

Bei DLA Piper verstehen wir Erfolg als das Ergebnis echter Zusammenarbeit von charismatischen Menschen mit den höchsten Ansprüchen an ihr Arbeitsumfeld und an sich selbst. Sei ein bedeutender Teil unseres starken globalen Netzwerks, das von gegenseitiger Wertschätzung und dem Mut lebt, gemeinsam neue Horizonte zu überschreiten.

Be one of *us*.  
Be more of *you*.

Crossing new horizons together.



[dlapipercareers.de](https://dlapipercareers.de)

Bucerius Law Journal · Oktober 2025 · Heft 01/2025 · Seiten 1-47  
[www.law-journal.de](https://www.law-journal.de)

ISSN 1864-371X

# Law Journal Bucerius Law J Journal Bucerius Law Jour **Bucerius Law Journal** Buce Oktober 2025 Bucerius Law **Heft 01/25** Law Journal Buc Seiten 1-47 Bucerius Law J

<b>Editorial</b>	Combating Climate Change in Environmental Law: Perspectives from different Jurisdictions	1
<b>Strafrecht</b>	<b>Veit Lukosch</b>	
	Wie lässt sich materiell-rechtlich und prozessual mit Serienbetrugstaten umgehen?	14
	<b>Paul Biermaier</b>	
	130 Jahre Körperverletzungstheorie: Der ärztliche Heileingriff zwischen körperlicher Unversehrtheit und Selbstbestimmung - Besprechung von RGSt 25, 375	25
	<b>Alexander Frantz</b>	
	Die strict liability des englischen Rechts - auch hierzulande denkbar?	31
<b>Unternehmensrecht</b>	<b>Simon Rösler</b>	
	Hintergrund und Inhalt vertraglicher Freistellungsklauseln im Kontext des Unternehmenskaufs	39



Bucerius Law Journal Buce  
Law Journal Bucerius Law J  
Journal Bucerius Law Jour  
Bucerius Law Journal Buce  
Law Journal Bucerius Law J

**Redaktion der Ausgabe 01/2025**

Alicia Albrecht (Chefredaktion)

Simon Baalman

Jonathan Braun

Emanuel Buhl (Chefredaktion)

Mathis Diederichsen

Lisa Dumke

Benedikt Foltmann

Hannah Güntner

Maximilian Heuermann

Leonard Jaritz

Marvin Kalmbach (Chefredaktion)

Christian Karschau

Linus Katzenbach

Philipp Kehl

Matthias Kneissl

Paul Kuljus Biosca

Tobias Kurz

Till Meyer-Jark

Nina Neubauer

Lukas Rothenfuß (Vors. Chefredakteur)

Mia Schubert (Chefredaktion)

Svenja Schwarz

Isabelle Stein

Zoé Strössner

Maximilian Tränkner (Servermanagement)

**Impressum**

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal  
c/o Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

**Erscheinungsweise**

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich in einer Auflage von jeweils 500 Exemplaren.

**Umschlaggestaltung**

Lukas Rothenfuß

**Urheberrechte**

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

**Manuskripte**

Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

# Call for Papers

**EINSENDEN VON BEITRÄGEN**

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studierenden deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher vorwiegend studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an [blj@law-school.de](mailto:blj@law-school.de). Ein Beitrag sollte 35.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) nicht übersteigen. Die Zitierweise von Fundstellen sollte ferner den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag zur Zeit auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei Redakteure gelesen. Diese entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

**Bitte beachten Sie:** Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit Ihnen bzw. von Ihnen selbst vorgenommen.

**VERÖFFENTLICHEN STUDENTISCHER SEMINARARBEITEN**

Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studierende regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die aus besonders gelungenen Seminararbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Seminararbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann schicke sie bitte an [blj@law-school.de](mailto:blj@law-school.de).

Zwei Redakteure werden Deine Arbeit lesen und prüfen, ob man diese in einen Aufsatz umarbeiten kann. Ist dies der Fall, machen wir Dir einen entsprechenden Umarbeitungsvorschlag und bieten Dir die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Bei der Umarbeitung wirst Du von uns mit Rat und Tat unterstützt.

**Bitte beachte:** Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer Seminararbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich perfekt, thematisch aber uninteressant sein, während eine „nur“ mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch sehr innovative und daher veröffentlichungswürdige Gedanken enthalten kann. Im Zweifel solltest Du uns Deine Arbeit einfach einschicken – wir klären dann gemeinsam, ob sie veröffentlichungsfähige Elemente enthält.

# Bucerius Law Journal

**Redaktion dieser Ausgabe:** Alicia Albrecht (Chefredaktion), Simon Baalman, Jonathan Braun, Emanuel Buhl (Chefredaktion), Mathis Diederichsen, Lisa Dumke, Benedikt Folttmann, Hannah Güntner, Maximilian Heuermann, Leonard Jaritz, Marvin Kalmbach (Chefredaktion), Christian Karschau, Linus Katzenbach, Philipp Kehl, Matthias Kneissl, Paul Kuljus Biosca, Tobias Kurz, Till Meyer-Jark, Nina Neubauer, Lukas Rothenfuß (Vorsitzender Chefredakteur), Mia Schubert (Chefredaktion), Svenja Schwartz, Isabelle Stein, Zoé Strössner, Maximilian Tränkner (Servermanagement)

Heft 01/2025  
Seiten 01-47  
Oktober 2025

## Combating Climate Change in Environmental Law: Perspectives from different Jurisdictions

Climate change is one of the most pressing issues of our time. It knows no borders and affects people worldwide. Environmental law is a key tool to combat these challenges, that impact our people and our planet, resulting in a broad and diverse field with different approaches to various issues in different jurisdictions.<sup>1</sup>

Waseda University in Tokyo hosts an annual symposium focusing on various legal topics through a comparative lens. The 2024 symposium focused on the role of environmental law in addressing climate change. Participants included students and professors from the University of Pennsylvania Carey Law School, National Taiwan University, Seoul National University, and Bucerius Law School, in addition to the participants from Waseda University. Students from each law school presented the most important environmental law issues in their jurisdictions. This article summarizes these diverse presentations.

### A. The United States: Judicial primacy in environmental law\*

Most current United States (U.S.) environmental laws were passed in the 1970s in response to environmental activists' fight to protect their country's air, land, and water from widespread degradation.<sup>2</sup> Over this decade, the U.S. Congress enacted landmark laws — such as the Clean Water Act, National Environmental Policy Act, and Clean Air Act — that remain the primary source of American environmental law today. Since this period, Congress has been slow or unable to address new environmental challenges, and the judiciary has increasingly shaped environmental policy.

The executive branch, particularly administrative agencies, long had significant discretion to adapt laws to modern environmental needs. However, the U.S. Supreme Court recently

curtailed this power, limiting agencies' ability to issue new regulations. This shift toward judicial primacy raises a fundamental question: In a time of environmental crisis, which branch of the federal government has the authority to protect the people and the environment?

### I. The rise and fall of executive agency control over U.S. environmental law

Understanding how the executive branch received and lost broad discretion to implement environmental laws requires examining the separation of powers in the U.S. Constitution.<sup>3</sup> The legislative branch (the U.S. Congress) drafts legislation, and bills receiving a majority of votes are signed into law by the president (U.S. Const. art. I, § 7, cl. 3). Executive agencies ensure the laws are faithfully executed by promulgating regulations to enact statutes. Finally, the judiciary has sole authority to declare government actions, including statutes and regulations, unconstitutional (U.S. Const. art. II, § 3).<sup>4</sup> The Supreme Court has employed different understandings of the separation of powers to address challenges to agency actions.<sup>5</sup> Formalism views the Constitution as strictly delineating the powers of each branch of government — boundaries courts must zealously enforce.<sup>6</sup> A functionalist approach asks if an interpretation will, in practice, upset the intended balance of power.<sup>7</sup> If not, new distributions of powers between the branches are permissible.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> See The Federalist No. 47 (*James Madison*) (“[T]he preservation of liberty” requires “the three great departments of power [to] be separate and distinct. . .”).

<sup>4</sup> “Art III, § 1, cl. 2 - Historical Background on Judicial Review,” U.S. Congress Annotated Constitution, accessible at: [https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S1-2/ALDE\\_00013513/#ALDF\\_00025176](https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S1-2/ALDE_00013513/#ALDF_00025176) (last accessed April 21, 2025).

<sup>5</sup> See *John F. Manning*, Separation of Powers As Ordinary Interpretation, 124 Harv. L. Rev. 1939, 1942 (collecting cases where the Court invoked the separation of powers doctrine in addressing “countless . . . issues relating to the operation of the modern federal government”).

<sup>6</sup> *Manning* (no. 5), pp. 1943, 1944; see, e.g., *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 629 (1935) (“each of the three general departments of government [must remain] entirely free from the control or coercive influence, direct or indirect, of either of the others”); *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 951 (1983) (“The Constitution sought to divide the delegated powers of the new Federal Government into three defined categories, Legislative, Executive, and Judicial.”).

<sup>7</sup> *Manning* (no. 5), pp. 1942, 1943.

<sup>8</sup> See, e.g., *Nixon v. Adm'r of Gen. Servs.*, 433 U.S. 425, 443 (1977)

<sup>1</sup> Comp. *German Federal Environment Agency*, Climate Protection and Energy Law, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/klimaschutz-energiepolitik-in-deutschland/rechtliche-instrumente/klimaschutz-energierecht> (last accessed April 21, 2025).

\* Jack Miklaucic (Student, University of Pennsylvania Carey Law School), Connor Henderson (Student, University of Pennsylvania Carey Law School), Claire Hill (Law Clerk, Allen & Overy Sherman Sterling LLP)

<sup>2</sup> *U.S. Environmental Protection Agency*, Milestones in EPA and Environmental History, May 31, 2024, accessible at: <https://www.epa.gov/history/milestones-epa-and-environmental-history> (last accessed April 21, 2025).

As the nation faced new regulatory problems, a purely formalist approach to lawmaking was viewed as impractical. By the early- to mid-20th century, government agencies such as the Environmental Protection Agency (EPA) were important sources of law affecting everyday life. Following the unprecedented delegation of power to agencies during the New Deal, Congress passed the Administrative Procedure Act of 1946 (APA), introducing comprehensive rules governing agency actions (5 U.S.C. §§ 551 *et seq.*)<sup>9</sup> If third parties can prove they have suffered a legal wrong because of an agency action, the APA provides a right to challenge that action in court (5 U.S.C. § 702). The APA allows courts to review and set aside actions unsupported by substantial evidence, “arbitrary [and] capricious,” beyond the statutory authority granted by Congress, or that are otherwise unconstitutional (5 U.S.C. § 706).

### 1. *Chevron* and judicial deference to agency statutory interpretation

Following the passage of the APA, administrative actions were subject to significant legal challenges questioning the proper interpretation of agencies' statutory power. The APA directs courts to “decide all relevant questions of law [and] interpret constitutional and statutory provisions” (5 U.S.C. § 706). In *Skidmore v. Swift & Co.*, the Supreme Court acknowledged that while agency interpretations of law are not controlling, they “do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance” to the extent they are persuasive.<sup>10</sup> Both before and after *Skidmore*, though, it is clear that it is the duty of the courts to “say what the law is.”<sup>11</sup> Less clear was how much deference a court could and should give to an agency’s “experienced and informed” interpretation of the law.

*Skidmore* guided deference to agencies until 1984, when the Supreme Court decided *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, which governed judicial review of American administrative law for forty years.<sup>12</sup> *Chevron* outlined a two-step process for judicial review of agencies' statutory interpretations.<sup>13</sup> First, courts analyzed the statute, seeking the unambiguous “specific intention” of Congress for the issue presented.<sup>14</sup> When courts were unable to identify one unambiguous intention or statutory meaning, they were required to defer to “reasonable” agency interpretations.<sup>15</sup> Countless environmental agency rules were upheld under *Chevron* deference:<sup>16</sup> nearly 70 % of environmental statu-

tory provisions examined under its approach were found ambiguous, and, when reaching step two, agency interpretations were affirmed in more than 85 % of cases.<sup>17</sup> *Chevron* allowed agencies promulgating environmental rules to employ expertise to weigh “policy trade-off[s]” that judges are “peculiarly unsuited” to evaluate.<sup>18</sup> As environmental regulatory schemes became increasingly complex in response to planetary crises like widespread air and water pollution, biodiversity loss, and climate change, *Chevron* was a key bulwark against judicial challenges from anti-regulatory and anti-environment interests.

In recent years, however, the Supreme Court has taken a more formalistic approach, setting stricter limits on executive branch authority over environmental law. In *West Virginia v. EPA*, the Supreme Court held that, without “clear congressional authorization,” the EPA lacked authority to direct power plants to reduce greenhouse gas emissions - only Congress, the Court found, could make decisions of such “vast economic and political significance.”<sup>19</sup> What constitutes “clear congressional authorization” or gives a matter “vast economic and political significance” remains unclear.<sup>20</sup> Scholars thus anticipate that the Court’s ruling will “cast a shadow” over the ability of the EPA and other federal agencies to address the country’s most pressing matters, including climate change.<sup>21</sup>

American administrative law received another seismic shock with the Supreme Court’s recent decision in *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*.<sup>22</sup> *Loper Bright* overruled *Chevron*, holding the APA requires courts to “exercise . . . independent judgment [to decide if] an agency has acted within its statutory authority.”<sup>23</sup> In short, courts must determine the “single, best meaning” of statutes without relying on agency interpretations despite agency subject-matter expertise.<sup>24</sup> *Loper Bright* promises enormous yet still uncertain consequences for U.S. environmental law.

---

*ation of Powers as Ordinary Interpretation*, at 276, 280. It was decades later, when ideological conservatives began to understand the doctrine as an obstacle to challenging agency action, when the doctrine first truly came under fire. Craig Green, *Deconstructing the Administrative State: Chevron Debates and the Transformation of Constitutional Politics*, 101 *B.U. L. Rev.* 619, 639-643, 658-661 (2021).

<sup>17</sup> Jason J. Czarneski, *An Empirical Investigation of Judicial Decisionmaking, Statutory Interpretation, and the Chevron Doctrine in Environmental Law*, 79 *U. Colo. L. Rev.* 767, 795, 797 (2008).

<sup>18</sup> *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 144 S. Ct. at 2299 (2024) (Kagan, J., dissenting).

<sup>19</sup> *West Virginia v. E.P.A.*, 142 S. Ct. 2587, 2605 (2022)

<sup>20</sup> Thomas B. Griffith and Haley N. Proctor, *Deference, Delegation, and Divination: Justice Breyer and the Future of the Major Questions Doctrine*, 132 *The Yale Law Journal Forum* (November 21, 2022), accessible at: <https://www.yalelawjournal.org/forum/deference-delegation-and-divination#:~:text=major%20questions%20doctrine,-,First%2C%20what%20makes%20a%20question%20~%E2~%80~%9Cmajor%E2~%80~%9D%3F,-The%20Supreme%20Court,https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2023-09/cato-supreme-court-review-9.pdf#page=23> (last accessed April 21, 2025).

<sup>21</sup> Shelley Welton, *A Dangerous, Even if Expected, Opinion on Climate, The Regulatory Review*, (July 12, 2022), accessible at: <https://www.theregreview.org/2022/07/12/welton-a-dangerous-even-if-expected-opinion-on-climate/> (last accessed April 21, 2025).

<sup>22</sup> *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 144 S. Ct. 2244 (2024).

<sup>23</sup> *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, (no. 22) p. 2262.

<sup>24</sup> *Id.*; See *Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council*, 462 U.S. 87, 103 (1983) (holding that reviewing courts must be at their “most deferential” when reviewing agency decisions made “at the frontiers of science”).

---

(writing that the primary concern is whether a practice “disrupts the proper balance between the coordinate branches”); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 696 (1988) (holding that so long as a political appointment is made such that the President can still perform their constitutional duties, it does not violate separation of powers).

<sup>9</sup> Roni Elias, *The Legislative History of the Administrative Procedure Act*, 27 *Fordham Env. L. Rev.* 207, 213-14 (2015).

<sup>10</sup> *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

<sup>11</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803);

*Thomas W. Merrill, The Story of Chevron: The Making of an Accidental Landmark*, 66 *Admin. L. Rev.* 253, 257 (2014).

<sup>12</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Nat. Res. Def. Council*, 467 U.S. 837 (1984); *Merrill* (no. 11), pp. 257, 258.

<sup>13</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Nat. Res. Def. Council* (no. 12), pp. 842, 845.

<sup>14</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Nat. Res. Def. Council* (no. 12), pp. 842, 843.

<sup>15</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Nat. Res. Def. Council* (no. 12), pp. 843, 844.

<sup>16</sup> Interestingly, the *Chevron* decision was initially viewed as a win for deregulatory interests, and the agency interpretation the Court deferred to lessened the impact of the Clean Air Act on power plants. Merrill, *Sep-*

## 2. The future of the administrative state & environmental law

Following *West Virginia* and *Loper Bright*, legal scholars expect agencies to face greater difficulty when justifying regulatory actions and defending challenges to past actions.<sup>25</sup> With the threat of greater judicial scrutiny for actions that may overstep or usurp Congressional authorization, new regulatory action will require the agency to provide more scrupulous and persuasive justification (per *Skidmore*).<sup>26</sup> In addition, although *Loper Bright* does not invalidate past decisions under *Chevron*, another decision held that regulated entities are able to challenge existing statutory interpretations underlying regulations based on the date of their injury rather than the effective date of the rule.<sup>27</sup> Collectively, these decisions make it easier for individuals and corporations to challenge and influence environmental laws,<sup>28</sup> jeopardizing decades of existing protections and likely hindering agency efforts to modernize regulations to meet evolving environmental needs.

There are, however, important limits on *Loper Bright*'s effect on environmental law. First, courts may still defer to agency findings of fact.<sup>29</sup> Furthermore, *Loper Bright* will only impact actions where a statute is unclear with regard to an agency's discretion.<sup>30</sup> For this reason, *Loper Bright* nominally shifts power to the legislative branch, which is free to delegate interpretive powers to agencies (or to codify *Chevron* deference).<sup>31</sup> Indeed, some environmental statutes, such as the Clean Water Act, contain clear authorizations that should survive judicial review.<sup>32</sup> Finally, under *Skidmore*, courts may still give weight to an agency's persuasive interpretation.<sup>33</sup> While *Loper Bright* affirms legislative power, it also gives tremendous power to a judiciary which lacks the capacity and expertise to evaluate challenges to highly technical laws.<sup>34</sup> Experts anticipate that the U.S. judicial system, "already overtaxed and

plagued by delays," is ill-equipped for the "unavoidable deluge of litigation in areas requiring subject-matter expertise with no increase in capacity or resources."<sup>35</sup> Whereas the functionalist approach of *Chevron* permitted a practical, flexible relationship between the branches of government, the Supreme Court's stark formalist turn will be much less forgiving. Moreover, critics note that the Court's new formalism "ensures that it alone will continue to make the most important decisions in our national life."<sup>36</sup>

Although the Court's formalism is not without precedent, it nevertheless marks an uneasy concentration of power in the only unelected branch of the U.S. government at a time when efficient, informed, and democratic decision-making is essential to an effective and just approach to the greatest environmental crisis in the country's history.

## II. Alternative Approaches

Amid the uncertainty concerning the administrative state's ability to address pressing environmental challenges, other legal avenues offer more promise.

### 1. Economic Incentives

It has been notoriously difficult to pass significant environmental legislation in Congress since the landmark acts of the 1970s. Using economic incentives to achieve environmental aims, however, has had more political success. Notably, energy subsidies in the form of tax credits have received bipartisan support in Congress for decades, offering a politically viable policy tool for advancing a climate-friendly agenda.<sup>37</sup> For example, research demonstrates that the Energy Investment Tax Credits and Production Tax Credits for wind and solar have generally succeeded in expanding renewable energy generation in the U.S.<sup>38</sup> More recently, the Inflation Reduction Act offered sweeping incentives driving an estimated \$3.5 trillion in energy supply infrastructure investment over the next decade, potentially reducing net GHG emissions an additional 10 % from 2005 levels by 2030.<sup>39</sup> Incentive programs nonetheless leave much to be desired in terms of environmental protection. Even under best-case-scenario projections, the U.S. falls 50 % short of its Paris Agreement commitments. Moreover, incentive-driven policies have not effectively promoted biodiversity, clean air, or clean water.<sup>40</sup>

<sup>25</sup> See *Cleary Gottlieb*, After *Chevron*: What the Supreme Court's *Loper Bright* Decision Changed and What It Didn't (Oct. 2023), accessible at: <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/after-chevron-what-the-supreme-courts-loper-bright-decision-changed-and-what-it-didnt> (last accessed April 21, 2025); *Thomson Reuters*, In *Loper Bright*'s shadow: An overworked judiciary becomes further burdened (Oct. 3, 2024), <https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/government/loper-bright-judiciary-impact/>; *Cary Coglianese*, *Cary*, A Legal Earthquake, *Regulatory Review* (Aug. 8, 2024), accessible at: <https://www.theregreview.org/2024/08/08/coglianese-a-legal-earthquake/> (last accessed April 21, 2025); *George Gigounas et al.*, U.S. Environmental Law Post-Chevron (July 2024), accessible at: <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2024/07/us-environmental-law-post-chevron/> (last accessed April 21, 2025).

<sup>26</sup> *Gottlieb* (no. 25).

<sup>27</sup> *Corner Post, Inc. v. Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, 144 S. Ct. 2440, 2448 (2024); *Coglianese* (no. 25).

<sup>28</sup> *Gigounas et al.* (no. 25).

<sup>29</sup> *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, (no. 22), at 2261 (slip op.) (2024)

<sup>30</sup> *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, (no. 22) p. 2261.

<sup>31</sup> *William P. Berry*, The End of the Chevron Era, *REGULATORY REVIEW* (Aug. 5, 2024), accessible at: <https://www.theregreview.org/2024/08/05/berry-the-end-of-the-chevron-era/> (last accessed April 21, 2025).

<sup>32</sup> *DLA Piper*, *U.S. Environmental Law Post-Chevron* (July 2024), <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2024/07/us-environmental-law-post-chevron/>.

<sup>33</sup> *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, (no. 22) p. 2267. Experts note that the EPA, for example, had already shifted away from a reliance on *Chevron* deference in its rulemaking in favor of the more thorough judicial review standards under *Skidmore*. *Sidley Austin LLP*, *Environmental Law Implications of Loper Bright and the End of Chevron Deference* (July 2, 2024).

<sup>34</sup> See *Thomson Reuters*, In *Loper Bright*'s shadow: An overworked judiciary becomes further burdened (Oct. 3, 2024),

<https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/government/loper-bright-judiciary-impact/>; *Coglianese* (no. 25); *Shaw, Kate*, The Imperial Supreme Court, *The Regulatory Review* (Aug. 7, 2024), accessible at: <https://www.theregreview.org/2024/08/07/shaw-the-imperial-supreme-court/> (last accessed April 21, 2025).

<sup>35</sup> *Thomson Reuters*, In *Loper Bright*'s shadow: An overworked judiciary becomes further burdened (Oct. 3, 2024), <https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/government/loper-bright-judiciary-impact/>.

<sup>36</sup> *Shaw* (no. 34).

<sup>37</sup> *Varun Sivaram & Noah Kaufman*, The Next Generation of Federal Clean Electricity Tax Credits, Center on Global Energy Policy at Columbia University, School of International and Public Affairs, (June 3, 2019), accessible at: <https://www.energypolicy.columbia.edu/publications/next-generation-federal-clean-electricity-tax-credits/> (last accessed April 21, 2025).

<sup>38</sup> *Sivaram/Kaufman* (no. 37).

<sup>39</sup> Princeton Zero Lab Preliminary Report: The Climate and Energy Impacts of the Inflation Reduction Act of 2022, 12 (2022); *Larson et al.*, Rhodium Group, A Turning Point for US Climate Progress: Assessing the Climate and Clean Energy Provisions in the Inflation Reduction Act, 1 (2022).

<sup>40</sup> See generally *Hao Wang et al.*, The environmental effectiveness of water quality trading: Evidence from emissions trading programs in China, 224 *Ecological Economics* (Oct. 2024).

Tax credits and subsidies cannot replace traditional regulation.

## 2. Climate Litigation

In 2015, a group of minors sued then-president Obama and several executive agencies for failing to reduce greenhouse emissions. The plaintiffs alleged climate harms violating their constitutional rights to be free from deprivation of life, liberty, and property without due process of law.<sup>41</sup>

In November 2016, a federal district court denied a motion to dismiss, finding that “the right to a climate system that can sustain human life is fundamental to a free and ordered society.”<sup>42</sup> The court of appeals reversed, noting that holding for the plaintiffs would exceed the power of the judiciary by forcing other branches of government to take political action.<sup>43</sup> However, the district court’s decision in *Juliana v. U.S.* remains the high-water mark of federal litigation challenging government actions on a theory of implied constitutional rights to a clean and healthful environment.

Plaintiffs and legal advocacy organizations interested in constitutional environmental rights have looked to state courts and constitutions in recent years as the federal judiciary becomes increasingly hostile to environmental interests. Given significant cultural and political diversity, some state governments are more disposed to compromise with environmental rights litigants. In 2022, young people in Hawaii sued the state government for violating their constitutional rights to a clean and healthful environment.<sup>44</sup> Hawaii agreed to a pretrial settlement requiring the state to develop “a concrete and comprehensive ... plan” to fully decarbonize the Hawaii Department of Transportation by 2045.<sup>45</sup>

States may protect rights beyond the U.S. Constitution, including creating potentially powerful rights of action for climate litigants. Eight state constitutions have environmental rights in their constitution. Of these, the Montana, Pennsylvania, and New York state constitutions confer substantive rights and corresponding affirmative duties to a clean environment. Political organizers are now building momentum for the passage of “green amendments” in states with more environmentally minded electorates across the U.S.<sup>46</sup>

Substantive constitutional environmental rights eliminate the need, as in *Juliana*, to argue for rights by implication. In *Held v. Montana*, a group of young people brought state law claims against Montana, asking the court to declare unconstitutional a range of state laws and actions harmful to the environment and to implement a remedial climate plan.<sup>47</sup> The

court dismissed most claims and the remedial plan for overstepping the proper judicial role; at trial, the sole issues were the constitutionality of two provisions of Montana’s Environmental Policy Act (MEPA).<sup>48</sup>

Ultimately, the *Held* court found that (1) the right to a “clean and healthful environment” encompasses the right to a stable “climate as part of the environmental life-support system,” and (2) Montana owed an affirmative duty “to take active steps to realize this right.”<sup>49</sup> The court struck down MEPA provisions preventing state agencies from considering climate impacts when permitting energy projects and preventing courts from stopping energy projects due to climate impact.<sup>50</sup>

In December 2024, the Montana Supreme Court upheld the lower court ruling, finding that the Montana State Constitution’s guarantee of “a clean and healthful environment” extends to a “stable climate system.”<sup>51</sup>

*Held*, the most important legal win for those hoping to use constitutional environmental rights to force government action on climate, offers strategic lessons for future climate litigants, including a compelling theory of causation. It also suggests the limitations of this approach.<sup>52</sup> Both *Held* courts were likely comfortable reaching their first-of-its-kind conclusion because ruling on limited claims and limited relief avoided any intimation of the judicial branch overstepping its constitutional authority. Although state climate litigation will likely increase in importance as a driver of environmental law, it will remain limited by the U.S. judiciary’s understanding of its power and the lack of constitutional or statutory frameworks to assert environmental rights in many states. Judicial review is no substitute for politics.

## III. Conclusion

With the Supreme Court curtailing the authority of executive agencies and Congress seemingly unable to respond—or act in the first instance—the judiciary has become the central arbiter of environmental law. Although alternative legal avenues—such as economic incentives and state-level climate litigation—offer some promise, they may be insufficient to meet the urgent environmental challenges. A multifaceted strategy is essential to address environmental crises in an era of judicial primacy in environmental law.

### B. South Korea: Comprehensive climate policy\*

Beginning in 2024, Korean climate and environmental policies will be made at a whole-of-government level—a departure from the view that climate and environmental policies

<sup>41</sup> *Juliana v. U.S.*, Denial of Motion to Dismiss, 2 (Nov. 10, 2016).

<sup>42</sup> *Juliana v. U.S.*, (no. 41) p.39.

<sup>43</sup> *Juliana v. U.S.*, No. 18-36082, 2020 WL 254149 (9<sup>th</sup> Cir. Jan. 17, 2020) / *Juliana v. U.S.*, Opinion, [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2020/20200117\\_docket-18-36082\\_opinion.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2020/20200117_docket-18-36082_opinion.pdf) (last accessed April 21, 2025).

<sup>44</sup> *Navahine F. v. Hawai’i Dep’t of Transp.*, Complaint, accessible at: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2022/20220601\\_docket-1CCV-22-0000631\\_complaint.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2022/20220601_docket-1CCV-22-0000631_complaint.pdf) (last accessed April 21, 2025).

<sup>45</sup> *Navahine F. v. Hawai’i Dep’t of Transp.*, (no. 44) p.68.

<sup>46</sup> National Caucus of Environmental Legislators, Green Amendment, accessible at: <https://www.ncelenviro.org/issue/green-amendment/#:~:text=for%20Advancing%20Equity-,Green%20Amendments%20support%20avoidance%20of%20unfair%20targeting%20of%20communities%20of,poor%20air%20and%20water%20standards> (last accessed April 21, 2025).

<sup>47</sup> *Held v. State of Montana*, Findings of Fact, Conclusions of Law and Order, 1-4, 97-98 accessible at: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2023/20230814\\_docket-CDV-2020-307\\_order.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2023/20230814_docket-CDV-2020-307_order.pdf) (last accessed April 21, 2025).

<sup>48</sup> *Held v. State of Montana*, Findings of Fact, (no. 47) pp. 2, 97-103.

<sup>49</sup> *Held v. State of Montana*, Findings of Fact, (no. 47) pp. 91, 94-98.

<sup>50</sup> *Held v. State of Montana*, Findings of Fact, (no. 47) pp. 101-102.

<sup>51</sup> *Held v. State*, Supreme Court Opinion, 20, accessible at: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2024/20241218\\_docket-DA-23-0575\\_opinion-1.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2024/20241218_docket-DA-23-0575_opinion-1.pdf) (last accessed April 21, 2025).

<sup>52</sup> *Held v. Montana*, Order that Appeal May Proceed, accessible at: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2023/20231017\\_docket-DA-23-0575\\_order.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2023/20231017_docket-DA-23-0575_order.pdf) (order of the Montana Supreme Court) (last accessed April 21, 2025).

\* Bo Hyoung Lee (Attorney at Law, Shin & Kim LLC; Ph.D. in Law), Jin Seong Lee (Partner, Kim & Chang; J.S.D.), Jeongmin Kim (Director of Office of Student affairs, Seoul National University School of Law; Ph.D. in Law)

are simply environmental policies under the Ministry of Environment (MOE) or energy policies under the Ministry of Trade, Industry and Energy (MOTIE). Academic approaches to climate and environmental policies in Korea are also evolving towards stronger links between policy and research areas. This section examines the current status and prospects of Korean climate and environmental policies from the perspectives of energy, artificial intelligence (AI), and competition policy.

## I. Energy policy and climate and environmental policy

Korea is pursuing energy policy in a way that gradually strengthens the principle of environmental protection. Accordingly, in the following we'll examine major issues of interest regarding the Korean energy industry.

### 1. The 11th Basic Plan for Electricity Supply and Demand

The Korean Basic Plan for Electricity Supply and Demand (BPESD) is an administrative plan that establishes electricity-demand-forecasts and supply plans to stabilize mid- to long-term power supply, and prepares facility plans and power-demand-management plans accordingly.<sup>53</sup>

The government creates a plan every two years. In February 2025, the government announced the 11th BPESD, following a public hearing in September 2024. The demand part of this plan forecasts electricity demand in 2038 to be 129.3 GW, an increase of 31.0 GW from the maximum demand in 2023, and expects additional demand of 16.7 GW due to the expansion of the semiconductor industry and AI.

According to the supply plan, officials expect renewable energy supply to reach 78 GW by 2030 and 121.9 GW by 2038. These estimates reflect various policy measures meant to achieve Korea's Nationally Declared Contribution under the Paris Agreement, focusing on solar and wind power facilities. When it comes to thermal power generation, the government will maintain its plan to convert 28 old coal plants to liquefied natural gas (LNG) by 2036, while shifting to carbon-free power generation such as hydrogen power plants. In addition, two new nuclear power plants and one small modular reactor (SMR) will be built by 2038.

The most notable outlook for electricity supply under the 11th BPESD is the active and continuous expansion of carbon-free energy. The proportion of carbon-free energy currently is 39.1 %, but officials expect carbon-free energy generation to exceed 53 % by 2030, and to reach 70.7 % by 2038.<sup>54</sup>

That said, whether the BPESD is a binding administrative plan subject to litigation remain a subject of debate. Prior to the establishment of the BPESD, the government implemented the Long-term Plan for Electricity Demand and Supply to direct the operations of the Korea Electric Power Corporation (KEPCO), the monopoly electricity supplier in Korea, in accordance with national supply and demand policy. In this case, it was understood that the Long-term Plan for Electricity Demand and Supply was mandatory and binding.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Lee Jin Seong, Public Law Analysis on the Guiding Principle of the Electric Utility Act, 2022, p.102.

<sup>54</sup> MOTIE, Key Points of the 11th Baster Plan for Electricity Demand and Supply, 2025.

<sup>55</sup> Shin Jeong Sik, Plan for Re-characterization and System Improvement of the Basic Plan for Electricity Supply and Demand, Korea Power Exchange, 2014, p. 31.

However, some suggest that the power generation facility plan included in the Basic Plan is not a definite plan to be created according to the annual schedule, but rather a simple "forecast" of the expected size of the facility.<sup>56</sup> In fact, in an administrative lawsuit seeking the revocation of the 8th BPESD, which was established in 2017, the lower court of Korea dismissed the claim, denying Administrative Disposal of the Basic Plan.<sup>57</sup>

In the future, uncertainties for power business operators may increase due to factors such as grid system saturation and the introduction of the capacity bidding system in selecting power generation operators. Given these conditions, it would be reasonable to view the BPESD not as a restrictive administrative plan. Rather, it should be seen as a guideline that indicates the direction of electricity supply and demand.

### 2. Introduction of a clean hydrogen system

In May 2024, the Korea Power Exchange (KPX) announced competitive bidding for the 2024 clean hydrogen power generation market. The only successful bidder was Korea Southern Power Co., Ltd. (KOSPO), a wholly-owned subsidiary of Korea Electric Power Corporation (KEPCO). Compared to the total hydrogen power volume submitted to the bidding, the ratio of the awarded volume remained at 11.8 %. However, this is the first time that a clean hydrogen power generation market has been introduced in Korea, and it is also the first of its kind in the world.

The legislature introduced clean hydrogen power generation in June 2022 through an amendment to the Act on the Promotion of Hydrogen Economy and the Safety Management of Hydrogen. The government previously included hydrogen fuel cells in the Renewable Portfolio System (RPS) under the "Act on the Promotion of the Development, Use and Diffusion of New and Renewable Energy," guaranteeing economic viability through the issuance of Renewable Energy Certificates (RECs) by the Korea Energy Agency.

However, as the hydrogen economy develops, experts expect the proliferation of not only hydrogen fuel cells in the market, which produce electricity by hydrogen-oxygen reactions, but also hydrogen generators, which combust hydrogen. In terms of hydrogen types, blue hydrogen, which is produced by capturing and removing greenhouse gases generated in the process of hydrogen production, and green hydrogen, which is produced by using electricity generated from renewable energy sources, are expected to gradually replace grey hydrogen. The Hydrogen Act of Korea is understood to separate hydrogen energy from the existing RPS to systematically reduce the cost of all forms of hydrogen production. Prior to the introduction of the bidding market for clean hydrogen power generation, the MOTIE enacted the "Notification on the Operation of Clean Hydrogen Certification System" in March 2024 to establish clean hydrogen certification standards and establish certification procedures.

The expansion of clean hydrogen is closely linked to the achievement of the national greenhouse gas reduction target. According to the National Basic Plan for Carbon Neutral and Green Growth established in 2023, the Korean government

<sup>56</sup> Nam Il Chong, Efficiency of Electricity Supply and Demand Plan and Power Generation Facility Investment Market", Korea Development Institute 2013, p. 35.

<sup>57</sup> Seoul Administrative Court Decision No. 2018Guhap53344, rendered on January 10, 2020 (finalized on January 29, 2020).

plans to reduce greenhouse gases by supporting production of green hydrogen, blue hydrogen, and nuclear hydrogen at home and abroad. The expansion of the production and utilization of clean hydrogen has the effect of replacing the existing thermal fuel power source to some extent. However, controversy remains because blue hydrogen is still based on fossil fuels, leading to the possibility of greenwashing, and because the technology for capturing and storing carbon dioxide is unproven and therefore unstable. In addition, in the case of a facility that stores or transports ammonia—which is used as a carrier for hydrogen—local opposition and civil complaints regarding facility handling of the toxic gas should be fully considered.

## II. AI policy and climate and environmental policy

The AI industry is intrinsically linked to a range of climate and environmental issues, particularly those related to carbon emissions and energy consumption. Noteworthy examples of research supporting this connection include: (i) A study finding that training Open AI's GPT-3 model in 2022 generated approximately 502 tons of CO<sub>2</sub> emissions, an amount equivalent to the energy consumption of an average U.S. household over 120 years;<sup>58</sup> (ii) a report finding that conducting a single conversation with GPT-3 consumes about 500 milliliters of water, and around 700,000 liters of water were required to train GPT-3 in U.S.-based data centers. Given the anticipated global demand for AI by 2027, water consumption for AI training and use is projected to range between 4.2 billion and 6.6 billion liters, surpassing the annual water usage of Denmark.<sup>59</sup>

These findings highlight the direct connection between the climate impact of AI and the establishment and operation of data centers. Data centers, which house the hardware and computer systems needed for data storage, processing, and management, are fundamental to the functioning of AI models such as Chat GPT-4.5, Claude 3 Opus, Gemini 1.5 Pro and others. The continuous input, storage, processing, and retrieval of data within these centers occur on a massive scale. Without significant advancements in data center efficiency, the continued expansion of the AI industry will increase the demand for energy production and cooling water.<sup>60</sup> In Korea, for instance, there were 187 data centers in 2022, but this figure is projected to rise to 216 by 2025, with an anticipated annual growth rate of approximately 10 %.<sup>61</sup>

### 1. Current regulatory framework for data centers in Korea

Korea has implemented several policies to manage data centers. The government has expressed concerns over the fact that 60 % of data centers and 70 % of power demand are concentrated in the Seoul metropolitan area, a trend that is expected to exacerbate the burden on the national power grid.

<sup>58</sup> Maslej, Nestor et al., Artificial Intelligence Index Report 2023, arXiv: 2310.03715, 2023.

<sup>59</sup> Li, Pengfei et al., Making AI Less “Thirsty”: Uncovering and Addressing the Secret Water Footprint of AI Models, arXiv: 2304.03271, 2023.

<sup>60</sup> Jungjin Jeong, Joonhwa Song, Trends in Standardization for Energy Efficient and Secure Data Centers, *TTA Journal* 158 (2015), pp. 87-93.

<sup>61</sup> *Digital Daily*, The Private Data Center Market Is Expanding: Commercial Data Centers Expected to See Rapid Growth, 2023.

As a result, there is a growing consensus on the necessity of decentralizing data centers.<sup>62</sup>

In response, the government has introduced several measures. First, the authorities permit electricity suppliers to refuse the provision of electricity or defer supply to existing data centers for a specified period when facing challenges to maintaining power quality standards or grid reliability. Next, where new data centers have a significant impact on the power grid, induce excessive new investment, or face difficulties in connecting to the grid, electricity providers may defer supply for a specified period. Third, the government has been developing plans to minimize the negative grid impacts of new data centers in saturated areas, such as the Seoul metropolitan area. Finally, the government introduced tax incentives for data centers constructed in non-metropolitan regions. In addition, to minimize the energy load for data center operation and to encourage the use of renewable energy sources, the Zero Energy Building (ZEB) roadmap mandates that, beginning in 2025, newly constructed data centers and privately constructed buildings exceeding 1,000 square meters must obtain ZEB certification.<sup>63</sup> Despite the implementation of various policies concerning data centers, the continuing absence of regulatory frameworks solely focused on addressing the climate and environmental impacts of data centers in Korea is notable.

### 2. Future outlook for data center regulation in Korea

In the European Union, there is a growing emphasis on the environmental impacts of data centers. In March 2024, the EU revised its directive to mandate that data center operators report on energy performance and sustainability, including metrics related to reducing energy and water consumption, increasing renewable energy usage, improving grid efficiency, and promoting waste heat reuse in adjacent facilities.<sup>64</sup> In light of these developments, there is an emerging discourse in Korea regarding the incorporation of environmental considerations into the regulatory framework for data centers. Specifically, proposals have been made to require data centers, particularly those in the Seoul metropolitan area, to plan for operational efficiency and to report or certify their environmental impact, such as power consumption, water usage, and carbon emissions. These measures aim to reduce the environmental impact and impose environmental costs on data centers. But exploring how Korea can balance the growth of the AI industry with efforts to mitigate its climate and environmental impact will remain essential.

### III. Competition policy and climate and environmental policy

From the perspective of law and economics, climate and environmental issues are mainly related to externalities, one cause of market failures, whereas competition issues mainly relate

<sup>62</sup> MTIE, Measures to Mitigate the Concentration of Data Centers in the Seoul Metropolitan Area, Press Release, January 18, 2023.

<sup>63</sup> To obtain Zero Energy Building (ZEB) certification, buildings must meet the 1++ energy efficiency rating, achieve at least 20 % energy independence, and install a Building Energy Management System (BEMS) or smart meters. Certified buildings receive various benefits such as eased floor area ratio and height restrictions, acquisition tax reductions, and reductions in infrastructure contributions.

<sup>64</sup> Directive (EU) 2023/1791; European Commission, Commission adopts EU-wide scheme for rating sustainability of data centres, March 15, 2024.

to imperfect competition, another cause of market failures. Therefore, climate and environmental policy and competition policy can be harmonized as policies to correct market failures. They aim to minimize externalities and imperfect competition.<sup>65</sup>

That said, climate and competition policies may conflict in the process of enforcement. For example, businesses may exploit climate policy to engage in anti-competitive behavior, or, conversely, they may refrain from engaging in green cooperation due to a fear of competition policy enforcement.<sup>66</sup> Recent developments illustrate how concerns about competition law enforcement may inhibit climate and environmental collaboration. Notably, two climate-focused alliances have come under scrutiny: the California government's voluntary agreement with several automakers to adopt stricter fuel efficiency standards,<sup>67</sup> and the Net-Zero Insurance Alliance, a coalition of insurers committed to aligning their portfolios with climate goals.<sup>68</sup> These initiatives have faced legal and political pushback, particularly from a group of 20 state Attorneys General — including Utah's — who have issued warnings suggesting that such alliances may violate antitrust laws.<sup>69</sup> Additionally, the U.S. House Judiciary Committee has launched an investigation into whether cooperation aimed at achieving environmental, social, and governance (ESG) objectives constitutes anti-competitive behavior.<sup>70</sup>

In this context, a competition policy that takes account of climate concerns and environmental policy is emerging. The EU<sup>71</sup> and many countries, such as the Netherlands,<sup>72</sup> Aus-

tria,<sup>73</sup> UK,<sup>74</sup> Japan,<sup>75</sup> and Singapore<sup>76</sup> already have provisions that integrate climate and environmental objectives in their competition regulations. Many international organizations and countries, including the OECD, Germany, Greece or Italy, are considering, if not already enacting, such regulations.<sup>77</sup>

The Korea Fair Trade Commission (KFTC) takes no official position on the relationship between climate and competition policy, but discussions are beginning to take place in the academic community.

Korea's position is illustrated by the current Monopoly Regulation and Fair-Trade Act (MRFTA) and KFTC enforcement caselaw.

First, since the purpose of the MRFTA is to “strive for balanced development of the national economy”<sup>78</sup>, there is room for interpretation. Considering climate, environment and sustainability issues/considerations may be in line with the purpose of the MRFTA. However, unlike foreign competition regulations that recognize sustainability effects as a form of economic efficiency, thereby allowing certain reductions of competitions such as mergers to be justified on environmental grounds, the MRFTA does not include climate and environmental sustainability effects as economic efficiency. This makes it difficult to consider climate and environmental sustainability under the current law.

Second, in terms of enforcement, although the KFTC has reviewed many merger cases between eco-friendly businesses, there are no cases where it has considered eco-efficiency as the effect of efficiency promotion. This means that, under competition law, environmental benefits cannot be used to justify potentially anti-competitive conduct by arguing they result in broader efficiency gains like innovation or consumer welfare. While the KFTC recognizes that eco-efficiency is one of the competitive factors in unfair trade practices cases, it does not recognize eco-efficiency as a valid basis for efficiency promotion.<sup>79</sup> In other words, environmental benefits have not been accepted as a justification for approving mergers that may restrict competition.

As a result, it can be concluded that Korea has not yet harmonized its competition policy with its climate, environment and sustainability policy.

However, the participation of Korean entrepreneurs in various global initiatives related to carbon neutrality and ESG, such as the NZIA, may raise related issues, and the process of promoting Korean domestic climate and environmental policy may also raise issues under the MRFTA. Since foreign methodologies for harmonizing climate and environmental policy and competition policy are already being introduced, subsequent discussions are worth tracking.<sup>80</sup>

<sup>65</sup> *Heo Seong Wook*, Public Law and Private Law in Environmental Law - Focused on the Issue of Private Effectiveness of Public Standards -. *Environmental Law Review*, 39(1) (2017), pp.298-300; *Park Sangin et al.*, Environmental Regulations and Competition Policies, Korea Fair Trade Mediation Agency, 2008, p.123.

<sup>66</sup> See OECD, Environmental Considerations in Competition Enforcement, 2021, pp.11-14; *Kim Jeongmin*, A Study on the Concretization of the Principle of Sustainable Development in the Principle of Environmental Law: Focusing on the Harmonization between Sustainability Policy and Competition Policy (Doctoral dissertation, Seoul National University, Seoul, Korea) 2024, Chapter 2 Section 4 Paragraph 3.

<sup>67</sup> Office of Governor Gavin Newsom (California) (press release), California and Major Automakers Reach Groundbreaking Framework Agreement on Clean Emission Standards, July 25, 2019, accessible at: [http://www.gov.ca.gov/2019/07/25/california-and-major-automakers-reach-groundbreaking-framework-agreement-on-clean-emission-standards/?utm\\_source=chatgpt.com](http://www.gov.ca.gov/2019/07/25/california-and-major-automakers-reach-groundbreaking-framework-agreement-on-clean-emission-standards/?utm_source=chatgpt.com) (last accessed April 21, 2025).

<sup>68</sup> Bloomberg News, Net-Zero Insurers Uncover New Climate Adversary in Antitrust Law, January 19, 2022, accessible at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-01-19/net-zero-insurance-coal-exit-plans-impeded-by-antitrust-laws?embedded-checkout=true> (last accessed April 21, 2025); Munich Re discontinues NZIA membership, March 31, 2023, accessible at: <https://www.munichre.com/en/company/media-relations/media-information-and-corporate-news/media-information/2023/media-release-2023-03-31.html> (last accessed April 21, 2025).

<sup>69</sup> MLex, US state AGs warn 50 large asset managers over ESG-related commitments potentially violating antitrust laws, March 31, 2023, accessible at: <https://www.mlex.com/mlex/articles/1915638/us-state-ags-warn-50-large-asset-managers-over-esg-related-commitments-potentially-violating-antitrust-laws> (last accessed April 21, 2025).

<sup>70</sup> MLex, US House Judiciary Committee advances inquiry into antitrust violations over ESG goals, July 6, 2023, accessible at: <https://www.mlex.com/mlex/articles/1914297/us-house-judiciary-committee-advances-inquiry-into-antitrust-violations-over-esg-goals> (last accessed April 21, 2025).

<sup>71</sup> Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements.

<sup>72</sup> Guidelines on Sustainability Agreements, Policy rule: ACM's oversight of sustainability agreements.

<sup>73</sup> Guidelines on Sustainability Agreements for companies.

<sup>74</sup> Guidance on environmental sustainability agreements.

<sup>75</sup> Guidelines Concerning the Activities of Enterprises, etc. Toward the Realization of a Green Society Under the Antimonopoly Act.

<sup>76</sup> Guidance Note For Environmental Sustainability Collaborations.

<sup>77</sup> The regulations of the above countries incorporate competition effects as well as sustainability effects into the economic efficiency test. If the pro-sustainability effect offsets the anti-competition effect, the Conduct that has both anti-competitive and pro-sustainability effects is assessed as lawful. See *Kim Jeongmin* (no. 66), Chapter 3 Section 1.

<sup>78</sup> See Article 1 of the MRFTA.

<sup>79</sup> See *Kim Jeongmin* (no. 66), Chapter 4 Section 1-2.

<sup>80</sup> See *Kim Jeongmin* (no. 66), Chapter 5.

## C. Taiwan's Climate Response Act 2023: What Is It and Why Now?\*

In February 2023, Taiwan enacted the long-awaited “Climate Change Response Act” (CCRA) to align with global climate trends and address local challenges. The CCRA covers key aspects of climate governance, including greenhouse gas (GHG) reduction, climate adaptation, and just transitions. It is the first legislation in Taiwan specifically designed to comprehensively address climate issues.

Traditionally, Taiwan’s environmental legal system was built upon single-issue laws.<sup>81</sup> Climate legislation was no exception. Prior to the CCRA, Taiwan only had the “Renewable Energy Development Act” (2009) and the “Greenhouse Gas Reduction and Management Act” (2015), which, as their names suggest, focused solely on renewable energy development and GHG reduction. Alongside the “Basic Environmental Act” (2003), which provided guidance for overall environmental policies, these laws served as the legal foundation for Taiwan’s climate policies prior to the CCRA. To better address and coordinate the new climate policies, the Environmental Protection Agency (EPA) was reformed and upgraded to the New Ministry of Environment.<sup>82</sup>

Several questions arise in connection to the CCRA: Why did the Legislative Yuan (the Congress of Taiwan) pass the CCRA in 2023, eight years after the adoption of the Paris Agreement at COP21<sup>83</sup> in 2015? And what led to the institutional change mentioned above? To analyze the strengths, deficiencies, and future development of the CCRA, one must understand its legislative context. To provide a foundation for future research, this article will first review the contents of CCRA and then examine its political and social context.

### I. Climate Change Response Act

The CCRA represents a major overhaul of its predecessor, the Greenhouse Gas Reduction and Management Act of 2015 (GGRMA). With seven chapters and 63 articles, the new legislation expands beyond the singular focus on greenhouse gas (GHG) reduction to incorporate a holistic approach to climate governance.

#### 1. 2050 Net Zero Emission Target

A primary goal of the CCRA is to legally enshrine Taiwan's 2050 net-zero emissions target, see Art. 4 Climate Change Response Act (CCRA).<sup>84</sup> It aligns Taiwan with international climate targets as countries increasingly pledge to achieve net zero by 2050. To achieve this target, the CCRA also specifies responsibilities for various government agencies to support this transition.

\* Chia-Wei Lin (3rd year undergraduate student, College of Law, National Taiwan University), Hao-Chen Chang-Chien (4th year graduate student, College of Law, National Taiwan University)

<sup>81</sup> Take pollution control for example, instead of addressing pollution control comprehensively in a single act, Taiwan has various laws regulating certain types of pollution. Even in the field of air pollution, the regulatory controls are divided into multiple legislations, such as the Air Pollution Control Act, Indoor Air Quality Management Act, Noise Control Act, and Greenhouse Gas Reduction and Management Act.

<sup>82</sup> However, since the abbreviation MOE generally refers to the Ministry of Education in Taiwan, this article will still refer to the new Ministry of Environment as EPA.

<sup>83</sup> The 21st Conference of the Parties (COP) of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), Paris, Nov 30-Dec 11, 2015.

<sup>84</sup> Climate Change Response Act (CCRA).

## 2. Climate Adaption and Resilience

In response to increasing climate risks, the CCRA emphasizes building resilience through climate adaptation. These strategies (see Art. 17 and 18 CCRA) include promoting scientific research and developing infrastructure to prepare Taiwan for extreme weather events, especially as the island is highly vulnerable to typhoons. The CCRA also introduces green financial mechanisms to support adaptation initiatives and encourage the development of climate-related industries and technologies.

The CCRA also sets up coordination mechanisms that integrate cross-sectoral and multi-level governance efforts. The Act directs the EPA to establish a National Climate Change Adaptation Plan that integrates Adaptation Action Programs from other central industry-competent authorities (see Art. 18 CCRA). Additionally, local governments are tasked with creating Climate Change Adaptation Implementation Programs to strengthen tailored adaptation strategies in coordination with the central government (see Art. 19 CCRA).

### 3. Just Transition

Social equity concerns over the government’s carbon reduction predate the enactment of the CCRA. A key aspect of achieving net zero is the development of renewable energy. However, Taiwan’s limited land and dense population have led to conflicts over land use, particularly between offshore wind farms and fishing communities, and between solar power installations and agricultural communities. To foster cooperation between stakeholders, the government has introduced policies like the “Agro-Photovoltaics” and the “Fishery and Electricity Symbiosis” projects. Nevertheless, these controversies are unresolved, sparking protests from local residents concerned about their livelihoods. In response, the government has introduced more measures, such as environmental and social impact assessment mechanisms and the “Eco-friendly Fishery Public Fund,” to address local concerns.<sup>85</sup>

After numerous controversies, the government elevated just transition as a central tenet of the new CCRA during the legislative process. As a result, the CCRA emphasizes the need for public participation, requiring central industry authorities to gather input from relevant agencies, scholars, experts, and NGOs to develop and revise just-transition action programs (see Art. 46 CCRA).

### 4. GHG Reduction

To reduce GHG emissions, the CCRA adopts both a carbon fee and cap-and-trade mechanisms, aligning Taiwan with international practices by regulating emissions through economic incentives.

#### a) Carbon Fee

Art. 28 of the CCRA authorizes the EPA to levy carbon fees and establish detailed regulations. Therefore, in August 2024,

<sup>85</sup> National Council for Sustainable Development, “12 Key Strategies” Action Plan, pp. 37-38, accessible at: <https://ncsd.ndc.gov.tw/Fore/nsdn/about0/Work12> (last accessed April 21, 2025).

the EPA introduced the “Regulations Governing the Collection of Carbon Fees”.<sup>86</sup> Under the Regulation, companies that emit more than 25,000 tons of CO<sub>2</sub> annually are required to pay carbon fees starting in 2025, based on their 2024 emissions (see Art. 4 and 5 Regulations Governing the Collection of Carbon Fees).<sup>87</sup> Meanwhile, companies can apply for preferential rates if they submit a self-determined reduction plan or offset up to 10 % of carbon fees by the use of domestic reduction credits (and 5 % by international credits).<sup>88</sup> These fees will be deposited into the “Greenhouse Gas Management Fund,” to be used exclusively to support GHG reduction and climate adaptation projects (see Art. 34 CCRA).

## b) Cap-and-trade system

Taiwan established a cap-and-trade system to regulate air pollutants in the Air Pollution Control Act of 1999. However, notwithstanding the provisions of the carbon trading system in the Greenhouse Gas Reduction and Management Act (GGRMA) the government has yet to fully implement a functioning carbon trading system under the Act. Thus, the CCRA further demands that the EPA establish a Cap-and-Trade Scheme Plan for actual implementation (see Art. 34 CCRA). As for the government’s current plans, the EPA recently announced that discussions on developing a cap-and-trade system have already begun, with potential implementation by 2028.<sup>89</sup> This marks a significant step forward in Taiwan’s efforts to establish a comprehensive carbon-reduction ecosystem.

## II. The legislative context behind the CCRA

Legislative actions are not merely collective decisions based on rational facts but the result of a country’s unique political structure, legal tradition, and other economic, social and cultural circumstances.<sup>90</sup> Therefore, this section will demonstrate how the CCRA follows the development trajectory of Taiwan’s environmental legal system.

### 1. The development of Taiwan’s environmental legal framework

#### a) Early period of productive environmental legislation

From the 1980s to the early 2000s, Taiwan enacted over 20 environmental laws, including the one that created the EPA in 1988. The sudden urgency felt by the Taiwanese government can be attributed to two main factors: the democratization of

domestic politics and its isolation from the international community.<sup>91</sup>

Rapid economic development in the 1970s led to severe environmental pollution in Taiwan. With political liberalization in the 1980s, successive waves of environmental movements emerged,<sup>92</sup> pressuring the government to strike a balance between economic development and environmental protection. Due to its isolated status in international politics, however, the Taiwanese government has placed particular emphasis on maintaining international economic and trade connections. As a result, after being subjected to environmental trade sanctions in the 1990s and further impacted by WTO’s actions on environmental concerns, the government was forced to reform its environmental laws.<sup>93</sup> Therefore, the convergence of domestic and international pressure led to the construction of Taiwan’s environmental legal framework.

#### b) Greenhouse Gas Reduction and Management Act

The development of Taiwan’s climate policies followed the same pattern. This is because Taiwan’s unique political status prevents the government from officially participating in most international organizations, leaving civil society actors such as NGOs to fill the gap by engaging with global networks and attending international forums independently.<sup>94</sup> Therefore, as with other human rights issues in Taiwan,<sup>95</sup> NGOs began urging the government to regulate carbon emissions in the 1990s and the 2000s in response to the establishment of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), to which Taiwan is not a party.

This can be viewed as a continuation of the environmental movements after political liberalization.<sup>96</sup> International factors also played an important role, but in a slightly different way: The collective nature of international climate governance, relying on consensus and collective action, made it difficult to create international pressure on Taiwan.<sup>97</sup> Nevertheless, the Taiwanese government passed the GGRMA right before the signing of the Paris Agreement. This was to avoid impacts on Taiwan’s trade competitiveness,<sup>98</sup> as Taiwan’s economy is heavily export-oriented and the government wanted to ensure that products met environmental standards

<sup>86</sup> Alongside this Regulation, the “Designated Greenhouse Gas Reduction Goal for Entities Subject to Carbon Fees” and the “Regulations for Administration of Self-Determined Reduction Plan” are also promulgated by the EPA. These three regulations set up the carbon pricing system of Taiwan.

<sup>87</sup> Regulations Governing the Collection of Carbon Fees.

<sup>88</sup> Ministry of Environment, Press Releases, Taiwan’s Ministry of Environment announces three Carbon Fee regulations, officially ushering in the era of carbon pricing, September 23, 2024, accessible at: <https://www.moe.gov.tw/en/375192F88A851A76/553ddb95-ea29-46ae-a362-2124acdb845a> (last accessed April 21, 2025).

<sup>89</sup> CNA English News, Taiwan to start pilot program for cap and trade system: Environment minister, September 19, 2024, accessible at: <https://www.focustaiwan.tw/business/202409190033> (last accessed April 21, 2025).

<sup>90</sup> *Jiunn-Rong Yeh*, Mass Environmental Legislation: Models, Difficulties and Response in Taiwan’s Environmental Legislations, *Environmental Policy and Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 2010, pp. 73-133, 75.

<sup>91</sup> *Jiunn-Rong Yeh*, Global Environmental Issue: Taiwan’s Perspective, 1999, p. 356.

<sup>92</sup> See *Jiunn-Rong Yeh*, Institutional Capacity-Building toward Sustainable Development: Taiwan’s Environmental Protection in the Climate of Economic Development and Political Liberalization, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 6, 1996, pp. 229-272, 252-256.

<sup>93</sup> Taiwan joined the WTO in 2002 under the name “Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu,” after China’s accession in 2001. However, even before joining, Taiwan was already affected by WTO actions. See *Jiunn-Rong* (no. 92), pp. 257-58.

<sup>94</sup> See *Wen-Chen Chang*, An Isolated Nation with Global-minded Citizens: Bottom-up Transnational Constitutionalism in Taiwan, *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, No. 3, 2009, pp. 203-235, 228-229. Nevertheless, in recent years, the Taiwanese government has also increasingly collaborated with domestic NGOs and supported their involvement in COP conferences, and in some cases, even had government officials participate under the name of NGOs.

<sup>95</sup> *Wen-Chen Chang* (no. 94), pp. 222-228.

<sup>96</sup> *Tze-Luen Lin*, Climate Change Policy in Taiwan: A Discourse Approach, *Journal of Public Administration*, No. 28, 2008, pp. 153-175, 163-164.

<sup>97</sup> *Jiunn-rong Yeh /Chun-Yuan Lin*, The Paris Agreement and the Transformation of Global Climate Law: Taiwan’s Perspective, *National Taiwan University Law Review*, Vol. 13, No. 2, 2018, pp. 149-182, 168-169.

<sup>98</sup> *Liang-Yu Chen/Chun-Ming Tsui*, How Does an Environmental Act Enter the Policy Agenda and Become a Law? A Case Study of the *Greenhouse Gas Reduction Management Act* (2006-2015), *Chinese Political Science Review*, No. 76, 2023, pp.111-144, 125-127.

increasingly required,<sup>99</sup> and to declare its participation in the international community.

That said, because the core driver of the Taiwanese government's actions was its economic concerns, it failed to fully recognize the threats posed by climate change and never carried out the reduction goals and measures outlined in the GGRMA—despite the island's high GHG emissions and climate vulnerability. Thus, the government's climate policy was criticized as a “gesture policy.”<sup>100</sup>

## 2. Climate Change Response Act: A contextual extension

The CCRA reflects the same political and social context as its predecessor. Taiwan's civil society and international trade relationship once again prompted the government to take further action. After the Paris Agreement, net-zero emissions, nationally determined contributions (NDCs), and just transition have become the focus of international climate governance. In response to persistent calls from NGOs, the EPA integrated these elements into the revision draft of the GGRMA,<sup>101</sup> declaring Taiwan's willingness to share responsibility for climate action despite being excluded from the UNFCCC regime (see Art. 1 CCRA). This mindset is evident in the frequent citations of the UNFCCC, the Paris Agreement, the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) reports, and legislative practices from other jurisdictions in the revision's rationale.<sup>102</sup>

Nevertheless, economic considerations remain the true driver. In July 2021, the European Union officially adopted the “Carbon Border Adjustment Mechanism” (CBAM), which entered into force in May 2023 and requires companies importing high-emission goods into the EU to pay a carbon-related charge.<sup>103</sup> Meanwhile, Taiwan's exports to the EU amounted to USD 36.8 billion, making the EU Taiwan's third-largest export market.<sup>104</sup> The urgency of maintaining industrial competitiveness drove the government to adjust the relevant regulations. This explains why, compared to its predecessor, the CCRA not only retained the cap-and-trade mechanism but also introduced a new carbon fee system.

As for the NGOs, the worsening climate crisis and the rapid development of international climate governance have also made them realize the need for stronger action. In line with global climate litigation trends, several NGOs such as Greenpeace Taiwan filed Taiwan's first-ever climate lawsuit in 2021, arguing that the Renewable Energy Development Act unfairly neglected corporations' reduction obli-

gations.<sup>105</sup> Moreover, in January 2024, NGOs representing farmers, fishermen, indigenous people, and children directly petitioned the Constitutional Court, claiming the CCRA sets the net-zero goal without establishing specific short- and mid-term targets<sup>106</sup>, thus violating the constitutional protection of human rights. Through climate litigation, citizens in Taiwan hope to pressure the government to propose more aggressive and concrete policies.

## III. Conclusion

The enactment of the CCRA signifies that the Taiwanese government has finally begun to acknowledge the urgency of climate change, shifting its focus from mere GHG reduction to a more comprehensive approach. The content and timing of its development are no coincidence. They are shaped by Taiwan's unique sense of unease, stemming from its isolation in international politics. As a result, despite being excluded from the international climate regime, Taiwan's government still voluntarily promotes climate policies, while its citizens keep urging the government to keep pace with the international community. These two forces will not dissipate after passage of the CCRA.

## D. Germany: The Accelerated Approval Procedure of Onshore Wind Energy\*

Germany has made expanding renewable energy a central focus in its efforts to combat climate change. Under Section 1(2) of the Renewable Energy Sources Act (EEG), the goal is for at least 80 percent of Germany's electricity to come from renewable sources by 2030. By 2024, renewable energy already accounted for 54.4 percent of total electricity consumption.<sup>107</sup> However, to meet the 80 percent target by 2030 and achieve climate neutrality by 2045 (as outlined in Section 3(2) of the Climate Protection Act), the pace of renewable energy expansion must accelerate significantly.

One of the main challenges of expanding renewable energy is the length of the process. Years pass between project conception, land-use planning, necessary approvals, and construction.<sup>108</sup> It is particularly important to speed up this process. To achieve this goal, Germany has taken and proposed various measures to address delays across different process levels.

<sup>105</sup> Taipei High Administrative Court, 110 Su Tzu No. 134 (2021). Unfortunately, the case was dismissed by the court on procedural grounds.

<sup>106</sup> The National Development Council has announced phased targets and key strategies for the 2050 net-zero transition, setting a mid-term reduction target of 24 % by 2030. However, this target has not been incorporated into the CCRA. National Development Council, 12 key Strategies, accessible at: [https://www.ndc.gov.tw/en/Content\\_List.aspx?n=2D918002A913582A](https://www.ndc.gov.tw/en/Content_List.aspx?n=2D918002A913582A) (last accessed April 21, 2025).

\* Johanna Becker (Student, Bucerius Law School, Hamburg), Lea Katz (Student, Bucerius Law School, Hamburg)

<sup>107</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Zeitreihen zur Entwicklung der erneuerbaren Energien in Deutschland (Time series on the development of renewable energy in Germany), February 2025, Table 2 (p. 5), accessible at: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/zeitreihen-zur-entwicklung-der-erneuerbaren-energien-in-deutschland-1990-2024.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=8](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/zeitreihen-zur-entwicklung-der-erneuerbaren-energien-in-deutschland-1990-2024.pdf?__blob=publicationFile&v=8) (last accessed April 21, 2025).

<sup>108</sup> Comp. *Quentin, Jürgen*, Typische Verfahrenslaufzeiten von Windenergieprojekten, Empirische Datenanalyse für den Zeitraum 2011 bis 2022 (Typical process durations of wind energy projects, empirical data analysis for the period 2011 to 2022), 2023, accessible at: [https://www.fachagentur-wind-solar.de/fileadmin/Veroeffentlichungen/Wind/Analysen/FA\\_Wind\\_Analyse\\_typischer\\_Verfahrenslaufzeiten\\_06-2023.pdf](https://www.fachagentur-wind-solar.de/fileadmin/Veroeffentlichungen/Wind/Analysen/FA_Wind_Analyse_typischer_Verfahrenslaufzeiten_06-2023.pdf) (last accessed October 1, 2025).

<sup>99</sup> Executive Yuan, Taiwan on track to greenhouse gas reduction, September 17, 2015, accessible at: <https://english.ey.gov.tw/Page/61BF20C3E89B856/fa1a7769-a137-468b-a427-ee72a92d861b> (last accessed April 21, 2025).

<sup>100</sup> Yeh/Lin (no. 97), p. 169.

<sup>101</sup> Ministry of Environmental News, Change from Greenhouse Gas Reduction and Management Act to Climate Change Response Act Approved, July 19, 2022, accessible at: <https://www.moenv.gov.tw/en/news/press-releases/16597.html> (last accessed October 1, 2025).

<sup>102</sup> Amended Provisions and Rationales: Climate Change Respond Act, see Parliamentary Library, <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=O0020098> (last accessed October 8, 2024).

<sup>103</sup> European Commission, *Carbon Border Adjustment Mechanism*, accessible at: [https://taxation-customs.ec.europa.eu/carbon-border-adjustment-mechanism\\_en](https://taxation-customs.ec.europa.eu/carbon-border-adjustment-mechanism_en) (last accessed April 21, 2025).

<sup>104</sup> International Trade Administration, Ministry of Economic Affairs., Taiwan-EU Economic Relations, August 22, 2024, accessible at: <https://www.trade.gov.tw/english/Pages/Detail.aspx?nodeID=4639&pid=744608> (last accessed April 21, 2025).

Regarding the different stages, a distinction can be made between location planning and the approval of a concrete plan. While planning law deals with the preliminary question of allocating areas to specific purposes, approval law deals with the legality of individual projects.

The following article will discuss efficiency measures in relation to the planning and approval of onshore wind turbines. It will address three specific issues that have, in the past, slowed planning and approval processes and legislative changes that aim to counter these problems: (I.) the lack of allocated space for wind energy plants, (II.) a long approval process requiring a complex environmental impact assessment and (III.) difficult balancing decisions by the authorities.

## I. Land use planning and the lack of space

The first step in the process of building a wind turbine is to find a suitable site. Due to the decentralized nature of wind turbines compared to nuclear or coal power plants, a large amount of land is needed for the expansion of onshore wind energy.<sup>109</sup> As Germany is a densely populated country, conflicts over land use frequently arise,<sup>110</sup> resulting in a shortage of land for onshore wind turbines. For instance, in 2022, only 0.8 percent of Germany's land area was designated for wind turbines, and only 0.5 percent of that land was actually usable.<sup>111</sup> Complicated legal requirements for the exclusive allocation of land for wind energy and public resistance (e.g., "not in my backyard" sentiments) have led to particularly lengthy planning procedures.<sup>112</sup> State regulations exacerbate this problem. For example, Bavaria requires that turbines be built at a minimum distance of ten times the turbine height from residential areas (10h rule, see Section 82 (1) Bavarian Building Code (BayBO)). To address these issues, various legislative changes were passed.

### 1. The Wind Energy Land Requirement Act (WindBG)

The WindBG came into force in February 2023 with the goal of designating a certain amount of land specifically for the expansion of onshore wind energy. This legislation stipulates the minimum percentage of land that must be allocated for onshore wind turbines by each federal state, thereby functioning within the existing planning law framework. While the states may choose to allocate land at the state level or through local-level planning, according to Section 3 (1) in conjunction with Annex 1 of the WindBG, approximately two percent must be made available for onshore wind energy by 2032.

### 2. Changes within the Federal Building Code<sup>113</sup>

In addition to the WindBG, the legislature also amended the Federal Building Code (BauGB) and the Regional Planning

Act (ROG).<sup>114</sup> Especially noteworthy is Section 249 of the BauGB, which determines whether wind energy projects receive preferential treatment in planning processes, depending on whether the federal states have met the land area targets for wind energy development. Section 249 (2) of the BauGB states that once a federal state has met its required land contribution targets for wind energy, wind turbines located outside the designated areas will no longer receive preferential treatment in planning decisions. This means they may be overridden in favor of other public interests. The goal is to encourage the federal states to provide land for wind energy development as quickly as possible.<sup>115</sup> On the other hand, Section 249 (7) of the BauGB introduces consequences if states fail to meet the land targets by 2027 and 2032. Wind projects are then granted privileged status across the entire state making them generally approvable.<sup>116</sup> Section 249 (9) BauGB also stipulates that state regulations, such as the 10h rule in Bavaria, remain in force but are not applicable to installations within wind energy areas.<sup>117</sup>

The new WindBG, together with Section 249 of the BauGB, creates a binding obligation to provide more space for onshore wind energy. This is expected to counteract both state distance regulations and the so-called "not-in-my-backyard" (NIMBY) sentiment, promising to speed up the identification of suitable areas.<sup>118</sup> However, that the States must comply with the area allocation rule only by the end of 2027 is problematic (comp Section 3 (1) WindBG).<sup>119</sup> Therefore, it remains to be seen how much the planning process for wind farms will be accelerated in practice.

## II. Expediting the approval process due to the elimination of the Environmental Impact Assessment (EIA) requirement

Another issue is the duration of the approval procedure for individual installations. Approval takes place after an area has been designated for wind energy. State agencies conduct the approval process for wind turbines according to the Federal Immission Control Act (BImSchG).<sup>120</sup> Here, too, the new

<sup>114</sup> Eckhardt, Golo, Die Novelle des Raumordnungsgesetzes (The amendment to the Spatial Planning Act), NVwZ 2023, pp. 1777-1783, 1777; Renno, Christian, Der Rechtsrahmen für den Ausbau der Windenergie an Land unter Betrachtung und Bewertung aktueller Gesetzesnovellen (The legal framework for the expansion of onshore wind energy under consideration and evaluation of current legislative amendments), EnWZ 2023, pp. 203-208, 204.

<sup>115</sup> Comp. Renno (no. 114), p. 204.

<sup>116</sup> Renno (no. 114), p. 204; Schlacke, Sabine/Wentzien, Helen/Römling, Dominik, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket? (Accelerating the Energy Transition: A Legislative Paradigm Shift through the Easter Package?), NVwZ 2022, pp. 1577-1586, 1582, 1583.

<sup>117</sup> Section 249 refers to the wind energy areas designated in the WindBG. As federal law, Section 249 takes precedence over deviating regulations of the federal states, comp. Söfker/Meurers in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger BauGB § 249, para. 1, 1a, 165 et seqq.

<sup>118</sup> Comp. Renno (no. 114), p. 207.

<sup>119</sup> Comp. Fehling, Michael, in Rodi, Michael/Saurer, Johannes (ed.), Comparative Perspectives on the Law of Energy Transition in Europe (to be published), pp. 240-262, 250; Kment, Martin, Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land, Deutschland in der Poly-Krise (Accelerating the Expansion of Onshore Wind Energy in Germany Amid a Polycrisis), NVwZ 2023, pp. 959-965, 965.

<sup>120</sup> Wind turbines with a height exceeding 50 meters always require approval according to Annex 1 of the 4th Federal Immission Control Ordinance (4. BImSchV) in accordance with the Federal Immission Control Act (BImSchG).

<sup>109</sup> Köck, Wolfgang, Beschleunigung durch Rechtsvereinfachung (Acceleration through legal simplification), ZUR 2023, pp. 470-476, 471.

<sup>110</sup> Köck (no. 109), p. 471; Benner, Lukas/Krischer, Oliver, Erneuerbare? Ja, bitte! – Grüne Politik für eine erfolgreiche Energiewende (Renewables? Yes, please! – Green Policies for a Successful Energy Transition), EnWZ 2022, pp. 193-194, 193.

<sup>111</sup> German parliamentary document (BT-Drs.) 20/2355, p. 17.

<sup>112</sup> Köck (no. 109) p. 472.

<sup>113</sup> In Germany, the Federal Building Code (BauGB) includes regulations on both planning and approval procedures.

WindBG includes legislative changes to expedite approval processes. In general, the approval of an onshore wind turbine often requires an Environmental Impact Assessment (EIA), which evaluates potential effects of the proposed project on the environment. Especially due to the need for extensive expert reports—for example on noise, shadow, or the protection of endangered species—this can be lengthy and complex, leading to delays in the approval process. Section 6 WindBG, waives this environmental impact assessment if the wind turbines are located in a designated wind energy area where a so-called strategic environmental assessment, i.e., a prior assessment of the environmental impact of construction projects in the area, has already been conducted in the planning phase. Strategic environmental assessment bundles investigation efforts because it covers not only one project but all possible wind energy projects in the area it covers. Although there are no formal studies evaluating how the elimination of the environmental impact assessment affects the length of the approval process, statistical investigations suggest that the duration of an approval process significantly depends on correct submission of documents by the applicant.<sup>121</sup> If lawmakers remove the EIA obligation, it is reasonable to expect some acceleration.

### III. Elimination of complex balancing decisions

Laws that require authorities to make difficult and unclear value judgements also slow decisions. In this context, greater legal certainty regarding the decisions made by authorities is important, as legal disputes can also be time-consuming.<sup>122</sup> To this end, further legislative changes aim to reduce balancing decisions or, at least, to make them more predictable. Within German environmental law, the BImSchG has specific importance due to its concentration effect: A license based on the BImSchG includes licenses required by most other statutes (comp. Section 13 BImSchG).<sup>123</sup> Under Section 6 (1) No. 2, a BImSchG licensing decision includes external legal requirements such as under the Federal Nature Conservation Act (BNatSchG).<sup>124</sup> This is a manifestation of the concentration effect. The applicant has the right to approval if all requirements are met, so there is no administrative discretion.<sup>125</sup>

#### 1. Changes within the Federal Nature Conservation Act (BNatSchG)

Lawmakers also amended the BNatSchG to accelerate approval procedures, primarily by standardizing species protection rules. In the past, restrictions against harming or killing protected species, particularly birds, in many cases resulted in rendering areas ineligible for wind area development.<sup>126</sup> In general, the agency will not grant a license if the risk of

injuring and killing species will be significantly higher due to the wind turbines, see Section 44 (5) BNatSchG.<sup>127</sup>

By introducing distance typologies, lawmakers intended to facilitate approval at a substantive legal level. The new Section 45b of the BNatSchG standardizes the risk of killing or harming these species, depending on the distance from the wind turbine to the nesting sites. These harmonizations are more clearly grounded in the law, reducing reliance on complex case-specific determinations.<sup>128</sup> Previously, due to Germany's federal system, each federal state applied its own regulations regarding the required distances from nesting sites.<sup>129</sup> The new Section 45b BNatSchG establishes uniform standards for all of Germany.<sup>130</sup>

Section 45b (2-5) BNatSchG determines three different areas based on the distance of the wind turbine to the breeding areas of bird species. These areas can be visualized as three concentric circles, each with a different radius, with the wind turbine at their center.<sup>131</sup> The distance regulations differ depending on the endangered birds in question (see Annex 1 BNatSchG).

The red kite is a useful example as it is very important in practice. Within the so-called close-range area, set at 500 meters, the risk of killing or injuring red kites is always considered to be high, Section 45b (2) BNatSchG.

The so-called central-testing area (see Section 45b (3) BNatSchG) establishes a rule-and-exception relationship. Within this area (1200 meters for red kite), there is a statutory presumption that the risk is significant. However, the presumption can be overturned if the applicant proposes protection measures to reduce the risk.<sup>132</sup> In addition, overturning the presumption is possible through a habitat analysis.

The third area is the extended-testing area (Section 45b (4) BNatSchG). Within this area (3500 meters for the red kite), the relationship of rule and exception is reversed. Thus, there is a statutory presumption that the risk is insignificant. Again, overturning the presumption is possible. Outside these areas, the risk is not considered "significantly higher" (see Section 45b (5)). This determination cannot be overturned.<sup>133</sup> The new regulatory strategy illustrates the country's policy objective: the need for wind energy usually prevails.<sup>134</sup> Species protection will prevail only in atypical cases. The legal definition of the term "significant" will likely lead to more places being deemed suitable for wind energy.

The rules of the BNatSchG are made manageable through this standardization.<sup>135</sup> As a result, approval decisions by the

<sup>127</sup> See *Gellermann* in Landmann / Rohmer, Umweltrecht (Environmental Law), § 44 BNatSchG, para. 51.

<sup>128</sup> Comp. BT-Drs. 20/2354, p. 2, 17; comp. *Jaenicke, Mathias*, Aktuelle Rechtsfragen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen an Land (Current Legal Issues Regarding the Planning Law Legality of Onshore Wind Energy Plants), ZUR 2023, pp. 291 – 299, 293.

<sup>129</sup> *KNE* (n. 20), p. 5.

<sup>130</sup> *Attendorf, Thorsten*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“ (Environmental Legal Considerations on the Approval of Hydropower and Wind Energy Plants under the 'Easter Package'), NVwZ 2022, pp.1586-1593, 1590.

<sup>131</sup> See BT-Drs. 20/2354, p. 24 et seqq; *KNE* (no. 126), p. 11.

<sup>132</sup> Examples for these protection measures can be found in Annex 2 of the BNatSchG.

<sup>133</sup> *Gläß* in BeckOK Umweltrecht, § 45b BNatSchG, 69. Edition, para. 1 et seqq; see also *KNE* (no. 126), p. 10 et seqq.

<sup>134</sup> *Attendorf* (no. 130), p. 1590.

<sup>135</sup> Comp. *Kappes, Christiane*, Stellschrauben der Planungsbeschleuni-

<sup>121</sup> *Steinberg, Rudolf et al.*, Zur Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens für Industrieanlagen. Eine empirische und rechtspolitische Untersuchung (On the Acceleration of the Approval Process for Industrial Plants: An Empirical and Legal-Policy Study), Verwaltung 2000, 1991, p. 16.

<sup>122</sup> Comp. *Kment* (no. 119), p. 960.

<sup>123</sup> *Seibert* in Landmann/Rohmer, BImSchG § 13, para. 30 et seqq.

<sup>124</sup> *Jarass* in Jarass, BImSchG § 6, 14th edition 2022, para. 23 et seqq.

<sup>125</sup> *Rebentisch* in Theobald / Kühling, Energierecht (Energy Law), § 6 BImSchG, para. 18 et seqq.

<sup>126</sup> See *Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)*, Die Vorschriften zur Windenergie an Land im Bundesnaturschutzgesetz 2022 (The regulations on onshore wind energy in the Federal Nature Conservation Act 2022), p. 5.

authorities are expected to be issued more quickly and less frequently be subject to legal challenge. However, this comes at the cost of species protection.

## **2. The new Section 2 of the Renewable Energies Act (EEG)**

By strengthening climate protection within the balancing process, lawmakers also make it easier for wind developers to obtain approval. According to Section 2 of the Renewable Energy Sources Act (EEG), the expansion of renewable energy generation facilities is understood to be generally in the overriding public interest and in the service of public safety. This means that authorities give renewable energy facilities like wind turbines particularly high weight in balancing decisions. Other legally protected interests, such as historic conservation or the protection of endangered species, should take precedence over the construction of renewable energy facilities only in atypical and justifiable cases. Consequently, the interests of wind power prevail as a rule in interest balancing. And the decision is more clearly predetermined and thus can be made more quickly.

## **IV. Conclusion**

These legislative changes demonstrate the strong political will to accelerate the expansion of renewable energies in Germany. These measures will hopefully expedite the approval process. Additionally, recent court rulings increasingly reflect the impact of prioritizing renewable energy under Section 2 of the EEG.

However, at the moment it is impossible to tell what these measures, however promising on paper, will achieve in practice. One concern is that the area contribution values will not be reviewed until 2027. Consequently, a clear assessment cannot yet be made, but the numerous recent legislative changes offer a generally positive outlook.

## **E. Final Conclusion**

Climate change is a worldwide problem. It affects all areas of life and requires a correspondingly determined approach at all levels. Although the approaches differ, we all share the same goal. The colloquium made us realize that the different approaches to combating climate change are as diverse as our different countries.

---

gung: Standardisierung und gerichtliche Kontrolldichte (Levers of Planning Acceleration: Standardization and Judicial Review Intensity), UPR 2023, pp. 89-95.

Veit Lukosch \*

# Wie lässt sich materiell-rechtlich und prozessual mit Serienbetrugstaten umgehen?

## A. Einführung

### I. Praktische Bedeutung

Elektronische Medien multiplizieren die Reichweite von Serienbetrug – hilft uns das Recht beim Umgang mit solcher Kriminalität? Heutzutage häufen sich Schlagzeilen wie „Leipziger Internet-Serienbetrüger angeklagt – mehrere Hundert Geschädigte“<sup>1</sup>.

Bei Serienbetrugstaten handelt es sich um massenhafte, gleichartige und gewerbsmäßig begangene Täuschungshandlungen, die eine sich aus individuellen Kleinschäden zusammensetzende immense Beute erzielen sollen. Die technologische Entwicklung ermöglicht dabei immer raffiniertere Vorgehensweisen. Je massenhafter die Täuschungen aber erfolgen, desto plumper können sie ausfallen. Denn die Investition lohnt sich für den Täter schon, wenn die Quote der Zahlenden marginal ist.<sup>2</sup> Deswegen ist bei Serienbetrugstaten oft zweifelhaft, ob die Opfer tatsächlich wegen eines Irrtums oder trotz fehlenden Irrtums, also bei erkannter Sachlage aufgrund sekundärer Motive wie Lästigkeit oder Gleichgültigkeit gezahlt haben. Daran knüpft die Frage an, wie diese Motivlage in Strafprozessen mit einer unüberschaubaren Vielzahl an Geschädigten aufgeklärt werden kann und muss.<sup>3</sup>

### II. Gang der Untersuchung

Die Arbeit untersucht im Rahmen einer dogmatischen Verortung zunächst, welcher Umgang mit dem Irrtumsnachweis grundsätzlich geboten ist, und erläutert anknüpfend den daraus folgenden Konflikt in der strafprozessualen Realität (B.). Dann setzt sie sich mit *de lege lata* verfügbaren Lösungsansätzen auseinander (C.).

## B. Dogmatische Verortung des Untersuchungsgegenstands

Gem. § 263 I StGB macht sich strafbar, wer „[...] in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält“. Aus dieser Formulierung ergibt sich die Erregung beziehungsweise das Aufrechterhalten eines Irrtums als Tatbestandsvoraussetzung.

Das bedeutet, dass in Serienbetrugsverfahren zur Feststellung eines solchen Irrtums die Vorstellungen jedes einzelnen Geschädigten relevant sind. Einem Irrtum unterliegt, wer eine positive Fehlvorstellung über Tatsachen hat, bei wem also subjektive Vorstellung und objektive Wirklichkeit auseinanderfallen.<sup>4</sup> Bei Zweifeln an der vorgespiegelten Tatsache kommt es auf die Stärke derer an.<sup>5</sup> Die bloße Unkenntnis der Wahrheit begründet jedenfalls keinen Irrtum.<sup>6</sup>

### I. Das uneigentliche Organisationsdelikt

§ 263 StGB stellt die betrügerische Schädigung individuellen Vermögens unter Strafe, und nicht etwa als „Organisationsdelikt“ schon das bloße Betreiben einer auf Betrug ausgerichteten Organisation als solches,<sup>7</sup> sodass man Serienbetrüger theoretisch einzeln für jede Tat verfolgen müsste. Zur Bündelung der Verfahren werden Serienbetrugstaten in der Rechtsprechung aber als sog. „uneigentliches Organisationsdelikt“ gehandhabt.<sup>8</sup> Dabei werden sämtliche Einzeltaten als „natürliche Handlungseinheit“ i.S.d. § 52 StGB zu einer prozessualen Tat i.S.d. § 264 StPO zusammengeführt und in einem Prozess behandelt, wenn sie im Rahmen eines Geschäftsbetriebs unter Schaffung und Ausnutzung von Unternehmensstrukturen gleichsam organisiert begangen wurden.<sup>9</sup> Der Tatrichter ist dabei nicht von den nötigen Urteilsfeststellungen zur Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale in sämtlichen Einzelfällen entbunden.<sup>10</sup> Für eine Vollendung reicht es zwar schon aus, wenn in einem einzelnen Fall der gesamte Tatbestand des § 263 StGB vorliegt, die tatsächliche Anzahl der Vollendungen wird aber auf Strafzumessungsebene berücksichtigt.<sup>11</sup>

Um den Rahmen nicht zu sprengen, wird auf eine Auseinandersetzung mit der Figur verzichtet und die Praxis insoweit akzeptiert, da die Frage, auf welcher Stufe der Irrtum bewiesen werden muss, für die Untersuchung nichts ändert.<sup>12</sup>

### II. Prozessrechtlicher Überblick

Für die Frage, inwieweit über die Vorstellungen von Geschädigten Beweis zu erheben ist, spielen Verfahrensprinzipien der StPO, zum Teil daraus folgende Rechte des Angeklagten sowie prozessökonomische Erwägungen eine

\* Der Autor ist Student der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag ist eine überarbeitete und gekürzte Fassung seiner Bachelor- und Examensseminararbeit, die i.R.d. Schwerpunktbereichs Allgemeines Wirtschaftsstrafrecht bei Prof. Dr. Thomas Rönnau, Prof. Dr. Paul Krell und Prof. Dr. Karsten Gaede entstanden ist.

<sup>1</sup> Fiedler, <https://www.lvz.de/lokales/leipzig/leipziger-internet-serienbetrueger-angeklagt-er-schluss-ueber-650-mal-zu-XFIBKPDQMJDVPVPLGQBY6FL6KLI.html> (21.08.2023).

<sup>2</sup> Vgl. Arzt, in: FS Tiedemann, 2008, S. 595, 597.

<sup>3</sup> Das Phänomen des Massenverfahrens ist kein strafrechtliches Novum: Bereits 1974 widmete sich der 50. Deutsche Juristentag unter anderem der Frage, welcher Umgang mit strafrechtlichen Großverfahren möglich ist. Dazu Grünwald, Gutachten C 50. DJT, 1974.

<sup>4</sup> Rönnau, JuS 2014, 504, 505; Fischer, StGB<sup>72</sup>, 2025, § 263 Rn. 54; Peron, in: Tübinger Kommentar StGB<sup>31</sup>, 2025, § 263 Rn. 33.

<sup>5</sup> Vgl. Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 55; Gaede, in: AnwaltKommentar StGB<sup>3</sup>, 2020, § 263 Rn. 53.

<sup>6</sup> BGHSt 2, 325; 22, 88; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 57; Gaede, in: AnwK (Fn. 5), § 263 Rn. 53.

<sup>7</sup> Ullenboom, NZWiSt 2018, 317 f; vgl. Reichenbach, JURA 2016, 139, 143; Rissing-van-Saan, FS Tiedemann (Fn. 2), 391, 394 f.; Hefendehl, in: MüKoStGB Band 5<sup>4</sup>, 2022, § 263 Rn. 1245. Zu Organisationsdelikten Mansdörfer, Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, Rn. 172, 630 f.

<sup>8</sup> Z.B. BGH, NSZ 2013, 422; 2014, 459; 2015, 98; BeckRS 2017, 112307.

<sup>9</sup> BGH, NSZ 2010, 103, 104; wistra 2016, 309, 310; vgl. BGHSt 49, 177, 184.

<sup>10</sup> BGH, NSZ 2010, 103.

<sup>11</sup> Ceffinato, ZStW 2016, 804, 820.

<sup>12</sup> Zum uneigentlichen Organisationsdelikt Rissing-van Saan, FS Tiedemann (Fn. 2), 891; Reichenbach, JURA 2016, 139; Kubiciel/Tiedemann, in: Leipziger Kommentar<sup>13</sup>, 2025, § 263 Rn. 311; Hefendehl, in: MüKoStGB (Fn. 7), § 263 Rn. 1244 f.

Rolle. Einschlägige werden hier zunächst nur abstrakt umrissen.

## 1. Legalitätsprinzip und Amtsaufklärungspflicht

Ausgangspunkt jeder strafrechtlichen Verfolgung ist § 152 II StPO, das Legalitätsprinzip. Es begründet die Pflicht der Staatsanwaltschaft, vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelungen wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Aus § 244 II StPO ergibt sich korrespondierend die Pflicht des Gerichts, zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind (Amtsaufklärungspflicht). Ohne bestmögliche Ermittlung der materiellen Wahrheit kann das dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG entspringende strafrechtliche Schuldprinzip nicht verwirklicht werden.<sup>13</sup> Die Amtsaufklärungspflicht verlangt das Bemühen um den sachlichsten und bestmöglichen Beweis.<sup>14</sup>

## 2. Beweiswürdigungsgrundsatz

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gem. § 261 StPO gebietet zur Überzeugung von der Wahrheit eine argumentative Auseinandersetzung des Gerichts mit den entscheidungsrelevanten Umständen<sup>15</sup> und korrespondiert so mit der Amtsaufklärungspflicht.<sup>16</sup> Eine Überzeugung i.S.d. § 261 StPO erfordert, die persönliche, subjektive Gewissheit des Richters<sup>17</sup> darüber, dass die Unschuldvermutung des Rechtsstaatsprinzips und Art. 6 II EMRK widerlegt ist.<sup>18</sup> Der Schuldspruch muss also mindestens auf einer Beweisgrundlage aufbauen, die eine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit des tatsächlichen Zutreffens der Beweiswürdigung ergibt.<sup>19</sup>

## 3. Unmittelbarkeitsgrundsatz

Daneben sieht der Unmittelbarkeitsgrundsatz gem. §§ 250, 261 StPO vor, dass sich das Gericht der Beweismittel mit der geringsten Mittelbarkeit bedient.<sup>20</sup> Es soll sich anhand unmittelbar im Gerichtssaal hervorgebrachter Beweise wie Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen überzeugen,<sup>21</sup> um zu verhindern, dass eine Beweisführung bloß das Verlesen bereits im Ermittlungsverfahren erstellter Beweismittel zum Gegenstand hat. So wirkt der Unmittelbarkeitsgrundsatz der Gefahr einer Verurteilung allein aufgrund von Akteninhalten entgegen.<sup>22</sup>

## 4. Konfrontationsrecht

Darüber hinaus verlangt das Konfrontationsrecht gem. Art. 6 III lit. d EMRK, dass jeder angeklagten Person das Recht eingeräumt wird, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten. Als Teilrecht des Grundsatzes des fairen Verfahrens gem. Art. 6 I EMRK soll es Chancen- und Waffengleichheit im Prozess sicherstellen und wird im deutschen Strafprozessrecht etwa durch das Fragerecht gem. § 240 II StPO verwirklicht.<sup>23</sup>

## 5. Prozessökonomie

Aus prozessökonomischer Sicht sind insbesondere die folgenden Aspekte relevant.

Das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG verlangt die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege,<sup>24</sup> namentlich die Effektivität und Effizienz der Strafverfolgung und -rechtspflege.<sup>25</sup> Der Topos wird zumeist als Abwägungskriterium gegenüber Verfahrensförmlichkeiten verwendet und dementsprechend teilweise kritisch beurteilt, weil er nur zur Einschränkung von Beschuldigtenrechten führen könne.<sup>26</sup> Aufgrund des rechtsstaatlichen Bedarfs, das Strafrecht effizient durchzusetzen, muss dieser zumindest restriktiv beachtet werden.<sup>27</sup> Die Rechtsprechung zieht in ihre Abwägungen über die Gestaltung eines Verfahrens daneben regelmäßig wirtschaftliche Überlegungen mit ein.<sup>28</sup> Zwar findet sich im Strafverfahrensrecht keine ausdrückliche Vorschrift zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte<sup>29</sup> und eine zugunsten des Beschuldigten gebotene Aufklärung aus diesen Gründen zu unterlassen, würde jedenfalls mit dem Legalitätsprinzip konfliktieren.<sup>30</sup> Gleichrangige Bedenken bestehen hinsichtlich einer Verhältnismäßigkeitsprüfung des finanziellen Aufwands einer Aufklärung gegenüber einer nur geringen wirtschaftlichen Bedeutung einer Sache.<sup>31</sup> Doch als Bewertungsaspekt soll die Wirtschaftlichkeit eines Prozesses zumindest zurückhaltend herangezogen werden können.<sup>32</sup> Der Beschleunigungsgrundsatz gebietet eine Durchführung des Verfahrens in angemessener Zeit ohne Verzögerungen.<sup>33</sup> Er entbehrt einer ausdrücklichen Regelung, ist aber in Art. 5 III 2, 6 I 1 EMRK<sup>34</sup> und dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG<sup>35</sup> verankert. Eine effiziente Verfahrensführung darf aber nicht auf Kosten der Wahrheitsermittlung gehen.<sup>36</sup>

<sup>13</sup> BVerfGE 57, 250, 275.

<sup>14</sup> BVerfG, StV 2013, 574; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner<sup>68</sup>, 2025, § 244 Rn. 12; *Geppert*, Unmittelbarkeit, 1979, S. 166; *Frank*, Massenbetrug, 2017, S. 304; *Velten*, in: SK-StPO Band 5<sup>5</sup>, 2016, Vor §§ 250 ff. Rn. 9 f.

<sup>15</sup> BGH, NStZ 2009, 401; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 946 f.

<sup>16</sup> *Trüg/Habetha*, in: MüKoStPO Band 2<sup>2</sup>, 2024, § 244 Rn. 11; *Eisenberg*, Beweisrecht<sup>10</sup>, 2017, Rn. 2; *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 408.

<sup>17</sup> BGH, NStZ 1983, 277; *Lampe*, in: FS Pfeiffer, 1988, S. 353, 367 f.;

*Tiemann*, in: Karlsruher Kommentar StPO<sup>9</sup>, 2023, § 261 Rn. 2.

<sup>18</sup> BGH, NStZ 2009, 401, 402; *Julius*, in: Heidelberger Kommentar StPO<sup>7</sup>, 2023, § 261 Rn. 2.

<sup>19</sup> BVerfGK 1, 145 f.; vgl. BGH, NStZ-RR 1996, 202; *Herdegen*, in: FS Hanack, 1999, S. 311, 313; *Fezer*, in: FS Hanack, 1999, S. 331, 340.

<sup>20</sup> BGH, NStZ 2004, 50; *Kühne* (Fn. 15), Rn. 914;

vgl. *Geppert* (Fn. 14), S. 162 f.

<sup>21</sup> Vgl. BGHSt 6, 209; *Frank* (Fn. 14), S. 41;

*Diemer*, in: KK (Fn. 17), § 250 Rn. 1.

<sup>22</sup> *Eisenberg* (Fn. 16), Rn. 2076.

<sup>23</sup> Vgl. *Gaede*, StV 2012, 51, 54 f.; *Valerius*, in: BeckOKStPO<sup>55</sup>, 2025, Art. 6 EMRK Rn. 47, 49.

<sup>24</sup> BVerfGE 33, 367; 77, 65;

*Kudlich*, in: MüKoStPO Band 1<sup>2</sup>, 2023, Einl. Rn. 87.

<sup>25</sup> BVerfGE 139 245; BVerfG, NStZ-RR 2015, 117; BGHSt 53, 128.

<sup>26</sup> *Frank* (Fn. 14), S. 44.

<sup>27</sup> Vgl. *Landau*, NStZ 2007, 121, 123; *Hassemer*, StV 1982, 275.

<sup>28</sup> BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 11; BeckRS 2019, 1971 Rn. 45.

<sup>29</sup> *Kühne* (Fn. 15), Rn. 279; *Frank* (Fn. 14), S. 45.

<sup>30</sup> *Kühne* (Fn. 15), Rn. 284; *Krehl*, in: KK (Fn. 17), § 244 Rn. 39.

<sup>31</sup> *Kühne* (Fn. 15), Rn. 285.

<sup>32</sup> *Kühne* (Fn. 15), Rn. 285; *Frank* (Fn. 14), S. 45; *Schroeder*, NJW 1983, 137, 141; *Landau*, NStZ 2007, 121.

<sup>33</sup> Vgl. BVerfG, NStZ 1984, 128; BGHSt 26, 228, 232;

*Fischer*, in: KK (Fn. 17), Einl. Rn. 30 f.

<sup>34</sup> *Fischer*, in: KK (Fn. 17), Einl. Rn. 29.

<sup>35</sup> BVerfGE 63, 45, 49; BVerfG, NStZ 2006, 680, 681.

<sup>36</sup> *Kühne* (Fn. 15), Rn. 268.

### III. Konflikt in der strafprozessualen Realität

Die Ausführungen zeigen den Konflikt in der strafprozessualen Realität: Einerseits ist eine umfassende Ermittlung der Vorstellungen jedes einzelnen Geschädigten geboten, andererseits scheint eine umfassende Vernehmung oft unmöglich. Denn die Vernehmung von 660.000 Geschädigten<sup>37</sup> zu ihrem Vorstellungsbild ist im Strafprozess regelmäßig ebenso undenkbar wie die von „bloß“ 152.<sup>38</sup> Insoweit ergibt sich ein Spannungsfeld, in dem eine Lösung nur durch Ausgleich erreichbar scheint. Ist vor diesem Hintergrund eine Irrtumsermittlung des Gerichts zur Klärung der Frage, ob die Opfer wegen eines bestehenden oder trotz eines fehlenden Irrtums zahlten, denkbar, ohne eine nicht darstellbare Vielzahl von Zeugen mündlich in der Hauptverhandlung zu vernehmen?

## C. Lösungsansätze

Für den dargestellten Konflikt finden sich in der Rechtsprechung und der Literatur zahlreiche Lösungsansätze. Es folgt eine systematisierte Wiedergabe dieser und eine umfassende Bewertung hinsichtlich ihrer rechtlichen Zulässigkeit sowie praktischen Eignung. So wird die Frage, ob die aufgezeigten Lösungsansätze *de lege lata* generell für vergleichbare Serienbetrugsfälle nutzbar gemacht werden können, beantwortet.

### I. Beschränkung des Verfahrensstoffes

Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur schlagen eine Beschränkung des Verfahrensstoffes der Hauptverhandlung nach den §§ 154, 154a StPO vor, wobei zwei grundsätzlich verschiedene Formen der Verfahrensbeschränkung angeführt werden: Eine qualitative und eine quantitative.<sup>39</sup> Erstere hätte die Konsequenz, dass alle Taten nur hinsichtlich einer versuchten Begehung verfolgt würden. Letztere würde dazu führen, dass die Verfolgung einer unüberschaubaren Vielzahl von Fällen auf einige wenige reduziert und so das Gros der Taten nicht weiterverfolgt würde. Beides würde zu einem niedrigeren Bedarf an Vernehmungen führen.

#### 1. Qualitative Beschränkung

Die Rechtsprechung verweist aus prozessökonomischen Gründen in direkter Anwendung auf §§ 154, 154a StPO und lässt dabei offen, welche Norm genau herangezogen werden soll.<sup>40</sup> *Krell* schlägt eine Analogie zu § 154a StPO vor.<sup>41</sup> Gemeinsam haben diese Ansätze für sich, dass der Umfang des Hauptverfahrens durch den Verzicht auf die Vernehmung aller potenziell irrenden Geschädigten, erheblich reduziert wird, da für den Versuch die Frage, ob auf Seiten des Geschädigten ein Irrtum vorliegt, unerheblich ist. Es kommt nur auf den Tatentschluss, mithin den Vorsatz des Täters, und das mögliche unmittelbare Ansetzen i.S.d. § 22 StGB an, welches durch die Vornahme der Täuschungshandlung vorläge. Der Angeklagte bekäme so keinen pauschalen Strafrabatt, sondern könnte gleich dem Vollendungstäter bestraft werden, da § 23 II StGB nur eine

fakultative Strafmilderung vorsieht. Ob das Ergebnis unter Bezug auf die §§ 154, 154a StPO (analog) erreicht werden kann, wird im Folgenden untersucht.

#### a) § 154a II i.V.m. I 1 StPO

Nach § 154a II StPO ist eine Beschränkung gem. § 154a I 1 StPO durch das Gericht nur möglich, wenn die Staatsanwaltschaft der Verfahrensbeschränkung zustimmt. Dem steht im Verfahren generell nichts entgegen.

#### aa) § 154a I 1 Alt. 1 StPO

§ 154a I 1 Alt. 1 StPO lässt eine Beschränkung der Verfolgung um einzelne abtrennbare Teile einer Tat, die nicht beträchtlich ins Gewicht fallen, zu. *Prima facie* scheint in Serienbetrugsfällen bei einem Vergleich des Unrechtsgehalts zwischen Versuch und Vollendung aufgrund des gesteigerten Handlungsunrechts<sup>42</sup> kein erheblicher Unterschied zu liegen, der beträchtlich ins Gewicht fiel. Angesichts dessen könnte § 154a I 1 Alt. 1 StPO anwendbar sein. Doch fraglich ist, ob Betrugsversuch und -vollendung als „abtrennbare Teile einer Tat“ gelten.

Abtrennbar sind einzelne Teile einer Tat, wenn sie aus dem Gesamtgeschehen herausgenommen werden können, ohne dass dadurch ein strafrechtlich untrennbar zusammengehöriger Sachverhalt zerrissen würde.<sup>43</sup> Die Teile zeichnen sich dadurch aus, dass sie in gewissem Umfang in sich abgeschlossen sind.<sup>44</sup> Dies gilt jedenfalls nicht für einzelne Tatbestandsmerkmale.<sup>45</sup> Durch eine Isolierung des Versuchs würde das Irrtumsmerkmal sowie Vermögensverfügung und -schaden, abgetrennt.<sup>46</sup> Bei diesen Merkmalen handelt es sich aber nicht um solche, die aus dem Gesamtgeschehen herausgenommen werden können, ohne dass dadurch ein strafrechtlich untrennbar zusammengehöriger Sachverhalt zerrissen würde. Ihnen fehlt die Selbstständigkeit.<sup>47</sup> Einer irrenden Person, die aufgrund ihres Irrtums eine Vermögensverfügung vornimmt und sich so einen Vermögensschaden zufügt, ohne dass dafür eine Täuschungshandlung einer anderen Person kausal wurde, widerfährt kein Unrecht, das *de lege lata* isoliert strafrechtlich gewürdigt werden könnte.<sup>48</sup> Die Tatbestandsmerkmale können nur in einem einheitlichen Betrugssachverhalt Anwendung finden und sind nicht sinnvoll voneinander zu trennen.<sup>49</sup> Dieses Ergebnis ist nicht von § 154a I 1 Alt. 1 StPO vorgesehen, sodass eine Abtrennung der Vollendung nach der Norm ausscheidet.

<sup>42</sup> Vgl. BGH, NSTZ 2015, 98, 100 Rn. 26; *Kuhli*, StV 2016, 40, 43; vgl. *Ullenboom*, NZWiSt 2018, 317, 319.

<sup>43</sup> *Diemer*, in: KK (Fn. 17), § 154a Rn. 3; vgl. *Mavany*, in: Löwe/Rosenberg StPO Band 5/1<sup>27</sup>, 2020, § 154a Rn. 6; *Heghmanns*, ZJS 2013, 423, 427 f. mit Beispielen; vgl. BT-Drucks. 8/976, 40.

<sup>44</sup> *Schmitt*, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 154a Rn. 5; *Weßlau/Deiters*, in: SK (Fn. 14), § 154a Rn. 4; *Mavany*, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 6; *Krell*, NSTZ 2014, 686, 688.

<sup>45</sup> BGH, NSTZ 1981, 23; *Holtz*, MDR 1980, 984, 985; *Beulke/Berghäuser*, in: FS Breidling, 2017, S. 13, 18; *Mavany*, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 4; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 154a Rn. 5; *Diemer*, in: KK (Fn. 17), § 154a Rn. 3; *Teßmer*, in: MüKoStPO (Fn. 16), § 154a Rn. 15.

<sup>46</sup> *Venn*, NSTZ 2023, 257, 259.

<sup>47</sup> *Heghmanns*, ZJS 2013, 422.

<sup>48</sup> *Beulke/Berghäuser* (Fn. 45), S. 13, 20; *Heghmanns*, ZJS 2013, 422, 428.

<sup>49</sup> *Beulke/Berghäuser* (Fn. 45), S. 13, 20; *Heghmanns*, in: FS Beulke, 2015, S. 771, 780 f.

<sup>37</sup> BGHSt 59, 195.

<sup>38</sup> BGH, NSTZ 2015, 98.

<sup>39</sup> Zum Gegensatz *Kuhli*, StV 2016, 40, 42.

<sup>40</sup> BGH, NSTZ 2013, 422, 423 Rn. 11; 2014, 459, 460 Rn. 22; 2019, 40; BeckRS 2017, 112307 Rn. 24. Grundlegend i.R.d. § 263a StGB BGHSt 58, 119, 132. Zust. *Brähler*, Serienstrafaten, 2000, S. 423; *Kudlich*, ZWH 2015, 105.

<sup>41</sup> *Krell*, NSTZ 2014, 686, 688 f.

**bb) § 154a I 1 Alt. 2 StPO**

Demgegenüber gestattet § 154a I 1 Alt. 2 StPO eine Reduzierung der Verfolgung um einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen worden sind, aber nicht beträchtlich ins Gewicht fallen.

Um mehrere Gesetzesverletzungen handelt es sich bei einer Mehrzahl von gem. § 52 StGB Tateinheitlich verwirklichten Straftatbeständen.<sup>50</sup> Das ist der Fall, wenn neben dem Betrug durch dieselbe Handlung kumulativ ein weiteres Delikt, etwa Spezialtatbestände wie § 143 MarkenG oder §§ 108, 108a UrhG, aber auch Urkundendelikte des Kernstrafrechts,<sup>51</sup> verwirklicht wurde. Die alternative Verwirklichung zweier Gesetzesverletzungen, die sich aufgrund von Gesetzeskonkurrenz verdrängen, soll mangels Bedürfnisses nicht unter § 154a I 1 Alt. 2 StPO fallen.<sup>52</sup> Zu klären ist, ob diese Differenzierung zwischen Versuch und Vollendung i.R.d. Norm zulässig ist.

Der Versuch ist die begonnene, aber nicht vollendete Tat, die zwar den subjektiven Tatbestand, nicht aber den objektiven vollständig verwirklicht.<sup>53</sup> Er ist als ein Minus der Tatvollendung zeitlich vorgelagert und nur unter den Voraussetzungen der §§ 22, 23 StGB strafbar. Am Anfang einer jeden Versuchsprüfung steht deshalb nach h.M. die Feststellung, dass noch keine Vollendung eingetreten, also etwa der objektive Tatbestand nicht vollständig erfüllt ist.<sup>54</sup> Die Strafbarkeit wegen Versuchs ist hinfällig, sobald eine zurechenbare Vollendung eingetreten ist.<sup>55</sup> Daher stehen die Konstellationen in einem Exklusivitätsverhältnis,<sup>56</sup> sodass eine Handlung nur ein Versuch oder eine Vollendung sein kann, aber nicht beides zugleich.<sup>57</sup>

Damit handelt es sich bei Versuch und Vollendung nicht um eine Mehrzahl von Gesetzesverletzungen i.S.d. § 154a I 1 Alt. 2 StPO.<sup>58</sup> Eine Beschränkung auf die Versuchsstrafbarkeit scheidet auch nach dieser Vorschrift aus.

**cc) Zwischenergebnis**

Eine direkte Anwendung des § 154a StPO kann folglich nicht überzeugen.

**b) § 154a II i.V.m. I 1 StPO analog**

Eine Reduzierung der Verfolgung auf den Versuch durch analoge Anwendung der Vorschrift des § 154a StPO könnte

die tatbestandlichen Hindernisse überwinden. Eine Analogie setzt eine vergleichbare Interessenlage bei planwidriger Regelungslücke voraus.<sup>59</sup>

**aa) Vergleichbare Interessenlage**

Ob eine vergleichbare Interessenlage vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Das *Telos* des § 154a StPO ist Prozessökonomie:<sup>60</sup> Die Norm dient der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens.<sup>61</sup> Nach ihrer Konzeption sollen Verfahrensgegenstände, die bei einer Gesamtschau nicht beträchtlich ins Gewicht fallen, abtrennbar sein können.<sup>62</sup> Dafür, dass die Vollendung im prozessualen Vergleich zu dem Versuch nicht beträchtlich ins Gewicht fällt, spricht das gesteigerte Handlungsunrecht und § 23 II StGB. Die für den Versuch dort vorgesehene Strafmilderung ist fakultativ und stellt damit eine Ausnahme dar.<sup>63</sup> In der Regel ist der bloße Versuch genauso strafwürdig, wie die Vollendung. So stellt sich der Aufwand, den das Gericht zur Ermittlung der Vollendung machen müsste, als unverhältnismäßig zu seinem Ertrag dar.<sup>64</sup> Die Interessenlage ist mithin vergleichbar.

**bb) Planwidrige Regelungslücke**

Darüber hinaus müsste die Thematik auch planwidrig, also versehentlich, durch den Gesetzgeber nicht geregelt worden sein.<sup>65</sup> Denkbar ist dies auch dadurch, dass eine Thematik für den historischen Gesetzgeber noch unbekannt war und sich die Gesetzeslücke so erst bei späterem erstmaligen Auftreten des Phänomens auftat.<sup>66</sup> In diesem Fall wäre der Wille des historischen Gesetzgebers durch Zeitablauf nämlich nur noch unvollkommen abgebildet.<sup>67</sup>

§ 154a StPO ist wie alle Normen der §§ 151 ff. StPO als gesetzliche Ausnahme vom Legalitätsprinzip konzipiert.<sup>68</sup> Ohne die Norm müsste nach dem Legalitätsprinzip das Strafverfahren wegen jeder Straftat vollständig durchgeführt werden.<sup>69</sup> Die Analogiebildung soll nach heute h.M. bei einer expliziten Ausnahmegesetzvorschrift nicht kategorisch ausgeschlossen sein.<sup>70</sup> Doch ist in diesem Kontext zu beachten, dass das Legalitätsprinzip gem. § 152 II StPO nur uneingeschränkt gilt, soweit „nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist“. Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber seine Aufgabe, dem Legalitätsprinzip durch das Statuieren von Ausnahmen Kontur zu verleihen, ernst

<sup>50</sup> Diemer, in: KK (Fn. 17), § 154a Rn. 4; Teßmer, in: MüKoStPO (Fn. 16), § 154a Rn. 14; Mavany, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 7; Schmitt, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 154a Rn. 6; vgl. BT-Drucks. 8/976, 40.

<sup>51</sup> Venn, NStZ 2023, 257, 259; vgl. Heghmanns, ZJS 2013, 423, 428.

<sup>52</sup> BGH, NStZ 1981, 23; Mavany, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 7, 8.

<sup>53</sup> Fischer (Fn. 4), § 22 Rn. 2.

<sup>54</sup> Fischer (Fn. 4), § 22 Rn. 4; § 22 Rn. 5; Cornelius, in: BeckOKStGB<sup>57</sup>, 2023, § 22 Rn. 18; Heger/Petzsch, in: Matt/Renzikowski StGB<sup>2</sup>, 2020, § 22 Rn. 19; Engländer, in: NomosKommentar StGB<sup>6</sup>, 2023, § 22 Rn. 22; krit. Hardtung, JURA 1996, 293, 301; Hoffmann-Holland, in: TK (Fn. 4).

<sup>55</sup> Frank (Fn. 14), S. 144; Mavany, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 8; vgl. Kuhli, StV 2016, 40, 43.

<sup>56</sup> Vgl. Krell, NStZ 2014, 686, 688; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 20; Frank (Fn. 14), S. 143; Mavany, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 8.

<sup>57</sup> Heghmanns, ZJS 2013, 423, 428; Krell, NStZ 2014, 686, 688; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 21; Frank (Fn. 14), S. 144.

<sup>58</sup> Krell, NStZ 2014, 686, 688; Trüg, HRRS 2015, 106, 114; Frank (Fn. 14), S. 144; Heghmanns (Fn. 49), S. 771, 780 f.

<sup>59</sup> BGHZ 105, 140; Kuhn, JuS 2016, 104, 105; Muthorst, Grundlagen<sup>2</sup>, 2019, § 8 Rn. 24.

<sup>60</sup> Pott, Opportunitätsdenken, 1996, S. 50.

<sup>61</sup> BGHSt 32, 84, 87; Schmitt, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 154a Rn. 1; Mavany, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 1; Pott (Fn. 60), S. 49 f.; Schulenburg, JuS 2004, 765, 769; Pommer, JURA 2007, 662, 666; Munkel/Nuzinger, in: Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 154a Rn. 6.

<sup>62</sup> BT-Drucks. 8/976, 40.

<sup>63</sup> Hoffmann-Holland, in: TK (Fn. 4), § 23 Rn. 15; Engländer, in: NK (Fn. 54), § 23 Rn. 3; BT-Drs. 5/4095, 11.

<sup>64</sup> Krell, NStZ 2014, 686, 688; Schmitt, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 154a Rn. 7a; vgl. Mavany, in: L/R (Fn. 43), § 154a Rn. 8; a.A. Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 22 f.

<sup>65</sup> Mann, Juristische Arbeitstechnik<sup>5</sup>, 2015, S. 273; Luther, JURA 2013, 449 f.; Kuhn, JuS 2016, 104, 105; Schwacke, Juristische Methodik, 134.

<sup>66</sup> BVerfGE 82, 6 f.

<sup>67</sup> Mann (Fn. 65), S. 277; Luther, JURA 2013, 449.

<sup>68</sup> Vgl. Weßlau/Deiters, in: SK (Fn. 14), § 154a Rn. 3, 7 f.; Krell, NStZ 2014, 686, 689.

<sup>69</sup> Schulenburg, JuS 2004, 765 f.; Pommer, JURA 2007, 662, 666.

<sup>70</sup> Vgl. Bydlinski, Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2011, S. 440; Engisch, Juristisches Denken, 2018, S. 147 f.; Würdinger, AcP 206 (2006), 946, 956 f.

nahm und die Materie abschließend regeln wollte.<sup>71</sup> Danach scheidet eine planwidrige Regelungslücke aus.

Allerdings werden Serienbetrugstaten heutzutage immer häufiger unter Ausnutzung moderner technischer (Computer-)Systeme begangen – etwa durch die Verwendung von automatischen Anrufsystemen<sup>72</sup> oder Missbrauch des digitalen Einzugsermächtigungslastschriftverfahrens.<sup>73</sup> Diese Techniken waren zum Zeitpunkt der letzten inhaltlichen Änderung des § 154a StPO im Jahre 1979<sup>74</sup> noch nicht absehbar.<sup>75</sup> Die Gesetzesbegründung erwähnt zwar grundsätzlich umfangreiche Verfahren.<sup>76</sup> Allerdings gibt es kein Anzeichen für irgendeine Auseinandersetzung mit zu erwartenden technischen Möglichkeiten der Zukunft. Für diese Fälle ist eine planwidrige Regelungslücke nach den oben genannten Maßstäben folglich zu bejahen. Sie ist allerdings für „traditionelle“ Begehungsweisen – wie den postalischen Versand falscher Rechnungen<sup>77</sup> – aus den genannten Gründen zu verneinen.

### cc) Zwischenergebnis

Die Analogievoraussetzungen liegen damit jedenfalls nicht allgemein für Serienbetrugsfälle vor. Eine analoge Anwendung des § 154a StPO, die zu einer qualitativen Beschränkung des Verfahrensstoffes führt, kann also einen Lösungsweg bieten, der insofern zu begrüßen ist, als dass er überhaupt keine Vernehmung der Getäuschten erfordert und somit ein ökonomisches Verfahren ermöglicht. Eine analoge Anwendung bietet damit allerdings keine Bewältigungsstrategie, die generell zur Lösung des Problems bei Serienbetrugstaten geeignet wäre.<sup>78</sup>

### c) § 154 StPO

§ 154 StPO scheidet für eine qualitative Beschränkung auf den Versuch schon aus dem Grund aus, dass die Norm tatbestandlich mehrere Taten im prozessualen Sinn erfordert. Der Versuch und die Vollendung eines Tatbestands durch eine Handlung stellen nur eine prozessuale Tat dar.<sup>79</sup>

### d) Zwischenergebnis

Auch wenn es sich um eine „sich aus Gründen der Verfahrensökonomie aufdrängende Lösung“<sup>80</sup> handeln mag, kann eine direkte Anwendung der §§ 154, 154a StPO nicht und eine analoge Anwendung nur vereinzelt überzeugen.

<sup>71</sup> *Mavany*, in: L/R (Fn. 43), § 152 Rn. 12; *Heyden*, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip, 1961, S. 12; *Pfeiffer*, StPO<sup>5</sup>, 2005, Einl. Rn. 5; *Schroeder*, NJW 1983, 137, 142; so auch *Krell*, NStZ 2014, 686, 689.

<sup>72</sup> BGHSt 59, 195.

<sup>73</sup> BGH, NStZ 2014, 459.

<sup>74</sup> Zur heutigen Formulierung des § 154a StPO *Pott* (Fn. 60), S. 45 f. Zur vorherigen Rechtslage bei Massenbetrugsverfahren *Herrmann*, ZStW 1973, 255 f. § 154a StPO wurde seitdem im Jahr 2015 bloß die amtliche Überschrift hinzugefügt.

<sup>75</sup> Vgl. *Kudlich*, ZWH 2015, 105.

<sup>76</sup> Vgl. BT-Drucks. 8/976, 18; *Berz*, NJW 1982, 729, 731; *Rebmann*, NStZ 1984, 241, 244; *Krell*, NStZ 2014, 686, 689.

<sup>77</sup> BGHSt 54, 44 (nicht vollst. abgedr.) = *wistra* 2009, 433, 434; BGH, NStZ 2015, 98.

<sup>78</sup> Vgl. *Hefendehl*, in: MüKoStGB (Fn. 7), § 263 Rn. 1269; *Trüg*, HRRS 2015, 106, 114.

<sup>79</sup> *Kuhli*, StV 2016, 40, 43; *Venn*, NStZ 2023, 257 f.; *Frank* (Fn. 14), S. 137; *Heghmanns*, ZJS 2013, 423, 427.

<sup>80</sup> *Wastl*, WuB 2014, 461, 463.

## 2. Quantitative Beschränkung

Eine quantitative Verjüngung des Prozesses könnte einerseits durch Teileinstellung gem. § 154 II i.V.m. I Nr. 1 StPO, andererseits durch eine Beschränkung der Verfolgung gem. § 154a II i.V.m. I 1 Alt. 2 StPO erreicht werden. § 154a StPO betrifft einzelne Elemente einer Tat im prozessualen Sinne, § 154 StPO mehrere prozessuale Taten.<sup>81</sup> Beide Vorschriften setzen jedenfalls voraus, dass das abzutrennende Element „nicht beträchtlich“ ins Gewicht fällt.

Bei Serienbetrugsfällen, die durch die Begehung einer Vielzahl gleichartiger Taten gekennzeichnet sind, ist gerade nicht ersichtlich, dass einzelne Taten das Gesamtgeschehen derart überstrahlen, dass sie in diesem Sinne als wesentlich erscheinen.<sup>82</sup> Das Unrecht besteht in der Kumulation von gleichartigen Kleinschäden,<sup>83</sup> sodass eine unterschiedlich starke Gewichtung im Regelfall nicht möglich sein wird.<sup>84</sup> Eine Anwendung der §§ 154, 154a StPO in quantitativer Hinsicht ist also nicht möglich.<sup>85</sup>

## 3. Zwischenergebnis

Eine Beschränkung des Verfahrensstoffes gem. §§ 154, 154a StPO (analog) kann weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht als generelle Lösung nutzbar gemacht werden.

## II. Indizienschlüsse

Zahlreiche Entscheidungen erwägen einen Indizienbeweis zur Irrtumsermittlung. Bei einem solchen wird über ermittelte Nebentatsachen (Indizien) mithilfe eines hinreichend plausiblen Erfahrungssatzes auf nicht zugängliche Haupttatsachen geschlossen.<sup>86</sup> So wird angeführt, dass in Serienbetrugsverfahren lediglich die Vernehmung einiger weniger Zeugen ausreiche und von deren Vorstellungsbild auf das aller Geschädigten indiziell geschlossen werden könne.<sup>87</sup> Auch seien Sachverhalte denkbar, in denen zur Irrtumsfeststellung gar keine Zeugenvernehmung benötigt werde.<sup>88</sup> Der Irrtum könne dabei jeweils zumindest in Form eines sachgedanklichen Mitbewusstseins angenommen werden.<sup>89</sup> Entscheidende Voraussetzung sei, dass es sich im

<sup>81</sup> *Münkel/Nuzinger*, in: Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 61), § 154a StPO Rn. 5. *Pott* (Fn. 60), S. 49, 57 f. zum Verhältnis von §§ 154, 154a StPO; vgl. C. I. I. c);

<sup>82</sup> BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 12; BGH, *wistra* 2017, 495, 497; *Frank* (Fn. 14), S. 122 f.

<sup>83</sup> BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 12; *Trüg*, HRRS 2015, 106, 107; *Kölbl*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau<sup>6</sup>, 2023, 5. Teil, 1. Kap. Rn. 165.

<sup>84</sup> BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 12; 2019, 40, 41 Rn. 21; *Kuhli*, StV 2016, 40, 42; *Frank* (Fn. 14), S. 122; *Venn*, NStZ 2015, 297; *Trüg*, HRRS 2015, 106, 107; *Ullenboom*, NZWiSt 2018, 317, 319; *Peter*, StraFo 2019, 186, 187; *Hefendehl*, in: MüKoStGB (Fn. 7), § 263 Rn. 1268.

<sup>85</sup> Als problematisch wird in diesem Kontext die bloß auf Strafzumessungsebene mögliche Berücksichtigung des Vorsatzes bezüglich einem nun nichtmehr prozessgegenständlichen Erfolgsunrecht angesehen. Zur „Strafzumessungslösung“ knapp und gleichwohl krit. *Trüg*, HRRS 2015, 106, 111, 113.

<sup>86</sup> *Kühne* (Fn. 15), Rn. 759.

<sup>87</sup> BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 16; 2014 215; 459, 460 Rn. 17; 644, 645; 2015, 98, 100 Rn. 24; 2019, 40 Rn. 13; NStZ-RR 2017, 375, 376; 2020, 117, 118; BeckRS 2017, 112307 Rn. 24.

<sup>88</sup> BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 16; 2014; 215 459, 460 Rn. 15 f.; 2015, 98, 100 Rn. 23; 2019, 43, 44 Rn. 7; NStZ-RR 2016, 12, 13; 2017, 375, 376; 2020, 117, 118.

<sup>89</sup> BGHSt 59, 195, 204; BGH, NStZ 2014 459, 460 Rn. 17; 2015, 98, 100 Rn. 19; BeckRS 2017, 112307 Rn. 24; NStZ-RR 2020, 117, 118.

konkreten Fall um ein normativ geprägtes Vorstellungsbild der Geschädigten handle.<sup>90</sup>

Im Folgenden wird abstrakt auf die Figur des sachgedanklichen Mitbewusstseins bei einem normativ geprägten Vorstellungsbild eingegangen und sodann die rechtliche Zulässigkeit der einzelnen Beweisschlüsse anhand der konkreten Indizien untersucht.

## 1. Sachgedankliches Mitbewusstsein bei normativ geprägtem Vorstellungsbild

Die Rechtsprechung zieht die Figur des sachgedanklichen Mitbewusstseins etwa auch in Fällen des sog. Abrechnungsbetrugs heran, um einen Irrtum zu begründen.<sup>91</sup> Ein sachgedankliches Mitbewusstsein sei die stille und nicht näher reflektierte Annahme des Täuschungsadressaten, dass bestimmte tatsächliche Umstände vorliegen, die dieser für so üblich hält, dass er sich keine weiteren Gedanken dazu macht.<sup>92</sup> Der Adressat gehe davon aus, es sei „alles in Ordnung“.<sup>93</sup> Im Anwendungsbereich des sachgedanklichen Mitbewusstseins liegen so z.B. Sachbearbeiter, die automatisierte kodierte Abrechnungen bearbeiten.<sup>94</sup> Sie werden sich aufgrund der Alltäglichkeit des Geschäfts keine positiven Fehlvorstellungen über die Richtigkeit jeder bearbeiteten Abrechnung machen, sondern allenfalls davon ausgehen, alles gehe eben mit rechten Dingen zu. Ein normativ geprägtes Vorstellungsbild liege bei gleichförmigen, massenhaften oder routinemäßigen Geschäften vor, die von als selbstverständlich angesehenen Erwartungen geprägt seien, die zwar nicht in jedem Einzelfall bewusst aktualisiert würden, jedoch der vermögensrelevanten Handlung als hinreichend konkretisierte Tatsachenvorstellung zugrunde lägen.<sup>95</sup> Durch die Anwendung der Rechtsfigur kann ein Irrtum für alle Geschädigten eines Serienbetrugs konstruiert werden, indem normativ angenommen wird, sie hätten zumindest dieses sachgedankliche Mitbewusstsein, es sei „alles in Ordnung“. Das Vorgehen anhand eines sachgedanklichen Mitbewusstseins aufgrund eines normativ geprägten Vorstellungsbilds begegnet dabei rechtlichen Bedenken. Seit jeher ist die Herangehensweise an die Ermittlung eines Irrtums i.R.d. § 263 I StGB eine faktisch psychologische Tatfrage.<sup>96</sup> Amtsaufklärungspflicht und Beweisermittlungsgrundsatz fordern, dass festgestellt wird, welche Vorstellungen die Person hatte, die i.S.d. § 263 I StGB über Vermögen verfügt hat, und ob diese irrig waren. Daraus folgt, dass sie in der Hauptverhandlung über ihre Vorstellung vernommen werden muss.<sup>97</sup> Grundsätzlich kann nur so gerichtlich geklärt und i.S.d. § 261 StPO gewürdigt werden, ob die nötige Kausalität zwischen Täuschung, Irrtum und Verfügung i.S.d. § 263 I StGB besteht. Der Irrtum muss trotz

normativer Prägung Tatfrage bleiben und darf den Personen nicht bloß zugeschrieben werden.<sup>98</sup>

Im Kontext einer Normativierung des Irrtumsmerkmals ist deshalb eine Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbots des Art. 103 II GG unerlässlich. Es besagt, dass einzelne Tatbestandsmerkmale nicht so weit ausgelegt werden dürfen, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht würden.<sup>99</sup> Im Hinblick auf Art. 103 II GG ginge eine Normativierung des Irrtumsmerkmals durch das sachgedankliche Mitbewusstsein dann zu weit, wenn nicht das individuelle Vorstellungsbild der konkreten Getäuschten ermittelt, sondern ein überindividuelles Vorstellungsbild für alle Geschädigten angenommen würde.<sup>100</sup> Es käme dann nicht mehr darauf an, was sich eine Einzelperson tatsächlich gedacht hat, sondern darauf, was sie aufgrund der Risiko- und Pflichtenverteilung des durch die Täuschungshandlung geprägten zugrundeliegenden Sachverhalts erwarten durfte.<sup>101</sup> So würde im Ergebnis von dem bloßen Vorliegen einer geeigneten Täuschungshandlung auf einen korrespondierenden Irrtum geschlossen.<sup>102</sup> Eine Anwendung der Rechtsfigur des sachgedanklichen Mitbewusstseins in Serienbetrugsfällen muss deshalb mit Blick auf das verfassungsrechtliche Verschleifungsverbot aus Art. 103 II GG jedenfalls restriktiv erfolgen.<sup>103</sup>

## 2. Beurteilung der konkreten Indizienschlüsse

Der Schluss von der Vernehmung einzelner Zeugen *pars pro toto* sowie die Indizienschlüsse ohne Zeugenvernehmung haben für sich, dass sie eine wirksame, justiziable, vergleichsweise einfache sowie verfahrensökonomische Beweiserhebung ermöglichen und in jeder Größenordnung von Verfahren herangezogen werden können. Bei ihnen handelt es sich nicht um gesetzlich vorgesehene Verfahren, sondern um Vorgehensweisen des Gerichts bei der Beweisermittlung und -würdigung im Einzelfall. Deshalb müssen sie sich an den einschlägigen Verfahrensprinzipien und -rechten messen lassen.

### a) Vernehmen einzelner Zeugen *pars pro toto*

Wenn das Gericht nur einige Zeugen vernimmt, um anhand ihrer Vorstellungen *pars pro toto* auf die aller Getäuschten zu schließen, ermittelt es im Ergebnis eine statistische Irrtumsquote, die es sogleich auf die Gesamtheit der Fälle hochrechnet.<sup>104</sup> Es verzichtet so auf die gem. § 244 II StPO

<sup>90</sup> BGHSt 59, 195, 204; BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 16; 2014, 215, 459, 460 Rn. 17; 644, 645; 2015, 98, 100 Rn. 20; 2019, 40 Rn. 13; BeckRS 2017, 112307 Rn. 24; 43, 44 Rn. 7.

<sup>91</sup> BGH, wistra 2009, 433.

<sup>92</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 45.

<sup>93</sup> BGH, NStZ 2015, 341; vgl. BGH, NStZ 2009, 506, 507 Rn. 17.

<sup>94</sup> BGH, NStZ 2015, 341; NJW 2021, 90 Rn. 64.

<sup>95</sup> Vgl. BGH, NStZ 2014, 215; 2019, 40 Rn. 13; Kubiciel/Tiedemann, in: LK (Fn. 12), § 263 Rn. 87.

<sup>96</sup> BGHSt 3, 69, 71; BGH, NStZ 2000, 375; 2012, 699; 2013, 422, 423; Rönnau/Becker, JuS 2014, 504 506; Krehl, NStZ 2015, 101; Braun, ZWH 2020, 318, 321; Gaede, in: AnwK (Fn. 5), § 263 Rn. 55; Kindhäuser, in: NK (Fn. 54), § 263 Rn. 186.

<sup>97</sup> BGH, NStZ 2014, 644.

<sup>98</sup> Krehl, NStZ 2015, 101; Frank (Fn. 14), S. 228; Schuhr, ZStW 2011, 517, 523; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 67a.

<sup>99</sup> BVerfGE 126, 170, 198; 130, 1, 37. Dazu Krell, ZStW 2014, 902; Saliger, in: FS Fischer, 2018, S. 523.

<sup>100</sup> Frank (Fn. 14), S. 291. Zu den Grenzen der Figur Schuhr, ZStW 2011, 517, 520 f.

<sup>101</sup> Rönnau/Becker, JuS 2014, 504, 507; Trüg, HRRS 2015, 106, 116; BGH, NStZ 2009, 506, 507.

<sup>102</sup> Ausführlich zu der Kritik Kraatz, in: FS Geppert, 2011, S. 269; Braun, ZWH 2020, 318.

<sup>103</sup> Eine Anwendbarkeit der Figur des sachgedanklichen Mitbewusstseins in diesem Kontext wird von einigen schon aufgrund ihrer Konzeption abgelehnt. So Trüg, HRRS 2015, 106, 115; Kuhli, StV 2016, 40, 46. A.A. Ceffinato, ZStW 2016, 804, 812 Fn. 48.

<sup>104</sup> Vgl. Trüg, HRRS 2015, 106, 113 f.; Kuhli, StV 2016, 40, 45; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 28; Frank (Fn. 14), S. 233; Ceffinato, ZStW 2016, 804, 811; Venn, NStZ 2023, 257, 260; so ging das Gericht in BGHSt 59, 195 vor: nach der Vernehmung von neun (!) Zeugen wurde eine Irrtumsquote von 80 % für die insgesamt 660.000 Geschädigten angenommen.

gebotene Aufklärung über die individuellen Vorstellungen aller Geschädigten und nimmt bloß ein personenübergreifendes einheitliches Vorstellungsbild an, das eine Individualisierung der irrenden Personen nicht zulässt.<sup>105</sup> Rechtfertigend wird angeführt, dass im Rahmen eines normativ geprägten Vorstellungsbilds die tatsächliche Ermittlung aller Vorstellungen entbehrlich sei, weil im Wege der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 261 StPO durch den Indizienschluss ausreichend auf die Vorstellungen aller Geschädigten geschlossen werden könne.<sup>106</sup> So wird angenommen, dass die Sachverhalte alle vergleichbar und ausreichend gleich gelagert seien, aber verkannt, dass ein Teil der Geschädigten tatsächlich aus sekundären Motiven abseits der Täuschung gezahlt haben könnte.<sup>107</sup> Eine Argumentation, die als Rechtfertigung bloß § 261 StPO heranzieht, übersieht die Anforderungen des § 244 II StPO, der weitergehende Aufklärung fordert.<sup>108</sup>

Praktisch ist nicht einmal die Vernehmung einer repräsentativen Anzahl von Zeugen möglich, ohne die Grenzen eines Verfahrens zu sprengen.<sup>109</sup> Setzte man eine sehr niedrige Schwelle von 1 % an, müsste man trotzdem regelmäßig Hunderte oder Tausende vernehmen.<sup>110</sup> Dies gilt insbesondere mit Blick in die Zukunft, da anzunehmen ist, dass Serienbetrüger ihre Reichweite durch Technologie noch effizienter steigern werden. Selbst, wenn man diese Vernehmung durchführte, bliebe das Problem bestehen, da im Hinblick auf § 244 II StPO vor der Ermittlung der Vorstellungen der nicht vernommenen Personen immer noch kapituliert würde. Es käme nur zu einer lückenhaften und somit unzureichenden Beweiswürdigung,<sup>111</sup> sodass im Ergebnis auch dem auf der Amtsaufklärung aufbauenden § 261 StPO nicht Genüge getan würde. Eine subjektive Gewissheit des Gerichts aufgrund der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit des Zutreffens des Indizienschlusses für alle Geschädigten, wie sie § 261 StPO fordert,<sup>112</sup> müsste man dann auch verneinen, weil es durch die im Hinblick auf § 244 II StPO unzureichende Ermittlung schlicht keine ausreichenden tatsächlichen Erkenntnisse gäbe. Dem Beschleunigungsgrundsatz würde durch das Vorgehen zwar *prima facie* Genüge getan, doch nur auf unzulässige Weise, die auf Kosten der Wahrheitsfindung ginge, wenn diese hinsichtlich der Vorstellungen eines Großteils der Getäuschten unterbliebe. Die dargestellten Probleme können aufgrund ihres Gewichts insoweit auch nicht durch wirtschaftliche Vorteile oder eine daraus gesicherte Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege aufgewogen werden.<sup>113</sup>

Der Ansatz rückt so von individuellen Vorstellungen ab und lässt ausreichen, wovon der jeweilige Getäuschte aus normativem Blickwinkel hätte ausgehen dürfen,<sup>114</sup> sodass ein Irrtum in der Praxis konsequenterweise selbst dann

angenommen werden müsste, wenn das individuelle Opfer die Täuschung tatsächlich durchschaut oder gar nicht bemerkt hat.<sup>115</sup> Da dem Irrtumsmerkmal als subjektiv zu beurteilende Tatsache insoweit seine unrechtskonstituierende Bedeutung abgesprochen würde,<sup>116</sup> ist ein solcher Indizienschluss auf die Vorstellungen der nicht vernommenen Personen neben §§ 244 II, 261 StPO auch nicht mit Art. 103 II GG vereinbar.<sup>117</sup>

## b) Indizienschluss ohne Zeugenvernehmung

Ein Indizienschluss ohne Zeugenvernehmung wird konkret etwa auf „Indizien des äußeren Ablaufs“,<sup>118</sup> „äußere Umstände“ und allgemeine Erfahrungssätze,<sup>119</sup> das Interesse des Geschädigten an der Wahrhaftigkeit der Behauptungen des Täters<sup>120</sup> oder gar das Geständnis des Angeklagten im Rahmen einer Verständigung gem. § 257c StPO<sup>121</sup> gestützt. Hier werden die Diskrepanzen zwischen den Anforderungen der Verfahrensprinzipien, den Rechten des Angeklagten und der gerichtlichen Praxis noch deutlicher.

So stützte das Gericht seine Überzeugung hinsichtlich des Irrtums, einer inneren Tatsache, allein auf äußere Umstände und verzichtete gänzlich auf den vorzugswürdigen sachnäheren Zeugenbeweis.<sup>122</sup> Infolgedessen unterbliebe jede Individualisierung der Getäuschten inklusive ihrer Vorstellungen, was § 244 II StPO vollständig übersähe.<sup>123</sup> Der Rückgriff auf allgemeine Erfahrungssätze hätte für sich, dass man Geschäfte z.B. in Kategorien wie bagatellhaft und nicht bagatellhaft einteilen und daraus auf die individuelle Bedeutung des Geschäfts für den Geschädigten und so auf dessen Vorstellung schließen könnte. Dagegen ist aber einzuwenden, dass die Bemessung der ökonomischen Bedeutung eines Geschäfts absolut individuell geprägt ist. Denn spätestens bei einer höheren zweistelligen individuellen Schadenssumme könnte nicht mehr für alle Geschädigten von einer einheitlichen ökonomischen Bedeutung des Geschäfts gesprochen werden.<sup>124</sup> Bezüglich besonders niedriger Individualschäden<sup>125</sup> könnte das Vorgehen ebenfalls nicht für Klarheit sorgen. Gerade hier scheint denkbar, dass es den Getäuschten in Relation zu dem Aufwand, den ein Abwenden erforderte, egal ist, ob sie den jeweiligen Betrag verlieren oder nicht. Je niedriger der jeweils eingeforderte Geldbetrag ist, desto mehr spricht dafür, dass eine Zahlung trotz fehlenden Irrtums nicht völlig auszuschließen ist.<sup>126</sup>

<sup>105</sup> Venn, NStZ 2023, 257, 261; vgl. BGH, NJW 2014, 2595, 2598.

<sup>115</sup> Rönnau/Becker, JuS 2014, 504; Trüg, HRRS 2015, 106, 115; Kudlich, ZWH 2015, 105; Venn, NStZ 2023, 257, 262; vgl. Sinn, ZJS 701, 704.

<sup>116</sup> Krehl, NStZ 2015, 101; vgl. Rönnau/Becker, JuS 2014, 504, 507.

<sup>117</sup> Vgl. Krehl, NStZ 2015, 101; Frank (Fn. 14), S. 258 f., 292;

Venn, NStZ 2023, 257, 261; Braun, ZWH 2020, 318, 324.

<sup>118</sup> BGH, NStZ 2015, 341; vgl. BGH, NStZ 2015, 98, 100 Rn. 21 f.

<sup>119</sup> BGH, NStZ 2015, 98, 100 Rn. 21 f.

<sup>120</sup> Vgl. BGH, NStZ 2009, 506, 507; 2013, 422, 423 Rn. 16; 2014, 215; wistra 2009, 433, 434; Tiedemann, in: LK (Fn. 12), § 263 Rn. 87; Krehl, NStZ 2015, 101.

<sup>121</sup> BGH, NStZ 2015, 98, 100 Rn. 23. A.A. BGH, NStZ 2014, 644, 645; NStZ 2014, 459, 460.

<sup>122</sup> Frank (Fn. 14), S. 260 f.; Venn, NStZ 2023, 257, 261. Das Gericht ging in BGH, NStZ 2015, 98 allein aufgrund der indiziellen Verwertung äußerer Umstände davon aus, mindestens einer von 50 Täuschungsadressaten habe kausal auf die Täuschung hin gezahlt.

<sup>123</sup> I.E. auch Frank (Fn. 14), S. 277 f.

<sup>124</sup> Vgl. Kuhli, StV 2016, 40, 45.

<sup>125</sup> BGHSt 59, 195: 0,98 € p.P.

<sup>126</sup> Kuhli, StV 2016, 40. Vgl. BGH, NStZ 2014, 459, 460 Rn. 21 zur Möglichkeit übersehener betrügerischer Lastschriften.

<sup>105</sup> Trüg, HRRS 2015, 106, 115; vgl. Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 27 f.; Kuhli, StV 2016, 40, 46; Ceffinato, ZStW 2016, 804, 818 f.; vgl. auch Rönnau/Becker, JuS 2014, 504, 507; Frank (Fn. 14), S. 277.

<sup>106</sup> Vgl. BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 16; 2014, 215; 459, 460 Rn. 17; 644, 645; 2015, 98; 2019, 40 Rn. 13; NStZ-RR 2017, 375, 376; NStZ-RR 2020, 117, 118; BeckRS 2017, 112307 Rn. 24.

<sup>107</sup> Venn, NStZ 2015, 297, 298; 2023, 257, 262;

Ullenboom, NZWiSt 2018, 317, 320.

<sup>108</sup> Vgl. Venn, NStZ 2015, 297, 298; 2023, 257, 261.

<sup>109</sup> Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 28; vgl. Kuhli, StV 2016, 40, 47;

Trüg, HRRS 2015, 106, 115 Fn. 83; Frank (Fn. 14), S. 276.

<sup>110</sup> BGHSt 59, 195: 6.600 Menschen.

<sup>111</sup> Venn, NStZ 2023, 257, 261; anders z.B. BGHSt 59, 195.

<sup>112</sup> Vgl. B. II. 2.

<sup>113</sup> Vgl. B. II. 5.

<sup>114</sup> Frank (Fn. 14), S. 291; Kudlich, ZWH 2015, 105;

Das indizielle Verwerten eines Geständnisses des Angeklagten ist im Hinblick auf die Amtsermittlungspflicht und den Beweiswürdigungsgrundsatz umso problematischer.<sup>127</sup> Es ist nicht ersichtlich, wie der Angeklagte zur Feststellung einer Tatsache, die verlässlich nur durch den jeweiligen Getäuschten bestätigt werden kann, geständig beitragen können soll.<sup>128</sup> Seine Angaben könnten allenfalls noch zur Beurteilung der Frage, ob die äußeren Umstände eines sachgedanklichen Mitbewusstseins vorliegen, von Bedeutung sein.<sup>129</sup> Soweit dahingehend aber angeführt wird, dass die Feststellung des Vorstellungsbilds geschädigter Personen beim Betrug keinen anderen Regeln als die Feststellung sonstiger innerer Tatsachen wie etwa des Vorsatzes beim Angeklagten folge,<sup>130</sup> verfängt die Argumentation nicht. Auch in diesen Fällen käme niemand auf die Idee, von vorneherein auf die Vernehmung des Angeklagten zu verzichten und sich zur Ermittlung seiner individuellen Vorstellungen allein auf äußere Umstände zu beschränken.<sup>131</sup> Im Ergebnis ähneln solche Indizienschlüsse einem Anscheinsbeweis,<sup>132</sup> der der ZPO bekannt, der StPO aber fremd ist.<sup>133</sup> Der Angeklagte würde so in eine Lage gebracht, in der er darum kämpfen müsste, das Bild, das objektive Umstände des Falls unter Heranziehung von Wahrscheinlichkeiten zeichnen, zu entkräften, ohne dass die in Rede stehenden subjektiven Tatsachen tatsächlich bewiesen wären. Dies stellte eine im Strafprozess unzulässige Beweislastumkehr zu seinen Lasten dar.<sup>134</sup> Ein Verfahren anhand von Indizienschlüssen ohne Zeugenvernehmung vernachlässigte so die Amtsaufklärungspflicht, den Beweiswürdigungsgrundsatz sowie den Unmittelbarkeitsgrundsatz und bewirkte, dass der Angeklagte sein Fragerecht nicht wahrnehmen könnte. Insoweit würde dieser nämlich ohne die Chance, auch nur irgendeinen Belastungszeugen zu konfrontieren oder gar zu widerlegen, verurteilt.<sup>135</sup> Daneben würde auch hier aufgrund der Tatsache, dass der Angeklagte eine Täuschungshandlung vornahm, die objektiv geeignet war, eine erhebliche Anzahl von Menschen zu täuschen, darauf geschlossen, dass die Adressaten einem Irrtum unterlagen, anstatt dies tatsächlich aufzuklären. Die Friktionen mit dem Verschleifungsverbot wären aber aufgrund der Tatsache, dass hier nicht einmal irgendwelche Zeugen vernommen würden, noch erheblich höher: Durch den Wegfall einer Zeugenvernehmung würde ein Irrtum angenommen, der allein auf Plausibilitäten und Alltagserfahrung gestützt wäre und mit der Wirklichkeit im Einzelfall nicht mehr viel zu tun hätte beziehungsweise haben

<sup>127</sup> Vgl. Gössel, FS Beulke, 2015, S. 737 zu dem Verhältnis von § 244 II StPO und § 257c StPO.

<sup>128</sup> BGH, NStZ 2014, 644, 645; Krehl, NStZ 2015, 101, 102; vgl. Sinn, ZJS 701, 704.

<sup>129</sup> Krehl, NStZ 2015, 101, 102.

<sup>130</sup> BGH, NStZ 2015, 98, 100 Rn. 22.

<sup>131</sup> Krehl, NStZ 2015, 101, 102; Kudlich, ZWH 2015, 105.

<sup>132</sup> Beim Anscheinsbeweis oder *prima-facie*-Beweis geht es um die Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung durch den Zivilrichter i.R.d. freien Beweiswürdigung, H. Prütting, in: MüKoZPO<sup>7</sup>, 2025, § 286 Rn. 50.

<sup>133</sup> BGH, NStZ 2004, 35; NStZ-RR 2005, 147; 2007, 86; BeckRS 2010, 28737; Eisenberg (Fn. 16), Rn. 104; Henkel, in: FS Schmidt<sup>2</sup>, 1971, S. 578, 589; Louven, MDR 1970, 295 f.; Julius, in: HK (Fn. 18), § 261 Rn. 9; Sander, in: Löwe/Rosenberg StPO Band 7<sup>27</sup>, 2020, § 261 Rn. 186.

<sup>134</sup> Vgl. BGH, StV 1983, 186; Schmidt, in: Strafprozeßordnung I<sup>2</sup>, 1964, S. 366 f.; Walter, JZ 2006, 340 f.

<sup>135</sup> Krehl, NStZ 2015, 101, 102; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 28; Braun, ZWH 2020, 318, 324 f, 326.

müsste.<sup>136</sup> Hier unterbliebe sogar der noch in gewisser Weise legitimierende *pars pro toto* Schluss, sodass vom Tatbestandsmerkmal des Irrtums nichts mehr übrig bliebe<sup>137</sup> und dieses Vorgehen auch erst recht gegen Art. 103 II GG verstieße. Es ist deswegen auch ungerechtfertigt, zugunsten der Prozessökonomie so grundsätzlich Abstand von der grundsätzlich mandatorischen Zeugenvernehmung zu nehmen.<sup>138</sup>

### c) Zwischenergebnis

Die konkreten Indizienschlüsse sind mit der aktuellen prozess- und verfassungsrechtlichen Gesetzeslage unvereinbar.<sup>139</sup>

## 3. Zwischenergebnis

Das Verfahren, anhand von Indizienschlüssen auf ein sachgedanklichen Mitbewusstsein zu schließen, kann als Lösungsansatz für Serienbetrugsfälle folglich nicht überzeugen.

## III. Fragebögen

Um eine Vereinfachung der Beweisaufnahme durch eine Ermittlung „in die Breite“<sup>140</sup> zu ermöglichen, wird die Befragung aller Geschädigten mittels standardisierter Fragebögen, die bereits im Ermittlungsverfahren eingesetzt werden, in Erwägung gezogen.<sup>141</sup> So könnte durch Multiple-Choice-Fragen ein möglichst differenziertes Bild der Vorstellungen der Geschädigten gezeichnet werden. *Prima facie* erscheint es durch eine Auswertung der Ergebnisse dieser Fragebögen möglich, die Vorstellungen aller Geschädigten repräsentativ zu erfassen, ohne dabei die Hauptverhandlung überzustrapazieren. Doch müsste dieses Verfahren auch praktisch umsetzbar und gegen rechtliche Bedenken erhaben sein.

### 1. Praktische Würdigung

In praktischer Hinsicht sind insbesondere die inhaltlichen Anforderungen an die Fragebögen, die Frage, wie deren Beantwortung durchgesetzt werden kann, sowie die Anforderungen an einen Transfer in die Hauptverhandlung zu würdigen.

#### a) Inhaltliche Gestaltung

Für die Zeugenvernehmung ist gem. § 69 I 1 StPO vorgesehen, dass jeder Zeuge veranlasst wird, das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben. Aus einem Umkehrschluss aus § 69 II 1 StPO, der nur „notwendigenfalls“ weitere Fragen vorsieht, ergibt sich, dass dies vor dem Verhör geschehen muss,<sup>142</sup> um eine möglichst unbefangene und nicht verzerrte Zeugenaussage sicherzustellen.<sup>143</sup> Dieses Gebot des

<sup>136</sup> Krehl, NStZ 2015, 101 f.

<sup>137</sup> Krehl, NStZ 2015, 101.

<sup>138</sup> So Krehl, NStZ 2015, 101, 102; Kudlich, ZWH 2015, 105, 106; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 28; Frank (Fn. 14), S. 278; Frank, NStZ 2019, 44 f.; Braun, ZWH 2020, 318, 324; Ceffinato, ZStW 2016, 804, 806.

<sup>139</sup> Rönnau/Becker, JuS 2014, 504, 507 sprechen von einer „bedenkliche[n] Entwicklung“. Zu mögl. Friktionen eines solchen Vorgehens mit dem Zweifelssatz Trüg, HRRS 2015, 106, 115.

<sup>140</sup> Ausdruck Krells, der gegensätzlich vom Ermitteln „in die Tiefe“ spricht, NStZ 2014, 686, 687.

<sup>141</sup> Vgl. BGH, NStZ 2013, 422, 423 Rn. 17; 2018, 215, 217; BeckRS 2017, 112307 Rn. 24. Zur schriftlichen Zeugenvernehmung Schünemann, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 385, 389 f.

<sup>142</sup> Slawik, in: KK (Fn. 17), § 69 Rn. 4, 5; Ignor/Bertheau, in: Löwe/Rosenberg StPO Band 2<sup>27</sup>, 2017, § 69 Rn. 7; Maier, in: MüKoStPO (Fn. 24), § 69 Rn. 8.

<sup>143</sup> Schünemann (Fn. 141), S. 385, 390; Maier, in: MüKoStPO (Fn. 24), § 69 Rn. 1; vgl. Krause, in: MAH<sup>3</sup>, 2022, Teil B, § 7 Rn. 227.

freien Berichts könnte bei der Verwendung von Fragebögen nur gewahrt werden, wenn am Anfang eines jeden Fragebogens die Möglichkeit besteht, dass der Zeuge den gesamten wahrgenommenen Sachverhalt in eigenen Worten schriftlich vorträgt.<sup>144</sup> Die gebotene Auswertung einer jeden dieser individuellen Ausführungen würde die verfahrensreduzierende Wirkung des Einsatzes von Fragebögen aufheben. Daneben gebietet das Konfrontationsrecht gem. Art. 6 III lit. d EMRK – insbesondere das daraus folgende Fragerecht gem. § 240 II 1 StPO – der Verteidigung und des Angeklagten, dass Fragen an Zeugen gestellt werden können.<sup>145</sup> Dies würde bei der Verwendung von Fragebögen überhaupt nur gewahrt, wenn Verteidigung und Angeklagter zumindest bei der Gestaltung des Fragebogens Berücksichtigung fänden.<sup>146</sup> Je individueller die Umstände des Falls aber liegen, desto unwahrscheinlicher scheint es, dem Einzelfall durch einen standardisierten Fragebogen gerecht zu werden.<sup>147</sup>

## b) Durchsetzbarkeit

Um auf diesem Wege ein repräsentatives Bild zu zeichnen, müssten ausreichend viele Adressaten des Fragebogens diesen beantwortet zurücksenden. Um das zu garantieren könnte nur mit einer Vorladung zur staatsanwaltschaftlichen Vernehmung als Zeuge gem. § 161a I StPO „gedroht“ werden. Dies widerspräche mit Blick auf die Zeugenzahlen aber dem Interesse der Staatsanwaltschaft und des Gerichts, die nötigen Vernehmungen zu reduzieren.<sup>148</sup> Daneben könnte lediglich auf das eigene Interesse der Befragten an dem Erfolg der Strafverfolgung gehofft werden, was eine kaum verlässliche Strategie wäre.

## c) Transfer in die Hauptverhandlung

Ein ausgefüllter Fragebogen enthält eine schriftliche, zu Beweis Zwecken abgegebene Äußerung eines Zeugen und stellt damit eine Urkunde i.S.d. § 251 StPO dar.<sup>149</sup> Zum Transfer in die Hauptverhandlung ist eine Verlesung notwendig, die nur in den in § 251 I StPO definierten Fällen möglich ist.

§ 251 I Nr. 2 und 3 StPO sind ersichtlich nicht einschlägig und auch § 251 I Nr. 4 StPO hilft an dieser Stelle nicht weiter: Die Vorschrift erlaubt eine Verlesung bezüglich der Höhe des Vermögensschadens. Erkenntnisse zum Vorliegen eines Irrtums dürfen nicht berücksichtigt werden.<sup>150</sup> Denkbar ist allein der Fall des § 251 I Nr. 1 StPO, der erfordert, dass Staatsanwaltschaft, Verteidigung und der Angeklagte selbst mit der Verlesung einverstanden sind. Gegen ein Einverständnis der Erstgenannten spricht generell nichts. Doch kommt Verteidigung und Angeklagtem mit dieser „Vetobefugnis“<sup>151</sup> ein erheblicher Raum für taktische Erwägungen zu.<sup>152</sup> Es widerspräche dem Interesse der Verteidigung und des Angeklagten, einer Verlesung zu deren Ungunsten zuzustimmen, sodass sie ihre Zustimmung so regelmäßig

prozesstaktisch verweigern dürften.<sup>153</sup> Eine Verlesung in der Hauptverhandlung ist daher im Regelfall unrealistisch.<sup>154</sup> Das Selbstleseverfahren gem. § 249 II 2 StPO ist von dem Widerspruch des Angeklagten und des Verteidigers abhängig, sodass insofern die gleichen Praktikabilitätsbedenken gelten.<sup>155</sup> Ein adäquater Transfer der Fragebögen in die Hauptverhandlung kann folglich nicht prozessordnungsgemäß erfolgen.<sup>156</sup>

## d) Zwischenergebnis

Rein praktisch erscheint eine Verwendung von Fragebögen zur Irrtumsermittlung bereits ungeeignet.

## 2. Rechtliche Würdigung

Ungeachtet der praktischen Hürden müsste die Verwendung der mittels Fragebögen gewonnenen Erkenntnisse in der Hauptverhandlung auch rechtlich überzeugen. Hier ist eine Auseinandersetzung mit den Verfahrensprinzipien und -rechten unerlässlich.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz fordert, dass eine Vernehmung nicht ohne Weiteres durch die Verlesung einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden darf (§ 250 StPO).<sup>157</sup> Die Verlesung gem. § 251 StPO sowie das Selbstleseverfahren gem. § 249 II StPO als Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz helfen an dieser Stelle nicht weiter.<sup>158</sup> Die Maxime, dem Personalbeweis grundsätzlich Vorrang einzuräumen, würde durch eine Beweisaufnahme, die sich hauptsächlich auf die Fragebögen aus dem Ermittlungsverfahren stützt, umgangen.

Das sachnächste Beweismittel i.S.d. Amtsaufklärungspflicht läge in der Vernehmung der Geschädigten. Die Qualität einer schriftlichen Vernehmung bleibt tendenziell selbst bei individuellem Zuschnitt hinter der eines leibhaftigen Zeugen in der Hauptverhandlung zurück,<sup>159</sup> was erst recht für die Verwendung standardisierter Fragebögen, die wenig Erkenntnisse über den jeweiligen Einzelfall und keine Rückfragen zulassen, gilt. Vor allem, wenn sich die Beweisaufnahme völlig oder hauptsächlich auf diese verlässt, verzichtet sie auf ein erhebliches Maß an punktuell tiefergehender Aufklärung.

Die Bedenken gegenüber dem Beweiswert der Fragebögen finden auch im Kontext des Beweiswürdigungsgrundsatzes Anklang. So könnte ein schriftlicher Fragebogen den Kommunikationsgehalt einer hypothetischen Vernehmung nicht abbilden beziehungsweise ersetzen. Auch könnte dadurch, dass Rückfragen faktisch nicht möglich sind, dem Risiko von Missverständnissen oder Unklarheiten bei der Auswertung

<sup>144</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 44; Frank (Fn. 14), S. 302.

<sup>145</sup> Dazu B. II. 4.

<sup>146</sup> Vgl. Krell, NStZ 2014, 686, 688; Kuhli, StV 2016, 40, 44.

<sup>147</sup> Ebd.

<sup>148</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 44.

<sup>149</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 44 Fn. 50.

<sup>150</sup> Vgl. Trück, ZWH 2013, 403, 404; Trüg, HRRS 2015, 106, 114; Kuhli, StV 2016, 40, 44 Fn. 53; Ullenboom, NZWiSt 2018, 317, 318.

<sup>151</sup> Velten, in: SK (Fn. 14), § 251 Rn. 15.

<sup>152</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 44;

Hefendehl, in: MüKoStGB (Fn. 7), § 263 Rn. 1270.

<sup>153</sup> Trück, ZWH 2013, 404, 405; Trüg, HRRS 2015, 106, 114; Kuhli, StV 2016, 40, 44; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 27; Peter, StraFo 2019, 186, 188; vgl. Ullenboom, NZWiSt 2018, 317, 318; Frank (Fn. 14), S. 298; Venn, NStZ 2023, 257, 259.

<sup>154</sup> Frank (Fn. 14), S. 301 dazu, dass die Zustimmung zu der Verlesung im Rahmen einer Verständigung gem. § 257c StPO zu einem „Trumpf“ der Verteidigung werden könne.

<sup>155</sup> Frank (Fn. 14), S. 298 f., 306; Ullenboom, NZWiSt 2018, 317, 318.

<sup>156</sup> Das Vernehmen einer mit der Auswertung der Fragebögen betrauten Ermittlungsperson ist bzgl. des Beweiswerts ihrer Aussage auch keine vergleichbare Maßnahme. Dazu BGHSt 1, 373, 376; 17, 382 f.; Tiedemann, JuS 1965, 14 f.; Lesch, JA 1992, 691 f.; Geppert, JURA 1991, 538 f.; Deter, NStZ 2003, 1, 3; Frank (Fn. 14), S. 299; Eisenberg (Fn. 16), Rn. 1033b; Venn, NStZ 2023, 257, 259; Tiemann, in: KK (Fn. 17), § 261 Rn. 99.

<sup>157</sup> Vgl. B. II. 3.

<sup>158</sup> C. III. 1. c).

<sup>159</sup> Schünemann (Fn. 141), S. 385, 389 f., 399; Frank (Fn. 14), S. 303, 304.

der Fragebögen nicht begegnet werden.<sup>160</sup> Darüber hinaus würde nicht nur auf den freien Bericht gem. § 69 I StPO verzichtet, sondern dazu noch die Gefahr einer suggestiven Befragung durch die Formulierung der Fragen geschaffen.<sup>161</sup> Diesen Bedenken könnte, wenn überhaupt, nur durch eine entsprechend detaillierte und individuelle Gestaltung der Fragebögen begegnet werden, die, wie dargelegt, die Vorteile ihres Einsatzes konterkarierte.

Insbesondere, wenn die Fragebögen nicht als bloße Begleitmaßnahme dienen, spricht so auch Rechtliches gegen ihren Einsatz.<sup>162</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Das Verwenden von Fragebögen zur Beweiserhebung über den Irrtum kann weder in praktischer noch rechtlicher Hinsicht überzeugen.

## IV. Kombinationslösung

Frank, schlägt mit Blick auf die Einwände gegen die einzelnen Ansätze vor, den Einsatz von Fragebögen, die an alle Geschädigten gerichtet sind, mit einem Indizienschluss aufgrund der Vernehmung einiger Zeugen zu kombinieren.<sup>163</sup> Dabei soll durch die Fragebögen die notwendige Ermittlung „in die Breite“ gewährleistet und so die dargelegte Schwäche des Indizienschlusses hinsichtlich der Amtsaufklärungspflicht bewältigt werden. Der Indizienschluss aufgrund der Vernehmung einiger Zeugen soll für die nötige Ermittlung „in die Tiefe“ sorgen.<sup>164</sup>

Für sich hat dieser Ansatz, dass er in der Theorie den Einwand der Selektivität gegenüber dem Indizienschluss entkräften kann.<sup>165</sup> Doch in der Praxis ist er demselben Problem ausgesetzt, wie eine isolierte Verwendung von Fragebögen: Eine Verlesung in der Hauptverhandlung ist nur mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten realisierbar, an der es regelmäßig fehlen wird. *De lege lata* führt dieser Ansatz so nicht weiter.<sup>166</sup>

## V. Zweifelssatz

Ein umfassender Beweis des Irrtums und damit der Vollen- dung ohne Friktionen mit der aktuellen Gesetzeslage scheint nicht möglich. Aus diesem Grund wird eine Bestrafung des Angeklagten *in dubio* ausschließlich wegen Versuchs vorgeschlagen.<sup>167</sup> Das Vorgehen hätte in prozessökonomis-

cher Hinsicht die gleichen Vorteile für sich, wie eine qualitative Beschränkung gem. §§ 154, 154a StPO (analog).<sup>168</sup>

### 1. Grundsatz

Der Grundsatz *in dubio pro reo* ist gesetzlich nicht ausdrücklich normiert, gleichwohl als verfassungsrechtliches Prinzip allgemein anerkannt.<sup>169</sup> Er besagt, dass sich jeder nach Ausschöpfung aller Beweismittel nicht behebbare Zweifel an einer für die Entscheidung erheblichen Tatsache zugunsten des Angeklagten auswirken muss,<sup>170</sup> sodass der Angeklagte im Ergebnis nur für das bestraft werden darf, was ihm tatsächlich nachgewiesen werden kann.

Der Zweifelssatz ist dabei eine Entscheidungs-, nicht Beweisregel, was bedeutet, dass seine Anwendung nur nach abgeschlossener Beweiswürdigung möglich ist.<sup>171</sup> Er ist nicht auf einzelne Elemente der Beweiserhebung beziehungsweise -würdigung anzuwenden.<sup>172</sup> Das Gericht bleibt gem. § 244 II StPO zur Sachverhaltsaufklärung verpflichtet und kann sich nicht von vornherein auf den Zweifelssatz berufen.<sup>173</sup> Die hier in Rede stehenden Konstellationen zeichnen sich aber dadurch aus, dass sich das Gericht in eine Beweiserhebung über die Vollendung gar nicht erst begeben möchte, was mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar ist.

### 2. Extensive Auslegung

Aus diesem Grund sei eine extensive Auslegung des Zweifelssatzes angezeigt.<sup>174</sup>

Dafür wird argumentiert, dass das Gericht in Fällen, in denen es aus prozessökonomischen Gründen faktisch daran gehindert ist, eine erschöpfende Beweiserhebung vorzunehmen, genauso *in dubio* entscheiden können müsse wie in Fällen, in denen nach abgeschlossener Beweiserhebung keine zweifelsfreie Überzeugung erlangt wird.<sup>175</sup> Daneben wird eine Fiktion der gleichsam Unerreichbarkeit aller vernehmbaren Zeugen i.S.d. § 244 III 3 Nr. 5 StPO bemüht: Es wird argumentiert, dass jeder einzelne Zeuge theoretisch der Letzte in der Vernehmungsreihenfolge sei, sodass dieser zwar nicht isoliert, aber im Blick auf die Gesamtzahl aller potenziell zu vernehmenden Zeugen „gleichsam unerreichbar“ sei. Es müsse neben den ansonsten allesamt abzulehnenden Lösungsansätzen eine Möglichkeit des Gerichts verbleiben, den Verfahrensstoff zu reduzieren.<sup>176</sup> Der Weg über eine Ausweitung des Zweifelssatzes sei dabei der „ehrlichste“, weil er einen transparenten Umgang der Rechtsordnung mit ihren eigenen Grenzen ermögliche.<sup>177</sup> Bei einer Beschränkung des Verfahrens sei immer auch die Bedeutung der in Rede stehenden Straftat zu berücksichtigen. Im Fall des

<sup>160</sup> Schönemann (Fn. 141), S. 385, 389; Kuhli, StV 2016, 40, 43;

Frank (Fn. 14), S. 305.

<sup>161</sup> Nikolai, in: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts<sup>6</sup>, 2025, 26. Kapitel Rn. 91.

<sup>162</sup> Vgl. zum Frage- und Konfrontationsrecht C. III. 1. a). Zur mögl. wirtschaftlichen Unverhältnismäßigkeit anhand BGHSt 59, 195 Frank (Fn. 14), S. 301.

<sup>163</sup> Frank (Fn. 14), S. 321 f.

<sup>164</sup> Frank (Fn. 14), S. 321.

<sup>165</sup> Hefendehl, in: MüKoStGB (Fn. 7), § 263 Rn. 1273.

<sup>166</sup> Frank übersieht dies nicht, sondern schlägt vor, Fragebögen für Massenvorfahren in § 251 StPO aufzunehmen oder alternativ das Regelungssystem der §§ 250 ff. StPO in Gänze zu reformieren, Frank (Fn. 14), S. 329 ff., 354.

<sup>167</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 47 f.; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 16, 23 f.; Braun, ZWH 2020, 318, 326. Vgl. auch die BGH, NStZ 2013, 422 zugrundeliegende Entscheidung: Das Verfahren wurde ohne Zustimmung der STA auf den Versuch beschränkt, was die Deutung zulässt, das Tatgericht habe das Verfahren nicht fehlerhaft über §§ 154 f. StPO beschränken wollen, sondern den Zweifelssatz auf die Vollendungsstrafbarkeit angewandt. Der BGH hat diesem Vorgehen eine Absage erteilt, die Revision aber mangels Beschwer des Angeklagten zurückgewiesen.

<sup>168</sup> Dazu C. I. 1.

<sup>169</sup> BVerfG, MDR 1975, 468; NJW 1988, 477.

<sup>170</sup> Tiemann, in: KK (Fn. 17), § 261 Rn. 63.

<sup>171</sup> BVerfG, NJW 1988, 477; BeckRS 2008, 42275 Rn. 15; BGH, NStZ 2009, 630, 631; 2010, 102, 103; 2012, 171; NStZ-RR 2007, 43, 44; Tiemann, in: KK (Fn. 17), § 261 Rn. 63; Miebach, in: MüKoStPO (Fn. 16), § 261 Rn. 358; Schmitt, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 261 Rn. 26; Rönnau/Saathoff, JuS 2023, 537, 538; a.A. Hoyer, ZStW 1993, 523, 553.

<sup>172</sup> BGHSt 49, 112, 122 f.; BGH, NJW 2005, 2322, 2324; NStZ 2006, 650, 651; 2012, 171; NStZ-RR 2013, 20; Dietmeier, ZIS 2008, 101, 103; Schmitt, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 261 Rn. 26.

<sup>173</sup> Rönnau/Saathoff, JuS 2023, 537, 538.

<sup>174</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 47 f.; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 23.

<sup>175</sup> Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 25.

<sup>176</sup> Kuhli, StV 2016, 40, 47; Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 25.

<sup>177</sup> Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 25, 29.

Serienbetrugs sei das verwirklichte Handlungsunrecht deutlich gewichtiger als das wohlmöglich dazu tretende Erfolgsunrecht, sodass eine Beschränkung gerechtfertigt sei.<sup>178</sup> Dieses Vorgehen wird der Amtsaufklärungspflicht nicht gerecht: Es leuchtet nicht ein, warum gerade der „soundsovielte“ Zeuge der letzte zu vernehmende sein soll.<sup>179</sup> Mag auch ein Vernehmen aller möglichen Zeugen im Einzelfall unerreichbar sein, ist es jedenfalls immer möglich, zumindest einige Zeugen zu vernehmen, was § 244 II StPO dann auch gebietet. Denn das Gericht ist verpflichtet, den Sachverhalt bestmöglich, umfassend und tiefgehend aufzuklären, soweit es existente Beweismittel und eine rechtmäßige Beweiserhebung zulassen.<sup>180</sup> Durch diese nicht angezeigte Auslegung des Zweifelssatzes „auf halbe[m] Wege stehenzubleiben“,<sup>181</sup> obwohl eine Vollendungsstrafbarkeit gegeben sein könnte, überzeugt nicht.<sup>182</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Der Zweifelssatz ist grundsätzlich nicht auf die Beweiserhebung anwendbar und kann auch nicht auf überzeugende Weise extensiv ausgelegt werden. Ein generelles Vorgehen anhand dieses Lösungsansatzes scheidet mithin ebenfalls aus.

### VI. Zwischenergebnis

Die dargestellten Lösungsansätze können entweder nur für einzelne Serienbetrugsfälle nutzbar gemacht werden oder sind mit dem aktuellen Verfassungs- beziehungsweise Strafprozessrecht unvereinbar.

## D. Summa und Ausblick

Die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit werden für einen Ausblick noch einmal zusammenfassend dargestellt.

### I. Beschränkung des Verfahrensstoffes

Eine Beschränkung des Verfahrensstoffes gem. §§ 154, 154a StPO ist tatbestandlich weder in qualitativer Hinsicht auf die Versuchsstrafbarkeit noch in quantitativer Hinsicht auf einige „stellvertretende Fälle“ denkbar. Gem. § 154a StPO analog kommt eine qualitative Beschränkung nur in Einzelfällen, die der historische Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat, in Betracht.

### II. Indizienschlüsse

Das Verfahren, anhand von Indizienschlüssen auf ein sachgedankliches Mitbewusstsein zu schließen, kann nicht prozessordnungs- und verfassungsgemäß erfolgen. Es konfliktiert insbesondere mit §§ 244 II, 261 StPO und Art. 103 II GG.

## III. Fragebögen

Der Einsatz von Fragebögen zur Beweiserhebung über den Irrtum scheitert in praktischer Hinsicht insbesondere daran, dass die Verteidigung und der Angeklagte einer Verlesung in der Hauptverhandlung gem. § 251 I Nr. 1 StPO zustimmen müssen. In rechtlicher Hinsicht stößt sich dieses Vorgehen insbesondere am Unmittelbarkeits-, Amtsaufklärungs- und Beweiswürdigungsgrundsatz.

## IV. Kombinationslösung

Auch eine Kombination aus Indizienschluss und Fragebogeneinsatz scheitert in der Umsetzung jedenfalls an dem Zustimmungserfordernis des § 251 I Nr. 1 StPO.

## V. Zweifelssatz

Der Zweifelssatz ist grundsätzlich nicht auf die Beweiserhebung anwendbar und kann auch nicht auf überzeugende Weise extensiv ausgelegt werden.

## VI. Ausblick

*De lege lata* gibt es bezüglich der Irrtumsfrage beim Serienbetrug keine zufriedenstellenden beziehungsweise umfassenden Lösungen.<sup>183</sup> Der technologische Fortschritt legt nahe, dass Serienbetrüger ihre Reichweite zukünftig immer effizienter steigern werden, weshalb die Judikative einen gangbaren Umgang finden muss.<sup>184</sup> Hierbei muss das oberste Ziel sein, den Weg der geringsten rechtsstaatlichen Friktionen zu gehen.

Die qualitative Beschränkung des Verfahrens auf die Versuchsstrafbarkeit erweist sich insoweit als wirksamer Ansatz. Unter den vorgestellten Möglichkeiten zeigt eine analoge Anwendung § 154a StPO, dass in Einzelfällen eine Lösung möglich ist.<sup>185</sup> Die Fälle, die der historischen Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat, könnten durch Maßnahmen *de lege ferenda* ausgeglichen werden. Eine Möglichkeit wäre, die Beschränkung des Verfahrens auf den Versuch in § 154a StPO explizit aufzunehmen, um eine direkte Subsumtion zu ermöglichen. Dies würde, insbesondere durch die nur fakultative Strafmilderung gem. § 23 II StGB, eine rechtliche Grundlage schaffen, um derartige Fälle angemessen und effizient behandeln zu können und so dazu beitragen, eine bessere Balance zwischen rechtlichen Erfordernissen und praktischer Umsetzbarkeit zu erreichen.<sup>186</sup>

So könnte mit verhältnismäßigem Aufwand für Rechtssicherheit gesorgt werden und der Rechtsstaat gegenüber Serienbetrugstaten langfristig resilient bleiben. Die Konsequenz aus der aktuellen Lage darf jedenfalls nicht sein, sich mit geringeren Anforderungen an das Strafverfahren zufrieden zu geben und so vor Serienbetrugstaten rechtsstaatlich zu kapitulieren.

<sup>178</sup> Kuhlí, StV 2016, 40, 48. So argumentiert der BGH, wenn er die absolute Mehrheit der Fälle lediglich wegen Versuchs bestraft, den Vorsatz bezüglich einer hohen Vollendungszahl aber strafschärfend berücksichtigt (BGH, NStZ 2015, 98, 100 Rn. 26). Zu dieser „Strafzumessungslösung“ knapp und gleichwohl krit. Trüg, HRRS 2015, 106, 111, 113.

<sup>179</sup> Frank (Fn. 14), S. 140. Hierzu vertieft Beulke/Berghäuser (Fn. 45), S. 13, 26; Venn, NStZ 2023, 257, 263; Becker, in: Löwe/Rosenberg StPO Band 6<sup>27</sup>, 2020, § 244 Rn. 246; Güntge, in: Alsberg, Der Beweisantrag<sup>8</sup>, 2021, Rn. 1210; vgl. auch Ullenboom, NZWiSt 2018, 317, 320.

<sup>180</sup> Dallmeyer, in: Alsberg (Fn. 179), Rn. 47; Schmitt, in: Meyer-Goßner (Fn. 14), § 244 Rn. 11; Trüg, HRRS 2015, 106, 113.

<sup>181</sup> Trüg, HRRS 2015, 106, 113.

<sup>182</sup> Trück, ZWH 2013, 404, 405.

<sup>183</sup> I.E. Braun, ZWH 2020, 318, 325; Hefendehl, in: MüKoStGB (Fn. 7), § 263 Rn. 1274.

<sup>184</sup> Zum uneinheitlichen Meinungsbild der BGH-Senate Kudlich, ZWH 105, 106.

<sup>185</sup> C. I. 1. b).

<sup>186</sup> Dazu Krell, NStZ 2014, 686, 688. Aus Kapazitätsgründen sei auf andere Vorschläge *de lege ferenda* – die Schaffung eines Eignungsdelikts (Trüg, HRRS 2015, 106, 116), die Aufnahme der Verwendung von Fragebögen in Massenverfahren in den Katalog des § 251 StPO oder alternativ eine Reform des Regelungssystems der §§ 250 ff. StPO in Gänze, (Frank (Fn. 14), S. 329 f., 354) – nur verwiesen. Dazu Hefendehl, in: MüKoStGB (Fn. 7), § 263 Rn. 1267 f.

Paul Biermaier\*

# 130 Jahre Körperverletzungstheorie

## Der ärztliche Heileingriff zwischen körperlicher Unversehrtheit und Selbstbestimmung – Besprechung von RGSt 25, 375

### A. Einleitung

Auch nach 130 Jahren bleibt die Frage, ob der ärztliche Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung darstellt, hochumstritten.<sup>1</sup> Sie ist dabei nicht nur ein theoretischer „Dauerbrenner“<sup>2</sup> innerhalb der juristischen Ausbildung und Literatur, sondern auch Gegenstand eines fortwährenden „kalte[n] Krieg[es]“<sup>3</sup> zwischen Ärzten und Juristen.<sup>4</sup> Die anhaltende Kritik an der „Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung“<sup>5</sup>, vor allem aber die zahlreichen (gescheiterten) Reformvorstöße<sup>6</sup> heben hervor, dass die bisweilen überstrapaziert wirkende Problematik keineswegs an Relevanz eingebüßt hat. So unternahm zuletzt der aus 33 hochkarätigen Strafrechtslehrern<sup>7</sup> bestehende *Kriminalpolitische Kreis* 2021 einen neuen Reformversuch,<sup>8</sup> der jedoch, wie zuvor alle anderen, ohne Erfolg blieb. Der Gesetzgeber scheint sich währenddessen angesichts der §§ 630d und 630e BGB – zumindest zivilrechtlich – auf die Seite der Rechtsprechung geschlagen zu haben.<sup>9</sup>

Der dogmatische Quellpunkt dieser Diskussion liegt in zwei historischen Urteilen: dem vorinstanzlichen Urteil des Landgerichts Hamburg vom 2. Februar 1894,<sup>10</sup> das sich überhaupt erstmals mit der Frage auseinandersetzte, ob der ärztliche Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, und dem anschließenden Reichsgerichtsurteil vom 31. Mai 1894,<sup>11</sup> nach dem der angeklagte Arzt schließlich aufgrund eines nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführten, erfolgreichen Heileingriffs wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt werden sollte. Das Reichsgericht stellte sich explizit gegen die Vorinstanz und entschied sich für die Einordnung ärztlicher Eingriffe als tatbestandlich – ein Schritt,

aus dem die bis heute andauernde rechtswissenschaftliche Debatte gleichsam entsprang.

Zwar ist Ausgangspunkt damit das Strafrecht, die Fragestellung geht jedoch weit über die Grenzen der drei klassischen Rechtskategorien hinaus. Auch die Zivilgerichte haben die Rechtsprechung des RG übernommen.<sup>12</sup> Der Kern der Problematik ist wiederum verfassungsrechtlicher Natur. Das zugrundeliegende Spannungsfeld zwischen der Patientenautonomie und der Therapiefreiheit des Arztes<sup>13</sup> betrifft das Verhältnis zwischen der körperlichen Unversehrtheit des Einzelnen und seinem Recht auf Selbstbestimmung: Handelt es sich dabei wirklich um zwei verschiedene Rechtsgüter? Oder ist dem Rechtsgut der körperlichen Integrität selbst, geschützt durch Art. 2 II 1 GG, nicht vielmehr ein *Selbstbestimmungskern* immanent?<sup>14</sup>

Besagte Überlegungen stehen im Zentrum dieser Arbeit. Statt auf der Reproduktion und Bewertung unzähliger Meinungen zum Thema<sup>15</sup> soll der Fokus auf den „Wurzeln“ des Problems liegen, indem die Rechtsprechung anhand des wegweisen Urteils des Reichsgerichts (B. IV.) als Reaktion auf die vorinstanzliche Entscheidung des LG Hamburg (B. III.) eingehend untersucht und analysiert wird (B.). Eine (wenn auch sehr knappe) Darstellung der – kritischen – Reaktionen der Literatur kann dabei freilich nicht unterbleiben (C. I., II.), jedoch nicht um ihrer selbst willen, sondern um die Position der Rechtsprechung klarer herauszuarbeiten und ihre Begründung noch detaillierter zu beleuchten.<sup>16</sup>

Wenn im Folgenden von einem „ärztlichen Heileingriff“ die Rede ist, so ist eine mit Heilungsabsicht, nach medizinischer Indikation und den Regeln der ärztlichen Kunst (*lege artis*)<sup>17</sup> ausgeführte, von außen in die Integrität des menschlichen Körpers eingreifende Behandlungsmaßnahme gemeint.<sup>18</sup> Zudem sei angemerkt, dass § 223 RStGB nahezu deckungsgleich mit dem heute geltenden § 223 StGB ist, weshalb sich die Ausführungen des LG und des RG ohne Weiteres auf die heutige Rechtslage übertragen lassen. § 224 RStGB ist eher mit dem heutigen § 226 StGB wesensverwandt und normiert sog. „schwere Folgen“.

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der von Prof. Dr. Anne Röthel betreute Beitrag entstand im Mai 2024 im Rahmen des Seminars „Körper und Selbstbestimmung im Recht“. Das besprochene Urteil des Reichsgerichts jährte sich zu diesem Zeitpunkt zum 130. Mal.

<sup>1</sup> Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>6</sup>, 2023, § 228 Rn. 56.

<sup>2</sup> Stihler, StudZR 2004, 111.

<sup>3</sup> Kuhlendahl, DÄ 1978, 1984; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztes<sup>5</sup>, 2021, § 148 Rn. 1; Schuster, in: Hilgen-dorf (Hrsg.), Rechtswidrigkeit in der Diskussion, 2018, S. 214.

<sup>4</sup> Schuster (Fn. 3), S. 214.

<sup>5</sup> Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht<sup>8</sup>, 2021, Kap. V Rn. 8; ders., in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Nomos-Kommentar BGB Schuldrecht, Band 2<sup>4</sup>, 2021, § 823 Rn. 342.

<sup>6</sup> Siehe dazu D. I. c).

<sup>7</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Text bei Personenbezeichnungen das generische Maskulinum verwendet. Selbstverständlich sind alle Geschlechter gleichermaßen mitgemeint.

<sup>8</sup> *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65.

<sup>9</sup> Die strafrechtliche Problematik lässt sich insbesondere auf § 823 II BGB, vor allem aber auch auf § 823 I BGB übertragen, der eine widerrechtliche Verletzung des Körpers voraussetzt. Statt Strafe heißt die Rechtsfolge dann freilich „Schadensersatz“ oder „Schmerzensgeld“, vgl. Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 1966, S. 133. Die zivilrechtliche Rechtsetzung hat vor dem Hintergrund der Einheit der Rechtsordnung also eine gewisse Indizwirkung auch für das Strafrecht.

<sup>10</sup> Urteil nachlesbar in Stooss, Chirurgische Behandlung und ärztliche Operation, 1898, S. 108-112.

<sup>11</sup> RGSt 25, 375.

<sup>12</sup> RGZ 88, 433; 68, 431; BGH NJW 1956, 1106; BGH NJW 1971, 1887; BGHZ 29, 33; 46, 176.

<sup>13</sup> Rigizahn, JR 1996, 72.

<sup>14</sup> Grundlegend Hollenbach, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis, 2003, S. 49.

<sup>15</sup> Hierfür wird auf die bestehende Kommentarliteratur und bereits vorhandene Arbeiten verwiesen. Eine ausführliche Aufarbeitung bietet Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000, S. 14-29.

<sup>16</sup> Die wesentlichsten Argumente lassen sich ohnehin bereits abschließend den beiden kontradiktorischen Urteilen entnehmen.

<sup>17</sup> Vgl. insoweit zum Umfang des ärztlichen Standards nur Schuster, in: Tübinger Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>31</sup>, 2025, § 15 Rn. 212-213.

<sup>18</sup> Vgl. auch Göbbels, Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht, 1950, S. 10; zu den unterschiedlichen Definitionsansätzen ausführlich Tag (Fn. 15), S. 31-42.

## B. Die Entscheidung des Reichsgerichts

### I. Sachverhalt

Die siebenjährige Tochter des K litt an einer tuberkulösen Vereiterung der Fußwurzelknochen und war aus diesem Grund ab dem 13. Juni 1893 Patientin in der chirurgischen Abteilung eines Krankenhauses, in der der Angeklagte Oberarzt war. Am 20. bzw. 21. Juni widersprach K als Anhänger der Naturheilkunde in einem Gespräch mit dem Angeklagten jeder chirurgischen Intervention. Diese ausdrückliche Ablehnung einer Operation seiner Tochter wiederholte er am 22. Juni gegenüber dem Pflegepersonal, das die Äußerung an den Angeklagten weiterleitete. Als K sich am 23. Juni mit demselben Anliegen erneut im Krankenhaus meldete und diesmal erklärte, er wolle „sein Kind holen“, was das Pflegepersonal erneut dem Angeklagten zutrug, antwortete dieser: „Jetzt ist es zu spät, ich werde später mit dem Vater sprechen“. Er führte daraufhin, ohne Einwilligung des Vaters, eine (medizinisch indizierte) Resektion der Fußwurzelknochen an der Tochter des K durch, die zu diesem Zeitpunkt bereits narkotisiert war. Dieser Eingriff am 23. Juni blieb jedoch ohne Erfolg.<sup>19</sup> Erst nachdem der Arzt den Fuß der Patientin am 28. Juli operativ amputiert hatte, erneut ohne Einwilligung des Vaters,<sup>20</sup> verbesserte sich die Lage des Kindes schlagartig. Tuberkulöse Erscheinungen blieben aus. Die Sachverständigen stellten später fest, dass eine Weiterverbreitung der Erkrankung zu „chronischem Siechtum“ geführt und das Kind „schließlich [mit] dem Tode“ bedroht hätte.

Gerichtlich zu klären war folglich, ob der Angeklagte der gefährlichen Körperverletzung (§§ 223 ff. RStGB) schuldig war, indem er den indizierten und *lege artis* ausgeführten Heileingriff entgegen dem erklärten Willen des Vaters an dessen Tochter durchgeführt hatte.

### II. Die Tatbestandslösung des Landgerichts

Die dritte Strafkammer des Landgerichts zu Hamburg hatte den Angeklagten zunächst am 2. Februar 1894 vom Vorwurf der verwirklichten Körperverletzung freigesprochen. Eine strafbare Körperverletzung liege demnach selbst dann nicht vor, wenn die Operation gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Vaters als gesetzlichem Vertreter der Patientin durchgeführt wurde.<sup>21</sup> Dies hat nach den Ausführungen des LG neben der ohnehin fehlenden subjektiven Rechtswidrigkeit<sup>22</sup> drei maßgebliche Gründe:

#### a) Keine Gesundheitsschädigung

Das LG lehnt eine Gesundheitsschädigung deshalb ab, weil sich der gesundheitliche Zustand des Kindes *insgesamt* verbessert habe, die Beschwerden nach der Operation nachließen und ohne die Behandlung akute Lebensgefahr und chronisches Siechtum bestanden hätte.<sup>23</sup> Die Gesundheit des Kindes im Zeitraum nach der Behandlung sei demnach erstens besser gewesen als der hypothetische Gesundheitszustand, wäre besagte Behandlung unterblieben.<sup>24</sup> Zweitens sei sein

Zustand auch besser gewesen als der Zustand vor Vornahme des operativen Eingriffs.<sup>25</sup> Das LG beurteilt also die Frage, ob eine Gesundheitsschädigung vorliegt, mithilfe einer im Wege der *Ex-post-Betrachtung*<sup>26</sup> vorgenommenen *Saldierung*, bei der es den tatsächlichen Zustand der Patientin nach dem Heileingriff einerseits mit ihrem Zustand vor der Behandlung und andererseits mit dem Zustand vergleicht, der *hypothetisch* bestehen würde, wenn keine Behandlung vorgenommen worden wäre. Der Beurteilung des LG liegt also der Maßstab einer *Gesamtbetrachtung* zugrunde, bei der der (letztendliche) *Erfolg* der Heilbehandlung eine tragende Rolle einnimmt.

#### b) Keine körperliche Misshandlung

Nach der Wortlautauslegung beschreibe das Präfix „Miss“ in der deutschen Sprache zudem einheitlich das Unangebrachte, Üble, Schlimme und Unrichtige. Ein *lege artis* ausgeführter ärztlicher Heileingriff sei dementsgegen als zweckmäßige, vernünftige, notwendige Behandlung nicht derart negativ konnotiert, weshalb schon semantisch keine „Misshandlung“ vorliege.<sup>27</sup> Eine solche entstehe auch nicht dadurch, dass die Behandlung dem erklärten Willen des Vaters widersprach.<sup>28</sup> Für den Begriff der Körperverletzung komme es nicht darauf an, ob der Verletzte in die Vornahme der Verletzung eingewilligt habe; eine „Unrichtigkeit“ des Eingriffs und damit eine Einordnung als „Miss-handlung“ ergebe sich nicht dadurch, dass der Angeklagte den Eingriff gegen den Willen des Vaters vornahm.<sup>29</sup> Auslegungsergebnis des LG der „Misshandlung“ ist also ein *objektivierter* Maßstab, der impliziert, dass der *lege artis* ausgeführte ärztliche Heileingriff *prinzipiell nie* eine „Misshandlung“ darstellen könne, unabhängig davon, ob er dem subjektiven Willen des Betroffenen entspreche oder nicht.

#### c) Keine Berücksichtigung der Patientenautonomie

Denkbar knapp geht das LG anschließend auf einen in der späteren Debatte zentralen Aspekt ein: Das Gericht nimmt den Einwand vorweg, dass seine Ausführungen den Schutz des Patienten gegen willkürliche Eingriffe von Ärzten außer Acht lasse.<sup>30</sup> Verneint man die Strafbarkeit des Arztes bei *lege artis* ausgeführten Heileingriffen wie das LG prinzipiell bereits auf Ebene des objektiven Tatbestandes, so würde dies demnach dazu führen, dass der Patient zu ärztlichen Heileingriffen gezwungen werden könnte und in der Folge zum Objekt ärztlicher Vernunfttheorie gemacht werde.<sup>31</sup> Das LG dementiert dies inhaltlich nicht. Stattdessen stellt es fest, dass der Einwand bei der Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale keinen Anknüpfungspunkt habe und deshalb nur *de lege ferenda* berücksichtigt werden könne.<sup>32</sup> Die Ausführung lässt sich somit als Absage an eine „pragmatische“<sup>33</sup> Auslegung der Tatbestandsmerkmale interpretieren: Der Anwendungsbereich der §§ 223 ff. RStGB „passt“ dogmatisch nicht zum ärztlichen Heileingriff. Möchte man den Verstoß

<sup>19</sup> Dieser Umstand wird in der Literatur oft übersehen. Genaugenommen handelt es sich um zwei Heileingriffe: Resektion und Amputation. Die Resektion blieb ohne Erfolg.

<sup>20</sup> RGSt 25, 375.

<sup>21</sup> Stooss (Fn. 10), S. 109.

<sup>22</sup> Stooss (Fn. 10), S. 111 f.

<sup>23</sup> Stooss (Fn. 10), S. 109.

<sup>24</sup> Stooss (Fn. 10), S. 109.

<sup>25</sup> Stooss (Fn. 10), S. 109.

<sup>26</sup> Vgl. Brechtken, Die Vorsatzstrafbarkeit des Arztes bei konsentierten lebensgefährdenden Behandlungen, 2023, S. 77.

<sup>27</sup> Stooss (Fn. 10), S. 110, RGSt 25, 375, 377.

<sup>28</sup> Stooss (Fn. 10), S. 110.

<sup>29</sup> Stooss (Fn. 10), S. 110.

<sup>30</sup> Stooss (Fn. 10), S. 110.

<sup>31</sup> Vgl. Cramer, in: FS Lenckner, 1998, S. 761, 771.

<sup>32</sup> Stooss (Fn. 10), S. 110.

<sup>33</sup> Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65.

des Arztes gegen den Patientenwillen strafrechtlich ahnden, muss man eine anderweitige gesetzliche Regelung schaffen. Die Argumentation des LG lässt sich deshalb unter Umständen als Mahnruf an den Gesetzgeber verstehen, dieses „Lindenblatt“ des Strafrechts gesondert zu normieren.<sup>34</sup>

### III. Die Rechtfertigungslösung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht hingegen stellt fest, dass der Angeklagte zwar „medizinisch gerechtfertigt und menschlich in höchstem Maße entschuldbar“, strafrechtlich aber „normwidrig gehandelt und ein nach §§ 223 ff. des Strafgesetzbuches zu ahndendes Delikt verübt“ habe.<sup>35</sup> Inhaltlich verwirft es die Erwägungen des LG nahezu vollständig.

#### a) Misshandlung als prinzipiell normwidriges Verhalten

Dass auch ärztliche Heileingriffe normdogmatisch tatbestandliche körperliche Misshandlungen darstellen, begründet das RG zunächst sowohl historisch als auch systematisch. Ein historischer Vergleich mit der mehr kasuistischen Fassung des § 187 des preußischen Strafgesetzbuches zeige, dass Misshandlungen alle „unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugeführten Verletzungen“ seien.<sup>36</sup> Dass dazu auch der Verlust einzelner Gliedmaßen zähle, also auch wie im konkreten Fall der Verlust eines Fußes durch Amputation, verdeutliche systematisch § 224 RStGB. Objektiv rechtswidrig (also tatbestandlich) sei demnach jedes prinzipiell normwidrige Verhalten, solange „dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges *Recht* zur Seite“ stehe.<sup>37</sup> Schon hier klingt an, dass der Maßstab des RG dem des LG diametral entgegensteht: Während das LG den ärztlichen Heileingriff prinzipiell *nicht* unter den Tatbestand des § 223 RStGB fasst, ist *jeder* „ärztliche Heileingriff“ nach dem RG eine körperliche Misshandlung. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gelte nur für diejenigen Fälle, in denen dem Handelnden ein die *Rechtswidrigkeit aufhebendes Recht zum Eingriff* zusteht.

#### b) Keine Berücksichtigung des „Heilerfolgs“

Die an den Zweck und Erfolg des Heileingriffs anknüpfende Gesamtbetrachtung des LG bezeichnet der dritte Strafsektat in diesem Zusammenhang als „[u]nhaltbar“<sup>38</sup>. Der Erfolg des Heileingriffs hänge von „unberechenbaren Zufälligkeiten“<sup>39</sup> und „in unbestimmter Zukunft nachfolgenden Eventualitäten“<sup>40</sup> ab und erweise sich daher als völlig „untauglich für das Strafrecht“<sup>41</sup>. Das RG legt seiner Bewertung stattdessen eine isolierte Einzelaktbetrachtung zugrunde. Während das LG das Geschehen vom Standpunkt des erreichten Heilerfolgs *ex post* betrachtet und den ärztlichen Heileingriff als einheitlichen Prozess vom ersten Einschnitt bis zur vollständigen Genesung versteht, besteht dies für das RG vielmehr

aus einer Reihe einzelner tatbestandlicher Körperverletzungen. Bereits der erste Einschnitt als Teil der gesamten Resektion bzw. Amputation erfüllt demnach, ebenso wie die vorherige Narkotisierung, den vollen Tatbestand des § 223 RStGB. Ob im Anschluss eine Verbesserung des gesundheitlichen Zustands eintritt, ist irrelevant. Das zur Annahme einer körperlichen Misshandlung bzw. Gesundheitsschädigung erforderliche Geschehen liegt unabhängig von einem etwaigen Heilerfolg abschließend vor.

#### c) Patientenautonomie statt ärztlicher Eingriffsfreiheit

Den oben aufgestellten Maßstäben des RG liegt neben den bereits benannten Argumenten jedoch ein entscheidender, gemeinsamer Kerngedanke zugrunde, der sich wie ein roter Faden durch die Entscheidungsbegründung zieht und besonders deutlich an folgender Stelle zum Ausdruck kommt:

*„Dass jemand nach eigener Überzeugung oder nach dem Urteile seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen als dieser selbst, dessen körperliches oder geistiges Wohl durch geschickt und intelligent angewendete Mittel vernünftiger fördern zu können, als dieser es vermag, gewährt jenem entfernt nicht irgend eine rechtliche Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des anderen einzugreifen, diesem Gewalt anzutun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstande gutgemeinter Heilversuche zu benutzen.“*<sup>42</sup>

Für das Arzt-Patienten-Verhältnis sei vielmehr sowohl im bürgerlichen als auch im Strafrecht der Wille des Patienten das entscheidende Kriterium dafür, ob der tatbestandliche Eingriff infolge fehlender Rechtswidrigkeit folgenlos bleibe oder nicht.<sup>43</sup> Solange ein solcher Wille des Patienten den Arzt nicht zum Eingriff legitimiere, bleibe der Eingriff rechtswidrig. Ein Berufsrecht des Arztes zur Vornahme eigenmächtiger Eingriffe ohne Zustimmung des Patienten gebe es nicht.<sup>44</sup> Inhalt und Umfang des Eingriffs würden demnach allein durch den erklärten Willen des Patienten bestimmt und begrenzt.<sup>45</sup> Derjenige Arzt, der „vorsätzlich für Heilzwecke Körperverletzungen verübt, *ohne* sein Recht hierfür aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder der präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrag hierfür legitimierter Personen herleiten zu können“<sup>46</sup> oder derjenige, der gar *gegen* den Willen des Patienten vorgehe,<sup>47</sup> handele rechtswidrig und unterliege „der *solche Delikte verbietenden* Norm des § 223 des Strafgesetzbuches“<sup>48</sup>. Die Lösung des RG erfolgt auf Ebene der Rechtswidrigkeit. Ein „ärztlicher Heileingriff“ stellt demnach ausnahmslos eine tatbestandliche Körperverletzung dar, die jedoch durch den Willen des Patienten gerechtfertigt und damit straflos ist. Zentrum der Überlegungen des RG ist damit die Patientenautonomie. Die Therapiefreiheit des Arztes ist dieser untergeordnet. Kurzum: Der Patient ist nicht Objekt, sondern Subjekt seiner Behandlung.<sup>49</sup> Das RG stellt sich geradezu paternalistisch vor die Autonomie des Individuums. Deutlich wird, dass der eigentliche Grund des RG

<sup>34</sup> *Eb. Schmidt*, JR 1958, 226.

<sup>35</sup> RGSt 25, 375, 384.

<sup>36</sup> RGSt 25, 375, 378.

<sup>37</sup> RGSt 25, 375, 378.

<sup>38</sup> RGSt 25, 375, 378.

<sup>39</sup> RGSt 25, 375, 379.

<sup>40</sup> RGSt 25, 375, 379.

<sup>41</sup> RGSt 25, 375, 379.

<sup>42</sup> RGSt 25, 375, 378.

<sup>43</sup> RGSt 25, 375, 378-382.

<sup>44</sup> RGSt 25, 375, 379-381.

<sup>45</sup> RGSt 25, 375, 381 f.

<sup>46</sup> RGSt 25, 375, 382.

<sup>47</sup> RGSt 25, 375, 382.

<sup>48</sup> RGSt 25, 375, 382.

<sup>49</sup> *Albrecht*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 146.

für die Rechtfertigungslösung damit der Schutz der Selbstbestimmung des Patienten ist. Einzelaktbetrachtung und Nichtberücksichtigung des Heilerfolgs erscheinen als daraus abgeleitete Konsequenzen. Die historischen und systematischen Erwägungen hingegen wirken wie bloße Appendizes.

#### IV. Zwischenfazit: Körperliche Integrität oder Selbstbestimmung?

Den sich gegenüberstehenden Entscheidungen von Landgericht und Reichsgericht liegt damit im Kern ein unterschiedliches Verständnis der Schutzgüter des § 223 RStGB, möglicherweise sogar ein unterschiedliches Verständnis des Rechtsguts der körperlichen Integrität zugrunde.

Das LG lässt den Schutz der Selbstbestimmung unberücksichtigt, weil sich dieses Schutzgut nicht in § 223 RStGB hineindeuten lasse, § 223 RStGB also ausschließlich und isoliert die körperliche Integrität ohne jeglichen Selbstbestimmungskern schütze und der Verstoß gegen die Patientenautonomie höchstens *de lege ferenda* zu bedenken sei. Daraus erst resultieren die *ex post* erfolgende, den Heilerfolg mit einbeziehende Gesamtbetrachtung und die implizite Schlussfolgerung, der ärztliche Heileingriff könne nie den Tatbestand des § 223 RStGB erfüllen. Das LG hatte also auf den sozialen Zweck der medizinischen Behandlung abgestellt und ein gewisses „Störgefühl“ empfunden, das durch den Widerspruch zwischen einem medizinisch korrekten, notwendigen und erfolgreichen Verhalten eines Arztes und demjenigen Handeln besteht, das der Gesetzgeber in den §§ 223 ff. StGB gemeint hat.<sup>50</sup>

Das RG ahndet hingegen im Grunde keinen „isolierten“ Verstoß gegen das Rechtsgut der körperlichen Integrität, sondern einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Der Wille des Patienten gilt als entscheidender, unrechtsausschließender Faktor.<sup>51</sup> Gerade dadurch, dass das RG die Einwilligung als benötigt ansieht, um die Straflosigkeit auszulösen, schützt es das Selbstbestimmungsrecht.<sup>52</sup> Dass der Schutz der körperlichen Integrität nicht das Herzstück der Argumentation des RG ist, zeigt der Sachverhalt: Die Patientin war in Lebensgefahr. Ohne Behandlung wäre sie vermutlich gestorben. Um die körperliche Integrität und das Leben des Kindes zu bewahren, musste es behandelt werden. Berücksichtigt man jedoch das Selbstbestimmungsrecht der Patientin, wie es sich durch den Willen des Vaters manifestiert, wird die körperliche Unversehrtheit gerade nicht geschützt. Nach der Einzelaktbetrachtung gibt es diesbezüglich zwei verschiedene Betroffenheiten der körperlichen Unversehrtheit: Die Betroffenheit durch die Amputation des Fußes und die Betroffenheit durch das Fortschreiten der tuberkulösen Vereiterung. Letztere wiegt schwerer, da sie unbehandelt zum Tod führt, während die Amputation das Leben rettet. Würde das RG nur die körperliche Integrität in Bezug auf die Amputation schützen wollen, führte dies zu der absurden Konsequenz, dass der Schutz eines Fußes nach § 223 RStGB wichtiger wäre als der Schutz der körperlichen Integrität im weiteren Sinne, die mittelbar das Leben garantiert. Dies widerspricht jeglicher Logik, denn die lebensbedrohlich beeinträchtigte körperliche Unversehrtheit kann nicht weniger schützenswert sein

als die nicht in lebensbedrohlichem Maße beeinträchtigte körperliche Unversehrtheit. Die Entscheidung des RG ist daher nur so zu interpretieren, dass sie in erster Linie die Patientenautonomie schützt und diese über das Rechtsgut der körperlichen Integrität stellt, indem sie dem Patienten das Recht einräumt, frei über seine eigene körperliche Integrität zu verfügen. Dies würde allerdings bedeuten, dass das RG die Autonomie des Individuums als Schutzgut des § 223 RStGB betrachtet. Alternativ ließe sich erwägen, dass das RG die Selbstbestimmung des Betroffenen als *Teil* seiner körperlichen Integrität ansieht, beide Rechtsgüter also im Grunde untrennbar miteinander verbunden sind. Dann wäre die Selbstbestimmung nur mittelbar über die „Brücke“ der körperlichen Integrität, die unstreitig das Schutzgut des § 223 RStGB bildet,<sup>53</sup> „mit“-geschützt.<sup>54</sup> Was oft als Streitstand zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungslösung umschrieben wird, ist somit nichts anderes als ein Konflikt zwischen Patientenautonomie und körperlicher Unversehrtheit. Wie das Verhältnis beider Rechtsgüter zueinander ist, lässt das RG jedoch noch offen.

### C. Reaktionen in Schrifttum und Judikatur

Die im Folgenden kurz dargestellten bekannten Kategorien der „Tatbestandslösung“ (C. I.) und „Rechtfertigungslösung“ (C. II.) aus dem strafrechtlichen Schrifttum sind damit nichts anderes als Reaktionen auf das Urteil des Reichsgerichts, dessen Rechtsprechung die bundesdeutschen Gerichte übernahmen (C. III.).

#### I. Ablehnung von Vertretern der „Tatbestandslösung“

Ogleich die Vertreter der Tatbestandslösung im Schrifttum in die Lager der „Erfolgstheorie“<sup>55</sup> und der „Handlungstheorie“<sup>56</sup> gespalten sind,<sup>57</sup> herrscht Einigkeit darüber, dass die Rechtsprechung des Reichsgerichts aus verschiedenen Gründen abzulehnen sei.

##### a) Arzt ungleich Messerstecher

Kritisiert wird insbesondere die sich aus dem Urteil ergebende Wertung, nach der der Arzt, der heilen will und damit etwas „Gutes“ tue, normativ mit dem „Messerstecher“ gleichgestellt werde.<sup>58</sup> Der Einwand der Gegenansicht, wonach die Tatbestandsmäßigkeit nicht mit einer Verurteilung gleichzusetzen sei<sup>59</sup> und die vollständige strafrechtliche Wertung erst

<sup>53</sup> Eingehend *Tag* (Fn. 15), S. 43-94.

<sup>54</sup> Siehe dazu BVerfGE 128, 282, später D. II. a) bb).

<sup>55</sup> z.B. *Eb. Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, S. 73; *Grünwald* (Fn. 9), S. 150; differenzierend *Eser*, *ZStW* 97 (1985), 1; vgl. *Tag* (Fn. 15), S. 25 f. m.w.N.; vgl. *Stihler*, *StudZR* 2004, 120 f. m.w.N.

<sup>56</sup> z. B. *Laufs*, *NJW* 1969, 529; *ders.*, *NJW* 1974, 2025 f. *Bockelmann* *JZ* 1962, 525, 528; *Schröder* *NJW* 1961, 951; *Engisch*, *ZStW* 58 (1939), 1, 5 (sog. Körperinteressentheorie); vgl. *Tag* (Fn. 15), S. 22-24. m.w.N.; vgl. *Stihler*, *StudZR* 2004, 118 m.w.N.

<sup>57</sup> Übersichtlich mit weiteren Subkategorien *Tag* (Fn. 15), S. 22-28; *Stihler*, *StudZR* 2004, 117-122; Das Landgericht hingegen vertrat offenbar in seiner Entscheidung beide Ansichten gleichzeitig, weil es den Angeklagten weder aufgrund der hinsichtlich des Heilerfolgs nicht erfolgreichen Resektion noch aufgrund der diesbezüglich erfolgreichen Amputation verurteilte, vgl. Fn. 18.

<sup>58</sup> *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, 1968, S. 62; *Eb. Schmidt*, *JR* 1958, 226, 227; *Grünwald* (Fn. 9), S. 136; Vgl. *Gropp*, *GA* 2015, 5, 9.

<sup>59</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, *Arztstrafrecht*, 2011, Kap. 1 A. Rn. 3.

<sup>50</sup> *Eb. Schmidt*, *JR* 1958, 226.

<sup>51</sup> Vgl. *Grünwald*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*: Band 11, §§ 211-231<sup>13</sup>, 2023, § 223 Rn. 72.

<sup>52</sup> Vgl. *Eser*, *ZStW* 97 (1985), 1.

durch das Zusammenspiel von Tatbestand und Rechtswidrigkeit entstehe,<sup>60</sup> sei nicht zufriedenstellend, weil auch schon die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit eine normativ verurteilende Wertung impliziere, nach der die Heilbehandlung einen nur ausnahmsweise gebilligten, grundsätzlich aber normwidrigen Eingriff darstelle.<sup>61</sup>

### b) Kritik an der Einzelaktbetrachtung

Das führt die Kritiker auch zur Ablehnung der Einzelaktbetrachtung: Diese werde der gesellschaftlichen Stellung des Arztes nicht gerecht. Es müsse stattdessen auf die „soziale Sinnhaftigkeit“<sup>62</sup> des Berufs abgestellt und das Geschehen als Ganzes gewürdigt werden,<sup>63</sup> beispielsweise im Rahmen einer wie bei Betrug oder Untreue erfolgenden Saldierung zwischen dem Zustand *vor* und demjenigen *nach* dem ärztlichen Heileingriff (sog. „bilanzierende Sichtweise“).<sup>64</sup> Der Heileingriff sei das Gegenteil der Körperverletzung.<sup>65</sup> Inhaltlich werden die Tatbestandsmerkmale der körperlichen Misshandlung und Gesundheitsschädigung abgelehnt,<sup>66</sup> wobei sich die Begründung kaum von der des LG unterscheidet.

### c) Forderung eines eigenen Tatbestandes

Schließlich folgen viele Kritiker der Ansicht des LG, nach der für den eigenmächtigen ärztlichen Heileingriff aufgrund der divergierenden Schutzrichtung des § 223 StGB ein eigener Tatbestand geschaffen werden müsse. Die Lösung des Problems durch das Reichsgericht verstoße gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege*.<sup>67</sup> Der Tatbestand des § 223 StGB (und auch der Begriff der Körperverletzung im Deliktsrecht) schütze nur die körperliche Integrität, nicht aber die Selbstbestimmung des Patienten.<sup>68</sup> Im Strafrecht werde das System der gesetzlichen Tatbestände und der ihr zugeordneten Rechtsgüter in rechtsstaatlich bedenklichster Weise aufgelöst.<sup>69</sup> Die Rechtfertigungslösung stelle diesbezüglich eine unzulässige Vermischung der Körperverletzungsdelikte mit den Freiheitsdelikten, gar eine Rechtsgutsvertauschung dar.<sup>70</sup> Zudem verwirkliche der Arzt im Zuge des Heileingriffs oft „automatisch“ die Qualifikation des § 224 I Nr. 2 StGB, was Ärzte einem untragbaren Strafbarkeitsrisiko aussetze.<sup>71</sup> Es müsse daher, wie beispielsweise in Österreich,<sup>72</sup> ein eigener Tatbestand geschaffen werden. Tatsächlich gab es diesbezüglich seit 1911 zehn gescheiterte Reformversuche.<sup>73</sup>

<sup>60</sup> Hardwig, GA 1965, 161, 162.

<sup>61</sup> Grünwald (Fn. 9), S. 135 f.

<sup>62</sup> Eb. Schmidt (Fn. 56), S. 70; vgl. auf Sozialadäquanz abstellend Krell, medstra 2017, 3, 7.

<sup>63</sup> Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil<sup>2</sup>, 1902, S. 56.

<sup>64</sup> Vgl. Krell, medstra 2017, 3, 6 m.w.N.

<sup>65</sup> Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 352; Vgl. Brechtken (Fn. 27), S. 76.

<sup>66</sup> Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 352.

<sup>67</sup> Eb. Schmidt, JR 1958, 226 f.

<sup>68</sup> Grünwald (Fn. 9), S. 138, der darauf hinweist, dass im Deliktsrecht das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen ist; Eb. Schmidt, JR 1958, 226, 227.

<sup>69</sup> Niese, in: FS Eb. Schmidt<sup>2</sup>, 1971, S. 364, 366.

<sup>70</sup> Gropp GA 2015, 5; Amelung/Lorenz, in: FS Otto, 2007, S. 527, 531; Vgl. Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum StGB<sup>64</sup>, 2025, § 223 Rn. 5; vgl. zu dieser Ansicht auch Krell, medstra 2017, 3, 6 m.w.N.

<sup>71</sup> Vgl. Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 66.

<sup>72</sup> Siehe § 110 öStGB („Eigenmächtige Heilbehandlung“).

<sup>73</sup> Vgl. 1911: § 279 E; 1919: § 313 E; 1922: § 235 E; 1925: § 238 E; 1927 und 1930: § 281 E; 1960: § 162 E; 1962: § 162 E; 1970: § 123 Abs. 1 AE; 1998: § 229 StGB-RefE; vgl. Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 69.

## II. Zustimmung von Vertretern der „Rechtfertigungslösung“

Die Vertreter der Rechtfertigungslösung<sup>74</sup> hingegen befürworten die Rechtsprechung des RG. Im Zentrum steht dabei die (im Grunde kriminalpolitische)<sup>75</sup> Erwägung, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten *de lege lata* schützen zu müssen, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden.<sup>76</sup> Eine (*ex post* erfolgende) Gesamtbetrachtung garantiere diesen Schutz nicht hinreichend.<sup>77</sup> Des Weiteren sei nicht einzusehen, warum der Arzt anders zu behandeln sei als andere Berufsgruppen.<sup>78</sup> Die Tatbestandslösungen würden demnach „ein die Ärzte begünstigendes Sonderstrafrecht“ befürworten.<sup>79</sup> Die (eigentlich regelmäßig mitverwirklichte)<sup>80</sup> qualifizierte Körperverletzung (§ 224 StGB) soll hingegen nicht den ärztlichen Heileingriff umfassen, was eine unverhältnismäßige Sanktionierung verhindert.<sup>81</sup>

## III. Übernahme der Jurisdiktion in der BRD

Der BGH hat sich der Rechtsprechung des RG angeschlossen. Das BVerfG hat das vom RG aufgeworfene Spannungsfeld zwischen körperlicher Unversehrtheit und Selbstbestimmung zudem auf verfassungsrechtlicher Ebene bestätigt.

### a) BGH in Straf- und Zivilsachen

Die höchstrichterliche Rechtsprechung der Bundesrepublik hat die Rechtsprechung des RG sowohl für das Straf- als auch für das zivilrechtliche Haftungsrecht übernommen.<sup>82</sup> Der BGH sah sich in der *Myomentscheidung*<sup>83</sup> nicht veranlasst, auf die in der Literatur geltend gemachte Kritik einzugehen.<sup>84</sup> Stattdessen erklärt er ausdrücklich die Untrennbarkeit zwischen der Selbstbestimmung des Patienten und seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit:

„Das in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert Berücksichtigung auch bei einem Menschen, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird.“<sup>85</sup>

Die körperliche Unversehrtheit wird also nur so weit geschützt, wie der Patient sie durch die Behandlung preisgeben wünscht.

<sup>74</sup> Hardtung, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 4<sup>4</sup>, 2021, § 223 Rn. 75; Wagner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 7<sup>9</sup>, 2024, § 823 Rn. 226; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil<sup>4</sup>, 2021, § 6 Rn. 99; Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 71), § 223 Rn. 7; Förster, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB<sup>73</sup>, 2025, § 823 Rn. 108; Paeffgen/Böse, in: NK-StGB (Fn. 1), § 223 Rn. 26; Grünwald, in: LK-StGB (Fn. 52), § 223 Rn. 72-75.

<sup>75</sup> Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65.

<sup>76</sup> Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II<sup>25</sup>, 2024, § 13 Rn. 27; Wesels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil I<sup>48</sup>, 2025, Rn. 302.

<sup>77</sup> Brechtken (Fn. 27), S. 77 m.w.N.

<sup>78</sup> So erfolge auch bspw. für den Strafrichter unstreitig eine „Rechtfertigungslösung“, vgl. Frister/Lindemann/Peters (Fn. 60), Kap. 1 A. Rn. 3.

<sup>79</sup> Grünwald, in: LK-StGB (Fn. 52), § 223 Rn. 72.

<sup>80</sup> Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 66.

<sup>81</sup> Vgl. Nachweise bei Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 66.

<sup>82</sup> Für das Strafrecht: BGHSt 11, 111; 12, 379, 382-386; 16, 309; für das Zivilrecht: BGH NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 33; 46, 176; BGH NJW 1971, 1887; BGH NStZ 1996, 34.

<sup>83</sup> BGHSt 11, 111; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern/Rehborn (Fn. 3), § 148 Rn. 3.

<sup>84</sup> BGHSt 11, 111, 112.

<sup>85</sup> BGHSt 11, 111, 113.

## b) BVerfG

In seinem Beschluss vom 25. Juli 1979 betonte der Zweite Senat des BVerfG bezüglich der Rechtfertigungslösung noch, dass die Verfassung den Schutz der Selbstbestimmung in dieser Form nicht zwingend vorschreibe und dem Gesetzgeber Spielraum bei der Ausgestaltung des Haftungsrechts lasse, einschließlich der Möglichkeit, eine eigenmächtige Heilbehandlung gesondert zu regeln.<sup>86</sup> Im Beschluss vom 23. März 2011 hingegen bestätigt das BVerfG den Grundgedanken des RG:

*„Der in einer medizinischen Zwangsbehandlung liegende Eingriff berührt nicht nur die körperliche Integrität des Betroffenen als solche, sondern in besonders intensiver Weise auch das von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG mit<sup>87</sup> geschützte Recht auf diesbezügliche Selbstbestimmung.“<sup>88</sup>*

Bei der medizinischen Zwangsbehandlung handle es sich nach den Ausführungen des Zweiten Senats um eine Maßnahme, „die den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt [...] und daher normalerweise nur mit der – in strafrechtlicher Hinsicht rechtfertigenden – Einwilligung des Betroffenen zulässig“<sup>89</sup> sei. Auch wenn das BVerfG hier wohl nur auf die geltende Rechtslage verweist und zweifelhaft ist, ob es die Rechtfertigungslösung gleichsam auch als „beste“ Lösung wahrnimmt, stellt es die Ansicht der Rechtsprechung zumindest nicht mehr aktiv in Frage und geht nicht mehr auf mögliche Reformen ein. Stattdessen erteilt das BVerfG den Vertretern der Tatbestandslösung implizit zumindest im Hinblick auf den Vorwurf der Rechtsgutsvertauschung eine Absage. Die Ausführungen deuten darauf hin, dass das BVerfG das Selbstbestimmungsrecht als integralen Bestandteil des Schutzguts der körperlichen Unversehrtheit begreift.<sup>90</sup>

## D. Fazit

Der Jahrhundertstreit um den ärztlichen Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung zeigt, dass ein konsensfähiger Ansatz zur Lösung des Problems immer noch aussteht. Das Streitfeld ist abgesteckt, die Positionen sind gefestigt.<sup>91</sup> Die Diagnose des „betagte[n] Problem[s]“<sup>92</sup> lautet „juristischer Stillstand“. Auch wenn der Großteil sich angesichts dessen mit der Rechtfertigungslösung arrangiert zu haben scheint,<sup>93</sup> hält die Kritik an der potenziellen juristischen Unsauberkeit der pragmatischen ständigen Rechtsprechung an. Die Rufe nach einem eigenen Tatbestand der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ werden auch nach zehn gescheiterten Reformversuchen nicht leiser. Unabhängig davon, ob man die Tatbestandslösungen oder die Rechtfertigungslösung als überzeugender erachtet, bleibt bei alledem jedoch eines festzuhalten: Was gemeinhin als Streit zwischen Schrifttum und Rechtsprechung um Gesamtbetrachtung, Heilerfolg, körperliche Integrität und Selbstbestimmung bekannt ist, begann als Streit zweier Instanzen – vor 130 Jahren.

<sup>86</sup> BVerfGE 52, 131, 168 f.

<sup>87</sup> Hervorhebung durch den Autor.

<sup>88</sup> BVerfGE 128, 282, 302.

<sup>89</sup> BVerfGE 128, 282, 302.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch *Krell*, *medstra* 2017, 3, 6 m.w.N.

<sup>91</sup> Vgl. *Krell*, *medstra* 2017, 3.

<sup>92</sup> *Mitsch*, *Strafrechtlicher Schutz gegen medizinische Behandlung*, 2000, S. 8.

<sup>93</sup> Vgl. *Kriminalpolitischer Kreis*, *medstra* 2021, 65.

Alexander Frantz\*

# Die strict liability des englischen Rechts – auch hierzulande denkbar?

## A. Einleitung

Ein Metzger wird wegen des Verkaufs von Fleisch, das nicht für den menschlichen Verzehr geeignet ist, verurteilt.<sup>1</sup> Ein Fabrikhaber wird wegen der Verunreinigung eines Flusses verurteilt.<sup>2</sup> Ein Autofahrer wird wegen „gefährlichen Fahrens mit Todesfolge“ bestraft.<sup>3</sup> Ein junger Mann wird wegen Sexualverkehrs mit einem 12-jährigen Mädchen verurteilt.<sup>4</sup> Viermal ist „Unrecht“ geschehen. Viermal führt die Anwendung des englischen Strafrechts zu einer Verurteilung. Doch was ist, wenn der Metzger einen Veterinär mit der Untersuchung seines Fleisches beauftragt hatte und nicht wissen konnte, dass es nicht zum Verzehr geeignet ist, der Fabrikhaber nicht bemerken konnte, dass ein unterirdisches Rohr seiner Fabrik beschädigt war, der Autofahrer hinsichtlich der Todesfolge nicht fahrlässig handelte und der junge Mann davon ausging, das Mädchen sei bereits 18 Jahre alt? Wenn in allen vier Fällen nicht einmal der Vorwurf der Fahrlässigkeit erhoben werden kann?

Die vier Verurteilungen erscheinen uns dann aus der Perspektive des deutschen Strafrechts als ungerecht und als unvereinbar mit dem sog. Schuldprinzip. Es besagt, dass jede Anwendung von Strafrecht (und damit Strafe) Schuld voraussetzt. Das BVerfG verankert dieses Prinzip in Art. 1 I, 20 III GG und macht es damit zum Bestandteil „der wegen Art. 79 III GG unverfügbaren Verfassungsidentität“.<sup>5</sup> Im Gegensatz dazu kennt das anglo-amerikanische Strafrecht Ausnahmen vom Schuldprinzip. Die wohl bedeutendste Ausnahme stellt die Rechtsfigur der *strict liability* dar. Bei dieser wird auf der subjektiven Tatseite auf den vollständigen Nachweis von Vorsatz oder Fahrlässigkeit und damit auf einen konstitutiven Teil der Schuld verzichtet. Sie führte in unseren vier Eingangsfällen jeweils zu einer Verurteilung und scheint der deutschen Rechtsordnung damit wie kein anderes Rechtsinstitut fremd.<sup>6</sup>

Ungeachtet dessen gibt es zunehmend Stimmen, die auch auf europäischer bzw. deutscher Ebene die Einführung einer strafrechtlichen *strict liability* fordern. So sollen die Vorteile dieser Rechtsfigur etwa im Bereich der Künstlichen Intelligenz (KI)<sup>7</sup> oder zur Bekämpfung des Klimawandels<sup>8</sup> eingesetzt werden. Im letzten Jahr hat sich der EuGH sogar ausdrücklich mit der Frage auseinandergesetzt, ob Art. 83 VO (EU) 2016/679 (DS-GVO) einen *strict-liability*-Tatbestand enthält.<sup>9</sup>

Indes könnten die auf den ersten Blick gravierenden (theoretischen) Unterschiede im (praktischen) Ergebnis nicht so

unterschiedlich sein. Auch im Hinblick auf die fortschreitende Internationalisierung des Strafrechts stellt sich somit die Frage, ob eine *strict liability* auch in Deutschland denkbar ist. Bei der Beantwortung dieser Frage beschränkt sich dieser Aufsatz auf das Strafrecht Englands als „Mutter“ der anglo-amerikanischen Rechtsordnungen.<sup>10</sup> Insbesondere das verwandte US-amerikanische Strafrecht kann wegen seiner Uneinheitlichkeit zwischen den Bundesstaaten nur gestreift werden.<sup>11</sup> Darüber hinaus findet die Auseinandersetzung nur mit Blick auf das deutsche Strafrecht, nicht das Ordnungswidrigkeiten- oder Zivilrecht statt. Hierfür wird – ebenso wie für die Frage der Vereinbarkeit der *strict liability* mit europäischem Recht oder anglo-amerikanischem Verfassungsrecht – auf einschlägige Literatur verwiesen.<sup>12</sup>

## B. Grundzüge strafrechtlicher Verantwortlichkeit nach englischem Recht

Bevor die *strict liability* in den Blick genommen werden kann, müssen die Grundzüge der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in England im Verhältnis zum deutschen Verbrennungsaufbau dargestellt werden.

### I. Tradition des englischen Strafrechts

<sup>13</sup> Das englische Strafrecht folgt wie die gesamte englische Rechtsordnung dem Ansatz des *common law*. Es unterscheidet sich insofern vom kontinentaleuropäischen Ansatz, als es vom Richterrecht geprägt ist. Trotz zunehmender Gesetzgebung (*statutes*) erfolgt die Rechtsfindung auch heute überwiegend anhand von Präzedenzfällen im Sinne des *case law*.<sup>14</sup> Flankiert wird dies von einem adversatorischen Prozess- und Verfahrensrecht, bei dem sich Staatsanwaltschaft und Angeklagter wie in einem Parteiverfahren gegenüberstehen. Hinzu kommt das Geschworenensystem, bei dem Laienrichter in einem summarischen Verfahren in den unteren und zahlenmäßig überwiegenden *Magistrates' Courts* entscheiden.<sup>15</sup> Aus dieser Gesamtschau ergibt sich der pragmatische und einzel-fallbezogene Charakter des englischen Strafrechts, der sich vom wissenschaftlich-theoretischen Ansatz des deutschen Strafrechts unterscheidet.

### II. Englisches Straftatsystem

Das englische Straftatsystem fußt auf der lateinischen *Maxime actus non facit reum, nisi mens sit rea*.<sup>16</sup> Zu einem

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> *Callow v Tillstone* (1900) 83 LT 411.

<sup>2</sup> *Alphacell Ltd v Woodward* [1972] AC 824.

<sup>3</sup> Road Traffic Act 1988, sec. 1.

<sup>4</sup> Sexual Offences Act 2003, sec. 5-8.

<sup>5</sup> BVerfGE 123, 267, 413.

<sup>6</sup> Hörster, Die strict liability des englischen Strafrechts, 2009, S. 2.

<sup>7</sup> Dazu Fateh-Mogadam, ZStW 131 (2019), 863, 875 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Etwa Hasler, in: Gacek/Jochelson (Hrsg.), Green Criminology and the Law, 2022, S. 387 ff.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-807/21 – *Deutsche Wohnen*, Slg. 2024.

<sup>10</sup> Mitgemeint ist jeweils auch das walisische Strafrecht, dazu Ashworth, in: Heller/Dubber (Hrsg.), Handbook of Comparative Criminal Law, 2011, S. 532.

<sup>11</sup> Zur *strict liability* im US-amerikanischen Strafrecht bei Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 59 ff.

<sup>12</sup> Dazu Hörster (Fn. 6), S. 113 ff., 143 ff.; Salako, 70 J.C.L. 531 (2006).

<sup>13</sup> Das englische Recht verfügt über ein monistisches Sanktionssystem, d.h. es existiert keine Trennung zwischen Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht, dazu Tully, Poena sine culpa, 2000, S. 73.

<sup>14</sup> Ashworth, ZStW 110 (1998), 461.

<sup>15</sup> Safferling, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 283.

<sup>16</sup> Zum historischen Hintergrund bei Baker, Introduction to English Legal History, 2019, S. 564 ff.; Bähr, Strafbarkeit ohne Verschulden, 1974, S. 29 f.

verbrecherischen Handeln muss eine entsprechende Geisteshaltung hinzutreten. Für eine Strafbarkeit nach englischem Recht bedarf es somit eines äußeren (objektiven) und eines inneren (subjektiven) Elements. Dies spiegelt sich in den beiden zentralen Säulen der anglo-amerikanischen Verbrechenstheorie, dem *actus reus* und der *mens rea*, wider. Neben diese positiven Elemente treten die sog. *defences* als negative Elemente.

## 1. Actus reus

Die objektiven Strafbarkeitselemente werden im englischen Strafrecht mit dem Begriff *actus reus* bezeichnet. In negativer Hinsicht erfasst dieser sämtliche Tatelemente, die sich nicht der Geisteshaltung des Täters zuordnen lassen.<sup>17</sup> Im Vordergrund steht eine gewillkürte, menschliche Handlung (*voluntary act*). Diese kann durch ein Unterlassen (*omission*) trotz bestehender Pflicht oder durch einen zu verantwortenden Zustand (*condition*) ersetzt werden. Darüber hinaus umfasst der *actus reus* alle weiteren objektiven Umstände (*circumstances*). Hierunter fallen Tatsubjekte und -objekte sowie – bei Erfolgsdelikten – der Erfolg. Der Topos *causation* erfasst die mit der Kausalität und objektiven Zurechnung verbundenen Probleme. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der *actus reus* im Wesentlichen dem objektiven Tatbestand des deutschen Strafrechts entspricht.<sup>18</sup>

## 2. Mens rea

Hat der Täter den *actus reus* verwirklicht, bedarf es zur Begründung einer Strafbarkeit eines hinzutretenden subjektiven Elements, der sog. *mens rea*.

### a) Grundzüge der mens rea

Die inhaltliche Bestimmung der *mens rea* gehört seit Jahrhunderten zu den umstrittensten Fragen des anglo-amerikanischen Strafrechts.<sup>19</sup> Nach heute überwiegender Auffassung geht es um die innere Einstellung bzw. Geisteshaltung des Täters zur Tat (sog. *guilty mind*).<sup>20</sup> Dies ist nicht im Sinne des allgemeinen Schuldverständnisses als moralische Vorwerfbarkeit zu verstehen. Vielmehr beschreibt die *mens rea* nur die subjektive Seite des *actus reus*. Sie ist also im Sinne eines subjektiven Tatbestands zu verstehen und orientiert sich – ähnlich der deutschen Vorsatzlehre – an einem voluntativen und intellektuellen Element.<sup>21</sup> Der *mens rea* lassen sich vier konkretisierende Erscheinungsformen derselben entnehmen: *Intention*, *knowledge*, *recklessness* sowie – nach nicht unumstrittener Auffassung<sup>22</sup> – *negligence*. Die Anforderungen die an die *mens rea* gestellt werden, können je nach Delikt variieren. Es ist nicht unüblich, dass ein Delikt unterschiedliche *mens rea*-Formen hinsichtlich einzelner Elemente des *actus reus* verlangt. Wie die *mens rea* selbst, sind ihre Erscheinungsformen nicht gesetzlich definiert. Maßgeblich ist vielmehr die Rechtsprechung der englischen Strafgerichte.

## b) Einzelne Erscheinungsformen

Der Begriff *intention* darf nicht mit dem deutschen *dolus directus* 1. Grades gleichgesetzt werden.<sup>23</sup> *Intention* bezieht sich nur auf den Handlungserfolg, den der Täter bezwecken muss (*direct intention*). Die Gerichte nehmen *intention* auch an, wenn der Täter weiß oder es als sicher voraussieht, dass sein Handeln den Erfolgseintritt herbeiführen wird (*indirect intention*).<sup>24</sup>

Für die Annahme von *knowledge* ist hingegen positive Kenntnis des Täters hinsichtlich aller anderen Tatbestände des *actus reus* mit Ausnahme des Taterfolgs erforderlich.

Die *mens rea*-Form *recklessness* erfasst den Bereich des *dolus eventualis* und der (bewussten) groben Fahrlässigkeit.<sup>25</sup> Nach der heute vorherrschenden *Cunningham recklessness* wird ein subjektiver Maßstab angesetzt, der Täter muss ein rechtlich missbilligtes Risiko (*unjustified risk*) subjektiv erkannt und zugleich weitergehandelt haben.<sup>26</sup>

Wegen *negligence* wird bestraft, wer sich nicht an einen objektiv festgesetzten Sorgfaltsmaßstab hält. Für den objektiven Maßstab wird auf einen verständigen Menschen (*reasonable man*) abgestellt. Auf die Kenntnis von Risiko oder Sorgfaltspflicht kommt es nicht an.<sup>27</sup> Sie kann im Wesentlichen mit der unbewussten Fahrlässigkeit gleichgesetzt werden.<sup>28</sup>

### c) Principles of mens rea und Zusammenfassung

Nach dem *principle of correspondence* müssen sich der *actus reus* und die *mens rea* decken. Hinsichtlich jedes objektiven Tatelements ist zur Begründung von Strafbarkeit ein entsprechendes subjektives Element erforderlich. Darüber hinaus müssen sie zeitlich zusammenfallen (*principle of concurrence*). Diese inhaltliche und zeitliche Kongruenz entspricht den Anforderungen des § 16 I 1 StGB im deutschen Recht. Die ausdifferenziertere *mens rea* stimmt damit im Wesentlichen mit dem deutschen Verständnis vom subjektiven Tatbestand überein.<sup>29</sup>

## 3. Defences

Zur Begründung einer Strafbarkeit dürfen auf einer nachgelagerten Prüfungsebene keine Verteidigungseinreden (*defences*) bestehen. Beispiele sind etwa die Notwehr (*self-defence*), der allgemeine Notstand (*necessity*) oder die Schuldunfähigkeit von Geisteskranken (*insanity*) oder Kindern (*infancy*). Bei der Einrede der *due diligence* kann der potentielle Täter – vergleichbar zu Fahrlässigkeitsdelikten – einwenden, dass er die verkehrserforderliche Sorgfalt beachtet hat. *Defences* entsprechen weitestgehend den deutschen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründen.<sup>30</sup>

## III. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass die englische Strafrechtstradition vom deutschen Verständnis abweicht. Auch die englische

<sup>17</sup> Ormerod/Laird, Smith, Hogan & Omerad's Criminal Law, 2021, S. 26 ff.; Safferling (Fn. 15), S. 292 f.

<sup>18</sup> Hörster (Fn. 6), S. 6 f.

<sup>19</sup> Dazu Sayre, 45 Harv. L.Rev. 974 (1932); Turner, 6 C.L.J. 31 (1936).

<sup>20</sup> Ormerod/Laird (Fn. 17), S. 136 ff.

<sup>21</sup> Simmler, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, 2018, S. 44; abw. Tiedemann, FS Lenckner, 1998, S. 411, 421.

<sup>22</sup> Gegen die Einordnung der *negligence* als *mens rea*-Form etwa Williams, Textbook of Criminal Law, 2015, S. 90 f.; zum Ganzen Bähr (Fn. 16), S. 26 f.

<sup>23</sup> Mannheim, 18 J.Comp.Leg. 78, 79 (1936).

<sup>24</sup> R v Moloney [1985] AC 905; Hörster (Fn. 6), S. 9 f.

<sup>25</sup> Bleckmann, Strafrechtsdogmatik, 2002, S. 34 f.

<sup>26</sup> R v Cunningham [1957] 2 QB 396, dazu Card, Card, Cross and Jones Criminal Law, 2012, S. 92 ff.

<sup>27</sup> Williams (Fn. 22), S. 89.

<sup>28</sup> Hörster (Fn. 6), S. 11 f.

<sup>29</sup> Hörster (Fn. 6), S. 10 f.

<sup>30</sup> Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, 1997, S. 58 ff.

Straftatlehre unterscheidet sich trotz gewisser Gemeinsamkeiten vom klassischen, dreigliedrigen Aufbau – Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld – in Deutschland.

### C. Die Rechtsfigur der *strict liability*

Eine abschließende Begriffsdefinition für *strict liability* zu finden, ist schon aufgrund ihres weiten und uneinheitlichen Anwendungsbereichs im anglo-amerikanischen Strafrecht nicht möglich.<sup>31</sup> Auf ihre einzelnen oder verwandten Spielarten – etwa die *absolute strict liability* oder *vicarious liability* – soll und kann nicht weiter eingegangen werden.<sup>32</sup> *Strict liability* bedeutet, dass zur Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit ein vollständiger Nachweis der *mens rea* hinsichtlich des *actus reus* nicht erforderlich ist.<sup>33</sup> Die Rechtsfigur verzichtet auf mindestens ein subjektives Tatelement und weicht damit vom *principle of correspondence* und *concurrence* ab. Eine Haftung aus *strict liability* kann nach dem hiesigen Verständnis nicht durch eine diesbezügliche Verteidigungseinrede, insbesondere die *due diligence defence* abgewendet werden.<sup>34</sup> Mit anderen Worten bedeutet *strict liability*, dass Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich sind. Da es nicht auf die „Schuld“ (i.e.S.) als dritte Stufe des deutschen Straftatverständnisses ankommt, kann *strict liability* nicht als „schuldunabhängige“ Verantwortlichkeit bezeichnet werden. Gleichzeitig wird nicht vollständig auf die subjektive *mens rea* verzichtet, sodass auch eine Übersetzung als „verschuldensunabhängige“ Verantwortlichkeit nicht passt.<sup>35</sup> Für die weitere Untersuchung wird deshalb am Begriff der *strict liability* festgehalten.

#### I. Praktische Anwendungsbereiche

In unseren vier Eingangsfällen führte jeweils eine *strict liability* zu einer Verurteilung. Es war unerheblich, dass der Metzger, Fabrikhaber, Autofahrer und junge Mann die objektiven Tatumstände nicht in subjektiver Hinsicht erfasst haben und nicht erfassen konnten. Von den zahlreichen Versuchen, die Rechtsfigur der *strict liability* zu kategorisieren,<sup>36</sup> eignet sich folgende Unterscheidung nach praktischen Anwendungsbereichen wohl am besten.<sup>37</sup>

##### 1. Regulatory offences

Den Hauptanwendungsfall der *strict liability* stellen die sog. *regulatory offences* dar. Wie sich aus dem US-amerikanischen Pendant der *public welfare offences* ergibt, dienen sie dem Schutz der Allgemeinheit. Normadressaten dieser Delikte sind Personen, die eine bestimmte Rolle oder Funktion in einem für die Allgemeinheit sensiblen Bereich ausüben.<sup>38</sup> Beispielhaft können das Lebensmittelrecht,

Umweltrecht oder Straßenverkehrsrecht genannt werden.<sup>39</sup> Sie betreffen regelmäßig nicht das Kernstrafrecht, sondern nebenstraf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Bereiche.

#### 2. Constructive Liability

Die *constructive liability* folgt dem kanonischen Prinzip von *versari in re illicita*.<sup>40</sup> Es geht darum, demjenigen, der sich schon im Bereich des Unrechts bewegt, die Folgen dieses Unrechts zuzurechnen. Auf die subjektive Tatseite hinsichtlich der eingetretenen Folge kommt es nicht an.<sup>41</sup> Ein prominentes Beispiel ist die Strafbarkeit wegen „gefährlichen Fahrens mit Todesfolge“ nach dem *Road Traffic Act 1988*. Dieser als *constructive liability* beschriebene Topos ähnelt der deutschen Erfolgsqualifikation.<sup>42</sup>

#### 3. Minderjährigenschutz bei Sexualdelikten

Zuletzt stellen Sexualdelikte im Zusammenhang mit Minderjährigen einen weiteren Anwendungsfall der *strict liability* dar.<sup>43</sup> Im *leading case* wurde der Irrtum des Täters über das Alter des Opfers für unbeachtlich erklärt.<sup>44</sup> Bis heute existieren im *Sexual Offences Act 2003* kodifizierte Tatbestände, bei denen es auf die (subjektive) Vorstellung des Täters vom Alter des Opfers nicht ankommt.

### II. Argumente und Anliegen der *strict liability*

Die Existenz der *strict liability* wird in der englischen Strafrechtswissenschaft mit verschiedenen Argumenten und Anliegen erklärt:

#### 1. Präventiver Schutz der Allgemeinheit

Das Hauptargument ist ihre Abschreckungswirkung. Insbesondere im Bereich der *regulatory offences* bedürfte es eines präventiven Schutzes der Allgemeinheit. Dieser werde durch die unerreichbaren Maßstäbe der *strict liability* gefördert. Potentielle Täter würden animiert, höchste Sorgfaltsanforderungen einzuhalten oder gefährdende Handlungen vollständig zu unterlassen.<sup>45</sup>

#### 2. Verbesserte Rechtsdurchsetzung im Strafprozess

Vertreter der *strict liability* argumentieren auch mit einer Effizienz- und Effektivitätssteigerung der Rechtsdurchsetzung im Strafprozess. Der aufwendige Nachweis einer subjektiven Tatseite verbräuche Zeit und Kosten.<sup>46</sup> Auch sollen Laienrichter nicht mit schwierigen Einzelfragen belastet werden.<sup>47</sup> Im Ergebnis würde das Strafrecht erfolgreicher durchgesetzt werden.

<sup>31</sup> Levenson, 78 Cornell L.Rev. 401, 417 (1993); Simmler (Fn. 21), S. 68 ff.

<sup>32</sup> Dazu Leigh, *Strict and vicarious liability*, 1982, S. 1, 44 ff.; Simmler (Fn. 21), S. 56, 333 ff.

<sup>33</sup> R v Lemon and Gay News Ltd [1979] 1 All ER 898, 920; Michaels, 112 Harv. L.Rev. 828, 830 ff.

<sup>34</sup> Ansonsten liefe dies im Ergebnis auf eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit hinaus. Der Begriff wird hier im Sinne der *substantive strict liability* in Abgrenzung zur *formal strict liability* verstanden, dazu Duff, *Strict Liability*, 2005, S. 125 f.

<sup>35</sup> Hörster (Fn. 6), S. 17 f.; abw. Forster, in: Sieber/Cornils, *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, 2008, S. 380 f.

<sup>36</sup> Dazu Simmler (Fn. 21), S. 313 ff.

<sup>37</sup> Hörster (Fn. 6), S. 22 ff.

<sup>38</sup> Dazu Deep, KSLR Blog, 10.02.2023.

<sup>39</sup> Sayre, 33 Colum. L.Rev. 55 (1933); Ashworth (Fn. 10), S. 533.

<sup>40</sup> Dazu Roxin/Greco, *Strafrecht AT I*<sup>5</sup>, 2020, § 10 Rn. 122.

<sup>41</sup> Duff (Fn. 34), S. 127; Simmler (Fn. 21), S. 78, 340 ff.

<sup>42</sup> Spencer/Pedain, in: Simester, *Appraising Strict Liability*, 2005, S. 238.

<sup>43</sup> Simmler (Fn. 21), S. 74 ff.

<sup>44</sup> R v Prince (1875) LR 2 CCR 154.

<sup>45</sup> Wasserstrom, 12 Stan. L. Rev. 731, 736 ff. (1960); Simester, in: Simester (Hrsg.), *Appraising Strict Liability*, 2005, S. 28 f.

<sup>46</sup> Simester (Fn. 45), S. 26; Stuckenberg, *Vorsatz und Irrtum*, 2007, S. 449.

<sup>47</sup> Simmler (Fn. 21), S. 62 f.

### III. Zusammenfassung

*Strict liability* beschreibt also eine Erfolgs- und Risikohaftung ohne den (vollständigen) Nachweis der subjektiven Tatseite. Auf Vorsatz und Fahrlässigkeit wird aus Gründen des präventiven Schutzes der Allgemeinheit und der verbesserten Rechtsdurchsetzung verzichtet. Diese Überlegungen werden auch dafür angeführt, *strict liability* bei der strafrechtliche Bewältigung der durch KI und den Klimawandel hervorgerufenen Herausforderungen einzusetzen.<sup>48</sup>

### D. Gegenüberstellung der deutschen Strafrechtsdogmatik

Dass eine Rechtsfigur wie die *strict liability* in der deutschen Rechtsordnung prinzipiell nicht existiert, wird mit dem Grundsatz *nulla poena sine culpa* erklärt. In ihm kommt das sog. Schuldprinzip zum Ausdruck. Der folgende Abschnitt widmet sich dieser Maxime des deutschen Strafrechts. Dabei sollen zunächst die Kategorie der Schuld und das Schuldprinzip erläutert werden, bevor sie der *strict liability* gegenübergestellt werden.

#### I. Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schulselemente

Das deutsche Strafrecht unterscheidet zwischen den Wertungskategorien des Unrechts und der Schuld. Die Unrechtsbestimmung erfolgt durch die Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit. Es wird festgestellt, dass das sozialschädliche Verhalten des Täters im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Auf der nächsten Ebene fällt die Schuld ein Urteil über die handelnde Person. Sie bestimmt, wann das Unrecht der handelnden Person zum strafbegründenden Vorwurf gemacht werden kann.<sup>49</sup> Eine positivrechtliche Definition des strafrechtlichen Schuldprinzips existiert nicht. Stattdessen regelt das StGB punktuell negative Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründe. Der Schuldprinzip stellt daher bis heute eine der bedeutendsten und umstrittensten Fragen der deutschen Strafrechtswissenschaft dar.<sup>50</sup> Nach dem vorherrschenden normativen Schuldprinzip bedeutet Schuld die persönliche Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens.<sup>51</sup> Die inhaltliche Begründung des Schuldprinzips ist im Einzelnen umstritten. Die Rechtsprechung fasst Schuld als das „Dafür-Können“ des Täters für das Unrecht auf. Der Schuldige entscheidet sich für das Unrecht, obwohl er sich rechtmäßig hätte verhalten können.<sup>52</sup>

Der Schuld kommen im Strafrecht zwei Funktionen zu:<sup>53</sup> Zum einen stellt sie eine notwendige Voraussetzung für die Verhängung von Strafe dar. Strafe setzt demnach Schuld voraus (sog. Schuldprinzip). In dieser Hinsicht kommt der Schuld also eine *strafbegründende* Funktion zu. Zum anderen bedeutet Schuld im Sinne der Strafzumessung, dass die Strafe im Einzelfall die Täterschuld nicht übersteigen darf und verhältnismäßig sein muss. Der Schuld kommt damit auch eine *strafbegrenzende* Funktion zu.

<sup>48</sup> Dazu Hasler (Fn. 8), S. 387 ff.; Fateh-Mogadam, ZStW 131 (2019), 863, 880 ff. m.w.N.

<sup>49</sup> Kindhäuser/Hilgendorf, in: dies. (Hrsg.), Kommentar zum StGB<sup>10</sup>, 2025, Vor § 13 Rn. 3 ff.

<sup>50</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), Kommentar zum StGB<sup>30</sup>, 2023, Vor § 13 Rn. 23 ff.

<sup>51</sup> Dazu Roxin/Greco (Fn. 40), § 19 Rn. 18 ff.

<sup>52</sup> BGHSt 2, 194, 200; Herzberg, GA 2015, 250 ff. m.w.N.

<sup>53</sup> Radtke, in: MüKoStGB<sup>4</sup>, 2020, Vor § 38 Rn. 14 f.

Im Deliktsaufbau wird der Vorsatz als subjektives Tatelement infolge der finalen Handlungslehre von Welzel im subjektiven Tatbestand geprüft.<sup>54</sup> Bei erster Betrachtung scheinen Vorsatz (und Fahrlässigkeit) damit Bestandteile des Unrechts und nicht der Schuld zu sein. Treffend weist allerdings Roxin darauf hin, dass es ein methodischer Fehler sei, „Deliktskategorien wie Raumgebilde voneinander zu isolieren“.<sup>55</sup> Der Schuldprinzip kann sich nicht auf die punktuellen Gesetzesregelungen beschränken. Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit wird vielmehr durch das Unrecht, also von Tatbestand und Rechtswidrigkeit mitbestimmt. Das Unrecht ist Bedingung und Bezugspunkt der Schuld.<sup>56</sup> Im weiteren Sinne erfasst die Schuld somit auch den subjektiven Tatbestand. Dies lässt sich insbesondere anhand der Fahrlässigkeit deutlich nachvollziehen: Die (individuelle) Fahrlässigkeit wird heute herrschend unter „III. Schuld“ geprüft. Genauso kommt auch dem Vorsatz eine Doppelstellung innerhalb von Unrecht und Schuld zu.<sup>57</sup> Ein Verzicht auf Vorsatz und Fahrlässigkeit im Sinne einer *strict liability*-Strafbarkeit würde somit einen Verzicht auf konstitutive Elemente der strafbegründenden Schuld bedeuten.

#### II. Verfassungsrechtliches Schuldprinzip

Die Vereinbarkeit einer *strict liability*-Strafbarkeit mit der deutschen Rechtsordnung kann sich nicht nur an einem einfachrechtlichen Schuldprinzip im Strafrecht messen lassen. Vielmehr kommt es darauf an, inwiefern das Schuldprinzip eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren hat und ob diese einer *strict liability*-Strafbarkeit entgegensteht.<sup>58</sup>

##### 1. Verortung und (Un-)Abwägbarkeit

Eine geschriebene Verfassungsnorm existiert für das Schuldprinzip nicht.<sup>59</sup> Dennoch hat ihm das BVerfG schon früh Verfassungsrang verliehen.<sup>60</sup> Die genaue Verortung im Grundgesetz ließ es dabei lange offen.<sup>61</sup> Dies veranlasste Stimmen in der Literatur dazu, über eine Abwägbarkeit des Schuldprinzips nachzudenken.<sup>62</sup> Dem ist das BVerfG in der Lissabon-Entscheidung entschieden entgegengetreten: Es verankerte das Schuldprinzip ausdrücklich in Art. 1 I, 20 III GG und machte es so zum unverfügbaren Fundament der Verfassung gegenüber dem einfachen und verfassungsändernden Gesetzgeber. Es gehöre zu „der wegen Art. 79 III GG unverfügbaren Verfassungsidentität“ und ist somit jeder Abwägung entzogen.<sup>63</sup>

##### 2. Inhaltliche Vereinbarkeit mit *strict liability*

Das inhaltliche Verhältnis von strafrechtlichem und verfassungsrechtlichem Schuldprinzip wird selten explizit erwähnt.<sup>64</sup> Vorliegend soll es genügen, dass das verfassungs-

<sup>54</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT<sup>54</sup>, 2024, Rn. 137 ff.

<sup>55</sup> Roxin/Greco (Fn. 40), § 10 Rn. 69.

<sup>56</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT<sup>5</sup>, 1996, S. 429 f.; Eisele, in: Tübinger Kommentar StGB<sup>31</sup>, 2025, Vor §§ 13 ff., Rn. 120/121.

<sup>57</sup> Schönemann/Vogel/Bülte, in: LK-StGB<sup>13</sup>, 2020, Vor § 15 Rn. 53.

<sup>58</sup> Zum Verfassungsvorrang bei Sommermann, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Kommentar zum GG<sup>8</sup>, 2024, Art. 20 GG Rn. 253 ff.

<sup>59</sup> So kann etwa nicht auf Art. 103 II GG abgestellt werden, dazu Hörnle, FS Tiedemann, 2008, 325 f.; abw. Degenhart, in: Sachs, Kommentar zum GG<sup>10</sup>, 2024, Art. 103 GG, Rn. 55.

<sup>60</sup> BVerfGE 20, 323, 331; Hirsch, ZStW 106 (1994), 746 m.w.N.

<sup>61</sup> Dazu Wolff, A6R 123 (1999), 55, 76 ff.

<sup>62</sup> Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 575 ff.; Schönemann/Vogel/Bülte (Rn. 57), Vor § 15 Rn. 48.

<sup>63</sup> BVerfGE 123, 267, 413; Meyer, NStZ 2009, 657 f.

<sup>64</sup> Radtke (Fn. 53), Vor § 38 Rn. 15; Hörnle (Fn. 59), S. 325, 340 ff.;

rechtliche dem strafrechtlichen Schuldprinzip im Wesentlichen entspricht. Somit setzt auch das verfassungsrechtliche Schuldprinzip voraus, dass Strafe nur bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten verhängt werden darf. Eine Rechtsfigur, die wie die *strict liability* auf den (vollständigen) Nachweis von Vorsatz oder Fahrlässigkeit verzichtet, verstößt damit auch gegen das verfassungsrechtliche Schuldprinzip.<sup>65</sup> Bedenkt man ferner, dass das BVerfG dem Schuldprinzip durch dessen Verankerung in Art. 1 I, 20 III GG besondere Bedeutung beigemessen hat, so scheint eine Einführung von *strict liability* in das deutsche Strafrecht vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund undenkbar.

### III. Ansätze des deutschen Strafrechts im Bereich der *strict liability*

Mit dieser Erkenntnis soll sich vorliegend aber nicht begnügt werden. Denn auch das deutsche Strafrecht muss den Anliegen der anglo-amerikanischen *strict liability* gerecht werden. Daher werden im Folgenden die entsprechenden Ansätze des deutschen Gesetzgebers (1.) und der deutschen Rechtspraxis (2.) erläutert, die diese Anliegen erfüllen (sog. funktionale Rechtsvergleichung).<sup>66</sup>

#### 1. Ansätze des Gesetzgebers

Der deutsche Gesetzgeber setzt in unterschiedlicher Weise an:

##### a) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit

Aus der Bezeichnung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ergibt sich bereits, dass diese für die Annahme einer Strafbarkeit nur objektiv verwirklicht sein müssen. Sie stellen keine Tatbestandsmerkmale dar, sodass sie auch von Vorsatz oder Fahrlässigkeit sowie der Schuld des Täters nicht erfasst sein müssen.<sup>67</sup> Die Parallelen zur *strict liability* und damit auch die Friktionen mit dem Schuldprinzip sind nicht zu übersehen. Die h.M. vermeidet (vermeintlich) einen Verstoß gegen das Schuldprinzip mithilfe eines formalen Arguments: So soll es genügen, dass der Täter hinsichtlich der übrigen Tatbestandsmerkmale vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Dieses Verhalten sei bereits „strafwürdig“. Die Strafbedürftigkeit sei indes erst gegeben, wenn die Strafbarkeitsbedingung objektiv eingetreten ist. Es handele sich demnach um *strafbegrenzende Merkmale*, für die kein Schuldzusammenhang bestehen müsse.<sup>68</sup> Diese formale Betrachtung wird in der Literatur durchaus kritisiert. So ist etwa zweifelhaft, dass i.R.v. § 323a I StGB bereits das tatbestandliche Verhalten („sich ... in einen Rausch versetzt“) für sich strafwürdig ist.<sup>69</sup> Es lässt sich festhalten, dass objektive Strafbarkeitsbedingungen in Konflikt mit dem Schuldprinzip treten.

<sup>65</sup> So auch *Adam/Schmidt/Schumacher*, NSZ 2017, 7, 13; *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 10 Rn. 53h ff.; a.A. *Schünemann/Vogel/Bülte* (Rn. 57), Vor § 15 Rn. 48.

<sup>66</sup> Dazu *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *Handbook of Comparative Law*, 2019, S. 345 ff.; zur strafrechtlichen Rechtsvergleichung *Fateh-Mogadam*, *Strafrechtsvergleichung*, 2011, S. 43 ff.

<sup>67</sup> Dazu ausführlich *Rönnau*, JuS 2011, 697.

<sup>68</sup> *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB<sup>13</sup>, 2020, § 15 Rn. 313; *Geisler*, GA 2000, 166 ff.

<sup>69</sup> Statt vieler *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 23 Rn. 7 ff., die hinsichtlich der Strafbarkeitsbedingung mindestens Fahrlässigkeit fordern.

#### b) Anpassung der Deliktstypen

„Lockerungen“ des Schuldprinzips zum Zwecke der Generalprävention und Beweiserleichterung erreicht der deutsche Gesetzgeber auch durch die Wahl unterschiedlicher Deliktstypen.

##### aa) Gefährungsdelikte

Die Einführung von Gefährungsdelikten ist eine Methode, den Anliegen der *strict liability* zu entsprechen. Es wird – in Abgrenzung zu Verletzungsdelikten – auf den Eintritt der Beeinträchtigung des Rechtsguts verzichtet. Die Strafbarkeit wird vorverlagert, um einerseits ein kollektives Rechtsgut bestmöglich zu schützen. Andererseits verlangt man nunmehr keine Verletzung und vermeidet so eine Beweisführung diesbezüglicher subjektiver Tatelemente.<sup>70</sup> Beispielhaft können die abstrakten Gefährungsdelikte des § 326 I StGB genannt werden. Hier wird für die Strafbarkeit auf den Eintritt einer Verletzung der geschützten Umwelt verzichtet.<sup>71</sup>

##### bb) Tätigkeitsdelikte

Ähnliches kann bei Tätigkeitsdelikten beobachtet werden. Hier wird – etwa im deutschen Sexualstrafrecht (§§ 173, 174, 176 StGB) – auf einen weiteren Erfolg verzichtet.<sup>72</sup> Stattdessen lässt man den Handlungsakt als Tatbestandserfüllung und Bezugspunkt von Vorsatz und Fahrlässigkeit ausreichen.

##### cc) Erfolgsqualifizierte Delikte

An die Figur der *constructive liability* erinnern die erfolgsqualifizierten Delikte. Es handelt sich um vorsätzliche Straftaten, deren Begehung eine zusätzliche schwere Folge nach sich zieht. Bis 1953 verzichtete der deutsche Gesetzgeber bei erfolgsqualifizierten Delikten auf den Nachweis von Vorsatz und Fahrlässigkeit hinsichtlich der qualifizierenden Folge.<sup>73</sup> Der heutige Wortlaut des § 18 StGB fordert, dass der Täter den Erfolg „wenigstens fahrlässig“ herbeigeführt hat.<sup>74</sup> Da alle anderen Fahrlässigkeitsmerkmale schon in der Begehung des Grunddelikts enthalten sind, kommt es nur auf die Voraussehbarkeit des Erfolgs an.<sup>75</sup> Einschränkend fordert die Rechtsprechung daher, dass der Erfolg in tatbestandsspezifischer Weise durch das vorsätzliche Grunddelikt herbeigeführt worden ist.<sup>76</sup> Die praktische Durchhaltung dieser einschränkenden Voraussetzung wird indes stark bemängelt.<sup>77</sup> Kann also beispielsweise der Tötungsvorsatz i.R.d. § 212 I StGB nicht nachgewiesen werden und erscheint eine Bestrafung allein nach den §§ 223, 224 StGB zu gering, kann auf die Erfolgsqualifikation des § 227 I StGB zurückgegriffen werden. Hinsichtlich des (Tötungs-)Erfolgs ist nur Fahrlässigkeit erforderlich. Die Anforderungen an die subjektive Tatseite werden reduziert.

<sup>70</sup> *Schünemann/Vogel/Bülte* (Fn. 57), Vor § 15 Rn. 19; *Hörster*, (Fn. 6), S. 166 ff.

<sup>71</sup> *Fischer*, Kommentar zum StGB<sup>72</sup>, § 326 Rn. 2 f.

<sup>72</sup> Dazu *Hörster* (Fn.6), S. 171 f.; *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 10 Rn. 103.

<sup>73</sup> Hierzu und weiteren früheren Ausnahmen vom Vorsatz- und Fahrlässigkeitsfordernis bei *Schünemann/Vogel/Bülte* (Fn. 57), Vor § 15 Rn. 20; dazu BVerfGE 9, 167.

<sup>74</sup> Statt vieler *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 10 Rn. 108 ff.

<sup>75</sup> BGHSt 24, 213, 215.

<sup>76</sup> Dazu *Küpper*, ZStW 111 (1999), 785.

<sup>77</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 10 Rn. 113 ff.; *Steinberg*, NSZ 2010, 72 ff.

## dd) Fahrlässigkeitsdelikte

Zuletzt sieht der deutsche Gesetzgeber in weiterem Maße als der englische Gesetzgeber Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten vor. Beispielhaft können die Straßenverkehrsdelikte (z.B. §§ 315c III, 316 II StGB) genannt werden. Neben vorsätzliche fahrlässige Strafbarkeiten mit geringeren Anforderungen an den Schuldvorwurf. Sie nehmen regelmäßig die Funktion als Auffangtatbestände ein. Ebenso wie bei der *strict liability* werden ein besserer Schutz der Allgemeinheit und Beweisvereinfachungen bezweckt.<sup>78</sup>

## c) Anpassung einzelner Tatbestandsmerkmale

Zur besseren (prozessualen) Durchsetzung des Strafrechts setzt der deutsche Strafgesetzgeber auch innerhalb eines Tatbestands an. Treffend beschreibt *Weigend* diesen Vorgang als die „Flucht ins materielle Recht“.<sup>79</sup> Dabei verändert der Gesetzgeber das materielle Strafrecht, um Beweisproblemen zu begegnen. Dies geschieht durch die Ergänzung, Veränderung oder Streichung bestimmter Tatbestandsmerkmale (z.B. des Vermögensschadens in §§ 264, 264a, 265b StGB), womit regelmäßig auch eine Veränderung des Deliktstyps einhergeht.<sup>80</sup>

## 2. Ansätze der Rechtspraxis

Die gesetzgeberischen Zielsetzungen werden von den objektivierenden Ansätzen der Rechtspraxis bei der Feststellung der subjektiven Tatseite ergänzt.

### a) Feststellung von Vorsatz

Der Vorsatznachweis beschränkt sich infolge der herrschenden Schuldtheorie auf die Tatumstandskennntnis. Es reicht, dass der Täter den sozialen Bedeutungsgehalt des strafbewehrten Verhaltens kennt (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).<sup>81</sup> Dies begünstigt die Annahme von Vorsatzstrafbarkeiten durch eine verstärkte Anwendung des strengeren § 17 StGB.<sup>82</sup> Ferner begegnet die Rechtspraxis den Beweisproblemen des Vorsatzes durch objektive Indiztatsachen. Die Gerichte greifen für die Vorsatzfeststellung auf Erfahrungssätze und allgemeingültige Beweisregeln zurück.<sup>83</sup> So ergibt sich etwa die für eine Verurteilung in Tötungsdelikten erforderliche richterliche Überzeugung (§ 261 StPO) regelmäßig aus der (objektiven) Lebensgefährlichkeit des Täterverhaltens.<sup>84</sup>

### b) Feststellung von Fahrlässigkeit

Auch der gesetzgeberische Ansatz, zusätzliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten zu normieren, wird durch die rechtspraktische Umsetzung flankiert. So macht sich die Rechtsprechung die Auffangfunktion der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zunutze. Bei Delikten wie § 316 StGB begnügt sie sich mit der (einfacheren) Feststellung der Fahrlässigkeit. Bei unklarer Beweislage wird nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* wegen Fahrlässigkeit verurteilt.<sup>85</sup> Gleichzeitig wenden deutsche

Strafgerichte einen strengen Fahrlässigkeitsbegriff an. Sorgfaltspflichten werden im Ausgangspunkt objektiv und ex post bestimmt. Auch die Rechtsfigur des Übernahme- oder Überwachungsverschuldens bezweckt einen möglichst großen Allgemeinheitsschutz und wirkt Beweisschwierigkeiten entgegen.<sup>86</sup>

## 3. Zusammenfassung

Es lässt sich konstatieren, dass der deutsche Gesetzgeber Instrumente der deutschen Strafrechtsdogmatik geschickt einsetzt, um den Schutz der Allgemeinheit zu betreiben und Beweisschwierigkeiten entgegenzuwirken. Eine freilich nicht weitgehende, aber gewisse Lockerung des (verfassungsrechtlichen) Schuldprinzips ist dabei zu beobachten. Auch die Rechtspraxis hat für die Anliegen der *strict liability* Wege gefunden, um die Vorsatz- und Fahrlässigkeitsfeststellung zu erleichtern. Im praktischen Ergebnis nähern sich die Rechtsfigur der *strict liability* und die Lösungen der deutschen Strafrechtsdogmatik somit an.

## E. Bewertung des englischen und deutschen Ansatzes

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem vorzugswürdigen Ansatz. Die deutsche Strafrechtswissenschaft beschränkt sich darauf, eine *strict liability*-Strafbarkeit allein mit dem Verweis auf das Schuldprinzip abzulehnen. Es bedarf allerdings einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den Argumenten der *strict liability* (I).<sup>87</sup> Anschließend sind diese den Erwägungen, die für die Einhaltung des Schuldprinzips sprechen, gegenüberzustellen (II.).

### I. Bewertung der Argumente für eine strict liability?

Die Argumente für eine *strict liability* werden bereits in der englischen Strafrechtswissenschaft stark kritisiert.<sup>88</sup>

#### 1. Präventiver Schutz der Allgemeinheit

Strafrechtliche *strict liability* soll abschrecken und so dem bestmöglichen Schutz der Allgemeinheit dienen. Für eine Implementierung in Deutschland könnte zunächst sprechen, dass auch hierzulande Personen im Bereich einer *strict liability*-Strafbarkeit – aus Angst vor Strafe – zu maximaler Sorgfalt animiert würden. Potentielle Täter könnten ganz von strafbewehrten Handlungen absehen. Zudem ist im anglo-amerikanischen Rechtsraum bisher nicht ersichtlich, dass Personen dadurch auch auf gesellschaftlich wünschenswerte Tätigkeit verzichten.<sup>89</sup>

Dennoch überzeugt diese Argumentation nicht. Bei genauer Betrachtung ergibt sich, dass der Straftäter im Zeitpunkt der strafbewehrten Handlung nicht von dieser abgehalten werden kann. Ihm fehlt gerade die subjektive Erfassung des Geschehens.<sup>90</sup> Der Normadressat, der ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit handelt, kann sich nicht bewusst gegen das Unrecht entscheiden. Außerdem müssen die Folgen einer *strict liability*-Strafbarkeit berücksichtigt werden: Sie bestraft auch denjenigen, der seine höchstmögliche Sorgfalt angewandt

<sup>78</sup> *Vogel/Bülte* (Fn. 68), Vor § 15 Rn. 19, 74.

<sup>79</sup> *Weigend*, FS Triffterer, 1996, S. 695, 705.

<sup>80</sup> Zwingend ist dies aber nicht, dazu *Hörster* (Fn. 6), S. 165 f. m.w.N.

<sup>81</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 12 Rn. 99 ff.

<sup>82</sup> *Vogel/Bülte* (Fn. 68), Vor § 15 StGB Rn. 19, 30.

<sup>83</sup> BGH NSTZ 2020, 349 f.

<sup>84</sup> Saliger, in: NK-StGB<sup>6</sup>, 2023, § 212 Rn. 11 ff.

<sup>85</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Tübinger Kommentar zum StGB<sup>31</sup>, 2025, § 15 Rn. 4.

<sup>86</sup> Dazu *Hörster* (Fn. 6), S. 186 ff. m.w.N.

<sup>87</sup> So auch *Vogel/Bülte* (Fn. 68), § 15 Rn. 18.

<sup>88</sup> Stattdessen für die Einführung von Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten ins englische Strafrecht etwa *Ormerod/Laird* (Fn. 17), S. 170 ff.

<sup>89</sup> *Wasserstrom* (Fn. 45), 736 ff.

<sup>90</sup> *Weik*, Objektive und subjektive Verbrechenselemente, 2004, S. 251 f.

hat. Für den potentiellen Normadressaten sinkt der Anreiz, überhaupt vorsichtig zu handeln.<sup>91</sup> Wirtschaftlich Tätige würden – zumindest bei Geldstrafen – den Normverstoß im Sinne einer Kosten-Nutzen-Relation miteinzupreisen. Es kann aber bezweifelt werden, ob ein Verzicht auf Sorgfaltsmaßstäbe marktwirtschaftlich sinnvoll ist oder ob potenzielle Täter gänzlich abgeschreckt würden. Letztlich fehlen empirische Untersuchungen, um den Abschreckungseffekt von strafrechtlicher *strict liability* zu messen.<sup>92</sup> Dieser Effekt – wenn er denn überhaupt besteht – wird in Deutschland aber wohl genauso gut über die strenge Fahrlässigkeitshaftung erreicht. Eine *strict liability*-Strafbarkeit würde in Deutschland nämlich neben Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten treten und nur diejenigen abschrecken, denen nicht einmal ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann.<sup>93</sup> Dieser zusätzliche Schutz der Allgemeinheit durch *strict liability* wäre – im besten Falle – nur sehr gering.

## 2. Verbesserte Rechtsdurchsetzung im Strafprozess

Weiterhin soll eine *strict liability*-Strafbarkeit zu einer verbesserten Rechtsdurchsetzung im Strafprozess führen, indem sie auf den schwierigen Nachweis einer subjektiven Tatseite verzichtet. Es entfällt sicherlich eine Beweisschwierigkeit, wenn weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit nachgewiesen werden müssen. Dieser Herausforderung sind die deutschen Berufsrichter – im Gegensatz zu englischen Laienrichtern – aber weitaus besser gewachsen. Zudem muss das Gericht die subjektive Tatseite spätestens auf Ebene der Strafzumessung berücksichtigen. Im Ergebnis muss es sich gezwungenermaßen mit den Fragen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit auseinandersetzen. Eine Effizienzsteigerung des deutschen Strafverfahrens wäre nicht zu erwarten.<sup>94</sup> Für deutsche Strafverfolgungsbehörden würde eine *strict liability* sogar zu einer Mehrbelastung führen. Sie wären infolge des Legalitätsprinzips (§ 152 II StPO) verpflichtet, jedem objektiven Normverstoß nachzugehen.

## 3. Zwischenergebnis

Den Charakteristika des deutschen Strafrechts würde eine *strict liability*-Einführung umso weniger gerecht. Die vorgestellten Ansätze des deutschen Strafrechts – insbesondere die ausgeprägte Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – erfüllen hierzulande die Hauptanliegen der *strict liability*.

### II. Vorzugswürdigkeit des Schuldprinzips

Obschon die Argumente für eine Einführung der *strict liability* in Deutschland nicht überzeugen, weisen verschiedene Ansätze des deutschen Strafrechts in die Richtung einer solchen Strafbarkeit (z.B. strenger Fahrlässigkeitsmaßstab, objektive Strafbarkeitsbedingungen).

#### 1. Methodenehrliches Strafrecht?

Nach Ansicht von *Vogel* und *Bülte* soll es deshalb „methodenehrlicher“ sein, die strenge Durchhaltung des Schuldprinzips auch in Deutschland aufzugeben.<sup>95</sup>

Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass das deutsche Strafrecht durchaus „Lockerungen“ des Schuldprinzips kennt. Gleichzeitig treten insbesondere die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nur sehr vereinzelt im deutschen Strafrecht auf. Die Friktionen mit dem Schuldprinzip stellen sich nur bei denjenigen Strafbarkeitsbedingungen, die nicht nur strafbegrenzende Funktion haben sind (z.B. §323a StGB).<sup>96</sup> Außerdem wird – auch teilweise durch die Rechtsprechung – zumindest diesbezügliche Fahrlässigkeit gefordert.<sup>97</sup> Hinsichtlich der restlichen „Lockerungen“ des Schuldprinzips ist das Vorgehen des deutschen Strafrechts entgegen der geäußerten Kritik wohl dennoch das „methodenehrlichere“: Der deutsche Strafgesetzgeber verzichtet nämlich nicht pauschal auf den Nachweis der subjektiven Tatseite, wenn das aktuelle Strafrecht an seine Grenzen stößt. Stattdessen hält sich der Gesetzgeber formal an den Maßstab des Schuldprinzips, wenn er objektive Strafbarkeitsbedingungen einführt und Deliktstypen sowie Fahrlässigkeitsdelikte schafft. Darüber hinaus sind die Methoden, derer sich die Rechtspraxis zur Feststellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bedient, der Tatsache geschuldet, dass eine subjektive Tatseite grundsätzlich nur mittelbar nachgewiesen werden kann.<sup>98</sup> Sie geht dieser Herausforderung nicht aus dem Weg, sondern begegnet ihr mit legitimen Mitteln unter Einhaltung des Schuldprinzips.

#### 2. Keine Bestrafung von Unschuldigen

Der *strict liability* wird zwar aus rechtspragmatischer Sicht zugutegehalten, dass sie den „wahrscheinlich“ Schuldigen bestraft.<sup>99</sup> Gleichzeitig erhöht sie aber das Risiko der Bestrafung von – nach unserem Verständnis – Unschuldigen. Zwar können Fehlverurteilungen in einer Rechtsordnung nicht ausgeschlossen werden. Die Einführung einer *strict liability*-Strafbarkeit würde – neben einer Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – aber aktiv in Kauf nehmen, dass Personen für einen Normverstoß bestraft werden, „für den sie nichts können“.<sup>100</sup> An dieser Stelle zeigt sich die zentrale Funktion des Schuldprinzips als Begrenzungskriterium. Es begrenzt die Anwendung des Strafrechts auf vorsätzlich oder fahrlässige, mithin auf schuldige Täter und setzt dem Strafrecht damit eine „rote Linie“. Diese darf der Staat zum Schutz der Allgemeinheit gegenüber dem einzelnen Bürger nicht übertreten. Neben diese negative Begrenzung tritt die positive Funktion des Schuldprinzips. Es schafft und erhält die Bedeutung des Strafrechts als „ultima ratio“.<sup>101</sup> Dies lässt sich anhand der Legitimationsgründe für staatliches Strafen nachzeichnen. Die herrschende Vereinigungstheorie legitimiert Strafe mit einhergehendem Schuldausgleich sowie ihrer Spezial- und Generalprävention.<sup>102</sup> Dem Schuldausgleich wird durch die Möglichkeit der Bestrafung Unschuldiger seine Grundlage entzogen. Ein spezialpräventiver Effekt kann bei dem Täter, der weder vorsätzlich noch fahrlässig handelt, nicht erreicht werden. Dasselbe gilt für die Abschreckungswirkung der Allgemeinheit im Sinne der negativen Generalprävention. Das deutsche Strafrecht erreicht seine Abschreckungswirkung vielmehr erst dadurch, dass dem Straftäter in einem Verfahren Unrecht und Schuld nachgewiesen wurden. Erst dies

<sup>91</sup> *Howard*, *Strict Responsibility*, 1963, S. 26.

<sup>92</sup> Dazu *Richardson*, *Crim. L.R.* 295, 304 f. (1987).

<sup>93</sup> *Bähr* (Fn. 16), S. 134.

<sup>94</sup> *Hörster* (Fn. 6), S. 41 f., 72 ff. m.w.N., u.a. zum englischen Beweis- und Verfahrensrecht.

<sup>95</sup> *Vogel/Bülte* (Fn. 68), Vor § 15 Rn. 21.

<sup>96</sup> *Walter*, in: *LK-StGB*<sup>13</sup>, 2020, Vor § 13 Rn. 161.

<sup>97</sup> *BGHSt* 10, 247, 251; dazu *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 23 Rn. 7 ff.

<sup>98</sup> *Vogel/Bülte* (Fn. 68), Vor § 15 Rn. 71.

<sup>99</sup> *Williams* (Fn. 22), S. 928.

<sup>100</sup> *Hörster* (Fn. 6), S. 87 ff.

<sup>101</sup> *BVerfGE* 120, 224, 240.

<sup>102</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 3 Rn. 33 ff.

bedingt die Stigmatisierung des Straftäters und legitimiert die Anwendung des Strafrechts. Wird auf diese konstitutiven Schulselemente verzichtet, würde diese zentrale Funktion des Strafrechts aufgegeben. Darüber hinaus würde eine Möglichkeit der Bestrafung Unschuldiger das Rechtsbewusstsein nachhaltig erschüttern und die positive Generalprävention des deutschen Strafrechts untergraben. Sie würde der Aufgabe der Kriminalstrafe entgegenwirken, „die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen“.<sup>103</sup> Eine Einführung von *strict liability*-Strafbarkeit würde somit nicht nur das Schuldprinzip sondern auch weitere elementare Grundlagen des deutschen Strafrechts durchbrechen.

## F. Schlussbemerkungen und Ausblick an ausgewählten Beispielen

Es ist zunächst wichtig festzuhalten, dass die Verbreitung der *strict liability*-Strafbarkeit im anglo-amerikanischen Rechtsraum auf dessen Besonderheiten zurückzuführen ist. Mit Blick auf das strenge deutsche Schuldprinzip ist die Einführung dieser Rechtsfigur hierzulande nicht denkbar, aber auch nicht wünschenswert. Als Begrenzungskriterium legt das Schuldprinzip den Anwendungsbereich staatlichen Strafs fest und erhält zugleich die Bedeutung des Strafrechts als „schärfstes Schwert des Staates“. Es sichert ein rechtsstaatliches Maß an Einzelfallgerechtigkeit. Die Vorteile einer *strict liability*-Strafbarkeit rechtfertigen eine Bestrafung Unschuldiger nicht. Ihre Einführung würde die deutsche Strafrechtsdogmatik erschüttern.<sup>104</sup>

Umso gespannter muss die deutsche Strafrechtswissenschaft den Blick auf die nahenden Herausforderungen des Schuldprinzips richten. Der EuGH lehnte die Annahme einer *strict liability* in Art. 83 DS-GVO ausdrücklich ab, wobei er sich indes überwiegend auf grammatikalische und systematische Argumente aus dem Datenschutzrecht stützte.<sup>105</sup>

Die Stimmen, die eine *strict liability*-Strafbarkeit für große Herausforderungen unserer Zeit fordern, sollten dabei nicht allzu sehr verunsichern.<sup>106</sup> Das deutsche Strafrecht hat gezeigt, dass es überbewährte Instrumente verfügt, um etwa der KI oder dem Klimawandel gerecht zu werden.<sup>107</sup> Unter Einhaltung des Schuldprinzips als „strafrechtssystematische Fundamentalsicherung“<sup>108</sup> wird das deutsche Strafrecht auch diesen Herausforderungen ohne die Einführung einer *strict liability* gewachsen sein.

<sup>103</sup> BVerfGE 45, 187, 255 f.; MüKo-StGB/Radtke, Vor § 38 Rn. 35.

<sup>104</sup> Ähnlich Schönemann, FS Roxin, 1, 10 f.

<sup>105</sup> EuGH, *Deutsche Wohnen* (Fn. 9), Rn. 62 ff. Zur fehlenden Vereinbarkeit auch mit dem Schuldprinzip Heckmann, MMR 2023, 816, 818.

<sup>106</sup> Etwa Hasler (Fn. 8), S. 387 ff.

<sup>107</sup> So auch Fateh-Mogadam, ZStW 131 (2019), 863, 880 ff. m.w.N

<sup>108</sup> Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 16 f.

Simon Rösler\*

# Hintergrund und Inhalt vertraglicher Freistellungsklauseln im Kontext des Unternehmenskaufs

## A. Einführung

Der Käufer eines Unternehmens möchte für den gezahlten Kaufpreis eine werthaltige Gegenleistung erhalten. Dabei stellen Vertragsverhandlung und vorherige Untersuchung des Unternehmens (*Due Diligence*) zwar wichtige Instrumente zur Risikominimierung dar, können ihn jedoch nicht vollends absichern. Vielmehr kommt einem Haftungssystem beim Unternehmenskauf überragende Bedeutung zu.<sup>1</sup> Steht im Rahmen eines M&A-Prozesses das schwer quantifizierbare Risiko im Raum, das Unternehmen könnte nach dem *Closing* wegen eines noch dem Verkäufer zurechenbaren Verhaltens von außen in Anspruch genommen werden, verpflichtet sich dieser oft unter Abbedingung des gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechts, den Käufer von entsprechenden Drittverbindlichkeiten „freizustellen“.<sup>2</sup> Die in der anglo-amerikanisch geprägten Transaktionssprache als „*contractual indemnities*“ bezeichneten Freistellungsvereinbarungen zählen zu den „schillerndsten Klauseln internationaler Wirtschaftsverträge“.<sup>3</sup> Nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist, warum in der Praxis von den Parteien auf solche Klauseln zurückgegriffen wird und was sie beinhalten.

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Beantwortung dieser Fragen und der Einordnung von Freistellungsklauseln im Kontext des Unternehmenskaufs. Dafür wird zunächst eine Absicherung des Unternehmenskäufers vor unerkannten Drittverbindlichkeiten über das BGB-Mängelgewährleistungsrecht untersucht (B.). Dem wird ein Schutz durch vertragliche Freistellungsansprüche gegenübergestellt (C.). Die Bestimmung des inhaltlichen Umfangs einer Freistellungsverpflichtung unter kritischer Rezeption der ständigen Rechtsprechung des BGH (C. IV.) steht dabei im Mittelpunkt der Arbeit. Abschließend werden beide Haftungssysteme hinsichtlich der Intensität des Käuferschutzes miteinander verglichen (D.).<sup>4</sup> Basierend auf dem Untersuchungsergebnis erfolgt eine konkrete Handlungsempfehlung (E.).

## B. BGB-Mängelgewährleistungsrecht

Um zu erklären, warum in der Kautelarjurisprudenz bei im Raum stehenden Drittverbindlichkeiten des Unternehmens häufig auf vertragliche Freistellungsklauseln zurückgegriffen wird, soll zunächst eine hypothetische Abwicklung solcher Fälle über das in weiten Teilen dispositive BGB-Mängelgewährleistungsrecht skizziert werden.<sup>5</sup> Dabei ist zu

untersuchen, ob der vielfach geäußerten Diagnose, die gesetzlichen Haftungsregelungen seien sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite für einen komplexen Unternehmenskauf unzulänglich und unpraktikabel,<sup>6</sup> im konkreten Fall zuzustimmen ist.

### I. Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechts auf den Unternehmenskauf war vor der Schuldrechtsreform hoch umstritten, ist mit Schaffung des § 453 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB inzwischen jedoch von großen Teilen der Literatur anerkannt und wird von der Rechtsprechung ohne Problematisierung vorausgesetzt.<sup>7</sup> Weil § 453 Abs. 1 S. 1 BGB die Vorschriften des Sachkaufs für entsprechend anwendbar erklärt, ist „Einfallstor“ aller Gewährleistungsrechte des Käufers ein Mangel des Unternehmens (§§ 437, 434, 435 BGB).

### II. Drittverbindlichkeiten als Mangel

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet zunächst die Frage, inwiefern Drittverbindlichkeiten des Unternehmens überhaupt einen Mangel des Kaufgegenstands begründen können. Für die Beantwortung ist eine Unterscheidung zwischen den zwei Übertragungsmodi (*Asset Deal* und *Share Deal*) angezeigt, weil sich der Übergang von Forderungen Dritter in die Sphäre des Käufers jeweils stark unterscheidet.

#### 1. Asset Deal

Bei einem *Asset Deal* erwirbt der Käufer bei genauer Betrachtung lediglich einzelne, konkrete Vermögensgegenstände des Unternehmens. Vertragliche Verpflichtungen gegenüber Dritten gehen im Ausgangspunkt nur insoweit nach §§ 414, 415 BGB über, als die Parteien bei Vertragsschluss unter Einschluss des Gläubigers eine konkrete Vereinbarung treffen. Andernfalls läge ein Vertrag zulasten Dritter vor.<sup>8</sup> Gesetzlich vorgesehene (Mit-)Haftungstatbestände schaffen für den Käufer daneben jedoch erhebliche Risiken: So können nach dem Grundsatz der Erwerberhaftung (§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB) und einer Reihe spezialgesetzlicher Tatbestände (§§ 75 AO, 613a BGB, 4 BBodSchG) umfangreiche Verbindlichkeiten ohne Kenntnis und Billigung auf ihn übergehen.<sup>9</sup> Aus seiner Perspektive stellt sich die Frage, ob solch ungewollt übergegangene Verbindlichkeiten als Rechts- oder Sachmangel (§§ 434, 435 BGB) des *Assets* eine Haftung des Verkäufers auslösen.

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Meyer-Sparenberg, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle (Hrsg.), Beck'sches M&A-Handbuch<sup>2</sup>, 2022, § 47 Rn. 1.

<sup>2</sup> Jaques, in: Ettinger/Jaques (Hrsg.), Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand<sup>3</sup>, 2021, Abschn. D, Rn. 591; Schütt, NJW 2016, 980; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014.

<sup>3</sup> Beck, Die Umwandlung des Befreiungsanspruchs, 2021, S. 45; Mayer, ZIPW 2015, 226, 227; Ostendorf, JZ 2013, 654.

<sup>4</sup> Auf das in der Praxis verbreitete Institut der vertraglichen Garantien (vgl. nur Meyer-Sparenberg (Fn. 1), § 47 Rn. 7) geht diese Arbeit aus Platzgründen nicht gesondert ein.

<sup>5</sup> Zu den Grenzen Meyer-Sparenberg (Fn. 1), § 47 Rn. 73; Weber, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf<sup>10</sup>, 2022, Rn. 9.285.

<sup>6</sup> Wilhelmi, in: BeckOGKBGB, Stand: 1.4.2023, § 453 Rn. 588; Hilgard, BB 2016, 1218, 1220; Korch, JuS 2018, 521, 525 f.; Weber (Fn. 5), Rn. 9.283.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2019, 145; OLG Köln, ZIP 2009, 2063, 2064; OLG Karlsruhe, VersR 2020, 422, 423; Thiessen, in: Münchener Kommentar zum HGB<sup>5</sup>, 2021, Anh. § 25 Rn. 58 ff.; Wilhelmi, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 595; Bisle, DStR 2013, 364; BT-Drs. 14/6040, S. 242; a.A. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 124; Huber, AcP 202 (2002), 179 ff.

<sup>8</sup> Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3015.

<sup>9</sup> Jaques (Fn. 2), Abschn. D, Rn. 261 ff.; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3015.

### a) Rechtsmangel (§§ 435, 453 Abs. 1 BGB)

Ein Rechtsmangel liegt nach allgemeiner Definition vor, wenn von Dritten aufgrund eines privaten oder öffentlichen Rechts das Eigentum, der Besitz oder der unbeschränkte Gebrauch des Kaufgegenstands beeinträchtigt werden kann.<sup>10</sup> Unstreitig sind deshalb z.B. öffentlich-rechtliche Verbote, nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB übergegangene schuldrechtliche Unterlassungspflichten oder Patente Dritter Rechtsmängel des Unternehmens i.S.v. §§ 435, 453 Abs. 1 BGB, soweit sie dem gewinnerzielenden Geschäftsbetrieb entgegenstehen.<sup>11</sup>

Ob Verbindlichkeiten, die unvorhergesehen durch gesetzliche Haftungstatbestände auf den Erwerber übergehen, den Betrieb des Unternehmens aber nicht unmittelbar beeinträchtigen, ebenfalls als Rechtsmängel zu qualifizieren sind, ist dagegen umstritten. Nach einigen Stimmen in der Literatur müsse Beachtung finden, dass die unter § 25 Abs. 1 S. 1 HGB fallenden Verbindlichkeiten einen engen Bezug zum Unternehmen als Kaufgegenstand haben, auch wenn bei einem *Asset Deal* nicht das Unternehmen, sondern der Käufer als Unternehmensträger Schuldner der Forderungen wird.<sup>12</sup> § 25 Abs. 1 S. 1 HGB lasse sich der Rechtsgedanke entnehmen, dass die unter die Norm fallenden Verbindlichkeiten bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen (insb. Firmenfortführung) kontinuierlich an die Unternehmensträgerschaft gebunden sind.<sup>13</sup> Auch bestehe bei Nichterfüllung stets die Gefahr der Vollstreckung in das Unternehmensvermögen.<sup>14</sup> Noch zu § 434 BGB a.F. (Rechtsmängelhaftung) formulierte *Baur* im Einklang mit der bis heute herrschenden Meinung dagegen, die Geltendmachung bisher unbekannter Forderungen durch Dritte führe nicht zu einer rechtlichen, sondern einer bloß faktischen Beeinträchtigung der unternehmerischen Gewinnerzielung, und sei deshalb nicht von der Rechtsmängelhaftung umfasst.<sup>15</sup>

### b) Sachmangel (§§ 434, 453 Abs. 1 BGB)

Ob unerkannt auf den Käufer übergegangenen Verbindlichkeiten einen Sachmangel begründen, hängt entscheidend davon ab, wie weit der Kreis der relevanten Umstände gefasst wird, die einen solchen begründen können. Insbesondere muss geklärt werden, ob die Beschaffenheit des Kaufgegenstands (vgl. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB) auf körperliche Eigenschaften beschränkt ist.

Unter Bezugnahme auf die alte Rechtsprechung zu § 459 Abs. 2 BGB a.F. wollen einige Autoren weiterhin nur körperliche Eigenschaften der Sache und ihr auf Dauer anhaftende Umstände tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Art dem Beschaffenheitsbegriff unterwerfen.<sup>16</sup> Die Nichtübereinstimmung des Unternehmens mit

Bilanzangaben wurde in der Rechtsprechung und Literatur lange nicht als Fehler gewertet, weil wirtschaftliche Begebenheiten nicht als Beschaffenheit der Kaufsache angesehen wurden und von einer Vielzahl externer Faktoren abhängig sein sollten.<sup>17</sup> Der restriktiven Anwendung der §§ 459 ff. BGB a.F. lag letztlich der pragmatische und ergebnisorientierte Gedanke zugrunde, die gesetzliche Haftung beim Unternehmenskauf dem flexibleren und interessengerechten Institut der verschuldensabhängigen *culpa in contrahendo* weichen zu lassen.<sup>18</sup>

Nach heutigem Verständnis erscheint diese Beschränkung des Beschaffenheitsbegriffs indes nicht mehr tragbar.<sup>19</sup> Die Begründung des Gesetzentwurfs zur Schuldrechtmodernisierung verhält sich zwar nicht direkt zu der Frage, stellt aber klar, dass die Gründe des BGH, die Haftung des Verkäufers nach den Vorschriften über das Verschulden bei Vertragsanbahnung zu beurteilen, mit der Neufassung von §§ 434, 453 Abs. 1 BGB weithin entfallen seien.<sup>20</sup>

In der Literatur wird deshalb vielfach dafür plädiert, „unbekannte“, nicht ausgewiesene Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, die erst im Anschluss an die Übernahme des Unternehmens auftauchen, für die aber der Käufer wegen gesetzlicher Haftungstatbestände (s.o.) eintreten muss, als Substanzmangel zu berücksichtigen.<sup>21</sup>

Unabhängig davon, ob man sich dieser Meinung anschließt, bleibt im Einzelfall freilich die Subsumtion einer solchen Drittforderung unter § 434 Abs. 2 und 3 BGB problematisch. Unentdeckte Schulden führen, wenn sie nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Bilanzierung hätten aufgeführt werden müssen, verschuldensunabhängig zur Unrichtigkeit und Mangelhaftigkeit der vom Verkäufer vorgelegten Kennziffern des Unternehmens, die im Regelfall Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) sind.<sup>22</sup> In allen anderen Fällen verbleibt dem Käufer – weil eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung für Unternehmenskäufe untypisch ist – nur ein Rückgriff auf die fehlende gewöhnliche Beschaffenheit oder Verwendbarkeit des Unternehmens (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 BGB).<sup>23</sup> Eine Bestimmung dieser Begriffe bereitet bei dem von individuellen Charakteristika des Kaufgegenstands geprägten Unternehmenskauf naturgemäß Schwierigkeiten.<sup>24</sup> Der Käufer muss sich die berechtigte Frage gefallen lassen, ob das nachträgliche „Auftauchen“ unbekannter Drittverbindlichkeiten, sofern nicht deren Höhe eine beim *Asset Deal* den Käufer selbst treffende Insolvenz

<sup>10</sup> Vgl. *Weidenkaff*, in: Grüneberg (Hrsg.), BGB<sup>83</sup>, 2024, § 435 Rn. 5; *Maultsch*, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup>, 2019, § 435 Rn. 6; *Bidenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Band 2<sup>9</sup>, 2024, § 435 Rn. 1.

<sup>11</sup> So schon RGZ 88, 103, 105; *Faust*, in: BeckOKBGB, 69. Edition, Stand: 01.02.2024, § 453 Rn. 30 m.w.N.

<sup>12</sup> *Oetker/Maultsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>5</sup>, 2018, § 2 Rn. 128; *Maultsch*, in: MüKoBGB (Fn. 10), § 453 Rn. 42.

<sup>13</sup> *Ebd.*

<sup>14</sup> Vgl. *Faust*, in: BeckOKBGB (Fn. 11), § 453 Rn. 30.

<sup>15</sup> *Baur*, BB 1979, 381, 386; *Grunewald*, in: Erman (Hrsg.), BGB<sup>17</sup>, 2023, § 435 Rn. 9.

<sup>16</sup> *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 124f.; *Huber*, AcP 202 (2002), 179, 228.

<sup>17</sup> Vgl. BGH, NJW 1970, 653; BGH, NJW 1972, 1658; BGH, NJW 1978, 370; zusammenfassend *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 40 f.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1990, 1658, 1659; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup>, 2019, § 453 Rn. 23; *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 587; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 41; *Korch*, JuS 2018, 521, 522.

<sup>19</sup> BGH, NJW 2011, 1217 Rn. 13; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (Begr.), BGB, 2014, § 453 Rn. 133 ff.; *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 607 ff.; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 42.

<sup>20</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 242.

<sup>21</sup> *Beckmann*, in: Staudinger (Begr.), BGB, 2014, § 453 Rn. 136; *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 38; *Vossler*, in: Oetker (Hrsg.), HGB<sup>8</sup>, 2024, Anh. §§ 25-28 Rn. 39; *Westermann*, in: MüKoBGB (Fn. 18), § 453 Rn. 31; *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 671 f.; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 47; *a.A. Lorenz*, in: FS Heldrich, 2005, S. 305, 318 ff.

<sup>22</sup> *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 83.

<sup>23</sup> *Korch*, JuS 2018, 521, 523.

<sup>24</sup> Zusammenfassend *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>6</sup>, 2014, § 5 Rn. 40; *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 620 f. Gänzlich ablehnend *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 48.

auslösen kann,<sup>25</sup> der gewöhnlichen Beschaffenheit eines Unternehmens wirklich entgegensteht oder nicht vielmehr eine der Transaktion immanente Typizität und ein vom ihm zu tragendes Risiko darstellt.

## 2. Share Deal

Bei einem *Share Deal* erwirbt der Käufer Beteiligungsrechte an einer das Unternehmen tragenden Gesellschaft und mit diesen auch die Rechte und Pflichten. Er tritt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vollständig in die Vergangenheit des Unternehmens ein und wird als Gesellschafter durch die Altverbindlichkeiten der Gesellschaft – freilich nur mittelbar – belastet.<sup>26</sup>

Beim Kauf von Gesellschaftsanteilen handelt es sich im Ausgangspunkt zwar um einen Rechtskauf i.S.v. § 453 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB,<sup>27</sup> sodass den Verkäufer kraft Gesetzes nur eine Gewährleistung für den Bestand des Rechts (Verität), nicht aber für die Einbringlichkeit der Forderung (Bonität) und ebenso wenig für die Güte des Gegenstands, auf welchen sich das Recht bezieht, trifft.<sup>28</sup>

Diese formalistische Betrachtungsweise ist aber schon früh auf Kritik gestoßen, weil es wirtschaftlich und faktisch keinen Unterschied macht, ob der Käufer die Bestandteile des Unternehmens oder die Gesellschaft erwirbt, die das Unternehmen betreibt.<sup>29</sup> Für die Annahme eines Unternehmenskaufs in Form eines *Share Deals* muss sich der Kaufvertrag aber auf (fast) sämtliche Gesellschaftsanteile beziehen, sodass dem Käufer die alleinige Verfügungsbefugnis über das Unternehmen zusteht.<sup>30</sup> Die genaue Abgrenzung zwischen bloßem Beteiligungskauf und *Share Deal* ist indes umstritten.<sup>31</sup> Nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre können aber im letzteren Falle auch Rechts- und Sachmängel des verkauften Unternehmens eine Haftung des Verkäufers begründen.<sup>32</sup> Es können dann die Grundsätze zum *Asset Deal* (s.o.) entsprechend herangezogen werden.<sup>33</sup>

## III. Haftungsausschluss nach § 442 Abs. 1 BGB

Von erheblicher praktischer Relevanz ist die Frage der Auswirkungen einer etwaigen Kenntnis (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB) oder grob fahrlässigen Unkenntnis (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB) des Käufers über das Bestehen von Drittverbindlichkeiten bei *Signing* des Unternehmenskaufvertrags.<sup>34</sup> Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis können insbesondere im Rahmen einer *Due Diligence* entstehen.<sup>35</sup>

Nicht ausreichend für positive Kenntnis ist das bloße Wissen des Käufers um die zugrunde liegenden Tatsachen ohne den gedanklichen Schluss, dass aufgrund dieser Tatsachen

Dritte Rechte gegen den Käufer oder das Unternehmen geltend machen können.<sup>36</sup> Es reicht aber aus, wenn der Käufer „im Kern“ erkannt hat, welche Rechte des Dritten in Betracht kommen.<sup>37</sup> Irrt der Käufer über den Inhalt (also auch die Höhe) der Drittverbindlichkeit, ist die Anwendung von § 442 Abs. 1 S. 1 BGB zwar ausgeschlossen.<sup>38</sup> Zu denken ist aber stets an § 442 Abs. 1 S. 2 BGB, wobei ungeklärt ist, welches Käuferverhalten im Rahmen einer *Due Diligence* grob fahrlässige Unkenntnis begründet.<sup>39</sup> Unkenntnis schadet nach dem Wortlaut der Norm nicht, wenn der Verkäufer Informationen arglistig verschwiegen hat.

Aus dem Gesagten folgt jedenfalls die Erkenntnis, dass das gesetzliche Mängelgewährleistungsrecht den Käufer nur dann vollständig absichern kann, wenn potenzielle Drittverbindlichkeiten bei Vertragsschluss überhaupt nicht offengelegt wurden.<sup>40</sup> Dem Veräußerer dagegen nützt es, wenn der Erwerber möglichst viele Umstände in der *Due Diligence*-Prüfung erfährt oder bei entsprechender Prüfung der zur Einsicht vorgelegten Unterlagen hätte erfahren können.<sup>41</sup>

## IV. Rechtsbehelfe des Käufers

Selbst wenn dem Käufer der Nachweis eines Mangels gelingt und die Gewährleistung nicht nach § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist, bereitet die Durchsetzung der einzelnen Rechtsbehelfe des § 437 BGB beim Unternehmenskauf in der Regel unterschiedliche Schwierigkeiten.<sup>42</sup>

### 1. Primär: Nacherfüllung

Die pauschale Leugnung der Anwendbarkeit des § 439 BGB mit dem Argument, die Nacherfüllung passe nicht zur Eigenart des Unternehmenskaufs,<sup>43</sup> vermag nicht zu überzeugen. Bei genauerer Betrachtung steht einem Anspruch des Käufers auf Nachbesserung (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) gerade bei relevanten Einzelmängeln wie dem Auftreten unbekannter Verbindlichkeiten nichts im Wege. Der Nacherfüllungsanspruch ist dann schon von Gesetzes wegen auf die Freistellung des Käufers von dieser Verbindlichkeit gerichtet.<sup>44</sup> Der Einwand, bei Nacherfüllung für jeden Einzelposten schulde der Verkäufer letztlich mehr als er eigentlich verkauft habe, geht fehl, weil für die Annahme eines Mangels stets erforderlich ist, dass dieser auf das Unternehmen als Kaufgegenstand „durchschlägt“ (s.o.).<sup>45</sup> So entspricht es der Eigenart des Unternehmenskaufs, wenn schon Nacherfüllung für nicht bilanzierte Verbindlichkeiten in der Form verlangt

<sup>25</sup> Dann unstreitig für einen Sachmangel argumentierend *Westermann*, in: MüKoBGB (Fn. 18), § 453 Rn. 32.

<sup>26</sup> *Schütt*, NJW 2016, 980, 982; *Wiesbrock/Frank*, BB 2018, 3014, 3015.

<sup>27</sup> *Beckmann*, in: Staudinger (Fn. 21), § 453 Rn. 90, 101; *Faust*, in: BeckOKBGB (Fn. 11), § 453 Rn. 34.

<sup>28</sup> BGH, NJW 2019, 145 Rn. 32; *Huber*, AcP 202 (2002), 179, 229.

<sup>29</sup> Vgl. *Korch*, JuS 2018, 521, 523 f. m.w.N.

<sup>30</sup> RGZ 126, 13, 16; BGH, NJW 2019, 145 Rn. 24 ff.; *Loos*, MDR 1962, 172 f.

<sup>31</sup> Zusammenfassend *Korch*, JuS 2018, 521, 524; *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 601.

<sup>32</sup> Vgl. BGH, BB 1970, 819; *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 112.

<sup>33</sup> So schon RGZ 120, 283, 288 ff.; RGZ 122, 378, 380 ff.; *Korch*, JuS 2018, 521, 524.

<sup>34</sup> *Jaques* (Fn. 2), Abschn. D, Rn. 445.

<sup>35</sup> *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 709.

<sup>36</sup> Zur positiven Kenntnis von Rechtsmängeln *Faust*, in: BeckOKBGB (Fn. 11), § 442 Rn. 19.

<sup>37</sup> BGHZ 13, 341, 345; BGH, NJW 1979, 713, 714; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (Fn. 19), § 442 Rn. 56; *Schellhammer*, MDR 2002, 485, 487.

<sup>38</sup> *Faust*, in: BeckOKBGB (Fn. 11), § 442 Rn. 19; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (Fn. 19), § 442 Rn. 57.

<sup>39</sup> Zum Meinungsstand *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 716 ff.

<sup>40</sup> In diese Richtung argumentierend OLG Düsseldorf, BeckRS 2011, 3213.

<sup>41</sup> *Jaques*, BB 2002, 417, 423; *Jaques* (Fn. 2), Abschn. D, Rn. 447.

<sup>42</sup> *Hilgard*, BB 2016, 1218, 1220.

<sup>43</sup> *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 54; *Huber*, AcP 202 (2002), 179, 232f.

<sup>44</sup> *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 66; *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 683; *Maier-Reimer*, in: Eckert/Delbrück (Hrsg.), Reform des deutschen Schuldrechts, 2002, S. 79.

<sup>45</sup> OLG Köln, ZIP 2009, 2063, 2066; *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 88.

werden kann, dass der Verkäufer diese Drittverbindlichkeit tilgt.<sup>46</sup>

## 2. Sekundär: Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung

Gegen die Praktikabilität des gegenüber der Nacherfüllung nachrangigen Rücktritts beim Unternehmenskauf bestehen insbesondere aufgrund der Anwendung von §§ 346 ff. BGB Bedenken.<sup>47</sup> Zumindest an einer Rückabwicklung der unerkannt übernommenen Verbindlichkeiten wird ein Rücktritt rechtstechnisch aber nicht scheitern: Bei einem *Share Deal* ist die Rückgewähr der Gesellschaftsanteile i.S.v. § 346 Abs. 1 BGB problemlos möglich, bei einem *Asset Deal* kann der Veräußerer den Erwerber von den übernommenen Verbindlichkeiten freistellen oder diesem steht bei bereits erfolgter Tilgung ein Zahlungsanspruch nach § 347 Abs. 2 BGB zu.<sup>48</sup> Praktisch erheblicher dürfte dagegen die Schranke des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB sein: Einzelne unerkannt übergegangene Verbindlichkeiten werden je nach Höhe und Bedeutung oft nur eine unerhebliche Pflichtverletzung darstellen und den Rücktritt vom Unternehmenskaufvertrag ausschließen.<sup>49</sup>

Bei Minderung und verschuldensabhängigem (kleinen) Schadensersatz statt der Leistung liegt das praktische Problem des Unternehmenskaufs abstrakt gefasst in der Ermittlung des durch einzelne Mängel verringerten „wirklichen Werts“ (§ 441 Abs. 3 BGB) bzw. des Schadens (§§ 249 ff. BGB).<sup>50</sup> Die Höhe der Drittverbindlichkeiten liefert hier jedoch für beide Rechtsbehelfe des Käufers bei Betrachtung des konkreten Mangels eine durchaus verlässliche Orientierung.<sup>51</sup>

## V. Zwischenergebnis

Die Annahme einer Verkäuferhaftung nach §§ 434 ff. BGB hängt also zusammenfassend vor allem von den Fragen ab, in welchen Fällen eine unerkannt übertragene Drittverbindlichkeit überhaupt als Unternehmensmangel zu qualifizieren ist und ab wann die Rechte des Käufers nach § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sind. Ist diese tatbestandliche Schwelle erst einmal überschritten, erscheint die „Schwarzmalerei“ der dem Käufer zustehenden Rechtsbehelfe durch manche Literaturvertreter<sup>52</sup> dagegen für die konkrete Art von Mangel maßlos überzeichnet.

## C. Freistellungsklauseln

Trotzdem sind für den Fall im Raum stehender Verbindlichkeiten des Unternehmens vertragliche Freistellungsansprüche weit verbreitete Gestaltungsinstrumente, die an die Stelle des BGB-Mängelgewährleistungsrechts treten. Im Folgenden soll deshalb nach einem kurzen Überblick über das einer Freistellungssituation zugrunde liegende Personenverhältnis (I.) der Freistellungsanspruch auf seine Rechtsnatur (II.), seinen praktischen Anwendungsbereich (III.) und seinen Inhalt (IV.) hin untersucht werden.

<sup>46</sup> Thiessen, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 89.

<sup>47</sup> Hilgard, BB 2016, 1218, 1221; Korch, JuS 2018, 521, 524; Meyer-Sparenberg (Fn. 1), § 46 Rn. 98.

<sup>48</sup> Thiessen, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 93.

<sup>49</sup> Vossler, in: Oetker (Fn. 21), Anh. §§ 25-28 Rn. 46; Wilhelmi, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 688; a.A. Thiessen, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 91.

<sup>50</sup> Bisle, DStR 2013, 364, 365; Hilgard, BB 2016, 1218, 1221.

<sup>51</sup> Thiessen, in: MüKoHGB (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 97 f.; Wilhelmi, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 692.

<sup>52</sup> Vgl. Korch, JuS 2018, 521, 522; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3015.

## I. Begrifflichkeiten und Personenverhältnis

Bei einem Unternehmenskauf kann es zu der Situation kommen, dass der Erwerber zu dem im Vertrag bestimmten Stichtag eine potenzielle Drittverbindlichkeit des Verkäufers aufgrund gesetzlicher Haftungstatbestände unmittelbar (s.o.) bzw. im Falle des *Share Deals* der Zielgesellschaft mittelbar übernimmt, diese aber aufgrund von Unwägbarkeiten wirtschaftlich eigentlich gar nicht tragen möchte.<sup>53</sup> Er hat dann als Drittschuldner (im Außenverhältnis) Interesse, sich im Innenverhältnis als Freistellungsgläubiger mittels eines vertraglichen Anspruchs schadlos zu halten.<sup>54</sup> Freistellungsschuldner ist im Regelfall der Verkäufer des Unternehmens, der vor dem Stichtag unmittelbar oder als hinter der Zielgesellschaft stehender Gesellschafter mittelbar Anspruchsgegner des Drittgläubigers war und für die aus seinem Verantwortungs- und Risikobereich stammende Verbindlichkeit auch nach der Transaktion eintreten soll.<sup>55</sup> Der zu befriedigende Drittgläubiger macht seine Drittforderung nach Übertragung des Unternehmens im Außenverhältnis gegen den Freistellungsgläubiger (*Asset Deal*) bzw. die Gesellschaft (*Share Deal*) geltend.

In der Person des Unternehmenskäufers treffen bei Inanspruchnahme die gegenläufigen Interessen des Drittgläubigers und des Unternehmensverkäufers aufeinander. Er ist einerseits der Forderung des Drittgläubigers ausgesetzt und andererseits dem Interesse des Verkäufers, nicht mehr für Ansprüche gegen das von ihm bereits übertragene Unternehmen im Rahmen seiner Freistellungsverpflichtung eintreten zu müssen.<sup>56</sup>

## II. Rechtsnatur

Das geschriebene Recht sieht zwar an verschiedenen Stellen Freistellungspflichten vor. So kann sich aus dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB), im Rahmen einer Bürgschaft (§ 775 Abs. 1 BGB) und einer Gesamtschuldnerschaft (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB) oder nach § 100 VVG ein Anspruch auf Freistellung ergeben.<sup>57</sup> Insbesondere § 257 S. 1 BGB, der einen Anspruch auf Befreiung von Aufwendungen normiert, passt für die vorliegende Konstellation des Unternehmenskaufs aber nicht, weil weder Käufer noch Verkäufer fremdnützig handeln.<sup>58</sup> Trotz der enormen praktischen Bedeutung sind also die rechtlichen Rahmenbedingungen von vertraglichen Freistellungsansprüchen im Bereich des Unternehmenskaufs aufgrund der fehlenden gesetzlichen Normierung und der regelmäßigen Klärung von Streitigkeiten in vertraulichen Schiedsverfahren weitgehend ungeklärt.<sup>59</sup>

## III. Anwendungsfälle in der M&A-Praxis

Bekannte und quantifizierbare Verbindlichkeiten des Unternehmens werden von den Parteien regelmäßig bei der Bestimmung des Kaufpreises berücksichtigt.<sup>60</sup> Ist der Veräußerer im Gegenteil davon überzeugt, dass keine Drittanprüche einer

<sup>53</sup> Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3015.

<sup>54</sup> Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3017.

<sup>55</sup> Schütt, NJW 2016, 980.

<sup>56</sup> Hilgard, BB 2016, 1218, 1229, 1237

<sup>57</sup> Im Überblick Görmer, JuS 2009, 7, 8 ff.; Schütt, NJW 2016, 980.

<sup>58</sup> Hilgard, BB 2016, 1218, 1219.

<sup>59</sup> Ebd.

<sup>60</sup> Grabowski/Harrer, DStR 1993, 20, 21.

bestimmten Art bestehen, bietet sich der Rückgriff auf eine negative Garantie an.<sup>61</sup>

Vertragliche Freistellungen kommen in der Vertragspraxis dagegen für solche Risiken zum Einsatz, die dem Käufer im Zuge einer *Due Diligence* bekannt geworden sind, deren Höhe und Eintrittswahrscheinlichkeit aber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch zweifelhaft ist (sog. Eventualverbindlichkeiten).<sup>62</sup> Dazu gehören neben möglichen vertraglichen oder deliktischen Ansprüchen Dritter (z.B. Gewährleistungs- oder Produkthaftungsansprüche) auch öffentlich-rechtliche Forderungen wie Verpflichtungen zur Beseitigung von Altlasten auf Grundstücken (Umwelthaftung),<sup>63</sup> Steuerverbindlichkeiten für die Vergangenheit,<sup>64</sup> Rückforderungen öffentlicher Beihilfen und Zuschüsse<sup>65</sup> oder die drohende Verhängung von Bußgeldern wegen Korruption oder Compliance-Verstößen.<sup>66</sup>

#### IV. Inhalt

Was ein Freistellungsanspruch des Unternehmenskäufers gegen den Veräußerer inhaltlich umfasst und wie das Innenverhältnis beider Parteien ausgestaltet ist, richtet sich zuvorderst nach dem Inhalt der geschlossenen Vereinbarung. Insofern kommt der Privatautonomie Vorrang zu.<sup>67</sup>

Klauseln sehen üblicherweise aber schlicht vor, dass der Verpflichtete den Berechtigten von etwaigen Ansprüchen Dritter „freistellt“.<sup>68</sup> Lässt die Vereinbarung wie in diesen Fällen Raum für eine umfassende (ergänzende) Vertragsauslegung, drängt sich die Frage auf, ob die Rechtsprechung des BGH zum naturgemäßen Inhalt eines Freistellungsanspruchs (s.u.) auf die Konstellation des Unternehmenskaufs problemlos übertragen werden kann.<sup>69</sup>

##### 1. Primärziel: Freistellung von Drittforderungen

Die Primärleistungspflicht des Freistellungsschuldners besteht ganz allgemein in der Schadloshaltung des Käufers als Freistellungsgläubiger.<sup>70</sup>

##### a) Begründete Drittforderungen

Ist die Forderung des Drittgläubigers begründet, muss der Verpflichtete sie beseitigen bzw. zum Erlöschen bringen.<sup>71</sup> Das ist unstreitig Kerngehalt seiner Freistellungspflicht.<sup>72</sup> Hier verwirklicht sich der Primärzweck einer solchen Klausel, den Käufer vor einer Schmälerung des Unternehmenswerts durch Drittverbindlichkeiten und letztlich der Zahlung eines überhöhten Kaufpreises zu schützen (Wiederherstellung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung).<sup>73</sup> Dabei ist es aber dem Verkäufer überlassen, ob er befreiend an den Drittgläubiger leistet (§ 267 Abs. 1 S. 1 BGB)

oder mit ihm (§ 414 BGB) bzw. seiner Genehmigung (§ 415 BGB) eine Schuldübernahme vereinbart. Eine Zahlung des zur Tilgung erforderlichen Betrags an den Freistellungsgläubiger würde eine Schuldänderung darstellen, wofür dessen Zustimmung erforderlich ist.<sup>74</sup> Eine unmittelbare Zahlung im Innenverhältnis ist demnach anders als bei § 257 S. 1 BGB nicht möglich.<sup>75</sup>

##### b) Unbegründete Drittforderungen

Erhebliche Bedeutung für die Praxistauglichkeit eines Freistellungsanspruchs beim Unternehmenskauf hat die Diskussion darüber, inwiefern dieser akzessorisch zur Begründetheit der Drittforderung sein soll.<sup>76</sup> Insbesondere kommt dieser Frage Bedeutung zu, wenn es darum geht, ob den Freistellungsschuldner eine Abwehrpflicht gegenüber dem Käufer auch für unbegründete Inanspruchnahmen trifft. Davon hängt die für Haftungssysteme bedeutsame Frage nach der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die Umstände ab, die eine Verantwortung und Einstandspflicht des Veräußerers auslösen.

##### aa) Freistellungsansprüche in der Rechtsprechung des BGH

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH umfasst eine allgemeine Freistellungsvereinbarung auch die Abwehr (ex-post) rechtlich nicht bestehender Ansprüche (Eventualverbindlichkeiten) oder solcher Ansprüche, deren Höhe und Fälligkeit ungewiss oder streitig ist.<sup>77</sup> Daraus folgt unmittelbar der Schluss, dass die Abwehrpflicht des Freistellungsschuldners fällig wird, sobald der Nachweis des auslösenden Ereignisses (regelmäßig die Inanspruchnahme) durch den Freistellungsgläubiger erbracht wird. Mittelbar lässt sich dem entnehmen, dass die Prüfungspflicht hinsichtlich der Begründetheit einer Drittforderung allein beim Freistellungsschuldner liegen soll und dieser unabhängig vom Prüfungsergebnis eine Befreiung schuldet. Je nach Prüfungsergebnis wird er dieser Befreiungspflicht entweder durch Tilgung der Forderung oder durch Abwehrhandlungen gerecht.

Der VIII. Zivilsenat des BGH stützte sein Ergebnis in der jüngsten Entscheidung zu Freistellungsklauseln auf die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung (§ 157 BGB). Dabei erkannte er im Verständnis einer wortkargen Freistellungsklausel durch das OLG Düsseldorf dahingehend, dass keine Abwehrpflicht bei Eventualverbindlichkeiten anzunehmen sei,<sup>78</sup> einen Verstoß gegen das Gebot einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung.<sup>79</sup> Der Senat führte aus:

„[M]it der Übernahme einer Freistellungspflicht soll der Freizustellende typischerweise jeglichen Risikos einer Inanspruchnahme durch Dritte enthoben werden und insbesondere nicht der Gefahr ausgesetzt sein, wegen einer begründeten Forderung Dritter mit einer Klage überzogen zu werden oder in Fehleinschätzung der Sach- und Rechtslage eine unbegründete Forderung zu erfüllen und sich dies als eigenes Fehlverhalten entgegenhalten lassen zu müssen“.<sup>80</sup>

<sup>61</sup> Bisle, DStR 2013, 364, 365; Grabowski/Harrer, DStR 1993, 20, 21.

<sup>62</sup> *Wilhelmi*, in BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 785; Bisle, DStR 2013, 364, 367; Hilgard, BB 2016, 1218, 1222; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014.

<sup>63</sup> BGH, NJW 1996, 2725.

<sup>64</sup> Bisle, DStR 2013, 364, 367.

<sup>65</sup> Hilgard, BB 2016, 1218, 1223.

<sup>66</sup> *Wilhelmi*, in BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 785; Beck (Fn. 3), S. 45; Schütt, NJW 2016, 980, 982 f.; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014.

<sup>67</sup> Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3016.

<sup>68</sup> Hilgard, BB 2016, 1218, 1223.

<sup>69</sup> Diese Frage aufwerfend Hilgard, BB 2016, 1218, 1223; Schütt, NJW 2016, 980, 981; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3016.

<sup>70</sup> Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3016.

<sup>71</sup> *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 786.

<sup>72</sup> BGHZ 91, 73, 77; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3017.

<sup>73</sup> Schütt, NJW 2016, 980, 983.

<sup>74</sup> Hilgard, BB 2016, 1218, 1227.

<sup>75</sup> Görmer, JuS 2009, 7, 9.

<sup>76</sup> Beck (Fn. 3), S. 51; Muthorst, AcP 209 (2009), 212, 218.

<sup>77</sup> St. Rspr., vgl. BGH, NJW 1970, 1594, 1595; BGH, NJW 1983, 1729; BGH, NJW 2002, 2382; BGHZ 152, 246, 255; BGH, NJW-RR 2011, 479, 480.

<sup>78</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2011, 3213.

<sup>79</sup> BGH, NJW-RR 2011, 479 Rn. 11.

<sup>80</sup> BGH, NJW-RR 2011, 479 Rn. 12.

Deshalb müsse sich der Freistellungsschuldner auch um die Abwehr unbegründeter Ansprüche kümmern und jegliche Nachteile vom Freistellungsgläubiger abhalten.<sup>81</sup> Außergerichtlich soll der Freistellungsschuldner zunächst dazu verpflichtet sein, Verhandlungen mit dem Dritten über den Bestand und die Höhe der vermeintlichen Forderung aufzunehmen.<sup>82</sup> Wird der Freistellungsgläubiger von dem Dritten vor einem staatlichen Gericht (oder einem Schiedsgericht) in Anspruch genommen, muss der Freistellungsschuldner sich nach strenger Ansicht der Rechtsprechung (z.B. nach Streitverkündung in Form der „Schadloshaltung“ gem. § 72 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) am Prozess beteiligen bzw. ihn dem Freistellungsgläubiger „inhaltlich abnehmen“, indem er einen Anwalt beauftragt und bezahlt, diesem die notwendigen Informationen zum Sachverhalt zukommen lässt, Schriftsätze abstimmt und Vorschüsse für Sachverständige oder Zeugen leistet.<sup>83</sup>

## bb) Übertragbarkeit auf den Unternehmenskauf

Allein in einer Randnotiz machte der BGH geltend, von der Verpflichtung der Abwehr auch unbegründeter Forderungen könne dann abgewichen werden, wenn eine von dieser typischen Interessenkonstellation abweichende Interessenlage besteht.<sup>84</sup> Die Judikatur soll nach dieser Aussage also nicht in Stein gemeißelt sein.<sup>85</sup> Weitere Ausführungen zu der Frage, wann eine solche Konstellation vorliegen könnte, stellte der VIII. Zivilsenat jedoch nicht an.<sup>86</sup> Da es an Rechtsprechung zum Wesensgehalt von Freistellungsverpflichtungen im Rahmen einer M&A-Transaktion mangelt, stellt sich die Frage, ob gerade der komplexe Unternehmenskauf ein solcher Sonderfall sein kann.

### (1) Dagegen

Mit *K. Schmidt*, *Muthorst* und *Beck* haben mehrere Literaturstimmen die allgemeine Geltung der vom BGH hergeleiteten Formel, eine Freistellungsverpflichtung umfasse auch die Abwehr unbegründeter Eventualverbindlichkeiten, in Frage gestellt.<sup>87</sup> Während *K. Schmidt* unter Bezugnahme auf die Randbemerkung des BGH den Bestand einer Abwehrpflicht davon abhängig machen will, aus welcher Risikosphäre die vermeintliche Drittforderung stammt,<sup>88</sup> fordern *Muthorst* und *Beck* eine einzelfallbezogene Auslegung der Klausel mit dem Ziel, die Darlegungs- und Beweislast zu verorten.<sup>89</sup> Konkret bezogen auf die Interessenlage der Parteien beim Unternehmenskauf lehnt *Schütt* daran anknüpfend eine pauschale Pflicht zur Abwehr unbegründeter Drittforderungen ab, weil sie nicht den Interessen von Unternehmenskäufer und -verkäufer entspreche.<sup>90</sup>

Dabei führt er maßgeblich zwei Argumente an: Zum einen sei problematisch, dass der Unternehmensverkäufer als Freistel-

lungsschuldner nach der Transaktion nicht mehr über den notwendigen Zugriff auf Dokumente, Wissensträger und andere Ressourcen verfüge, um eine sachgemäße Prüfung der geltend gemachten Drittforderungen vorzunehmen und sie gegebenenfalls selbständig abzuwehren.<sup>91</sup> Der Veräußerer habe daher ein berechtigtes Interesse daran, dass solche vermeintlichen Drittanprüche durch den Erwerber bzw. das übertragene Unternehmen selbst abgewehrt werden.<sup>92</sup>

Zum anderen sollen die Belange des Unternehmenskäufers einer Abwehrpflicht entgegenstehen. Denn dieser habe nach dem *Closing* (Gefahrübergang) kein Interesse daran, dass der ausgeschiedene Verkäufer in das operative Geschäft des Unternehmens eingreift, um Auseinandersetzungen mit Dritten (Wettbewerbern, Kunden, Lieferanten, etc.) zu führen.<sup>93</sup> Es bestünde die realistische Gefahr, dass der Verkäufer zur Erzielung eines für ihn bestmöglichen Ergebnisses solche Strategien und Verhaltensweisen an den Tag legt, die reflexartig dem operativen Geschäft des Unternehmens, namentlich z.B. der Aufrechterhaltung von Kundenbeziehungen oder der öffentlichen Reputation, und damit wirtschaftlich dem Käufer schaden.<sup>94</sup>

*Schütt* gelangt deshalb zu dem Ergebnis, dass den Veräußerer keine umfangreiche Abwehrpflicht treffe, sondern er bloß die Kosten der Anspruchsabwehr durch den Erwerber übernehmen und die Drittanprüche, sofern sie im Ergebnis begründet sind, erfüllen müsse. Die Prozessführungsbefugnis verbleibe dagegen beim Unternehmenskäufer.<sup>95</sup>

### (2) Dafür

Dem ersten Argument von *Schütt* wird entgegengehalten, dass sich Freistellungsklauseln in der M&A-Praxis regelmäßig auf solche Risiken beschränken, die noch aus der Verkäufersphäre und der Zeit vor dem Gefahrübergang stammen (s. C.III.). Bei solchen Sachverhalten fehle es dem Verkäufer regelmäßig aber nicht an Kompetenz. Die Wissenshoheit liege gänzlich bei ihm und nicht beim Erwerber, wenn er das Unternehmen in der Vergangenheit, z.B. als Gesellschafts-Geschäftsführer, sogar aktiv führte.<sup>96</sup> Deshalb könne es durchaus im Interesse des Käufers sein, dass der Verkäufer zur Abwehr unbegründeter Inanspruchnahmen verpflichtet ist. So sei es zwar richtig, wenn *Schütt* argumentiere, der Käufer übernehme mit dem Kauf das volle unternehmerische Risiko, doch würden die Parteien mit einer Freistellungsvereinbarung gerade eine Ausnahme dieses Grundsatzes bezwecken.<sup>97</sup> Auch müsse Beachtung finden, dass den Freistellungsgläubiger in der Regel die vertragliche Nebenpflicht trifft, dem Verkäufer alle relevanten Informationen zur Abwehr der Drittforderungen zur Verfügung zu stellen.<sup>98</sup> Das Argument, der Unternehmensverkäufer befinde sich aufgrund der fehlenden Zugriffsmöglichkeit in einem Dilemma, überzeugt nach dieser Ansicht deshalb nur begrenzt. Im Gegenteil gelte: Ist der Freistellungsschuldner schon derart frühzeitig zum Tätigwerden verpflichtet, wird er meist überhaupt

<sup>81</sup> *Mayer*, ZfPW 2015, 226, 231 ff.; *Schweer/Todorow*, NJW 2013, 2072, 2076.

<sup>82</sup> BGH, NJW 2002, 2382; *Görmer*, JuS 2009, 7, 9.

<sup>83</sup> BGH, NJW-RR 2011, 479 Rn. 12 f.; BGH, NJW 1970, 1594, 1595; *Schweer/Todorow*, NJW 2013, 2072, 2076. Zur Streitverkündung *Hilgard*, BB 2016, 1218, 1234.

<sup>84</sup> BGH, NJW-RR 2011, 479 Rn. 13.

<sup>85</sup> *Wiesbrock/Frank*, BB 2018, 3014, 3016.

<sup>86</sup> *Schütt*, NJW 2016, 980, 981.

<sup>87</sup> *Beck* (Fn. 3), S. 51 ff.; *Muthorst*, AcP 209 (2009), 212; *K. Schmidt*, JuS 2008, 283.

<sup>88</sup> *K. Schmidt*, JuS 2008, 283, 285.

<sup>89</sup> *Muthorst*, AcP 209 (2009), 212, 221; *Beck* (Fn. 3), S. 52 f.

<sup>90</sup> *Schütt*, NJW 2016, 980.

<sup>91</sup> *Schütt*, NJW 2016, 980, 983; *Wiesbrock/Frank*, BB 2018, 3014, 3018.

<sup>92</sup> *Schütt*, NJW 2016, 980, 983.

<sup>93</sup> *Ebd.*; *Wiesbrock/Frank*, BB 2018, 3014, 3018.

<sup>94</sup> *Ebd.*

<sup>95</sup> *Schütt*, NJW 2016, 980, 983.

<sup>96</sup> Vgl. *Wiesbrock/Frank*, BB 2018, 3014, 3018 f.

<sup>97</sup> *Schütt*, NJW 2016, 980, 984; entkräftend *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 786.

<sup>98</sup> BGH, NJW 1983, 1729, 1730; *Schütt*, NJW 2016, 980, 981, 983.

nur eine Abwehr in eigener „Regie“ befürworten.<sup>99</sup>

Ein zweites Argument für eine Übertragbarkeit des BGH-Maßstabs auch auf Unternehmenskäufe lässt sich schließlich aus Sinn und Zweck einer Freistellungsklausel beim Unternehmenskauf herleiten. Würde man eine Akzessorietät zwischen vollumfänglicher Tätigkeitspflicht zur Schadloshaltung des Freistellungsschuldners und Begründetheit der Drittforderung voraussetzen, würden die Darlegungs- und Beweislast bezüglich der haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale zulasten des Käufers erheblich ausgeweitet werden. Der Freistellungsschuldner müsste nicht nur die Inanspruchnahme durch den Dritten plausibel darlegen, sondern auch die Begründetheit der Forderung prüfen. Er stünde letztlich nicht anders als ein Garantiehhaber<sup>100</sup> oder ein Käufer, dem nur ein Rückgriff auf das gesetzliche Mängelgewährleistungsrecht verbleibt. Denn auch in diesen Fällen obliegt es der die vertraglichen oder gesetzlichen Rechte geltend machenden Partei, die Begründetheit der Inanspruchnahme durch Dritte als Eintritt des Garantiefalls bzw. Mangel i. S. v. §§ 434, 435 BGB nachzuweisen.<sup>101</sup> Die Notwendigkeit eines weitergehenden Schutzes des Unternehmenskäufers erkennt letztlich auch *Schütt* an, indem er aus der Freistellungsvereinbarung folgende Unterstützungspflichten des Veräußerers bei der Abwehr unbegründeter Forderungen befürwortet.<sup>102</sup>

### (3) Stellungnahme

Herausgearbeitet wurde mit der Gegenüberstellung, dass es eigentlich zwei diametrale Interessen auf Käuferseite sind, die jeweils für und gegen eine weitgehende Abwehrrpflicht des Freistellungsschuldners beim Unternehmenskauf streiten: Das Primärinteresse an einer möglichst umfassenden Schadloshaltung durch den Verkäufer, das der Vereinbarung einer Freistellungsklausel meist zugrunde liegt, wird seinerseits beschränkt durch das Interesse an einer möglichst autonomen Führung des operativen Unternehmensgeschäfts (also der Nutzung des Kaufgegenstands).

Diese Interessenkollision muss aufgelöst werden. Die pauschale Anwendung der abstrakten BGH-Formel würde, so wird es in der Literatur berechtigterweise geltend gemacht, eine erhebliche Besonderheit des Unternehmenskaufs verkennen, die darin liegt, dass der Gefahrübergang einen vollständigen *Clean Cut* ermöglichen und die Ertragschancen und Risiken des operativen Unternehmensgeschäfts gänzlich auf den Käufer übertragen soll.<sup>103</sup> Jeder danach erfolgende Eingriff des Verkäufers in die Unternehmenssphäre gefährdet diesen *Clean Cut* deutlich stärker, als dies bei einer normalen Kaufsache der Fall wäre.<sup>104</sup> Deren Werthaltigkeit hängt nur beschränkt von ihren Beziehungen zur Außenwelt und von ihrer Wahrnehmung durch Dritte ab. Bei einem Unternehmen als Gesamtheit von Sachen, Rechten und immateriellen Gütern wie Goodwill, Know-how und vor allem auch Kundenstämmen oder Lieferantenbeziehungen<sup>105</sup> sieht dies anders aus. Gegen die Literaturmeinungen, die eine pauschale Pflicht zur

Abwehr unbegründeter Forderungen verneinen, ist jedoch der vom Freistellungsgläubiger intendierte Primärzweck einer Freistellungsklausel beim Kauf eines Unternehmens anzuführen (s.o.). Eine vollumfängliche Schadloshaltung des Käufers lässt sich nur mit einer weitreichenden Freistellungspflicht, die auch eine Abwehrrpflicht in Bezug auf unbegründete Forderungen enthält, erreichen. Auch wird es regelmäßig dem Interesse des Veräußerers entsprechen, eine Abwehr unbegründeter Drittforderungen in Eigenregie führen zu können, und nicht allein zu (finanziellen) Unterstützungshandlungen verpflichtet zu sein (s.o.). Überzeugender ist es deshalb, eine solche Verpflichtung bzw. Berechtigung (abhängig von der Perspektive) im Einklang mit der gefestigten Rechtsprechung des BGH im Ausgangspunkt anzunehmen.

Mit dieser Grundannahme bleibt das Problem, dass eine Abwehrrpflicht (korrespondierend mit einem Recht des Unternehmensverkäufers zur „Federführung“) im Einzelfall nicht dem Käuferinteresse entsprechen wird (s.o.). Dieses Problem der Interessenkollision bei einem nachträglichen Eingriff in die Risikosphäre des Käufers stellt sich allerdings nicht nur bei Freistellungsklauseln. Auch im Rahmen des gesetzlichen Nacherfüllungsanspruchs, der bei der Belastung mit Drittverbindlichkeiten die Form eines gesetzlichen Freistellungsanspruchs haben kann (s.o.), kommt § 440 S. 1 Var. 3 BGB beim Unternehmenskauf eine große Bedeutung zu, sobald dem Käufer der durch die Nacherfüllung erfolgende Eingriff in das operative Geschäft unzumutbar ist.<sup>106</sup> Unzumutbarkeit liegt dann vor, wenn die Nacherfüllung für den Käufer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist, was sich aus der Art des Kaufgegenstands, dem Zweck der Verwendung und den mit der Nacherfüllungshandlung notwendig verbundenen Begleitumständen ergeben kann.<sup>107</sup>

Ein vereinbarter Freistellungsanspruch ist nach richtigem Verständnis rechtstechnisch nicht mehr als eine vertragliche Erweiterung der gesetzlichen Mängelhaftung (§§ 434, 435 BGB) dahingehend, dass der Verkäufer dafür einstehen muss, dass keine Rechte von Dritten an dem Kaufgegenstand geltend gemacht werden, unabhängig davon, ob diese tatsächlich bestehen.<sup>108</sup> Deswegen erscheint es plausibel, die Wertung und den Rechtsgedanken von § 440 S. 1 Var. 3 BGB auf vertragliche Freistellungsklauseln zu übertragen. Vom dispositiven Recht kann nämlich für die (ergänzende) Auslegung privatautonomer Vereinbarungen regelmäßig Indizwirkung ausgehen.<sup>109</sup>

Für die in Frage stehende Pflicht zur Abwehr unbegründeter Forderungen als Inhalt einer Freistellungsklausel sollte gedanklich demnach ebenfalls ein Regel-Ausnahme-Verhältnis gelten. Wann dem Freistellungsgläubiger eine Abwehr unter Führung des Verkäufers unzumutbar ist, muss dann stets im Einzelfall beurteilt werden. Liegt ein Sachverhalt abgeschlossen in der Vergangenheit oder ist das operative Unternehmensgeschäft nicht unmittelbar betroffen, liegt ein umfassender Abwehrranspruch nahe. In allen anderen Fällen könnte die Faustregel gelten: Je stärker ein potenzieller Anspruch, der von Dritten geltend gemacht wird, Gegenwartsbezug hat

<sup>99</sup> Beispielhaft *Hilgard*, BB 2016, 1218, 1225.

<sup>100</sup> Vgl. *Wiesbrock/Frank*, BB 2018, 3014, 3018.

<sup>101</sup> Für §§ 434, 435 BGB *Faust*, in: BeckOKBGB (Fn. 11), § 434 Rn. 150; für den Garantiefall *Muthorst*, AcP 209 (2009), 212, 237; *Schütt*, NJW 2016, 980, 984.

<sup>102</sup> Vgl. nur *Schütt*, NJW 2016, 980, 985 m.w.N.

<sup>103</sup> Die Pauschalität des BGH kritisiert *Beck* (Fn. 3), S. 52 f.

<sup>104</sup> Dies betont *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 685.

<sup>105</sup> *Faust*, in: BeckOKBGB (Fn. 11), § 453 Rn. 27.

<sup>106</sup> *Westermann*, in: MüKoBGB (Fn. 18), § 453 Rn. 41; *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 685; *Korch*, JuS 2018, 521, 524.

<sup>107</sup> *Höpfner*, in: BeckOGKBGB, Stand: 1.4.2023, § 440 Rn. 43 f.; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 526.

<sup>108</sup> *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (Fn. 19), § 435 Rn. 41;

*Weidenkaff*, in: Grüneberg (Fn. 10), § 435 Rn. 4.

<sup>109</sup> *Dirk/Looschelders*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack (Hrsg.), Nomos-Kommentar BGB, Band 1<sup>4</sup>, 2021, § 157 Rn. 8.

und geeignet ist, den Geschäftsbetrieb des Unternehmens negativ zu beeinflussen, desto eher sollte es dem Käufer überlassen sein, die Abwehr des Anspruchs selbst zu übernehmen. Er hätte dann zwar den Freistellungsschuldner über eine Inanspruchnahme durch Dritte zu informieren und diesen würden im Einklang mit der Ansicht von *Schütt* ebenfalls Mitwirkungs-, Informations- und Finanzierungspflichten hinsichtlich der Verteidigung treffen.<sup>110</sup> Das „Zepter“ hätte dagegen der Freistellungsgläubiger in der Hand.

Auch in solchen Sonderfällen dürfte sich der Käufer freilich nicht gänzlich rücksichtslos und treuwidrig gegenüber dem zahlenden Freistellungsschuldner verhalten. Andernfalls würde er vertragliche Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzen. Die geschwächte Position des Freistellungsschuldners ist zudem hinreichend zu würdigen: Entscheidet sich der Freistellungsgläubiger bzw. Unternehmenskäufer z.B. zugunsten der Aufrechterhaltung von Kundenbeziehungen oder des guten Rufs, ohne weitere Prüfung (ex-post) unbegründete Forderungen zu tilgen, steht ihm das zwar frei. Ein Regressanspruch im Innenverhältnis wäre aber mit den Interessen des Freistellungsschuldners unvereinbar.<sup>111</sup>

## 2. Sekundärziel: Geldzahlung

Der Freistellungsanspruch ist nicht unmittelbar auf Geldzahlung gerichtet (s.o.). Er kann sich aber in einen Zahlungsanspruch umwandeln, sollte der Freistellungsschuldner seiner Freistellungs- und Abwehripflicht nicht nachkommen und der Freistellungsgläubiger deshalb im Außenverhältnis die Drittforderung tilgen.

### a) Umwandlung in Schadensersatz (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB)

Da der Freistellungsschuldner unabhängig von der (Un-)Begründetheit einer Drittforderung im Regelfall entweder zur Freistellung oder zur Abwehr verpflichtet ist (s.o.), begeht er eine Pflichtverletzung, wenn er nach ordnungsgemäßer Aufforderung und Unterrichtung durch den Freistellungsgläubiger überhaupt nicht tätig wird. Diese kann nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 4 BGB zu Schadensersatz statt der Leistung führen.<sup>112</sup> Tatbestandliche Voraussetzung ist jedoch eine vorherige Fristsetzung, die bei ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung (§ 281 Abs. 2 BGB) entbehrlich sein kann. Der zu ersetzende Schaden bemisst sich allein nach der durch den Freistellungsgläubiger geleisteten Zahlung an den Drittgläubiger, wobei es auf die Begründetheit der Forderung nicht mehr ankommt.<sup>113</sup> War sie unbegründet, kann der Schuldner allerdings nach § 255 BGB analog die Schadensersatzleistung davon abhängig machen, dass der Freistellungsgläubiger seinen Bereicherungsanspruch gegen den Dritten an ihn abtritt.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> In diesen Fällen wie *Schütt*, NJW 2016, 980, 983.

<sup>111</sup> So auch *Hilgard*, BB 2016, 1218, 1229.

<sup>112</sup> BGH, NJW-RR 2011, 479 Rn. 14; *Hilgard*, BB 2016, 1218, 1229; *Mayer*, ZfPW 2015, 226, 238; *Schütt*, NJW 2016, 980, 981; *Wiesbrock/Frank*, BB 2018, 3014, 3017.

<sup>113</sup> Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der getilgten Eventualverbindlichkeit kann nach der hier vertretenen Ansicht allerdings nicht verlangt werden, wenn dem Freistellungsgläubiger die Abwehr durch den Freistellungsschuldner unzumutbar ist, vgl. C.IV.1.

<sup>114</sup> *Görmer*, JuS 2009, 7, 10.

### b) Zahlungsansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Fehlt es an einer Fristsetzung und damit den Voraussetzungen der §§ 280 ff. BGB, kommen Ansprüche des Freistellungsgläubigers nach Ansicht des BGH aus §§ 683 S. 1, 670 BGB oder §§ 684 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB in Betracht, wobei den Berechtigten in diesen Fällen die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass die erfolgte Zahlung an den Drittgläubiger gerechtfertigt war.<sup>115</sup>

## 3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich in Bezug auf die Pflichten der Parteien feststellen: (1) Dem Vorrang der Privatautonomie muss Beachtung geschenkt werden. (2) Soweit Raum für Auslegung ist, hat ein vertraglicher Freistellungsanspruch primär zum Inhalt, dass der Freistellungsschuldner den Freistellungsgläubiger von begründeten Verbindlichkeiten befreit. (3) Umstritten ist, inwiefern ihn auch eine Pflicht zur Abwehr unbegründeter Forderungen trifft. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine solche Abwehripflicht regelmäßig zu bejahen. Im Einzelfall kann dem Käufer eine vom Veräußerer geführte Abwehr in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 440 S. 1 Var. 3 BGB aber unzumutbar sein. Insofern schlägt diese Arbeit die Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses vor. (4) Bei Nichtleistung durch den Schuldner ist zudem die Transformation des Freistellungs- oder Abwehranspruchs in einen Zahlungsanspruch möglich.

## D. Vergleich

Nachdem diese Arbeit nun einen Schutz des Käufers vor Drittverbindlichkeiten sowohl über das BGB-Mängelgewährleistungsrecht als auch über vertragliche Freistellungsklauseln angedacht hat, werden schließlich die zentralen Unterschiede beider Haftungssysteme gegenübergestellt. Für die Frage der Günstigkeit einer Haftungsnorm aus Käuferperspektive spielen in der Praxis drei Aspekte eine entscheidende Rolle: Verschuldenserfordernisse, der Einfluss von Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers sowie die Darlegungs- und Beweislast.<sup>116</sup> Da weder ein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch noch ein Freistellungsanspruch verschuldensabhängig ist, erfolgt ein Vergleich anhand der anderen beiden Kriterien.

### I. Einfluss von Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis

Wie bereits oben festgestellt wurde, kann die gesetzliche Mängelhaftung den Käufer, soweit die unerkannte Drittverbindlichkeit überhaupt einen Mangel (§§ 434, 435 BGB) darstellt und nicht vielmehr Typizität einer Unternehmenstransaktion ist, nur bei fehlender Kenntnis und nicht grob fahrlässiger Unkenntnis (vgl. § 442 Abs. 1 BGB) schützen. In der Transaktionspraxis soll eine *Due Diligence* dem Käufer aber regelmäßig gerade ermöglichen, das Unternehmen als Kaufgegenstand genau zu „durchleuchten“ und Risiken offenzulegen. Der Erwerber bewegt sich damit praktisch stets an der Grenze zu § 442 Abs. 1 BGB.<sup>117</sup> Hier weist das BGB-Mängelgewährleistungsrecht aus Käuferperspektive ein Schutzdefizit auf. In diese Lücke des gesetzlichen

<sup>115</sup> BGH, NJW 2002, 2382; *Hilgard*, BB 2016, 1218, 1230.

<sup>116</sup> *Jaques* (Fn. 2), Abschn. D, Rn. 393.

<sup>117</sup> *Wilhelmi*, in: BeckOGKBGB (Fn. 6), § 453 Rn. 716 ff.

Haftungssystems stoßen vertragliche Freistellungsansprüche. Sie erfassen typischerweise solche Risiken, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen offengelegt werden, aber noch nicht genau quantifiziert und in den Kaufpreis „eingepreist“ werden können.<sup>118</sup> Ein erstes Vergleichsergebnis ist daher, dass sich das gesetzliche Mängelgewährleistungsrecht und vertragliche Freistellungsklauseln vor allem in ihrem potenziellen Anwendungsbereich unterscheiden, weniger aber in ihren Rechtsfolgen. So ist auch ein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch letztlich oft auf eine Freistellung des Käufers gerichtet (s.o.).

## II. Darlegungs- und Beweislast

Dass vertragliche Freistellungsansprüche beim Unternehmenskauf zum großen Vorteil des Käufers nach dem hier vertretenen Verständnis weiter und schutzintensiver als die Regelungen des dispositiven Rechts sind, ergibt sich aus den oben getätigten Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast. Während der Erwerber für eine Tätigkeitspflicht des Verkäufers im Rahmen der gesetzlichen Mängelrechte (§ 437 BGB) und von Garantien den Nachweis erbringen muss, dass er begründet von einem Dritten in Anspruch genommen wird, reicht bei Freistellungsverpflichtungen die plausible Geltendmachung der Inanspruchnahme. Den Freistellungsschuldner trifft (im Regelfall) schon frühzeitig die Pflicht, auch unbegründete Forderungen selbständig abzuwehren. Zweites Untersuchungsergebnis ist deshalb, dass eine Vereinbarung zur Freistellung von potenziellen Drittverbindlichkeiten eine deutlich umfassendere Schadloshaltung des Unternehmenskäufers bezweckt.

## E. Ergebnis und Handlungsempfehlung

Freistellungsklauseln bieten für den Unternehmenskäufer gewisse Vorzüge. Bei einem bloßen Rückgriff auf das BGB-Mängelgewährleistungsrecht verblieben erhebliche Risiken in Bezug auf den zu erbringenden Nachweis der haftungsbe gründenden Tatbestandsmerkmale. Doch besteht auch bei der Auslegung des Inhalts einer wortarmen Freistellungsklausel wegen fehlender Rechtsprechung im Ausgangspunkt Rechtsunsicherheit. Insbesondere ist umstritten, inwiefern sich die Ausführungen des BGH zu einer Abwehrpflicht unbegründeter Eventualverbindlichkeiten auf den Unternehmenskauf übertragen lassen (s.o.).

Für die Herstellung von Sicherheit und Transparenz sollten die Parteien deshalb den Pflichtenkatalog einer Freistellungsklausel privatautonom möglichst detailliert ausbuchstabieren und insbesondere festlegen, ab wann der Verkäufer zur Abwehr tatsächlich verpflichtet ist.<sup>119</sup> Nur so kann letztlich die Konstruktion eines Haftungssystems mit klarer Risikoverteilung gelingen.

<sup>118</sup> Beck (Fn. 3), S. 45; Hilgard, BB 2016, 1218, 1221ff.; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014.

<sup>119</sup> So auch Beck (Fn. 3), S. 53; Hilgard, BB 2016, 1218, 1237; Meyer-Sparenberg (Fn. 1), § 48 Rn. 126; Schütt, NJW 2016, 980, 983, 985; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014, 3019.