

# Relevanzstrukturen strafrechtlicher Fallbearbeitung – zugleich ein Beitrag zur Hochschulfachdidaktik der Rechtswissenschaft

Cornelius Trendelenburg<sup>1</sup>

A. Hochschuldidaktik und Rechtswissenschaft – Bestandsaufnahme .....	357	II. Die Extremformen: reine Praxis und reine Wissenschaft .....	363
B. Erweiterung des bisherigen Forschungsfeldes .....	359	III. Der Kompromiss zu Fallbearbeitungszwecken .....	364
C. Relevanzstrukturen strafrechtlicher Fallbearbeitung .....	362	D. Anwendung: Das verdrängte Regelbeispiel und verwandte Probleme .....	368
I. Problemaufriss – in limbo .....	362	E. Was tun? .....	372

## A. Hochschuldidaktik und Rechtswissenschaft – Bestandsaufnahme

Bis vor kurzem war das Begriffspaar „Hochschulfachdidaktik“ und „Rechtswissenschaft“ noch exotisch.<sup>2</sup> Blickt man in die aktuellen Zeitschriften und Festschriften, hat sich daran noch nicht viel geändert. Mit dem instruktiven Beitrag von *Brockmann/Dietrich/Pilniok* über die Entwicklung „Von der Lehr- zur Lernorientierung“ ist aber ein wichtiger Anfang gemacht „auf dem Weg zu einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik“ (so der Untertitel).<sup>3</sup> Damit sollen größere und kleinere Pionierleistungen<sup>4</sup> nicht geschmälert werden, aber eine so umfassende Darstellung hat lange gefehlt. Sie steht in einem engen Zusammenhang mit einer von den Autoren und weiteren Hamburger Wissenschaftlern organisierten Tagung zur Rechtsdidaktik, die nun jährlich mit wechselnden Themen abgehalten werden soll; die zweite Auflage hat soeben stattgefunden.<sup>5</sup> „Konkurrenz“ gibt es auch schon,<sup>6</sup> so dass man das Beste hoffen darf. Bedauernd ist lediglich, dass der Großteil der Tagungsbeiträge zu-

- 1 Dr. Cornelius Trendelenburg ist Richter in Frankfurt am Main; wesentliche Teile des Beitrags sind noch in seiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Cornelius Pritzwitz an der dortigen Goethe-Universität entstanden.
- 2 Wie die noch junge Disziplin am besten benannt ist, soll hier offenbleiben, verschiedene Kombinationen werden im Folgenden gleichbedeutend verwendet.
- 3 *J. Brockmann/J.-H. Dietrich/A. Pilniok*, Von der Lehr- zur Lernorientierung, Jura 2009, S. 579 ff.
- 4 Vgl. das Stichwort „Rechtsdidaktik“ im Blog von *K. F. Röhl*, <http://rsozblog.de>, zuletzt abgerufen am 2.4.2011; zuvor schon *T. Grammes*, Kommunikative Fachdidaktik, Opladen 1998, S. 465 ff.; *M. Einmahl/J. Stary*, Juristische Lehre für Nichtjuristen, Das Hochschulwesen 2003, S. 165 ff.; *E. Samson/J. Seidel*, Die Alternative: Jurastudium an der privaten Bucerius Law School, in: B. Berendt/H.-P. Voss/J. Wildt (Hrsg.), Neues Handbuch Hochschullehre, Stuttgart 2006 ff., J 2.9 ff.
- 5 <http://www.jura.uni-hamburg.de/rechtsdidaktik/>, zuletzt abgerufen am 2.4.2011.
- 6 Leider gibt es zu einer Kölner Tagung nur diesen einigermaßen esoterischen Link: <http://blog.beck.de/system/files/private/ConferenceProgramLegalEducation.pdf>, zuletzt abgerufen am 2.4.2011. Zur aktuellen Tagung des Passauer Instituts für Rechtsdidaktik siehe <http://www.jura.uni-passau.de/2100.html>, zuletzt abgerufen am 2.4.2011. Die Hauptaufgabe dieses Institutes ist allerdings augenscheinlich (noch) nicht die didaktische Forschung, sondern die Examensvorbereitung.

mindest bis zur Abfassung des vorliegenden Beitrags nicht veröffentlicht worden ist.<sup>7</sup> Für bestimmte Teilbereiche liegt nun mit der Arbeit von *Karger* eine in die Tiefe gehende Darstellung vor.<sup>8</sup>

Kritiker haben sich noch nicht gemeldet. Die denkbare Klage über eine Verschulung und Entwissenschaftlichung wäre jedenfalls verfehlt; warum das so ist, muss so lange nicht erläutert werden, bis sie tatsächlich erhoben wird. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass mit neuen Entwicklungen auch Gefahren, besser: falsche oder jedenfalls nicht optimale Weichenstellungen einhergehen können. Die wichtigste Gefahr sprechen *Brockmann/Dietrich/Pilniok* gleich selbst an, nämlich eine Verengung auf ein „methodenorientierte[s] Verständnis von Didaktik“<sup>9</sup> im Sinne einer bloßen Aufhübschung der Präsentation.<sup>10</sup> Blickt man auf die Titel der Beiträge zu den erwähnten Tagungen, braucht man sich diese Sorge nicht zu machen; sie beschränken sich nicht auf solche – übrigens gleichwohl wichtigen – Fragen. Das gilt erst recht für die jüngste Hamburger Tagung, die sich unter anderem mit problemorientiertem Lernen beschäftigt hat. Die Autoren betonen zudem zu Recht, dass das Forschungsfeld der juristischen Fachdidaktik ein großes ist, so dass die von ihnen diskutierten Teilaspekte nur einen Ausschnitt darstellen können.<sup>11</sup> In diesem Sinne soll der vorliegende Beitrag den Blick erweitern.

Die Hochschulfachdidaktik kann sich auf verschiedenen Wegen ihrem eigenen Fach und dessen Lehre nähern. In keinem Fall ist das gemeint, was sich hinter dem Stichwort „didaktische Beiträge“ (etwa in Zeitschriften) verbirgt. Das ist Didaktik als Tätigkeit, nicht als Wissenschaft. Stattdessen kann sie zunächst eher oberflächlich daherkommen, nämlich als rein methodische Verbesserung der Darbietung. Dann kann sie sich in grundlegender Form mit den Bedingungen und Inhalten der Ausbildung sowie deren Reform beschäftigen; hierzu ist bereits viel geschrieben worden.<sup>12</sup> Schließlich kann sie sich so verstehen, dass sie „den Bezugsrahmen für prak-

7 Gute Orientierung aber im Bericht von *M. Reiß*, Quo vadis, Fachdidaktik?, ZJS 2010, S. 369 ff. Seit kurzem gibt es für den Band zur ersten Hamburger Tagung eine Vorankündigung für Juni 2011 (herausgegeben von *Brockmann/Dietrich/Pilniok* im Rahmen einer vielversprechend betitelten Schriftenreihe: Schriften zur rechtswissenschaftlichen Didaktik, herausgegeben von D. Basak, R. Bork, B. Daurer-Lieb et al., Baden-Baden).

8 *M. Karger*, Rekonstruktion des Rechtsunterrichts am Beispiel des materiellen Strafrechts, Baden-Baden 2010.

9 Vor dem Hintergrund der unendlichen Diskussion über die Begriffe „Didaktik“ und „Methodik“ sowie über deren Verhältnis zueinander misst man der begrifflichen Unterscheidung am besten keine entscheidende Bedeutung bei; vgl. zum Forschungsstand in der Pädagogik die Zusammenfassung von *M. Wesemann*, Das Verhältnis von Didaktik und Methodik, in: K.-H. Arnold/U. Sandfuchs/J. Wiechmann (Hrsg.), Handbuch Unterricht, Stuttgart 2009, S. 183 ff.

10 *Brockmann/Dietrich/Pilniok*, Lernorientierung (Fn. 3), S. 581.

11 *Brockmann/Dietrich/Pilniok*, Lernorientierung (Fn. 3), S. 582.

12 Vgl. nur die Beiträge in C. Baldus/T. Finkenauer/T. Rüfner (Hrsg.), Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform, 2008; jüngst etwa A. *Vofskuhle*, Das Leitbild des „europäischen Juristen“, Rechtswissenschaft 2010, S. 326 ff. Kritisch dazu, dass sich diese Diskussion nicht mit der Vermittlung der Inhalte beschäftigt, *Brockmann/Dietrich/Pilniok*, Lernorientierung (Fn. 3), S. 579.

tische Methodenentscheidungen“ bietet,<sup>13</sup> also beispielsweise Auskunft darüber gibt, mit welchen aktivierenden Lehrmethoden unter bestimmten äußeren Vorgaben (wie etwa der Zahl der Teilnehmer) das Lernziel am besten zu erreichen ist. Interessant ist nun, dass *Brockmann/Dietrich/Pilniok* sich einerseits von einer engstirnigen Methodenorientierung abgrenzen, andererseits aber doch wieder die Methoden in den Mittelpunkt stellen, nur eben in wesentlich anspruchsvollerer und stärker fachspezifischer, mehr planungs- als durchführungsorientierter Weise. Dieser Befund gilt für einen Großteil der allgemeinen und besonderen Hochschuldidaktik. Selbstverständlich machen diese Fragen einen sehr wichtigen Teil der Hochschuldidaktik aus. Und selbstverständlich ergeben sich hier hinreichend viele juraspezifische Besonderheiten, um darauf eine eigenständige Rechtsdidaktik zu gründen. Was aber bei alledem fehlt, ist der (weitgehend) methodenunabhängige Blick auf die vorgegebenen<sup>14</sup> Inhalte.

## B. Erweiterung des bisherigen Forschungsfeldes

Ein ähnlicher Ansatz wie hier findet sich bei *Thomas*, der für die Philosophie darauf hinweist, dass die nicht auf das „Wie“ gerichteten didaktischen Fragen in weitaus höherem Maße fachspezifisch sind; weitergehend: „Hier werden hochschuldidaktische zu genuin philosophischen Fragen.“<sup>15</sup> Für die Literaturwissenschaft definiert *Wintersteiner* Didaktik in Abweichung von den altbekannten Festlegungen als „selbstreflexive Komponente jeder Wissenschaft“, es handele sich um „eine Selbstreflexion, die von der Frage nach der Vermittlungsfähigkeit der jeweiligen Disziplin inspiriert ist und zu dieser wieder zurückführt“, um „eine Art implizite Meta-Wissenschaft“.<sup>16</sup> Auch *Wildt* hält es für wünschenswert, „wenn sich die Fachdidaktik von einer engen Fixierung auf Unterricht löst. Sie hätte dann ihre Gegenstandskonzeption auf den Zusammenhang der Reflexion von Verbreitung und Generierung wissenschaftlichen Wissens auszudehnen.“<sup>17</sup> Das dürfte auch das umfassen, was in diesem Beitrag gerade in Ergänzung zum bisherigen Verständnis einer Fachdidaktik der Rechtswissenschaft thematisiert wird. So werden auch die von *Wildt* geschilderten Gefahren vermieden: Er warnt, wie gesagt ohne spezifischen Fachbezug, vor einer „Trennung von Forschung und Lehre“, die durch die Institutionalisierung der Fach-

13 *Brockmann/Dietrich/Pilniok*, Lernorientierung (Fn. 3), S. 581. In der Arbeit von *M. Karger* kommt dieser Bereich ebenfalls vor, *Karger*, Rekonstruktion (Fn. 8), S. 117 ff.

14 Das unterscheidet diesen Forschungsteilbereich von der bereits erwähnten Debatte über die Juristenausbildung als solche.

15 *P. Thomas*, Was und wie lehren?, in: *J. Rohbeck* (Hrsg.), Hochschuldidaktik Philosophie, Dresden 2007, S. 15 (18 f.). Die am weitesten reichende Verbindung, die „Begründung einer Hochschuldidaktik aus der Philosophie heraus“ (S. 19), hat freilich in der Rechtswissenschaft kein Pendant.

16 *W. Wintersteiner*, Die Literaturwissenschaft und ihre Didaktik, in: *S. Hochreiter/U. Klingeböck* (Hrsg.), Literatur, Lehren, Lernen, Wien 2006, S. 19 (21).

17 *J. Wildt*, Fachübergreifende und/oder fachbezogene Hochschuldidaktik – (k)eine Alternative?, in: *Rohbeck*, Philosophie (Fn. 15), S. 164 (180 f.).

didaktiken befördert werden könne.<sup>18</sup> Es könne sich „eine von der allgemeinen Hochschuldidaktik weitgehend abgekoppelte hochschuldidaktische Subkultur“ entwickeln,<sup>19</sup> was dringend zu vermeiden ist, soweit die eben doch in sehr großem Ausmaß bestehenden Gemeinsamkeiten betroffen sind. Am schönsten bringt *Welbers* die Kritik auf den Punkt, und seine Ausführungen zur Literaturwissenschaft ließen sich auf viele der bisherigen Ansätze zu einer Juradidaktik bruchlos übertragen, auch wenn die von ihm im Anschluss angesprochenen Probleme nicht dieselben sind wie hier:

*„Fragt man nach dem Zusammenhang von Hochschuldidaktik und germanistischer Literaturwissenschaft, steht häufig das Bild einer zunächst nicht zur Diskussion gestellten Wissenschaft der Inhalte (Literaturwissenschaft) neben dem einer möglichen Praxis der besseren Vermittlung der besseren, meist nur methodisch zu qualifizierenden Vermittlung dieser fraglos gesetzten Inhalte (Hochschuldidaktik). Auf der Seite der Fachwissenschaft soll, ja muss alles gleich bleiben, in der Vermittlung dagegen soll alles schnell anders und vor allem besser werden.“<sup>20</sup>*

So bietet sich ein Kontinuum – oder ein immer länger und dünner werdendes Band zwischen Hochschuldidaktik und Hochschulfachdidaktik: Während auf der Ebene von Rhetorik und Präsentation die Unterschiede zwischen den Fächern verschwindend gering sind, eigene Hochschulfachdidaktiken mithin insoweit überflüssig sind, ist der Bezug am anderen Ende des Spektrums nur noch ein sehr abstrakter, und es geht letztlich um rein fachwissenschaftliche Fragen, die mit einem didaktisch geschulten Blick neu gedacht werden.

Im Folgenden soll ein spezifischer Bereich der Inhalte des Jurastudiums das Zentrum bilden, nämlich die Fallbearbeitung. Das Nachdenken über sie ist in dem soeben beschriebenen Spektrum zwischen den juraspezifischen Fragen der richtigen Lehrformen und der didaktisch inspirierten Rechtswissenschaft im engeren Sinne einzuordnen. Im Mittelpunkt wird das Strafrecht stehen, aber in jedem juristischen Teilgebiet gibt es vergleichbare Probleme.

Die Notwendigkeit einer Hinwendung zu den Inhalten gilt in dreierlei Hinsicht: Erstens ist die traditionelle Vermittlung der Inhalte etwa in den Lehrbüchern – die schließlich in der Regel Basis für die Vermittlung in den Veranstaltungen ist, gleich, welcher Methoden sich diese bedienen – darauf zu überprüfen, inwieweit sie Missverständnisse und Fehlvorstellungen produziert und inwieweit sie im Einzelfall die

18 *Wildt*, Hochschuldidaktik (Fn. 17), S. 178 ff.

19 *Wildt*, Hochschuldidaktik (Fn. 17), S. 179.

20 *U. Welbers*, Wenn ein Reisender in einer Wissenschaft, in: Hochreiter/Klingenböck, Literatur (Fn. 16), S. 73.

Herausbildung dogmatischer Kompetenz<sup>21</sup> eher behindert als befördert. Fehlvorstellungen im technischen Sinne zeichnen sich dadurch aus, dass sie anders als gewöhnliche Fehler als tief verwurzelte Leitbilder für denjenigen dienen, der ihnen aufsitzt, und so weitere Irrtümer und Missverständnisse nach sich ziehen.<sup>22</sup> Zudem sollten Versuche gestartet werden, nicht nur das an der „Durchfallquote“<sup>23</sup> ablesbare Ergebnis hinzunehmen, sondern die Gründe dafür zu diagnostizieren, die sich aus der bloßen unreflektierten und unsystematischen Lektüre oder Korrektur studentischer Klausuren allenfalls vermuten lassen. Die Strukturierung der Lerninhalte ist zu überdenken; *Kargers* „Schleifenmodell“ einer nicht linearen, sondern vom Überblick und vom Einfachen her in die Tiefe gehenden und damit zugleich wiederholenden Darbietung<sup>24</sup> sollte dringend Schule machen und vor allem Gegenstand einer umfassenden Diskussion mit dem Ziel der weiteren Verbesserung und Ausdifferenzierung werden. Zweitens ist zu fragen, welche Inhalte innerhalb der durch die Grundstruktur und die Ausrichtung der Juristenausbildung vorgegebenen Bereiche tatsächlich gelehrt und gelernt werden sollen, was also etwa die vielbeschworenen „Grundkenntnisse“ in einem bestimmten Rechtsgebiet sind oder wie detailliert der Pflichtstoff zu beherrschen ist. Dazu gehört es auch, welche Aspekte beispielsweise des Untreuetatbestands das Kernwissen über ihn bilden und was nur von besseren Kandidaten erwartet werden kann. Musterlösungen müssen von Erwartungshorizonten ergänzt, vielleicht sogar durch sie ersetzt werden. Bewertungskriterien und -maßstäbe sind zu überdenken.<sup>25</sup> Zwischen dem Vollständigkeitsanspruch der Wissenschaft und dem legitimen Bedürfnis nach didaktischer Reduktion müssen Kompromisse gefunden werden. Drittens – und das wird trotz einiger Übergriffe auf die Stoffauswahl das Zentrum des Beitrags bilden – müssen die Kunstregeln der Fallbearbeitung klarifiziert und vereinheitlicht werden, was nur auf Grundlage einer gewissen Einigkeit zwischen den Lehrenden möglich ist.

- 21 Zur dogmatischen Kompetenz als zentralem Lernziel *Karger*, *Rekonstruktion* (Fn. 8), S. 49 ff. Freilich ist das ein sehr abstrakter Begriff, der einer Operationalisierung kaum zugänglich ist.
- 22 Ein Beispiel: die Fehlvorstellung, die Versuchsprüfung unterscheide sich von der Prüfung der Vollendung nur dadurch, dass der subjektive vor dem objektiven Tatbestand geprüft wird. Das ist auch dann noch falsch, wenn die Bearbeiter unter der Überschrift „2. Objektiver Tatbestand“ nicht den „normalen“ objektiven Tatbestand – was häufig genug vorkommt –, sondern das unmittelbare Ansetzen prüfen, denn die Beurteilungsgrundlage dafür – die Vorstellung des Täters von der Tat – ist alles andere als objektiv. Instrukтив dazu *H. Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., München 2009, Kap. 23 Rn. 16, der die Frage freilich nicht auf der didaktischen Meta-Ebene behandelt.
- 23 Zu „Durchfallquote“ und „Repetitoren-Run“ als den wesentlichen Anstoßgebern für didaktische Verbesserungen vgl. *Karger*, *Rekonstruktion* (Fn. 8), S. 16 ff.
- 24 *Karger*, *Rekonstruktion* (Fn. 8), S. 103 f. und öfter; überzeugend auch die dies begründende Orientierung insbesondere an den Faktoren Überblick und Vorwissen, S. 83 ff. Vgl. auch die Übersicht einer Vorlesungsgliederung auf S. 114 ff., die zugleich zeigt, dass sich dies nicht in einem „Grundkurs Strafrecht“, also einer AT-Vorlesung mit größeren BT-Anteilen, erschöpft.
- 25 Weiterführend dazu – unter bescheidender Flagge segelnd, aber auf hohem Niveau und unter Rückgriff auf didaktische Forschung argumentierend – *P. Hauser*/F. *Wendenburg*, *Das (obere) Ende der Notenskala*, ZRP 2011, S. 18 ff.

Legt man nämlich das Dogma zugrunde, dass Aufbaufragen und Ähnliches vom Prüfling nicht thematisiert werden dürfen, so geht damit notwendig einher, dass entweder jeder Aufbau richtig ist oder dass man zwischen richtig und falsch trennscharf unterscheiden kann. In der Dogmatik ist vieles vertretbar; für Lehr- und Prüfungszwecke wird klassischerweise noch weiter gehend (unausgesprochen)<sup>26</sup> alles für vertretbar gehalten, was in veröffentlichter Form vertreten wird. Kein guter Korrektor wird die Entscheidung für die strenge Schuldtheorie (zur Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums) als falsch bezeichnen. Damit sie positiv bewertet wird, muss der Prüfling sie freilich mit einer Begründung versehen. Was Entscheidungen in Sachen Fallbearbeitungsmethodik anbelangt, ist die Begründung hingegen verboten.<sup>27</sup> Fallbearbeitungstipps werden in der Regel nicht mit einem bloßen Vertretbarkeits-, sondern mit einem Richtigkeitsanspruch in dem Sinne vorgetragen, dass jede andere Vorgehensweise unzumutbar sein soll. Wenn sie überhaupt begründet werden,<sup>28</sup> kann man schon froh sein. Der Prüfling muss sich darauf verlassen, dass der Korrektor die Sache genauso sieht wie er. Damit geht ein unzumutbares Risiko einher, weil und solange keine (weitgehende) Einigkeit über Fragen der Fallbearbeitungsmethodik herrscht. Daraus ergibt sich, dass in diesem Metier anders als im Hinblick auf dogmatische Streitfragen der Konsens ein Wert an sich ist. Die diskussionswürdige Alternative, die Begründung solcher Entscheidungen durch den Prüfling zuzulassen, gar zu fordern,<sup>29</sup> soll hier nicht weiter verfolgt werden.

## C. Relevanzstrukturen strafrechtlicher Fallbearbeitung

### I. Problemaufriss – in limbo

Das Jurastudium als Fallbearbeitungsstudium<sup>30</sup> befindet sich in einem eigenartigen Zwiespalt zwischen Praxis und Wissenschaft. Das Lösen von Klausursachverhalten hat trotz aller bestehenden Bezüge weder besonders viel mit Wissenschaft noch besonders viel mit Praxis zu tun. Stärker auf die inhaltliche Ebene bezogen, spricht *Marxen* mit Recht kritisch von einem „Ausbildungsstrafrecht“,<sup>31</sup> das – worauf *Al-*

26 Das ist nicht verwunderlich, denn diese Aussage ist *nicht vertretbar*; vgl. J. C. *Schubr*, Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage, JZ 2008, S. 603 (606).

27 Dass dieses Dogma jedenfalls in seiner Allgemeinheit problematisch ist, wird selten erkannt, siehe aber dazu B. *Hardtung*, Das Springen im strafrechtlichen Gutachten, JuS 1996, S. 610 f.

28 Ein gesteigertes Bemühen um Begründungen findet sich etwa bei G. *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl., München 2006, passim. Vergleichbar mit dem hiesigen Versuch sind *Hardtungs* Gedanken zum Überspringen von Prüfungsstufen im strafrechtlichen Gutachten (*Hardtung*, Springen Teil 1 (Fn. 27 ff.), insbesondere S. 613 ff. und die Fortsetzung S. 706 ff.).

29 So *Hardtung*, Springen Teil 1 (Fn. 27), S. 611, der sich freilich der für den Bearbeiter – den Status quo zugrunde gelegt – zumeist negativen Folgen bewusst ist.

30 Auf den klarstellenden Hinweis, dass nichts falscher wäre, als das Studium auf die Fallbearbeitung zu beschränken, wird im Folgenden verzichtet. Vgl. dazu auch R. *Zaczyk*, Strafrecht in Universität und Praxis, in: H. -U. Paefffgen/M. Böse/U. Kindhäuser et al. (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe, Berlin 2011, S. 305 (314 ff.).

31 K. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, München 2003, S. VI.

wart scherzhaft und in der Sache zustimmend hinweist – keineswegs die Strafbarkeit schlechter Ausbildung zum Gegenstand hat.<sup>32</sup> Vielmehr geht es um das Ergebnis eines ständigen Hin- und Herbewegens zwischen Wissenschaft, Praxis und (zumindest vereinzelt) didaktischen Erfordernissen mit der Folge, dass alles zu kurz kommt. Von einer gewinnbringenden Synthese ist in der Realität universitärer Lehre wenig zu spüren.<sup>33</sup>

Entscheidend ist – und das ist das Neue<sup>34</sup> – diesen „Limbus“ der Fallbearbeitung im Studium, diesen seltsamen Zustand zwischen von Himmel und Hölle,<sup>35</sup> in der Didaktik gebührend zu berücksichtigen, indem man eine grundsätzliche Entscheidung trifft, wie weit sich die Fallbearbeitung an welchem Vorbild in welcher Hinsicht orientiert. Mit anderen Worten müssen Relevanzstrukturen der Fallbearbeitung entwickelt werden, die gleichzeitig auf die wesentlich klareren Relevanzstrukturen der Wissenschaft und der Praxis bezogen und von ihnen abgegrenzt werden müssen.<sup>36</sup>

Im Moment ist es so, dass die Wissenschaftlichkeit in Lehrbüchern und Vorlesungen hochgehalten wird, in Bezug auf den Scheinerwerb und erst recht im Examen aber allein durch die Fülle der zu lösenden Probleme eine eher praxisorientierte Vorgehensweise verlangt wird, freilich ohne dass es genauere Leitlinien gäbe. Es bleibt die große Aufgabe, die Auswirkungen dieser Situation – Stichwort „Limbus“ – auf die Fallbearbeitung und Stoffvermittlung zu beachten. Katastrophal wäre es hingegen, die Studierenden allein zu lassen. Notwendig ist im Mindesten ein Nachdenken darüber, wie der Spagat zwischen Wissenschaft und Praxis in der Fallbearbeitung zu meistern ist und wie man als Sachverhaltester zumindsten einigen der Probleme im Interesse der Studierenden ausweichen kann.

## II. Die Extremformen: reine Praxis und reine Wissenschaft

Die Relevanzstruktur der Praxis<sup>37</sup> ist simpel, in unvollkommener und oberflächlicher Anlehnung an *Luhmann* könnte man sagen, sie orientiert sich an den Kategorien

- 32 H. Alwart, *Modernes Wirtschaftsstrafrecht als Projekt*, in: G. Dannecker/W. Langer/O. Ranft et al. (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln 2007, S. 3 in Fn. 1.
- 33 Andere Wahrnehmung bei C.-W. *Canaris/R. Schmidt*, *Hohe Kultur*, FAZ vom 7.4.2011, S. 8: „Zum einen simulieren wir dadurch nämlich Praxis, und zum anderen setzen wir dabei zugleich die Standards wissenschaftlicher Argumentation durch“.
- 34 Von der „Zweispurigkeit von Wissenschaftsstudium und Examenstudium“ spricht bereits *Marxen*, *Kompaktkurs* (Fn. 31), S. VI; damit dürfte indes etwas anderes gemeint sein.
- 35 Was nicht bedeuten soll, dass Wissenschaft und Praxis diesem Begriffspaar so oder andersherum zuzuordnen wären.
- 36 Vielversprechend beginnen *C. Klaas/J. Scheinfeld*, *Die Strafrechtsklausur*, Jura 2010, S. 542 mit der Frage: „Welchen Zweck soll Ihr Rechtsgutachten erfüllen?“; sie beschränken sich dann aber auf die Feststellung, dass sich das Gutachten an einen juristisch gebildeten Leser wendet, der unter Vermeidung überflüssigen Beiwerks vom Standpunkt des Prüflings überzeugt werden soll.
- 37 Ausführlich dazu aus Fallbearbeitungssicht *B. Hardtung*, *Das Springen im strafrechtlichen Gutachten* (Teil 2), JuS 1996, S. 706 (708), ohne allerdings dezidiert den Gedanken der Relevanzstruktur zu erwähnen.

entscheidungsrelevant/nicht entscheidungsrelevant (als Vorbedingung von Recht/Unrecht), gelegentliche rechtswissenschaftliche und vor allem rechtspolitische Grenzgänge nicht ausgeschlossen. Von dieser klaren Lage profitieren Referendare: Das Assessorexamen ist zwar genauso wenig ein Teil der Praxis wie das Referendarexamen,<sup>38</sup> aber es orientiert sich relativ streng an deren Relevanzstrukturen. Die Relevanzstruktur der Wissenschaft speist sich hingegen aus dem Gegensatz wahr/unwahr oder, etwas schlichter formuliert und besser auf die hier diskutierten Zusammenhänge abgestimmt: diskussionswürdig/nicht diskussionswürdig.<sup>39</sup> Ob gerade die deutsche Strafrechtsdogmatik über Relevanzstrukturen verfügt, die für eine unnötig rege Theorienproduktion sorgen,<sup>40</sup> braucht hier im Einklang mit der Zielsetzung – Konzentration auf die Falllösung – nicht geklärt zu werden. Hier begänne der Bereich einer lediglich didaktisch inspirierten inhaltlichen Neuorientierung der Rechtswissenschaft. Jedenfalls sollten diese und weitere Mahnungen als Hinweis darauf betrachtet werden, dass – wenn schon Wissenschaftler für die Wissenschaft nach Reduktion rufen – eine unkommentierte Weitergabe der Erzeugnisse der Dogmatikmanufakturen an die Studenten in Pflichtfachvorlesungen, Kurzlehrbüchern, Examensvorbereitungskursen und Ausbildungszeitschriften problematisch ist.<sup>41</sup>

### III. Der Kompromiss zu Fallbearbeitungszwecken

Dass die Lösung nur in einem Kompromiss zwischen den konträren Relevanzstrukturen bestehen kann, liegt auf der Hand. Nicht weiterführend ist es, unter Verweis auf § 5 a Abs. 3 S. 1 DRiG die Praxis einseitig in den Vordergrund zu stellen,<sup>42</sup> zumal dort lediglich nebulös von deren „Berücksichtigung“ die Rede ist. Dabei muss im ersten Zugriff die Tatsache im Mittelpunkt stehen, dass es sich um einen universitären Studiengang handelt. Daraus ergibt sich zwingend, dass die Wissenschaft mindestens so weit im Vordergrund stehen muss, dass diese Einordnung nicht implizit

38 Vgl. dazu *T. Weigend*, Die Misere der Strafrechtslehre, in: U. Brauns/J. Wolter/H. J. Hirsch et al. (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann, Köln 2003, S. 741 (748).

39 Instruktive Gegenüberstellung von Rechtsprechung und Wissenschaft als Angehörige der „dogmatikbetreibenden Fachgemeinschaft“ bei *B. Burkhardt*, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, in: A. Eser/W. Hassemer/B. Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 111 (116). Viele weitere Nachweise zum Verhältnis von Theorie und Praxis bei *R. Zaczek* (Fn. 30), S. 305 in Fn. 2.

40 Vgl. dazu mit einem schönen Bild, in dem ein Ameisenbär eine tragende Rolle gleichzeitig spielt und nicht spielt, *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik (Fn. 39), S. 135. Erhellend auch *B. Schönemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, S. 201 (221 ff.). Siehe auch – die Strafrechtswissenschaft verteidigend – *R. Zaczek* (Fn. 30), S. 306 und die Nachweise dort.

41 Siehe auch *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik (Fn. 39), S. 151, ähnlich *O. Lagodny*, Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes, in: M. Böse/D. Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Knut Amelung, Berlin 2009, S. 51 (61). Bei *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik (Fn. 39), S. 129 in Fn. 66 findet sich eine – im Zusammenhang – humoristisch wertvolle Auslese aus den Vorworten einiger Lehrbücher.

42 So jedoch *Hardtung*, Springen Teil 2 (Fn. 37), S. 706.

in Frage gestellt wird.<sup>43</sup> Innerhalb dieses – weiten – Rahmens ist dann eine andere, zu einer stärkeren Praxisorientierung führende Überlegung zentral: In einer Wissenschaft können Fälle immer nur Beispiele, Anlässe oder Material sein, niemals aber würde sich auf sie das Erkenntnisinteresse direkt beziehen, niemals würde man sie sich ausdenken, wenn man nicht gerade mit eben diesem Fall auf ein bestimmtes, bis jetzt nicht erkanntes Problem aufmerksam machen will.<sup>44</sup> So wie die Tätigkeit des Multiplizierens anders als die Mathematik als solche keine Wissenschaft ist, ist auch das Lösen von Klausurfällen anders als die Rechtswissenschaft als solche keine Wissenschaft.<sup>45</sup> Das bedeutet nicht, dass die Falllösung im idealen Jurastudium nichts zu suchen hat. Es soll auch nicht behauptet werden, dass die vertiefende, gleichsam wissenschaftsnahe Auseinandersetzung mit Judikaten und erdachten Fällen eine Tätigkeit von minderer Qualität oder gar Relevanz ist.<sup>46</sup> All das hilft aber nicht über die Tatsache hinweg, dass die meisten universitären Scheinklausuren ebenso wie sämtliche staatlichen Pflichtklausuren – auf die die Universität vorbereiten *muss* – kein wissenschaftliches Anforderungsprofil aufweisen. Verlangt wird nicht die tief-schürfende Lösung eines einzelnen Problems, sondern die Beantwortung einer Vielzahl rechtlicher Fragen unterschiedlichen Schwierigkeitsgrades samt der Bewältigung des Sachverhaltes in knapper Zeit,<sup>47</sup> selbstredend auf Basis wissenschaftlicher Überlegungen, die indes in der Regel nur noch eingeschränkt erkennbar sind. Abstrahiert man von dieser Situation dahingehend, dass es sich um ein Arbeiten mit begrenzten zeitlichen Ressourcen handelt, ergibt sich ein deutlicher Bezug zur Praxis. Zudem dient die Fallbearbeitung im Studium rein faktisch der Vorbereitung auf die Praxis. Das bedeutet nicht, dass sie sich zu dieser nicht in Widerspruch setzen darf,<sup>48</sup> es stützt aber die These vom Primat der Praxis.

Aus den Handlungsformen der Praxis kommt aus naheliegenden Gründen nur das Gutachten in Betracht, etwa das (tatsächlich in aller Regel nur gedankliche) des

43 Das wird freilich auch von *Hardtung*, Springen Teil 2 (Fn. 37), S. 706 nicht gelegnet; er stellt sich diese Fragen lediglich nicht.

44 Vgl. auch *Weigend*, *Misere* (Fn. 38), S. 750.

45 Den mangelnden Wissenschaftscharakter der klassischen klausurmäßigen Falllösung betonen auch *H. M. Heinig/C. Möllers*, Kultur der Kumpanei, FAZ vom 24.3.2011, S. 8. Dass die Rechtsdogmatik „eher Theorie eines Handwerks [...] oder, in guten Momenten, Kunstlehre“ ist (so mit Recht *W. Hassemer*, Gründe und Grenzen des Strafens, in: T. Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch für juristische Zeitgeschichte, Bd. 2, Baden-Baden 2001, S. 458 (465)), kann hier auf der Grundlage eines weiten Wissenschaftsbegriffes außer Betracht bleiben.

46 Gegen solche vermeintlichen oder tatsächlichen Vorwürfe verwahren sich *Canaris/Schmidt*, Kultur (Fn. 33), S. 8 in Kritik an *Heinig/Möllers*, Kumpanei (Fn. 45), S. 8 (im Rahmen der aktuellen Debatte um die Qualität juristischer Dissertationen).

47 Dies darf nicht einfach überspielt werden, etwa indem das Missverhältnis zwischen der Zeit, in der ein Lehrstuhlmitarbeiter die Musterlösung erstellt und diese mit anderen diskutiert, und der Zeit, in der die Klausur geschrieben werden muss, in Vergessenheit gerät.

48 So könnte man aber *Hardtung*, Springen Teil 2 (Fn. 37), S. 710 verstehen. Erhöbe man dies freilich zu der für das Studium allgemein bestimmenden Relevanzstruktur, würde sich angesichts der Ergebnisse (etwa der weitgehenden Orientierung an höchstrichterlicher Rechtsprechung) sicherlich auch bei *Hardtung* Widerstand regen.

Staatsanwalts vor der Abschlussentscheidung.<sup>49</sup> Der Unterschied zwischen Klausurlösung und Praxisgutachten<sup>50</sup> ergibt sich aus den verbleibenden Unterschieden zwischen Falllösung und Praxis: Die Lösung entscheidet nicht über das Schicksal von Menschen, sie zeitigt auch keinerlei sonstige Folgen für die Gesellschaft und kann sich nicht aus Autorität speisen, sondern nur aus Überzeugungskraft; die Rechtsprechung des BGH hat einen geringeren Stellenwert als in der Praxis.<sup>51</sup> Des Weiteren wird man von Studierenden, die in gewisser Hinsicht auch im Examen noch Anfänger sind, ein wenig Respekt vor der Dogmatik und deren Genauigkeit erwarten können. Daher erscheint die Argumentation unzulässig, die Tatbestandsmäßigkeit läge durchaus nahe, aber in jedem Fall sei ein Rechtfertigungsgrund gegeben. Doch schon darüber kann man streiten.<sup>52</sup>

Jenseits der wenigen Gewissheiten eröffnet sich eine große Debatte. Sicher ist beispielsweise, dass man § 154 und § 154 a StPO in einer Klausur an der Universität nicht *anwenden* darf. Ob sich die Relevanzstrukturen der Fallbearbeitung auch an dieser Norm ausrichten müssen, können oder dürfen, ist damit aber noch nicht entschieden. *Arzt* rät seinen Lesern unter Verweis auf § 154 StPO, in solchen Konstellationen die Prüfung des jeweiligen Tatbestandes kurz zu halten.<sup>53</sup> Viele Rechtslehrer dürften jedoch der Auffassung sein, dass ein rechtlich hochproblematischer möglicher Hausfriedensbruch nicht allein dadurch irrelevant wird, dass der Täter einen Tag später den Hausrechtsinhaber zufällig trifft, ihn provoziert, von ihm angegriffen wird und ihn tötet<sup>54</sup> – in der Praxis und wohl auch bei *Arzt* wäre aber genau das der Fall. Gerade die von der Wissenschaft so geschätzte rechtliche Komplexität ist in der Praxis ein typischer Grund dafür, sich eines für das Ausmaß und die Art der Strafe weniger bedeutsamen Tatbestandes über § 154 oder § 154 a StPO zu entledigen. Parallel dazu stellt sich die Frage, wie groß der Beitrag der Tatschwere im Vergleich zur rechtlichen Komplexität ist, wenn es darum geht, die Bewertungs- und damit Bearbeitungsschwerpunkte festzusetzen. In einem Universitätsstudium ist die gebührende

49 Stelle man das Votum des Berichterstatters in den Mittelpunkt, würde man sich mit neuen Problemen – etwa der unzulässigen hypothetischen Begründung von Urteilen – belasten. Vgl. dazu aus Fallbearbeitungssicht *Arzt*, Strafrechtsklausur (Fn. 28), § 20 II 2.

50 Dass Letzteres knapper ist und sich durchaus an einigen Stellen des Urteilsstils bedienen darf, soll hier außer Betracht bleiben.

51 Was nicht dazu verleiten darf, ihr einen *geringen* Stellenwert beizumessen, vgl. dazu treffend *Arzt*, Strafrechtsklausur (Fn. 28), § 10 VI.

52 Vehement für die generelle Zulässigkeit des sog. „Springens“ *Hardtung*, Springen Teil 1 (Fn. 27), S. 610 ff. Vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen strengen Praxisorientierung ist dies freilich konsequent. Kategorisch gegen das „Springen“ zwischen den Deliktsstufen etwa *W. Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 5. Aufl., Heidelberg 2010, Rn. 98 (ohne tragfähiges explizites Argument, möglicherweise aber mit demselben Grundgedanken wie hier).

53 *Arzt*, Strafrechtsklausur (Fn. 28), § 19 I.

54 Das Beispiel ist so gewählt, dass der naheliegende Einwand ausgeschlossen wird, ein rechtlicher komplexer Hausfriedensbruch und ein Totschlag, der in einer Zeile „geprüft“ werden kann, kämen in keinem Sachverhalt vor (vgl. auch *Klaas/Scheinfeld*, Strafrechtsklausur (Fn. 36), S. 544 f. zur Regel „Dickschiffe vorn“).

Berücksichtigung der Komplexität unabdingbar. Eine pauschale Orientierung an der Tatschwere ist in der Fallbearbeitung ohnehin sinnlos, wie der Fall „A schießt auf B, um ihn zu töten; B stirbt“ zeigt. Möglich wäre es allerdings, die Tatschwere als Teilaspekt eines weiteren Kriteriums zu sehen, der Ergebnisrelevanz. Hält man nicht nur – das ist ohnehin selbstverständlich – die Ergebnisrelevanz für wichtig, sondern auch ihr Ausmaß, so wäre ein Unterschied zu machen, obwohl es um ein und denselben Streit geht: Wer zum Beispiel übersieht, dass für die Entscheidung zwischen § 239 a und § 239 b StGB der Streit über die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung geführt werden muss, begeht zwar einen Fehler, sündigt aber nicht in gleichem Ausmaß wie der, der dasselbe Problem in der Konstellation übersieht, bei der es nicht lediglich um die Entscheidung zwischen zwei Tatbeständen mit gleichem Strafraumen geht, sondern zwischen dem sogenannten kleinen Raub (Diebstahl und Nötigung, Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) und der räuberischen Erpressung (Freiheitsstrafe von einem bis zu 15 Jahren).

Die Beispiele ließen sich in beide Richtungen mehrten. Selbst unbestrittene Dogmen der Fallbearbeitung wie das Verbot, die Strafbarkeit Verstorbener zu prüfen,<sup>55</sup> könnten mit einem pauschalen Hinweis auf die Relevanzstrukturen der Wissenschaft in Zweifel gezogen werden. Der bisweilen zu findende Hinweis, sämtliche aufgeworfenen Rechtsfragen seien zu prüfen, lässt es jedenfalls nicht fernliegend und schon gar nicht abwegig erscheinen, darunter auch die Rechtsfragen zu verstehen, die sich, wenn es denn ein realer Fall wäre, praktisch betrachtet durch den Tod des Beschuldigten erledigt hätten. Und die Fallfrage, ob sich jemand strafbar gemacht hat, ist diesbezüglich bestenfalls ambivalent.

Darüber hinaus stellen sich viele weitere Fragen (Umgang mit Promillewerten; Prüfung der Strafbarkeit bei fehlendem Strafantrag;<sup>56</sup> Maßstäbe der Entscheidungsrelevanz von Streitständen;<sup>57</sup> Anwendbarkeit von „in dubio pro reo“ bei unklaren Sachverhalten).<sup>58</sup> Eng verwandt mit diesen eher klausurtechnischen Problemen ist das Nachdenken über die Erwartungen an die Reproduktion von Inhalten (so dass die Frage der richtigen Stoffauswahl mitbetroffen ist), am Beispiel des *dolus eventualis*: Kann erwartet werden, dass sämtliche Meinungen zu einem bestimmten Problem

55 Statt aller *Beulke*, Klausurenkurs I (Fn. 52), Rn. 10, der mit Recht von einem „allgemeinen Konsens“ spricht (Ausnahme: Inzidentprüfung, wenn es für die Rechtfertigungsebene oder die Teilnahme relevant ist).

56 Diese Frage ist indes leicht zu lösen, wenn man mit *Hardtung*, Springen Teil 1 (Fn. 27), S. 613 in Fn. 40 bedenkt, dass in aller Regel nach der *Strafbarkeit* gefragt wird, die Verfolgbarkeit also nicht zu prüfen ist.

57 Ist es, wenn weder Teilnahme noch Notwehr gegen den Angriff des Irrenden im Raum stehen, beim Erlaubnistatbestandsirrtum relevant, ob der Vorsatz oder die Vorsatzschuld entfällt? Die Antwort des Praxisgutachtens – nein – ist ebenso eindeutig wie die einer sich selbst ernstnehmenden Dogmatik: ja. In Anleitungen wird in der Regel ohne weitere Begründung die praxisnahe Betrachtung zugrunde gelegt.

58 Vgl. dazu die Nachweise bei *Klaas/Scheinfeld*, Strafrechtsklausur (Fn. 36), S. 542 in Fn. 6.

referiert werden, und wenn nein, sollte man diese dann trotzdem in den Pflichtveranstaltungen lehren? Nach welchen Kriterien richtet sich gegebenenfalls die Auswahl? Welche Methode, die Ansichten zu „Blöcken“ zusammenzufassen, ist überlegen, und weshalb? Zusammengefasst: Was ist die sinnvollste Reaktion des Fallbearbeiters auf den Satz „T erkennt die Möglichkeit, dass O sterben wird, und nimmt dessen Tod in Kauf“,<sup>59</sup> und vor allem: weshalb? Und was ändert sich, wenn der letzte Halbsatz im Sachverhalt fehlt?

Die Ebene konkreter Beispiele ist wichtiger als die der Relevanzstrukturen; diese dienen eher dazu, sich des Problems bewusst zu werden und eine Grundentscheidung zu treffen, als in dogmatikähnlicher Weise Lösungen aus allgemeinen Sätzen zu entwickeln. Während solche Fallbearbeitungsmethodikfragen bis zu diesem Punkt des Beitrags nur aufgeworfen wurden, soll nun eine davon vertiefend behandelt werden.

### D. Anwendung: Das verdrängte Regelbeispiel<sup>60</sup> und verwandte Probleme

Die Konkurrenzen sind ein leidiges Thema. Für die Klausur stellt sich – hat man denn, was schwierig genug ist, ein grundlegendes Verständnis entwickelt – vor allem die Frage, inwieweit man Zeit sparen kann, indem man Delikte, die auf Konkurrenzebene zurücktreten, gar nicht oder nur sehr kurz prüft. In der streng praxisorientierten Klausur und in der streng wissenschaftsorientierten Klausur fällt die Antwort jeweils leicht. Alles, was für das Ergebnis (sprich: den Urteilstenor) unbedeutend ist, wird in der Praxis im Regelfall nicht erörtert. Aus wissenschaftlicher Sicht kann das dann nicht gelten, wenn die zurücktretenden Delikte Probleme aufwerfen. Fehlt es an solchen Problemen, ist auch die Zeit des Wissenschaftlers verschwendet, so dass sich hier keine Unklarheiten ergeben: Delikte, die offenkundig vorliegen und die auf Konkurrenzebene zurücktreten, brauchen nicht geprüft zu werden.<sup>61</sup> Es bleibt also die Konstellation, in der die Prüfung der subsidiären, allgemeineren oder konsumierten Delikte nicht trivial ist. Typisch sind Delikte, auf denen verschiedene Qualifikationen o. Ä. aufbauen. Liegt etwa ein schwerer Diebstahl nach § 244 StGB vor,

59 Hier stellt sich insbesondere die interessante Frage, wie ein Streit darzustellen ist, wenn alle Ansichten zum selben Ergebnis kommen. Die Möglichkeiten reichen von einer Darstellung sämtlicher Ansichten samt Subsumtion, ergänzt durch die „zentralen Argumente für die einzelnen Auffassungen“, nur aber eben ohne Streitentscheidung (so – ohne Bezug zu einem bestimmten Streitstand – B. Valerius, Der Gutachtenstil in der juristischen Fallbearbeitung, JA-Sonderheft für Erstsemester 2006, S. 47 (51)), bis zum schlichten und aufgrund der Praxisnähe sowie der typischen Zeitnot vorzugswürdigen Hinweis, aufgrund der Erfüllung sowohl der kognitiven als auch der voluntativen Komponente kämen die zu dieser Problematik vertretenen Ansichten zum selben Ergebnis.

60 Dieses Beispiel weist Parallelen zu der Frage auf, ob Qualifikationen zu prüfen sind, wenn eine Rechtfertigung der Tat angenommen wird. Siehe dazu nur die scharfe Kritik an der bejahenden Empfehlung von R. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 11. Aufl., München 2010, Kap. 1 Rn. 8 bei I. Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, Göttingen 2008, S. 186 – eine der wenigen echten Diskussionen über Fallbearbeitungsfragen.

61 Wann man sie in knappen Sätzen feststellt, wann man sie nur in den Konkurrenzen erwähnt und wann selbst das überflüssig ist, harret indes noch der Klärung.

so verdrängt dieser die Regelbeispiele des § 243 StGB.<sup>62</sup> In der Klausur ist es traurigerweise wohl ratsam, hier im Zweifel „wissenschaftlich“ zu verfahren und die verdrängten Delikte ausführlich zu prüfen. Während dies noch umstritten sein könnte, ist im Verhältnis von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 226 StGB<sup>63</sup> wohl jeder Lehrende der Ansicht, dass die gefährliche Körperverletzung geprüft werden muss. Im Zuge einer wünschenswerten eindeutigeren Praxisorientierung der klassischen Klausur sollte allerdings klar werden, dass verdrängte Delikte nicht zu prüfen sind; wer sie geprüft wissen möchte, sollte darauf entweder hinweisen oder den Fall entsprechend umstellen, also beispielsweise „verhindern“, dass ein schwerer Diebstahl vorliegt.

Bei der Bewertung bereitet es natürlich Probleme, wenn ein Studierender zu Unrecht einen schweren Diebstahl angenommen hat und sich deshalb mit den Regelbeispielen nicht näher beschäftigt hat. Man wird dazu tendieren, eine schlechtere Note zu vergeben, als wenn er erst § 243 StGB (in korrekter Weise) geprüft und dann zu Unrecht § 244 StGB bejaht hätte. Mit dieser Argumentation lässt sich allerdings fast jede ausführliche Prüfung verdrängter Delikte rechtfertigen. Die Lösung liegt auf der Seite der Korrektoren und der Sachverhaltsersteller: Konsequenz darf einem Prüfling niemals angelastet werden, und auf Ketten wichtiger Streitstände sollte verzichtet werden; ansonsten muss der Bearbeitungshinweis angepasst werden.<sup>64</sup> Eine (wenig elegante) Alternative läge darin, das weitgehend verpönte Hilfgutachten umfassend zu rehabilitieren.

Das sogenannte „Abschneiden“ von Streitständen sollte also unschädlich sein. Richtschnur ist eine praktisch brauchbare Lösung, die vertretbare Ergebnisse nachvollziehbar begründet. Wenn hingegen Fälle zur Lösung vorgelegt werden, die Aufgabe aber nicht in deren Lösung besteht, sondern darin, anhand des Falles genau die Rechtsprobleme zu thematisieren, die der Sachverhaltsersteller problematisiert wissen möchte,<sup>65</sup> ist das im besten Fall Etikettenschwindel,<sup>66</sup> im schlimmsten Fall wird Unmögliches verlangt. Überzogen formuliert: Der Sachverhaltsersteller hasst insgeheim den Klausurschreiber dafür, dass er die schönen Rechtsprobleme, auf die man so viel Mühe verwendet hat, einfach links liegen lässt, indem er einen Prüfungspunkt weiter oben aussteigt. Dieser Frevel ruft nach Bestrafung in Form der allseits ge-

62 Statt aller *T. Fischer*, Strafgesetzbuch, 58. Aufl., München 2011, § 244 Rn. 53 m. w. N.

63 § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB tritt zurück, vgl. *Fischer* (Fn. 62), § 226 Rn. 20.

64 Zu den beiden letztgenannten Strategien und zur Anordnung von Hilfgutachten in Einzelfällen *Hardtung*, Springen Teil 1 (Fn. 27), S. 615.

65 Unmissverständlich in diese Richtung etwa *Beulke*, Klausurenkurs I (Fn. 52), Rn. 7. Freilich handelt es sich um ein Anleitungsbuch, das sich zu Recht mehr mit dem Sein als mit dem Sollen beschäftigt.

66 Aufzulösen durch Themenklausuren, eindeutige Bearbeitervermerke oder eben „echte“, primär praxisorientierte Falllösung.

fürchteten „Punktabzüge“.<sup>67</sup> Besonders problematisch wird es, wenn der frühzeitige Ausstieg nach prüfungsrechtlichen Maßstäben vertretbar war,<sup>68</sup> denn dann entsteht die Gefahr, dass diese Wertung durch den „Abschneidevorwurf“ umgangen wird.<sup>69</sup>

Das gilt auch dann, wenn das Abschneiden nicht auf einer falllösungsmethodischen Entscheidung basiert, sondern auf der Bevorzugung einer bestimmten Ansicht. Hält man es für falsch, frühzeitiges Aussteigen auch in diesen Fällen straflos zu lassen, bleibt nur der Ausweg, den Subtext an die Oberfläche zu zwingen und zur wahren Lehre zu erheben. Er lautet: „Du, Klausurschreiber, hast der h. L. zu folgen.“ Das mag jeder auf eigene Verantwortung seinen Studenten zumuten. Fair ist es nur, solange es ausdrücklich geschieht und sich im Idealfall im Bearbeitervermerk des Sachverhaltes wiederfindet. Das wäre dann eine Orientierung an der Wissenschaft (herrschende *Lehre*) bei gleichzeitiger Übernahme von Relevanzstrukturen der Praxis (Wichtigkeit von Autoritäten). Doch während es für die Praxis die falschen Autoritäten sind, ist für die Wissenschaft das Ausmaß von Zustimmung nicht direkt relevant. Dringend notwendig ist deshalb eine Auflösung in eine Richtung. Wer für die Orientierung an der h. L. oder der h. M. plädiert, übertritt die Grenzen hin zur reinen Rechtsanwendung, deren Lehre an der Universität falsch aufgehoben wäre. Der Hinweis, bei einer Meinungsstreitigkeit solle man in der Lehre das Hauptaugenmerk „auf den jeweils herrschenden Standpunkt [...] legen und nicht auf eine exzessive Darstellung etwaiger Mindermeinungen“, ist diesbezüglich ebenso wie die darauf bei *Schlüchter/Krüger* folgenden Bemerkungen mehrdeutig; er lässt sich jedenfalls auch harmlos lesen, nämlich so, dass die herrschende Ansicht den Dreh- und Angelpunkt der Vorlesung und der Fallbearbeitung bilden sollte, auch dann, wenn man sie zurückweisen möchte.<sup>70</sup> Wenn *Beulke* Studierenden rät, sich Streitstände nicht unter Verweis auf „abstruseste Mindermeinungen“<sup>71</sup> abzuschneiden, dann ist das einerseits hilfreich, weil es im herrschenden System zu besseren Noten führt. Außerdem

67 Geht man davon aus, dass eine Klausur mit 0 Punkten und nicht mit 18 Punkten beginnt, verfolgt ein Punktabzug den problematischen Zweck, dem Klausurschreiber etwas wegzunehmen, das er auf anderem Wege erreicht hat.

68 Freilich kommt es nicht in erster Linie auf die Vertretbarkeit des Ergebnisses an, sondern auf die Vertretbarkeit und Qualität der vom Prüfling vorgebrachten Argumente, vgl. *Schubert*, Vertretbarkeit (Fn. 26), S. 610 f. Dort findet sich auch die zutreffende Beobachtung, dass „vertretbar“ im Korrektorendeutsch häufig unzulässig als leicht pejorative, geringere Qualität implizierende Bezeichnung für Abweichungen von der Musterlösung verwendet wird (womit zum Ausdruck gebracht wird, dass die Musterlösung „richtig“ ist, obwohl auch sie im Hinblick auf die dogmatischen Streitfragen in der Regel ebenfalls nicht „mehr“ als vertretbar sein kann).

69 Deutlich *Beulke*, Klausurenkurs I (Fn. 52), Rn. 7, der empfiehlt, immer dann direkt – und nicht nur über ein Hilfsgutachten – zu den Problemen zu kommen, wenn man eine andere Lösung für „absolut unvertretbar“ hält. Der Prüfling soll demnach in diesen Fällen Standpunkte durchaus auch dann vertreten, wenn er sie für (lediglich) kaum begründbar hält. Leidenschaftlos und klausurenpraktisch gesehen ist das ein guter Tipp.

70 Zitat von *E. Schlüchter/J. Krüger*, Zur (fälligen) Reform der Juristenausbildung, Jura 1998, S. 1 (7); als Zwang zur Mehrheitsmeinung verstanden und entsprechend schroff zurückgewiesen hingegen von *Weigend*, Misere (Fn. 38), S. 746 in Fn. 12.

71 *Beulke*, Klausurenkurs I (Fn. 52), Rn. 179.

liegt in der Beschränkung auf *abstruse* Mindermeinungen ein gigantischer Fortschritt gegenüber der Empfehlung auf Repetitoreniveau, immer der h. L. oder der h. M. zu folgen, wenn einen dieser Schritt zu einem weiteren Problem führt. Andererseits bleibt es problematisch, solange es keine Kriterien für die Auswahl der darzustellenden Ansichten gibt und solange das Prädikat „abstrus“ für die Ansichten von Professorenkollegen so gut wie nirgendwo offen vergeben wird (nicht, dass dies erstrebenswert wäre – aber dann darf man solche Bewertungen auch nicht von den Studierenden verlangen). Weswegen mit den „h. M.“-Ratschlägen – wie *Arzt* behauptet – „keine Beschneidung der wissenschaftlichen Meinungsfreiheit“<sup>72</sup> einhergeht, wird bei ihm nicht deutlich, denn dieser wird nur genüge getan, wenn man jeder vertretbaren Ansicht folgen darf, ohne dafür Nachteile erleiden zu müssen.<sup>73</sup> Positiv ist indes hervorzuheben, dass er nur von einer „Faustregel“ spricht und diese offenbar auf ausgegrenzte Grundlagenprobleme beschränkt.

Das Problem den Klausurschreibern aufzubürden, ist jedenfalls nicht akzeptabel, und so ist die Suche nach Relevanzstrukturen auch insofern, also bei der Auswahl der zu referierenden Ansichten und der Entscheidung für eine davon, unumgänglich. Wissenschaftsinterne Kriterien, anhand derer man einige Ansichten möglicherweise aussortieren könnte, sind nicht in Sicht.<sup>74</sup> Also müssen in Zukunft pragmatische Kriterien gefunden werden – am eindeutigsten ist der Verzicht auf Theorien, die nicht mehr von heute lebenden Personen vertreten werden –, die nur für die Übersetzungsleistung der Didaktik von Bedeutung sind und die über die intellektuelle Qualität der Theorien bewusst keine Aussage treffen.

Sollte man zu dem Punkt kommen, dass eine einheitliche Fallbearbeitungslehre unmöglich ist, muss man neu nachdenken. Etwa darüber, das Studium zu verkürzen und eine ebenfalls organisatorisch an die Universität angebundene Übergangsphase zwischen wissenschaftlichem Studium und praktischem Referendariat zu schaffen, in der erstmalig die Bearbeitung komplexer und langer Fälle – sogleich mit den später für das Referendariat und die Praxis richtigen Relevanzstrukturen – gelehrt wird. Wie realistisch es ist, dass es zu einer solchen Umgestaltung kommt, ist eine andere Frage, ebenso wie die Integration in das Bologna-Modell.<sup>75</sup>

72 *Arzt*, Strafrechtsklausur (Fn. 28), § 10 IV.

73 Sollte er lediglich sagen wollen, dass man nicht einfach den Fall ohne weitere Problematisierung auf Grundlage einer Mindermeinung lösen soll und/oder dass man Grundlagenprobleme nicht ausbreiten soll, wenn sie für die Lösung des Falles nicht relevant sind, verdient dies hingegen Zustimmung.

74 Vgl. *Schünemann*, Strafrechtswissenschaft (Fn. 40), S. 227; *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik (Fn. 39), S. 155.

75 Sechs Semester „Wissenschaft“, vier Semester „Übergang“ mit oder ohne Spezialisierungstendenz und ein sich daran anschließendes verkürztes Referendariat wären durchaus denkbar. So hätten zumindest einige wenige Bachelor-Abgänger tatsächlich Berufsaussichten, nämlich außerhalb der juristischen Praxis (Journalist, Unternehmensberater, Verbandsmanager etc., wengleich nicht zu verkennen ist, dass schon heute die in diesen Berufen tätigen Juristen zumeist das zweite Staatsexamen absolviert haben).

## E. Was tun?

Die Situation ist nicht hoffnungslos, aber doch wenig befriedigend. Die Lösung ist nicht primär bei den Studierenden und auch nicht allein bei einer (erstrebenswerten) Veränderung der äußeren Bedingungen zu suchen,<sup>76</sup> sondern bei den Lehrenden. Sie können die von ihnen bislang nur unzulänglich wahrgenommene Übersetzerfunktion (Stand der Wissenschaft – gute Fallbearbeitung) nicht delegieren. Diese Aufgabe darf sich nicht darauf beschränken, rein deskriptiv zwischen klausurtypischen und klausurtypischen Problemen zu unterscheiden und begründungslos statt fünf Argumenten für eine bestimmte Ansicht nur eines zu lehren, oder darin, die eine oder andere „Mindermeinung“ grund- und kommentarlos unter den Tisch fallen zu lassen. Den heutigen, alles andere als optimalen Stand der Dinge – Stichwort: Fehlen einer inhaltsbezogenen fachdidaktischen Diskussion – zugrunde gelegt, haben die Last in erster Linie die Studenten zu tragen.

Doch die Lehrenden sind nicht nur Täter, sondern auch Opfer, wenngleich die Konsequenzen längst nicht so unangenehm sind wie für die Studenten: Die Lehrenden tragen die Übersetzungslast nämlich im Moment in einer seltsamen Weise und in einer dafür nicht geeigneten Rolle, was Professoren und Mitarbeiter anbelangt: als Sachverhaltsersteller und Korrektoren. Hinzu kommt, dass man dann auch „Nur-Korrektoren“ als Lehrende begreifen muss.<sup>77</sup>

Die Lehrenden in diesem Sinne müssen darauf achten, dass die Fallbearbeitung eine noch unterentwickelte Kunst ist, deren Relevanzstrukturen mehr als unklar sind. Den Studierenden sollte keineswegs empfohlen werden, den jeweils für vorzugswürdig gehaltenen Relevanzstrukturen zu folgen und dann später gegebenenfalls den steinigen Weg der Remonstration zu beschreiten. Das wäre, um eine Wortschöpfung von *Enzensberger* zu verwenden, ein Fall von Gratismut. Eine großzügige Handhabung<sup>78</sup> ist jedenfalls als Überbrückungsstrategie bis zu einer Studienreform oder bis zu einer Etablierung einer reflektierten und weitgehend konsentierten Fallbearbeitungslehre ebenso dringlich wie ein – freilich nicht immer möglicher – Musterlösungsweg, der die Bearbeiter möglichst selten vor die Notwendigkeit stellt, zu Fallbearbeitungstheoretikern zu mutieren und dies nicht einmal offenlegen zu dürfen. Denn nach wie vor gilt: „Der Examenskandidat will keinen Anstoß zur Klärung von

76 Typische Beschränkung der Kritik auf die Rahmenbedingungen etwa bei *R. Zaczyk* (Fn. 30), S. 314 f.

77 Letzteres ist einerseits äußerst sinnvoll und geschieht viel zu selten (siehe aber *Weigend*, *Misere* (Fn. 38), S. 754: „wesentliches Element des akademischen Unterrichts“), denn Bewertung und Beurteilung sind eindeutig Lehraufgaben; in dem hier gemeinten Sinne – also andererseits – wird jedoch eine problematische Zuordnung erkennbar: Die Relevanzstrukturen und groben Maßstäbe müssen den Korrektoren vorgegeben oder gemeinsam mit ihnen entwickelt werden. Geschieht dies nicht, werden manche von ihnen überfordert, und die, die der Aufgabe gewachsen sind, werden eindeutig zu schlecht bezahlt. Allgemein zur Korrekturproblematik aus didaktischer Sicht *Brockmann/Dietrich/Pilniok*, *Lernorientierung* (Fn. 3), S. 584.

78 Zur Toleranz als der notwendigen Folge von Meinungsverschiedenheiten über die Fallbearbeitung siehe bereits *Arzt*, *Strafrechtsklausur* (Fn. 28), § 19 in Fn. 8.

Aufbaufragen geben. Er will es seinen Prüfern recht machen und mit vielen Punkten belohnt werden.“<sup>79</sup> Über diese höchst verständlichen Bedürfnisse und Nöte darf man nicht einfach hinweggehen.

Aus alledem einen Rat für Studierende zu entwickeln, ist zugleich einfach und schwierig. Schwierig, weil man in dieser verfahrenen Situation keinen ebenso guten wie intellektuell redlichen Rat geben kann; einfach, weil sich ein bestimmter Tipp geradezu aufdrängt: Die Orientierung an den (wenigen) tradierten Vorgaben inklusive des faktischen „h. L.“-Zwanges ist für die Studierenden bis auf Weiteres alternativlos – um nicht ganz zufällig vom aktuellen „Unwort des Jahres“ Gebrauch zu machen. Das schlechte Gewissen, das einen dabei hoffentlich beschleicht, müsste Ansporn genug für langfristige Veränderungen sein.

79 B. Hardtung, Das Springen im strafrechtlichen Gutachten (Teil 3), JuS 1996, S. 807 (811).