

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Markus Wagner
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambros, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Markus Wagner
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Liam Matis Picker
Prof. Dr. Markus Wagner
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

2/2026

5. Jahrgang

S. 108–142

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Geldstrafe gem. § 41 StGB neben Freiheitsstrafe und Einziehung nach § 73 StGB?
Von Prof. Dr. Marco Mansdörfer, Saarbrücken 108

Strafprozessrecht

- Das Schicksal von Maßnahmen i.S.v. § 116 Abs. 1 StPO nach Eintritt der Rechtskraft
Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 3.4.2025 – StB 8/25
Von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Wissenschaftlicher Mitarbeiter Jakob Alig, Trier 111

- Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Anwaltsberufs
Neues Austarieren des Beschlagnahmeschutzes bei Internal Investigations?
Von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Beckschäfer, Essen/Düsseldorf 117

Europäisches Strafrecht

- Strafprozessuale Auswirkungen der Europäischen Staatsanwaltschaft auf Länder mit einem
Untersuchungsrichter
Von Eleni Karapatsia, LL.M., Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Heger, Berlin 121

Völkerstrafrecht

- Erste Urteile der kolumbianischen Sondergerichtsbarkeit für den Frieden
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambros, Iván Ricardo Morales Chinome, LL.M. (Erlangen-Nürnberg),
Göttingen 128

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Wirtschaftsstrafrecht

- BGH, Urt. v. 27.2.2025 – 5 StR 287/24
(Zur faktischen Geschäftsführung bei Firmenbestattungen)
(Prof. Dr. Thomas Rönnau, Hamburg) 132

BUCHREZENSIONEN

Strafprozessrecht

- Alina Herrmann, Tatrichterliche Beurteilungsspielräume im materiellen Recht. Eine dogmatische
und rechtstheoretische Untersuchung zur Revisibilität der tatrichterlichen Rechtsanwendung in
Fällen unbestimmter Tatbestandsmerkmale, 2025
(Generalstaatsanwalt Dr. Thomas Harden, Köln) 138

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 Straßübel 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 Tatertrags-einziehung 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 lohnt, sondern sogar einen Realverlust bewirkt. Bloße Bewährungsauflagen 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 vorzugswürdig 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 Vermögensstraftaten 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 höchststrichartliches 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.

Von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Wissenschaftlicher Mitarbeiter Jakob Alig, Trier*

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der kürzlich erschienenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der sich der 3. Strafsenat zum Schicksal eines außer Vollzug gesetzten Untersuchungshaftbefehls nach Eintritt der Rechtskraft verhalten hat. Im Fokus stand die Frage, ob die im Zusammenhang einer Außervollzugsetzung angeordneten Maßnahmen i.S.d. § 116 Abs. 1 StPO auch nach Rechtskraft weiterhin Geltung beanspruchen. Nach Ansicht des 3. Strafsenats liefert die Strafprozessordnung hinsichtlich dieser Frage keine befriedigende Antwort, so dass der Senat den Gesetzgeber in der Pflicht sieht.

I. Zugrunde liegender Sachverhalt

Der 3. Strafsenat des BGH hatte über die Beschwerde der inzwischen rechtskräftig verurteilten Studentin Lina E. zu entscheiden. Die Beschwerde richtete sich gegen einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl.

Am 31. Mai 2023 wurde die Angeklagte vom OLG Dresden unter anderem wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung zu fünf Jahren und drei Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Hintergrund war, dass die Angeklagte zwischen 2018 und 2020 gemeinsam mit anderen Personen (vermeintliche) Rechtsextremisten überfiel und zusammenschlug. Am Tag der Urteilsverkündung wurde auch der zuvor vom Ermittlungsrichter am BGH erlassene Haftbefehl unter Anordnung einer Meldeauflage nach § 116 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO durch das Oberlandesgericht außer Vollzug gesetzt. Auch unter Anrechnung der vollzogenen Untersuchungshaft nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB ist dabei voraussichtlich eine Strafhafte zu vollstrecken.

Gegen den Haftbefehl in Verbindung mit dem Außervollzugsetzungsbeschluss richtete sich die Beschwerde der Angeklagten. Dieser Beschwerde half das OLG teilweise ab, indem die Meldeauflage reduziert wurde. Noch bevor der BGH über die Beschwerde entschieden hatte, wurde das Urteil des OLG Dresden gegen die Angeklagte rechtskräftig: Knapp zwei Wochen vor der hiesigen Entscheidung verwarf derselbe Senat die Revision der Angeklagten.¹

II. Die Entscheidung

1. Rechtskraft und die Erledigung des Untersuchungshaftbefehls

Die Beschwerde der Angeklagten gegen den (außer Vollzug gesetzten) Haftbefehl ist nach Ansicht des *Senats* gegenstandslos, weil auch der Haftbefehl – unabhängig vom Außervollzugsetzungsbeschluss – mit Eintritt der Rechtskraft des

Urteils (ipso iure) gegenstandslos geworden sei. Die Rechtskraft führe zur Erledigung des Haftbefehls und zwar unabhängig davon, ob er zuvor außer Vollzug gesetzt war oder nicht.² Der Zweck des Untersuchungshaftbefehls bestehe allein in der Sicherung der Durchführung des Strafverfahrens; der Haftbefehl richte sich auf nicht rechtskräftig verurteilte Personen und solle deren Erreichbarkeit bis zur Entscheidung gewährleisten. Zumindest bestehe weitgehende Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur darüber, dass nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens ein zuvor außer Vollzug gesetzter Untersuchungshaftbefehl nicht wieder in Vollzug gesetzt und vollstreckt werden könne, auch nicht bei Nichtnachkommen der Auflagen oder Untertauchen durch den Betroffenen.³ Zur Sicherung der Freiheitsstrafe nach einem rechtskräftigen Urteil stehe der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde dagegen die Möglichkeit des ausdrücklich geregelten Vollstreckungshaftbefehls gemäß § 457 Abs. 2 StPO zur Verfügung.

2. Streit zur Fortgeltung von Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO

Nichtsdestotrotz äußert sich der *Senat* zu der umstrittenen Rechtsfrage, ob und wenn ja auf welcher Rechtsgrundlage die angeordneten haftverschonenden Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO nach Rechtskraft des Urteils fortgelten. Hat der Verurteilte auch nach Rechtskraft die Anweisungen i.S.v. § 116 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 3 StPO weiter zu erfüllen? Beziehungsweise: Kann eine Sicherheitsleistung nach § 116 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StPO noch für verfallen erklärt werden?⁴

Der 3. Strafsenat stellt insoweit den Meinungsstand umfassend dar und begründet in großen Teilen überzeugend, warum keine der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Begründungen in Gänze zu überzeugen vermag (dazu unten III. 2.). Vor allem weist der *Senat* die in der Literatur vertretene Auffassung, nach der auch die Maßnahmen nach § 116 StPO mit Eintritt der Rechtskraft keine Geltung mehr beanspruchen dürfen, als dem Gesetz zuwiderlaufend zurück. Aber auch der h.M., die von einem isolierten Fortbestand der

² BGH NStZ 2026, 193 (193 f. Rn. 4 ff.) mit Hinweis auf BGH BeckRS 2020, 15325; *Böhm*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 117 Rn. 56; *Schmitt*, in: Schmitt/Köhler, Strafprozessordnung, Kommentar, 68. Aufl. 2025, § 117 Rn. 13; vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 143 (144); OLG Karlsruhe BeckRS 1980, 31209187.

³ BGH NStZ 2026, 193 (193 f. Rn. 6) mit Hinweis auf KG StV 2024, 22 (23 Rn. 6, 10 ff.); KG, Beschl. v. 14.6.2022 – 6 Ws 43/22 u.a., Rn. 5, 11, 13 (juris); OLG Hamburg BeckRS 1977, 31208288; OLG Karlsruhe BeckRS 1980, 31209187; *Lind*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 5, 28. Aufl. 2025, § 123 Rn. 14.

⁴ BGH NStZ 2026, 193 (194 Rn. 7 ff.).

* Der Autor *El-Ghazi* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier; der Autor *Alig* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort.

¹ BGH BeckRS 2025, 6442.

Maßnahmen i.S.d. § 116 Abs. 1 StPO ausgeht, kann der 3. Strafsenat keine Widerspruchsfreiheit bescheinigen. Der Senat erblickt hinsichtlich der Frage des Fortbestandes der Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO nach Eintritt der Rechtskraft ein Regelungsdefizit und fordert den Gesetzgeber auf, hierauf zu reagieren und dieses zu beseitigen.⁵

3. Keine Umdeutung in eine Beschwerde gegen die Maßnahmen i.S.d. § 116 StPO

Eine Entscheidung zwischen den unterschiedlichen Positionen muss der Senat seines Erachtens nicht treffen. Denn selbst dann, wenn die erteilten Anweisungen – isoliert – fortgelten würden, schied eine Umdeutung der Haftbeschwerde gemäß § 300 StPO in ein Rechtsmittel gegen die Anweisung i.S.d. § 116 Abs. 1 StPO aus. Nach § 304 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 StPO sei eine Beschwerde in Verfahren, in denen die Oberlandesgerichte im ersten Rechtszug entschieden, nur gegen solche Entscheidungen statthaft, wenn diese die „Verhaftung“ des Beschuldigten betreffen. Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO würden dagegen „allein die Ausgestaltung seines Lebens in Freiheit“ betreffen.⁶ Gegen solche Einschränkungen sei die Beschwerde zum BGH aber unstatthaft.

III. Analyse der Entscheidung

1. Erledigung des Haftbefehls und Gegenstandslosigkeit der Beschwerde

a) Erledigung eines vollzogenen Haftbefehls

Im Ausgangspunkt reiht sich der Beschluss des 3. Strafsenats in eine gefestigte Rechtsprechungslinie ein:

Weitgehend Einigkeit besteht dabei zunächst insoweit, dass sich ein vollzogener Haftbefehl mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils erledigt bzw. gegenstandslos wird, sofern eine unbedingte Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßregel zu verbüßen ist.⁷ Dies hat auch das BVerfG bereits

bestätigt⁸ bzw. mit seinen frühen Entscheidungen den Weg für eine solche Judikatur bereitet.⁹ Ausdrücklich hatte sich der BGH, soweit ersichtlich, lange nicht zur Erledigung des Haftbefehls verhalten, eine solche aber wohl implizit angenommen, als er sich der sog. „Wandlungsthese“¹⁰ anschloss.¹¹ Nach dieser wandle sich die Untersuchungshaft mit Rechtskraft des Urteils ohne förmliche Einleitung des Vollstreckungsverfahrens automatisch in Straftaft um.¹² Bestätigung findet dieses Ergebnis seit 2006 auch in § 47 Abs. 3 S. 1 StPO.¹³ Diese Vorschrift ordnet das Wiederaufleben von Haft- und Unterbringungsbefehlen sowie sonstiger Anordnungen an, wenn die Rechtskraft durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durchbrochen wird. Das Gesetz geht hier wohl selbst davon aus, dass solche Entscheidungen mit Eintritt der Rechtskraft ipso iure an Bestand verlieren.

Der 3. Strafsenat hatte sich bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2020, in der er eine Beschwerde gegen einen vollzogenen Haftbefehl wegen eingetretener Rechtskraft für gegenstandslos erklärte, dieser überzeugenden Position angeschlossen.¹⁴

b) Erledigung eines außer Vollzug gesetzten Haftbefehls

Während sich der 3. Strafsenat in Bezug auf den vollzogenen Haftbefehl auf bekanntem Terrain bewegt, fehlte es – soweit

185 (185 f.); OLG Braunschweig MDR 1950, 755 (755 f.); Baier, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2025, § 450 Rn. 6; Nestler, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 450 Rn. 24; Schweckendieck, NStZ 2011, 10 (13); Linke, JR 2001, 358 (360 f.).

⁸ BVerfG NJW 2005, 3131 (3131): „Der Haftbefehl des LG vom 13.3.2002 ist mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 29.4.2002 gegenstandslos geworden; er hat sich mit der (zunächst) rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers erledigt“; BVerfGE 9, 160 (161): „[...] weil der Haftbefehl durch das rechtskräftige Urteil des BGH prozessual und sachlich überholt ist. Mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers ist der Haftbefehl erledigt“.

⁹ So Barthe, NStZ 2016, 71 (72 f.); Linke, JR 2001, 358 (359); anders zuvor noch OLG Braunschweig MDR 1950, 755 (755 f.).

¹⁰ Barthe, NStZ 2016, 71 (71, 73 f.); Linke, JR 2001, 358 (359).

¹¹ BGH NStZ 2000, 391 (391); BGH NStZ 1999, 638 (638); BGHSt 38, 63 (63 ff.); offengelassen dagegen noch BGHSt 20, 64 (65 f.).

¹² So auch KG NStZ 2012, 230 (231 Rn. 5 f. – plädiert aber für das Fortbestehen des Haftbefehls, sofern außer Vollzug gesetzt); OLG Hamm BeckRS 2010, 10542; OLG Hamm StV 2002 209 (209 f.); OLG Düsseldorf NStZ 1999, 585 (585); OLG Stuttgart NJW 1979, 884 (884); OLG Köln NJW 1966, 1829 (1829); Gericke (Fn. 7), § 120 Rn. 22; Schmitt (Fn. 2), § 120 Rn. 15; Böhm (Fn. 2), § 120 Rn. 32; zum ganzen Meinungsstand Lind (Fn. 3), Vor § 112 Rn. 98 f.

¹³ Lind (Fn. 3), Vor § 112 Rn. 99; vgl. auch Graf (Fn. 7), Vor §§ 112 ff. Rn. 20.

¹⁴ Vgl. BGH BeckRS 2020, 15325.

⁵ BGH NStZ 2026, 193 (194 Rn. 11) mit Hinweis auf Barthe, NStZ 2016, 71 (75).

⁶ BGH NStZ 2026, 193 (194 f. Rn. 11) mit Hinweis auf BGHSt 29, 200 (201 f.); 25, 120 (120 ff.); Böhm (Fn. 2), § 116 Rn. 44; Neuheuser, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 304 Rn. 50; Schmitt (Fn. 2), § 304 Rn.13; Zabeck, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 304 Rn. 7; OLG Celle NStZ-RR 2006, 222 (223).

⁷ KG BeckRS 2022, 23493 Rn. 8; OLG Hamm StV 2002 209 (209 f.); OLG Düsseldorf StV 1988, 110 (110 f.); OLG Stuttgart NJW 1979, 884 (884); OLG Köln NJW 1966, 1829 (1829); OLG Bremen MDR 1966, 349 (349); Gericke, in: Barthe/Gericke (Fn. 6), § 120 Rn. 22 ff.; Krauß, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2025, § 120 Rn. 43; Graf, in: Barthe/Gericke (Fn. 6), § 112 Rn. 58; implizit im Rahmen der „Wandlungsthese“ wohl auch: BGHSt 38, 63 (63 ff.); offengelassen dagegen noch: BGHSt 20, 64 (65 f.); bloß der vollzogene Haftbefehl: KG NStZ 2012, 230 (231 Rn. 5 f.); a.A. OLG Frankfurt a.M. MDR 1979, 75 (75 f.); OLG Hamm JZ 1967,

ersichtlich – an einer Stellungnahme des BGH zu den Auswirkungen der Rechtskraft auf einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl. Der 3. *Strafsenat* positioniert sich in dieser Frage eindeutig. Auch ein außer Vollzug gesetzter Haftbefehl erledige sich mit der Rechtskraft. Eine gegen ihn gerichtete Beschwerde werde gegenstandslos.¹⁵ In dieser Frage ist das Meinungsbild, wie der 3. *Strafsenat* zutreffend erkennt, heterogener. Es liegen hierzu zumindest zahlreiche (und teilweise divergierende) Entscheidungen der Oberlandesgerichte vor.

So haben in der Vergangenheit das OLG Hamburg¹⁶, das OLG Karlsruhe¹⁷ und das OLG Frankfurt a.M.¹⁸ ohne nähere Begründung angenommen, dass die Erledigungsthese auch für den außer Vollzug gesetzten Haftbefehl gelte. Das OLG Stuttgart ging 1984 hingegen davon aus, dass ein außer Vollzug gesetzter Haftbefehl nicht zwingend gegenstandslos werde und berief sich dabei auf § 123 Abs. 1 Nr. 2 StPO.¹⁹ Demnach sei eine Maßnahme nach § 116 StPO erst aufzuheben, wenn die erkannte Freiheitsstrafe vollzogen wird. Diese gesetzliche Regelung wäre aber überflüssig, wenn bereits mit der Rechtskraft des Urteils diese Maßnahmen ebenso wie der Haftbefehl selbst als prozessual überholt zu gelten hätten.²⁰ Ähnlich liegt auch eine wenige Jahre zuvor ergangene Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.²¹

Auch das Kammergericht ging in einem Beschluss seines 2. *Strafsenats* aus dem Jahr 2011 von der Fortgeltung des außer Vollzug gesetzten Haftbefehls aus. Diese Entscheidung sorgte für gewisses Aufsehen. Der Zweck der Untersuchungshaft sei es nicht nur, die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten; sie solle vielmehr auch die spätere Vollstreckung eines auf Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßregeln lautendes Urteil sicherstellen.²² Letztere Hypothese ist an und für sich wenig unspektakulär, wenn man einen Blick in die Literatur wagt.²³ Anklang finden die Vertreter dieser Hypothese auch beim Bundesverfassungsgericht, das sich schon mehrfach zu dieser Aussage vom Sicherungszweck der Untersuchungshaft hat „hinreißen“ lassen.²⁴ Dabei geht das Bundesverfassungsgericht selbst von

einer Erledigung des Haftbefehls aus, wenn der Zweck des Strafverfahrens mit Eintritt der Rechtskraft erreicht ist.²⁵ Auf einen möglichen weiteren Zweck, nämlich die Sicherung der Vollstreckung, hat das Gericht in diesem Kontext nie rekurriert.

Richtig dürfte daher die Deutung sein, nach der die Sicherungsfunktion des Haftbefehls nach § 112 StPO nur als ein (reflexartiger) Nebenzweck zu begreifen sei,²⁶ die nach Verwirklichung des Hauptzwecks des Haftbefehls nicht mehr selbstständig zum Tragen kommen kann.

Gerade vor diesem Hintergrund verdient die Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahr 2011 besondere Beachtung. Denn, so das Kammergericht, anders als bei einem vollzogenen Haftbefehl, bei dem die Untersuchungshaft automatisch in Strafhaft übergehe, sei die Sicherung der Vollstreckung noch nicht erreicht.²⁷ Nach Ansicht des Kammergerichts könne der außer Vollzug gesetzte Haftbefehl auch nach Rechtskraft wieder in Vollzug gesetzt werden: Ein effektives Sicherungsmittel würden die Maßnahmen zudem nur darstellen, wenn das Gericht auch nach Rechtskraft des Urteils weiter die Möglichkeit hätte, den Untersuchungshaftbefehl nach § 116 Abs. 4 StPO wieder in Vollzug zu setzen.²⁸

Der letzten Aussage haben andere Senate des Kammergerichts später – und zwar ganz zu Recht – widersprochen.²⁹ Nach Rechtskraft diene allein der Vollstreckungshaftbefehl nach § 457 StPO der Sicherung der Strafvollstreckung. Die §§ 123, 124 StPO könnten nicht herangezogen werden, um einen Freiheitsentzug zu legitimieren, da sie dem Gesetzesvorbehalt des Art. 104 Abs. 1 GG nicht genügten.³⁰

Wohl vor der geläuterten Sichtweise des Kammergerichts hat sich der BGH nicht veranlasst gesehen, die Ansicht des 2. *Strafsenats* des Kammergerichts auszubreiten.

c) Gegenstandslosigkeit der Beschwerde gegen den Haftbefehl

Der Senat hält die Beschwerde mit Eintritt der Rechtskraft für prozessual überholt.³¹ Mit dem Wegfall des Haftbefehls habe sich die mit der Beschwerde angefochtene strafprozessuale Maßnahme erledigt, weil von ihr keine negativen Belastungen mehr ausgingen. Es fehle an einem Rechtsschutzbedürfnis bzw. an einer Beschwer. Dies ist grundsätzlich zutreffend. Die Erledigung des Haftbefehls muss aber nicht zwingend zur Gegenstandslosigkeit (also Unzulässigkeit) der Beschwerde führen. Der BGH geht nicht darauf ein, dass ausnahmsweise auch im Falle der Erledigung einer strafprozessualen Maßnahme ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der

¹⁵ BGH NStZ 2026, 193 (193 Rn. 4 f.).

¹⁶ OLG Hamburg BeckRS 1977, 31208288.

¹⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 1980, 31209187.

¹⁸ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 143 (144).

¹⁹ OLG Stuttgart BeckRS 1984, 31210374.

²⁰ OLG Stuttgart BeckRS 1984, 31210374.

²¹ OLG Frankfurt a.M. NJW 1979, 665 (665).

²² KG NStZ 2012, 230 (231 Rn. 4) unter Verweis auch auf BVerfGE 19, 342 (349 Rn. 19); ähnlich auch schon *Schweckendieck*, NStZ 2011, 10 (13).

²³ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 17. Aufl. 2025, Rn. 318; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 217; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 9 Rn. 1; *Lind* (Fn. 3), Vor § 112 Rn. 19 ff.; *Graf* (Fn. 7), Vor §§ 112 ff. Rn. 11; *Boujong*, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2003, Vor § 112 Rn. 10; *Schmitt* (Fn. 2), Vor § 112 Rn. 4; *Hassemer*, StV 1984, 38 (40).

²⁴ BVerfG BeckRS 2002, 12450 Rn. 18; BVerfG NJW 2001, 1341 (1341 f.); BVerfGE 32, 87 (93); 19, 342 (349 Rn. 19).

²⁵ BVerfG NJW 2005, 3131 (3131); BVerfGE 9, 160 (161).

²⁶ *Lind* (Fn. 3), Vor § 112 Rn. 22.

²⁷ KG NStZ 2012, 230 (231 Rn. 4 ff., 7).

²⁸ KG NStZ 2012, 230 (231 Rn. 11); ähnlich auch schon *Schweckendieck*, NStZ 2011, 10 (13).

²⁹ KG StV 2024, 22 (23 Rn. 9 ff.); KG, Beschl. v. 14.6.2022 – 6 Ws 43/22 u.a. Rn. 10 ff., 13 ff. (juris); so auch schon *Lind* (Fn. 3), § 123 Rn. 14.

³⁰ KG StV 2024, 22 (23 Rn. 9 ff.); KG, Beschl. v. 14.6.2022 – 6 Ws 43/22 u.a. Rn. 10 ff., 13 ff. (juris).

³¹ BGH NStZ 2026, 193 (193 f. Rn. 4 ff.); so auch OLG Hamm NStZ 2008, 582 (583); vgl. *Böhm* (Fn. 2), § 117 Rn. 53 ff.

Rechtswidrigkeit der erledigten Maßnahme bestehen kann.³² Das Interesse des Betroffenen an der (nachträglichen) Feststellung der Rechtswidrigkeit muss aber in besonderer Weise schutzwürdig sein. Dies ist etwa bei Wiederholungsgefahr oder dann der Fall, wenn die Feststellung zur Beseitigung von fortwirkenden Beeinträchtigungen des an sich beendeten Eingriffs führen kann.³³ Beides ist hier nicht ersichtlich. Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis kann sich weiter aus einem Rehabilitationsinteresse des Betroffenen ergeben. Ein solches ist bei einem Freiheitsverlust durch Inhaftierung auch indiziert, da eine Haftanordnung geeignet ist, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen.³⁴ Ein (schutzwürdiges) Rehabilitationsinteresse wird man wohl dann nicht anerkennen können, wenn der Betroffene (wie hier) rechtskräftig für schuldig befunden wurde und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde; erst Recht muss dies gelten, wenn die erlittene Untersuchungshaft auf die vollstreckende Freiheitsstrafe nach § 51 Abs. 1 StGB anzurechnen ist.³⁵

Ein schutzwürdiges Interesse an einer retrospektiven Feststellung der Rechtswidrigkeit ist – vor allem mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG – auch „in Fällen tiefgreifender Grundrechtseingriffe gegeben, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann“.³⁶ Von einem tiefgreifenden Eingriff dürfte in der Regel auszugehen sein, wenn die Verfassung – wie im Rahmen der Inhaftierung nach Art. 104 Abs. 3, Abs. 4 GG – einen Richter vorbehalt vorsieht.³⁷ Nur auf den ersten Blick liegt die Annahme dieser Fallgruppe hier fern. Der Angeklagten stand gegen die (aufrechterhaltende) Haftentscheidung des OLG allein die Beschwerde zum BGH zu. Diese hat sie auch erhoben. Der BGH hat über die Beschwerde aber nicht befinden müssen, weil er zuvor die Revision als unbegründet verwarf, damit die Beschwerde selbst gegenstandslos machte und hierdurch den Rechtsschutz gegen die Haftentscheidung „vereitelte“. Mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG ist dies grundsätzlich nicht unbedenklich. Ob die Betroffene eine Chance auf Rechtsschutz gegen die Zwangsmaßnahme hat, lag allein in den Händen des Revisions- bzw. Beschwerdegerichts. Zugunsten des 3. Strafsenats spricht vorliegend der Umstand, dass die Beschwerde erst wenige Wochen vor der Revisionsentscheidung des *Senats* erhoben worden ist, so dass eine „Vereitelungsabsicht“ des *Senats* fernliegt. Anders wäre der

Fall aber zu bewerten gewesen, wenn der *Senat* die Beschwerde monatelang unbeschiden gelassen hätte, um sie dann mit Eintritt der Rechtskraft der Hauptsache für gegenstandslos zu erklären.

2. Fortbestehen der haftverschonenden Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO

Der BGH fokussiert sich vielmehr auf die Frage des Schicksals der haftverschonenden Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO nach Eintritt der Rechtskraft.

a) Erledigung der Maßnahmen mit Eintritt der Rechtskraft

Zunächst stellt der BGH die Literaturmeinung dar, nach der mit der Erledigung des Untersuchungshaftbefehls durch die Rechtskraft der Verurteilung auch sämtliche im Zusammenhang mit der Außervollzugsetzung nach § 116 Abs. 1 StPO angeordneten Maßnahmen entweder automatisch (ipso iure) gegenstandslos würden oder spätestens mit Eintritt der Urteilsrechtskraft zwingend aufzuheben seien.³⁸ Die Vertreter dieser Position berufen sich auf eine Akzessorietät zwischen Haftbefehl und haftverschonenden Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO. Nur wenn diese ernst genommen werde, könnten inkonsequente Ergebnisse vermieden werden.³⁹

Dem 3. Strafsenat ist darin zuzustimmen, dass diese Position der Regelung in § 123 Abs. 1 Nr. 2 StPO widerspricht. Diese Vorschrift fordert die Aufhebung einer Maßnahme nach § 116 Abs. 1 StPO erst mit Vollziehung der Freiheitsstrafe oder der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung.⁴⁰ Die vorgenannte Meinung lässt sich mit dieser Regelung offensichtlich nicht in Einklang bringen.

b) Formelles Fortwirken eines außer Vollzug gesetzten Haftbefehls (Vehikel-Lösung)

Eine weitere Ansicht, die sowohl in Teilen der Rechtsprechung als auch im Schrifttum vertreten wird, nimmt dagegen an, dass ein außer Vollzug gesetzter Untersuchungshaftbefehl – anders als ein vollzogener – nach Rechtskraft der Verurteilung zumindest formell fortwirke und als rechtliche Basis für das Fortwirken der Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO fungiere.⁴¹ Der 3. Strafsenat behauptet dabei, die Vertreter

³² Grundsätzlich *Neuheuser* (Fn. 6), § 304 Rn. 41.

³³ BVerfG NJW 2017, 1164 (1165 Rn. 14); BVerfG NJW 2006, 40 (40).

³⁴ BVerfG NJW 2006, 40 (41); vgl. BVerfG NJW 2002, 2456 (2457).

³⁵ Vgl. OLG Hamm NStZ 2008, 582 (583); *Gericke* (Fn. 7), § 120 Rn. 22.

³⁶ Vgl. auch BVerfG NJW 2006, 40 (40 f.) m.w.N.; BVerfGE 96, 27 (40 Rn. 49); vgl. BVerwG NVwZ 2024, 1676 (1677 Rn. 13).

³⁷ BVerfG NJW 2006, 40 (40 f.); vgl. BVerfGE 96, 27 (41 Rn. 54).

³⁸ So *Paeffgen*, in: Wolter/Deiters (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 120 Rn. 22, § 123 Rn. 4.

³⁹ So *Paeffgen* (Fn. 38), § 120 Rn. 22, § 123 Rn. 4.

⁴⁰ BGH NStZ 2026, 193 (194 Rn. 8) mit Hinweis auf OLG Karlsruhe BeckRS 1980, 31209187; *Böhm* (Fn. 2), § 123 Rn. 10; *Krauß* (Fn. 7), § 123 Rn. 3; *Lind* (Fn. 3), § 123 Rn. 13; *Barthe*, NStZ 2016, 71 (74).

⁴¹ KG NStZ 2012 230 (232 Rn. 9 ff.); OLG Frankfurt a.M. NJW 1979, 665 (665); OLG Stuttgart BeckRS 1984, 31210374; *Böhm* (Fn. 2), § 112 Rn. 12, § 120 Rn. 33, § 123 Rn. 4, 10; *Herrmann*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2025, § 120 Rn. 46; *Krauß* (Fn. 7), § 112 Rn. 7, § 123 Rn. 3; *Schweckendieck*, NStZ 2011, 10 (13); so auch *Seebode*, Der Vollzug der Untersuchungshaft, 1985, S. 104 f.

dieser Position gingen davon aus, dass der außer Vollzug gesetzte Haftbefehl selbst nicht (wieder) vollzogen werden könne. Die an dieser Stelle benannten Nachweise tragen diese Deutung aber nicht zwingend.⁴² Der *Senat* verweist beispielsweise auf die oben angesprochene Entscheidung des 2. *Strafsenats* des Kammergerichts aus dem Jahr 2011, die diese Lesart sicherlich nicht verdient.⁴³ Wie vom BGH dargestellt, vertritt aber in der Tat *Lind* die Auffassung, dass der ausgesetzte Haftbefehl nur noch die rechtliche Grundlage für die Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO darstellen kann, aber eben keine Freiheitsentziehung zu legitimieren vermag.⁴⁴ Der 3. *Strafsenat* hält dieser Auffassung entgegen, dass ein Untersuchungshaftbefehl schon begrifflich die Anordnung von Untersuchungshaft voraussetze; hierfür sei aber nach Rechtskraft des Urteils kein Raum mehr. Für die Transformation des Haftbefehls in eine vom ursprünglichen Haftbefehl gelöste Rechtsgrundlage für die allein die zukünftige Strafvollstreckung sichernden Anordnungen nach § 116 Abs. 1 StPO finde sich kein hinreichend normativer Anhalt in der Strafprozessordnung.⁴⁵

Im Ergebnis ist dem zuzustimmen. Dieser Ansicht liegt im Kern wohl die Annahme zugrunde, dass Maßnahmen i.S.d. § 116 Abs. 1 StPO ohne noch wirksamen Haftbefehl nicht existieren können.⁴⁶ Die Antwort hierauf soll lauten, dass der Haftbefehl daher zumindest als Vehikel für die (vermeintlich) akzessorischen Maßnahmen in der Welt bleiben müsse. Diese Vehikel-Lösung vermag nicht zu überzeugen. Gegen die Grundannahme, Maßnahmen nach § 116 StPO können nicht ohne Haftbefehl existieren, streitet abermals § 123 Abs. 1 Nr. 1 StPO. Die Vorschrift schreibt die Aufhebung von haftverschonenden Maßnahmen i.S.d. § 116 StPO vor, wenn der Haftbefehl aufgehoben wird. Dieser gesetzlichen Direktive bedürfte es nicht, wenn die Maßnahmen ohnedies nicht ohne den aufgehobenen Haftbefehl existieren könnten.

Dass § 123 Abs. 1 Nr. 1 StPO nur deklaratorischen Charakter haben soll, ist ebenfalls nicht ersichtlich.⁴⁷

c) Isolierte Fortgeltung der Auflagen nach § 116 Abs. 1 StPO

Den 3. *Strafsenat* vermag auch die überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertretene Auffassung nicht vollends zu überzeugen. Diese nimmt zwar die Erledigung eines Untersuchungshaftbefehls – und zwar unabhängig vom Modus seiner Vollziehung – mit Eintritt der Rechtskraft an; zuvor bestehende haftverschonende Maßnahmen bei außer Vollzug gesetzten Untersuchungshaftbefehlen bestünden jedoch bis zu einer ausdrücklichen Aufhebung „isoliert“ fort.⁴⁸ Mithin könne auch nach Eintritt der Rechtskraft gemäß § 124 Abs. 1 StPO der Verfall einer geleisteten Sicherheit ausgesprochen werden, wenn sich der Verurteilte „dem Antritt der erkannten Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Maßregeln“ entzieht.⁴⁹

Schlüssig lässt sich diese Position nur vertreten, wenn die Sicherung der Vollstreckung zumindest als Nebenzweck der Untersuchungshaft (oder genauer: der Maßnahmen i.S.d. § 116 Abs. 1 StPO) fungiert. Dies entspricht nach dem oben Gesagten wohl auch der h.M. Nichtsdestotrotz äußert der 3. *Strafsenat* auch gegen diese Ansicht Bedenken: § 123 Abs. 1 Nr. 2 StPO enthalte keine explizite Weitergeltungsanordnung, weshalb es „zumindest zweifelhaft“ erscheine, ob die mit den Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO verbundenen Grundrechtseingriffe nach Urteilsrechtskraft hinreichend gesetzliche Fundierung erfahre.⁵⁰ Problematisch sei weiter, dass sich aus der StPO nicht hinreichend klar ergebe, welcher Richter für die konstitutiv wirkende Aufhebung von Anordnung nach § 116 Abs. 1 StPO bei Beginn des Strafvollzugs beziehungsweise in der Zwischenzeit für Rechtsmittel gegen solche Anordnungen zuständig sei; dies gelte auch für die Zuständigkeit der letzten Tatsacheninstanz.⁵¹

Diese Bedenken überzeugen nicht. Die Grundlage für den Grundrechtseingriff ist in § 116 Abs. 1 StPO i.V.m. dem zur Anordnung der Maßnahmen ergangenen Beschluss zu erblicken. § 123 Abs. 1 Nr. 2 StPO formuliert zwar „keine explizite Weitergeltungsanordnung“, bei zutreffender Auslegung dafür aber eine implizite. Die Vorschrift sieht die Aufhebung einer Maßnahme nach § 116 StPO u. a. dann vor, wenn die erkannte Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung vollzogen wird. Ein solcher Vollzug kann aber erst nach Eintritt der Rechtskraft erfolgen. Erst dann soll die Aufhebung erfolgen, was aber voraussetzt, dass die Maßnahme mit Eintritt der Rechtskraft weiter existieren könnte.

⁴² Dies gilt z. B. für *Böhm* (Fn. 2), § 112 Rn. 12 (keine Aussage dazu); *Herrmann* (Fn. 41), § 120 Rn. 46 (keine Aussage); *Krauß* (Fn. 7), § 112 Rn. 7 (nicht eindeutig); wohl eher das Gegenteil: *Schweckendieck*, NStZ 2011, 10 (13) „[...]“, dass die Rechtskraft eines Urteils entgegen der herrschenden Meinung nicht zur Folge hat, dass ein Haftbefehl prozessual überholt und gegenstandslos wird, sondern dass dies erst nach förmlicher Einleitung der Strafvollstreckung der Fall ist und der Haftbefehl einschließlich eines etwaigen Haftverschonungsbeschlusses bis zu diesem Zeitpunkt weiter in Kraft ist mit der Folge einer Zuständigkeit des Tatsachenrichters gemäß § 126 II StPO für im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft und einer Aussetzung des Haftvollzuges zu treffende Entscheidungen“.

⁴³ KG NStZ 2012, 230; anders aber die ebenfalls genannten Entscheidungen des KG: KG StV 2024, 22 (23 Rn. 9 ff.); KG, Beschl. v. 14.6.2022 – 6 Ws 43/22 u.a., Rn. 13 ff. (juris).

⁴⁴ *Lind* (Fn. 3), § 123 Rn. 14.

⁴⁵ BGH NStZ 2026, 193 (194 Rn. 9).

⁴⁶ KG NStZ 2012, 230 (232 Rn. 9 f.); OLG Stuttgart BeckRS 1984, 31210374; *Schweckendieck*, NStZ 2011, 10 (13 f.); *Lind* (Fn. 3), § 123 Rn. 14.

⁴⁷ Vgl. hier beispielsweise *Lind* (Fn. 3), § 123 Rn. 5; *Gericke* (Fn. 7), § 123 Rn. 2.

⁴⁸ So OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 143 (144); OLG Hamburg BeckRS 1977, 31208288; OLG Karlsruhe BeckRS 1980, 31209187; *Gericke* (Fn. 7), § 123 Rn. 3; vgl. *Schmitt* (Fn. 2), § 123 Rn. 3.

⁴⁹ Vgl. *Gericke* (Fn. 7), § 123 Rn. 3; vgl. aber auch in § 124 Abs. 1 StPO: „der Beschuldigte“.

⁵⁰ BGH NStZ 2026, 193 (194 Rn. 10) mit Hinweis auf *Paeffgen* (Fn. 38), § 120 Rn. 22, § 123 Rn. 4.

⁵¹ BGH NStZ 2026, 193 (194 Rn. 10).

tent bleibt. Unter diesen Vorzeichen ist es unschädlich, dass § 123 StPO darauf verzichtet, die Weitergeltung der Maßnahme ausdrücklich anzuordnen – entscheidend ist, dass die Weitergeltung (offensichtlich) aus dem Gesetz folgt. Die Maßnahmen i.S.v. § 116 Abs. 1 StPO finden mithin eine Stütze im formellen Gesetz.

Und auch das zweite Bedenken ist – bei genauerer Betrachtung – wenig nachvollziehbar: Die Zuständigkeit für Entscheidungen nach Erlass des Haftbefehls, die diesen oder dessen Durchführung betreffen, folgt aus § 126 StPO.⁵² Die Vorschrift betrifft anerkanntermaßen neben der Aussetzung des Haftbefehls auch jegliche Entscheidungen und Maßnahmen, die sich auf die Aussetzung des Vollzugs der Untersuchungshaft beziehen.⁵³ Erfasst sind also auch die Änderung, die zeitweise Aussetzung und die Aufhebung der Maßnahmen i.S.v. § 116 Abs. 1–3 StPO, die Feststellung des Freiwerdens der geleisteten Sicherheit und auch die Entscheidung über ihren Verfall.⁵⁴ Mit Erhebung der öffentlichen Klage kommt die Kompetenz für diese Entscheidungen dem Tatgericht (Erst- oder Berufungsinstanz) zu.⁵⁵ Während des Revisionsverfahrens bleibt das Gericht zuständig, dessen Urteil angefochten wird, § 126 Abs. 2 S. 2 StPO.⁵⁶ Es ist nicht ersichtlich, warum die Kompetenzanordnung nach § 126 Abs. 2 StPO in Bezug auf noch unerledigte Maßnahmen enden sollte, nur weil das Revisionsverfahren abgeschlossen wurde. Der Wortlaut des § 126 Abs. 2 StPO steht einer Zuständigkeit des Tatgerichts für „weitere gerichtliche Maßnahmen“ auch nach Eintritt der Rechtskraft nicht im Wege. Und auch inhaltlich ist es sinnvoll, das Tatgericht mit der Entscheidung zu betrauen. In der Regel hat kein anderes Gericht eine größere Sachnähe zu der Maßnahme, über deren Aufrechterhaltung oder Aufhebung zu befinden ist. Dass das Tatgericht bei Eintritt der Rechtskraft gewisse Kompetenzen behält, ist auch im ähnlichen Zusammenhang anerkannt: Nach Eintritt der Rechtskraft erledigt sich zwar ein Haftbefehl von selbst (siehe oben); das Gericht sei aber dennoch nicht daran gehindert, den Beschluss (deklaratorisch) aufzuheben. Auch für diese Entscheidung soll das Gericht der letzten Tatsacheninstanz zuständig sein.⁵⁷ Entsprechendes gilt für Entscheidungen über den Verfall einer Sicherheit. Auch nach Eintritt der Rechtskraft kann eine solche Entscheidung

notwendig sein und auch hierfür soll ebenfalls die letzte Tatsacheninstanz zuständig sein, weil es sich nicht um eine Vollstreckungsentscheidung handele.⁵⁸

IV. Fazit

Der 3. *Strafsenat* fordert ein Einschreiten des Gesetzgebers, obwohl das Gesetz den Rechtsanwender – bei methodengerechter Auslegung – nicht im Stich lässt. Mit der überwiegenden Meinung liegt keine Regelungslücke vor: Die Fortgeltung der Maßnahmen nach § 116 Abs. 1 StPO ist im Gesetz in einer dem Gesetzesvorbehalt genügenden Weise angelegt und auch die gerichtliche Zuständigkeit für die Aufhebung der Maßnahmen lässt sich im Wege der Auslegung aus dem Gesetz ableiten. Mithin ist auch ein Eingreifen des Gesetzgebers entbehrlich.

⁵² Wankel/Schuster, in: v. Heintschel-Heinegg/Bockemühl (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 123. Lfg., Stand: Oktober 2023, § 126 Rn. 2.

⁵³ Gärtner, in: Erb u.a. (Fn. 3), § 126 Rn. 5; Posthoffs/Faßbender, in: Gercke/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 126 Rn. 1.

⁵⁴ Gärtner (Fn. 53), § 126 Rn. 5; Herrmann (Fn. 41), § 126 Rn. 3.

⁵⁵ Vgl. Gericke (Fn. 7), § 126 Rn. 8; zum Zeitpunkt des Kompetenzübergangs auf das Berufungsgericht vgl. Gärtner (Fn. 53), § 126 Rn. 25; Krauß (Fn. 7), § 126 Rn. 5; Böhm (Fn. 2), § 123 Rn. 28.

⁵⁶ Vgl. auch § 125 Abs. 2 StPO.

⁵⁷ Gärtner (Fn. 53), § 126 Rn. 43; siehe zur deklaratorischen Aufhebung auch Gericke (Fn. 7), § 120 Rn. 22; Krauß (Fn. 7), § 120 Rn. 43.

⁵⁸ OLG Stuttgart BeckRS 1984, 31210374; OLG Düsseldorf RPflegler 1984, 73 (73 f.); Gärtner (Fn. 53), § 126 Rn. 45; Herrmann (Fn. 41), § 124 Rn. 23.

Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Anwaltsberufs* Neues Austarieren des Beschlagnahmeschutzes bei Internal Investigations?

Von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Beckschäfer, Essen/Düsseldorf^{ff}

Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Anwaltsberufs soll ein vereinheitlichtes Schutzniveau für Rechtsanwälte, die sich als Berufsstand zunehmender Bedrohung durch Autoritarismus ausgesetzt sehen, erreichen. Die Konvention enthält auch ein klares Bekenntnis zum Anwaltsgeheimnis. Wer glaubt, ein besserer Schutz der Anwaltschaft sei in Deutschland nicht angezeigt, da ein ausreichendes Schutzniveau bestehe, übersieht jedenfalls problematische Konstellationen bei der Frage des Beschlagnahmeschutzes. Es stellt sich die Frage, ob das Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs daran etwas ändert – oder alles bleibt, wie es ist. Praktisch relevant ist die Frage des Beschlagnahmeschutzes von Unterlagen aus internen Untersuchungen. Steht dieser unter neuen Vorzeichen?

I. Nationale Geltung

Internationale Abkommen erlangen innerstaatlich durch deren Ratifikation den Rang von einfachem Bundesrecht, indem der Bundesgesetzgeber diesen gem. Art. 59 Abs. 2 GG seine Zustimmung und den entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt.¹ Dieser Mechanismus gilt unabhängig von der Bezeichnung des völkerrechtlichen Vertrages als Konvention, Überein- oder Abkommen² und somit gleichermaßen für die EMRK wie auch das Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs.³ Deutschland hat das Übereinkommen als 26. Staat am 26.1.2026 unterzeichnet und befand sich insoweit nicht unter den Erstunterzeichnern. Völkerrechtliche Abkommen werden dabei erst durch deren Ratifikation rechtsverbindlich, so dass die folgenden Überlegungen de lege ferenda erfolgen. Auch die Europäische Union soll beabsichtigen, dem Übereinkommen selbst beitreten zu wollen,⁴ um diesem dann sog. gemischten Abkommen gem. Art. 216 Abs. 2 AEUV unmittelbaren Anwendungsvorrang und die somit größtmögliche Geltung zu verschaffen.⁵ Da Zeitpunkt und Umsetzungserfolg dieser Absicht zuweilen nicht abseh-

bar sind,⁶ ist die Rechtslage von Interesse, wenn es vorerst bei der Umsetzung des Übereinkommens durch Deutschland bleibt.

Wie verhalten sich nun – die Ratifikation vorausgesetzt – die Regelungen des Übereinkommens zum Schutz des Anwaltsberufs zu den gegebenenfalls abweichenden Regelungen der StPO? Fälle der Normenkollision werden bekanntlich nach den Grundsätzen „lex posterior derogat legi priori“ und „lex specialis derogat legi generali“ aufgelöst, wobei zwischen diesen das Spezialitätsverhältnis trumpft.⁷ Bundesrecht soll dabei nicht infolge der Ratifizierung internationaler Abkommen großflächig „überschrieben“ werden, das BVerfG sieht Rechtsprechung und Exekutive aber dazu verpflichtet, Gesetze im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung möglichst konventionsfreundlich auszulegen und dieser so die größtmögliche Geltung zu verschaffen.⁸ Bei einer nunmehr ratifizierten Konvention würden indes keine Zweifel am Umsetzungswillen des Gesetzgebers bestehen: entgegenstehende Gesetze sind im Wege der Auslegung an diese anzupassen.

Über die Wirkungen auf das einfache Recht hinaus, stellt sich auch die Frage der Auswirkung des Übereinkommens zum Schutz des Anwaltsberufs auf die Grundrechte, etwa Art. 12 GG. Das BVerfG bekennt sich mit Blick auf die EMRK zu einer völkerrechtsfreundlichen und somit konventionsfreundlichen Auslegung der Grundrechte.⁹ Ob dies für das Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs ebenso zu sehen ist, lässt sich nicht einfach beantworten. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert zur EMRK-freundlichen Auslegung der Grundrechte anhand zweier Stränge: Einerseits soll ein Widerspruch zwischen deutschen gerichtlichen Entscheidungen und solchen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vermieden werden, andererseits sei das Grundgesetz über Art. 1 Abs. 2 GG offen für eine menschenrechtsfreundliche Auslegung. Im Gegensatz zum EGMR als „Hüter der EMRK“ fehlt es im Rahmen des Übereinkommens zum Schutz des Anwaltsberufs aber an einem Organ der internationalen Gerichtsbarkeit. Vielmehr sieht die Konvention gem. Art. 10 einen Kontrollmechanismus durch ein eigens hierfür zu bildendes Expertengremium (GRAVO) vor. Einen „Gerichtskonflikt“ kann es in der vom Bundesverfassungsgericht zur EMRK beschriebenen Art daher bei dem Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs nicht geben.

* Der Verf. dankt Frau ref. iur. Margarita Krasteva für die Mitwirkung bei der Recherche und die redaktionelle Arbeit.

** Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner einer Kanzlei mit Standorten in Essen und Düsseldorf.

¹ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 = NJW 2011, 1931 (1935 Rn. 87).

² Siehe Art. 2 Abs. 1 lit. a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge.

³ SEV Nr. 226.

⁴ Vgl. BRAK, Nachrichten aus Brüssel 02/2026 v. 30.1.2026, abrufbar unter:

<https://www.brak.de/newsroom/newsletter/nachrichten-aus-bruessel/2026/ausgabe-02-2026-v-30012026/konvention-zum-schutz-der-anwaltschaft-von-deutschland-unterzeichnet-europarat/> (zuletzt abgerufen am 24.3.2026).

⁵ Hierzu Schmahl/Neidinger, JuS 2021, 24.

⁶ Vgl. BRAK Magazin 04/2025, S. 5.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 = NJW 2016, 1295 (1298 Rn. 50).

⁸ Lohse/Jakobs, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, MRK vor Art. 1 Rn. 19, 23.

⁹ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 = NStZ 2011, 450; zu den völkerrechtlichen Einflüssen auf das Strafverfassungsrecht vgl. Schäfer, EuR 2025, 282.

Zudem sind Rechte der Anwaltschaft keine allgemeinen Menschenrechte, sondern spezifische Rechte für die Anwaltschaft selbst.

Allerdings bestehen die Rechte der Anwaltschaft nicht als Selbstzweck, sondern schützen die Rechte aller (potenziellen) Mandanten und dienen diesen. Zudem folgt der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung nicht allein aus Art. 1 Abs. 2 GG, sondern in der Lesart des BVerfG hebt das Grundgesetz an mehreren Stellen Rechtsquellen der internationalen Zusammenarbeit und des Völkerrechts hervor (Art. 23 Abs. 1, 24, 25, 26 und 59 Abs. 2 GG).¹⁰ Nach diesem Verständnis wären Grundrechte (bei Ratifikation) auch freundlich zum Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs auszulegen.

II. Überblick zum Inhalt der Konvention

Ziel der Konvention im Sinne des Art. 1 ist die erstmalige Kodifikation eines einheitlichen Rechtsrahmens zur Absicherung anwaltlicher Tätigkeit, hierbei verfolgt sie einen ganzheitlichen Ansatz.¹¹ Anwendungsbereich und der Konvention zugrundeliegende Definitionen werden in den Art. 2 und 3 geregelt. Art. 4 garantiert die Unabhängigkeit von Rechtsanwaltskammern, deren fundamentale Rolle auch in der Präambel betont wird. Gem. Art. 4 Nr. 3 sollen die Kammern rechtzeitig vor jeder Rechtsänderung angehört werden, die sich unmittelbar auf den Anwaltsberuf auswirkt. Wie bereits an diesem Punkt deutlich wird, sollte sich Deutschland keineswegs darauf ausruhen, dem „Mindeststandard“ der Konvention ohnehin zu genügen: Eine derartige Einbindungspflicht zugunsten der Rechtsanwaltskammern sieht das Recht bisher nicht vor.¹² Die Zulassung zur Berufsausübung soll gem. Art. 5 auf objektiven und transparenten Kriterien beruhen, einem unabhängigen Organ vorbehalten und als solche gerichtlich überprüfbar sein. Art. 6 stellt einen umfassenden Schutzkatalog an Berufsausübungsvoraussetzungen auf, darunter der physische und kommunikative Zugang zu Mandanten und dem erkennenden Gericht. Die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen und sonstiger Mandatskorrespondenz ist in Art. 6 Nr. 3 lit. c gewährleistet. Durch Art. 7, der über das Recht auf freie Meinungsäußerung („freedom of speech“) qualitativ hinausgehend ein Recht auf freie Ausdrucksform („freedom of expression“) gewährt, soll insbesondere öffentlichkeitswirksame Arbeit und die entsprechende Weitergabe von Informationen möglich sein. Art. 8 der Konvention regelt hierauf aufbauend Art und Umfang zulässiger Disziplinarmaßnahmen sowie den Schutz vor willkürlicher Strafverfolgung oder zivilrechtlicher Inanspruchnahme infolge anwaltlicher Tätigkeit. Auch einem Anwalt steht das Recht auf einen eigenen Rechtsbeistand zu (Art. 9).

¹⁰ BVerfGE 112, 1 (24).

¹¹ Zu den zentralen Regelungsinhalten der Konvention: vgl. *Valbuena*, DStR 2025, 2268 (2269 ff.).

¹² *Valbuena*, DStR 2025, 2268 (2270); vgl. zur Verbändebeteiligung bei Gesetzentwürfen die Äußerung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages: [WD 1 – 3000 – 019/22](#) v. 17.6.2022; [WD 3 – 3000 – 092/22](#) v. 17.6.2022.

III. Regelung der Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen

Für die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen und sonstiger Mandatskorrespondenz ist Art. 6 Nr. 3 lit. c des Übereinkommens des Europarates zum Schutz des Anwaltsberufs näher in den Blick zu nehmen. Dieser sieht vor, dass Rechtsanwälte nicht verpflichtet sind, Informationen oder Materialien, die sie direkt oder indirekt von Mandanten oder potenziellen Mandanten erhalten haben, sowie den gesamten Schriftverkehr mit ihnen und alle im Zusammenhang mit diesem Schriftverkehr oder der Führung von Rechtsverfahren in ihrem Namen erstellten Materialien offenzulegen, herauszugeben oder als Beweismittel zu verwenden. Einen Vorbehalt hierzu stellt Art. 6 Nr. 4 des Übereinkommens des Europarates zum Schutz des Anwaltsberufs auf. Demnach unterliegt der vorbenannte Schutz von Unterlagen vor staatlichem Zugriff einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt für derartige Eingriffe, „die in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind.“ Der Wortlaut ist aus Art. 8 Abs. 2 der EMRK bekannt und soll gem. Art. 3 lit. h des Übereinkommens des Europarates zum Schutz des Anwaltsberufs im Sinne der EMRK und deren Auslegung durch den EGMR verstanden werden. Der EGMR prüft dies anhand eines modifizierten Verhältnismäßigkeitsmaßstabs.¹³ Im erläuternden Bericht zum Übereinkommen werden hierzu Fälle genannt, in denen Rechtsanwälte selbst an Straftaten oder deren Verschleierung beteiligt sind.¹⁴ Auch Ermittlungsmaßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sollen die Vertraulichkeit anwaltlicher Kommunikation einschränken können. Der Ausnahmecharakter derartiger Einschränkungen wird dabei angesichts der herausragenden Bedeutung von Vertraulichkeit in der Beziehung zwischen Anwalt und Mandant betont.

1. Status quo

Erst kürzlich verwarf der EGMR¹⁵ die gegen die Nichtannahmebeschlüsse des BVerfG gerichteten Beschwerden im Fall *Jones Day*¹⁶ wegen offensichtlicher Unbegründetheit als unzulässig.¹⁷ Die Beschlagnahme von internen Arbeitspapieren in den Kanzleiräumlichkeiten stand im Einklang mit Art. 8 EMRK. Die angewandten Normen der Strafprozessordnung hätten im streitgegenständlichen Fall der Schranke des Art. 8 Abs. 2 EMRK genügt.

Durch die Regelungen der §§ 97, 148 StPO werden solche Unterlagen geschützt, die der (Unternehmens-)Verteidiger

¹³ *Gaede*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, EMRK Art. 8 Rn. 25.

¹⁴ Council of Europe, Explanatory Report zur Konvention v. 12.3.2025, S. 11, Nr. 50.

¹⁵ EGMR, Urte. v. 22.10.2024 – 1022/19, 1125/19 = BeckRS 2024, 32743.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, 2 BvR 1562/17 = NStZ 2019, 159; vgl. hierzu *Lilie-Hutz/Ihwas*, NZWiSt 2018, 349; *Momsen*, NJW 2018, 2362.

¹⁷ *Gerhold*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.4.2025, StPO § 97 Rn. 24.

im Rahmen seiner konkreten strafrechtlichen Mandatierung erstellt, wobei das LG Frankfurt (Oder) zuletzt auch die einen Zivilprozess betreffende Korrespondenz zu den beschlagnahmegeschützten Verteidigungsunterlagen zählt, sofern diesen ausnahmsweise Doppelrelevanz für beide Verfahren zukommt.¹⁸ Problematisch für den Beschlagnahmeschutz ist hierbei die Konstellation, in denen eine Rechtsanwaltskanzlei außerhalb oder im Vorfeld eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens mit der Durchführung einer internen Untersuchung beauftragt wird. Der vom BVerfG beschiedene Fall (Jones Day) wies zudem die Besonderheit eines grenzüberschreitenden Sachverhalts sowie eines fehlenden Mandatsverhältnisses zwischen der durchsuchten Kanzlei und der ermittlungsgegenständlichen Audi AG auf.

Über die Regelungen der §§ 97, 148 StPO hinausgehen der Schutz gewährt die Vorschrift des § 160a StPO, der Ermittlungsmaßnahmen bei Berufsheimnisträgern für unzulässig erklärt. Seit seiner Neufassung im Jahr 2011 öffnet § 160a Abs. 1 StPO seinen Anwendungsbereich für alle Rechtsanwälte, nicht nur für Verteidiger. Zwischen § 97 StPO und § 160a Abs. 5 StPO nimmt das BVerfG jedoch ein Spezialitätsverhältnis an. Für die Beschlagnahme soll die Regelung des § 97 StPO vorrangig sein, auch wenn dieser das Schutzniveau des § 160a StPO unterschreitet bzw. den Adressatenkreis enger zieht.¹⁹ So werde nur das Vertrauensverhältnis zwischen einem Berufsheimnisträger und dem im konkreten Strafverfahren Beschuldigten geschützt und damit – auch wenn der § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO zum „Beschuldigten“ schweigt – allein das Verhältnis zwischen Verteidiger und Verteidigtem. Für Unterlagen, die im Rahmen einer internen Untersuchung und somit gegebenenfalls im Vorfeld eines Ermittlungsverfahrens und einer entsprechenden Beschuldigtenstellung bzw. Nebenbeteiligung angefertigt werden, bedeutet dies im Ergebnis „schwebende Schutzlosigkeit“. Erst wenn sich für die juristische Person als solche eine künftige Einziehungs- oder Nebenbeteiligung und eine insoweit beschuldigtenähnliche Stellung nach objektiven Gesichtspunkten abzeichnet, kommt diese in den Genuss des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Eine erweiternde Auslegung des Beschlagnahmeverbots auf Ergebnisse privater Ermittlungen und den erweiterten Radius von Mandant und Rechtsanwalt sei angesichts des zu befürchtenden Missbrauchspotentials und dem Gebot effektiver Strafverfolgung auch nicht von Verfassungen wegen geboten.²⁰

2. Beschlagnahmeschutz „revisited“?!

Die in diesem Sinne als verfassungs- und konventionskonform befundene Auslegung des einfachen Strafprozessrechts ist angesichts des Übereinkommens zum Schutz des Anwaltsberufs einer Neubewertung zu unterziehen. Es gilt mithin

näher zu untersuchen, wie sich die Konvention zu Ergebnissen interner Untersuchungen verhält und was dies für die Praxis der Unternehmensvertretung bedeutet.

Die besonders streitige und von den Konventionsverfassern daher offenbar bedachte Konstellation der internen Untersuchung wird im Vertragstext sowie dem erläuternden Begleitdokument nicht vom Schutzbereich des Beschlagnahmeverbots ausgeschlossen. Im Gegenteil legt der Wortlaut des Art. 6 Nr. 3 lit. c der Konvention ein umfassendes Verständnis der geschützten Unterlagen („any information or material received, whether directly or indirectly“) sowohl in zeitlicher Hinsicht („and any material prepared in connection with...legal proceedings on their behalf“) als auch bezüglich des zugrundeliegenden Mandatsverhältnisses („clients or prospective clients“) nahe.

In systematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass das Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs in seinem Schutzanspruch nicht zwischen Strafverteidigern und außerstrafrechtlich tätigen Rechtsanwälten differenziert, sondern alle Rechtsanwälte miteinbezieht. Diese werden in Art. 3 der Konvention als natürliche, nach innerstaatlichem Recht zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufs befähigte und zugelassene Personen definiert. Auch eine Zweckbindung der geschützten Kommunikation – etwa zur Verteidigung in einem sich schon konkret abzeichnenden Strafprozess – ist nicht vorgesehen. Die Konvention stellt sowohl bestehende als auch sich anbahnende Mandatsverhältnisse unter ihren Schutz. Die nach deutschem Recht gem. §§ 148, 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO de lege lata vorgesehene Hürde einer beschuldigtenähnlichen Stellung im Rahmen eines Verteidigungsmandats ist der Konvention insoweit fremd.²¹ Im Ergebnis sind daher Unterlagen aus einer internen Untersuchung vom Schutz des Art. 6 Nr. 3 lit. c der Konvention erfasst.

Die Entscheidung des EGMR in Sachen Jones Day²² könnte dabei als Kontraindikation verstanden werden, als dem Beschlagnahmevergange die Einhaltung der – zu Art. 6 Nr. 4 der Anwaltskonvention wortgleichen – Schranke des Art. 8 Abs. 2 EMRK bescheinigt wurde. Wenn die Beschlagnahme interner Untersuchungsergebnisse auch im Sinne der neuen Konvention „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ wäre und die gegenwärtige Rechtslage dieser Vorgabe genügt, bestünde insoweit keine Rechtsänderung.²³ Zwar bezieht sich das Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs in Art. 3 lit. h ausdrücklich auf die EMRK und das case law des EGMR. Das fallspezifische Auslegungsergebnis des EGMR kann jedoch nicht ohne Weiteres auf die Auslegung des Übereinkommens zum Schutz des Anwaltsberufs übertragen werden.

¹⁸ Hier: die Einlassung im Strafverfahren determiniert, vgl. LG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 7.4.2022 – 22 Qs 8/22 = NZWiSt 2022, 451.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NSTZ 2019, 159 (161 Rn. 73 f.).

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NSTZ 2019, 159 (161 Rn. 78, 80, 90 f.).

²¹ Vgl. Uwer/Steinert, AnwBl 2025, 48 (49); Pelz, CCZ 2018, 211 (214 f.).

²² EGMR, Urte. v. 22.11.2024 – 1022/19, 1125/19 = BeckRS 2024, 32743.

²³ So Valbuena, DStR 2025, 2268 (2270, 2272) wonach Art. 6 der Konvention für Deutschland „v.a.“ und auch für Durchsuchungen bei Anwälten als Bestätigung des bestehenden Standards anzusehen sei, womit allenfalls eine „Feinjustierung der Verfahren“ nötig wäre.

Gegen die Bewertung der Beschlagnahme von Unterlagen aus internen Untersuchungen als „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sprechen die fachgerichtlichen Einschätzungen der Landgerichte Braunschweig²⁴ und Gießen²⁵ sowie zuletzt Frankfurt (Oder).²⁶ Dem stehen auch keineswegs die Nichtannahmebeschlüsse des BVerfG im Fall Jones Day²⁷ entgegen, das den vorgenannten Entscheidungen nicht deren Verfassungsmäßigkeit abspricht, sondern lediglich das hiervon abweichende Judiz des LG München I für (auch respektive noch) verfassungskonform befunden hat.²⁸ Die ergangenen Entscheidungen in Sachen Jones Day sind auch aufgrund der fallspezifischen, fehlenden Mandatierung der durchsuchten Kanzlei von der Audi AG nicht übertragbar.²⁹ Die Auslegung des Übereinkommens zum Schutz des Anwaltsberufs ist mithin hierdurch nicht vorgezeichnet. Der gestärkte Schutz des Anwaltsgeheimnisses könnte sich vielmehr andersherum auch auf das Verständnis der Art. 6 und 8 EMRK und damit auf das nationale Strafverfassungsrecht auswirken.³⁰

Das gem. § 160a Abs. 5 StPO – nach bisherigem Verständnis – normierte Spezialitätsverhältnis zu § 97 StPO ist in konventionskonformer, systematischer Neuauslegung zugunsten eines umfassenden Vertraulichkeitsschutzes aufzulösen. Auch über den Begriff der „Verteidigungsunterlagen“ gem. §§ 97 Abs. 1, 148 StPO könnte der Gleichlauf zu den konventionsrechtlichen Vorgaben hergestellt werden, eine inhaltliche und zeitliche Begrenzung der Schutzwirkung gibt der Wortlaut nicht vor.³¹ Der Wille des Gesetzgebers zur Gleichbehandlung von Rechtsanwälten und Strafverteidigern an dieser Stelle kommt richtigerweise bereits durch die Neuregelung des § 160a StPO im Jahr 2011³² zum Ausdruck.³³ Die materielle Verteidigungsrelevanz von Unterlagen ist durch ein – wenn auch später einsetzendes – Zugriffsinteresse von Ermittlungsbehörden indiziert. Diese sind nicht etwa dadurch

vermindert schutzwürdig, weil sich die strafrechtliche Erheblichkeit der Unterlage oder die beschuldigtenähnliche Stellung des Unternehmens erst im Verlauf der internen Ermittlung erhärtet. Zivilrechtliche Konflikte gehen vielfach – insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht – nahtlos in strafrechtliche Vorwürfe über, womit diese regelmäßig einen akzessorischen Sachverhaltszusammenhang bilden.³⁴ Der Vertraulichkeitsschutz kann richtigerweise dabei nicht vom Aufbewahrungs- und Fundort des Dokuments oder dem Tätigkeitsschwerpunkt des zum jeweiligen Verfahrensstand mandatierten Rechtsanwalts abhängen. Das bestehende Strafprozessrecht lässt eine konventionskonforme Auslegung zu – welchem Regelwerk Vorrang als *lex specialis* zuzugestehen wäre, kann damit offenbleiben. Letztlich spricht die Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene hin zu weitreichenderen Sanktionsmöglichkeiten bzw. erleichterten Voraussetzungen der Sanktionierung gegenüber juristischen Personen³⁵ deutlich für das Bedürfnis eines verstärkten Vertraulichkeitsschutzes im Rahmen der Unternehmensverteidigung.

IV. Fazit

Das Übereinkommen zum Schutz des Anwaltsberufs gibt Anlass zur Neubewertung des bestehenden Rechtsrahmens zum Beschlagnahmeschutz. Der Rechtsanwender gewinnt ein starkes Argument zugunsten umfassend geschützter Mandatskorrespondenz, auch im Vorfeld eines Strafverfahrens.

²⁴ LG Braunschweig, Beschl. v. 21.7.2015 – 6 Qs 116/15 = NSStZ 2016, 308.

²⁵ LG Gießen, Beschl. v. 25.6.2012 – 7 Qs 100/12 = BeckRS 2012, 15498.

²⁶ LG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 7.4.2022 – 22 Qs 8/22 = NZWiSt 2022, 451.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NSStZ 2019, 159.

²⁸ Momsen, NJW 2018, 2362 (2366); Rübenstahl, ZWH 2018, 273 (287).

²⁹ Schwarz/Krueger/Körner, Transatlantic Law Journal 2025, 83 (87).

³⁰ Vgl. Schäfer, EuR 2025, 282 (291).

³¹ LG Mannheim NZWiSt 2021, 161 (163), m.Anm. Oesterle/Tute.

³² Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozess, BGBl. I 2010, S. 2261.

³³ BT-Drs. 17/2637, S. 6; LG Mannheim, Beschl. v. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12, 24 Qs 2/12 = NZWiSt 2012, 424 (425 Rn. 54); Nickolai/Pausch, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 6. Aufl. 2025, 28. Kap. Rn. 4b; Lilie-Hutz/Ihwas, NZWiSt 2018, 349 (350).

³⁴ LG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 7.4.2022 – 22 Qs 8/22 = NZWiSt 2022, 451 (458) m.Anm. Oesterle/Tute; BT-Drs. 17/2637, S. 6.

³⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.12.2023 – C 807/21 (betr. Deutsche Wohnen wegen DSGVO-Verstoßes) = NJW 2024, 343.

Strafprozessuale Auswirkungen der Europäischen Staatsanwaltschaft auf Länder mit einem Untersuchungsrichter

Von Eleni Karapatsia, LL.M., Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Heger, Berlin*

Mit der Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Union wurden Aufgaben in diesem Bereich, die bislang den nationalen Strafverfolgungsbehörden vorbehalten waren, auf eine EU-Institution übertragen. Ihre Tätigkeit bewegt sich zwischen unionsrechtlichen Verfahrensvorgaben und fortgeltendem nationalem Strafprozessrecht. Konfliktträchtig ist dabei unter anderem die Koexistenz des staatsanwaltschaftlich geprägten Ermittlungsmodells der EUSTa mit mitgliedstaatlichen Systemen, die die Zuständigkeiten für strafrechtliche Ermittlungen auch dem Untersuchungsrichter zuweisen – mit Blick auf dessen mögliche Verdrängung im EUSTa-Verfahren. Die Analyse ausgewählter Rechtsordnungen legt diesbezüglich sowohl unionsrechtlich bedingte Anpassungen als auch ein teilweises Beharren auf traditionellen institutionellen Rollenverteilungen offen. Nicht zuletzt zeigt sich jedoch, dass die EUSTa trotz ihres Rückgriffs auf nationales Verfahrensrecht innerstaatliche Zuständigkeiten verschiebt und damit den Integrationsprozess im europäischen Strafrecht vorantreibt.

I. Einleitung

Mit der Verordnung (EU) 2017/1939¹ (im Folgenden: EUSTa-VO) wurde für zunächst 22, seit den Beitritten Polens und Schwedens nunmehr 24 EU-Mitgliedstaaten die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa) errichtet. Seit dem 1. Juni 2021 ist sie zuständig für die Ermittlung, Verfolgung und Anklageerhebung in Fällen von EU-Finanzdelikten.² Die Einführung der EUSTa in die strafrechtliche Architektur der EU-Mitgliedstaaten stellt einen bedeutsamen Schritt sowohl zur Intensivierung der gemeinsamen Betrugsbekämpfung als auch zur Förderung der europäischen Integration dar.

Dieser ambitionierte Ansatz ist jedoch mit erheblichen Herausforderungen verbunden, insbesondere für diejenigen EU-Mitgliedstaaten, die die Rechtsfigur des Untersuchungsrichters kennen, der eine zentrale Instanz im Ermittlungsverfahren bleibt, darunter Frankreich, Luxemburg und Belgien. Die EUSTa beansprucht nunmehr die Befugnis, in Fällen, die

in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, anstelle der nationalen Behörden und dementsprechend des Untersuchungsrichters tätig zu werden, wodurch ein Spannungsfeld konkurrierender institutioneller Zuständigkeiten entsteht. Aufgrund dessen stellt sich die Frage, inwieweit die EUSTa-VO verfahrensrechtliche Spuren in Bezug auf die Rolle des Untersuchungsrichters hinterlässt. In Deutschland hingegen, wo diese Verfahrensfigur mit der Strafprozessreform von 1975 abgeschafft wurde und die Ermittlungsarbeit seither der Staatsanwaltschaft obliegt, während nur noch die Entscheidung über besonders gravierende Grundrechtseingriffe im Zuge der Strafverfolgung einem Ermittlungsrichter (insbesondere über die Verhängung von Untersuchungshaft, vgl. § 125 StPO) vorbehalten bleibt, ist diese Problematik oft nur schwer nachvollziehbar.

Es bleibt zu klären, ob die Beibehaltung der funktionellen Zuständigkeit des Untersuchungsrichters in EUSTa-Fällen mit der Errichtungsordnung der luxemburgischen Justizbehörde vereinbar ist, oder ob letztere – unter Ausschluss nationaler Rechtsvorschriften – eine grundlegende Anpassung der Strafprozessordnung zumindest für Fälle, die die EUSTa betreiben möchte, in betroffenen Ländern erfordert. Ziel dieses Beitrags ist es, die Problematik anhand der Vorschriften der EUSTa-VO zu analysieren und zu untersuchen, wie die Gesetzgeber von Frankreich, Luxemburg und Belgien mit dieser komplexen Rechtsfrage umgegangen sind.

II. Die Rolle des Untersuchungsrichters im Ermittlungsverfahren

Eine der grundlegenden Fragen im strafrechtlichen Vorverfahren betrifft die Zuweisung der Ermittlungskompetenz.³ Im europäischen Raum existieren unterschiedliche Ermittlungsmodelle, die sich insbesondere durch die Verantwortungsträgerschaft bei den Untersuchungen unterscheiden. Dabei variiert, ob die Staatsanwaltschaft eine zentrale Rolle in der Voruntersuchungsphase einnimmt oder ob ihre Befugnisse durch die Einschaltung eines Untersuchungsrichters eingeschränkt werden.⁴

Einerseits ist Deutschland ein wichtiger Vertreter eines staatsanwaltschaftlich fokussierten Ermittlungsmodells, bei dem die Staatsanwaltschaft als alleinige Trägerin eines einheitlichen Ermittlungsverfahrens fungiert (§§ 160, 161 StPO). Dort agiert sie als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ und sobald sie von strafbaren Handlungen Kenntnis erlangt, führt

* Die Erstautorin ist Kollegiatin am DFG-Graduiertenkolleg „DynamInt“ und Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, der Zweitautor dort Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte.

¹ Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates v. 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, ABl. EU 2017 Nr. L 283 v. 31.10.2017, S. 1.

² In ihrer sachlichen Zuständigkeit fallen grundsätzlich die in der Richtlinie (EU) 2017/1371 (sog. PIF-RL) über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Betrug enthaltene Straftatbestände (sog. PIF-Delikte), wie sie ins nationale Recht umgesetzt worden sind (siehe Art. 4, 22 EUSTa-VO).

³ Androulakis, Grundlegende Konzepte des Strafprozesses, 4. Aufl. 2012, § 10 Rn 140, (orig. in griechischer Sprache: *Ανδρουλάκης: Θεμελιώδεις Έννοιες της Ποινικής Δίκης*).

⁴ Im Rahmen des vorliegenden Beitrags wird keine vertiefte Analyse der verschiedenen Ermittlungsmodelle durchgeführt. Vielmehr liegt der Fokus darauf, die wesentlichen Unterschiede zwischen den Systemen aufzuzeigen und die Rolle des Untersuchungsrichters im Kontext der EUSTa-VO zu erläutern, um die zentrale Problematik des Beitrags verständlich darzustellen.

sie unter Leitung der Polizei und anderer Ermittlungsbehörden die Beweisaufnahme durch. Ein Richter handelt während dieser Phase ausschließlich als Einwilligungsinstanz für gerichtliche Untersuchungshandlungen, die einen bedeutsamen Eingriff in die Grundrechte des Beschuldigten darstellen (§ 162 StPO).

Andererseits haben die Staatsanwaltschaften in einer Minderheit der EU-Länder wie Frankreich, Luxemburg und Belgien kein Ermittlungsmonopol und ein Untersuchungsrichter (sog. *juge d'instruction*) wird in schwerwiegenden Fällen hinzugezogen.⁵ Diese Institution hat ihren Ursprung in der französischen napoleonischen Tradition des frühen 19. Jahrhunderts und wurde mit dem Ziel geschaffen, Neutralität und Objektivität als Gegenstück zu einer strafverfolgungszielorientierten Staatsanwaltschaft zu gewährleisten.

Der *juge d'instruction* nimmt aktiv an den Ermittlungen teil, unabhängig von der Staatsanwaltschaft, und agiert in einem eigenständigen, verfahrensrechtlichen Ermittlungsstadium (*instruction*), das mit spezifischen strafprozessualen Regeln und Garantien versehen ist. Er besitzt eigene Ermittlungsbefugnisse und kann Untersuchungsmaßnahmen selbst durchführen sowie Beweise sammeln. Er befindet sich somit „im Herzen“ des Ermittlungsverfahrens in den zu prüfenden französischsprachigen Ländern und erfüllt eine wesentlich differenziertere Rolle anstatt als richterliche Unterstützung in den Diensten der Staatsanwaltschaft zu fungieren.⁶ Dennoch ist auch hier gelegentlich die Einschränkung seiner Rolle zugunsten der Staatsanwaltschaft Gegenstand aktueller Diskussionen und Reformen.

⁵ Ein solcher Richter existiert noch in Griechenland, Spanien und Slowenien, während die meisten kontinentalen EU-Länder, ihn abgeschafft haben. Das Amt des Untersuchungsrichters und die richterliche Voruntersuchung für die schwerwiegende Kriminalität wurde in Deutschland 1975 abgeschafft, vor allem, weil eine solche Phase als ineffektiv, kostspielig und verfahrensverzögernd für das Strafverfahren betrachtet wurde; vgl. Heger, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, 2018, S. 874–875; Huber, in: Vogler/Huber (Hrsg.), Criminal Procedure in Europe, 2008, S. 297 ff. Mehr über die Entwicklung des Untersuchungsrichters auf rechtsvergleichender Ebene siehe Ligeti, in: Brown/Turner/Weisser (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Process, 2019, § 7 (S. 141–147); Mauro, *AJ Pénal* 10 (2010), 433.

⁶ Eine solche dem Richter des § 162 StPO entsprechende Funktion hat im französischen Recht der „*juge des libertés et de la détention*“ (Richter für Freiheit und Freiheitsentzug), der vom „*juge d'instruction*“ zu unterscheiden ist. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Begriffe, auch wenn sie im Deutschen als Ermittlungsrichter/Untersuchungsrichter wiedergegeben werden, nicht miteinander verwechselt werden dürfen. Für die Zwecke dieses Beitrags ist jede Bezugnahme auf den Untersuchungsrichter als Bezugnahme auf den *juge d'instruction* zu verstehen.

III. Die institutionelle Architektur der EUSTa und das anwendbare Verfahrensrecht

Mit der Gründung der EUSTa hatte der Unionsgesetzgeber drei wesentliche Entscheidungen zu treffen: die Festlegung ihrer institutionellen Stellung und der Reichweite ihrer Zuständigkeiten sowie die Ausgestaltung der Verfahrensregeln, nach denen sie operiert. Diese Aspekte sind in der Errichtungsverordnung geregelt.

Die Europäische Betrugsanklagebehörde ist eine unteilbare, supranationale Justizbehörde der Union (One-Single-Office). Sie handelt unabhängig unter Ausschluss jeglichen externen (einschließlich nationalen) Einflusses und ist lediglich dem Legalitätsprinzip unterworfen (Art. 6 Abs. 1 EUSTa-VO).⁷ Sie führt für die Fälle ihres materiellen Zuständigkeitsbereiches (vgl. Art. 22 EUSTa-VO) das Ermittlungsverfahren durch und übernimmt vor mitgliedstaatlichen Gerichten die Funktion der Staatsanwaltschaft bzw. Anklagebehörde bis zum endgültigen Abschluss des Verfahrens (Art. 4 EUSTa-VO). Hierbei ist hervorzuheben, dass die Zuständigkeit der EUSTa grundsätzlich konkurrierend zu den nationalen Strafverfolgungsbehörden gestaltet ist, jedoch exklusiv wird, sobald die EUSTa beschließt, ihre Befugnisse auszuüben, wodurch die nationalen Behörden keine eigenständigen Ermittlungen mehr in dem betroffenen Fall durchführen dürfen (Art. 25 Abs. 1 S. 2 EUSTa-VO).

Organisatorisch ist sie in einer bemerkenswerten Art und Weise aufgebaut: Sie verfügt über eine zentrale Stelle mit Sitz in Luxemburg und je eine dezentrale Stelle in jedem Mitgliedstaat (Art. 3, 6, 8 EUSTa-VO). In Luxemburg befinden sich die zwei Organe der Behörde, das Kollegium und die Ständigen Kammern, während in den mitgliedstaatlichen Büros die sog. Delegierten Europäischen Staatsanwälte (DEStA) tätig sind (Art. 8 EUSTa-VO). Die Beziehung der beiden Stellen ist hierarchisch strukturiert.

Im Speziellen sind die DEStA für die Führung der Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen in den ihnen zugewiesenen Verfahren in ihrem Herkunftsmitgliedstaat zuständig.⁸ Sie handeln dabei unter der Leitung und den Weisungen der zuständigen Ständigen Kammer und des die Aufsicht führenden Europäischen Staatsanwalts (Art. 10, 11, 13 EUSTa-VO). Darüber hinaus übernehmen die DEStA die Anklageerhebung, sind befugt, vor Gericht aufzutreten, an der Beweisaufnahme mitzuwirken und die nach nationalem Recht vorgesehenen Rechtsmittel einzulegen (Art. 13 Abs. 1 EUSTa-VO). Die DEStA stellen somit die zentralen Akteure im mitgliedstaatlichen EUSTa-Verfahren dar, wobei alle wichtigen Entscheidungen über die strafprozessuale Behandlung des Falles von den Ständigen Kammern – und damit auf zentraler Ebene – getroffen werden.

Die Bestimmung des anwendbaren Strafprozessrechts für die Tätigkeit der EUSTa ist komplex. Die EUSTa-VO enthält wichtige Verfahrensregeln, da sie jedoch keine eigenständige, umfassende Strafprozessordnung einführt, bleibt das nationa-

⁷ Vgl. auch Erwägungsgründe 66, 82 zur EUSTa-VO.

⁸ Die DEStA sind weiterhin aktive Mitglieder ihrer nationalen Justiz, handeln jedoch auch – im Lichte eines sog. „Doppelhut“-Prinzips – im Namen der EUSTa.

le Strafprozessrecht kraft mehrfacher Verweise anwendbar. Das besondere Rangverhältnis der beiden Rechtsquellen wird in der Errichtungsverordnung selbst geregelt: Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der EUSTa unterliegen der EUSTa-VO, während nationales Recht nur subsidiär gilt, soweit es nicht durch die EUSTa-VO verdrängt wird (Art. 5 Abs. 3 EUSTa-VO). Darüber hinaus geht die EUSTa-VO im Falle einer Doppelregelung dem nationalen Recht vor (Art. 5 Abs. 3 EUSTa-VO).

IV. Das Ermittlungsmodell der EUSTa und der Untersuchungsrichter

Die vorstehende Darstellung der institutionellen Stellung der EUSTa und ihres rechtlichen Rahmens lässt den Willen des Unionsgesetzgebers erkennen, ein dem deutschen Modell vergleichbares Ermittlungsmodell zu schaffen. Wie die deutsche Strafprozessordnung sieht die EUSTa-VO ein einheitliches Ermittlungsverfahren vor, bei dem die EUSTa die leitende Rolle als „Herrin des Verfahrens“ und die vollständige Verantwortung übernimmt, beginnend mit der Ausübung der Zuständigkeit und der Einleitung des Ermittlungsverfahrens bis hin zum endgültigen Abschluss des Verfahrens (Art. 26–40 EUSTa-VO). Insofern weicht dieses Modell auf den ersten Blick von den oben genannten nationalen Rechtsordnungen ab, die kein einheitliches Vorverfahren haben, sondern unterschiedliche Prozessphasen aufweisen, in denen der Untersuchungsrichter (*juge d'instruction*) aktiv und unabhängig von der Staatsanwaltschaft in die Ermittlungen involviert ist.

Aus diesem Grund erscheint die Einschaltung eines Untersuchungsrichters in das EUSTa-Verfahren problematisch und die betroffenen Länder müssen ihre Gesetzgebungen an die neue EUSTa-VO anpassen.⁹ Konkret stellt sich angesichts der Vorgaben der EUSTa-VO die Frage, ob der Untersuchungsrichter nach nationalem Recht weiterhin befugt sein kann, Ermittlungsmaßnahmen in EUSTa-Sachen durchzuführen, oder ob diese Verordnung eine solche Auslegung ausschließt und die Zuständigkeit nunmehr allein den Delegierten Europäischen Staatsanwälten. Trotz des scheinbar widersprüchlichen Willens der Union, eine supranationale EU-Strafverfolgungseinrichtung zu schaffen, welche die nationalen Strafjustizsysteme (möglichst) unberührt lässt¹⁰, sind die Bestimmungen der EUSTa-VO über die Zuständigkeit der DESTa bei der Führung der Ermittlungen hinreichend detailliert und lassen somit dem nationalen Gesetzgeber keinen Spielraum, abweichende eigene Regelungen zu treffen (Art. 5 Abs. 3 EUSTa-VO).

Insbesondere Art. 13 Abs. 1, 28 Abs. 1 EUSTa-VO sehen vor, dass die DESTa für die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen zuständig sind, welche sie im Einklang mit der EUSTa-VO und dem nationalen Recht entweder selbst ergreifen oder nationale Behörden dazu anweisen können, „wobei es in ihrem Ermessen steht, in welcher Weise sie

vorgehen“¹¹. Die DESTa haben also die vollständige Verantwortung für die Durchführung der Ermittlungen sowie „ein uneingeschränktes Weisungsrecht in Bezug auf ihre auf die Aufklärung des Sachverhalts gerichtete strafverfolgende Tätigkeit, das in diesem Rahmen sogar das Weisungsrecht eines Dienstvorgesetzten umfasst“¹². Jedenfalls sind die Verweise des Art. 28 EUSTa-VO auf das mitgliedstaatliche Recht so zu verstehen, dass nationale Regelungen für die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen zulässig sind, solange sie die Rolle des DESTa als „Verantwortlicher“ nicht außer Kraft setzen.¹³ In einem Ermittlungsverfahren, in dem die DESTa auf nationaler Ebene die primäre Kontrolle ausüben und ein Tätigwerden mitgliedstaatlicher Behörden nur im Rahmen des eingeschränkten hierarchischen Abhängigkeitsverhältnisses zulässig ist, scheint es insofern, dass die EUSTa-VO die Einschaltung eines unabhängigen Untersuchungsrichters ausschließt.

Darüber hinaus wird eine Unvereinbarkeit eines Untersuchungsrichters in die EUSTa-Ermittlungen im Lichte des gesamten normativen Gefüges der luxemburgischen Behörde gemäß der EUSTa-VO verstärkt. Die EUSTa darf infolge ihrer institutionellen Unabhängigkeit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Weisungen von Personen außerhalb der Behörde weder einholen noch entgegennehmen (Art. 6 Abs. 1 EUSTa-VO). In der mitgliedstaatlichen Strafrechtspraxis bedeutet dies im Ergebnis, dass die DESTa autonom handeln und nur der internen operativen Hierarchiekette der EUSTa unterworfen sind, die über die nationalen Grenzen hinausgeht. Deshalb würde ein allein und unabhängig agierender Untersuchungsrichter, der verbindliche Ermittlungsbefugnisse ausübt, de facto einen fremden Entscheidungsträger außerhalb der EUSTa einführen und damit die ausschließliche Zuständigkeit der EUSTa untergraben. Als Kehrseite derselben Medaille ist der ausdrückliche Ausschluss jegliches Tätigwerdens nationaler Behörden, einschließlich des Untersuchungsrichters, hervorzuheben, wenn die EUSTa ihre Verfolgungszuständigkeit ausübt (Art. 25 Abs. 1 S. 2 EUSTa-VO).

Schließlich steht die Rolle eines Untersuchungsrichters in einem deutlichen Widerspruch zur Organisationsstruktur der EUSTa als unteilbarer und einheitlicher Einrichtung der Union (sog. „One-Single-Office-Prinzip“), die auf schnelle und effiziente Entscheidungsfindung sowie auf die Kohärenz strafrechtlicher Ermittlungen innerhalb der Mitgliedstaaten ausgerichtet ist.¹⁴ Die Einführung einer zusätzlichen Verfahrensphase mit dem Untersuchungsrichter könnte die Dauer der Ermittlungen erheblich verlängern und damit zu Verzögerungen führen. Dies gilt umso mehr für den Fortschritt grenzüberschreitender Ermittlungen der EUSTa nach Art. 31 EUSTa-VO. In Anbetracht dessen würde die Einbin-

⁹ In diese Richtung auch *Herrnfeld*, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, *European Public Prosecutor's Office*, Article-by-Article Commentary, 2021, Art. 28 Rn. 5, 8, 11.

¹⁰ Erwägungsgründe 12 und 15 zur EUSTa-VO.

¹¹ *Trautmann*, in: Herrnfeld/Esser (Hrsg.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, Handbuch, 2022, § 6 Rn. 126.

¹² Ebd.

¹³ Vgl. *Dionisopoulou*, *PoinDik* 10 (2024), 990 (991) – orig. in griechischer Sprache: Διονυσοπούλου, ΠoinΔικ. Das Wort „Verantwortlicher“ ist eine direkte Zitation von *Herrnfeld* (Fn. 9), Art. 28 Rn. 5, auf die *Dionisopoulou* verweist.

¹⁴ Vgl. Erwägungsgründe 20 und 22 zur EUSTa-VO.

dung des juge d'instruction das angestrebte Ziel einer wirk-samen und kohärenten EU-Strafbetrugsverfolgung signifikant bedrohen.

Insgesamt demnach lässt aus der institutionellen Archi-tektur der EUSTa ableiten, dass die Einbindung eines solchen Richters „durch die Hintertür“ die supranationale und unab-hängige Entscheidungskompetenz der EUSTa sowie die Effi-zienz ihrer Untersuchungen erheblich beeinträchtigen würde, was gegen den Sinn und Zweck der entsprechenden Verord-nung erscheint.

V. Die Übernahme der EUSTa in Frankreich, Luxemburg und Belgien

Aus der obigen Analyse klingt an, dass ein eigenständiges Tätigwerden eines Untersuchungsrichters in seiner traditi-onellen Funktion nicht im Einklang mit der EUSTa-VO ist. Bis allerding der EuGH künftig vielleicht eine Entscheidung zu dieser sensiblen Frage trifft, sind die nationalen Gesetzgeber bei der Einführung der EUSTa in ihr jeweiliges nationales Strafverfahrenssystem der Herausforderung ausgesetzt gewe-sen, einen Ausgleich zwischen diesen Verfahrensparteien zu finden. Daraufhin waren – für eine Verordnung prinzipiell ungewöhnlich – Umsetzungsmaßnahmen für die ansonsten unmittelbar anwendbare EUSTa-VO erforderlich, um vor allem die DESTa in ihren nationalen Rechtsordnungen zu empfangen.¹⁵

1. Frankreich

Das französische Umsetzungsgesetz¹⁶, mit dem Art. 696-108 ff. der französischen Strafprozessordnung¹⁷ (frStPO) für die Integration der EUSTa angepasst wurden, legt eindeutig fest, dass die französischen DESTa für die Ermittlung, Verfolgung und Anklageerhebung von EUSTa-Delikten zuständig sind.¹⁸ Außerdem sieht es die Verpflichtung des nationalen Staats-anwalts und des Untersuchungsrichters vor, zugunsten der DESTa auf ihre jeweiligen Ermittlungsbefugnisse zu verzich-ten (Art. 696-112 frStPO). Dies hat zur Folge, dass die französischen DESTa im Ermittlungsverfahren der EUSTa in einem hybriden Ansatz vorgehen müssen, bei dem sie entwe-

der den staatsanwaltschaftlichen oder den untersuchungs-richterlichen Rechtsrahmen der französischen Strafprozess-ordnung anwenden. Nur die aufwändigsten Ermittlungshand-lungen oder Zwangsmaßnahmen setzen weiterhin einen Beschluss des Richters für Freiheit und Freiheitsentzug voraus (Art. 696-119–128 frStPO).

Die daraus resultierende Schlussfolgerung ist, dass sich der französische Gesetzgeber in dieser Frage für eine absolute Übertragung der Befugnisse des Untersuchungsrichters auf die DESTa und damit für dessen operative Abschaffung in EUSTa-Fällen entschieden hat. Aus seiner Sicht würde der Untersuchungsrichter die Kompetenzen der DESTa verletzen, sollte er wie zuvor prozessuale Handlungen selbst vorneh-men.¹⁹ Möglicherweise wollte Frankreich als starker Befür-worter des EUSTa-Projekts mit der Abschaffung des Unter-suchungsrichters ein gutes Beispiel für andere EU-Länder mit einem ähnlichem Untersuchungsrichtermodell setzen.

Diese Änderung stellt naturgemäß eine große Neuerung für die französische Rechtsordnung dar, da ein französischer Delegierter Europäischer Staatsanwalt plötzlich „ein Staats-anwalt ist, der von Zeit zu Zeit die richterliche Amtstracht der Robe eines Richters trägt“²⁰. Während der französische Con-seil d'État die Kombination der Funktionen des Staatsanwalts und des Untersuchungsrichters in der Person des DESTa für verfassungskonform hält²¹, ist diese Reform im Schrifttum auf breite Kritik gestoßen. Ihr wird vorgeworfen, dass sie die Unabhängigkeitsgarantien des Richters ignoriert und die Beschuldigtenrechte vernachlässigt.²² Zudem sei es keine freie Entscheidung der Regierung, sondern eine Notwendigkeit, den Anforderungen des Unionsgesetzgebers an ein EU-Ermitt-lungsmodell, das dem deutschen ähnelt, gerecht zu werden, was unter dem Druck einer möglichen Erweiterung der EU-Sta-Kompetenzen die Rolle des Untersuchungsrichters wei-ter bedrohen würde.²³

¹⁹ Études d'impact Projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, S. 42, 53.

²⁰ Baab, eucrim 2021, 45.

²¹ Avis sur un projet de loi organique et un projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, 23.1.2020, S. 4, abrufbar unter <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-organique-et-un-projet-de-loi-relatif-au-parquet-europeen-et-a-la-justice-penale-specialisee> (abgerufen am 21.1.2026).

²² Vgl. Christodoulou, Gazette du palais Recueil bimestral, 140 (2020), 3258; dies., Dalloz Actualité v. 27.2.2024; dies./Schneider, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2021, 593; Letouzey, Droit pénal 2/2021, étude Nr. 6 (abrufbar über LexisNexis); Pradel, Recueil Dalloz 2019, 650; Slimani, New Journal of European Criminal Law 14 (2023), 294 (297, 300); Syndicat de la Magistrature, Observations sur le projet de loi relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée, 14.2.2020, S. 7.

²³ Vgl. Christodoulou, Dalloz Actualité v. 27.2.2020; dies./Schneider, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2021, 593; Syndicat de la Magistrature (Fn. 22).

¹⁵ Für eine detaillierte Analyse der Umsetzung von EUSTa-VO ins deutsche Recht siehe Heger, ZRP 2020, 115; Petrasch, CCZ 2021, 126 (128–132). Weiterhin zur Frage der Beziehung des Untersuchungsrichters mit der EUSTa aus spanischer Sicht siehe Álvarez, eucrim 2018, 124. Allgemein über die Notwendigkeit zur Implementierungsmaßnahmen in den Mit-gliedstaaten siehe Herrnfeld, eucrim 2018, 117; De Matteis, New Journal of European Criminal Law 14 (2023), 6.

¹⁶ Loi no 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

¹⁷ Code de procédure pénale, jeweils aktuelle Fassung unter: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT00006071154/.

¹⁸ Für einen Rechtsvergleich der deutschen und französischen Umsetzungsmaßnahmen siehe auch Christodoulou/Schneider, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2021, 593; Schneider, Actualités 2/2020, 12.

Auf der anderen Seite kommentiert *Baab*, der erste französische Europäische Staatsanwalt, dass die Reaktionen in Frankreich gegen eine solche Änderung zu einem Misstrauen gegenüber der EUSTa führen, in dem der zuvor kritisierte Untersuchungsrichter plötzlich als letzte Bastion gegen diesen Angriff angesehen werde.²⁴ Er hält die Abschaffung des Untersuchungsrichters für notwendig, mit allen Konsequenzen, die eine solche Entscheidung mit sich bringen könnte.²⁵ Andernfalls würde die EUSTa zu einem „unverständlichen Flickenteppich“ verkommen, da die Kontrolle über die Ermittlungen und die Strafverfolgung je nach Land verloren ginge.²⁶

2. Luxemburg

Die gesetzgeberischen Entscheidungen Luxemburgs hinsichtlich der Rolle der DESTa und des Untersuchungsrichters im EUSTa-Verfahren ähneln mehr oder weniger denen ihres französischen Nachbarn. Ihnen wird durch das luxemburgische Umsetzungsgesetz²⁷ zur EUSTa-VO das Recht zur Durchführung von Ermittlungen sowie zur Erhebung der Anklage verliehen (Art. 7–15; vgl. Art. 136–4 ff. luxStPO²⁸).

Auch hier werden die DESTa ihre Aufgaben in einer hybriden Form wahrnehmen, weil sie das Verfahren nach den Vorschriften der luxemburgischen Strafprozessordnung über die Befugnisse der Staatsanwaltschaft bzw. des Untersuchungsrichters durchführen werden (Art. 136–8 luxStPO). Darüber hinaus ist auch hier für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen auf Antrag des zuständigen DESTa eine richterliche Anordnung erforderlich (Art. 136–48 ff. luxStPO).

Es ist daher festzuhalten, dass sich der Sitzstaat der EU-Strafverfolgungsbehörde ebenso wie Frankreich dafür entschieden hat, die Ermittlungsbefugnisse des Untersuchungsrichters auf die DESTa zu übertragen. Andernfalls stünde die „Oberhand“ des *juge d'instruction* über die Fälle der EUSTa im Widerspruch zur EUSTa-VO.²⁹ Erwähnenswert ist allerdings eine äußerst kritische Stellungnahme des luxemburgischen Conseil d'État zum Entwurf des Umsetzungsgesetzes hinsichtlich des Verhältnisses zwischen DESTa und Untersuchungsrichter.³⁰

²⁴ *Baab*, *Revue européenne du droit* 2/2021, 56.

²⁵ *Baab*, *Revue européenne du droit* 2/2021, 56 (58).

²⁶ *Baab*, *Revue européenne du droit* 2/2021, 56 (58).

²⁷ *Loi du 22 juillet 2022 modifiant le Code de procédure pénale aux fins de la mise en œuvre du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen*, Memorial A, N°428 du 5 août 2022.

²⁸ Code de procédure pénale, jeweils aktuelle Fassung unter: https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/procedure_penale/20251226.

²⁹ *Projet de Loi relatif à la mise en application du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen et modifiant le Code de procédure pénale*, N° 7759 v. 11.3.2021, S. 8, 12, 13.

³⁰ Dazu *Claes/Werding/Franssen*, *European Papers* 6 (2021), 357 (386).

3. Belgien

Im Gegensatz zu seinen französischsprachigen Nachbarn hat der belgische Gesetzgeber für die Übernahme der EUSTa in sein nationales Recht keine Neuerungen in seiner Strafprozessordnung vorgenommen. Er ist insbesondere einem unterschiedlichen Umsetzungsweg gefolgt, indem er die Trennung der Funktionen des Staatsanwalts und des Untersuchungsrichters nach nationalem Recht auch bei den strafrechtlichen Ermittlungen der EUSTa beibehalten hat. Dementsprechend stellt das belgische Anpassungsgesetz zur EUSTa³¹ die belgischen DESTa hinsichtlich der Bearbeitung von EUSTa-Fällen dem nationalen Staatsanwalt gleich und sieht die Ernennung von spezialisierten Untersuchungsrichtern für belgische EUSTa-Fälle vor (Art. 2–9, *Loi C – 2021/40541*). Somit müssen die DESTa, wenn ein Untersuchungsrichter beteiligt ist, mit sieben benannten Untersuchungsrichtern entsprechend ihrer jeweiligen territorialen Zuständigkeit zusammenarbeiten.³²

Im Falle widersprüchlicher Entscheidungen oder unzureichender oder langwieriger Ermittlungen können die belgischen DESTa in jedem Fall Berufung einlegen oder sich an das Berufungsgericht wenden.³³ Auf diese Weise kommt dem Untersuchungsrichter in Belgien eine zentrale Rolle bei der Durchführung der EUSTa-Ermittlungen zu, was interessanterweise auch die Ermittlungen in vielen EU-Finanzskandalen beeinflusst, da Brüssel als Hauptstadt Europas tatortmäßig den gemeinsamen Nenner solcher Delikte darstellt.

Während die belgische Lehre auf mögliche praktische Probleme dieser Option hinweist, wird gleichzeitig Kritik an der vermeintlich vorschnellen Abschaffung des Untersuchungsrichters in Frankreich und Luxemburg geübt.³⁴ Die mehrfachen Verweise der EUSTa-VO auf die Anwendung des nationalen Rechts sowie die Absicht des Uniongesetzgebers, die nationalen Systeme unangetastet zu lassen, werden als Hauptargumente für die Vereinbarkeit des belgischen Untersuchungsrichters mit der EUSTa-VO angeführt.³⁵ In einer ähnlichen Argumentationslinie vertritt *Van Den Berge*,

³¹ *Loi portant des dispositions diverses en matière de justice* v. 17.2.2021, C – 2021/40541.

³² *European Public Prosecutor's Office* v. 17.5.2024, unter <https://www.eppo.europa.eu/en/media/news/investigation-acquisition-covid-19-vaccines-clarifications> (22.1.2026).

³³ *Van Den Berge*, *eu crim* 2021, 63.

³⁴ *Verbruggen/Franssen/Claes/Werding*, *European Law Blog* v. 18.11.2019.

³⁵ Vgl. *Claes/Werding/Franssen*, *European Papers* 6 (2021), 357 (366 ff.); *Verbruggen/Franssen/Claes/Werding*, *European Law Blog* v. 18.11.2019. Darüber hinaus liegen gegen die Beseitigung dieser Institution zugunsten der Delegierten Europäischen Staatsanwälte Verfassungsvorbehalte vor, so dass die Annullierung eines solchen Umsetzungsgesetzes als verfassungswidrig erscheinen lassen, wegen der Angst einer Diskriminierung aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von EUSTa-Fällen und ähnlichen, rein nationalen Fällen. Vgl. *Graat*, *The role of the national investigating judge in EPPU proceedings*, *Jean Monnet Network on EU Law Enforcement*, Working Paper Series No. 03/22, S. 5; *Van Den Berge*, *eu crim* 2021, 63.

der erste belgische Europäische Staatsanwalt, die Ansicht, dass ebenso wie die Ermittlungsbefugnisse national sind auch das Verhältnis zwischen den Akteuren der strafrechtlichen Ermittlungen national geregelt werden sollte.³⁶ Dementsprechend verändere Art. 28 EUSTa-VO nicht die Rolle des Untersuchungsrichters bei der Voruntersuchung von EUSTa-Fällen, welcher jederzeit anders entscheiden oder dem Antrag der DESTa widersprechen kann.³⁷

Wie bereits in der obigen Analyse ausgeführt, ergibt sich jedoch aus einer grammatikalischen, teleologischen und systematischen Auslegung der EUSTa-VO, dass der aktuelle Status des Untersuchungsrichters im Kontext des belgischen EUSTa-Verfahrens problematisch ist, da er den Anforderungen der EUSTa-VO widerspricht. Tatsächlich hat die luxemburgische Anklagebehörde bereits erklärt, dass der belgische Untersuchungsrichter mit vollen Ermittlungsbefugnissen in offensichtlichem Widerspruch zur EUSTa-VO stehe, worauf sie die Europäische Kommission aufmerksam gemacht hat.³⁸

Allerdings könnte Belgien möglicherweise auf die im europäischen Primärrecht in Art. 67 Abs. 1 AEUV enthaltene Pflicht der EU bei ihrer Rechtssetzung – und damit auch beim Erlass der EUSTa-VO – zur Achtung der verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten rekurrieren. Fraglich erscheint jedoch, ob dieser Einwand nachträglich nach dem Beitritt zur EUSTa im Wege Verstärkter Zusammenarbeit noch gegen die Bestimmungen der EUSTa-VO vorgebracht werden könnte, denn primär obliegt es sicherlich den Mitgliedstaaten, aus ihrer Rechtstradition folgende Einwendungen gegen einen Vorschlag auf EU-Ebene gegenüber der EU sobald als möglich vorzubringen und im Zweifel, da sich die Bedenken in Bezug auf die eigenen Rechtstraditionen nicht ausräumen lassen, auf den Beitritt etwa zur EUSTa zu verzichten.

Darüber hinaus hat die EUSTa unterstrichen, dass die Nichteinhaltung der Vorgaben der EUSTa-VO praktische Schwierigkeiten verursacht, wie ein Beispiel aus einer laufenden Untersuchung in Belgien über den Erwerb von COVID-19-Impfstoffen durch die EU verdeutlicht.³⁹ Im Rahmen dieses Ermittlungsverfahrens hatten mehrere Privatpersonen ähnliche Beschwerden beim Untersuchungsrichter in Lüttich eingereicht.⁴⁰ Die EUSTa gelangte zu dem Ergebnis, dass die zugrunde liegenden Sachverhalte in ihre sachliche Zuständigkeit fallen. Folglich obliege es nun der EUSTa als zuständiger Strafverfolgungsbehörde, zur Rechtmäßigkeit dieser Beschwerden Stellung zu nehmen, während die Entscheidung hierüber dem zuständigen Gericht (Chambre du Conseil) vorbehalten ist.⁴¹ Die parallele Existenz des Untersuchungsrichters auf die EUSTa-Ermittlungen führt unter anderem dazu, dass Beschwerden, die auf demselben Sachverhalt

beruhen, nun in getrennten Verfahren bei verschiedenen Justizbehörden anhängig sind.⁴²

Im Vergleich zu Belgien haben Frankreich und Luxemburg eine kohärente und unionsrechtskonforme Entscheidung getroffen, indem sie einen rigorosen Umsetzungsweg gewählt haben, der den Untersuchungsrichter zugunsten der jeweiligen DESTa im Rahmen der EUSTa-Fälle ausschließt. Belgien hätte sich daher entweder dem restriktiven Modell Frankreichs und Luxemburgs anschließen oder zumindest die Option einer Zwischenlösung in Betracht ziehen müssen. Mittels einer solchen könnte vorgesehen werden, dass der Untersuchungsrichter in einem unterstützenden Rahmen tätig wird, jedoch ausschließlich unter der Leitung und Koordination der DESTa, wodurch eine enge Zusammenarbeit zwischen den beiden Verfahrensparteien gewährleistet werden könnte.

VI. Bleibt für den Ermittlungsrichter noch etwas übrig? – Anschließende Anmerkungen

Aus dieser Analyse ergibt sich, dass die Einführung der EUSTa in den Mitgliedstaaten nicht für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen wirkte. Für die strafprozessuale Landschaft der Rechtsordnungen mit einem Untersuchungsrichter wie Frankreich, Luxemburg und Belgien stellt die Einsetzung der EUSTa eine radikale Veränderung ihrer jeweiligen Rechts-traditionen dar. Die nun durch die DESTa durchgeführte instruction stellt ein Novum in der französischen und luxemburgischen Praxis dar, während die von Belgien gewählte Lösung praktische Probleme aufwirft. Verglichen mit Deutschland, dessen Ermittlungsmodell die reibungslose Integration der EUSTa erlaubt hat, räumt Baab, der französische EUSTa in diesem Zusammenhang ein, dass einige EU-Länder „gleicher als andere sind“, wie in *Orwells* „Farm der Tiere“.⁴³

Tatsächlich deuten der Widerstand Belgiens sowie die Kritik aus Frankreich und Luxemburg darauf hin, dass die „Entwurzelung“ des *juge d'instruction* zugunsten eines staatsanwaltschaftlich fokussierten Modells nicht als freiwillige Entscheidung aller Mitgliedstaaten im Namen einer effektiven EUSTa betrachtet werden kann. Vielmehr offenbart dies das klassische Spannungsverhältnis zwischen der rechtlichen Vielfalt der EU-Mitgliedstaaten und dem Streben nach einem „immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker“⁴⁴.

Die Entscheidung des Unionsgesetzgebers für ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsmodell, das den Untersuchungsrichter zurückdrängt, könnte der Anstoß für eine Angleichung der Ermittlungsstrukturen in der Union sein. In diesem Sinne könnte die EUSTa eine „Büchse der Pandora“ öffnen und eine Entwicklung hin zu einem einheitlicheren Ermittlungsmodell begünstigen, die langfristig selbst tief verwurzelte Elemente nationaler Verfahrensordnungen infrage stellt. Dies könnte dazu führen, dass die betroffenen Mitgliedstaaten ihren teilweise kritisierten, aber „ehrwürdigen Untersuchungsrichter als Element ihrer nationalen juristischen Identität

³⁶ Van Den Berge, *eucrim* 2021, 63 (64).

³⁷ Van Den Berge, *eucrim* 2021, 63 (64).

³⁸ European Public Prosecutor's Office (Fn. 32).

³⁹ European Public Prosecutor's Office (Fn. 32).

⁴⁰ European Public Prosecutor's Office (Fn. 32).

⁴¹ European Public Prosecutor's Office (Fn. 32).

⁴² European Public Prosecutor's Office (Fn. 32).

⁴³ Baab, *Revue européenne du droit* 2/2021, 56 (58).

⁴⁴ Erwägungsgrund 1 der Präambel des AEUV.

begraben“⁴⁵. In dieser Hinsicht gewinnt die Annahme, dass „der Prozess der europäischen Integration im Strafrecht sein Ende noch nicht erreicht hat“⁴⁶, insbesondere mit Blick auf den *juge d’instruction* im Kontext der EUSTa, eine besondere Bedeutung.

⁴⁵ *Leblois-Happe/Winkelmulle*, in: Asp (Hrsg.), *The European Public Prosecutor’s Office – legal and criminal policy perspectives*, 2015, S. 288–289.

⁴⁶ *Heger/Huthmann*, ZStW 133 (2021), 777 (814).

Erste Urteile der kolumbianischen Sondergerichtsbarkeit für den Frieden

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Iván Ricardo Morales Chinome, LL.M. (Erlangen-Nürnberg), Göttingen*

Die kolumbianische Sondergerichtsbarkeit für den Frieden (Jurisdicción Especial para la Paz – JEP) hat im September 2025 ihre ersten beiden Urteile verkündet. Das erste Urteil richtete sich gegen die letzten sieben Anführer der Guerillagruppe Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) wegen Massenentführungen, das zweite gegen zwölf Militärs wegen Mordes und Verschwindenlassens von Personen, die fälschlicherweise als im Kampf gefallene Guerillakämpfer ausgegeben wurden (sog. falsos positivos). Der folgende Aufsatz analysiert und vergleicht beide Urteile anhand von vier Punkten: die Schwere der Gewalttaten der Guerilla und der Armee; die Beurteilung der Verbrechen gemäß dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH); die Täterschaft, Teilnahme und Vorgesetztenverantwortlichkeit sowie die verhängten Sanktionen.

I. Die kolumbianische Sondergerichtsbarkeit für den Frieden

Die JEP stellt die strafrechtliche Komponente des vielbeachten kolumbianischen Systems der Transitionsjustiz (sog. „Ganzheitliches System der Wahrheit, Gerechtigkeit, Wiedergutmachung und Nicht-Wiederholung“, Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición) dar. Dieses System wurde aufgrund des Friedensabkommens von 2016 zwischen den Revolutionären Streitkräften Kolumbiens (FARC-EP) und der kolumbianischen Regierung geschaffen.¹

Die JEP ist zuständig für die Untersuchung und Verfolgung von Verbrechen, die von ehemaligen Mitgliedern der FARC-EP sowie des Militärs während des bewaffneten Konflikts in Kolumbien begangen wurden. Sie soll die Wahrheit über die Geschehnisse aufdecken und den Opfern Wiedergutmachung leisten.² Die JEP³ operiert im Rahmen eines detaillierten Normengeflechts.⁴ Sie genießt internationale Unterstützung⁵ und verfügt über beachtliche materielle und personelle Ressourcen.⁶

* Prof. Dr. Dr. h.c. Ambos ist Lehrstuhlinhaber für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung, internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Richter an den Kosovo Specialist Chambers in Den Haag. Iván Ricardo Morales Chinome, LL.M., ist Doktorand an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Siehe dazu Ambos/Aboueldahab, DRiZ 2019, 410.

² Siehe dazu JEP, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 12.11.2016, Abschnitt 5.1, abrufbar unter <https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final%20Firmado.pdf> (5.3.2026).

³ Siehe dazu Tarapué Sandino, Universitas 69 (2020).

⁴ Vgl. Ambos, in: Ambos/Zuluaga (Hrsg.), Justicia transicional y derecho penal internacional, 2018, S. 119.

⁵ Siehe dazu Office of the High Commissioner for Human Rights, Colombia, El Equipo de País de las Naciones Unidas

II. Die historischen Urteile

Im September 2025 hat die JEP ihre ersten beiden Urteile in den Makrofällen 01 und 03 verkündet. Die JEP geht nicht, wie die allgemeine Straffjustiz, einzelfallbezogen vor, sondern fasst anhand von Auswahl- und Priorisierungskriterien Tausende von Vorfällen zu „Makrofällen“ zusammen.⁷ Damit will sie sich auf die Identifizierung und Analyse von Plänen und Strategien sowie kriminelle Muster konzentrieren.⁸ Die ergangenen Urteile stellen einen Meilenstein der kolumbianischen Transitionsjustiz dar, sind allerdings noch nicht rechtskräftig, sondern werden im Rahmen des Berufungsverfahrens überprüft. Daneben ermittelt die JEP in neun weiteren Makrofällen.⁹

Die Sektion der ersten Instanz für Fälle der Wahrheits- und Verantwortungsanerkennung (Sección de Primera Instancia para casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad – SeRVR) verurteilte im Makrofall 01 die sieben Mitglieder des Sekretariats – der höchsten Führungsinstanz der ehemaligen FARC-Guerilla – wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Angeklagten hätten als Guerillaführer die Politik der Massenentführung von Zivilisten und Militärs „hors de combat“ umgesetzt und ihren Untergebenen erlaubt, die Gefangenen zu misshandeln. Die

en Colombia reitera su apoyo a la Jurisdicción Especial para la Paz, JEP (6.11.2025), abrufbar unter <https://www.hchr.org.co/comunicados/el-equipo-de-pais-de-las-naciones-unidas-en-colombia-reitera-su-apoyo-a-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz-jep/> (5.3.2026).

⁶ Vgl. JEP, Comunicado v. 14.4.2023 – 035: 1317 Beschäftigte; abrufbar unter

<https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/con-la-nueva-planta-jep-consolida-su-trabajo-para-responder-a-demandas-de-verdad-y-justicia-de-las-victimas.aspx> (5.3.2026).

⁷ Siehe JEP, Criterios y Metodología de Priorización de Casos y Situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, 28.6.2018, Rn. 36, abrufbar unter <https://bapp.com.co/wp-content/uploads/2023/05/1.03.4294.pdf> (20.3.2026).

⁸ JEP (Fn. 7), Rn. 37.

⁹ Zusätzlich zu den Makrofällen 01 und 03 untersucht die JEP die Begehung internationaler Verbrechen in bestimmten Gebieten wie Tumaco, Ricaurte und Barbacoas (Makrofall 02), Urabá (04), dem nördlichen Cauca und dem südlichen Valle del Cauca (05); ferner wurden Verbrechen gegen bestimmte Opfergruppen (ethnische Völker und Gebiete [09], die Partei Patriotische Union [06] und Kinder [07]) untersucht sowie andere Verbrechen, die von den Streitkräften zusammen mit paramilitärischen Gruppen begangen wurden (08), andere nicht amnestierbare Verbrechen, die von der ehemaligen FARC-EP begangen wurden (10) und sexuelle Gewalt (11); siehe <https://www.jep.gov.co/Paginas/casos.aspx> (5.3.2026).

SeRVR verhängte die „eigene Sanktion“¹⁰ (sanción propia) von acht Jahren.¹¹

Im Rahmen des Makrofalls 03 verurteilte die SeRVR zwölf Soldaten des Bataillons „La Popa“ der Armee wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Gestalt von zwischen 2002 und 2005 begangenen Morden und des Verschwindenlassens von Personen, die fälschlicherweise als Guerillakämpfer ausgegeben wurden. In diesem Fall wurde eine „eigene Sanktion“ von fünf bis acht Jahren verhängt.¹²

In beiden Verfahren nahmen zahlreiche Opfer aktiv teil. Die Angeklagten bekannten sich zu ihrer Verantwortung und schilderten, was sie über die von ihnen und ihren Untergebenen begangenen Verbrechen wussten.¹³ Die verhängten Sanktionen wurden jedoch von Opferseite als zu milde kritisiert; außerdem wurden Hindernisse bei der Vollstreckung der Urteile bemängelt.

1. Das Ausmaß von Verbrechen und Gewalt im bewaffneten Konflikt in Kolumbien

Die beiden Urteile der JEP zeigen das Ausmaß der von den bewaffneten Akteuren begangenen Gewalttaten. Die Mehrheit der Opfer des nicht internationalen Konflikts sind Zivilisten, keine (faktischen) Kombattanten. Laut Angaben des „Nationalen Zentrums der geschichtlichen Erinnerung“ (Centro Nacional de Memoria Histórica – CNMH) starben zwischen 1958 und 2012 insgesamt 220.000 Menschen; davon waren

81,5 % Zivilisten und 18,5 % (faktische) Kombattanten.¹⁴ Insbesondere seit den 1990er-Jahren haben alle bewaffneten Akteure die Zivilbevölkerung als Teil ihrer militärischen Strategie angegriffen.¹⁵ Aus diesem Grund wurde der bewaffnete Konflikt als „Krieg gegen die Gesellschaft“ oder „Stellvertreterkrieg“ bezeichnet.¹⁶

Im Makrofall 01 stellte die JEP fest, dass die FARC zwischen 1993 und 2012 insgesamt 21.396 Zivilisten und Soldaten entführt hatte, die nicht an Kampfhandlungen beteiligt waren.¹⁷ Nach den Erkenntnissen im Makrofall 03 hat die Armee zwischen 2000 und 2008 insgesamt 6.402 Morde begangen und Personen verschwinden lassen;¹⁸ die Opfer wurden – fälschlicherweise – als im Kampf Getötete deklariert,¹⁹ weshalb diese Taten als „falsche Positive“ (falsos positivos) bezeichnet werden.²⁰

2. Das Urteil gegen die Guerilla-Anführer (Makrofall 01)

Laut JEP habe die FARC-EP zwischen 1993 und 2012 im Rahmen ihrer Strategie zur „Machtergreifung“ eine Politik von Massenentführungen von humanitärvölkerrechtlich geschützten Personen durchgeführt (Zivilisten sowie Militär- und Polizeibeamte „hors de combat“). Damit sollte der bewaffnete Kampf finanziert und die Regierung gezwungen werden, die Entführten gegen inhaftierte Guerillas auszutauschen.²¹

Die Guerilla entführte auch Zivilisten, um von deren Familien Lösegeld zu erpressen. Üblicherweise überprüften sie die finanzielle Validität der Opfer im Vorfeld. Gelegentlich hielten sie auch Fahrzeuge auf Verbindungsstraßen zwischen größeren Städten an und entführten die Insassen.²² In den 1990er-Jahren erlebte die FARC-EP ihre größte Expansion und verlagerte ihre Strategie vom traditionellen Guerillakrieg hin zur Besetzung militärischer Stellungen. Sie begann, Soldaten und Polizisten, die sich im Kampf ergaben und ihre Waffen abgaben, als Geiseln zu nehmen, insbesondere bei der Eroberung von Militärbasen. Ihr Ziel war es, diese Geiseln

¹⁰ Gemäß den Art. 126, 128 und 130 des Gesetzes 1957 v. 6.6.2019 kann die JEP drei Arten von Sanktionen verhängen: 1. „Eigene Sanktionen“ („sanciones propias“) von Freiheitsentziehung ohne Gefängnisstrafe von fünf bis acht Jahren für Straftäter, die sich zu ihrer Verantwortung bekennen und die Straftat(en) umfassend gestehen, 2. Alternative Sanktionen“ („sanciones alternativas“) von Freiheitsstrafen von fünf bis acht Jahren für die Straftäter, die sich zu ihrer Verantwortung während des laufenden Verfahrens bekennen und 3. „Ordentliche Sanktionen“ („sanciones ordinarias“) von Freiheitsstrafen zwischen fünfzehn und zwanzig Jahren für die Straftäter, die keine Verantwortung übernehmen und deshalb in einem adversatorischen Verfahren abgeurteilt werden, abrufbar unter <https://jepvisible.com/images/docs/interes/LEY-1957-06-JUNIO-2019-ESTATUTARIA-JEP-SANCIONADA.pdf> (20.3.2026).

¹¹ Siehe JEP (SeRVR), Urte. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025.

¹² Siehe JEP (SeRVR), Urte. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025.

¹³ In Makrofällen gibt es zwei Arten von Verfahren. Das erste Verfahren betrifft die Straftäter, die ihre Taten freiwillig gestehen und deshalb zu „eigene Sanktionen“ verurteilt werden. Das zweite Verfahren betrifft die Straftäter, die keine Verantwortung übernehmen und folglich in einem adversatorischen Strafverfahren abgeurteilt und möglicherweise zu einer Freiheitsstrafe von fünfzehn bis zwanzig Jahren verurteilt werden.

¹⁴ Siehe CNMH, *¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad, 2012*, S. 32.

¹⁵ Ebd., S. 15.

¹⁶ Siehe Pécaut, *Guerra contra la Sociedad*, 2001; *Lair, Revista de Estudios Sociales*, 15 (2003), 88.

¹⁷ Siehe JEP (SeRVR), Urte. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 89.

¹⁸ Laut JEP begingen die Soldaten das Verbrechen des Verschwindenlassens – in gleicher Zahl – als eigenständige Tat, indem sie die wahre Identität der Opfer und die Informationen über ihren Aufenthaltsort verschleierten. Siehe JEP, SIVJNR, Beschluss 028 vom 7.7.2021, Rn. 658–660.

¹⁹ Siehe JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SIVJNR), Beschluss 033 vom 12.2.2021, Rn. 14.

²⁰ Siehe dazu *Endres*, *Die Zeit* v. 31.10.2023, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/ausland/2023-10/falsos-positivos-kolumbien-armee-zivilisten-tote> (5.3.2026).

²¹ Siehe JEP (SeRVR), Urte. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 31.

²² Siehe JEP (SeRVR), Urte. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 33–46.

gegen inhaftierte Guerilleros auszutauschen. Auch Politiker wurden zu diesem Zweck entführt. Die kolumbianische Regierung lehnte solche Austausche jedoch ab, weshalb viele dieser Entführungen zu jahrelanger Gefangenschaft führten, in der mehrere Geiseln starben und ihre Leichen verschwanden.²³ Viele der Entführten wurden auch gefoltert und misshandelt, ohne dass dies von der Führung der FARC unterbunden oder die Verantwortlichen zur Rechenschaft gezogen wurden.²⁴

Die JEP stellte fest, dass die Guerilla-Anführer völkerrechtliche Verbrechen gemäß IstGH-Statut begangen haben. Die JEP verurteilte die sieben Mitglieder des Sekretariats der FARC-EP wegen Kriegsverbrechen (vorsätzliche Tötung und Geiselnahme) sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit (insbesondere vorsätzliche Tötung, zwangsweises Verschwindenlassen von Personen und sonstiger schwerwiegender Freiheitsentzug). Die Guerilla-Anführer sollen die Durchführung der Massenentführung von Zivilisten, Militärangehörigen und Polizisten *hors de combat* geplant und/oder befohlen haben.²⁵

Die SeRVR verurteilte die Anführer der FARC-EP nicht nur als Täter, sondern auch aufgrund der Zurechnungsfigur der Vorgesetztenverantwortlichkeit²⁶ wegen Kriegsverbrechen (z.B. grausame Behandlung und Folter, Beeinträchtigung der persönlichen Würde, Vergewaltigung und Vertreibung der Zivilbevölkerung) sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit (u.a. Folter, Versklavung und andere unmenschliche Handlungen gegen die Gefangenen). Als Befehlshaber hätten sie es unterlassen, ihre Aufsichts- und Kontrollpflichten hinsichtlich der Verbesserung der Haftbedingungen (ausreichende Versorgung mit Nahrungsmitteln und Medikamenten), der Verhinderung von Misshandlungen (Rotation der Wachen und Erlass von Vorschriften) und der Bestrafung der verantwortlichen Guerilleros zu erfüllen.²⁷

3. Das Urteil gegen die zwölf Soldaten des Bataillons „La Popa“ (Makrofall 03)

Das Urteil im Makrofall 03 zeigt, dass die Morde und das Verschwindenlassen von Zivilisten, angeblich als im Kampf gefallen, „keine Einzelfälle, sondern Teil eines systematischen und weitverbreiteten Handlungsmusters waren“.²⁸ Die Taten wurden von verschiedenen Militäreinheiten im ganzen Land

durchgeführt und forderten Tausende von Todesopfern. Seit 1994 wurden außergerichtliche Hinrichtungen von Zivilisten gemeldet. Seit 2002 wendete die Armee die sogenannte „Body Count“- oder „Vietnam-Doktrin“ an, die den militärischen Erfolg an der Zahl der feindlichen Opfer misst.²⁹ Die FARC-EP zogen sich in die Berge zurück und die Kämpfe zwischen Militär und Guerilla nahmen ab. Da die Soldaten jedoch verpflichtet waren, getötete Kombattanten zu melden, entschieden sie sich, „einen Sieg zu inszenieren“, indem sie Zivilisten ermordeten, verkleideten und als getötete Guerillakämpfer präsentierten. Auf diese Weise wurde die Fortsetzung der Politik der nationalen Sicherheit legitimiert.³⁰

Die SeRVR stellte fest, dass zwölf Mitglieder des Bataillons „La Popa“, das in Nordkolumbien operierte, für 135 Morde und Verschwindenlassen von Zivilisten verantwortlich waren. Die Opfer wurden auf zwei Arten als getötete Guerillakämpfer ausgegeben: Zum einen verbündete sich das Bataillon mit Paramilitärs des Nordblocks der Vereinigten Selbstverteidigungskräfte Kolumbiens (Autodefensas Unidas de Colombia – AUC),³¹ die ihnen Leichen oder lebende Personen zuführten oder Personen identifizierten, die sie töten konnten (weil sie angeblich Guerilla-Sympathisanten waren).³² Zum anderen nahmen die Soldaten sozial marginalisierte Personen (arbeitslose Jugendliche oder Obdachlose) gefangen oder täuschten vor, ihnen Arbeit und Geld zu geben; später zwangen sie sie Tarnuniformen anzuziehen und ermordeten sie.³³

Die verurteilten Militärs bekleideten verschiedene Dienstgrade im Bataillon „La Popa“.³⁴ Der Ranghöchste war ein Major, der der Bataillonsführung angehörte; die anderen waren Kompaniechefs, Geheimdienstoffiziere und Soldaten.³⁵ Gemeinsam planten und führten sie die Morde durch; sie verschleierten die Verbrechen, indem sie Dokumente fälschten, um den Anschein zu erwecken, die Opfer seien im Rahmen legitimer Militäroperationen getötete Guerillas gewesen.³⁶ Aus diesem Grund wurden alle als Mittäter der genannten

²³ Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 47–53.

²⁴ Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 65–69.

²⁵ Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 418–421.

²⁶ Siehe dazu näher Ambos, *Treatise of International Criminal Law*, Bd. I, 2. Aufl. 2021, S. 257 ff.; Arnold/Jackson, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, 4. Aufl. 2022, Art. 28, S. 1280 ff.

²⁷ Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 327–340.

²⁸ Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 21 („los asesinatos y desapariciones presentados como muertes en combate no fueron eventos aislados, sino parte de una práctica sistemática y generalizada“).

²⁹ Siehe Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición (CEV), abrufbar unter <https://www.comisiondelaverdad.co/el-body-count-o-la-doctrina-vietnam> (5.3.2026).

³⁰ CEV, *Hay futuro si hay verdad*, Informe final, No matarás. Relato histórico del conflicto armado interno en Colombia, 2022, S. 525 (abrufbar unter <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad#>).

³¹ Siehe dazu JEP (SeRVR), Ur. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 46.

³² Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 49.

³³ Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 50.

³⁴ Siehe JEP (SeRVR), Ur. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 308.

³⁵ JEP (SeRVR), Ur. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 326–327.

³⁶ JEP (SeRVR), Ur. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 308.

Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gemäß dem IStGH-Statut verurteilt.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Fällen besteht im hierarchischen Rang der Verurteilten: Im Makrofall 01 wurden die Befehlshaber der FARC-EP verurteilt, im Fall 03 hingegen Soldaten mittlerer und niederer Ränge. Demgegenüber haben die ranghöhere, für die „falsos positivos“ verantwortlichen Militärangehörigen keine Geständnisse abgelegt und werden deshalb im Rahmen eines adversatorischen Strafverfahrens abgeurteilt.³⁷ Dies betrifft Publio Hernán Mejía (ehemaliger Befehlshaber des Bataillons „La Popa“)³⁸ und Mario Montoya (ehemaligen Befehlshaber der 4. Brigade). Möglicherweise lässt sich auch die Verantwortlichkeit ehemaliger Armeebefehlshaber und hochrangiger Staatsbeamte, wie etwa des Verteidigungsministers oder des damaligen Präsidenten (Álvaro Uribe, 2002–2010),³⁹ für diese Verbrechen begründen.

4. Die Sanktionen

Die SeRVR verhängte in beiden Verfahren die „eigene Sanktion“ von fünf bis acht Jahren eingeschränkter Freiheitsentziehung ohne Gefängnisstrafe. Während des Sanktionszeitraums müssen die Verurteilten an Wiedergutmachungsmaßnahmen, -projekten oder -aktivitäten teilnehmen, an deren Ausgestaltung die Opfer beteiligt waren. Ehemalige Mitglieder der FARC-EP müssen sich an der Suche nach Vermissten, an Minenräumungsmaßnahmen, an symbolischen Wiedergutmachungsleistungen für die Opfer sowie am Wiederaufbau und der Instandsetzung von durch den bewaffneten Konflikt beschädigten Gebäuden beteiligen.⁴⁰ Verurteilte Soldaten müssen unterdessen am Bau eines Mausoleums mit 700 Gebeinen auf dem Friedhof der Stadt Valledupar sowie an der Errich-

tung von Wohnhäusern und Kulturzentren für die Opfer mitwirken.⁴¹

In ihren Urteilen erließ die JEP zahlreiche Anordnungen an kolumbianische Institutionen, um die Finanzierung der Projekte sicherzustellen und die Umsetzung der Sanktionen zu überwachen. Die Wiedergutmachungsmaßnahmen sind kostspielig⁴² und erfordern eine Koordination zwischen staatlichen Institutionen, was zu Problemen bei ihrer Implementierung führen kann. Darüber hinaus sehen einige Opfer die von der JEP verhängten Sanktionen angesichts der Schwere der begangenen Verbrechen als zu milde an,⁴³ allerdings sind sie schon im Friedensabkommen vorgesehen.

³⁷ Siehe schon oben JEP (SeRVR), Urt. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025.

³⁸ Mejía wurde von der JEP zu 20 Jahren Gefängnis verurteilt. Siehe dazu JEP (Sección de Primera Instancia para casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad – SAR), Urt. v. 17.12.2025 – TP-SAR-No. 001.

³⁹ Bislang gibt es keine Verfahren gegen Uribe wegen der „falsos positivos“. Uribe wurde allerdings einerseits wegen dieser Verbrechen unter Rückgriff auf das Weltrechtsprinzip in Argentinien angezeigt. Das Verfahren wurde im November 2025 eingestellt; siehe Fundación Internacional Baltazar Garzón (Fibgar) v. 14.11.2025, abrufbar unter <https://fibgar.es/proclama-contrala-impunidad-victimas-de-los-falsos-positivos-apelan-el-archivo-del-caso-argentino-contralvaro-uribe-velez/> (5.3.2026).

Andererseits wurde Uribe am 14.10.2025 in Bogotá vom Vorwurf der Zeugenbestechung und des Betrugs freigesprochen. Die Opfer und die Staatsanwaltschaft legten Berufung beim Obersten Gerichtshof Kolumbiens ein. Siehe *Voigt*, Die Zeit v. 21.10.2025, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/ausland/2025-10/kolumbien-alvaro-uribe-freispruch-zweite-instanz> (5.3.2026).

⁴⁰ JEP (SeRVR), Urt. v. 16.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.001-2025, Rn. 982–989.

⁴¹ JEP (SeRVR), Urt. v. 18.9.2025 – TP-SeRVR-RC-ST-No.002-2025, Rn. 887–952.

⁴² Die JEP schätzt, dass die Umsetzung dieser Wiedergutmachungsmaßnahmen ca. 29 Millionen Euro kosten wird, siehe dazu Verdad Abierta v. 23.10.2025, abrufbar unter <https://verdadabierta.com/las-dos-caras-de-la-jep-sentencias-historicas-en-medio-del-debate-por-la-reparacion-y-la-verdad/> (5.3.2026).

⁴³ Siehe dazu France 24 v. 19.9.2025, abrufbar unter <https://www.france24.com/es/programas/el-debate/20250919-primeras-sentencias-de-la-jep-en-colombia-justicia-para-las-v%C3%A9ctimas-o-impunidad> (5.3.2026).

Entscheidungsbesprechung

Zur faktischen Geschäftsführung bei Firmenbestattungen

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Organe beruht auf der tatsächlichen Übernahme der Organstellung. Ob jemand die Rolle des Vertretungsorgans faktisch übernommen hat, kann nur im Rahmen einer Gesamtschau der konkreten Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft beurteilt werden (vgl. Rn. 20).

Bei den fürwerbende Unternehmen hierzu entwickelten Kriterien gehört die Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis zu den Essentialia einer Organstellung. Dagegen soll dem Außenauftritt bei nicht-werbenden Gesellschaften, die – wie auch im Falle der „Firmenbestattung“ – nur noch in geringem Maße oder gar nicht mehr am Rechtsverkehr teilnehmen und deren Unternehmenszweck allein noch in der Abwicklung der Geschäftstätigkeit besteht, keine oder nur sehr begrenzte Bedeutung für die Annahme einer faktischen Organstellung zukommen (vgl. Rn. 16, 17, 20).

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 14 Abs. 1 Nr. 1, 283 Abs. 1

InsO § 15a Abs. 4 Nr. 1, Abs. 1

BGH, Urt. v. 27.2.2025 – 5 StR 287/24¹

I. Einleitung

Immer wieder muss der BGH in Straf-, aber auch in Zivilsachen über Fälle sog. Firmenbestattung judizieren, in denen sich eine seit Anfang/Mitte der 1990er Jahre bekannte,² besonders intensive Form insolvenzstrafrechtlicher Kriminalität ausprägt.³ Dabei sind die gewöhnlich im Hintergrund bleiben-

den, tatsächlich jedoch das Geschehen initiiierenden und beherrschenden Firmenbestatter in dieser Rolle bisher (fast) nie als Täter, sondern nur als Teilnehmer (Gehilfe oder Anstifter) einer Insolvenzstraftat i.e.S. in Haftung genommen worden.⁴ Grund dafür ist, dass die einschlägigen Strafvorschriften gem. §§ 283 ff. StGB, § 15a Abs. 4–6 InsO echte Sonderdelikte sind, die der Firmenbestatter mangels Täterqualität nicht verwirklichen kann.⁵ Strafbar machen können sich danach allenfalls weitere am Bestattungsvorgang beteiligte Personen wie insbes. die (Alt- und Neu-)Geschäftsführer der beerdigten Gesellschaft. Die Einstufung des Firmenbestatters als faktischer Geschäftsführer kam für die h.M. in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit deshalb nicht in Frage,⁶ weil dieser es in aller Regel vermeidet, für die Gesellschaft im Außenverhältnis aufzutreten, womit es nach h.M. an einem wesentlichen Kriterium für diese Sonderform der Täterschaft⁷ fehlte.⁸ Hier läutet der 5. *Strafsenat* des BGH

zum GmbHG, Bd. 2, 5. Aufl. 2026, Anh. § 47 Rn. 141 ff. und OLG Karlsruhe NZI 2013, 653 (654 m.w.N.).

⁴ Für eine Gehilfenstrafbarkeit etwa BGH BeckRS 2015, 12270 und BGH wistra 2019, 32 (aber jeweils ohne nähere Begründung); Nachw. zur entsprechenden instanzgerichtlichen Rspr. bei *Siebler*, Eine strafrechtliche Betrachtung des Phänomens der Firmenbestattung, 2021, S. 193 ff.; weiter *Pelz*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2025, Kap. 9 Rn. 345 („regelmäßig Beihilfe“); *Richter*, in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch, 8. Aufl. 2024, Rn. 87.51 („Unproblematisch ist [...] zumindest der Vorwurf der Anstiftung zu den Taten des Neugeschäftsführers“); ebenso *Ogiermann*, wistra 2000, 250 (252) und *Reinhart*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2024, InsO § 15a Rn. 47; *Werner*, NZWiSt 2013, 418 (423 f.); auch *Schütz*, wistra 2016, 53 (57 f.), der aber die Haftung als faktischer Liquidator vorzieht.

⁵ Konkret fehlen ihm dafür die in § 14 Abs. 1 StGB und § 15a Abs. 1–3 InsO verlangten (besonderen) persönlichen Eigenschaften.

⁶ Eine Ausnahme macht hier – soweit ersichtlich – nur ein Urteil des LG Bochum v. 2.3.2015 (= BeckRS 2015, 122685 Rn. 71 ff.), das den Firmenbestatter zur Begründung einer Strafbarkeit wegen Bankrotts und Insolvenzverschleppung als „faktischen Liquidator“ einstuft.

⁷ Zum Außenauftritt als grundsätzliche Voraussetzung faktischer Geschäftsführung vgl. nur BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 16 ff.) und *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, Kommentar, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 84 Rn. 26 – jew. m.w.N. (Letzterer auch zu den Kritikern dieses Merkmals); zum Auftreten im Wirtschafts- und Rechtsverkehr im Zusammenhang mit § 35 AO siehe *Joder*, NZWiSt 2024, 476 (479 f.).

⁸ In diesem Sinne *Tüting* (Fn. 2), S. 334; *Werner*, NZWiSt 2013, 418 (423); *Richter* (Fn. 4), Rn. 87.51; *Gerloff*, in: Bittmann (Hrsg.), Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 30 Rn. 114 f.; im Ausgangspunkt auch *Schütz*, wistra 2016, 53 (57); anders dagegen *Siebler* (Fn. 4), S. 49 f., 193 ff., 235 ff., der die Anforderungen an das Wirken im Außenverhältnis abschmilzt und den Firmenbestatter als „faktisch

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter

https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidung/en/DE/Strafsenate/5_StS/2024/5_StR_287-24B.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (23.3.2026)

sowie veröffentlicht u.a. in NJW 2025, 2109, NZWiSt 2025, 487 und BeckRS 2025, 7069.

² Zum erstmaligen Auftreten des Phänomens siehe nur *Petersen*, Die Firmenbestattung, 2015, S. 29, 170; *Tüting*, Die gewerbsmäßige Firmenbestattung, 2012, S. 17; *Kleindiek*, ZGR 2007, 276 (277).

³ Aus der strafrechtlichen BGH-Rechtsprechung zum Thema siehe BGH NStZ 2022, 686; BGH NJW 2013, 1892; BGH NStZ 2009, 635 (im Kern zur Strafbarkeit gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 Var. 2 StGB); weiterhin BGH NStZ 2000, 34; BGH NJW 2003, 3787 (3789 f.). Im Zivilrecht befasste sich der BGH u.a. mit der Verletzung der Amtspflichten durch einen Notar bei Mitwirkung an Firmenbestattungen (BGH NZG 2019, 877; BGH NZG 2016, 1818) sowie mit insolvenzrechtlichen Fragen (BGH NZI 2020, 679); zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die im Rahmen einer Firmenbestattung vorgenommen werden, vgl. *Petersen* (Fn. 2), S. 57 ff., *Wertenbruch*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar

nun mit der vorliegenden – vielfach besprochenen⁹ – Entscheidung eine neue Ära ein. In seinem Urteil setzt sich das Obergericht vor allem mit der Frage auseinander, unter welchen Bedingungen der Firmenbestatter nicht bloß Gehilfe – wie es das LG Leipzig als Vorinstanz annahm –, sondern als faktischer Geschäftsführer Täter von Insolvenz- und Bankrott delikten sein kann. Im Ergebnis lockert der *Senat* die Anforderungen an die faktische Geschäftsführung in puncto Außenauftritt jedenfalls bei Firmenbestattungen drastisch. Ob diese Rechtsprechungswende nebst der dafür gegebenen Begründung überzeugt, soll im Folgenden untersucht werden.

II. Der zu besprechende Sachverhalt als Variante organisierter Firmenbestattung

Unter dem schillernden Begriff der Firmenbestattung¹⁰ wird im Allgemeinen die Abwicklung einer insolventen oder einer insolvenzgefährdeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung außerhalb der vorgesehenen gesetzlichen Vorschriften verstanden, die (proto-)typisch wie folgt abläuft:¹¹ Der Inhaber einer überschuldeten oder (drohend) zahlungsunfähigen GmbH scheut (angesichts befürchteten Rufschadens) den Gang zum Insolvenzgericht und beauftragt stattdessen ein als Wirtschafts-, Sanierungs- oder Unternehmensberater auftretendes Firmenbestattungsunternehmen damit, gegen Entgelt¹²

gekorenen Schatten-Liquidator“ einstuft (S. 270 f.); für faktische Geschäftsführung weiterhin *Petersen* (Fn. 2), S. 67 ff., 136; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Kurzkommentar, 21. Aufl. 2023, § 43 Rn. 4 (Firmenbestatter schiebt für den Außenkontakt der Gesellschaft den Strohmann-Geschäftsführer vor, um so „seine eigene Verantwortlichkeit zu verschleiern, hält tatsächlich aber alle organotypischen Fäden in der Hand“).

⁹ Tieferegehende Analysen dazu von *Habetha*, NZG 2025, 1073 und *Bosch*, JZ 2025, 784.

¹⁰ Der juristisch nicht definierte Begriff der „Firmenbestattung“ (teilweise wird auch von „Unternehmensbestattung“ gesprochen) hat sich in Literatur, Rechtsprechung sowie beim Gesetzgeber als Schlagwort „eingebürgert“ und soll auch hier verwendet werden, trifft aber nicht den Kern des in der Praxis auftretenden Phänomens, da es im Wesentlichen nicht darum geht, den Namen der Gesellschaft (vgl. § 17 Abs. 1 HGB) oder das Unternehmen verschwinden zu lassen, sondern um die Verschleierung der Vermögensverhältnisse und die Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung für die Gesellschaftsgläubiger. Richtiger wäre die Bezeichnung „Rechtsträgerbestattung“, vgl. *Kilper*, Unternehmensabwicklung außerhalb des gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahrens in der GmbH, 2009, S. 24 ff.

¹¹ Näher zu Ablauf und Methoden einer Firmenbestattung *Petersen* (Fn. 2), S. 15 ff., 22 ff.; *Tüting* (Fn. 2), S. 69 ff.; *Siebler* (Fn. 4), S. 52 ff.; *Kilper* (Fn. 10), S. 7 ff.; *Gerloff* (Fn. 8), § 30 Rn. 12 ff.; knapper *Kleindiek*, ZGR 2007, 276 (277 ff.); *Meinecke*, StV 2024, 753 (753 f.); *Werner*, NZWiSt 2013, 418 (418 f.); *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 115.

¹² Der Preis/das Entgelt für das vom Bestatter offerierte Dienstleistungspaket orientiert sich nach *Kleindiek* (ZGR 2007, 276

die GmbH geräuschlos zu entsorgen.¹³ Hierfür überträgt der bisherige Geschäftsführer (und regelmäßig auch Alleingesellschafter der insolventen GmbH) seine GmbH-Anteile an den Firmenbestatter (oder einen von ihm vermittelten Erwerber) und lässt sich als Geschäftsführer abberufen (bzw. legt sein Amt nieder). Der Firmenbestatter bestellt sodann einen sog. Strohgeschäftsführer – zumeist handelt es sich um geschäftlich unerfahrene und mittellose Personen –, ändert die Firma der Gesellschaft, verlegt ihren Sitz (nicht selten ins Ausland) und vernichtet die noch vorhandenen Bücher und Bilanzen. Als bald stellt der (Titular-)Geschäftsführer dann beim zuständigen Insolvenzgericht am neuen Sitz der Gesellschaft einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, der in aller Regel mangels Masse abgewiesen wird.¹⁴

In dieses Grundraster der Firmenbestattung fügt sich auch das vom LG Leipzig¹⁵ und in der Revisionsinstanz vom 5. *Strafsenat* des BGH¹⁶ abzuurteilende Geschehen. Der Angeklagte war schon länger gewerbsmäßig als Firmenbestatter tätig. Er erwarb (über eine bulgarische Ein-Mann-GmbH) Anteile von sanierungsbedürftigen Gesellschaften, entzog ihnen teilweise noch vorhandene Vermögenswerte, organisierte die sofortige Abberufung der alten Geschäftsführer und setzte in allen Fällen einen – gesondert verfolgten – geschäftsunerfahrenen Strohgeschäftsführer bzw. Vorstand (hier: voll berufstätigen Krankenpflegshelfer) ein. Dieser hatte plangemäß keine eigene Entscheidungskompetenz in Bezug auf die Unternehmen, sondern leistete dem Angeklagten Blanko-unterschriften und war ihm in jeder Hinsicht untergeordnet. Bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach bzw. vor der Unternehmensübernahme wurde jeweils kein Insolvenzantrag gestellt.

Das LG qualifizierte – wie erwähnt – das Verhalten des Angeklagten als Beihilfe zu den Bankrott- und Insolvenzverschleppungstaten des gesondert Verfolgten. Eine zur Täterschaft führende faktische Geschäftsführung komme nicht in Betracht, da der Angeklagte nicht eine Mehrzahl von „klassischen Merkmalen“ aus dem Kernbereich der Unternehmensleitung erfüllt habe und außerdem nicht festgestellt werden konnte, ob und inwieweit er für die Gesellschaft nach außen aufgetreten sei.

[278]) regelmäßig an der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten.

¹³ Gemeint ist damit, die GmbH ohne Verstrickung in ein folgendes Insolvenz- und Strafverfahren vom alten Unternehmensträger mit dem Ziel zu trennen, das Unternehmen später in neuer Trägerschaft fortführen zu können.

¹⁴ Zu kurzen Definitionen bzw. Umschreibungen des Phänomens Firmenbestattung siehe nur BGH NZG 2019, 877 (878 Rn. 7); BGH NZI 2020, 679 (680 Rn. 10); OLG Karlsruhe NZI 2013, 653 (654); *Brand*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 283 Rn. 155.

¹⁵ LG Leipzig, Urt. v. 7.11.2023 – 11 KLs 281 Js 35309/18 = BeckRS 2023, 55925.

¹⁶ BGH, Urt. v. 27.2.2025 – 5 StR 287/24 = NJW 2025, 2109 m.Anm. *Brand*.

III. Reaktion des BGH und Einordnung der Rechtsfrage

Der BGH hob das Urteil auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin auf und verwies die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Zur Begründung führt das Gericht aus,¹⁷ eine die Täterschaft begründende faktische Organstellung dürfe nicht „durch das schematische Abarbeiten eines Kriterienkatalogs“ festgestellt werden, vielmehr seien in einer Gesamtschau die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles auszuwerten. Berücksichtigt werden müsse zudem, dass die geläufigen, dem Kernbereich der Unternehmensleitung entnommenen (Abgrenzungs-)Kriterien anhand von Fällen werbender Unternehmen entwickelt worden seien. Bestehe – wie hier bei der Firmenbestattung – der Unternehmenszweck dagegen nur noch in der Abwicklung der Geschäftstätigkeit, finden diese nach dem BGH dagegen keine oder bloß eingeschränkt Anwendung. Für die Beurteilung der Position des Angeklagten sei es daher ohne Aussagekraft, dass er etwa keine Mitarbeiter einstellte und keine Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern gestaltete, da derartiges in dem Unternehmen ohnehin nicht mehr anfiel. Das gelte auch für den Außenauftritt der Gesellschaft. Zwar stelle die Vertretung der Gesellschaft im Rechtsverkehr eine zentrale Funktion des Vertretungsorgans von am Markt aktiven Gesellschaften und damit auch ein wesentliches Element für die Annahme einer faktischen Organstellung dar. Ein solches Auftreten nach außen sei aber bei Firmenbestattungen keine Voraussetzung für eine faktische Organstellung. Maßgeblich für das Einrücken in die Rolle des faktischen Geschäftsführers ist im Fall für den BGH allein, in welchem Umfang der Angeklagte im Unternehmen tatsächlich zu erledigende organtypische Aufgaben übernommen hat.

Mit dem vorliegenden, zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Urteil setzt der 5. Strafsenat des BGH zunächst die ständige Rechtsprechung fort, die die Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung als täterschaftsbegründenden Topos bei Sonderdelikten trotz weiterhin heftigen Gegenwinds akzeptiert und klärt gleichzeitig die Methode zur Feststellung faktischer Organschaft (dazu IV. 1.). Im Schwerpunkt des Judikats justiert der Senat dann die Voraussetzungen neu, unter denen der Firmenbestatter zum faktischen Geschäftsführer der abzuwickelnden Gesellschaften avanciert – und räumt dabei der Tatbeteiligung des Firmenbestatters *juristisch* (endlich) das Gewicht ein, das ihm *tatsächlich* als Zentralfigur des Geschehens zukommt, mit der im Regelfall zu ziehenden Konsequenz, dass der Drahtzieher der Firmenbestattung als Täter statt als Teilnehmer der angeklagten Insolvenzstraftaten zu qualifizieren ist (dazu IV. 2.).

IV. Analyse der Entscheidung

Ob auch derjenige Täter eines Organsonderdelikts¹⁸ sein kann, der nur faktisch die Funktion eines Geschäftsführers wahr-

nimmt, ohne rechtswirksam im Gesellschaftsvertrag usw. als solcher bestellt (vgl. § 6 Abs. 3 GmbHG) und im Handelsregister eingetragen zu sein, ist bis heute heftig umstritten. Der BGH – anders als noch das RG¹⁹ – bejaht das seit mittlerweile über 70 Jahren in ständiger Rechtsprechung und wird hierin von Teilen des Schrifttums unterstützt.²⁰ Eine Reihe von Autoren stehen der Rechtsprechung dagegen kritisch bis ablehnend gegenüber, wobei insbesondere Friktionen im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot sowie den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) geltend gemacht werden.²¹ Dabei wird nicht um alles gerungen. Einigkeit besteht noch weitgehend darüber, dass tauglicher Täter etwa der §§ 82 ff. GmbHG, § 15a Abs. 4–6 InsO ist, wer das Amt des Geschäftsführers aufgrund einer rechtlich unwirksamen (nichtigen oder anfechtbaren) Bestellung tatsächlich ausübt. Da es sich bei vorgenannten Straftaten um Geschäftsführer-, Vertreter- bzw. Organsonderdelikte handelt, die den Geschäftsführer usw. selbst adressieren, ist weiterhin anerkannt, dass die in der Diskussion um den faktischen Geschäftsführer häufig behandelte Vorschrift des § 14 StGB, die sich in der Praxis zumeist an die Gesellschaft (etwa gemäß § 283 StGB an den Schuldner) und nicht an deren Organe richtet, hier nicht anzuwenden ist.²²

Damit betrifft der eigentliche Streit die sonstigen, recht zahlreichen Fälle, in denen eine (natürliche) Person tatsächlich die Stellung als Geschäftsführer einnimmt, ohne dass zu irgendeinem Zeitpunkt ein intentional auf die Bestellung gerichteter Akt vorlag. Besonders kriminogen sind Sachverhalte, in denen eine ordnungsgemäße Bestellung des eigentlichen Akteurs bewusst unterbleibt und stattdessen ein „Strohmann“ vorgeschoben wird, weil in der Person des faktischen Geschäftsführers ein Bestellungshindernis (§ 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG) vorliegt. Der BGH in Strafsachen geht in verstetigter – vor allem zum Bankrott sowie zur Insolvenzverschleppung ergangener – Rechtsprechung davon aus, dass auch derjenige Geschäftsführer i.S.d. Strafrechts ist, der, ohne förmlich dazu bestellt oder im Handelsregister eingetragen zu sein, mit Einverständnis der Gesellschafter die Stellung eines Geschäftsführers tatsächlich einnimmt.²³

§ 266a StGB) und erst mit Hilfe des § 14 StGB auf den gesetzlichen bzw. gewillkürten Vertreter übergewälzt wird (gleichsam „Organsonderdelikt i.w.S.“), vgl. Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 17 mit dortiger Fn. 42.

¹⁹ Vgl. RGSt 72, 187 (191 f.). Zum Folgenden Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 17 f.

²⁰ Beginnend mit BGHSt 3, 32 (37 ff.); m.w.N. bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 f.

²¹ Pars pro toto Radtke, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 14 Rn. 47 und die Belege bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 mit dortiger Fn. 59.

²² Dazu Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 mit umfangreichen Nachw.

²³ Erschöpfende Nachw. bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20.

¹⁷ Zum Folgenden BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 16 ff.).

¹⁸ Charakteristisch für den Typus „Organsonderdelikt“ ist, dass der primäre Normadressat (das haftende Organ) im Wege der Auslegung der Einzeltatbestände ermittelt wird, während bei sekundärer Organhaftung die Pflicht zunächst einen anderen trifft (*Beispiel*: GmbH als „Arbeitgeber“ bei

1. Unanwendbarkeit der sog. Sechs-von-acht-Theorie

Diesen Grundlagenstreit berührt der 5. *Strafsenat* des BGH in seinem Februarurteil aus 2025 mit keinem Wort. Er soll auch hier angesichts der Fülle an Material und einer ständigen Rechtsprechung nicht wieder aufgegriffen werden.²⁴ Die Argumente der Kritiker liegen auf dem Tisch, der BGH hat sich angesichts eines von ihm (aber auch von den Kritikern) angenommenen kriminalpolitischen Bedürfnisses an der Vermeidung von Strafbarkeitslücken bisher davon nicht beeindrucken lassen, obwohl ein Begründungsdefizit der Rechtsprechung unübersehbar ist²⁵ und die weit ausgreifende Einbeziehung faktischer Organe an die Grenze der Wortlautinterpretation stößt – jedenfalls bei Strafvorschriften wie § 15a Abs. 1 InsO, die die „Mitglieder des Vertretungsorgans“ adressieren.²⁶

Mit deutlichen Worten klargestellt („schon im Ansatz verfehlt“) hat der *Senat* dann allerdings, dass die vom LG zur Bestimmung der faktischen Geschäftsführung herangezogene sog. Sechs-von-acht-Theorie²⁷ als Hilfsmittel ungeeignet ist, da die hierzu auszuwertenden „konkreten Verhältnisse des Einzelfalles“ nicht durch ein „schematisches Abarbeiten eines Kriterienkatalogs“ ersetzt werden dürfe.²⁸ Der Versuch, verlässliche Kriterien für die Annahme einer faktischen Organstellung festzulegen, geht auf *Dierlamm* zurück, der 1996 einen Katalog mit acht „klassischen Merkmalen“ aus dem Kernbereich der Unternehmensleitung aufstellte, von denen für die Annahme einer faktischen Geschäftsführung mindestens sechs (egal welche) erfüllt sein müssen.²⁹ Der letztlich als Prüfungsschema dienende Katalog wurde vom BayObLG in einem Urteil vom 20.2.1997 (unter expliziter Berufung auf *Dierlamm*) übernommen.³⁰ Er wird seitdem von vielen Lite-

raturstimmen als *die* Rechtsprechung zum Thema vorgestellt.³¹ Tatsächlich hat der BGH den Katalog als harten Selektionsmechanismus in den Folgejahren so nicht zur Grundlage seiner Prüfung gemacht (wenngleich auch er in seinen Entscheidungen auf einzelne Kriterien aus dem Katalog zurückgreift³²), seine Anwendung vielmehr in einem Beschluss vom Januar 2013 ausdrücklich offengelassen³³ und sich jetzt klar gegen seinen Einsatz entschieden.³⁴

Dem 5. *Strafsenat* des BGH ist in der Sache zuzustimmen. Die Sechs-von-acht-Theorie bietet zwar eine intuitiv plausible Faustformel, taugt aber nicht als kategoriale Regel.³⁵ Denn es ist einerseits kaum möglich, eine abschließende Liste organotypischer Befugnisse zu formulieren. Andererseits kann im Einzelfall eine für die Täterschaft hinreichende Stellung trotz des Vorhandenseins von lediglich vier oder fünf Merkmalen vorliegen, ebenso wie eine faktische Geschäftsführung nicht notwendig gegeben sein muss, wenn der Betroffene sechs von acht Kriterien erfüllt. Es hängt bei der faktischen Geschäftsführung als „Typusbegriff“ eben letztlich doch – wie auch bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme – alles vom Gewicht der einzelnen Merkmale in einer Gesamtschau ab, selbst wenn die Bestimmtheit und Rechtssicherheit darunter leidet.³⁶

2. Anpassung der Voraussetzungen für die Annahme faktischer Geschäftsführung bei Firmenbestattungen

a) BGH lockert das Anforderungsprofil für die faktische Geschäftsführung bei nicht-werbenden Gesellschaften

Das wirklich Neue im Urteil des 5. *Strafsenats* des BGH besteht in der deutlichen Lockerung des Anforderungsprofils für die faktische Geschäftsführung bei nicht-werbenden Gesellschaften. Am Beispiel der Firmenbestattung führt der *Senat* vor, dass dem Kriterium „Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis“ (welches die Rolle des [auch faktischen] Geschäftsführers nach h.M. bei werbenden Gesellschaften maßgeblich mitprägt) bei nicht-werbenden Unternehmen, deren Zweck nur noch in der Abwicklung der Geschäftstätigkeit

²⁴ Ausführlicher Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 ff. mit vielen Belegen.

²⁵ Zur Legitimationsfrage Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 21 und jüngst *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1074 Rn. 2 f.) – beide m.w.N.

²⁶ Dazu Rönnau (Fn. 7), InsO § 15a Rn. 304 mit vielen weiteren Nachw. (der selbst die Wortsinnengrenze als „gerade noch“ nicht überschritten ansieht).

²⁷ Vgl. LG Leipzig BeckRS 2023, 55925 Rn. 9.

²⁸ BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 15).

²⁹ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (155 ff.). Er nennt (auf S. 156) als Indikatoren für eine überragende Stellung des faktischen Geschäftsführers: Bestimmung der Unternehmenspolitik, Unternehmensorganisation, Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern sowie Ausstellung von Zeugnissen, Gestaltung der Geschäftsbeziehung zu Vertragspartnern der Gesellschaft einschließlich der Vereinbarung von Vertrags- und Zahlungsmodalitäten, Entscheidung der Steuerangelegenheiten, Verhandlungen mit Kreditgebern, Steuerung von Buchhaltung und Bilanzierung, Höhe des Gehalts.

³⁰ BayObLG NJW 1997, 1936 (das fälschlich auch BGH NJW 1997, 66 [67] zu den Befürwortern der These zählt); Nachw. zur zustimmenden Literatur bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 25 mit dortiger Fn. 93.

³¹ Statt vieler *Verjans/Rixe*, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch, 3. Aufl. 2023, Kap. 4 Rn. 263 f.; *Leinekugel*, ZIP 2025, 1326 (1327); *Czimek/Okonkwo*, NStZ 2025, 486.

³² Ebenso *Siebler* (Fn. 4), S. 233; *Kraft/Krasteva*, jurisPR-StrafR 10/2025 Anm. 1. *Habetha* (NZG 2025, 1073 [1075 Rn. 9]) hält deshalb zu Recht die Kritik des *Senats* für „zu weitgehend“.

³³ BGH wistra 2013, 272 (273 f. Rn. 35).

³⁴ BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 15).

³⁵ Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 25 m.w.N.

³⁶ Gleichsinnig *Brand*, NJW 2025, 2109 (2112); *Bittmann*, ZWH 2025, 237 (238); *Bosch*, JZ 2025, 784 (786); *Weyand*, ZInsO 2025, 1040. *Czimek/Okonkwo* (NStZ 2025, 486 [487]) wollen den klassischen Kriterienkatalog „für die Fälle von Unternehmen ohne werbende Tätigkeit am Markt nur um jene Merkmale reduzieren, welche eine nach außen gerichtete Tätigkeit voraussetzen“, um „eine hinreichend bestimmte und handhabbare Basis der Anwendung der Frage des faktischen Organs“ zu gewährleisten.

besteht, keine bzw. allenfalls eine untergeordnete Bedeutung zukommt.³⁷ Entscheidend für die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Organe ist seiner Ansicht nach – und das soll wohl für alle Formen faktischer Geschäftsführung gelten – die „rein tatsächliche Übernahme der Organstellung“ (bzw. den „im Unternehmen [...] zu erledigenden organtypischen Aufgaben“), die „nur im Rahmen einer Gesamtschau der konkreten Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft beurteilt werden kann“³⁸ und je nach „Lebensphase“ des Unternehmens unterschiedliche Voraussetzungen hat. In der Detailbegründung erklärt das Gericht dann, warum bestimmte Kriterien zur Festlegung der (faktischen) Geschäftsführung aufgestellt werden.³⁹ So soll bei aktiv am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Gesellschaften „das Abstellen auf die unmittelbare Vertretung der Gesellschaft nach außen [...] gewährleisten, dass bei einer rein internen Einwirkung des Gesellschafters auf den formell bestellten Geschäftsführer der Einwirkende nicht zum faktischen Geschäftsführer wird.“ Der Gesellschafter mache vielmehr durch Anweisung des Vertretungsorgans gerade von seinen ihm durch die gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung zugewiesenen Rechten Gebrauch, werde also nicht rollenüberschreitend tätig. Verlange bei nicht-werbenden Gesellschaften der Unternehmenszweck keine nach außen gerichtete Tätigkeit (mehr), so genüge für eine faktische Organstellung die „Aneignung anderer Zuständigkeiten [...], die nach der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung ausschließlich dem Vertretungsorgan zugewiesen sind“ und selbst durch Weisungen der Gesellschafter nicht entzogen werden können. Der *Senat* führt insoweit exemplarisch die Pflichten zur Bilanzierung und Buchführung (§ 41 GmbHG, § 264 Abs. 1 HGB), zum Kapitalerhalt (§§ 30, 34 Abs. 3 GmbHG, § 15b Abs. 1 S. 1 InsO) und zur Stellung eines Insolvenzantrags (§ 15a Abs. 1 S. 1 InsO) an. Faktische Dominanz lasse sich dann aus der Übernahme der Kontrolle über die Erfüllung dieser Pflichten und die darin liegende Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung ableiten – und sie drängt sich nach BGH im Fall insbesondere deshalb auf, weil „der Angeklagte jeweils einen Strohgeschäftsführer installierte, der seinen dem Gläubigerschutz dienenden Pflichten gerade nicht nachkommen sollte und dem er die dazu erforderlichen Informationen über den Geschäftsbetrieb vorenthielt.“

b) Bewertung der Neuerungen

Die faktische Organstellung in der Phase der Unternehmensabwicklung von anderen (weniger strengen) Voraussetzungen abhängig zu machen, erscheint mit der Begründung des BGH auf den ersten Blick nachvollziehbar – und ist bei der Mehrzahl der Entscheidungsrezensenten jedenfalls im Ergebnis auf ein positives Echo gestoßen.⁴⁰ Aber nicht alle sind mit dem

Urteil einverstanden.⁴¹ Vor allem *Bosch* hat die BGH-Entscheidung scharf angegriffen und dabei neben bekannten Gründen für eine grundsätzliche Ablehnung der Rechtsfigur „faktische Geschäftsführung“ (auf die hier nicht eingegangen wird) mehrere Kritikpunkte vorgetragen. In Auseinandersetzung mit den Einwänden wird auch meine eigene Ansicht zum BGH-Urteil deutlich.

Moniert wird zunächst, dass der *Senat* selbst keine materiellen Kriterien für die Übernahme einer Sonderpflicht benenne, obwohl er genau das für die Annahme einer faktischen Organstellung des Angeklagten als Täter eines Insolvenzdelikts fordert.⁴² Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der BGH durchaus verschiedene Aussagen zum Umfang des Außenauftrets macht und als Ersatzkriterium für das seiner Ansicht nach beim faktischen Organ einer nicht-werbenden Gesellschaft überflüssige Handeln im Außenverhältnis das Eindringen in die Kompetenzordnung des formellen Vertretungsorgans entwickelt, woraus sich eine gewisse Leitungsmacht ableiten lässt.⁴³

Bosch hinterfragt dann weiter, ob die Übernahme der bei der Firmenbestattung verbleibenden Pflichten (etwa zur Bilanzierung und Buchführung sowie vor allem zum Kapitalerhalt und zur Stellung eines Insolvenzantrags) überhaupt noch ausreichen, um eine faktische Geschäftsführerstellung zu begründen.⁴⁴ Diese Zweifel sind meines Erachtens unberechtigt, da auch in dieser (Abwicklungs-)Phase in Erfüllung der vorstehend angeführten grundlegenden Pflichten noch wichtige wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen sind und jemand – sei es eine ordnungsgemäß bestellte oder eine allein faktisch dominierende Person – dafür Verantwortung tragen muss,⁴⁵ soll nicht ein zu vermeidendes (Führungsverantwortungs-)Vakuum entstehen. Nichts anderes ergibt sich übrigens aus den allgemeinen Vorschriften zum gesellschaftsrechtlichen Auflösungsverfahren gemäß den §§ 65 ff. GmbHG, wonach (wenn nichts anderes vereinbart wurde) in Fällen der Auflösung außerhalb des Insolvenzverfahrens der Geschäftsführer der GmbH (als nunmehr „geborener“ Liquidator) die Liquidation durchführt (vgl. §§ 66, 70 GmbHG).⁴⁶

cher *Bittmann*, ZWH 2025, 237 ff. und vor allem *Habetha*, NZG 2025, 1073; einen gemischten Eindruck von der Entscheidung haben *Brand*, NJW 2025, 2109 (2111 f.) und *Czimek/Okonkwo*, NSTz 2025, 486 (486 f.).

⁴¹ Harsche Kritik von *Bosch*, JZ 2025, 784; siehe auch *Kraft/Krasteva*, jurisPR-StrafR 10/2025 Anm. 1.

⁴² *Bosch*, JZ 2025, 784 (785).

⁴³ Vgl. BGH NJW 2025, 2109 (2110 f. Rn. 16 ff., 21).

⁴⁴ *Bosch*, JZ 2025, 784 (786).

⁴⁵ So auch *Karzel*, in: Müller-Gugenberger (Fn. 4), Rn. 30.103: „Derjenige, der in dieser Phase ‚wie ein Geschäftsführer Entscheidungen trifft‘, muss auch dafür haften.“ Nach dem LG Leipzig (BeckRS 2023, 55925 Rn. 237) konnte nicht sicher festgestellt werden, dass der angeklagte Firmenbestatter „faktischer Liquidator“ war. Ausführlicher zur faktischen Liquidation im Zusammenhang mit der Firmenbestattung *Siebler* (Fn. 4), S. 226 ff.

⁴⁶ *Paradissis* (NZWiSt 2025, 487 [490 f.]) weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, „dass auch während der

³⁷ BGH NJW 2025, 2109 (2110 ff. Rn. 16 ff.).

³⁸ BGH NJW 2025, 2109 (2110 f. Rn. 15, 20).

³⁹ Zum Folgenden BGH NJW 2025, 2109 (2110 f. Rn. 18, 21 f.).

⁴⁰ So *Harsen*, FD-InsR 2025, 811139; *Kemperdick*, NZI 2025, 605 (607 f.); *Leinekugel*, ZIP 2025, 1326 (1326 f.); *Merschmüller*, FD-StrafR 2025, 807349; *Paradissis*, NZWiSt 2025, 487 (489 ff.); *Weyand*, ZInsO 2025, 1040; ausführli-

Gewichtiger ist der Vorwurf, der 5. Strafsenat des BGH argumentiere zirkelschlüssig, indem er aus der Nichterfüllung einer Pflicht die Person des Verpflichteten ableite. Konkret: „Weil der Angeklagte mit der Einsetzung eines Strohgeschäftsführers die Pflicht etwa zur Insolvenzantragstellung übernommen habe, diese aber nicht erfüllte, sei er als faktischer Geschäftsführer für die Erfüllung der Pflichten verantwortlich.“⁴⁷ In eine ähnliche Richtung zielt der weitere Einwand von *Bosch*, es sei „ohnehin schon mit dem Wesen der Zurechnung eines Vertreterhandelns nach § 14 StGB unvereinbar, wenn aus einem Unterlassen auf eine faktische Einflussnahme geschlossen wird, etwa aus dem Unterlassen der Insolvenzantragstellung [...] auf eine faktische Geschäftsführung.“⁴⁸ In der Sache verzichte der Senat hier auf den separaten Nachweis der tatsächlichen Übernahme der Organstellung (als für die Täterschaftsbegründung notwendiges Element bei Sonderdelikten) und begnüge sich mit der Feststellung einer Pflichtverletzung („Gleichsetzung von Pflicht und Übernahme“).

Die Kritik trifft insoweit zu, als der Rückschluss von der Pflichtverletzung auf die Pflichterfüllungszuständigkeit unzulässig ist, da Wesentliches (hier die vorgelagerte Verantwortungszuschreibung für die Pflichterfüllung) ausgeblendet wird. Allerdings sind die einschlägigen Aussagen des BGH nur verkürzt, nicht aber im Ergebnis falsch, worauf *Habetha* in seinem Besprechungsaufsatz zum Urteil richtig hingewiesen hat.⁴⁹ Abzustellen ist seiner Meinung nach vielmehr auf die „vorangegangene, für die Organzuständigkeit (etwa aus dem Kernbereich ‚Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern‘) maßgebliche Ausübung von Leitungsmacht“, während der Senat „erst an deren Folgen“ (also „an den erkennbaren ‚Symptomen‘“) anknüpft. Bei dieser gebotenen Neuausrichtung des Blicks, der für die Beurteilung einer faktischen Geschäftsführung⁵⁰ hinreichend differenziert zwischen der „Übernahme von Organzuständigkeiten durch Ausübung von Leitungsmacht einerseits und der auf dieser Basis tatsächlich noch erforderlichen (und daher zu beobachtenden) Tätigkeiten andererseits“ lässt sich – entgegen *Bosch* – das Unterlassen gut als Variante einer faktischen Einflussnahme erklären. Denn die Leitungsmacht kann tatsächlich auch in der Form ausgeübt werden, dass sie – wie hier im Rahmen einer Firmenbestattung – „in die Entscheidung mündet, bestimmte (werbende) Tätigkeiten nicht (mehr) vorzunehmen.“⁵¹

Liquidation Aufgaben mit Außenwirkung zu erledigen sind“; ebenso *Bittmann*, ZWH 2025, 237 (238): „Verkäufe aus und Abwicklung der übernommenen Gesellschaften sind ohne Eintritt in den Geschäftsverkehr, also mittels Vertretung nach außen, nicht möglich.“ Daraus folgt, dass sogar bei der Forderung des Außenauftritts als Kriterium für die Annahme faktischer Geschäftsführung auch in der Abwicklungsphase dessen Erfüllung durch nicht-bestellte Geschäftsführer in Betracht kommt.

⁴⁷ *Bosch*, JZ, 2025, 784 (786 f.).

⁴⁸ *Bosch*, JZ 2025, 784 (787).

⁴⁹ *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1074 Rn. 6 ff.).

⁵⁰ Anders als es der Senat und die Vorinstanz getan haben.

⁵¹ *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1074 Rn. 6).

Wenn nun der 5. Strafsenat des BGH die kompetenzwidrige „Übernahme der Kontrolle über die Erfüllung dieser Pflichten“ (aus dem exklusiven Zuständigkeitsbereich des Vertretungsorgans) als ein Zeichen für die faktische Geschäftsführung wertet,⁵² harmonisiert das mit dem von *Habetha* skizzierten (und hier unterstützten) zweistufigen Modell der faktischen Geschäftsführung – gerade in Anbetracht der Tatsache, dass im zu entscheidenden Fall dem Strohgeschäftsführer keine eigene Entscheidungskompetenz verblieb, der Angeklagte die Geschicke der Gesellschaften bestimmte, er also die Organfunktion vollständig übernommen hatte und hierdurch zugleich jedes (organtypische) eigenverantwortliche Auftreten durch den formell bestellten Geschäftsführer ausgeschlossen war.⁵³ Bei alledem mögen selbst in der Abwicklungsphase für den Firmenbestatter, der im Hintergrund alles steuert, auch ihm zurechenbare Außenauftritte (ggfs. mit Außenwirkung) entstehen; notwendig sind sie für die Annahme faktischer Geschäftsführung angesichts regelmäßig ausreichender sonstiger Dominanzfaktoren nicht.

V. Fazit

Im Ergebnis ist dem 5. Strafsenat des BGH zuzustimmen. Der beschuldigte Firmenbestatter war also als faktischer Geschäftsführer einzustufen, der täterschaftlich die angeklagten Insolvenzstraftaten begangen hat. Zu monieren ist allein die Begründung, die verkürzt nur auf bestimmte indizielle Tätigkeiten abstellt, statt – vorgelagert – die Übernahme von Organzuständigkeiten (mit) in den Blick zu nehmen. Ob jemand faktisch in die Position des Unternehmensleiters eingerückt ist, hat das Tatgericht zukünftig noch stärker daran zu messen, in welchem Umfang der Akteur im Unternehmen tatsächlich anfallende geschäftsführertypische Aufgaben übernommen hat – in Abgrenzung zu einer Einflussnahme auf die Unternehmensleitung, die im Einklang mit der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung steht. Fragt man nach den absehbaren Effekten des Urteils, ist eines unübersehbar: Der BGH will mit dieser Entscheidung das strafrechtliche Risiko für professionelle Firmenbestatter und auch sonstige im Hintergrund des Unternehmens tätige Akteure deutlich erhöhen.⁵⁴ Denn für einen Gehilfen ist die Strafe gemäß § 27 Abs. 2 S. 2 StGB obligatorisch nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

*Prof. Dr. Thomas Rönnau, Hamburg**

⁵² BGH NJW 2025, 2109 (2111 Rn. 21).

⁵³ Vgl. *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1076 Rn. 15).

⁵⁴ Gleichsinig *Kraft/Krasteva*, jurisPR-StrafR 10/2025 Anm. 1 (a.E.); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2025, 312.

* Der Verf. ist ordentlicher Professor an der Bucerius Law School in Hamburg.

Buchrezension

Alina Herrmann, *Tatrichterliche Beurteilungsspielräume im materiellen Recht. Eine dogmatische und rechtstheoretische Untersuchung zur Revisibilität der tatrichterlichen Rechtsanwendung in Fällen unbestimmter Tatbestandsmerkmale*, Duncker & Humblot, Berlin, 2025, 234 S., € 79,90.

I. Die zu besprechende, von *Volker Erb* in Mainz betreute Dissertation, die in der Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge“ erscheint, widmet sich der wissenschaftlich umstrittenen und praxisrelevanten Grundfrage nach der Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe im materiellen Recht. Aus § 337 StPO ableitbar ist, dass die Revision nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden kann (Abs. 1) und dass eine solche vorliegt, „wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“ (Abs. 2). Soweit die Revisionsgerichte ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz unter Anerkennung eines tatgerichtlichen Beurteilungsspielraums ihre Prüfungskompetenz selbst beschränken, verfolgt die Untersuchung das Ziel zu klären, „ob die Praxis sich mit der prozessrechtlichen Grundkonzeption des Revisionsrechts vereinbaren lässt oder sie die gesetzlichen Vorgaben überschreitet und insoweit als Rechtsfortbildung contra legem unzulässig ist“ (S. 21).

II. Eingerahmt von einer Einleitung und einer Schlussbetrachtung gliedert sich die Arbeit in fünf Kapitel.

In Kapitel 1 beschreibt *Herrmann* das Phänomen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums zunächst von dessen Rechtsfolge her und konstatiert zutreffend, dass die Anerkennung eines solchen Spielraums von der durch § 337 StPO geforderten umfassenden Nachprüfung der Rechtsanwendung auf Sachrüge hin abweicht und „eine Verschiebung der Letztentscheidungskompetenz für den Rechtsanwendungsvorgang vom Revisions- an das Tatgericht zur Folge hat“ (S. 24). In Abgrenzung zu den Freiheiten bei der tatgerichtlichen Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung arbeitet die *Autorin* heraus, dass der Freiraum auf der Ebene der rechtlichen abstrakten Normkonkretisierung entsteht (S. 25 ff., 35). Die Gegenüberstellung zur beschränkten Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen verdeutlicht, dass jene die Rechtsfolge betrifft und gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist (S. 30–35). In der Folge untersucht die *Verf.* die „Beurteilungsspielräume in der Rechtsprechung“ (S. 36 ff.). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und frühe Entscheidungen des Bundesgerichtshofs waren noch der „vielfach inkonsequente[n]“ Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage verhaftet (S. 40). Nach einer Sichtung der Beurteilungsspielräume im Bereich der Strafzumessung (S. 40–49) wendet sich die *Autorin* der Sichtung der aktuellen Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum im materiellen Strafrecht zu (S. 49 ff.). Den von mehreren Autoren festgestellten Trend zur Ausweitung des Zugestehens eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums in der Rechtsprechung der 1990er und zu Beginn der 2000er-Jahre nimmt *Herrmann* mit Blick auf den inzwischen eingetretenen Zeitablauf zum Anlass, die einzelnen Fallgruppen anhand der neueren Revisionsrechtsprechung durchzumustern (S. 51 ff.). Ihre Analyse ergibt, dass die im Schrifttum ange-

führten Fallgruppen der Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen, der Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn, zur Vollendung der Wegnahme, zum auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung i.S.v. § 291 StGB, zur bandenmäßigen Tatbegehung sowie der Wert- und Maßbegriffe nicht mehr aktuell sind. Die Rechtsprechung vermochte auf diesen Feldern die unbestimmten Rechtsbegriffe durch Aufstellung allgemeiner Grundsätze weiter zu konkretisieren, so dass es des Zugeständnisses eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums schlicht nicht mehr bedurfte (S. 71, 208). Gleichwohl ist das Thema der Arbeit damit nicht obsolet. Denn die Analyse von *Herrmann* gelangt zu dem Ergebnis, dass die aktuelle Revisionsrechtsprechung tatrichterliche Beurteilungsspielräume in immerhin zwei von ursprünglich acht (S. 208) Fallgruppen auch weiterhin anerkennt: bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme und bei Entscheidungen zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 StGB (S. 54–58, 63–65, 71 f.). Nicht um Anwendungsfälle des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, sondern um der Beweiswürdigung zuzuordnende Auslegungsfragen handelt es sich nach der von *Herrmann* zustimmend referierten Rechtsprechung bei der Feststellung eines bedingten Tötungsvorsatzes sowie der Auslegung von schriftlichen und mündlichen Erklärungen (S. 66–71, 209).

In Kapitel 2 (S. 73–98) geht es um die verfassungsrechtliche Relevanz tatrichterlicher Beurteilungsspielräume. Die Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip wird in zwei Schritten geprüft. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verstoße als solche nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG, setze allerdings die Möglichkeit einer effektiven fachgerichtlichen Kontrolle voraus (S. 84). Das Gesetzlichkeitsprinzip weise die „Letztverantwortung zur Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Präzisierungsauftrages“ den Revisionsgerichten zu. Eine Verschiebung der Entscheidungskompetenz auf die Ebene der Tatgerichte stelle sich als „Eingriff gegen die gesetzliche Aufgabenzuweisung“ dar (S. 85) und bedürfe „[a]ufgrund der Vorgabe einer strikten Gesetzesbindung der Gerichte jedenfalls einer normativen Ermächtigung“ (S. 86). Anschließend wendet sich die *Verf.* dem Gebot effektiven Rechtsschutzes zu und leitet aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch einen Anspruch auf eine umfassende Nachprüfung der materiell-rechtlichen Rechtsanwendung des Tatgerichts im strafrechtlichen Revisionsverfahren her (S. 86 ff.). Das Zugeständnis tatrichterlicher Beurteilungsspielräume hänge von einer gesetzlichen Grundlage ab (S. 90). Aus dem Gleichheitsgrundsatz wird abgeleitet, dass die „obersten Gerichte als primäre Adressaten des Präzisierungsgebotes unter dem Auftrag der Rechtsvereinheitlichung dafür Sorge zu tragen [haben], dass vergleichbare Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden“ (S. 93). Die Delegation der Entscheidung an die Tatgerichte vernachlässige die „verfassungsrechtliche Aufgabe zur einheitlichen Rechtskonkretisierung“ (S. 93). Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG drohe nur dann nicht, wenn die „Rechtskonkretisierung“ „nach der gesetzlichen Wertung ausnahmsweise letztverantwortlich den Tatgerichten zugewiesen wäre“ (S. 93 f.). Eine Verletzung des verfassungsgemäßen Anspruchs auf den

gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verneint *Herrmann* (S. 94–96). Zwar könne „die unterlassene Rechtskontrolle aus der falschen Annahme einer Alleinkompetenz des Tatrichters heraus grundsätzlich eine Verletzung des verfassungsgemäßen Rechts auf den gesetzlichen Richter darstellen“ (S. 96). Die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche „willkürliche Kompetenzanmaßung“ (S. 95) sei jedoch „keinesfalls erreicht“, weil die Revisionsgerichte – ungeachtet des Fehlens einer weitergehenden Begründung – überzeugt zu sein scheinen, dass eine Beschränkung ihrer Kontrollkompetenz in der gesetzlichen Aufgabenverteilung angelegt sei; sollte tatsächlich ein normativer Anknüpfungspunkt fehlen, handelte es sich lediglich um eine „irrtümliche Grenzüberschreitung“ (S. 96). Zusammenfassend konstatiert die *Verf.* eine „enorme[] verfassungsrechtliche Relevanz der Rechtsfigur“ (S. 96, 209). Die Praxis der Revisionsrechtsprechung könne nur dann akzeptiert werden, „wenn sie einerseits durch einen gewichtigen sachlichen Grund gerechtfertigt ist und andererseits aus den gesetzlichen Regelungen ein dahingehender Wille des Gesetzgebers hervorgeht“ (S. 96); es bedürfe daher – auch, um nicht mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung in Konflikt zu geraten (S. 98) – „eines normativen Anhaltspunktes in den Regelungen der Strafrechtsordnung“ und „eines dogmatischen Begründungskonzeptes, welches die Notwendigkeit einer Beschränkung des Kontrollumfangs in sachlicher Hinsicht belegt“ (S. 96 f.). Damit ist das folgende Prüfungsprogramm der Untersuchung vorgegeben.

Folgerichtig ist Kapitel 3 der Suche nach einem fundierten sachlichen Begründungskonzept auf normativer Legitimationsgrundlage gewidmet. Zunächst bestätigt *Herrmann* den bereits zuvor im Schrifttum erörterten Befund, dass die Rechtsprechung zur Thematik der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume „ein erhebliches Begründungsdefizit“ aufweist und aus der Entscheidungspraxis ein dogmatisches Legitimationskonzept nicht abzuleiten ist (S. 100–102, 210). In der Folge verwirft sie eine Begründung mit justizökonomischen Aspekten (S. 102–104) und erteilt insbesondere unter Hinweis auf die erheblichen strukturellen Unterschiede und die besondere Grundrechtssensibilität des Strafprozesses, die „eine eigene, bereichsspezifische normative Grundlage“ erfordere (S. 112), einer analogen Anwendung der aus dem Verwaltungsrecht geläufigen Grundsätze zum behördlichen Beurteilungsspielraum eine Absage (S. 104–112). Auch eine Begründung mittels der Grundsätze der Leistungsmethode wird nach eingehender Prüfung (S. 112–133) verworfen. Während die Strafzumessung durch den höchstpersönlichen unmittelbaren Eindruck aus der Hauptverhandlung geprägt sei und § 267 Abs. 3 S. 1 StPO einen normativen Anknüpfungspunkt für eine beschränkte Revisionskontrolle biete, sei dies mit der Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht vergleichbar. Der „rechtliche Subsumtionsvorgang“ sei „grundsätzlich frei von höchstpersönlichen Eindrücken zu halten und vielmehr an objektiv-mittelbaren Kriterien auszurichten.“ Dies ergebe „sich sowohl aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Gesetzlichkeitsprinzips als auch aus den Anforderungen an die Urteilsbegründung nach § 267 Abs. 1 S. 1 StPO“ (S. 133). Eine teleologische Betrachtung der Revision trägt nach

Ansicht von *Herrmann* die Lehre vom tatrichterlichen Beurteilungsspielraum ebenfalls nicht (S. 133–147). Der vorrangige Revisionszweck der Einzelfallgerechtigkeit gebiete eine vollumfängliche revisionsgerichtliche Nachprüfung der Subsumtionsentscheidung (S. 146). Gerade bei unbestimmten Rechtsbegriffen komme der Gewährleistung von Rechtseinheit besondere Bedeutung zu. Es sei nicht tragbar, dass über die Rechtsfigur des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums divergierende Entscheidungen zu vergleichbaren Sachverhalten möglich werden (S. 146 f., 211). Nachdem insgesamt vier Begründungsansätze verworfen worden sind, wendet sich die Untersuchung abschließend und eingehend auf S. 147–181 der „Erklärung über das Fehlen einer Gesetzesverletzung i.S.d. § 337 StPO“ zu. *Herrmann* erblickt die dogmatische Begründung der Rechtsfigur der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume bei der materiell-rechtlichen Strafrechtsanwendung im Ergebnis in § 337 StPO, der zentralen Vorschrift des Revisionsrechts (S. 181, 211). Bei vertretbarer Rechtsanwendung durch das Tatgericht sei keine Gesetzesverletzung i.S.d. § 337 StPO feststellbar und es fehle insoweit an der Grundvoraussetzung für eine revisionsgerichtliche Kontrollbefugnis (S. 147, 181, 211 ff.). Über das Fehlen einer revisiblen Gesetzesverletzung i.S.d. § 337 StPO sei die Rechtsfigur des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums auch normativ legitimiert (S. 181). Im Einzelnen entwickelt *Herrmann* in diesem Hauptteil der Arbeit den Gedankengang wie folgt: Zunächst wird die These mehrerer richtiger Entscheidungen wegen Unvereinbarkeit mit dem „logischen Subsumtionsmodell“ verworfen (S. 148 ff.). Die rechtliche Entscheidung ergehe „immer in Relation zu einem ‚Obersatz‘“, daher könne „nur eine finale Ableitung als logisch fehlerfrei angesehen werden“ (S. 151). Es sei daher „missverständlich, von mehreren gleichermaßen ‚richtigen‘ Ergebnissen zu sprechen“ (S. 152). Es gehe vielmehr „auf der Ebene der Normkonkretisierung“ um mehrere „gleichermaßen ‚richtige‘ Konkretisierungsmöglichkeiten, die sodann unterschiedliche gleichermaßen korrekte Subsumtionsschlüsse zulassen“ (S. 152). Treffender sei es daher, „begrifflich von der These mehrerer ‚vertretbarer‘ Entscheidungen auszugehen“ (S. 152). Bei der Untersuchung der letztgenannten These erkennt die *Verf.*, dass es aufgrund der subjektiven Prägung des Rechtsanwendungsvorgangs klassischerweise für die materiell-rechtliche Subsumtionsentscheidung zumindest in Randbereichen und insbesondere im Bereich der Wertentscheidungen mehrere „vertretbare“ Ergebnisse geben kann (S. 152–159). Dem wird aber anschließend auf S. 159–162 der Begriff der Richtigkeit i.S.v. § 337 Abs. 2 StPO in seinem revisionsspezifischen Kontext gegenübergestellt. Aus der Zuweisung der letztverbindlichen Konkretisierungskompetenz an die Revisionsgerichte sei abzuleiten, dass in Fällen mehrerer vertretbarer Rechtsauffassungen letztlich diejenige des Revisionsgerichts maßgeblich sei; die Grundkonzeption des Revisionsrechts sehe ein Nebeneinander mehrerer vertretbarer Subsumtionsergebnisse nicht vor (S. 160, 162, 211). Bis hierhin scheint die Untersuchung auf eine wohlbegründete Ablehnung der Anerkennung tatrichterlicher Beurteilungsspielräume hinauszulaufen.

Doch nun wirft *Herrmann* die Frage auf, „ob es in gewissen Konstellationen angezeigt ist, von diesen Grundsätzen

abzuweichen und die Letztentscheidungskompetenz für die Normkonkretisierung im Einzelfall ausnahmsweise doch den Tatgerichten zuzusprechen“ (S. 163). Nachdem sie herausgearbeitet hat, dass mittels der Begrifflichkeiten der „Tat-“ bzw. „Rechtsfrage“ bei Vermischung tatsächlicher und rechtlicher Argumente eine eindeutige Zuordnung nicht möglich ist (S. 163–165), sieht sie das erforderliche klare Abgrenzungskriterium in dem von *Ulfrid Neumann* geprägten Abgrenzungsmodell des „Regelkriteriums“. Es besage im Grunde, dass es sich immer dann um eine (revisible) Rechtsfrage handle, „wenn sich aus dem betroffenen Teil der Entscheidung allgemeingültige Maßstäbe und damit Regeln für vergleichbare Konstellationen ableiten lassen“ (S. 166, 169, 211). Allerdings stelle sich die „konkretisierende Normsubordination in den Fällen hochkomplexer Tatbestandsmerkmale nur in äußerst beschränktem Maße als regelgeleitetes Verfahren“ dar mit der Folge, dass sich für den Vorgang der einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung lediglich gewisse „Relevanzregeln“ aufstellen ließen und die revisionsgerichtliche Nachprüfung auf die Einhaltung dieser abstrakten Entscheidungsregeln beschränkt sei (S. 181, 212). Außerhalb dieser Entscheidungsregeln seien „stets gewisse subjektive Wertungsspielräume eröffnet“. Insoweit falle die einzelfallbezogene Fallkonkretisierung in den Verantwortungsbereich der Tatgerichte. Bei tatrichterlicher Einhaltung der kontrollfähigen Relevanzregeln seien „aus revisionsrechtlicher Perspektive mehrere Ergebnisse zur individuellen Gesamtwürdigung gleichermaßen als vertretbar anzuerkennen“. Die Revisionsgerichte hätten jedes tatgerichtliche Abwägungsergebnis hinzunehmen, weil dieses keinen revisiblen Rechtsfehler i.S.d. § 337 StPO“ enthalte (S. 181, 212).

Im kurzen 4. Kapitel (S. 182–189) geht es um die praktischen Auswirkungen des Begründungskonzeptes. Die *Autorin* arbeitet zwei Gesichtspunkte heraus, die die Feststellung eines revisiblen Rechtsfehlers rechtfertigen können: Es sei erstens zu prüfen, ob die „(wenigen) abstrakten Maßstäbe eingehalten wurden“ (S. 188 f.). Zweitens gebe es besondere Anforderungen an die Urteilsbegründung des Tatgerichts. Sie müsse erkennen lassen, „dass sämtliche abwägungsrelevante[n] Umstände in die Entscheidungsfindung eingeflossen sind“ (S. 189), welchem Aspekt des Sachverhalts das Tatgericht „aus welchem Grund bei der Gesamtabwägung vorrangige Bedeutung beimisst“ (S. 186) und dass sich das Tatgericht der Möglichkeit eines abweichenden Abwägungsergebnisses bewusst gewesen ist (S. 186).

Nachdem im 3. Kapitel, namentlich auf S. 181, ungeachtet der Überschrift „Zwischenergebnis“ der Eindruck entstanden war, die *Verf.* habe sich schon auf das Abgrenzungsmodell des „Regelkriteriums“ festgelegt, wird eingangs des 5. Kapitels deutlich, dass es bislang nur um die Vorstellung eines Gesamtkonzeptes gegangen war, das nun noch in Auseinandersetzung mit möglichen Kritikpunkten einer kritischen Betrachtung unterzogen wird. Dies geschieht in fünf Schritten.

Zunächst untersucht die *Verf.* in Abschnitt I (auf den S. 190–192), ob die Grenzen revisionsgerichtlicher Rechtsfortbildung eingehalten sind. Aus dem verfassungsrechtlichen Präzisierungsauftrag abgeleitete Bedenken verwirft sie. Das

BVerfG verlange lediglich eine Präzisierung und Konkretisierung „nach Möglichkeit“, und bei faktischer Unmöglichkeit reduzierten sich die Anforderungen des Präzisierungsauftrages entsprechend (S. 190 f.). Allerdings obliege es den Revisionsgerichten, „grundsätzlich jede potenziell in Betracht kommende, weitergehende Konkretisierung der Relevanzkriterien vorzunehmen und den tatrichterlichen Beurteilungsspielraum damit über das Aufstellen von Relevanzkriterien stets so klein wie möglich zu halten“ (S. 191, 213). Die „Freiheit zur individuell-gesamtabwägenden Rechtskonkretisierung“ entstehe erst, wenn „sämtliche Möglichkeiten zur abstrakten Normpräzisierung ausgeschöpft wurden“ (S. 191). Aus der Verantwortlichkeit der Revisionsgerichte für den Konkretisierungsvorgang ergebe sich ihre Zuständigkeit zu entscheiden, „ob die Methodik der klassischen Normsubordination bei gewissen Begrifflichkeiten an ihre praktische Grenze“ gekommen sei (S. 191 f., 212 f.).

Dem Einwand fehlender Konsistenz der Rechtsprechungspraxis, die bei einigen höchst wertungsabhängigen Begrifflichkeiten ihrer Konkretisierungsaufgabe derart gerecht geworden sei, dass die Rechtsanwendung der Tatgerichte vollumfänglich nachgeprüft werden könne, während sie bei anderen Merkmalen an ihre praktischen Grenzen stoße, begegnet die *Verf.* unter II. mit dem Hinweis, es sei „Ausdruck der Anerkennung der aktiv gestaltenden Rolle der (Revisions-)Rechtsprechung im normativen Konkretisierungsprozess“, einen „gerechten Ausgleich“ zwischen dem „Bedürfnis nach Flexibilität als auch Präzision“ zu schaffen (S. 194).

In Auseinandersetzung mit fallgruppenbezogener Kritik wird unter III. eingehend geprüft, ob die revisionsgerichtliche Rechtsprechung ausreichend ihrer verfassungsgemäßen Pflicht zur Normpräzisierung nachgekommen ist (S. 194–200). Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe konstatiert die *Autorin*, dass mit der im Schrifttum favorisierten Tatherrschaftslehre im Vergleich zur normativen Kombinations-theorie der Rechtsprechung trotz denkbarer Grenzfälle eine vollständige Revisibilität erreichbar wäre und es eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums nicht mehr bedürfte (S. 196 f.). Fraglich sei allerdings, ob die Revisionsrechtsprechung „im Rahmen ihres Präzisierungsauftrags zwangsläufig auch dazu verpflichtet“ sei, auf die Tatherrschaftslehre zurückzugreifen. Dies sei nur dann „der Fall, wenn der Rückgriff auf eine einzelfallbezogene Gesamtschau in keiner Weise mehr zweckmäßig wäre“ (S. 197). Der *Autorin* erscheint es „durchaus zweckmäßig“, angesichts der erheblichen Auswirkungen der Abgrenzung auf das Strafmaß „eine möglichst flexible Rechtsanwendung zu gewährleisten“ (S. 197). Sie trage „der Vielzahl an relevanten Einzelfaktoren für die Abwägungsentscheidung [...] in höchstem Maße Rechnung“ und ermögliche es, „etwa vorhandene Defizite bei der Tatherrschaft aufgrund der besonders starken Ausprägung anderer Abwägungskriterien auszugleichen“ (S. 198). Im Übrigen habe die Rechtsprechung, die sich inzwischen nach Einschätzung Vieler stark der Tatherrschaftslehre angenähert habe, „einige weitergehende (Relevanz-)Regeln etabliert und damit ein gewisses Mindestmaß an revisionsgerichtlicher Kontrolle der Abwägungsentscheidung sichergestellt“ (S. 197, 214). Insgesamt halte sich die Rechtsprechung „wohl noch innerhalb des ihr

zugestandenem Konkretisierungsspielraum, so dass ihr im Ergebnis kein evidenten Verstoß gegen ihren Präzisierungsauftrag vorgeworfen werden“ könne (S. 198, 214). Zu demselben Ergebnis gelangt Herrmann mit Blick auf die niedrigen Beweggründe i.S.d. § 211 StGB. Den in der Literatur entwickelten „Ansätzen zur präziseren inhaltlichen Ausfüllung der Motivgeneralklausel“ sei gemein, „dass auch sie auf letzter Ebene ausfüllungsbedürftige Wertungselemente enthalten und demnach ihrerseits nicht als objektiv-verbindliche Subordinationsregel verstanden werden“ könnten, „sondern allenfalls im Rahmen einer Gesamtabwägung als ergänzende Kriterien herangezogen werden können“ (S. 199). Angesichts der Vielgestaltigkeit und Dynamik entsprechender Motivlagen sei der Rückgriff der Revisionsrechtsprechung auf eine einzelfallorientierte Gesamtabwägung gleichsam alternativlos (S. 199 f.).

Anschließend untersucht die Autorin unter IV. (S. 201–203), ob eine restriktive Kontrolldichte auch ohne die Rechtsfigur der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume erreicht werden könnte, indem man direkt oder analog die Grundsätze der freien Beweiswürdigung heranzieht. Dies lehnt sie mit der Begründung ab, die Prüfungsinhalte und die Prüfungstiefe seien unterschiedlich. Der Prüfungsumfang in den Fällen der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume, bei denen es um reine Rechtsfragen gehe, gehe auf inhaltlicher Ebene über die Kontrollmaßstäbe im Rahmen der Beweiswürdigung hinaus. Auf dem Feld der Beweiswürdigung gehe es um einen „Vorgang der Sachverhaltsfeststellung“ (S. 207), es finde „keine materielle Kontrolle“ statt, insbesondere keine „steuernde Einflussnahme über Beweisregeln“ (S. 202). In einem kurzen Exkurs wird im Anschluss vor allem an *Puppe* angedeutet, dass es BGH-Entscheidungen zum bedingten Tötungsvorsatz gibt, in denen die Rechtsprechung „über das Einfallstor eines ‚durchgreifenden Erörterungsmangels‘“ tatgerichtliche Urteile aufgehoben habe, weil gewisse Umstände nach Ansicht des Revisionsgerichts nicht ausführlich genug oder nicht mit dem richtigen Gewicht in die Gesamtschau einbezogen worden seien. Auf diesem – ausdrücklich als „äußerst kritisch“ bezeichneten – Weg komme die Rechtsprechung faktisch zu einer eigenen Würdigung der Beweisindizien, setze sich über die Kontrollmaßstäbe hinweg und vollziehe eine materielle Prüfung der Beweisergebnisse (S. 203). Für diese Fallgruppe plädiert die Autorin dafür, entweder strikt von jeglicher materiellen Prüfung des Beweisergebnisses abzusehen oder aber die Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes als „(hyperkomplexe) Rechtsfrage“ mit tatrichterlichem Beurteilungsspielraum zu verstehen“ (S. 203).

Abschließend behandelt die Autorin unter V. (S. 203 f.) in knapper Form verbliebene verfassungsrechtliche Bedenken. Tatrichterliche Freiräume gebe es nur, wenn „eine abstrakte Regelbildung aufgrund der spezifischen Individualität der Konstellation nicht in Betracht“ komme und die Revisionsrechtsprechung „sich zur Normkonkretisierung auf eine individuelle Gesamtwürdigung zurückziehen müsste“ (S. 204). Die „entscheidungserheblichen Sachverhaltsumstände“ müssten „derart vielfältig sein, dass eine Identität verschiedener Konstellationen praktisch ausgeschlossen ist.“ Träten doch ähnliche Fallkonstellationen auf, werde dem „Anspruch auf

eine einheitliche Rechts-Gleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG“ dadurch genügt, dass die Rechtsprechung durch Aufstellen konkretisierender Relevanzregeln im Rahmen des ihr Möglichen den Rechtsanwendungsvorgang vereinheitliche. Dem Gebot effektiven Rechtsschutzes werde genügt. Bei den in Rede stehenden Fällen sei es der Rechtsprechung nicht möglich, „kontrollfähige Maßstäbe“ zu etablieren. In diesen Fällen fordere § 337 StPO auch keine vollumfängliche Überprüfung des Rechtsanwendungsvorgangs.

Im Ergebnis sieht die Autorin keine durchgreifenden Bedenken gegen die Praxis der Rechtsprechung, bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe sowie bei der Annahme niedriger Beweggründe i.S.v. § 211 StGB einen tatrichterlichen Beurteilungsspielraum anzuerkennen (S. 205).

In einer „Schlussbetrachtung“ werden die Erträge der Untersuchung pointiert zusammengefasst (S. 206–214).

III. Das Thema der Untersuchung ist bereits zuvor von *Kuhli* monografisch¹ sowie in mehreren Beiträgen zu Festschriften², Aufsätzen³ und Handbüchern⁴ und in Kommentierungen⁵ behandelt worden. Die Untersuchung von Herrmann fasst den aktuellen Stand der Diskussion präzise zusammen.

¹ *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 231–382.

² *Maatz/Wahl*, in: Geiß/Nehm/Brandner/Hagen (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 531 (551 ff.); *Tolksdorf*, in: Eser/Goydke/Maatz/Meurer (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 523; *Mosbacher*, in: Kahlo/Kleszczewski/Schneider/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, 2008, S. 227; *Schneider*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 759; *Geisler*, in: Geisler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, S. 113; *Bartel*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1255; *Puppe*, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 655; *Norouzi*, in: Barton u.a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 765.

³ *Maatz*, StraFo 2002, 373; *Schneider*, NSTz 2019, 324; *Neuhaus*, StV 2019, 843; *Harden*, NSTz 2021, 193; *Neumann*, ZStW 136 (2024), 103.

⁴ *Beulke*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 60 Rn. 21; *Sander*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (a.a.O.), § 59 Rn. 81.

⁵ *Franke*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2012, § 337 Rn. 87 ff.; *Frisch*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 337 Rn. 4 f., 11, 107 ff.

Deutlich wird, dass sich die Zahl der Fallgruppen, in denen die Revisionsrechtsprechung tatrichterliche Beurteilungsspielräume gewährt, deutlich zurückgegangen ist. Die verfassungsrechtlichen Verschränkungen des Themas werden ansprechend herausgearbeitet. Das „Hauptanliegen“ der Arbeit, „ein dogmatisches Legitimationskonzept für das Zugeständnis tatrichterlicher Beurteilungsspielräume zu liefern und damit das Begründungsdefizit der Revisionsrechtsprechung auszugleichen“ (S. 210), wird in vertretbarer Weise erfüllt. Konsensfähig erscheint der Ausgangspunkt, die tatgerichtliche konkretisierende Behandlung von Rechtsfragen müsse grundsätzlich vollständig in der Revision überprüfbar sein und Ausnahmen bedürften einer dogmatischen Begründung und eines normativen Anknüpfungspunktes in den Vorschriften der StPO. Mit ihrer Kernthese, die dogmatische Begründung der Rechtsfigur des tatgerichtlichen Beurteilungsspielraums sei in § 337 StPO zu finden, liegt die zu besprechende Untersuchung auf einer Linie mit der Monografie von Kuhl, der ebenfalls annimmt, „mangels feststellbarer Regelwidrigkeit“ fehle „schlichtweg der Anknüpfungspunkt für eine Revisionskontrolle“.⁶

Es bleibt abzuwarten, ob die Schlussfolgerungen zu der Fallgruppe der niedrigen Beweggründe i.S.v. § 211 StGB im Schrifttum auf Zustimmung stoßen werden. Entscheidend wird dies davon abhängen, ob die Vielgestaltigkeit und die Dynamik entsprechender Motivlagen den Rückgriff der Revisionsrechtsprechung auf eine einzelfallorientierte Gesamtabwägung tatsächlich als alternativlos erscheinen lassen.

Nicht zu überzeugen vermag mich die Behandlung des tatgerichtlichen Beurteilungsspielraums bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe. Obwohl Herrmann anerkennt, dass bei Anwendung der Tatherrschaftslehre die Abgrenzungsfrage „vollständig revisibel und ein tatgerichtlicher Beurteilungsspielraum nicht mehr gegeben“ sei (S. 197), rechtfertigt sie die normative Kombinationstheorie der Rechtsprechung über den „Zweck der Einzelfallgerechtigkeit“ (S. 197). Gerade wegen der „erheblichen Auswirkungen auf das Strafmaß“ erscheint es ihr „durchaus zweckmäßig, eine möglichst flexible Rechtsanwendung zu gewährleisten“ (S. 197). Einen weiteren Vorzug sieht sie darin, etwa vorhandene Defizite bei der Tatherrschaft aufgrund der besonderen Ausprägung anderer Abwägungskriterien auszugleichen (S. 198). Dieses hohe Lied auf die Flexibilität überzeugt nicht.⁷ Herrmann sieht die Rechtsprechung zu Recht in der Pflicht, „objektive Entscheidungsmaßstäbe zu entwickeln“ und „die definierten Relevanzkriterien für spezifische (wiederkehrende) Sachverhaltskonstellationen so weit wie möglich zu konkretisieren“ (S. 184). Zu erinnern ist auch an ihre berechtigte Forderung, es müssten „sämtliche Möglichkeiten zur abstrakten Normpräzisierung ausgeschöpft“ werden (S. 191). Die zutreffend herausgestellte Bedeutung der Abgrenzung für die Strafrahmenwahl macht es etwa für einen wegen Mordes in Mittäterschaft verurteilten Revisionsführer in besonderem Maße ärgerlich und wenig einsehbar, in der Revisionsentscheidung

zu lesen, die von ihm für zutreffend erachtete Beteiligungsformen der bloßen Beihilfe hätte zwar aus Sicht des Revisionsgerichts möglicherweise nähergelegen, die gegenteilige Wertung des Tatgerichts müsse aber hingenommen werden.⁸ Gerade aufgrund der besondere Rechtsfolgenrelevanz bedarf es einer möglichst exakten und berechenbaren Abgrenzung. Diesem Anspruch wird die derzeitige höchsttichterliche Rechtsprechung nicht gerecht. Die normative Kombinationstheorie des Bundesgerichtshofs enthält ein ganzes Bündel von Kriterien, ohne dass klar ist, ob sie abschließend sind, einer Rangfolge unterliegen und ob sie kumulativ vorliegen müssen oder nicht.⁹ Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit lassen sich so nicht herstellen.¹⁰ Vorzugswürdig erscheint, was hier nicht vertieft werden kann, die Tatherrschaftslehre in ihrer engen tatbestandsbezogenen Ausformung.¹¹ Würde sie angewendet, bedürfte es eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, wie auch Herrmann anerkennt (S. 197), nicht mehr. Indem die Autorin der Rechtsprechung einen „Konkretisierungsfreiraum“ zugesteht (S. 197 f.), relativiert sie die Pflicht zur Konkretisierung der Relevanzkriterien bedenklich und lässt es zu, dass entgegen ihrer eigenen Forderung nicht „sämtliche Möglichkeiten zur abstrakten Normpräzisierung ausgeschöpft“ werden. Die „im Fluss“¹² befindliche Diskussion zur Anerkennung eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme dürfte weitergehen.

Insgesamt hat Alina Herrmann eine überzeugend aufgebaute, zugleich kompakte und gehaltvolle, gut lesbare und besonders in den grundlegenden Passagen überzeugende Arbeit vorgelegt. Sie wird die gewiss noch nicht abgeschlossene Diskussion auf diesem Feld befruchten.

Generalstaatsanwalt Dr. Thomas Harden, Köln*

⁸ Tolksdorf (Fn. 2), S. 534; Harden, NSTZ 2021, 193 (194 m.w.N.).

⁹ Harden, NSTZ 2021, 193 (200 m.w.N.).

¹⁰ Schünemann/Greco, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 25 Rn. 35; Puppe (Fn. 2), S. 672; Habetha, NSTZ 2022, 96 (99).

¹¹ Vgl. dazu Schünemann/Greco (Fn. 10), § 25 Rn. 43 ff., 176, 205 ff., 211, 221 mit umfassenden Nachweisen; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 307 ff., 869 ff. m.w.N.; Rudolphi, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, S. 369; Harden, NSTZ 2021, 193 (200 f. m.w.N. in Fn. 126–133).

¹² Limperg, JZ 2025, 893 (896 Fn. 51).

* Der Verf. ist Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

⁶ Kuhl (Fn. 1), S. 380; so auch Neumann, ZStW 136 (2024), 103 (120 ff., 125 f.).

⁷ Vgl. dazu auch Habetha, NSTZ 2022, 95 (96, 97 f. m.w.N.).