

# August 2006



ALPMANN SCHMIDT

# AS AKTUELL

Für unsere Hörer  
und RÜ-Bezieher

Annette-Allee 35 - 48149 Münster  
Tel.: 0251-98109-0 - Fax: -98109-62  
<http://www.alpmann-schmidt.de>

## Zivilrecht

### Aktuelle Aspekte der Juristenausbildung

RA Tekin Polat

#### **Anwaltsorientierte Juristenausbildung im juristischen Studium unter Mitwirkung der Anwaltschaft – 8. Soldantagung 29./30.06.2006 in Hannover –**

Der weit überwiegende Teil der Jurastudenten (ca. 75%) wird später als Anwalt tätig. Trotzdem steht traditionell im Mittelpunkt der juristischen Ausbildung nach wie vor die Orientierung am Richterberuf (ca. 4% der Absolventen gehen in die Justiz). Denn nach § 4 der Bundesrechtsanwaltsordnung erhält die Zulassung zum Rechtsanwalt nur derjenige, der die Befähigung zum Richteramt nachweisen kann.

Dass diese Sichtweise den Anforderungen der Praxis kaum gerecht wird, steht außer Frage. Der Beruf des Rechtsanwalts erfordert nämlich andere Fähigkeiten als der des Richters. Der Richter muss in der Regel einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt aus der Perspektive eines neutralen Dritten beurteilen. Der Rechtsanwalt hingegen hat die Aufgabe gestaltend tätig zu werden. Er muss Verhandlungen mit Geschäftspartnern des Mandanten führen, Verträge entwerfen, Interessen des Mandanten vor Gericht und Behörden vertreten. Bezüglich noch nicht abgeschlossener Sachverhalte muss er kreative Lösungen finden.

Aufgrund dieser Diskrepanz zwischen der theoretischen Ausbildung des Juristen und den Anforderungen, die die Praxis stellt, ist in den letzten Jahren auch an den Universitäten das Thema „anwaltschaftliche Juristenausbildung“ immer stärker in den Vordergrund gerückt. § 5 a Abs. 3 DRiG verpflichtet die Universitäten schon während des Studiums die rechtsberatende Praxis bei der Vermittlung des Pflichtstoffs zu berücksichtigen und § 5 d Abs. 1 DRiG fordert die Berücksichtigung der rechtsberatenden Praxis in den Prüfungsinhalten. Außerdem ist im Referendariat die Anwaltsstation in den meisten Bundesländern erheblich verlängert worden. Dies spiegelt sich auch in den Inhalten des Assessorexamens wieder, in dem sog. „Anwaltsklausuren“ immer häufiger geworden sind. Der anwaltschaftliche Bezug der juristischen Ausbildung ist also in jüngster Vergangenheit stärker geworden und soll auch künftig weiterhin an Bedeutung hinzugewinnen.

Während die Universitäten gerade noch dabei sind, die neuen Vorgaben umzusetzen, indem beispielsweise das anwaltschaftliche Berufsrecht bzw. die Vertragsgestaltung als Bestandteile der Schwerpunktprüfung belegt werden können, ist – angeführt durch den Deutschen Anwaltsverein (DAV) – eine neue Reformdiskussion

entbrannt. Hierbei geht es hauptsächlich um die Frage, ob die Anwaltschaft ihren Nachwuchs in Zukunft selbst ausbilden soll.

Zu den Themen der bisherigen Umsetzung der anwaltschaftlichen Juristenausbildung und den neuen Reformfragen fand an der Universität Hannover vom 29. bis 30.06.2006 die 8. Soldantagung mit dem Titel „Anwaltsorientierte Juristenausbildung im juristischen Studium unter Mitwirkung der Anwaltschaft“ statt.

Die Veranstaltung, die ausgezeichnet organisiert war, kann schon wegen der vielen namhaften Referenten als Vorzeichen für die künftige Entwicklung der Juristenausbildung gesehen werden. Um so wichtiger scheint es, die hiervon Betroffenen – Studenten und Referendare – über die wichtigsten Vorschläge, Ergebnisse und Erkenntnisse zu informieren.

#### **A. Anwaltsorientierte Ausbildung im juristischen Studium unter Mitwirkung der Anwaltschaft**

Diskussionsrunde mit folgenden Teilnehmern:

- RA Hartmut Kilger (Präsident DAV)
- RA Dr. Ulrich Scharf (Präsident der RAK Celle, Vizepräsident BRAK, Präsident der europäischen RAK)
- RA Dr. Torsten Sill (Partner CMS Hasche Siegel)
- RA Svend-Gunnar Kirmes (Präsident Anwaltsverband Sachsen)
- Prof. Dr. Jost (Universität Bielefeld)
- RA Peter Ströbel (Vorsitzender BRAK-Ausschuss Reform der Anwaltsausbildung)
- Moderation: Dietmar Hipp (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“)

Die Beiträge der einzelnen Teilnehmer haben eindeutig aufgezeigt, dass eine stärkere Einbeziehung der Anwaltschaft in die Ausbildung gewünscht wird. Studenten sollen von Anfang an damit konfrontiert werden, was sie in der Praxis erwartet. Nur in der Art und Weise und der Intensität dieser Einbeziehung bestehen zwischen den Diskussionsteilnehmern noch teilweise Differenzen. Die von RA Kilger favorisierte Übernahme der Anwaltsausbildung durch Rechtsanwälte – insbesondere im Rahmen des Referendariats – und die damit verbundene Einleitung der Spartenausbildung wurde allerdings größtenteils abgelehnt. Es müsse bei dem Anspruch der deutschen Juristenausbildung bleiben, dass die Studenten zu Einheitsjuristen – auch im Rahmen des Referendariats – ausgebildet werden. Dr. Sill hat dies damit unterstützt, indem er auf seine Erfahrungen im Ausland verwies, wo der deutsche Jurist aufgrund seiner Ausbildung sehr große Anerkennung genieße. Insbesondere die Fähigkeit, sich in kürzester Zeit in neue Rechtsgebiete einzuarbeiten zu können, mache den in Deutschland ausgebildeten Juristen so wertvoll. International agierende Unternehmen und Anwaltskanzleien würden das zu schätzen wissen. Dr. Scharf betonte hierbei, dass es im Zuge dieser Diskussion

nicht zur Vernachlässigung der ethischen Sichtweise kommen darf. Fächer wie Rechtsphilosophie und Rechtsethik dürften nicht zugunsten fachspezifischer Themengebiete geopfert werden. Der Rechtsanwalt – als Organ der Rechtspflege – sei immer noch ein wichtiger Bestandteil der demokratischen Grundordnung. Der Student müsse trotz der geforderten zusätzlichen Qualifizierungen schon im Studium auf seine gesellschaftlichen Verpflichtungen vorbereitet werden. Prof. Dr. Jost fasste die Ergebnisse und Erfahrungen der bisherigen Reform aus dem Jahr 2002 zusammen. Man sei auf dem richtigen Weg, allerdings noch nicht am Ende des Weges. Eine noch stärkere Anwaltsorientierung müsse das Ziel sein, ohne aber die positiven Aspekte der bisherigen Ausbildung zu vernachlässigen.

### **B. Bachelor/Master oder Staatsexamen – Die Auswirkungen des Bologna-Prozesses auf das juristische Studium und die anwaltsorientierte Juristenausbildung**

Diskussionsrunde mit folgenden Teilnehmern:

- Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb (Universität Köln → Vortrag)
- Prof. Dr. Peter Huber (Universität München → Erwidervortrag)
- RA Dr. Christoph Knauer (Leiter Verlagsgruppe Recht Wolters Kluwer Deutschland)
- Dr. Jens Jeep (Notariatsverwalter und Geschäftsführer des deutschen Notarvereins)
- Dr. Christian zur Nedden (Leiter der Rechtsabteilung der Continental AG)

„Bologna-Prozess“ steht für eine umfassende Änderung der Hochschulausbildung in den EU-Mitgliedstaaten, benannt nach einer Konferenz der europäischen Bildungsminister in Bologna. Die Ziele dieses Prozesses sind die Förderung von Mobilität, internationale Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigungsfähigkeit. Hauptanknüpfungspunkt hierfür ist die Einführung eines gestuften Studiensystems aus Bachelor und Master mit europaweit vergleichbaren Abschlüssen. Mit der Schaffung einer einheitlichen europäischen Juristenausbildung können sich aber insbesondere deutsche Juristen nicht anfreunden. Ob ein berufsqualifizierender Bachelor-Abschluss nach drei bis vier Jahren den Studenten tatsächlich für die Praxis befähigt, wird stark angezweifelt. Dementsprechend ist man sich einig, dass das Staatsexamen in seiner bisherigen Form auf jeden Fall beibehalten werden muss. Nur durch diese abschließende Blockprüfung könne die den guten Juristen kennzeichnende Vernetzung des Stoffes erzwungen werden. In einem System, das für den erfolgreichen Abschluss lediglich eine Akkumulation von credits für einzelne modularisierte Studienleistungen genügen lasse, wäre diese Verzahnung nicht mehr gewährleistet. Ob allerdings die Beibehaltung des Staatsexamens mit den Vorgaben des Bologna-Prozesses in Einklang gebracht werden kann, wurde unter den Diskussionsteilnehmern kontrovers diskutiert.

Prof. Dr. Dauner-Lieb vertrat als Prorektorin für Internationales und Öffentlichkeitsarbeit der Universität Köln (und ausdrücklich nicht in ihrer Eigenschaft als Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht) die

Ansicht, dass das Ziel der Durchdringung der Rechtsordnung nur mit einem Abschluss in Form des Staatsexamens erreicht werden könne. Zumindest für die klassischen juristischen Berufe (Rechtsanwalt, Richter, Staatsanwalt, Jurist in der Verwaltung) sei daher am Staatsexamen festzuhalten. Nach Einschätzung von Dauner-Lieb ist der Bologna-Prozess aber dennoch kaum zu stoppen, was zu einem äußeren Druck zu Lasten der juristischen Fakultäten, insbesondere im Hinblick auf die Aquis von finanziellen Mitteln führen werde. Hier sei nämlich damit zu rechnen, dass Forschungsmittel künftig an die Umsetzung des Bologna-Prozesses geknüpft werden.

Prof. Dr. Huber stellte in seiner Funktion als Vorsitzender des Deutschen Juristen-Fakultätentages ebenfalls klar, dass an der Staatsprüfung als Zugangsvoraussetzung für die klassischen juristischen Berufe festgehalten werden müsse. Ein entsprechendes Bekenntnis habe der Fakultätentag am 25./26.05.2006 ausdrücklich formuliert (Beschluss des 86. Deutschen Juristen-Fakultätentages; DJFT 2006/I). Huber meint, dass nicht zuletzt aufgrund der Koalitionsvereinbarung von CDU/CSU und SPD, nach der eine Übertragung des Bologna-Prozesses auf die Juristenausbildung nicht erforderlich sei, ein beharrliches Abwarten zweckmäßig sei; dann werde der „Kelch schon vorüberziehen“.

Dr. zur Nedden machte deutlich, dass ein Bachelor-Abschluss in der freien Wirtschaft keine große Unterstützung finden wird. Man müsse sich darüber klar sein, dass ein Bachelor-Absolvent mit 23 bzw. 24 Jahren in der Regel nicht in der Lage sei, die komplizierten Verwebungen des Wirtschaftsverkehrs nachzuvollziehen. Eine eigenständige Arbeit sei so kaum möglich, was jedoch, insbesondere in Großunternehmen, eine Selbstverständlichkeit sei. Nur durch die beiden Staatsexamen, in denen die auch später in der Arbeitswelt gegenwärtige Stresssituation durchlebt werde, könne der Jurist mit ausreichenden Grundlagen ausgestattet werden. Vor allem die momentan – auch für Juristen – schwierige Arbeitsmarktlage werde die Chancen für Bachelor-Absolventen kaum erhöhen.

Schließlich stimmt auch Dr. Jeep für die Beibehaltung des Staatsexamens. Allerdings soll hiernach nur noch ein Staatsexamen absolviert und außerdem der Bologna-Prozess in die rechtswissenschaftliche Ausbildung integriert werden. Die Umsetzung der Vorgaben aus Bologna biete die große Chance, zugleich viele „klassische“ Probleme der deutschen Juristenausbildung zu lösen, ihre international anerkannte Qualität dabei jedoch nicht nur zu wahren, sondern sogar zu erhöhen. Entscheidend sei, dass „Bologna“ weder die Reduzierung des wissenschaftlichen Studiums auf drei Jahre noch die Ersetzung des Staatsexamens durch Bachelor und Master fordere. Bologna-konform sei vielmehr auch ein Bachelor-Abschluss nach vier Jahren, der von einem Staatsexamen als spezieller Zugangsvoraussetzung (nur) für die reglementierten juristischen Berufe gefolgt werde.

Eine wissenschaftlich anspruchsvolle und zugleich auf die Praxis optimal vorbereitende Juristenausbildung könne in einem Vier-Stufen-Modell gewährleistet werden.



**C. Zusammenfassung der Ergebnisse der Workshops**

Zum Abschluss der Tagung fanden Workshops zum Thema „Anwaltsklausur im Zivilrecht, Strafrecht und öffentlichen Recht“ statt. Vor allem sollten hierbei von den jeweiligen Teilnehmern Vorschläge erfolgen, wie die Anwaltsklausur in Zukunft zum ersten Staatsexamen aussehen könnte.

Leitung der Workshops im

- **Zivilrecht**
  - Prof. Dr. Lorenz (Uni München; Mitherausgeber d. JuS)
  - RA Dr. Ulrich Stobbe (RA in Hannover)
  - Cornelia Horz (Präsidentin LJPA Baden-Württemberg)
- **Strafrecht**
  - Prof. Dr. Hans Kudlich (Uni Erlangen; Mitherausgeber der JA)
  - RA Bertram Börner (Strafverteidiger in Hannover)
  - RA Dr. Christoph Knauer (Lehrbeauftragter an der Uni München)
  - Dr. Klaus Kilian (Präsident des gemeinsamen JPA Berlin/Brandenburg)
- **Öffentliches Recht**
  - Prof. Dr. Dirk Ehlers (Uni Münster und Mitherausgeber der Jura)
  - RAin Dr. Andrea Verstejl ( RAin in Berlin)
  - Heinz Flege (VRiOLG Hamm, Vorsitzender des JPA Hamm)

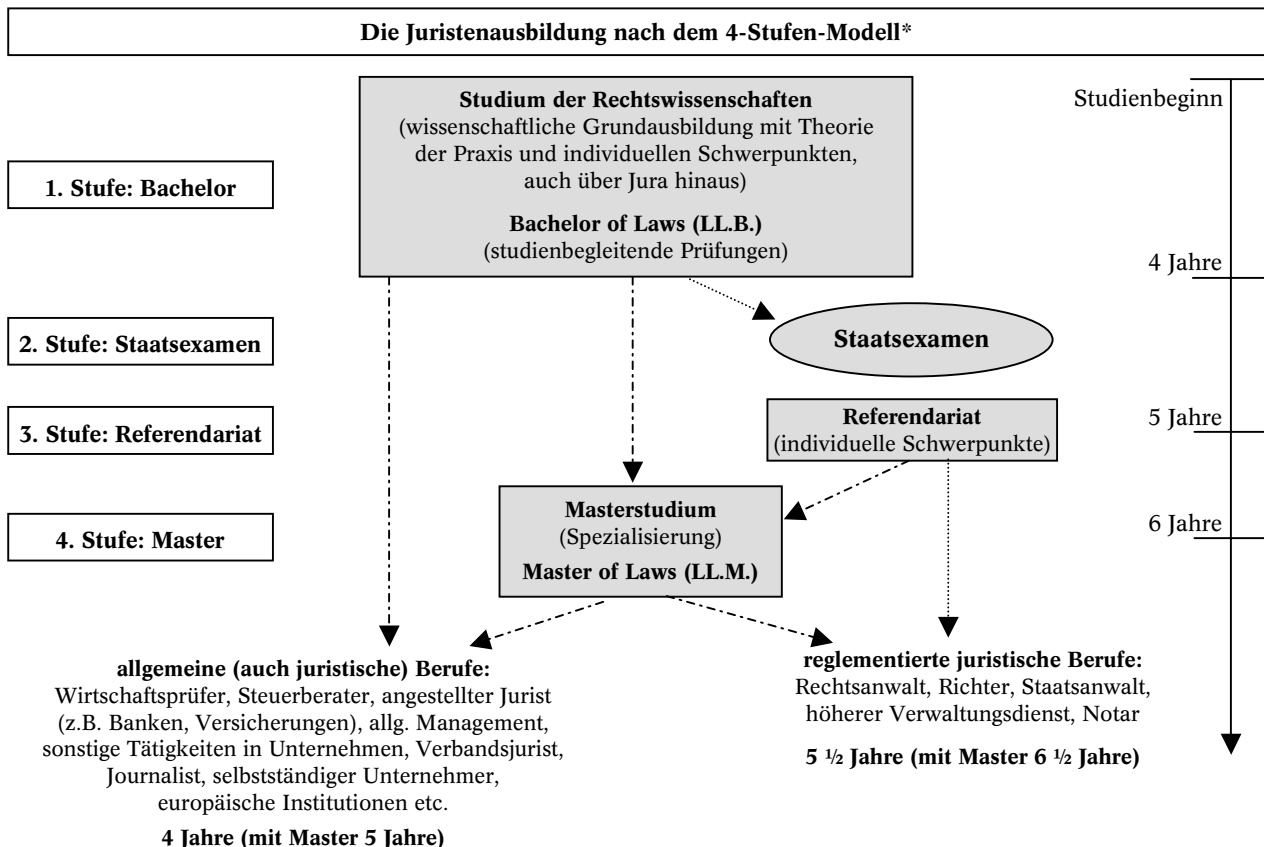
Diskutiert wurde in den Workshops vor allem der künftige Klausurtypus und etwaige Inhalte einer Anwaltsklausur zum ersten Examen.

Einigkeit bestand insoweit, dass hinsichtlich der Stoffauswahl grundsätzlich keinerlei Beschränkungen vorliegen sollten. Ob nun die Anwaltsklausur Probleme aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts oder des Erbrechts behandelt, soll weiter vom jeweiligen Klausurensteller entschieden werden.

Kontrovers diskutiert wurde hingegen der Typ und der Aufhänger einer solchen Klausur. Teilweise wurde sogar vertreten, der Student solle Klageschriften entwerfen, Mandantenschreiben aufsetzen oder eine behördliche Verfügung verfassen. Diese Ansätze sind aber von der Mehrheit der anwesenden Teilnehmer, insbesondere der Vertreter der jeweiligen Justizprüfungsämter, vehement abgelehnt worden. Der Student sei nicht in der Lage, solche Aufgabenstellungen in der vorgegebenen Zeit zu erledigen, zumal sogar die Referendare teilweise mit diesen Aufgabenstellungen überfordert seien. Das Ziel müsse bleiben, bei dem Studenten einen Perspektivwechsel auf die Anwaltssicht zu erreichen. Man könne etwa offene Sachverhalte ausgeben und den Studenten auffordern, die Ausübung eventueller Gestaltungsrechte zu prüfen oder aufzulisten, welche Informationen er noch braucht, um dem Mandanten einen umfassenden Rechtsrat zu geben.

**D. Fazit**

Die Anwaltsorientierung wird in Zukunft im Rahmen des Studiums und im Examen weiter zunehmen, um den Anforderungen in der Praxis gerecht zu werden. Diese Aufgaben werden aber auch in Zukunft im Rahmen der blockweise zu erbringenden Leistungen im Staatsexamen gestellt werden.



\* (s. ausführlich Jeep, Der Bologna-Prozess als Chance, NJW 2005, 2283 bzw. [www.neue-juristenausbildung.de](http://www.neue-juristenausbildung.de))

## Strafrecht

### Allgemeiner Teil

#### Die sukzessive Anstiftung

Börner Jura 2006, 415

Inwieweit Mittäterschaft und Beihilfe in dem Stadium zwischen Vollendung und Beendigung einer Tat möglich sind, ist umstritten. Ob in diesem Stadium einer Tat auch eine sukzessive Anstiftung in Betracht kommt, ist ungeklärt. Da die Anstiftung das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter voraussetzt, scheint sie in Bezug auf bereits vollendete Taten nicht mehr möglich zu sein. Die ist jedoch nach *Börner* nur richtig, wenn die Vollendung der Tat im Eintritt eines Ereignisses liegt, wie z.B. im Falle des Totschlags gem. § 212 StGB. Etwas anderes müsse in den Fällen gelten, in denen nach Art des Tatbestandes die Vollendung als Prozess ablaufen kann, in dem der Täter die Rechtsgutverletzung vertieft. Ebenso wie in diesem Falle eine sukzessive Beihilfe möglich sei, bestehe auch ein Ansatzpunkt für die Annahme einer Anstiftung. Dies gelte sowohl für Tätigkeitsdelikte und echte Unterlassungsdelikte als auch Erfolgsdelikte und unechte Unterlassungsdelikte.

Dies zeigt sich beispielsweise bei Dauerdelikten wie § 316 Abs. 1 StGB. Hatte hier der Täter den Entschluss gefasst, im Zustand alkoholbedingter Fahruntauglichkeit eine bestimmte Strecke ein Fahrzeug zu führen, und wird er nun durch eine weitere Einflussnahme noch während der Fahrt zur Fortsetzung der Trunkenheitsfahrt veranlasst, so kommt im Hinblick auf die Fortsetzung der Fahrt eine Anstiftung gem. § 26 StGB in Betracht. Auf den ersten Blick scheint es sich hier allerdings um das bekannte Phänomen der Aufstiftung zu handeln, deren rechtliche Behandlung umstritten ist. Der Unterschied liegt jedoch darin, dass es sich bei der Aufstiftung um die Veranlassung der Verwirklichung straferschwerender Umstände einer Tat handelt, zu deren Begehung der Täter ohnehin entschlossen war. Der Streit um die Rechtsfolgen der Aufstiftung ergibt sich dann daraus, dass in dem Tatentschluss des Täters zur Verwirklichung straferschwerender Umstände derjenige zur Begehung des Grunddelikts bereits enthalten war. Dieses Problem stellt sich bei der bloßen Fortsetzung einer Trunkenheitsfahrt nicht. Allerdings ist der Anstifter nach Ansicht *Börnners* nur für denjenigen Teil der Haupttat verantwortlich zu machen, dessen Begehung auf seine Veranlassung zurückgeht. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Anstifter auch für einen Exzess des Täters nicht haften würde. Da die Haupttat selber allerdings nicht in zwei verschiedene Teile aufgespaltet werden kann, ist dieser

bloßen Teilverantwortlichkeit des sukzessiven Anstifters bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen. Entsprechendes gilt für die Fälle fortdauernden Unterlassens, falls dieses den Tatbestand eines unechten Unterlassungsdelikts erfüllt.

Aber auch bei Erfolgsdelikten kommt eine sukzessive Anstiftung in Betracht, wenn auf Veranlassung des Anstifters im Rahmen einer natürlichen Handlungseinheit nach Eintritt der Vollendung dieselbe Rechtsgutverletzung vertieft wird. Dies zeigt sich etwa im Falle der sukzessiven Anstiftung zur Körperverletzung, um die es sich handelt, wenn der Täter nach dem ersten Schlag auf das Opfer auf Veranlassung des Anstifters weiter auf das Opfer einschlägt. Zwar handelt es sich hier bei der Haupttat um eine natürliche Handlungseinheit und daher nur eine einzige Straftat. Dies steht jedoch nach *Börner* der Annahme einer sukzessiven Anstiftung nicht entgegen. Allerdings ist auch hier von der nur psychischen Beihilfe und dem Vorliegen einer Aufstiftung abzugrenzen. Darum handelt es sich jedoch nur dann, wenn der Täter grds. zur Begehung der Tat bereits entschlossen war. Um eine sukzessive Anstiftung handelt es sich dagegen, wenn der Täter zur Verwirklichung weiteren Handelns veranlasst wird, durch das i.R. einer natürlichen Handlungseinheit die Rechtsgutverletzung weiter vertieft wird. Nach denselben Grundsätzen kommt danach auch eine sukzessive Anstiftung zum unechten Unterlassungsdelikt gem. § 13 StGB in Betracht, wenn durch den Anstifter das Unterlassen des Einschreitens gegen eine die Rechtsgutverletzung vertiefende weitere Handlung veranlasst wird. Der bloßen Teilverantwortlichkeit des Anstifters für das Gesamtunrecht der Tat ist wiederum im Zusammenhang mit der Strafzumessung Rechnung zu tragen.

*Ergänzung zu: AS-Skript StrafR AT 2 (2006), S. 20 ff.*

#### actio libera in causa: Folgeprobleme des herrschenden Tatbestandsmodells

Schweinberger JuS 2006, 507

Die Befürworter der actio libera in causa stützen ihre Auffassung heute überwiegend auf das sog. Tatbestandsmodell. Danach beginnt das tatbestandsmäßige Handeln bereits mit der Herbeiführung der eigenen Schuldunfähigkeit. Da der Täter zu dieser Zeit noch schuldfähig ist, werde damit dem Koinzidenzprinzip Rechnung getragen, wonach der Täter bei Begehung der Tat schuldfähig gewesen sein muss. Gestützt wird diese Sichtweise auch durch eine Parallele zu der mittelbaren Täterschaft, wonach der Täter sich zu seinem eigenen schuldlos handelnden Werkzeug mache. Aus dieser Argumentation ergeben sich Folgeprobleme, deren Lösung Schweinberger untersucht.

Betrinkt sich der Täter, um im Zustand der Schuldunfähigkeit einen Totschlag zu begehen, tötet dann aber



aufgrund einer Verwechslung einen Dritten, so stellt sich die Frage, ob dies noch als vorsätzliche Tötung zu ahnden ist. Dies erscheint deshalb zweifelhaft, da der Rückgriff auf die vorsätzliche a.l.i.c. voraussetzt, dass sich der Vorsatz des Täters zum Zeitpunkt noch bestehender Schuldunfähigkeit sowohl auf die Verursachung seiner Schuldunfähigkeit als auch die Begehung der im Rausch verübten rechtswidrigen Tat bezieht. Nach einer Auffassung handelt es sich hier um einen Fall der Kausalabweichung. Diese schließt den Vorsatz nicht aus, wenn sich die Verwechslung im Rahmen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halte und deshalb das tatsächliche Geschehen nicht wesentlich von dem im affektfreien Zustand gefassten Vorsatz abweicht. Nach anderer Ansicht handelt es sich jedoch um einen Fall der aberratio ictus, deren Rechtsfolgen wiederum umstritten sind. Nach der herrschenden Konkretisierungstheorie schließt dies jedoch die Bestrafung wegen vorsätzlicher Vollendung aus; vielmehr handele es sich lediglich um eine fahrlässige Vollendung in Tateinheit mit Versuch. Nach Ansicht *Schweinbergers* sprechen die besseren Gründe für die Annahme einer aberratio ictus. Zwar könnte man darauf abstellen, dass durch die Berausung die Gefahr einer späteren Verwechslung erst geschaffen wurde. In der Regel werde aber die Kausalität des Rausches für die Verwechslung nicht nachzuweisen sein. In diesem Falle sei entscheidend, dass die Verursachung des Rausches sich gegen ein anderes Opfer gerichtet habe, als die unmittelbar ausgeführte Tat. Damit sei die den Vorwurf der a.l.i.c. tragende Verbindung zwischen Tatplan und Tatausführung beseitigt und die Tat daher fehlgegangen.

Folgt man diesem Standpunkt und der Auffassung, dass die aberratio ictus lediglich eine Fahrlässigkeits- und Versuchsstrafbarkeit nach sich ziehe, so stellt sich die Frage, worin in den Fällen der a.l.i.c. das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes liegt. Diese Frage ist umstritten. Zum Teil wird auf das den Rausch verursachende Handeln abgestellt, zum Teil auf den Eintritt der Schuldunfähigkeit, nach anderer Ansicht auf den Beginn der eigentlichen Ausführungshandlung. Die zuletzt genannte Ansicht ist nach *Schweinberger* die Einzige, die den allgemein zu § 22 geltenden Kriterien entspricht. Setzt ein Versuch hiernach eine Handlung voraus, durch die Täters die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschreitet und die bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandserfüllung mündet sowie das angegriffenen Rechtsgut konkret gefährdet, so könne für den Fall des schuldunfähigen Täters nichts anderes gelten. Anderes folge auch nicht aus der Parallele zur mittelbaren Täterschaft. Zwar liege hier ein Versuch bereits dann vor, wenn der mittelbare Täter durch die Einwirkung auf den Tatmittler das Geschehen aus der Hand gibt. Die a.l.i.c. stelle jedoch schon vom Wortlaut des § 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB her keinen echten Fall mittelbarer Täterschaft dar. Die Annahme eines

Versuchs durch Verursachung der eigenen Schuldunfähigkeit führe zu einer Schlechterstellung des schuldunfähigen Täters gegenüber dem schuldfähigen Täter. Dies sei ebenso wenig zu rechtfertigen, wie die Schlechterstellung des mittelbaren Täters ggü. dem unmittelbaren hinsichtlich der Voraussetzungen unmittelbaren Ansetzens. Hiernach erweist sich nach *Schweinberger* die Annahme eines Versuchs schon durch die Verursachung des eigenen Rausches als ein Rückfall in die heute nicht mehr vertretene subjektive Versuchstheorie. Darüber hinaus führe dies zu Diskrepanzen zu den Fällen, in denen die Tat im Zustand selbst verursachter verminderter Schuldunfähigkeit begangen wird. In diesen Fällen ist die Vorverlagerung der tatbestandsmäßigen Handlung auf die Verursachung des Rausches weder möglich noch nötig. Liegt der Versuch daher erst im Beginn der eigentlichen Ausführungshandlung, so kann aber für den Versuch im Zustand der Schuldunfähigkeit nichts anderes gelten. Wenn hiernach in den Fällen der a.l.i.c. unmittelbares Ansetzen erst mit Beginn der eigentlichen Ausführungshandlung vorliegt, so widerspricht dies nach *Schweinberger* allerdings dem Tatbestandsmodell insgesamt. Da nach allg. Ansicht mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandserfüllung die Tatausführung erst beginnt, kann die Herbeiführung des eigenen Rausches nicht bereits Teil der tatbestandsmäßigen Handlung sein.

Setzt der Täter nach den Voraussetzungen der a.l.i.c. schließlich zur Ausführung der Tat unmittelbar an, führt sie dann jedoch nicht aus, so stellt sich die Frage nach dem Vorliegen eines die Versuchsstrafbarkeit ausschließenden Rücktritts. Die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts im Zustand der Schuldunfähigkeit wird nur zum Teil verneint. Nach herrschender Meinung wird die Möglichkeit des Rücktritts dagegen bejaht. Dies wirft allerdings die Frage auf, warum der Täter im Zustand der Schuldunfähigkeit nicht unmittelbar ansetzen, wohl aber mit strafbefreiender Wirkung zurücktreten kann. Die Ablehnung der Möglichkeit eines Rücktritts scheint *Schweinberger* als vollkommen untragbares Ergebnis. Schließlich habe die a.l.i.c. nur den Sinn, dem schuldunfähigen Täter die Berufung auf seinen die Strafbarkeit ausschließenden Zustand nach dem Vorverschuldensprinzip zu versagen. Schließlich sei auch unbestreitbar der Rücktritt im Zustand schuldhafter Verursachung der eigenen verminderten Schuldunfähigkeit möglich. Dann aber müsse dies auch für den Rücktritt des Schuldunfähigen gelten.

Für *Schweinberger* folgt aus diesen Erörterungen die Verfassungswidrigkeit der Rechtsfigur der a.l.i.c. Denn das Tatbestandsmodell sei als Begründung der a.l.i.c. mit den Versuchsregeln nicht zu vereinbaren. Eine Ausnahme von § 20 StGB nach den Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs zu machen wäre aber mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren.

*Ergänzung zu: AS-Skript StrafR AT 1 (2006), S. 150 ff.*

## Öffentliches Recht

### Verfassungsrecht

#### Der Einsatz der Streitkräfte im Innern

Jochum JuS 2006, 511 ff.

Der Einsatz der Streitkräfte im Innern begleitet seit langem die politische Diskussion. Für die Einen ist er angesichts aktueller Bedrohungslagen unverzichtbares Mittel zur Gewährleistung der inneren Sicherheit, andere sehen in dem Einsatz des Militärs im Inneren die Rückkehr zum preußischen Militärstaat. Da diese Problematik häufiger Gegenstand der mündlichen Examensprüfung ist, stellen wir nachfolgend die wesentlichen verfassungsrechtlichen Eckpunkte dar, die bei einem Einsatz der Streitkräfte im Innern zu beachten sind.

#### I. Der Verfassungsvorbehalt gem. Art. 87 a Abs. 2 GG

Nach Art. 87 a Abs. 1 S. 1 GG stellt der Bund zur Verteidigung Streitkräfte auf. Damit liegt die primäre Funktion der Streitkräfte ausdrücklich in der Verteidigung. Für andere Aufgaben dürfen die Streitkräfte gemäß dem in Art. 87 Abs. 2 GG normierten Verfassungsvorbehalt nur eingesetzt werden, wenn das Grundgesetz dazu eine ausdrückliche Ermächtigung erteilt. Bei der rechtlichen Bewertung stellen sich damit im Wesentlichen zwei Fragen: In welchen Fällen liegt ein „Einsatz der Streitkräfte“ vor und wann dienen solche der „Verteidigung“.

##### 1. Der Begriff des „Einsatzes der Streitkräfte“ in Art. 87 a Abs. 2 GG

Der Verfassungsvorbehalt des Art. 87 a Abs. 2 GG setzt voraus, dass es sich bei der in Rede stehenden Handlung der Streitkräfte um einen „Einsatz“ handelt. Früher wurde teilweise die Ansicht vertreten, dass sich die Interpretation des Einsatzbegriffs nach der Frage einer Bewaffnung richtet. Jochum hält diese traditionelle Betrachtung für verkürzt. Sachgerecht sei vielmehr, auf die rechtliche Qualität des Handelns abzustellen. Soweit ein regelndes und eingreifendes Handeln vorliege, bei der die besondere militärische Organisationsstruktur genutzt und damit die innenpolitische Neutralität der Streitkräfte infrage gestellt werde, liege ein Einsatz der Streitkräfte im Sinne des Art. 87 a Abs. 2 GG vor. Dieser Betrachtung folgend seien u.a. die Teilnahme an Ehrenformationen bei repräsentativen Anlässen, aber auch technische Hilfeleistungen der Streitkräfte, z. B. eine Opfersuche aus der Luft mittels Wärmebildkameras nicht als „Einsatz“ der Streitkräfte zu verstehen, da diesen die hoheitliche

Eingriffsbefugnis fehlt. Denkbar ist jedoch ein „Einsatz“ auch durch mittelbar hoheitliche Tätigkeit der Streitkräfte, z.B. wenn die Streitkräfte das hoheitliche Handeln Dritter (z.B. der Polizei) unterstützen.

##### 2. Der Begriff der Verteidigung in Art. 87 a GG

Soweit ein Einsatz nach den vorstehenden Grundsätzen zu bejahen ist, stellt sich die Frage, ob das Handeln der „Verteidigung“ dient. Wenn dies der Fall ist, steht dem Einsatz der Streitkräfte verfassungsrechtlich nichts im Wege. Im Übrigen bedarf es einer verfassungsrechtlichen Zulassung.

##### a) Verteidigung, Verteidigungs- und Spannungsfall, Bündnisfall

Bei der Auslegung des Verteidigungsbegriffs des Art. 87 a Abs. 2 GG könnte systematischen Erwägungen folgend auf den Begriff des „Verteidigungsfalles“ in Art. 115 a Abs. 1 GG zurückgegriffen werden. Da diese Norm indessen an einen Angriff bzw. der Androhung eines solchen anknüpft, liefe diese Auslegung darauf hinaus, allein Maßnahmen der Landesverteidigung als Einsatz zur Verteidigung anzusehen. Um auch Handlungen über die bloße Landesverteidigung hinaus zu ermöglichen, geht die neuere Literatur daher überwiegend daher davon aus, dass zumindest auch der Fall der Bündnisverteidigung i.S.d. Art. 5 des NATO-Vertrages vom Verteidigungsbegriff erfasst sei. Gestützt wird diese Auslegung insbesondere auf den Wortlaut des Art. 87 a GG, der selbst zwischen „Verteidigung“ (Art. 87 a Abs. 1, Abs. 2 GG) und „Verteidigungsfall“ (Art. 87 a Abs. 3 GG) differenziert. Zudem sei die Einbeziehung des Bündnisfalles in den Verteidigungsbegriff aus völkerrechtlichen Erwägungen geboten. Es sei nämlich davon auszugehen, dass der Verfassungsgeber den Verteidigungsbegriff im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland habe verstehen wollen, der in dem Fall der Bündnisverteidigung eine Mitwirkung durch die Bundeswehr zulasse.

##### b) Verteidigung gegen nichtstaatliche Angriffe

Gegenwärtig stellt sich zudem die Frage, ob die Abwehr sog. nichtstaatlicher Angriffe, z.B. durch international agierende Terrorgruppen, eine „Verteidigung“ i.S.d. Art. 87 a Abs. 2 GG darstellt. Diese Problematik stellt sich übrigens nicht nur im nationalen verfassungsrechtlichen Kontext der Bundesrepublik Deutschland. Auch im Zusammenhang mit dem völkerrechtlich anerkannten Recht der Staaten auf Selbstverteidigung wird diskutiert, ob der hierfür erforderliche und in Art. 51 UN-Charta genannte Begriff des „bewaffneten Angriffs“ allein staatliche Aggressionen erfasst.

Nach Auffassung von Jochum, die hierbei der wohl überwiegend vertretenen Ansicht folgt, kann der Einsatz der Streitkräfte im Kampf gegen den Terrorismus



als Verteidigung anzusehen sein, soweit die terroristischen Aktionen ein Bedrohungspotenzial erreichen, das zwischenstaatlichen Konflikten gleichkommt. Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es insbesondere darauf an, ob die jeweilige Gruppierung eine militärische Organisationsstruktur aufweist, die sie international aktionsfähig macht, sodass sie ein staatlichen Armeen vergleichbares Zerstörungspotenzial entfalten kann. Ein solches kann indiziell bejaht werden, wenn der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eine Bedrohung des Weltfriedens feststellt oder der NATO-Rat den Bündnisfall gem. Art. 5 NATO-Vertrag beschließt.

## II. Verfassungsrechtlich zugelassene Einsätze der Streitkräfte im Innern

Nach der verfassungsrechtlichen Konzeption ist ein Einsatz der Streitkräfte im Innern in zwei Fällen möglich: Einerseits gem. Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG auf besondere Anforderung, andererseits gem. Art. 87 a Abs. 3 GG im Verteidigungs- oder Spannungsfall.

### 1. Einsatz der Streitkräfte im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG

Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG ermöglicht die Mitwirkung der Streitkräfte zur Hilfe bei einer Naturkatastrophe oder bei besonders schweren Unglücksfällen. Diese Begriffe unterscheiden sich in erster Linie durch ihre Ursache: Während Naturkatastrophen Großschadensereignisse natürlichen Ursprungs sind, handelt es sich bei besonders schweren Unglücksfällen um Phänomene, die auf menschliches Fehlverhalten oder technisches Versagen beruhen (Bauer, in: Dreier, GG, 1998, Art. 35 Rdnr. 24). Fraglich ist allerdings, ob die Streitkräfte auch bei der *präventiven* Bekämpfung von Naturkatastrophen und Unglücksfällen Einsatz finden dürfen. Überträgt man die Rechtsprechung des BVerfG zur verfassungsrechtlichen (Un-)Zulässigkeit einer Abschlussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz (BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05 = NJW 2006, 751), ist ein Einsatz der Bundeswehr jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Eintritt einer Katastrophe zu erwarten ist. Diesen Erwägungen folgend hält *Jochum* den Einsatz der Streitkräfte im Bereich der Gefahrenabwehr grundsätzlich für zulässig, da ein Abwarten bis zur Realisierung der Gefahr nicht zumutbar sei.

Problematisch ist zudem die Frage, welcher Hilfsmittel sich die Streitkräfte bei einem solchen Einsatz bedienen dürfen. Berücksichtigt man die primäre militärische Verteidigungsfunktion der Streitkräfte, spricht vieles für eine begrenzte Befugnis zum Einsatz technischer Hilfsmittel im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG. Hierfür spricht insbesondere auch der Umstand, dass die Streitkräfte in diesem Rahmen materiell polizeiliche Landesaufgaben wahrnehmen, sodass sie auch

die jeweiligen landespolizeirechtlichen Bestimmungen zu beachten haben. Daher dürfen die von den Streitkräften angewendeten Hilfsmittel grundsätzlich nur solche sein, die auch der Polizei zur Verfügung stehen.

### 2. Einsatz im Rahmen des Art. 87 a Abs. 3, 4 GG

Der Einsatz der Streitkräfte im Rahmen des Art. 87 a Abs. 3 GG ist zunächst im Fall des äußeren Notstandes vorgesehen. Danach dürfen die Streitkräfte im Verteidigungsfall eingesetzt werden. Ein solcher liegt vor, wenn das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht (Art. 115 a Abs. 1 S. 1 GG). Einer akuten Bedrohungslage vorgelagert ist der ebenfalls genannte sog. Spannungsfall. Neben diesen aus außenpolitischen Konflikten folgenden Szenarien darf die Bundesregierung die Streitkräfte im Rahmen des Art. 87 a Abs. 4 GG auch bei Vorliegen eines inneren Notstandes einsetzen, wenn die dort bezeichneten Schutzgüter gefährdet werden. Danach ist die Bundesregierung ermächtigt, zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes Streitkräfte zur Unterstützung der Polizei und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer einzusetzen, soweit die Polizeikräfte sowie der Bundesgrenzschutz zur Gefahrenabwehr nicht ausreichen. Die hiernach vorgesehene Einsatzbefugnis ist indes nur in schwerwiegenden Bedrohungsszenarien zulässig. Eine drohende Gefahr für die in Art. 87 a Abs. 4 GG bezeichneten Schutzgüter wird daher nach allgemeiner Ansicht nur im Fall eines Militärputsches oder eines Bürgerkrieges angenommen (Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 87 a Rdnr. 110 f.).

*Ergänzung zu:*

*AS-Skript VerfassungsR (2004), S. 217 ff.*

## Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für Verwaltung und Verwaltungspraxis

Kese apf 2006, 6 ff.

Durch das in Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG enthaltene Adjektiv „sozial“ hat der Verfassungsgeber das Sozialstaatsprinzip verankert. Im Gegensatz zu anderen Verfassungsprinzipien ergeben sich hierbei Schwierigkeiten in der Anwendung und Auslegung vor allem aus der (bewussten) begrifflichen Offenheit und Allgemeinheit. Gleichwohl statuiert das Sozialstaatsprinzip eine unmittelbar geltende normative Verfassungsaussage, die die staatlichen Hoheitsträger ermächtigen und verpflichten, durch aktive Sozialgestaltung für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und für eine gerechte Gesellschaftsordnung zu sorgen (BVerfG 5, 85, 198; 69, 272, 314).

In dieser Zielsetzung enthält das Sozialstaatsprinzip einen zweifachen Bedeutungsgehalt: Einerseits ein an den Staat adressiertes Strukturmerkmal, andererseits aber auch eine stets zu verwirklichende Staatszielbestimmung. Flankiert wird die sozialstaatliche Konzeption des GG durch grundrechtliche Schutzdimensionen, die den Staat allgemein oder speziell auf bestimmte soziale Grundwerte verpflichten. So resultiert z.B. aus der in Art. 1 Abs. 1 GG normierten Pflicht zum Schutz der Menschenwürde zugleich die staatliche Verpflichtung, bedürftigen Staatsbürgern ein materielles Existenzminimum zu gewährleisten. Daneben verpflichtet aber auch Art. 3 GG den Staat, soziale Ungleichheiten abzubauen oder zu vermeiden, soweit diese nicht in wesentlichen Unterschieden der Menschen begründet sind. Schließlich statuiert auch Art. 14 Abs. 2 GG eine soziale Dimension insoweit, als der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll.

### I. Fallgruppen zur inhaltlichen Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips

Bei der Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips lassen sich nach Ansicht von *Kese* fünf Fallgruppen bilden, die den inhaltlichen Aussagegehalt des Prinzips veranschaulichen:

1. Zunächst folgt aus dem Sozialstaatsprinzip eine *Pflicht zur Herstellung erträglicher Lebensbedingungen*. Hieraus resultiert – verfassungsrechtlich atypisch – ein unmittelbarer Anspruch auf Gewährleistung eines Mindeststandards materieller Sicherheit (BVerfGE 78, 104, 118 f.; 87, 153, 169 ff.). Hierzu gehört auch ein Anspruch auf Herstellung menschenwürdiger Lebensverhältnisse.

2. Zudem verlangt das Sozialstaatsprinzip eine *Gewährleistung sozialer Sicherheit*. Zur Ausgestaltung dieser Schutzpflicht hat der Gesetzgeber u.a. ein umfassendes gegliedertes Sozialversicherungssystem konzipiert.

3. Nach Ansicht des BVerfG (BVerfGE 5, 85, 206) soll das Sozialstaatsprinzip zudem dem Ziel dienen, die *soziale Gleichheit* bis zu einem vernünftigerweise zu fordernden Maß zu verwirklichen. Damit bildet das Sozialstaatsprinzip u.a. auch die Grundlage für wohngeldrechtliche und ausbildungsförderungsrechtliche Regelungen.

4. Einen weiteren Bedeutungsgehalt gewinnt das Sozialstaatsprinzip bei der Ausgestaltung der sozialen Lebensverhältnisse strukturell schwächerer Personengruppen. Diese sollen vor negativen Folgen des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht und persönlicher Abhängigkeitsverhältnisse geschützt werden. Insoweit dient das Verfassungsprinzip zugleich der *sozialen Freiheit*. Zur Ausgestaltung dieser Schutzpflicht hat der Gesetzgeber insbesondere Regelungen zum Kündi-

gungsschutz von Arbeitnehmern sowie deren Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall getroffen.

5. Schließlich bildet das Sozialstaatsprinzip die Grundlage für das in der Bundesrepublik Deutschland bestehende *öffentlich-rechtliche Entschädigungssystem*. Hieraus folgende Leistungen kommen Personen zugute, die durch einen staatlichen Eingriff geschädigt werden.

### II. Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Staatsgewalten

In der Praxis stellt sich insbesondere die Frage, welche tatsächlichen Auswirkungen das Sozialstaatsprinzip für die jeweiligen Staatsgewalten hat.

1. Als verfassungsrechtliche Staatszielbestimmung richtet sich das Sozialstaatsprinzip in erster Linie an den Gesetzgeber. Dieser ist verpflichtet, im Rahmen seines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes die Staatszielbestimmung legislativ auszuformen. Allerdings ist dieser Spielraum nach der Rechtsprechung sehr weit und erst überschritten, wenn der Gesetzgeber die ihm obliegende Gestaltungsermächtigung offenkundig missbraucht. Gleichwohl hat der Gesetzgeber verfassungsrechtliche Grenzen zu wahren. Diese werden insbesondere durch widerstreitende Verfassungsprinzipien (z.B. Bestimmtheitsgebot; Grundsatz des Vertrauensschutzes, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) gesetzt.

2. Rechtsprechung und Exekutive werden durch das Sozialstaatsprinzip vor allem als Auslegungsdirektive gebunden. Dies gilt insbesondere bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Konkretisierung von Generalklauseln. Hier zwingt das Prinzip häufig zu einer verfassungskonformen Auslegung einfachen Rechts. Ein Spannungsverhältnis kann sich dann ergeben, wenn bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Judikative das Prinzip der Gewaltenteilung zulasten der Legislative verletzt wird. Aus diesem Grund hat z.B. das BVerfG eine Entscheidung des Bundessozialgerichts aufgehoben, welches zuvor ein ungeborenes Kind, das durch eine Berufskrankheit seiner Mutter gesundheitlich geschädigt wurde, in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung einbezogen hatte. Hierfür bedurfte es einer Entscheidung des Gesetzgebers.

Für die Verwaltung wirkt sich das Sozialstaatsprinzip insbesondere als Ermessensdirektive aus. Hier kann das behördliche Ermessen aus sozialstaatlichen Erwägungen ausnahmsweise auf Null reduziert sein.

*Ergänzung zu:*  
*AS-Skript VerfassungsR (2004), S. 60 ff.*