

# Funktionen des obiter dictum

Von Prof. Dr. Lorenz Schulz, München

I. Gelegentlich der „Zeit“-Kolumne „Fischer im Recht“ erläutert der Jubilar am 12.4.2016, was ein obiter dictum ist.<sup>1</sup> Er illustriert es mit dem Beschluss des 1. Strafsenats vom 19.5.2015.<sup>2</sup> Ohne Not hätte der Senat den Beschluss zum Anlass genommen, sich zu Begriff und Rechtsfolgen der rechtswidrigen polizeilichen Tatprovokation zu äußern und sich dabei gegen den 2. Strafsenat gewendet. Dieser hatte unter dem Vorsitz des Jubilars, der zugleich Berichterstatter war, am 6. Mai in einer Hauptverhandlung bei Anwesenheit zahlreicher Journalisten unter Hinweis auf den EGMR in der Entscheidung *Furcht v. Germany*<sup>3</sup> die Abkehr von der Strafzumessungslösung von BGH und BVerfG angekündigt. Da der Beschluss des 1. Senats wohlweislich kurz vor dem Ergehen der Entscheidung des 2. Senats am 10.6.2015 erging, konnte der 1. Senat diese Entscheidung formal ignorieren. Weil der Beschluss zusätzlich für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen wurde,<sup>4</sup> hat ihn *Burhoff* als „Auffrüstung“ bezeichnet.<sup>5</sup> Bei „Fischer im Recht“ werden die Details des damals offenen Streits zwischen beiden Senaten ausgebreitet. Dass es dabei wahrhaft menschelte, ist ohne Weiteres ersichtlich.

II. Der 1. Senat war im zu entscheidenden Fall der Ansicht, dass keine Tatprovokation gegeben war. Er benutzte den Beschluss mithin nur als Vehikel, um Grundsätzliches zur Tatprovokation zu verkünden. Um diese obiter dictum genannte Technik geht es im Folgenden. Während der Tenor des Beschlusses in der amtlichen Sammlung karg ist und die Wucht des obiter dictum nicht erkennen lässt,<sup>6</sup> ist sie in den redaktionellen Leitsätzen der Zeitschriften unter dem Stichwort „Rechtliche Folgen einer Tatprovokation“ direkt ersichtlich.<sup>7</sup>

III. Dem Beispiel nachfolgend wird das obiter dictum wie folgt erläutert:

„Sein Rechtssatz, eine rechtsstaatswidrige Provokation führe trotz der Entscheidung des EGMR nicht zur Verfahrenseinstellung, war somit ein klassisches ‚obiter dictum‘ (ein bloßes ‚nebenbei gesagt‘). Solche Obiter dicta haben keine Bedeutung für die Entscheidung des konkreten Falles und

keine Bindungskraft für andere Senate oder Gerichte. Sie sagen, was sein soll, wenn es so wäre, wie es nicht ist. Das ist in der Regel überflüssig und manchmal gefährlich: Beim nächsten Mal, wenn es in einem Fall wirklich darauf ankommt, können ganz andere Richter beteiligt sein oder andere Meinungen vertreten werden. Obiter dicta haben daher keinen guten Ruf: Sie blasen die Backen auf, wo es nichts zu pfeifen gibt.

Obiter dicta sind übrigens die Kernkompetenz des sogenannten Stammtischs und auch sonst in den Lebenswelten unseres Alltagslebens tief verankert: ‚Wenn ich (X) wäre, würde ich (Y)!‘ ‚Wenn's nach mir ginge, [...]!‘ ‚Wenn zu mir einer käme und würde sagen [...]‘.

Trotzdem sind sie natürlich nicht verboten und können gelegentlich auch gewisse Hinweise auf Tendenzen geben. Ungewöhnlich aber ist es, obiter dicta in den Rang von ‚Grundsatzentscheidungen‘ zu heben, die in der sogenannten ‚amtlichen Sammlung‘ veröffentlicht werden. Dieses aber geschah hier.“

Es gibt nur wenige Juristen, die das obiter dictum schätzen. Schon aus stilistischen Gründen nicht, weil der juristische Stil dem Rasiermesser *Ockhams* genügen soll. Die Ablehnung ist zudem aus strategisch-funktionalen Gründen besonders verbreitet auf Seiten der Strafverteidigung und weniger verbreitet bei Gericht. Obiter dicta haben verfassungsrechtlich einen bitteren Beigeschmack. Gerichte hätten ausschließlich einen ihnen vorgelegten Fall zu entscheiden, wendet man mit Blick auf die Teilung der Gewalten ein.<sup>8</sup> Man denke an *Montesquieu*s „bouche de la loi“ oder auch an Friedrich II., der seinen preußischen Richtern sogar das Interpretieren verboten hat. Dass dem manches zu entgegen ist, wird im Folgenden ausgeführt. Es ist hier nicht der Ort, in die monographische, sei es dogmatische oder rechtstheoretische, Tiefe des obiter dictum zu gehen.<sup>9</sup> Die genannte Abneigung ist jedenfalls in den meisten Fällen berechtigt. Aber nicht in allen.

IV. Da ist der Fall des obiter dictum zur Beantwortung einer ungeklärten, regelmäßig neuen Rechtsfrage, die Ermittlung von „Tendenzen“, ohne deren Kenntnis der Rechtsanwalt Haftungsrisiken eingeht.<sup>10</sup> Ein Beispiel: Selten hat eine Entscheidung des BGH in Praxis und Wissenschaft so viel Resonanz gefunden wie die Entscheidung des 5. Strafsenats vom 17.7.2009. Statt schier unendlich vieler sei hier nur einer der Herausgeber dieser Festgabe zitiert.<sup>11</sup> Anlässlich der behandelnden Entscheidung zu der Frage, ob den Leiter der

<sup>1</sup> Siehe

[www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-04/buerokratie-bundesgerichtshof-strafrech-justiz-fischer-im-recht](http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-04/buerokratie-bundesgerichtshof-strafrech-justiz-fischer-im-recht) (25.9.2018).

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15 = NStZ 2015, 541. Zum Überblick über die Rechtsprechung des BGH siehe *Beukelmann*, NJW Spezial 2018, Heft 18, 568.

<sup>3</sup> EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (*Furcht v. Deutschland*) = NStZ 2015, 412.

<sup>4</sup> BGHSt 60, 238.

<sup>5</sup> <https://blog.burhoff.de/2015/08/aufreueung-beim-bgh-auf-einmal-bghst-oder-tatprovokation-beim-bgh/> (25.9.2018).

<sup>6</sup> 1. Zu den Voraussetzungen einer konventionswidrigen polizeilichen Tatprovokation (Anschluss an BGHSt 47, 44 ff.); 2. Zu den Anforderungen an eine Verfahrensrüge, mit der eine (rechtsstaatswidrige) polizeiliche Tatprovokation gerügt werden soll.

<sup>7</sup> Siehe nur BGH NStZ 2015, 541.

<sup>8</sup> Zur Gewaltenteilung vgl. *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 205 ff.; zur Genese auch *Schulz*, in: Kühn/Gruber (Hrsg.), Dreiecksverhältnisse, 2016, S. 73; zum arbeitsteiligen Modell des BVerfG siehe sub V.

<sup>9</sup> Siehe hierzu *Lilie*, Obiter dictum und Divergenzausgleich im Strafrecht, 1993.

<sup>10</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1993, 243 (245).

<sup>11</sup> *Rotsch*, in: Schulz/Reinhart/Sahan/Knauer (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 485.

Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts eine Garantenpflicht treffe, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden, hat der *Senat* die vom zu entscheidenden Fall losgelöste Feststellung getroffen, auch den Compliance Officer habe „regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB [...], im Zusammenhang mit der Tätigkeit [eines] Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern.“ Dem obiter dictum in BGHSt 54, 44 verdankt sich eine praktische und wissenschaftliche Diskussion von ungewöhnlichem Ausmaß, möglicherweise weil die Compliance als selbstreflexive Form der Normtreue bei institutioneller Gewährleistung von Selbstkontrolle wie kaum ein anderes Beispiel für die wachsende Bedeutung von Sekundärnormen steht. Das obiter dictum war jedenfalls eine Art wissenschaftliches Konjunkturprogramm, das zu einer weitgehenden Klärung der Frage geführt hat.

V. Die Entscheidung steht für eine weitere Funktion des obiter dictum, die aus der Leitentscheidung des 2. *Senats* des BVerfG zur Untreue vom 23.6.2010 hervorgeht. Hier nahm der *Senat* unter dem Berichterstatter *Landau* am Beispiel der Untreue Stellung zur wachsenden Unbestimmtheit der Tatbestandstechnik, die in der Rechtssoziologie früh als Abkehr von strengen Konditionalprogrammen wahrgenommen wurde. Die Primärnormen der Gesetzlichkeit träten zurück zugunsten von Sekundärnormen insbesondere verwaltungsrechtlicher Natur, flankiert von einer zunehmenden „kooperativen“ und „konsensualen“ Normsetzung, die der Jubilar anlässlich der Gesetzgebung zur „Verständigung“ angegriffen hat. Bei Strafrechtsnormen findet die Abkehr Ausdruck in nur noch schwer nachvollziehbaren Verweisungsketten, was bei offen akzessorischen Strafrechtsnormen leichter ersichtlich ist als bei verdeckt akzessorischen. Dem entsprechen auch latente oder offene Wertungskonflikte der Rechtsmaterien, auf die in einem strafrechtlichen Tatbestand verwiesen wird. Davon zeugt nicht nur der Tatbestand der Untreue, dessen Offenheit das BVerfG in der genannten Entscheidung mit einigem Erfolg einzuhegen versucht hat. Nicht weniger schwierig sind Tatbestände wie der § 266a StGB, der durch den Verweis auf arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Vorschriften die Akzessorietät des Strafrechts besonders strapaziert und zu einem „Kreisverkehr im Recht“ führt, bei dem die klassische, hierarchische Auffassung der Rechtsquellen versagt und am Ende die Anstrengung der Normenkonsistenz und -kohärenz verbleibt.<sup>12</sup> Wo an der klassischen Konditionalgesetzgebung festgehalten wird, wird diese verfahrensrechtlich flexibilisiert. Dabei wird die Reichweite des Bestimmtheitsgrundsatzes im Verfahren im Zeichen der Opportunität ausgehandelt. Dem hat der Gesetzgeber mit der Normierung der „Verständigung“ (§ 257c StPO) Vorschub geleistet, was wiederum der 2. *Senat* des BVerfG neuerlich unter dem Berichterstatter *Landau* am 19.3.2013 im Ergebnis

hingenommen, in der Sache jedoch weitgehend abgelehnt und mit strengen Kautelen versehen hat.<sup>13</sup>

In der Untreue-Entscheidung geht es beim Bestimmtheitsgebot in ständiger Rechtsprechung des BVerfG um die Sicherstellung der grundgesetzlichen Gewaltenteilung und des Individualschutzes. Demzufolge hat der Gesetzgeber selbst die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen. Nach der freiheitsgewährleistenden Funktion des Gebots muss jedermann vorhersehen können, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist. Unter dem Blickwinkel der Voraussehbarkeit war bereits in einem Sondervotum der Sitzblockaden-Entscheidung darauf hingewiesen worden, dass sie auch durch eine ständige Rechtsprechung gewahrt werden kann, woran die Begründung in der Untreue-Entscheidung anschließt:

„Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands(-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können zudem durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, entkräftet werden (vgl. BVerfGE 26, 41 [43]; 87, 209 [226 f.]; 92, 1 [18]). Allein die Tatsache, dass ein Gesetz bei extensiver, den möglichen Wortlaut ausschöpfender Auslegung auch Fälle erfassen würde, die der parlamentarische Gesetzgeber nicht bestraft wissen wollte, macht das Gesetz nicht verfassungswidrig, wenn und soweit eine restriktive, präzisierende Auslegung möglich ist (vgl. BVerfGE 87, 399 [411]).“

Das Analogieverbot wird mit dem Präzisionsgebot gleichgesetzt, das auf die Vermeidung einer gesetzwidrigen Auslegung zielt. Aus dem Präzisionsgebot folgert der *Senat* das „Verschleifungsverbot“,<sup>14</sup> das inzwischen zur gerade in der Strafverteidigung wertvollen praktischen Münze nicht nur bei der Untreue geworden ist:

„Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; vgl. BVerfGE 87, 209 [229]; 92, 1 [16 f.]).“

Eine Auslegung habe „methodengerecht“ zu erfolgen. Auch wenn dies nicht erläutert wird, gilt das Gebot der Präzision. Danach haben Gerichte, um den gesetzgeberischen Willen sicherzustellen, zu vermeiden, „eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt“ zu verfolgen. Sie seien gehalten, „verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisionsgebot).“ In anderen Worten: Für den Gesetzgeber genügt es, einen Tatbestand bestimmbar zu formulieren, wenn die Bestimmtheit durch („restriktive“) Auslegung seitens der Gerichte soweit möglich sichergestellt werden kann. Die bestimmbare Norm soll so weit als möglich („nach Möglichkeit“) bestimmt („präzisiert“) werden. Damit wird das

<sup>12</sup> Schulz, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1215.

<sup>13</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>14</sup> Siehe *Kuhlen*, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Fn. 12), S. 943.

Bestimmtheitsgebot mit einem Optimierungsgebot auf Seiten der Rechtsprechung verknüpft, wobei die Pflicht zur optimalen Präzisierung mit der Unbestimmtheit der Tatbestandsmerkmale korreliert.<sup>15</sup>

Das damit einhergehende Modell von Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung ist nur legitim, weil die Kontrolldichte erhöht wird und das Verfassungsgericht es sich vorbehält, Judikate der ordentlichen Gerichtsbarkeit – wie ein Revisionsgericht – auch in Hinblick auf die Obersätze zu überprüfen. Das Modell lautet wie folgt:

„Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 26, 41 [43]; 45, 363 [371 f.]), trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes (vgl. dazu BVerfGE 74, 129 [155 f.]; 122, 248 [277 f.]) hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen.“

Dieses Verbot einer rückwirkenden (belastenden) Rechtsprechungsänderung<sup>16</sup> ist in dieser Klarheit neu: Die Änderungen der präzisierenden Rechtsprechung haben voraussehbar zu sein, nicht nur wegen des Vertrauensschutzes, sondern auch objektiv wegen jener „hinausgehenden Anforderungen“.<sup>17</sup> Diese sind ominös, sofern keine Maßgaben für die Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung entwickelt werden.

Für die möglichen Strategien gibt es Erfahrungswerte. So hat der Bundesgerichtshof für § 316 StGB bei der mit Entscheidung vom Juni 1990<sup>18</sup> vorgenommenen Herabsetzung der Promillegrenze von 1,3 auf 1,1 Promille den Vertrauens-

schutz dadurch gewährleistet, dass der Vorsitzende des befassten *Senats* in angemessener Frist im Weg von Äußerungen in Fachzeitschriften die Rechtsprechungsänderung ankündigt hatte.<sup>19</sup> Eine subkutane Variation dieses Mittels hat der Jubilar gewählt, als er im Weg eines Interviews für den „Spiegel“ ankündigte, dass er in der kommenden Auflage seines einflussreichen Kommentars bei der Bestechlichkeit im Geschäftsverkehr (§ 299 StGB) die Kassenärzte als Beauftragte der Kassen einstufen und damit dem Tatbestand unterwerfen werde.<sup>20</sup>

In Anbetracht der Digitalisierung der rechtlichen Medien lässt sich nicht ausschließen, dass die Rechtsprechung neue, kreative Wege der Kommunikation nutzen wird. Bewährt und für die Justiz naheliegend ist das Mittel des obiter dictum. Es könnte weiteren Auftrieb erfahren. Das erwähnte obiter dictum des 5. *Strafsenats* zur Strafbarkeit des Compliance Officer ist ein Beispiel dafür.<sup>21</sup>

VI. Abschließend sei ein obiter dictum genannt, das die genannten Funktionen aufnimmt und eine weitere hinzufügt. Neben der Funktion, eine offene Rechtsfrage zu klären, und der Funktion, den Adressaten eines strafrechtlichen Tatbestands über Risiken der Strafbarkeit zu informieren, geht es hier auch um die Grundfunktion der Judikative, rechtsgebietsübergreifend eine kohärente Judikatur vorzustellen. Es geht um die Entscheidung des 1. *Strafsenats* vom 24.1.2018,<sup>22</sup> deren Bedeutung kaum zu überschätzen ist.<sup>23</sup> In dem entschiedenen Fall war es zu einem Widerspruch im „Kreisverkehr des Rechts“ gekommen, nämlich zu einer Divergenz zwischen dem Vorsatzverständnis im Steuer- und Arbeitsstrafrecht (§ 41a EStG, an den der Tatbestand der Steuerhinterziehung anschließt, und § 266a StGB). Der *Senat* sieht sich gehalten, diese Divergenz auszuräumen, und wählt dazu ein obiter dictum:

„Da für die Differenzierung kein sachlicher Grund erkennbar ist und es sich jeweils um (normative) Tatbestandsmerkmale handelt, erwägt der Senat – insoweit entgegen den Überlegungen in dem Beschluss des *Senats* vom 8. Septem-

<sup>15</sup> Ein Kurzschluss wäre es allerdings, aus der Präzisierung zu schließen, dass der gesetzgeberische Tatbestand anfänglich bestimmbar war. Der Umstand der Präzisierung ist nicht mehr als ein Indiz für eine von Anfang an bestehende Bestimmtheit. Wo der Tatbestand anfänglich unbestimmbar-unbestimmt ist, steht die „Präzisierung“ einer subkutanen Gesetzgebung gleich, wäre mithin eine Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung obiter dictu möglicherweise im strengen Sinn kein obiter dictum mehr; so *Cornelius*, GA 2015, 101 (120).

<sup>16</sup> Vgl. *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 51-59; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 37 m.w.N.

<sup>17</sup> An diese Anforderungen können Versuche anknüpfen, den Irrtum bei unklarer Rechtslage objektivierend zu regeln, weil die Entlastung durch den Verbotsirrtum zu spät kommt und nur eine Auffangfunktion haben kann; vgl. *Cornelius*, GA 2015, 101 (117 ff.).

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.1990 – 4 StR 297/90 = BGHSt 37, 89 = NJW 1990, 2393.

<sup>19</sup> *Salger*, DRiZ 1990, 19; *ders.*, NZV 1990, 5. Zwar dürften Veröffentlichungen in Fachzeitschriften bei Allgemeindelikten wie § 316 StGB nicht ohne Weiteres genügen, um den entsprechenden Vertrauenstatbestand zu erschüttern (so *Kuhlen*, HRRS 2012, 116), doch hatten in diesem Fall auch allgemein zugängliche Medien die Botschaft verbreitet.

<sup>20</sup> So dann auch die Kommentierung in einigen Auflagen unter § 299 Rn. 10b ff., weggefallen nach Einfügung der § 299a, 299b StGB (in Kraft getreten am 4.6.2016) in Reaktion auf BGH, Beschl. v. 29.3.2012 – GSSSt 2/11, welcher der Ansicht des Kommentators nicht folgte.

<sup>21</sup> Weitere Nachweise bei *Kuhlen*, HRRS 2012, 114 (116).

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17 = NSTz-RR 2018, 180.

<sup>23</sup> Das spiegelt sich darin, dass sie nun vielfach rezensiert wird; siehe bisher *Rode/Hinderer*, wistra 2018, 341; *Habertha*, StV 2019, Heft 1 (im Erscheinen); *Beyer*, NZWiSt 2018, 341; *Schuster*, NZWiSt 2018, 346; *Theile*, ZJS 2018, 1250; *Reichling*, StraFo 2018, 357; siehe auch *Bosch*, Jura 2018, 843.

ber 2011 – 1 StR 38/11, NStZ 2012, 160, 161 Rn. 23 ff. –, zukünftig auch die Fehlvorstellung über die Arbeitgeberbereitschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln.“

Erfreulicherweise folgt der *Senat* nun ausdrücklich der Steueranspruchstheorie, nach der die Kenntnis des Steueranspruchs zum Vorsatz gehört und der Irrtum nach § 16 StGB zu behandeln ist. Dies hatte derselbe *Senat* im obiter dictum der genannten Entscheidung vom 8.9.2011 in anfechtbarer Weise<sup>24</sup> gerade in Frage gestellt und damit weithin Verunsicherung ausgelöst, damals eine der nicht wenigen Stationen des *Senats* auf dem Weg in ein erheblich verschärftes Strafrecht – nachdem ihm 2008 aufgrund einer gewiss nicht zufälligen Änderung der Geschäftsverteilung die Zuständigkeit für Revisionen in Steuerstrafsachen übertragen worden war. Die erwogene Abkehr von der Steueranspruchstheorie hätte sich als weiterer Höhepunkt in die Reihe der Entscheidungen von 2.12.2008 zur Steuerverkürzung in großem Ausmaß (§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO)<sup>25</sup> und vom 20.5.2010 zur Einschränkung der strafbefreienden Selbstanzeige (§ 371 AO)<sup>26</sup> eingefügt. Diese Entscheidungen reihen sich in eine Gesamtlinie des *Senats* unter dem Vorsitz von *Armin Nack* ein, bei der von einer punitiven Sonderrolle unter den Strafsenaten gesprochen wurde.<sup>27</sup>

Bei § 266a StGB war es *Nack* gelungen, was er im Strafrecht nicht erreicht hat: den Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal („Arbeitgeber“) entgegen herrschender Dogmatik als schlichten Subsumtionsirrtum zu behandeln.<sup>28</sup> Indem zusätzlich die Vermeidbarkeit dieses Irrtums schematisch mit der Einleitung eines sozial- oder steuerrechtlichen Statusfeststellungsverfahrens verknüpft wurde, flankierte der *1. Senat* das ungefähr zeitgleich verschärfte Vorgehen der Deutschen Rentenversicherung gegen die „Scheinselbständigkeit“. Die Vorsatzprüfung lief leer, da in den Fällen der ursprünglich nicht von § 266a StGB erfassten „Scheinselb-

ständigkeit“ kaum über tatsächliche Umstände getäuscht wird, sondern zumeist regelmäßig die rechtliche Bewertung in Frage steht. In Anknüpfung an die Untreueentscheidung des BVerfG wird damit ersichtlich gegen das Verschleifungsverbot verstoßen, das gleichermaßen für den subjektiven Tatbestand Geltung hat.<sup>29</sup>

Dem Umstand einer fehlenden Statusfeststellung folgte in der Praxis direkt die Unterstellung des Vorsatzes. Sie hat im Sozialrecht drastische Folgen, weil die Annahme des Vorsatzes hier eine pauschalierende Bruttoberechnung mit erheblichen Säumniszuschlägen erlaubt und die Beitragspflicht einer Verjährung von 30 Jahren unterwirft. Diese Verjährung stellt bei einer Engführung von Straf- und Sozialrecht auch die Verjährung bei § 266a StGB ins Belieben der Staatsanwaltschaft, sofern der Tatbestand nach herrschender Auffassung erst nach ungefähr 35 Jahren verjährt.<sup>30</sup> In der Praxis kam es vor, dass juristisch nicht beschlagene Angestellte der Rentenversicherung in Besprechungen aus den genannten Entscheidungen wie aus einer Bibel wörtlich zitierten. Dem *Verfasser* ist der Vermerk eines Geschäftsführers eines mittelständischen Unternehmens bekannt, wonach eben ein solcher Angestellter ihn fragte, ob es bei ihm Statusfeststellungsverfahren gegeben hätte. Nach der verneinenden Antwort hieß es lapidar, dann hätte der Geschäftsführer „schlechte Karten“ und solle sich besser auf sein Begehren (die Umstellung des Werkvertragsmodells auf das Modell der Angestellten) einlassen.<sup>31</sup> Geht man davon aus, dass der *1. Senat* zu seinem obiter dictum vom 24.1.2018 steht und ihm auch die anderen Senate folgen, dürfte diese Praxis obsolet sein, wobei die Folgen für die Praxis insgesamt abzuwarten bleiben.<sup>32</sup>

Die zentrale Frage der Irrtumsdogmatik für die Verortung des Irrtums in den §§ 16, 17 StGB lautet: Wer trägt die normativen Risiken, die in einer beschleunigt zunehmend komplexen Gesellschaft systematisch expandieren?<sup>33</sup> Systemtheoretisch mag man zugunsten des Systems die Risiken in die Umwelt des Systems, mehr oder weniger: den Bürger in seiner empirischen Verfasstheit, verlagern. Das Strafrecht hat es schwer mit dieser Sichtweise. Noch ist es nicht die Auffassung der Rechtsprechung, den Vorsatz im Namen gesellschaftlicher Interessen von seinem empirischen Substrat loszulösen. Noch zählt die Errungenschaft des Finalismus, den Vorsatz aus der Schuld heraus in den Tatbestand zu integrieren. Dieser Vorsatz hat ein kognitiv-psychisches Element, das der Forderung einer unbeschränkten Normativierung entgegensteht. Das mag zu Strafbarkeitsdefiziten führen,

<sup>24</sup> Siehe *Kuhlen*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 297.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08 = NStZ 2009, 271.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 20.5.2010 – 1 StR 577/09 = NStZ 2010, 642.

<sup>27</sup> Hierzu mit einer rechtssoziologischen, statistisch anspruchsvollen Analyse und weiteren instruktiven Hinweisen auf insbesondere den Fall „Lucas“ sowie einem Stück Polemik *Garcia*, *myops* 2012, 55, online abrufbar unter <http://blog.delegibus.com/1742> (25.9.2018); siehe auch v. *Heintschel-Heinegg* <https://community.beck.de/2010/06/20/steckt-die-revisionsrechtsprechung-des-bgh-in-strafsachen-in-einer-krise> (25.9.2018), mit Hinweis auf *Friederichsen* <http://www.lto.de/recht/feuilleton/f/zwischenruf-von-gisela-friederichsen-ou-offensichtlich-unbegrundet/> (25.9.2018), und ebenda *Kudlich*.

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 7.10.2009 – 1 StR 478/09 = NStZ 2010, 337 und Beschl. v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13 = *wistra* 2014, 23 (25 Rn. 16).

<sup>29</sup> Siehe BGH, Urt. v. 28.5.2013 – 5 StR 551/11 = NStZ 2013, 715.

<sup>30</sup> *Schulz* (Fn. 12), S. 1226 m.w.N.

<sup>31</sup> Was der Geschäftsführer dann auch vorsorglich tat.

<sup>32</sup> Die stattgebende Entscheidung des *1. Senats* (BGH, Urt. v. 21.2.2017 – 1 StR 296/16 = *wistra* 2018, 311 [315 f.]) statuiert Informationspflichten bei kommunalen Spekulationsgeschäften, wonach es indiziell wesentlich ist, ob bei einem bestehenden Zweifel die Ignoranz obwaltet.

<sup>33</sup> Siehe nur die Beiträge von *Naucke*, *Pawlik* und *Roxin* in: *Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng* (Fn. 12), S. 955, 985 und 1023.

wenn es den Tatgerichten vorwiegend darum geht, ihre Entscheidungen revisionssicher zu formulieren. Die Angst, dass die Unkenntnis ohne Sanktion bleibt, ist insgesamt unbegründet, sofern insbesondere die Fahrlässigkeits- und Unterlassensstrafbarkeit weiterhin zunimmt.

Noch auszuführen bleibt, wie voraussetzungsreich das obiter dictum vom 24.1.2018 vermutlich war. Zunächst bedurfte es der 2013 erfolgten Pensionierung des einstigen Vorsitzenden und einer neuen Zusammensetzung des *Senats*. Inzwischen ist der Spruchkörper überwiegend neu zusammengesetzt. Es mag sein, dass es auch eine gewisse Schonfrist braucht, um eine Rechtsprechungsänderung nicht offen als ad personam gerichtet erkennen zu lassen. Gewiss hilfreich war auch, dass der Vorsitz des *Senats* von einem Richter übernommen wurde, der mit sozialgerichtlichen Verfahren vertraut ist. Wichtig ist gleichfalls der für die Justiz erfreuliche, höchst seltene Umstand, dass ein Strafrechtslehrer 2012 seine akademische Karriere zugunsten der Richtertätigkeit am BGH aufgab und zum *I. Senat* kam, um von dort einige Monate nach der Entscheidung vom 24.1.2018 an den *I. Senat* des BVerfG zu wechseln.<sup>34</sup> Als einer der führenden Kommentatoren zu § 266a StGB, der gerade beim Vorsatz den Tatbestandsirrtum zum Ausgangspunkt nimmt,<sup>35</sup> dürfte sein Votum in der Beratung des *Senats* erhebliches Gewicht gehabt haben. Möglicherweise entscheidend war jedoch der Umstand, dass die Berichterstattung nach freundlicher Auskunft der Geschäftsstelle mit *Ute Hohoff* bei einer Richterin lag, die erst 2017 zum *Senat* gekommen war.

VII. Vielleicht gehört es nicht nur zu den Schattenseiten des obiter dictum, dass es offen ist für eine Verstrickung in institutionelle Routinen und persönliche Eigenheiten und damit auch Höchstpersönliches zur Geltung bringen kann. *Carl Friedrich von Weizsäcker* hatte seine Beiträge zur historischen Anthropologie mit dem Titel „Der Garten des Menschlichen“ überschrieben, zu einer Zeit, als der Jubilar an der Goethe-Universität Germanistik studierte und gewiss auch dieses Buch gelesen hat. Wer diesen Garten schätzt, wird dem gesamten Spektrum des Menschlichen etwas und vor allem sehr viel Erfreuliches abgewinnen. Der Jubilar gehört, wenn das Bild gestattet ist, zu den Pflanzen, die in diesem Garten auf unvergleichliche Weise blühen. Ad multos annos.

---

<sup>34</sup> Siehe

[www.lto.de/recht/justiz/j/henning-radtke-neuer-richter-des-bverfg-portrait/](http://www.lto.de/recht/justiz/j/henning-radtke-neuer-richter-des-bverfg-portrait/) (25.9.2018).

<sup>35</sup> Und dann versucht, die vormalige Rechtsprechung des *I. Senats* umsichtig einzugrenzen; *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 89–91.