

ALTERNATIVEN IN DER MULTIPLE-CHOICE-AUFGABE
UND IN DER JURISTISCHEN ENTSCHEIDUNGSSITUATION

Autor: Prof. Dr. Lothar Philipps
Universität München

Redaktion: Akad. Rätin Ulrike Schultz,
Fernuniversität Hagen

zu beziehen über: Fernuniversität - Gesamthochschule
Zentrum für Fernstudienentwicklung
Postfach 940
5800 Hagen 1

Vorwort

Dem folgenden Beitrag liegt ein Vortrag des Autors zugrunde, den er am 3. Juli 1981 an der Fernuniversität im Zentrum für Fernstudienentwicklung gehalten hat.

Philipps, der Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität München lehrt, setzt seit Jahren Multiple-Choice-Aufgaben in seinen strafrechtlichen Lehrveranstaltungen ein. Auch wenn er sie primär zur Lernerfolgskontrolle nutzt, verfolgt er damit gleichzeitig den Zweck, die Studenten im Erkennen und Überdenken juristischer Probleme zu schulen. Dafür hat er einen Kanon von speziellen Aufgabenformen entwickelt, die diesen Ansprüchen genügen, abgesehen davon, daß sie dem Aufgabenschreiber Anlaß geben, selber juristische Probleme zu entdecken und dazu Lösungsvorschläge zu entwickeln. Der Autor hat seine Methode der Aufgabenkonstruktion erstmals vorgestellt in seiner Monographie "Testaufgaben in der Rechtswissenschaft".¹⁾ Er erläutert sie hier ausführlich in verfeinerter Form anhand des von ihm entwickelten Aufgabentyps "Oppositionspaar", dem zwei Fallvarianten zugrunde liegen. Die Beispiele entnimmt er dem Strafrecht. Das heißt jedoch nicht, daß der Aufgabentyp hierauf beschränkt ist. Er kann ebenso im Zivilrecht oder im Öffentlichen Recht verwendet und auf andere Wissenschaftsdisziplinen übertragen werden.

Es ist zu hoffen, daß Philipps Darstellung hilft, die immer noch bei Fachwissenschaftlern verbreiteten Vorurteile gegen Multiple-Choice-Aufgaben, die insbesondere die angebliche inhaltliche Beschränktheit der Aufgabenform und die Bevormundung der Studenten durch die vorgegebenen Antwortalternativen betreffen, abzubauen und daß Aufgabenautoren - sowohl erprobte wie potentielle - durch seine Versuche mit lernintensiven problemorientierten Aufgaben aus der Enge eingefahrener Aufgabenmuster heraus zu neuen interessanten Aufgabentypen inspiriert werden.

Hagen im März 1982

Ulrike Schultz

1 Heidelberg, Karlsruhe: C.F. MÜLLER, 1978. Vgl. dazu meinen Bericht: Erfahrungen mit juristischen Multiple-Choice-Aufgaben an der Fernuniversität, ZFE, September 1978, S. 17ff und Datenverarbeitung im Recht (DVR) 1979, S. 27f., in dem ich auch einen kurzen Überblick über die Aufgabenformen gebe.

Überblick

Der Beitrag versucht zu zeigen, daß Multiple-Choice-Aufgaben, entgegen einer weitverbreiteten Ansicht, mit Gewinn im Rechtsunterricht eingesetzt werden können. Dazu wird zunächst einer in der Praxis vorherrschenden "teilnehmerbezogenen" Konstruktionsweise der MC-Aufgabe die "problembezogene" entgegengestellt.

- Bei der teilnehmerbezogenen Konstruktion haben die zu vermeidenden Alternativen die Funktion, den Teilnehmer von der richtigen Antwort abzulenken ("Distraktoren!").
- Bei der problembezogenen Konstruktion spiegelt die Gesamtheit der Alternativen eine echte Entscheidungssituation wider.

Die problembezogene Konstruktion bewährt sich besonders dort, wo es um wertgeleitetes Entscheiden geht, - wie also auch in der Jurisprudenz. Denn hier steht typischerweise eine mehrstufige Skala von besser/schlechter zur Wahl - und nicht ein einfaches wahr/falsch.

Um bei wertbezogenen MC-Aufgaben die intersubjektive Sicherheit der Lösung zu erreichen, muß man

- die Alternativen eines begrenzten Problembereichs vollständig auffächern und
- einen Wertungsgesichtspunkt präzise formulieren.

Hierfür wird eine Methode angegeben.

Auch sonst erweitert die problembezogene Konstruktion die didaktische Leistungsfähigkeit der MC-Aufgabe beträchtlich. Wenn man nämlich ein Problem in Alternativen zerlegt, strukturiert man es zugleich in heuristisch günstiger Weise. An Beispielen aus dem Problembereich von error in persona und aberratio ictus (Rose-Rosahl-Fall) wird das erläutert. Weitere juristische MC-Aufgaben sind angefügt.

Anfang der siebziger Jahre hatten wir in Saarbrücken eine kleine Arbeitsgruppe für Rechtsinformatik, die ein Computerprogramm entwickelte, das etwas Strafrecht konnte.¹⁾ Eines Tages schlugen einige Teilnehmer vor, auch etwas "Nützlicheres" zu tun; man dachte an Programme zur Auswertung juristischer Tests und Übungsarbeiten.²⁾ Es sollte dabei möglich sein, daß die Studenten selber ihre Lösungen in geeignete Datenträger eingeben, beispielsweise in vorperforierte Lochkarten.³⁾ (Man erinnert sich vielleicht noch: Es war dies eine Zeit erstaunlicher didaktischer Hoffnungen: auf Hochschuldidaktik wie auf Lehrtechnologie.)

Das einfachste solcher Verfahren, auch computertechnisch längst bewährt, ist das der Multiple-Choice-Aufgaben: man gibt dem Übungsteilnehmer Fragen mit vier oder fünf Antworten vor, von denen er eine oder zwei als richtig zu kennzeichnen hat. Ich bezweifelte freilich zunächst die Möglichkeit, juristische Substanz in solche Aufgaben zu packen. Gründe für solche Skepsis stehen auch heute noch jedem sehr rasch vor Augen, der sich etwas mit juristischer Methodologie beschäftigt hat. MC-Aufgaben verlangen eine intersubjektive Sicherheit der Entscheidung über richtige und falsche Antworten. Was aber rechtens ist, außer in elementaren Fragen, darüber gibt es bekanntlich ganz verschiedene Ansichten von Jurist zu Jurist. Juristische Urteile beruhen nämlich zu einem erheblichen Teil auf Wertungen; Wertungen aber - so sagt man - sind subjektiv. Wenn die MC-Aufgabe Wertungen nicht erfassen kann, kann sie das Juristische nur im Äußerlichen fassen, etwa in Fragen danach, was herrschende Lehre sei oder wie ein oberes Gericht entschieden habe. Ferner: Das moderne Recht besteht aus sehr komplexen Systemen: was kann man hiervon wiederfinden in dem verengten Fokus einer Fragestellung, die es dem Teilnehmer lediglich überläßt, über die Wahrheit einer von vier festgelegten Aussagen zu entscheiden? Aber selbst wenn sich diese beiden Hindernisse

des Wertungsspielraums und der Komplexität überwinden ließen, so bleibt immer noch die Frage, ob man dies wirklich tun sollte: ob nicht die Verwendung von MC-Aufgaben in juristischen Übungen zur Einübung in einen Habitus führt, der für den jungen Juristen und für die Gesellschaft verhängnisvoll wäre. Jurisprudenz, auch Rechtsprechung, ist nach heutigem Verständnis ein aktives, gestaltendes Tun: was kann man davon wiederfinden in der Passivität der Situation des Testteilnehmers, dem es nur noch obliegt, an einer von vier oder fünf vorgegebenen Stellen ein Kreuz zu setzen? Wie aber geprüft und geübt wird, so wird auch gelernt und gedacht. Auch die juristischen Übungen sind ein Teil der Rechtskultur eines Volkes. Es gab und gibt also Gründe genug, hinsichtlich der Verwendung von MC-Aufgaben im Rechtsunterricht skeptisch zu sein.

Seltsamerweise gibt es aber auch naheliegende Gründe für die umgekehrte Vermutung: für die Annahme, daß die Verwendung von MC-Aufgaben gerade für das Recht von Nutzen sein könnte. MC-Aufgaben müssen, wie die didaktische Literatur betont, *eindeutig* sein, leicht *verständlich* und *sparsam*, mit möglichst wenigen Worten formuliert. Dies alles sind aber auch anerkannte Tugenden der Gesetzessprache. Kein Wunder übrigens: die Aufgabe wie das Gesetz hat es mit der sprachlichen Kontrolle von menschlichem Verhalten zu tun. Wenn man also MC-Aufgaben auf breiter Basis einsetzt, so wird sich bald ein Erfahrungsschatz über rechtliche Formulierungsmöglichkeiten anhäufen. Man gewinnt z.B. Erfahrungen über den typischen Konflikt zwischen dem Ideal der Eindeutigkeit und dem der Verständlichkeit. Das sind dann ernsthafte Erfahrungen, weil sie unter Problemlösungsdruck zustande gekommen sind, - ganz anders, als wenn den Teilnehmern ein Fragebogen - für sie folgenlos - vorgelegt worden ist. Aber die Ernsthaftigkeit erlaubt doch ein Experimentieren; der Test hat nicht die Endgültigkeit eines Gesetzes. So gesehen, spricht allerdings wiederum vieles dafür, einen Versuch mit MC-Aufgaben im Rechtsunterricht zu wagen.⁴⁾

Ich habe mich seinerzeit dann gefragt, ob die anscheinenden Mängel der MC-Aufgabe wirklich aus der Aufgabenform als solcher stammen oder nicht vielmehr aus der vorherrschenden Testpraxis.⁵⁾ Diese behandelt die MC-Aufgabe nach dem einfachen Schema einer Frage mit einer Antwort. Nur damit die Richtigkeit dieser Antwort nicht zu deutlich wird, und um die Ratechancen des Teilnehmers herabzusetzen, wird die richtige Antwort unter mehrere falsche versteckt, die von ihr ablenken sollen (und deshalb "Distraktoren" heißen). Die Anzahl der Alternativen wird lediglich dadurch beschränkt, wieviel plausible Fehlantworten sich auffinden lassen; grundsätzlich gilt: je mehr desto besser. Ich nenne dies die "teilnehmerbezogene" Konstruktionsweise der MC-Aufgabe.

Es ist aber möglich, die in der MC-Aufgabe liegende formale Komplexität auch inhaltlich auszunutzen - im Interesse komplexerer Probleme. Das kann dadurch geschehen, daß man das Alternativenschema als Abbild einer realen Entscheidungssituation interpretiert, z.B. einer prozessualen Situation, mit der ein Richter konfrontiert ist. Die Anzahl der Alternativen wird jetzt nicht durch die Grenzen psychologische Plausibilität beschränkt, sondern durch die Handlungsmöglichkeiten, die die Situation enthält. Ich nenne dies die "problembezogene" Konstruktion der MC-Aufgabe.

Daß es hier nicht etwa um terminologische Unterschiede geht, zeigt folgende Überlegung: Es gilt als ein Mangel der MC-Aufgabe, über dessen Wichtigkeit man sich lediglich streitet, daß die fehlerhaften Alternativen nicht einfach ablenkend, sondern auch einprägend wirken können. Der Testteilnehmer könnte also auch Fehler lernen. Besonders SKINNER und seine Schüler haben das betont.⁶⁾ Aus testtechnischen Gründen nimmt man dies in Kauf; aber eigentlich sollte der Lernende nur richtige Antworten zu sehen bekommen. Bei der problembezogenen Interpretation müssen

dagegen von der Sache her alle Entscheidungsmöglichkeiten zusammengesehen werden: auch die zu wählende Alternative ist nur als Alternative unter Alternativen richtig. Dem Juristen ist dies übrigens von jeher wohlbekannt: Wer sich bei einer Entscheidung nicht alle wesentlichen Alternativen vor Augen hält, handelt zumindest subjektiv fehlerhaft.

Die Notwendigkeit, alle Entscheidungsalternativen zusammenzusehen, ist eng damit verknüpft, daß es sich um wertgeleitetes Entscheiden handelt und nicht einfach um die Frage nach der Wahrheit oder Falschheit einer Alternative. Wahr oder falsch ist jede Alternative - wie überhaupt jede Aussage - an sich; wahr ist insbesondere auch die richtige Antwort unabhängig von der Falschheit der anderen Alternativen. Diese übernehmen daher faute de mieux die nur psychologische Funktion, von der richtigen Antwort abzulenken. Bei normativen Entscheidungen geht es aber in aller Regel nicht um ein einfaches gut oder schlecht - analog dem Unterschied von wahr oder falsch -, sondern um ein besser oder schlechter; das Richtige ist das relativ Beste - relativ zu den anderen Möglichkeiten. Man braucht dazu nicht den einfachen Akt der Zustimmung oder Verwerfung, wie er im Hinblick auf jede Einzelalternative möglich ist, sondern Operationen des Vorziehens und Zurücksetzens innerhalb der gesamten Menge der Alternativen. Bei normativen Entscheidungen sind Alternativen von der Sache her notwendig und nicht als psychologische Ablenkung.

Gewiß kann man auch nicht-normative Aufgaben mit relationalen Verknüpfungen zwischen den Alternativen konstruieren. Man kann z.B. vier Rechenbeispiele angeben und nach dem fragen, das als Ergebnis den höchsten numerischen Wert hat. So zwingt man den Testteilnehmer, alle Alternativen durchzurechnen und die Ergebnisse zu vergleichen. Aber bei normativen Entscheidungen sind die Vergleichsoperationen typischerweise sehr viel intensiver, auch durch den Sachzusammenhang zugleich verbunden und begrenzt. Bei dem

arithmetischen Beispiel könnte die Anzahl der Alternativen beliebig vermehrt werden, bei einer normativen Entscheidungssituation dagegen nicht. Auch ließe sich die arithmetische Aufgabe mühelos und auf verschiedene Weise in die übliche nicht-relationale Form der MC-Aufgabe fassen. Bei normativen Entscheidungen ist das kaum vorstellbar.

Die Unterscheidung zwischen dem einfachen Anerkennen oder Verwerfen im Hinblick auf Urteile einerseits und den Operationen des Vorziehens oder Zurücksetzens im Hinblick auf Wertungen andererseits ist zuerst von dem Philosophen Franz BRENTANO herausgearbeitet worden;⁷⁾ für die praktischen Zwecke der Testaufgabe genügt es, daß sie auch dem common sense entspricht. Jedenfalls ist bemerkenswert, daß eben der Wertungsaspekt, der auf den ersten Blick der Verwendung von MC-Aufgaben im Wege zu stehen schien, nun geradezu nach der alternativen Aufgabenform zu verlangen scheint.

Prozessuale oder administrative Situationen, in denen ein Richter oder ein Verwaltungsbeamter steht, lassen sich unschwer als MC-Aufgaben darstellen. Im folgenden möchte ich jedoch ein Verfahren vorstellen, Entscheidungsfelder im allgemeinen materiellen Recht einzugrenzen. In unserem Rechtsunterricht stehen solche Probleme im Vordergrund, und übrigens sind sie auch methodologisch interessanter.

Ausgangspunkt des Verfahrens ist jeweils eine Fallkonstellation, deren juristische Einordnung unproblematisch ist. Man bildet dazu zwei unterschiedliche Varianten, von denen mindestens eine juristisch umstritten ist.⁸⁾ Nach solchen Paaren wird man auch zu Anfang nicht lange zu suchen haben: Es war von jeher in der Jurisprudenz üblich, zwei Fallkonstellationen einander gegenüberzustellen - sei es zu analytischen, sei es zu didaktischen Zwecken. Wer beispielsweise in strafrechtliche Lehrdarstellungen blickt, die stark didaktisch orientiert sind, wie etwa die von

WESSELS oder von KREY, wird solche Gegenüberstellungen immer wieder finden. Und spätestens seitdem man der anglo-amerikanischen Rechtsmethodologie größere Beachtung schenkt, weiß man, daß der Seitenschritt zur Variante (das "distinguishing") zur typischen Bewegungsart der Rechtsentwicklung gehört.⁹⁾

Im folgenden knüpfe ich an die altbekannte und viel diskutierte Gegenüberstellung von error in persona und aberratio ictus an.¹⁰⁾ Error in persona: Jemand tötet einen anderen infolge einer Personenverwechslung. Er will Claudius töten und ersticht stattdessen Apolonius. Aberratio ictus: Der Schuß des Attentäters, der dem Staatspräsidenten galt, trifft dessen Gattin tödlich, die neben ihm auf der Ehrentribüne steht. Beide Konstellationen sind Varianten des unproblematischen Ausgangsfalles, daß jemand einen Menschen töten will und infolgedessen auch einen Menschen tötet - vorsätzliche, vollendete Tötung. Der gemeinsame Unterschied ist nur, daß ein anderer getötet wurde, als eigentlich getötet werden sollte - einmal infolge einer Personenverwechslung und einmal, weil der Schuß fehlging.

Wenn man zwei solche Fallvarianten einander gegenüberstellt, so gibt es kombinatorisch gesehen genau vier Möglichkeiten, was die Zuordnung der Rechtsfolge anlangt: Beide Varianten werden genauso entschieden wie der unproblematische Ausgangsfall - oder nur die erste - oder nur die zweite - oder schließlich weder die erste noch die zweite.

Bei der error in persona/aberratio ictus-Problematik stellt sich das so dar:

- A. Man nimmt in beiden Fällen, nach wie vor, vorsätzliche vollendete Tötung an.
- B. Man nimmt im ersten Falle, dem des error in persona, lediglich einen Tötungsversuch an (evtl. zugleich mit fahrlässiger Tötung - das hängt dann von den näheren Umständen ab), im Falle der aberratio ictus dagegen verbleibt es bei der vorsätzlichen vollendeten Tötung.

- C. Umgekehrt: man beläßt es bei dem error in persona bei der vorsätzlichen vollendeten Tötung, nimmt dagegen bei der aberratio ictus lediglich versuchte Tötung an (evtl. zugleich mit fahrlässiger Tötung)
- D. Man hebt sich in beiden Varianten vom Ausgangsfall ab und entscheidet sich für bloßen Tötungsversuch. (Wie schon gesagt: evtl. zugleich mit fahrlässiger Tötung)

Welche Entscheidung man für die richtige hält - hier wie auch sonst bei solchen Gegenüberstellungen -, bestimmt sich danach, ob man die beiden Fallkonstellationen für wesentlich gleich oder wesentlich ungleich hält - und zwar einerseits untereinander und andererseits je im Verhältnis zum Ausgangsfall. Während nun aber die Entscheidungsmöglichkeiten bei einem solchen Gegensatzpaar genau abgegrenzt und in ihrer Vierzahl beschränkt sind, gilt das für die Entscheidungsvoraussetzungen, jene Gleichheiten und Ungleichheiten, durchaus nicht. Zwei Fälle sind, wie man längst weiß, niemals schlechthin gleich oder ungleich, sondern nur von einem bestimmten Gesichtspunkt aus. Will ich also die Vierzahl der Alternativen zur Grundlagen einer MC-Aufgabe machen, so muß ich einen Bewertungsgesichtspunkt angeben. Hier beispielsweise so: Welche der vier Alternativen wäre zu wählen, wenn man die faktisch-psychologische Seite des Phänomens für in erster Linie entscheidungserheblich hält? Und wie, wenn man dabei auch einen Irrtum im Motiv für wesentlich hält? Und wie, wenn man den normativen Aspekt, den der betroffenen Interessen (auf seiten des Täters wie des Verletzten) in den Vordergrund rückt?

Um mit dem letzten anzufangen: Betont man den normativen Aspekt, so ist A die Alternative der Wahl: in beiden Fällen vorsätzliches vollendetes Tötungsdelikt. Der Täter wollte töten, und er hat getötet. Weil er töten wollte, geschieht ihm jedenfalls kein Unrecht, wenn er nach Maßgabe dessen behandelt wird, daß er getötet hat. Betrachtet man die Dinge dagegen vorwiegend von der faktisch-psychologischen Seite, so gelangt man plausiblerweise zu der Alternative C: Daß der Täter bei der aberratio ictus das anvisierte Opfer

verfehlt hat, daß er daneben geschossen hat, ist typisch für den Tötungsversuch. Im Falle des error in persona wollte er dagegen das anvisierte Opfer töten: Vollendung also. Nur wenn man soweit geht, auch das Tötungsmotiv für wesentlich zu halten, wird man in beiden Fällen, auch dem der Personenverwechslung, lediglich Tötungsversuch annehmen: und also D anzukreuzen haben.

Nur in wenigen Fällen kann man auf die Angabe eines besonderen Entscheidungsgesichtspunkts verzichten; nicht, weil man ihn nicht brauchte, sondern weil er sich von selbst versteht. So könnte man in unserem Beispiel scheinbar voraussetzungslos fragen, welche der vier Entscheidungsalternativen die schlechteste sei und kaum vertretbar.¹¹⁾ Das ist offensichtlich B: im Falle des error in persona Versuch anzunehmen, bei der aberratio ictus dagegen Vollendung. Liegt es doch auf der Hand, daß die abirrende und nur mehr oder minder zufällig ein anderes Opfer findende Tat eine schwächere Grundlage der deliktischen Zurechnung bildet, als die gewollte Tötung eines anderen Menschen, die nur insofern nicht planmäßig geschieht, als man ihn mit einem anderen verwechselt hat. Vielleicht sind solche voraussetzungslos formulierbaren Fragen immer nur negativer Art: sie richten sich lediglich darauf, einzelne Alternativen als unvertretbar auszuschneiden.

Daß man ein so entwickeltes Alternativenschema als Grundlage einer MC-Aufgabe verwenden kann, setzt zweierlei voraus: Der Wertungsgesichtspunkt muß sich derart präzisieren lassen, daß das gesuchte Ergebnis intersubjektiv zwingend erscheint, und die Entscheidung darf gleichwohl nicht trivial sein. Nach meinen Erfahrungen ist beides möglich und miteinander vereinbar.

Es ist ja auch plausibel, daß ein Teil der intersubjektiven Variabilität der Wertungen darauf zurückzuführen ist, daß die bewerteten Alternativen nicht genau festgelegt sind, sei es in ihrer Anzahl, sei es in ihrem logischen Verhältnis: sie könnten sich teilweise überlappen. Hier hingegen ist die Vielzahl der Alternativen so gefaßt, daß sie sich wechselseitig ausschließen. Jedenfalls unter dieser Voraussetzung ist es nach meinen Erfahrungen möglich, bei den Fragestellungen auch Wertausdrücke - sogar den allgemeinen der "materiellen Gerechtigkeit" - so zu verwenden, daß man dem Testteilnehmer durchaus ein Erkennen und nicht etwa ein Bekennen abverlangt.

Dieser Befund läßt immer noch ganz verschiedene wissenschaftstheoretische Interpretationen zu. Immerhin darf man vermuten, daß die Verwendung von MC-Aufgaben reichhaltiges Material für Rechtsphilosophie und Rechtspolitik bereitstellen wird, sowie auch für die Gesetzgebungstechnik, etwa was die Möglichkeit anlangt, teleologische Weisungen zu formulieren.

Wenn man die Technik der Gegensatzpaare zugrundelegt, ist es leicht möglich, aus sinnvollen Aufgaben neue sinnvolle Aufgaben zu gewinnen. Es gibt dafür zwei Wege:

1. Man nimmt einen Fall, der die eine Seite eines Gegensatzpaares ausmacht, und stellt ihm einen anderen Fall gegenüber, zu einem neuen Gegensatzpaar.
2. Man verfeinert einen Fall aus einem Gegensatzpaar und zieht dann mit dem gegenüberstehenden Fall nach, variiert ihn also in entsprechender Weise.

So lassen sich ganze Aufgabenstränge und Aufgabennetze knüpfen. Daß es didaktisch sinnvoll ist, in neuen Aufgaben an bekannte Fälle wieder anzuknüpfen, liegt auf der Hand. Tatsächlich wird man immer wieder auch überraschend schnell dahin gelangen, daß man die Grenzen bekannter Fragestellungen überschreitet.

Ein Beispiel zu 1:

Man könnte einem klassischen Fall der aberratio ictus, wo es etwa darum geht, daß der dem Einen zuge dachte Schuß einen Anderen trifft, einen solchen Fall gegenüberstellen, wo jemand zu Unrecht bei der Polizei angeschwärzt werden soll, der so erzeugte Verdacht aber auf einen ganz anderen fällt. Der Unterschied ist, daß zwar nach wie vor zwei Tatobjekte im Spiel sind, aber diesmal im wesentlichen *ein* Rechtsgutsträger: die Institution Rechtspflege. (So verhielt es sich in der Entscheidung BGHST 9, 240.)

Auch was das Verfahren zu (2) anlangt, so hat eine solche Verfeinerung der aberratio ictus-Problematik schon vor langer Zeit der kriminelle Zufall vorgenommen: im Falle ROSE/ROSAHL.¹²⁾ Der Holzhändler ROSAHL hatte den Arbeiter ROSE dazu überredet, den Zimmermann SCHLIEDE zu erschießen. ROSE irrte sich im Dämmerlicht des Abends und erschoss den Gymnasiasten HARNISCH, den er für SCHLIEDE hielt.

Nach dem hier vorgeschlagenen Verfahren müßte man diesem Fall einen zweiten gegenüberstellen, bei dem die Besonderheit des error in persona durch die der aberratio ictus ersetzt wird: ROSE schießt, wie geplant, auf den Zimmermann SCHLIEDE, trifft aber seinen Gesellen, der ihn begleitet.

Die Beurteilung des ROSE steht, jedenfalls heute, ganz außer Zweifel: Er ist wegen vorsätzlicher vollendeter Tötung zu bestrafen. Wie aber das Verhalten des Hintermanns ROSAHL zu bewerten ist, ist seit über hundert Jahren umstritten. Um sachgerechte Wertungen vorzunehmen, muß man zunächst das Entscheidungsfeld abstecken. Dies ist nun freilich weiter als bisher, weil diesmal drei statt zwei Kategorien in Betracht kommen:¹³⁾ vollendete Anstiftung (zur vollendeten Tat), (vollendete) Anstiftung zur versuchten Tat, versuchte Anstiftung. Auf die beiden Fälle des Oppositionspaares bezogen, ergeben sich so von vollendeter Anstiftung in beiden

Fällen des Oppositionspaars über Anstiftung zum Versuch bis hin zur versuchten Anstiftung in beiden Fällen neun kombinatorische Möglichkeiten, statt bislang vier.

Für eine MC-Aufgabe müßte man also notgedrungen einige streichen - notgedrungen, denn wenn es auch auf den ersten Blick naheliegt, von vornherein einige Alternativen als trivial auszusondern, so empfiehlt es sich dringend, hierbei vorsichtig zu sein.

Die seit einigen Jahren vorherrschende Lehre nimmt im Falle ROSE/ROSAHL nur versuchte Anstiftung an. Für den dazu konstruierten gegenüberstehenden Fall ergibt sich nach den Maßstäben der (insoweit unzweifelhaft) herrschenden Lehre dagegen immerhin Anstiftung zum Versuch.

Diese Gegenüberstellung zeigt jedoch, daß die heute herrschende Lehre kaum richtig sein kann. Die vielleicht ganz zufällige Abirrung des Schusses, der einen anderen trifft, ergibt eine wesentlich schwächere Zurechnungsgrundlage als die bloße Personenverwechslung und dürfte keinesfalls zu einer stärkeren Zurechnungskategorie führen (Anstiftung zum Versuch statt versuchte Anstiftung). Das wurde auch bereits zu Anfang festgehalten, bei der Analyse des elementaren Gegensatzpaares, und wollte man jetzt im Sinne der heute h.L. entscheiden, so ergäbe das keine harmonische Lösungssequenz.

Die früher herrschende Lehre hat in der Tat mit umgekehrtem Wertungsgefälle und damit richtiger entschieden: In der Konstellation ROSE/ROSAHL hat man vollendete Anstiftung zum Tötungsdelikt angenommen (so auch in jener historischen Entscheidung des preußischen Obertribunal), also eine stärkere Kategorie als im gegenüberstehenden Falle der aberratio beim Täter, wo Anstiftung zum Versuch anzunehmen gewesen wäre.

Wie ist es eigentlich dazu gekommen, daß die herrschende Lehre vor einigen Jahren umgeschlagen ist? Die Geschichte ist lehrreich, gerade vom Standpunkt der hier entwickelten Methodologie. Ursächlich war eine Verfeinerung des ROSE/ROSAHL-Falls, ein Gedankenexperiment, das schon BINDING vorgenommen hat:¹⁴⁾ Der Täter erkennt seinen Irrtum nach geschehener Tat, versucht den Fehler wiedergutzumachen und erschießt nun endlich den Richtigen. Daß jemand einen Fehler wiedergutzumachen versucht und zwar vor allem um es seinem Auftraggeber doch noch recht zu machen, und nicht zuletzt deshalb, um dann doch noch die versprochene Belohnung von ihm zu bekommen, das alles ist durchaus typisch. Die Anstiftungshandlung des Hintermannes würde also auch in der zweiten Tat noch nachwirken; an und für sich könnte man deshalb den Hintermann auch wegen Anstiftung zur zweiten Tat bestrafen, genauso wie zur ersten, aber nicht zur Anstiftung zu zwei Tötungen, wenn er nur eine gewollt und vorausgesehen hat; da sei das Schuldprinzip davor. BINDING, mit der ihm eigenen Dramatik, hat das Gedankenexperiment sogar noch dahin übersteigert, daß der Täter Dutzende von falschen SCHLIEDES erschießt, immer in der Meinung, endlich den Richtigen vor sich zu haben: "Sollte er denn wirklich Anstifter zu dem ganzen Gemetzel sein?" Der einfachste Weg, sich dem Dilemma einer Mehrzahl von Anstiftungen zu entziehen, ist der, überhaupt keine Anstiftung mehr anzunehmen, sondern nur noch einen Anstiftungsversuch. Eben das hat BINDING getan.

Ende der fünfziger Jahre hat BEMMANN das Gedankenexperiment wieder aufgegriffen,¹⁵⁾ und erst dann scheint es von der Strafrechtswissenschaft richtig wahrgenommen worden zu sein. Jedenfalls hat es ROXIN in seine einflußreiche Monographie über Täterschaft und Tatherrschaft übernommen,¹⁶⁾ und mittlerweile wird es in den meisten neueren Lehrdarstellungen als durchschlagend angeführt.¹⁷⁾

Die Veränderung des problematischen Ausgangsfalls war gewiß der methodologisch richtige Weg, und es ist bemerkenswert, wie langsam ihn die Strafrechtswissenschaft beschritten hat. Ebenso bemerkenswert ist, daß man auf halbem Wege stehen geblieben ist. Nach den hier vorgeschlagenen Prinzipien müßte man auch den gegenüberstehenden Fall, den mit der aberratio ictus, in entsprechender Weise verfeinern, um so ein neues Oppositionspaar zu bilden. Also: ROSE legt auf SCHLIEDE an, verfehlt den Zimmermann und trifft stattdessen den ihn begleitenden Gesellen. Um den Fehler wiedergutzumachen, schießt er erneut, diesmal trifft es den Lehrling. Es zeigt sich, daß wir wieder vor demselben Dilemma stehen. Nach den Grundsätzen der herrschenden Lehre, auch der heute herrschenden, hat der Hintermann zweimal die Voraussetzung einer Anstiftung zum Tötungsversuch erfüllt, kann aber nur wegen einer Tat bestraft werden. Man sieht also: das BINDING'sche Dilemma ist überhaupt kein Folgeproblem des früher herrschenden Lösungsvorschlags, sondern tritt auch bei der heute herrschenden Lehre auf.

Wahrscheinlich ist es am sachgerechtesten, das BINDING'sche Dilemma durch eine Modifikation der Regeln über deliktische Konsumtion zu beseitigen. Wenn dem Hintermann von mehreren Anstiftungshandlungen jede für sich vorgeworfen werden kann, aber nicht mehrere zugleich, sollte man diejenige auswählen, die den größten Unrechts- oder Schuldgehalt hat.

In meinen Ausführungen fehlt übrigens - wie man sicherlich bemerkt haben wird - jede Auseinandersetzung mit Argumentationen darüber, ob sich das Verhalten des Hintermannes nicht "an sich" lediglich als versuchte Anstiftung darstelle, Auseinandersetzungen also mit Argumenten derart, daß wenn der Täter einem error in persona unterliege, dies für den Anstifter eine aberratio ictus sei, und daß, wenn die gebotene Rechtsfolge der aberratio ictus der Versuch sei, sich das Verhalten des Anstifters lediglich als versuchte Anstiftung darstelle. Das ist der

Argumentationsstil der herkömmlichen Dogmatik, und er wird hier nicht nur aus Zeitgründen, sondern prinzipiell vermieden. Diese Art zu argumentieren führt nach meiner Überzeugung nicht weiter; auch das zeigt wieder die Einbeziehung des gegenüberliegenden Falles. Denn auch in dem Falle, wo dem Täter die Tat zur aberratio ictus mißlingt, bedeutet dies mittelbar für den Anstifter eine aberratio ictus; man könnte also mit genauso guten Gründen in beiden Fällen nur versuchte Anstiftung annehmen. Warum auch nicht - schon kombinatorisch war diese Möglichkeit durchaus in Betracht zu ziehen, wie oben erwähnt. Und von den Wertungsverhältnissen her ist diese Lösung immer noch billiger als die der heute herrschenden Lehre. Der eigentliche Grund, warum so nicht zu entscheiden ist, liegt darin, daß die in unserem Strafrechtssystem vorgesehene Zwischenkategorie der Anstiftung zum Versuch dann so ziemlich entleert würde. Es kommt nicht auf eine tieferliegende dogmatische Wahrheit an, sondern darauf, daß sich ein System von Kategorien ergibt, das hinsichtlich der Entscheidungskonsequenzen wohlabgestimmt ist.

Die hier skizzierte Methode, MC-Aufgaben zu konstruieren, stellt also zugleich ein wirkungsvolles heuristisches Instrument dar. Man sollte anstreben, daß auch der Testteilnehmer, durch das Vertrautwerden mit der Aufgabenform, sich diese einfache und durchsichtige Technik aneignet. Denn hier zeichnet sich ein Weg ab, auf dem der Testteilnehmer seine ursprünglich passive Situation überschreiten kann: die Beherrschung der Konstruktionsprinzipien setzt ihn in den Stand, selber Probleme zu entdecken und Lösungsvorschläge zu überprüfen.

In der modernen Didaktik gibt es die Forderung nach dem "entdeckenden Lernen" (BRUNER):¹⁸⁾ die Lehrziele sollen vom Schüler entdeckend erreicht werden, und jenseits der besonderen Lehrziele steht das allgemeine Ziel des "Entdeckenlernens". BRUNER charakterisiert es als "allgemeine Sensitivität für Eingrenzungs- und Verknüpfungsoperationen". "Wenn man das Entdecken beim

Lernen betont, so wirkt sich das auf den Lernenden so aus, daß aus ihm ein Konstrukteur wird. Was er antrifft, wird so organisiert, daß er Ordnungen und Beziehungen entdeckt."

Daß diese didaktische Richtung meine Sympathie hat, liegt auf der Hand. Freilich ist es eine umstrittene Konzeption - wie könnte das anders sein? Zu der allgemeinen Kontroverse möchte ich hier nicht Stellung nehmen; was aber den Rechtsunterricht anlangt, so gibt es jedenfalls zum Entdeckenlernen allen Grund: Es ist nötig, die Studenten in der Gesetzgebungstechnik - allgemeiner: der Normierungstechnik - besser auszubilden. In einer sich rasch fortentwickelnden Gesellschaft mit einem rationalen Bewußtsein sollten Juristen instande sein, normative Systeme zu überblicken und zu gestalten, nicht einfach Texte zu interpretieren und wo es unbillig wird, punktuell umzuinterpretieren. Hier liegt aber - gerade auch im Strafrecht - noch vieles im Argen. Man blicke beispielsweise auf § 243 StGB - "Diebstahl in einem besonders schweren Fall". Schier hundert Jahre lang hat die Wissenschaft sich lebhaft über ein Gesetz beklagt, dann hat man ein neues gemacht, und es paßt wieder vorne und hinten nicht zusammen. Bemerkenswert ist dabei, wie wenig man das Gefühl zu haben scheint, daß hier etwas nicht in Ordnung ist. Man nimmt die Mängel eines Gesetzes zum willkommenen Anlaß, interpretierende Verbesserungsvorschläge zu machen, statt darüber nachzudenken, wie Normierungsmängel grundsätzlich vermieden werden können.

Der Grund solcher Mängel ist m.E. nicht in der Armut der strukturellen Phantasie zu suchen - an Phantasie hat es der deutschen Rechtswissenschaft eigentlich nie gefehlt. Viel eher hapert es an der nötigen Hartnäckigkeit und Geduld, mit der aufgefundene Strukturen in kombinatorischer Vollständigkeit variiert werden müßten,¹⁹⁾ an der Methode, mit der solche Hartnäckigkeit geleitet und an dem Anlaß,

weshalb sie organisiert werden müßte. Auch BRUNER betont, daß es mit der "Sensitivität für Eingrenzungs- und Verknüpfungsoperationen" allein noch nicht getan sei. Hinzukommen müsse noch das, was er "organisierte Persistenz" nennt. Wohl nicht die schlechteste Art, heuristische Persistenz zu organisieren, jedenfalls für einen Dozenten, wäre die Veranlassung, MC-Aufgaben zu formulieren.

Beispiele

Vergleichen und überdenken Sie bitte diesen beiden Fälle:

(I) Franz lädt seine Freundin Resi zu einem Spaziergang in die Berge ein, um sie zu töten. Er plant, sie einen Abhang hinunterzustößen; sollte das nicht ausreichen, will er ihr den Schädel mit einem Stein einschlagen. Resi ist nach dem Sturz offensichtlich nur bewußtlos; aber Franz wird nun von Reue gepackt und läuft zurück ins Dorf. Resi folgt ihm einige Zeit später, leicht benommen.

(II) Joseph lädt seine Freundin Rosi zu einem Spaziergang in die Berge ein. Als Rosi kokett vom Pensionsgast Friedrich erzählt, wird Joseph im Nu von eifersüchtigem Zorn erfaßt und stößt Rosi einen Abhang hinunter, um sie zu töten. Rosi ist jedoch offensichtlich nur bewußtlos. Joseph kommt der Gedanke, ihr mit einem Stein den Schädel einzuschlagen; aber dann packt ihn die Reue, und er läuft zurück ins Dorf. Rosi folgt ihm einige Zeit später, leicht benommen.

Es geht um den strafbefreienden Rücktritt vom Tötungsversuch. Die Rechtsordnung steht bei Fällen dieser Art vor folgenden logisch möglichen Entscheidungsalternativen:

- A. in *beiden* Fällen einen wirksamen Rücktritt anzunehmen;
- B. im *ersten* Falle einen wirksamen Rücktritt anzunehmen, im zweiten dagegen nicht;
- C. nur im *zweiten* Falle einen wirksamen Rücktritt anzunehmen;
- D. in *keinem* der Fälle einen wirksamen Rücktritt anzunehmen.

Und nun die Fragen an Sie:

1. Welche der Alternativen ist, wenn man sich von dem *Begriff* des "Rücktritts vom Versuch" leiten läßt, am wenigsten vertretbar?
2. Welche der Alternativen ist aus Gründen der *materiellen Gerechtigkeit* am wenigsten vertretbar?

Auf die erste Frage ist C die richtige Lösung - denn von einem schon "fehlgeschlagenen Versuch" kann man nicht mehr zurücktreten - und auf die zweite Frage: B - denn hier würde man den weitsichtig planenden Täter gegenüber dem Affekttäter privilegieren. (Man muß also die Fälle (I) und (II) gleich behandeln. Die Rechtsprechung - zum

Beispiel BGHSt 22, 176 - neigt dabei zu A und ein Teil der Lehre zu D. Auch danach könnte man natürlich fragen.)

Ich habe diese Aufgabe zweimal ungefähr so wie oben formuliert gestellt und dabei auch statistisch befriedigende Ergebnisse erhalten. Gleichwohl habe ich später einmal nur nach der materiellen Ungerechtigkeit - nur gemäß 2 - gefragt, die Frage nach der Begriffswidrigkeit also weggelassen, weil sie mir nicht hinreichend präzise formulierbar erschien. Das erwies sich als ein lehrreicher Fehler: Die statistische Trennschärfe der Aufgabe war so gut wie verschwunden! Offenbar unterschieden die Studenten - und gerade auch die "besseren" unter ihnen - nicht zwischen "Begriffsgerechtigkeit" und "materieller Gerechtigkeit", weil sie nicht ausdrücklich auf diesen Unterschied aufmerksam gemacht worden waren. Die nachfolgende Diskussion hat das bestätigt. Ein didaktischer Fehler war das Weglassen der einen Frage auch deshalb, weil die Differenz zwischen dem begrifflich-phänomenologischen Aspekt eines Rechtsinstituts und dem der materiellen Gerechtigkeit - in falscher Grundsätzlichkeit: zwischen "Begriffsjurisprudenz" und "Wertungsjurisprudenz" - immer wiederkehrt und schon deshalb die Aufmerksamkeit der Studenten verdient. Auch in diesen wenigen Beispielen zeigt sich diese Differenz wiederholt, so schon oben S. 8.

Lehrreich ist auch die Reflexion meines - d.h. des Aufgabenstellers - Verhaltens in diesem Falle: die Verbesserung der Aufgabe wurde über die Änderung der Fragestellung und nicht der Alternativen versucht. In der herkömmlichen MC-Aufgabe ist die Fragestellung der "feste" Teil, der bezeichnenderweise Aufgaben-"Stamm" genannt wird (nach Ebel: "stem"). Die Alternativen werden typischerweise als zweites formuliert - und ausgetauscht, wenn sie sich nicht als hinreichend "distraktiv" erweisen. Bei der objektiven MC-Aufgabe verlagert sich dagegen der Schwerpunkt von der Fragestellung auf die Alternativen, die die Entscheidungsmöglichkeiten abstecken. Aus dem "Stamm" wird ein "Auswahlgesichtspunkt", der grundsätzlich veränderlich ist: Ein zentrales Problem kann man von mehreren

Seiten betrachten. Auch die Konstruktion der Aufgaben geht typischerweise von der Aufstellung der Alternativen aus; die Formulierung des Auswahl Gesichtspunkts mag dabei vorläufig offen bleiben.

JUSTUS, Jurastudent aus Niederbayern und Hobby-Jäger ohne Jagdberechtigung, hält viel von dem Prinzip der Gleichbehandlung.

(I) Neulich traf er im Morgengrauen den Jagdberechtigten Dr. HUBERT an, als dieser gerade einen frischgeschossenen Rehbock zu seinem Landrover schleppen wollte. J. schlug Dr. H. hinterrücks mit dem Griff seiner Pistole nieder und nahm den Bock an sich.

(II) Als J. einige Zeit später, unter genau den gleichen Umständen, den notorischen Wilddieb JENNERWEIN mit einem Rehbock antraf, handelte er genauso.

- A. Der Täter wird in beiden Fällen gemäß dem Strafmaß des schweren Raubes (§ 250 StGB) bestraft.
- B. Die Strafe ist nur im Falle (I) dem § 250 zu entnehmen, im Falle (II) dagegen nicht.
- C. Umgekehrt:...
- D. ...

Die Rechtsprechung würde im Falle (I) Raub annehmen und im Falle (II) räuberische Erpressung (vgl. BGHSt 14, 386), das Strafmaß also in jedem Falle § 250 entnehmen, was angesichts des im Zivilrechtlichen liegenden minimalen Unterschieds (beim Wilderer bleibt das Reh herrenlos) auch materiell gerecht ist. Vom Standpunkt der in der Literatur herrschenden Meinung aus wäre freilich gemäß B zu entscheiden, der Täter also im Falle (I) zu mindestens 5 Jahren Freiheitsstrafe zu verurteilen (bei einer Strafobergrenze von 15 Jahren!), im Falle (II) dagegen nur zu höchstens 5 Jahren (§§ 240, 223a, 292; 52 StGB)! Und in der Tat paßt ja das Verhalten des Täters schwerlich zur Phänomenologie des Begriffs der "(räuberischen) Erpressung".

Hätte übrigens der Täter, statt JENNERWEIN gleich niederzuschlagen, ihn mit der vielleicht nicht einmal ernstgemeinten Drohung, dies zu tun, zur Herausgabe des Rehbocks veranlaßt - ein phänomenologisch reiner Fall von räuberischer Erpressung - so wäre ihm auch nach der herrschenden Lehrmeinung eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren

sicher gewesen. Dies letztere Gegensatzpaar könnte wiederum das Motiv einer Anschlußaufgabe sein, und beide Aufgaben zusammen sollte auch den letzten Studenten etwas von den Abgründen des Rechts und dem Nutzen der Rechtswissenschaft ahnen machen. In anderen naheliegenden Anschlußaufgaben könnte etwa Fall (I) dem eines gewaltsamen furtum usus (wie eben dem von BGHSt 14, 386) gegenübergestellt werden - einmal handelt es sich immerhin um den Zueignungsdelikt und einmal nicht -, und auch die Zivilrechtslage könnte anhand solcher Fälle kritisch beleuchtet werden: vielleicht wäre es doch vernünftiger, einigen Zivilrechtslehrern zu folgen, die Eigentum des Jagdberechtigten am gewilderten Tier annehmen.

Ferdinand ist ein zuvorkommender Mensch und ein guter Freund.

(I) Als er neulich seinen alten Spezi Dieter, einen habituellen Dieb, in der Schmuckabteilung des Kaufhofs entdeckte, täuschte er geistesgegenwärtig einen Schwächeanfall vor, um die Aufmerksamkeit des Personals auf sich zu lenken und D. die Chance zu einem schnellen Griff zu geben. Aber D. befand sich diesmal nicht auf einem Beutezug und hat die Gelegenheit auch nicht ausgenutzt.

(II) Einige Zeit später bemerkte Ferdinand den D. auf der Kaufingerstraße und neben ihm einen Kriminalbeamten. F. täuschte ein Stolpern vor und ließ sich gegen den Beamten fallen, um D. Gelegenheit zur Flucht zu geben. Aber der Beamte hatte weder an eine Festnahme noch hatte D. an eine Flucht gedacht: das Zusammentreffen war ein zufällig.

Es ist seltsam: die versuchte Beihilfe sieht unsere Rechtsordnung nicht als strafwürdig an (§ 30 StGB), die versuchte Strafvereitelung - immerhin nach einer alten Auffassung ein versuchtes auxilium post factum - dagegen wohl, und dies, obwohl andererseits die Strafvereitelung zugunsten eines Angehörigen straffrei bleibt, die Beihilfe zugunsten eines Angehörigen dagegen nicht. Unter welchen Wertungsgesichtspunkten diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt erscheint und unter welchen sie Kritik verdient, ist sicherlich ein interessantes Thema für MC-Fragen. Naheliegende Anschlußaufgaben könnten die Frage nach dem Erfordernis einer "Förderung" bei Beihilfe oder versuchter Strafvereitelung zum Gegenstand haben oder die gesetzgebungstechnischen Vor- und Nachteile von Erfolgsdelikten einerseits und Unternehmensdelikten (vgl. die frühere Fassung der Strafvereitelung: § 257 a.F.) andererseits.

(I) Oberförster HERMANN lehnt die "heutige Aufweichung des Notwehrrechts" entschieden ab. "Ein Wilderer", pflegt er zu sagen, "ist immer eine gegenwärtige Gefahr". Deshalb fackelt er auch nicht lange, als ihm eines Nachts plötzlich der alte JENNERWEIN gegenübersteht, obwohl der Mann offenbar unbewaffnet ist. Dabei hat HERMANN diesmal "Recht" gehabt: in der Hand des toten J. liegt ein schußbereiter Derringer. Hätte H. noch einen Augenblick zugewartet, wäre die Begegnung anders ausgegangen!

(II) Primaner PAULchen begegnet im Englischen Garten einem unfreundlichen Menschen, der ihn mit einer vorgehaltenen (übrigens ungeladenen) Pistole auffordert, "mit dem Kleingeld herauszurücken, aber ein bißchen dalli, dalli". Nun ist PAULchen ein Waffennarr, der beispielsweise niemals ohne seine Beretta ins Bett geht und der jetzt endlich die Stunde der Bewährung gekommen sieht. PAULchen schießt noch aus der Manteltasche heraus und der unfreundliche Mensch ist sofort tot: Kopfschuß.

Es gibt offenbar vier Möglichkeiten, zu diesen Konstellationen Stellung zu nehmen:

- A. Man hält einen nur einseitig - sei es objektiv oder subjektiv - vorliegenden Rechtfertigungsgrund stets für irrelevant. Sowohl zu (I) wie zu (II) wäre dann das Ergebnis "vorsätzliche, vollendete Tötung" - im Falle (II) mit der Möglichkeit des § 17.
- B. Der einseitig objektiv vorliegende RF-Grund wirkt sich zwar nicht aus, der lediglich vorgestellte dagegen wohl. Bei (II) daher keine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung; evtl. Bestrafung aus § 222. Bei (I) nach wie vor vorsätzliche, vollendete Tötung.
- C. Umgekehrt: nur der im Objektiven vorliegende RF-Grund zählt, die Putativ-Rechtfertigung dagegen nicht. Ergebnis zu (I): Bestrafung im Sinne von versuchter Tötung. Bei (II) bleibt es dagegen bei der Annahme von vorsätzlicher vollendeter Tötung.
- D. Beides zählt: HERMANN könnte daher nur im Sinne von versuchter Tötung bestraft werden. PAULchen höchstens aus § 222.

Ein Beispiel für eine komplexe juristische Struktur - und für das heuristische Prinzip, das diese Komplexität sichtbar werden läßt.²⁰⁾ In den strafrechtlichen Lehrdarstellungen werden dagegen Konstellationen wie in (II) (mit der Problematik der eingeschränkten Schuldtheorie) und wie in (I) (mit der Problematik einer Annahme von Versuch) zu Unrecht getrennt erörtert. Zugleich ist es aber wieder auch ein Beispiel für den Konflikt zwischen Begrifflichkeit und materieller Gerechtigkeit; denn nur von einem normativen, nicht-phänomenologischen Standpunkt aus ist es zu rechtfertigen, im Falle (I) die Annahme einer vollendeten Tat und im Falle (II) einer vorsätzlichen Tat abzulehnen.

Es bieten sich nun Anschlußaufgaben an, in denen die Strukturen verfeinert werden - ähnlich wie die der aberratio ictus im Falle ROSE/ROSAHL. Ein Hintermann wird eingeführt, der einen Vordermann zur Tat veranlaßt, sich aber über die Situation des andern irrt. Er erkennt etwa nicht, daß der andere in Putationsnotwehr handelt oder daß dem Vordermann - nur objektiv, von ihm nicht erkannt - ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, oder der Hintermann nimmt irrig Putationsnotwehr beim anderen an usw. Es ist bezeichnend, daß während die erste dieser Konstellationen überaus gründlich und mit einer Vielzahl von Lösungsvorschlägen diskutiert worden ist, die spiegelbildliche zweite Konstellation, soweit ich sehe, unerörtert geblieben ist, und zwar auch bei Autoren, die dem nur objektiv vorliegenden Rechtfertigungsgrund selbständige Bedeutung beimessen.

Es ist im übrigen didaktisch ratsam, eine wichtige Konstellation in einem späteren Test wieder aufzugreifen, möglichst in abgewandelter Falleinkleidung wie in der nachfolgenden Aufgabe, die an sich ganz unproblematisch ist:

(I) Erinnern Sie sich noch an den waffensüchtigen PAUL aus dem letzten Test? Auch freundliche Menschen haben mit ihm nicht viel Glück. Als er eines Abends an einer zugigen Ecke mit viel Streichhölzern seine Mentholzigarette anzuzünden versucht, taucht der Umriß einer Pistole in seinem Blickfeld auf: der hilfbereite ALBERT nähert sich mit einem Feuerzeug in Pistolenform: Das ist die letzte gute Tat in ALBERTs Leben. - Ein Fachmann wie PAUL hätte sich wirklich nicht so zu irren brauchen!

(II) Als Taxifahrer T. plötzlich eine Straßensperre vor sich sieht, wird sein Fahrgast plötzlich rabiatisch: er zieht eine Pistole und befiehlt, den "Bullen da vorne" zu überfahren. In seiner Angst tut T., was von ihm verlangt wird, und es tritt ein, was er befürchtet hat: der Polizist wird tödlich verletzt. Freilich, hätte T. sich die Pistole etwas genauer angeschaut, hätte er erkannt, daß sie nur ein Feuerzeug war.

- A. Kann der Täter (P. bzw. T.) nach h.L. in beiden Fällen grundsätzlich wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden?
- B. Oder nur im ersten Falle?
- C. Oder - umgekehrt - nur im zweiten Falle?
- D. Oder in keinem der Fälle?

Daß es im Falle (II) bei der Vorsatzstrafe bleibt, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz: § 35 Abs. 2 StGB. Also ist C richtig.

Überhaupt wäre es ein Mißverständnis, wollte man aus dieser kleinen Beispielsammlung die Folgerung ziehen, daß nur problembeladene Aufgaben zu stellen seien: die Auswahl ist schließlich in erster Linie für Dozenten getroffen worden. Diese wird aber auch interessieren, daß man häufig nur die Strukturen zweier typischerweise in Fallsammlungen nebeneinanderstehender Fälle zu übernehmen braucht; so entstand auch das folgende Beispiel:

(I) Gunhild (ihre Freunde nennen sie Gun-hilled) liebt Schußwaffen. Erst kürzlich hat sie sich wieder ein weittragendes Gewehr gekauft, mit dem man nach Angaben des Herstellers bis auf eine Entfernung von 1400 m zielgenau schießen kann. Gunhild, eine moderne Frau, ist sehr skeptisch gegenüber solchen Angaben. Zweifelnd probiert sie das Gewehr an dem einsamen Spaziergänger S. aus, und es zeigt sich: der Hersteller hat nicht zu viel versprochen.

(II) Aber auch in Gunhild steckt ein guter Kern. Als die beispielsweise unlängst aus Versicherungsgründen ihr Haus ansteckte, tat es ihr sehr leid, daß die gelähmte alte Dame im 1. Stock dabei umkommen würde. Fast eine ganze Nacht hindurch hat sie schlaflos gelegen und über das Problem nachgedacht; aber es ist ihr keine andere Lösung eingefallen.

- A. Handelt es sich in *beiden* Fällen um *dolus eventualis*?
- B. Oder nur im *ersten* Falle?
- C. Oder nur im *zweiten*?
- D. Oder in *keinem* der Fälle?

Richtig ist D. Im Falle (I) geht der Wille der G., wenn sie mit der Erprobung der Waffe ernst macht, über den bloßen "dolus" hinaus (Absicht!), im Falle (II) über das "eventualis".

Und schließlich wäre es auch verfehlt, wollte man aus den Grenzen dieser Untersuchung schließen, die hier skizzierte Methode sei die einzige wahre für intelligente problembezogene Testaufgaben auf juristischem Gebiet.²¹⁾

Eine andere Methode unter noch mehreren anderen besteht darin, daß man anstelle sich wechselseitig ausschließender und dabei auf einer Ebene stehender Alternativen die Schichtung verschiedener Kategorien übereinander zur Auswahl stellt, z.B. so:

Es ist für das Verständnis des Strafrechts wichtig, sich vor Augen zu halten, daß die Stufen des Deliktsaufbaus Ausformungen von Argumentationstypen sind, die man schon im Alltagsleben findet.

Angenommen also, eine noch ziemlich junge Dame, die auf eine Party geht, erhält von ihrer Mutter die Anweisung: "Aber um Mitternacht bist du wieder in deinem Bett!" Am nächsten Morgen ist das Bett der jungen Dame unberührt; sie hantiert in der Küche und kocht Kaffee. Auf die Vorhaltungen der Mutter hin verteidigt sie sich mit zwei Argumenten. Versuchen Sie bitte, diese beiden Argumente in ein Argumentationsschema entsprechend dem von (A) Tatbestand, (B) Rechtswidrigkeit, (C) Schuld einzuordnen. Sollte ein Argument einem grundsätzlich anderen Typus zugehören (das ist durchaus möglich), so lochen Sie bitte ein D. Nochmals in extenso: Die Verteidigung des Mädchens ist *vorwiegend*

- A. tatbestandsverneinend (es wird schon die Normübertretung geleugnet!),
- B. rechtfertigend,
- C. entschuldigend,
- D. gehört einem ganz anderen Argumentationstyp an.

Und zwar sagt das Mädchen:

1. "Ich war schon vor Mitternacht zu Hause. Aber ich habe auf dem Küchensofa übernachtet."
2. "Du hast es gerade nötig, mir Vorwürfe zu machen: Oma hat mir erzählt, daß du in meinem Alter..."

Zu dem ersten Argument paßt A: Es wird bereits die Mißachtung des mütterlichen Befehls geleugnet. Der zweite Einwand des "tu quoque" fällt unter D. Im Strafrecht wird dieser Gesichtspunkt nur ganz ausnahmsweise berücksichtigt; vgl. §§ 199, 233 StGB.

Anmerkungen

- 1) Vgl. dazu PHILIPPS, Kombinatorik strafrechtlicher Lehrmeinungen, in: A. PODLECH (Hrsg.), Rechnen und Entscheiden - Mathematische Modelle juristischen Argumentierens, Berlin 1977, S. 221-254.
- 2) Wegen der Folgen dieses Vorschlags s. PHILIPPS, Testaufgaben in der Rechtswissenschaft, Heidelberg-Karlsruhe 1978 und: Aufgabenform und Auswertungsmodus bei multiple-choice-Aufgaben, in: Datenverarbeitung im Recht, Band 7 (1978), S. 342 ff. Vgl. nun auch Herbert WEGSCHEIDER, Automationsunterstützte Testauswertung im Strafrecht - Berichte über ein Forschungsprojekt, Linz 1981.
- 3) Die technologisch anspruchslose Verwendung von vorperforierten Lochkarten hat gegenüber dem Einsatz von Beleglesern einige Vorteile: Man kann z.B. leicht jedem von einigen hundert Teilnehmern eine Büroklammer zum Lochen zur Verfügung stellen, aber nicht einen weichen Bleistift.
- 4) MC-Aufgaben einführen zu wollen bedeutet nicht, die herkömmlichen freien Aufgaben abschaffen zu wollen - auf dieses Mißverständnis stoße ich allerdings regelmäßig. Indessen ist neben nur zwei freien Klausuraufgaben in den Grundkursen und Übungen und gar keinen in den anderen Vorlesungen noch eine Menge Platz. Auch hinsichtlich der finanziellen Mittel ist keine Verdrängung zu befürchten: die Auswertung von MC-Aufgaben mit Hilfe eines Computers kostet nicht viel. Die herkömmlichen Klausuren dürfen auch schon deshalb keinesfalls durch MC-Aufgaben ersetzt werden, weil der Student sich im freien Argumentieren üben muß. Andererseits sollte man sich aber vor Augen halten, daß Universitätsklausuren nicht in der besten aller möglichen Welten geschrieben werden, wo man Satz für Satz mit jedem Verfasser durchsprechen könnte, sondern in Übungen mit oft mehreren hundert Teilnehmern. Nimmt

man wenige Korrekturassistenten, haben diese längst nicht genügend Zeit, um auf die einzelnen Arbeiten hinreichend einzugehen; nimmt man viele, so führt dies zu Koordinationsproblemen oder einer engen Bindung an eine vorgegebene Musterlösung, was mit der Freiheit der freien Aufgabe im Widerspruch steht. - Was den Aspekt der Rückmeldung anlangt, so habe ich übrigens noch bei keiner freien Klausuraufgabe so viel über die Teilnehmer erfahren wie bei einem MC-Test.

- 5) Die einschlägige Literatur zur Testkonstruktion kümmert sich freilich insofern auch um den Inhalt der Falschantworten, als immer wieder vorgeschlagen wird, typische Fehler als Distraktoren zu berücksichtigen, da anders konstruierte Distraktoren diagnostisch von geringem Wert seien. Vgl. im einzelnen:
- EBEL, R.L.: Writing the Test Item, in: Lindquist, E.F. (Hrsg.), Educational Measurement, Washington, D.C. 1951;
- GUTTMAN, L.A. und SCHLESINGER, I.M., Systematic Construction of Distractors for Ability and Achievement Test Items, in: Educational and Psychological Measurement 27 (1967) S. 569 - 580;
- INGENKAMP, K.: Das Testen kognitiver Fähigkeiten und Leistungen, in: Ingenkamp, K. und Parey, E. (Hrsg.): Handbuch der Unterrichtsforschung Teil I, Weinheim 1970; und jetzt vor allem KÜFFNER, H., Fehlerorientierte Tests: Konzept und Bewährungskontrolle, Weinheim 1981.
- 6) Vgl. SKINNER, Why we need teaching machines, dtsch. in: Werner CORELL (Hrsg.) Programmieretes Lernen und Lehrmaschinen, 2. Aufl. Braunschweig 1966, S. 144-157.

- 7) Grundlegend Franz BRENTANO, Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis (1889), 4. Aufl., herausgegeben von Oskar KRAUS 1955. - Anders als die heute ganz herrschende Logikkonzeption hat BRENTANO die Logik allerdings nicht auf das sprachliche Gebilde des Urteils (der Aussage) bezogen, sondern den intentionalen Akt des Urteilens, der als richtig anerkannt oder als falsch verworfen wird; von diesem wird der differenziertere Akt des wertenden Vorziehens unterschieden. Auch die Ausführungen des Textes gelten streng genommen nicht für das sprachliche Gebilde einer Alternative, das auch im Falle einer Wertung nur wahr oder falsch sein kann, sondern für den dahinterstehenden intentionalen Akt.
- 8) Diese Technik der "Oppositionspaare" ist von der Methodologie des Strukturalismus beeinflusst. Vgl. dazu meine Schrift über Testaufgaben, passim.
- 9) Vgl. Wolfgang FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, Bd. 2, Tübingen 1975, S. 95 ff.
- 10) Vgl. etwa SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 20. Aufl. Tübingen 1980, Rdn. 56 ff. zu § 15.
- 11) Bei einer problembezogenen statt psychologischen Konstruktion von MC-Aufgaben muß man verschiedentlich in Kauf nehmen, daß einzelne Alternativen weniger "distraktiv" wirken als andere. Man kann diese Tatsache bei der Bewertung des Tests berücksichtigen: über die Punktzahlen, durch die eine Mindestgrenze oder auch höhere Grenzen festgelegt werden. Ein einfaches und plausibles Verfahren für solche Festlegungen, das gerade auch für hausgemachte Tests gut geeignet ist, bietet L. NEDELSKY, Absolute grading standards for objective tests. Educational and Psychological Measurement, 1954, S. 3-19.
- 12) GOLTDAMMERS Archiv Bd. 7, S. 322 ff. Der Fall trug sich 1858 zu.
- 13) Mit unterschiedlichen Rechtsfolgen: In den Versuchsfällen kann die Strafe herabgesetzt werden, und versuchte Anstiftung ist nur bei einem Verbrechen strafbar.

- 14) Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3 (1918), S. 213.
- 15) Zum Fall ROSE/ROSAHL, in: Monatsschrift für deutsches Recht, 1958, S. 817 ff. Der Aufsatz informiert gründlich über den im 19. Jahrhundert ungemein facettenreichen dogmatischen Streit.
- 16) Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. Göttingen 1963, S. 215.
- 17) Zu den Einzelheiten s. meine "Testaufgaben" S. 15 f.
- 18) Vgl. dazu von Heinz NEBER herausgegebenen Sammelband "Entdeckendes Lernen", 2. Aufl. Weinheim und Basel 1975 und darin zunächst BRUNERS Aufsatz "Der Akt der Entdeckung", S. 15-27.
- 19) Vgl. aber auch Peter NOLL, Von der Rechtsprechungs- wissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2 (1972) S. 524-559; wegen der Möglichkeiten der Verwendung von Kombinatorik s. darin S. 138 ff.
- 20) Vgl. hierzu die "Kombinatorik strafrechtlicher Lehrmeinungen" (Anm. 1) S. 229 und passim.
- 21) Wegen weiterer Methoden s. die "Testaufgaben".