



Stellungnahme Nr. 34 Juni 2026

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Vermögensabschöpfung bei Cum-/Ex-Leerverkaufsgeschäften sowie bei Einziehungsbeteiligten (BR-Drs. 134/26)

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht (Strauda):

RAin Dr. Carolin Arnemann
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Prof. Dr. Björn Gercke
RA Dr. Mayeul Hiéramente
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RAin Theres Kraußlach
RA Prof. Dr. Holger Matt (Vorsitzender und Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park
RAin Dr. Hellen Schilling (Berichterstatterin)
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Annette von Stetten

Prof. Dr. Frank Saliger (Ständiger Gast und Berichterstatter)

RAin Leonora Holling, Schatzmeisterin, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministerium des Innern und für Heimat
Justizministerien der Länder
Innenministerien der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Der Generalbundesanwalt beim BGH
Bundesgerichtshof
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Deutsche Strafverteidiger e.V.
Neue Richtervereinigung e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Redaktionen der NJW,
Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag,
Strafverteidiger,
Neue Zeitschrift für Strafrecht,
ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht,
Zeitschrift HRR-Strafrecht,
Kriminalpolitische Zeitschrift
FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, Handelsblatt, Tagesspiegel, LTO,
Der Spiegel, Focus, Die ZEIT

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 167.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Zielsetzung und Regelungsvorschläge

Am 8. Mai 2026 hat der Bundesrat beschlossen, einen Gesetzesantrag der Länder Hessen und NRW für den Entwurf eines „Gesetzes zur Stärkung der Vermögensabschöpfung bei Cum-/Ex-Leerverkaufsgeschäften“² (nachfolgend: Gesetzesantrag) nach entsprechenden Empfehlungen der Ausschüsse in geänderter Fassung³ in den Bundestag einzubringen⁴ (nachfolgend „Gesetzesentwurf“).

1. Ziel des Gesetzesentwurfs

Der Gesetzesentwurf soll der Stärkung der Vermögensabschöpfung bei sog. Cum-/Ex-Leerverkaufsgeschäften durch die Klarstellung dienen, dass eine Einziehung bei Dritten gemäß § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB auch dann unmissverständlich möglich ist, wenn diese die Taterträge „für die Tat“ erhalten haben. Dadurch soll eine aus Sicht der Landesinitiative „infolge eines Redaktionsversehens entstandene Gesetzeslücke geschlossen [werden], die andernfalls dazu führen würde, dass zentrale Akteure wie Leerverkäufer ihre rechtswidrig erlangten Gewinne – die noch vor Versuchsbeginn erhaltenen Vorauszahlungen – folgenlos behalten könnten.“⁵ Insofern bezieht sich die Begründung auf ein entsprechendes Votum der Bund-Länder-Arbeitsgruppe für Vermögensabschöpfung (nachfolgend Bericht BLAG).⁶

Zudem soll eine Übergangsvorschrift, nunmehr in § 316h Abs. 2 EGStGB, sicherstellen, dass – abweichend von § 2 Abs. 5 StGB – auch solche Sachverhalte von der Neuregelung erfasst sind, die vor deren Inkrafttreten begangen wurden, sofern nicht schon eine (erstinstanzliche) Entscheidung über die Anordnung der Einziehung ergangen ist. Die im Gesetzesantrag enthaltene Einschränkung auf noch nicht verjährte Taten ist auf Empfehlung des federführenden Rechtsausschusses entfallen.⁷

Dadurch sollen – einmal mehr – die nach Ansicht der Länder *„eingetretenen in die Gegenwart fortwirkenden Abschöpfungslücken [beseitigt] und so der Rechtsgemeinschaft [verdeutlicht werden], dass sich Straftaten nicht lohnen“*.

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

² Ursprünglicher Gesetzesantrag des Landes Hessen vom 10.3.2026.

³ Empfehlungen des federführenden Rechtsausschusses sowie des Finanzausschusses vom 24.4.2026, BR-Drs. 134/1/26.

⁴ BT-Drs. 134/26 (Beschluss).

⁵ BT-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 3.

⁶ BT-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 4, mit Verweis auf Bericht BLAG aus März 2024, S. 68f., abrufbar unter https://www.justiz.bremen.de/sixcms/media.php/13/Abschlussbericht%20BLAG%20Verm%C3%B6gensabsch%C3%B6pfung_2024.pdf; vgl. dazu bereits BRAK-Stellungnahme Nr. 21/2025 aus Juni 2025, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2025/stellungnahme-der-brak-2025-21.pdf.

⁷ Empfehlungen, BR-Drs. 134/1/26.

2. Regelungsvorschläge

a) Neufassung der bestehenden Regelung des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

Die geltende Vorschrift zur sog. Dritteinziehung in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB, wonach sich die Anordnung der Einziehung nach den §§ 73 und 73a StGB gegen einen anderen richtet, der nicht Täter oder Teilnehmer ist, wenn „er **durch die Tat** etwas erlangt hat und der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat“, soll dahingehend neu gefasst werden, dass die Anordnung gegen den Dritten auch möglich ist, wenn „er durch **oder für** die Tat etwas erlangt hat und der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat“ (ohne Hervorhebungen im Original).

Zur Begründung verweist die Gesetzesbegründung im Wesentlichen auf den Bericht der BLAG, die aus der Gesetzesgenese ein Redaktionsversehen ableitet: § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB in der geltenden Fassung solle die zuvor in § 73 Abs. 3 StGB a.F. geregelten Verschiebungsfälle erfassen, wobei die frühere Fassung

„Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet dich die Anordnung des Verfalls [...] gegen ihn“

das Erlangen „durch“ und „für die Tat“ gleichermaßen erfasst habe. Aus den Gesetzesmaterialien sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber dies habe (einschränkend) ändern wollen, zudem spreche sowohl eine systematische als auch eine teleologische Auslegung dafür, dass (weiterhin) beide Erlangungstatbestände der §§ 73, 73a StGB erfasst ein sollten.⁸

„Gesetzgeberischer Handlungsbedarf bzw. Heilung des Redaktionsversehens“ wurde gesehen, nachdem der 1. Strafsenat in einem Urteil vom 8. Juli 2025 obiter dictum ausgeführt hat, dass der Wortlaut des § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB auf Fälle der Einziehung „durch die Tat“ beschränkt sei (sich aber aus den nun in der Gesetzesbegründung enthaltenen Gründen für eine weite Auslegung ausgesprochen hat).⁹

b) Neue Vorschrift eines § 316h Abs. 2 EGStGB

In das EGStGB soll folgende neue „Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Stärkung der Vermögensabschöpfung bei Cum-/Ex-Leerverkaufsgeschäften“ (nachfolgend: „Gesetz“) als § 316h Abs. 2 EGStGB (ohne Hervorhebung im Original) eingefügt werden:

*„Wird über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages wegen einer Tat, die vor dem [Inkrafttreten des Gesetzes] begangen worden ist, nach diesem Zeitpunkt entschieden, so ist **abweichend von Absatz 1 und von § 2 Absatz 5 StGB § 73b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 StGB** in der am [Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] geltenden Fassung anzuwenden.*

Die Vorschriften des [Gesetzes] sind nicht in Verfahren anzuwenden, in denen bis zum [Inkrafttretens des Gesetzes] bereits eine Entscheidung über die Anordnung der Einziehung ergangen ist.“

Diese Beschlussfassung ist gegenüber der Länderinitiative auf Empfehlung des federführenden Rechtsausschusses¹⁰ insbesondere dahingehend geändert worden, dass sich die Regelung nun auch auf bereits verjährte Taten beziehen soll.

⁸ Vgl. BR-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 4/5.

⁹ BR-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 5 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 8.7.2025 – 1 StR 58/24, Rn. 31, juris.

¹⁰ BR-Drs. 131/1/26 (Empfehlungen).

II. Stellungnahme

Der Gesetzentwurf bezieht sich dem Namen nach auf eine sehr spezifische Deliktssituation und reiht sich damit in eine Reihe von Vorschriften ein, die in den vergangenen Jahren mit dem Ziel der Haftungserweiterung (zunächst) speziell in sog. Cum-/Ex-Fällen geschaffen wurden.

Der in der Gesetzesinitiative verwendete Zusatz „Leerverkaufsgeschäfte“ ist zwar insofern entbehrlich, als die Involvierung eines sog. Leerverkäufers ein notwendiges Element ist, ohne das die in Cum-/Ex-Fällen zu Steuerausfällen führende „Transaktionsmechanik“ nicht möglich gewesen wäre. Er macht jedoch deutlich, dass die beabsichtigten Rechtsfolgen den Leerverkäufer als einen der (zahlreichen) an den „Aktienkreisgeschäften“ beteiligten „Dritten“ betreffen, der die vom BGH als illegal erkannten Steuervorteile¹¹ nicht unmittelbar – und damit vermögensabschöpfungsrechtlich nicht „durch die Tat“ (Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung) – erlangt, sondern zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt in anderer Weise von der Tat profitiert, insbesondere durch spezielle Preisgestaltungen von Aktien- und Sicherungsgeschäften, typischerweise Single Stock Futures oder Optionen.¹²

Anders als die Gesetzesbezeichnung suggeriert, beziehen sich die intendierten Gesetzesänderungen jedoch keineswegs auf den spezifischen Bereich von Cum-/Ex-Geschäften, sondern auf sämtliche Vertretungsfälle und deren allgemeine Regelung in der zentralen Vorschrift des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB insgesamt. Gleiches gilt dementsprechend in Bezug auf die intendierte Übergangsvorschrift des intendierten § 316h Abs. 2 EGSStGB.

Eine vergleichbare Entwicklung hatte es bereits in Bezug auf die Vorschrift des § 73e Abs. 1 S. 2 StGB gegeben. Diese Regelung, wonach eine Einziehung gemäß § 73e Abs. 1 S. 1 StGB nicht (mehr) entfällt, wenn Ansprüche i.S.v. § 73e Abs. 1 S. 1 durch Verjährung erloschen sind, war durch das Jahressteuergesetz 2020 an die Stelle des § 375a AO a.F. getreten.¹³ Jene Vorschrift, war – auf überraschendem Weg – durch das „Zweite Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfemaßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise“ vom 29. Juni 2020¹⁴ eingefügt worden, um es „*Staatsanwaltschaften zu ermöglichen, die Erträge aus kriminellen Cum-/Ex-Geschäften von Banken und anderen Beteiligten nach einer strafrechtlichen Verurteilung auch dann einzuziehen, wenn die steuerlichen Ansprüche bereits verjährt sind*“¹⁵, und bezog sich zunächst nur auf Steueransprüche. Mit der Überführung der Regelung in das StGB wurde der Anwendungsbereich von verjährten Steueransprüchen auf verjährte Ansprüche aller Art erweitert. Zugleich wurde in § 459g Abs. 4 S. 2 StPO ein strafprozessuales Pendant eingeführt.

1. Neufassung § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

Der Sache nach ist es nicht zu beanstanden, die Vorschrift auf den Erlangungstatbestand „für die Tat“ zu erstrecken. Zwar ist damit eine – grundsätzlich kritisch zu überprüfende – weitere Erweiterung der Einziehungstatbestände verbunden. Tatsächlich ergibt sich jedoch aus den Gesetzgebungsmaterialien kein Hinweis darauf, dass mit der gesetzlichen Regelung der sog. Vertreterfälle etwa eine Einschränkung auf das „*durch die Tat Erlangte*“ verbunden sein sollte. Die Gesetzesbegründung zu der Neuregelung des § 73b StGB konzentriert sich vielmehr im Wesentlichen auf die bis dahin umstrittene Anwendung der Dritteinziehung auf sog. Verschiebungsfälle durch die Rechtsprechung¹⁶

¹¹ Grundlegend BGH, Urt. v. 28.7.2021 – 1 StR 519/20.

¹² Vgl. LG Bonn, Urt. v. 18.3.2020 – 62 KLS - 213 Js 41/19 – 1/19, Rn. 59/69 (juris).

¹³ BGBl I, 3096.

¹⁴ BGBl. I, 1515.

¹⁵ BT-Drs. 19/22119, S. 1.

¹⁶ RegE zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 5.9.2016, BT-Drs. 18/9525, S. 56; grundlegend zu den zu § 73 Abs. 3 StGB a.F. entwickelten Fallgruppen BGH, Urt. v. 19.10.1999 – 5 StR 336/99, BGHSt 45, 235.

Und tatsächlich sprechen auch systematische und teleologische Erwägungen für eine Gleichstellung der Erlangungstatbestände: So führt die BLAG, auf deren Ausführungen der Gesetzentwurf verweist, insofern nachvollziehbar an, dass sich § 73b Abs. 1 S. 1 Hs 1 StGB auf die Anordnung der Einziehung nach den §§ 73, 73a StGB insgesamt beziehe und die Vorschrift eine Grundregel enthalte, wonach die aus rechtswidrigen Taten erlangten Vermögenswerte durch Einziehung auch beim Drittbegünstigten abzuschöpfen sind und ein sachlicher Grund für den Ausschluss des „Für die Tat Erlangten“ nicht ersichtlich sei.¹⁷

Zwar werden in Cum-/Ex-Geschäften die wirtschaftlichen Folgen einer Einziehung besonders sichtbar und tatsächlich ist kaum nachvollziehbar, warum Leerverkäufer als notwendige Akteure und wesentliche Profiteure dieser Transaktionen das Erlangte behalten können sollten (dessen Ermittlung allerdings im Hinblick darauf, dass es sich grundsätzlich um ausländische Finanzinstitute handelt und das Erlangte sich aus einer komplexen Preisgestaltung der Aktien- und Derivatgeschäfte über sog. Dividendenlevel ergibt, mit besonderen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte).

Aus dogmatischen Gründen hätte es einer Bezugnahme auf Cum-/Ex-Fälle indes nicht bedurft.

Gleiches gilt für die Inbezugnahme auf sog. Vorkasse-Fälle: Insofern wird angeführt, die Leerverkäufer erlangten „*nicht durch die Tat i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB, da diese vor Versuchsbeginn nicht möglich ist*“¹⁸; dieser Beginn in den Cum-/Ex-Fällen frühestens mit Einreichung der fraglichen Steuererklärung. Im Ergebnis ist zwar zutreffend, dass der Leerverkäufer nicht „durch die Tat“ erlangt, Grund dafür ist aber nicht der Zeitpunkt des Vermögenszuflusses beim Leerverkäufer, sondern die Tatsache, dass die Vermögensvorteile nicht auf der Tatbestandsverwirklichung (der Abgabe einer unzutreffenden Steuererklärung) selbst beruhen. Dies ist das übliche Abgrenzungskriterium von „durch“ vs. „für“ die Tat Erlangtem¹⁹; unerheblich ist indes, ob beispielsweise der Tatlohn desjenigen, der bei einem Banküberfall „Schmiere steht“ – klassisches Beispiel für „Für-Erlangtes“ – vor Versuchsbeginn oder nach Beendigung der Tat ausgezahlt wird. Maßgeblich ist allein, dass in diesem Fall die Entlohnung nicht gleichsam spiegelbildlich auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruht, um im Beispiel zu bleiben, ist dies das beim Banküberfall entwendete Geld.

Vor diesem Hintergrund scheint es, als hätte dem Vorschlag der BLAG (die in diesem Zusammenhang auf ein mit den insoweit in Bezug genommenen Cum-/Ex-Fällen kaum vergleichbares Beispiel anführt)²⁰, mit der Inbezugnahme auf diese insbesondere durch exorbitant hohe Schadenssummen und die (medial) als besonders dreist beschriebene Begehungsweise – „Griff in die Staatskasse“ – beeindruckenden Verfahren Nachdruck verliehen werden sollen, um nicht die angekündigte „große Reform“ der Vermögensabschöpfung abwarten zu müssen.

In diesem Sinne benennt die Entwurfsbegründung die wirtschaftliche „Attraktivität“ der Einziehung auch beim Leerverkäufer: Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Einziehung betragsmäßig nicht auf das vom Täter „durch die Tat“ spiegelbildlich Erlangte „gedeckt“, vielmehr unterliegen das *durch* und *für* die Tat Erlangte nebeneinander der Einziehung. Dadurch folge „*zwangsläufig, dass es im Einzelfall zur Einziehung in einer Höhe kommen kann, die den jeweiligen Ertrag aus der strafbar oder den aus ihr erzielten Erlös übersteigt*“²¹

¹⁷ Vgl. Bericht BLAG, S. 68/69 m.w.N. Dieselbe Argumentation findet sich (ohne Bezugnahme auf den Bericht BLAG) bereits in BGH, Urt. v. 8.7.2025 – 1 StR 58/24, Rn. 30 ff. (juris), freilich zu § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2a StGB („das Erlangte“).

¹⁸ BR-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 2.

¹⁹ Vgl. etwa Fischer-/Fischer/Lutz, StGB, 73. Aufl., 2026, § 73, Rn. 23/24.

²⁰ Vgl. Bericht BLAG, S. 68, dort Fn. 71.

²¹ Vgl. BR-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 6, mit Verweis auf BGH, Urt. v. 8.7.2025 – 1 StR 58/24, Rn. 40 (juris).

2. Einführung einer Übergangsregelung in § 316h Abs. 2 EGStGB

Weitaus bedenklicher als die vorgeschlagene Änderung von § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ist die Gesetzesinitiative im Hinblick auf § 316h Abs. 2 EGStGB. Dadurch wird eine weitere Abweichung des Rückwirkungsverbots des § 2 Abs. 5 StGB mit der Folge statuiert, dass die Neufassung von § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB – nunmehr auch noch unabhängig von deren Verjährung – auf Taten anwendbar ist, die vor Inkrafttreten dieser Neuregelung begangen wurden, sofern noch keine erstinstanzliche Einziehungsanordnung getroffen wurde. Gegen den damit verbundenen Umgang mit dem verfassungsrechtlich garantierten Rückwirkungsverbot bestehen weiterhin, und auch unter Einbeziehung der jüngsten Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts, erhebliche Bedenken.

a) Erweiterung auf bereits verjährte Fälle

Der Gesetzesantrag hatte noch – allerdings nur auf den ersten Blick tatsächlich einschränkend – für die Anwendbarkeit der intendierten Neuregelung in § 73b Abs.1 S. 1 Nr. 1 StGB vorausgesetzt, dass keine Verfolgungsverjährung eingetreten ist, in der Begründung im Zusammenhang mit Fragen des Rückwirkungsverbots jedoch zugleich auf die (zu) langen Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO und darauf hingewiesen, dass „*die einschlägigen Taten*“ teilweise vor dem 30. Juni 2017 (und daher unter dem Regelungsregime von § 73 Abs. 3 StGB a.F.) begangen wurden.²² Tatsächlich wurden die „einschlägigen Taten“ notwendig vor 2012 begangen, da Cum-/Ex-Transaktionen jedenfalls in den hier angesprochenen Konstellationen sodann aufgrund einer Gesetzesänderung²³ (die schon Jahre vorher möglich gewesen wäre) nicht mehr mit entsprechenden steuerlichen Folgen durchführbar waren. Sie dürften daher teilweise bereits verjährt gewesen sein, bevor die relative Verjährungsfrist seit 2020 sukzessive und auf teils überraschendem Weg auf 15 Jahre und die absolute Verjährungsfrist auf 37,5 Jahre verlängert wurde.²⁴ Die u.a. von der Bundesrechtsanwaltskammer geäußerte Kritik am Zustandekommen der Gesetzesänderungen, der gesetzlichen (Un-)Systematik und zu der Verlängerung als solcher²⁵ ist weiterhin angebracht. Gerade angesichts der Tatsache, dass bei den noch nicht verjährten Taten auch Sachverhalte betroffen sein dürften, deren Vorgänge bis in die Jahre 2005/2006 zurückreichen, wobei Verjährungsfristen in der Regel erst Jahre später in Lauf gesetzt wurden, erscheint zudem fraglich, ob diese Verfahren, deren Aufarbeitung weiterhin schleppend vorangeht²⁶, überhaupt noch justiziabel sind/sein werden.

Der federführende Rechtsausschuss hat sich mit der Verjährungs- und Rückwirkungsthematik in seiner Empfehlung nicht aufgehalten und schlicht mitgeteilt, „*ein Anknüpfen an Verjährungszeitpunkte*“ sei „*nach hiesigem Dafürhalten nicht erforderlich*“, nachdem das Bundesverfassungsgericht „*für das geltende Recht verdeutlicht [hat], dass eine solche echte Rückwirkung zulässig ist*“.²⁷

²² Vgl. BR-Drs. 134/26, S. 6.

²³ OGWA-IV-Umsetzungsgesetz vom 22.6.2011, BGBl. I, 2011, S. 1126.

²⁴ Mit der durch das 2. Corona-Steuerhilfegesetz vom 29.6.2020, BGBl. I, S. 1512, eingeführten Vorschrift des § 376 Abs. 3 AO wurde die absolute Verjährung in besonders schweren Fällen der Steuerhinterziehung vom Doppelten der gesetzlichen Verjährungsfrist auf das Zweieinhalbfache, mithin von 20 anstatt seinerzeit 10 Jahren auf das Zweieinhalbfache, mithin auf 25 Jahre verlängert. Mit dem Jahressteuergesetz 2020 wurde sodann in § 376 Abs. 1 AO n.F. die relative Verjährungsfrist von 10 Jahren auf 15 Jahre verlängert und somit die absolute Verjährungsfrist auf $(15 \times 2,5 =) 37,5$ Jahre verlängert (Gesetz vom 21.12.2020, BGBl. I, 3096).

²⁵ Vgl. etwa BRAK-SN Nr. 28/2020 zum Entwurf des Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/juni/stellungnahme-der-brak-2020-28.pdf und Presseerklärung der BRAK vom 17.12.2020 zum Jahressteuergesetz 2020, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/presseerklaerungen/2020-12-17-pa-jahressteuerg-2020-verjaehrungsverlaengerung.pdf?utm_source=chatgpt.com.

²⁶ Vgl. etwa Matussek, Gastkommentar AnwBl. 19.5.2025, abrufbar unter

<https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/recht-gesetz/cum-ex-ermittlungen-schneckentempo>.

²⁷ Vgl. Empfehlungen, BR-Drs. 134/1/26, S. 5 mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19.

In dem in den Bundestag eingebrachten Beschlussentwurf wurde das Kriterium der noch nicht erfolgten Verjährung daraufhin gestrichen und die zunächst als neuer § 316q EGStGB vorgesehene Übergangsvorschrift, insoweit konsequent, als Abs. 2 in § 316h EGStGB eingefügt – eine Vorschrift, die seit ihrer Einführung²⁸ zurecht scharf kritisiert, vom 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs für verfassungswidrig gehalten²⁹, vom Bundesverfassungsgericht jedoch mit (auch) aus Sicht des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer nicht überzeugender Begründung³⁰ als verfassungsgemäß qualifiziert wurde.³¹

b) Aushöhlung des Rückwirkungsverbots

Zu Recht hatte der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Vorschrift des § 316h EGStGB als verfassungswidrig angesehen, wonach die selbständige Einziehung i.S.v. § 76a Abs. 1 S. 1 StGB abweichend von § 2 Abs. 5 StGB auch dann anzuwenden ist, wenn über die Anordnung der Einziehung eines Tatertrages oder dessen Wertes wegen einer Tat, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung am 1. Juli 2017 begangen worden ist, nach diesem Zeitpunkt entschieden wird.³²

Zwar vertrat auch der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Ausgangspunkt die zweifelhafte Linie der Rechtsprechung, die Einziehung nicht als Strafe anzusehen, mit der Folge, dass ein Verstoß gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot, Art. 103 Abs. 2 GG, abgelehnt wurde. Die Übergangsvorschrift wurde jedoch überzeugend als Fall echter Rückwirkung und somit als Verstoß gegen das allgemeine, aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. den Grundrechten verankerte Rückwirkungsverbot disqualifiziert, weil sie nachträglich eine bereits eingetretene Verjährung für rechtlich unbeachtlich erklärt und damit einen in der Vergangenheit liegenden, abgeschlossenen Sachverhalt neu regelt, und die vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Ausnahmen (dazu sogleich ausführlich) nicht einschlägig sind. Auch das Argument, es fehle an einem schutzwürdigen Vertrauen hinsichtlich einer strafrechtswidrig geschaffenen Vermögenslage, ließ der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit zutreffendem Verweis darauf nicht gelten, dass der verfassungsrechtliche Bezugspunkt für das Vertrauen der Bürger nicht die Vermögenssituation, sondern der Fortbestand der Rechtslage ist.³³

Das Bundesverfassungsgericht hat die Bedenken des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs nicht geteilt und die Vorschrift des § 316h EGStGB, die jetzt erneut ergänzt werden soll, „gehalten“.

Der BRAK hält die seinerzeit geäußerte Kritik weiterhin und nunmehr in Bezug auf die Anwendbarkeit der intendierten Neufassung von § 73b Abs. 1 StGB aufrecht, die eine weitere Erosion des Rückwirkungsverbots bedeutet:

²⁸ Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 1.7.2017, BGBl. I, 872.

²⁹ BGH, Vorlagebeschluss v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18.

³⁰ BRAK-SN 13/2020, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/maerz/stellungnahme-der-brak-2020-13.pdf. Kritisch etwa auch *Saliger*, ZIS 2020, 210; *Trüg*, NJW 2019, 1897; *Spatschek/Spilker*, DStR 2020, 1664, 1667; *Schilling/Corsten/Hübner*, wistra 2021, 174; *Asholt*, JZ 2021, 473.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19.

³² BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18; neben zahlreichen Literaturstimmen zustimmend BRAK-SN 13/2020 (Strafrechtausschuss), abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/maerz/stellungnahme-der-brak-2020-13.pdf, sehr ausführlich DAV-SN 44/2019, abrufbar unter file:///Users/hschilling/Downloads/dav-sn-44-2019.pdf; a.A. BRAK-SN 14/2020 (Verfassungsausschuss), abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/maerz/stellungnahme-der-brak-2020-14.pdf.

³³ BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 52 (juris).

Nach der von den Ausschüssen angestoßenen Ausdehnung der Gesetzesänderung auf bereits verjährte Fälle liegt ein Fall echter Rückwirkung vor, die – anders als die unechte Rückwirkung, auf die sich die Begründung der Länderinitiative noch bezog – verfassungsrechtlich unzulässig ist. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht stets betont, 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 Verhaltens galten. Zugleich stehe ein legislatives Zugriffsrecht auf die Vergangenheit in einem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip und müsse daher die Ausnahme bleiben.³⁴

Als Ausnahmen erkennt das Bundesverfassungsgericht nicht abschließend bestimmte Typisierungen fehlenden Vertrauens an, in denen sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig war.³⁵ Insbesondere komme ein Vertrauensschutz, in dem das Rückwirkungsverbot „nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze“ finde, nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste oder das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden. Ferner müsse der Vertrauensschutz zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern, wenn sich der Bürger nicht auf den durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein verlassen durfte oder wenn durch einen sachlich begründete rückwirkende Gesetzesänderung kein oder nur ganz unerheblicher Schaden verursacht wird.³⁶

Diese Ausnahmen sind hier nicht einschlägig:

Selbst, wenn es sich um ein Redaktionsversehen gehandelt haben sollte, den „Für-Erlanger“ nicht in die Regelung zur Dritteinziehung aufzunehmen, ist die geltende Regelung des § 73b Abs. 1 StGB weder unklar und verworren noch etwa evident systemwidrig oder unbillig. Sie war vielmehr so klar, dass der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs gesetzgeberischen Handlungsbedarf – worauf die Beschlussbegründung hinweist – gesehen hat, um die Wortlautgrenze nicht zu überschreiten.³⁷ Die in bunten Farben beschriebene Gefahr, dass Leerverkäufer Millionengewinne behalten dürfen, mag unbillig im Sinne von unfair erscheinen. Zu begründen, warum die allgemeine Regelung des geltenden § 73b Abs. 1 StGB, die sich gerade nicht nur auf Cum-/Ex-Konstellationen bezieht, eine „schreiende Ungerechtigkeit“ ist, dürfte schwerer fallen, ist aber auch nicht der einschlägige Maßstab, denn das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass „das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden“. Es handelt sich zudem auch in Anbetracht der Tatsache nicht um einen „Bagatellfall“, dass die zu Recht kritisierte Einführung von § 316h EGStGB in Bezug auf die selbständige Einziehung ein noch gravierenderer und folgenreicherer Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot gewesen sein mag.³⁸

Die Gesetzesbegründung geht einen anderen Weg und bemüht mit einigem Pathos die vermeintlich „*überragenden Belange des Gemeinwohls*“, die in der „*vermögensordnende Funktion des Abschöpfungsrechts*“ gesehen werden, die „*sowohl dem Täter und dem Dritten als auch der Rechtsgemeinschaft vor Augen geführt werden*“ solle.³⁹ Einmal mehr wird schließlich die Prämisse „Straftaten dürfen sich nicht lohnen“ herangezogen und die verfassungsrechtlich komplexe Diskussion mit dem Argument für beendet erklärt, „*die Erwartung, Tatlohn behalten zu dürfen, ist nicht schutzwürdig.*“⁴⁰

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 (BVerfGE 135, 1), Rn. 53f. m.w.N. (juris).

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 (BVerfGE 135, 1), Rn. 64f. m.w.N. (juris).

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 (BVerfGE 135, 1), Rn. 65 m.w.N. (juris).

³⁷ BR-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 5 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 8.7.2025 – 1 StR 58/24, Rn. 31, juris.

³⁸ Eingehend zu den insoweit nicht vorliegenden Ausnahmefällen *Saliger*, ZIS 2020, 210, 211.

³⁹ BR-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 7/8; kritisch dazu etwa *Schilling/Corsten/Hübner*, wistra 2021, 174, 179 m.w.N.

⁴⁰ BR-Drs. 134/26 (Beschluss), S. 8.

Mit dem Vorschlag der Länderinitiative, der – umgekehrt – die praktisch geringe Bedeutung der Verjährungsfrage (allerdings nur) in Bezug auf die Cum-/Ex-Konstellationen betont, hätte es sein Bewenden haben können. § 316h StGB sollte nicht zu einem „Pool“ für Durchbrechungen des Rückwirkungsverbotes werden, um fiskalische Interessen zu schützen. Die Berufung auf Gerechtigkeit, Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung und Rechtstreue können letztlich beliebig herangezogen werden und geben als Abwägungsparameter das Ergebnis vor. Der Anspruch auf Gerechtigkeit verabschiedet sich damit weiter von einem durch rechtstaatliche Vorgaben definierten Maßstab und wird zur inhaltsleeren Größe.

Die Initiative zu § 316h Abs. 2 EGStGB ist daher abzulehnen.

- - -