

Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht



Prof. Dr. Tuengerthal

Andorfer · Greulich & Prochaska

Rechtsanwaltssozietät

O 9. "5" *Cng "Tglej udcpm#"

8: 383'O cppj glo

Vgr0"284315; 3: 2322

Mqpvcm| w'wpu

Aufsätze

Dr. iur. Frank Hennecke, Leitender Ministerialrat a.D.*

Ein Ende der Verjährung Zur Verfassungsmäßigkeit des „Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“

Man hätte es nicht für möglich gehalten. In Deutschland gilt jetzt rückwirkendes Strafrecht. Nicht, als ob ein rückwirkender Straftatbestand eingeführt worden wäre, das sei das Grundgesetz vor, nein, die Sache ist subtiler: Man hat die Verjährung geändert.

I. Das neue Gesetz

Was genau ist geschehen? Am 1.7.2017 ist das „Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“ vom 13.4.2017 in Kraft getreten.¹ Im Dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ist durch dieses Gesetz der Siebente Titel, bisher §§ 73–76a mit der Überschrift „Verfall und Einziehung“, vollständig neu gefasst und durch §§ 73–76b mit der neuen Überschrift „Einziehung“ ersetzt worden.² Gleichzeitig sind umfangreiche Änderungen der Strafprozessordnung inkraftgetreten,³ durch die die neue „Einziehung“ prozessual umgesetzt wird, und ein neuer Art. 316h im EGStGB enthält eine Übergangsvorschrift.⁴

Das Gesetz folgt zum einen der politischen Zielsetzung, dass durch kriminelle Handlungen erlangte Vermögensvorteile nicht beim Täter oder seinen Nutznießern verbleiben sollen, was nach Überzeugung des Gesetzgebers im bisherigen Recht nur unvollkommen verwirklicht wurde.⁵ Zum anderen wird die „Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 3.4.2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union“⁶ in innerdeutsches Recht umgesetzt, die sich von derselben politischen Zielsetzung gerade im Hinblick auf grenzüberschreitende Kriminalität leiten lässt.

Die Richtlinie legt gemäß Erwägungsgrund 22 Mindestvorschriften fest und lässt es den Mitgliedstaaten unbenommen, in ihrem nationalen Recht weitergehende „Befugnisse“ vorzusehen. Nach Erwägungsgrund 38 wahrt die Richtlinie die Grundrechte und achtet sie die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRCh) und in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verankerten Grundsätze; die Richtlinie sollte im Einklang mit diesen Rechten und Grundsätzen umgesetzt werden.

* Ehemalige Berufstätigkeit bei der Landesregierung Rheinland-Pfalz; derzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Rechtsanwaltssozietät Professor Dr. Hansjürgen Tuengerthal/Christian Andorfer/Heiko E. Greulich/Nicolas Prochaska, Mannheim. Verf. dankt Herrn Rechtsreferendar Florian Rimpf, Mannheim, für die freundliche Hilfe bei der Literaturbeschaffung.

1 BGBl. I vom 24. 4. 2017 S. 872. Das Datum des Inkrafttretens ergibt sich aus Art. 8 des Gesetzes.

2 Art. 1 des Gesetzes.

3 Art. 3 des Gesetzes.

4 Art. 2 des Gesetzes.

5 Vgl. aus der Begründung des seinerzeitigen Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/9525 vom 6. 9. 2016, Teil A S. 1, 2: „Ein nachhaltige Kriminalitätsbekämpfung erfordert ... eine wirksame strafrechtliche Vermögensabschöpfung ... Das geltende Recht wird der hohen kriminalpolitischen Bedeutung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung nicht gerecht ... Der Entwurf verfolgt das Ziel, das Recht der Vermögensabschöpfung durch eine grundlegende Reform zu vereinfachen und nicht vertretbare Abschöpfungslücken zu schließen.“

6 Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. 4. 2014, L 127/39.

II. Die rückwirkende Aufhebung der Verjährung der „Einziehung“

Die Freiheit, weiterzugehen als es die Richtlinie vorschreibt, hat sich der deutsche Gesetzgeber in der Tat genommen; ob er aber die Grundrechte, die Grundsätze der EU-GRCh und der EMRK oder überhaupt die Rechtsstaatlichkeit gewahrt hat, unterliegt Zweifeln.

Die Zweifel machen sich an einem bestimmten Punkte fest. Nur dieser steht hier zur Erörterung an, während zu den Motiven des Gesetzgebers und zum Inhalt des Gesetzes im Übrigen auf bereits vorliegendes Schrifttum verwiesen werden darf.⁷

Durch das Gesetz ist § 2 Abs. 5 StGB folgerichtig dahingehend geändert worden, dass das Wort „Verfall“ gestrichen ist. Ansonsten gilt § 2 Abs. 5 StGB an sich weiter. Hiernach gelten auch für Einziehung und Unbrauchmachung grundsätzlich die Grundregeln in § 2 Abs. 1 bis 4 StGB, wonach dasjenige Strafgesetz anzuwenden ist, das zum Zeitpunkt der Entscheidung das mildeste ist. Von diesem Grundsatz hat der bisherige „Verfall“ in dem Sinne gleichsam „profitiert“, dass mit Verjährung der Straftat zugleich auch der „Verfall“ gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 StGB verjährt war und daher nicht mehr angeordnet werden konnte.

Diese Grundregel bricht das neue Gesetz jetzt auf. Nach § 76a Abs. 2 S. 1 StGB wird die Einziehung in den dort genannten Tatbeständen von der Verjährung abgekoppelt. Auch verjährte Straftaten können insoweit noch verfolgt werden, als keine Einziehung angeordnet worden ist. Man wird hierin ein politisches Hauptanliegen des Gesetzgebers bei der Novellierung der Vermögensabschöpfung erblicken dürfen.⁸ Gerade die Schwierigkeiten der Vermögensabschöpfung, die bei der Strafverfolgung und im Strafverfahren selbst nicht vollständig bewältigt werden konnten, sollten dem Straftäter jedenfalls nicht auf Dauer zugutekommen. Diese Neuregelung ist immerhin ein tiefgehender Bruch mit der bisherigen Rechtstradition.

Aber der Gesetzgeber hat gleichsam noch eines daraufgesetzt: Die Verjährungsfrist dauert gemäß § 76b Abs. 1 StGB dreißig Jahre. Diese neue Verjährungsfrist gilt ohne zeitliche Abstufung und ist exorbitant. Nur für schwerste Straftaten gilt sonst nach § 78 Abs. 3 Nr. StGB eine derart lange Frist.

Diese Neuregelung wirft die Frage auf, ob durch die neue Verjährungsfrist auch der normative Inhalt von § 2 Abs. 5 StGB, der ja gerade die Einheit von Straftat und Verfall zur Voraussetzung hatte, verändert worden ist: Fielen frü-

her die Verjährung des Verfalls und die Verjährung der Straftat in eins, so ist jetzt denkbar, dass zwar die Straftat verjährt sein mag, aber der Verfall bzw. die Einziehung nicht verjährt ist mit der Folge, dass jetzt auch im Falle aller verjährten Straftaten eine Rechtsverfolgung wegen der jetzt nicht mehr verjährten Einziehung möglich wird, und zwar rückwirkend, da die Verjährungsfristen jetzt nach neuem Recht noch laufen. Anders ausgedrückt: Umfasst der Milderungsgrundsatz auch die Verjährung von Verfall und Einziehung? Dann würde sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung bereits an diesem Punkte stellen.

Die Frage kann hier dahingestellt bleiben, denn der Gesetzgeber hat sie selbst beantwortet. Die Aufhebung des bisherigen Zusammenhangs von Straftat, Einziehung und Verjährung hat erklärtermaßen rückwirkende Geltung: In Art. 316h EGStGB heißt es jetzt:

„Wird über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages wegen einer Tat, die vor dem 1.7.2017 begangen worden ist, nach diesem Zeitpunkt entschieden, sind abweichend von § 2 Abs. 5 des Strafgesetzbuches die §§ 73 bis 73c, 75 Abs. 1 und 3 sowie die §§ 73d, 73e, 76, 76a, 76b und 78 Abs. 1 S. 2 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017 (BGBl. I S. 872) anzuwenden. Die Vorschriften des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017 (BGBl. I S. 872) sind nicht in Verfahren anzuwenden, in denen bis zum 1.7.2017 bereits eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz ergangen ist.“

Das bedeutet im Klartext: In allen Fällen, in denen es in der Vergangenheit wegen Verjährung der Straftat nicht zu einer Anordnung des „Verfalls“, jetzt der „Einziehung“, gekommen ist, weil es nach der damaligen Rechtslage dazu auch nicht kommen konnte, kann jetzt nachträglich die „Einziehung“ angeordnet werden. Die jetzt neu geregelte „Einziehung“ ist erklärtermaßen schärfer als der frühere „Verfall“. Es handelt sich also um eine Rückwirkung mit gegenüber dem bisherigen Rechtszustand tiefer eingreifenden Maßnahmen nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB. Die Rückwirkung geht dreißig Jahre zurück. Für diesen Zeitraum können jetzt alle Straftaten neu aufgerollt werden. Eine Ausnahme regelt nur Art. 316h S. 2 EGStGB, wonach jedenfalls bis zum 1.7.2017, dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes, getroffene Anordnungen unberührt bleiben.

III. Die Frage der Zulässigkeit der rückwirkenden Aufhebung der Verjährung der „Einziehung“ am Maßstab der EU-GRCh und der EMRK

Damit stellt sich mit aller Schärfe die Frage, ob diese Rückwirkung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar ist. Dieser Frage soll hier am Maßstab des Grundgesetzes – und mit dieser Beschränkung unter Ausklammerung der EU-GRCh und der EMRK – nachgegangen werden.

Es gibt allerdings eine erste Judikatur. Diese bezieht sich auf Art. 7 Abs. 1 EMRK, wo es heißt:

„Artikel 7 EMRK

Keine Strafe ohne Gesetz

Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inlän-

⁷ Vgl. *Heim*: Gesetz zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, in: NJW-Spezial 2017 S. 248; *Trüg*: Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, in: NJW 2017, S. 1913 ff.; *Köhler*: Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1-2 – Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis, in: NStZ 2017, S. 497 f.; *Köllner/Mück*: Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, in: Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2017, S. 593 ff.; *Maciejewski/Schumacher*: Endlich eine (steuerrechtliche) Lösung? Verbleibender Abstimmungsbedarf zwischen Straf- und Steuerrecht nach der Reform der Vermögensabschöpfung, in: Deutsches Steuerrecht – Wochenschrift für Steuerberater, 2017, S. 2022-2025; *Korte*: Vermögensabschöpfung reloaded, in: Wistra – Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2018, S. 1-12; einen kurzen Hinweis mit Gesetzestext gibt *Seliger*: Vorbemerkung zu §§ 73 ff. StGB, Rdnr. 3a-3c, S. 2734-2745, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.

⁸ Später dann in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6 Ausschuss) vom 22.3.2017, BT.-Drs. 18/11640 S. 2 und Begründung zu Art. 1 § 76a Abs. 2, Art. 2 Nr. 2.

dischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden.“

Das Landgericht Kaiserslautern hat demzufolge in einem Beschluss vom 20.9.2017,⁹ Rdnrn. 38 ff., die Auffassung vertreten und begründet, wonach die „Einziehung“ eine der Strafe ähnliche Maßnahme sei, die nach Art. 7 Abs. 1 EMRK nicht mit Rückwirkung in die Vergangenheit verhängt werden dürfe. Rückwirkende Straftatbestände und Strafverschärfungen seien hiernach unzulässig. Die Regelung in § 76a Abs. 2 S. 1 StGB, wonach die Einziehung von der Verjährungsfrist für den Straftatbestand abgekoppelt werde, sei eine nachträgliche Verschärfung des Strafrechtes. Da aber die EMRK wie einfaches Recht anzuwenden sei, komme es nicht zur Anwendung von §§ 73, 73b Abs. 1 S. 1, 73c S. 1, 76a Abs. 2 S. 1 StGB. Vielmehr müsse die frühere Regelung von § 2 Abs. 5 StGB gelten, wonach die Verjährung auch die Maßnahmen und damit den Verfall bzw. die Einziehung umfasse. Das Landgericht Kaiserslautern hat demzufolge das frühere Recht über den „Verfall“ angewendet und den Verfall wegen Verjährung nicht ausgesprochen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts Kaiserslautern spricht indessen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.1.2004¹⁰, wonach Maßnahmen wie der seinerzeitige „Verfall“ – im Falle des Bundesverfassungsgerichts sogar der „erweiterte Verfall“ – gerade keine Strafe und keine der Strafe ähnlich oder gleiche Maßnahme sei und daher nicht unter den Schutz von Art. 103 Abs. 2 GG falle. Dies wird in dieser Entscheidung mehrfach ausdrücklich betont.

Damit stellt sich die Frage, ob der Begriff der „Strafe“ im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG, unter den das Bundesverfassungsgericht strafrechtliche Maßnahmen gerade nicht subsumiert, ein anderer ist als der Begriff der „Strafe“ im Sinne von Art. 7 EMRK. Es stellt sich sodann auch die Frage, ob der Tatbestand von Art. 7 EMRK es rechtfertigt, ein geltendes Gesetz ohne weiteres für unanwendbar zu erklären.

Doch diese Frage darf die vorliegende Untersuchung vorerst dahingestellt sein lassen.

Dasselbe darf an dieser Stelle für die EU-GRCh gelten. Immerhin heißt es aber in Art. 49 Abs. 1 und 3 EU-GRCh wie folgt:

„Artikel 49

Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen

(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung bestraft werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.

...

(3) Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“

⁹ Aktenzeichen 7 Kls 6052 Js 8343/16 (3).

¹⁰ 2 BvR 564/95 = E 110, 1, Rdnrn. 61 ff.

Dem Wortlaut nach entspricht dieser Artikel dem Art. 103 S. 2 GG. Ob der Begriff der „Strafe“ im Sinne der EU-GRCh auch die „Einziehung“ umfasst, ist offen. Es wäre aber denkbar, dass dies in Auslegung der EU-GRCh der Fall ist. Damit ergibt sich für ein Gericht, das die Einziehung nach der neuen Rechtslage anordnen will, die Vorlagepflicht an den EuGH nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Es handelt sich bei der Anwendung der Vorschriften der §§ 73 ff. StGB n. F. um die Anwendung von Unionsrecht, weil sie auf der Umsetzung einer EU-Richtlinie beruhen.

Doch auch diese Frage mag hier unerörtert bleiben. Die Prüfung am Maßstab der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes bleibt brisant genug.

IV. Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der rückwirkenden Aufhebung der Verjährung am Maßstab des Grundgesetzes: Rückwirkungsverbot

In der Neuregelung liegt nach anerkannter Terminologie eine „Rückwirkung“. Unterschieden wird in Rechtsprechung und Schrifttum „echte Rückwirkung“ und „unechte Rückwirkung“, wobei die begriffliche Unterscheidung nicht immer klar zu ziehen ist.¹¹ „Echte Rückwirkung“ wird jedenfalls angenommen, wenn vorhandene Rechtspositionen mit Rückwirkungen verändert werden. Eine solche „echte Rückwirkung“ ist nach dem Bundesverfassungsgericht unzulässig.¹²

1. Die zeitliche Dimension der Rückwirkung

Die neue Regelung gilt für alle künftigen Straftaten; dies ist selbstverständlich. Rückwirkend gilt die Regelung auf jeden Fall für alle bereits verjährten Straftaten, zu denen das Strafverfahren noch nicht abgeschlossen ist und in dessen Verlauf die Neuregelung inkraftgetreten ist. Rückwirkend gilt nach dem Wortlaut die Regelung aber auch für alle Straftaten, die bereits verjährt sind und in denen es nicht zu einem gerichtlich angeordneten Verfall gekommen ist, da die Verjährungsfrist nach § 76b Abs. 1 S. 1 StGB dreißig Jahre dauert; entsprechend lang kann eine Verfolgung zum Zwecke der Einziehung in die Vergangenheit zurückgreifen.

Eine Bremse der Rückwirkung enthält allerdings Art. Art. 316h S. 2 EGStGB: Das neue Recht findet keine Anwendung, wenn bis zum 1.7.2017 eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls getroffen ist.

2. Die Rückwirkung von § 76a Abs. 2 S. 1, Art. 316h S. 1 EGStGB

Ob eine „echte“ Rückwirkung gegeben ist, bestimmt sich danach, ob die eingetretene Verjährung der Maßnahmen eine „Rechtsposition“ begründet hat. Dies lässt sich nicht

¹¹ Zum Diskussionsstand in Auslegung von Art. 20 Abs. 3 GG und mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Sommermann*: Kommentar zu Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz, in: *Starck* (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 2, 6. Aufl., München 2010, Rdnrn. 292–297. Eingehend auch *Schulze-Fielitz*: Kommentar zu Art. 20 (Rechtsstaat), in: *Dreier* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Band II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Rdnrn. 151–169, S. 257–265; *Schmidt-Aßmann*: Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., Heidelberg 1995, S. 1032–1034, Rdnr. 86; *Maurer*: Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, Rdnrn. 20–34, S. 404 ff.; 60–74, S. 426 ff.

¹² *BVerfG*, Beschluss vom 3.12.1997, 2 BvR 882/97 = E 97, S. 67 (78). Vgl. auch *Sommermann*, in: *Starck* (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Aufl., München 2010, Rdnr. 295.

eindeutig bestimmen. Es ist zwar ein Zustand eingetreten, der zwar die Verhängung einer Maßnahme ausgeschlossen hat; ob aber allein deswegen eine Rechtsposition einer Person begründet ist, mag zweifelhaft sein, es sei denn, man nimmt an, in der Tatsache der Nichtverfolgbarkeit liege bereits eine Rechtsposition des Straftäters. Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass das rechtswidrig „Erlangte“ in einem solchen Maße in die Vermögensbilanz des Straftäters, des Begünstigten nach § 73d StGB oder eines gutgläubigen Dritten eingegangen ist, dass tatsächlich eine Rechtsposition entstanden ist: Dies könnte der Fall sein, wenn das „Erlangte“ etwa in die Unternehmensbilanz eingestellt worden ist, der Besteuerung unterlegen hat oder die Geschäftsanteile Dritter erhöht hat. Die Verfassungswidrigkeit der hier maßgeblichen Vorschriften von § 76a Abs. 2 S. 1 StGB, Art. 316h S. 1 EGStGB mit „echter“ Rückwirkung zu begründen, lässt sich daher zwar vertreten, ist aber nicht zwingend.

3. Das absolute Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG

3.1. Das absolute Verbot

Es besteht jedoch im Strafrecht ein spezielles und ausdrückliches Rückwirkungsverbot. Dieses Verbot ist in Art. 103 Abs. 2 GG enthalten. Es ist absolut. Unzulässig sind hiernach ein nachträglicher neuer Straftatbestand und eine nachträgliche Verschärfung eines Straftatbestandes mit Erhöhung des Strafmaßes. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot ist in diesem Sinne unstrittig.

In vorliegendem Falle geht es jedoch nicht um einen rückwirkenden Straftatbestand im engeren Sinne oder um eine Strafverschärfung, sondern vielmehr „nur“ um die Maßnahme der Einziehung von §§ 2 Abs. 5, 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB.

Grundsätzlich aber hat der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck gekommene Milderungsgrund verfassungsrechtlichen Rang. Das sollte bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der „Einziehung“ als „Maßnahme“ im Sinne von §§ 2 Abs. 5, 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB nicht völlig außer Betracht bleiben.¹³

3.2. Verlängerung der laufenden Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist hat das Bundesverfassungsgericht nicht als Merkmal des materiellen Strafrechtes angesehen.¹⁴ Die Verjährungsfrist unterfällt daher nicht dem absoluten Rückwirkungsverbot von Art. 103 Abs. 2 GG. Die Verlängerung der seinerzeit noch laufenden Verjährungsfrist jedenfalls für mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohte Straftaten ist demnach für zulässig erklärt worden.

Man mag hierin bereits eine gewisse „Aufweichung“ des absoluten Rückwirkungsverbot erblicken. Im vorliegenden Falle wird aber die bereits eingetretene Verjährung rückwirkend aufgehoben. Der Fall wiegt insofern also einerseits schwerer als die damalige Verlängerung der noch laufenden Verjährungsfristen für NS-Verbrechen, andererseits aber auch leichter, als es um die „Einziehung“, nicht die verjährte Strafe geht.

3.3. Verfall und Einziehung Maßnahmen als „Strafe“?

Das absolute Rückwirkungsverbot gilt nur für die Strafbarkeit und die Strafe. Ob der seinerzeitige „Verfall“ und die jetzige „Einziehung“ als „Strafe“ anzusehen ist, mag bezweifelt werden. Das Landgericht Kaiserslautern hat hierin in der oben zitierten Entscheidung jedenfalls eine „Strafe“ im Sinne von Art. 7 EMRK erblickt, ohne allerdings auf Art. 103 Abs. 2 GG einzugehen. Nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist „Verfall“ und „Einziehung“ aber keine Strafe und keine der Strafe ähnliche oder gleichgewichtige Maßnahme.¹⁵ Es gehe hier nur um die Beseitigung einer Störung der Rechtsordnung, um die Korrektur einer deliktisch zu Stande gekommenen Vermögenszuordnung,¹⁶ die auf Dauer nicht hingenommen werden könne. Das Bundesverfassungsgericht vergleicht den „Verfall“ mit der zivilrechtlichen Kondition im Sinne von §§ 812 ff BGB.¹⁷ Daran ist nicht vorbeizukommen. Der Schutz von Art. 103 Abs. 2 GG greift in vorliegendem Falle nicht.¹⁸

Trotzdem kommt die Frage auf, ob an dieser Rechtsprechung nicht doch vorbeizukommen ist. Das neue Recht der Einziehung nähert sich in seiner Härte eben doch der Strafe an, und so wird zweifelhaft, ob die Voraussetzungen, von denen das Bundesverfassungsgericht seinerzeit ausgegangen ist, auch heute noch zutreffen. Die jetzige Rechtslage bewegt sich auf die Schutzzone von Art. 103 Abs. 2 GG immerhin zu.

4. Die Abwägung nach den allgemeinen Kriterien

4.1. Die Abwägung allgemein

Somit lässt sich eine Verfassungswidrigkeit von § 76a Abs. 2 S. 1 StGB, Art. 316h S. 1 EGStGB nur nach den allgemeinen Kriterien begründen, die für die Fälle der Rückwirkung in Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden sind (Nw. s. o. Fußn. 11). Es kommt hiernach auf die Abwägung zwischen dem Schutz des Vertrauens auf die bestehende Rechtslage und dem öffentlichen Interesse an deren Veränderung an. Abwägungselemente sind hierbei der Grad des Vertrauens, erreichte Besitzstände, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden auf der einen Seite, die Zielrichtung und das Gewicht des öffentlichen Interesses auf der anderen Seite an. Je stärker das Vertrauen ist, desto stärker muss das öffentliche Interesse gewichtet sein.

Bei Bewertung der geltenden Regelung nach diesem Maßstab muss gleichsam die Abwägung des Gesetzgebers nachvollzogen werden, der diese vorgenommen hat oder die ihm unterstellt werden muss.

4.2. Die Abwägung zwischen Vertrauen und Öffentlichem Interesse im Falle der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

Für den Gesetzgeber stand das rechtspolitische Ziel im Mittelpunkt, Vermögensvorteile, die jemand durch ein rechtswidriges Verhalten erlangt hat, abzuschöpfen: Eine Straftat soll nicht nur bestraft werden, sie soll sich für den Täter auch nicht lohnen. Die Störung der Rechtsordnung

¹³ Zum „strafrechtlichen Minderungsgebot als Bestandteil und Ausprägung des Rechtstaatsprinzips“ vgl. *Dannecker*: Das intertemporale Strafrecht, Tübingen 1993, S. 403 ff.; *Dannecker* scheint auch die „Maßnahmen“ nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB als vom Minderungsgebot umfasst anzunehmen, S. 524.

¹⁴ Allerdings nach erbitterten Auseinandersetzungen in seiner Entscheidung zu den NS-Verbrechen vom 26.2.1969, 2 BvL 15, 23/68 = E 25, 269.

¹⁵ *BVerfGE* 110, 1, Rdnrn. 60 ff.

¹⁶ *BVerfGE* 110, 1, Rdnr. 67.

¹⁷ *BVerfGE* 110, 1, Rdnr. 78.

¹⁸ So im Ergebnis auch *Dannecker*: Das intertemporale Strafrecht, Tübingen 1993, S. 308 ff.

durch deliktisch erlangte Vermögensvorteile soll beseitigt werden. In anderem Zusammenhang sagt das Bundesverfassungsgericht dazu: „Der vermögensordnende Eingriff soll die Unverbrüchlichkeit und die Gerechtigkeit der Rechtsordnung erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung stärken.“¹⁹

Dem steht gegenüber, dass ein Straftäter oder ein Nutznießer der Straftat (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) nicht darauf vertrauen kann, das rechtswidrig Erlangte auch behalten zu dürfen. Es gibt im Falle rechtswidrigen Vermögenszuwachses von vorneherein kein Vertrauen, das durch ein öffentliches Interesse überwunden werden müsste. Legt man allein diesen Gesichtspunkt der Abwägung zugrunde, wäre die Rückwirkung ohne weiteres zulässig.

Aber allein auf diesen Gesichtspunkt kann man nicht abstellen. Immerhin liegt eine Konstellation zugrunde, die der „echten“ Rückwirkung gleichkommt. Hier greift nicht eine individualbezogene Gewichtung ein, sondern grundsätzlich der Rechtsfriede und die Rechtssicherheit im Allgemeinen. Es geht nicht nur darum, ob jemand zu Unrecht Erlangtes behalten kann, sondern auch und gerade darum, dass abgeschlossene Sachverhalte in der Rechtsordnung irgendwann einmal auch abgeschlossen bleiben müssen. Von daher wird, gleich, was in der Vergangenheit geschehen sein mag, eine „echte“ Rückwirkung von Gesetzen aus rechtsstaatlichen Gründen ausgeschlossen. Auch der Rechtsfriede und die Verlässlichkeit der Rechtsordnung sind geeignet, um mit dem Bundesverfassungsgericht zu sprechen, die „Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken.“

Es kommt hinzu, dass der Gesetzgeber in seiner Abwägung generell unterstellt hat, dass jeder rechtswidrig erlangte Vermögensvorteil unbeschadet der sonstigen Umstände und unbeschadet der Höhe und des Wertes des Erlangten im Einzelfall auch abgeschöpft werden müsse, während aber doch die Frage, ob etwas abgeschöpft werden soll und in welcher Höhe, in hohem Maße von der Besonderheit des Einzelfalles, wozu auch die Schwere der Straftat gehört, abhängt. Der Gesetzgeber ordnet für alle Fälle in §§ 73–76 b StGB, somit im gesamten Reformgesetz, generell die Einziehung an. Die vom Gesetzgeber vorgenommen Generalisierung wird aber dem Sinn und Zweck einer Abschöpfung, die nur vom Einzelfall her begründet werden kann, nicht gerecht. Das Gewicht einer solchen undifferenzierten Generalisierung kann in der Abwägung die Rechtssicherheit nicht überwinden.

Es kommt eine weiteres hinzu. Der Gesetzgeber hat nicht nur abzuwägen, ob das öffentliche Interesse stärker ist als ein mögliches Vertrauen der Betroffenen in einen Besitzstand. Er hat auch abzuwägen, wie sich eine Rückwirkung auf die Rechtsordnung insgesamt auswirkt. Zur Rechtsordnung gehört unverzichtbar das Rechtsinstitut der Verjährung. Das Institut der Verjährung ist Voraussetzung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit und Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung. Die Verjährung ist ein Rechtsinstitut nicht des Strafrechts allein, sondern findet sich in allen Rechtsgebieten. Es wird mit gutem Grund eine „Rechtswohlthat“ genannt. Es ist die Verjährung, mit der die Zeitlichkeit der menschlichen Existenz in die Rechtsordnung eintritt.

Die Geltung der Verjährung in verschiedenen Rechtsgebieten könnte es nahelegen, auch eine je verschiedene, fachrechtsspezifische Legitimation der Verjährung und damit eine auch rechtspolitisch verschiedene Bewertung

des Instituts anzunehmen. So mag denn für das Strafrecht gelten, dass „je größer der Abstand zwischen Tat und strafrechtlicher Ahndung ist, desto schwächer wird die präventive Effizienz einer Ahndung ... Der Schlusstrich, der mit dem Eintritt der Verjährung unter den Fall gezogen wird, enthält gewissermaßen die Fiktion einer Ausöhnung des Täters mit der Gesellschaft, die ihm von nun an seine Verfehlung nicht mehr vorhält.“²⁰

Das ist in der Tat auf Straftaten und auf Prävention gemünzt, hat aber doch eine weitergehende Innentendenz. Im Zivilrecht wird stärker die Rechtssicherheit und der Rechtsfriede betont: „Darüberhinaus dient die Verjährung öffentlichem Interesse, genauer: Rechtsfrieden und Rechtssicherheit. Der Rechtsverkehr benötigt klare Verhältnisse und soll deshalb vor einer Verdunkelung der Rechtslage bewahrt bleiben. Tatsächliche Zustände, die längere Zeit hindurch unangefochten bestanden haben, werden aus diesem Grund als zu Recht bestehend anerkannt.“²¹ Auch andernorts ist von der „verdunkelnden Macht der Zeit“ die Rede; „die Verjährung von Ansprüchen als solche ist notwendig, unentbehrlich, ein natürliches Postulat“.²² Das klingt vorrangig nach zivilrechtlichen Ansprüchen, die der kondiktionsrechtlichen Vermögensabschöpfung allerdings sehr nahestehen. Insgesamt kommen also verschiedene Momente zum Tragen, denen allen aber der Zeitabstand als Argument und der letztendliche Rechtsfriede mit maßgeblicher Wirkung innewohnt.

Das Institut der Verjährung wird indes durch das Reformgesetz erheblich geschwächt. Eine eingetretene Verjährung wird nicht mehr als solche anerkannt, sondern nachträglich entwertet. Verjährung ist aber nicht mehr Verjährung, wenn sie zur Disposition des Gesetzgebers steht. Die rechtspolitischen Überzeugungen des Gesetzgebers unterliegen dem Wandel und mögen sich ändern; das Institut der Verjährung aber ist dauerhaftes Element der Rechtsordnung, unabhängig vom Wandel der Überzeugungen zu einzelnen Sachfragen der Politik. Eine Bewertung dieses Elementes der Abwägung scheint dem Gesetzgeber überhaupt nicht in den Sinn gekommen zu sein. Hierin aber liegt ein schwerwiegender Abwägungsfehler.

Es kommt schließlich ein Viertes hinzu. Die Abwägung des Gesetzgebers darf keinen Wertungswiderspruch enthalten. Dies bedeutet, der Abwägung dürfen keine Wertungen zugrundegelegt werden, die an anderer Stelle der Rechtsordnung anders getroffen worden sind.²³ Das Strafrecht regelt die Verjährung von Straftaten in §§ 78–79b StGB. Es trifft hier in § 78 Abs. 2 StGB eine differenzierte Regelung je nach Schwere der Straftat. Hiernach kann Verjährung bereits nach wenigen Jahren eintreten. Diese differenzierte Regelung entspricht einer unterschiedlichen sozialpolitischen Bewertung der jeweiligen Straftat. Blickt man auf die Verjährung im Bürgerlichen Gesetzbuch und auf die dezidierte Parallelität von Einziehung und „ungerechtfertigter Bereicherung“ nach §§ 812 ff. BGB, so gilt jedenfalls für das Bereicherungsrecht gemäß §§ 195, 197 BGB eine Verjährungsfrist von nur drei Jahren.

20 Mitsch: Kommentar zu § 78 StGB, Rdnr. 3, S. 1585/1586, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl., München 2016.

21 Grothe: Vorbemerkung zu § 194 BGB, Rdnr. 7, S. 20122, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012.

22 Peters/Jacoby: Vorbemerkung zu §§ 194 ff. BGB, Rdnr. 5, S. 537, und Rdnr. 8a, S. 538, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, Berlin 2014.

23 Zur Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung grundlegend BVerfG, Urt. v. 7.5.1998, 2 BvR 1991, 2004/95, = E 98, S. 106, 117 ff.

19 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004, 2 BvR 564/95, Rdnr. 75 = E 110, 1 ff.

Im Hinblick auf die Einziehung aber regelt der Gesetzgeber in § 76b Abs. 1 S. 1 StGB eine Verjährung von 30 Jahren. Welche Wertung dieser exorbitanten Verjährungsfrist zugrundeliegt, ist unersichtlich. Der Gesetzgeber bewertet die Einziehung offensichtlich höher als die Verfolgung der meisten Straftaten. Aber ist es wirklich vertretbar, die Rechtsverfolgung der Einziehung der Rechtsverfolgung schwerster Verbrechen gleichzustellen und selbst innerhalb bürgerlich-rechtlich wirkender Ausgleichsansprüche eine derartige Diskrepanz herbeizuführen? Hier liegt ein schwer verständlicher Wertungswiderspruch.

Angemerkt sei, dass das Gesetz zur Rückwirkung seinerseits in Art. 316h S. EGStGB eine bestimmte Abwägungsentscheidung getroffen hat: In den hierin benannten Fällen findet die Rückwirkung nicht statt. Bereits vor dem 1.7.2017 ausgesprochen Verfalls- oder Einziehungsentscheidungen bleiben immerhin unberührt. Auf die Bewer-

tung der Abwägungsentscheidung insgesamt hat diese Sonderregelung jedoch keinen Einfluss.

Damit fällt die Abwägung, ob der Gesetzgeber einem öffentlichen Interesse an der Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vermögensvorteile den Vorrang vor Bestandschutz einräumen darf, zuungunsten der Regelungen über die Rückwirkung aus. Die Vorschriften im Reformgesetz, die die Rückwirkung begründen, § 76a Abs. 2 S. 1 StGB, Art. 316h EGStGB, sind daher verfassungswidrig. Auf diese Vorschriften kann sich die Anordnung der Einziehung nicht gründen. Es ist vielmehr das frühere Recht nach § 2 Abs. 2–5 StGB anzuwenden.

So steht denn am Ende die Frage, ob der Moralismus, der in Politik und Gesetzgebung allenthalben um sich greift, im Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung nicht doch des Guten zu viel getan hat. ■