



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 13 März 2020

**Verfassungsbeschwerde zur verfassungsrechtlichen Prüfung des Art. 316h  
Satz 1 EGStGB – Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des BGH v. 07.03.2019  
(3 StR 192/18) - 2 BvL 8/19 –**

### Stellungnahme des Strafrechtsausschusses

#### Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Prof. Dr. Björn Gercke

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

Prof. Dr. Frank Saliger (Berichterstatter)

RAin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme des Strafrechtsausschusses

### 1. Das Verfahren

Die beiden Angeklagten führten als Geschäftsführer verschiedene Unternehmen und waren wegen Verstößen gegen das SchwarzArbG und Beihilfe hierzu für Taten zwischen 2008 und 2010 angeklagt worden. Das LG Oldenburg stellte mit Urteil vom Oktober 2017 zwar fest, dass sich die Angeklagten wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang und wegen Beihilfe hierzu strafbar gemacht haben. Das LG sprach die Angeklagten aber frei, weil die Straftaten spätestens nach dem 31. Juli 2016 verjährt waren. Ein noch verfolgbarer Qualifikationstatbestand konnte nicht nachgewiesen werden. Zugleich ordnete das LG gegen die nebenbeteiligten Unternehmen der Angeklagten Einziehungen von Wertersatz in Höhe von 10,6 Mio. Euro und 73T Euro an. Dagegen haben die Nebenbeteiligten Revisionen eingelegt.

### 2. Die in Frage stehende neue Regelung

Nach altem Recht war die Anordnung einer selbständigen Vermögensabschöpfung gegen die Nebenbeteiligten bei Verjährung der Straftat grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. § 76a Abs. 1 und 2 StGB a.F.). Ausnahmen bestanden mit Recht für die Sonderfälle der Sicherungseinziehung bei per se gefährlichen oder individuell gefahrträchtigen Tatwerkzeugen oder Tatprodukten sowie Schriften (§ 76a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StGB a.F.).<sup>1</sup>

Seit dem 1. Juli 2017 ist die selbständige Anordnung der Einziehung des Tatertrages und die selbständige Einziehung des Wertes des Tatertrages unter den Voraussetzungen der §§ 73, 73b und 73c StGB auch dann zulässig, wenn die Verfolgung der Straftat verjährt ist (§ 76a Abs. 2 Satz 1 StGB). Die selbständige Einziehung verjährt in 30 Jahren (§ 76b Abs. 1 Satz 1 StGB), wobei die Verjährung mit Beendigung der rechtswidrigen Tat beginnt (§ 76b Abs. 1 Satz 2 StGB).

Art. 316h Satz 1 EGStGB enthält eine weitere Erweiterung der selbständigen Einziehung. Danach ist § 76a Abs. 1 Satz 1 StGB abweichend von § 2 Abs. 5 StGB auch dann anzuwenden, wenn über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages wegen einer Tat, die vor dem 1. Juli 2017 begangen worden ist, nach diesem Zeitpunkt entschieden wird. In der Gesetzesbegründung heißt es zu der Übergangsvorschrift des Art. 316h Satz 1 EGStGB ungewöhnlich ausführlich:

*„Auch für bereits laufende Verfahren sind mit ihrem Inkrafttreten ausschließlich die neuen Regelungen anzuwenden. (...) Die Übergangsvorschrift kollidiert nicht mit dem verfassungsrechtlich verankerten Rückwirkungsverbot. Artikel 103 Absatz 2 GG findet keine Anwendung, weil die Vermögensabschöpfung keinen Strafcharakter besitzt (vgl. bereits zum*

---

<sup>1</sup> Stellvertretend NK-Saliger, StGB, 5. Aufl. 2017, § 76a Rn. 1, 5, 11.

*geltenden Recht BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 – BVerfG 110, 1, Rn.81 ff.). Auch das in Artikel 20 GG verankerte allgemeine Rückwirkungsverbot steht der Regelung nicht entgegen, da ein etwaiges Vertrauen in den Fortbestand einer strafrechtswidrig geschaffenen Vermögenslage nicht schutzwürdig ist. Die neuen Regelungen des § 76a Absatz 2 und des § 76b StGB-E gelten damit folgerichtig auch für Fälle, in denen nach bisherigem Recht der Verfall auf Grund der Koppelung an die Verjährung der Tat (vgl. § 78 Absatz 1 in Verbindung mit § 76a Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 StGB in der bisherigen Fassung) bereits verjährt war. Anders als bei der Verfolgungsverjährung (vgl. dazu Drucksachen 18/2601, S. 23 und 16/13671, S. 24; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2004 – 4 StR 165/04 – NStZ 2005, 89) erfasst die Verlängerung der Verjährung für die quasi-bereicherungsrechtliche Vermögensabschöpfung auch Sachverhalte, in denen bei Inkrafttreten der Neuregelung die Verjährung bereits eingetreten war“ (BT-Drucks. 18/11640, S. 84).*

### **3. Die Auffassung des 3. Strafsenats des BGH**

Der 3. Strafsenat des BGH ist anders als der Gesetzgeber der Auffassung, dass die Übergangsvorschrift des Art. 316h Satz 1 EGStGB verfassungswidrig ist. Seine Begründung lautet im Wesentlichen wie folgt:<sup>2</sup>

Art. 316h Satz 1 EGStGB verstößt mangels Strafcharakters der Einziehungsvorschriften zwar nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Er verletzt aber das allgemeine Rückwirkungsverbot in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und den in den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Die Übergangsvorschrift führt zu einer echten Rückwirkung, weil sie nachträglich eine bereits eingetretene Verjährung für rechtlich unbeachtlich erklärt und damit einen in der Vergangenheit liegenden und abgeschlossenen Tatbestand neu regelt. Echte Rückwirkungen sind grundsätzlich nicht mit dem Grundgesetz vereinbar und nur ausnahmsweise verfassungsrechtlich zulässig.

Die vom BVerfG anerkannten Ausnahmen sind nicht einschlägig. Insbesondere war im Zeitpunkt der Verjährung der Altstaten im August 2016 noch nicht mit einer rückwirkenden gesetzlichen Neuregelung zu rechnen. Auch unabhängig von der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich die echte Rückwirkung durch Art. 316h Satz 1 EGStGB nicht damit rechtfertigen, dass ein Vertrauen in das alte Recht des Verfalls sachlich nicht schutzwürdig gewesen ist. Zwar handelt es sich bei der Beseitigung strafrechtswidrig geschaffener Vermögenslagen um ein legitimes gesetzgeberisches Ziel. Deshalb sei das erklärte Ziel des § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB n.F., die materielle Gerechtigkeit über strafrechtswidrige Störungen triumphieren zu lassen, verfassungsrechtlich legitimierbar. Dieses Ziel für die zukunftsbezogene Revision strafrechtswidrig geschaffener Vermögenslagen zu verfolgen, rechtfertigt indes nicht die nachträgliche Anordnung der selbständigen Einziehung bei vor dem 1. Juli 2017 verjährten Straftaten. Dem steht ein schutzwürdiges Vertrauen der Betroffenen in den Bestand der alten Verjährungsvorschriften entgegen, auch wenn die Abschöpfung strafrechtswidrig erlangten Vermögens in Rede steht.

Verjährungsvorschriften besitzen einen eigenständigen Wert, der ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip wurzelt. Soweit der Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit durch eine allein die Verfolgbarkeit betreffende Verjährungsregelung in einen angemessenen Ausgleich gebracht hat, dürfen die Bürger grundsätzlich darauf vertrauen, dass er

---

<sup>2</sup> Siehe BGH BeckRS 2019, 8861.

nicht im Nachhinein eine andere Bewertung vornimmt. Aus den Wertungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere § 852 BGB, ergibt sich nichts Anderes. Denn auch für einen zivilrechtlichen Restschadensersatzanspruch gibt es zeitliche Grenzen. Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 316h Satz 1 EGStGB ist nicht möglich, weil sie dem erklärten Willen des Gesetzgebers zuwiderliefe.

#### 4. Stellungnahme

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer ist mit dem 3. Strafsenat des BGH der Ansicht, dass Art. 316h Satz 1 EGStGB verfassungswidrig ist. Die Übergangsvorschrift ist mit den im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und in den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes insofern unvereinbar, als sie eine selbständige Einziehung nach § 76a Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 S. 2 und § 76b Abs. 1 StGB auch bei vor dem 1. Juli 2017 verjährten rechtswidrigen Anknüpfungstaten ermöglicht.

##### a. Zulässigkeit und Prüfungsmaßstab

Die Vorlage ist gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zulässig. Die Frage ist entscheidungserheblich.

Ob Art. 316h Satz 1 EGStGB bereits das strengere strafrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzt, kann dahinstehen. Die dafür zu klärende und durchaus umstrittene, obschon von der BGH-Rechtsprechung bislang einhellig verneinte Frage, ob die in wesentlichen Teilen verschärfte Einziehung nach neuem Recht eine Kriminalstrafe ausprägt<sup>3</sup>, braucht nicht entschieden zu werden, weil Art. 316h Satz 1 StGB auch gegen das allgemeine verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot (Art. 20 Abs. 3 GG) verstößt.

##### b. Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot (Art. 20 Abs. 3 GG)

Dabei erweist sich Art. 316h Satz 1 EGStGB als echte Rückwirkung (aa), die nicht nur grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig ist (bb), sondern auch ausnahmsweise nicht gerechtfertigt werden kann (cc).

##### aa. Echte Rückwirkung

Dass Art. 316h Satz 1 EGStGB eine echte Rückwirkung bewirkt, kann nicht zweifelhaft sein. Eine Rechtsnorm entfaltet nach der Rechtsprechung des BVerfG echte Rückwirkung, wenn sie nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift.<sup>4</sup> Das ist namentlich

---

<sup>3</sup> Dagegen z.B. BGH NStZ 2018, 366 (367); BGH NStZ 2018, 400; BGH NStZ-RR 2018, 241; dafür LG Kaiserslautern StV 2018, 333 m. krit. Anm. u.a. *Saliger/Schörner*, StV 2018, 388.

<sup>4</sup> BVerfGE 30, 367 (386); 101, 239 (263); 135, 1 (13 Rn. 38).

der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“).<sup>5</sup>

Genauso liegt der Fall hier. Die Verjährung der angeklagten Straftaten war spätestens ab dem 31. Juli 2016 eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt war damit nach dem damals geltenden Recht eine selbständige Einziehung (früher Verfall) ausgeschlossen. Die Eröffnung einer selbständigen Einziehung bei vor dem 1. Juli 2017 verjährten Straftaten durch den ab diesem Zeitpunkt geltenden Art. 316h Satz 1 EGStGB bedeutet deshalb insofern einen nachträglichen belastenden Eingriff in vergangene Tatbestände, als der bereits abschließend eingetretene Ausschluss einer selbständigen Einziehung als Folge der verjährten Straftaten für unbeachtlich erklärt und damit ein in der Vergangenheit liegender Sachverhalt rückwirkend neu geregelt wird. Art. 316h Satz 1 EGStGB markiert insoweit eine konstitutive Änderung der alten Rechtslage und stellt rückwirkend nicht lediglich klar, was ohnehin bereits Gesetz war.<sup>6</sup>

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die durch die Straftat eingetretene Störung der Rechtsordnung andauere und die Vermögensabschöpfung vor allem der zukunftsbezogenen Korrektur dieser Störung diene. Deshalb betreffe der „formale Umstand“ der eingetretenen Verjährung nur die Korrektur von Amts wegen, während die Korrektur durch den Geschädigten weiterhin möglich sei.<sup>7</sup>

Diese Auffassung lässt ein gravierendes Missverständnis zum allgemeinen Rückwirkungsverbot besorgen. Denn bei dem eingetretenen Umstand der Verjährung der Straftat mit der Folge des Ausschlusses einer selbständigen Einziehung nach damaligem Recht handelt es sich mitnichten um einen bloß „formalen“ Umstand, sondern um den materialen Kern des Vertrauensschutzes für den Bürger nach dem allgemeinen Rückwirkungsverbot. Die Hintanstellung dieses Umstandes zugunsten fortbestehender privater Korrekturmöglichkeiten verfehlt daher den Sinn des allein auf staatliches Handeln bezogenen allgemeinen Rückwirkungsverbots.

## **bb. Inhalt des Rückwirkungsverbots – Grundsätzlicher Vertrauensschutz in den Bestand der damaligen Rechtslage**

Nach der Judikatur des BVerfG sind echte Rückwirkungen anders als unechte Rückwirkungen grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig. Das grundsätzliche Verbot echt rückwirkender belastender Gesetze beruht auf den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Das allgemeine Rückwirkungsverbot schützt das Vertrauen des Bürgers in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte.<sup>8</sup> Denn es würde die Freiheit des Bürgers erheblich gefährden, wenn die öffentliche Gewalt an dessen Verhalten ohne Weiteres nachträglich belastendere Rechtsfolgen knüpfen dürfte, als sie zum Zeitpunkt seines rechtserheblichen Verhalten galten.<sup>9</sup> Die Verfassung schützt daher grundsätzlich das Vertrauen darauf, dass die mit abgeschlossenen Tatbeständen verbundenen gesetzlichen Rechtsfolgen anerkannt bleiben.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> BVerfGE 135, 1 (13 Rn. 38) unter Bezug auf BVerfGE 127, 1 (16 f.).

<sup>6</sup> Vgl. zu diesem Unterschied BVerfGE 135, 1 (14).

<sup>7</sup> So die Annahme einer unechten Rückwirkung für vertretbar haltend die Stellungnahme der Bundesregierung vom 27.09.2019, S. 12.

<sup>8</sup> BVerfGE 101, 239 (262); 135, 1 (21).

<sup>9</sup> BVerfGE 135, 1 (21).

<sup>10</sup> BVerfGE 30, 367 (386).

Wichtig ist dabei zu sehen, dass der Bezugspunkt des Rückwirkungsverbots nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG das Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts bzw. das Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage ist.<sup>11</sup> Anders als der Gesetzgeber befürchtet, überwindet daher die bloße Berufung darauf, dass ein etwaiges Vertrauen in den Fortbestand einer strafrechtswidrig geschaffenen Vermögenslage nicht schutzwürdig ist<sup>12</sup>, noch nicht das allgemeine Rückwirkungsverbot. Das gleiche gilt für den Hinweis, dass das Strafverfahren im vorliegenden Fall noch andauerte, als Art. 316h Satz 1 EGStGB in Kraft trat.

### cc. Keine anerkannten Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot

Allerdings gilt das allgemeine rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot nur grundsätzlich, nicht ausnahmslos. Da das Rückwirkungsverbot im Prinzip des Vertrauensschutzes Grund und Grenze findet, anerkennt das BVerfG Ausnahmen an, wenn sich kein Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig war.<sup>13</sup> Die Frage, ob mit einer rückwirkenden Änderung der Rechtslage zu rechnen war, beurteilt sich maßgeblich danach, ob die bisherige Regelung bei objektiver Betrachtung geeignet war, ein Vertrauen der betroffenen Personengruppe in ihren Fortbestand zu begründen.<sup>14</sup>

Das BVerfG hat hierzu nicht abschließend bestimmte Typisierungen fehlenden Vertrauens herausgearbeitet. So ist eine echte Rückwirkung ausnahmsweise gerechtfertigt, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, mit einer Änderung der gesetzlichen Regelung rechnen mussten, wenn die damalige Rechtslage so unklar und verworren gewesen ist, dass eine Klärung erwartet werden musste, bei Systemwidrigkeit und Unbilligkeit des bisherigen Rechts in einem Maße, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden, bei nur ganz unerheblichen Schäden durch eine sachlich begründete Rückwirkung oder bei überragenden, zwingenden Belangen des Gemeinwohls, die eine rückwirkende Beseitigung der bisherigen gesetzlichen Regelung erfordern.<sup>15</sup>

Bezüglich der durch Art. 316h Satz 1 EGStGB bewirkten echten Rückwirkung ist keine der genannten Ausnahmen einschlägig. Auch sonstige Gründe sind nicht ersichtlich, die echte Rückwirkung zu rechtfertigen.

### (1) Keine zu erwartende Änderung der Rechtslage im Verjährungszeitpunkt Juli 2016

Zunächst ist festzustellen, dass die Betroffenen im Verjährungszeitpunkt ab Juli 2016 begründet auf den Ausschluss der Möglichkeit einer selbständigen Einziehung vertrauen durften. Bis zur Neuregelung der Vermögensabschöpfung ab Juli 2017 kannte das StGB eine selbständige Einziehung bei verjährten Straftaten – von den genannten Spezialfällen abgesehen – nicht. Diese Rechtslage bestand jedenfalls seit 1968<sup>16</sup> – trotz eines im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung des erweiterten Verfalls in § 73d StGB a.F. am Rande angesprochen und nicht

<sup>11</sup> BVerfGE 30, 367 (387); 101, 239 (263); 135, 1 (21 f.).

<sup>12</sup> BT-Drucks. 18/11640, S. 84; dazu oben 2.

<sup>13</sup> BVerfGE 135, 1 (21 f.); auch BVerfGE 30, 367 (387).

<sup>14</sup> BVerfGE 135, 1 (22).

<sup>15</sup> Zu diesen Fallgruppen bereits BVerfGE 30, 367 (387 ff.); ferner BVerfGE 135, 1 (22 f.).

<sup>16</sup> Vgl. § 41b StGB idF des EGOWiG vom 24. Mai 1968, BGBl. I, 503.

weiterverfolgten Prüfauftrages zur Entkoppelung der selbständigen Einziehung von der Verjährung<sup>17</sup> – unverändert fort und begründete damit einen Vertrauenstatbestand auf Seiten der Betroffenen.

Mit einer Änderung dieser Rechtslage war im Juli 2016 als Verjährungszeitpunkt nicht zu rechnen. Noch im Gesetzgebungsverfahren selbst war die grundsätzliche Entkoppelung der selbständigen Einziehung von der Verjährung ursprünglich nicht vorgesehen. So hielt der Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 12. August 2016<sup>18</sup> ebenso an der alten Rechtslage fest wie der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 5. September 2016 (BT-Drucks. 18/9525, S. 72).<sup>19</sup> An der bis dato zwingenden Verjährungsgrenze der Anknüpfungstaten für die Einziehung (§ 78 Abs. 1 S. 1 StGB) sollte also ursprünglich auch bei der Gesamtform der Vermögensabschöpfung nicht gerüttelt werden. Erst die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 22. März 2017 brachte nach der Anhörung der Sachverständigen am 23. November 2016 völlig überraschend die grundsätzliche Entkoppelung.<sup>20</sup> Damit konnten die Einziehungsbetroffenen jedenfalls noch im Juli 2016 als Verjährungszeitpunkt nicht mit einer Änderung der Rechtslage rechnen.

## **(2) Altregelung als begründete Systementscheidung**

Bei der damaligen Regelung handelte es sich auch nicht um eine unklare, verworrene oder in einem Maße systemwidrige und unbillige gesetzliche Regelung, dass ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit bestanden hätten.

Gegen Letzteres spricht bereits die schiere Geltungsdauer der Altregelung von jedenfalls 1968 bis 2017. Wenn die grundsätzliche Bindung der (selbständigen) Einziehung an die Verjährung der Anknüpfungstat so unbillig gewesen wäre, dass Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit bestanden hätten, hätte die gesetzliche Regelung kaum nahezu 50 Jahre unverändert gegolten. Hinzu kommt, dass für die grundsätzliche Gleichschaltung von selbständiger Einziehung und Verjährung nach altem Recht auch gewichtige Gründe streiten. Diese werden noch im Gesetzesentwurf des Bundesrates folgendermaßen zusammengefasst:

*„Kämen verjährte Straftaten als Anknüpfung für eine selbständige Vermögensabschöpfung in Betracht, müsste eine Straftat aufgeklärt werden, für die es keines Strafverfahrens mehr bedarf, weil sie angesichts des Zeitablaufs typischerweise nicht mehr friedensstörend nachwirkt (Leipziger Kommentar-Schmidt, StGB, 12. Auflage 2007, § 78, Rn. 9). Der mit dem Eintritt der Verjährung eingetretene Rechtsfrieden (Münchener Kommentar-Mitsch, StGB, 2. Auflage 2012, § 78, Rn. 3) würde mithin gestört. Dies unterscheidet diese Fallkonstellation von den Fällen des Strafklageverbrauchs, in denen bereits ein Strafverfahren über die zu diesem Zeitpunkt noch unverjährte Tat stattgefunden hat.“<sup>21</sup>*

Stärker den Aspekt des Rechtsfriedens als Zweck der Verfolgungsverjährung betonend, in der Sache jedoch gleichlautend heißt es auch im Gesetzesentwurf der Bundesregierung:

*„Überdies kommen nach wie vor verjährte Straftaten nicht als Anknüpfung für eine selbständige Einziehung von Taterträgen in Betracht (§ 78 Absatz 1 Satz 1 StGB). Dies folgt*

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/6623, S. 7, zitiert vom Rechtsausschuss in BT-Drucks. 18/11640, S. 82.

<sup>18</sup> Vgl. BR-Drucks. 418/16, S. 9 f., 61.

<sup>19</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 72.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 18/11640, S. 82.

<sup>21</sup> BR-Drucks. 418/16, S. 61.



*aus dem Zweck der Verfolgungsverjährung. Das Institut dient dem Rechtsfrieden und legt die Frist fest, nach deren Ablauf es der Aufklärung der Straftat in einem Strafverfahren nicht mehr bedarf, weil das strafrechtswidrige Geschehen typischerweise nicht mehr friedensstörend nachwirkt (Leipziger Kommentar-Schmidt, 12. Auflage 2007, Vor § 78, Rn. 9; Münchener Kommentar-Mitsch, StGB, 2. Auflage 2012, Vor § 78, Rn. 3). Da die selbständige Einziehung nach § 76a Absatz 1 Satz 1 StGB-E eine zwingende Regelung ist und den Nachweis einer rechtswidrigen Tat voraussetzt, wären die Strafverfolgungsbehörden ohne die aus § 78 Absatz 1 Satz 1 StGB folgende Ausnahme gezwungen, eine verjährte Straftat aufzuklären. Dies unterscheidet die Fälle der Verjährung von den Fällen, in denen der Verfolgung der (Anknüpfungs-)Straftat für die selbständige Einziehung von Taterträgen der Strafklageverbrauch entgegensteht. In diesem Fall ist die betreffende (nicht verjährte) Straftat bereits abgeurteilt. Es steht lediglich noch die Entscheidung über die Einziehung des Tatertrages aus, die im ursprünglichen Strafverfahren unterlassen worden war.“<sup>22</sup>*

Diese Gründe rechtfertigen nicht nur plausibel die Grundentscheidung der Altregelung. Sie zeigen mit aller Deutlichkeit auch die Problematik von Art. 316h Satz 1 EGStGB für den Vertrauensschutz der Bürger. Ein Bürger, der mit einer Straftat konfrontiert war, die vor Inkrafttreten der Neuregelung zur Vermögensabschöpfung verjährt ist, muss künftig damit rechnen, gleichwohl mit einem selbständigen Einziehungsverfahren behelligt zu werden. Da auch im selbständigen Einziehungsverfahren die Straftat trotz Verjährung vollständig aufgeklärt werden muss, wird die Rechtsfriedensfunktion der eingetretenen Verjährung im subjektiven Verfahren erheblich unterlaufen. Von dem bereits eingetretenen Vertrauen in die eingetretene Verjährung mitsamt dem Rechtsfrieden bleibt insoweit wenig übrig. Diese Bedenken wiegen umso schwerer, als der Verjährungszeitpunkt der Anknüpfungstat im Ausgangssachverhalt deutlich vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung liegt (hier ca. ein Jahr). Tatsächlich kann die generalpräventiv und damit primär zukunftsgerichtet legitimierte Maßnahme der Vermögensabschöpfung nach der Neuregelung sogar dazu eingesetzt werden, bis zu 27 Jahre lang (vgl. § 76b Abs. 1 S. 1 StGB) vor der Neuregelung verjährte Anknüpfungstaten repressiv mit einem selbständigen Einziehungsverfahren zu überziehen. Im Beispiel: Eine Erwerbstat, die im Jahr 2005 begangen und im Jahr 2010 verjährt ist, kann noch bis zum Jahr 2035 Anknüpfungstat einer selbständigen Einziehung sein.

### **(3) Keine überragenden, zwingenden Gründe des Gemeinwohls für eine echte Rückwirkung**

Überragende, zwingende Gründe des Gemeinwohls für eine solche weitreichende echte Rückwirkung sind ausweislich der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG für die Rechtfertigung einer echten Rückwirkung grundsätzlich strengere Voraussetzungen als bei einer unechten Rückwirkung verlangt, bei der lediglich die Anforderungen des Gemeinwohls mit dem Ausmaß des Vertrauensschadens abzuwägen sind.<sup>23</sup>

Untauglich ist insoweit zunächst die Berufung des Gesetzgebers darauf, dass ein etwaiges Vertrauen der Einziehungsbetroffenen in den Fortbestand einer strafrechtswidrig geschaffenen Vermögenslage nicht schutzwürdig ist.<sup>24</sup> Diese Wertung lag bereits dem alten Recht der Vermögensabschöpfung zugrunde, wenngleich sie nicht mit der gleichen Schärfe verfolgt worden ist.<sup>25</sup> Wenn der Gesetzgeber nunmehr diese Wertung unter anderem durch eine rückwirkende Abkoppelung der selbständigen

<sup>22</sup> BT-Drucks. 18/9525, S. 72.

<sup>23</sup> BVerfGE 30, 367 (391).

<sup>24</sup> So in BT-Drucks. 18/11640, S. 84.

<sup>25</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/6623, S. 1, 4, 5 ff. zum damaligen erweiterten Verfall.



Einziehung von der Verjährung der Anknüpfungstat strenger umsetzen will, so bringt er damit zwar zum Ausdruck, dass er dieser Wertung zukünftig noch mehr Gewicht gibt. Er hat aber nicht dargetan, warum zur Umsetzung dieser stärkeren Gewichtung nicht die zukünftige Geltung genügt und gerade eine echte Rückwirkung für die Vergangenheit unabdingbar ist.<sup>26</sup> Das gilt umso mehr, als das alte Paradigma der Bindung der (selbständigen) Einziehung an die Verjährung der Anknüpfungstat nahezu fünf Jahrzehnte die deutsche Regelung bestimmt hat. Wollte man schon die schiere Ersetzung eines alten durch ein neues Paradigma für den Gesetzgeber genügen lassen, um eine echte Rückwirkung zu rechtfertigen, bliebe von dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz und dem darin wurzelnden Ausnahmecharakter zulässiger echter Rückwirkung nicht mehr viel übrig.<sup>27</sup>

Nicht weiter helfen hier die weiteren vom Gesetzgeber angeführten Aspekte. So bezweckt die Übergangsvorschrift des Art. 316h EGStGB die Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung der neuen Regelungen bereits auf alle laufenden Verfahren. Damit soll die Praxis von der Prüfung der komplizierten Frage entlastet werden, welches Recht im Einzelfall als das mildere anzuwenden ist, und ein jahrelanges Nebeneinander von altem und neuem Recht vermeiden. Art. 316h EGStGB dient damit der Vereinfachung der Rechtsanwendung und der Stärkung der Akzeptanz der neuen Regelungen.<sup>28</sup> Auch diese Aspekte markieren keine überragenden, zwingenden Gründe des Gemeinwohls für eine echte Rückwirkung. Denn das BVerfG hat bereits entschieden, dass die Erleichterung der Rechtsanwendung nicht genügt, um eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der echten Rückwirkung belastender Gesetze zu rechtfertigen.<sup>29</sup>

#### **(4) Keine sonstigen Gründe für eine Ausnahme vom Vertrauensschutz**

Soweit die bisher vom BVerfG gebildeten Fallgruppen fehlenden Vertrauens nicht abschließend sind, können grundsätzlich auch sonstige Gründe ausnahmsweise eine echte Rückwirkung rechtfertigen. Diese sonstigen Gründe müssen aber den bisherigen Fallgruppen im Gewicht entsprechen, um dem hohen Rang des durch das allgemeine Rückwirkungsverbot gewährleisteten Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen.<sup>30</sup>

Der Gesetzgeber begründet die Abkoppelung der (selbständigen) Einziehung von der Verjährung auch mit einer Dysfunktionalität des bisherigen Rechts im Hinblick auf das Ziel aller Vermögensabschöpfung, die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen. Denn der Gleichlauf des alten Rechts mit der strafrechtlichen Verjährung habe nicht nur viele Taten „ungesühnt“ gelassen. Den Tatbeteiligten sei auch der materielle Tatnutzen nicht entzogen worden. Diese „Unwucht“ des bisherigen Rechts, die durch die – häufig nicht widerlegbare – Behauptung von Tatverdächtigen noch befördert werde, der bei ihm festgestellte inkriminierte Gegenstand stamme aus einer verjährten Straftat, müsse auch rückwirkend beseitigt werden.<sup>31</sup>

Diese Begründung rechtfertigt ebenfalls keine echte Rückwirkung. Abgesehen davon, dass auch das alte Recht das Ziel verfolgt hat, mit der Vermögensabschöpfung die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen<sup>32</sup>, liefert die Begründung des Gesetzgebers nur weitere Gründe für den dogmatischen

<sup>26</sup> A.A. OLG München BeckRS 2018, 15980, Rn. 64 ff.

<sup>27</sup> Vgl. zu diesem Argument BVerfGE 135, 1 (28).

<sup>28</sup> BT-Drucks. 18/11640, S. 84.

<sup>29</sup> So z.B. BVerfGE 30, 367 (391) für die Abwicklung von Entschädigungsansprüchen durch Behörden und Gerichte.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 135, 1 (22 f.); auch 30, 367 (391).

<sup>31</sup> BT-Drucks. 18/11640, S. 82.

<sup>32</sup> Exemplarisch NK-Saliger, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbem. zu §§ 73 ff. Rn. 2.

Paradigmenwechsel im neuen Recht der Vermögensabschöpfung. Ob diese Gründe stichhaltig sind, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. Sie liefern jedenfalls keine zwingenden Gesichtspunkte dafür, warum das neue Recht mit echter Rückwirkung ausgestattet werden musste. Andernfalls verlöre das allgemeine rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot jede Bedeutung, wenn der Gesetzgeber bei jedem dogmatischen Meinungswechsel sein neues Recht mit echter Rückwirkung versehen dürfte. Auch die materielle Gerechtigkeit darf nicht um jeden Preis verwirklicht werden.

Aus der Entscheidung des BVerfG zur nachträglichen Sicherungsverwahrung von 2011 ergibt sich nichts Anderes, insbesondere keine Relativierung des Vertrauensschutzes unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit. In dieser Entscheidung hat das BVerfG ausdrücklich offengelassen, ob eine echte oder eine unechte Rückwirkung bzw. eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen oder eine tatbestandliche Rückanknüpfung vorliegen.<sup>33</sup> In der hiesigen Konstellation ist jedoch unzweifelhaft eine echte Rückwirkung mit entsprechend hohen Legitimationsanforderungen gegeben.<sup>34</sup>

Im Ergebnis bestand damit im Verjährungszeitpunkt Juli 2016 verfassungsrechtlich schutzwürdiges Vertrauen der Nebenbeteiligten dahin, dass eine selbständige Einziehung ausgeschlossen ist.

- - -

---

<sup>33</sup> BVerfGE 128, 326 (390).

<sup>34</sup> Siehe oben 4. b. aa.