

Von Prof. Dr. Marco Mansdörfer, Saarbrücken*

Der Beitrag analysiert den Streit zwischen dem 1. und dem 3. Strafsenat zur Frage, ob neben der obligatorischen Einziehung nach § 73 StGB eine Geldstrafe gem. § 41 StGB verhängt werden kann. Nach Darstellung der Argumente zeigt die Tiefenanalyse, dass beide Sanktionen nebeneinander bestehen können und ein drängender Reformbedarf nicht besteht.

I. Die Fragestellung und der Meinungsstand

Am Bundesgerichtshof schwelt ein Streit. Der 1. und der 3. Strafsenat sind sich uneins in der Frage, ob und inwieweit die nach § 73 StGB zwingende Einziehung des durch die Tat erzielten Vermögensvorteils die zusätzliche Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe gem. § 41 StGB ausschließt.¹

Hat sich ein Täter durch die Tat bereichert oder zu bereichern versucht, so kann nach § 41 StGB neben einer Freiheitsstrafe eine sonst nicht oder nur wahlweise angedrohte Geldstrafe verhängt werden, wenn dies auch unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters angebracht ist. Primärer Zweck von § 41 StGB ist es, gewinnorientiert handelnde Täter mit einem wirksamen Strafübel zu belegen.²

Der 1. Strafsenat meint nun, seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017³ mit der seither zwingenden Einziehung von Taterträgen sei der Zweck von § 41 StGB weitestgehend entfallen und die Vorschrift überholt:⁴ § 41 StGB wurde eingeführt, um insbesondere vermögende Täter aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität, deren leitendes Motiv eine persönliche Bereicherung gewesen sei, an ihrem Vermögen zu treffen und ihnen faktisch die Gewinne aus Straftaten zu entziehen. Im Regelfall sei daher kein Raum mehr für eine zusätzlich zu einer Freiheitsstrafe verhängte Geldstrafe.⁵ Die Ansicht des 1. Strafsenats hat in der Literatur durchaus Gefolgschaft gefunden.⁶ Die Tatanreize seien durch die angeordnete Einziehung des Tatertrags bereits wirksam reduziert.

* Der Autor ist Lehrstuhl-Inhaber an der Universität des Saarlandes und Direktor des Instituts für Wirtschaftsstrafrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht.

¹ Vergleiche BGH, Urt. v. 27.11.2024 – 1 StR 473/23 mit BGH, Urt. v. 17.4.2025 – 3 StR 405/24.

² Siehe BGH, Beschl. v. 15.11.2002 – 2 StR 302/02 = NStZ 2003, 198 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 1 StR 389/15 = BGHR StGB § 41 Bereicherung 2 Rn. 7; Peglau, wistra 2009, 124 f.

³ BGBl. I 2017, S. 872.

⁴ BGH, Urt. v. 27.11.2024 – 1 StR 473/23; zurückhaltend war der 1. Strafsenat noch in BGH, Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 188/22 (Erörterungsbedürftigkeit der Anwendung des § 41 StGB bei ausgesprochenen Einziehungsentscheidungen).

⁵ BGH, Urt. v. 27.11.2024 – 1 StR 473/23, Rn. 28 (juris).

⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 41 Rn. 6; Radtke, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl.

Der 3. Strafsenat⁷ hat nur wenige Monate später einen anderen Ton eingeschlagen. Die Anordnung der Tatertrags-einziehung schließt seiner Auffassung nach die Kumulation von Freiheits- und Geldstrafe weder zwangsläufig noch in aller Regel aus. Auch der 3. Strafsenat steht mit seiner Auffassung keineswegs allein da.⁸

II. Die Argumente der Strafsenate

Beide Seiten führen gewichtige Argumente für ihre jeweilige Position ins Feld:

Der 1. Strafsenat argumentiert betont historisch. Das frühere Recht der Einziehung von Taterträgen sei unter der Perspektive der Abschreibung unzureichend gewesen. Mit dem neuen Recht seien seit 2017 die Tatanreize durch Einziehung des Tatertrags bereits wirksam reduziert worden. Die Kumulation der Tatertragseinziehung und des § 41 StGB könne eine Überforderung des Täters mit sich bringen, was sich daran zeige, dass § 41 StGB sich am Tagessatzsystem orientiere.

Der 3. Strafsenat beginnt methodisch an sich korrekt zunächst beim Wortlaut des § 41 StGB. Dieser biete keinen Anhalt dafür, die Anwendung der §§ 73 ff. StGB prinzipiell auszuschließen. Dem folgt die systematische Argumentation, dass die Kumulation von Geld- neben Freiheitsstrafe auch beim erfolglosen Versuch einer Bereicherung in Betracht komme. Ein tatsächlich bereicherter Täter, dem zugleich das Taterlangte entzogen wird, müsse nicht zwingend anders behandelt werden. In der historischen Beurteilung stimmt der 3. Strafsenat zwar mit dem 1. Strafsenat überein, zieht aber eine andere Schlussfolgerung und meint, daraus folge nicht, dass § 41 StGB bloße Auffangfunktion habe. Beide Rechtsinstitute seien in Rechtsnatur und Normzweck verschieden und daher nebeneinander anwendbar. Ohne die kumulative Geldstrafe könne die wirtschaftliche Saldierung der Tat auf „null“ hinauslaufen. Eine solche Bilanz entfalte keine spezialpräventive Wirkung für gewinnorientierte Täter. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt würde. Hier verdeutliche die Geldstrafe, dass sich die Tat nicht nur nicht lohne, sondern sogar einen Realverlust bewirke. Bloße Bewährungsaufgaben erfüllten diese Funktion regelmäßig nicht zuverlässig.

Nach dem traditionellen Methodenkanon sind die Argumente ausgetauscht. Während die historische und teleologische Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führen,

2025, § 41 Rn. 9; Kinzig, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 41 Rn. 1, sowie bereits OLG Celle, Beschl. v. 18.6.2008 – 32 Ss 77/08 = NStZ 2008, 711 (712).

⁷ BGH, Urt. v. 17.4.2025 – 3 StR 405/24.

⁸ Unbeanstandet bleibt das Nebeneinander der beiden Rechtsfolgen etwa vom 5. Strafsenat in BGH, Urt. v. 27.5.2020 – 5 StR 603/19 = NStZ-RR 2020, 239 oder bei Werner, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 4, 14. Aufl. 2025, § 41 Rn. 1.

scheinen die grammatische und systematische Auslegung eher für die Auffassung des 3. Strafsenats zu streiten. Freilich könnte auch hier der 1. Strafsenat replizieren, dass der Wortlaut und die Systematik des § 41 StGB noch nicht an die seit 2017 veränderte Gesamtrechtslage angepasst und damit wenig aussagekräftig sind. Insgesamt läuft die bisherige Argumentation also auf eine Pattsituation hinaus. Beide Auffassungen sind theoretisch und praktisch vertretbar.

III. Die Tiefenanalyse

Wenn beide Auffassungen vertretbar sind, geht es schlussendlich um die Frage, welcher der beiden Ansätze vorzuzugswürdig ist. Um hierzu eine sichere Beurteilungsbasis zu gewinnen, ist es notwendig, auf einer etwas abstrakteren Ebene eine Tiefenanalyse der Problematik anzugehen.

1. Der Ausgangspunkt

Grundlegend geht es um die Frage der richtigen bzw. sachangemessenen Strafzumessung bei Tätern, die bei der Tat in nicht unerheblichem Maße gewinnorientiert gehandelt haben. Erkennt man die Gewinnorientierung als ein – namentlich in der Wirtschaftskriminalität – wesentliches Tatmotiv an, ist für die Beurteilung von Sanktionswirkungen der Weg zur Rational-Choice-Theorie⁹ und der Annahme vom beschränkt rational handelnden Straftäter nicht weit.¹⁰ Erkennt man diese Eigenschaften nicht nur dem Straftäter, sondern auch den entsprechenden Normenadressaten zu, besteht darüber hinaus auch kein Unterschied zwischen spezial- und generalpräventiven Erwägungen. Die Vorschrift des § 41 StGB kann daher grundsätzlich normbestätigend wirken.

2. Die Einziehung

Das Recht der Einziehung nach § 73 StGB führt aufgrund des dort angewendeten sogenannten Bruttoprinzips¹¹ keineswegs nur und in allen Fällen lediglich zum Entzug des durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Vorteils, sondern geht je nach Einzelfall deutlich darüber hinaus. Insofern ist es zutreffend, die Einziehung gemäß § 73 StGB bei der Strafzumessung als wichtigen Faktor zu berücksichtigen. Dies gilt unabhängig davon, ob man die Einziehung in ihrer Zweckrichtung primär als bereicherungsrechtliches¹² oder punitives¹³ Element einordnet. Die fortdauernde Berechtigung des § 41 StGB könnte also – ganz im Sinne des ersten Strafsenats – infrage gestellt werden.

⁹ Dazu nur *Kaspar*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 19 Rn. 111 ff.

¹⁰ Ausführlicher dazu bereits *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, Rn. 30 ff., 55 ff., mit Ergänzungen zur subjektiven Tatseite in *ders.*, Vorsatz und Entscheidung, 2024; zu dem insoweit herrschenden Ansatz im schweizerischen Wirtschaftsstrafrecht *Ackermann*, in: Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl. 2021, § 1.

¹¹ BT-Drs. 18/11640, S. 78.

¹² BT-Drs. 18/11640, S. 78.

¹³ In diese Richtung *Mansdörfer*, jM 2017, 122.

Die Sache ist jedoch komplexer. Das Recht der Einziehung hat grundlegende andere Schwächen. Insbesondere aus der Position des Geschädigten wird deutlich, dass dem Recht der Einziehung nur solche Taterträge unterliegen, die noch in irgendeiner Form in dem Vermögen des Täters oder eines Dritten vorhanden sind. Die Einziehung läuft also an all den Stellen ins Leere, an denen Taterträge verbraucht oder geschickt verschoben wurden. Werden Taterträge bei Dritten eingezogen, so tritt die Wirkung bei diesen und nicht – oder nur sehr indirekt – beim Täter ein. In allen diesen Fällen wird der historische Normzweck des § 41 StGB durch die Änderungen des Einziehungsrechts im Jahr 2017 nicht berührt. Auch die Streichung des § 73 Abs. 2 StGB a.F., der vormalige Ausschluss der Einziehung bei Bestehen von Schadensersatzansprüchen Dritter, ändert an diesem Befund wenig. Die Streichung von § 73 Abs. 2 StGB a.F. hat nicht grundlegend die Vermögensposition des Straftäters verändert, sondern sollte in erster Linie die Rechtsposition des Geschädigten verbessern.¹⁴ Tatsächlich ist diese Verbesserung allerdings eher gering. Geschädigte sind insbesondere bei Vermögensstrafaten von Rechts wegen praktisch nicht in der Lage, sich als Nebenkläger effektiv am Verfahren zu beteiligen¹⁵ und müssen zudem das Ende der oft langwierigen Strafverfahren abwarten. Für professionelle Opfervertreter ist die Vertretung der Opferinteressen im Einziehungsverfahren angesichts des damit verbundenen Aufwands und wiederum der Verfahrensdauer wenig attraktiv.

Damit bleibt vor allem der Umstand, dass der 2017 vorgenommene Wechsel von der fakultativen hin zur obligatorischen Einziehung zu einem deutlichen Wandel der Rechtspraxis, zu häufigeren Einziehungsentscheidungen geführt hat. Der Grundsatz „crime does not pay“ wurde damit zwar verbindlich institutionalisiert, aber keineswegs ausbuchstabiert. Versteht man diesen Wandel also rechtsprogrammatisch, so spricht auch er gerade nicht zwingend für eine Einschränkung des § 41 StGB. § 41 StGB steht vielmehr ganz in dieser Linie und ist ein geeignetes Instrument der Idee, dass sich Verbrechen nicht lohnen soll, Wirkung zu verleihen. Der Gedanke des Opferschutzes würde sogar dahin gehen, über die Einziehung hinausgehende Entschädigungszahlungen an die Opfer zum Gegenstand eines weiteren Sanktionsausspruchs zu machen.

3. Zur Kumulation der Rechtsfolgenaussprüche

Den bisherigen Überlegungen schließt sich die Frage an, ob die Kumulation von Rechtsfolgenaussprüchen an sich reduziert werden sollte. Die Rechtsansicht des 1. Strafsenats könnte den Vorteil haben, die Strafzumessung und die daran anschließende Strafvollstreckung insgesamt zu vereinfachen. Die Kumulation von Sanktionen ist jedoch nicht ein per se zu vermeidender Umstand. Das Rechtsfolgensystem des StGB ist im Kern ohnehin bereits auf Geld- und Freiheitsstrafen limitiert. Die Streichung der kumulativ zur Freiheitsstrafe

¹⁴ Tatsächlich sind diese Vorteile begrenzt, vgl. näher dazu *Mansdörfer*, jM 2022, 343.

¹⁵ Siehe dazu die Beschränkung des Kreises der Nebenkläger in § 395 Abs. 1 StPO.

verhängten Geldstrafe würde dann praktisch zwingend zu höheren Freiheitsstrafen führen. Eine Entlastung der Strafvollstreckungsorgane ist damit also ebenfalls nicht verbunden. Auch ist derzeit nicht ersichtlich, dass ein höheres Sanktionsniveau im Bereich der Freiheitsstrafen forensisch erforderlich wäre. Tatsächlich hat die Rechtsprechung im Wirtschaftsstrafrecht die Voraussetzungen für eine effektive Strafverfolgung – und damit der generalpräventiv wichtigere Parameter als das im Einzelfall verhängte Strafmaß – durch den Wandel wesentlicher Zurechnungsvoraussetzungen in den letzten zwei Jahrzehnten deutlich erleichtert. Beispiele sind grundlegende Ansätze bei der Zurechnung durch Rechtsfiguren wie der Allzuständigkeit der Geschäftsführung bis hin zu starken Normativierungen wesentlicher Tatbestandsmerkmale bei den zentralen Vermögensstraftaten des Betrugs gem. § 263 StGB oder der Untreue gem. § 266 StGB.

4. Das Strafverfassungsrecht

Zuletzt ergibt sich auch aus dem Strafverfassungsrecht keine Notwendigkeit für eine richterliche Rechtsfortbildung im Sinne des *1. Strafsenats*. Das Verfassungsrecht gebietet richterliche Rechtsfortbildung vor allem in Situationen, in denen eine planwidrige Regelungslücke besteht und die Anwendung des Gesetzes ohne Ergänzung zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen würde.¹⁶ Eine planwidrige Lücke ist vorliegend nicht sicher festzustellen. Der Grundsatz des *ne bis in idem* verbietet zwar die mehrfache Bestrafung derselben Tat, nicht aber eine staatliche Reaktion, die aus verschiedenen Sanktionselementen besteht. Die Verfassungsmäßigkeit von § 41 StGB ist daher bislang zu Recht auch nicht infrage gestellt worden.

Damit verbleibt aus strafverfassungsrechtlicher Perspektive insbesondere das Gebot der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Reaktion auf das vom Täter begangene Unrecht.¹⁷ Das führt dazu, dass das erkennende Gericht bei der Strafzumessung insgesamt die verschiedenen Rechtsfolgen der Tat und deren Auswirkung auf den Täter im Blick haben muss. Daraus folgt dann eine entsprechende Erörterungspflicht bei der Kumulation von Freiheitsstrafe, Geldstrafe und Einziehung, die aber angesichts der nach dem Wortlaut von § 41 StGB ohnehin gegebenen Begründungsbedürftigkeit der Strafe insgesamt nicht unzumutbar ins Gewicht fällt.

IV. Die Schlussperspektive

Die Diskussion zwischen den Strafsenaten über die Handhabung von § 41 StGB im Lichte des 2017 geänderten Rechts der Einziehung ist berechtigt. Die Wechselwirkungen zwischen den beiden Regelungen sind bei einer genauen Analyse allerdings geringer, als es auf den ersten Blick erscheinen

mag. Daraus folgt, dass ein massiver und drängender Korrekturbedarf an der bestehenden Regelung, der ein höchstrichterliches Eingreifen erfordern würde, konkret nicht besteht. Rechtspolitisch erscheint es eher fragwürdig, das ohnehin schon nicht sehr vielfältige Sanktionsspektrum des deutschen Strafrechts ohne Not weiter einzuschränken. § 41 StGB kann auch neben der Einziehung im Rahmen einer insgesamt verhältnismäßigen staatlichen Reaktion auf eine Straftat zur Anwendung kommen. Die Schwächen der gegenwärtigen Regelungen liegen an anderer Stelle und würden einen gesetzgeberischen Eingriff erfordern, der über die Kompetenz der Rechtsprechung zur Anwendung und Fortbildung des *Rechts de lege lata* hinausgeht.

¹⁶ Grundlegend dazu BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269 (286 ff.), sowie aus neuerer Zeit BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10 = BVerfGE 128, 193 (210).

¹⁷ Zur Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit neben dem Grundsatz des *ne bis in idem* *Höfling/Burkiczak*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 26. Erg.-Lfg., Stand: April 2009, Art. 103 Rn. 169.