

Mit Rechtsprechung lernen – Ein Plädoyer für mehr studentischen Umgang mit Gerichtsentscheidungen

Henrik Noszka, Dublin*

In der (universitären) juristischen Ausbildung wird oftmals von Dozierenden empfohlen, die Vorlesungen zu besuchen, Arbeitsgemeinschaften ernst zu nehmen und mit Skripten und bestenfalls Lehrbüchern den Stoff zu wiederholen oder (erstmalig) vertieft zu behandeln. Dabei kommt es nicht selten vor, dass Studierende aus ebendiesen Lehrbüchern oder Skripten Schemata oder Streitstände sklavisch auswendig lernen,¹ anstatt die zugrundeliegenden dogmatischen Überlegungen zu durchdringen. Das mag zwar zu Beginn des Studiums effektiv sein, verliert aber mit wachsender Stoffmenge schnell seine Wirkung und schafft sogar neue Probleme. Diese Herangehensweise bildet – vereinfacht gesagt – juristisches Wissen, schult jedoch nicht im juristischen Denken. Höchststrichterliche Urteile und Beschlüsse lösen streitige Rechtsfragen oft dogmatisch sauber und anhand der anerkannten Auslegungsmethoden schulbuchartig. Zudem liefern sie Studierenden Definitionen und Formulierungsvorschläge, die in den (juristischen) Sprachgebrauch übernommen werden können, und zeigen in der Regel vorbildliche Subsumtionen. All das führt schon dazu, dass Studierende aus einem Urteil oder einem Beschluss mehr mitnehmen können als Wissen für „den Einzelfall“. Außerdem entfaltet eine Gerichtsentscheidung in der Regel auch mehr „Bindungswirkung“ als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Der folgende Beitrag soll sich daher mit dem Mehrwert von Gerichtsentscheidungen in der juristischen Ausbildung beschäftigen und ein Plädoyer für das Studium ebendieser sein.

A. Zur „Bindungswirkung“ von Gerichtsentscheidungen

Die Annahme, Gerichtsentscheidungen gelten nur für den Einzelfall, ist in ihrem Ausgangspunkt zunächst nicht zu beanstanden. Gerichtliche Entscheidungen entfalten aber auch über den einzelnen Sachverhalt hinaus Wirkung.²

* Der Autor hat bis zur ersten Prüfung im Jahr 2021 an der Ruhr-Universität Bochum studiert und als studentische Hilfskraft bei Dr. Frank Rosenkranz gearbeitet, der eine Juniorprofessur ebenda innehatte. Gegenwärtig absolviert er einen LL.M. am Trinity College, Dublin.

¹ Rosenkranz, JuS 2016, 294 = JuS Einsteigerheft 2016/2017, 1.

² Wobei ihnen keine Rechtsquelleneigenschaft zuerkannt wird, z. B. Klein, JZ 2018, 64 (68).

I. Bindung von Gerichten an ihre eigene Rechtsprechung³

Im Unterschied zum im Common Law geltenden Grundsatz des *stare decisis*,⁴ der eine grundsätzliche Bindung von Präjudizien festlegt, steht es deutschen Gerichten im Grunde frei, ihre eigene Rechtsprechung jederzeit zu ändern.⁵ Grenzen finden sich hierfür nur in seltenen Fällen: Zunächst haben Gerichte den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten, was sich vorrangig aus Art. 1 Abs. 3 GG ergibt. Dieser Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit garantiert, dass derselbe Spruchkörper vergleichbare Fälle nicht willkürlich unterschiedlich entscheidet und unterschiedliche Rechtsauffassungen vertritt.⁶ Das schließt allerdings nicht aus, dass ein Gericht seine Rechtsprechung anlässlich eines konkreten Einzelfalles und für die Zukunft ändert, denn „aus dem Recht auf Rechtsanwendungsgleichheit (folgt) kein Anspruch auf Fortführung einer als nicht mehr richtig erkannten Rechtsprechung (...)“.⁷ Rechtssicherheit erlangt der Einzelne allerdings über den Grundsatz des Vertrauensschutzes.⁸

II. Bindung an die Rechtsprechung anderer Gerichte

Abgesehen vom gesetzlich geregelten Sonderfall des § 31 Abs. 1 BVerfGG, wonach Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden (binden)“, besteht keine allgemeine Bindung von Gerichten an die Rechtsprechung anderer Gerichte.⁹ Eine Ausnahme dazu bildet allerdings Rechtsprechung, die sich durch tatsächliche Übung und Anerkennung als Gewohnheitsrecht etab-

³ Hierzu Klein, (Fn. 2), S. 64 ff.

⁴ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 255 f.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3 ff.

⁵ Klein, (Fn. 2), S. 64.

⁶ BVerfGE 86, 59 (62 f.).

⁷ Klein, (Fn. 2), 67; BVerfGE 19, 38 (47); siehe zur Gegenansicht Nachweise bei Rosenkranz, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015, S. 73.

⁸ Klein, (Fn. 2), S. 67; zur ausnahmsweisen Beschränkung: Rosenkranz, (Fn. 7).

⁹ Zum Umfang dieser Bindung beispielsweise, v. Ungern-Sternberg, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 12. Ed. 1.12.2021, § 31 Rn. 25 ff.

liert hat.¹⁰ Überwiegend sind Gerichte aber frei darin, Normen anders auszulegen als andere – auch im Instanzenzug höher verortete – Gerichte.¹¹ Das bedeutet aber nicht, dass die Rechtsprechung anderer Gerichte nicht berücksichtigt werden muss; insoweit besteht eine verfassungsrechtlich abgesicherte Berücksichtigungspflicht.¹² Berücksichtigt ein Gericht eine (insbesondere etablierte) Rechtsprechung nicht, verkennt es, dass ebendiese Rechtsprechung die Auslegung einer Norm mitbestimmt. Die Nichtberücksichtigung führt also unter Umständen zur falschen Anwendung der geprüften Norm.¹³ Um vor diesem Hintergrund eine unübersichtliche und insgesamt uneinheitliche Rechtsprechung zu vermeiden, wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, der über Art. 95 Abs. 3 GG sogar Verfassungsrang zukommt, durch eine vertikale und horizontale Kontrolle sichergestellt:

Vertikal sichert die Einheitlichkeit der – in der Regel dreiteilige – Instanzenzug. Die Instanzenzüge sorgen zwar grundsätzlich¹⁴ nicht dafür, dass untergeordnete Gerichte allgemein an die Rechtsauffassung des höherrangigen Gerichts gebunden sind. Nicht zu bestreiten ist aber eine durch die Instanz-Rechtsprechung vorgegebene „Leit- und Orientierungsfunktion“, die sich maßgeblich auf eine überzeugende rechtliche Begründung des entscheidenden Gerichts stützen wird. Auch verfahrens- und arbeitsökonomische Gedanken mögen hier eine Rolle spielen.¹⁵

Zudem besteht eine Absicherung in horizontaler Hinsicht: Verschiedene (gleichrangige) höhere Gerichte können eine Entscheidung im Regelfall nicht ohne weiteres treffen, wenn sie mit ihrer Rechtsauffassung von der Rechtsprechung eines anderen (gleich- oder höherrangigen) Gerichts abweichen, sog. Außendivergenz. Hält das Gericht, von dessen Rechtsprechung abgewichen werden soll, an dieser fest, so ist im Zwischenverfahren die Frage entweder an das Gericht höherer Instanz oder aber – sofern es sich um Bundesgerichte handelt – an den vereinigten Großen Senat zu Klärung abzugeben. Eine Entscheidung ist dann für den Einzelfall verbindlich. Will das änderungswillige Gericht hingegen erneut in anderen Fällen abweichen, muss es auch erneut vorlegen.¹⁶ Eine Vorlagepflicht besteht hingegen nicht bei einer sog. Innendivergenz auf Ebene von Land- oder Oberlandesgerichten: Hier weicht (nur) ein

Spruchkörper eines OLG von der Rechtsauffassung eines anderen Spruchkörpers desselben OLG ab.

III. Bindung des Gesetzgebers an Gerichtsentscheidungen

Der Gesetzgeber ist – mit Ausnahme der bindenden Interpretationen des GG durch das Bundesverfassungsgericht nach § 31 Abs. 1 BVerfGG – grundsätzlich nicht an Gerichtsentscheidungen gebunden.

IV. Bindung der Verwaltung an Gerichtsentscheidungen

Ob und wie weit die Verwaltung an (höchstrichterliche) Rechtsprechung gebunden ist, ist ein vieldiskutiertes Thema.¹⁷ Die Beantwortung dieser Frage hängt auch damit zusammen, ob Entscheidungen Rechtsquelleneigenschaft zuerkannt wird. Denn die Exekutive ist nach Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG an Recht und Gesetz gebunden. Geht man mit der herrschenden Meinung und verneint die Bindung, besteht nur an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und an (durch Rechtsprechung mitetabliertes) Gewohnheitsrecht eine Bindung, da sie „Gesetze“ i.S.v. Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG darstellen.¹⁸ Jedoch gilt für die Verwaltung auch die oben genannte Berücksichtigungspflicht. Eine Auslegung einer Norm, ohne die Rechtsprechung im Blick zu haben, führt zur falschen Anwendung einer Norm.¹⁹ Für die Staatsanwaltschaft hat der BGH 1960 entschieden, dass sie (sogar) an die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist.²⁰ Die Bindungswirkung wurde jedoch lediglich in einem *obiter dictum* erklärt.²¹ Im Schrifttum stieß das *obiter dictum* auf Ablehnung.²² Die Diskussion ist in den letzten Jahren abgeflacht, auch weil eine neue Entscheidung des BGH zu dieser Frage nicht ergangen ist.²³

V. Bindung von nicht staatlichen Rechtsanwendern

Die oben getroffenen Ausführungen betrafen allesamt staatliche Akteure. Doch Gerichtsentscheidungen entfalten Wirkung ebenso für (berufliche) Rechtsanwender. Diese Wirkung kann auf verfassungsrechtliche Berücksichti-

10 Rütters/Fischer/Birk, (Fn 4), Rn 232 ff.

11 Klein, (Fn. 2), S. 65.

12 Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 259 ff., 289 ff., 327 ff.

13 Payandeh, (Fn. 12), S. 264.

14 Der BGH kann die Vorlagefrage mangels Entscheidungserheblichkeit zurückweisen, Huber; in: Graf (Hrsg.), BeckOK GVG, 19. Ed. 15.5.2023, § 121 Rn. 7.

15 Klein, (Fn. 2), S. 65.

16 Die Vorlagen an das höhere Gericht basieren auf § 121 Abs. 2 GVG. Bei einer Abweichung von der Rechtsprechung eines anderen OLGs oder eines höheren Gerichts, muss das OLG dem BGH die Frage vorlegen. Nicht vorlegen kann das OLG hingegen, wenn es von der Rechtsprechung desselben Gerichts abweicht, also der Rechtsauffassung eines anderen Senats. Dazu Zimmermann/Bales, JuS-Extra 2019, 8 ff. Die Vorlage an den Vereinigten Großen BGH Senat basiert auf § 132 GVG.

17 Ossenbühl, AöR 92 (1967), 478 ff.; Bettermann, in: Fachinstitut der Steuerberater e. V. (Hrsg.), FS Meilicke, 1985, S. 1 (1 ff.).

18 BVerfGE 115, 97 (108) = BVerfG, NJW 2006, 1191 Rn 26.

19 Payandeh, (Fn. 12), S. 264.

20 BGH, NJW 1960, 2346 (2347).

21 Meyer-Ladewig, AcP 161 (1962), 97 (113).

22 Schmidt, MDR 1961, 269; Dünnebier, JZ 1961, 312; zu den Argumenten im Einzelnen: Payandeh, (Fn. 12), S. 351 ff.

23 Vgl. Payandeh, (Fn. 12), S. 354, 351 ff.

gungspflicht zurückgeführt werden,²⁴ sie begründet sich aber letztendlich faktisch: Anwälte_innen müssen mit der aktuellen Rechtsprechung vertraut sein, wenn sie mandatiert tätig werden.²⁵ Zudem müssen sie sogar eine möglicherweise bevorstehende Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Rechnung stellen, sollte sich eine solche andeuten.²⁶ Verliert ein Rechtssuchender aufgrund der fehlenden Kenntnis des Rechtsberaters einen Prozess oder tritt ihn erst gar nicht an, macht sich der Rechtsberater unter Umständen Schadensersatzpflichtig.²⁷

B. Wie sind Gerichtsentscheidungen zu verstehen?

Gerichtsentscheidungen erfolgen im jeweiligen Einzelfall. Gerichte müssen, sobald sie angerufen wurden, entscheiden. Denn der Staat ist verpflichtet, gegen sein eigenes Handeln einen (effektiven) Rechtsschutz zu schaffen (Art. 19 Abs. 4 GG) und auch bei Streitigkeiten zwischen Privaten Rechtsschutzmöglichkeiten zu garantieren (Art. 20 Abs. 3 GG).²⁸

Um eine Gerichtsentscheidung zu verstehen, muss zwischen ihrem äußeren Erscheinungsbild und ihrem Inhalt differenziert werden. Die äußere Gestalt wird von der jeweiligen Prozessordnung vorgegeben. Grundsätzlich lassen sich Entscheidungen in vier Einzelteile untergliedern: Das Rubrum²⁹, das u. a. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts enthält, den Tenor (der Urteilsformel), dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen.³⁰ Je nach Instanz, Entscheidungsform (Beschluss oder Urteil) und Rechtsmittel kann es kleinere Abweichungen geben. Wichtig ist aber, zu erkennen, dass der äußere Aufbau von Entscheidungen fixen Vorgaben folgt. Leitsätze hingegen sind strenggenommen kein zwingender Teil von Entscheidungen, werden aber von Gerichten (und Redaktionen) zur Vereinfachung an die Seite gestellt, um die Entscheidungssensenz (leichter) zu verstehen.³¹ Im Studium kann anhand von Leitsätzen ein erster Eindruck der Entscheidung gewonnen werden: Lohnt sich das Lesen? Passt sie zu meiner Recherche? Zudem kann in der Examensvorbereitung partiell nur auf die Leitsätze abgestellt werden. Etwa wenn

ein Studierender einen Überblick der aktuellen Rechtsprechung auf einem Nebengebiet erlangen will.

Inhaltlich hat eine Entscheidung das Ziel, die Entscheidungsgründe für Dritte nachvollziehbar erscheinen zu lassen.³² Wenn dennoch Unklarheiten oder Verständnisschwierigkeiten bleiben, stehen in der Regel zwei Wege zur Auflösung offen: Einerseits kann sich extern um Hilfe bemüht werden. Eine Entscheidungsbesprechung oder Ähnliches kann hier dienlich sein. Die Unklarheit kann aber auch „entscheidungsintern“ gelöst werden: Denn einzelne Sätze der Begründung von Entscheidungen sind genau wie Gesetze auslegungsfähig. Dabei kann auf ähnliche Methoden zurückgegriffen werden, die schon von der Gesetzesauslegung bekannt sind: Vor allem der Wortlaut, die innere Systematik und die Genese sowie der Kontext der Entscheidung³³ und das Verhältnis zu anderen Entscheidungen³⁴ können hinzugezogen werden. Das Ziel dieser Auslegung ist jeweils das gerichtlich Entschiedene.³⁵ Allerdings ist noch beachtlich, dass richterliche Aussagen einen faktischen Hintergrund haben – diesem muss Rechnung getragen werden.³⁶ Demnach kann sich ein Streit, wie er bei der Gesetzesauslegung geführt wird³⁷ – nämlich ob es auf das vom Gesetzgeber damals Gewollte oder nicht vielmehr auf den objektiven Sinn des Gesetzes jetzt ankommt – hier nicht entfachen. Ziel der Auslegung ist es danach nur, das vom Gericht in der Entscheidung Vermittelte zu verstehen und nicht etwa eine alte Entscheidung im heutigen Kontext zu deuten.

C. Fallbeispiel

Im letzten Schritt soll anhand einer Entscheidung des BGH³⁸ der Mehrwert des Studierens einer Entscheidung an den jeweiligen Stellen des Textes aufgezeigt werden. Zunächst zur Problematik des Falles, mit der sich der 3. Strafsenat auseinandersetzen musste: § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB nennt als taugliches Tatmittel, das die Qualifikation auslöst, neben der „Waffe“ das „andere gefährliche Werkzeug“. Dieses muss der Täter ausweislich des Wortlauts beim Diebstahl „bei sich führen.“ Der Gesetzgeber hat sich bei Schaffung dieser Norm in seiner Begründung auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB bezogen und möchte den Begriff des gefährlichen Werkzeugs identisch verstanden wissen.³⁹ Nach herkömmlichem Verständnis lässt sich das gefährliche Werkzeug in § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB definieren

24 Vgl. Payandeh, (Fn. 12), S. 259, 317.

25 Heermann in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 2023, § 675 Rn 31 m.w.N.

26 Heermann, (Fn. 25), § 675 Rn. 31.

27 Heermann, (Fn. 25), § 675 Rn. 33 ff.

28 Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2015, GG Art. 20 (Rechtsstaat) [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht] Rn. 211.

29 Der Begriff Rubrum stammt vom lateinischen Wort „das Rote“ ab, weil früher der Urteilskopf in rot verfasste wurde. Brockhaus Enzyklopädie, <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/rubrum-recht>, Abruf v. 30.06.2023.

30 Z.B. § 331 ZPO; §§ 267 ff. StPO; § 117 VwGO; das BVerfG enthält weniger Vorgaben hinsichtlich der Entscheidungsstrukturierung.

31 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 457, 460.

32 Saenger, in: Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 313 ZPO Rn. 2.

33 Reimer, (Fn. 31), Rn. 467 f.; für eine gesetzesgleiche Auslegung: Lundmark/Herrmann, NJW 2020, 28 (30).

34 Payandeh, (Fn. 12), S. 462.

35 Reimer, (Fn. 31), Rn. 467.

36 Payandeh, (Fn. 12), S. 461 m.w.N.

37 Eingehend dazu Würdinger, JuS 2016, 1; Rosenkranz/Bastians/Noszka, JURA 2022, 83 (88 f.).

38 BGHSt 52, 257.

39 BT-Drs. 13/9064, 18.

als: Jeder bewegliche Gegenstand, der, als Mittel zur Herbeiführung einer Körperverletzung eingesetzt, nach seiner Beschaffenheit und nach der konkreten Art seiner Benutzung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.⁴⁰ Wer bis hierhin aufmerksam mitgelesen hat, wird gemerkt haben, dass der Verweis des Gesetzgebers fehlt. Während § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB bei der Definition des gefährlichen Werkzeuges maßgeblich auf die konkrete Art der Benutzung abstellt, so reicht es für das Auslösen der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bereits aus, wenn das gefährliche Werkzeug (nur) mitgeführt wird. Eine Verwendung muss also gar nicht vorliegen. Der BGH hatte sich daher in dieser Entscheidung mit der Frage auseinanderzusetzen, wie – trotz fehlender Gesetzesbegründung – der Begriff des gefährlichen Werkzeuges in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB zu definieren ist.

I. Sachverhaltsfeststellung, Verfahrensgang und (Präzisierung der) Ausgangsfrage

Der BGH schildert zunächst den Verfahrensgang mitsamt der vom Amtsgericht ermittelten Sachverhaltsfeststellungen (sog. Prozessgeschichte). Bei der Verfahrenswiedergabe geht er regelmäßig chronologisch vor und beanstandet den vom Tatsachengericht festgestellten Sachverhalt grundsätzlich nicht, da er in der Regel nur rechtliche Punkte prüft.⁴¹ Der Sachverhalt stellt sich in gebotener Kürze wie folgt dar:

Der Täter begab sich mit einem Taschenmesser in einen Lebensmittelmarkt, entfernte dort von Whiskeyflaschen in einem Nebengang mithilfe seines Messers die Sicherungsetiketten und verließ sodann mit den Flaschen den Laden, natürlich ohne zu bezahlen. Das OLG Celle sah sich an einer Entscheidung gehindert, da es von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte abweichen müsste (vgl. § 121 Abs. 2 GVG). Es legte daher die Frage dem BGH vor. Das OLG Celle fragte:

„Ist ein „anderes gefährliches Werkzeug“ gem. § 244 Nr. 1 lit. a StGB ein Tatmittel, das allein nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, oder muss bei Werkzeugen, die als Gebrauchsgegenstand nicht zur Verletzung von Menschen bestimmt sind, sondern jederzeit sozialadäquat und von jedermann bei sich geführt werden können – wie etwa ein Taschenmesser – als subjektives Element seitens des Täters hinzutreten eine generelle, vom konkreten Lebenssachverhalt losgelöste Bestimmung des Werkzeugs zur Verwendung gegen Menschen, wobei die in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB vorausgesetzte konkrete Verwendungsabsicht nicht vorliegen muss?“

Oder vereinfacht: Kann es wirklich sein, dass beim Beisichführen eines jeden Gegenstandes, der *irgendwie* ge-

fährlich eingesetzt werden *könnte*, schon die hohe Strafan drohung des § 244 Abs. 1 Nr. lit. a StGB von sechs Monaten bis zehn Jahren droht? Der BGH präzisiert die Frage des OLG Celle:

„Ist ein Taschenmesser grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, oder nur dann, wenn der Dieb es allgemein auch für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat?“⁴²

Mag dieser Abschnitt der Entscheidung auf den ersten Blick nicht wirklich lehrreich sein, so ist doch zu beachten, dass durch die Sachverhaltsschilderung dem Leser für eine grundsätzlich abstrakte (problematische) Rechtsfrage nun ein Fall „vor Augen schwebt“. Oft ist es für den Prüfling in einer Klausur auch einfacher, sich an etwas zu erinnern, wenn die abstrakte Rechtsfrage an eine tatsächliche Fallkonstellation erinnert.⁴³ Zudem kann ein Lerneffekt unter Umständen auch darin bestehen, dass der Lesende (jedenfalls im Laufe der Entscheidungslektüre) lernt, Sachverhalte zu „filtern“ und somit sein Augenmerk auf die „wichtigen“ Sachverhaltsschilderungen zu legen.

II. Einführung in die Problematik

Der BGH nutzt die folgenden Randnummern dazu, in die Problematik einzuführen. Hierfür wiederholt er zunächst den Normtext und schildert sodann mit Verweis auf die Gesetzesbegründung das oben bereits dargestellte Problem. Gerade dieses „Herleiten“ des Problems ist einer der Kerne einer guten Klausurbearbeitung. Ohne die Herleitung steht der nachfolgende Streitstand im luftleeren Raum – der Streit muss immer „angeschlossen“ werden. Der Korrektor wird so an die Hand genommen und der rote Faden der Klausurbearbeitung entrollt. In der Klausur sollte daher auch immer anhand des jeweils kritischen Tatbestandsmerkmals – hier dem des gefährlichen Werkzeugs – und unter Bezugnahme auf den Sachverhalt die Problematik erläutert werden. Ein direktes „Springen“ auf den Streit wie „Zur Definition des gefährlichen Werkzeuges in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB gibt es mehrere Meinungen. Nach einer Ansicht (...)“ sollte vermieden werden. Eine Problemeinleitung könnte etwa lauten:

„Problematisch erscheint, ob der T mit dem Taschenmesser ein gefährliches Werkzeug nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bei sich führt. Dabei könnte für die Bestimmung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs auf die Definition des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB zurückgegriffen werden. Diese setzt aber eine konkrete Verwendung voraus, wohingegen § 244 StGB ein „bei sich führen“ ausreichen lässt. Die Definition von § 224 StGB – um ebendiese konkrete Verwendung gekürzt – zugrunde gelegt, würde jeder potenziell gefährliche Gegenstand die Qualifikation auslösen

42 Der BGH kann die Vorlagefrage präzisieren, *Kotz/Oglakcioglu*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2018, § 121 GVG Rn. 49.

43 Vgl. *Koch/Stahl* in: Müsseler/Rieger (Hrsg.), Allgemeine Psychologie, 3. Aufl. 2016, S. 328 ff. (337 ff.): Lernen durch Assoziationen.

40 BGH, BeckRS 2014, 16094 Rn. 12.

41 Das liegt daran, dass regelmäßig über das Rechtsmittel der Revision der BGH angerufen wird, vgl. §§ 542 ff. ZPO, §§ 333 ff. StPO.

können. Das würde zu einer fast uferlosen Strafbarkeit führen. Fraglich ist, wie diese begrenzt werden kann.“

Das Schöne an der Problemeinleitung ist, dass sie nicht viel juristisches Wissen voraussetzt. Ganz im Gegenteil: Der Prüfling muss vielmehr das zu Papier bringen, was er sich selbst fragt. Hier im Fall: „Kann es eigentlich sein, dass jeder Gegenstand eine Strafbarkeit auslöst?“

III. Darstellung des Streitstandes

Der BGH stellt sodann die verschiedenen vertretenen Auffassungen und deren Herleitung beziehungsweise (Haupt-) Argumente dar, jedoch ohne diese bereits selbst zu bewerten. Diese Darstellung bringt beim Lesen vor allem den Vorteil, dass (nahezu) alle vertretenen Ansichten komprimiert dargestellt werden. Das Beschäftigen mit den Ansichten schärft neben der Kenntnis des Streites und dem Gespür für die Problematik dabei insbesondere die Fähigkeit zum eigenen juristischen Argumentieren. Zu beachten ist dabei aber: In der Klausur wird es in der Regel ausreichen, wenn die prominentesten Ansichten bekannt sind. Eine Auseinandersetzung mit jeder Untermeinung kann meistens nicht verlangt werden. Ob eine Ansicht prominent ist und damit ein „must-learn“ darstellt, ergibt sich aus mehreren Anhaltspunkten: Etwa wie ausführlich sich das Gericht mit der Ansicht auseinandersetzt oder wie viele Hochschullehrende oder anerkannte Praktiker_innen die Auffassung vertreten.

Zuletzt stellt der BGH fest, dass die Anzahl der verschiedenen vertretenen Auffassungen schon indiziert, dass die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB missglückt sei. Vielmehr lasse diese „von vornherein keine Auslegung des Begriffs des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten (...) in sich stimmige Gesetzesanwendung (...) zu.“ Nichtsdestotrotz versucht der BGH im Folgenden dennoch zumindest teilweise zu konkretisieren. Hieraus lässt sich mitnehmen: Auch schon eine gewisse Konkretisierung kann oft – gerade in Klausuren – zum Ziel führen. Zum Beispiel, wenn man dadurch herausfindet, dass der Sachverhalt schon durch diese Konkretisierung nicht unter die Norm fällt. Eine vollumfängliche Lösung dieses Problems wird in einer Klausur wohl kaum zu erwarten sein und ist dann auch gar nicht nötig. Das (nachfolgend dargestellte) Orientieren an den gängigen Auslegungsmethoden zur Lösung des Problems sollte – auch wenn man keine einzige „Meinung“ kennt – in der Regel schon zu einer besseren Bewertung führen, als das vielleicht zunächst erwartet wird. Denn genau das ist das Ziel der juristischen Ausbildung: Die Vorbereitung darauf, auch unbekannte Fälle selbstständig

lösen zu können.⁴⁴ Ein gutes Beispiel dafür sind Probleme in neuen Gesetzen. Auch diese müssen entdeckt und sodann gelöst werden, ohne dass es dafür schon existierende „Meinungen“ gibt. Die verschiedenen Meinungen zu einem „neuartigen“ Problem ergeben sich also auch durch nichts anderes als klassische Auslegung.

IV. Auslegung des BGH

Um die Vorlagefrage zu lösen, legt der BGH die Norm aus. Er stellt – wie in der Rechtsprechung üblich – das Ergebnis seiner Auslegung voran. „Den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen, die bei der Bestimmung des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs auf eingrenzende subjektive Kriterien wie eine – gegebenenfalls generelle – Verwendungsabsicht, einen „Verwendungsvorbehalt“ oder einen „Widmungsakt“ des Täters abstellen, vermag der Senat nicht zu folgen.“ Zu beachten ist natürlich, dass dieser Aufbau nicht in einer Klausur gewählt werden sollte. Ein Vorgehen, wie der BGH es vornimmt, das erst die verschiedenen Ansichten und dann die eigene Auslegung darstellt und – anders als der BGH – erst am Ende sein Ergebnis formuliert, dürfte aber viele Punkte einbringen. Noch besser scheint es aber, nicht nach „Meinung 1, Meinung 2, Stellungnahme“ zu verfahren, sondern eine einheitliche Auslegung samt Gewichtung und eigenem Ergebnis vorzunehmen. Denn das Darstellen verschiedener Ansichten und derer Argumente führt zu nichts anderem, als der Aufspaltung der Auslegung und zeigt nur die unterschiedliche Gewichtung bzw. die divergierenden Ergebnisse der Auslegung. Ziel der Ausbildung muss es aber sein, seine eigene Gewichtung vorzunehmen, auf die Gewichtung anderer kommt es dann (eher) nicht an.

1. Auslegung nach dem Wortlaut

Zu Beginn widmet sich der BGH der Auslegung nach dem Wortlaut. Das ergibt auch Sinn, denn diese ist der Ausgangspunkt einer jeden Auslegung.⁴⁵ Insbesondere ist zu beachten, dass es sich um eine strafrechtliche Entscheidung handelt und damit Rechtsfortbildungen – insbesondere Analogien – zulasten des Täters unzulässig sind, Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.⁴⁶ Nach der Wortlautauslegung wird der Rechtssatz unter Hinzuziehung des allgemeinen Sprachverständnisses und (mit Ausnahme des Strafrechts⁴⁷)

44 Und nicht etwa möglichst viele Streitstände auswendig zu lernen. Das zeigt etwa § 2 Abs. 2 JAG NRW: „Die Prüfung soll zeigen, dass der Prüfling das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann (...)“

45 Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 39 ff.; Rütters/Fischer/Birk, (Fn. 4), Rn. 731 ff.

46 Dazu Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 67 ff.

47 Denn Art. 103 Abs. 2 GG garantiert die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten. Daher ist die Grenze der Auslegung auch aus dessen Sicht zu bestimmen, Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 73 und § 4 Rn. 62.

der juristischen Fachsprache erfasst.⁴⁸ Nach dem BGH enthält § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB nach seiner „insoweit sprachlich klaren und eindeutigen Fassung (...) gerade kein über den Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale hinausgehendes (...) subjektives Element.“ Um diese Deutlichkeit zu untermauern, greift der BGH innerhalb der Auslegung nach dem Wortlaut auf ein systematisches Argument zurück, indem er auf den Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB abstellt. Dieser fordert ausdrücklich, dass der Täter den Gegenstand mitführt, „um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (...)“. Er enthält also eine subjektive Komponente. Das verdeutlicht, dass die verschiedenen Auslegungskriterien nie allein betrachtet werden sollten.

2. Systematik und Telos

Anschließend „bestätigt“ der BGH dieses Ergebnis seiner Wortlautauslegung „durch systematische und teleologische Gesichtspunkte“.

Die systematische Auslegung ordnet die Vorschrift in ihren rechtlichen Kontext ein und geht von der Annahme aus, dass eine Rechtsvorschrift nicht isoliert betrachtet werden kann, die gesamte Rechtsordnung also als (widerspruchsfreie) Einheit zu betrachten ist (inneres System).⁴⁹ Sie fragt danach, wie die Vorschrift sich zu (Normen aus) dem Kapitel, Unterkapitel, Abschnitt oder ganzen Gesetz, in dem sie verortet ist, verhält (äußeres System); sollen einzelne Begriffe ausgelegt werden, kommt auch ein Blick auf die Stellung innerhalb der jeweiligen Vorschrift in Betracht.⁵⁰ Der BGH betrachtet insbesondere die Systematik innerhalb der Vorschrift selbst, indem er – wie oben schon angedeutet – auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB abstellt, der ein subjektives Element verlangt. Der BGH fragt damit: Wieso sollte in lit. b ausdrücklich etwas zu einer subjektiven Komponente stehen, in lit. a aber nicht? Diese – zugegeben recht offensichtliche – systematische Differenz der beiden Buchstaben der Vorschrift unterstreicht der BGH sodann mit weiteren teleologischen Argumenten.

Die teleologische Auslegung richtet ihren Blick auf den erkennbaren Zweck bzw. das erkennbare Ziel einer Regelung.⁵¹ Wie will die Vorschrift den ihr zugrundeliegenden Interessenskonflikt lösen? Welche Rechtsgüter und -interessen berücksichtigt und schützt sie?⁵²

Aus Sicht des BGH „will der Gesetzgeber mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB Fallgestaltungen mit einer während der Begehung der Tat erhöhten, abstrakt-objektiven Gefährlichkeit erfassen, die sich bereits daraus ableitet, dass der

Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, weil in diesen Fällen die latente Gefahr des Einsatzes als Nötigungsmittel besteht“⁵³. Sinn und Zweck der lit. a ist es also, die abstrakte Gefahr des Beisichführens eines Werkzeuges zu bestrafen. Anders liegt es aber bei lit. b, nach der erst die Verwendungsabsicht – und damit eine konkrete(re) Gefahr – die höhere Strafandrohung auslöst. Eine zusätzliche Verwendungsabsicht auch in lit. a zu fordern, würde danach also ein zweites (nämlich das subjektive) „gefährerhöhende“ Merkmal fordern. Dieser Vergleich der Regelungszwecke ist im Ergebnis also wieder eine Mischung aus systematischer und teleologischer Auslegung.

3. Historie?

Geht man von den anerkannten vier Methoden des klassischen Auslegungskanons aus, müsste nun konsequenterweise noch die historische Auslegung folgen. Die historische Auslegung stellt auf den Erlasszeitpunkt der Norm ab und betrachtet ihre Entstehungsgeschichte, also die sozialen, technischen und ökonomischen Umstände zur Zeit des Erlasses.⁵⁴ Neben der auch hier relevanten Frage, ob der damalige Wille (subjektive Theorie) bei abweichendem heutigen (mutmaßlichen) Willen des Gesetzgebers vernachlässigbar ist, lässt sich im Rahmen der historischen Auslegung noch unterscheiden zwischen der historischen Auslegung i. e. S. und der genetischen Auslegung. Letztere betrachtet die Vorschrift auch im Hinblick auf ihre Vorgängernormen, so wie der BGH es beispielsweise in Rn. 30 macht im Hinblick auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F., der nur das Beisichführen von Schusswaffen erfasste. Der Unterschied zur systematischen Auslegung, die auch Vergleiche zu anderen Vorschriften zieht, ist, dass hier Normen herangezogen werden, die nicht mehr in Kraft sind.⁵⁵

Die historische Auslegung i. e. S. hingegen stellt nur auf den Gesetzgebungsprozess der konkreten Norm ab. Dazu können vorrangig die Begründungsunterlagen oberster Bundesorgane (Bundestagdrucksachen) hinzugezogen werden.⁵⁶ In seiner Argumentation geht der BGH auf diese historische Auslegung i. e. S. zwar nicht ausdrücklich ein; sie versteckt sich aber schon in der Einführung zur Problematik, denn dort würdigt der BGH insbesondere den Bericht des Rechtsausschusses, welcher den Auslegungshinweis auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erst gibt. Der BGH kommt schließlich zu dem Schluss, dass dieser Hinweis – und damit wohl auch die historische Auslegung i. e. S. in Gänze – für die Beantwortung der Ausgangsfrage nicht

48 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, 2020, Rn. 134 ff.

49 Vgl. Honsel, in: Staudinger (Hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Einleitung BGB, § 1 BGB, Rn. 143; Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 92 m. V. a. BVerfGE 48, 246 (257).

50 Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 36, 42 ff.

51 Herresthal/Weiß, (Fn. 48), Rn. 156.

52 Möllers, (Fn. 4), § 5 Rn. 2.

53 Das wiederum belegt der BGH mit einem historischen Argument. Nach ihm galt dieser Gedanke nämlich bereits zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. für den Dieb, welcher bei der Tat eine Schusswaffe bei sich führte. Durch die Erweiterung des Tatbestandes auch auf gefährliche Werkzeuge sollte nach BGH dieser Gedanke auch nicht aufgegeben werden.

54 Herresthal/Weiß, (Fn. 48), Rn. 148 ff.

55 Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 149.

56 Herresthal/Weiß, (Fn. 48), Rn. 154.

ergiebig ist. Mitgenommen werden sollte an dieser Stelle aber noch Folgendes: Die Auslegung nach einem der vier anerkannten Kriterien⁵⁷ muss für die Beantwortung einer Frage nicht zwangsläufig zu einem positiven (oder negativen) Ergebnis führen. Das Ergebnis kann auch – so wie hier – neutral sein. Dann müssen die anderen Auslegungsmethoden das Gesamtergebnis tragen.

V. Argumente gegen eine Beschäftigung mit Gerichtsentscheidungen

Nicht vorenthalten werden sollen in diesem Beitrag auch Gründe, die gegen eine Befassung mit Urteilen und Beschlüsse sprechen. Vor allem wenn sich ohne Grundlagenwissen in einem Rechtsgebiet einer komplexen Entscheidung angenähert wird, besteht die Gefahr, dass „der Wald vor lauter Bäumen“ nicht gesehen wird. Eventuell erfordert die spezielle Rechtsfrage, mit der sich die Gerichtsentscheidung befasst, eine größere Einordnung. Diese Gefahr besteht insbesondere bei aktueller Rechtsprechung in Rechtsgebieten, in denen schon viel Judikatur besteht. Neue Probleme sind daher regelmäßig „ausgefallener“. Allerdings spricht das keineswegs für das Nichtbefassen. Denn auch ein Urteil, das in einer speziellen Rechtsfrage ergangen ist, kann vor Augen führen, wie die Frage mit juristischer Methodik sauber gelöst werden kann. Grundlagenwissen macht die Entscheidung dabei „handhabbar“. Dieses Plädoyer streitet daher keineswegs auf ein reines Studium mit gerichtlichen Entscheidungen, sondern auf ein ergänzendes.

D. Zusammenfassung

Im Ergebnis lässt sich Folgendes festhalten:

- Gerichtsentscheidungen entfalten faktische und normative Bindungswirkung. Besonders in der Praxis sind sie zu beachten.
- Gerichtsentscheidungen – insbesondere Leitsätze – sind in ihrem Aussagegehalt oft verallgemeinerbar und sind damit Rechtssätzen gar nicht so unähnlich. Das spiegelt sich auch in der Vorgehensweise hinsichtlich ihrer Interpretation.
- Gerichtsentscheidungen bringen beim aufmerksamen Lesen mehrere Vorteile mit sich: Es können Definitionen und Streitstände wiederholt, Formulierungen in den eigenen Sprachgebrauch übernommen und schulbuchartiges Auslegen erlernt und vertieft werden. Außerdem schult es das Auge des Lesenden hinsichtlich des Filterns in (eher) wichtige und unwichtige Sachverhaltsinformationen. Zudem verbessert es den Gebrauch

des juristischen Handwerkszeugs und schult so im juristischen Denken.

- Bei der Auslegung einer Rechtsnorm spielen die Ergebnisse aller Auslegungsmethoden zusammen und dürfen keinesfalls alle einzeln betrachtet werden. Vielmehr sollten die (verschiedenen) Ergebnisse zu einem Gesamt(auslegungs)ergebnis zusammengefügt und gegen- und miteinander abgewogen werden. Dabei kann es auch vorkommen, dass ein Kriterium der Auslegung zur Beantwortung der Ausgangsfrage keinen Mehrwert liefert.
- Ein „Streitstand“ ist das Auseinanderfallen von Ergebnissen der jeweiligen Auslegungsmethoden bzw. deren Gewichtung. Deshalb ergibt es Sinn, seine Zeit dem Studium der anerkannten Auslegungsmethoden zu widmen, statt Streitstände sklavisch auswendig zu lernen. Insbesondere da – gerade hinsichtlich der Fülle an Stoff im Examen – ein Auswendiglernen „aller“ Streitstände schier unmöglich erscheint.

Dieser Beitrag lässt sich also kurz gesagt zusammenfassen: Es ist zwar schön zu wissen, was der BGH sagt. Noch schöner ist es aber, zu wissen, wieso er es sagt!

⁵⁷ Freilich gibt es auch weitere Möglichkeiten der Auslegung wie die unionsrechtskonforme Auslegung, siehe dazu nur: Möllers, (Fn. 4), § 12 Rn. 2, 16 ff., 33 ff.

Grundlagen der Rechtsfortbildung am Beispiel ausgewählter Klausurprobleme im Zivilrecht

Dr. Alexander Pionteck, M.A. und Dipl.-Jur. Univ. Adela Gashi, Gießen*

Methodenkenntnisse sind zentrale Kernkompetenz zur Bewältigung komplexer juristischer Fragestellungen. Sie helfen nicht zuletzt den Jurastudierenden dabei, Hausarbeiten und Klausuren in einer Weise zu bearbeiten, dass sich ihnen der Weg in den „oberen“ Punktebereich der juristischen Bewertungsskala erschließt. Hilfreich sind insbesondere Kenntnisse zur Auslegung von Gesetzen und zur Rechtsfortbildung. Gegenstand dieses Beitrags ist schwerpunktmäßig die Vermittlung von Grundkenntnissen im Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung zur Überwindung planwidriger Regelungslücken.

A. Einleitung

Juristische Methodenlehre fristet in der akademischen Ausbildung ein Schattendasein. Allenfalls wer einen Schwerpunkt in der Grundlagentheorie belegt, kommt im Rahmen einer Vorlesung mit vor die Klammer gezogenen methodischen Problemen in Kontakt. Dies ist verwunderlich, nimmt Methodenlehre in anderen wissenschaftlichen Disziplinen einen viel höheren Stellenwert ein. So setzt sich etwa der Studiengang Sozialwissenschaften häufig zu einem Drittel aus Lehrinhalten zusammen, die Methodenlehre zum Gegenstand haben. Methodenkompetenz ist Grundlage jeder wissenschaftlichen Betätigung. Diesen Eindruck gewinnt man in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung indes nicht immer. Erst eine konsistente Methoden-anwendung macht die vorgenommene Konkretisierung einer Rechtsnorm transparent und überprüfbar – wichtige Kriterien wissenschaftlichen Arbeitens. Nicht minder wichtig sind Methodenkenntnisse für Studierende zur Bewältigung von Klausuraufgaben. Insbesondere die Rechtsfortbildung ist eine wesentliche Kernkompetenz eines jeden Juristen und einer jeden Juristin und häufig der neuralgische Punkt vieler Klausuren im Jurastudium und im Examen. Die KlausurbearbeiterInnen müssen in der Lage sein, teleologische Lücken bei der Konkretisierung klausurenentscheidender Normen aufzuspüren und einer tragfähigen Lösung zuzuführen. Wer über methodische Kompetenzen im Bereich der Rechtsfortbildung verfügt, ist ohne weiteres imstande, Klausurergebnis-

se im Prädikatssegment zu erzielen. Das gilt in besonderem Maße für das Zivilrecht, für dessen Konkretisierung und Anwendung nicht zuletzt aufgrund seiner besonders hohen Regelungsdichte die Berücksichtigung methodischer Techniken unentbehrlich ist. Das BGB wartet zwar mit einer beeindruckenden Anzahl von mehr als 2385 Paragraphen auf. Alle denkbaren privaten Lebensbeziehungen und -konflikte regeln zu wollen, gleicht indes der Quadratur des Kreises. Planwidrige Regelungslücken sind unvermeidliche Folge des Facettenreichtums privatrechtlicher Fallgestaltungen.

Die nachfolgende Abhandlung soll einen Beitrag zur Vermittlung von Methodenkenntnissen leisten und dabei für eine methodische Lösung typischer Klausurprobleme sensibilisieren. Im Zentrum stehen eine Betrachtung der verschiedenen Formen von Rechtsfortbildung, insbesondere in Abgrenzung zur Gesetzesauslegung¹ als vorgelagerte methodische Herangehensweise (B.). In einem zweiten Schritt soll die besondere verfassungsrechtliche Tragweite von Rechtsfortbildung im Gefüge der staatlichen Gewalten transparent gemacht werden (C.). Schwerpunktmäßig konzentriert sich diese Abhandlung sodann auf die an zivilrechtlichen Beispielen² ausgerichtete Vorstellung der zentralen (gesetzesimmanenten) Rechtsfortbildungsformen: Analogie (D.) und teleologische Reduktion (E.). Der Beitrag schließt mit letzten Hinweisen zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung (F.).

B. Was ist Rechtsfortbildung?

Rechtsfortbildung bezeichnet die methodische Vorgehensweise, bei der bestehendes Recht neu interpretiert und weiterentwickelt wird, um es auf entscheidungsbedürftige Fälle anzuwenden, für die der Gesetzgeber keine oder eine unvollständige Regelung getroffen hat.³ Bleibt eine Gesetzesauslegung mithilfe der anerkannten Auslegungskriterien (Wortlaut, Systematik, Historie/Entstehungsgeschichte

* Der Autor Pionteck ist Rechtsanwalt für Arbeitsrecht in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter für Rechtssoziologie an der Justus-Liebig-Universität Gießen; die Autorin Gashi beginnt im November dieses Jahres ihr Rechtsreferendariat in Hessen.

1 Siehe für Klausurprobleme im Bereich der Gesetzesauslegung anhand arbeitsrechtlicher Beispielfälle Trübenbach/Pionteck, JA 2020, 327.

2 Zur Rechtsfortbildung am Beispiel arbeitsrechtlicher Klausurprobleme Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441.

3 Grundlegend hierzu Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 23 und Heck, Gesetzesauslegung und Jurisprudenz, 1914, S. 33.

und Telos) erfolglos, tritt Rechtsfortbildung auf den Plan.⁴ Die insoweit bestehenden Gesetzeslücken sind durch rechtsfortbildende Operationen zu schließen. Die Rechtsprechung agiert nunmehr gewissermaßen in der Rolle einer rechtsgestaltenden Instanz.⁵ In der konkreten Klausurbearbeitung steht also zunächst die genaue Ermittlung des Erklärungsgehalts einschlägiger Gesetze im Vordergrund. Dies erfordert zuvorderst eine gründliche Gesetzesauslegung. Erst wenn der ermittelte Wille des Gesetzgebers mit der spezifischen Fallgestaltung nicht korrespondiert, ist methodisch auf die Grundsätze der Rechtsfortbildung zurückzugreifen. Die dabei zu beachtende Abgrenzung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung kann mitunter herausfordernd und nicht immer eindeutig gelagert sein.⁶

Didaktisch bietet es sich an, zwischen drei Ebenen von Rechtsfortbildung zu unterscheiden: Gesetzesauslegende, Gesetzesimmanente und Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung.⁷ Aufgrund ihres nur idealtypischen Charakters ist eine starre Abgrenzung nicht immer eindeutig möglich, sodass sich die Übergänge zu den einzelnen Formen oftmals fluide gestalten.⁸ Die „Rechtsfortbildung“ *ex lege* (Gesetzesauslegend) bezeichnet die durch Auslegung erzielte Weiterentwicklung bereits bestehenden Rechts. Dabei legen die Gerichte eine Rechtsnorm entweder erstmalig aus oder ändern eine dafür bislang praktizierte Auslegung ab.⁹ Mangels planwidriger Regelungslücke kann hier nicht die Rede von „Rechtsfortbildung“ im vorliegend eng verstandenen Sinne sein, denn die erzielte Auslegung bewegt sich noch innerhalb eines vom Gesetzgeber bedachten Anwendungsbereichs der Norm.¹⁰ Die Rechtsfortbildung *praeter legem* (Gesetzesimmanent) kommt hingegen im Bereich der offenen und verdeckten Gesetzeslücken zum Tragen. Anknüpfend an den Normsetzungsplan und die vorhandenen Strukturen sollen durch Analogiebildung oder dem Einsatz teleologischer Reduktion diese Lücken innerhalb eines Gesetzes geschlossen werden.¹¹

Demgegenüber entstehen bei der Gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung *sine lege* bzw. *extra legem* gänzlich neue Rechtsstrukturen, die sich zwar jenseits des festgelegten normativen Rahmens bewegen, aber noch innerhalb der Gesamtrechtsordnung operieren.¹² Diese Form der Rechtsfortbildung ist dadurch gekennzeichnet, dass entweder eine klare gesetzliche Grundlage gänzlich fehlt oder nur in einfachen und grundlegenden Zügen existiert, sodass eine Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung ausscheidet.¹³ Ins-

besondere in Konstellationen, in denen der Gesetzgeber es versäumt hat, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, obliegt dies allen voran der Rechtsprechung. Im Gegensatz zu festgeschriebenen Gesetzen können diese richterrechtlichen Grundsätze von der Rechtsprechung wieder aufgehoben oder abgeändert werden.¹⁴ Für die Klausurvorbereitung empfiehlt es sich, die Voraussetzungen von Analogie und teleologischer Reduktion als maßgebliche Formen Gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung gut zu lernen, um etwaige Regelungslücken in streitentscheidenden Normen teleologisch konsistent überwinden zu können.

C. „Methodenfragen sind Verfassungsfragen“¹⁵

Steht „richterliche“ Rechtsfortbildung in Rede, treten unweigerlich auch Verfassungsfragen auf den Plan. Als judizierende Gewalt sind Gerichte bei der Rechtsprechung unmittelbar an die im Grundgesetz geregelten Verfassungsgrundsätze gebunden. Und zur Rechtsprechung gehört eben auch die Konkretisierung der streitentscheidenden Normen. Rechtsfortbildung konfliktiert gleich mit mehreren Verfassungswerten, die sie immer in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig macht. Die in den nächsten Abschnitten näher zu besprechenden Voraussetzungen Gesetzesimmanenter Rechtsfortbildungsformen (Analogie und teleologische Reduktion) sind in diesem Sinne „geronnenes Verfassungsrecht“.

Zum einen geht mit jeder Form von Rechtsfortbildung immer auch eine Lockerung der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung einher. Wenn zum Beispiel ein Sachverhalt vom Anwendungsbereich einer Norm auch nach Anwendung der etablierten Auslegungsregeln nicht erfasst ist, Gerichte aber methodisch im Wege einer Analogie auf diesen Sachverhalt zugreifen wollen, tritt dieser Vorgang strukturell mit dem Primat der Gesetzesbindung in Konflikt.¹⁶ In gleicher Weise wird dabei der in Art. 20 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GG verankerte Gewaltenteilungsgrundsatz auf die Probe gestellt. Indem Gerichte nämlich den Anwendungsbereich einer Norm methodisch erweitern oder verkleinern, korrigieren sie eine vom Gesetzgeber (ggf. irrtümlicherweise) getroffene „Entscheidung“. Damit avancieren Gerichte im Wege der Rechtsfortbildung potentiell zu einer Art „Ersatzgesetzgeber“. Nicht zuletzt das BVerfG und das BAG werden damit häufig konfrontiert.¹⁷ Rechtsfortbildung verschiebt strukturell die Normsetzungsbefugnis von der Legislative auf die Judikative und schwächt die demokratische Legitimation des Rechtsergebnisses ab. Nicht die Gerichte, sondern der Bundestag als legislative Gewalt ist schließlich unmittelbar demokra-

4 Canaris (Fn. 3), S. 23; Kroll-Ludwigs/Krott, AL 2020, 209 (215).

5 Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 12. Aufl. 2022, § 23 Rn. 824.

6 Linsenmaier, RdA 2019, 157 (158); Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 636.

7 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187 ff.

8 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (442).

9 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 188.

10 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (442).

11 Canaris (Fn. 3), S. 16 ff.

12 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 232.

13 Dazu m. w. N. Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (444).

14 Linsenmaier, RdA 2019, 157 (158).

15 Rütters, JZ 2006, 53 (60); Rütters/Fischer/Birk (Fn. 5), S. 436.

16 Kuhn, JuS 2016, 104 (104).

17 Vgl. Steiner, NJW 2001, 2919 und Wiedemann, NJW 2014, 2407.

tisch legitimiert. Rechtsfortbildung entpuppt sich damit stets als „verfassungsrechtlicher Drahtseilakt“.¹⁸

Die ausgeprägten und etablierten Voraussetzungen der verschiedenen Erscheinungsformen von Rechtsfortbildung dienen insoweit als verfassungsrechtliches Korrektiv. Rechtsfortbildung ohne Wahrung der etablierten Voraussetzungen ist *contra legem* und insoweit verfassungswidrig.¹⁹

D. Analogie: Das Anwartschaftsrecht und die §§ 985 ff. BGB

Neben der teleologischen Reduktion ist die Gesetzesanalogie zentrale Ausdrucksform gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung. Zum Gegenstand hat die Gesetzesanalogie die teleologische Erstreckung des Anwendungsbereichs einer Norm auf vom Wortlaut grundsätzlich nicht erfasste Fälle.²⁰ Sie ermöglicht es, einen ähnlichen, bisher nicht geregelten, aber regelungsbedürftigen Sachverhalt im Sinne des gesetzgeberischen Willens zu erfassen.²¹ Vor dem Hintergrund der bestehenden Regelungslücke und unter Berücksichtigung der Interessen der beteiligten Parteien beruht die Anwendung der Gesetzesanalogie auf der Annahme, dass der Gesetzgeber diesen spezifischen Fall in seine rechtliche Würdigung einbezogen hätte, wenn er ihm bekannt gewesen wäre.²² Damit sich diese Form der Rechtsfortbildung im Rahmen der ihr gesetzten verfassungsrechtlichen Grenzen bewegt, wird der Einsatz der Gesetzesanalogie an drei Voraussetzungen geknüpft, die allesamt kumulativ vorliegen müssen: Regelungslücke, Planwidrigkeit der Regelungslücke und Vergleichbarkeit der Interessenlage.

In der konkreten Klausursituation ist es ratsam, diese Voraussetzungen restriktiv, sorgfältig und möglichst schrittweise zu prüfen, um im Zweifelsfall eine Analogie aufgrund der konfligierenden verfassungsrechtlichen Wertungen abzulehnen. Mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 GG ist grundsätzlich anzunehmen, dass der Gesetzgeber bewusst entschieden hat, diese Materie nicht gesetzlich zu regeln. Daher muss die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke stets als Ausnahmesituation begriffen werden, die eine eingehende und konsistente Begründung voraussetzt.²³ Eine Regelungslücke liegt vor, wenn der konkrete Fall selbst nach Anwendung der anerkannten Auslegungskriterien, gesetzlich nicht zu erfassen ist.²⁴ Dass die Regelungslücke auch planwidrig sein muss, bedeutet, dass die ursprüngliche gesetzgeberische Ausgestaltung einer

Rechtsnorm ungewollt unvollständig geblieben ist.²⁵ Der Maßstab für diese Beurteilung ist dabei der Gesetzesplan im Kontext der Gesamtrechtsordnung.²⁶ Hat sich der Gesetzgeber bewusst dazu entschieden, die entsprechende Materie entweder im Ganzen nicht zu regeln oder diese nicht der Rechtsfolge der ausdrücklich geregelten Bestimmung zu unterwerfen, ist eine Analogiebildung zwingend ausgeschlossen.²⁷ Rechtsfortbildung wäre unter diesen Gegebenheiten verfassungswidrig.

Weitere Voraussetzung ist, dass zwischen dem ausdrücklich geregelten und dem gesetzlich nicht erfassten Fall eine *vergleichbare Interessenlage* besteht. Die Prüfung der vergleichbaren Interessenlage erfolgt im Rahmen einer wertenden Betrachtung, bei der alle relevanten Interessen, einschließlich derer der Allgemeinheit, Berücksichtigung finden.²⁸ Um eine planwidrige Regelungslücke identifizieren und die Interessenlage ermitteln zu können, ist eine ausführliche Darlegung dogmatischer Strukturen unter Einbeziehung gängiger Auslegungskriterien erforderlich. Dabei spielt der Gesetzeszweck eine entscheidende Rolle, insoweit er im Rahmen der Gesamtrechtsordnung auf übergeordnete Regelungsziele verweist. Im Rahmen wissenschaftlicher Ausarbeitungen ist es in diesem Zusammenhang unerlässlich, die Gesetzesmaterialien zu konsultieren, da sie häufig hilfreiches Hintergrundwissen liefern und Rückschlüsse auf die tatsächliche Planwidrigkeit der aufgedeckten Regelungslücke ermöglichen.

Anhand eines besonders klausurrelevanten Beispiels aus dem Zivilrecht soll die Gesetzesanalogie nachfolgend einmal veranschaulicht werden: Bekanntlich nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob dem Anwartschaftsrecht als anerkannte Vorstufe zum Eigentumsvollrecht ein eigenständiger dinglicher Schutz zugesprochen werden kann.²⁹ Diese Frage wirft die Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 985, 987 ff. BGB auf. Um eine direkte Anwendung zu begründen, bedarf es einer sog. Vindikationslage, bei der der Anspruchsteller Eigentümer ist und der Anspruchsgegner Besitzer ohne Recht zum Besitz.³⁰ Das durch Übereignung unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB) erworbene Anwartschaftsrecht, stellt jedoch lediglich eine Vorstufe zum Vollrecht dar. Es kann mithin nur als eine Art reduziertes Eigentumsrecht verstanden werden.³¹ Folglich scheidet eine direkte Anwendung der §§ 985, 987 ff. BGB mangels Eigentümerstellung des Anspruchstellers aus. Die Rechtsordnung enthält keine spezifischen Vorschriften zum Schutz des Anwartschaftsberechtigten gegenüber einem Dritten, der ihm die Sache

18 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (442).

19 BVerfG, NJW 1984, 475 (476).

20 Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, 2009, S. 8; Kroll-Ludwigs/Krott, AL 2020, 209 (215).

21 Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 92; Danwerth, ZfPW 2017, 230 (233).

22 Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 5), § 23 Rn. 889.

23 Kuhn, JuS 2016, 104 (105).

24 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (443).

25 Canaris (Fn. 3), S. 23; Wienbracke, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 252.

26 Dazu m. w. N. Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (443).

27 Röhl/Röhl (Fn. 6), S. 633; Wienbracke (Fn. 25), Rn. 252.

28 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 577.

29 Zum Streitstand *Baldus in: MüKoBGB*, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 7; *PWW/Englert*, 18. Aufl. 2023, § 985 Rn. 4; *Thole in: Staudinger*, 2019, Vorb. zu §§ 985 ff. Rn. 14.

30 Vgl. *Baldus* (Fn. 29), § 985 Rn. 3 ff.

31 Vgl. BGHZ 35, 85 (89); *BGH*, NJW 1984, 1184 (1185).

entzogen hat. Die §§ 985 ff. BGB erfassen ihrem Wortlaut zufolge keine Ansprüche des Anwartschaftsberechtigten. Der Wortlaut der Norm beschränkt sich allein auf den Eigentümer (vgl. § 985 BGB) und erfasst unmittelbar gerade nicht den Anwartschaftsberechtigten. Eine Regelungslücke besteht insoweit für vindikatorische Ansprüche des Anwartschaftsberechtigten. Den Gesetzesmaterialien lässt sich dabei nicht entnehmen, dass der Fall der Anwartschaftsberechtigung bewusst ausgeklammert wurde. Auch andere Hinweise für eine bewusste Ausklammerung der Anwartschaft liegen nicht vor. Näher liegt die Annahme, dass der Gesetzgeber die Anwartschaft als schützenswerte Rechtsposition bei der Ausgestaltung der §§ 985 ff. BGB nicht im Blick hatte. Weil der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund den Schutz einer solchen Rechtsposition in unbeabsichtigter Weise nicht berücksichtigt hat, ist die in § 985 BGB getroffene Regelung in Ansehung des hinsichtlich der Anwartschaft zu eng gefassten Anwendungsbereichs planwidrig. Die grundlegende Ähnlichkeit der in Rede stehenden Fälle (Eigentum und Anwartschaftsberechtigung) macht es erforderlich, die Schutzmechanismen, die für das Eigentum entwickelt wurden (§§ 985 ff. BGB), analog auf das Anwartschaftsrecht anzuwenden. Die zwischen beiden Fällen bestehende Interessenlage ist vergleichbar. Das Anwartschaftsrecht stellt im Vergleich zum Eigentum nämlich kein *aliud*, sondern ein wesensgleiches Minus zum Vollrecht dar.³² Zum Schutz des Anwartschaftsberechtigten ist es erforderlich, dass auch er neben dem Eigentümer bei Sachentzug in der Lage ist, gegenüber Dritten den Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB analog geltend zu machen.³³

Soweit die §§ 985 ff. BGB auf das Anwartschaftsrecht als wesensgleiches Minus zum Eigentum zur Anwendung gebracht werden, handelt es sich um eine Gesamtanalogie. Es wird nämlich nicht nur eine einzelne Vorschrift als Analogiebasis, sondern ein gesamtes Regelungsregime herangezogen.

E. Teleologische Reduktion: Vollmachtserteilung bei Bürgschaft und Insichgeschäft

I. Grundlagen

Ebenso sehr wie die Analogie ist auch die teleologische Reduktion ein absoluter Klausurklassiker im Zivilrecht. Methodisch verkörpert sie die Gegenoperation zur Analogie.³⁴ Gegenstand der teleologischen Reduktion ist die zweckgemäße Verkleinerung des Anwendungsbereichs eines Gesetzes. Die Lücke besteht in diesem Fall in der Nichtausklammerung eines Falles aus dem Anwendungsbereich der Norm (sog. Ausnahmeklausel).³⁵ Die Anwen-

dung der etablierten Regeln der Gesetzesauslegung vermag diese Lücke gerade nicht zu schließen. Hierauf hat auch der BGH hingewiesen und klargestellt, dass kein Gesetz in seinem Anwendungsbereich an die vom Wortlaut grundsätzlich erfassten Fälle gebunden ist, „denn es ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreitet und ihnen sinnvoll angepasst weitergelten will, solange dies nicht die Form sprengt, in die er gegossen ist“.³⁶

Der teleologischen Reduktion liegt damit die Prämisse zugrunde, dass der Gesetzgeber eine dem Normzweck nach erforderliche „Ausnahmeklausel“ irrtümlicherweise nicht vorgesehen hat.³⁷ In verfassungsrechtlicher Hinsicht sind an die teleologische Reduktion gleichsam hohe Anforderungen zu stellen, wie sie auch für die Analogie gelten. Den mit der teleologischen Reduktion verbundenen gegenläufigen verfassungsrechtlichen Wertungen muss in gleicher Weise Rechnung getragen werden. Ähnlich sind daher auch die zu prüfenden Voraussetzungen: In einem ersten Schritt ist die Regelungslücke herauszuarbeiten, die anders als im Fall der Analogie aber in einer fehlenden Ausnahmeklausel besteht. Zweitens ist daran anknüpfend zu prüfen, ob die fehlende Implementierung einer Ausnahmeklausel schlichtweg vom Gesetzgeber nicht bedacht wurde und damit „planwidrig“ ist.

Für die Prüfung der Planwidrigkeit einer fehlenden Ausnahmeklausel ist die Herausarbeitung des Gesetzeszwecks entscheidend. Für wissenschaftliche Hausarbeiten ist vor allem ein Blick in die Gesetzgebungsmaterialien zu empfehlen.³⁸ Zu prüfen ist stets, ob der Gesetzeszweck der in Rede stehenden Vorschrift erst mit der (methodischen) Implementierung einer Ausnahmeklausel verwirklicht ist. Dabei kann es auch erforderlich sein, mehrere streitentscheidende Vorschriften in einem „Zweckzusammenhang“ zu betrachten. Wichtig ist es in diesem Zusammenhang, dem Klausurleser klar zu machen, dass es sich bei der methodischen Implementierung einer Ausnahmeklausel nicht um eine Berichtigung des Gesetzeszwecks, sondern gerade um den Akt seiner Verwirklichung handelt.³⁹ Anderenfalls dient Rechtsfortbildung nämlich nicht mehr der bloßen Lückenschließung innerhalb eines vorgefundenen Gesetzesplans und ist damit aus verfassungsrechtlichen Gründen an die nochmals gesteigerten Anforderungen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu knüpfen. Im Folgenden sei die Prüfung der teleologischen Reduktion eines Gesetzes anhand von zwei zivilrechtlichen Beispielen veranschaulicht, die in der juristischen Ausbildung als absolute Klassiker gelten:

32 BGH, NJW 1984, 1184 (1185); Kaulbach, JuS 2011, 397.

33 Herrler in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 929 Rn. 43; Müller-Laube, JuS 1993, 529 (521).

34 Dazu m. w. N. Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (443 f.).

35 Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 251 f.

36 BGH, NJW 1957, 718 (719).

37 Kramer (Fn. 35), S. 251 f. Dazu auch BGHZ 4, 153 (157).

38 Kuhn, JuS 2016, 104 (105).

39 Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 5), § 23 Rn. 903.

II. Die Form der Vollmachtserteilung bei Bürgschaft

Nach § 167 Abs. 2 BGB bedarf die Erklärung zur Vollmachtserteilung bekanntlich nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Der BGH hat aber verschiedene Fallgruppen entwickelt, in denen auf der Grundlage teleologischer Reduktion gleichwohl Formerfordernisse gelten sollen.⁴⁰ Eine dieser Konstellationen betrifft die Erteilung einer Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung.

Der Abschluss eines wirksamen Bürgschaftsvertrages i. S. d. § 765 BGB setzt ein wirksames Bürgschaftsverprechen des Bürgen voraus, das gem. § 766 BGB wiederum der Schriftform bedarf. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das Schriftformerfordernis auch für die Vollmachtserteilung zur Abgabe eines Bürgschaftsverprechens gilt, die gem. § 164 Abs. 1 BGB für und gegen den Bürgen wirken soll. § 167 Abs. 2 BGB gibt auf diese Frage auf den ersten Blick eine sehr klare Antwort. Danach bedarf die Erklärung zur Vollmachtserteilung nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft – hier Bürgschaft – bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Der Wortlaut des § 167 Abs. 2 BGB ist so eindeutig, dass kein Auslegungsspielraum besteht. Die Grenze der Auslegung markiert hier das Terrain von Rechtsfortbildung. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man methodisch nämlich nur dann, wenn die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB vorliegen. Die Regelungslücke besteht hier in der fehlenden Ausnahme Klausel der Formfreiheit der Vollmachtserteilung in § 167 Abs. 2 BGB für den Fall, dass sich die Vollmachtserteilung (§ 167 Abs. 1 BGB) auf die Abgabe eines schriftformbedürftigen Bürgschaftsverprechens bezieht.

Diese Regelungslücke müsste aber auch „planwidrig“ sein und ihre methodisch forcierte Schließung der Zweckerhaltung der in Rede stehenden Vorschriften (§§ 167 Abs. 2, 766 BGB) dienen. Die Regelungen der §§ 167 Abs. 2, 766 BGB müssen dabei in einem „Zweckzusammenhang“ betrachtet werden. Lässt man zum Beispiel eine Blankounterschrift verbunden mit einer mündlich erteilten Vollmacht genügen, so hängt die Wirksamkeit des Bürgschaftsverprechens im Wesentlichen von Tatsachen ab, die aus der Urkunde selbst nicht ersichtlich sind.⁴¹ Der Zweck des § 766 BGB besteht vor allem darin, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Augen zu führen. Er soll vor einer übereilten Entscheidung geschützt werden. Zweck des Schriftformerfordernisses aus § 766 BGB ist die Sicherstellung eines rechtssicheren und beweisbaren Vorgangs, zumal es bei der Bürgschaft nicht selten um hohe Zahlungsforderungen geht, die im Haftungsfall für den Bürgen existenzbedrohende Folgen haben können. Diese Zwecke würden ausgehöhlt, „wenn man es ausreichen ließe, daß [sic] der Bürge die Unterschrift auf ein Papier setzt, welches nicht sämtliche notwendigen Erklä-

rungsbestandteile enthält, und einen Dritten (...) mündlich ermächtigt, die fehlenden Angaben nachzuholen.“⁴² Die Zwecke des Formerfordernisses aus § 766 BGB werden vielmehr erst dann verwirklicht, wenn auch die Vollmachtserteilung der Schriftform unterliegt. Erst auf diese Weise werden dem Bürgen Tragweite und Risiken des Bürgschaftsverprechens vor Augen geführt. Vor diesem Hintergrund ist die insoweit bestehende Regelungslücke des § 167 Abs. 2 BGB planwidrig und „rechtsfortbildungsfähig“.

Die gleichen Rechtsprechungsgrundsätze vertritt der BGH auf dieser methodischen Grundlage für Grundstücksgeschäfte, die nach § 311b BGB beurkundungsbedürftig sind.⁴³

III. Das Verbot von Insichgeschäften

Ein weiteres Beispiel höchstrichterrechtlich praktizierter teleologischer Reduktion betrifft das in § 181 BGB niedergelegte Verbot sog. Insichgeschäfte.⁴⁴ Danach kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Zweck dieser Einschränkung der Stellvertretungsregeln ist die Vermeidung von Interessenkonflikten in der Person des Vertreters und der damit einhergehenden Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen.⁴⁵

Dass ein Verbot des Insichgeschäfts zu diesem Zweck nicht in allen Fällen geboten ist, hat der Gesetzgeber selbst erkannt und in § 181 BGB zwei Ausnahmen geregelt: Gestattung und ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit. Soweit weitere nicht in § 181 BGB geregelte Konstellationen denkbar sind, in denen ein Insichgeschäft möglich ist, ohne dass die Gefahr von Interessenkonflikten in der Person des Vertreters bestehen, enthält § 181 BGB eine Regelungslücke in Gestalt einer (weiteren) fehlenden Ausnahme Klausel. Eine solche Regelungslücke sieht der BGH für den Fall gegeben, in dem ein Rechtsgeschäft in Rede steht, dass für den Vertretenen rechtlich nur vorteilhaft oder zumindest neutral ist.⁴⁶ So dürfen Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder (§ 1629 BGB) nach § 181 BGB grundsätzlich keine Rechtsgeschäfte für sich und in Vertretung ihres Kindes vornehmen, soweit daraus Pflichten oder ein Rechtsverlust für diese erwachsen (bspw. eine Schenkung zu Lasten des Kindes). Etwas anderes muss aber für den Fall gelten, in dem das Geschäft für das Kind „rechtlich lediglich vorteilhaft ist“. In diesem Fall besteht kein Raum mehr für den in § 181 BGB zugrunde liegenden

42 BGH, NJW 1996, 1467 (1468).

43 Siehe nur BGH, NJW 1979, 2306 (2307).

44 BGH, NJW 1972, 2262 (2263 f.); ebenfalls didaktisch aufbereitet bei Kuhn, JuS 2016, 104 (106).

45 BGH, NJW 1971, 1355 (1356 f.).

46 BGH, NJW 1972, 2262 (2263 f.).

40 BGH, NJW 1996, 1467 (1468 f.); BGH, NJW 1979, 2306 (2307).

41 BGH, NJW 1996, 1467 (1468).

Schutzzweck. Diese Wertung liegt auch der Regelung in § 107 BGB zugrunde. Der BGH reduziert § 181 BGB daher teleologisch und verweist darauf, dass der Wortlaut dieser Vorschrift über den ihr zugrunde liegenden Schutzzweck hinausgehe, „wenn allein auf den förmlichen Vorgang des Selbstkontrahierens abgestellt wird“.⁴⁷ Vor dem Hintergrund des § 181 BGB zugrunde liegenden Schutzzwecks ist das Fehlen einer Ausnahmeklausel für den Fall, dass das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, planwidrig.

Diese Formen der Rechtsfortbildung werden anders als Analogie und teleologische Reduktion nicht wirklich „rechtstechnisch“ vollzogen. Deshalb empfiehlt es sich in der Vorbereitung auf eine Klausur, die innerhalb der jeweiligen Rechtsmaterie relevanten Rechtsfortbildungsgrundsätze, die sich nicht innerhalb eines bestehenden Gesetzesplans bewegen, in Fallgruppen zusammenzufassen und diese dann einprägsam zu lernen. Rechtsprechungskenntnisse sind in diesem Zusammenhang unentbehrlich.

F. Ein letzter Hinweis: Rechtsfortbildung jenseits des Gesetzes

Die hier vorgestellten Rechtsfortbildungsformen von Analogie und teleologischer Reduktion haben gemeinsam, dass sie sich innerhalb eines vom Rechtsbetrachter vorgefundenen „Plan des Gesetzes“ verwirklichen. Sie werden regelmäßig als Rechtsfortbildung *praeter legem* bezeichnet.⁴⁸ Es gibt aber auch (anerkannte) Rechtsfortbildungsformen, die jenseits eines Gesetzesplans Recht weiterentwickeln (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung). Häufig spricht man in diesem Zusammenhang von Rechtsfortbildung *sine lege* oder *extra legem*. Paradebeispiel von Rechtsfortbildung *sine lege* ist die Judikatur des BAG zum Arbeitskampfrecht, weil es eine kohärente gesetzliche Kodifikation zu diesem *topos* bislang nicht gibt. Aber auch die ausgeprägte Fallgruppenbildung innerhalb der prominenten zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 133, 157, 242 BGB kann in diesem Zusammenhang angeführt werden, weil auch sie sich nicht innerhalb eines konkreten Gesetzesplans bewegt, sondern das Recht insoweit *extra legem* fortgebildet wird. Für solche Rechtsfortbildungsformen, die sich nicht im Rahmen eines bestehenden Gesetzesplans bewegen, gelten indes noch höhere verfassungsrechtliche Hürden. Es handelt sich insoweit um absolute „Ausnahmeoperationen“⁴⁹. Rechtsprechung und Schrifttum knüpfen die Rechtsfortbildung jenseits des Gesetzes an das Vorliegen eines besonderen Rechtfertigungsmotivs: „übergeordnete Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“⁵⁰, die „Natur der Sache“⁵¹, die besonderen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs⁵² oder überpositive rechtsethische Prinzipien⁵³. Rechtsfortbildung ohne Vorliegen der etablierten Voraussetzungen oder eines besonderen Rechtfertigungsmotivs ist *contra legem* und insoweit verfassungswidrig.⁵⁴

47 BGH, NJW 1972, 2262 (2263).

48 Canaris (Fn. 3), S. 16 ff.

49 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (445).

50 BAG, NZA 1991, 202 (203).

51 BVerfGE 1, 14 (50).

52 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 245.

53 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 153 f., 238, 245.

54 BVerfG, NJW 1984, 475 (476); BAG, NJW 1955, 807 (807). Siehe dazu auch m. w. N. Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 246 und Seidel, JURA 2023, 523 (528).

Strafrecht AT Klausur WiSe 2022/23

Lea Botzenhardt, Bonn

Der von der Verfasserin gewählte Lösungsweg stellt nur eine von mehreren Lösungsalternativen dar und bietet keine Gewähr einer identischen Bewertung. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass auch eine mit „gut“ oder „sehr gut“ bewertete Klausur nicht zwingend fehlerfrei sein muss. Die nachfolgende Klausur wurde als Abschlussklausur im Rahmen der Vorlesung „Strafrecht I“ bei Herrn Prof. Dr. Stuckenberg im Wintersemester 2022/2023 geschrieben und mit „sehr gut“ (16 Punkte) bewertet.

Sachverhalt

Jurastudent T hat seinem Kommilitonen O ein Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts ausgeliehen. Da die Klausurenphase naht, fordert T den O auf, ihm das Lehrbuch schnellstmöglich zurückzugeben. O vertröstet T mehrmals, da er das Lehrbuch nicht finde. Kurz vor der Strafrechtsklausur überreicht O dem bereits nervösen T das Lehrbuch. T hat es eilig, um sich für die Klausur vorzubereiten, so dass er, der äußerst reinlich ist und Bücher über alles liebt, erst zuhause bemerkt, dass O in dem geliehenen Buch Eselsohren, fettige Fingerabdrücke und Milchkaufflecken hinterlassen hat. Als dann auch noch die Strafrechtsklausur schlecht läuft, ist T außer sich vor Wut und sinnt auf Rache.

T beschließt, O eine Abreibung zu verpassen. Von diesem Vorhaben erzählt er seinem Freund A. Dieser rät ihm, besser gleich einen Baseball-Schläger mitzunehmen und von diesem notfalls auch Gebrauch zu machen, um O ein für alle Mal klar zu machen, was er T angetan hat. T lässt sich überzeugen. Dabei geht A nicht davon aus, dass T den Schläger in lebensgefährlicher Art und Weise einsetzen wird.

Unter einem Vorwand überredet T den O zu einem Treffen. Als O eintrifft, zieht T den Schläger hervor. O lässt sich davon nicht beeindrucken und äußert gegenüber T, er solle sich nicht so aufregen; es wäre ja auch nur ein Buch. Daraufhin wird T wütend und versetzt dem völlig überraschten O mit dem Baseball-Schläger einen heftigen Schlag auf den Kopf, wobei er dessen Tod billigend in Kauf nimmt. O bricht bewusstlos und blutüberströmt zusammen; er ist lebensgefährlich verletzt. T erkennt dies und zieht von dannen.

Einige Minuten später überkommen ihn allerdings Schuldgefühle. Um sein Gewissen etwas zu beruhigen, ruft er mit unterdrückter Nummer den Notruf, gibt aber lediglich an,

er habe in der Gegend etwas gehört, das wie ein Schmerzensschrei geklungen habe. Er rechnet nicht ernsthaft damit, dass O aufgrund dieses Anrufs gerettet werden wird; die Rettungsleitstelle ergreift auch aufgrund der vagen Information keine Maßnahmen.

Allerdings hat ein Spaziergänger den verletzten O zwischenzeitlich gefunden und einen Krankenwagen verständigt. Bei fachgerechter Behandlung hätte sein Leben zu diesem Zeitpunkt noch gerettet werden können. Dem Anästhesisten, der kurze Zeit später für die Notoperation herangezogen wird und der seit mehr als 36 Stunden durchgängig im Dienst ist, unterläuft aufgrund seiner Übermüdung ein schwerer Fehler: Er gibt O versehentlich das Fünffache der erforderlichen Dosis des Narkotikums, was zu einem Herzstillstand und schließlich zum Tod des O führt.

1. Die Strafbarkeit von T und A nach dem StGB ist gutachtlich zu prüfen.

2. Zu prüfen sind nur die in der Vorlesung behandelten Delikte des 16. und 17. Abschnitts des StGB (also nicht §§ 211, 221, 227, 240, 241, 242, 246, 249, 253, 255, 323c, usw. StGB).

A. Strafbarkeit des T gem. § 212 Abs. 1 StGB

T könnte sich gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben wegen Totschlages, indem er den O mit dem Baseball-Schläger auf den Kopf schlug.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Erfolg

Der Erfolg müsste eingetreten sein. Der tatbestandliche Erfolg des § 212 Abs. 1 StGB ist der Tod eines anderen Menschen. O, ein von T verschiedener Mensch, ist tot und somit ist der tatbestandliche Erfolg eingetreten.

b) Kausalität

Die Handlung des T müsste kausal für den Tod des O gewesen sein. Kausal ist gemäß der „conditio-sine-qua-non“-Formel jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete tatbestandliche Erfolg entfielen. Denkt man die Handlung des T hinweg, so wäre der O nicht ins Krankenhaus gebracht worden und dort wäre ihm nicht die fünffache Menge der erforderlichen Dosis verabreicht worden, die laut des Sachverhaltes zu seinem Tod führte. Somit ist die Handlung des T kausal.

c) Objektive Zurechnung

Der Tod des O müsste dem T objektiv zurechenbar sein. Das ist jede Handlung, die ein rechtlich missbilligtes Risiko begründet und sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.

aa) Risiko

T müsste ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen haben. Der Schlag auf den Kopf und das spätere Liegenlassen begründen ein solches Risiko.

bb) Risikozusammenhang

Dieses Risiko müsste sich jedoch im konkreten Erfolg realisiert haben. Fraglich ist, ob das Dazwischentreten des Arztes diesen Zusammenhang unterbricht. Erst durch die Verletzung des T wird der O ins Krankenhaus eingeliefert, somit könnte man davon ausgehen, dass auch er das Risiko für etwaige Behandlungsfehler zu tragen hat. Jedoch passiert dieser Fehler aufgrund der Übermüdung des Arztes in Folge einer 36 Stunden Schicht. Bei einer solch langen Arbeitsphase ohne Pause ist es nicht außerhalb der Lebenserfahrung und gerade für den Arzt vorhersehbar, dass Fehler unterlaufen können; besonders bei einer 36-stündigen Schicht. Das Verhalten des Arztes ist grob fahrlässig. Dieses grob fahrlässige Verhalten, welches unmittelbar im Erfolg mündet, ist dem T nicht mehr zuzurechnen, sodass der Risikozusammenhang entfällt. Der Tod des O ist dem T nicht objektiv zuzurechnen.

II. Ergebnis

T hat sich gem. § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlages an O nicht strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des T gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen versuchten Totschlages gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den O mit dem Baseballschläger auf den Kopf schlug.

I. Vorprüfung**1. Keine Vollendung**

Der tatbestandliche Erfolg des § 212 Abs. 1 StGB ist nicht erfüllt.

2. Versuchsstrafbarkeit

Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 12 Abs. 1 StGB.

II. Tatbestandsmäßigkeit**1. Tatentschluss**

T müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Er müsste somit Vorsatz gem. § 15 StGB bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale aufweisen. Vorsatz ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale. T schlug dem O mit dem Baseballschläger auf den Kopf und nahm dabei den Tod des O billigend in Kauf. Er handelte mit bedingtem Vorsatz (dolus eventualis) und hatte somit Tatentschluss.

2. Objektiver Tatbestand

T müsste unmittelbar angesetzt haben. Unmittelbar setzt ein Täter an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten hat und eine Handlung vornimmt, die in seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in ungestörtem Verlauf zu der Tatbestandsverwirklichung führt oder im engen räumlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit ihr steht. Bei dem Schlag auf den Kopf des O ist diese Schwelle subjektiv überschritten und es liegt bereits eine Rechtsgutsgefährdung vor. Demnach hat T unmittelbar angesetzt.

III. Rechtswidrigkeit

T könnte gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein, den O zu verletzen.

1. Gegenwärtiger Angriff

Dazu müsste ein gegenwärtiger Angriff auf ein Rechtsgut des T vorliegen.

Ein Angriff ist jedes Verhalten, das ein rechtlich geschütztes Individualitätsinteresse bedroht oder verletzt. Hier beschädigte O das Buch des T und somit liegt ein Angriff vor. Der Angriff müsste gegenwärtig sein, das heißt er müsste unmittelbar bevorstehen, gerade stattfinden oder noch fort-dauern. Die Beschädigung ist bereits abgeschlossen und damit ist der Angriff nicht mehr gegenwärtig.

Somit ist T gem. § 32 StGB nicht gerechtfertigt.

2. Ergebnis

Eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB ist mangels der Gegenwärtigkeit ebenfalls ausgeschlossen.
T handelte somit rechtswidrig.

IV. Schuld

T handelte schuldhaft.

V. Rücktritt

T könnte jedoch strafbefreiend gem. § 24 Abs. 1 StGB von seinem Versuch zurückgetreten sein.

1. Ausschluss Fehlschlag

Der Versuch des T dürfte nicht fehlgeschlagen sein. Wann ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, ist umstritten. Jedenfalls ist der Versuch gemäß der Einzelaktstheorie fehlgeschlagen, wenn bereits eine erfolgstaugliche Handlung vorgenommen wurde, die nach der Vorstellung des Täters nicht zum Erfolg geführt hat. Hier nahm T bereits an, der Tod werde aufgrund der erkannten Lebensgefährdung bald eintreten. Somit ist der Versuch sowohl nach der Einzelaktstheorie als auch nach der Gesamtbetrachtungslehre nicht fehlgeschlagen.

2. Rücktrittsart

Fraglich ist, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter denkt, er hätte alles Nötige getan, um den Erfolg herbeizuführen. T erkennt die lebensgefährdende Verletzung und somit liegt ein beendeter Versuch vor.

3. Rücktrittshandlung

T müsste gem. § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. StGB zurückgetreten sein, indem er die Vollendung verhinderte. Die Vollendung trat jedoch ein. Somit müsste sich T gem. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB ernstlich bemüht haben, die Vollendung zu verhindern.

Ob dies geschah, ist zweifelhaft.

a) Sichbemühen

Ein Täter bemüht sich, wenn er aktiv wird, in einer Weise, die nach seiner Vorstellung dazu geeignet ist, den von ihm in Gang gesetzten Kausalverlauf zu unterbrechen. T rief

den Notarzt an, eine Handlung, die dazu geeignet ist, den Kausalverlauf zu unterbrechen, somit hat sich T bemüht.

b) Ernsthaftigkeit

Dies müsste auch ernsthaft geschehen sein, das heißt der T hätte alles in seinen Kräften Stehende tun müssen den Erfolg zu verhindern. T gibt am Telefon jedoch nur vage Informationen ab. Auch ist seine Beschreibung ungenau, sodass mit einer Verfolgung dieser Angaben eine Rettungsmöglichkeit objektiv nicht zu erwarten war. Auch rechnet er nicht ernsthaft mit einer Rettung. Somit hat sich T gem. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB nicht ernstlich bemüht. Somit ist T gem. § 24 Abs. 1 StGB nicht strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

VI. Ergebnis

T hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlages an O strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit T gem.

§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt, 5 StGB

T könnte sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem O mit dem Baseballschläger auf den Kopf schlug.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung

T könnte den O körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Der Schlag auf den Kopf fügt dem O Schmerzen zu und eine Wunde, aus der Blut strömt. Damit ist die körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt und eine körperliche Misshandlung liegt vor.

b) Gesundheitsbeschädigung

T könnte den O an der Gesundheit beschädigt haben. Eine Gesundheitsbeschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, also heilungsbedürftigen, Zustandes. Die Wunde des O bedarf einer Versorgung und Heilung und somit liegt eine Gesundheitsbeschädigung vor.

c) Gefährliches Werkzeug

T könnte die Verletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB herbeigeführt haben. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder körperliche Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und seiner Benutzung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen an Menschen herbeizuführen. T verwendet hier einen Baseballschläger, der üblicherweise aus Metall gefertigt ist und somit erhebliche Verletzungen durch eine Intensivierung der Schlagkraft hervorrufen kann. Bei dem Baseballschläger handelt es sich somit um ein gefährliches Werkzeug.

d) Lebensgefährdende Behandlung

T könnte den O mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung verletzt haben. Eine das Leben gefährdende Behandlung ist jede Handlung, die dazu geeignet ist, das Leben eines Menschen zu bedrohen. Umstritten ist, ob es sich um eine abstrakte oder konkrete Gefährdung handeln muss. Hier bedroht die Verletzung des T das Leben des O und somit liegt jedenfalls eine konkrete und somit auch abstrakte Gefährdung vor. Der § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist erfüllt.

2. Vorsatz

T müsste mit Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben (§ 15 StGB). T hatte die Absicht bezüglich der Körperverletzung; er wollte O eine Abreibung verpassen und das mit dem Baseballschläger. Er hatte somit *dolus directus* 1. Grades bezüglich der Körperverletzung und des Werkzeuges. Hier hielt T den Tod des O für möglich und somit liegt *dolus eventualis* bezüglich der lebensgefährdenden Behandlung vor. T hatte somit Vorsatz.

II. Rechtswidrigkeit

T handelte rechtswidrig.

III. Schuld

T handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit des A gem.

§§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

A könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen Mittäterschaft zum versuchten Totschlag strafbar gemacht haben, indem er dem T dazu riet, den Baseballschläger zu nehmen.

Eine Strafbarkeit hier scheidet jedoch an dem fehlenden Tötungsvorsatz des A.

Somit hat er sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit des A gem.

§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt., 5, 25 Abs. 2 StGB

A könnte sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt., 5, 25 Abs. 2 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem er dem T zur Benutzung des Baseballschlägers riet.

I. Tatbestandsmäßigkeit**1. Gemeinsamer Tatentschluss**

A und T müssten auf Grundlage eines gemeinsamen Tatentchlusses oder Plans gehandelt haben. T erzählte dem A von seinem Vorhaben, wonach der A dem T zur Benutzung des Schlägers an O riet. Ein gemeinsamer Tatplan liegt vor.

2. Gemeinsame Tatausführung

A müsste sich die Tat durch gemeinsame Tatausführung zurechnen lassen. Wann dies vorliegt, ist umstritten.

a) Tatherrschaftslehre

Gemäß der Tatherrschaftslehre ist Täter, wer als Zentralgestalt das Tatgeschehen planvoll lenkend in den Händen hält. A ist nicht bei der Tatausführung dabei und leistet keinen überragenden Beitrag im Vorbereitungsstadium; er rät dem T nur zur Benutzung des Schlägers. Nach dieser Ansicht ist eine Mittäterschaft somit zu verneinen.

b) Subjektive Theorie

Nach der gemäßigt-subjektiven Theorie ist Täter, wer mit Täterwillen handelt und die Tat als eigene will. A rät dem T nur zur Benutzung des Schlägers, wodurch sich kein überragendes Interesse ableiten lässt. Eine Mittäterschaft ist nach dieser Ansicht abzulehnen.

c) Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu gleichen Ergebnissen, womit ein Streitentscheid dahinsteht. Es liegt keine gemeinsame Tatausführung vor.

II. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5, 25 Abs. 2 StGB nicht wegen mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

F. Strafbarkeit des A gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 2 Alt., 5, 26 StGB

A könnte sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5, 26 StGB wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben, indem er dem T zu einer Benutzung des Baseballschlägers riet.

I. Tatbestandsmäßigkeit**1. Objektiver Tatbestand***a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat*

Es müsste eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat vorliegen. T verwirklichte den Tatbestand des §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5 StGB mit Vorsatz und ohne Rechtfertigungsgrund. Somit liegt nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät eine taugliche, teilnahme-fähige Haupttat vor.

b) Bestimmen

A müsste den T zu dieser Tat bestimmt haben. Bestimmen ist das Hervorrufen des Tatentschlusses. A hatte jedoch den Tatentschluss bereits gefasst; A rief lediglich die Benutzung des Baseballschlägers hervor, also Tatentschluss bezüglich der Qualifikation. Fraglich ist, wie dieses Problem der Aufstiftung zu einer Qualifikation zu behandeln ist. Einer Ansicht nach ist die Aufstiftung lediglich als Beihilfe zu betrachten und damit nicht als vollwertige Aufstiftung anzusehen. Hiernach hätte der A den T also nicht bestimmt und es läge keine Anstiftung vor. Zu prüfen wäre eine psychische Beihilfe.

Einer anderen Ansicht nach ist die Aufstiftung zur Qualifikation zulässig und damit ausreichend für das Bestimmen. Somit hätte der A den T ausreichend bestimmt.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streit zu führen ist. Für die erste Ansicht spricht zwar, dass die Aufstiftung nicht möglich sein soll, da der Täter bereits omnimodo facturus ist und des Weiteren spricht die tätergleiche Bestrafung für eine restriktive Auslegung. Jedoch ist die Qualifikation zugehörig zum Tatbe-

stand und erhöht somit den Unrechtsgehalt der Handlung signifikant. Somit ist der letzten Ansicht zu folgen.

A hat den T ausreichend bestimmt. Dieses Bestimmen genügt auch den Ansichten mit den höchsten Anforderungen: einer geistigen Kommunikation und einem Unrechtspakt.

2. Subjektiver Tatbestand*a) Vorsatz bezüglich der Haupttat*

A hatte Vorsatz bezüglich der Benutzung des Baseballschlägers und der Körperverletzung, jedoch nicht bezüglich der lebensgefährdenden Behandlung.

b) Vorsatz bezüglich des Bestimmens

A hatte Vorsatz bezüglich des Bestimmens.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 26 StGB wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht.

G. Konkurrenzen

T verwirklicht den §§ 212, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB mit §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5 StGB.

Staatsrecht II Klausur WiSe 2022/23

Julius Vernie, Bonn

Der vom Verfasser gewählte Lösungsweg stellt nur eine von mehreren Lösungsalternativen dar und bietet keine Gewähr einer identischen Bewertung. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass auch eine mit „gut“ oder „sehr gut“ bewertete Klausur nicht zwingend fehlerfrei sein muss. Die nachfolgende Klausur wurde als Abschlussklausur im Rahmen der Vorlesung Staatsrecht II: Grundrechte bei Prof. Dr. Klaus F. Gärditz im Wintersemester 2022/2023 geschrieben und mit sehr gut (16 Punkten) bewertet.

Sachverhalt

Aufgabe 1:

Woraus und wie leitet sich das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht auf Demokratie her? Erläutern Sie den Gewährleistungsgehalt des Demokratie-Grundrechts und erklären Sie dabei auch seine europaverfassungsrechtliche Ausweitung.

Aufgabe 2:

- Unter welchen Voraussetzungen sind juristische Personen grundrechtsfähig?
- Sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundrechtsfähig?
- Diskutieren Sie, welche Argumente für und gegen die Grundrechts- und Verfassungsbeschwerdefähigkeit von Vattenfall – eine vom schwedischen Staat gehaltene juristische Person des Privatrechts, die in Deutschland tätig ist und die Verletzung von Art. 14 GG rügt – sprechen. Gehen Sie insbesondere auf die beiden alternativen Ansätze für die wesensgemäße Anwendbarkeit ein.

Aufgabe 3:

Welche Anforderungen stellen der Grundsatz der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität für eine zulässige Verfassungsbeschwerde auf? Wann bzw. in welchen Rügekonstellationen gebieten die Grundsätze die Erhebung der fachgerichtlichen Anhörungsrüge?

Aufgabe 4:

Der Bundesgesetzgeber beabsichtigt die Abschaffung des Grundrechts auf Asyl gemäß Art. 16a GG. Ist das Vorhaben mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar?

Aufgabe 5:

- Erläutern Sie die individual-freiheitliche Konnotation und die rechts(schutz)erweiternde Konsequenz, die das weite Verständnis der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG infolge der Elfes-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit sich bringen.
- Was ist unter „verfassungsmäßiger Ordnung“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG zu verstehen? Wie lässt es sich begründen, dass die anderen beiden Schranken der Schrankentrias in der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung aufgehen?

Aufgabe 1:

Das Grundrecht auf Demokratie ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art 20 Abs. 2 S. 1 GG. Es gewährleistet, dass jeder Einzelne staatliches Handeln bewerten und überprüfen kann und letztlich durch die Wahrnehmung etwa seines Wahlrechts auch Einfluss auf den Staat nehmen kann. Dies hat vor allem Bedeutung im Hinblick auf die zunehmende Übertragung von Kompetenzen an die Europäische Union. EU-Recht muss vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden, wird ihm also vorgegeben und entspricht damit nicht zwangsläufig dem mehrheitlichen Willen des deutschen Volkes. Es ist im Grundsatz auch nicht am Maßstab des GG, insbesondere der Grundrechte, überprüfbar. Im Rahmen des Lissabon-Urteils hat das BVerfG dem Gesetzgeber deswegen auferlegt, sorgfältig zu prüfen, welche Kompetenzen er der EU überträgt und ob die EU stets im Einklang mit den grundlegenden Wertungen des GG steht. Das BVerfG hat weiterhin entschieden, dass es selbst befugt ist, EU-Recht grundrechtlich zu überprüfen, sofern dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung in nationales Recht noch Auslegungsspielräume offenstehen. Wenn das europäische Recht solche Spielräume nicht bietet, kann es zwar nicht grundrechtlich geprüft werden. Das BVerfG sieht sich in

diesem Fall aber befugt, selbst eine Überprüfung an der EU-Grundrechtecharta vorzunehmen.

Aufgabe 2a:

Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für juristische Personen, wenn sie inländisch sind und soweit sie ihrem Wesen nach auf die juristische Person anwendbar sind. Inländisch ist die juristische Person, wenn sie ihren Sitz im Inland hat. Zur Auslegung der wesensgemäßen Anwendbarkeit gibt es zwei vertretene Ansätze:

Eine Ansicht stellt auf die einzelnen Menschen ab, die in der juristischen Person organisiert sind und fragt, ob das Grundrecht auf die einzelnen Menschen durchgreift, die Menschen also ihr eigenes Grundrecht nur durch die juristische Person wahrnehmen.

Eine andere Ansicht sieht die wesensgemäße Anwendbarkeit gegeben, wenn die juristische Person in dem Grundrecht ähnlich wie eine natürliche Person beeinträchtigt werden kann.

Aufgabe 2b:

Grundsätzlich sind juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht durch die Grundrechte geschützt. Das ergibt sich aus dem Konfusionsargument: Der Staat, der gemäß Art. 1 Abs. 3 GG durch die Grundrechte gebunden ist, kann nicht gleichzeitig von ihnen geschützt sein. Die Freiräume, die die Grundrechte gewähren, sollen ihm gerade nicht zustehen. Ausnahmsweise können juristische Personen öffentlichen Rechts sich aber dennoch auf einzelne Grundrechte berufen, wenn sie den Einzelnen Freiräume ermöglichen und so eine gewisse Staatsferne gewährleisten sollen. Als Ausnahme-Trias anerkannt sind die Universitäten (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG), die Kirchen als Körperschaften öffentlichen Rechts (Art. 4 GG) und der öffentlich-rechtliche Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG).

Aufgabe 2c:

Privatrechtliche juristische Personen, die zumindest mehrheitlich in der Hand des deutschen Staates sind, sind nicht von den Grundrechten geschützt. Grund dafür ist ebenfalls das bereits erläuterte Konfusionsargument. Für ausländische Staatsunternehmen kann dies jedoch nicht überzeugen, denn ein ausländischer Staat ist nicht an die deutschen Grundrechte gebunden.

Fraglich ist allerdings, ob auf ein Staatsunternehmen Grundrechte dem Wesen nach anwendbar sind. Nach der ersten, bereits erläuterten, Ansicht ist dies nicht der Fall, denn hinter einem Staatsunternehmen stehen eben nicht einzelne Private, sondern der ausländische Staat.

Die zweite Ansicht stellt auf die Ähnlichkeit der Betroffenheit ab. Da ein ausländischer Staatskonzern ebenso Eigen-

tum haben kann wie ein einzelner Bürger, läge nach dieser Ansicht ein Grundrechtsschutz vor.

Zuletzt ist noch Art. 18 AEUV zu erwähnen, der es EU-Mitgliedstaaten verbietet, juristische Person anderer Mitgliedstaaten anders zu behandeln als inländische. Letztlich erscheint die zweite Ansicht, wonach es für die wesensgemäße Anwendbarkeit auf die Ähnlichkeit der Betroffenheit im Vergleich zu einer natürlichen Person ankommt, überzeugender. Daher ist Art. 14 GG dem Wesen nach auf Vattenfall anwendbar und es erscheint mit Blick auf die anderen Argumente angemessen, dem Unternehmen die Verfassungsbeschwerde zu ermöglichen.

Aufgabe 3:

Gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muss der Rechtsweg erschöpft sein (soweit er eröffnet ist), bevor Verfassungsbeschwerden erhoben werden können. Der Beschwerdeführer muss vorher also alle anderen prozessualen Möglichkeiten nutzen, um die potenzielle Grundrechtsverletzung abzuwehren. Das Bundesverfassungsgericht soll so entlastet werden. Gegen formelle Gesetze ist der Rechtsweg allerdings nicht eröffnet, wie sich aus dem Art. 100 Abs. 1 GG ergibt.

Weiterhin muss der Beschwerdeführer auch alle anderen Möglichkeiten nutzen, um die potenzielle Grundrechtsverletzungen abzuwehren (materielle Subsidiarität). So kann etwa verlangt werden, dass der Beschwerdeführer zunächst eine Ermessensentscheidung seitens der Verwaltung abwartet, bevor er gegen die zugrundeliegende Norm Verfassungsbeschwerde erhebt. Dies gilt allerdings nur, soweit ihm die Folge zumutbar ist.

Soll eine Urteilsverfassungsbeschwerde auf Art. 103 Abs. 1 GG gestützt werden, so kann verlangt werden, dass der Beschwerdeführer bereits im fachgerichtlichen Prozess eine Gehörsrüge geltend macht. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn die behauptete Verletzung rechtlichen Gehörs erst im höchstinstanzlichen Prozess stattgefunden hat.

Aufgabe 4:

Eine Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber kann nur am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG überprüft werden. Fraglich ist hier, ob die Streichung des Art. 16a GG einen unzulässigen Eingriff in die Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG darstellt. Ein Eingriff in die Menschenwürde liegt vor, wenn der Mensch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns wird, ihm also seine Qualität als Subjekt abgesprochen wird. Das Recht auf Asyl gewährt Schutz, wenn dem Asylbewerber in seinem Herkunftsland besonders schwerwiegende und ungerechtfertigte Übel drohen. Es gewährt jedem Asylbewerber zumindest so lange Schutz, bis die von ihm angeführten Gründe für den Asylantrag überprüft worden sind. Mit der Abschaffung des Asylrechts würden all diese Schutzrechte abgeschafft. Ein anerkannter Verstoß gegen die Menschenwürde ist die

Abschiebung eines Ausländers, dem in seinem Herkunftsland die Todesstrafe droht. Mit der Abschaffung des Art. 16a GG würde Schutzsuchenden schon die Möglichkeit verweigert, ihr Anliegen überhaupt vorzubringen. Dies käme faktisch einer pauschalen und direkten Abschiebung gleich. Daher muss auch die völlige Abschaffung des Rechts auf Asyl als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG angesehen werden. Sie ist daher unvereinbar mit Art. 79 Abs. 3 GG und somit verfassungswidrig.

Aufgabe 5a:

Die Frage der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG war lange umstritten. Teilweise wurde vertreten, nur der Kern der Persönlichkeit und darauf aufbauendes Verhalten seien geschützt. Die heutige ganz herrschende Meinung sieht hingegen beliebiges Verhalten als vom Schutzbereich umfasst an. Dafür sprechen einerseits der Wortlaut eines früheren Entwurfs „Jeder darf tun und lassen, was er will“, der vom Parlamentarischen Rat lediglich aus sprachästhetischen Gründen geändert wurde. Vor allem überzeugt aber das Argument, dass nur der Einzelne für sich selbst festlegen kann, was er als Kern seiner Persönlichkeit ansieht. Somit besteht durch das GG ein lückenloser Grundrechtsschutz. In der Folge heißt das, dass der Staat für jede Regulierung zumindest eine gewisse Rechtfertigung braucht und nicht völlig willkürlich in die Freiheit der Bürger eingreifen darf.

Aufgabe 5b:

Die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung des Art. 2 Abs. 1 GG meint die Gesamtheit aller formellen und materiellen Normen. Sie erfüllt eine Brückenfunktion, da sie dem einzelnen Bürger im Rahmen der Verfassungsbeschwerde ermöglicht, jede Norm durch das BVerfG überprüfen zu lassen. Dies wäre sonst nur durch die abstrakte oder konkrete Normenkontrolle möglich, die dem einzelnen Bürger allerdings nicht offenstehen. Faktisch handelt es sich bei der Schranke um einen einfachen Gesetzesvorbehalt.

Insofern stellen „die Rechte anderer“ keine eigenständige Schranke dar, denn diese Rechte werden ja gerade durch die Gesamtheit der Gesetze bestimmt. Auch das Sittengesetz fügt keine neue Schranke hinzu: Die Werte der Gesellschaft sollen sich in der verfassungsmäßigen Ordnung in formalisierter Form niederschlagen. Eine darüberhinausgehende Bewertung des Verhaltens des Einzelnen darf dem Staat richtigerweise nicht zustehen. Die Rechte anderer und das Sittengesetz gehen daher in der verfassungsmäßigen Ordnung auf.

Als Jurist in die Diplomatie – „Zeit für eine Midlife-Crisis blieb nicht“

Dr. Peter Woeste, El Salvador*

Das war die Initialzündung. In meinem vierten Jurasemester erhielt ich ein Stipendium für einen Werkstudentenaufenthalt in Südafrika. Seitdem wollte ich raus. Raus aus der Enge der deutschen Biedermeierlichkeit, raus aus den mittelalterlichen Gassen meiner durchaus geliebten alma mater in Marburg. Ein erster Ausbruchversuch führte nach Lausanne, in den frühen 80ern des vergangenen Jahrhunderts neben Genf für Juristen einer der wenigen Studienorte im Ausland. Frankreich wollte mich nicht, da ich noch kein Französisch sprach, der Lernwille allein reichte nicht. Wie das „raus“ möglich wäre, wäre in Bonn und Genf im letzten Jahrzehnt des alten Westdeutschlands vielleicht klarer gewesen – Marburg und Lausanne produzierten Rechtsanwälte und Richter, kaum Diplomaten. Das „raus“ suchte ich auch aus Jura, denn ich sah mich gerade mit zunehmender Referendarzeit, die mich auch nach Bangkok in eine US-Großkanzlei und nach San Francisco gebracht hatte, nicht in einer rein juristischen Karriere. Am Frankfurter OLG schüttelte man nur den Kopf – wie wollen Sie denn Examen machen bei all dem Urlaub im Ausland?

Bis heute wird ein Auslandsjob mehr mit Palmen als mit Arbeit verbunden. Gerade beim Blick von außen offenbart sich viel Selbstzentriertheit dieser Wirtschaftsmacht mit oft sehr regionalem Horizont. Als wären wir die letzte Cola in der Wüste werden deutsches Abitur, deutsche Examina und deutsche Bürokratie verteidigt, während es weltweit längst modernere Alternativen gibt und selbst in El Salvador beispielsweise die Autozulassung in Minutenschnelle mit ausgedrucktem Chipkärtchen statt mehrseitigem Kfz-Brief erfolgt – produziert übrigens von einer deutschen Firma.

Es waren zufällige „Urlaubs“-Begegnungen mit Diplomaten, die mir dieses Fenster zeigten. Dabei war die Aussicht auf eine Beamtenlaufbahn eher zweite Wahl. Doch deutsche Großunternehmen, bei denen ich anklopfte, waren ebenso wie mein Frankfurter Ausbilder noch in der Deutschland AG gefangen. „Bekommen Sie erst mal Stallgeruch, das mit dem Ausland, das kann man später mal sehen.“

Bis heute zolle ich dem Auswärtigen Dienst größten Respekt, auch seinen jüngsten Mitarbeitern zuzutrauen, dass sie die Chancen der Freiheit im Ausland zum Wohl des

Amts und unseres Landes nutzen.¹ Unvergesslich mein erster Chef am ersten Arbeitstag: „Auf Ihrem Schreibtisch liegen Akten. Sie fahren morgen nach Brüssel – und machen Sie dort den Mund auf.“ Es folgte rasch der Auslands-umzug. Mich verschlug es als Ständigen Vertreter des Botschafters, sprich als zweiten Mann, in die Mongolei. Die Botschaft dort hatten wir gerade im Zuge der deutschen Einheit geerbt. Der Botschafter stand praktisch am Flughafen, um mir die Schlüssel in die Hand zu drücken. Er wollte endlich in den Urlaub. Ein Sprung ins kalte Wasser, Abenteuer pur. Meine Frau, gerade approbierte Ärztin, konnte sofort in Ulan Bator arbeiten – für umgerechnet 20 USD im Monat.

Doch noch einen Schritt zurück: Das Jurastudium hat mich auf diesen Beruf gut vorbereitet, auch wenn ich seit Eintritt in das AA keinen Tag mehr praktisch juristisch gearbeitet habe. Das lief für viele meiner Kolleginnen und Kollegen anders, denn als große Behörde braucht das Amt vom Völkerrecht bis zu den Visafragen viele, auch begeisterte Juristen. Doch auch hier bleibt von den Rotationsbeamten niemand in einer Speziallaufbahn. Mal Jura, ja, immer Jura, nein.² Bei aller Kritik an der Reformunfähigkeit unseres Studiums, es lehrt das strukturierte Denken. Aber was hilft die Analyse, wenn man sie nicht vermitteln kann. Daher sollte man schreiben können. Vielleicht gerade nicht nur juristisch. Ich profitiere bis heute von einem journalistischen Hintergrund, was gut für Neugier, aber noch besser für die Vermittlung der Neuigkeiten ist. Die freie Rede sollte einem liegen, noch ein Manko unserer schriftfixierten Ausbildung.

Im Auswärtigen Dienst gibt es vier Laufbahnen. Nur der höhere Dienst führt – mit etwas Glück – am Ende zur Position als Missionschef. Diese Leiterstellen werden fast ausschließlich von Berufsdiplomaten ausgefüllt. Das Modell anderer Staaten der „political appointees“ meidet das AA. Für den höheren Dienst muss man einen mindestens masterwertigen Studienabschluss mitbringen – egal in welchem Fach, sollte zudem Fremdsprachen beherrschen (Englisch und eine weitere UNO-Sprache sind Pflicht, mehr ist Kür). Gesucht sind sowohl Juristen mit nur einem

* Peter Woeste, geb. 1959 im westfälischen Werdohl, studierte Jura in Marburg und Lausanne und wurde zwischen den beiden Staatsexamina mit einer rechtsgeschichtlichen Arbeit promoviert. Er ist Autor mehrerer Sachbücher und war wissenschaftlicher Kommentator u. a. zur Charta der Vereinten Nationen. Seit 2020 ist er als deutscher Botschafter in El Salvador tätig.

1 Nähere Informationen zur Karriere im Auswärtigen Dienst: www.auswaertiges-amt.de/de/karriere.

2 Seit 2023 gibt es eine »nicht-technische Verwaltungslaufbahn« für Personen, die nicht der Rotation unterliegen, dafür aber als Expertinnen und Experten einen eigenen Spezialisten-Karriereweg einschlagen können.

Examen, ein wenig despektierlich als „Kleine Juristen“ bezeichnet, als auch Volljuristen. Die Promotion ist in meinem Jahrgang vermutlich eher weiter verbreitet als heute, wo ein ausländischer Master eine gute Alternative ist. Überhaupt, wo früher einige Auslandssemester ausreichten, sollte es heute ein Abschluss sein. Anders als alle anderen Ministerien stellt das AA nach französischem Vorbild einmal im Jahr nach einem allgemeinen Concours eine ganze Gruppe ein. Das Jahr als Attaché an der amtseigenen „Akademie Auswärtiger Dienst“ ergänzt Schwächen im Lebenslauf, sei es in Geschichte, sei es in Volkswirtschaft, sei es in Sprachen – von Jura sind Juristen befreit. Es ist ein exklusives Angebot auf Top-Niveau mit Auslandsaufenthalt, erstklassigen Referenten und hochkarätigen Besuchen. Die Attachégruppe bleibt das ganze Berufsleben ein wichtiges soziales Netz, als „Crew“ durchnummeriert seit der ersten Nachkriegscrew nach Ende des Zweiten Weltkriegs. Da man meist schon überakademisiert ist, wenn man den Schritt zum Amt wählt, ist die soziale Bindung in einem sonst oft bindungslosen Berufsumfeld der m. E. wichtigere Teil der Attachézeit.

Ich weiß noch, wie ich am ersten Tag bei der Vorstellungsrunde der neuen, meiner Crew über mich selber staunte, wo ich hingeraten war. Es waren Typen versammelt, keine Eierköpfe, auch wenn keiner seine akademischen Meriten verstecken musste. Es schienen fast alle Studiengänge versammelt, nicht nur Juristen und Volkswirte, auch wenn wir die größte Teilgruppe waren. Es gab Forstwirte und Physiker, Geographen und Historiker. Bis heute schätze ich die Freiheit, auch Paradiesvogel-Interessen nachgehen zu können. Da gibt es den Dichter, der auf Rumänisch Lyrik verfasst, da gibt es den Botschafter, der als katholischer Diakon am Sonntag Kinder tauft, da gibt es Autoren von Krimis und auch Kommentatoren juristischer Standardwerke, aber auch Künstler mit respektablen Ausstellungen. Das ist nicht nur erlaubt, sondern auch gerne gesehen.

Verdrängt wird oft ein soziales Problem. Es ist nicht einfacher geworden, für diesen Beruf eine Partnerin oder einen Partner zu finden. Zwei Karrieren, es sei denn, man findet sich mit gleichem Berufsziel während der Attachézeit, sind in der Realität praktisch unmöglich. Idealerweise hat man schon vor Dienstantritt einen gemeinsamen Lebensplan für sich, für die Partnerschaft, für die Familie. Die hohe Zahl bi-nationaler Ehen im Amt zeigt, dass viele erst später fündig werden – doch die Karrierefrage wird damit nicht weniger drängend. Schon als rein deutsches Doppelakademikerpaar war es schwierig. Mal wurde die Approbation meiner Frau nicht anerkannt, mal war der Ärztemarkt in Berlin überschwemmt und niemand wartete auf eine Rückkehrerin mit suspekter Auslandserfahrung. Immerhin, der Heimatmarkt ist heute besser. Doch man ist in erster Linie auf sich allein gestellt.

Regelmäßig umzuziehen muss einem gefallen. Zur Rotation muss man sich bei Dienstantritt bekennen. Und nicht immer fallen Wunsch und Wirklichkeit, Eigen- und Fremdwahrnehmung zusammen. Aus der Mongolei ging es zurück in die Zentrale, damals Bonn, danach nach Südafrika, ein Heimspiel. Es folgte Berlin, danach New York und

wieder Berlin. Mal waren es zwei Jahre, mal fünf. Ich ging als Botschafter nach Malawi, nach Ruanda und jetzt nach El Salvador, war zwischenzeitlich noch einmal kurz in der Wissenschaft an einem Hamburger Forschungsinstitut, dem GIGA. Gearbeitet habe ich auf Englisch, Französisch und Spanisch. Bei der UNO bemerkte ich, dass ich gerne und gut verhandele, in Malawi gab es mir Glücksgefühle, entscheidend zur Wiederbelebung eines Nationalparks beigetragen zu haben, und an manchen Orten durfte ich Oppositionellen rechtzeitig über die Grenze helfen. Praktische Lebensfähigkeit sollte mindestens so groß geschrieben werden wie die akademische Qualifikation. Zeit für Midlife-Crisis blieb nicht, denn dann stand schon wieder ein Wechsel an. Unsere in London lebende Tochter schreibt auf ihrem Blog über das Aufwachsen als „Third Culture Kid“: „I grew up bilingual, as a diplomat’s daughter, and would move countries roughly every four years throughout my childhood, on four different continents, in six countries, and have moved houses ten consecutive times.“ Man braucht schon eine Familie, die das mitmacht, will man nicht das auch immer öfter vorkommende Modell der Solotänzerin oder der Fernbeziehung wählen. Ob das dann noch die erhoffte kulturelle Anregung, das erwünschte Abenteuer, oder eher ein Montagejob ist, muss sich fragen, wer diesen Weg geht. Doch während ich als Diplomat am Ende in einer deutschen Verwaltung arbeite, sind Partnerin und Kinder jedes Mal einem komplett neuen Umfeld ausgesetzt. Da muss es zu Hause stabil sein, soll es klappen. So farbig das alles klingen mag, so schwierig ist dieser Beruf. Was sind gute Beziehungen, was ist moderne Diplomatie? Jeder Zeitungsleser glaubt, mitreden zu können. Man muss sich nur die Kommentare und vor allem Hasskommentare ansehen, die auf die oberste Chefin des Auswärtigen Amtes niederprasseln. Allenfalls beim Fußballbundestrainer gibt es ähnlich viele Experten. Mal fordern Bürgerinnen und Bürger interessengeleitete Realpolitik, mal soll es menschenrechtsgeleitete Wertepolitik sein. Ein Spagat, wo mehr Grau als klares Schwarz und Weiß existieren. Es gibt auch ein persönliches Risiko, es sei denn, man wäre das Modell „Beamter mit Ärmelschoner“. Ich selber musste ein Land vorzeitig verlassen, wohl weil meine Interpretation des Einsatzes für Menschenrechte der Gastregierung missfiel. Vor allem aber leidet die ganze Familie. Viele Kolleginnen und Kollegen mussten in den letzten Monaten Russland als Opfer eines uns aufgezwungenen politischen Pokers überstürzt verlassen. Das bedeutet abgebrochene Schuljahre für Kinder und ungewisse Neuanfänge aus dem Koffer in Berlin. Das gilt erst recht, wer nur mit einem Rucksack an Habseligkeiten militärisch evakuiert wird, der froh ist, seine nackte Haut zu retten und besser nicht an zurückgelassene Haustiere und liebgewonnene Erinnerungsstücke denkt, wie zuletzt im Sudan. Ganz praktisch: Wir haben in Zeiten moderner Fotobücher immer eine Sicherheitskopie ausgedruckt in Deutschland. Andererseits ist Krise auch die Zeit von Politik. Bei einem – dann gescheiterten – Putschversuch war der permanente Dialog mit der rechtmäßigen Präsidentschaftskandidatin entscheidend, um die Verfassung zu wahren. Gleichzeitig

stockten wir den Lebensmittelvorrat in der Residenz auf, falls es noch kritischer werden würde und die deutsche Gemeinschaft Schutz suchen würde.

Etwa die Hälfte meines Berufslebens habe ich im Inland verbracht. Mit den Stärken und Schwächen einer Mammutbehörde muss man leben können. Es wird viel verwaltet, auch Politik. Regiert wird schriftlich, heißt es in Deutschland. Dafür werden Unmengen von Papier verfasst, umgeschrieben, neu gefasst und verworfen. Wer Angst hat vor dem Räderwerk des Großbetriebs, wird allerdings auch bei Siemens oder der Deutschen Bank nicht glücklich werden. Über 12.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, davon 1.600 im hier beschriebenen höheren Dienst, lassen sich nicht wie ein Start Up oder eine eigene Kanzlei organisieren. Hinzu kommen noch über 5.000 lokal Beschäftigte an den 230 Auslandsvertretungen. Die meisten sind kleine Betriebe. In El Salvador sind es nur 25 Kolleginnen und Kollegen.

Dort wiederum genießt man eine ungeheure Freiheit. Der Botschafter ist nicht nur Behördenleiter, er ist vor allem der persönliche Vertreter des Bundespräsidenten vor Ort. Der altmodisch klingende Titel des „außerordentlichen und bevollmächtigten Botschafters“ verweist auf diese einzigartige Position, die besondere Verantwortung verlangt. Daneben ist er noch Notar, politischer Analyst, Wirtschaftsberater, Journalist und Talk-Show-Gast in einer Person. Er muss beim Holocaust-Gedenken ebenso die richtigen Worte finden, wie im TV-Sportstudio, wenn es gilt, das Spiel der Fußballnationalmannschaft zu kommentieren. Die Botschaft sitzt ex officio im Schul- und Kammermervorstand, kracht es, ist der Botschafter gefragt. Besonders schätze ich die regelmäßigen Treffen im EU-Kreis. Sie verhindern, zum politischen Geisterfahrer zu werden, wenn man seine eigene politische Analyse mit derjenigen der Kolleginnen und Kollegen vergleichen kann. Es ist nicht langweilig.

Würde ich heute noch einmal den Auswärtigen Dienst wählen? Die Zeiten ändern sich. Es gibt unterdessen interessante und auch lukrativere Alternativen, bei der EU, in Großunternehmen, in Großkanzleien, in den Medien oder bei den internationalen Unternehmens-Consultings. Die Berufswahl unserer Kinder zeigt das Dilemma. Sie sind im Consulting-Geschäft, bei Londoner oder US-Großunternehmen. Auch wegen der Partnerfrage haben sie sich gegen die Diplomatie, aber für das internationale Leben entschieden. Man muss nicht gleich auswandern, wofür das deutsche Jurastudium mit seiner überholten Fixierung auf das Idealbild des Richters übrigens eine m. E. besonders schlechte und antiquierte Grundlage bietet.

Alle diese Karrieren erlauben, den Auslandswunsch mit der Verankerung in der Heimat zu verbinden. Für Juristen gibt es die einzigartige Möglichkeit, eine Station der Referendarzeit an einer Auslandsvertretung zu verbringen. Man sollte in sich selbst hineinhorchen, ob man eher das Juristische sucht, und wieviel Ausland einem selbst und der Partnerschaft gut tut, wie wichtig die finanzielle Seite ist, oder das, was man heute Work-Life Balance nennt. Meiner Frau und mir hat dieser Lebensweg Erfüllung gebracht.

Professorenvorstellung

Prof. Dr. Markus Wagner



Foto: Yvonne Mester, Fachbereich Rechtswissenschaft Universität Bonn

Geboren und aufgewachsen bin ich in Augsburg. Während der Schulzeit habe ich mich für vieles interessiert – insbesondere Naturwissenschaften, Geschichte und Fremdsprachen, einen speziellen Bezug zur Juristerei hatte ich ursprünglich eigentlich nicht. An Sprachen hat mich vor allem immer ein logisch-systematischer Zugang gereizt; spannend fand ich, wie aus verschiedenen Satzkonstruktionen unterschiedliche Bedeutungen hervorgehen etc. (böse Zungen würden behaupten, ich sei schon damals ein „Wortklauber“ gewesen). Neben Texten mochte ich aber auch die Arbeitsweise der Naturwissenschaften. Irgendwann kam ich dazu, dass das im Grunde genommen das ist, was Juristinnen und Juristen machen – mein Interesse war

geweckt. Um mir einen ersten Eindruck zu verschaffen, habe ich in der Kollegstufe den Leistungskurs „Wirtschaft und Recht“ belegt, wo wir erste Einblicke insbesondere in den Allgemeinen Teil des BGB und das Schuldrecht bekamen, was mir sehr gut gefallen hat. Besonders interessiert hat mich aber damals schon das Strafrecht, das aber nicht Teil des eigentlichen Stoffs war, weshalb ich dazu ein Referat gehalten habe (an das ich mit meinem heutigen Horizont lieber nicht mehr zurückdenken möchte). So reifte in mir der Entschluss, Jura zu studieren.

Da die Augsburger Jurafakultät einen guten Ruf genoss (sowie aus einem gewissen Maß an Verbundenheit gegenüber meiner bayerisch-schwäbischen Heimat) entschied ich mich nach dem Abitur 2007, das Studium dort zu beginnen. Dank toller Dozentinnen und Dozenten und einer extrem engagierten Fachschaft, deren Teil ich später werden durfte, hat das Studium mich sofort begeistert und voll eingenommen. Nach meiner ersten Vorlesung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts war für mich klar: Ich will mit Leib und Seele Strafrechtler sein. Neben der Materie selbst lag das auch zu einem großen Teil an dem Dozenten, meinem späteren akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Thomas Rotsch, dessen eigene Begeisterung für das Strafrecht ansteckend war. Bereits in meinem zweiten Fachsemester bekam ich die Gelegenheit, an seinem Lehrstuhl als studentische Hilfskraft anzufangen, wodurch ich sehr früh Einblicke in den Wissenschaftsbetrieb gewinnen konnte und schon bald zum Schluss kam, dass diese Art und Weise des Umgangs mit dem Strafrecht mir sehr viel mehr liegen würde als etwa eine Tätigkeit in der Strafjustiz – nicht zuletzt auch deswegen, weil ich mir sehr gut vorstellen konnte zu unterrichten. Von da an war mein weiterer Weg für mich klar: Ich belegte den strafrechtlichen Schwerpunkt und entdeckte so meine Leidenschaft vor allem für das Wirtschaftsstrafrecht und das Internationale Strafrecht. Als ich gerade mitten im ersten Staatsexamen steckte, erhielt mein Lehrer einen Ruf an die Justus-Liebig-Universität Gießen, den er annahm; da bereits abgesprochen war, dass er mein Doktorvater werden sollte, folgte ich ihm 2011 nach dem Examen ins hessische Exil.

In Gießen verbrachte ich die darauffolgenden zehn Jahre: Während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter verfasste ich meine Dissertation („Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts“) und sammelte meine ersten Erfahrungen in Forschung und Lehre. Anschließend leistete ich das Referendariat im Bezirk des Landgerichts Gießen ab und kehrte 2017 als Habilitand und Akademischer Rat auf

Zeit an den Lehrstuhl zurück. Ich schloss meine Habilitationsschrift („Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB“) ab und habilitierte mich im Februar 2022 am Giessener Fachbereich, der mir die Lehrbefugnis (sog. „*venia legendi*“) für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Internationales Strafrecht verlieh. Bereits kurz zuvor hatten meine „Wanderjahre“ als Lehrstuhlvertreter begonnen: Das Wintersemester 2021/22 führte mich an die Universität Leipzig, das Sommersemester 2022 zurück nach Hessen an die Philipps-Universität Marburg. Währenddessen erreichte mich zu meiner großen Freude der Ruf nach Bonn, dem ich sehr gerne zum Wintersemester 2022/23 gefolgt bin. Seither habe ich die Ehre, ein Teil dieses renommierten Fachbereichs sein zu dürfen, der mich dankenswerterweise sehr freundlich aufgenommen hat.

In der Lehre kann man mir in Bonn an verschiedenen Stellen begegnen: Bisher habe ich neben den Grundkursen Strafrecht I und II vor allem im Schwerpunktbereich Kriminalwissenschaften unterrichtet, aber auch ein Proseminar für Studierende der mittleren Semester veranstaltet und das Probeexamen im Klausurenkurs besprochen. Das eröffnet mir die Möglichkeit, mit möglichst vielen Studierenden des Fachbereichs ins Gespräch zu kommen, wofür ich sehr dankbar bin. Ich habe von Anfang an sehr gerne gelehrt und hoffe, meine Freude an den verschiedenen Teildisziplinen des Strafrechts an die Studierenden weitergeben zu können.

Der Besuch von Veranstaltungen reicht aber für ein erfolgreiches Jurastudium nicht aus – die eigentliche Lernarbeit findet in der Bibliothek oder am heimischen Schreibtisch statt. Dafür bedarf es guter didaktischer Literatur. Um auch hierzu einen Beitrag zu leisten, arbeite ich nicht nur zurzeit an verschiedenen Lehrbüchern, sondern leite auch seit einigen Jahren die ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium (www.zjs-online.com). In dieser kostenlosen und frei zugänglichen Online-Zeitschrift veröffentlichen wir alle zwei Monate zahlreiche Beiträge, die für Studierende interessant sein sollen: Dazu gehören insbesondere Klausuren und Hausarbeiten sowie Besprechungen zu aktueller Rechtsprechung, aber auch wissenschaftliche Aufsätze zu ausbildungsrelevanten Themen und didaktische Beiträge zu Klausurtaktik, wissenschaftlicher Methodik in Haus- und Seminararbeiten usw.

Meine Forschung erstreckt sich auf verschiedene Bereiche: Neben den klassischen Kernbereichen des Straf- und Strafprozessrechts beschäftige ich mich zum einen viel mit Wirtschaftsstrafrecht – z. B. der Reichweite der Unterlassungsverantwortlichkeit von Leitungspersonen, Untreue oder Insolvenzdelikten, aber auch der sog. Criminal Compliance. Zum anderen forsche ich zu verschiedenen Fragen des Völkerstrafrechts. Das betrifft zum einen das „echte“, internationale Völkerstrafrecht, also etwa die Tätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag, aber auch das „nationale Völkerstrafrecht“ in Gestalt des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, das seit einigen Jahren immer größere Bedeutung bei der Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen auf der ganzen Welt erlangt. Darüber hinaus befasse ich mich mit den rechtstheoretischen Grundlagen

des Strafrechts, insbesondere der sog. Normentheorie (www.normentheorie.org). Bei alledem schätze ich den wissenschaftlichen Austausch mit Kolleginnen und Kollegen nicht nur aus dem deutschsprachigen Raum, sondern aus aller Welt – der internationale Diskurs erweist sich regelmäßig als sehr spannend und fruchtbar. Damit auch die Studierenden davon profitieren können, lade ich immer wieder ausländische Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als Gastrednerinnen und Gastredner in meine Veranstaltungen ein, um einen Blick über den Tellerrand zu ermöglichen.

Ich freue mich wirklich sehr, für einige Zeit am Bonner Juridicum tätig sein zu dürfen – bitte zögern Sie nicht, mich in Belangen aller Art gerne persönlich oder per E-Mail (wagner@jura.uni-bonn.de) anzusprechen!



www.bonner-rechtsjournal.de

ISSN 1866 - 0606