewilligung eines Wohngeldes¹³⁹. Strafrechtlich relevant ist eine Sachlage, die in letzter Zeit zur Diskussion bezüglich des § 4 b II. 1 des Investitionszulagengesetzes (InvZulG) v. 21.12.1974 (BGBl. I, 3656), geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Förderung von Investitionen und Beschäftigung v. 23.12.1974 (BGBl. I, 3676) und durch Art. 1 II des Gesetzes zur Änderung des Investitionszulagengesetzes v. 30.12.1974 (BGBl. I, 3726)¹⁴⁰, geführt hat. Nach dieser Vorschrift kann eine Investitionszulage für die Anschaffungskosten von bestimmten Wirtschaftsgütern dann in Anspruch genommen werden, wenn diese Güter «nachweislich nach dem 30. November 1974 und vor dem 1. Juli 1975 vom Steuerpflichtigen bestellt worden sind oder wenn der Steuerpflichtige in diesem Zeitraum mit der Herstellung begonnen hat». Die hierbei interessante Frage, auf die aus Raumgründen nicht weiter eingegangen werden kann, war, ob das «Stornieren» der vor dem Beginn dieser Frist geschlossenen Verträge und ihr späterer (während der Frist) Neuabluß als Betrug i.S.v. § 263 StGB betrachtet werden kann.

Bemerkenswert ist hierbei ein (unveröffentlichtes) Urteil des LG Koblenz (105 Js [Wi] 20.186/79) v. 8.10.1979, wobei die Frage des Betrugs bejaht wurde (vgl. OLG Koblenz, Ur. v. 4.2.1980, im Auszug wiedergegeben in: NJW 1980, 1586). In den Gründen heißt es u.a. wie folgt:
« § 4 b InvZulG verfolgt den rechtspolitischen Zweck, die abgeschwächte Konjunktur durch bestimmte, in einem konkreten Zeitraum rechtswirksam in die Tat umgesetzte Investitionsentscheidungen zu beleben. Demgemäß umschreibt auch das für die Zulage erforderliche Antragsformular als

138. Dazu siehe die in P. *Bouzat* (in: *Revue trimestrielle de Droit commercial [Droit pénal des affaires: Chronique]*, 1968, 840 f) angeführte französische Rechtsprechung über die sog. «circuits imaginaires de marchandises» und weiter: G. *Kellens*, *Aspects sociologiques et psychologiques*, in: *Conseil de l' Europe* (Hrsg.), op. cit. supra (FN 97), 38-80: 48 f; K. *Tiedemann*, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik. Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen*, Reinbek bei Hamburg (Rowohlt) 1974, 265f.
139. Vgl. K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 82), Fall 19= S. 142. Ähnliche Problemkomplexe tauchen ebenfalls im Steurrecht auf, etwa wenn vor dem Bewertungsstichtag Barentnahmen getätigt und nach dem Stichtag wieder eingelegt werden, um den Einheitswert des Betriebsvermögens zu drücken, oder wenn die innerhalb der Sperrfrist gestellten Bauanträge zurückgenommen und nach Ablauf der Sperrfrist erneut gestellt werden- vgl. B.W. *Läubli*, *Die Steuerumgehung*, Diss. Zürich 1975, 154; W. *Kruse*, *Steuerumgehung zwischen Steuervermeidung und Steuerhinterziehung*, in: *Steuerberater Jahrbuch 1978/79*, 443-460: 454, 459 u. FN 63.
140. Vgl. die Bekanntmachung einer Neufassung dieses Gesetzes in: BGBl. 1977, I, 669 (Bekanntmachung v. 3.5.1977).

entscheidendes «subventionserhebliches» Merkmal die Bestellung als 'Investitionsbeginn'.

Erklärt wird also - wie dem Angeklagten auch bekannt war- daß der jeweilige Antragssteller im angegebenen Begünstigungszeitraum im Hinblick auf ein bestimmtes Wirtschaftsgut die durch einen bindenden Vertragsantrag (Bestellung) im Außenverhältnis realisierte Investitionsentscheidung getroffen hat; er also im begünstigten Zeitraum im Sinne des Gesetzes mit der Investition begonnen hat. Denn nur wenn durch eine Bestellung des Antragsstellers im Begünstigungszeitraum die Wirtschaftsmechanik in Gang gesetzt wird, kann der- auch dem Angeklagten, wie er einräumt- erkennbare Zweck des Gesetzes erreicht werden.

Damit steht aber gleichzeitig fest, daß der Angeklagte dem Finanzamt gegenüber mit der Angabe 'Investitionsbeginn 6. Dezember 1974' etwas objektiv falsches erklärt hat, denn seine die Konjunktur belebende nach außen getretene Investitionsentscheidung, die für die spätere Auslieferung des Wirtschaftsgutes ursächlich war, erfolgte bereits am 29. November 1974 und nicht wie angegeben am 6. Dezember 1974.

Durch die angebliche 'Stornierung' bzw. 'Annulierung' der ersten Bestellung und gleichzeitige Neubestellung im Begünstigungszeitraum hat der Angeklagte also nichts weiteres getan als sich formaler zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zur Schaffung eines scheinbaren Begünstigungstatbestandes bedient¹⁴¹.

33. Eine Variation der Manipulation mit der Zeitkomponente liegt andererseits in der Vornahme von Handlungen, die die *Konsequenzen aus dem Ablauf einer Frist* anscheinend *vereiteln*. Typisch dafür ist das Beispiel der ausländischen internationalen Führerscheine. Sie sind in der BRD nach Art 4, 7 des Internationalen Abkommens über Kraftfahrzeugverkehr v. 24.4.1926 (RGBl. 1930, II, 1233) nur ein Jahr vom Zeitpunkt ihrer Ausstellung gültig. Nach Ablauf dieser Jahresfrist bestünde theoretisch die Möglichkeit, daß man durch kurzfristige Auslandsreisen die Gültigkeit des Führerscheins immer weiter verlängern läßt, um den eventuell strengeren Anforderungen an die Erlangung eines deutschen Führerscheins zu entgehen. Die frühere Rechtsprechung nahm an, daß die Regelung des

141. Zur Diskussion dieses Problems siehe ferner: G. Kohlmann/ U. Brauns, «Neuabschluß» von «Altverträgen» zwecks Inanspruchnahme von Investitionszulage nach § 4 b InvZulG - Betrug? in: Finanzrundschau, 1979, 279-282 (keine Täuschungshandlung); contra: W. Schmidt-Hieber/ E. Küster, Betrug bei der Inanspruchnahme von Investitionszulage nach § 4 b InvZulG durch «Neuabschluß» von Verträgen, ibid, 1979, 426-428 und Erwidern darauf v. G. Kohlmann/ U. Brauns, Nochmals: Betrug bei der Inanspruchnahme von Investitionszulage, ibid, 1979, 479-480; W. Schmidt-Hieber, Verfolgung von Subventionsererschleichungen nach Einführung des § 264 StGB in: NJW 33 (1980), 322-327; K. Tiedemann, Strafbare Erschleichung von Investitionszulagen durch Aufhebung und Neuabschluß von Lieferverträgen?, ibid, 1557-1560.

erwähnten Internationalen Abkommens und der darauf beruhenden Verordnung über internationalen Kraftfahrzeugverkehr v. 12.11.1934 (§§ 4, 5) in diesen Fällen anzuwenden sei, wo nämlich die Führerscheinhalter sich im deutschen Gebiet endgültig oder für längere Zeit niederlassen, ihren ausländischen Wohnsitz aber behalten und auf oben geschilderte Weise die Gültigkeit ihres Führerscheins erneuern¹⁴². In den letzten Jahren und vor allem nach der Gesetzesänderung v. 1977¹⁴³ zeichnet sich eine gegensätzliche Rechtsprechung ab. Diese ist der Ansicht, daß durch solche Auslandsreisen die Jahresfrist nicht unterbrochen und neu in Gang gesetzt werden kann¹⁴⁴.

Einen ähnlichen Fall, aber im Bereich der Konkursdelikte, hatte das französische Kassationsgericht im Jahre 1976 zu beurteilen¹⁴⁵. Es handelte sich um den Vorstandsvorsitzenden und Generaldirektor einer Aktiengesellschaft, der vor Ablauf einer fünfzehntägigen Frist für die Bekanntmachung der Zahlungseinstellung der Gesellschaft seinen Rücktritt erklärt hatte, um vermutlich sich seiner Verantwortung für den bevorstehenden Konkurs zu entziehen¹⁴⁶. Das Gericht führte aus, daß obwohl die Straftat sich mit dem

142. Siehe die in H. *Jagus*ch, *Straßenverkehrsrecht* (Kommentar), München (C.H.Beck) 1978²⁴, § 15 StVZO, Rdnr. 13= S. 726, angeführte Rechtsprechung.

143. Gemeint ist hierbei das sog. «Vertragsgesetz» v. 21.9.1977 (BGBl. II, 809), das das in Wien am 8.11.1968 unterzeichnete Übereinkommen über den Straßenverkehr sowie auch andere internationalen Verträge zu diesem Thema ratifiziert hat. In Art. 41 VI dieses Übereinkommens heißt es wie folgt:
«Dieser Artikel [scil. über die Geltung der Führerscheine] verpflichtet die Vertragsparteien nicht:

a) nationale oder internationale Führerscheine anzuerkennen, die im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei für Personen ausgestellt worden sind, die im Augenblick dieser Ausstellung ihren ordentlichen Wohnsitz in ihrem Hoheitsgebiet hatten oder deren ordentlicher Wohnsitz seit dieser Ausstellung in ihr Hoheitsgebiet verlegt worden ist;

b) die vorgenannten Führerscheine anzurkennen, die für Personen ausgestellt worden sind, die zur Zeit der Ausstellung ihren ordentlichen Wohnsitz nicht im Hoheitsgebiet hatten, in dem der Führerschein ausgestellt wurde oder deren Wohnsitz seit dieser Ausstellung in ein anderes Hoheitsgebiet verlegt worden ist».

Neben dieser Vorschrift, die ausdrücklich auf den «ordentlichen Wohnsitz» abstellt, ist auch Art. 15 der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO) (eingeführt am 19.12.1968: BGBl. I, 1363) zu erwähnen. Die Regelung sieht die erleichterte Erteilung der deutschen Fahrerlaubnis an Inhaber ausländischer Fahrerlizenzen vor, die sich u.a. «seit einem Jahr *überwiegend* im Inland» aufgehalten haben. Es geht also auch in diesem Fall um den faktischen Wohnsitz des Führerscheinhalters.

144. Vgl. H. *Jagus*ch, op. cit. supra (FN 142), Rdnr. 13-17= S. 726-727 m.w.N.

145. Cass. crim. v. 16.6.1976, in: *Gazette du Palais*, 1976, Jur. 640; vgl. P. *Bouzat*, op. cit. supra (FN 138), 1976, 803.

146. Der Sachverhalt betraf die Auslegung des Art. 1 der Loi N° 67-563 v. 13.7.1967-

34. (dd) Herbeiführung von Grenzfällen. Die Schein- bzw. Umgehungshandlung zielt hierbei darauf ab, die *Mischform* eines sonst mit Strafe bedrohten Tatbestandsmerkmals herbeizuführen, um durch den damit entstehenden Zweifel an dem Vorliegen dieses Merkmales, die Anwendung der einschlägigen Strafnorm zu vereiteln. Früher war man bemüht, durch Mischformen z.B. das Vorliegen eines Wuchers (oben, § 12) oder einer Bestechung zu verschleiern. Die diesbezüglichen Vorschriften sind aber in den meisten Gesetzgebungen so allgemein gefaßt, daß nur abweichende Erscheinungsformen (etwa der sog. «*trafic d' influence*» durch dritte, einflußreiche Personen¹⁴⁷) nicht bestraft werden können. Der Schwerpunkt dieser Kategorie von Umgehungshandlungen i.w.S. liegt vielmehr im Bereich des Zoll-, Betäubungsmittel-, Steuer- und Subventions(straf)rechts, z.B. wenn eine Vermischung mit anderen Materialien vorgenommen wird, um eine Ware auf ein anderes Maß herabzustufen, oder, im Gegenteil, um trotz dieser Vermischung die für diese (echte) Ware vorgesehenen Vorteile in Anspruch zu nehmen¹⁴⁸. Dieses Vorgehen kann aber nur dann einen Sinn haben, wenn das Gesetz die bestimmte Verfassung eines Erzeugnisses für vorgegeben hält. Wenn dagegen das Gesetz selbst eine Beschreibung des Erzeugnisses enthält -z.B. nach § 1 des Gesetzes über den Verkehr mit Zucker (ZuckerG) v. 5.1.1951 (BGBl. I, 47) soll bei «Zucker»-Waren der Reinheits-Zuckergehalt «von über 70 Grad» liegen-, dann ist m.E. die Ausnützung dieses gesetzlichen Spielraums bis zur letzten Grenze völlig legitim (vgl. oben, §§ 14 u. 18) und es über diese Grenze hinaus (etwa 69 Grad) strafrechtlich relevant¹⁴⁹.

35. Die Problematik dieser «gemischten» Sachverhalte läßt sich auch im *Kernstrafrecht* beobachten. Es werden nämlich Mischformen erfunden, in denen etwa (i) die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht ganz

vgl. den entsprechenden § 64 des deutschen GmbHG («Konkursantragspflicht») i.V.m. § 84 I Nr. 2 GmbHG i.d.F. v. 4.7.1980.

147. Vgl. aber Art. 178 des französischen Code pénal und dazu: M. *Delmas-Marty*/ K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 134), Nr. 11.

148. Es wurde bsw. in den USA entschieden, daß es statthaft ist, geringe Menge von Baumwolle einem Wollstoff beizuzufügen und dadurch die Ware auf eine niedrigere Steuerklasse (als diejenige der Wollwaren) herabzusetzen: *Seeberger v. Farewell*, 139 US 608 (1891) und *Magone v. Luckemeyer*, 139 US 612 (1891); eine abweichende Minderheit des Gerichts wies jedoch auf die Steuerersparungsabsicht dieser Unternehmer und hob hervor, daß der Congrèß bei Verabschiedung des Gesetzes solche Handlungen nicht zu erlauben vorhatte. Zur Lage im kontinentalen Rechtskreis vgl. R. *Westerhoff*, *Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung*, Diss. Hamburg 1966, 38.

149. Vgl. einige Beispiele aus der Rechtsprechung bezüglich dieser 70-Grad-Grenze bei K. *Tiedemann*, op. cit. supra: (FN 138), 132 f u. (FN 82), 80 f.

Fristablauf vollendet, der Rücktritt des Beschuldigten keinen Entschuldigungsgrund darstellen kann, seiner gesetzlichen Pflicht (der Bekanntmachung) zu entgehen.

oder hauptsächlich vom Zufall abhängt (bei der Feststellung einer «*Ausspielung*» nach § 286 StGB¹⁵⁰, vor allem bezüglich der Veranstaltungen von Schneeball- und Pyramiden Systemen¹⁵¹), oder in denen (ii) das *Zeigen pornographischer Darstellungen* in einer öffentlichen Filmführung gegen ein Entgelt erfolgt, das nicht «überwiegend» für diese Vorführung verlangt wird, sondern auch andere Nebenleistungen (Getränke) miteinschließt (§ 184 StGB)¹⁵², oder endlich Mischformen, in denen (iii) Leistungen erschlichen werden, die zur *Förderung* angeblich sozialer u. zw. *wohltätiger Zwecke* (Kauf einer «Blindenware») vom Opfer her bewußt ohne wirtschaftlich äquivalentes Entgelt erbracht werden¹⁵³ (Im letzten Fall kann nämlich die bewußte Selbstschädigung anscheinend keine ausreichende Begründung des Schadens nach § 263 StGB bieten).

Für alle diese Mischformen gilt zwar keine apriorische Lösung, da sämtliche Umstände jedes Mal abgewägt werden müssen, um das «überwiegende»¹⁵⁴ Element der Sachlage festzustellen. Aus der vorhan-

150. Vgl. *Schönke/ Schröder/ Eser*, 1980²⁰, § 286, Rdnr. 2= S. 1821. Zu der diesbezüglichen französischen Rechtsprechung: P. *Bouzat*, op. cit. supra (FN 138), 1971, 1861.

151. K. *Tiedemann*, Wirtschaftskriminalität - Ein Fall organisierter Kriminalität?, in: Festschrift für Walter Mallmann zum 70. Geburtstag, Baden-Baden (Nomos) 1978, 359-372: 364; vgl. auch BGH St v. 9.3.1976 in GA, 1978, 332-335 (Anm. H.-J. *Bruns*) und dazu: E.-J. *Lampe*, Strafrechtliche Probleme der «progressiven Kundenerwerbung», in GA 1977, 33-55: 46 f u. H.-J. *Bruns*, Neue Gesichtspunkte in der strafrechtlichen Beurteilung der modernen progressiven Kundenerwerbung, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978, 273-288: 277.

In anderen Ländern, wie etwa in Griechenland, wird das Problem gesetzlich geregelt (Gesetzesverordnung v. 16/18.9.1926). Das ist auch der Fall in Frankreich (Loi N° 53-1090 v. 5.11.1953), wo die Frage zunächst judikatorisch entschieden wurde: Cass. crim. v. 7.5.1951 in Dalloz, 1951, Jur. 489 mit Anm. v. R. *Vouin* -vgl. auch J. *Hémard*, «Vente», in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Bd. IV, Paris (Dalloz), Lieferung v. 1.1.1977, Nos 10 f.

152. Vgl. *Schönke/ Schröder/ Lenckner*, 1980²⁰ § 184, Rdnr. 41 f= S. 1252 f., *Dreher/ Tröndle*, 1980³⁹, § 184, Rdnr. 24= S. 843-844 m.w.N.

153. Dazu: *Schönke/ Schröder/ Cramer*, 1980²⁰, § 263, Rdnr. 101 f= S. 1672-1673; K. *Lackner*, in LK 1979¹⁰, § 263, Rdnr. 164f= S. 136 f.

154. Die Verwendung von Merkmalen wie «überwiegend», «erheblich» usw., um eine Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenem zu erreichen (wie dies der Fall bei den angeführten Beispielen ist), erscheint allerdings rechtsstaatlich bedenklich, soweit es nicht um allgemein anerkannte, «durch Gesetz, Tradition oder Rechtsprechung verfestigte Bereiche strafbaren Unrechts» geht -so: K. *Tiedemann*, op. cit. supra (FN 123), C 43-44. Zur Verfassungsmässigkeit des Abgrenzungsmerkmals «überwiegend» in § 184 I Nr. 7 StGB siehe BVerfGE 47 (1978), 109-128: 120 f.

denen *Rechtsprechung* kann man aber den Schluß ziehen, daß die Betrachtungsweise hauptsächlich eine zweckbezogene ist. So ist etwa in den beiden letzten Fällen die Gegenleistung an ihrem beabsichtigten Zweck bemessen, also im Hinblick darauf, ob sie auch einem pornographischen Zweck dient¹⁵⁵ bzw. ob der Abschluß des «wohltätigen» Geschäfts entscheidend durch seinen (angeblichen) sozialen Zweck bestimmt wird¹⁵⁶.

36. (ee) Inszenierung eines begünstigenden Sachverhaltes. Es geht hierbei um Fälle, in denen eine für den Täter günstige Sachlage (sei es ein Rechtfertigungs- bzw. Schuldtausschließungsgrund, seien es die Voraussetzungen für die Erlangung einer Leistung bzw. eines Vorteils) absichtlich herbeigeführt wird -z.B. Ausfuhr wertloser Sachen zwecks Erlangung einer Subventionierung¹⁵⁷.

Die meisten dieser Vorgehen werden direkt durch die Gesetzgebung oder indirekt durch judikatorische Auslegung strafrechtlich verfolgt. Eine gesetzliche Regelung fanden die Fälle der Notwehrprovokation und der vorsätzlichen *actio libera in causa* zwar nicht im deutschen, aber z.B. im griechischen StGB (Art. 24 u. 35) Andere Fälle wurden von der Rechtsprechung bei der Beurteilung des Rechtswidrigkeits- bzw. Schuld moments als strafbar betrachtet, so das durch List erschlichene

155. Siehe BGH St v. 23.5.1978, OLG Hamm v. 9.5.1978 u. OLG Koblenz v. 1.6.1978 in: MDR 32 (1978), 768-769, 775-777. Dabei wird die Strafbarkeit bejaht, wenn ein *innerer Zusammenhang* (so: OLG Hamm) zwischen der Filmvorführung und der Nebenleistung besteht.

156. Einschränkend RGE 73 (1940), 382-384: 383 f: «Die Voraussetzungen für einen solchen Vermögensschaden wären nur dann gegeben, wenn die Bestellung *lediglich* [Hervorhebung im Urteil] zu diesem wohltätigen Zweck, unabhängig vom eigenen Bedürfnis, aufgegeben worden wäre; denn dann wäre die Aufwendung der Mittel nur durch den Unterstützungszweck bedingt gewesen (RGSt. Bd. 70 S. 33)». Zur Lage in Frankreich, wo die Frage im Jahre 1972 gesetzlich geregelt wurde (Loi N° 72-618 v. 5.7.1972), vgl. J. Hémar, op. cit. supra (FN 151), Nos 102-105= S. 9.

157. Vgl. z.B. den sog. «Wurst-Fall» bei R. Nippoldt, op. cit. supra (FN 25), 162; dazu weiter bei K. Tiedemann, in LK 1979¹⁰, § 264, Rdnr. 95= S. 300.

Ähnlich ist der Fall der Gründung einer «Deutschen Sex-Partei» und eines sog. «Deutschen Sex-Partei-Verlags», um die pornographische Tätigkeit dieses Verlags und die somit befürchtete Indizierung der Verlagsprodukte unter Dach und Fach der politischen Immunität zu bringen (§ 7 S. 2 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften: GJS v. 9.6.1953 i.d.F. v. 29.4.1961) -dazu: HansOLG Hamburg v. 7.3.1974, in: MDR 29 (1975), 141-142 (Leitsatz: «Ein Rechtsgeschäft, das bezweckt, das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften zu umgehen, die Bundesprüfstelle irreführen und die Indizierung von Presseerzeugnissen zu verhindern, ist nichtig»).

Einverständnis¹⁵⁸, der vom Täter durch bewußt unwahre Meldung ausgelöste Befehl¹⁵⁹ und die vorsätzliche Herbeiführung einer Notstandslage (z.B. einer Situation nach § 218 a I StGB: medizinisch-soziale Indikation zum Schwangerschaftsabbruch¹⁶⁰).

37. Schwieriger sind allerdings die Fälle, in denen der Rechtsanspruch auf einer (anscheinend) *rechtmäßigen Lage* oder auf einem subjektiven Recht beruht, vor allem bei progressiver Verwirklichung eines Tatbestandes, der vom Gesetz in totum oder im Gegenteil pro portione bestraft ist:

Bei einer «in totum» Bestrafung wird die Strafnorm dadurch umgangen, daß der Täter von zu einer Vielfalt miteinander verbundenen Tatbestandsmerkmalen eines oder mehrere unanwendbar macht: Der Dieb nimmt ein verschlossenes Behältnis (z.B. einen Schmuckkoffer) weg und erbricht es erst später, um der Bezeichnung seiner Tat als besonders schweren Diebstahl (§ 243 I 2 StGB) zu entgehen¹⁶¹ oder der Hehler den Dieb veranlaßt, das gestohlene Geld erst wechseln zu lassen, ehe er es an sich nimmt, um die dadurch verschaffene Ersatzgeld bzw. -ware der Anwendung des § 259 zu entziehen (sog. «Ersatzhehlerei»)¹⁶².

158. Dazu: G. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt a.M. (Athenäum) 1970, 15 f; zum griechischen Recht vgl. T. Philippidis, Die Einwilligung des Verletzten, Thessaloniki 1951, 108 f u. A. Katsantonis, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, Athen 1957, 64 (beide Bücher auf Griechisch); zum französischen Recht: A. Fahmy Abdou, Le consentement de la victime, Paris (L.G.D.J) 1971, 216 f.

159. Vgl. BGHE St 19 (1964), 33-37. Zur Problematik des Befehls im allgemeinen siehe P.A. Papadatos, Le problème de l'ordre reçu en droit pénal, Genève (Droz) 1964.

160. Vgl. Schönke/ Schröder/ Lenckner, 1980²⁰, § 34, Rdnr. 42 = 478-479 m.w.N.

161. Schönke/ Schröder/ Eser, 1980²⁰, § 243, Rdnr. 25= S. 1551; a.A. Dreher/ Tröndle, 1980³⁹, § 243, Rdnr. 24 f = S. 1055. Viel komplizierter war die Umgehungsproblematik im Hinblick auf die (alte) Fassung des § 243 I 2, wonach das verschlossene Behältnis «aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens» gestohlen werden sollte.

162. Zur Ersatzhehlerei vgl. BGHE St 9 (1957), 137-139: 139 u. BGH v. 23. 4.1969 in NJW 22 (1069), 1260-1261: 1261, wobei die Strafbarkeit der Ersatzhehlerei -wenn auch beiläufig - abgelehnt wurde; siehe weiter die in Schönke/ Schröder/ Stree, 1980²⁰, § 259, Rdnr. 14= S. 1632 und in Dreher/ Tröndle, 1980³⁹, § 259, Rdnr. 9= S. 1114 angegebene Literatur. In der Schweiz wurde allerdings der Verkaufserlös 1969 vom Bundesgericht (95, IV, 9 f) als durch Veruntreuung «erlangt» (nach Art. 144 StrGB: Hehlerei) bezeichnet, was zur heftigen Diskussion geführt hat (dazu G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Bern: Stämpfli 1978, § 15 I.1a= S. 273). Zur Vermeidung dieser Schwierigkeiten ist manchmal der Gesetzgeber bemüht, einen Sondertatbestand über die sog. «Beteiligung an der Beute» zu schaffen -so etwa § 288 E 62 in: BT-Drucks. IV/650, S. 57, 459; vgl. auch Art. 375 § 3 grStGB und dazu J. Manoledakis, Strafrecht, BT, I, Thessaloniki/ Athen (P. Sakkoulas) 1974, 97-98. Zur sog. Formularhehlerei vgl. ferner BayObIG v. 15.5.79 in JR 1979, 694.

Was andererseits die «pro portione» Bestrafung betrifft, besteht die Umgehungstechnik darin, eine über eine eng gezogene Grenze hinausgehende strafbare Handlung durch noch innerhalb dieser Grenze wiederholte Ausübung *prima vista* problemlos zu verwirklichen. Als Beispiel sei eine Sachlage angeführt, die im Jahre 1923 von dem französischen Kassationsgericht entschieden wurde: Ein Gesetz von 1915 verbot die Eröffnung neuer Schankwirtschaften und erlaubte die Verlegung der sonst vorhandenen bis zu einer Strecke von 150 Metern. Die findigen Wirte verlegten daraufhin ihren Standort kurzfristig um jeweils 150 Meter, so daß sie allmählich doch auf diese Weise Stadtviertel wechseln konnten. Das Gericht hat interessanterweise ihre Bemühungen als Gesetzesumgehung bezeichnet, die nicht dazu führen dürfe, einer Verurteilung zu entgehen¹⁶³.

(b) Manipulation der Rechtsnorm

38. Die hier zu behandelnden Fälle bilden gewissermaßen eine Erweiterung der oben (§ 37) erwähnten Fallgruppe, bei der eine rechtmäßige Lage oder ein subjektives Recht als Vorwand für eine Normumgehung dient. Sie unterscheiden sich aber darin, daß hierbei die Berufung auf die entsprechende Norm nicht mit einer Inszenierung des Sachverhaltes verbunden ist. Letzterer bleibt insofern unverändert und bietet nur die Legitimationsgrundlage einer sonst pönalisierten Handlung. Dies kann, wie gesagt (oben, § 20), auf zweierlei Art geschehen: entweder bezeichnet man ein Verhältnis mit einem anderen, für den Täter günstigeren Namen¹⁶⁴; oder man benutzt das vorhandene (legitime) Verhältnis, um einen unlauteren Zweck zu verwirklichen.

39. (aa) **Tarnbezeichnung einer sonst pönalisierten Sachlage.** Als *Tarnbezeichnung* können bsw. im *Kartellrecht* die Fälle betrachtet werden, in denen die Täter sich auf eine Preiserhöhung einigen oder Preisempfehlungen abgeben, ohne diese Handlungen als (gegenseitige) Verträge (§ 1 GWB)¹⁶⁵ oder als (einseitige) Empfehlungen (§ 38 GWB) zu

163. Cass. crim. v. 26.1.1923, in: *Gazette du Palais*, 1923 I, 366 und dazu L. *Huguency*, *Chronique judiciaire: Fraude à la loi*, in: *Revue Pénitentiaire et de Droit pénal*, 48 (1924), 207-208.

164. Hierbei sind allerdings die Grenzen zwischen Schein- und Umgehungshandlungen besonders fließend.

165. Es geht hierbei um die sog. «aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen» (*pratiques concertées, concerted practices*), die auf europarechtlicher Ebene kraft Art. 85 I des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) v. 25.3.1957 verboten sind. In manchen Ländern gilt dieses Verbot ausdrücklich auch auf nationaler Ebene, so etwa in Belgien (Art. 1 der Loi v. 27.5.1960 «sur la protection contre l'abus de puissance économique»), in Frankreich (Art. 50 der Ordonnance

bezeichnen. Der Bundesgerichtshof hat sich mit diesem Verfahren schon in zwei *causes célèbres* beschäftigt müssen:

In dem einem Fall von 1960 (sog. «Kohlenplatzhandel-Fall»)¹⁶⁶ sprachen die Täter, statt einen nach § 38 I 1 GWB a.F. (=n.F.) unwirksamen Bindungsvertrag zu schließen, eine Preisempfehlung aus, von der sie wußten, daß sie ebenfalls befolgt werden würde. Dieser Sachverhalt wird ebenfalls von § 38 II a.F. (= § 38 I, Nr. 10 u. 11 n.F.) gedeckt, so daß ihre Handlung direkt von dieser gesetzlichen Umgehungsklausel erfaßt werden konnte. Zu bedenken war nur die Frage, ob die betreffende Empfehlung unter Sanktion gestellt werden sollte, obwohl die Empfehlenden keinerlei Druck auf die Empfehlungsempfänger ausgeübt hatten und obwohl letztere sich auch sonst nicht durch die Empfehlung gebunden oder in der Entschlußfreiheit eingeengt gefüllt hatten. Das Gericht hat dennoch die Frage bejaht mit der Begründung, daß «eine Empfehlung ein gleichförmiges Verhalten schon dann bewirkt, wenn sie diejenigen, an die sie gerichtet ist, tatsächlich in ihrer Willensentschließung beeinflußt».

Im zweiten Fall von 1972 (sog. «Teerfarben-Fall»)¹⁶⁷ hatten sich die Angeklagten (bedeutende europäische Farbstoffhersteller) in Basel getroffen und über die Möglichkeit einer Erhöhung der Preise für Teerfarben um 8 Prozent «diskutiert». In der Tat fand die Erhöhung nach ungefähr zwei Monaten statt. Das Bundeskartellamt verhängte gegen die Betroffenen Geldbuße aufgrund der §§ 1 u. 38 I 1 GWB a.F. Der Kartellsenat des BGH,

N° 45-1483 v. 30.6.1945, zuletzt geändert durch die Loi N° 77-806 v. 19.7.1977 «relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante») und in Griechenland (Art. 1 I des Gesetzes Nr. 703 v. 20/26.9.1977 über den Schutz des freien Wettbewerbs). Zum deutschen Recht (§ 25 I GWB) vgl. unten bei FN 168. Rechtsvergleichend: P. *Mailänder*, Art. 85 EWGV, in: H. Müller-Henneberg/ G. Schwartz (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, Köln/ Berlin/ Bonn/ München (Heymanns) 1972³, 3. Lieferung, S. 181-269: 193.

166. BGHE St 14 (1960), 55-64 -dazu: A. *Teichmann*, Die 'Gesetzesumgehung' als Tatbestandsmerkmal des § 38 II 2 GWB, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 1966, 91-96, 95 u. FN 54.
167. BGHE St 24 (1972), 54-62 -dazu: O. *Sandrock*, op. cit. supra (FN 30), 266 f, K. *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht, Köln/ Berlin/ Bonn/ München (Heymanns) 1976, 61 f und letztens J. *Baur*, Entwicklungslinien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in JZ 33 (1978), 586-592: 588 f m.w.N. Es ist zu erwähnen, daß bei einem ähnlichen Fall in Großbritannien, der Court of Appeal bezüglich des Begriffes «Arrangement» (Abmachung) einer wettbewerbsbeschränkenden Aktivität nach dem «Restrictive Trade Practices Act 1956», s. 6 (1) eine andere Stellung genommen hat: zur Anwendung dieses Begriffs genüge es, daß die betreffenden Unternehmer ihre Absicht irgendwie («in some way») bekanntgemacht haben, so daß im Ergebnis jeder meint, vom anderen eine Handlungsweise erwarten zu können- so: Cross J. in *British Basic Slag Ltd. v. Registrar of restrictive trading agreements*, The Weekly Law Reports, 1963, I, 727-748: 734 u. dazu: C.B. *Maxwell*/ P. St. J. *Langan*, On Interpretation of Statutes, London (Sweet & Maxwell) 1969¹⁰, 138.

wo die Affäre in letzter Instanz vorgelegt wurde, hat dennoch die Auffassung vertreten, daß das Verhalten der Betroffenen nicht als «Vertrag» im Sinne des § 1 GWB a.F. verstanden werden kann, denn zum Wesen des Vertrags gehört das Merkmal der Einigung, was in der abgeurteilten Sache nicht bewiesen war. Die Entscheidung geriet dennoch ins Kreuzfeuer der Kritik und der Gesetzgeber sah sich verpflichtet, «ein aufeinander abgestimmtes Verhalten», das den Wettbewerb beschränkt, ausdrücklich zu untersagen¹⁶⁸.

40. Die Tarnbezeichnung geht nicht nur die privaten Personen an, sondern *auch die Gerichte*. Es gibt nämlich Fälle, in denen ein Richter durch sog. «Disqualifizierung»¹⁶⁹ von Tatbestandsmerkmalen zu Lösungen kommt, die eventuell seinem Rechtsgefühl entsprechen, im Gesetz aber keine direkte Stütze finden. Diese richterliche Tätigkeit wird wohl am meisten zugunsten des Angeklagten betrieben, und zwar insbesondere dann, wenn die Kluft beim Dilemma Freispruch vs. harte Strafe unüberbrückbar erscheint (dies war z.B. der Fall in Frankreich mit der bis zur Reform v. 2.9.1941 als schweres Verbrechen bestrafte Kindestötung). Es sind aber ebensogut Fälle denkbar, wo der Richter dazu neigen könnte, diese «Disqualifizierung» in malam partem auszuüben. So wurde einem Verkehrssünder die Bewährungsauflage gemacht, zwei Jahre nicht selbst zu chauffieren (§ 56 a StGB), obwohl (oder gerade weil) die Voraussetzungen einer Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 StGB nicht vorlagen¹⁷⁰. Auch bei fruchtlosem Ablauf der Untersuchungshaftfrist wur-

168. § 25 I GWB, eingefügt durch Art. 1 § 11 des 2. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 3.8.1973 (BGBl. I, 917). Die neue Regelung wurde weiter durch die Farbstoff-Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs veranlaßt -vgl. (*Frankfurter*) *Kommentar zum GBW*, Köln (O. Schmidt), § 25 (Lieferung v. 19.2.1977), S. 3 f.

169. «Disqualification» -so die französische Rechtslehre: J.-B. *Denis*, *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, Paris (L.G.D.J.) 1977, insb. S. 85 f, wo das diesbezügliche Kapitel den bedeutenden Titel «La pratique de la disqualification, fraude apparente à la loi pénale» trägt. In einem völlig negativen Sinn spricht man bei der Verwendung «verkehrter» Methoden seitens der staatlichen Behörde von «*Perversion der Rechtsordnung*» -vgl. F. von *Hippel*, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen (J.C.B. Mohr) 1955 und *ders.*, *Das Gesetz in der Jurisprudenz*, in: *ders.*, *Ideologie und Wahrheit in der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. (Klostermann) 1973, 169-191: 188 f.

170. OLG Hamm v. 14.10.1955, in: *Verkehrsrechts-Sammlung (VRS)*, 10 (1956), 49-50 - dabei wird die erste Instanz wegen «Umgehung des Gesetzes» getadelt. In der französischen Rechtsprechung ist manchmal der Praxis zu begegnen, daß obwohl eigentlich Angeklagter, man als Zeuge und nicht als Angeklagter verhört wird, so daß die Untersuchung -auch auf Kosten der rechtsstaatlichen Garantien zugunsten des Beschuldigten, etwa die Anwesenheit seines Rechtsanwaltes - unkomplizierter und schneller laufen kann -vgl. *Cour d' Appel d' Alger, Chambre correctionnelle v. 26.1.1924*, in: *Dalloz Recueil hebdomadaire de Jurisprudence*, 1924, 358-362 und

de, statt der Freilassung des Beschuldigten, seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§§ 37 f grStGB) angeordnet¹⁷¹.

41. (bb) Zweckentfremdeter Mißbrauch einer Norm. Die Ausnutzung einer rechtlichen und insb. einer zivilrechtlichen Norm, um einen sonst nicht gewährten Rechtsvorteil beanspruchen zu können, ist ein im internationalen Privatrecht bereits viel diskutiertes Problem.

Gemeint sind vor allem die Eheschließungen und Scheidungserklärungen, die von Interessenten in Ländern mit diesbezüglich lockerer Gesetzgebung vorgenommen werden (so: Nevada/USA), so daß sie die auf diesen Gerichtsurteilen gestützten Ansprüche auch in ihrem eigenen Land vermöge legis loci celebrationis, legis domicilii oder legis patriae erheben können (man spricht hierbei von «Forum Shopping»)¹⁷². Das Problem hat jedoch in der Nachkriegszeit wesentlich an Aktualität verloren, weil die meisten katholischen Länder nicht mehr auf dem Verbot der Ehescheidung beharren (so zuletzt Italien aufgrund eines «Scheidungsgesetzes» v. 1.12.1970¹⁷³).

Neue Probleme tauchen nun im Bereich des Verfassungs- bzw. Verwaltungsrechts auf. Ausländer, vor allem aus afrikanischen Ländern, schließen nämlich «*Bürgerrechtsehen*» oder berufen sich auf das *Asylrecht*, um dadurch ihre Einwanderung oder zumindest ihre Existenzsicherung in

dazu L. *Huguency*, op. cit. supra (FN 163), 48 (1924), 389; H *Desbois*, La notion de la fraude à la loi et la jurisprudence française, Diss. Paris 1927, 78; A. *Ligeropoulo*, op. cit. supra (FN 74), 329. Die Frage wurde im Jahre 1960 (durch eine neue Fassung des Art. 104 des Code de Procédure pénale) gesetzlich geregelt.

171. Unveröffentl. Urteil des Athener Schöffengerichts v. 6.4.1978 bezüglich zwei mutmaßlicher Räuber.
172. Vgl. statt vieler B. *Audit*, op. cit. supra (FN 128), 39 f und aus der griechischen Literatur: E. *Krispis*, Die Simulation im Internationalen Privatrecht, in «*Eranion*» für Georgios S. Maridakis, Bd. III, Athen 1964, 147-187 u. S. *Vrellis*, Die Gesetzesumgehung im Internationalen Privatrecht, Athen 1979, 40 f (beide Arbeiten auf Griechisch). Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang Art. 7 lit. f. I des schweizerischen Bundesgesetzes über die «zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter» v. 25.6.1891. Der Text dieser Vorschrift, die im Jahre 1912 eingefügt wurde, heißt wie folgt: «Eine Ehe, die im Auslande nach dem dort geltenden Rechte abgeschlossen worden ist, wird in der Schweiz als gültig betrachtet, wenn ihr Abschluss nicht in der offenbaren Absicht, die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechtes zu umgehen, ins Ausland verlegt worden ist» (ähnlich Art 43 II des schw. Gesetzesentwurfes zum «Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht» von 1978 -siehe den Text in: *Rabels-Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 42 (1978), 716-756: 724 u. vgl. dazu den Schlussbericht der Expertenkommission zum IPR - Gesetzesentwurf, Zürich (Schulthess) 1979, 107.
173. Siehe den Text diese Gesetzes in: W. *Grunsky*, Italienisches Familienrecht. Eine Darstellung für die deutsche Praxis, Frankfurt a.M. (Verlag für Standesamtswesen) 1978², 271-276.

dem fremden Land zu erreichen (eine terminologische Erklärung ist hier erforderlich: soweit diese Handlungen lediglich zum Schein oder zur Irreführung der Behörde vorgenommen werden -z.B. nachträgliche Schaffung der Voraussetzungen zur Erlangung des Asylrechts-, sollen sie eher in die oben (§ 36) erwähnte Kategorie der Inszenierung eines begünstigenden Sachverhaltes hineingehören).

Nach den vorhandenen Angaben nahm die Zahl der Asylanträge in der BRD stetig von 5.000 im Jahre 1972 auf 33.000 im Jahre 1978 und auf 51.500 im Jahre 1979 zu -unter ihnen gewiß politisch Verfolgte, aber auch Wirtschaftsflüchtlinge, die in erster Linie einen Arbeitsplatz suchen¹⁷⁴.

42. Wie reagiert nun die Rechtspraxis auf diese lato sensu Umgehungshandlungen?

Grundsätzlich werden die bestehenden Rechtsansprüche anerkannt und nur ausnahmsweise abgelehnt. Letzteres ist nun der Fall, wenn bei Eheschließung eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht besteht und nach dem erkennbaren Willen der Ehepartner nicht herbeigeführt werden soll¹⁷⁵ bzw. wenn andererseits beim Asylrecht der Antragsteller die Voraussetzungen seines Antrages selbst herbeiführt¹⁷⁶ oder den Antrag «nicht in der Hoffnung auf Anerkennung als politischer Flüchtling», sondern aus anderen Gründen einleitet¹⁷⁷. Trotz des Ausnahmecharakters dieser Entscheidungen, -die mehr auf die Inszenierung des Sachverhaltes abstellen-, scheint die Tendenz einer faktischen Betrachtungsweise der Rechtsverhältnisse auch bei diesen Fallgruppen maßgebend zu sein.

Dieser Richtung wurde auch bei einer Auslieferungssache gefolgt, die im Mai 1979 in London abgeurteilt wurde. Die frühere Terroristin Astrid Proll versuchte nämlich, durch Berufung auf ihre Ehe mit dem Briten Robin Put-

174. Vgl. dazu die Berichte aus der Presse: W. *Malanowski*, Fuß fassen, in: Der Spiegel v. 9.4.1979, 108-111; W. *Bickerich*, in: Der Spiegel v. 18.2.1980, 24-25. Vgl. auch die Berichte in: FAZ v. 1.3.1980 (Titel: «Bonn sorgt sich über die steigende Zahl von Asylbewerbern») und in: SZ v. 11.4.1979 (Titel: «31 000 Ausländer abgewiesen»).

175. So das Oberverwaltungsgericht Münster in einem (unveröff.) Urteil vom November 1977 -vgl. W. *Malanowski*, op. cit. supra (FN 174), 111.

176. So: das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß v. 19.2.1975, BVerfGE 38 (1975), 398-404: 402.

177. VG Berlin, Beschluß v. 29.9.1978, in: NJW 1979, 1117 und dazu F. *Franz*, «Mißbräuchlich» gestellte Asylanträge?, *ibid.*, 1082-1084; vgl. aber auch OVG Lüneburg v. 25.1.1979, in: JZ 1980, 26-28. Zur Eindämmung des Zustroms von Flüchtlingen, die sich offensichtlich auf das Grundrecht auf Asyl berufen, in Wahrheit aber nur Arbeit in der BRD suchen, wurde neuestens von Bundestag (2.7.1980) und Bundesrat (18.7.1980) ein «zweites Gesetz zur Beschleunigung des Asylverfahrens» verabschiedet.

tick und folglich auf ihr angebliches Recht zur Wohnsitznahme, ihre drohende Auslieferung in die Bundesrepublik zu vereiteln. Der Präsident des Gerichtshofs (Family Division), bei dem um eine Bestätigung der Rechtmäßigkeit ihrer Ehe ersucht wurde, hat sie jedoch nicht erteilt. Mit Hinweis auf eine juristische Maxime aus dem 17. Jahrhundert, wonach niemand aus seinem begangenen Unrecht Nutzen ziehen dürfe¹⁷⁸, sagte der Vorsitzende, «dieses Gericht kann und sollte nicht die kriminellen Handlungen der Antragstellerin unterstützen und es ihr ermöglichen, durch ihre Verhaltensweisen das angestrebte Ziel zu erreichen»¹⁷⁹.

D. Schlußbemerkungen

43. In einer satirischen Darstellung aus dem Jahre 1884, hat Rudolf von Jhering lebensnah skizziert, was ein Jurist im sog. «juristischen Begriffshimmel» zu erwarten hat. Dort solle es keinen Platz für den Praktiker geben, da letzterer «in dem luftleeren Raum, wie er für die Begriffe nötig ist, nicht zu existieren vermag (...). Im theoretischen Himmel würde er nicht zu atmen vermögen, und er würde auch, da seine Augen auf die dort herrschende tiefe Finsternis nicht eingerichtet sind, keinen Schritt von der Stelle tun können»¹⁸⁰.

Wenn man nun versucht, die bisher dargelegte Stellungnahme der Rechtsprechung zu Umgehungs- und Scheinhandlungen zu bewerten, dann scheint es sicher, daß die Richter immer noch keinen Anspruch auf diesen juristischen Begriffshimmel erheben dürfen. Sie sind stets der Realität nah, auch auf Kosten einer wohl proportionierten und einheitlichen Dogmatik. Ihre «Dogmatik» besteht wohl vielmehr in der Berücksichtigung gewisser unbestimmter Begriffe, etwa der Prinzipien von Treu und Glauben, vom Rechtsmißbrauchsverbot, von Irrelevanz der Schein- und zum Teil auch der Umgehungshandlungen. Sie betrachten nämlich diese Prinzipien als all-

178. Sir George Baker P. in *Puttick v. Attorney-General*, *The Weekly Law Reports*, 1979, III, 542-561: 546. Die Maxime, auf die der Richter hinweist, geht auf die «Institutes of the Laws of England» zurück, die von Sir Edward Coke seit 1628 veröffentlicht wurden. In seiner lateinischen Form die Maxime heißt: «Nullus commodum capere potest de injuria sua propria». Einen ähnlichen Inhalt haben auch die Maximen «Nemo auditur turpitudinem suam allegans» und «Fraudem suam nemo debet allegare», die zunächst von Azo (12 Jhrh.) aufgestellt wurden und die römischen Entscheidungen als zugrunde liegende Grundsätze unterlegt wurden -vgl. dazu: E. Riezler, *Venire contra factum proprium*, Leipzig (Duncker & Humblot) 1912, 3-4 u. *ders.*, Berufung auf eigenes Unrecht, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 89 (= 2. Folge, Bd. 53) (1941), 177-276: 191, FN 34 u. *passim*.

179. Sir George Baker P., in der oben (bei FN 178) erwähnten Entscheidung, S. 561. Vgl. auch einen kurzen Bericht dazu in der FAZ v. 10.5.1979.

180. R. v. *Jhering*, Scherz und Ernst in der *Jurisprudenz*, Leipzig 1924 [Neudruck: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1964], 245-316: 250.

gemeine Rechtsgrundsätze, die ihre Auswirkung weit über den Bereich des Zivilrechts hinaus ebensogut auf das Strafrecht erstrecken dürfen. Die Anwendung des Rechtsmißbrauchsverbots zur Beschränkung des Notwehrrechts¹⁸¹, die Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Bestimmung einer Offenbarungspflicht bei Betrugsdelikten (z. B. bezüglich der Unfallfreiheit eines Gebrauchtwagens¹⁸²) und sogar die Anknüpfung strafrechtlicher Folgen an Handlungen, die trotz ihres angeblich rechtmäßigen Charakters praktisch Umgehungs- oder Scheinhandlungen darstellen¹⁸³, sind vielleicht die Zeichen einer allgemeinen Tendenz der neueren Rechtsprechung, sozioethische und gerechtigkeitsverbundene Maßstäbe auch im Bereich des Strafrechts zu verstärken. Zu dem gleichen Ergebnis kam eine detaillierte Doktorarbeit aus dem Jahre 1965, die unter der Leitung von Karl Engisch bearbeitet wurde¹⁸⁴. Der Verfasser hat dort untersucht, inwieweit die strafrechtliche Rechtsprechung des BGH von Zweckmäßigungs- und Billigkeits-erwägungen beeinflußt wird. Er stellte fest, daß sich eine «deutliche *Ausrichtung* der Rechtsprechung des BGH zum materiellen Strafrecht *auf die materielle Gerechtigkeit*»¹⁸⁵ zeigt. Ähnliches gilt für andere Länder, wie in Griechenland¹⁸⁶ und in Frankreich, wo die Rechtsprechung letzters selbst das Erschleichen von Leistungen von Parkuhren und Ferngesprächsautomaten als Betrug erklärt hat und dies zur Überraschung der Strafrechtslehre, auch wenn das weitgefaßte Betrugsmerkmal «*manoeuvres frauduleuses*»¹⁸⁷ des Art. 405 C.p. eine solche Auslegung erlauben könnte¹⁸⁸.

181. Vgl. dazu die bei N.-C. Courakis, op. cit. supra (FN 21), S. 73-76 (deutsches Recht) u. S. 92-97 (griechisches Recht) angegebenen Hinweise auf die Rechtsprechung. Zum Rechtsmißbrauchsverbot als allgemeinem Rechtsgrundsatz siehe: H.-H. Jescheck, in: Verhandlungen der Großen Strafrechtskommission, 18. Sitzung, Niederschriften, II. Bd., Bonn 1958, 134 u. zust. C. Roxin, Die provozierte Notwehrlage, in: ZStW, 75 (1963), 541-590: 557 FN 55.

182. Siehe die betreffende Rechtsprechung in: Schönke/ Schröder/ Cramer, 1980²⁰, § 263, Rdnr. 21= S. 1654; Dreher/ Tröndle, 1980³⁹, § 263, Rdnr. 13= S. 1127; K. Lackner, in LK, 1979¹⁰, § 263, Rdnr. 65= S. 49.

183. Vgl. statt vieler der oben angeführten Beispiele die Ausführungen des LG Koblenz (§ 32), wobei die Ausnutzung «formaler zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zur Schaffung eines scheinbaren Begünstigunstatbestandes» abgelehnt wurde.

184. K. Mölter, Der Einfluß von Zweckmäßigungs- und Billigkeitserwägungen auf die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Diss. München 1965.

185. K. Mölter, ibid, S. 158 (Hervorhebungen vom Verfasser).

186. Vgl. etwa die von J. Daskalopoulos kommentierte Rechtsprechung in: Poinika Chronika, 12 (1962), 180-181.

187. Dazu siehe oben § 14 u. FN 68 und weiterhin: B. Bouloc, «Escroquerie», in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Bd. II, Paris (Dalloz), Lieferung v. 1968, Nos 111-267 = S. 12 f.

44. Daß diese Tendenz der Rechtsprechung *rechtsstaatlich* als bedenklich erscheinen kann, liegt auf der Hand. Diese Bedenken können sich aber nicht mehr auf eine eventuelle Überschreitung des gesetzlichen Wortlauts beziehen. Wie oben (§ 2 u. FN 15-18) gesagt, tendiert die heutige Gesetzgebung dazu, den Raum des strafrechtlichen Schutzes - etwa mit unbestimmten Begriffen- immer weiter auszudehnen und dadurch ein Continuum der strafwürdigen Handlungen¹⁸⁹ zu erreichen. Die Bedenken zielen darum prinzipiell darauf ab, ob der Wortsinn des Gesetzes extensiv oder -umgekehrt- restriktiv sogar bis zur letzten Grenze beansprucht werden darf, also ob z.B. beim Versicherungsbetrug die betrügerische Absicht, wegen der verschiedenen Schutzzwecke von §§ 265 und 263, nicht in Anlehnung an den Betrugsparagrafen interpretiert wird¹⁹⁰, oder ob beim Bankrott der Hintermann nicht mehr als 'Schuldner' im zivilrechtlichen Sinne, sondern als 'Täter' nach dem Wortlaut der neuen Fassung des § 283 StGB angesehen wird¹⁹¹. Wenn aber die Problematik in dieser Weise unabhängig vom Analogieverbot im traditionellen Sinne gestellt wird, dann erscheint die dargelegte richterliche Praxis gegenüber Schein- und Umgehungshandlungen als legitim -nach der alten Maxime, an die sich auch der englische Richter (oben, § 42 u. FN 178) erinnert hat: «niemand darf aus seinem begangenen Unrecht Nutzen ziehen» (nullus commodum capere potest de injuria sua propria).

So auch Tipke/Kruse¹⁹²: «Wer Steuergesetze (...) in mißbräuchlicher Absicht umgeht, verdient keinen Vertrauensschutz, kann sich auf Rechtssicherheit nicht berufen».

-
188. Cass. crim. v. 10.12.1970, in: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambre criminelle, 166 (1970), N° 334 = S. 816-818; Cass. crim. v. 29.5.1978, in: La semaine juridique, 1978, IV, 236 Sp. I u. in: Recueil Dalloz-Sirey, 1978, Informations rapides, S. 344-345; Tribunal correctionnel de Lille v. 6.12.1971, in: Gazette du Palais, 1972, Jur., 722-723 -zusammenfassend: P. Bouzat, op. cit. supra (FN 138), 1978, 814-816.
189. Bezüglich der Eigentumsdelikte vgl.: J. Ternus, Lücken im System des Diebstahls- und Unterschlagungstatbestandes nach geltendem und künftigem Recht, Diss. München 1969 (deutsches Recht) u. M.-S. Cousin-Houpe, Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens (Vol - Abus de confiance - Escroquerie), in: Revue de Science criminelle, 1977, 779-794 (französisches Recht).
190. Vgl. die oben (bei FN 110) angeführte Literatur.
191. Dazu oben, bei FN 115. Diesen Weg der Auslegung hat übrigens die Rechtsprechung im Rahmen des § 263 StGB angewandt, um die Umgehung des sog. Privatisierungsgesetzes v. 21.7.1960 wegen Aktienerwerbs durch Strohleute zu erfassen: BGHE St 19 (1964), 207-217 -vgl. K. Tiedemann, op. cit. supra (FN 138), 341 u. FN 102.
192. K. Tipke/ H.W. Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung (Kommentar), Köln (O. Schmidt) 1976⁹, § 42 AO Tz 8 = S. 60.

Für eine *dogmatische Begründung* dieser judikativen Tendenz zur Bekämpfung der Schein- und Umgehungshandlungen (vor allem derjenigen, die durch die Auslegung nicht direkt erfaßbar sind -siehe oben, § 37) reicht allerdings nicht aus, daß man die vom Gesetzlichkeitsprinzip postulierte Vorhersehbarkeit der (Wirtschafts-)Strafnormen in concreto (nach den Vorstellungen des Täters) statt nach h.M in abstracto bewertet¹⁹³. Denn auch in diesem Fall kann dem Täter kein Vorwurf gemacht werden, er habe den *strafbaren* Charakter seiner Handlung erkannt: wenn die Handlung vom Wortsinn des Gesetzes nicht erfaßt wird, dann kann sie höchstens als strafwürdig, nicht aber als strafbar bezeichnet werden. Die Schwierigkeit wird dann überwunden, wenn man zusätzlich als weitere Abweichung von der traditionellen Auslegung des Gesetzlichkeitsprinzips annimmt, daß ein mit dem verbotenen im wesentlichen identischer, aber künstlich herbeigeführter, Erfolg die Strafbarkeit begründet, gleichgültig, ob dieser Erfolg vom Wortsinn des Gesetzes gedeckt wird. Diese Begründung würde aber die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsinstituts des Umgehungsverbots im (Wirtschafts-)Strafrecht (als Ausnahme vom Gesetzlichkeitsprinzip) voraussetzen, was in der heutigen (wenn auch beschränkten) Diskussion¹⁹⁴ immer noch offen bleibt¹⁹⁵.

Es kann allerdings nicht bestritten werden, daß die legislative Technik

-
193. In dieser Richtung bewegen sich wohl die Anregungen von K. *Tiedemann* in seiner Rezension zur Monographie von H. *Stöckel* (op. cit. supra, bei FN 24: 1966), in: *Revue de science criminelle*, 1969, 1007-1008.
194. Dazu vgl. K. *Tiedemann*, *Wettbewerb und Strafrecht*, Karlsruhe/Heidelberg (C.F. Müller) 1976, S. 42 u. FN 69 -siehe auch O. *Sandrock*, op. cit. supra (FN 30), 265-267 und kritisch dazu: E. *Steindorff*, *Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht*, in: *Festschrift für Karl Larenz*, München (C.H. Beck) 1973, 217-244: 221 f.
195. Es ist überdies darauf hinzuweisen, daß das Umgehungsinstitut als Grundlage zur Bestrafung einer Umgehungshandlung bereits in einer (recht seltenen) Reichsgerichtspraxis bezüglich des Postgesetzes v. 28.10.1871 (und unabhängig von der Umgehungsklausel in § 27 I 4 dieses Gesetzes) Anerkennung gefunden hat -vgl. RGE St 18 (1889), 45-51: 48: «Wenn der Privatspediteur hierbei die gesammelten Briefe in Kisten, Pakete oder in sonstiger für ihn gewinnbringender, die Post aber in hohem Maße schädigender Weise durch die Post befördert, so ist dies nicht eine dem Gesetze entsprechende, sondern eine dasselbe *umgehende* [Hervorhebung im Urteil] Manipulation»; RGE St 22 (1892), 359-363: 361: «Auch hier ist die Ansicht schon angedeutet, daß wenn in fraudem legis zur Beförderung postzwangspflichtiger Zeitungen eine Geschäftsform gewählt wird, welche ihrer äußeren Erscheinung und juristischen Gestaltung nach dem Wortlaute des Gesetzes entspricht, dennoch das Geschäft nach seiner wahren Natur, insbesondere nach dem von den Thätern verfolgten wirtschaftlichen Zwecke, der Strafsatzung unterliegen kann. Das Zwischenschieben eines Vermittlers bei der Beförderung würde danach die Strafbarkeit nicht beseitigen, sofern es nur zu dem Zwecke geschieht, den Vermittler formell als Absender erscheinen zu lassen, während in Wahrheit die Absendung seitens der Abonnenten erfolgt»; vgl. aber auch RGE St v. 21.1.1918, in: *JW* 47 (1918), 451-452 mit Anm. v. *Köhler* und ferner H. *Stöckel*, op. cit. supra (FN 24: ZRP 1977), 135 u. FN 19.

immer noch das beste Mittel zur Erfassung dieser unlauteren Aktivitäten bleiben wird und muß. Die erwähnten Beispiele aus direkten und indirekten Umgehungsgesetzen i.w.S. (§ 1 u. FN 1-5) zeigen ohnehin das starke Interesse des Gesetzgebers, die Schein- und Umgehungshandlungen zu bekämpfen¹⁹⁶. Es liegen allerdings auch Fälle vor -und diese Arbeit hat einige untersucht-, in denen die Rechtsprechung erst mit großem Aufwand zu einem Ergebnis kommt. Hierbei könnte die Rolle des Gesetzgebers von primärer Bedeutung sein.

Stand: Oktober 1980

186. Ob diese Bekämpfung langfristig erfolgreich sein kann, ist allerdings fraglich. Denn es geht hierbei nicht nur um den «unausrottbaren, unabwendbaren» Charakter des Verbrechens im allgemeinen (so Professor J.M. *Daskalopoulos* in einem noch unveröffentlichten Vortrag in Göttingen am 30.6.1977 über das Wesen des Verbrechens und seine Bekämpfung), sondern darüber hinaus speziell um den besonders erfinderischen Geist der Wirtschaftsdelinquenten, den Maßnahmen des Gesetzgebers durch immer neue Schliche zu entgehen. Unter diesem Aspekt war Jhering völlig berechtigt in seiner Meinung, daß «eines der schwierigsten Probleme, die an den Gesetzgeber überhaupt herantreten können, darin besteht, sein Gesetz gegen Umgehungen sicherzustellen»: R. v. *Jhering*, op. cit. supra (FN 40), § 57 = S. 264. Bezüglich der weiteren Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen erlaubter und unerlaubter Vermeidung der Anwendung eines (Steuer-) Gesetzes vgl. U. *Sieber*, in: K. Tiedemann (Hrsg.), op. cit. supra (FN 98), 155-175: 164 u. FN 37.

Δυνατότητες εφαρμογής τῆς ἐννοίας περὶ καταστρατηγήσεως τοῦ δικαίου πρὸς ἄσκησιν ἀντεγκληματικῆς πολιτικῆς

(ΕΠΙΛΕΓΟΜΕΝΑ)

Τὸ πρόβλημα τῆς καταστρατηγήσεως τοῦ δικαίου ἔχει, ὡς γνωστόν, οὐσιωδῶς παραμεληθῆ κατὰ τὰ τελευταῖα ἔτη εἰς τὸν χῶρον τῆς γενικῆς θεωρίας τοῦ δικαίου, ἡ δὲ ἐξέτασίς του περιορίζεται συνήθως καὶ ἐντοπίζεται εἰς ζητήματα τοῦ ἀστικοῦ ἢ τοῦ ἰδιωτικοῦ διεθνοῦς δικαίου. Ἀπὸ τῆς ἐποχῆς κατὰ τὴν ὁποῖαν ὁ τιμώμενος εἰς τὸ ἀφιέρωμα τοῦτο Καθηγητῆς Ἀλέξανδρος Λιτζερόπουλος, μὲ συνθετικὸν πνεῦμα καὶ διεισδυτικότητα, ἔθεσε τὰς βάσεις τῆς νεωτέρας θεωρίας περὶ καταστρατηγήσεως τοῦ δικαίου γενικῶς καὶ ἐν τῇ εφαρμογῇ της εἰς τοὺς ἐπὶ μέρους κλάδους τοῦ δικαίου (1928), ὀλίγοι μόνον ἐργασίαι ἀπετόλμησαν ἓνα τέτοιο ἐγχείρημα (π.χ. Vidal, 1957· Westerhoff, 1966) καὶ ἐλάχιστα τούτων ἠδυνήθησαν νὰ προσθέσουν κάτι εἰς τὰ πρὸ αὐτῶν λεχθέντα.

Ἡ ἔλλειψις τοιαύτης ἐπιστημονικῆς ἀνανεώσεως γίνεται ὁσημέραι ἰδιαίτερως αἰσθητὴ εἰς ἓνα κλάδον τοῦ δικαίου, ὁ ὁποῖος δικαίως ἔχει χαρακτηρισθῆ ὡς τὸ βαρόμετρον τῶν κοινωνικοοικονομικῶν ἐξελίξεων: τὸ ποινικὸν δίκαιον. Αἱ νέαι μορφαὶ ἐγκληματικότητος καὶ κυρίως ἡ λεγομένη οἰκονομικὴ ἐγκληματικότης φέρουν εἰς τὴν ἐπιφάνειαν νέους τρόπους τελέσεως καὶ «δικαιολογήσεως» ἀντικοινωνικῶν πράξεων, οἱ ὁποῖοι διακρίνονται διὰ τὸ περίπλοκον εἰς τὴν κατανόησιν καὶ ἐξιχνίασίν των (ἐπὶ παραδείγματι ἀπόσπασις ἐπιχορηγήσεων ἐκ τῆς ΕΟΚ διὰ προϊόντα εἰκονικῶς μόνον ἐξαγόμενα πρὸς τρίτας χώρας -πρβλ. ἀνωτ. σῆμ. 82). Ἐνώπιον τῆς τακτικῆς αὐτῆς τὸ ποινικὸν δίκαιον, στηριζόμενον εἰς ἓνα ἀποσπασματικὸν τρόπον ἀντιμετωπίσεως τῶν ἀξιομέπτων πράξεων καὶ περιοριζόμενον συναφῶς ἀπὸ τὴν συνταγματικὴν ἀρχὴν τῆς νομιμότητος, ἀδυνατεῖ συνήθως ν' ἀντιδράσῃ μὲ τὰ παραδοσιακά του μέσα. Ὑφίσταται συνεπῶς εἰς τὸν χῶρον τοῦτον κατὰ τὰ τελευταῖα ἔτη οὐσιώδες πρόβλημα ἀντεγκληματικῆς πολιτικῆς, τὸ ὁποῖον δὲν δύναται νὰ ἐπιλυθῆ, εἰ μὴ μὲ καθιέρωσιν νέας θεωρήσεως τῶν μεθόδων τοῦ ποινικοῦ δικαίου. Βεβαίως ἡ εὐκολος λύσις εἶναι νὰ θεσπισθοῦν ὑπὸ τοῦ νόμου διατάξεις ἀπαγορεύουσας γενικῶς καὶ μὲ ρητὴν ἢ ἔμμεσον διατύπωσιν, τὰς καταστρατηγικὰς ἢ εἰκονικὰς ἐνεργείας ὡς πρὸς σύνολα συμπεριφορᾶς (π.χ. ἐπὶ φοροδιαφυγῆς). Ὡς δὲ ἐξετάζεται εἰς τὴν προκειμένην ἐργασίαν, ἡ νομοθετικὴ αὐτὴ λύσις, παρὰ τὴν ἐπικίνδυνον διὰ τὰς ἐλευθερίας ἀοριστίαν της, κερδίζει εἰς τὴν ἀλλοδαπὴν συνεχῶς ἔδαφος. Ἐπίσης εἰς τὴν χώραν μας δὲν εἶναι ἄγνωστος (π.χ. ἄ. 30 παρ. 10 Ἀγορανομικοῦ Κώδικος). Ἐτέρα λύσις, ἐξ ἴσου προβληματικὴ, εἶναι ἡ ἐρμηνευτικὴ-νομολογιακὴ

ἀντιμετώπισις τοῦ ζητήματος ὑπὸ τῶν δικαστηρίων καὶ τῆς ἐπιστήμης ἐπὶ τῇ βάσει τῶν κειμένων διατάξεων. Εἰς τὴν περίπτωσιν αὐτὴν γίνεται ἐπίκλησις γενικῶν ἀρχῶν τοῦ δικαίου περὶ καταπολεμήσεως τῆς στρεψοδικίας (πρβλ. ἀνωτ. σημ. 178), διευρύνεται ἡ ἔννοια ὄρων τῆς ἀντικειμενικῆς ὑποστάσεως τοῦ ἐγκλήματος δι' ἐφαρμογῆς μιᾶς τολμηρᾶς τελεολογικῆς μεθόδου, ἢ ἀπλῶς παραμερίζεται τὸ κύριον πρόβλημα δι' υἱοθετήσεως νομικιστικῶν-τυπικῶν ἐπιχειρημάτων ὁδηγούντων πάντως εἰς τὰς αὐτὰς λύσεις.

Ὅπως δὲ ποτε τὸ ζήτημα ἀνάγεται τελικῶς εἰς προσδιορισμὸν τῶν ὀρίων μέχρι τῶν ὁποίων εἶναι θεμιτὴ ἡ ἐφαρμογὴ τῆς ἀρχῆς τῆς νομιμότητος εἰς τὸ ποινικὸν δίκαιον, χωρὶς ἐκ τῆς ἐφαρμογῆς ταύτης νὰ πλήττωνται ἄλλαι οὐσιώδεις συνταγματικαὶ ἀρχαί, ὡς ἐκεῖναι τῆς ἴσης μεταχειρίσεως καὶ τῆς ἀποδόσεως οὐσιαστικῆς δικαιοσύνης. Τὸ κατὰ πόσον ὅμως αἱ ἀρχαὶ αὐταὶ παραβιάζονται μὲ τὴν ἀνοχὴν καταστρατηγικῶν ἢ εἰκονικῶν μορφῶν συμπεριφορᾶς εἶναι, εὐλόγως, θέμα ἀποφασιζόμενον οὐχὶ γενικῶς καὶ ἐκ τῶν προτέρων, ἀλλ' ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ἐκάστοτε πραγματικῶν δεδομένων, τὰ ὁποῖα καὶ πρέπει νὰ ὁδηγοῦν, κατὰ περίπτωσιν, εἰς τὴν θέσπισιν τῶν ἀναγκαίων **εἰδικῶν** νομοθετικῶν λύσεων.

Ἐκεῖνο, λοιπόν, τὸ ὁποῖον κυρίως ἐνδιέφερον εἰς τὴν παροῦσαν ἐργασίαν ἦτο ἀφ' ἑνὸς μὲν νὰ προσδιορισθῇ ἡ ἔννοια τῆς καταστρατηγήσεως δικαίου (συμπεριλαμβανομένων καὶ τῶν εἰκονικῶν ἐνεργειῶν), ὡς αὕτη συνάγεται ἐκ τῆς ἐρμηνείας συναφῶν -κατὰ πρῶτον λόγον φορολογικῶν - νομοθετικῶν κειμένων, ἀφ' ἑτέρου δὲ νὰ ἀναλυθοῦν αἱ σπουδαιότεραι περιπτώσεις τοιοῦτων ἐνεργειῶν ἐν τῇ πράξει καὶ νὰ ἐπισημανθοῦν τοιουτρόπως οἱ ἀναγκαῖοι τομεῖς βελτιώσεως ἢ ἀνανεώσεως τῆς ὑφισταμένης νομοθεσίας. Ἡ ἐρευνα ἐβασίθη πρὸ πάντων εἰς νομοθετικάς, νομολογιακάς καὶ ἐπιστημονικάς πηγὰς τῆς Δ.Γερμανίας, μὲ σκοπὸν νὰ ἐκτιμηθῇ ἡ ἀξία τῶν ἐκεῖ δοθεισῶν λύσεων διὰ τὴν ἑλληνικὴν πραγματικότητα. Ἡ ἀνάγκη δὲ τῆς τοιαύτης κριτικῆς ἐκτιμήσεως τῶν λύσεων ὠδήγησε περαιτέρω εἰς τὴν παροῦσαν γερμανιστὶ παρουσιάσιν τῶν πορισμάτων τῆς ἐρεῦνης, ὥστε νὰ διευκολυνθῇ ὁ ἐπιστημονικὸς διάλογος καὶ νὰ καταστῇ δυνατὴ ἡ ἐν τῷ πλαισίῳ τῆς διεθνοῦς βιβλιογραφίας συνέχισις διερευνήσεως τοῦ θέματος.