

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Strafprozessrecht

Rechtsanwältin Dr. Anouschka Velke, LL.M. und Wiss.Mit. Corinna Hannig,  
beide Frankfurt a.M.

# Art. 316h EGStGB und Fiskalinteresse – Todesstoß für das Rückwirkungsverbot

Kritische Stellungnahme zum Beschluss des BVerfG vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19.

## I. Einführung

Das Instrument der strafrechtlichen Vermögensentziehung – früher als „Verfall“ bezeichnet – weist zunehmende Relevanz für das Strafverfahren auf. Seit seiner erstmaligen gesetzlichen Einführung<sup>1</sup> war das Recht der Vermögensentziehung Gegenstand zahlreicher Reformen und Verschärfungen.<sup>2</sup> Die jüngste Reform erfuhr das Vermögensentziehungsrecht mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/42/EU<sup>3</sup> durch das am 1. Juli 2017<sup>4</sup> in Kraft getretene „Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017“.

Als Reaktion auf erhebliche Kritik zur gesetzlichen Konzeption der Verfallsvorschriften – die §§ 73 ff. StGB a.F. wurden als zu komplex<sup>5</sup>, „legislatorisches Monstrum“<sup>6</sup> und „praxisuntauglich“<sup>7</sup> bezeichnet – wollte der Gesetzgeber die §§ 73 ff. StGB vollständig neu fassen.<sup>8</sup> Dem Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Straftaten solle entgegengewirkt werden („Straftaten sollen sich nicht lohnen“),<sup>9</sup> da sonst die Gefahr bestünde, dass die Durchführung einer Kosten-Nutzen-Abwägung die Inkaufnahme einer Strafrechtssanktion als wirtschaftlich profitabler erscheinen lasse.<sup>10</sup> Von diesem Leitgedanken getragen rechtfertigt der Gesetzgeber sämtliche die staatlichen Eingriffsbefugnisse ausweitenden gesetzlichen Neuregelungen zur Abschöpfung strafrechtswidriger Vermögenswerte, ohne Rücksicht auf fundamentale Prinzipien der Verfassungs- und Strafrechtsordnung.

Dies lässt sich insbesondere bei der Neuregelung zur selbstständigen Entziehung gemäß § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB i.V.m. Art 316h EGStGB erkennen. Der Gesetzgeber entkoppelte die selbstständige Entziehung nicht nur von der Verjährung,<sup>11</sup> die wesentlich

<sup>1</sup> „Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969“.

<sup>2</sup> „Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes des StGB u.a. v. 28. Februar 1992“; „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität v. 15. Juli 1992“; „Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten v. 24. Oktober 2006“.

<sup>3</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Entziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union.

<sup>4</sup> BGBl. I vom 21.04.2017 S. 872. Das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes ergibt sich aus Art. 8.

<sup>5</sup> Zust. Kempf/Schilling, Vermögensabschöpfung, 2007, Rn. 2; Rönau aaO. (Fn. 1), Hofmann, wistra 11/2008, 401 m.w.N.

<sup>6</sup> Achenbach, FS Blau, 1985, S. 7, 11.

<sup>7</sup> Schall, Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben, S. 125 in: Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, Bd. 3, Unternehmenskriminalität, 1996.

<sup>8</sup> RegE, BT-Drs. 18/952, 2.

<sup>9</sup> vgl. RegE, BT-Drs. 18/952, 45: „Ein Großteil der jährlich begangenen Straftaten zielt auf Profit ab. Kriminalitätsbekämpfung ohne wirksame strafrechtliche Vermögensabschöpfung wäre deshalb unvollkommenes Stückwerk. Dürfen Straftäter deliktisch erlangte Vermögenswerte dauerhaft behalten, würde nicht nur das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung nachhaltig Schaden nehmen.“

<sup>10</sup> Beckemper, ZJS 1/2020, 17.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 16.

zur Gewährleistung von Rechtssicherheit beiträgt,<sup>12</sup> sondern erachtet auch eine – grundsätzlich verfassungswidrige<sup>13</sup> – echte Rückwirkung als kein Hindernis zur Verfolgung von Fiskalinteressen. Es liegt auf der Hand, dass es die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts gewesen wäre, eine „objektive Verfassungskontrolle der Gesetzgebung“<sup>14</sup> vorzunehmen.

Dieser Aufgabe wird der Zweite Senat des BVerfG mit seinem Beschluss vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19 jedoch nicht gerecht, indem er (1) eine Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG mit Verweis auf die Einziehung als „quasi-konditionelle Maßnahme“ verneint, um sodann (2) zugunsten des Fiskus mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz zu brechen.

Bemerkenswert an dieser Entscheidung sind insbesondere zwei Aspekte: Der Entscheidung liegt ein Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats des BGH zugrunde – derartige Vorlagen im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG sind äußerst selten.<sup>15</sup> Ferner bejaht der Zweite Senat die Verfassungsmäßigkeit der *rückwirkenden* selbstständigen Einziehung, was einem Paukenschlag gleichkommt. Durch den damit verbundenen Rechtsbruch mit dem Grundsatz des allgemeinen Rückwirkungsverbots impliziert die Entscheidung eine Entwertung des verfassungsrechtlich garantierten Vertrauensschutzes. Im Ergebnis werden Einziehungsadressaten einer *unzumutbaren* und *unverhältnismäßigen* strafrechtlichen Abschöpfungspraxis ausgesetzt.

Allein die im Jahre 2018 eingezogenen Vermögenswerte in Höhe von ca. 1,87 Mrd. Euro<sup>16</sup> verdeutlichen, dass sich die Gesetzesreform aus Sicht des Gesetzgebers – im Vorjahr wurden „nur“ ca. 200 Mio. Euro eingezogen<sup>17</sup> – gelohnt hat. Geblendet von derartigen Abschöpfungssummen hebt der Gesetzgeber kontinuierlich zentrale Schutzregelungen der Rechtsordnung unter Berufung auf die „Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“<sup>18</sup> ohne Rücksicht auf erhebliche Existenzrisiken der Einziehungsadressaten<sup>19</sup> aus. Sofern das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der Reformgesetze ausschließlich anhand des gesetzgeberischen Willens beurteilt, ist nicht verwunderlich, dass der verfassungsrechtlich garantierte Vertrauensschutz zu einer leeren Worthülse wird.

Die Verfasserinnen werden in dem nachfolgenden Beitrag aufzeigen, dass das BVerfG mit seiner Entscheidung fundamentale Grundlagen des Strafrechts zugunsten fiskalischer Belange außer Acht lässt.

## II. Rechtliche Ausgangslage

Gemäß § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB können Taterträge aus Erwerbstaten eingezogen werden, obwohl hinsichtlich der Erwerbstat Verfolgungsverjährung eingetreten ist. Mithin entkoppelte der Gesetzgeber die Vermögenseinziehung von der Verjährung der Erwerbstat.<sup>20</sup> Dies ist beachtlich, da die Neuregelung zugleich außerdem mit Art. 316h EGStGB die Bindung der Einziehung an das in § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 StGB normierte Rückwirkungsverbot aufhebt.<sup>21</sup>

Der Wirkungsumfang dieser Neuregelung wird mit Art. 316h EGStGB massiv ausgeweitet, indem nach dieser Vorschrift die Einziehung von Vermögenswerten aus verjährten Erwerbstaten nunmehr selbst dann zulässig ist, wenn die Erwerbstat bereits vor Inkrafttreten des Reformgesetzes am 1. Juli 2017 verjährt war. Hier wird also expressis verbis das in § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 StGB normierte Rückwirkungsverbot aufgehoben. Die

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 64.

<sup>13</sup> Stern, 833; Sachs/GG, 8. Aufl., 2018, Art. 20, Rn. 133 m.w.N.

<sup>14</sup> Papier/Merton/Papier, HB der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2009, § 80, S. 1008, Rn. 35.

<sup>15</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 210.

<sup>16</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, „Staatsanwaltschaften“, 2018, 13.

<sup>17</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, „Staatsanwaltschaften“, 2017, 18. Allerdings enthält die Berechnung keine Differenzierung zwischen eingezogenen Vermögenswerten vor und nach dem am 1. Juli 2017 in Kraft getretenen Reformgesetz.

<sup>18</sup> RegE, BT-Drs. 18/9525, 45.

<sup>19</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 403; Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 185; Park, StraFo 2002, 73, 77; Rönnau, ZRP 2004, 191, 194; Tsambikakis, GmbHR 2005, 331; Berthel, Kriminalistik 2002, 28, 31.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 16.

<sup>21</sup> Hennecke, NZWiSt 4/2018, 122; Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Verfassungsausschuss unter Mitwirkung des Strafrechtsausschusses, Nr. 44/2019, November 2019, 13.

beachtliche Dimension der Lossagung vom Rückwirkungsverbot tritt überdies zutage beim Blick auf die bisher nur aus dem Zivilrecht bekannte, neuerdings speziell für den Einziehungsanspruch des Staates bestimmte, 30-jährige Dauer der Verjährung.<sup>22</sup> Da die Länge der strafrechtlichen Verjährungsfrist von der Deliktsschwere abhängt,<sup>23</sup> kennt das StGB derart lange Verjährungsfristen ansonsten nur im Hinblick auf Straftaten, durch die erhebliches Unrecht verwirklicht worden ist,<sup>24</sup> beispielsweise bei § 212 Abs. 2 StGB.

Im Ergebnis ermöglicht die Neuregelung gemäß Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB dem Staat bis zu 30 Jahren nach Beendigung der Erwerbstat strafrechtswidrige Taterträge beim Einziehungsadressaten einzuziehen, selbst wenn die Erwerbstat bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung am 1. Juli 2017 verjährt war. Für eine 2010 beendete und im Jahr 2015 verjäherte Straftat ergibt sich danach anschaulich als Konsequenz, dass eine Einziehung von Taterträgen noch bis ins Jahr 2040 erfolgen kann, ungeachtet der Tatsache, dass im Zeitpunkt der Begehung der Straftat eine derartige den Zeitraum der Strafverfolgung Jahrzehnte überdauernde Zugriffsberechtigung des Staates gar nicht angedroht war.

Dies ist hochproblematisch, da die Neuregelung der selbstständigen Einziehung gemäß § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB fundamentale Prinzipien des Strafrechts eklatant verletzt, indem sie das Rückwirkungsverbot gänzlich abschafft und die Verjährungsfrist stark ausdehnt.<sup>25</sup>

### III. Die Position des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts

Mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit von Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB befasst sich der Beschluss des Zweiten Senats des BVerfG vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19. Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

#### 1. Landgericht Oldenburg

Das Landgericht Oldenburg sprach den Leiter eines fleischverarbeitenden Unternehmens und den Geschäftsführer eines Personaldienstleistungsunternehmens vom Vorwurf der illegalen Beschäftigung von bulgarischen Ausländern mit Urteil vom 17. Oktober 2017 wegen Verfolgungsverjährung frei.<sup>26</sup> Gegen die von den Angeklagten betriebenen Unternehmen ordnete das Gericht die selbstständige Vermögenseinziehung an – so sollten bei dem fleischverarbeitenden Unternehmen (Nebenbeteiligte zu 1) ca. 10,5 Millionen Euro und bei dem Personaldienstleistungsunternehmen (Nebenbeteiligte zu 2) ca. 72.000 Euro eingezogen werden.<sup>27</sup> Die Nebenbeteiligten zu 1 und 2 legten gegen die Einziehungsentscheidungen des Landgerichts Revision ein.<sup>28</sup>

#### 2. Revision und Vorlage des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs

Der 3. BGH-Strafsenat setzte das Revisionsverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG aus.<sup>29</sup> Anlass für den Vorlagebeschluss des 3. BGH-Senats<sup>30</sup> waren erhebliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit von Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB mit dem allgemeinen – im Rechtsstaatsprinzip verankerten – Rückwirkungsverbot.<sup>31</sup> Aus Sicht des 3. BGH-Strafsenats sollte Art. 316h EGStGB insoweit verfassungswidrig sein, als die Vorschrift die Einziehung von Taterträgen aus Straftaten ermöglicht, die bereits vor Inkrafttreten der Norm am 1. Juli 2017 verjährt sind. Die Vorschrift greife nachträglich ändernd in vor Verkündung des Gesetzes abgeschlossene Sachverhalte ein, auf deren Bestand der Täter vertrauen dürfe. Bemerkenswert ist somit, dass sämtliche dem 3. BGH-Senat angehörende Berufsrichter von der Unverein-

<sup>22</sup> vgl. § 76b Abs. 1 Satz 1 StGB.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 158.

<sup>24</sup> vgl. § 78 Abs. 3 Nr. 1 StGB; Hennecke, NZWiSt 4/2018, 122.

<sup>25</sup> Zust. Hennecke, NZWiSt 4/2018, 122.

<sup>26</sup> Urt. LG Oldenburg v. 17.10.2017 – 2 Kls 950 Js 42953.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 26.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 33.

<sup>29</sup> Derartige Vorlagen sind äußerst selten, Saliger, ZIS 4/2020, 210.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18.

<sup>31</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 39.

barkeit des Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB mit dem im Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz des Vertrauensschutzes *überzeugt* waren.<sup>32</sup>

### 3. Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich den verfassungsrechtlichen Bedenken des 3. BGH-Strafsenats nicht angeschlossen. Im Ergebnis hat der Zweite Senat zwar der Rechtsauffassung des 3. BGH-Strafsenats zugestimmt, dass der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG mangels Strafcharakters der Vermögenseinziehung nicht eröffnet sei.<sup>33</sup> Die Vermögenseinziehung sei „keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter“.<sup>34</sup> Allerdings vertritt der Zweite Senat des BVerfG – anders als der 3. BGH-Strafsenat – die Auffassung, dass die von Art. 316h EGStGB angeordnete echte Rückwirkung „durch überragende Belange des Gemeinwohls“ gerechtfertigt sei.<sup>35</sup> Das Vertrauen des Betroffenen in den Bestand der Rechtslage sei in Bezug auf rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile nicht schutzwürdig, sodass der Staat auch nach Verjährung der Erwerbstat in die Vermögensordnung eingreifen dürfe.<sup>36</sup> Die Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG ist nicht einstimmig ergangen.<sup>37</sup>

## IV. Kritische Analyse

Die Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19 zur Verfassungsmäßigkeit von Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB stößt auf erhebliche rechtliche Bedenken.

### 1. Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG – Rechtsnatur der Vermögenseinziehung

Im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

Der Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG bezieht sich ausdrücklich auf die *Strafe*. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sollen darunter u.a. der materiell-rechtliche Straftatbestand,<sup>38</sup> die Strafandrohung,<sup>39</sup> und die dem Schuld Ausgleich dienenden Sanktionen (Hauptstrafen, Nebenstrafen, Nebenfolgen),<sup>40</sup> fallen. Dass der Wortlaut allein den Regelungsinhalt einer Vorschrift nicht begrenzen kann, wird jedoch schon dadurch ersichtlich, dass Ordnungswidrigkeiten<sup>41</sup>, und disziplinar- und berufsrechtliche Sanktionen<sup>42</sup> vom Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG als erfasst verstanden werden.

Der Zweite Senat des BVerfG versteht die Vermögenseinziehung nicht als Strafe, sondern als „eine Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter“.<sup>43</sup>

#### a) „Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter“

Sowohl der Gesetzgeber als auch der Zweite Senat des BVerfG stellen zwecks Bestimmung der Rechtsnatur der Vermögenseinziehung gemäß §§ 73 ff. StGB auf Wortlaut, Systematik und Wertungen des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts gemäß §§ 812 ff. BGB ab.<sup>44</sup> Durch die Übertragung von zivilrechtlichen Rechtsgedanken aus § 817 S. 2

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 74.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 104, 130.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 106.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 144.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 161.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 163.

<sup>38</sup> BVerfGE 25, 269 [286].

<sup>39</sup> BVerfGE 45, 363 [371].

<sup>40</sup> BVerfGE 25, 269, [285 f.].

<sup>41</sup> Wolff, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, HB der Grundrechte, 2013, § 134, S. 1378, Rn. 29.

<sup>42</sup> Remmert/Maunz/Dürig, GG, 2020, Art. 103 Abs. 2, Rn. 58; Wolff/Merten/Papier, HB der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 134, S. 1385, Rn. 32.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 106.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 115.

BGB und §§ 818 Abs. 4, 819 BGB in das strafrechtliche Instrument der Vermögensabschöpfung werde nach Meinung des BVerfG ersichtlich, dass der Gesetzgeber keine „neue pönale Rechtsfolge schaffen wollte“, sondern diese ein „eigenständiges Instrument zur Korrektur irregulärer Vermögenszuordnungen“ darstelle.<sup>45</sup>

Diese Begründung ist aus zahlreichen Gründen fragwürdig, und insgesamt nicht überzeugend.

Zunächst ist das reine Abstellen auf den Willen des Gesetzgebers zwecks Bewertung der Rechtsnatur einer Maßnahme zirkulär. Sofern der Zweite Senat die Einordnung der Vermögenseinziehung als „quasi-konditionelle Maßnahme“ auf der Grundlage des gesetzgeberischen Willens vornimmt, verkennt der Senat seine eigene unabhängige Prüfungskompetenz. Dass der Gesetzgeber den Charakter der Vermögenseinziehung mit dem „Gesetz zur Reform der Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017“ nicht ändern wollte,<sup>46</sup> heißt nicht, dass er dies nicht trotzdem getan hat. Mithin bringt eine Überbetonung der historischen Auslegung keinen Erkenntniszuwachs.

Vielmehr stellt sich die Frage, weshalb die ursprüngliche Orientierung an zivilrechtlichen Rechtsgedanken im Gesetzgebungsverfahren ausschlaggebend für die *strafrechtliche* Bewertung der *strafrechtlichen* Maßnahme sein soll. Das Zivil- und Strafrecht stellen Rechtsgebiete mit unterschiedlichen Regelungsbereichen dar<sup>47</sup> – das Zivilrecht regelt die horizontale Rechtsbeziehung zwischen Bürgern zueinander, während das Strafrecht das vertikale Verhältnis zwischen Staat und Bürgern regelt.<sup>48</sup> Da das Strafrecht eine Ultima-Ratio-Funktion in der Rechtsordnung wahrnimmt, muss nicht alles, was im Zivilrecht verboten ist, auch zwangsläufig im Strafrecht verboten sein, sog. asymmetrische Zivilrechtsakzessorietät.<sup>49</sup>

Auch ein Vergleich der Interessenlage des Begünstigten im Bereicherungsrecht und strafrechtlichen Vermögensabschöpfungsrecht zeigt auf, dass die Ausrichtung der Rechtsgebiete derart konträr ist, sodass die Einordnung der Vermögenseinziehung anhand zivilrechtlicher Maßstäbe nicht überzeugen kann.

Der Begünstigte im zivilrechtlichen Bereicherungsrecht verfolgt mit Geltendmachung eines Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB das Ziel, einen Vermögenswert zurück zu erlangen, der rechtsgrundlos verschoben wurde.<sup>50</sup> Dem Gesetzgeber kommt es bei der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hingegen auf Prävention an<sup>51</sup> – der Täter soll durch das Behaltendürfen von Gewinnen nicht auf die Idee kommen, dass sich die Straftat gelohnt habe – und will dadurch das zukünftige Verhalten des Straftäters beeinflussen. Im Unterschied zum Bereicherungsrecht, das sich ausschließlich auf die Korrektur vergangener Vermögensverschiebungen bezieht, ist die Vermögenseinziehung in erster Linie zukunftsgerichtet. Das heißt, sie soll vor allem dazu dienen, den Straftäter zu gesetzeskonformem Verhalten zu motivieren. Im Fokus des Gesetzgebers steht die Resozialisierung des Straftäters, seine Persönlichkeit und nicht der durch die Straftat verursachte vermögensrechtliche Vorgang.<sup>52</sup> Eine inhaltliche Auseinandersetzung des Zweiten Senats mit der Problematik, die sich aus der Vermischung der für völlig unterschiedliche Zwecke geschaffenen Rechtsinstitute unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ergibt, fehlt.

Signifikante Unterschiede bestehen auch im Vergleich der Rechtsfolge aus § 818 Abs. 1 oder 2 BGB mit dem zulässigen Umfang einer Vermögenseinziehung. Das Zivilrecht will den Kondiktionsgläubiger so stellen, wie er vor der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung stand, sodass vordergründig (Natural-)Restitution erreicht werden soll.<sup>53</sup> Bei der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung wird nicht das Vermögen eingezogen,

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 115.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 117.

<sup>47</sup> Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 5.

<sup>48</sup> Gebauer, Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB – insbesondere aus Erlösen aus Kapitalmarktdelikten, Berlin 2019, 43.

<sup>49</sup> Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht EAT, Rn. 172, 222; Schünemann, in: LK, § 266 Rn. 93.

<sup>50</sup> Hoyer, GA 1993, 406 (417 f.).

<sup>51</sup> Gebauer, 45.

<sup>52</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.

<sup>53</sup> Gebauer, 46.

das beim Opfer fehlt, sondern sämtliches – sowohl legal als auch illegal erworbenes<sup>54</sup> – Vermögen, das im Zusammenhang mit der Erwerbstat steht, ohne Abzug der Aufwendungen des Täters.<sup>55</sup> Diese unterschiedlichen Ergebnisse können auch nicht mit einem Verweis auf §§ 818 Abs. 4, 819 BGB entkräftet werden, da der Konditionsschuldner in diesem Fall gerade nicht nach den §§ 812 ff. BGB, sondern nach den allgemeinen Vorschriften haftet.<sup>56</sup> Es ist daher festzustellen, dass „mit Einführung des Bruttoprinzips keine Annäherung, sondern vielmehr eine Distanzierung zum Bereicherungsrecht erfolgte“<sup>57</sup>. Die Einziehungssumme kann größer ausfallen als dem Konditionsgläubiger im Zivilrecht zustünde.<sup>58</sup>

Mithin trifft die in gewissen Ansätzen vorhandene Wesensähnlichkeit der Vermögenseinziehung mit dem zivilrechtlichen Bereicherungsrecht keine Aussage über deren Rechtsnatur als Maßnahme des Strafrechts.

#### b) Strafcharakter der Einziehung – Was ist eine Strafe?

Dies wirft zwangsläufig die Frage auf, welche konstitutiven Elemente eine Strafe aufweist und inwiefern die Vermögenseinziehung davon abweicht. Seit über hundert Jahren wird auf diese Frage eine einheitliche Antwort gesucht.<sup>59</sup> Das BVerfG definiert die Strafe als „die Auferlegung eines Rechtsnachteils wegen einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat“<sup>60</sup>. Weitere Merkmale der Strafe sind die (1) Zufügung eines Übels, (2) eine der Strafe innewohnende sozioethische Missbilligung und (3) die Verfolgung eines Strafzwecks.<sup>61</sup>

##### aa) Zufügung eines Übels

Da die Einziehung das Vorliegen einer „rechtswidrigen Tat“ gemäß § 73 Abs. 1 StGB, mithin keine schuldhafte Tatbegehung, voraussetzt, sind dogmatische Zweifel an dem Strafcharakter der Einziehung nachvollziehbar. Ausschlaggebend muss aber sein, wie eine staatliche Maßnahme auf den Einziehungsbetroffenen *wirkt*.<sup>62</sup>

Tatsächlich führt die aktuelle Rechtslage – spätestens seit der Einführung des Bruttoprinzips<sup>63</sup> – zu erheblichen Risiken für betroffene Unternehmen,<sup>64</sup> und „Dritte“ sowie deren Angestellte,<sup>65</sup> Zulieferer und Gläubiger.<sup>66</sup> Dem Einziehungsbetroffenen bleibt nicht nur der Abzug seiner getätigten Aufwendungen verwehrt,<sup>67</sup> die Einziehungshöhe wird auch nicht mehr durch den Wert seines Vermögens begrenzt,<sup>68</sup> sondern führt allenfalls zur Aussetzung der Vollstreckung der Einziehung.<sup>69</sup> Wenn aber eine Einziehungsanordnung gegenüber dem Einziehungsbetroffenen trotz fehlender Bereicherung ergehen kann, ist eindeutig, dass der Gesetzgeber die Vermögenseinziehung gerade nicht als vermögenskorrigierendes Instrument, sondern als repressiv-wirkendes Strafübel ausgestaltet hat.

Darüber hinaus steht die Eingriffsintensität der Vermögenseinziehung der Wirkung einer verfassungswidrigen Vermögensstrafe<sup>70</sup> nicht nur in nichts nach, sondern erreicht seit der Einführung des Bruttoprinzips sogar ein noch weitreichenderes, potentiell exis-

<sup>54</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 402; Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 182; Schmid/Winter, NSTZ 2002, 8, 9; Gebauer, 61.

<sup>55</sup> Vgl. § 73d StGB

<sup>56</sup> Hoyer, GA 1993, 406 (415).

<sup>57</sup> Gebauer, 47.

<sup>58</sup> Zust. Gebauer, 47; Joecks in: MK StGB, 3. Aufl., 2016, § 73 Rn. 13.

<sup>59</sup> Wolff/Merten/Papier, HB der Grundrechte, Band V, 2013, § 134, S. 1385 Rn. 29.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 107.

<sup>61</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 107; Beschluss BVerfG v. 03.02.1959 – 2 BvL 10/56; Gebauer, 59.

<sup>62</sup> Hofmann, wistra, 11/2008, 405; Hoyer, GA 1993, 406, 414; Gebauer, 51, 63.

<sup>63</sup> Durch das „Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des StGB u.a. v. 28. Februar 1992“.

<sup>64</sup> Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 185.

<sup>65</sup> Park, StraFo 2002, 73, 77; Rönnau, ZRP 2004, 191, 194.

<sup>66</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 403.

<sup>67</sup> Vgl. § 73d StGB

<sup>68</sup> Vgl. § 43a Abs. 1 Satz 1 StGB a.F.

<sup>69</sup> Vgl. § 459g StPO

<sup>70</sup> BVerfG, wistra 2002, 175 ff. = StV 2002, 247 ff.

tenzvernichtendes Ausmaß,<sup>71</sup> das auch zur Insolvenz des Einziehungsbetroffenen führen kann.<sup>72</sup> Da der Einziehungsadressat nach der Einziehung wirtschaftlich schlechter stehen kann, als er vor der Begehung der Erwerbstat stand, weist die Einziehung ein für die Strafe konstitutives *tatvergeltendes* Übel auf.<sup>73</sup> Dies ergibt sich auch daraus, dass sowohl die Verhängung einer Freiheits- oder Geldstrafe<sup>74</sup> als auch sogar die Anordnung von Untersuchungshaft<sup>75</sup> teilweise weniger belastend für den Einziehungsadressaten sein kann.<sup>76</sup>

Trotz dieser erheblichen Auswirkungen der Vermögenseinziehung – die aus der Perspektive des Einziehungsadressaten nichts anderes als ein Übel darstellen – hält der Zweite Senat an seiner Bewertung fest. Dabei scheint es bemerkenswerterweise keine Rolle zu spielen, ob – und wie belastend – der Einziehungsadressat die Vermögenseinziehung empfindet.<sup>77</sup> Obgleich der Einziehungsadressat mit der Erwerbstat kaum Gewinne erzielt hat,<sup>78</sup> ist es nach aktueller Rechtslage möglich, Beträge in Millionenhöhe abzuschöpfen.<sup>79</sup> Abschöpfungssummen in Höhe von 995 Millionen Euro im Zusammenhang mit dem „Diesel-Abgasskandal“ zeigen eindrucksvoll auf, dass die staatlichen Eingriffsinstrumente (scheinbar) unbegrenzt einsetzbar sind.<sup>80</sup>

Aus Sicht des Zweiten Senats erfordert die Einordnung einer Sanktion als Übel jedoch nicht nur, dass die Sanktion faktisch wie ein Übel wirkt, sondern es müssen auch weitere wertende Kriterien (wie der Rechtsgrund der Anordnung und der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck) berücksichtigt werden.<sup>81</sup> Der Gesetzgeber habe dem Einziehungsbetroffenen kein Übel zufügen wollen, sondern wolle einen Vermögensvorteil beseitigen, um Tatanreize zu verhindern.<sup>82</sup> Auch an dieser Stelle argumentiert der Zweite Senat jedoch tautologisch. Wie bereits ausgeführt, kann der Wille des Gesetzgebers für die Einordnung der Rechtsnatur der Einziehung nicht allein ausschlaggebend sein.<sup>83</sup> In einem solchen Fall entstünde die absurde Situation, in der der Wille des Gesetzgebers ausreichte, um den Charakter von typischen Kriminalstrafen wie z.B. den Freiheitsentzug in rein „präventive Maßnahmen“ zu ändern.<sup>84</sup> Konsequenterweise müsste man sodann die Frage stellen, welche Funktion dem BVerfG zugedacht sein soll, sofern dem Gesetzgeber eine allgemein-verbindliche und unanfechtbare Definitionsmacht zustünde. Unbestreitbar handelt es sich aber bei der historischen Auslegung nur um eine von diversen Auslegungsmethoden, deren Vielfalt der Zweite Senat in seinem Beschluss vom 10. Februar 2021 nicht ausgeschöpft hat. So deutet gerade der *Telos* des Reformgesetzes („Straftaten sollen sich nicht lohnen“) darauf hin, dass der Gesetzgeber den Strafzweck der Spezial- und Generalprävention mit der Neuregelung der Vermögenseinziehung verfolgte.<sup>85</sup>

<sup>71</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 404.

<sup>72</sup> Michalke, aaO. (Fn. 17, S. 99 und 101; Wehnert/Mosiek, StV 2005, 568, 570; Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 185, 188.

<sup>73</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 406; Kracht, wistra 2000, 326 (329); Gebauer, 60; Eser in Küper: Beiträge zur Rechtswissenschaft: FS für Stree und Wessels, 1993, S. 844; Meyer ZRP, 1990, 89, Rn. 60; Weblau, StV 1991, 231; Eser, Sanktionen, 90; Kaiser, wistra 2000, 121, 123; Kilching, wistra 2000, 241, 244; Cramer, FS Meyer-Goner, 2001, S. 739 a.E.

<sup>74</sup> Gebauer, 61.

<sup>75</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 402.

<sup>76</sup> Zust. Gebauer, 61, 63; Wehnert/Mosiek, StV 2005, 568, 570.

<sup>77</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 120.

<sup>78</sup> BGH, Urt. v. 27.11.2013 – 3 StR 5/13 – juris Rn. 28.

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 02.12.2005 – 5 StR 119/05 – juris Rn. 48; OLG Stuttgart, Urt. v. 06.06.2014 – 2 Ss 541/13.

<sup>80</sup> Vgl. Bußgeldbescheid der StA Braunschweig gegen die Volkswagen AG in Höhe von 1 Mrd. Euro, StA Braunschweig Bußgeld Bescheid vom 13.06.2018 – 411 Js 27840/18; siehe auch Volkswagen AG Mitteilung vom 13.06.2018, abrufbar unter <<https://www.volkswagen-newsroom.com/de/pressemitteilungen/bussgeldbescheid-durch-die-staatsanwaltschaft-braunschweig-gegen-volkswagen-im-zusammenhang-mit-der-dieselkrise-erlassen-91>> (23.04.2021).

<sup>81</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 107.

<sup>82</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 110.

<sup>83</sup> Zust. Hofmann, wistra 11/2008, 405; Eser/Schönke/Schröder, 27. Aufl., 2006, Vorbem. § 73 Rn. 19; Gebauer, 51.

<sup>84</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 405; Gebauer, 51.

<sup>85</sup> Zust. Hohn, wistra 2003, 321 (325); Horn, in SK-StGB, § 46 Rn. 5 ff.

## bb) Sozialethische Missbilligung

Definitiv spricht der Zweite Senat der Vermögensentziehung die Wirkung einer sozial-ethischen Missbilligung ab.<sup>86</sup> Auch hier verweist das Gericht auf den gesetzgeberischen Willen, der primär einen rechtswidrigen Zustand für die Zukunft beseitigen wolle, und der Vermögensentziehung daher kein für die Kriminalstrafe typischer, tadelnder Charakter innewohne.<sup>87</sup> Eine sozialethische Missbilligung erfordert die Wahrnehmung der Öffentlichkeit von der staatlichen Maßnahme.<sup>88</sup> Die Anordnung der Entziehung ist als Bestandteil des Urteilstenors für die Öffentlichkeit wahrnehmbar.<sup>89</sup> Gleiches tritt ein, wenn die Entziehung im Beschlusswege angeordnet wird. Hier kommt die Anordnung der Entziehung spätestens im Zuge der Vollstreckung an die Öffentlichkeit. Zusätzlich trägt die Berichterstattung in Druck-, Rundfunk- und Fernsehmedien über die „Wirtschaftsskandale“ der Gegenwart gerade dazu bei, dass die Gesellschaft über die Entziehung von hohen Beträgen bei den Beschuldigten unterrichtet wird.<sup>90</sup> Dies bewirkt, dass die Entziehung – wie auch die Kriminalstrafe – ein Genugtuungsgefühl als Ausdruck von Gerechtigkeitsempfinden hervorruft.<sup>91</sup> Insofern lässt sich eine Entziehung gerade nicht von einem Unwerturteil trennen.

## cc) Verfolgung eines Strafzwecks

Der Zweite Senat vermeidet es zuzugeben, dass sich die kriminalpolitische Zielsetzung des Gesetzgebers mit dem Strafzweck der Spezial- und Generalprävention deckt.<sup>92</sup> Zwar wird ausdrücklich festgehalten, dass die Vermögensentziehung positive Generalprävention bezweckt. Allerdings wird anschließend die damit zur Strafe gezogene Parallele sogleich in ihrer Bedeutung mit dem Hinweis relativiert, dass positive Generalprävention auch in anderen Rechtsgebieten zur Geltung komme.<sup>93</sup> Gleichwohl spricht das nachstehende Resümee des Gerichts über die Abschreckungsfunktion bei Tätern und allen anderen für sich: „Die Wegnahme deliktisch erlangter Vermögenswerte sollte dem Täter, wie auch der Rechtsgemeinschaft, vor Augen führen, dass strafrechtswidrige Bereicherungen nicht geduldet werden und Straftaten sich nicht lohnen.“<sup>94</sup> Die staatliche Reaktion auf die vor Inkrafttreten der Neuordnung verjährten Taten wirkt damit in erster Linie repressiv-vergeltend. Auch wenn der Zweite Senat das Kind nicht beim Namen nennt, möglicherweise um nicht letztlich doch für die Entziehung die Geltung des Rückwirkungsverbots zu bejahen, ist unbestreitbar: Die Vermögensentziehung weist eine *tatvergeltende* Wirkung auf.<sup>95</sup>

## dd) Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Entziehung wesentliche Übereinstimmungen mit der Strafe aufweist.<sup>96</sup> Die Vermögensentziehung erlegt dem Entziehungsadressaten ein tatvergeltendes Übel auf, hat sozialethisch-missbilligende Ausstrahlung und verfolgt den Zweck der Spezial- und Generalprävention. Zusätzlich weist sie einen repressiven Charakter auf.<sup>97</sup> Die Betonung des „präventiven Charakters“ der Entziehung als Argument für den fehlenden Strafcharakter ist daher abwegig, da Prävention nach h.M. als Grundpfeiler der Legitimation von Strafe verstanden wird.<sup>98</sup>

<sup>86</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 113.

<sup>87</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 113.

<sup>88</sup> Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, S. 9 ff., 13 ff.; Gebauer, 48, 64.

<sup>89</sup> Gebauer, 64.

<sup>90</sup> vgl. Bußgeldbescheid der StA Braunschweig gegen die Volkswagen AG in Höhe von 1 Mrd. Euro, StA Braunschweig Bußgeld Bescheid vom 13.06.2018 – 411 Js 27840/18; siehe auch Volkswagen AG Mitteilung vom 13.06.2018, abrufbar unter <<https://www.volkswagen-newsroom.com/de/pressemitteilungen/bussgeldbescheid-durch-die-staatsanwaltschaft-braunschweig-gegen-volkswagen-im-zusammenhang-mit-der-dieselkrise-erlassen-91>> (23.04.2021).

<sup>91</sup> Zust. Gebauer, 64.

<sup>92</sup> Zust. Hohn, wistra 2003, 321 (325); Horn, in SK-StGB, § 46 Rn. 5 ff.

<sup>93</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 114.

<sup>94</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 114.

<sup>95</sup> Zust. Gebauer, 61, 63; Wehnert/Mosiek, StV 2005, 568, 570.

<sup>96</sup> Einen Strafcharakter bejahend: Becker/Heuer, StV 4/2020, Editorial I; Eser in Küper: Beiträge zur Rechtswissenschaft: FS für Stree und Wessels, 1993, S. 848.

<sup>97</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.

<sup>98</sup> Rönna in: MAH, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 13 Rn. 45; Hofmann, wistra 11/2008, 406; Hoyer, GA 1993, 406, 421 m.w.N.

c) Europarechtliche Würdigung – Konventionskonforme Auslegung

Der Zweite Senat sieht keine Unstimmigkeiten zwischen der Einordnung der Vermögenseinziehung als „quasi-konditionelle Maßnahme“ und dem Rechtsverständnis der EMRK.<sup>99</sup> Die Vermögenseinziehung sei keine Strafe gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK.<sup>100</sup>

Die EMRK gilt als einfaches Bundesrecht und steht hierarchisch unter dem Grundgesetz.<sup>101</sup> Völkerrechtliche Wertungen haben aber gemäß Art. 25 GG Ausstrahlungswirkung (Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG), sodass die EMRK als Auslegungshilfe für die Interpretation der Grundrechte dient.<sup>102</sup> Insofern muss die Rechtsprechung bei der Anwendung nationalen Rechts an eine konventionskonforme Auslegung denken.<sup>103</sup> Der Begriff der Strafe wird autonom – d.h. losgelöst von dem jeweiligen nationalen Rechtsverständnis – bestimmt.<sup>104</sup> Maßgeblich für das Vorliegen einer Strafe nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK sind die der sog. *Welch*-Rechtsprechung<sup>105</sup> des EGMR zugrunde liegenden Kriterien.<sup>106</sup> Dazu gehören u.a. (1) der Zweck und die Natur der Maßnahme, (2) die Charakterisierung der Maßnahme durch nationales Recht, und (3) die Schwere der Maßnahme.<sup>107</sup> Gleichwohl sei es möglich, dass eine Strafe sowohl präventive als auch repressive Zwecke verfolge.<sup>108</sup>

Diese Maßstäbe sind aus Sicht des Landgerichts Kaiserslautern<sup>109</sup> und des Deutschen Anwaltsvereins<sup>110</sup> bei der Vermögenseinziehung erfüllt. Bemerkenswert ist zudem, dass der EGMR die Einziehung nach Vorschriften anderer europäischer Staaten (Großbritannien<sup>111</sup> und Italien<sup>112</sup>) bereits als Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK bewertet hat. Für deutsches Recht hat der EGMR bislang die rückwirkend angeordnete Sicherungsverwahrung als Strafe im Sinne der EMRK eingeordnet.<sup>113</sup> Eine entsprechende Entscheidung zur rückwirkenden Vermögenseinziehung würde enorme Signalwirkung gegenüber dem deutschen Gesetzgeber entfalten – ob der Gerichtshof die Vermögenseinziehung gemäß §§ 73 ff. StGB als Kriminalstrafe klassifizieren wird, bleibt jedoch abzuwarten.

2. Allgemeines Rückwirkungsverbot gemäß Art. 20 Abs. 3 GG

Der Zweite Senat sieht in dem von ihm eingenommenen Standpunkt keinen Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG und gewährt so Fiskalinteressen den Vortritt vor verfassungsrechtlich garantierter Rechtssicherheit. Der streitgegenständliche Art. 316h EGStGB entfalte zwar eine grundsätzlich verfassungswidrige echte Rückwirkung; diese sei im vorliegenden Fall aber ausnahmsweise wegen „überragende[r] Belange des Gemeinwohls“ zulässig.<sup>114</sup>

Diese Entscheidung ist ein Paukenschlag und bedeutet einen Rechtsbruch mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz.

<sup>99</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 122.

<sup>100</sup> Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK: „Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit der Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.“ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 125.

<sup>101</sup> BVerfGE 111, 307 (315 ff.); *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541 m.w.N.

<sup>102</sup> BVerfGE 74, 370; BVerfGE 82, 115 (120); *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541.

<sup>103</sup> BVerfGE 74, 358 (370); *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541.

<sup>104</sup> *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 533; *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>105</sup> EGMR, Ur. v. 09.02.1995 – Nr. 17440/90 (*Welch v Großbritannien*) Rn. 28.

<sup>106</sup> vgl. *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>107</sup> vgl. *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>108</sup> S. EGMR, Ur. v. 09.02.1995 – 17440/99 (*Welch v Großbritannien*), Rn. 27, 28; *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541 m.w.N.; *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>109</sup> Ur. v. 20. September 2017 – 7 KLS 6052 Js 8343/16 (3).

<sup>110</sup> Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme 44/2019, S. 16.

<sup>111</sup> EGMR, Ur. v. 9.2.1995 – 1/1994/448/527.

<sup>112</sup> EGMR, Ur. 30.8.2007 – 7509/01 (*Sud Fondi S.r.l. u.a. v Italien*).

<sup>113</sup> EGMR, Ur. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M v Deutschland*), Rn. 93–103, 122–137 = NSTz 2010, 263 m. Anmerkung *Eschelbach* NJW 2010, 2499; *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 531 (FN. 2) m.w.N.

<sup>114</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn.144.

a) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Nach der Rechtsprechung des BVerfG gibt es – abgesehen von dem ausschließlich für Strafgesetze geltenden Art. 103 Abs. 2 GG – kein „generelles Rückwirkungsverbot“.<sup>115</sup> Vielmehr differenziert das BVerfG im Rahmen des sog. allgemeinen Rückwirkungsverbots zwischen echter und unechter Rückwirkung.<sup>116</sup>

Ein Gesetz entfaltet echte Rückwirkung, wenn es „nachträglich ändernd in einen abgeschlossenen Sachverhalt eingreift. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“).“<sup>117</sup> Dies ist bei Art. 316h EGStGB der Fall, da die Einziehung von Taterträgen auch dann möglich sein soll, wenn die Erwerbstät bereits vor Verkündung der Rechtsnorm am 1. Juli 2017 *verjährt* ist.<sup>118</sup> Eine rechtliche Neubewertung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts ist auf Grundlage des im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutzes verboten;<sup>119</sup> eine echte Rückwirkung entfaltende Rechtsnorm ist grundsätzlich verfassungswidrig, und mithin nichtig.<sup>120</sup>

Eine verfassungswidrige echte Rückwirkung kann aber in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, beispielsweise wenn (1) keine Vertrauensbetätigung vorliegt, oder (2) ein Vertrauen auf den Bestand einer Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig war.<sup>121</sup> Das BVerfG konkretisiert diese Ausnahmen durch spezielle Fallgruppen, in denen kein schutzwürdiges Vertrauen vorliegen soll, z.B.

- wenn der Bürger nicht in den Fortbestand der Rechtslage vertrauen, sondern mit einer Änderung rechnen musste<sup>122</sup>
- wenn die Rechtslage unklar und verworren war, sodass mit der Änderung gerechnet werden musste<sup>123</sup>
- wenn ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Rechtslage bestanden<sup>124</sup>
- wenn ein Zustand allgemeiner und erheblicher Rechtsunsicherheit besteht<sup>125</sup>
- wenn überragende Belange des Gemeinwohls dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen<sup>126</sup>
- wenn nur der Rechtsschein einer ungültigen Rechtsnorm bestand<sup>127</sup>
- wenn die Gesetzesänderung mit keinem oder nur unerheblichen Schaden für Betroffene verbunden ist (sog. Bagatellvorbehalt)<sup>128</sup>

Die Lösungsansätze des BVerfG sind Gegenstand erheblicher Kritik und werden als „diffus“<sup>129</sup>, „unbefriedigend“<sup>130</sup> und „nicht mehr berechenbar und vorhersehbar“<sup>131</sup> bezeichnet. Tatsächlich seien sie nicht geeignet, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu erreichen und sollten daher modifiziert werden.<sup>132</sup>

Dieser Eindruck bestätigt sich im Hinblick auf die Entscheidung des Zweiten Senats zur Verfassungsmäßigkeit von Art. 316h EGStGB. Denn obwohl keine der vom BVerfG entwickelten Fallgruppen auf die von Art. 316h EGStGB angeordnete rückwirkende Einzie-

<sup>115</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 20, S. 832.

<sup>116</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 131.

<sup>117</sup> BGH, Beschl. v. 7.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 44.

<sup>118</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 135; BGH, Beschl. v. 7.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 45.

<sup>119</sup> BVerfGE 13, 261 (271); 127, 1 (16 f.).

<sup>120</sup> *Stern*, 833; *Sachs/GG*, 8. Aufl., 2018, Art. 20, Rn. 133 m.w.N.

<sup>121</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 138; *Stern*, Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 20, S. 834.

<sup>122</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 261 (272); 18, 429 (439).

<sup>123</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 7, 129 (151 ff.); *Stern*, 849 m.w.N.

<sup>124</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 215 (225); *Stern*, 849 m.w.N.

<sup>125</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 72, 302 (325 f.); 131, 20 (41).

<sup>126</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 261 (272); 18, 429 (439).

<sup>127</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 261 (272); 18, 429 (439).

<sup>128</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 30, 367 (389); 72, 200 (258)M 95, 64 (87).

<sup>129</sup> *Stern*, 832.

<sup>130</sup> *Sachs/GG*, 8. Aufl., 2018, Art. 20, Rn. 132 m.w.N.

<sup>131</sup> *Stern*, 835.

<sup>132</sup> *Stern*, 836.

hung einschlägig ist,<sup>133</sup> soll diese aus Sicht des Zweiten Senats verfassungskonform sein.

## b) Stellungnahme

Die Entscheidung des Zweiten Senats unterläuft den verfassungsrechtlich garantierten Vertrauensschutz der Bürger. Lägen der komprimierten Begründung des Zweiten Senats zumindest überzeugende Argumente zugrunde, könnte man über die defizitäre Auseinandersetzung des Senats mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinwegsehen. Die Argumente des Zweiten Senats können aber keinesfalls überzeugen, sodass zumindest nicht unerhebliche Zweifel angebracht sind, ob das BVerfG mit dem gegenständlichen Urteil „zur stetigen objektiven Verfassungskontrolle der Gesetzgebung“<sup>134</sup> beigetragen hat.

Zunächst führt der Zweite Senat aus, dass das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, die Rechtsprechung durch Einführung der Übergangsregelung von ihrem erheblichen Prüfungsaufwand aufgrund von § 2 Abs. 3 StGB (sog. Meistbegünstigungsprinzip) zu entlasten,<sup>135</sup> legitim sei und allgemein-verbindliche Abschöpfungsregelungen auch geeignet seien, dieses Ziel zu erreichen. Der Zweite Senat erkennt aber, dass der Einziehungsadressat bereits durch die „normale“ Einziehung erheblich belastet wird,<sup>136</sup> und eine Steigerung der Eingriffsintensität durch eine *rückwirkende* Abschöpfungspraxis nur dann verhältnismäßig wäre, wenn die *rückwirkende* Einziehung das *mildeste*, unter mehreren gleich geeigneten Mitteln darstellen würde. Eine pauschale rückwirkende Einziehungsregelung zu Lasten des Bürgers, um den Gerichten Arbeitsaufwand zu ersparen, ist aber schwerlich das mildeste Mittel. Vielmehr hat das BVerfG in der Vergangenheit bereits entschieden, dass eine Vereinfachung der Rechtsanwendung „durch Er Streckung der Neuregelung auf alle laufenden Verfahren“<sup>137</sup> keine echte Rückwirkung rechtfertige.<sup>138</sup> Welche besonderen Umstände es rechtfertigen sollen, von dieser Grundüberlegung im vorliegenden Fall abzuweichen, wird nicht einmal andeutungsweise erörtert.

Vielmehr betont der Zweite Senat, dass es „überragend wichtig“<sup>139</sup> sei, die Einziehung von strafrechtswidrigen Taterträgen trotz Verfolgungsverjährung zu ermöglichen,<sup>140</sup> um positive Generalprävention zu erreichen.<sup>141</sup> Übersetzt bedeutet dies, dass nicht der „abträgliche Eindruck eines erheblichen Vollzugsdefizits“<sup>142</sup> entstehen solle. Diese Argumentation ist nicht nur inkonsequent, da der Zweite Senat zunächst die Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG mit Verweis auf den fehlenden Strafcharakter der Einziehung verneint, um sodann die von Art. 316h EGStGB angeordnete echte Rückwirkung mit dem Verweis auf den für die Kriminalstrafe konstituierenden Strafzweck der Generalprävention zu rechtfertigen. Sie setzt sich vielmehr rigoros darüber hinweg, dass der für den Einziehungsadressaten unvorhersehbare Eingriff auf (teilweise *legales*) Privatvermögen durch Einziehungsanordnungen gemäß Art. 316 h EGStGB offenkundig *unverhältnismäßig* ist.

Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Einziehungsadressat kein schutzwürdiges Vertrauen auf den Bestand einer strafrechtswidrigen Vermögenslage habe.<sup>143</sup> **Bis zur Einführung von § 76a Abs. 2 S.1 StGB n.F. durfte der Bürger davon ausgehen und sich darauf einrichten, dass es mit Eintritt der Verfolgungsverjährung nicht mehr zu einer staatlichen Intervention kommen werde.**

<sup>133</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211; BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 192/18, Rn. 51–52.

<sup>134</sup> Papier/Merton/Papier, HB der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2009, § 80, S. 1008, Rn. 35.

<sup>135</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 149.

<sup>136</sup> Zust. Heine, NStZ 2015, 136; Gebauer, 57.

<sup>137</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.

<sup>138</sup> BVerfGE 30, 367 (391).

<sup>139</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 150.

<sup>140</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 149; Zust. BT-Drs. 18/11640, 84.

<sup>141</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 151: „Durch die Vermögensabschöpfung soll in normbegründender Weise sowohl dem Straftäter als auch der Rechtsgemeinschaft vor Augen geführt werden, dass eine strafrechtswidrige Vermögensmehrung von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird und deshalb keinen Bestand haben kann. Die Einziehung solcher strafrechtswidrig erlangten Werte soll die Gerechtigkeit und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung und so die Rechtstreue der Bevölkerung stärken.“

<sup>142</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 151.

<sup>143</sup> So das BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 153–154.

**Dieses verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen in die bestehende Rechtslage geht dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit vor.**<sup>144</sup> Der 3. BGH-Strafsenat führt zutreffend aus:

„Regelungen über die Verjährung haben einen eigenständigen Wert, der ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip wurzelt. Sie sind Ausdruck der Gewährleistung von Rechtssicherheit, die als berechtigtes Interesse des Bürgers, irgendwann nicht mehr mit einer Intervention des Staats rechnen zu müssen, mit dem entgegenstehenden Anliegen der Allgemeinheit an der Durchsetzung der materiellen Rechtslage in Ausgleich zu bringen ist. (...) Ihr Sinn ist es, nach Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit Rechtssicherheit für den Beschuldigten (oder den Nebenbeteiligten) herzustellen, wobei diesem Bedürfnis dann ein höheres Gewicht als der materiellen Gerechtigkeit beigemessen wird. (...) Auf diese Weise begründen die Verjährungsvorschriften – der materiellen Rechtslage zuwider – ein von Amts wegen zu beachtendes, nicht behebbares Verfahrenshindernis, das der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dient.“<sup>145</sup>

Die Entkopplung der selbstständigen Einziehung von der Verfolgungsverjährung stellt bereits eine gravierende Verschärfung der staatlichen Eingriffsbefugnisse zu Lasten des Bürgers dar. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Verschärfung zusätzlich noch mit einer echten Rückwirkung durch Art. 316h EGStGB versehen wurde, zumal weder der Gesetzgeber noch der Zweite Senat eine überzeugende Rechtfertigung hierfür liefern. Der immer wiederkehrende – im Ergebnis aber klägliche – Versuch, die Reformgesetze durch eine Vergleichbarkeit mit dem Zivilrecht zu rechtfertigen, kann auch im Hinblick auf die echte Rückwirkung nicht überzeugen, da zivilrechtliche Schadensersatzansprüche – auch im Hinblick auf § 852 BGB – einer Verjährung unterliegen.<sup>146</sup>

Mithin begründet der Wille des Gesetzgebers, eine – bereits im alten Recht bestehende<sup>147</sup> – Missbilligung strafrechtswidriger Vermögenslagen durch Einführung der Neuordnung zu intensivieren, noch nicht die – nur in äußersten Ausnahmefällen – erlaubte echte Rückwirkung. Nicht jede kriminalpolitisch reizvolle Reform kann und sollte die Rechtssicherheit aushebeln, denn „[w]ollte 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 nichts mehr übrig.“<sup>148</sup>

## V. Fazit

Die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, wonach es sich bei der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung um keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe, sondern „lediglich“ um eine Maßnahme eigener Art mit konditionsähnlichem Charakter handelt, hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Einziehung erfüllt sämtliche Wesensmerkmale einer Kriminalstrafe. Die in Art. 316h Satz 1 EGStGB angeordnete Rückwirkung von Rechtsfolgen ist deshalb – entgegen der Betrachtungsweise des erkennenden Senats des Bundesverfassungsgerichts – auch an Art. 103 Abs. 2 GG und nicht allein an dem allgemeinen Rückwirkungsverbot zu messen. In jedem Fall entfaltet Art. 316h EGStGB eine verfassungswidrige echte Rückwirkung, die zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grundsätze des Strafverfahrens auch nicht ausnahmsweise wegen „überragender[n] Belange[n] des Gemeinwohls“ zulässig sein kann. Das Anliegen des Bundesverfassungsgerichts, den Gesetzgeber darin zu unterstützen, dass Straftaten sich nicht lohnen sollen, ist per se nachvollziehbar. Gleichwohl müssen im Interesse von Rechtssicherheit und hierauf gegründetes Vertrauen der Bürger auch ungewollte und unangenehme Auswirkungen der Einhaltung unserer verfassungsrechtlichen Grundsätze ertragen und hingenommen werden. Die Tatsache, dass die Entscheidung des Zweiten Senats nicht einstimmig erfolgt ist, zeigt,

<sup>144</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 64.

<sup>145</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 64.

<sup>146</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 68–69.

<sup>147</sup> BT-Drs. 11/11623, 1, 4, 5 ff.

<sup>148</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.

dass selbst innerhalb des Zweiten Senats an der Richtigkeit der Entscheidung Zweifel bestanden.

#### Internationales

---

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse LL.M., Frankfurt a.M.

Der Beitrag „**INTERPOL Red Notices und das Verbot der Doppelbestrafung– quo vadis?**“ wird nachfolgend zweisprachig wiedergegeben, sowohl in deutscher Fassung als auch in einer eigenständigen – und deshalb leicht divergierenden – englischsprachigen Fassung.