Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 270

Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht

Eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfälle der §§ 370 AO und 284 StGB

Von

Simon Wroblewski

Duncker & Humblot · Berlin

SIMON WROBLEWSKI

Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von
Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg
und
Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 270

Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht

Eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfälle der §§ 370 AO und 284 StGB

Von

Simon Wroblewski

Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Hans Kudlich, Erlangen

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-14803-5 (Print)
ISBN 978-3-428-54803-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84803-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg unter der Betreuung von Prof. Dr. Erich Samson begonnen. Nach dessen tragischem Tod wurde sie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg bei Prof. Dr. Hans Kudlich fortgesetzt. Sie wurde im März 2015 als Dissertation angenommen. Das Promotionsverfahren fand mit der mündlichen Prüfung am 1. Juli 2015 seinen Abschluss. Rechtsprechung und Literatur konnten im Wesentlichen bis September 2014 berücksichtigt werden.

Die Promotion wurde von der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung gefördert.

Herzlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Hans Kudlich. Er hat mir nach dem Tod von Prof. Dr. Erich Samson in einer schwierigen Situation geholfen, indem er die Arbeit voller intellektueller Neugier und Offenheit übernommen, diese geduldig und verständnisvoll begleitet sowie durch wertvolle Anregungen bereichert hat. Daneben gilt besonderer Dank meiner Familie.

München, im Januar 2016 *Simon Wroblewski*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 27
I. Einführung und Fragestellung 27
II. Gang der Untersuchung 29

B. Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung im System der Entscheidungsvarianten des Verfassungsprozessrechts 31
I. Prozessuale Konstellationen und gesetzliche Grundlagen 31
II. Der systematische Rahmen: Die Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts unter Ausschluss der Unvereinbarerklärung 33
1. Entscheidungsausspruch bei Unbegründetheit 33
2. Die Nichtigerklärung 34
3. Die Appellentscheidung 75
4. Die verfassungskonforme Auslegung 78
5. Zwischenergebnis: Der systematische Rahmen der Unvereinbarerklärung 80
III. Unvereinbarerklärung und Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung 81
1. Die Unvereinbarerklärung 81
2. Die Weitergeltungsanordnung: Grundsätzliches und Rechtsfolgen 96
3. Historische Entwicklung der Unvereinbarerklärung und Begründungsmuster des Bundesverfassungsgerichts 98
4. Dogmatische Grundlagen und die daraus folgenden Voraussetzungen .. 104
5. Folgen des Fristablaufs ohne Tätigwerden des Gesetzgebers 137
6. Exkurs: Verfassungswidrigkeit des weitergeltenden Gesetzes? 143
IV. Ergebnisse Abschnitt B.: Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung im System der Entscheidungsvarianten des Verfassungsprozessrechts 146

C. Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung und das Strafrecht – eine Bestandsaufnahme 149
I. Relevante Unvereinbarerklärungen mit Weitergeltungsanordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 149
1. Steuerrechtliche Entscheidungen 149
2. BVerfGE 115, 276 (Sportwettenentscheidung) 188
II. Die Frage der Strafbarkeit in Rechtsprechung und Literatur 201
1. Rechtsprechung und Literatur zu § 370 AO 201
2. Rechtsprechung und Literatur zu § 284 StGB 270

III. Ergebnisse Abschnitt C.: Bestandsaufnahme Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung und Strafrecht 319

D. Analyse der strafrechtlichen Wirksamkeit der Weitergeltungsanordnung .. 322

I. Untersuchung einfachgesetzlicher Normen zur regulären Unvereinbarerklärung auf Aussage zur Strafbarkeit 322

1. Zu § 79 Abs. 1 BVerfGG 323
2. Zu §§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 370 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 Var. 1 AO 333
3. Zwischenergebnis zur Untersuchung einfachgesetzlicher Normen 339

II. Lösungsansatz: Analyse der strafrechtlichen Wirksamkeit einer Weitergeltungsanordnung 340

1. Die Auslegungsfrage: Die Anordnung der strafrechtlichen Wirksamkeit der Weitergeltungsanordnung durch das Bundesverfassungsgericht 341
2. Dogmatische Herleitung der Voraussetzungen der strafrechtlichen Wirkung 357
3. Untersuchung der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Sachverhalte 384

E. Ergebnisse Abschnitt D. – Gesamtergebnis 401

F. Anhang: Strafrechtliche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts .. 406

Literaturverzeichnis 409

Stichwortverzeichnis 425

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung ... 27
I. Einführung und Fragestellung ... 27
II. Gang der Untersuchung ... 29

B. Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung im System der Entscheidungsvarianten des Verfassungsprozessrechts ... 31
I. Prozessuale Konstellationen und gesetzliche Grundlagen ... 31
II. Der systematische Rahmen: Die Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts unter Ausschluss der Unvereinbarerklärung ... 33
1. Entscheidungsausspruch bei Unbegründetheit ... 33
2. Die Nichtigerklärung ... 34
a) Tenorierung und Varianten der Nichtigerklärung ... 35
b) Dogmatische Grundlage und Rechtsfolgen der Nichtigerklärung ... 36
aa) Nichtigkeitsdogma: Unwirksamkeit ipso iure und ex tunc ... 36
bb) Vernichtbarkeitslehre ... 38
(1) Abstreiten der ipso-iure-Nichtigkeit ... 39
(2) Flexibilisierung des Zeitpunktes ... 40
(3) Zwischenergebnis ... 42
cc) Rechtsvergleichende Betrachtung ... 42
dd) Stand der Diskussion ... 43
(1) Argumentation der Nichtigkeitslehre ... 44
(a) Wortlaut des Art. 100 GG ... 44
(b) Systematische Argumente ... 44
(aa) Der Vorrang der Verfassung; Rechtsgeltungs- und Kollisionsmodell ... 44
(bb) Unverbrüchlichkeit der Verfassung ... 45
(cc) Trennung von verfassungsgebender und gesetzgebender Gewalt ... 46
(dd) Systematik des Art. 100 Abs. 1 GG ... 46
(ee) Art. 31 GG ... 46
(ff) Art. 123 Abs. 1 GG ... 47
(gg) Argumentum ad absurdum ... 47
(c) Historische Argumente ... 48
(2) Argumentation der Vernichtbarkeitslehre ... 50
(a) Wortlaut und Systematik des Art. 100 Abs. 1 GG ... 50

(b) Systematische Argumente 51
(aa) Die Rechtsatzkontrollvorschriften als „normative Alternative“ 51
(bb) Die Systematik der Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG .. 53
(cc) Der Vergleich zu rechtswidrigem Recht 53
(dd) Der Vergleich zu anderen Staatsakten 54
(ee) Systematik des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes 54
(ff) Fehlende Umsetzung der Ex-tunc-Nichtigkeit in der Praxis 54
(gg) Rechtssicherheit; tatsächliche Unmöglichkeit der rückwirkenden Unwirksamkeit 55
(hh) Vereinbarkeit mit anderen Entscheidungsvarianten 55
(c) Unzulässigkeit des „Traditions-Arguments“ 55
(d) Untragbare Folgen der Nichtigkeitslehre 55
(3) Abwägungslehren 57
(a) Der Abwägungsgedanke bei Söhn und Moench 57
(b) Die Abwägungslehre Blüggels 58
(4) Zwischenergebnis 60
ee) Dogmatische Analyse und Stellungnahme 61
(1) Dogmatische Schnittmenge der beiden Auffassungen 61
(a) Fehlende Vertretbarkeit einer „strengen“ Nichtigkeitslehre 61
(b) Gemeinsamkeit hinsichtlich der grundsätzlichen Rechtsfolge 63
(c) Gemeinsamkeit hinsichtlich der Rolle des Bundesverfassungsgerichts 64
(d) Zwischenergebnis: „Nichtigkeitsgrundsatz“ 64
(e) Verfassungsrechtliche Fundierung des Nichtigkeitsgrundsatzes 65
(aa) Eingriffe in Grundrechte nur auf Grundlage verfassungsgemäßer Normen 65
(bb) Der Vorrang und die Unverbrüchlichkeit der Verfassung 67
(cc) Das Rechtsstaatsprinzip 67
(dd) Zwischenergebnis zur verfassungsrechtlichen Fundierung 68
(f) Zwischenergebnis dogmatische Analyse; verbleibender Streitpunkt 68
(2) Stellungnahme 68
ff) Zwischenergebnis der Untersuchung der dogmatischen Grundlagen der Nichtigerklärung: „Eingeschränkte Nichtigkeitslehre“ 71
c) Rechtsfolge: Wiederaufleben der Vorgängerregelung 72

d) Modifikation durch § 79 BVerfGG ... 72
aa) Zu § 79 Abs. 2 BVerfGG ... 73
bb) Zu § 79 Abs. 1 BVerfGG ... 74
e) Zwischenergebnis der Untersuchung zur Nichtigerklärung ... 74
3. Die Appellentscheidung ... 75
a) Grundsätzliches und Tenorierung ... 75
b) Systematisierung ... 76
c) Fallgruppen von besonderer praktischer Relevanz ... 77
d) Zwischenergebnis ... 78
4. Die verfassungskonforme Auslegung ... 78
5. Zwischenergebnis: Der systematische Rahmen der Unvereinbarerklärung ... 80
III. Unvereinbarerklärung und Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung ... 81
1. Die Unvereinbarerklärung ... 81
a) Grundsätzliches, Terminologie und Tenorierung ... 82
b) Reguläre Rechtsfolgen ... 82
aa) Geltung und Anwendbarkeit der Norm; rückwirkende Neuregelung durch den Gesetzgeber ... 83
(1) Geltungsebene ... 83
(2) Anwendungsebene ... 83
(3) Endgültige Rechtslage durch (rückwirkende) Neuregelung durch den Gesetzgeber ... 86
(a) Beseitigung der verfassungswidrigen Lage durch den Gesetzgeber ... 86
(b) Zeitlicher Umfang der vorzunehmenden Neuregelung ... 86
(aa) Grundsatz ... 87
(bb) Ausnahmen ... 88
(α) Die Ausnahmen des Bundesverfassungsgerichts ... 88
(β) Kritik ... 89
(4) Zwischenergebnis ... 91
bb) Unterschiede zur Nichtigerklärung ... 91
cc) § 79 Abs. 2 BVerfGG und die Unvereinbarerklärung ... 92
dd) Besonderheit des Steuerrechts: § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AO ... 94
ee) Zwischenergebnis: Reguläre Rechtsfolgen der Unvereinbarerklärung ... 96
2. Die Weitergeltungsanordnung: Grundsätzliches und Rechtsfolgen ... 96
3. Historische Entwicklung der Unvereinbarerklärung und Begründungsmuster des Bundesverfassungsgerichts ... 98
a) Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ... 99

aa) Keimzelle: Gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss 99
bb) Erweiterung auf alle gleichheitswidrigen Gesetze 100
cc) Ausweitung auf andere Verstöße 101
b) Rechtsfolgenargument 102
c) Ende der Anwendung auf Verstöße gegen Freiheitsgrundrechte? 103
d) Gesetzgeberisches Unterlassen 104
4. Dogmatische Grundlagen und die daraus folgenden Voraussetzungen .. 104
a) Die Unvereinbarerklärung 105
aa) Verfassungsprozessrechtliche Grundlagen 105
bb) Die materiell-rechtlichen Grundlagen der Unvereinbarerklärung und die daraus folgenden Voraussetzungen 106
(1) Die besondere Struktur des Gleichheitssatzes 107
(a) Dogmatische Grundlagen 107
(b) Inhalt der Lehre von der besonderen Struktur des Gleichheitssatzes 108
(aa) Grundsatz der Unvereinbarerklärung 108
(bb) Ausnahmsweise Nichtigerklärung 110
(c) Kritik in der Literatur 111
(aa) Falsche Prämissen 111
(bb) „Konkrete" Verfassungswidrigkeit beider Normen . 111
(cc) Lokalisierbarkeit des Verfassungsverstoßes 112
(dd) Vereinbarkeit von Gestaltungsfreiheit und Nichtigerklärung 112
(ee) Innere Widersprüche der Lehre von der besonderen Struktur des Gleichheitssatzes 113
(ff) Art. 117 GG 113
(gg) Unvereinbarkeit von Gleichheitssatz und Anspruch auf Besserstellung 114
(2) Die Abwägungslehre 114
(a) Dogmatische Grundlagen 114
(b) Inhalt der Abwägungslehre 115
(3) Stellungnahme 116
(a) Ebene der Gesetzestechnik 116
(aa) Überzeugende Argumente der Vertreter der Abwägungslehre 117
(bb) „Fiat iustitia et pereat mundus" 118
(cc) Ausweichen auf Appellentscheidungen als Alternative? 118
(dd) Systematische Aspekte 118
(ee) Untragbare Rechtsfolge bei Untätigkeit des Gesetzgebers 120

(ff) Zwischenergebnis ... 121
(b) Inhaltliche Ebene ... 121
(aa) Grundsatz der Gewaltenteilung ... 121
(bb) Vertiefung des Gleichheitsverstoßes durch Beseitigung der gleichheitswidrigen Norm ... 125
(cc) Integration in die Abwägungslehre ... 126
(4) Zwischenergebnis: Voraussetzungen der Unvereinbarerklärung ... 127
b) Die Weitergeltungsanordnung ... 128
aa) Verfassungsprozessrechtliche Grundlagen ... 128
bb) Materiell-rechtliche Grundlagen und die daraus folgenden Voraussetzungen einer Weitergeltungsanordnung ... 129
(1) Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ... 129
(a) Rechtsfolgenargument ... 129
(b) Wechsel der Rechtsprechung? ... 130
(c) Inhaltliche Spezifizierung des Rechtsfolgenarguments (BVerfGE 109, 190 et al.) ... 132
(2) Literaturmeinungen ... 134
(3) Würdigung ... 135
(a) Zu den dogmatischen Grundlagen ... 135
(b) Zum Fehlen einer gesetzlichen Grundlage ... 136
(4) Zwischenergebnis: Voraussetzungen der Weitergeltungsanordnung ... 136
5. Folgen des Fristablaufs ohne Tätigwerden des Gesetzgebers ... 137
a) Nichtigkeitslösung ... 138
aa) Erneute Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ... 138
bb) Nichtigkeitsautomatismus ... 139
b) Mögliche Lösung: Rückfall auf die Rechtsfolgen der Unvereinbarerklärung ... 139
c) Lösung des Bundesverfassungsgerichts ... 139
d) Stellungnahme ... 140
e) Zwischenergebnis: Rechtsfolgen des Fristablaufs ... 143
6. Exkurs: Verfassungswidrigkeit des weitergeltenden Gesetzes? ... 143
a) Fragestellung ... 143
b) Konsequenzen des Wegfalls der Verfassungswidrigkeit ... 144
c) Würdigung ... 144
IV. Ergebnisse Abschnitt B.: Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung im System der Entscheidungsvarianten des Verfassungsprozessrechts ... 146

C. Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung und das Strafrecht – eine Bestandsaufnahme ... 149

I. Relevante Unvereinbarerklärungen mit Weitergeltungsanordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ... 149
1. Steuerrechtliche Entscheidungen ... 149
a) BVerfGE 84, 239 (Besteuerung von Zinseinkünften) ... 149
aa) Die Entscheidung ... 150
bb) Verfassungsprozessrechtliche Würdigung ... 151
b) BVerfGE 87, 153 (Grundfreibeträge) ... 153
aa) Die Entscheidung ... 154
bb) Verfassungsprozessrechtliche Würdigung ... 157
(1) Die Unvereinbarerklärung ... 158
(2) Die Weitergeltungsanordnung ... 158
(a) Abstrakte Würdigung der Gesichtspunkte einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung ... 159
(aa) Verankerung und Grundsätze: Budgetrecht des Parlaments ... 159
(bb) Betroffenheit des Budgetrechts bei der Nichtigerklärung ... 161
(cc) Betroffenheit des Budgetrechts bei der regulären Unvereinbarerklärung ... 163
(dd) Zwischenergebnis: Bei Steuernormen ist die Weitergeltungsanordnung in der Regel gerechtfertigt .. 165
(b) Anwendung auf den konkreten Fall ... 166
cc) Auswirkungen der potenziellen strafrechtlichen Irrelevanz der Weitergeltungsanordnung ... 169
c) BVerfGE 93, 121 (Vermögensteuerentscheidung) ... 169
aa) Die Entscheidung ... 169
bb) Verfassungsprozessrechtliche Würdigung ... 171
(1) Die Unvereinbarerklärung ... 171
(2) Die Weitergeltungsanordnung ... 171
(a) Rechtfertigung durch Erfordernisse des gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs ... 172
(b) Rechtfertigung durch Erfordernisse verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung bzw. einer stetigen Veranlagung . 173
cc) Konsequenzen und Reichweite der Entscheidung ... 175
dd) Auswirkungen der potenziellen strafrechtlichen Irrelevanz der Weitergeltungsanordnung ... 177
d) Die Entscheidungen zum Erbschaftsteuergesetz ... 178
aa) BVerfGE 93, 165 ... 178
(1) Die Entscheidung ... 178
(2) Verfassungsprozessrechtliche Würdigung ... 179
(3) Konsequenzen und Reichweite der Entscheidung ... 181

(4) Auswirkungen der potenziellen strafrechtlichen Irrelevanz der Weitergeltungsanordnung ... 182
bb) BVerfGE 117, 1 ... 182
(1) Die Entscheidung ... 183
(2) Verfassungsprozessrechtliche Würdigung ... 184
(3) Konsequenzen und Reichweite der Entscheidung ... 186
(4) Auswirkungen der potenziellen strafrechtlichen Irrelevanz der Weitergeltungsanordnung ... 187
e) Sonstige steuerrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz ... 187
2. BVerfGE 115, 276 (Sportwettenentscheidung) ... 188
a) Die Entscheidung ... 188
b) Verfassungsprozessrechtliche Würdigung ... 192
aa) Variante 1: § 284 StGB setzt „Erforderlichkeit" der Erlaubnis nach Landesrecht voraus ... 193
(1) Folge: Art. 12 Abs. 1 GG gebietet Normvernichtung ... 194
(2) Forderung des Normerhalts durch das Budgetrecht des Parlaments? ... 194
(3) Forderung des Normerhalts durch die Belange des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG? ... 195
bb) Variante 2: § 284 StGB setzt keine „Erforderlichkeit" der Erlaubnis voraus ... 196
cc) Zwischenergebnis ... 197
c) Konsequenzen und Reichweite der Entscheidung ... 198
d) Auswirkungen der potenziellen strafrechtlichen Irrelevanz der Weitergeltungsanordnung ... 200
II. Die Frage der Strafbarkeit in Rechtsprechung und Literatur ... 201
1. Rechtsprechung und Literatur zu § 370 AO ... 201
a) Überblick über die relevanten Normen: § 370 AO und § 2 StGB ... 202
aa) § 370 AO ... 202
(1) Abgrenzung normative Tatbestandsmerkmale/Blankettmerkmale: „Unvollständigkeit" ... 203
(2) Konsequenzen der Abgrenzung ... 204
(a) Geltung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes 204
(b) Behandlung von Irrtümern ... 204
(c) § 2 Abs. 3 StGB ... 205
(d) Zwischenergebnis ... 206
(3) Schlüsse für § 370 AO ... 206
bb) § 2 StGB ... 207
(1) „Gesetz" i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB ... 208
(2) „Gesetzesänderung" i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB ... 209
(3) „Zeitgesetze" i. S. d. § 2 Abs. 4 StGB ... 210

(a) Zeitgesetze im engeren Sinne 210
(b) Zeitgesetze im weiteren Sinne 210
(aa) Änderung auf Grund des Wandels tatsächlicher Verhältnisse vs. Änderung wegen geläuterter Rechtsauffassung 211
(bb) Maßgebliches Kriterium: Erkennbarkeit des Übergangscharakters 212
b) Die Rechtsprechung 212
aa) OLG Frankfurt am Main 213
(1) Weitergeltendes Recht bedarf des Schutzes durch das Strafrecht 213
(2) Keine Gesetzesänderung i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB 213
bb) LG München II 214
(1) § 79 Abs. 1 BVerfGG ist einschlägig 214
(2) § 2 Abs. 3 StGB lässt Strafbarkeit entfallen 215
(3) Vermögensteuergesetz insbes. kein Zeitgesetz i. S. d. § 2 Abs. 4 StGB 216
cc) BFHE 191, 240 216
(1) Gesetzeskraft der Weitergeltungsanordnung 217
(2) Auslegung der Weitergeltungsanordnung 217
(3) Systematische Untrennbarkeit von Steuerrecht und Steuerhinterziehung 217
(4) Drohendes Vollzugsdefizit 218
(5) Art. 100 Abs. 1 GG 218
(6) § 79 Abs. 1 BVerfGG wegen Weitergeltungsanordnung unbeachtlich 218
(7) Keine Gesetzesänderung i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB 219
dd) LG Itzehoe 220
(1) § 79 Abs. 1 BVerfGG als Zulässigkeitsvorschrift 220
(2) Begründetheit: Auslegung der Weitergeltungsanordnung ... 220
(3) Spezialität der Weitergeltungsanordnung 221
(4) § 2 Abs. 3 StGB ist nicht einschlägig 221
ee) BFHE 193, 63 221
(1) Spezifizierung der Argumente des Zweiten Senats 222
(2) Neue Argumente 223
(a) Begründung der „Weitergeltungsanordnung“ 223
(b) Aspekte des Art. 3 Abs. 1 GG 224
(c) Rechtsgutbetrachtung 224
ff) OLG Hamburg 225
(1) Vermögensteuergesetz als „Zeitgesetz“ i. S. d. § 2 Abs. 4 StGB 225

(2) Steuerrecht minderer Qualität systemwidrig 226
gg) Der Bundesgerichtshof: BGHSt 47, 138 226
(1) Gesetzeskraft der Weitergeltungsanordnung 226
(2) Auslegung der Weitergeltungsanordnung 227
(3) Wegfall der Strafbarkeit führt zu Vollzugsdefizit 227
(4) Sinn und Zweck der Weitergeltungsanordnung 227
(5) Art. 100 Abs. 1 GG 228
(6) § 79 Abs. 1 BVerfGG tritt auf Kollisionsebene zurück 228
(7) Keine Gesetzesänderung i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB 228
hh) Das Bayerische Oberste Landesgericht 229
ii) Das Bundesverfassungsgericht 229
jj) Zwischenergebnis: Die herrschende Rechtsprechung und ihre Kernargumente 230
c) Die Literatur 232
aa) Methodik der Darstellung 233
bb) Argumente für die Strafbarkeit 233
(1) Verfassungs- und verfassungsprozessrechtliche Argumente 234
(a) Wortlaut, Sinn und Zweck der Weitergeltungsanordnung 234
(b) Keine Verfassungswidrigkeit der Norm in der Übergangszeit 235
(aa) Noltes These 235
(bb) Stellungnahme 236
(c) Differenzierung nach Art des Verfassungsverstoßes ... 238
(aa) Röckls These 238
(bb) Stellungnahme 239
(d) Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts 240
(e) § 79 Abs. 1 BVerfGG nicht einschlägig, da § 370 normative Tatbestandsmerkmale enthält 240
(2) Strafrechtliche Argumente 241
(a) Wortlaut und Gesetzessystematik der Abgabenordnung 241
(aa) §§ 3 Abs. 1, 4 AO sprechen für die Einbeziehung unvereinbarer Normen 241
(bb) Stellungnahme 241
(b) Rechtsgut des § 370 AO 242
(c) Blankettcharakter des § 370 AO 242
cc) Argumente gegen die Strafbarkeit 242
(1) Verfassungs- und verfassungsprozessrechtliche Argumente 242
(a) § 79 BVerfGG 242
(b) Die Weitergeltungsanordnung 244

(aa) Verleugnung der Verbindlichkeit der Weitergeltungsanordnung ... 244
(α) Nieblers Thesen ... 244
(β) Stellungnahme ... 245
(bb) Auslegung der Weitergeltungsanordnung ... 246
(cc) Prüfungsmaßstab gibt Reichweite der Weitergeltungsanordnung vor ... 246
(dd) Sinn und Zweck der Weitergeltungsanordnung ... 247
(ee) Rechtscharakter der Weitergeltungsanordnung ... 247
(c) Gleichmäßiger Verwaltungsvollzug und evtl. Ungleichbehandlungen infolge der Straflosigkeit können Strafbarkeit nicht rechtfertigen ... 248
(d) Grundrechtliche Dimension ... 248
(e) Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip ... 249
(2) Strafrechtliche Argumente ... 249
(a) Vergleich zum Betrugstatbestand: Rechts- und sittenwidrige Forderungen ... 249
(aa) Vergleichsfall nach Plewka/Heerspink ... 249
(bb) Stellungnahme ... 250
(b) Neubestimmung des Rechtsguts ... 250
(aa) Salditts Rechtsgutsbestimmung ... 250
(bb) Methodische Umsetzung ... 251
(cc) Noltes Kritik und Stellungnahme ... 252
(c) Die grundlegenden Prinzipien des Strafrechts ... 253
(aa) Verstoß gegen das Schuldprinzip ... 253
(bb) Fehlende Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) ... 254
(cc) Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip ... 255
(dd) Verstoß gegen das Ultima-ratio-Prinzip ... 255
(ee) Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot ... 255
dd) Entfall der Strafbarkeit wegen § 2 Abs. 3 StGB? ... 256
(1) Die Literatur ... 256
(a) Die Rechtslage nach Fristablauf als „milderes Gesetz" i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB ... 257
(aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs. 3 StGB liegen vor ... 257
(bb) Gegenauffassung ... 258
(α) Kein „Gesetz" i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB ... 259
(β) Keine „Gesetzesänderung" i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB ... 259
(b) Das Vermögensteuergesetz als Zeitgesetz i. S. d. § 2 Abs. 4 StGB ... 260

(aa) Ablehnung der Zeitgesetzeigenschaft i. S. d. § 2 Abs. 4 StGB ... 260
(α) Nolte: Keine Befristung und keine Vorhersehbarkeit des Außerkrafttretens ... 260
(β) Geläuterte Rechtskenntnis ... 261
(γ) Telos des § 2 Abs. 4 StGB ... 262
(δ) Kein Nachweis, dass das Vermögensteuergesetz als Zeitgesetz i. w. S. einzustufen ist ... 262
(ε) Vermögensteuer auf Dauer angelegt ... 262
(ζ) Weitergeltungsanordnung auch hier nicht zu berücksichtigen ... 263
(bb) Gegenauffassung: Vermögensteuergesetz ist Zeitgesetz ... 263
(2) Stellungnahme zu § 2 Abs. 3 StGB ... 264
(a) Zur Gesetzeseigenschaft i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB ... 265
(b) Zur Gesetzesänderung i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB ... 265
(c) Zur Zeitgesetzeigenschaft i. S. d. § 2 Abs. 4 StGB ... 267
(aa) Zeitgesetz im engeren Sinne ... 267
(bb) Zeitgesetz im weiteren Sinne ... 269
(3) Zwischenergebnis zu § 2 Abs. 3 StGB ... 270
2. Rechtsprechung und Literatur zu § 284 StGB ... 270
a) Überblick zu § 284 StGB und Abgrenzung ... 271
aa) Überblick zu § 284 StGB ... 271
(1) Verwaltungsakzessorietät; Blankettcharakter ... 271
(2) Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt? ... 272
bb) Abgrenzung I: Verbotsirrtum gemäß § 17 Abs. 1 StGB, Einstellung aus Opportunitätsgründen und Europarechtswidrigkeit der Strafbarkeit gemäß § 284 StGB ... 273
cc) Abgrenzung II: Problematik der Altfälle ... 275
b) Die Rechtsprechung ... 276
aa) OLG Hamburg ... 276
(1) Kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot ... 276
(2) Strafbarkeit rechtsstaatswidrig ... 277
(3) Weitergeltungsanordnung strafrechtlich ohne Bedeutung ... 277
(4) Verstoß gegen das Willkürverbot ... 278
bb) LG Frankfurt ... 278
cc) OLG München ... 279
(1) Ausschluss der strafrechtlichen Schuld durch Unzumutbarkeit ... 279
(2) Information über Konsistenz subjektiv unzumutbar ... 280
(3) Prozessuale Rechtslage: Bestrafungsverbot ... 281

(4) Abgrenzung zur Rechtslage bei § 370 AO 282
dd) OLG Bamberg 283
ee) OLG Frankfurt am Main 284
ff) KG Berlin 286
(1) Strafrechtliche Wirkungslosigkeit der Weitergeltungsanordnung 286
(2) Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) 286
(3) Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) 287
(4) Verstoß gegen Rechtsstaatsprinzip und Willkürverbot 287
(5) Abgrenzung zur Rechtslage bei § 370 AO 287
gg) Zwischenergebnis: Die herrschende Rechtsprechung und ihre Kernargumente 288
c) Die Literatur 290
aa) Die Befürworter der Strafbarkeit 290
(1) Verfassungs- und verfassungsprozessrechtliche Argumentation 290
(a) Der Legalisierungseffekt der Weitergeltungsanordnung . 291
(aa) Der Legalisierungseffekt 291
(bb) Hinreichende Legitimierung des Legalisierungseffekts 291
(b) Weitergeltungsanordnung auch auf dem Gebiet des Strafrechts wirksam 292
(c) Auslegung: Der Verweis an die Strafgerichte 293
(d) Drohender Widerspruch zur Rechtsprechung zu § 370 AO 293
(2) Strafrechtliche Argumente 293
(a) Tatbestandsstruktur des § 284 StGB: Die „verfassungsrechtliche Neutralität der Strafnorm“ 294
(aa) Trennbarkeit von verfassungswidriger Erlaubnisausgestaltung und verfassungsgemäßer Verbotsnorm 294
(bb) Begründung mit der Verwaltungsakzessorietät des § 284 StGB 294
(b) Hinreichende Bestimmtheit des § 284 StGB 296
(aa) Bestimmtheit des § 284 StGB 297
(bb) Irrelevanz des Maßgabevorbehalts 298
bb) Die Gegner der Strafbarkeit 298
(1) Verfassungs- und verfassungsprozessrechtliche Argumentation 298
(a) Telos und Charakter der Weitergeltungsanordnung 299

(b) § 79 Abs. 1 BVerfGG 299
(c) Grundrechtliche Dimension 300
(d) Das Rechtsstaatsprinzip 301
(2) Strafrechtliche Argumente 301
(a) Tatbestandsstruktur des § 284 StGB: Der Zusammenhang zwischen der Verfassungswidrigkeit des Erlaubnisausgestaltungsrechts und der Strafnorm 301
(aa) Allgemeine Formulierung eines Zusammenhangs . 302
(bb) Zusammenhang der Verwaltungsakzessorietät 302
(cc) § 284 StGB als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt 302
(α) Differenzierung zwischen präventiven und repressiven Verboten 302
(β) § 284 StGB als präventives Verbot 303
(b) Die grundlegenden Prinzipien des Strafrechts 305
(aa) Das Gesetzlichkeitsprinzip 305
(bb) Fehlende Bestimmtheit 306
(c) Dogmatische Verortung: Teleologische Reduktion 307
d) Stellungnahme zur Sonderproblematik der strafrechtlichen Konsequenzen des Maßgabevorbehalts 307
aa) Die vertretenen Ansichten 308
bb) Herstellung von Konsistenz als Bedingung der Weitergeltung? .. 309
cc) Auswirkungen der Verfassungswidrigkeit des Erlaubnisausgestaltungsrechts auf die Verfassungsmäßigkeit des § 284 StGB .. 310
(1) Die vertretenen Ansichten 310
(2) Würdigung 311
(a) Verwobenheit von Straf- und Erlaubnisausgestaltungsrecht 311
(b) § 284 StGB enthält präventives Verbot 312
(c) Zwischenergebnis 313
dd) Umsetzung: Verfassungskonforme Auslegung 313
(1) Die Ansicht der Rechtsprechung 313
(2) Würdigung 314
(a) Argumente aus dem Problemkreis der Strafbarkeit in der Übergangszeit 314
(b) Hauptgrund: Strafrechtliche Behandlung einer fehlenden landesrechtlichen Regelung 315
(c) Zwischenergebnis 315
ee) Die Frage der Bestimmtheit gemäß Art. 103 Abs. 2 GG 316
(1) Geltungsbereich des Bestimmtheitsgrundsatzes 316
(2) Prüfungskompetenz der Strafgerichte 317
(3) Bestimmtheit des Maßgabevorbehalts 317

ff) Zwischenergebnis zum Maßgabevorbehalt 319
III. Ergebnisse Abschnitt C.: Bestandsaufnahme Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung und Strafrecht 319

D. Analyse der strafrechtlichen Wirksamkeit der Weitergeltungsanordnung .. 322
I. Untersuchung einfachgesetzlicher Normen zur regulären Unvereinbarerklärung auf Aussage zur Strafbarkeit 322
1. Zu § 79 Abs. 1 BVerfGG 323
a) Der Tatbestand: Die Frage des „Beruhens“ auf einer für unvereinbar erklärten Norm 323
aa) Unvereinbarerklärung 323
bb) Die Frage des „Beruhens“ 324
(1) Die ablehnende Literaturauffassung 324
(2) Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts 324
(3) Auslegung des Wortlauts 325
cc) Zwischenergebnis 325
b) Die Rechtsfolgen des § 79 Abs. 1 BVerfGG 326
aa) Wirkung des § 79 Abs. 1 BVerfGG bei einer regulären Unvereinbarerklärung 327
(1) Fall 1: Unvereinbarerklärung, kein rechtskräftiges Strafurteil 327
(a) Anwendungssperre 327
(b) Aussetzungspflicht 327
(aa) Alternative 1: § 2 Abs. 3 StGB ist anwendbar 328
(α) Entfallen der Strafbarkeit durch die Neuregelung 328
(β) Inhaltliche Milderung durch die Neuregelung? 329
(bb) Alternative 2: § 2 Abs. 3 StGB ist nicht anwendbar 329
(c) Modifikation der Rechtsfolgen der regulären Unvereinbarerklärung im Strafrecht 330
(d) Zwischenergebnis 331
(2) Fall 2: Unvereinbarerklärung, rechtskräftiges Strafurteil ... 331
(3) Zwischenergebnis 332
bb) Konsequenzen für den Fall der Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung 332
2. Zu §§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 370 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 Var. 1 AO 333
a) Konsequenzen für die hier untersuchte Frage: Argumentum a fortiori? 334
b) Auslegung 334
aa) Der Wortlaut 334
bb) Telos des § 370 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 Var. 1 AO 335
cc) Historie 336
(1) Gesetzgebungsgeschichte des § 370 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 Var. 1 AO 336

(2) Gesetzgebungsgeschichte des § 165 Abs. 1 AO 337
dd) Zwischenergebnis 338
3. Zwischenergebnis zur Untersuchung einfachgesetzlicher Normen 339
II. Lösungsansatz: Analyse der strafrechtlichen Wirksamkeit einer Weitergeltungsanordnung 340
1. Die Auslegungsfrage: Die Anordnung der strafrechtlichen Wirksamkeit der Weitergeltungsanordnung durch das Bundesverfassungsgericht 341
a) Die Abgrenzung der herrschenden Rechtsprechung 341
b) Relevanz der Frage für Folgeargumente 342
c) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Eingriffen in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auf der Grundlage verfassungswidriger Normen 342
aa) Anwendbarkeit der Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung auf Straftatbestände 343
bb) Die Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch 344
cc) Die Äußerung des Ersten Senats in der Sportwettenentscheidung 347
dd) Die Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung 347
(1) BVerfGE 109, 190 (Sicherungsverwahrung I) 348
(a) Die Auffassung der Senatsmehrheit 348
(b) Die Auffassung der Senatsminderheit 350
(c) Fazit 350
(2) BVerfGE 128, 326 (Sicherungsverwahrung II) 351
ee) Zwischenergebnis 352
ff) Konsequenzen für die Auslegung der untersuchten Weitergeltungsanordnungen 354
d) Berücksichtigung der verfassungsprozessrechtlichen Voraussetzungen der Weitergeltungsanordnung bei der Auslegung 355
aa) Relevanz der verfassungsprozessrechtlichen Voraussetzungen für die Auslegung 355
bb) Reichweite der Abwägung in den relevanten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 356
e) Zwischenergebnis zur Auslegung 356
2. Dogmatische Herleitung der Voraussetzungen der strafrechtlichen Wirkung 357
a) Ansatzpunkte in Rechtsprechung und Literatur 358
b) Die Dogmatik der Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung 358
c) Generelle Unzulässigkeit der strafrechtlichen Wirkung? 359
aa) Gesetzlichkeitsprinzip und Gesetzesvorbehalt 359
bb) Das Rückwirkungsverbot 361
cc) Das Bestimmtheitsgebot 362

dd) Das Schuldprinzip ... 363
ee) Das Ultima-ratio-Prinzip ... 364
ff) Zwischenergebnis: Das Prinzip der praktischen Konkordanz ... 364
d) Voraussetzungen der strafrechtlichen Wirksamkeit ... 365
aa) Ausnahmsweise Gebotenheit einer verfassungsrechtlichen Argumentation im Strafrecht ... 365
bb) Die Wechselwirkung zwischen verfassungsrechtlicher Relevanz und den Voraussetzungen der jeweiligen Entscheidungsvariante ... 366
cc) Die verfassungsrechtlichen Abwägungspositionen auf Seiten der strafrechtlichen Normvernichtung ... 366
(1) Hinsichtlich der Freiheitsstrafe ... 367
(2) Hinsichtlich der Geldstrafe ... 369
(a) Art. 14 Abs. 1 GG? ... 370
(b) Art. 2 Abs. 1 GG ... 371
(3) Hinsichtlich des mit der Verurteilung verbundenen sozialethischen Tadels ... 371
(4) Betroffenheit der Grundrechte bereits durch die Strafnorm? ... 372
(5) Das Rechtsstaatsprinzip ... 373
(6) Zwischenergebnis ... 374
dd) Materielle Gewichtbarkeit der Grundrechtseingriffe durch Strafrecht ... 374
(1) In der Strafzumessung zum Ausdruck kommende Gewichtbarkeit ... 374
(2) Die Betroffenheit des Rechtsstaatsprinzips ... 375
(a) Betroffenheit des Rechtsstaatsprinzips bei der Freiheitsstrafe ... 376
(b) Betroffenheit des Rechtsstaatsprinzips durch die Geldstrafe ... 376
(3) Zwischenergebnis ... 377
ee) Abwägungsregel für die Zulässigkeit der strafrechtlichen Wirkung einer Unvereinbarerklärung ... 377
(1) Bezüglich der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ... 377
(2) Bezüglich der Verurteilung zu einer Geldstrafe ... 379
(a) Abwägung ... 379
(b) Vereinbarkeit mit der Auslegung der Weitergeltungsanordnung ... 381
(3) Zwischenergebnis: Normspaltung ... 382
ff) Exkurs: Strafprozessuale Konsequenzen einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe auf Grundlage später mit einer Weitergeltungsanordnung versehener Normen ... 383

gg) Zwischenergebnis: Die strafrechtliche Wirksamkeit einer Weitergeltungsanordnung ... 384
3. Untersuchung der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Sachverhalte ... 384
a) Steuerrechtliche Entscheidungen ... 385
aa) In der Abwägung zu berücksichtigende, den strafrechtlichen Normerhalt fordernde Verfassungsgüter ... 385
(1) Das Budgetrecht des Parlaments ... 385
(a) Bezug zwischen Wegfall der Strafbarkeit und Steueraufkommen ... 385
(b) Zeitliche Dimension der strafrechtlichen Weitergeltungsanordnung: Wirkung nur pro futuro? ... 387
(2) Art. 3 Abs. 1 GG ... 388
(a) Verhinderung eines Vollzugsdefizits ... 388
(b) Ungleichbehandlung des steuerehrlichen Bürgers gegenüber dem steuerunehrlichen ... 389
(c) Ungleichbehandlung gegenüber sonstigen Steuerhinterziehern? ... 390
bb) Untersuchung der steuerrechtlichen Sachverhalte ... 390
(1) BVerfGE 87, 153 (Grundfreibeträge) ... 391
(a) Die zeitliche Dimension der Weitergeltungsanordnung ... 391
(b) Abwägung im Übrigen ... 392
(aa) Rechtfertigung durch das Budgetrecht ... 392
(bb) Belange des Art. 3 Abs. 1 GG ... 394
(2) BVerfGE 93, 121 (Vermögensteuerentscheidung) ... 395
(a) Rechtfertigung durch das Budgetrecht ... 395
(b) Belange des Art. 3 Abs. 1 GG ... 396
(3) Die Entscheidungen zum Erbschaftsteuergesetz ... 397
b) Die Sportwettenentscheidung ... 398
c) Zwischenergebnis ... 400

E. Ergebnisse Abschnitt D. – Gesamtergebnis ... 401

F. Anhang: Strafrechtliche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ... 406

Literaturverzeichnis ... 409

Stichwortverzeichnis ... 425

A. Einleitung

I. Einführung und Fragestellung

Das Bundesverfassungsgericht trifft seine Entscheidungen nicht in einem abstrakten, von der Wirklichkeit entkoppelten Raum des Rechts – es gestaltet Wirklichkeit.

> „Es wirkt durch seine Rechtsprechung […] gestaltend, bewahrend und regulierend auf das Verfassungsleben und machtverteilend und machtbegrenzend auf die anderen Verfassungsorgane ein. Hierdurch ist es als Gericht in eine ganz andere Ebene als alle anderen Gerichte gerückt."[1]

Deswegen hat das Gericht in seinen Entscheidungen nicht allein die Dogmatik des materiellen Verfassungsrechts zu beachten, die ein bestimmtes Urteil – bei der Normenkontrolle das Urteil „verfassungsgemäß" oder „verfassungswidrig" – fordert. Als „oberster Hüter der Verfassung"[2], dessen stolzes Selbstverständnis es ist, „durch seine Rechtsprechung zugleich an der Ausübung der „obersten Staatsgewalt" zu partizipieren"[3], hat es auch die tatsächlichen Folgen seiner Entscheidung zu bedenken. „Fiat iustitia et pereat mundus" – „Es herrsche Gerechtigkeit, auch wenn die Welt darüber zugrunde geht"[4] darf für das Bundesverfassungsgericht nicht gelten.

Aus dieser Erkenntnis hat sich eine Entscheidungsvariante entwickelt, die dem rechtsstaatlichen Empfinden zusetzt: Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung. Statt eine verfassungswidrige Norm mit einer Nichtigerklärung zu eliminieren, erklärt das Bundesverfassungsgericht hier ein Gesetz zwar für verfassungswidrig, gleichzeitig aber während einer Übergangszeit für weiter an-

---

[1] Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsgutachten von Professor Richard Thoma vom 03.06.1953, JÖR 6 (1957), 194 (199).

[2] Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27.06.1952, JÖR 6 (1957); 144, vgl. dazu *Schlaich/Korioth,* Bundesverfassungsgericht, Rn. 27; *Bethge,* in: Maunz u. a., BVerfGG, § 1 Rn. 1 f.

[3] Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten von Professor Richard Thoma vom 03.06.1953, JÖR 6 (1957), 194 (199).

[4] Auf Papst Hadrian VI. (1459–1523) zurückgehende Aussage, Übersetzung und historische Herleitung von *Höffe,* Gerechtigkeit, S. 54. Dieser sieht – mit Kant – die ursprüngliche Bedeutung des Satzes darin, dass auch die Mächtigen der Gerechtigkeit zu unterwerfen sind. Er versteht also unter „Welt" die „Großen und Mächtigen". Höffe hält die naheliegende Bedeutung im Sinne eines Fanatismus, der die Gerechtigkeit auch zum Preis eines Weltuntergangs durchsetzen will, für historisch unzutreffend, verweist im Sinne dieses Verständnisses aber auf Luthers Predigt vom 10. Mai 1535. Ebenso verstanden von *Moench,* Verfassungswidriges Gesetz, S. 161.

wendbar. Die Folgen sind erheblich: Der Betroffene hat Eingriffe in seine Grundrechte auf Grundlage erkanntermaßen verfassungswidrigen Rechts zu dulden. Diese Entscheidungsvariante sucht den Zwiespalt zwischen Recht und Wirklichkeit zu überbrücken, indem sie bei verfassungswidrigen Gesetzen ein „flexibles Folgenmanagement“[5] ermöglicht.

Dies strapaziert ohnehin unsere Vorstellungen von Rechtsstaatlichkeit und gewinnt in strafrechtlichem Zusammenhang noch zusätzlich an Brisanz. Es gibt Strafgesetze, die sich auf außerstrafrechtliche Normen beziehen, indem sie etwa den Verstoß gegen diese Normen mit Strafe bedrohen. Wird nun eine solchermaßen in Bezug genommene, außerstrafrechtliche Norm für mit der Verfassung unvereinbar, aber weiter anwendbar befunden, so kann der Verstoß gegen verfassungswidriges Recht – das ist die Auffassung der herrschenden Meinung[6] – strafbar sein. Praktisch relevant wurde dies bislang bei der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO und dem unerlaubten Veranstalten eines Glücksspiels gemäß § 284 StGB. In Zukunft kann die Problematik jedoch überall dort zu Tage treten, wo Strafgesetze – sei es über normative Tatbestandsmerkmale, Blankettmerkmale oder verwaltungsakzessorische Tatbestandsmerkmale – außerstrafrechtliche Normen in Bezug nehmen.

Die weitere Zuspitzung resultiert daraus, dass auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts das schärfste Schwert der Rechtsordnung, die ultima ratio staatlichen Handelns, eingesetzt wird. Der Betroffene hat Eingriffe in das Grundrecht der Freiheit der Person des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – dem nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter den Grundrechten ein besonders hoher Rang zukommt[7] – zu dulden.

Die strafrechtliche Literatur hat darauf teilweise mit wütendem Protest reagiert. So wird die Auffassung vertreten, Strafen auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts ließen sich nur als „Akte furchtbarer Juristen“ begreifen.[8] Dazu wird ausgeführt, es könne

> „in einem Rechtsstaat […] nicht Aufgabe des Strafrechts sein, eine Unrechtsordnung zu schützen, zu gewährleisten, zu bewähren oder zu stabilisieren. Wird an willkürliche Gesetzesvorschriften eine Strafe geknüpft, so wird auch die Strafe zum Willkürakt.“[9]

Andere betonen, dass verfassungswidrige Steuern zu verfassungswidrigen Strafen führen würden.[10] Polemisierend wird davon gesprochen, dass jedem

---

[5] Vgl. *Steiner,* NJW 2001, 2919 (2922).

[6] Dies ist herrschende Meinung jedenfalls zu § 370 AO, dazu ausführlich im Verlauf der Bearbeitung: C.II.1.b) (S. 212), C.II.1.c)bb) (S. 233), C.II.2.c)aa) (S. 290).

[7] BVerfGE 22, 180 (219); 104, 220 (234); vgl. ebenfalls BVerfGE 130, 372 (388).

[8] *Tipke,* PStR 2000, 143 (144).

[9] *Tipke,* FS Kohlmann, S. 574.

[10] *Kohlmann/Hilgers-Klautzsch,* wistra 1998, 161 (165).

Strafrechtler „förmlich die Haare zu Berge“ stehen „bei der Vorstellung, dass auf Grund einer als verfassungswidrig anerkannten Norm bestraft werden soll.“[11]

Die vorliegende Arbeit erörtert die polarisierende Frage, ob erkanntermaßen verfassungswidrige, aber kraft Anordnung des Bundesverfassungsgerichts weiterhin anwendbare Normen Grundlage der Strafbarkeit sein können. Da sich das Thema auf der Schnittstelle zwischen Verfassungsprozessrecht und Strafrecht bewegt, wird für den Lösungsansatz besonderes Augenmerk darauf gerichtet sein, eine Verknüpfung zwischen diesen Rechtsgebieten herzustellen.

II. Gang der Untersuchung

Die zu untersuchende Problematik basiert auf einer besonderen Entscheidungsvariante des Verfassungsprozessrechts: Der Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung. Die Frage der Strafbarkeit kann daher nur auf dem dogmatischen Fundament des Verfassungsprozessrechts beantwortet werden.

Zunächst wird deswegen im verfassungsprozessrechtlichen Abschnitt B. der Arbeit auf die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung im System der Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts eingegangen. Dazu wird in die prozessualen Konstellationen, in denen solche Entscheidungen gefällt werden, und die relevanten Vorschriften des Verfassungsprozessrechts eingeführt. Danach werden die Entscheidungsvarianten unter Ausschluss der Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung und damit deren systematischer Rahmen vorgestellt. Anschließend werden die dogmatischen Grundlagen, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der regulären Unvereinbarerklärung und der Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung aufbereitet.

Im Abschnitt C. folgt eine Bestandsaufnahme der bislang in der Praxis aufgetretenen Fälle und des Meinungsstands in Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Strafbarkeit auf Grundlage von mit der Verfassung unvereinbaren, aber weitergeltenden Normen. In einem ersten Schritt werden die strafrechtlich relevanten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dargestellt und verfassungsprozessrechtlich gewürdigt. Dann wird der Meinungsstand der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur aufbereitet. Dies geschieht zunächst zur Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO, gefolgt von der Darstellung zur unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels gemäß § 284 StGB.

Im abschließenden Abschnitt D. der Arbeit wird im Rahmen einer Analyse die Antwort auf die Frage der Strafbarkeit entwickelt. Dabei werden die Erkenntnisse aus dem verfassungsprozessrechtlichen Abschnitt B. und der strafrechtlichen Argumentation des Abschnitts C. miteinander in Bezug gesetzt.

---

[11] *Burkhard,* Stbg 2000, 122 (124).