



Gastkommentar	<i>Professor Dr. Frank Saliger</i> Recht gegen Religion? Die deutsche Beschneidungsdebatte zwischen abstraktem Knabenschutz und konkretem Religionsrespekt	90
Aufsätze	<i>Professor Dr. Michael Fehling</i> Reform der Bürgerbeteiligung für die Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben	92
	<i>Johannes Rehahn</i> Die Reform des US-Patentrechts durch den America Invents Act	101
	<i>Christoph Schoppe</i> Der Strafgrund der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)	107
	<i>Dr. Christian Becker</i> Freiheitliche Ordnung, wehrhafte Demokratie und Staatsschutzstrafrecht	113
Streitgespräch	<i>Christoph Ahlhaus, Dr. Christian Becker, Dr. Rolf Gössner, Professor Dr. Edzard Schmidt-Jortzig, Urs Tabbert</i> Wie viel staatlichen Schutz braucht die freiheitlich demokratische Grundordnung – und wie viel verträgt sie?	118
Rezensionen	<i>Achim Keßler</i> David Garland, The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society	130

Redaktion der Ausgabe 3/2012

Katja Büschler
Gabriele Buchholtz
Corinna Coupette
Niklas Dehio
Maximilian Eitelbuß
Lucas Jürss
Maximilian Kunzelmann
Andreas Lange
Thea Lebsa
Paolo Ramadori
Christoph Schoppe
Michael Schramm
Daniel Schuppmann
Torsten Spiegel
Maximilian Steinhoff
Jan Sturm
Philipp Tieben
Malte Vollertsen
Manuel Waldmann
Kilian Wegner
Daniel Zimmer

Korrespondierender Beirat

Professor Dr. Michael Fehling, Hamburg
Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg
Professor Dr. Frank Saliger, Hamburg

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

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

ISSN 1864-371X

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

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

Erscheinungsweise: Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint dreimal jährlich.

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Professor Dr. Frank Saliger*

Gastbeitrag: Recht gegen Religion? Die deutsche Beschneidungsdebatte zwischen abstraktem Knabenschutz und konkretem Religionsrespekt

Mit rechtskräftigem Strafurteil vom 7. Mai 2012 hat eine kleine Strafkammer des Landgerichts Köln Geschichte geschrieben: Zum ersten Mal im deutschen Strafrecht, aber auch international wohl einmalig, ist eine durch einen Arzt fachmännisch durchgeführte und mit Einwilligung der Eltern vorgenommene Beschneidung eines Knaben als strafbare rechtswidrige Körperverletzung gewürdigt worden. Das Echo auf die Entscheidung war entsprechend gewaltig. Es reichte von entschiedener Zustimmung, dass ein „barbarischer“, Jahrtausende alter Brauch endlich mit Rücksicht auf das Kindeswohl verboten wird, über differenzierende Ja-Aber-Stellungnahmen bis hin zu resoluter Ablehnung, das Urteil verwechsle religiöse Gefahrenabwehr mit Religionsabwehr und stelle das Existenzrecht der Juden und Moslems in Deutschland in Frage. Die Politik hat auf die durch das Strafurteil entstandene Rechtsunsicherheit rasch reagiert. Bereits im Juli wurde mit großer Mehrheit (473 von 583 Abgeordneten) ein Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP angenommen, durch ein Gesetz so schnell wie möglich sicherzustellen, dass eine medizinisch fachgerechte Beschneidung von Jungen ohne unnötige Schmerzen grundsätzlich zulässig ist.

Hat die Strafkammer des Landgerichts Köln etwas falsch gemacht und, wenn ja, was? Dem Landgericht wird vorgeworfen, es sei zu juristisch verfahren. Es habe nur formal dogmatisch subsumiert und dabei das Große und Ganze außer Acht gelassen: die Religionsfreiheit, die Bedeutung der Knabenbeschneidung für Judentum und Islam, die weltweite Akzeptanz von Knabenbeschneidungen, kurzum: die praktische Alltagsvernunft gemäß der Maxime „Fiat iustitia pereat mundus“. Indes kann

und darf das säkulare Recht des modernen Verfassungsstaats seinen Anspruch nicht aufgeben, die vielfältigen religiösen, traditionellen, kulturellen oder sozialen Praktiken seiner Bürger von Zeit zu Zeit einer normativen Überprüfung zu unterziehen. Davon sind auch religiös motivierte Knabenbeschneidungen nicht per se ausgenommen. Insofern ist es nicht bereits unvertretbar, wenn das Landgericht Köln einen nicht medizinisch indizierten und regelmäßig mit Schmerzen verbundenen chirurgischen Eingriff wie die Knabenbeschneidung als nicht sozialadäquate, tatbestandsmäßige Körperverletzung wertet.

Zu kurz greift das Landgericht Köln allerdings bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit der Körperverletzung. Bei der Frage, ob die stellvertretende Einwilligung der Eltern die Knabenbeschneidung rechtfertigt, erkennt das Landgericht zwar noch, dass eine Grundrechtskollision aufzulösen ist: nämlich auf Seiten des Kindes das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), auf Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und auf Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1, 2 GG), das jedoch bis zur Religionsmündigkeit von den Eltern ausgeübt wird; auf Seiten der Eltern deren eigenes Recht auf Ausübung ihrer Religion (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) sowie auf Pflege und Erziehung ihres Kindes (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG). Die Auflösung dieser Grundrechtskollision nach Maßgabe praktischer Konkordanz orientiert das Landgericht freilich einseitig an einer Lesart des Kindeswohls, die nur medizinisch indizierte Beschneidungen erlauben will. Damit überdehnt es

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Bucerius Law School.

die Aufgabe des staatlichen Wächteramts über das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) und betreibt abstrakten Knabenschutz.

Tatsächlich haben die Eltern das Recht, ihren Kindern diejenigen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen zu vermitteln, die sie für richtig halten (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG). Auch wenn das Erziehungsrecht den Eltern ausschließlich im Interesse des Kindes (Kindeswohl) zusteht, besitzen die Eltern und nicht der Staat den Auslegungsvorrang über das Kindeswohl. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es die Eltern sind, denen das Wohl ihrer Kinder in der Regel mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder dem Staat. Der Staat darf also nicht gegen den Willen der Eltern für die nach seiner Ansicht bestmögliche Erziehung der Kinder sorgen. Er darf als Wächter erst eingreifen, wenn die Eltern das Kindeswohl durch einen evidenten Missbrauch ihres Sorgerechts gefährden. Ein solche Gefährdung wäre anzunehmen, wenn die Beschneidung nach der aus der Elternperspektive vorzunehmenden Abwägung aller Vor- und Nachteile unter keinem Gesichtspunkt mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Das kann indes für die Beschneidung, die trotz der mit ihr verbundenen Körperverletzung nicht mit Prügelstrafe vergleichbar ist, nicht gesagt werden. Denn die feste religiöse, kulturelle oder soziale Verankerung der fachmännisch durchgeführten Beschneidung, ihre geringen Komplikationsrisiken und der fehlende Nachweis von Traumatagefahren stützen insgesamt nicht die Annahme, die Beschneidung sei aus Elternperspektive gänzlich unvertretbar (konkreter Religionsrespekt). Soweit das Landgericht Köln demgegenüber den Erziehungsvorrang der Eltern auch in religiö-

ser Hinsicht verkürzt, ist sein Urteil nicht zu viel, sondern zu wenig juristisch.

Besonderheiten der Entscheidung im Kölner Fall – der Freispruch des Arztes wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums beseitigte dessen Beschwer; die Staatsanwaltschaft hielt das Urteil wegen der grundsätzlichen Strafbarkeit der Beschneidung wohl für richtig – haben dazu geführt, dass das Urteil rechtskräftig und damit nicht mehr von einer höheren Instanz überprüft werden konnte. Das hat den Gesetzgeber auf den Plan gerufen, der mittlerweile einen Gesetzentwurf vorgelegt hat. Danach soll die Personensorge der Eltern auch das Recht umfassen, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des einwilligungsunfähigen Knaben einzuwilligen, wenn die Beschneidung nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll (neuer § 1631d Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieser Vorschlag ist gewiss begrüßenswert, sofern er die Zulässigkeit von Beschneidungen allgemein auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage stellt und im Hinblick auf das Urteil des Landgerichts Rechtssicherheit schafft. Ob damit aber alle Zweifelsfragen beseitigt sind, bleibt abzuwarten. So dürfen Beschneidungen durch von den Religionsgesellschaften vorgesehenen, besonders ausgebildeten und für die Durchführung vergleichbar einem Arzt befähigten Personen (z.B. Mohel und sünnetci) allein in den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes vorgenommen werden (neuer § 1631d Abs. 2 BGB). Zudem lässt sich nur der Gesetzesbegründung entnehmen, dass ein entgegenstehender Kinderwille zu berücksichtigen ist, und dass auch bei Beschneidungen durch traditionelle Beschneider betäubt werden soll.

Professor Dr. Michael Fehling*

Reform der Bürgerbeteiligung für die Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben

A. Einführung

In dem Kult-Buch vom Ende der 70er-Jahre „Per Anhalter durch die Galaxis“ wird den Menschen von den „Vogonen“ die Sprengung der Erde zur Schaffung einer intergalaktischen Raumstraße angekündigt. Als sich verständnisloser Schrecken ausbreitet, heißt es nur:

„Es gibt überhaupt keinen Grund, dermaßen überrascht zu tun. Alle Planungsentwürfe und Zerstörungsanweisungen haben 50 Erdenjahre lang in Ihrem zuständigen Planungsamt auf Alpha Centauri ausgelegen. Sie hatten also viel Zeit, formell Beschwerde einzulegen, aber jetzt ist es viel zu spät (...)“.

Und dann:

„Was soll das heißen, Sie sind noch nie auf Alpha Centauri gewesen? Ja du meine Güte, ihr Erdlinge, das ist doch nur vier Lichtjahre von hier. Tut mir leid, aber wenn Sie sich nicht einmal um ihre ureigensten Angelegenheiten kümmern, ist das wirklich Ihr Problem“.¹

Es ist aber auch schwierig, eine Öffentlichkeitsbeteiligung an Infrastrukturplanungen so zu terminieren und zu organisieren, dass sich die Betroffenen rechtzeitig angesprochen fühlen und noch substantiell auf die Entscheidung Einfluss nehmen können. Das wissen wir nicht erst seit Stuttgart 21 und hat soeben auch den 69. Deutschen Juristentag sowie die Jahrestagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer beschäftigt. Oftmals fehlt bei Behörden und Vorhabenträgern wohl auch die Bereitschaft zu einer mehr oder minder ergebnisoffenen Diskussion mit den Bürgern; schließlich will man sich das detailliert ausgeklügelte Infrastrukturprojekt nicht von emotional aufgewühlten Wutbürgern zerreden lassen. Auf der anderen Seite mag der eine oder andere prinzipielle Projektgegner seine vorgefasste Meinung ungerne durch Argumente auf den Prüfstand stellen lassen. Wer der Gegenseite ohnehin nicht traut, sieht in der Bürgerbeteiligung allein ein weiteres Forum für Protest und Vehikel für eine Verzögerungsstrategie.

Der Regierungsentwurf eines Planungsvereinfachungsgesetzes² will nun die Öffentlichkeitsbeteiligung effektiver gestalten, vor allem durch ein zusätzliches vorgezogenes Beteiligungsverfahren. Um diesen Entwurf bewerten zu können, ist es jedoch zuvor erforderlich, über Ziele und Funktionen der Bürgerbeteiligung Rechenschaft abzulegen (sogleich B.) und das bislang geltende Recht mit seinen Mängeln zu analysie-

ren (C.). Nach der Auseinandersetzung mit dem Reformvorhaben (D.) sollen auch die gerichtlichen Rügemöglichkeiten bei Verfahrensfehlern betrachtet werden, weil sich nicht zuletzt daran entscheidet, welcher Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung tatsächlich zukommt (E.). Das abschließende Fazit versucht auch eine übergreifende ökonomische (Effizienz-)Betrachtung (F.).

Dabei stehen in diesem Beitrag vor allem Planfeststellungen für Fernstraßen (nach dem Bundesfernstraßengesetz – FStrG), Eisenbahnen (nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz – AEG) sowie Flughäfen (nach dem Luftverkehrsgesetz – LuftVG) im Fokus. Ein vergleichender Seitenblick wird auf die Planung von (Hochspannungs-)Stromleitungen geworfen, die kürzlich im Netzausbau-Beschleunigungsgesetz für das Übertragungsnetz (NABEG)³ neu geregelt worden ist.

B. Ziele und Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung

Traditionell steht die *instrumentelle Funktion* des Verfahrens,⁴ also die Verbesserung der Planungsentscheidung im Vordergrund. Die Öffentlichkeitsbeteiligung soll vor allem der Verwaltung Informationen über abwägungsrelevante Belange (Fakten und Interessen) liefern. Das gilt auch im Zusammenhang mit einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP), die für die Umweltauswirkungen des Infrastrukturprojekts sensibilisieren und dazu entsprechendes Wissen generieren soll.⁵ Für die rechtlich Betroffenen geht es zu

* Schriftfassung eines Vortrags, den der Verfasser am 20.9.2012 beim 45. Verkehrswissenschaftlichen Seminar in Freiburg i. Br. gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Adams, Per Anhalter durch die Galaxis, 2009 [Erstausgabe 1979], S. 43 f. Für den Hinweis auf diese Textstelle danke ich Martin Hochhuth.

² Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG), BT-Drucks 17/9666, S. 1.

³ Dazu etwa Schmitz/Jornitz, NVwZ 2012, 332 ff.; Durner, DVBl. 2011, 853, 858; Franzius, GewArch 2012, 225, 229 f.

⁴ Zur Unterscheidung von instrumentellen und nicht instrumentellen Verfahrensfunktionen sowie zum Folgenden näher Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278, 281-284; aufgegriffen von Burgi/Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012, S. 29 ff.; ähnliche Unterscheidung z.B. bei Ossenbühl, NVwZ 1982, 465, 466; H. A. Wolff, in: FS Scholz, 2007, S. 977, 978; Burgi, JZ 2010, 105, 108.

⁵ Vgl. Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278, 309.

gleich um Grundrechtsschutz durch Verfahren.⁶

In jüngerer Zeit, besonders unter dem Eindruck von Stuttgart 21, werden *nicht instrumentelle Funktionen* wie namentlich Verfahrensgerechtigkeit, Transparenz, Legitimation⁷ und Akzeptanz⁸ wieder stärker betont. Dabei darf die Bürgerbeteiligung (allgemeiner: Partizipation⁹) gerade nicht als ein bloßes Ritual zur Ruhigstellung der Betroffenen missverstanden werden, wie dies bei *Luhmanns* Verständnis von Legitimation durch Verfahren anklingt.¹⁰ Für Legitimation und Akzeptanz – sofern überhaupt möglich, da für die Betroffenen meist in allererster Linie das Ergebnis zählt¹¹ – ist die Ergebnisoffenheit des Beteiligungsverfahrens und dessen „Timing“ von zentraler Bedeutung. Eine zu frühe Beteiligung droht mangels Aktivierbarkeit der Bevölkerung leerzulaufen, eine zu späte Beteiligung droht zu einer bloßen Rechtfertigung bereits verfestigter Planungsabsichten zu degenerieren.

Gerade diese nicht instrumentellen Verfahrensfunktionen stünden jedoch, wie verbreitet behauptet wird, in einem *Spannungsverhältnis zum Ziel einer Verfahrensbeschleunigung*,¹² wie es zur Stärkung des Wirtschaftsstandorts Deutschland die meisten einschlägigen Gesetzesnovellen der letzten rund 20 Jahre geprägt hat.¹³ Dahinter steht die Sorge, ausgebaute Mitwirkungsrechte könnten in Großverfahren zur Verfahrenverschleppung missbraucht werden, eine Überflutung der Anhörungsbehörde mit – wie nicht selten – tausenden von Einwendungen drohe sie lahmzulegen. Doch werden Konflikte, die im Planfeststellungsverfahren nicht bewältigt werden, sich regelmäßig in Gerichtsverfahren fortpflanzen und dort zu Verzögerungen führen; im Einzelfall – siehe Stuttgart 21 – können sie sogar noch beim Baubeginn wieder aufflammen. Dies deutet darauf hin, dass die effiziente Verfahrensgestaltung ein komplexes, über das Planfeststellungsverfahren hinausgreifendes Optimierungsproblem darstellt. Darauf ist im Fazit zurückzukommen.

C. Unzulänglichkeiten des derzeitigen Rechts

I. Die Rechtslage bei gestuften Infrastrukturplanungen im Überblick

Bei Infrastrukturplanungen darf man den Blick gerade auch unter dem Aspekt der Bürgerbeteiligung nicht allein auf das Planfeststellungsverfahren richten. Dieses ist vielmehr als letzter Schritt eingebettet in eine Kette von schrittweise konkreteren Planungsakten. Dabei wird schon auf verschiedenen abstrakteren Stufen die Öffentlichkeit zumindest rudimentär beteiligt, meist im Zusammenhang mit einer strategischen Umweltprüfung oder Umweltverträglichkeitsprüfung.

1. Der Planfeststellung vorgelagerte Planungsstufen und dortige zersplitterte Öffentlichkeitsbeteiligung

Der Planfeststellung sind in fachgesetzlich unterschiedlicher Ausgestaltung folgende vorbereitende Planungsstufen vorgelagert:

- Bei *transeuropäischen Netzen* findet sich bereits eine europäische Rahmenplanung in Form von Leitlinien. Darin werden zur Sicherung grenzüberschreitender Interoperabilität Projekte von vorrangigem europäischen Interesse definiert (vgl. Art. 170 ff. AEUV), mit eingeschränkter Bindungswirkung für die nationale Bedarfsfeststellung und Auswirkungen sogar auf die Abwägung.¹⁴
- Auf nationaler Ebene ist speziell für Verkehrswege (und ähnlich bei den Energienetzen; nicht aber bei Flughäfen, wo die luftverkehrsrechtliche Genehmigung gemäß § 6

iVm. § 8 Abs. 6 LuftVG nur scheinbar eine Stufung bewirkt¹⁵) eine *gesetzliche Bedarfsplanung* nach dem Fernstraßenausbaugesetz – FStAbG – bzw. dem Bundes-schienenwegeausbaugesetz – SchWAbG) vorgesehen. Die fachspezifischen Bedarfsplanungen fließen in den Bundesverkehrswegeplan ein, der wiederum durch einen Verbund von Plänen mit unterschiedlicher zeitlicher Reichweite, Genauigkeit und Verbindlichkeit unterfüttert ist.¹⁶ Für den als vordringlich definierten Bedarf besteht ein uneingeschränkter weiterer Planungsauftrag.

- Allgemein gibt es die *Raumordnung mit Raumordnungsplänen* – wobei auch fachbezogene Teilplänen, zum Beispiel für Flughäfen, möglich sind – und *Raumordnungsverfahren* nach § 15 Abs. 1 ROG.¹⁷
- Für Bundesfernstraßen (nicht für Schienenwege) folgt für jedes Einzelprojekt vor der Planfeststellung noch eine grobe *Linienbestimmung* in der Verantwortung des Bun-

⁶ Grundlegend BVerfGE 53, 30, 59 f. u. 62-66 – *Mülheim-Kärlich*; K. Hesse, EuGRZ 1978, 427, 434-436; zum aktuellen Diskussionsstand *Schmidt-Aßmann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. II, 2006, § 45; zusammenfassend m.w.N. *Rossen-Stadtfeld*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVWR)*, Bd. 2, 2012, § 29 Rn. 39 u. 41 f.

⁷ Dazu im vorliegenden Kontext etwa *Schmehl*, in: FS Bull, 2011, S. 347 ff.; *Saurer*, DVBl. 2012, 1082, 1086-1088.

⁸ Dazu grundlegend *Würtenberger*, *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, 1996; *ders.*, NJW 1991, 257 ff. Teilweise wird bei Partizipation der Betroffenen und Entscheidungsoffenheit der Behörde auch von Akzeptabilität gesprochen, während mit Akzeptanz eine bloße Hinnehmung der Entscheidung durch die Betroffenen verstanden wird, so *G. Winter*, ZUR 2012, 329; diese sprachliche Unterscheidung wird im Folgenden nicht gemacht.

⁹ Zur Entstehung und Entwicklung des Partizipationsdiskurses in der Rechtswissenschaft eingehend *A.-B. Kaiser*, *Die Kommunikation der Verwaltung*, 2009, S. 136-166.

¹⁰ Wenn er allein auf das tatsächliche Akzeptieren von Entscheidungen im Sinne eines wertfreien Sichabfindens abstellt (*Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 1978, StB Wiss., S. 33 u. 40 ff) und auch dies nur für Gerichtsverfahren, während er Verwaltungsverfahren von Legitimations- und Akzeptanzbürden entlasten will (ebd. S. 210 f., zu Ausnahmen S. 216 f.); Tendenz zu einem derartigen Akzeptanzverständnis im hiesigen Zusammenhang bei *Schink*, DVBl. 2011, 1377 ff.

¹¹ *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278, 283. Allerdings stellten bei Stuttgart 21 viele Aktivisten neben der inhaltlichen Ablehnung des Projekts und sogar vorrangig die als defizitär empfundene Vorhabenlegitimation in den Mittelpunkt ihrer Kritik, vgl. *Saurer*, DVBl. 2012, 1082, 1087; *Knauff*, DÖV 2012, 1, 6 f.; *Stüer/Buchsteiner*, UPR 2011, 335, 336.

¹² Grundlegend *Bullinger*, *Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben*, 1991; zum historischen und rechtsvergleichenden Hintergrund *ders.*, JZ 1991, 53 ff.; einseitiger an den Vorstellungen der Wirtschaft orientiert der Bericht der damaligen Beschleunigungs-Expertenkommission: *Bundesministerium für Wirtschaft* (Hrsg.), *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren*, 1994.

¹³ Zuletzt mit dem Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz von 2006 (BGBl. I, S. 2833). Überblick über die Beschleunigungsgesetzgebung seit 1991 bei *Cancik*, DÖV 2007, 107 f.

¹⁴ Näher zu Inhalt und Bindungswirkung *Callies*, in: *Callies/Ruffert*, *EUV/AEUV*⁴, 2011, Art. 171 insbes. Rn. 1-20 u. 22-30; *Steinberg/Wickel/Müller* (Hrsg.), *Fachplanung*⁴, 2012, § 7 Rn. 81-83, zu den weiterreichenden europäischen Einwirkungsmöglichkeiten bei transeuropäischen Energienetzen Rn. 84.

¹⁵ Im Einzelnen *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 9-19, insbes. Rn. 11.

¹⁶ Dazu näher *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 104-109; vgl. auch *Stüer*, *Handbuch des Fachplanungsrechts*⁴, 2012, Rn. 3261.

¹⁷ Überblick erneut bei *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 47-74.; vgl. auch *Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie – Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag*, in: *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, 2012, D 28 ff.

desverkehrsministers (§ 16 FStRG), Schon dort müssen grundsätzliche Alternativen einschließlich der „Null-Variante“ geprüft werden und es gilt das planerische Abwägungsgebot.¹⁸

Auf diesen vorgelagerten Stufen werden wichtige Weichenstellungen zum prioritären Bedarf und damit zum „Ob“ des Projekts sowie auf den letzten Ebenen auch zur ungefähren räumlichen Lage getroffen. Deshalb ist bereits bei diesen übergeordneten Planungen jeweils eine strategische Umweltprüfung (SUP) oder Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) sowie – mit diesen verbunden – eine rudimentäre Öffentlichkeitsbeteiligung meist ohne mündliche Erörterung¹⁹ vorgesehen: bei den transeuropäischen Netzen gemäß Art. 8 Abs. 1 der dortigen aktuellen Leitlinien iVm. SUP-Richtlinie und UVP-Richtlinie, § 9 Abs. 3 bzw. § 15 UVPG, für die Bedarfspläne § 14b Abs. 1 Nr. 1 UVPG i.V.m. Anlage 3 i.V.m. § 14i Abs. 3 und § 19b UVPG, bei Raumordnungsplänen nach §§ 8, 10 ROG, bei Raumordnungsverfahren gemäß § 9 Abs. 3 UVPG, für die Linienbestimmung gemäß § 15 Abs. 2 UVPG, sofern kein integriertes Raumordnungsverfahren stattgefunden hat.²⁰ Ungeachtet ihrer abgestuften Bindungswirkung handelt es sich jedoch rechtstechnisch ausnahmslos um verwaltungsinterne Vorentscheidungen ohne unmittelbare Außenwirkung gegenüber dem Bürger und damit grundsätzlich auch ohne unmittelbare Rechtsschutzmöglichkeiten.²¹

2. Zweistufige Öffentlichkeitsbeteiligung im Planfeststellungsverfahren

Erst das Planfeststellungsverfahren führt zu der auch für den Bürger verbindlichen und gegebenenfalls durch Klage angreifbaren Projektzulassung durch Verwaltungsakt (§§ 74, 45 VwVfG). Die formalisierte Bürgerbeteiligung hat dort bereits einen fertigen Planentwurf zum Gegenstand und ist gekoppelt mit einer Beteiligung der vom Vorhaben betroffenen Träger öffentlicher Belange (§ 73 Abs. 2, 3a VwVfG) und anerkannter (§ 3 UmwRG) Naturschutzvereinigungen (bei Eingriffen in Natur und Landschaft, § 63 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG) sowie weiterer Vereinigungen zur Förderung des Umweltschutzes (als Teil der Öffentlichkeit, § 9 Abs. 1 S. 1 UVPG; weiteres in Spezialgesetzen wie zum Beispiel § 17a Nr. 2 FStG). Das Beteiligungsverfahren ist folgendermaßen gestuft, wobei Details teilweise in den Fachgesetzen geregelt sind:

- Bereits vor Antragstellung findet bei Vorhaben, die einer UVP bedürfen (bei Infrastrukturprojekten fast immer der Fall), eine Vorbesprechung der Behörde mit dem Vorhabenträger und zu beteiligenden Behörden über Inhalt und Umfang der benötigten Unterlagen sowie Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung statt (sog. *Scoping*). Drittbetroffene sind daran nur zu beteiligen, wenn dies der Vorhabenträger wünscht (vgl. § 5 S. 3 UVPG), so dass hier noch keine Bürgerbeteiligung stattfindet.²² Die Behörde darf sich beim *Scoping* wie auch allgemein im Verfahren jedoch nicht gleichsam zum Anwalt des Vorhabenträgers machen.²³
- Sodann reicht der Vorhabenträger den *vollständigen Planentwurf* nebst allen ergänzenden Unterlagen, auch zur Umweltverträglichkeit, ein.
- Es folgt die ortsübliche *Bekanntmachung der bevorstehenden Auslegung des Plans* nebst Belehrung über Einwendungsmöglichkeiten für jedermann, „dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden“ (§ 73 Abs. 5 VwVfG). Innerhalb von drei Wochen nach Zugang des

Plans werden die Unterlagen in den Gemeinden, in denen sich das Vorhaben auswirkt, für die Dauer eines Monats ausgelegt (§ 73 Abs. 3 S. 1 VwVfG).

- Die *Einwendungen* müssen bis spätestens zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist eingehen und hinreichend substantiiert sein. Rechtsausführungen oder die Diskussion technischer Details sind dazu nicht erforderlich, doch müssen die Einwendungen den tatsächlichen Kritikpunkt an der Planung hinreichend klar erkennen lassen.²⁴ Ansonsten erfolgt materielle Präklusion, d.h. nicht rechtzeitig vorgebrachte oder zu wenig substantiierte Einwendungen sind im Verwaltungs- wie auch in einem etwaigen Gerichtsverfahren ausgeschlossen (vgl. § 73 Abs. 4 VwVfG). Die Planfeststellungsbehörde hat freilich unabhängig davon später alle Belange zu berücksichtigen, die sich ihr aufdrängen mussten;²⁵ die Präklusion wirkt sich nur insoweit aus, als der präkludierte Einwender darauf keine Klage stützen kann.
- Es folgt der mündliche *Erörterungstermin*. Nach den Fachgesetzen zur Verkehrswegeplanung (§ 17a Nr. 5 FStRG, § 18a Nr. 5 AEG, § 14a Nr. 5 WaStRG) ist er allerdings nur noch fakultativ und seine Durchführung steht im Ermessen der Anhörungsbehörde. Wenn solch ein Erörterungstermin stattfindet, muss er mindestens eine Woche zuvor ortüblich bekanntgemacht werden; außerdem sind alle Einwender zu benachrichtigen, was jedoch bei Massenverfahren durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden kann (§ 73 Abs. 6 S. 2, 4 VwVfG). Daran schließt sich die mündliche Erörterung der erhobenen Einwendungen sowie der Umweltauswirkungen unter Vorsitz eines Verhandlungsleiter aus der Anhörungsbehörde an (§ 73 Abs. 6 VwVfG). Beteiligt werden auch die Träger öffentlicher Belange und die genannten Umweltvereinigungen. Regelmäßig sind Sachverständige

¹⁸ Überblick bei *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 110-128, insbes. Rn. 116; zur Alternativenprüfung auf den vorgelagerten Planungsstufen auch *Burgi/Durner* (Fn. 4), S. 182 ff.; bei der Planung allgemein *Franzius*, *GewArch* 2012, 225, 231 f.

¹⁹ Zur Ausgestaltung näher *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 38 f.; *Kment*, in: Hoppe/Beckmann (Hrsg.), *UVPG*⁴, 2012, § 14i Rn. 31-35 (für die Bedarfsplanung) bzw. *Wagner*, a.a.O., § 15 Rn. 36 f. (für die Linienbestimmung) u. § 9 Rn. 45-51 u. 58-64 (für Raumordnungsverfahren). Eine Ausnahme bildet insoweit § 10 NABEG mit grundsätzlich obligatorischem Erörterungstermin im Rahmen der Bundesfachplanung.

²⁰ Dazu jeweils *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 80 (für die transeuropäischen Netze), Rn. 93 f. iVm. Rn. 38 (für die Bedarfspläne), Rn. 48-50 (zu Raumordnungsplänen), Rn. 68 (zu Raumordnungsverfahren), Rn. 120 iVm. N. 38 (für die Linienbestimmung).

²¹ Eingehend zur Konzentration der Klagerechte beim außenwirksamen Planfeststellungsbeschluss, aber auch zu ersten Aufweichungstendenzen zugunsten eines „phasenspezifischen Rechtsschutz[es]“ (unter Hinweis auf BVerwGE 115, 17, 30 für das Baurecht) wegen zunehmenden Beteiligungsmöglichkeiten auf den vorgelagerten Planungsstufen *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 22-28.

²² Zustimmung *Kment*, in: Hoppe/Beckmann (Fn. 19), § 5 Rn. 22. Besonders kritisch dagegen *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann*, *Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil*, 1991, Zu § 36, S. 241 f.: ein die Akzeptanz des Vorhabens insgesamt gefährdendes Geheimverfahren, obwohl doch in diesem Stadium vielfach die entscheidenden Weichen gestellt werden.

²³ Für die Beratung im Verwaltungsverfahren allgemein *Fehling*, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2001, S. 306-308.

²⁴ Näher *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*¹³, 2012, § 73 Rn. 85-86; *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 132-134; aus der Rspr. etwa BVerwG, NVwZ 2008, 678, Rn. 30 f.

²⁵ Zur Reichweite der materiellen Präklusion im Überblick erneut *Kopp/Ramsauer* (Fn. 24), § 73 Rn. 92-96; *Wickel*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* (Hrsg.), *Handkommentar zum Verwaltungsrecht*³, 2012, § 73 VwVfG Rn. 92-94.

zur Erläuterung ihrer Planungen und Gutachten geladen. Bei der Erörterung müssen die Anforderungen an ein faires Verfahren und Waffengleichheit gewahrt bleiben, insbesondere hat der Verhandlungsleiter Neutralität zu wahren und dem Vorhabenträger sowie Dritten gleiches Rede- und Antragsrecht einzuräumen.²⁶ Im Übrigen ist der Verhandlungsleiter bei der Ausgestaltung frei; das Gesetz (§ 73 Abs. 6 S. 6 iVm. § 68 Abs. 2 VwVfG) verlangt von ihm im Wesentlichen nur „darauf hinzuwirken, dass unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende Angaben ergänzt sowie alle für die Feststellung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden“. In komplexen Verfahren müssen gegebenenfalls mehrere Folgetermine anberaumt werden, doch soll die Erörterung spätestens drei Monate nach Ablauf der Einwendungsfrist abgeschlossen sein.

- Die Anhörungsbehörde leitet den *Plan mit Stellungnahme sowie einer zusammenfassenden Darstellung der Umweltauswirkungen an die Planfeststellungsbehörde* weiter, die die Entscheidung (Planfeststellungsbeschluss oder Ablehnung) trifft.

Zusammenfassend handelt es sich also um ein Beteiligungsverfahren in zwei Schritten mit schriftlichen Einwendungen und anschließender – zumindest optional – mündlicher Erörterung. Detaillierte Bekanntmachungsregelungen und Fristen führen zu einer weitgehenden Formalisierung des Rahmens, während die Ausgestaltung der mündlichen Erörterung selbst weitgehend im Ermessen der Anhörungsbehörde liegt.

II. Mängel und Probleme

1. Zu frühe bzw. zu späte Öffentlichkeitsbeteiligung

Ein Hauptproblem des geltenden Planfeststellungsverfahrens besteht in der schlechten zeitlichen Terminierung der Bürgerbeteiligung innerhalb des gestuften Planungsverfahrens, kombiniert mit mangelnder Entscheidungsoffenheit der Verwaltung.²⁷

Die ohnehin nur rudimentäre Öffentlichkeitsbeteiligung in den vorgelagerten Planungsstufen kommt regelmäßig zu früh, da auf dieser hohen Abstraktionsebene für die Bürger noch keine konkrete Betroffenheit ersichtlich ist. Dies auch deshalb, weil – wie allgemein bekannt – nur ein kleinerer Teil der Projekte, die in diese Grobplanung Eingang finden, in absehbarer Zeit überhaupt finanzierbar ist. Erst die Einjahresplanung als unterste Stufe der Bedarfsplanung sowie die Linienbestimmung bei Bundesfernstraßen setzen eine konkrete Finanzmittelzuweisung voraus.²⁸

Einwendungsverfahren nebst Erörterungstermin in Planfeststellungsverfahren kommen umgekehrt zu spät.²⁹ Die Erörterung mutiert aus Sicht der Betroffenen oftmals zur bloßen Verteidigung längst (informell) getroffener Vorentscheidungen. Der Vorhabenträger und oftmals auch die Anhörungsbehörde sehen darin eine lästige Formalie, bei der Unkundige einen technisch ausgefeilten Plan unsubstantiiert in Zweifel ziehen; hinzu kommt die Angst vor Fundamentalopposition. Man ist allenfalls noch zu Detailkorrekturen bereit, während die Betroffenen oft grundsätzlichere Bedenken geltend machen. Gerade Umweltverbände werden tendenziell von vornherein als Gegner betrachtet; die Fronten sind schnell verhärtet.³⁰ Statt des gewünschten entscheidungsoffenen Gesprächs droht eher ein den Konflikt noch zuspitzender „High Noon“.³¹

2. Intransparente Verflechtung und Abschichtung der Planungsebenen

Für den rechtsunkundigen Bürger, in den Details sogar für den Fachjuristen, ist das Zusammenspiel der verschiedenen Planungsebenen und sind vor allem die daraus für die nachfolgenden Ebenen resultierenden Bindungswirkungen *kaum durchschaubar*.³² „[D]ie Grenzen zwischen der zielförmigen räumlichen Standortplanung [in der Raumordnung] und der Fachplanung [mittels Planfeststellung werden] immer diffuser“.³³ Schon in früheren Gesetzgebungsverfahren wurde auf die unnötige Doppelprüfung in Raumordnungsverfahren und Linienbestimmung hingewiesen.³⁴ Der Bedarfsplan entfaltet nach der gesetzgeberischen Grundentscheidung zwar grundsätzlich Bindungswirkung für die Erforderlichkeit der entsprechenden Straße oder des Schienenweges (§ 1 Abs. 2 S. 2 FStAbG, § 1 Abs. 2 SchWAbG),³⁵ doch vermag die gesetzliche Bedarfsfeststellung entgegenstehende Gemeinwohlbelange nicht uneingeschränkt zu überwinden. Insbesondere die Verkehrsprognose muss auf Ebene der Abwägung in der Planfeststellung intensiv nachgeprüft werden.³⁶

3. Mangelnde Publizität durch antiquierte Form der Bekanntmachung

Auch die Anstoßfunktion der Bekanntmachungen lässt zu wünschen übrig. Zwar liegen die Unterlagen nicht auf Alpha

²⁶ Eingehend dazu *Fehling*, Unparteilichkeit (Fn. 23), S. 310-312; zum Problem der Waffengleichheit bei Gutachtern *Ziekow*, DJT-Gutachten (Fn. 17), D 41, vgl. auch D 43 f.

²⁷ Die aktuelle Diskussion zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung bilanziert *Wulffhorst*, DÖV 2011, 581 ff.; vgl. auch *Franzius*, GewArch 2012, 225, 228-231; *Schmehl* (Fn. 7), S. 347, 359-361.

²⁸ Vgl. *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 107. Letzteres vernachlässigen m.E. *Burgi/Durner* (Fn. 4), S. 178, wenn sie im Übrigen überzeugend darauf hinweisen, dass Raumordnungsverfahren durchaus so parzellenscharf ausfallen können, dass die Bürger bereits auf dieser Ebene eine potentielle Betroffenheit ersehen können.

²⁹ In der Reformdiskussion betont etwa von *Birk*, DVBl. 2012, 1000, 1001. Zum geringen Akzeptanzserfolg des klassischen Erörterungstermins *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 818-822, gestützt auf empirische Untersuchungen von *Bora*.

³⁰ *Plastisch Streinz*, VerwArch 79 (1988), 272, 311 f.: „Der Antragsteller betrachtet den Erörterungstermin als lästige Pflichtübung, die Genehmigungsbehörde als Alibi, die Einwender als Farce oder als Tribüne für allgemeine politische Stellungnahmen“. Ähnliches ist beim Erörterungstermin im immissionsschutzrechtlichen (§ 10 Abs. 6 BImSchG) und vor allem im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren zu beobachten; dazu grundlegend *Hoffmann-Riem/Rubbert*, Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit, 1984, S. 29-32; vgl. auch *Württemberg*, Akzeptanz (Fn. 8), S. 120-130.

³¹ Formulierung nach *Steinberg*, ZUR 2011, 340, 343; *Birk*, DVBl. 2012, 1000, 1001.

³² Allgemeiner zum Zusammenhang von Verfahrensstufung und Intransparenz des Legitimationsgeflechts *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 42.

³³ *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 53, allgemein zur mangelnden Durchschaubarkeit der Abschichtungen auf den verschiedenen Planungsstufen für den Bürger Rn. 40; vgl. auch *Wahl*, in: FS Sellner, 2010, S. 155 ff.; *Franzius*, GewArch 2012, 225, 226 u. 228.

³⁴ Der Bundesrat hatte deshalb vorgeschlagen, die Linienbestimmung zu streichen, BR-Drucks. 598/93 (Beschluss), S. 5 f.; ebenso die Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, s. *Bundesministerium für Umwelt* (Hrsg.), UGB-KomE, 1998, S. 1334.

³⁵ Vgl. zuletzt BVerwGE 130, 299, Rn. 43 – *BAB 44*; 139, 150, Rn. 30 – *BAB 3*.

³⁶ Siehe insbesondere BVerwGE 130, 177, Rn. 38 f. (zur Bedarfsplanung im Rahmen der Planrechtfertigung) u. Rn. 71-99 (zur Verkehrsprognose im Rahmen der Abwägung). Zum ganzen zusammenfassend *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 7 Rn. 102.

Centauri aus, doch die Form der ortsüblichen Bekanntmachung des Planentwurfs (nicht zu verwechseln mit der weiterreichenden, in anderem Zusammenhang geforderten öffentlichen Bekanntmachung) ist völlig antiquiert. Denn es genügt typischerweise die Veröffentlichung in einem Amtsblatt, das fast niemand liest.³⁷ Die Medien interessieren sich oftmals erst für ein Projekt, wenn – namentlich bei bevorstehendem Baubeginn – konkrete Konflikte sichtbar werden.

4. Zu kurze Fristen für Einwender und für die Behörde

Für Großprojekte sind die genannten Verfahrensfristen oft unrealistisch kurz.³⁸ Sie können dennoch kaum etwas zur Verfahrensbeschleunigung beitragen, weil sachverständige Klärungen und die Zusammenstellung vollständiger Antragsunterlagen den Hauptteil der Zeit verschlingen, nicht aber die Öffentlichkeitsbeteiligung.³⁹ Immerhin ist die Überschreitung der behördlichen Fristen durchweg nicht mit Sanktionen versehen,⁴⁰ für den Bürger – und, besonders problematisch, ähnlich für die beteiligten Behörden⁴¹ – ist allerdings die zweiwöchige Einwendungsfrist präklusionsbewehrt.

5. Ambivalenz fehlender Trennung zwischen Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde

Das Gesetz unterscheidet zwischen Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde, doch können beide auch identisch sein.⁴² In dieser offenen Gesetzeslage liegt entgegen dem ersten Anschein kein Mangel, denn beides hat Vor- und Nachteile. Einerseits kann eine Trennung der Anhörungsbehörde mehr Distanz zum Vorhaben verschaffen und so die Unparteilichkeit der Erörterung fördern.⁴³ Die Durchführung der Bürgerbeteiligung könnte de lege ferenda⁴⁴ sogar einem Mediator übertragen werden.⁴⁵ Andererseits droht ein Auseinanderfallen der Zuständigkeiten den Informationsstand der Planfeststellungsbehörde zu verschlechtern.⁴⁶

D. Begrenztes Verbesserungspotential des geplanten Planungsvereinfachungsgesetzes

I. Eckdaten des Regierungsentwurfs, insbesondere frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit

Das Herzstück der Reform bildet die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung. Sie soll allgemein (und wenig klar) für Vorhaben mit „nicht nur unwesentlichen Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten“ geregelt und deshalb im allgemeinen Teil des VwVfG verankert werden, ist aber vorrangig für planfeststellungsbedürftige Großvorhaben gedacht. Nach § 25 Abs. 3 VwVfG-E „[wirkt] die Behörde darauf hin“, dass der Vorhabenträger (nicht die Anhörungsbehörde) eine frühzeitige Beteiligung durchführt, um die Planung des Vorhabens zu optimieren sowie Transparenz und Akzeptanz zu fördern. So soll die Öffentlichkeit (nicht beschränkt auf vom späteren Vorhaben potentiell Betroffene) bereits vor Stellung eines verfahrenseröffnenden (Planfeststellungs-)Antrags unterrichtet und ihr Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung gegeben werden.⁴⁷ Das Ergebnis wird der für das Verwaltungsverfahren zuständigen Behörde unverzüglich mitgeteilt.

Viele weitere Änderungen besitzen weniger grundsätzliche Bedeutung. Vorwiegend der Rechtsvereinheitlichung dient die Übernahme verschiedenster Detailregelungen, die das Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz in verschiedenen Fachgesetzen eingefügt hatte, in das VwVfG.⁴⁸ Insbesondere können nach Ermessen auch verspätete Einwendun-

gen noch berücksichtigt werden; zugleich wird die Behördenpräklusion aus verfassungsrechtlichen Gründen etwas gelockert (§ 73 Abs. 3a S. 2 VwVfG-E).⁴⁹ Für die Beteiligung von Umweltvereinigungen werden einheitliche und klarere, die unionsrechtlichen Anforderungen berücksichtigende Regelungen geschaffen. Die für die Behörden geltenden Fristen werden tendenziell verschärft. Die Ermittlungspflicht der Behörde zur Ermittlung nicht ortansässiger Betroffener wird reduziert.

II. Verbesserungen, neue Streitfragen und fortbestehende Probleme

Der Entwurf löst sich von der früheren undifferenzierten Beschleunigungsstrategie, die zu einem deutlichen Abbau von Verfahrensrechten geführt hatte, und weist mit einer Stärkung der Partizipation und damit der nicht instrumentellen Verfahrensfunktionen in die richtige Richtung.⁵⁰ Noch ohne bereits ausgearbeiteten Planentwurf dürften die Behörden tendenziell offener sein auch für grundsätzliche Alternativen, die die Bürger meist weit mehr interessieren als technische Planungsdetails. Doch geht der Regierungsentwurf nicht weit genug.

³⁷ Zur Kritik und mit dem Vorschlag, die öffentliche Bekanntmachung in Tageszeitungen, durch Aushänge und im Internet vorzusehen, vgl. *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 114-116.

³⁸ *Ziekow*, DJT-Gutachten (Fn. 17), D 38, D 43 und D 62; *Groß*, BauR 2012, 1340, 1341 u. 1343 (jeweils für die Einwendungsfrist); *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 138 (für die Einwendungsfristen u.Ä.) u. Rn. 140 (für die Dreimonatsfrist des § 76 Abs. 6 S. 7 VwVfG).

³⁹ Vgl. *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 1 Rn. 192; vgl. auch Erfahrungsbereich der Bundesregierung zum Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz, BT-Drucks. 15/2311, S. 9.

⁴⁰ Zur Dreimonatsfrist des § 73 Abs. 6 S. 7 VwVfG und zu Parallelvorschriften BVerwGE 133, 239, Rn. 26 – *BAB 44*.

⁴¹ Zur Behördenpräklusion und der Notwendigkeit einer verfassungskonform weiten Auslegung der Ausnahmetatbestände, weil ansonsten die Planfeststellungsbehörde sehenden Auges eine objektiv fehlerhafte Abwägungsentscheidung treffen müsste, siehe *Kopp/Ramsauer* (Fn. 24), § 73 Rn. 33-35. Zur deshalb beabsichtigten Reform unten Fn. 51.

⁴² BVerwGE 58, 344, 347-349; 120, 87, 99. Bei Identität entfällt deshalb die Notwendigkeit einer gesonderten Vorlage und Stellungnahmen nach § 73 Abs. 6 VwVfG, siehe statt aller *Kopp/Ramsauer* (Fn. 24), § 73 Rn. 124.

⁴³ Dazu, aber auch zu den Gegenargumenten, *Fehling*, Unparteilichkeit (Fn. 23), S. 264-267.

⁴⁴ De lege lata hat nach § 73 Abs. 6 VwVfG die Anhörungsbehörde den Erörterungstermin durchzuführen und kann deshalb wohl auch den Vorsitz mangels einer § 4b BauGB vergleichbaren Ermächtigung nicht ohne weiteres komplett an einen Dritten delegieren, siehe *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG⁷, 2008, § 73 Rn. 126; vgl. auch *Kopp/Ramsauer* (Fn. 24), § 73 Rn. 99a; **a.A.** mit Verweis auf die Mediation beim Frankfurter Flughafen allerdings *Gaentzsch*, in: *FS Sellner*, 2010, S. 219 ff., insbes. S. 221-223; *Groß*, BauR 2012, 1340, 1344; *Schink*, DVBl. 2011, 1377, 1382 f.; zur Notwendigkeit der „klaren Trennung eines solchen Lenkungsverfahrens“ – gemeint ist ein mediationsähnliches informelles Verständigungsverfahren – „von dem Planfeststellungsverfahren“ BVerfGE 139, 150, Rn. 25 – *BAB 3*.

⁴⁵ Z.B. in § 89 des Kommissionsentwurfs für ein Umweltgesetzbuch (UGB-KomE); dies unterstützend *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 5 u. 8; in diese Richtung auch *Kopp/Ramsauer* (Fn. 24), § 73 Rn. 98 u. 99a. Für Einschaltung eines für die Verwirklichung des Projekts arbeitenden Projektmanagers dagegen *Schink*, DVBl. 2011, 1377, 1380 f.

⁴⁶ In diese Richtung bereits *Pietzcker*, VVDStRL 41 (1983), 193, 213 f.; *Gassner*, NuR 1982, 81, 83; *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 7.

⁴⁷ *Birk*, DVBl. 2012, 1000, 1002; vgl. BT-Drucks. 17/9666, S. 16 f.

⁴⁸ BT-Drucks. 17/9666, S. 13; hervorgehoben auch von *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 1 Rn. 191.

⁴⁹ BT-Drucks. 17/9666, S. 14, sowie S. 18.

⁵⁰ So auch *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 54; *G. Winter*, ZUR 2012, 329: „demokratischer Fortschritt“.

1. Defizitäre Ausgestaltung der frühzeitigen Beteiligung

Die frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit ist nicht verpflichtend und bleibt insoweit hinter den Vorbildern des § 3 Abs. 1 BauGB (bei Bauleitplänen) und § 20 NABEG (für Strom-Hochspannungsleitungen) zurück. Die Begründung verweist insoweit unter anderem auf den Rahmencharakter des VwVfG und die Möglichkeit, eine solche Beteiligung im Fachrecht verpflichtend anzuordnen.⁵¹ Gesetzgeberische Absichten in diese Richtung sind jedoch nicht erkennbar.⁵² Zu denken wäre an eine Koppelung der obligatorischen frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung mit dem UVP-Scoping-Verfahren,⁵³ wie dies auch in § 20 NABEG vorgesehen⁵⁴ ist. Projekte, welche einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, weisen regelmäßig auch eine derartige Komplexität und Problematik auf, dass es gerechtfertigt erschiene, diese frühe Beteiligung verpflichtend anzuordnen.

Die Neuregelung soll nicht gelten, „soweit die betroffene Öffentlichkeit bereits nach anderen Rechtsvorschriften vor der Antragstellung zu beteiligen ist“ (§ 25 Abs. 3 S. 5 VwVfG-E). Unklar bleibt, ob damit auch eine Öffentlichkeitsbeteiligung auf vorbereitenden Planungsstufen gemeint ist; um der Neuregelung nicht jede Wirksamkeit zu nehmen, sollte die Subsidiaritätsklausel enger ausgelegt werden⁵⁵ und nur spezialgesetzliche Beteiligungsvorschriften auf der gleichen Verfahrensstufe erfassen.

Dass die frühzeitige Beteiligung dem Vorhabenträger und nicht der späteren Anhörungsbehörde überantwortet wird, erscheint dagegen nicht eindeutig kritikwürdig,⁵⁶ sondern zwiespältig. Einerseits kann so, wie für das Konzept der Verfahrensprivatisierung⁵⁷ ganz allgemein typisch, dessen überlegene Sachkenntnis genutzt werden; schließlich kennt der Vorhabenträger seine Absichten am besten und ist auch er es, der sie gegebenenfalls modifizieren soll. Andererseits hat der Vorhabenträger ein starkes auch wirtschaftliches Eigeninteresse, seine eigenen Vorstellungen weitestmöglich zu verwirklichen. Er ist eben in gutem wie im schlechten Sinne parteiisch.⁵⁸ Wenn die Behörde auf die frühzeitige Beteiligung „hinwirkt“, kann und sollte sie dem Vorhabenträger jedenfalls auch Vorschläge für die Gestaltung dieser Beteiligung unterbreiten.⁵⁹

2. Fehlen von Verbesserungen beim Erörterungstermin, den Bekanntmachungsmodi, der Verknüpfung der Planungsebenen und den Verfahrensfristen

Anders als für Hochspannungsleitungen in § 22 Abs. 7 NABEG (ebenso § 43a Nr. 5 EnWG)⁶⁰ will der neue Gesetzentwurf für Verkehrswegeplanungen die fachgesetzlichen Regelungen beibehalten, wonach die Durchführung eines Erörterungstermins im Rahmen der förmlichen Bürgerbeteiligung in Abweichung vom subsidiären VwVfG nicht verpflichtend ist, sondern im Ermessen der Behörde steht.⁶¹ Zumindest eine „soll“-Regelung im VwVfG ohne Abweichungen in den Fachgesetzen erschiene vorzugswürdig; ein Verzicht auf eine mündliche Erörterung auf dieser Ebene ist nur dann angemessen, wenn auf einer vorgezogenen Beteiligungsebene die Probleme bereits im Wesentlichen ausgeräumt werden konnten.⁶²

Unverändert bleibt es ferner bei ungeeigneten Bekanntmachungsmodi. Informationen und Veröffentlichung von Unterlagen im Internet werden – anders als in § 22 Abs. 4 S. 1 NABEG – weiterhin nicht vorgeschrieben.⁶³

Auch an der undurchsichtigen Verknüpfung der verschiedenen Planungsstufen ändert sich nichts. Unabhängig vom Planungsvereinfachungsgesetz gibt es zwar im Bundesverkehrsministerium Überlegungen zur Neustrukturierung wenigstens des Bundesverkehrswegeplans nebst damit zusammenhängenden Einzelplänen, doch sind genaue Ergebnisse wohl noch nicht absehbar. Sinnvoll erschiene die Konzentration der Bürgerbeteiligung auf den vorgeschalteten Planungsstufen in einem zentralen Bedarfserörterungsverfahren.⁶⁴ So könnte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass angesichts der Bindungswirkungen, die mit den höherstufigen Planungen verbunden sind, das „Ob“ des Projekts in der Planfeststellung und selbst in einer vorgeschalteten frühzeitigen Bürgerbeteiligung kaum noch zur Disposition steht.

Die für komplexe Planfeststellungsverfahren sehr kurzen Fristen will man sogar noch verschärfen. So soll etwa die Drei-Monats-Frist nach Ablauf der Einwendungsfrist zum Abschluss der Erörterungen verbindlich werden (§ 73 Abs. 6 S. 7 VwVfG-E);⁶⁵ immerhin bliebe eine Fristüberschreitung weiterhin sanktionslos.⁶⁶

3. Gültigkeitsdauer des Planfeststellungsbeschlusses

In der Entwurfsbegründung wird, wohl noch auf Basis des früheren Referentenentwurfs, weiterhin angedacht, die Gültigkeit des Planfeststellungsbeschlusses von bislang einheitlich fünf (§ 75 Abs. 4 VwVfG) auf bei Großvorhaben zehn Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit um weitere fünf Jahre auszudehnen.⁶⁷ Eine derart lange potentielle Verwirklichungsfrist würde einer Vorratsplanung Vorschub leisten, bei der selbst im Planfeststellungsverfahren die Bürger noch

⁵¹ BT-Drucks. 17/9666, S. 15. Zusätzlich wird darauf verwiesen, vor Antragstellung und damit Beginn des förmlichen Verwaltungsverfahrens gebe es gar keinen Adressaten für eine verpflichtende Anordnung und das Gelingen sei ohnehin von der Bereitschaft zur Zusammenarbeit abhängig, a.a.O., S. 16 f.; dem zustimmend *Birk*, DVBl. 2012, 1000, 1002.

⁵² Dies konstatieren kritisch auch *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 54.

⁵³ So auch *Ziekow*, DJT-Gutachten (Fn. 17), D 142 f.; *Groß*, BauR 2012, 1340, 1342; vgl. auch *Schink*, DVBl. 2011, 1377, 1384 f.

⁵⁴ Dazu *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 53 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drucks 17/6073, S. 28.

⁵⁵ So auch *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 54.

⁵⁶ *Anders*: *Burgi/Durner* (Fn. 4), S. 172.

⁵⁷ Entsprechende Einordnung bei *Schröder/Kullick*, NZBau 2012, 490, 491. Zur Verfahrensprivatisierung allgemein *Appel*, in: GVwR II (Fn. 6), § 32; zu dortigen Unparteilichkeitsproblemen *Fehling*, Unparteilichkeit (Fn. 23), S. 379-386.

⁵⁸ So für die planende Gemeinde bei der Bauleitplanung wörtlich BVerwGE 45, 309, 324 – *Flachglas*.

⁵⁹ *Birk*, DVBl. 2012, 1000, 1002. Strikt gegen die Übertragung auf den eigeninteressierten Vorhabenträger *Burgi/Durner* (Fn. 4), S. 172.

⁶⁰ Diesen Unterschied kritisch betonend *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 1 Rn. 190 f. u. § 2 Rn. 151 f.; vgl. auch *Franzius*, GewArch 2012, 225, 229.

⁶¹ Nachweise der Spezialvorschriften oben in Fn. 20. Die Beibehaltung dieser fachgesetzlichen Vorschriften wird in der Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 17/9666, S. 14 f., ausdrücklich hervorgehoben.

⁶² *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 54; ähnlich *Groß*, BauR 2012, 1340, 1343 f.

⁶³ Zu Recht kritisiert von *Groß*, BauR 2012, 1340, 1343; *Guckelberger*, VerwArch 103 (2012), 31, 51; *Schröder/Kullick*, NZBau 2012, 490, 491.

⁶⁴ *Burgi*, NVwZ 2012, 277 ff.; *Saurer*, DVBl. 2012, 1082, 1088.

⁶⁵ Berechtigte Kritik bei *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 14), § 2 Rn. 140.

⁶⁶ So ausdrücklich die Entwurfsbegründung BT-Drucks. 17/9666, S. 19.

⁶⁷ BT-Drucks. 17/9666, S. 15.

keine unmittelbare Betroffenheit erkennen können. Dies schon deshalb, weil – erneut lässt Stuttgart 21 grüßen – bei so langen Zeiträumen bis zur eventuellen Verwirklichung Finanzierungsfragen zum Zeitpunkt des Planfeststellungsverfahrens oftmals noch unklar sein werden. Im Übrigen steigt mit der Länge der Verwirklichungsfrist auch die Wahrscheinlichkeit, dass sich bis zum Baubeginn Wesentliches ändert, etwa die Kosten, die Verkehrsprognosen oder aber gesellschaftliche Grundprämissen.⁶⁸ Dann droht Streit über die Frage, ob die Planfeststellung jedenfalls teilweise neu aufgerollt werden muss. Zu dieser Überzeugung scheint immerhin auch die Bundesregierung gekommen zu sein, denn dieser Vorschlag zur Verlängerung der Gültigkeitsfrist ist im Text des Regierungsentwurfs nicht mehr enthalten.⁶⁹ Wichtige Fachgesetze (§ 17c Nr. 1 FStRG, § 18e Nr. 1 AEG) sehen aber bereits heute eine Gültigkeitsdauer der Planfeststellung von 10 Jahren ab Eintritt der Unanfechtbarkeit mit Verlängerungsmöglichkeit um fünf Jahre vor.

E. Die Folgen von Verfahrensfehlern als Test für den Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung

Bleiben Versäumnisse bei der Bürgerbeteiligung sanktionslos und führen insbesondere nicht zur gerichtlichen Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses, so fehlt ein Druckmittel, die Behörde zur peniblen Beachtung des Verfahrensrechts anzuhalten. Man kann sogar darin einen Anreiz erblicken, das Verfahrensrecht zugunsten einer beschleunigten Verfahrensabwicklung nicht so genau zu nehmen. Umgekehrt können zu weitreichende Klagemöglichkeiten dazu führen, dass ein extrem aufwendiges Planfeststellungsverfahren wegen Kleinigkeiten wieder neu aufgerollt werden müsste; bei den Behörden drohte dies nur zu übersteigertem Formalismus zu führen, ohne dass damit notwendigerweise in der Sache mehr Entscheidungsoffenheit verbunden wäre.

I. Übermäßige Abschirmung des Planfeststellungsbeschlusses gegen Verfahrensrügen

Drei verschiedene rechtliche Mechanismen führen im Zusammenspiel dazu, dass bloße Verfahrensverstöße, auch eine unterlassene oder fehlerhafte Bürgerbeteiligung, meist nicht die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses durch das Gericht zur Folge haben. Man spricht auch von einem Grundsatz der Planerhaltung.⁷⁰

1. Zeitlich extensive Heilungsmöglichkeiten

Erstens können Mängel bei der Öffentlichkeitsbeteiligung noch bis zum Abschluss der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz durch Nachholung geheilt werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG), obwohl die Behörde im Prozess regelmäßig noch stärker festgelegt und noch weniger offen für Alternativen sein dürfte. Diese weitreichenden Heilungsmöglichkeiten sollen durch den Entwurf ausdrücklich bestätigt werden (vgl. § 75 Abs. 1a S. 2. 2. HS VwVfG-E).⁷¹

2. Überdehnte Unbeachtlichkeitsregelungen

Zweitens sind nach § 46 VwVfG (bestätigend § 75 Abs. 1a S. 2. 2. HS VwVfG-E) Fehler gänzlich unbeachtlich, wenn sie sich nicht auf das Ergebnis ausgewirkt haben. Dies wird von den Gerichten weit ausgelegt; entgegen dem Wortlaut⁷² müsse positiv die konkrete Möglichkeit festgestellt werden, dass die Planung ohne den Verfahrensmangel anders ausgefallen wäre.⁷³ § 46 VwVfG ist unter Einfluss der Aarhus-Konvention und der entsprechenden EU-Richtlinie allerdings

gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 UmwRG bei gänzlich unterbliebener UVP bzw. UVP-Vorprüfung nicht anwendbar;⁷⁴ diese Fehler sind immer beachtlich. Ob dies wegen des Europarechts auf bloße Fehler bei der UVP aufgrund fehlerhafter Öffentlichkeitsbeteiligung ausgedehnt werden muss, ist umstritten.⁷⁵

Jedenfalls für die neue frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung bleibt zu konstatieren: Selbst wenn sie in Fachgesetzen verpflichtend angeordnet würde, wären Versäumnisse dort nach den obigen Maßstäben wohl regelmäßig unbeachtet, weil den Bürgern die nachfolgende förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung immer noch die Gelegenheit böte, alle Einwendungen geltend zu machen. Entsprechend sind auch bei der Bauleitplanung – dort allerdings gesetzlich geregelt (vgl. § 214 Abs. 1 BauGB) – Mängel bei der frühzeitigen Beteiligung ausnahmslos unerheblich.⁷⁶ Das Risiko mangelnder Ergebnisoffenheit im späteren Planungsstadium wird dabei ausgeblendet.

3. Eingeschränkte Klagebefugnis in System des Individualrechtsschutzes unter europäischem Anpassungsdruck

Als drittes kommt hinzu: Aus dem deutschen Konzept des Individualrechtsschutzes folgern die Gerichte, dass ein Individualkläger Verfahrensverstöße nur geltend machen kann, wenn er zugleich in seinen materiellen Rechtspositionen, d.h. einem abwägungsrelevanten Belang, der auch seinen Interessen zu dienen bestimmt ist (zum Beispiel Lärmschutz), betroffen ist.⁷⁷ Eine Ausnahme gilt für absolute Verfahrensrechte,⁷⁸ zu denen zwar die Durchführung einer UVP (vgl. erneut § 4 Abs. 1 S. 2 UmwRG), nicht aber die Bürgerbeteiligung gehört. Das Erfordernis einer subjektiven Rechtsbetroffenheit gilt ferner nicht für Verbandsklagen; Europarecht verdrängt die derzeit noch restriktivere Fassung von § 2 Abs. 1 u. 5

⁶⁸ Vgl. Saurer, DVBl. 2012, 1082, 1087 f.

⁶⁹ Auf diese Diskrepanz von Gesetzesvorschlag und Begründung hat in der Bundestagsdebatte die Abg. Lühmann, Plenarprotokoll 17/181, S. 21557, hingewiesen.

⁷⁰ Zusammenfassend Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 14), § 3 Rn. 109.

⁷¹ Unter Verweis auf den Grundsatz der Planerhaltung BT-Drucks. 17/9666, S. 14.

⁷² Hervorgehoben auch von Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 14), § 7 Rn. 97-99.

⁷³ Zu diesem auch bei Abwägungsfehlern angewandten Maßstab Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 44), § 46 Rn. 25-27; zur großzügigen Handhabung von § 46 VwVfG, vgl. auch BVerwG, NVwZ 2006, 1170, Rn. 8: „nicht ersichtlich“, wie sich der (dort unterstellte) Verfahrensfehler ausgewirkt haben könnte; BVerwG, NVwZ 2010, 1225, Rn. 25.

⁷⁴ Kment, NVwZ 2012, 481, 482 f.; Berkemann, NuR 2011, 780, 786 f.; dennoch dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt durch BVerwG, ZUR 2012, 248 ff.

⁷⁵ Ebenfalls dem EuGH vorgelegt durch BVerwG, ZUR 2012, 248, 251. Das vollständige Fehlen der Öffentlichkeitsbeteiligung von bloßen Verstößen bei §§ 5, 6 UVP abgrenzend VGH Kassel, ZUR 2009, 87, Rn. 5-14; VGH Kassel, ZUR 2010, 46, Rn. 15-18; Frage als nicht entscheidungserheblich offen gelassen in VGH Mannheim, NuR 2012, 204, 206; bejaht von Kment, NVwZ 2012, 481 ff.

⁷⁶ BVerwG, NVwZ-RR 2003, 172; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB¹¹, 2009, § 214 Rn. 5.

⁷⁷ So vor allem der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts: BVerwGE 61, 256, 275; 75, 285, 291. Eingehend hierzu und zum Folgenden Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 53-61; zusammenfassend Groß, Die Verwaltung 43 (2010), 349, 359; Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278, 300 f.

⁷⁸ Dies betont der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts: BVerwG, NVwZ 1999, 876, 877; BVerwGE 41, 58, 65; 44, 235, 239 f.

UmwRG.⁷⁹ Doch sind anerkannte Umweltvereinigungen (§ 3 UmwRG) auf die Geltendmachung von Vorschriften beschränkt, die dem Umweltschutz dienen.⁸⁰ Bloße Fehler bei der Bürgerbeteiligung dürften kaum dazu gehören.

Eine isolierte Klage auf Einhaltung von Verfahrensvorschriften ist ohnehin nicht zulässig (vgl. § 44a VwGO); Verfahrensfehler können im hier interessierenden Zusammenhang stets nur mit der Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss geltend gemacht werden.⁸¹

II. Reformbedarf

So berechtigt Heilungs- und Unbeachtlichkeitsregelungen als solche aus Effizienzgründen auch sind, so müssten sie doch teilweise reformiert und in anderen Teilen enger ausgelegt werden, damit der nicht instrumentelle Eigenwert der Bürgerbeteiligung zur Geltung kommen kann. Ein Verfahrensrecht, was „hintenrum wieder nimmt, was vorne versprochen wurde“,⁸² wirkt nicht akzeptanzfördernd. Die Heilungsmöglichkeit noch im Gerichtsverfahren sollte wieder abgeschafft,⁸³ die Beweislastverteilung bei § 46 VwVfG erneuert⁸⁴ und nicht durch spezielleres Planfeststellungsrecht (auf die Abwägung bezogen vgl. § 75 Abs. 1a VwVfG) aufgeweicht⁸⁵ werden. Europarechtskonform sollten schwerwiegende Mängel bei der Öffentlichkeitsbeteiligung, die sich möglicherweise auf die Einschätzung der Umweltauswirkungen und damit die UVP ausgewirkt haben, unabhängig von materiell-rechtlichen Rechtspositionen rügefähig sein.⁸⁶

Noch wichtiger erscheinen mir Anreize zu einer fairen, akzeptanzfördernden Verfahrensgestaltung. Das rechtliche Gebot der Verfahrensfairness als solches setzt nur äußerste Grenzen; eine Verletzung wird bislang nur in ganz seltenen Extremfällen angenommen.⁸⁷ Die Intensität der gerichtlichen Kontrolle der planerischen Abwägung sollte vom Maß an Verfahrenstransparenz, gleichberechtigten Interessenartikulationsmöglichkeiten⁸⁸ und im Verfahren gezeigter Offenheit für Alternativen abhängig gemacht werden. Hat also eine sinnvolle frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung stattgefunden und hat die Behörde auch noch im formalisierten Erörterungstermin eine gewisse Kompromissbereitschaft bewiesen, so spräche für das Planungsergebnis die Vermutung hinreichender Abgewogenheit; umgekehrt rechtfertigte es eine paternalistische Verfahrensgestaltung, dass das Gericht minutiös auf (Abwägungs-)Fehlersuche geht. Eine solche Flexibilisierung der gerichtlichen Kontrolldichte schaffte Anreize zu einer fairen Verfahrensgestaltung (bis hin zur Mediation, möglicherweise verknüpft mit der frühzeitigen Bürgerbeteiligung⁸⁹), ohne zu einer effizienzfeindlicher Überformalisierung des (Beteiligungs-)Verfahrens zu führen.⁹⁰

F. Fazit: Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem

I. Möglichkeiten und Grenzen einer ökonomischen Betrachtung

Ökonomisch betrachtet geht es bei der Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung um Verfahrenseffizienz und diese ist ein Problem der Optimierung von Aufwand und Ertrag. Ein Ausbau der Öffentlichkeitsbeteiligung und die verschärfte Sanktionierung von Verstößen können trotz des höheren Aufwands eine gute Investition sein, wenn dadurch die Wahrscheinlichkeit von Fehlern so verringert und die Chance auf Akzeptanz der Entscheidung so erhöht wird, dass der Nutzen besserer Planungsentscheidungen die Verfahrenskosten – dabei Verwaltungs- und etwaige Gerichtsverfahren

zusammen betrachtet – überwiegt.⁹¹ Ein solcher Kosten-Nutzen-Vergleich leuchtet theoretisch ein. In den USA wird er nach dem sogenannten *Matthews-Test*⁹² sogar von der Rechtsprechung zur Herleitung von rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien (insbesondere einer Anhörung und deren Ausgestaltung) aus der verfassungsrechtlichen Due-Process-Garantie genutzt, allerdings nur in gesetzlich nicht näher geregelten Verwaltungsverfahren.

In der Praxis, selbst auf Gesetzgebungsebene, steht ein derartig formalisierter, wenn nicht gar mathematisierter Effizienzvergleich indes vor gravierenden Wissens- und Messbarkeitsproblemen.⁹³

⁷⁹ EuGH, Rs. C-115/09 – *Trianel*, DVBl. 2011, 757, Rn. 42-49, m. Anm. *Durner*; zur Konsequenz der unmittelbaren Anwendung von Art. 10a III 2, 3 UVP-RL die Folgeentscheidung OVG Münster, ZUR 2012, 372 ff. – Die notwendige Änderung des UmwRG wird zu einer Streichung des Passus „Rechte Einzelner“ in § 2 Abs. 1 u. 5 UmwRG führen, ferner steht eine Ausweitung von § 4 Abs. 1 UmwRG auf eine nicht ordnungsgemäß durchgeführte UVP oder UVP-Vorprüfung in Aussicht; allerdings soll all dies möglicherweise mit verschärften Präklusionsregeln und einer – mit Recht besonders umstrittenen – Absenkung der gerichtlichen Kontrolldichte und erkaufte werden; insoweit berechtigte Kritik am Referentenentwurf von Mai 2012 bei *Schlacke*, ZUR 2012, 393 f.

⁸⁰ Dabei ist umstritten, ob diese dem Umweltschutz dienenden Vorschriften zusätzlich auf Unionsrecht zurückgehen; zum Ganzen vertiefend *Berke-mann*, NuR 2011, 780, 782-785; *Wegener*, ZUR 2011, 363, 365 f.; *Schwerdtfeger*, EuR 2012, 84 ff.

⁸¹ Statt aller *Kopp/Ramsauer* (Fn. 24), § 73 Rn. 128; *Wickel*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* (Fn. 25), § 73 Rn. 164.

⁸² *G. Winter*, ZUR 2012, 329, 330.

⁸³ Statt vieler *Gurliit*, VVDStRL 70 (2011), 227, 263; *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278, 326; für eine „reale Fehlerheilung“ unabhängig vom Zeitpunkt *Schoch*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (GVwR), Bd. 3, 2009, § 50 Rn. 300 m.w.N.

⁸⁴ *H. A. Wolff* (Fn. 4), S. 977, 982; *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278, 326, vgl. auch *Schoch*, in: *GVwR III* (Fn. 83), § 59 Rn. 303.

⁸⁵ *G. Winter*, ZUR 2012, 329, 330 (mit dortiger Fn. 1).

⁸⁶ Vgl. *Fehling*, in: *J.-P. Schneider/Theobald* (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*⁴, (in Vorbereitung), § 8 Rn. 224.

⁸⁷ Grundlegend BVerwGE 75, 214, 230 – *Flughafen München II*; Verstoß zuletzt verneint in BVerwGE 139, 150, Rn. 23-27 – *BAB 3*; vertiefend zu Fairness und Waffengleichheit im Verwaltungsverfahren m.w.N. *Fehling*, Unparteilichkeit (Fn. 23), S. 292-302.

⁸⁸ *Wirtenberger*, Akzeptanz (Fn. 8), S. 133 f. schlägt sogar vor, gegebenenfalls einen förmlichen Gutachterstreit mit Kreuzverhör nach angelsächsischen Vorbildern durchzuführen.

⁸⁹ Vgl. *Franzius*, *GewArch* 2012, 225, 233 f. Zu Möglichkeiten und Grenzen einer Mediation in der Planfeststellung allgemein *Siegel*, DVBl. 2012, 1003 ff.; *Pinder*, *Die Verwaltung* 38 (2005), 1, 29 f. Siehe auch oben Fn. 46.

⁹⁰ Zu diesem Konzept näher *Fehling*, Unparteilichkeit (Fn. 23), S. 325 f., 329, 495-498, mit dem Fokus auf informelle Absprachen *ders.*, in: *GVwR II* (Fn. 6), § 38 Rn. 115; speziell auf Mediationsanstrengungen bezogen bereits *Hoffmann-Riem*, *Konfliktmittler in Verhandlungen*, 1989, S. 63 f.; *J.-P. Schneider*, *VerwArch* 87 (1996), 38, 63.

⁹¹ Hierzu und zum Folgenden für Verwaltungsverfahren allgemein *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278, 322-325.

⁹² Grundlegend *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335 (1976). Mathematisch ausgedrückt lohnen sich zusätzliche Verfahrensbedingungen, wenn C (costs) = P (increased probability of an accurate finding) \times V (value of individual interest at stake); zum ganzen eingehend *Pierce*, *Administrative Law Treatise*⁵, Bd. 1, 2010, § 9.5, insbes. 812 ff.

⁹³ Für die USA *Mashaw*, *Due Process in the Administrative State*, 1985, insbes. S. 113, 115, 127; allgemeiner, aber besonders deutlich *Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 34 (2001), 347, 357 f. *Wangenheim*, in: *Bork/Eger/Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts*, 2009, S. 237, 241-246, rechnet deshalb bei der Bewertung der Anreizwirkungen von Verfahrensbeschleunigungsstrategien nur mit Variablen; dies geschieht jedoch um den Preis extremer Vereinfachung (z.B. wird nur bipolar zwischen sozialschädlichen und nützlichen Projekten unterschieden).

Zwar werden sich verbesserte Akzeptanz und bessere Konfliktbewältigung in der planerischen Abwägung teilweise noch in einer Verringerung der Kosten für gerichtliche Kontrolle niederschlagen. Doch der Gewinn an Legitimation und Rechtsstaatlichkeit lässt sich wie auch bei vielen anderen nicht instrumentellen Verfahrensfunktionen schwer quantifizieren und kaum monetarisieren. Hinzu kommen die Prognoseunsicherheiten, wie sie Instrumenten indirekter Verhaltenssteuerung durch Anreize immer eigen sind. Beispielsweise bleibt es unsicher, inwieweit mit erhöhten Anstrengungen bei der Öffentlichkeitsbeteiligung tatsächlich mehr Akzeptanz für Planfeststellungsentscheidungen geschaffen und dadurch wiederum Gerichtsverfahren vermieden oder entschärft werden können. Fundamentalopposition gegen ein bestimmtes Projekt lässt sich selbst durch aufwändige Konfliktmittlungsverfahren kaum aufbrechen.⁹⁴ Auf der anderen Seite lässt sich ebenso schwer prognostizieren, inwieweit elaboriertere Beteiligungsverfahren tatsächlich auf Behördenseite technokratischen Paternalismus erschüttern und mehr tatsächliche Entscheidungsoffenheit erreichen können.⁹⁵ Wenn Verfahrensfehler gerichtlich konsequenter sanktioniert werden, so erscheint mehr Achtsamkeit bei der Öffentlichkeitsbeteiligung zwar plausibel, doch könnte dies auch zu bloßem Formalismus führen. Eine ökonomisch inspirierte Konstruktion von Wirkungsketten mit dem Ziel eines Effizienzvergleichs wird dadurch nicht nutzlos, kann aber letztlich nur zur rechtspolitischen Problemsensibilisierung beitragen.⁹⁶

II. Effektivierung der Bürgerbeteiligung im Zusammenspiel mit klassischen Medien, Internet und Public-Interest-Organisationen

Vor diesem Hintergrund erscheint die frühzeitige Bürgerbeteiligung als – wenn auch unvollkommener – Schritt in die richtige Richtung. Sie muss aber durch die zuvor angesprochenen Veränderungen bei der Gerichtskontrolle unterfüttert und weiter ausgebaut werden.

Stärkere Beachtung verdient dabei die Rolle der (Umwelt-)Verbände und der Medien. Insbesondere lokale und regionale Tageszeitungen sowie Radiosender sollten verstärkt als Katalysatoren genutzt werden, um die Bürger rechtzeitig für die Probleme eines Infrastrukturprojekts zu sensibilisieren. Dazu bedarf es freilich einer guten behördlichen Öffentlichkeitsarbeit, denn diese Massenmedien müssen erst einmal für die jeweilige Planung interessiert und die Informationen müssen für sie entsprechend gut – und zugleich möglichst objektiv und neutral – aufgearbeitet werden. Ein Einstellen aller Unterlagen ins Netz ist zwecks Transparenz zwar wünschenswert, kann aber diese erste Anstoßfunktion weder für die Medien noch für die Bürger hinreichend erfüllen. Selbst eine dort beigefügte möglichst allgemeinverständliche Kurzzusammenfassung, wie sie schon heute im förmlichen Auslegungsverfahren angemahnt wird,⁹⁷ würde wohl noch nicht ausreichen. Ist aber die Öffentlichkeit über die klassischen Medien erst einmal sensibilisiert, so könnte mit Hilfe des Internets die bislang nur punktuelle Öffentlichkeitsbeteiligung – künftig möglicherweise mit drei Stationen: Bedarfserörterungsverfahren bei der Raumplanung, frühzeitige Bürgerbeteiligung vor Beginn des Verwaltungsverfahrens, förmliche Beteiligung im Planfeststellungsverfahren – ein Stück verstetigt und den ganzen Planungsprozess begleitend ausgestaltet werden.⁹⁸ Über Rechte auf freien Informationszugang nach den Informationsfreiheitsgesetzen von Bund und Ländern sowie dem Umweltinformationsgesetz (UIG) können

Bürger und Verbände gegebenenfalls ergänzende Daten und Dokumente einfordern.⁹⁹

Von Umweltverbänden, Bürgerinitiativen und anderen Interessengruppen ist auch eher als vom „einfachen Bürger“ zu erwarten, dass sie sich im Planungsprozess durch komplexe Dokumente hindurcharbeiten und deren wesentlichen Inhalt wiederum an „ihre Klientel“ weitervermitteln. Dass dabei unterschiedliche Sichtweisen und Interessen frühzeitiger als bislang aufeinander stoßen, erscheint durchaus wünschenswert. Der zusätzliche behördliche Aufwand dürfte im obigen Sinne tendenziell eine gute Investition darstellen, weil so etwaige Kompromisspotentiale besser ausgelotet werden können. Im Übrigen vermögen Public-Interest-Organisationen, nicht nur zum Thema Umweltschutz, als Intermediäre wohl noch am ehesten darauf hinzuwirken, dass breitere Bevölkerungsschichten (über die die Bürgerbeteiligung dominierenden politisch aktiven Mittelstands-Eliten hinaus) sich für die sie betreffenden Planungsverfahren interessieren.

Nicht alle genannten Empfehlungen eignen sich dazu, in Gesetzesform gegossen zu werden; bei manchem handelt es sich um bloße Klugheitserwägungen, welche eine gute Verwaltung im Rahmen ihres Verfahrensermessens unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Einzelfalls anstellen sollte. Eckdaten wie die Veröffentlichung aller Dokumente im Internet über § 10 UIG¹⁰⁰ hinaus wären indes durchaus kodifizierungswürdig. So bleibt zu hoffen, dass der derzeitige Entwurf eines Planungsvereinheitlichungsgesetzes nur eine erste Etappe sein wird. Einmal mehr wird gerade für das Planungsrecht einschließlich der Öffentlichkeitsbeteiligung gelten: Nach der Reform ist vor der Reform.

⁹⁴ Vgl. Pünder, Die Verwaltung 38 (2005), 1, 7 f.; Gaßner/Holzner/Lahl, Mediation – Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung bei Umweltstreitigkeiten, 1992, S. 43 f.; Schink, DVBl. 2011, 1377, 1378.

⁹⁵ Diese Unsicherheiten klingen an bei Birk, DVBl. 2012, 1000, 1003, der einräumt, dass bei der Hoffnung auf „ein Mehr an gegenseitigem Verständnis und Akzeptanz“ „auch Wunschvorstellungen mitschwingen“. Möglicherweise auch deshalb skeptisch gegenüber einer frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung in Anbetracht der schon vorhandenen Beteiligung in der Raumordnung Burgi/Durner (Fn. 4), S. 177 f.; vgl. auch Guckelberger, VerwArch 103 (2012), 31, 59 f.

⁹⁶ Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278, 324; für Kosten-Nutzen-Analysen im Verwaltungsrecht allgemein ders., in: Professorinnen und Professoren der Bucerius Law School, Begegnungen im Recht, 2011, 39, insbes. 45-51; ders., VerwArch 95 (2004), 443, 464 f., 470.

⁹⁷ Besonders deutlich bei Ziekow, DJT-Gutachten (Fn. 17), D 40 f., S 85.

⁹⁸ Ziekow, DJT-Gutachten (Fn. 17), D 81 f., D 127 f., D 148; Franzius, GewArch 2012, 225, 229.

⁹⁹ Zu Möglichkeiten und Grenzen (insbesondere in – eng zu interpretierenden – Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen) Schoch und Rossi, jeweils in: Hecker/Hendler/Proelß/Reiff (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen und Probleme des freien Informationszugangs, insbesondere im Umweltschutz, 2011, S. 81 ff. bzw. 187 ff.

¹⁰⁰ Zu dessen Reichweite im vorliegenden Zusammenhang Schink, DVBl. 2011, 1377, 1379 f.

Johannes Rehahn*

Die Reform des US-Patentrechts durch den America Invents Act

A. Einleitung

In den letzten Jahren wurde oft bezweifelt, dass das Patentrecht der Vereinigten Staaten noch zeitgemäß ist. Während die Globalisierung des Handels, der Abbau von Handelshemmnissen sowie das Bedürfnis nach Stabilität und Berechenbarkeit im internationalen Patentschutz nach Harmonisierung verlangten,¹ nahmen die Unterschiede zwischen dem US-Patentrecht und den Patentrechten anderer Staaten eher zu. So hielten die Vereinigten Staaten als eines der letzten Länder der Welt an einem *first-to-invent*-System fest.² Andere fundamentale Unterschiede betrafen oder betreffen die Neuheitsschonfrist, die Vorbenutzungsrechte, die zu offenbarende Ausführungsform und die Veröffentlichung anhängiger Patentanmeldungen.³

Am 16. September 2011 unterzeichnete Barack Obama den *Leahy-Smith America Invents Act*⁴ und leitete damit die „größte Reform des US-Patentrechts seit über 60 Jahren“⁵ ein. Ziel dieses Beitrags ist es, die Grundzüge des US-Patentrechts und die wichtigsten Neuregelungen vorzustellen. Ein solcher Blick über den Atlantik ist auch insofern von Interesse, als in der Europäischen Union eine Patentrechtsreform von ähnlicher Tragweite bevorsteht.⁶ Im ersten Teil sollen die wesentlichen Rechtsquellen des US-Patentrechts in Erinnerung gerufen werden. In Anlehnung an den Änderungsgesetzgeber werden sodann die materiellen Schutzvoraussetzungen und die Verfahren vor dem Patentamt in den Mittelpunkt gestellt. Der Beitrag endet mit einem Fazit, das Antwort geben soll auf die Frage: Welchen Kurs hat das US-Patentrecht eingeschlagen?

B. Wesentliche Rechtsquellen

Nach Art. I, sec. 8, cl. 8 der Verfassung der Vereinigten Staaten ist das Patentrecht der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zugewiesen. Bereits 1790 wurde in den USA das „erste moderne Patentgesetz der Welt“⁷ erlassen.⁸ Im Jahre 1836 wurde ein Patentamt (heute: *United States Patent and Trademark Office*, USPTO) geschaffen⁹ und festgeschrieben, dass nur der echte und erste Erfinder berechtigt ist, die Erteilung des Patents zu verlangen (sog. Ersterfinderprinzip, *first to invent*).¹⁰ Dem *first-to-invent*-Prinzip liegt die Überzeugung zugrunde, dass es fairer sei, nur den ersten Erfinder mit einem Ausschließlichkeitsrecht zu belohnen als diejenige Person, die den „Wettlauf zum Patentamt“ gewonnen hat. Zudem sei es einem Erfinder hierdurch erlaubt, seine Erfindung auszuprobieren und zu verbessern, ohne aus Furcht vor einem Rechtsverlust sofort – und damit möglicherweise vorschnell – eine Patentanmeldung vornehmen zu müssen.¹¹ Im Jahre 1952 trat der Titel 35 des *United States Code* in Kraft, der bis heute die zentrale Rechtsquelle des geschriebenen US-Patentrechts bildet. Das Gesetz war seit 2004 Gegenstand einer intensiv geführten Reformdiskussion,¹² die mit der Unterzeichnung des *America Invents Act*¹³ ihr vorläufiges Ende fand. Dessen Bestimmungen treten gemäß sec. 35 *America Invents Act* grundsätzlich ein Jahr nach seinem Erlass in Kraft und finden Anwendung auf die am Tag des Inkrafttretens oder später gewährten Patente; für zahlreiche wichtige Vorschriften gelten jedoch andere Stichtage.¹⁴ Zuständig für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus

dem Patentgesetz sind in erster Instanz die Bundesgerichte (*District Courts*).¹⁵ Zentrale Instanz für die Berufung gegen diese Judikate ist der *Court of Appeals for the Federal Circuit* (CAFC).¹⁶ Dieser ist auch zuständig für Berufungen gegen Entscheidungen des *Patent Trial and Appeal Board* (PTAB), das eine zweite Instanz innerhalb des USPTO bildet.¹⁷ Revisionsgericht ist der *Supreme Court*, der jedoch nur selten Patentfälle zur Entscheidung annimmt.¹⁸

C. Materielle Schutzvoraussetzungen

Ein Patent wird gemäß 35 U.S.C. § 131 erteilt, wenn die im Erteilungsverfahren vor dem USPTO zu prüfenden Anforderungen erfüllt sind. Hierzu zählen zunächst die in 35 U.S.C. §§ 101-103 niedergelegten materiellen Schutzvoraussetzungen, die auch als „*three doors to patentability*“¹⁹ bezeichnet werden: Es muss eine Erfindung vorliegen, die überhaupt Gegenstand des Patentschutzes sein kann. Zudem muss sie neu und nützlich sein und darf zum Zeitpunkt der Erfindung nicht nahe gelegen haben.

I. Gegenstand des Patentschutzes

Dem Patentschutz zugänglich sind gemäß 35 U.S.C. § 101 Erfindungen und Entdeckungen²⁰ von Verfahren, Geräten, Erzeugnissen, Stoffzusammensetzungen und ihren jeweiligen

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Professor Dr. Matthias Lehmann an der Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg

¹ Willis, 10 N.C. J.L. & Tech. 283, 300 (2009).

² Nach Leip, Börsen-Zeitung v. 28.12.2011, S. 2, waren die Vereinigten Staaten der letzte Staat mit einem *first-to-invent*-System. Willis, 10 N.C. J.L. & Tech. 283, 295 (2009), benennt zudem noch die Philippinen und Jordanien.

³ Vgl. Willis, 10 N.C. J.L. & Tech. 283, 293 (2009).

⁴ Pub. L. 112-29, 125 Stat. 284 (2011); nachfolgend: *America Invents Act* oder AIA.

⁵ Leip, Börsen-Zeitung v. 28.12.2011, S. 2.

⁶ Zum Stand des Vorhabens und den offenen Fragen s. Pagenberg, GRUR 2012, 582-589.

⁷ Beier, GRUR Int. 1989, 1, 5.

⁸ Patent Act of 1790, ch. 7, 1 Stat. 109 (1790). Näher zur Geschichte des Gesetzes Neumeyer, GRUR Int. 1956, 241, 244, 246.

⁹ Sec. 1 cl. 1 Patent Act of 1836, ch. 357, 5 Stat. 117 (1836).

¹⁰ Vgl. sec. 6 cl. 4, 7 cl. 2, 15 cl. 1 Patent Act of 1836 (Fn. 9).

¹¹ Stedman, IIC 1971, 241, 247 f., 254.

¹² S. etwa zum gescheiterten *Patent Reform Act* des Jahres 2007 Janicke, GRUR Int. 2007, 791-801.

¹³ Zur Entstehungsgeschichte s. Butler, Mitt. 2011, 441, 441 f.

¹⁴ S. die Übersicht des USPTO, *America Invents Act: Effective Dates*, im Internet erhältlich unter http://www.uspto.gov/aia_implementation/aia-effective-dates.pdf [zuletzt besucht am 17.11.2012].

¹⁵ 28 U.S.C. § 1338(a).

¹⁶ 28 U.S.C. § 1295(a)(1). Die zentrale Zuständigkeit des CAFC wurde begründet, um der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung der Berufungsgerichte und dem hierdurch herausgeforderten *forum shopping* zu begegnen; zu den Hintergründen s. Farrand/Weisberg/Killworth/Shapiro, 51 IDEA 357, 360 (2011); Nies, GRUR Int. 1993, 404, 404 f.

¹⁷ 28 U.S.C. § 1295(a)(4)(A) i.d.F. durch sec. 7(c)(2) AIA.

¹⁸ Mayer/Schlenk, Das US-Patent, 4. Aufl. 2012, Rn. 912. Zum Verhältnis zwischen CAFC und *Supreme Court* s. auch Schauwecker, GRUR Int. 2010, 1, 4.

¹⁹ In re Bergy, 596 F.2d 952, 960-963 (CCPA 1979).

²⁰ Nachfolgend zusammen: Erfindungen; vgl. die Definition der Erfindung in 35 U.S.C. § 100(a).

Verbesserungen.²¹ Nach der Intention des Gesetzgebers ist mit diesem Katalog patentierbarer Gegenstände aber keine Einschränkung verbunden. Patente können vielmehr erteilt werden für „anything under the sun that is made by man.“²² Zwar hat auch die Rechtsprechung diese Formulierung aufgegriffen,²³ doch hat sie zugleich zahlreichen Erfindungen – namentlich: Naturgesetzen, physikalischen Phänomenen und abstrakten Ideen – die Anerkennung verweigert, da insoweit der freie Zugang und die Möglichkeit der Weiterentwicklung für alle Menschen gewahrt bleiben müssten.²⁴

II. Neuheit der Erfindung und Rechtsverlust

Die Erfindung ist nur dann patentfähig, wenn sie neu ist, also nicht zum Stand der Technik (*prior art*) gehört. Für das US-Patentrecht ergibt sich dies aus 35 U.S.C. § 102, der die Tatbestände normiert, bei denen Neuheit *nicht* gegeben ist („A person shall be entitled to a patent unless ...“, Hervorhebungen des Verfassers), und die Darlegungs- und Beweislast hierfür dem USPTO auferlegt.²⁵

1. Geltendes Recht

Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung der Neuheit ist nach dem noch geltenden Ersterfinderprinzip²⁶ nicht die Anmeldung des Patents, sondern die Erfindung selbst.²⁷ Hierbei ist zu unterscheiden zwischen der Vollendung des Gedankens (*conception*) und seiner Umsetzung in die Praxis (*reduction to practice*).²⁸ Als Verwirklichung gilt hierbei auch die ordnungsgemäße Anmeldung beim USPTO (*constructive reduction to practice*),²⁹ weshalb ein Anscheinsbeweis dafür besteht, dass der Tag der Anmeldung mit dem Zeitpunkt der Erfindung zusammenfällt; der Erfinder kann den Gegenbeweis führen.³⁰ Diese Praxis führt zu einer Annäherung des Ersterfinderprinzips an das auch im deutschen Patentrecht geltende Anmelderprinzip (*first to file*).³¹ Neuheitsschädlich sind bestimmte Ereignisse, die vor dem Zeitpunkt der Erfindung eingetreten sind, darunter die vorherige Kenntnis oder Nutzung derselben Erfindung durch andere Personen in den Vereinigten Staaten sowie die vorherige Patentierung oder Beschreibung der Erfindung in gedruckter Form in einem beliebigen Staat.³² Ist die Neuheit im Sinne des 35 U.S.C. § 102(a), (e), (g) zum Zeitpunkt der Erfindung zu bejahen, ist der Erfinder gleichwohl gehalten, die Erfindung nicht dauerhaft zu verheimlichen, sondern von seinen Rechten innerhalb einer Neuheitsschonfrist von einem Jahr Gebrauch zu machen, da ihm anderenfalls ein Rechtsverlust nach 35 U.S.C. § 102(b) – beispielsweise durch die Beschreibung der Erfindung in einer gedruckten Veröffentlichung in irgendeinem Staat oder den Verkauf der Erfindung in den Vereinigten Staaten – droht. Innerhalb dieses Zeitraums ist es ihm aber möglich, seine Erfindung zu testen und zu verbessern, ohne bereits eine Patentanmeldung, die Kosten verursacht und möglicherweise voreilig erfolgt, vornehmen zu müssen. Zu beachten ist indes, dass eine Neuheitsschonfrist nur in wenigen Rechtsordnungen vorgesehen ist, weshalb Umstände, die nach US-Recht der Neuheit nicht entgegenstehen, in anderen Staaten patenthindernd wirken können.³³ Eine Annäherung der Rechte liegt insoweit vor allem im Interesse von Erfindern aus den Vereinigten Staaten, die zuvörderst mit ihrem heimischen Patentrecht vertraut sind und Gefahr laufen, Ereignisse, die im Ausland als neuheitsschädlich gelten, zu verwirklichen.

2. Änderungen durch den America Invents Act

Durch den *America Invents Act* wird 35 U.S.C. § 102 neu gefasst. Maßgebend für die Prüfung der Neuheit der Erfindung ist künftig der effektive Zeitpunkt ihrer Anmeldung.³⁴ Diese

Änderung stellt eine Abkehr vom Ersterfinderprinzip zugunsten eines *first-inventor-to-file*-Systems dar³⁵ und hat zahlreiche Auswirkungen auf das materielle und das formelle Recht. Sie tritt am 16. März 2013 in Kraft und erfasst alle Patentanmeldungen, die an diesem Tag oder später eingereicht wurden.³⁶ Das *first-to-invent*- und das *first-inventor-to-file*-System werden folglich für geraume Zeit nebeneinander bestehen.

Auch der Katalog der Ereignisse, die den Stand der Technik bilden, wurde überarbeitet. Beispielsweise stellen die Vorbenutzung und der Verkauf der Erfindung nach neuem Recht auch dann neuheitsschädliche Umstände dar, wenn sie nicht in den Vereinigten Staaten stattfinden.³⁷ Hiermit ist eine Ausweitung der patenthindernden Sachverhalte verbunden. Zudem gehört eine Erfindung künftig schon zum Stand der Technik, wenn sie „auf andere Weise für die Öffentlichkeit zugänglich ist.“³⁸ Nach der Intention des Gesetzgebers ist das Kriterium der Öffentlichkeit aber für alle Tatbestandsalternativen von Bedeutung,³⁹ sodass – anders als nach geltendem Recht – zum Beispiel Verkäufe der Erfindung, die im Geheimen getätigt werden, nicht neuheitsschädlich sind. Damit führt die Neuregelung in Teilen auch zu einer Einschränkung der zum Stand der Technik zu zählenden Umstände.⁴⁰

Eine Offenbarung, die zum effektiven Anmeldetag nicht

²¹ Darüber hinaus können Patente auch für Pflanzen (35 U.S.C. § 161(1)) und Designs (35 U.S.C. § 171(1)) gewährt werden. Auch hierauf finden grundsätzlich die Vorschriften für Erfindungen Anwendung (35 U.S.C. § 161(2), § 171(2)).

²² S. Rep. 82-1979, S. 5 (1952); H.R. Rep. 82-1923, S. 6 (1952). S. aber die Einschränkung für Patente, die sich auf den menschlichen Organismus beziehen, in sec. 33(a) AIA.

²³ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 309 (1980) = GRUR Int. 1980, 627, 629 m. Anm. *Bodewig*.

²⁴ *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63, 67 (1972) = GRUR Int. 1973, 75, 76; *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 309 (1980) = GRUR Int. 1980, 627, 629 m. Anm. *Bodewig*. Zu den Entwicklungslinien in der Rechtsprechung s. *Farrand/Weisberg/Killworth/Shapiro*, 51 IDEA 357, 360, 395-404 (2011).

²⁵ *Mueller*, Patent Law, 3rd ed. 2009, S. 137.

²⁶ Hierzu s. oben B.

²⁷ Vgl. 35 U.S.C. § 102(a), (e), (g). S. auch *Götting/Fikentscher*, in: *Assmann/Bungert* (Hrsg.), *Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts*, 2001, Kap. 7, Rn. 8, 19.

²⁸ S. 35 U.S.C. § 102(g), cl. 2. Näher hierzu *Brunswick v. The United States*, 34 Fed. Cl. 532, 584 (Fed. Cl. 1995); *Mayer/Schlenk* (Fn. 18), Rn. 46; *Willis*, 10 N.C. J.L. & Tech. 283, 294 (2009).

²⁹ *Brunswick v. The United States*, 34 Fed. Cl. 532, 584 (Fed. Cl. 1995); *Götting/Fikentscher* (Fn. 27), Rn. 9, 19; *Mayer/Schlenk* (Fn. 18), Rn. 87; *Mueller* (Fn. 25), S. 139 m. Fn. 10; *Stedman*, IIC 1971, 241, 243.

³⁰ *Götting/Fikentscher* (Fn. 27), Rn. 19; *Mueller* (Fn. 25), S. 139 m. Fn. 10; *Stedman*, IIC 1971, 241, 242.

³¹ *Götting/Fikentscher* (Fn. 27), Rn. 19. Weitere Beispiele für eine Annäherung benennt *Stedman*, IIC 1971, 241, 243 f. Nach *Janicke*, GRUR Int. 2007, 791, 800, ist die Unterscheidung zwischen Ersterfinder- und Anmelderprinzip daher nur von geringer praktischer Bedeutung.

³² 35 U.S.C. § 102(a). Weitere Fälle finden sich in 35 U.S.C. § 102(e), (g).

³³ *Mueller* (Fn. 25), S. 159; *Willis*, 10 N.C. J.L. & Tech. 283, 297 (2009).

³⁴ 35 U.S.C. § 102(a) i.d.F. durch sec. 3(b)(1) AIA. Der effektive Zeitpunkt der Anmeldung ist definiert in 35 U.S.C. § 100(i)(1) i.d.F. durch sec. 3(a)(2) AIA.

³⁵ So der Titel von sec. 3 AIA. Die Unterscheidung zwischen dem *first-inventor-to-file*-System und einem *first-to-file*-System erklärt sich dadurch, dass auch künftig nur ein echter Erfinder berechtigt ist, die Erteilung eines Patents zu verlangen; *Butler*, Mitt. 2011, 441, 443.

³⁶ Sec. 3(n)(1) AIA.

³⁷ *Ohly*, 23 Intell. Prop. & Tech. L.J. 3, 4 (2011).

³⁸ 35 U.S.C. § 102(a)(1) i.d.F. durch sec. 3(b)(1) AIA.

³⁹ H.R. Rep. 112-98, S. 42 f. (2011).

⁴⁰ *Janicke*, GRUR Int. 2011, 887, 893.

länger als ein Jahr zurückliegt und von dem Erfinder oder einer Person, die durch den Erfinder Kenntnis von der Erfindung erlangt hat, veranlasst wurde, zählt nicht zum Stand der Technik,⁴¹ womit dem Erfinder unter engen Voraussetzungen eine Neuheitsschonfrist bleibt. Diese ist wiederum nicht in allen Staaten gewährleistet.⁴² Eine Offenbarung ist daher grundsätzlich nicht ratsam, kann aber zu erwägen sein, wenn ein Erfinder mit einem anderen um die Einräumung eines Schutzrechts konkurriert.⁴³

III. Erfinderrische Tätigkeit

Nach 35 U.S.C. § 103(a), cl. 1, ist Patentfähigkeit ferner nur dann gegeben, wenn die Neuerung zum Zeitpunkt der Erfindung für einen mit dem Stand der Technik vertrauten Durchschnittsfachmann nicht bereits nahe gelegen hat (*nonobviousness*). Erforderlich ist also eine Erfindungshöhe, welche die Monopolisierung des Erfindungsgedankens durch ein Patent rechtfertigt.⁴⁴ Ausgangspunkte bei der Bestimmung des Standes der Technik sind die Tatbestände, die gemäß 35 U.S.C. § 102 der Neuheit einer Erfindung entgegenstehen.⁴⁵ Zum Stand der Technik gehören also etwa Darstellungen, die im Sinne von 35 U.S.C. § 102(b) mehr als ein Jahr vor dem Zeitpunkt der Patentanmeldung in gedruckter Form veröffentlicht wurden.⁴⁶ Zu berücksichtigen sind aber nur Erkenntnisse aus dem Betätigungsfeld des Erfinders oder solche, auf die bei der Lösung des von dem Erfinder behandelten Problems vernünftigerweise zurückzugreifen war (*analogous art*), da von keinem Menschen ein vollständiges Wissen über den gesamten Stand der Technik erwartet werden kann.⁴⁷

Ein hinreichend großer Unterschied zwischen der Erfindung und dem Stand der Technik besteht dann nicht, wenn ein Erfinder bereits bekannte Referenzen neu zusammenfügt und es für einen fiktiven Durchschnittsfachmann nahe lag, eine Kombination in dieser Weise zu versuchen (*obvious to try*). Letzteres ist der Fall, wenn ein gestalterischer Zwang oder ein Druck des Marktes besteht, das Problem zu lösen, und hierfür nur eine begrenzte Zahl voraussehbarer Lösungen zur Verfügung steht.⁴⁸ Diese Kriterien erscheinen sehr vage und bedürfen der weiteren Konkretisierung durch die Rechtsprechung. Die Darlegungs- und Beweislast für ein Naheliegen der Erfindung trägt im Patenterteilungsverfahren grundsätzlich das USPTO, allerdings beschränkt auf den Beweis des ersten Anscheins (*prima facie obviousness*). Ist dieser erbracht, obliegt es dem Anmelder, ihn zu erschüttern.⁴⁹

Die Einführung des *first-inventor-to-file*-Systems durch den *America Invents Act* wirkt sich auch auf das Erfordernis der erfinderrischen Tätigkeit aus: Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung, ob die erforderliche Erfindungshöhe erreicht wurde, ist ab dem 16. März 2013 der effektive Zeitpunkt der Anmeldung der Erfindung.⁵⁰

IV. Gewerbliche Anwendbarkeit

Die Patentfähigkeit setzt nach 35 U.S.C. § 101 zuletzt voraus, dass die Erfindung „nützlich“ ist.⁵¹ Dies ist bereits der Fall, wenn sie geeignet ist, irgendeinen erkennbaren Nutzen zu stiften.⁵² Daher kommt es weder auf den kommerziellen Erfolg noch auf eine überlegene Funktionsweise gegenüber anderen Erfindungen an; entscheidend ist allein, dass die Erfindung in beliebiger Weise, aber aktuell greifbar überhaupt funktioniert.⁵³ Die Voraussetzung steht in engem Zusammenhang mit der Verpflichtung des Erfinders zur Offenbarung seiner Erfindung, die auch Angaben zu deren Benutzung umfasst.⁵⁴

D. Verfahren vor dem USPTO

Auch die Verfahren vor dem USPTO sind vom Reformgesetzgeber zum Teil erheblich überarbeitet worden. Ihnen widmet sich der zweite große Teil des Beitrags.

I. Patenterteilungsverfahren

Das Patenterteilungsverfahren findet im Grundsatz nur zwischen dem Patentanmelder und dem USPTO statt; eine Beteiligung Dritter ist regelmäßig nicht möglich.

1. Patentanmeldung

Das Verfahren beginnt mit der schriftlichen Anmeldung des Patents beim USPTO durch den Erfinder oder mit dessen Vollmacht.⁵⁵ Die Anmeldung muss eine Beschreibung (*specification*) enthalten, die mit einem oder mehreren Ansprüchen (*claims*) abschließt. Einzureichen sind ferner eine Zeichnung und die eidesstattliche Versicherung des Anmelders, dass er der echte und erste Erfinder ist.⁵⁶

a) Beschreibung

Die Beschreibung muss sich auf die Erfindung sowie die Art und die Methode ihrer Entstehung und Benutzung beziehen. Sie muss so vollständig, klar, prägnant und exakt gefasst sein, dass ein Fachmann dieselbe Erfindung reproduzieren und benutzen könnte (*enablement*).⁵⁷ Letzteres ist nicht der Fall, wenn eigene unangemessene Versuche (*undue experimentation*) angestellt werden müssen, um die Erfindung nachvollziehen oder nutzen zu können.⁵⁸ Nach 35 U.S.C. § 112(a) ist es für eine hinreichende Offenbarung nicht ausreichend, dass der Anmelder eine Ausführungsform

⁴¹ 35 U.S.C. § 102(b)(1)(A) i.d.F. durch sec. 3(b)(1) AIA.

⁴² *Claessen*, IPRB 2011, 280, 281. S. auch *Takenaka*, GRUR Int. 2012, 304, 311.

⁴³ S. hierzu die Beispiele bei *Janicke*, GRUR Int. 2011, 887, 893 f.

⁴⁴ *Götting/Fikentscher* (Fn. 27), Rn. 38; *Mayer/Schlenk* (Fn. 18), Rn. 381; *Mueller* (Fn. 25), S. 191.

⁴⁵ *Götting/Fikentscher* (Fn. 27), Rn. 41; *Mayer/Schlenk* (Fn. 18), Rn. 421-437; *Mueller* (Fn. 25), S. 204. Näher zu den neuheitsschädlichen Tatbeständen unter C. II.

⁴⁶ *In re Foster*, 343 F.2d 980, 988 (CCPA 1965). *Mayer/Schlenk* (Fn. 18), Rn. 424, bemerken zu Recht, dass dieses Verständnis im Widerspruch zu 35 U.S.C. § 103(a) steht, der ein Nichtnaheliegen zum Zeitpunkt der Erfindung fordert.

⁴⁷ *In re Robert v. Antle*, 444 F.2d 1168, 1171 f. (CCPA 1971); *In re Wood*, 599 F.2d 1032, 1036 (CCPA 1979). *In re Bigio*, 381 F.3d 1320, 1325 (Fed. Cir. 2004); *Innovation Toys v. MGA Entertainment*, 637 F.3d 1314, 1321 (Fed. Cir. 2011) = GRUR Int. 2011, 873, 875; *In re Klein*, 647 F.3d 1343, 1348 (Fed. Cir. 2011).

⁴⁸ *KSR International v. Teleflex*, 550 U.S. 398, 419-421 (2007).

⁴⁹ *In re Piasecki*, 745 F.2d 1468, 1471 f. (Fed. Cir. 1984).

⁵⁰ 35 U.S.C. § 103 i.d.F. durch sec. 3(c) AIA.

⁵¹ S. auch Art. I, sec. 8, cl. 8 der Bundesverfassung: „To promote the progress of science and useful arts...“.

⁵² *Juicy Whip v. Orange Bang*, 185 F.3d 1364, 1366 (Fed. Cir. 1999).

⁵³ *Götting/Fikentscher* (Fn. 27), Rn. 45; *Mueller* (Fn. 25), S. 238. S. auch *Brenner v. Manson*, 383 U.S. 519, 536 (1966): „[A patent] is not a reward for the search, but compensation for its successful conclusion. A patent system must be related to the world of commerce rather than to the realm of philosophy...“.

⁵⁴ Vgl. 35 U.S.C. § 112(a); *In re Brana*, 51 F.3d 1560, 1564 (Fed. Cir. 1995): „Obviously, if a claimed invention does not have utility, the specification cannot enable one to use it.“

⁵⁵ 35 U.S.C. § 111(a)(1). 35 U.S.C. § 111(a) benennt die Anforderungen an eine Vollanmeldung. Der Anmelder kann sich auch für eine vorläufige Anmeldung gemäß 35 U.S.C. § 111(b) entscheiden. Die Darstellung soll sich im Folgenden aber auf das Verfahren nach sofortiger Vollanmeldung beschränken.

⁵⁶ 35 U.S.C. §§ 111(a)(2)(A)-(C), 112-115.

⁵⁷ 35 U.S.C. § 112(a).

⁵⁸ *In re Wands*, 858 F.2d 731, 737 (Fed. Cir. 1988).

der Erfindung aufzeigt; vielmehr hat er die *beste* ihm bekannte Ausführungsform darzustellen (*best mode*). Diese Hürde soll verhindern, dass Erfinder die von ihnen als vorzugswürdig erkannten Gestaltungen der Erfindung vor der Öffentlichkeit verbergen.⁵⁹ Zugleich wird das Erfordernis in der Literatur angegriffen, da es über die in der Verfassung genannten Ziele des Patentrechts hinausgehe,⁶⁰ die Kosten und die Komplexität von Patentstreitigkeiten erhöhe und im internationalen Vergleich unüblich sei.⁶¹

Der Anmelder muss die von 35 U.S.C. § 112(a) geforderten Informationen zum Zeitpunkt der Patentanmeldung offen gelegt haben und kann nicht nachträglich neue Gegenstände (*new matters*) in das Verfahren einführen. Die Begründung hierfür ergibt sich einerseits aus 35 U.S.C. § 132(a), cl. 2, andererseits aber auch daraus, dass die Anmeldung des Patents als Verwirklichung des Erfindungsgedankens gilt⁶² und Priorität begründen kann; dies aber ist erst gerechtfertigt, wenn der Anmelder Angaben zur Verfügung stellt, die so vollständig sind, dass ein Fachmann die Erfindung in der vorgeschriebenen Weise nachvollziehen könnte.⁶³

Im Zusammenhang mit 35 U.S.C. § 112(a) ist die Novellierung des 35 U.S.C. § 282(b)(3) durch den *America Invents Act* von Bedeutung.⁶⁴ Zwar hat der Anmelder weiterhin die beste ihm bekannte Ausführungsform zu offenbaren, doch begründet die Missachtung des 35 U.S.C. § 112(a) *insoweit* keinen Verteidigungseinwand im Patentverletzungsverfahren mehr. Die Neufassung ist wohl dem Umstand geschuldet, dass die meisten Patentrechte das *best mode requirement* nicht kennen. Im Patenterteilungsverfahren besteht das Erfordernis aber weiter, sodass die Änderung missglückt erscheint.⁶⁵

b) Anspruch

Nach 35 U.S.C. § 112(b) hat der Anmelder seinen Patentanspruch genau darzulegen und deutlich geltend zu machen (*definiteness requirement*). Der Wortlaut ist auch deshalb mit Bedacht zu wählen, weil er den Schutzzumfang des Patents maßgeblich determiniert.⁶⁶ Ein Anspruch ist nur dann hinreichend bestimmt, wenn er es zusammen mit der Beschreibung einem Durchschnittsfachmann erlaubt, den Umfang des geltend gemachten Schutzes zu ermitteln.⁶⁷

2. Prüfung, Patenterteilung und Beschwerde

Nach dem Eingang der Patentschrift hat der Patentprüfer zu untersuchen, ob die Anforderungen des 35 U.S.C. § 111(a) an Form und Inhalt der Anmeldung erfüllt wurden und die Schutzvoraussetzungen gemäß 35 U.S.C. §§ 101-103 vorliegen. Ist dies der Fall, ist das Patent zu erteilen.⁶⁸ Anderenfalls sind die Ansprüche zurückzuweisen oder mit Einwänden oder Bedingungen zu versehen,⁶⁹ woraufhin der Anmelder innerhalb einer Frist von sechs Monaten eine Nachprüfung begehren kann; lässt er diese Frist verstreichen, gilt die Anmeldung grundsätzlich als zurückgenommen.⁷⁰ Weist der Patentprüfer die Ansprüche ein zweites Mal zurück, kann der Anmelder Beschwerde beim PTAB einlegen.⁷¹ Dieses hat die erstinstanzliche Entscheidung umfassend zu prüfen und kann diese bestätigen, aufheben, abändern oder zurückverweisen.⁷² Der Anmelder kann gegen eine für ihn ungünstige Entscheidung des PTAB Berufung beim CAFC einlegen⁷³ oder – weniger gebräuchlich⁷⁴ – Klage auf Patenterteilung beim zuständigen *District Court* erheben.⁷⁵

II. Interference-Verfahren

1. Geltendes Recht

Besteht während des Patenterteilungsverfahrens Anlass für die Annahme, dass das angemeldete Patent mit einer anderen eingereichten Anmeldung oder einem Patent kollidiert, also im Wesentlichen die gleiche Erfindung betrifft, hat das USPTO nach 35 U.S.C. § 135(a), cl. 1, ein *interference*-Verfahren einzuleiten, um den ersten Erfinder zu ermitteln.⁷⁶ Diese Feststellung richtet sich nach dem Ersterfinderprinzip danach, wann die betreffenden Erfindungen gemacht wurden. Hierfür wiederum ist sowohl der Zeitpunkt der Vollendung des Gedankens als auch der Zeitpunkt seiner Umsetzung in die Praxis von Bedeutung. Hat ein Erfinder eine Idee zwar zuerst entwickelt, ein anderer diese Idee aber schneller umgesetzt, so ist auch die Frage zu berücksichtigen, ob der Erstgenannte eine angemessene Sorgfalt bei der Realisierung seines Gedankens walten ließ.⁷⁷ Da ein Anscheinsbeweis dafür streitet, dass es sich bei dem Erstanmelder auch um den ersten Erfinder handelt,⁷⁸ obliegt der Beweis des Gegenteils dem späteren Anmelder.⁷⁹ Das *interference*-Verfahren wird häufig als Beispiel für die Nachteile benannt, die mit der Anwendung des Ersterfinderprinzips einhergehen, da die Ermittlung des ersten Erfinders große Unsicherheiten birgt, Kosten verursacht und einige Zeit in Anspruch nehmen kann, während die Frage der Priorität in Staaten, die dem Anmelderprinzip folgen, keine vergleichbaren Probleme aufwirft.⁸⁰

2. Änderungen durch den America Invents Act

Die Einführung des *first-inventor-to-file*-Systems macht das *interference*-Verfahren in Teilen überflüssig, ändert aber nichts daran, dass nur ein Erfinder berechtigt ist, die Erteilung eines Patents zu verlangen. Daher wird ein *derivation*-

⁵⁹ In re Gay, 309 F.2d 769, 772 (CCPA 1962); In re Glass, 492 F.2d 1228, 1233 (CCPA 1974); Willis, 10 N.C. J.L. & Tech. 283, 298 (2009).

⁶⁰ Vgl. Fn. 51.

⁶¹ Mueller (Fn. 25), S. 114 f.; Willis, 10 N.C. J.L. & Tech. 283, 299 (2009).

⁶² S. oben C. II. 1.

⁶³ In re Glass, 492 F.2d 1228, 1232 (CCPA 1974).

⁶⁴ Die Änderung trat am 16. September 2011 in Kraft und wirkt sich auf alle Verfahren aus, die an diesem Tag oder später eingeleitet wurden; s. sec. § 15(c) AIA.

⁶⁵ Ebenfalls krit. Butler, Mitt. 2011, 441, 446: „zahnloser Tiger“; Janicke, GRUR Int. 2011, 887, 890.

⁶⁶ Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 98; Mayer/Schlenk (Fn. 18), Rn. 214.

⁶⁷ Orthokinetics v. Safety Travel Chairs, 806 F.2d 1565, 1576 (Fed. Cir. 1986).

⁶⁸ 35 U.S.C. § 131.

⁶⁹ 35 U.S.C. § 132(a), cl. 1.

⁷⁰ 35 U.S.C. § 133. Der Anmelder kann in seiner Antwort beispielsweise den Umfang seiner Ansprüche einschränken oder seine Beschreibung konkretisieren, jedoch darf er nach 35 U.S.C. § 132(a), cl. 2, keine neuen Gegenstände in das Verfahren einführen.

⁷¹ 35 U.S.C. § 134(a) i.d.F. durch sec. 3(j)(1) AIA. Zum PTAB s. 35 U.S.C. § 6 i.d.F. durch sec. 7(a)(1) AIA.

⁷² Vgl. Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 76; Beier, GRUR Int. 1989, 1, 6.

⁷³ 35 U.S.C. § 141(a) i.d.F. durch sec. 7(c)(1) AIA.

⁷⁴ Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 78.

⁷⁵ 35 U.S.C. § 145, cl. 1, i.d.F. durch sec. 3(j)(1) AIA.

⁷⁶ Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 91; Mayer/Schlenk (Fn. 18), Rn. 791.

⁷⁷ 35 U.S.C. § 102(g), cl. 2.

⁷⁸ S. oben C. II. 1.

⁷⁹ Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 92; Mayer/Schlenk (Fn. 18), Rn. 812; Mueller (Fn. 25), S. 182.

⁸⁰ Burk, IIC 2011, 627; Stedman, IIC 1971, 241, 249 f.

Verfahren geschaffen, mit welchem ein Erfinder geltend machen kann, dass die in einer früheren Anmeldung als Erfinder benannte Person die Erfindung nur abgeleitet und die Patentanmeldung ohne Einwilligung eingereicht hat.⁸¹ Ein solches Verfahren kann nur innerhalb eines Jahres nach der ersten Veröffentlichung eines Patentanspruchs, mit dem die gleiche oder eine im Wesentlichen gleiche Erfindung beansprucht wird, beantragt werden.⁸² Die Entscheidung im *derivation*-Verfahren ergeht durch das PTAB.⁸³ Da Anmeldungen durch Nicht-Erfinder die Gerichte in der Vergangenheit nur selten beschäftigt haben, ist zu erwarten, dass die praktische Bedeutung des neuen Verfahrens gering sein wird.⁸⁴

III. Reissue-Verfahren

Stellt sich nach der Erteilung des Patents heraus, dass dieses wegen Fehlern in der Beschreibung oder der Zeichnung oder infolge eines zu weit oder zu eng gefassten Anspruchs unbrauchbar oder ungültig ist, kann der Patentinhaber nach 35 U.S.C. § 251(a), cl. 1, durch Einreichung einer neuen Anmeldung die „Wiedererteilung“ (*reissue*) des Patents beim USPTO verlangen, wenn er ohne betrügerische Absicht gehandelt hat. Beansprucht werden darf nur die ursprünglich offenbarte Erfindung in korrigierter Fassung; neue Gegenstände können nicht in das Verfahren eingeführt werden.⁸⁵

IV. Reexamination-Verfahren

Mit der *ex parte reexamination* und der *inter partes reexamination* stellte das Patentgesetz nach altem Recht zwei Verfahren bereit, mit denen jede Person zu jeder Zeit die nochmalige Überprüfung bereits erteilter Patente beim USPTO beantragen konnte, um die aufwendigere und kostenintensivere Inanspruchnahme der Gerichte (zunächst) zu vermeiden.⁸⁶ Die *ex parte reexamination*, die noch immer im Gesetz vorgesehen ist, wird im Wesentlichen nur zwischen dem USPTO und dem Patentinhaber durchgeführt. Demgegenüber erlaubte die durch den America Invents Act umbenannte und stark überarbeitete *inter partes reexamination* die umfassende Beteiligung eines Dritten.

1. Frühere Rechtslage

Beiden Alternativen war gemeinsam, dass die Nachprüfung auf neue Erkenntnisse zum Stand der Technik, die sich aus einem Patent oder einer gedruckten Veröffentlichung ergaben, beschränkt war.⁸⁷ Damit befasste sich die Behörde allein mit der Neuheit und der Erfindungshöhe der in Rede stehenden Erfindung erneut.⁸⁸ Eine Nachprüfung wurde jeweils nur durchgeführt, wenn die vorgelegten oder andere Unterlagen eine wesentlich neue Frage der Patentierbarkeit (*substantial new question of patentability*) aufwarfen.⁸⁹ Das USPTO sucht dieses unscharfe Kriterium, das der Verhinderung von Missbräuchen dient⁹⁰ und für die *ex parte reexamination* noch immer Geltung beansprucht, dadurch zu konkretisieren, dass es nur solches Material genügen lässt, das ein vernünftiger Patentprüfer bei der Beurteilung der Patentfähigkeit für wichtig halten würde.⁹¹ In der Literatur wurden sowohl der beschränkte Prüfauftrag des USPTO als auch die Hürde der *substantial new question of patentability* kritisiert, da diese verhinderten, dass sich die behördliche Nachprüfung zu einer gleichwertigen Alternative zum gerichtlichen Streitverfahren entwickeln könne.⁹² Tatsächlich nahm die praktische Bedeutung der *reexamination*-Verfahren in den letzten Jahren zu, doch blieb die damit verbundene Entlastungswirkung gleichwohl hinter den Erwartungen zurück.⁹³

Entscheidet sich der Dritte für das *ex parte*-Verfahren, kann seine Identität vertraulich behandelt werden⁹⁴ und er wird nur mit seinem Antrag und einer Erwiderung auf die erste Stel-

lungnahme des Patentinhabers gehört.⁹⁵ Der weitere Verfahrensgang richtet sich nach den Vorschriften über das Patenterteilungsverfahren,⁹⁶ sodass dem Dritten eine weitergehende Einflussnahme nicht möglich ist. Auch kann er keine Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Patentamts einlegen.⁹⁷

Wählte der Dritte hingegen das *inter partes*-Verfahren, so wurde ihm der Schriftwechsel zwischen dem Patentinhaber und der Behörde zur Kenntnis gebracht und er konnte auf Erklärungen des Patentinhabers erwidern.⁹⁸ Bestätigte das USPTO das Vorliegen der Schutzvoraussetzungen, konnte sich der Dritte hiergegen mit Beschwerde und Berufung zur Wehr setzen.⁹⁹ Wurde die Patentfähigkeit unanfechtbar festgestellt, durfte sich der Dritte auf materielle Mängel, die er im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht hat oder hätte machen können, in einem späteren Zivilprozess nicht mehr berufen (*estoppel*).¹⁰⁰ Dieser Ausschluss war folglich auf den Einwand fehlender Neuheit und Erfindungshöhe beschränkt. Er wurde gleichwohl kritisch bewertet, da er zu weitgehend sei und Dritte von einer Nutzung des *inter partes*-Verfahrens abschrecke.¹⁰¹

2. Änderungen durch den America Invents Act

Beide Verfahren waren in unterschiedlichem Maße von Änderungen durch den *America Invents Act* betroffen.

a) Ex parte reexamination

Das *ex parte*-Verfahren wurde vom America Invents Act nur geringfügig berührt. Gemäß 35 U.S.C. § 301(a)(2) n.F. kann jede Person nunmehr nicht nur Patente und gedruckte Veröffentlichungen, sondern auch Stellungnahmen, die der Patentinhaber in einem Verfahren vor einem Bundesgericht oder beim USPTO abgegeben hat und welche eine Erklärung zur

⁸¹ 35 U.S.C. § 135 i.d.F. durch sec. 3(i) AIA. Die Bestimmung tritt am 16. März 2013 in Kraft und ist auf alle Patentanmeldungen, die an diesem Tag oder später eingereicht werden, anzuwenden; s. sec. 3(n)(1) AIA.

⁸² 35 U.S.C. § 135(a), cl. 3, i.d.F. durch sec. 3(i) AIA.

⁸³ 35 U.S.C. § 6(b)(3) i.d.F. durch sec. 7(a)(1) AIA.

⁸⁴ Janicke, GRUR Int. 2011, 887, 894 f.

⁸⁵ 35 U.S.C. § 251(a); 37 C.F.R. § 1.173(a), cl. 2.

⁸⁶ Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 87; Mueller (Fn. 25), S. 313; Janis, 10 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 481, 486 f. (2000).

⁸⁷ 35 U.S.C. §§ 301, 311(a) a.F.

⁸⁸ Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 87; Mueller (Fn. 25), S. 315 f. Krit. zu dieser Beschränkung Janis, 10 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 481, 486 f. (2000).

⁸⁹ 35 U.S.C. §§ 303(a), 304, cl. 1, 312(a), 313, cl. 1, a.F. Krit. zu dieser Voraussetzung Janis, 10 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 481, 487 f. (2000)

⁹⁰ In re Portola Packaging, 110 F.3d 786, 790 (Fed. Cir. 1997).

⁹¹ Vgl. USPTO, MPEP § 2242, I.

⁹² Janis, 10 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 481, 487 (2000).

⁹³ Im Jahre 2011 wurden 759 Anträge auf Einleitung eines *ex parte*-Verfahrens (2006: 643) und 374 Anträge auf Einleitung eines *inter partes*-Verfahrens (2006: 126) gestellt; s. USPTO, Performance and Accountability Report 2011, S. 171, im Internet erhältlich unter <http://www.uspto.gov/about/stratplan/ar/2011/USPTOFY2011IPAR.pdf> [zuletzt besucht am 17.11.2012].

⁹⁴ 35 U.S.C. § 301, cl. 3, a.F.; nunmehr 35 U.S.C. § 301(e) i.d.F. durch sec. 6(g)(1) AIA.

⁹⁵ 35 U.S.C. § 304, cl. 4.

⁹⁶ 35 U.S.C. § 305, cl. 1.

⁹⁷ Götting/Fikentscher (Fn. 27), Rn. 88.

⁹⁸ 35 U.S.C. § 314(b) a.F.

⁹⁹ 35 U.S.C. § 315(b)(1) a.F.

¹⁰⁰ 35 U.S.C. § 315(c), cl. 1 a.F.

¹⁰¹ Mueller (Fn. 25), S. 321 f.; Janis, 10 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 481, 492-494 (2000).

Reichweite seiner Patentansprüche enthalten, beim Patentamt einreichen.¹⁰² Diese Informationen kann die Behörde bei der Prüfung von Patentansprüchen im Rahmen einer *ex parte reexamination*, eines *inter partes review* oder eines *post-grant review* berücksichtigen.¹⁰³

b) *Inter partes review*

Die *inter partes reexamination* wurde durch die Gesetzesnovelle in *inter partes review* umbenannt.¹⁰⁴ Die betreffenden Vorschriften gelten seit dem 16. September 2012 für alle Patente.¹⁰⁵ Der Prüfungsumfang bleibt beschränkt.¹⁰⁶ Der Antrag auf Verfahrenseröffnung darf aber erst neun Monate nach der Erteilung oder „Wiedererteilung“ des Patents oder nach dem Ende eines *post-grant-review*-Verfahrens gestellt werden.¹⁰⁷

Der Dritte muss die angezweifelte Ansprüche des Patentinhabers genau benennen und die von ihm erkannten Mängel erläutern und belegen.¹⁰⁸ Hierzu darf der Patentinhaber Stellung nehmen.¹⁰⁹ Das USPTO leitet das Verfahren nur ein, wenn nach summarischer Prüfung des Begehrens eine „vernünftige Wahrscheinlichkeit“ dafür besteht, dass der Antrag im Hinblick auf mindestens einen Anspruch des Patentinhabers begründet ist.¹¹⁰ Dieser Maßstab unterscheidet sich begrifflich von der Schwelle der *substantial new question of patentability*. Inhaltlich sind aber keine Änderungen zu erwarten, da ein vernünftiger Patentprüfer auch bisher nur solche Erkenntnisse für *wichtig* gehalten haben dürfte, die eine Änderung des Prüfergebnisses wahrscheinlich erscheinen ließen.¹¹¹

Das eröffnete Verfahren wird vor dem PTAB geführt.¹¹² Der Patentinhaber hat nur einmal die Gelegenheit, eine Änderung seines Patents zu beantragen.¹¹³ Gegen eine Entscheidung des PTAB über die Gültigkeit des Patents können die Beteiligten sofort Berufung beim CAFC einlegen.¹¹⁴ Werden die Neuheit und die Erfindungshöhe endgültig bejaht, greift erneut eine *estoppel*-Regelung, die künftig auch für Verfahren vor dem Patentamt gilt.¹¹⁵

V. Änderung durch den America Invents Act: *Post grant review*

Der *America Invents Act* führte mit dem *post-grant review* ein neues Verfahren vor dem USPTO ein, mit welchem ein Dritter umfassend die Ungültigkeit eines Patents geltend machen kann.¹¹⁶ Die Vorschriften traten am 16. September 2012 in Kraft und betreffen im Grundsatz Patente, die am 16. März 2013 oder später angemeldet werden.¹¹⁷ Anders als bei den *reexamination*- oder dem *inter-partes-review*-Verfahren kann der Antragsteller alle Unwirksamkeitsgründe vorbringen, die er einem Kläger in einem Patentverletzungsverfahren entgegenhalten könnte, zum Beispiel die fehlende Bestimmtheit des Patentanspruchs oder die unzureichende Offenbarung der Erfindung.¹¹⁸

Der Antrag auf Einleitung des Verfahrens darf nicht später als neun Monate nach der Erteilung des Patents im Patenterteilungs- oder im *reissue*-Verfahren gestellt werden.¹¹⁹ Danach wird der Dritte auf das weniger umfangreiche *inter-partes-review*-Verfahren verwiesen. Die Anforderungen an den Antrag entsprechen denen, die beim *inter partes review* zu beachten sind.¹²⁰ Das USPTO eröffnet das Verfahren, wenn eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ dafür besteht, dass mindestens ein Anspruch des Patentinhabers unwirksam ist.¹²¹ Ob die hierdurch geschaffene Schwelle oberhalb der „vernünftigen Wahrscheinlichkeit“ liegt, ist offen. Zuständig für die Durchführung des Verfahrens ist wiederum das PTAB,¹²² dessen Entscheidung vor dem CAFC angefochten

werden kann.¹²³ Steht die Gültigkeit des Patents endgültig fest, ist der Antragsteller daran gehindert, diese in anderen Verfahren vor dem Patentamt oder in einem Zivilprozess aus Gründen, die er im *post-grant-review*-Verfahren geltend gemacht hat oder hätte geltend machen können, noch einmal in Frage zu stellen.¹²⁴

Die Einführung des *post-grant-review*-Verfahrens ist grundsätzlich positiv zu bewerten, da Wettbewerber künftig selbstständig eine umfassende Prüfung fremder Patente veranlassen können und sich nicht länger auf einen Patentverletzungs- oder Feststellungsprozess verweisen lassen müssen. Hierdurch wird eine Chancengleichheit auch im Verwaltungsverfahren hergestellt. Befürchtet wird aber, dass vermögende Marktteilnehmer das Instrument ausnutzen, um schlechter situierte Konkurrenten in umfassende Nachprüfungsverfahren zu verwickeln, die mit Unsicherheiten und Kosten verbunden sind und nicht auf die Schutzdauer angerechnet werden.¹²⁵

VI. Änderung durch den America Invents Act: *supplemental examination*

Für den Patentinhaber wurde zudem die Möglichkeit geschaffen, eine ergänzende Prüfung seines Patents beim USPTO zu beantragen, um die erstmalige oder erneute Berücksichtigung oder Korrektur von Informationen, die er für relevant hält, herbeizuführen.¹²⁶ Die Vorschrift gilt seit dem 16. September 2012 für alle Patente.¹²⁷ Der Vorteil des Verfahrens für den Patentinhaber ergibt sich aus 35 U.S.C. § 257(c)(1), cl. 1, n.F.: Eine Angabe, die im Patenterteilungsverfahren nicht oder nur mangelhaft berücksichtigt wurde oder falsch war, später aber in eine ergänzende Prüfung einbezogen wurde, kann nicht Grundlage für den Einwand der Undurchsetzbarkeit des Patents im Patentverletzungsprozess sein. Im Hintergrund dieser Regelung steht die ständige Rechtsprechung, wonach Patente undurchsetzbar im Sinne von 35 U.S.C. § 282(b)(1) werden, wenn sich der Patentan-

¹⁰² Die Vorschriften gelten seit dem 16. September 2012 für alle Patente; s. sec. 6(g)(3) AIA.

¹⁰³ 35 U.S.C. § 301(d), cl. 1, i.d.F. durch sec. 6(g)(1) AIA.

¹⁰⁴ Sec. 6(a) AIA.

¹⁰⁵ Sec. 6(c)(2)(A) AIA.

¹⁰⁶ Vgl. 35 U.S.C. § 311(b) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹⁰⁷ 35 U.S.C. § 311(c) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹⁰⁸ 35 U.S.C. § 312(a)(3) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹⁰⁹ 35 U.S.C. § 313 i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹¹⁰ 35 U.S.C. § 314(a) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹¹¹ A.A. *Ohly*, 23 Intell. Prop. & Tech. L.J. 3, 5 (2011), der mit der neuen Formulierung eine Erhöhung der Hürde verbindet.

¹¹² 35 U.S.C. § 316(c) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹¹³ 35 U.S.C. § 316(d)(1) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA. Es ist dem Patentinhaber aber nicht gestattet, seine Ansprüche zu erweitern oder *new matter* einzuführen; s. 35 U.S.C. § 316(d)(3) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹¹⁴ 35 U.S.C. § 319, cl. 1, i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹¹⁵ 35 U.S.C. § 315(e) i.d.F. durch sec. 6(a) AIA.

¹¹⁶ 35 U.S.C. §§ 321-329 i.d.F. durch sec. 6(d) AIA.

¹¹⁷ Sec. 6(f)(2)(A) AIA.

¹¹⁸ *Janicke*, GRUR Int. 2011, 887, 888.

¹¹⁹ 35 U.S.C. § 321(c) i.d.F. durch sec. 6(d) AIA.

¹²⁰ 35 U.S.C. § 322(a)(3) i.d.F. durch sec. 6(d) AIA.

¹²¹ 35 U.S.C. § 324(a) i.d.F. durch sec. 6(d) AIA. Das Verfahren kann gemäß 35 U.S.C. § 324(b) i.d.F. durch sec. 6(d) AIA auch eingeleitet werden, wenn der Antrag eine neue oder ungeklärte Rechtsfrage, die auch für andere Patente oder Patentanmeldungen wichtig ist, aufwirft.

¹²² 35 U.S.C. §§ 326(c) i.d.F. durch sec. 6(d) AIA.

¹²³ 35 U.S.C. § 329, cl. 1, i.d.F. durch sec. 6(d) AIA.

¹²⁴ 35 U.S.C. § 325(e) i.d.F. durch sec. 6(d) AIA.

¹²⁵ *Janicke*, GRUR Int. 2011, 887, 888 f.

¹²⁶ 35 U.S.C. § 257 i.d.F. durch sec. 12(a) AIA.

¹²⁷ Sec. 12(c) AIA.

melder im Patenterteilungsverfahren unlauter verhält, weil er absichtlich Informationen verheimlicht oder falsch wiedergibt (*inequitable conduct*).¹²⁸ Diesem drohenden Verteidigungseinwand kann der Patentinhaber künftig durch die ergänzende Prüfung begegnen, sofern sein Verhalten insbesondere nicht den Ausschlussgrund der erheblichen Täuschung erfüllt.¹²⁹ Nach dem Eingang des Antrags untersucht der Patentprüfer, ob die Angaben des Patentinhabers eine wesentlich neue Frage der Patentierbarkeit beinhalten. Ist dies der Fall, wird eine Nachprüfung nach den Vorschriften über die *ex parte reexamination* vorgenommen.¹³⁰

E. Fazit

Der America Invents Act führt in weiten Teilen eine Annäherung des US-Patentrechts an die Patentrechte anderer Staaten herbei, lässt die Bemühungen aber zuweilen unfertig wirken. So wurde mit dem *first-inventor-to-file*-System ein „Hybrid“¹³¹ geschaffen, das weder dem traditionellen Ansatz im amerikanischen Recht noch dem Verständnis in anderen Staaten der Welt folgt. Auch bleiben das *best mode requirement* (mit zweifelhaftem Gehalt) und die Neuheitsschonfrist bestehen. Mit dem *post-grant review* wurde den Wettbewerbern ein Instrument zur umfassenden Prüfung fremder Patente an die Hand gegeben, das dem US-Patentrecht viel von seiner

oft beklagten Einseitigkeit zugunsten des Erfinders nimmt. Auf kurze Sicht nimmt die Komplexität des US-Patentrechts durch das Nebeneinander von *first-to-file*- und *first-inventor-to-file*-System und die unterschiedlichen Zeitpunkte des Inkrafttretens der neuen Vorschriften noch zu. Auch fallen hohe Kosten für die Umstellung an.¹³² Auf mittlere Sicht führt die Annäherung aber zu einer Erhöhung des gegenseitigen Verständnisses und zu einer Senkung der Ausgaben. Auf lange Sicht ist zu hoffen, dass der US-Gesetzgeber den Kurs zur weiteren Harmonisierung hält, um die Unterschiede zu den Patentrechten anderer Nationen, die mitunter gerade auch zu Lasten der amerikanischen Erfinder gehen, weiter abzubauen.

¹²⁸ Digital Control v. The Charles Machine Works, 437 F.3d 1309, 1313 (Fed. Cir. 2006); Dippin' Dots v. Mosey, 476 F.3d 1337, 1345 (Fed. Cir. 2007).

¹²⁹ Vgl. 35 U.S.C. § 257(e), cl. 1, i.d.F. durch sec. 12(a) AIA.

¹³⁰ Der Patentinhaber hat aber kein Recht zur Stellungnahme, s. 35 U.S.C. § 257(b), cl. 1, 2, i.d.F. durch sec. 12(a) AIA.

¹³¹ Burk, IIC 2011, 627, 628.

¹³² Burk, IIC 2011, 627, 628; Claessen, IPRB 2011, 280, 283; Leip, Börsen-Zeitung v. 28.12.2011, S. 2.

Christoph Schoppe*

Der Strafgrund der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)

A. Einführung

Nach § 216 StGB wird mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft, wer zur Tötung eines anderen Menschen durch dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen bestimmt wurde. Damit berührt die Norm ein rechtspolitisch brisantes Thema: „Strafrecht an der Grenze zwischen Leben und Tod“. Sie beschränkt die Freiheit des Sterbewilligen enorm. Damit stellt sie einen Fremdkörper in der strafrechtlichen Einwilligungsdogmatik dar, die grundsätzlich von der Disponibilität von Individualrechtsgütern ausgeht. Im Einzelfall ergeben sich Wertungswidersprüche, die es zu erklären gilt.

Vor diesem Hintergrund wurde die kriminalpolitische Forderung erhoben, § 216 StGB komplett zu streichen, da er eine überkommene, paternalistische Norm sei.¹ Dieser Aufsatz möchte die Gegenposition einnehmen: § 216 StGB ist Ausdruck einer gesetzgeberischen Entscheidung, an der Grenze des Strafrechts das absolute Fremdtötungstabu zu bestätigen; wichtig sind hier die Begriffe *absolut* und *Fremdtötung*. Nichtsdestotrotz steht die Norm unter einem erhöhten Rechtfertigungsdruck (**B.**). Eine erste Erklärung könnte sein, dass § 216 StGB eine paternalistische Regelung sei, wobei auf diese Weise keine Rechtfertigung der Norm gelingen kann (**C.I.**). Auch eine Rechtfertigung über die Menschenwürde kommt nicht in Betracht (**C.II.**). Diese beiden Konzepte setzen bei der Person des Sterbewilligen an und lassen sich demnach als individualistisch bezeichnen. § 216 StGB ist jedoch allein durch allgemeine Interessen zu rechtfertigen (**D.**). Insbesondere ergibt sich hieraus kein Wertungswiderspruch zu der Gesetzessystematik, sodass die absolute Achtung des Fremdtötungstabus die kriminalpolitische Rechtfertigung der Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen darstellt.

B. Einwilligungprobleme und mögliche Wertungswidersprüche

Strafnormen schützen jeweils ein Rechtsgut.² Im Falle der Tötungsdelikte ist dies das Leben. Die Formulierung der Tatbestände und die Überschrift des sechzehnten Abschnitts des StGB – „Straftaten gegen das Leben“ – sind hier sehr deutlich. Das Leben ist ein Individualrechtsgut. Im Falle von Individualrechtsgütern wird jedoch aus der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)³ oder aus der Rechtsgutshaberschaft⁴ gefolgert, dass eine Einwilligung in eine Rechtsgutsverletzung im Grundsatz zur Straflosigkeit führt.⁵ Der Handlung wohnt bei einem Rechtsgutsverzicht kein hinreichender Unrechtsgehalt mehr inne. § 216 StGB stellt aber gerade solche Fälle unter Strafe, bei denen die Tötung auf „das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten“ hin erfolgt. Im Falle einer ausdrücklichen und ernstlichen Einwilligung entfällt die Strafbarkeit hier also gerade nicht. Lediglich die Strafandrohung sinkt. Andererseits werden an diese nicht-strafbefreiende Einwilligung besonders hohe Anforderungen gestellt.

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

¹ Jakobs, in: FS Arth. Kaufmann, 1993, S. 459, 470; Dreier, JZ 2007, 317, 320 schließt die Streichung wohl nicht aus.

² Vgl. Hassemer/Neumann, in: Nomos-Kommentar StGB³, 2010, vor § 1 Rn. 109 ff. m.w.N. auch zur Kritik an dieser Aussage.

³ Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil⁵, 1996, S. 377; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder²⁸, 2010, vor § 32 Rn. 32 ff.; eingehend Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2000, S. 10 m.w.N.

⁴ Vgl. auch zu dieser Auffassung Rönnau (Fn. 3), S. 10 (dort Fn. 5).

⁵ Ob nun letztlich schon die Tatbestandserfüllung entfällt oder die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund zu sehen ist, kann hier offen bleiben; entscheidend ist die Rechtsfolge Straflosigkeit.

Es handelt sich daher bei der Konzeption des Tatbestandes um einen Fremdkörper innerhalb der Einwilligungsdogmatik. Dies ist ein erster Grund, von einem erhöhten Rechtfertigungsdruck zu sprechen, der auf § 216 StGB lastet. Versuche, die Indisponibilität des Rechtsguts „Leben“ zu erklären, bestehen zumeist in der Konstruktion von objektiven Einwilligungssperren individueller oder überindividueller Natur. Diese Einwilligungssperren wirken in letzter Konsequenz strafbarkeitsbegründend. Insofern weist *Neumann* treffend darauf hin, dass diese verkürzte Formel von der grundsätzlichen Unverfügbarkeit des menschlichen Lebens⁶ eher eine Beschreibung als eine Begründung sei.⁷ Eine Begründung wird deshalb im Folgenden gesucht werden.

Es stellt sich aber noch ein weiteres Problem im Zusammenhang mit § 216 StGB: Die Beihilfe zum Suizid ist in Deutschland straffrei.⁸ Zur Abgrenzung zwischen solch einer straflosen Beihilfe und einer strafbaren Tötung auf Verlangen wird – jedenfalls von der herrschenden Lehre⁹ – die Tatherrschaft über den todbringenden Moment herangezogen. Dies hat aber zur Folge, dass beinahe gleich gelagerte Szenarien einmal als Suizidbeihilfe straffrei bleiben und andernfalls über § 216 StGB pönalisiert werden. Ein plastisches Beispiel für einen solchen Grenzfall ist das einer tödlichen Injektion:¹⁰ Wer eine tödliche Spritze verabreicht, ist strafbar. Wer die Spritze vorbereitet und ansetzt, die letale Injektion aber dem Sterbewilligen überlässt, bleibt straffrei. Auch diese Unterscheidung bedarf einer Rechtfertigung.

C. Individualistische Begründungen

Oben wurde zwischen individuellen und allgemeinen Strafgründen unterschieden. Sucht man auf der ersten, individuellen, Ebene nach dem Strafgrund der Tötung auf Verlangen, lassen sich zwei Ansätze unterscheiden: Entweder stellt die Norm eine paternalistische Schutzvorschrift dar (**I.**) oder sie ist ein Ausfluss der Menschenwürde des Sterbewilligen selbst, die der Staat lediglich schützt (**II.**).

I. Paternalistische Ansätze

Eine paternalistische Erklärung kann entweder von der Fehlerhaftigkeit der Einwilligung in die Fremdtötung ausgehen (**1.**) oder den Paternalismus als Übereilungsschutz darstellen (**2.**). Keine der beiden Erklärungen kann jedoch den Wortlaut von § 216 StGB erklären und in die Systematik des Gesetzes eingepasst werden (**3.**).

1. Fehlerhafte Einwilligung

Geht man davon aus, dass die Einwilligung in eine Fremdtötung *per se* fehlerbehaftet und somit nicht wirksam ist, würde dies erklären, warum gegebenenfalls beinahe gleich gelagerte Fälle teils straffrei (Suizidbeihilfe), teils strafbewehrt (Tötung auf Verlangen) sind.

Nun lässt sich argumentieren, dass in den meisten Fällen der gewollten Fremdtötung dem Sterbewilligen auch die „herkömmlichen“ Suizidwege offen stünden oder er die Tatherrschaft über den todbringenden Moment selbst übernehmen könne.¹¹ Dass man sich dennoch für die Tötung durch einen Dritten entscheide, sei dann ein Indiz dafür, dass der Entschluss, aus dem Leben scheiden zu wollen, nicht hinreichend gereift sei. Der Suizid zeichne sich dadurch aus, dass eine besonders hohe Hemmschwelle zu überwinden sei. Der Sterbewillige müsse mit seinem natürlichen Selbsterhaltungstrieb eigenhändig brechen.¹² Nur wenn man bereit sei, diese Hemmschwelle selbst zu überwinden, könne auf eine Strafdrohung verzichtet werden.¹³ Andernfalls, das heißt in den Fällen des § 216 StGB, müsse es bei einer Strafe bleiben. Im

Ergebnis wird demjenigen, der „nur“ in eine Tötung auf Verlangen einwilligt, die „tiefere Ernsthaftigkeit seines Entschlusses“¹⁴ abgesprochen; so formulierte *Roxin* plastisch: „[V]iele haben sich die Pistole schon an die Schläfe gesetzt, aber wenige haben den Mut abzudrücken...“¹⁵

Eine solche Sichtweise stützt sich jedoch auf die Annahme, dass Sterbewillige die Entscheidung, ihr eigenes Leben von fremder Hand beenden zu lassen, nicht treffen können. Vielmehr setzt der Gesetzgeber seine Entscheidung an die Stelle derjenigen des freien Individuums. Den Vorwurf des Paternalismus,¹⁶ der einer solchen Herangehensweise innewohnt, erkennen die Anhänger dieser Sichtweise zum Teil selbst. Sie argumentieren jedoch, diese Bevormundung sei ein Paternalismus, der unmittelbar die Autonomie einer endgültigen Entscheidung schützen wolle.¹⁷ Weiterhin sei das Eingreifen des Gesetzgebers in Form von § 216 StGB gerechtfertigt, da für den endgültig Sterbewilligen stets eine Selbsttötung (gegebenenfalls mit strafloser Teilnahme eines anderen) möglich und die Bevormundung somit nie endgültig sei.¹⁸

Dieses Erklärungsmuster verkennt aber, dass der „herkömmliche“ Suizid auf oft erniedrigende, tragische oder gar brutale, schmerzvolle Art geschieht und Dritte traumatisieren kann.¹⁹ Vor diesem Hintergrund hinkt der Vergleich mit der „einsamen Selbsttötung“. Möchte der Sterbewillige nicht gezwungen werden, von einer Brücke oder vor einen Zug zu springen, müsste er vielmehr auf die Möglichkeit verwiesen werden, sich straflose Beihilfe zu seinem Suizid leisten zu lassen: Der Sterbewillige, der den „sanften“ Tod – beispielsweise durch eine tödliche Injektion – bevorzugt, die er alleine jedoch nicht beziehen kann, muss sich durch einen Arzt helfen lassen und letztendlich den Akt der Injektion selbst vornehmen. Der Arzt bleibt in diesem Fall straflos. Verändert man die obige Argumentation so, vermag sie zumindest den Einwand zu entkräften, sie verkenne die faktischen Widrigkeiten einer „einsamen“ Selbsttötung.

Dies wirft jedoch ein anderes Problem auf, dem sich die Anhänger einer individuell paternalistischen Theorie stellen müssen: Wenn im obigen Beispiel der Patient die Injektion – etwa aufgrund einer schweren Erkrankung – nicht selbst vornehmen kann, ist die Fremdtötung sein einziger Ausweg. Er hätte, wäre er dazu in der Lage gewesen, sich selbst straflos getötet; die Einwilligung würde auch die oben geforderte

⁶ *Haft*, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit⁸, 2005, S. 123; *Rengier*, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit¹⁵, 2012, § 6 Rn. 1 f.

⁷ *Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 2), § 216 Rn. 1.

⁸ St. Rspr. seit BGHSt 2, 150, 152; vgl. *Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 2), vor § 211 Rn. 92.

⁹ *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 216 Rn. 11; *Roxin*, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 177, 178; a.A. BGHSt 19, 135, 139 f.

¹⁰ Vgl. *Roxin* (Fn. 10), S. 177, 184; *Schroeder*, ZStW 106 (1994), 565.

¹¹ *Chatzikostas*, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001, S. 263 ff.

¹² *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 265.

¹³ *Roxin*, NSTZ 1987, 345, 348.

¹⁴ *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 266.

¹⁵ *Roxin* (Fn. 10), S. 177, 184.

¹⁶ *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB², Bd. 4, 2012, § 216 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 266 f.

¹⁸ *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 266 f.

¹⁹ *Brunhöber*, JuS 2011, 401, 403 nennt beispielhaft das verstümmelte Sterben auf den Bahngleisen und die Traumatisierung des Zugführers.

Hemmschwelle der Selbstaufgabe überwinden. Dennoch unterfallen solche Fälle dem Tatbestand des § 216 StGB. Somit versagt dieses Erklärungsmodell, wenn der Sterbewillige selbst physisch nicht in der Lage ist, sein Leben zu beenden.²⁰ Diesen Wertungswiderspruch wollen einige Autoren durch die Anwendung des § 34 StGB lösen.²¹ Allerdings käme eine weitgehende Anwendung der Rechtfertigung durch Notstand bereits einer nahezu vollständigen Einschränkung ebenjenes Schutzes gleich, den § 216 StGB gewähren möchte. Dies würde die Leistungsfähigkeit der Notstandsregeln überstrapazieren.²² Die Argumentation der Anhänger einer individualistischen, personalen Lehre vermag darüber hinaus in denjenigen Fällen nicht zu überzeugen, in denen auch ohne physische Unmöglichkeit des Suizids der Sterbewille absolut sicher feststeht.²³

2. Übereilungsschutz

Hieran knüpft eine von *Jakobs* vertretene Modifikation der paternalistischen Ansätze an: Wenn der Sterbewille sicher feststeht – und sei dies nur in einem Lehrbuchbeispiel –, bleibe kein Raum mehr für eine Erklärung, die unwiderleglich vermutet, dass der Fremdsterbewille stets fehlerhaft sei. Strafgrund des § 216 StGB solle deswegen nicht länger die vermutete Fehlerhaftigkeit der Einwilligung sein. Die Norm sei vielmehr als paternalistischer²⁴ Übereilungsschutz zu verstehen. Das spezifische Unrecht des Tatbestandes bestehe in der abstrakten Gefahr einer voreiligen Tötung.²⁵ Der Sterbewillige müsse seine Entscheidung, in den Tod gehen zu wollen, letztendlich aus guten Gründen treffen; nur dann könne der Staat ihn nicht mit Strafe daran hindern, dies zu tun.

Aber auch eine solche Modifikation vermag das oben ange-rissene Problem nicht zu lösen. Sie verlagert es lediglich an eine andere Stelle: Während die von *Chatzikostas* und *Roxin* vertretene Theorie einer fehlerhaften Einwilligung bei tatsächlich sicher feststehendem Willen scheitert, versagt *Jakobs'* Ansatz, wenn der Sterbewillige tatsächlich gute Gründe dafür hat, aus dem Leben zu scheiden zu wollen.²⁶ In solchen Fällen muss auch die Lehre vom Übereilungsschutz auf eine Strafflosigkeit qua Reduktion des Unrechtsgehalts der Norm zurückgreifen.²⁷

3. Grundsätzliche Probleme der paternalistischen Ansätze

Es bleibt also festzuhalten, dass paternalistische Lehren, die als Rechtsgut des § 216 StGB lediglich das Leben des Sterbewilligen schützen wollen, *prima facie* einen großen Vorteil haben: Sie vermögen es, den in Einzelfällen²⁸ bizarr anmutenden systematischen Widerspruch zwischen strafloser Suizidbeihilfe und strafbewehrter Tötung auf Verlangen zu erklären.²⁹ Diese beiden Ansätze haben jedoch zur Folge, dass diejenigen Fälle, in denen eine vermutete Fehlerhaftigkeit der Einwilligung ausgeschlossen bzw. die Einwilligung nach reiflicher Überlegung auf Basis guter Gründe erfolgt ist, aus dem Unrechtstatbestand des § 216 StGB ausgeklammert werden müssen.³⁰ Letztlich wird somit jedoch die Norm um ihren Hauptanwendungsbereich reduziert oder aber ihr Hauptanwendungsfall gerechtfertigt.³¹

Die beiden wichtigsten Argumente, die gegen alle paternalistischen Theorien sprechen, sind der Wortlaut und das Telos des § 216 StGB: Die Privilegierung kommt nur der Person zu, die durch das „ausdrückliche und ernstliche Verlangen“ des Sterbewilligen bestimmt wurde.³² Der Gesetzgeber hat also bereits bei der Fassung der Norm an Fälle einer übereilten oder mangelhaften Einwilligung gedacht. Gerade dieses Kriterium dient der Abgrenzung zwischen den §§ 212 und 216 StGB. Es entspricht dem Willen des Gesetz-

gebers, die Fälle, denen kein „ausdrückliches und ernstliches Verlangen“ zu Grunde liegt, mit dem Tatbestand des Totschlags zu erfassen. Es ist widersinnig, dass der Täter, der eine Person tötet, deren Einwilligung fehlerhaft oder übereilt war, überhaupt privilegierungswürdig sein soll. Obgleich die paternalistischen Sichtweisen einen systematischen Vorteil bieten, vermögen sie vor dem Wortlaut der Norm und gewichtigen teleologischen Bedenken nicht zu überzeugen.

II. Schutz der Menschenwürde

Eine weitere in Betracht kommende individuelle Einwilligungssperre ist die Menschenwürde des Opfers: Ein solcher Ansatz basiert auf der Annahme, dass der Sterbewillige, indem er sich von einem Dritten töten lässt, sich selbst zum Objekt des Handelns eines anderen macht.³³ Dies wäre nach der herrschenden Objektformel³⁴ ein Verstoß gegen die Menschenwürde. Diese zu schützen, ist gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“. Demzufolge sei § 216 StGB Ausdruck dieser Schutzpflicht.³⁵

Problematisch daran ist, dass der Einzelne sich auch in anderen Fällen wie etwa der Prostitution zum Objekt machen kann.³⁶ Dass die Selbsttötung anders gelagert sein soll als diese Konstellationen, wird damit begründet, dass die Verfügung über das eigene Leben eine irreversible Entscheidung sei und somit einen staatlichen Paternalismus in besonderer Weise rechtfertige, gar fordere.³⁷ Eine Erklärung bietet aber auch dies nicht. Denn Dispositionen über andere Rechtsgüter können ebenfalls irreversibel sein. Auch eine karitative Spende von Vermögenswerten oder die Einwilligung in die Zerstörung von Sachwerten führt zu einer unwiederbringlichen Rechtsgutsbeeinträchtigung.³⁸ Somit bliebe nur der formelhafte Verweis auf die „Unverfügbarkeit des Lebens“, der oben als lediglich deskriptiv bezeichnet wurde.

Demnach ließe sich eine solche Argumentation nur mit der

²⁰ *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), § 216 Rn. 6.

²¹ *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 264 Fn. 193; *Roxin* (Fn. 10), S. 177, 189 f. be-fürwortet hier eine Lösung, die zwar nicht zur Rechtfertigung, doch aber zur Straffreiheit führen soll.

²² So im Ergebnis *Hirsch*, in: FS Lackner, 1987, S. 597, 617.

²³ *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), § 216 Rn. 6.

²⁴ So auch *Müller* (Fn. 6), S. 119 f.

²⁵ *Jakobs* (Fn. 1), S. 459, 467 f.; *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), § 216 Rn. 8 und *Müller* (Fn. 6), S. 120 ff stimmen ihm hierbei im Ergebnis zu.

²⁶ *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), § 216 Rn. 7.

²⁷ *Jakobs* (Fn. 1), S. 459, 470; obgleich *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), § 216 Rn. 7 f. *Jakobs'* Erklärungsansatz zur *ratio* des § 216 StGB teilt, hält er die o.g. Reduktion des § 216 StGB für nicht angängig.

²⁸ Vgl. o. Fn. 9 ff.

²⁹ *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), § 216 Rn. 6, 8; *Simm*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 216 (133. Lfg. 2012) Rn. 2.

³⁰ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 112 ff.

³¹ *Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 2), § 216 Rn. 1.

³² *Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 2), § 216 Rn. 1; *Simm*, in: SK-StGB (Fn. 30), § 216 Rn. 2.

³³ *Wilms/Jäger*, ZRP 1988, 41, 44.

³⁴ *Enders*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 (13. Lfg. 2005) Rn. 38 ff. m.w.N., hebt jedoch hervor, dass diese Formel zunächst nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger anwendbar sei (Rn. 40); BVerwGE 64, 274, 274 ff. (Peep-Shows) kommt aber in genau dem Fall der freiwilligen Würdeaufgabe zwischen Privaten zu einer staatlichen Pflicht, die Menschenwürde zu schützen.

³⁵ *Müller* (Fn. 6), S. 160; *Wilms/Jäger*, ZRP 1988, 41, 42.

³⁶ *Wilms/Jäger*, ZRP 1988, 41, 42.

³⁷ *Wilms/Jäger*, ZRP 1988, 41, 42.

³⁸ *Schroeder*, ZStW 106 (1994), 565, 569.

besonderen Absolutheit der Menschenwürde rechtfertigen. Damit befände man sich immerhin im Fahrwasser der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im ersten Peep-Show-Fall.³⁹ Dennoch ist diese Denkweise bereits in sich widersprüchlich: Die Menschenwürde ist als freiheitlicher Gegenentwurf zur NS-Vergangenheit⁴⁰ dem Grundgesetz im ersten Absatz des ersten Artikels vorangestellt. Diese freiheitliche Garantie soll nun aber in freiheitsbeschränkender Weise gegen den Rechtsträger in Stellung gebracht werden.⁴¹ Ein Freiheitsgrundsatz kann nur Freiheiten schaffen, nicht jedoch die Freiheiten, die er verbürgt, vernichten. Die Argumentation kann sich zwar auf die in der Grundrechtsdogmatik anerkannte Figur der Grundrechte als objektive Werteordnung⁴² berufen. Sie müsste dann allerdings erklären, warum die Werteordnung, die aus den spezifischen Freiheiten entsteht und genau diese Freiheiten zu schützen bestimmt ist, gleichzeitig in sich freiheitsbeschränkend wirken können soll.⁴³ Insbesondere bei Schwerstkranken ist es schon allgemeinverständlich nicht mit dem Wunsch, „in Würde zu sterben“, vereinbar, die Menschenwürde diesem Sterbewunsch entgegenzusetzen.⁴⁴ Ein solcher Ansatz überzeugt mithin ebenfalls nicht. Dass die Annahme einer Menschenwürdeverletzung im Falle der Tötung auf Verlangen als eine übertriebene Ausdehnung gegen das Telos der Norm verstanden wird,⁴⁵ leuchtet vor diesem Hintergrund ein. Vielmehr ist es konsequent, den Tötungswunsch als finalen Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (wenn nicht gar des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das seinerseits einen engen Würdebezug hat) zu betrachten.⁴⁶

D. Allgemeininteressen als Rechtfertigungsgrundlage

Da weitere individuelle Einwilligungssperren, also Strafgründe, die Basis des § 216 StGB sein könnten, nicht ersichtlich sind, ist nun zu fragen, ob der Unrechtstatbestand sich möglicherweise aus einem Allgemeininteresse heraus erklärt. Zunächst könnte man die Rechtfertigung des Tötungsverbots aus dem Sozialstaatsprinzip oder einer generellen Existenzverpflichtung gegenüber der Gemeinschaft ableiten.⁴⁷ Die Verpflichtung des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft im engeren Sinne (Familie, Freunde) und im weiteren Sinne (Gesellschaft) kann jedoch nicht über seinen Tod hinausgehen.⁴⁸ Würde man eine derart starke Gemeinschaftsfixierung annehmen, wären Freiheitsrechte nur insoweit werthaltig, wie sie der Gemeinschaft dienen. Dies ist aber gerade nicht der Sinn von individuellen Freiheiten, die ebendiese als einen Mehrwert gegenüber dem bloßen Leben für das Kollektiv ansehen.

I. Beweisschwierigkeiten als Strafgrund

Ein erster Ansatz will § 216 StGB dadurch rechtfertigen, dass die Norm Beweisschwierigkeiten vermeidet. Nach der Fremdtötung kann der Getötete (logischerweise) nichts mehr darüber aussagen, ob tatsächlich eine Einwilligung vorgelegen hat. Es würden sich also – so wird argumentiert – im Falle der Straflosigkeit der Tötung auf Verlangen erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben, da derjenige, der einen Menschen getötet hat, sich immer auf eine Einwilligung des Opfers berufen könnte. Der Grundsatz *in dubio pro reo* täte sein Übriges. Es könnten gegebenenfalls auch Fälle verwerflicher Tötungen straflos bleiben.⁴⁹ Um keinen Anreiz für solche Schutzbehauptungen zu geben und die Möglichkeit straffreier verwerflicher Tötungen auszuschließen, dürfe man die Einwilligung in eine Fremdtötung nicht zulassen.

Es sprechen jedoch gewichtige Argumente gegen eine solche Sichtweise: Zunächst ergibt sich aus der Systematik des Ge-

setzes, dass das bemängelte Beweisproblem lediglich verschoben wird. Die Beweisschwierigkeiten entstehen nunmehr bei der Abgrenzung zwischen Totschlag und Tötung auf Verlangen; ein Mehrwert an Rechtssicherheit ist nicht ersichtlich.⁵⁰ Die Strafbarkeit würde mithin nicht durch ein tatsächliches Unrecht begründet werden, sondern durch den Verdacht einer verwerflichen Handlung. Eine solche bloße Verdachtsstrafe wäre mit der Unschuldsvermutung unvereinbar und somit verfassungswidrig.⁵¹ Ein reiner Verdacht des Missbrauchs reicht nicht aus, um die Einwilligungssperre zu begründen.

II. Die Bekräftigung des Tötungsverbots als Strafgrund

Bislang wurden alle kleinteiligeren Ansätze als Strafgrundlage des § 216 StGB abgelehnt. Es bleibt somit zu fragen, ob und wenn ja, inwieweit der Bestandsschutz eines generellen Tötungsverbots als Strafgrund in Stellung gebracht werden kann.⁵²

Auf den ersten Blick scheint eine solche Sichtweise schon im Ansatz zu kranken: Wie kann ein generelles Tötungsverbot Schutzgut sein, wo doch bereits der systematische Vergleich zur unbestritten straffreien Selbsttötung zeigt, dass das Tötungsverbot ohnehin nicht mehr absolut ist? Hierzu ist zu sagen, dass ein rechtlicher wie sachlicher Unterschied zwischen der Selbsttötung und der Fremdtötung besteht.⁵³ Das ist auch kein Widerspruch dazu, dass oben ausgeführt wurde, die Ernsthaftigkeit der Einwilligung könne sich nicht daran orientieren, ob eine Selbst- oder Fremdtötung vorliege. Der Unterschied liegt in der Handlung des Tötenden; dieser tötet willentlich einen anderen Menschen. Die Tötung eines anderen Menschen tangiert aber, anders als die Selbsttötung und die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung, das Interesse der Gesellschaft an der grundsätzlichen Achtung des Lebens der Mitmenschen.⁵⁴

Der Gedanke, dass das menschliche Leben einer besonderen Achtung bedarf, ist auch heute noch, ganz ohne religiöse Aufladung, nachvollziehbar.⁵⁵ Grundüberzeugung und

³⁹ BVerwGE 64, 274, 274 ff.; zurückhaltender ist BVerwGE 84, 314 (Peep-Show II), wo das Gericht bei gleichem Ergebnis nicht mehr auf die Menschenwürde abstellt.

⁴⁰ Enders, in: BK-GG (Fn. 35), Art. 1 Rn. 18.

⁴¹ Rönnau (Fn. 3), S. 163; Sternberg-Lieben (Fn. 31), S. 109 f.

⁴² BVerfGE 7, 198, 198 ff.

⁴³ Kubiciel, JZ 2009, 600, 603.

⁴⁴ Sternberg-Lieben (Fn. 31), S. 111; Fischer, Bucerius Law Journal (BLJ) 2011, 1 hält die Menschenwürde in der Sterbehilfedebatte für eine zwiespältige Argumentationskategorie.

⁴⁵ Chatzikostas (Fn. 12), S. 259.

⁴⁶ Sternberg-Lieben (Fn. 31), S. 108.

⁴⁷ Sternberg-Lieben (Fn. 31), S. 115 ff. m.w.N. stellt diese Versuche und deren Unzulänglichkeiten eingehender dar.

⁴⁸ Arth. Kaufmann, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, S. 144 f. zitiert nach Jakobs (Fn. 1), S. 459.

⁴⁹ Dreier, JZ 2007, 317, 320; Hirsch (Fn. 23), S. 597, 613; Krey/Heinrich/Nuys, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte¹⁴, 2008, Rn. 108.

⁵⁰ Rönnau (Fn. 3), S. 164 m.w.N.

⁵¹ Müller (Fn. 6), S. 185 f.; Rönnau (Fn. 3), S. 164; Sternberg-Lieben (Fn. 31), S. 107.

⁵² Dafür Dreier, JZ 2007, 317, 320; Sternberg-Lieben (Fn. 31), S. 120; im Ergebnis auch Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 216 Rn. 1; Krey/Heinrich/Nuys (Fn. 51), Rn. 108; Neumann, in: NK-StGB (Fn. 2), § 216 Rn. 1; Rönnau (Fn. 3), S. 165.

⁵³ Hirsch (Fn. 23), S. 597, 612.

⁵⁴ Hirsch (Fn. 23), S. 597, 612.

⁵⁵ So auch Herzberg, NJW 1996, 3043, 3047.

-verpflichtung muss, auch wenn Ausnahmefälle hiervon sicherlich zulässig und plausibel sind, stets die Achtung des fremden Lebensrechts sein. Jede noch so „gut gemeinte“ Tötung ist eine Missachtung dieses Lebensrechts. Selbst wenn dieses durch den Rechtsinhaber nicht mehr ausgeübt werden soll, lässt dies nicht die grundsätzliche Achtung für dieses Leben entfallen.

Man stelle sich einmal die Auswirkungen einer solchen Aufgabe der grundsätzlichen Tabuisierung der Fremdtötung vor: Es ist nicht absehbar, in welchen (gerade nur scheinbar) vergleichbaren Bereichen ebenfalls eine Forderung nach Strafflosigkeit erhoben werden würde.⁵⁶ Dies ist auch nicht durch den Einwand widerlegbar, dass vielleicht vergleichbare Fälle ihre wertungsgemäße Vergleichbarkeit zunächst unter Beweis stellen müssten.⁵⁷ Das Recht neigt dazu, graduell weitere kleine Schritte folgen zu lassen, sobald einmal ein erster Schritt gemacht wurde.⁵⁸ Solche kleinen Schritte müssen im Bereich des menschlichen Lebensschutzes jedoch effektiv unterbunden werden; diesen Beitrag leistet § 216 StGB. Richtigerweise ist die Norm ebenfalls als allgemeine, abstrakte Schutzvorschrift zur Sicherung aller Bürger vor (auch ungewollter) Fremdtötung zu verstehen.⁵⁹ Ist eine Einwilligung beispielsweise aufgrund von Bewusstlosigkeit oder einer anderen Störung der freien Meinungsbildung nicht möglich, so gilt es, den Einzelnen vor jeder noch so „gut gemeinten“ Tötung durch einen Arzt oder Vormund zu schützen.⁶⁰ Prägnant wie pathetisch formuliert *Bockelmann*: „[N]ie mehr könnte ein Leidender [...] den Arzt an sein Lager treten sehen, ohne die bange Frage in sich auftauchen zu fühlen, ob der Arzt als Helfer komme oder als Mörder.“⁶¹ Überspitzt, aber dennoch eindrucksvoll, wird hierdurch gezeigt, welche Folgen eine Aufweichung des absoluten Fremdtötungstabus haben könnte.⁶²

Um dies zu verhindern, muss die Norm den Appell aussenden, dass die Verletzung der Achtung fremden Lebens nicht gutzuheißen und (deshalb) strafrechtlich sanktioniert ist. Ihr kommt somit eine generalpräventive Wirkung zu.⁶³ Diese vom Strafzweck ausgehende Denkweise erklärt schlüssig, warum die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nicht durch die Einwilligung des Sterbewilligen entfallen kann. Die Grundlage dieses Erfordernisses wird hierbei in tief in der Gesellschaft verwurzelten Anschauungen, Ängsten und Bedürfnissen gesehen, die die Achtung dieses Tabus einfordern.⁶⁴

Man kann bezweifeln, dass alleine diese vage Furcht ausreichen soll, um dem erhöhten Rechtfertigungsdruck, unter dem Allgemeinrechtsgüter stehen,⁶⁵ gerecht zu werden. Im Ergebnis wird man dies aber annehmen müssen. Denn die Folgen einer partiellen Tötungsfreigabe sind nicht abzusehen. Angesichts der Absolutheit der Tötung, die nicht korrigierbar ist, erscheint es hier billig, frühzeitigen, strafrechtlichen Schutz auch dann zu gewähren, wenn die Wahrscheinlichkeit der Verletzung des Rechtsguts „Leben“ gering, aber nicht völlig ausgeschlossen ist.

Letztlich ist das Achtungsargument ein empirisches. Wäre mit absoluter Sicherheit vorhersehbar, dass die befürchtete Ausweitung ausbleiben würde, so ließe sich § 216 StGB nicht mehr rechtfertigen. Ein empirisches Argument muss sich gleichsam empirischer Kritik öffnen:⁶⁶ Auch die Kritiker sind bereit, einzugestehen, dass in den Niederlanden und Belgien Tendenzen zur systematischen Ausweitung von Ausnahmenvorschriften zum Tötungsverbot erkennbar sind.⁶⁷ Ebenso wird (wohlgemerkt auch von den Kritikern) auf die Ausdeh-

nung der Erlaubnis des Schwangerschaftsabbruchs aufgrund sozialer Notlagen hingewiesen.⁶⁸ Ein empirischer Gegenbeweis ist somit nicht geführt worden. Im Ergebnis beruht die geäußerte Kritik also nicht darauf, dass dem Dambruchargument seine Plausibilität abgesprochen würde,⁶⁹ sondern vielmehr darauf, dass die Norm eine generalpräventive Appellfunktion nicht erfülle. Der von § 216 StGB ausgehende Appell sei doch gerade systematisch widersprüchlich, da die Beihilfe zum Suizid erlaubt, die Tötung auf Verlangen hingegen verboten sei.⁷⁰ Diese vermeintliche Widersprüchlichkeit ist jedoch nicht schädlich für den Normappell. Die Normbotschaft ist, dass die Tötung eines *anderen* Menschen wegen der grundsätzlichen Achtung vor dem *fremden* Leben verboten sein soll, während der Suizid zumindest nicht strafbar ist. Dies wird dem Normadressaten klar.

Das gesellschaftliche Interesse an einer absoluten Aufrechterhaltung des Tötungstabus kann jedoch nur insoweit geschützt werden, wie der Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts dies zulässt. *Roxin* betont ausdrücklich, dass ein reiner Tabuschutz keine Rechtsgutsqualität erreichen kann.⁷¹ Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn es sich um Normen handelt, deren alleiniger Sinngehalt im Tabuschutz besteht. Im Fall der Tötung auf Verlangen könnte man annehmen, der überschießende Sinngehalt der Norm sei der Schutz der Gesamtgesellschaft vor Verwerfungen.⁷² Mit einer solchen Argumentation ließe sich indessen beinahe jedes Tabu derart „aufblähen“, dass es den Anschein hätte, bei seiner Verletzung drohe der gesellschaftliche Umsturz.⁷³

⁵⁶ *Hirsch* (Fn. 23), S. 597, 613.

⁵⁷ *Brunhöber*, JuS 2011, 401, 402.

⁵⁸ Vgl. hierzu beispielsweise die zunehmende Ausweitung des Gewaltbegriffs i.S.d. § 240 StGB; *Rengier* (Fn. 7), § 23 Rn. 2 ff.

⁵⁹ *Sternberg-Lieben* (Fn. 31), S. 118.

⁶⁰ *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 248; *Hirsch* (Fn. 23), S. 597, 613.

⁶¹ *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 24; so auch *Müller* (Fn. 6), S. 129.

⁶² *Onwuteaka-Philipsen et al.*, Lancet 2012, 908, 913 stellen jedoch fest, dass die Anzahl der Tötungen ohne Einwilligung des Patienten nach der Liberalisierung der aktiven Sterbehilfe zurückgegangen ist.

⁶³ *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 248; *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 602; *Rönnau* (Fn. 3), S. 164.

⁶⁴ *Herzberg*, NJW 1996, 3043, 3047. Die Theorie von *Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 39 ff. verfolgt argumentativ den gleichen Ansatz, stört sich aber an der Absolutheit des Tabus. Unten (D.III.) wird jedoch noch erläutert werden, dass das Tabu nicht so allumfassend gemeint sein kann, wie *Göbel* dies annimmt. Somit kann er ebenfalls zu den Vertretern der hier vertretenen Auffassung gezählt werden.

⁶⁵ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 2), vor § 1 Rn. 138; *Hefendehl*, in: *Hefendehl/Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 199, 129.

⁶⁶ *Brunhöber*, JuS 2011, 401, 402 argumentiert an dieser Stelle zu einfach, indem sie, anstatt eigene Argumente zu nennen, lediglich darauf verweist, die Achtungstheoretiker könnten ihre Meinung selbst nicht empirisch unterfüttern. Dies verkennt, dass eine These widerlegt werden muss und nicht durch ihre bloße Thesehaftigkeit bereits als unzulänglich anzusehen ist.

⁶⁷ *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 602 m.w.N.; a.A. *Onwuteaka-Philipsen et al.*, Lancet 2012, 908, 913: Die niederländische Studie sieht die Fallzahlen aktiver Sterbehilfe (nach einem kurzen Anstieg um 2005) wieder auf demselben Niveau wie vor der gesetzlichen Liberalisierung.

⁶⁸ *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 602.

⁶⁹ *Chatzikostas* (Fn. 12), S. 250.

⁷⁰ *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 602.

⁷¹ *Roxin*, Allgemeiner Teil⁴, 2006, § 2 Rn. 43.

⁷² *Göbel* (Fn. 65), S. 41 ff. m.w.N.; *Rudolphi*, in: SK-StGB (Fn. 30), vor § 1 (26. Lfg. 1997) Rn. 11.

⁷³ *Rönnau* (Fn. 3), S. 165.

Es ist jedoch wichtig, hierbei zu beachten, dass diese Diskussion sich in einem kriminalpolitischen Randbereich abspielt. Wie stark die Vorstellungen hinsichtlich der Grenze zwischen einem reinen Tabu und einem Tabu mit dahinter stehendem Rechtsgut verbunden sind, zeigt der Fall des § 173 StGB, welcher den Beischlaf zwischen Verwandten sanktioniert. Während *Roxin* hiermit eindeutig eine bloße Moralvorstellung geschützt sieht,⁷⁴ hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Norm bejaht (freilich ohne sich auf die Rechtsgutstheorie zu stützen).⁷⁵ Indizwirkung in dieser kriminalpolitischen Entscheidung entfaltet ein Erst-Recht-Schluss aus den §§ 173, 183, 183a und 189 StGB.⁷⁶ Wenn alle diese Normen anerkannt sind, die jeweils Tabus unterhalb der Grenze des Lebens schützen, dann muss ein Tabu, das sich auf das Leben bezieht, erst recht anzuerkennen sein. Ein solcher Vergleich begegnet einem möglichen Einwand: Man kann nämlich argumentieren, dass der Tabuschutz in den Fällen der §§ 173 ff. StGB zwar moralisch auf einer weniger bedeutsamen Stufe steht als im Fall des § 216 StGB, gleichzeitig aber die Tabuverletzung deutlicher hervortritt als bei der Tötung auf Verlangen. Deswegen könne nicht zwingend von der Existenzberechtigung der einen Norm auf die der anderen geschlossen werden.

Dies mag richtig, jedenfalls vertretbar, sein, doch wird durch eine solche Argumentation die Frage aufgeworfen, was verworflicher ist: Einen offensichtlichen Tabubruch geringer Intensität oder eine vielleicht nachvollziehbare, aber unwiderfliche Tötung zu begehen. Dies ist eine Wertungsfrage. Wertungsfragen aber muss in letzter Instanz der Gesetzgeber entscheiden. Sofern die von ihm getroffenen Wertungen nicht gänzlich unvertretbar ausfallen, sind diese hinzunehmen.⁷⁷ Die mit § 216 StGB zum Ausdruck kommende Wertungsentcheidung der Legislative ist demnach zu akzeptieren.

III. Vereinbarkeit mit der Gesetzessystematik

Wenn man aber die Folgen, die diese Betrachtung für die dogmatische und systematische Einordnung der Norm hat, in die Überlegungen miteinbezieht, könnte sich herausstellen, dass die Erklärung des § 216 StGB als absolutes Fremdtötungsverbot an systematischen Hindernissen scheitern müsse.⁷⁸ Denn letztendlich kommt man mit dieser Argumentation zu dem Ergebnis, dass der Unrechtsgehalt der Norm lediglich der Missachtung einer allgemeinen Schutzerwägung entspringt. Aus diesem allgemeinen Grund kann der Einzelne nicht individuell wirksam einwilligen.

Kritik am obigen Modell ist berechtigt, sofern sie bemängelt, dass die Achtung des Tötungstabus gleichzeitig meint, dass dieses als absolutes Tabu zu verstehen sei.⁷⁹ *Arth. Kaufmann* hat im Grundsatz Recht, wenn er sagt, dass „*volenti non fit iniuria*“ grundsätzlich auch für Dispositionen über das eigene Leben gelte.⁸⁰ Dies ist nicht zuletzt Ausdruck individueller Freiheit, die, wie gezeigt, nicht rein paternalistisch aberkannt werden kann. Würde man das Leben als absolutes, überindividuelles Gut ansehen, schiene die Konsequenz unausweichlich, dass die straffreie Verletzung fremden Lebens niemals möglich wäre. Andererseits ist anerkannt, dass derjenige, der fahrlässig tötet, nicht nach § 222 StGB strafbar ist, wenn das „Opfer“ sich der Gefahr selbst ausgesetzt hat.⁸¹ Zunächst lässt die dogmatische Figur der freiwilligen *Selbstgefährdung* eher eine Vergleichbarkeit mit der straflosen Suizidbeihilfe vermuten. Andererseits ist der fahrlässig Tötende immer noch ein Dritter, der letztlich fremdes Leben beendet. Deswegen gilt: Das Tötungsverbot ist ohnehin nicht absolut. Dies ist jedoch kein Widerspruch zum hier vertretenen Ansatz eines ab-

soluten Fremdtötungstabus: Die Aufrechterhaltung der Achtung gegenüber dem fremden menschlichen Leben ist durch das Tabu nur vor dessen vorsätzlicher, nicht aber vor dessen fahrlässiger Auslöschung geschützt.

Ein weiterer Einwand könnte sich aus der systematischen Stellung des § 216 StGB ergeben. Diese Norm, die oben durch ein Allgemeininteresse an der Achtung des Tötungsverbots gerechtfertigt wurde, steht im sechzehnten Teil des Strafgesetzbuches, der Straftaten gegen das Leben pönalisiert. Zudem sieht die ganz herrschende Lehre⁸² die Tötung auf Verlangen als Privilegierung gegenüber dem Totschlag an.⁸³ Wäre aber zutreffend, dass § 216 StGB, wie oben angenommen, die Achtung des Tötungsverbots bezweckt, müsste es sich konsequenterweise um eine Straftat gegen Allgemeingüter handeln.⁸⁴ Dies wiederum wäre mit der systematischen Stellung des § 216 StGB nicht vereinbar.

Ein *rein* individueller Ansatz scheitert also an der Einwilligung des Sterbewilligen; ein *rein* allgemeinschützender Charakter der Norm lässt sich vor dem Hintergrund der systematischen Einordnung nicht begründen. Es ist weder überzeugend, *nur* ein Individualinteresse zu schützen, noch ist es möglich, *lediglich* ein Kollektivinteresse zu erfassen. Dieser Widerspruch lässt sich aber gerade durch Heranziehung des besonderen Verhältnisses zwischen den §§ 216 und 212 StGB erklären. Es erscheint überzeugend, anzunehmen, dass alle Tötungsdelikte in erster Linie das Leben des Opfers als Schutzgut im Sinn haben und lediglich nachrangig die Achtung des Tötungsverbotes schützen. So spiegelt sich im Unrechtsgehalt des § 212 StGB *prima facie* die Verletzung des Rechtsguts „Leben“ wider. Die Verletzung des Tötungstabus muss hier mit umfasst sein.⁸⁵ Eine solche doppelte Schutzrichtung ist der Systematik des StGB auch nicht unbekannt: In Fällen, in denen Normen komplexe gesellschaftliche Zusammenhänge regeln, ist die einheitliche Festlegung auf ein Schutzgut oft nicht möglich.⁸⁶ Fällt aber nun das Unrecht hinsichtlich der Lebensverletzung durch die Einwilligung weg, so verbleibt ein „Unrechtsrest“ aus dem Allgemeinrechtsgut des generellen Tötungsverbots. Dies sind die Fälle des § 216 StGB. Somit fügt sich die Norm auch in den sechzehnten Teil des Strafgesetzbuches ein, da ursprünglich in dem Grundtatbestand in der Tat das Leben geschützt

⁷⁴ *Roxin* (Fn. 72), § 2 Rn. 43.

⁷⁵ BVerfGE 120, 224, 224 ff.

⁷⁶ So wohl auch *Göbel* (Fn. 65), S. 40.

⁷⁷ BVerfGE 90, 145; *Müller* (Fn. 6), S. 173; *Rudolphi*, in: SK-StGB (Fn. 30), vor § 1 Rn. 13

⁷⁸ *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 602.

⁷⁹ *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 603.

⁸⁰ *Arth. Kaufmann* (Fn. 50), S. 144 f. zitiert nach *Jakobs* (Fn. 1), S. 459.

⁸¹ Siehe hierzu die Nachweise bei *Göbel* (Fn. 65), S. 38 (dort Fn. 76).

⁸² Anstelle vieler *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), vor § 211 Rn. 133 sowie § 216 Rn. 1; a.A. BGH in st. Rspr. (exemplarisch BGHSt 2, 258); *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 216 Rn. 1; *Müller* (Fn. 6), S. 187; *Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 2), vor § 211 Rn. 151 lässt die Frage grundsätzlich offen und fragt nach den dogmatischen Folgen für die Fälle von Täterschaft und Teilnahme sowie nach einer möglichen Sperrwirkung.

⁸³ *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 603.

⁸⁴ *Göbel* (Fn. 65), S. 41.

⁸⁵ *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), vor § 211 Rn. 12; *Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 2), § 212 Rn. 1; *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 17), vor § 211 Rn. 1 sprechen jeweils lediglich vom Leben als Rechtsgut. Eine generelle Achtung des Tötungsverbots kann sich aber bereits aus dem Verbot jeder einzelnen Tötung ergeben. So in etwa *Schneider*, a.a.O. Rn. 29.

⁸⁶ *Kuhlen*, in: NK-StGB (Fn. 2), § 331 Rn. 9 ff. beispielhaft für die §§ 331 ff. StGB.

war. § 216 StGB ist folglich – wie § 212 StGB bei nüchterner Betrachtung auch – eine Norm, die im Grundsatz sowohl ein Individual- als auch ein Allgemeininteresse schützt.⁸⁷

Wenn nun, wie oben gezeigt, das Unrecht der Lebensverletzung aufgrund der Einwilligung wegfällt,⁸⁸ verbleibt lediglich der – geminderte – Unrechtsvorwurf des Allgemeininteresses, der sich dann in der Privilegierung niederschlägt.⁸⁹ Dies rechtfertigt den niedrigeren Strafrahmen.

E. Fazit

Die vorangehende Untersuchung hat gezeigt, dass alleiniger Strafgrund des § 216 StGB die Bekräftigung des *absoluten*

Fremdtötungsverbots ist. Diese Erklärung passt sich in die Systematik des StGB ein und erkennt eine gesetzgeberische Wertungsentscheidung *de lege lata* an. Vor allem aber lässt sich hiermit erklären, warum die Einwilligung des Rechtsgutsinhabers ausnahmsweise nicht zur Strafflosigkeit führt und warum die Tötung auf Verlangen strafrechtlich anders zu behandeln ist als die Teilnahme am Suizid.

⁸⁷ Sinn, in: SK-StGB (Fn. 30), § 216 Rn. 2; Rönnaun (Fn. 3), S. 164 unterstellt dies den Verfechtern eines generalpräventiven Tabusches.

⁸⁸ Vgl. oben Fn. 3 ff.

⁸⁹ Schneider, in: MüKo-StGB (Fn. 17), § 216 Rn. 8.

Dr. Christian Becker, Hamburg,*

Freiheitliche Ordnung, wehrhafte Demokratie und Staatsschutzstrafrecht

I. Einleitung

Horst Dreier hat den freiheitlichen Verfassungsstaat kürzlich im Titel eines äußerst lesenswerten Aufsatzes als „riskante Ordnung“ bezeichnet.¹ Er bringt damit zum Ausdruck, dass ein Staat, der sich im Kern durch die individuelle Freiheit seiner Bürger – gebündelt als *Pouvoir Constituant* – im wahrsten Sinne des Wortes *konstituiert*,² stets den Unsicherheiten und Wagnissen ausgesetzt ist, die mit der Ausübung von „Freiheit schlechthin, Freiheit subjektiven Beliebens“³ einhergehen. Ein derart verfasstes Gemeinwesen muss insbesondere darauf verzichten, von seinen Bürgern eine Verfassungstreue, also eine innere Wertbejahung einzufordern und deren Fehlen ggf. mit Zwangsmitteln zu bekämpfen; allein äußerlichen Rechts-, also Gesetzesgehorsam darf und muss der Staat verlangen, mag ein solcher Gehorsam auch von subjektiver Missbilligung oder gar Verachtung gegenüber der freiheitlichen Ordnung getragen sein.⁴ Das Risiko, dass ein solcher Staat womöglich „auf Sand gebaut“ sein könnte, scheint beinahe augenfällig.⁵ Auch Johannes Masing hat jüngst auf die „Gefahren“ der Freiheit hingewiesen und dabei speziell die Meinungsfreiheit in den Blick genommen.⁶ Bei ihm liest man: „Wenn Freiheit Freiheit ist, ist rechtlich nicht gewährleistet, daß sie – zumal als gleichberechtigte Freiheit aller – schließlich zum Guten führt.“⁷ Der guten Ordnung halber sei erwähnt, was für jeden, der die juristische/publizistische Vita der beiden Autoren kennt, selbstverständlich ist: Beide Publikationen zielen nicht etwa auf eine polemische Kritik an einem schwächlichen oder verweichelichten Staatsverständnis ab, sondern sind leidenschaftliche Plädoyers für ein auf individuelle Freiheit gegründetes Gemeinwesen, das die damit einhergehenden Risiken auszuhalten vermag.

Aus dem soeben angedeuteten Gedanken folgt, dass ein mit Zwangsmitteln durchgesetzter Staatsschutz in einer freiheitlichen Ordnung immer auch selbstwidersprüchlichen Charakter hat. Denn wenn der Staat Zwang gegen seine Bürger anwendet oder jedenfalls androht, um sich selbst (vor seinen Bürgern!) zu schützen, kann dadurch die ureigenste Grundvoraussetzung einer freiheitlichen Ordnung unterminiert werden: die individuelle Freiheit des Bürgers, die schließlich vor allem eine solche *von* staatlichem Zwang ist. Bei dieser Sichtweise wird der Begriff des „Schutzes der freiheitlichen

Ordnung durch staatlichen Zwang“ daher schnell zu einem *Oxymoron*.⁸ Indes: Die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes ist – nicht zuletzt aus bekannten historischen Gründen –⁹ als *streitbare* oder *wehrhafte* Demokratie konzipiert.¹⁰ Neben dem – bisher lediglich in zwei Fällen ausgesprochenen – Parteienverbot und dem praktisch bedeutsameren verwaltungsrechtlichen Vereinsverbot ist nicht zuletzt der strafrechtliche Schutz des Staates als eine Ausprägung jener wehrhaften Demokratie anzusehen.¹¹ Damit wird nun aber ein diffiziler Bereich betreten. Das Strafrecht ist bekanntlich das „schärfste Schwert“ des Staates. Angesichts der notwendigen Sensibilität, die ein freiheitlicher Staat beim Bemühen um

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Professor Dr. Thomas Rönnaun an der Bucerius Law School in Hamburg.

¹ RW 2010, 11 ff.

² Dazu H. Dreier, RW 2011, 11, 14 ff. mit umf. Nachw.; vgl. zu diesem „Rechtsprojekt der Moderne“ auch K. Günther, in: FS f. Simon, 2005, 255 ff.

³ H. Dreier, RW 2010, 11, 22.

⁴ Eindringlich dazu H. Dreier, RW 2010, 11, 24 ff. m.w.N.; Poscher, in: Oebbecke/Pieroth/Towfigh (Hrsg.), Islam und Verfassungsschutz, 2007, 11, 13 f.; vgl. auch BVerfGE 124, 300, 320 m.w.N. aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

⁵ Nachweise zum Ursprung dieser Formulierung bei H. Dreier, RW 2010, 11, 30 m. Fn. 85.

⁶ Masing, JZ 2012, 585 ff.

⁷ Masing, JZ 2012, 585.

⁸ Hufen, in: FS f. Falter, 2009, S. 101, 102 spricht von einer „eigentümlichen Paradoxie“; Thiel, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 1, 6 von einem „Dilemma“.

⁹ Allerdings ist die Vorstellung, die Weimarer Republik sei gegenüber „Verfassungsfeinden“ rechtlich „wehrlos“ gewesen, historisch fragwürdig und jedenfalls zu undifferenziert, vgl. dazu Deiters, in: Thiel (Fn. 8), S. 291, 311 m. Fn. 77; monographisch Gusy, Weimar – die wehrlose Republik?, 1991, *passim*.

¹⁰ H. Dreier, RW 2010, 11, 28 spricht insoweit von einer „letzten Grenze“ der Freiheitsbetätigung, stellt allerdings auch die „verfassungspolitische Klugheit“ darauf gestützter Maßnahmen in Frage; vgl. bereits ders., JZ 1994, 741, 750 ff. mit dem Fazit, dass die theoretische Grundlegung des Konzepts der wehrhaften Demokratie schlüssiger ausfällt, als seine praktische Umsetzung; eine eingehende Darstellung von Ausprägung und Reichweite der wehrhaften Demokratie mit umf. Nachw. zu Rspr. und Lit. bietet Thiel, in: ders. (Fn. 8), S. 1 ff.; monographisch etwa Sattler, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, 1982; Lameyer, Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung, 1978.

¹¹ Knapper Überblick über die einschlägigen Normen bei Thiel, in: ders. (Fn. 8), S. 2 f.

seinen eigenen Schutz an den Tag legen muss, ist Vorsicht geboten, wenn gerade hier mit der grobschlächtigsten Waffe operiert werden soll.¹² In diesem Beitrag werden denkbare Grundzüge eines sinnvollen und verfassungstheoretisch stimmigen Strafrechts zum Schutze von Staat und Verfassung skizziert.

Es gibt keine einheitliche Definition für ein *politisches Strafrecht* bzw. ein *Staatsschutzstrafrecht*.¹³ Die Abschnitte eins bis neun des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, die man bei einem denkbaren weiten Verständnis alle diesem Bereich zuordnen könnte, enthalten Delikte von zum Teil deutlich unterschiedlicher Couleur. Im Folgenden werde ich mich auf die Erörterung einiger Delikte des ersten Abschnitts beschränken, wobei das Ziel nicht darin besteht, deren Anwendungsvoraussetzungen in allen Einzelheiten darzustellen. Vielmehr soll anhand einer Auseinandersetzung mit ausgewählten Aspekten der Hochverratsvorschriften (§§ 81-83a StGB, dazu I.), der „politischen Organisationsdelikte“ (§§ 84-86a StGB, dazu II.) sowie der „Verunglimpfungsdelikte“ (§§ 90-90b StGB, dazu III.) gezeigt werden, wo und inwieweit ein strafrechtlicher Staatsschutz seine Berechtigung, aber auch seine Grenzen hat. Ausgespart bleiben dabei aus dem ersten Abschnitt – neben den praktisch wenig bedeutenden Vorschriften über den „Friedensverrat“ (§§ 80-80a StGB) sowie den weitgehend historisch überholten „Sabotagedelikten“ (§§ 87-89 StGB) – vor allem die jüngst eingeführten §§ 89a, 89b, 91 StGB. Diese Beschränkung ist nicht nur dem Rahmen, sondern auch der Konzeption des Beitrags geschuldet, die auf die Erörterung der generellen Legitimität eines Staatsschutzstrafrechts in dem eingangs skizzierten Spannungsfeld abzielt, nicht auf die Behandlung spezifischer Einzelprobleme. Zudem ist zu den zuletzt genannten Vorschriften bereits hinreichend (kritisch) im Schrifttum Stellung genommen worden, worauf hier verwiesen sei.¹⁴

II. Hochverrat: Verfassungsschutz und Bestandsschutz oder Verfassungsschutz durch Bestandsschutz?

Der Hochverrat im Sinne des StGB kommt ausweislich des § 81 Abs. 1 StGB¹⁵ in zwei Formen vor: als sog. Bestandshochverrat (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 StGB) sowie als sog. Verfassungshochverrat (§ 81 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Hierin kommen die beiden zentralen Schutzgüter des Staatsschutzstrafrechts zum Ausdruck, denn es erweisen sich – wie es in der grundlegenden Habilitationsschrift von F. C. Schroeder heißt – „der Bestand des Staates und seine Verfassung oder kürzer, Staat und Verfassung als die beiden Pole, um die die Staatsverbrechen zu gruppieren sind“.¹⁶ Mit dem Bestand des Staates meint das Gesetz die „Freiheit von fremder Botmäßigkeit“, die „staatliche Einheit“ sowie die *territoriale Integrität* (vgl. § 92 Abs. 1 StGB). Was genau unter der „auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhenden verfassungsmäßigen Ordnung“ i.S.v. § 81 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu verstehen ist, ist insbesondere im Verhältnis zu den *Verfassungsgrundsätzen* des § 92 Abs. 2 StGB sowie zur *freiheitlich demokratischen Grundordnung* im Sinne des GG nicht eindeutig; letztlich können aber doch keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass damit die Wesensmerkmale der freiheitlichen Ordnung umschrieben werden, also insbesondere die in Art. 79 GG als unabänderlich verankerten Prinzipien und Staatszielbestimmungen sowie die Grundrechte.¹⁷ Einen Hochverrat im Sinne von § 81 StGB begeht demnach sowohl derjenige, der mit Gewalt oder Drohung mit

Gewalt¹⁸ *versucht* (§ 81 StGB ist ein Unternehmensdelikt!¹⁹), auf dem Gebiet der Bundesrepublik einen totalitären Staat zu errichten (Verfassungshochverrat), als auch derjenige, der die Abspaltung eines Teils des Bundesgebiets hin zu einem selbständigen – sei es auch demokratischen – Staat oder den Anschluss an einen anderen, u. U. ebenfalls demokratischen Staat betreibt (Bestandshochverrat).

Diese *prima facie* in § 81 Abs. 1 StGB zum Ausdruck kommende Gleichsetzung von Bestands- und Verfassungshochverrat ist nun für unsere Untersuchung von besonderem Interesse. Denn bei näherer Betrachtung wird schnell erkennbar, dass die Rechtsgüter nicht beziehungslos nebeneinander stehen.²⁰ Die freiheitliche Ordnung bedarf eines Staates gleichsam „als Gefäß“, weshalb ein Angriff auf diesen zugleich häufig, wenn auch nicht zwingend, ein Angriff auf jene sein wird. Ebenso ist es denkbar, dass Beeinträchtigungen der freiheitlich demokratischen Grundordnung mit dem (vermeintlichen) Schutz des Staatsbestandes legitimiert werden, etwa wenn die Bekanntmachung von verfassungswidrigen Praktiken einer Behörde unter Berufung darauf eingeschränkt werden soll, es handele sich um ein Staatsgeheimnis, dessen Veröffentlichung zu einer Bestandsgefährdung führen könne.²¹ Kurz gesagt: es kann sich die Frage stellen, welchem der oben als zentral für das Staatsschutzstrafrecht ausgemach-

¹² Tatsächlich zeigt ein Blick in die einschlägigen Abschnitte eins bis neun des Besonderen Teils des StGB, dass der Staat für sich selbst einen durchaus umfassenden strafrechtlichen Schutzanspruch geltend macht, so zutr. Beck, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, S. 92; vgl. zu dem hier skizzierten Spannungsfeld – insbesondere mit Blick auf eine weitreichende Vorverlagerung der Strafbarkeit – auch Hefendehl, in: FS f. F.C. Schroeder, 2006, 453, 457 f.; ferner kommt das hier Gemeinte prägnant in einer (problematischen) Formulierung des zur Zeit der Einführung der „Staatsgefährdungsdelikte“ amtierenden Bundesjustizministers zum Ausdruck: „Wir müssen ein Freiheitsopfer bringen, um die Freiheit zu bewahren“, zitiert nach Copic, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967, Vorwort.

¹³ Vgl. zu unterschiedlichen Begriffen aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht Hefendehl, in: FS f. F.C. Schroeder (Fn. 12), S. 454 ff. Von einem etwaigen *politischen Strafrecht* strikt zu unterscheiden ist die *politische Justiz*, worunter sich in Anlehnung an den Untertitel des gleichnamigen Werks von Otto Kirchheimer die „Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken“ verstehen lässt; freilich „eignet“ sich politisches Strafrecht besonders für die Zwecke einer politischen Justiz, was Alexander v. Brünneck in einer eingehenden Studie für die Handhabung des Staatsschutzstrafrechts gegen die Kommunisten im Nachkriegsdeutschland gezeigt hat, siehe ders., Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1968, 1978, S. 80 ff. und *passim*.

¹⁴ Umfassende Literaturnachweise bei Fischer, StGB, 59. Aufl., 2012, § 89a Rn. 1a.

¹⁵ Der Landeshochverrat in § 82 StGB ist aufgrund der föderalen Ordnung des GG weitgehend bedeutungslos.

¹⁶ F. C. Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung, 1970, S. 337 sowie a.a.O., S. 324 ff. zur Kritik an der bis dahin gebräuchlichen Systematisierung nach Hoch- und Landesverrat; zust. Lampe/Hegmann, in: MüKoStGB², 2005, § 81 Rn. 10; krit. zur Bestimmbarkeit von Rechtsgütern und Rechtsgutsobjekten im Staatsschutzstrafrecht Beck (Fn. 12), S. 94 ff.

¹⁷ Becker, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), StGB, 2013, § 81 Rn. 3 m.w.N.; vgl. auch Deiters, in: Thiel (Fn. 8), S. 292.

¹⁸ Zu den Tatmitteln des Hochverrats, insbesondere zum tatbestandsspezifischen Gewaltbegriff Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 81 Rn. 6 ff. m.w.N.

¹⁹ Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 81 Rn. 1.

²⁰ Zum Folgenden näher F. C. Schroeder (Fn. 16), S. 339 ff. m.w.N.; ferner Deiters, in: Thiel (Fn. 8), S. 293; zusf. Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 81 Rn. 5.

²¹ Vgl. BGHSt 20, 342, 356 ff. – Fall Pötsch; dazu F. C. Schroeder (Fn. 16), S. 349.

ten Rechtsgüter im Kollisionsfall der Vorrang einzuräumen ist. Im Geltungsbereich des Grundgesetzes ist die Antwort auf diese Frage – zwar nicht mit Wirkung für alle denkbaren Fälle, aber doch im Sinne eines abstrakten Rangverhältnisses – prinzipiell eindeutig: Der institutionalisierte Staat ist kein Selbstzweck, sondern findet seine Rechtfertigung in der Verwirklichung der materiellen Verfassungsziele.²² Diese bedürfen zwar eines *bestehenden* Staates zu ihrer Verwirklichung, nicht aber eines *bestimmten* Staates.²³ Daraus folgt, dass die Gleichsetzung von Bestands- und Verfassungshochverrat fragwürdig ist. Wenn z. B. der Anschluss des Saarlands an Frankreich mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt betrieben würde,²⁴ ist dies – unbeschadet einer eventuellen Verwirklichung anderer Straftatbestände – mit Blick auf den Hochverrat nicht in derselben Weise strafwürdig, wie der Versuch, in der Bundesrepublik eine totalitäre Willkürherrschaft zu errichten. Ein „reiner“ Bestandshochverrat, soweit er überhaupt tatsächlich vorkommen sollte, wäre daher richtigerweise zumindest als minder schwerer Fall im Sinne des § 81 Abs. 2 StGB einzustufen.²⁵ Dies gilt nicht zuletzt angesichts der beinahe absurd hohen Strafandrohung, die kaum dadurch erträglicher wird, dass man darin einen symbolischen Selbstbehauptungswillen des Staates erblickt.²⁶

Für das hier verfolgte Ziel, die Umriss eines legitimen Staatsschutzstrafrechts zu skizzieren, lässt sich aus der vorstehenden Befassung mit dem Hochverrat folgendes (Zwischen-)Ergebnis formulieren: Das bedeutendste Rechtsgut im Staatsschutzstrafrecht muss die verfassungsmäßige Ordnung, der Sache nach also die freiheitlich demokratische Grundordnung sein. Diese darf mit Recht als prinzipiell strafrechtlich schutzwürdig angesehen werden. Ein darüber hinausgehender Schutz des Staatsbestandes wird in der Regel „abgeleiteter“ Natur sein, da der Bestand des Staates im Wesentlichen deshalb geschützt wird, weil (und soweit) dieser Staat sich als Verwirklichung der ihm zu Grunde liegenden freiheitlichen Verfassung darstellt.²⁷ Der „Verfassungshochverrat“, verstanden als ein auf die gewaltsame Beseitigung der freiheitlichen Ordnung zu Gunsten eines totalitären Regimes gerichtetes Unternehmen,²⁸ darf daher mit Recht als das schwerste unter den Staatsschutzdelikten des ersten Abschnitts bezeichnet werden.²⁹ Darüber hinaus erweist sich die konkrete Ausgestaltung des strafrechtlichen Schutzes der freiheitlichen Ordnung als durchaus schwierig. Dies zeigt sich zunächst beim Blick auf die „politischen Organisationsdelikte“ der §§ 84 ff. StGB, von denen im folgenden Abschnitt dieses Beitrags die Rede sein soll.

III. Die §§ 84 ff. StGB und das Merkmal der organisierten Bekämpfung der freiheitlichen Ordnung als Kernelement strafwürdigen Unrechts

In den §§ 84–86a StGB werden unterschiedliche Formen der *politischen Betätigung* in oder im Umfeld von verfassungsfeindlichen Organisationen unter Strafe gestellt.³⁰ Mit dieser kurzen Umschreibung wird bereits deutlich, dass sich diese Delikte mitten in dem Spannungsfeld befinden, in das der – zumal strafrechtliche – Schutz des Staates in einer freiheitlichen Ordnung beinahe zwangsläufig gerät und das in der Einleitung beschrieben wurde. Denn das Recht auf freie politische Betätigung ist eines der vorzüglichsten Freiheitsrechte in einem demokratisch verfassten Gemeinwesen,³¹ was im Grundgesetz vor allem in den Art. 5 Abs. 1, 8, 9, 21, 38 GG

zum Ausdruck kommt.³² Dabei dient der öffentliche politische Diskurs auch der demokratischen Kontrolle der Staatsorgane.³³ Vor diesem Hintergrund ist äußerste Zurückhaltung geboten, wenn der Staat mit strafrechtlichen Mitteln in diesen Prozess eingreift. Bei welchem Verständnis dies – mit Blick auf die §§ 84–86a StGB – nach Ansicht des Verfassers gleichwohl in verfassungsrechtlich hinnehmbarer Weise möglich ist, wird im Folgenden zu zeigen sein.

Sämtliche der in den genannten Vorschriften unter Strafe gestellten Verhaltensweisen beziehen ihren Unrechtsgehalt nicht aus der individuellen politischen Betätigung als solcher, sondern aus ihrem Bezug zu einer verbotenen Partei, Vereinigung usw. Kennzeichnend ist also jeweils der *Organisationsbezug* der politischen Tätigkeit; es handelt sich um sog. Organisationsdelikte.³⁴ Dieses Element, in Verbindung mit der in der Regel erforderlichen aggressiv-kämpferisch verfassungsfeindlichen Ausrichtung der Organisation, ist nach meiner Auffassung grundsätzlich geeignet, die Strafwürdigkeit zu begründen – vorausgesetzt, der strikte Organisationsbezug wird bei strittigen Auslegungsfragen als entscheidender Maßstab zu Grunde gelegt. Der Staat muss individuelle politische Betätigung unter dem Gesichtspunkt einer möglichen „Staatsgefährdung“ – eine Strafbarkeit etwa nach den §§ 111, 130 StGB bleibt unbenommen – grundsätzlich zulassen, mag sie auch inhaltlich offen verfassungsfeindlich sein. Die politische Aktivität eines Einzelnen kann niemals eine abstrakte Gefährdung der freiheitlichen Ordnung in einem Ausmaß zur

²² Lampe/Hegmann, in: MüKOSTGB (Fn. 16), § 81 Rn. 10.

²³ Deiters, in: Thiel (Fn. 8), S. 293; vgl. auch Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 310 f.

²⁴ Zu entsprechenden Bestrebungen, allerdings lediglich durch das Verbreiten von Schriften (vgl. § 93 StGB a. F.) F. C. Schroeder (Fn. 16), S. 345; vgl. auch Schmitt Glaeser (Fn. 23), S. 311.

²⁵ Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 81 Rn. 5.

²⁶ Krit. dazu Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 81 Rn. 17. Das Hauptproblem besteht darin, dass im Zusammenhang mit der Vorschrift über die tätige Reue in § 83a StGB ein Spielraum bei der Strafzumessung zwischen lebenslanger Freiheitsstrafe und Straflosigkeit entstehen kann, dazu Becker, a.a.O., § 83a Rn. 1 m.w.N.

²⁷ Das bedeutet freilich nicht, dass der freiheitlichen Ordnung stets der Vorrang vor dem Schutz des Staatsbestandes zu gewähren ist. Vielmehr sind selbstverständlich Fälle denkbar, in denen eine Freiheitsbeschränkung von geringer Eingriffsintensität aufgrund einer drohenden Staatsgefährdung größeren Ausmaßes gerechtfertigt sein kann.

²⁸ Vgl. zum dahinter stehenden Gedanken der Zweck-Mittel-Verknüpfung als Kernelement des Hochverrats Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 81 Rn. 5 m.w.N. zu ähnlichen Auffassungen.

²⁹ Vgl. zur Selbstverständlichkeit eines Schutzes des Staates bzw. der Verfassung gegenüber einem drohenden gewaltsamen Umsturz Deiters, in: Thiel (Fn. 8), S. 296.

³⁰ Kritisch zu den Vorgängervorschriften Hefendehl, in: FS f. F.C. Schroeder (Fn. 12), S. 459 f.; Deiters, in: Thiel (Fn. 8), S. 312.

³¹ Zutr. Deiters, in: Thiel (Fn. 8), S. 296 und S. 310.

³² Eine umfassende Darstellung findet sich bei Dietlein, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, § 114, *passim*, wo die politische Willensbildung innerhalb der Bevölkerung als zweite Komponente der Gesamtwillensbildung des Souveräns neben der Ausübung von Staatsgewalt durch Wahlen bezeichnet wird (a.a.O. S. 5); dazu auch H. Dreier, JZ 1994, 741 f.

³³ Vgl. Dietlein, in: Stern (Fn. 32), S. 34 m.w.N. in Fn. 116.

³⁴ Allg. zu diesem Deliktstypus v. Heintschel-Heinegg, in: ders., Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 01.09.2012, Deliktstypen, Rn. 34 ff. m.w.N.; die §§ 86, 86a sind insoweit mittelbare Organisationsdelikte, vgl. Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 86 Rn. 1 und § 86a Rn. 2, - jew. m.w.N.

Folge haben, dass dadurch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eine Kriminalisierung legitimiert werden könnte.³⁵ Hier wird vielmehr nicht das eingangs beschriebene Maß an Gefährdung überschritten, das jeder freiheitlichen Ordnung notwendig innewohnt.³⁶ Anders verhält es sich, wenn sich mehrere Personen zu einer Organisation zusammenschließen, um so aktiv gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung zu kämpfen. Dies muss der Staat nicht hinnehmen; er braucht nicht zuzusehen, wie in organisierter Form die Abschaffung seiner materiellen Grundlagen betrieben wird. Die Freiheit zu politischer Betätigung findet hier nach ihre (strafrechtliche) Grenze also in der organisierten politischen Aktivität mit dem Ziel der Beseitigung der freiheitlichen Ordnung – und diese bildet den materiellen Unrechtskern der §§ 84 ff. StGB.³⁷

Während nun die §§ 84, 85 StGB, die vor allem an die Betätigung in verbotenen Parteien und deren Ersatzorganisationen anknüpfen, schon aufgrund der Seltenheit von Parteiverboten praktisch weitgehend ohne Bedeutung sind, trifft dies auf die §§ 86, 86a StGB (Verbreiten von Propagandamitteln bzw. Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen) nicht zu. Diese Vorschriften haben insbesondere deshalb eine deutlich größere praktische Relevanz, weil sie über § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB, auf den § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB verweist, auch auf die Verbreitung von Propagandamaterial/die Verwendung von Kennzeichen „einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation“ anwendbar sind. So ist etwa das Hakenkreuz unstreitig ein Kennzeichen im Sinne des § 86a Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 86 Abs. 1 Nr. 4, ebenso der Hitlergruß (Ausstrecken des rechten Arms) sowie die Grußformeln „Sieg Heil“ und „Heil Hitler“.³⁸ Insofern ist unschwer vorstellbar, welche Bedeutung die genannten Vorschriften bei strafrechtlichen Ermittlungen im rechtsextremen Milieu erlangen können.

Mit Blick auf den oben als zentrales unrechtsbegründendes Merkmal auch der §§ 86, 86a StGB ausgemachten Organisationsbezug erweist sich dieser Hauptanwendungsbereich der Vorschriften jedoch als problematisch. Denn gerade bei nationalsozialistisch/neonazistisch ausgerichteter Propaganda fehlt es häufig an einem unmittelbaren Organisationsbezug, da eher selten eine Verbindung zu einer konkreten ehemaligen nationalsozialistischen Organisation besteht. Der Regelfall wird vielmehr eher die allgemeine Bezugnahme auf nationalsozialistisches Gedankengut sein. Damit droht der an sich konstitutive Organisationsbezug verloren zu gehen und die Vorschriften wandeln sich zu Tatbeständen, die nationalsozialistische Inhalte um ihrer selbst willen bekämpfen.³⁹ Dies entspricht aber nicht dem hier soeben skizzierten Charakter der Delikte.⁴⁰ Dennoch halte ich die Anwendung der §§ 86, 86a auf Propaganda und Kennzeichen der „rechten Szene“ im Ergebnis für nicht verzichtbar.⁴¹ Die Grundrechte gelten auch für Menschen, die diese dazu nutzen wollen, sich für totalitäre Ideologien stark zu machen.⁴² „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit“, ist insoweit letztlich eine freiheitsfeindliche Losung.⁴³

Gleichwohl hat das BVerfG in der „Wunsiedel-Entscheidung“ meines Erachtens zu Recht darauf abgestellt, dass angesichts „des einzigartigen Unrechts und des Schreckens, die [diese] Herrschaft unter deutscher Verantwortung über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der für die Identität der Bundesrepublik Deutschland prägenden

Bedeutung dieser Vergangenheit“ im Hinblick auf den rechtlichen Umgang mit nationalsozialistischen Bestrebungen bisweilen besondere Anforderungen gelten können.⁴⁴ In der Entscheidung ging es um die – vom Ersten Senat des BVerfG bejahte – Frage, ob § 130 Abs. 4 StGB auch als nichtallgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1/Abs. 2 GG vereinbar ist.⁴⁵ In unserem Zusammenhang lassen sich die dahinterstehenden Gedanken dahingehend fruchtbar machen, dass eine Bestrafung des Verbreitens von Propaganda bzw. der Verwendung von Kennzeichen bei „ehemaligen nationalsozialistischen Organisation“ auch ohne den unmittelbaren Bezug zu einer konkreten (ehemaligen) NS-Organisation nach den §§ 86, 86a strafbar sein kann.⁴⁶ Voraussetzung ist allerdings, dass nicht lediglich ein Bezug zu „rechtem Gedankengut“ in einem diffusen Sinne existiert; erforderlich ist vielmehr eine Verbindung zu Kerninhalten des NS-Regimes, und zwar genau zu den Aspekten, die für dessen Charakter als totalitäres Unrechtsregime sowie als „Gegenentwurf“ zum Grundgesetz⁴⁷ prägend sind. So fällt etwa das Verbreiten von Schrif-

³⁵ Letztlich handelt es sich hier jedoch weniger um eine empirisch feststellbare Gefährdung, sondern eher um eine normative Entscheidung.

³⁶ Dieser zutr. Gedanke findet sich bereits bei *Beck* (Fn. 12), S. 110.

³⁷ Krit. zu dieser Sichtweise mit Blick auf ihre fragliche rechtspolitische Zweckmäßigkeit aber *Deiters*, in: Thiel (Fn. 8), S. 320 ff.

³⁸ Nachw. zu zahlreichen Beispielen aus der Rspr. bei *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 17), § 86a Rn. 4 ff.

³⁹ Vgl. dazu und zu weiteren Nachw. aus dem Schrifttum *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, § 86 Rn. 22; *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 17), § 86 Rn. 9 f.; aber auch BVerfGE 124, 300, 323: kein Sonderrecht.

⁴⁰ Bei § 86a StGB stellt sich das Problem zunächst scheinbar nicht in dieser Schärfe, da die entsprechenden Symbole häufiger einer bestimmten ehemaligen nationalsozialistischen Organisation zugeordnet werden können. Doch bereitet diese Vorschrift Schwierigkeiten bei der Anwendung des Tatmerkmals „Verwenden“, da bei streng wortsinngemäßer Auslegung auch die Verwendung im Rahmen antifaschistischer Symbole (etwa ein durchgestrichenes Hakenkreuz) tatbestandsmäßig sein müsste. Solchen erkennbar sinnwidrigen Ergebnissen wirkt der BGH mit einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes entgegen, die jedoch im Einzelnen unberechenbar und teilweise auch widersprüchlich ist, vgl. dazu *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 17), § 86a Rn. 11 ff. m.w.N. sowie instruktiv *Hörnle*, *NSZ* 2007, 698, 699. Nach Ansicht des Verfassers (a.a.O. Rn. 12 f.) ist zur Lösung dieser Probleme auf den Charakter des § 86a StGB als (mittelbares) Organisationsdelikt abzustellen und zu fordern, dass die Verwendung des Kennzeichens in einer Weise erfolgt, die objektiv geeignet ist, die betreffende Organisation zu fördern. Dies kann für den Hauptanwendungsfall – Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen – indes nur bedeuten, dass es nicht um die Förderung dieser (nicht mehr existierenden) Organisationen, sondern letztlich um die Förderung rechtsextremistischer (aber: zumindest rudimentär organisierter) Bestrebungen geht.

⁴¹ Explizit **a. A.** aber beispielsweise *Schmitt Glaeser* (Fn. 23), S. 305 f.

⁴² Für die Meinungsfreiheit vgl. BVerfGE 124, 300, 320; einschränkend *Battis/Grigoleit*, *NVwZ* 2001, 121, 122 ff., mit der Argumentation, dass Meinungen, deren Durchsetzung im politischen Meinungskampf nach dem GG ausgeschlossen ist, jedenfalls nicht an der demokratisch-funktionalen Überhöhung der Kommunikationsrechte teilnehmen, womit freilich der Schutz entsprechender Meinungsäußerungen als kommunikative Persönlichkeitsentfaltung bliebe (a.a.O. S. 125).

⁴³ Krit. zu dieser auf den Jakobiner *Saint Just* zurückgehenden Formulierung auch *Thiel*, in: *ders.* (Fn. 8), S. 24.

⁴⁴ BVerfGE 124, 300, 321 und 327 ff.; ergänzend *Masing*, *JZ* 2012, 585, 589 ff.

⁴⁵ Nachw. zur überwiegend kritischen Rezeption der Entscheidung in dieser Hinsicht bei *Masing*, *JZ* 2012, 585, 590 m. Fn. 53; insoweit der Entscheidung zust. dagegen etwa *Fischer*, in: *FS f. Puppe*, 2011, S. 1119, 1123.

⁴⁶ *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 17), § 86 Rn. 10.

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 124, 300, 328: „gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“; ferner *Hufen*, in: *FS f. Falter* (Fn. 8), S. 101: „geistiges und normatives Fundament des Grundgesetzes“; *Battis/Grigoleit*, *NVwZ* 2001, 121, 124: NSDAP als „Mutter aller verbotenen Parteien“.

ten, in denen die Familienpolitik in Deutschland zwischen 1933 und 1945 lobend erwähnt wird, nicht unter § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB.⁴⁸ Ferner dürfte es angebracht sein, zwischen Bestrebungen innerhalb der – zumindest rudimentär – organisierten „rechten Szene“ und dem Verhalten von Einzelpersonen zu unterscheiden, mag diese Unterscheidung häufig auch schwierig zu treffen sein. Nur bei Handlungen im zuerst erwähnten Kontext ist es sachangemessen, das Unrecht mit dem einer im engeren Sinne *organisationsbezogenen* Tätigkeit gleichzusetzen, wie sie von den §§ 86, 86a StGB an sich vorausgesetzt wird. Wo dagegen ein Einzelner völlig losgelöst von jener „rechten Szene“ entsprechendes Gedankengut verbreitet oder Kennzeichen verwendet, ist eine teleologische Reduktion angezeigt.⁴⁹

Die Befassung mit den §§ 84 ff. StGB hat für die hier beabsichtigte Herausarbeitung eines legitimen strafrechtlichen Schutzes des freiheitlichen Staates somit folgenden Ertrag erbracht: Eine (abstrakte) Gefährdung der freiheitlichen Ordnung durch politische Betätigung überschreitet nach der hier vertretenen Ansicht dann die Schwelle zur Strafbarkeit, wenn diese in einem unmittelbaren Bezug zu einer Organisation steht, die aktiv die freiheitlich demokratische Grundordnung bekämpft. Dem tragen die §§ 84-86a StGB – bei einer an diesem Grundgedanken orientierten Auslegung – Rechnung. Freilich musste das Erfordernis des Organisationsbezuges für den praktisch bedeutsamsten Anwendungsbereich dieser Delikte relativiert werden, da es im rechtsextremistischen Bereich (§ 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB) häufig am Bezug zu einer konkreten Organisation fehlt. Dennoch wurde die Anwendung der entsprechenden Tatbestände in diesem Zusammenhang – in Anlehnung an einen Kerngedanken der „Wunsiedel-Entscheidung“ des BVerfG – als legitim erachtet. Da somit grundsätzlich aber die individuelle politische Betätigung als solche nach der hier befürworteten Ansicht nicht geeignet ist, eine strafwürdige Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates zu begründen, sind bereits die Weichen gestellt, um im letzten Abschnitt dieses Beitrags die verfassungsrechtliche Legitimation der §§ 90-90b StGB einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

IV. Die Verunglimpfungstatbestände (§§ 90 ff. StGB) oder: Was der freiheitliche Staat aushalten muss

In den §§ 90-90b StGB wird die Verunglimpfung, das Beschimpfen oder (böswillige) Verächtlichmachen des Staates, seiner Symbole oder Organe unter Strafe gestellt. Diese Vorschriften sind, geht man von dem hier entwickelten Verständnis eines verfassungsrechtlich begründbaren Staatsschutzstrafrechts aus, aufgrund der fehlenden Strafbarkeit unverhältnismäßig. Im Einzelnen:

Im ersten Zugriff könnte man zu der Auffassung gelangen, dass durch die §§ 90-90b StGB ein selbständiger Schutz des Ansehens oder der Würde des Staates (des Bundespräsidenten, von Verfassungsorganen usw.) bezweckt wird. Diese ließen sich dann – da ein verselbständigter strafrechtlicher Ehrschutz für den Staat als solchen höchst fragwürdig wäre⁵⁰ – wiederum als gegenüber den „eigentlichen“ Schutzgütern (Staatsbestand und freiheitliche Ordnung) vorgelagerte Rechtsgüter begreifen, weil das Untergraben der staatlichen Autorität aufgrund von Kumulationseffekten⁵¹ „letztlich“ zu einer Gefährdung jener eigentlichen Schutzgüter führen könnte.⁵² Eine solche Konzeption ist allerdings nicht tragfähig.

Begreift man die §§ 90-90b StGB tatsächlich als „echte“ Staatsgefährdungsdelikte, erreichen die tatbestandlich vertypeten Handlungen nicht ein Maß an abstrakter Gefährlichkeit, das eine Kriminalisierung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten rechtfertigen kann. Denn diese Gefährlichkeit muss sich bei diesem Ausgangspunkt eben auf Staatsbestand und/oder freiheitlich demokratische Grundordnung beziehen. Oben wurde jedoch gesagt, dass die individuelle politische Betätigung unter dem Gesichtspunkt einer „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates“ niemals strafwürdig sein kann (III).⁵³ Das Verächtlichmachen, Beschimpfen oder Verunglimpfen des Staates oder seiner Symbole bzw. Organe kann im Einzelfall volksverhetzenden Charakter haben und somit nach § 130 StGB strafbar sein. Bei persönlichen Ehrverletzungen können ferner die §§ 185 ff. StGB zur Anwendung gelangen. Schließlich ist bei „Hetz Tiraden“ mit entsprechend aufwieglerischem Charakter an eine Strafbarkeit nach § 111 StGB oder § 80a StGB zu denken. Aber unter dem Gesichtspunkt einer Staatsgefährdung i.S.d. ersten Abschnitts kann die Schwelle zur Strafbarkeit nach dem hier befürworteten Verständnis nicht überschritten werden, solange nicht auch eine Eignung zur zumindest mittelbaren Förderung einer *organisierten Bekämpfung der Verfassung* vorliegt.⁵⁴

Die jüngste Rechtsprechung des BVerfG geht im Grundsatz in eine ähnliche Richtung; sie geht dabei allerdings nicht weit genug. Es sei die Zielrichtung des § 90a StGB „wie sämtlicher Staatsschutznormen [...], den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, ihrer Länder und ihrer verfassungsgemäßen Ordnung zu gewährleisten und zu erhalten“.⁵⁵ Insoweit sei „[D]ie Schwelle zur Rechtsgutverletzung [...] im Falle des § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB [mithin] erst dann überschritten, wenn auf Grund der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung der Staat dermaßen verunglimpft wird, dass dies zumindest mittelbar geeignet erscheint, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, die Funktionsfähigkeit seiner staatlichen Einrichtungen oder die Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden“.⁵⁶ Lässt man die Gefährdung der „Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland“ beiseite, die auf das anderweitig zu verortende, nicht

⁴⁸ Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 86 Rn. 10.

⁴⁹ Zur Diskussion im Zusammenhang um die teleologische Reduktion des Merkmals „Verwenden“ in § 86a StGB Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 86a Rn. 11 ff.

⁵⁰ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 257; vgl. auch BVerfG NJW 2012, 1273, 1274.

⁵¹ Zu sog. Kumulationsdelikten vgl. v. Heintschel-Heinegg, in: ders., Beck'scher Online-Kommentar StGB (Fn. 34), Rn. 32 m.w.N.

⁵² Dafür insbesondere F. C. Schroeder, JR 1979, 89, 90; weitere Nachw. zur Diskussion bei Becker, in: Matt/Renzikowski (Fn. 17), § 90 Rn. 1.

⁵³ Nochmal: Diese Einschätzung beruht primär auf einer normativen Entscheidung, bei der insbesondere die grundrechtliche Bedeutung der potentiell strafbaren Verhaltensweisen in Rechnung gestellt wird, nicht auf empirisch überprüfbareren Erwägungen.

⁵⁴ Nicht unähnlich, im Ergebnis jedoch weniger weitgehend ist die – an die klassische *Sonderrechtslehre* anknüpfende – Auffassung des BVerfG in der Wunsiedel-Entscheidung, wonach eine strafrechtlich relevante Gefährdung (dort bzgl. des an sich problematischen Rechtsguts des öffentlichen Friedens) durch eine Meinungsäußerung nur in Betracht kommen soll, wenn diese darauf abzielt, durch Appelle oder Emotionalisierungen rechtsgutsgefährdende Handlungsketten in der Außenwelt in Gang zu setzen, vgl. BVerfGE 124, 300, 334 f.; ferner Masing, JZ 2012, 585, 586 ff. m.w.N.

⁵⁵ Zuletzt BVerfG NJW 2012, 1273, 1274 m.w.N.

⁵⁶ BVerfG a.a.O. (vorige Fn.).

minder problematische Rechtsgut des öffentlichen Friedens hindeutet,⁵⁷ so entspricht das weitgehend der hier befürworteten Ansicht – wobei dann zu ergänzen wäre, dass eine solche Gefährdung allein durch ein Verunglimpfen des Staates nicht vorstellbar ist.⁵⁸ So hat der BGH in einer vom BVerfG ausdrücklich gebilligten Entscheidung⁵⁹ einen Angeklagten nach § 90a StGB bestraft, der in einem „offenen Brief an alle Mitglieder des Deutschen Bundestages und der Bundesregierung“ u.a. folgendes zu Papier brachte: „Sie alle haben aus der Bundes- eine Bimbis-Republik gemacht, einen käuflichen Saustall, über dem als Wichtigstes Ihr Glaubensbekenntnis steht: Es darf nie wieder einen selbstbewussten, wirklich souveränen deutschen Staat geben. Nur allzu willig und übereifrig unterwerfen Sie sich französischen, amerikanischen, vor allem aber jüdischen Wünschen oder Befehlen. ... Die Bundesrepublik ist kein Staat! ... Das Grundgesetz ist keine Verfassung und wurde nicht in freier Entscheidung vom deutschen Volke beschlossen, kann also auch niemals eine Verfassung oder gar die Grundlage eines souveränen Staates werden. ... Das Grundgesetz ist Besatzungsrecht. ... Folglich wäre es die Pflicht der Bundesregierung gewesen, 1990 auch das Besatzungsprovisorium BRD aufzulösen. ... Statt dessen hat sie das Grundgesetz, ein Willkürprodukt der Feindmächte, zur Quasiverfassung erhoben. ... Das Reich muss wieder her! Die BRD gehört zum traurigsten und würdelosesten Abschnitt unserer deutschen Geschichte und muss so schnell wie möglich beendet und durch das Reich ersetzt werden. Das Reich muss uns doch bleiben!“ Bei allem Befremden über derartige Pamphlete, ist nicht ersichtlich, weshalb sie nicht voller Vertrauen dem öffentlichen Meinungskampf überantwortet werden sollten (sofern sie dort überhaupt ernsthaft wahrgenommen werden). Wo entsprechend polemische und hetzerische Äußerungen in der Bevölkerung auf so fruchtbaren Boden fallen, dass von einer abstrakten Staatsgefährdung gesprochen werden kann, dürfte in Wahrheit die Beeinträchtigung des Schutzgutes bereits vorhanden und die Akzeptanz der Äußerungen eher ihre Folge als ihre

Ursache sein. Die §§ 90 ff. StGB sind nach dem hier befürworteten Verständnis somit mangels Verhältnismäßigkeit verfassungswidrig und ersatzlos zu streichen.⁶⁰

V. Zusammenfassung

Der freiheitliche Staat ist prinzipiell befugt und gehalten, sich selbst strafrechtlich zu schützen. Nach der hier befürworteten Ansicht beginnt diese Schutzwürdigkeit – im Hinblick auf originäre Staatsgefährdungsdelikte, also jenseits des hinsichtlich seiner grundsätzlichen Legitimation unproblematischen Hochverrats – dort, wo eine organisierte aggressiv-kämpferische Tätigkeit gegen die freiheitliche Ordnung gefördert wird. Hier ist es legitim, wenn der Staat auch mit seinem schärfsten Schwert zu Werke geht, um sich selbst wehrhaft zu erhalten. Dies ist freilich kein Selbstzweck, denn „Zweck an sich selbst“ ist – in Anlehnung an die berühmten Worte *Kants* – nur der Mensch; allein weil und soweit der Staat dessen persönliche Freiheit gewährleistet (und zugleich deren Produkt ist), ist er selbst auch in seinem Bestand schutzwürdig.

Auch mit einem etwaigen strafrechtlichen Schutz wird die freiheitliche Ordnung aber eine „riskante Veranstaltung“ bleiben. Das Risiko gehört zur Freiheit, diese kann letztlich nicht ohne jenes gedacht werden. Das Strafrecht ist nicht nur nicht in der Lage, dieses Risiko vollständig zu beseitigen; es sollte vielmehr bereits den Versuch unterlassen, da dieser letztlich dem Versuch zur Beseitigung der Freiheit selbst gleichkäme.

⁵⁷ Dazu eingehend *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (Fn. 50), S. 90 ff.; krit. jüngst in Auseinandersetzung mit der *Wunsiedel*-Entscheidung auch *Fischer*, in: FS Puppe (Fn. 45), S. 1119 ff.

⁵⁸ Nicht unähnlich offenbar *Masing*, JZ 2012, 585, 588 f., der den Anwendungsbereich des § 90a StGB unter dem Grundgesetz als „sehr eng“ bezeichnet.

⁵⁹ BGH NStZ 2003, 145 f.; zust. BVerfG NJW 2012, 1273, 1274.

⁶⁰ *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 17), § 90 Rn. 1 f.; im Ergebnis wie hier *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (Fn. 50), S. 266 m.w.N.

■ Streitgespräch

Christoph Ahlhaus, Dr. Christian Becker, Dr. Rolf Gössner, Professor Dr. Edzard Schmidt-Jortzig, Urs Tabbert

Wie viel staatlichen Schutz braucht die freiheitlich demokratische Grundordnung – und wie viel verträgt sie?

Becker: Meine Damen und Herren, der Begriff ‚Verfassungsschutz‘ ist seit Aufdeckung der vom sogenannten Nationalsozialistischen Untergrund begangenen Mordserie im November 2011 in aller Munde. Auch das Bekanntwerden der Beobachtung mehrerer Bundestagsabgeordneter der Fraktion der Linken hat für öffentliches Aufsehen gesorgt. In beiden Kontexten wird der Begriff ‚Verfassungsschutz‘ in einem – wenn man so will – organisationsrechtlichen und formalen Sinne verwendet, wenn damit das Amt für Verfassungsschutz, meistens das Bundesamt, oder auch die Landesämter – also umgangssprachlich „der Geheimdienst“ – gemeint ist. Dieses Verständnis wird auch in der heutigen Diskussion, natürlich schon aus Aktualitätsgründen, im Vordergrund stehen. Wir werden versuchen herauszuarbeiten, ob sich der Verfassungsschutz in einer Legitimationskrise befindet und, falls ja,

wie darauf politisch und juristisch reagiert werden kann. Darüber hinaus soll der Begriff ‚Verfassungsschutz‘ aber auch in einem weiteren Sinne verstanden werden, das heißt in einem verfassungstheoretischen Sinne. Und wir wollen auch der Frage nachgehen, inwieweit ein freiheitlicher Rechtsstaat sich selbst mit präventiven und/oder repressiven Mitteln schützen kann, ohne dass die dabei gleichsam als Kollateralschäden auftretenden Grundrechtsverletzungen genau das unterminieren, was eigentlich geschützt werden soll, nämlich die freiheitliche Ordnung. Auch in diesem Sinne wollen wir heute fragen, wie viel Schutz die freiheitlich-demokratische Grundordnung braucht und wie viel sie verträgt.

Da wir uns in der glücklichen Situation befinden, vier kompetente Diskutanten begrüßen zu dürfen, muss der

konfrontative Charakter eines Streitgespräches, wie man es bei zwei Diskutanten vielleicht erwartet hätte, natürlich etwas zurücktreten. Ich werde versuchen, dies nach Möglichkeit dadurch zu kompensieren, dass ich hin und wieder den *advocatus diaboli* spiele und einzelne Diskutanten mit Thesenfragen konfrontiere, die sie möglicherweise zu Widerspruch herausfordern werden. Ob mir das gelingt, wird dann der Verlauf der Diskussion zeigen. Grundsätzlich wollen wir vier Blöcke abhandeln. Zunächst allgemein die Legitimation des Verfassungsschutzes und die gegenwärtige Situation. Dann speziell die Problematik sogenannter V-Leute. Im Weiteren dann die Beobachtung von Parlamentsabgeordneten – speziell im Zusammenhang mit der Linken in die Diskussion geraten – und abschließend, wie gesagt, den Verfassungsschutz in einen weiteren Sinne als verfassungstheoretisches Problem.

Um programmatisch in die Diskussion einzusteigen, möchte ich gerne Herrn *Gössner* fragen: Die Süddeutsche Zeitung, die ich heute häufiger erwähnen werde, hat zur Diskussion um die mögliche Reform des Verfassungsschutzes folgende Frage aufgeworfen „Umbauen, stärken oder abschaffen?“ Herr *Gössner*, ich kenne angesichts Ihrer Publikation im Grundriss Ihre Antwort, da wir schon am Anfang darüber gesprochen haben. Aber wenn wir uns diese drei Möglichkeiten „umbauen, stärken, abschaffen“ anschauen, wohin würden Sie tendieren?

Gössner: Na ja, wenn ich es ganz kurz sagen darf, natürlich „auflösen“ und zwar „sozialverträglich auflösen“. Soll ich es auch gleich begründen?

Becker: Sehr gerne.

Gössner: Ich werde es auf jeden Fall einmal versuchen. Die bisherigen Reformvorschläge, die wir von Innenpolitikern und -ministern des Bundes und der Länder so lesen, wagen sich nicht an das eigentliche Problem heran und das eigentliche Problem beim Verfassungsschutz ist die Geheimdienststruktur. Diese Substanz wird nicht angegriffen, sondern es geht offenbar eher darum, die Skandalträchtigkeit zu reduzieren, die Pannenanfälligkeit zu reduzieren und bei der Bevölkerung wieder Vertrauen in die Behörde zu erwecken. Das ist meines Erachtens eher Kosmetik. Wir müssen deswegen an die Substanz des Verfassungsschutzes herangehen, weil der Verfassungsschutz in seiner Ausgestaltung als Geheimdienst, als *Inlandsgeheimdienst*, meines Erachtens ein Fremdkörper in der Demokratie ist. Warum? Weil er demokratischen Prinzipien, erstens der Transparenz und zweitens der Kontrollierbarkeit, widerspricht. Das ist das große Problem. Deswegen ist er auch so anfällig für Skandale und Machtüberschreitungen und muss auch Verselbständigungstendenzen verzeichnen. Jedenfalls haben sich alle bisherigen Versuche einer wirksamen Kontrolle des Verfassungsschutzes als ungenügend erwiesen; ich meine sogar, sie sind gescheitert und werden mit den jetzt vorliegenden Reformvorschlägen auch weiterhin scheitern.

Becker: Jedenfalls ist dies von den drei Varianten, die die SZ vorgeschlagen hat, eine klare Positionierung. Ich wende mich jetzt dann direkt an Sie, Herr *Schmidt-Jortzig*. Ihr Kollege Herr Professor *Gusy* – „Kollege“ kann man sicherlich noch sagen, obwohl Sie ja nicht mehr unterrichten – hat in einem Beitrag für die SZ geschrieben und bestätigt, was Sie, Herr *Gössner*, im Grunde eben gesagt haben: „Ein transparenter Geheimdienst ist ein Widerspruch in sich.“ Bei ihm führte

das allerdings nicht zu der Konsequenz, zu der es bei Ihnen führt, sondern er hielt das Abschaffen nicht für praktikabel. In der Innenministerkonferenz ist diese Variante auch nicht, soweit man das der Presse entnehmen kann, ernsthaft diskutiert worden. Wenn das, was Professor *Gusy* sagt und was Sie auch sagen, als Beobachtung richtig ist, und wenn wir gleichzeitig offensichtlich einen relativ breiten politischen Konsens dahingehend haben, dass der Verfassungsschutz nicht abgeschafft werden soll, müssen wir dann einfach damit leben, dass das ein rechtsstaatlich nicht wirklich kontrollierter Bereich ist? Und wenn wir das müssen, wie kann dann verhindert werden, dass sich Dinge, wie wir sie jetzt im Zusammenhang mit der NSU erlebt haben und wie sie dann möglicherweise berechtigterweise als „Skandal“ bezeichnet werden, wiederholen; wie können wir sicherstellen, dass so etwas zukünftig nicht mehr passiert?

Schmidt-Jortzig: Ich fühle mich in sehr guter Gesellschaft mit dem – in der Tat – „Kollegen“ *Christoph Gusy*. Der gute *Gusy* ist auch einer, der ein wenig von der Praxis versteht. Denn rein theoretisch an die Sache heranzugehen ist mir, glaube ich, zu kurz gesprungen. Also erst einmal die Frage: Brauchen wir einen Verfassungsschutz? Da, glaube ich, gibt es ernsthaft keinen Dissens, dass das notwendig ist. Das kann man heftig beklagen, aber da es nun einmal immer Bestrebungen gibt, die Verfassung abzuschaffen, und vor allem auch Einzelpersonen, die hinreichend auf das Dagegen gebürstet sind und über deren Aggressivität und Radikalität man sich auch keine Illusionen machen sollte, wäre alles andere als ein wirksamer Schutz der Verfassung und überhaupt des Staates unrealistisch. Und das geht eben leider auch nicht in aller Offenheit, denn dann könnte man das vielleicht alles der Polizei überlassen, sondern man muss insbesondere in der Prävention von wirklichen, konkreten Gefahren, die dann die Polizei auf den Plan rufen würden, Informationen haben, um möglicherweise schon vor der konkreten Gefahr tätig werden zu können. Ich gebe dem Kollegen *Gusy* – ich habe den Artikel nicht gelesen, kenne seine Standpunkte aber hinreichend – auch dahingehend Recht, dass wir also nicht an einem Verfassungsschutz auch im Sinne von Verfassungsschutzämtern, also von irgendeiner administrativen Organisation, die den Verfassungsschutz dann eben heimlich betreibt, vorbeikommen. Und da ich lange genug – allerdings immer auf Bundesebene – im parlamentarischen Kontrollgremium wie auch in der G10-Kommission war, weiß ich, dass es natürlich eine Spannungslage, wenn Sie so wollen, oder einen gewissen Gegensatz gibt zwischen dem, was demokratische Kontrolle – also das Öffentlichmachen von Missständen etc. – bedeutet, und dem, was der Verfassungsschutz für seine Arbeit braucht. Ich glaube allerdings, dass wir insbesondere bei der parlamentarischen Kontrolle auf Bundesebene – nur über die spreche ich, die Kollegen aus der Bürgerschaft hier werden das für den Hamburger Bereich viel besser wissen – Vieles noch stark verbessern könnten. Übrigens halte nicht viel von der Aktion, nun alles zu zentralisieren, die Landesämter abzuschaffen und dann das Heil in einer reinen Bundeseinrichtung zu suchen. Es kommt vielmehr darauf an, die Vielfalt zu nutzen, die ja auch Vorteile hat, und nur die Kommunikation untereinander auszubauen. Aber noch einmal: Die parlamentarische Kontrolle ist eine Krux bei der Geschichte. Wann immer Sie in einem dieser Kontrollgremien Kenntnis von einem Missstand bekommen, ist das im Grunde aus der Süd-

deutschen Zeitung oder aus dem Spiegel, jedenfalls von irgendwoher aus der Presse der Fall. Ich habe mal zu früheren Systemzeiten bei dem *Instytut Zachodni* in der sozialistischen Republik Polen erlebt, dass die da ihre ganze Aufklärung Deutschlands darauf beschränkten, penibel die Presseartikel auszuwerten und danach sagten, sie wüssten alles, sie bräuchten also keinen Auslandsgeheimdienst. Also man kriegt es eigentlich erst mit, wenn man kritisch und täglich die Zeitung liest und dann nachfragt: „Was ist denn dran?“ Aber dann gibt es natürlich die institutionellen Vorkehrungen, dass erst einmal gemauert wird und keine Blicke in die Akten zugelassen werden. An dieser Stelle lässt sich viel verändern: Erstens, was die frühe Informationsmöglichkeit anbelangt – möglicherweise durch ein eigenes Zugangsrecht in die Behörde, zu den Akten. Zweitens, was das Nachprüfen betrifft. Und das Dritte, das war immer das, mit dem ich jedenfalls dann auch heftig laboriert habe: Wie gehe ich mit Kenntnissen von Missständen – offensichtlichen oder möglichen – um? „An die große Glocke hängen“ ist auch aus strafrechtlichen Gründen nicht möglich, das wäre Geheimnisverrat. Man ist selbst als Mitglied eines solchen Gremiums speziell zur Geheimhaltung verpflichtet. Also ist an diesem Punkt die parlamentarische Kontrolle eigentlich blockiert. Es gibt dann verschiedene Umwege: Jede Fraktion hat ihren Geheimschutzbeauftragten, dem kann man also die Dinge mal sagen und darauf setzen, dass dann vielleicht von da schon mal die ersten Informationen jedenfalls an Fraktionsführungen kommen. Wenn die dann gezielt nachfragen können im Parlament, hat man auch die Gelegenheit, darauf einzugehen. Aber noch einmal: Für mich liegt das entscheidende Reformbedürfnis bei der Stärkung der parlamentarischen Kontrolle. Wenn die einigermaßen gesichert ist, so weit wie irgend möglich, dann ist auch der noch verbleibende Dissens zwischen Geheimhaltung für die Nachrichtendienste und Offenlegung für die demokratische Kontrolle verträglich und zumutbar.

Becker: Vielen Dank, das war sozusagen jetzt aus justizpolitischer Sicht, wenn wir es jetzt mal...

Schmidt-Jortzig: Nö, auch aus Praktikersicht.

Becker: ...und auch aus Praktikersicht. Herr *Ahlhaus*, als Innenpolitiker – ehemaliger und jetzt-auch-wieder Innenpolitiker: Wenn man sich klarmacht, dass mit der Variante, die hier mit „Abschaffung“ so schlagwortartig umschrieben wird, sicherlich nicht gemeint ist, sämtliche Bekämpfung von verfassungsfeindlichen Tendenzen aufzugeben, sondern eine ausformulierte These wohl eher dahin gehen würde, dass man natürlich weiterhin Staatsschutz betreibt, dies aber eben eingliedert in die Polizei oder andere Behörden, die einfach rechtsstaatlich besser kontrolliert werden können – wäre diese Variante dann trotzdem ein Alptraum für Innenpolitiker?

Ahlhaus: Also ich habe grundsätzlich ein großes, großes Vertrauen in unsere Polizeibehörden und deswegen ist es für mich kein Alptraum, wenn Aufgaben bei der Polizei sind. Nur: Wir haben in Deutschland aus guten Gründen ein Trennungsgebot. Es ist Mode geworden, immer wenn irgendwo etwas schief läuft, wenn Fehler passieren, gleich die ganz große Keule rauszuholen und zu sagen: „Die Behörde muss man abschaffen, diese Strukturen müssen gänzlich geändert werden.“ Ich glaube, dieses Thema verdient eine differenzierte Betrachtung; die wollen wir auch anstellen. Dabei, glaube ich, hilft es nicht weiter, wenn man einfach sagt, „Abschaf-

fen!“, und schaut, wer es denn dann macht. Denn eines ist klar, und darüber sind wir uns, glaube ich, wirklich alle einig – so, wie Sie es eben auch angesprochen haben: Dass verfassungsfeindliche Tendenzen den demokratischen Rechtsstaat beschädigen können, gefährden können oder auch sogar beseitigen wollen; dass ein Staat dafür Sorge tragen muss, dass solche Tendenzen frühzeitig erkannt werden und präventiv dagegen vorgegangen wird – da, glaube ich, gibt es auch keinen Dissens. Ich sehe es auch nicht wie Herr Dr. *Gössner*, der gesagt hat, er empfinde den Verfassungsschutz – korrigieren Sie mich, wenn ich Sie da falsch zitiere – als „Fremdkörper in einer Demokratie“, weil er der gebotenen Transparenz oder parlamentarischer Kontrolle oder was nicht entspreche. Ich sehe es genau andersherum: Für mich ist eine Institution – ob sie nun „Verfassungsschutz“ oder anders heißt –, die Hüterin über die Verfassung ist und damit des wichtigsten Rechtsguts und auch der Grundrechte, kein Fremdkörper in der Demokratie, sondern gerade ganz elementarer Bestandteil des Schutzes dieser Demokratie. So war es mal gedacht und so soll es auch sein. Dass auch in dieser Behörde, wie wir gesehen haben, Fehler passieren, die auch unentschuldig sind, die zu Recht nicht nur Verärgerung hervorrufen, sondern auch Widerspruch, ist eine Sache, die ja nicht speziell nur beim Verfassungsschutz zu beobachten ist. Also nehmen Sie mal das aktuelle Thema weg, versetzen Sie sich zwei Jahre zurück und überlegen Sie mal, ob da das Bundesamt für Verfassungsschutz das große Thema in der öffentlichen Diskussion war. Das habe ich nicht so wahrgenommen. Man kann natürlich darüber streiten, ob es in den Strukturen dieses Amtes möglicherweise Verbesserungsbedarf gibt. Und damit meine ich nicht nur das Bundesamt, sondern auch die Landesämter und vor allem auch die Zusammenarbeit zwischen den Behörden. Da kann ich auch aus eigener Erfahrung sagen: „Ja, da läuft vieles nicht optimal.“ Und da würde ich sagen – der Dreiklang war ja „Abschaffen, Stärken oder...“, was war es nochmal genau?

Tabbert: „Umbauen“.

Ahlhaus: Genau. Ich würde sagen: „Stärken durch Umbauen“. Nicht durch eine Erweiterung von irgendwelchen Kompetenzen, die noch mehr Grundrechte einschränken, sondern das, was da ist an Rechten, so effektiv nutzen, dass auch der eigentlichen Aufgabe einer solchen Behörde, nämlich verfassungsfeindliche Tendenzen früh zu erkennen und ihnen vorzubeugen und sie im Keim zu ersticken, besser und effektiv nachgekommen werden kann. Wogegen ich mich ein bisschen wehre, ist, dass immer gesagt wird: „Naja, das sind alles so Geheimdienste, die sind *per se* etwas Schreckliches, weil sie nicht transparent sind – und da, wo etwas nicht transparent ist, sind irgendwelche bösen Leute am Werk, die können ja nichts Gutes mit unserer Verfassung im Sinn haben.“ Also, viele Dinge kann man nun einmal nicht – wenn man sie effektiv machen will – an die große Glocke hängen. Und das hat nichts damit zu tun, dass irgendwelche bösen Mächte da etwas verdecken wollen, sondern dass gewisse Aufgaben nicht sofort und in aller Breite in der Öffentlichkeit diskutiert werden können. Wenn man dann sagt, die parlamentarische Kontrolle durch die Kontrollgremien sei nicht ausreichend oder sie werde einer demokratischen Legitimation nicht gerecht, dann geht mir dieser Angriff zu weit. Ich gebe Ihnen Recht, in der politischen Auseinandersetzung und in der Bewertung sind Medien natürlich von ganz erheblicher Bedeu-

tung und auch nicht wegzudenken. Sie sind ein scharfes Schwert. Aber ich glaube schon, dass wir in unserem Bundestag genauso wie in unseren Landesparlamenten Abgeordnete haben, die in den Kontrollgremien sitzen, die dieser Verantwortung auch gerecht werden. Ich bin dafür, dass wir in der Tat über Umbau reden und Umbau zur Effizienzsteigerung nutzen. Nur ich befürchte, die Effizienzsteigerung – die ich mir wünschen würde und die ich mir auch in meiner Amtszeit als Innensenator und Innenstaatsrat gewünscht hätte, damit diese Behörden effektiver und besser zusammenarbeiten, um ihren Aufgaben auch besser gerecht werden zu können – diese Effizienzsteigerung würde eine neue Diskussion hervorrufen. Denn was heißt „effektiv zusammenarbeiten“ – was alle als Zauberwort sagen? Das heißt ja auch miteinander zu kommunizieren, das heißt ja auch Erkenntnisse auszutauschen. Und dann hat man sofort wieder Diskussionen über Datenschutzbelange und auch über Grundrechtseingriffe auf einer anderen Ebene. Deswegen, glaube ich, tun wir gut daran, bei aller kritischen Überprüfung dessen, was da schiefgelaufen ist, das Kind nicht mit dem Bade auszuschütten und diese Institutionen, die sich im Übrigen über Jahrzehnte bewährt haben, abzuschaffen. Wir müssen stattdessen genau hinschauen, wie wir sie umbauen können, damit sie im Verbund besser arbeiten können. Und jetzt sage ich etwas, was für einen Landespolitiker ungewöhnlich ist: Ich glaube auch – und ich bin überhaupt kein Freund von Zentralismus –, dass man in gewissen Dingen, die ein bundesweites Phänomen sind – ob das Rechtsradikalismus ist, ob das anderer Terrorismus ist, der nicht auf eine Stadt oder auf ein Bundesland beschränkt ist – vielleicht durch eine neue Kompetenzabgrenzung, nicht unbedingt unter Aufgabe jeglicher föderaler Prinzipien, mit Blick auf Effizienz dazu kommen muss, dass nicht 16 Landesämter und ein Bundesamt sozusagen im gleichen Brei rühren, dasselbe machen und nicht voneinander wissen, sodass sich dann zum Beispiel V-Leute gegenseitig beobachten. Da ist, glaube ich, erheblicher Bedarf zur Verbesserung, aber nicht in der Form, dass man sagt: „Da ist ein Fehler passiert und deswegen hat sich diese Institution insgesamt nicht bewährt.“

Becker: Vielen Dank. Eine letzte Grundsatzpositionierung, die ich auch mit einer Frage einleiten möchte: Bei meiner Vorbereitung auf diese Veranstaltung habe ich aus den Reihen der SPD durchaus unterschiedliche Äußerungen vernommen. Es gab kurz vor dem Eckpunktepapier der Innenministerkonferenz ein Eckpunktepapier der Bundestagsfraktion, in dem mehr Kompetenzen für das Bundesamt gefordert wurden. Der Innenminister aus NRW Herr *Jaeger* hat im Zusammenhang der Innenministerkonferenz dann gesagt, er sei „gegen eine zentralistische Megabehörde und für mehr parlamentarische Kontrolle vor Ort“. Und der Innenminister von Brandenburg hat noch das sogenannte Brandenburger Modell ins Gespräch gebracht, wonach der Verfassungsschutz keine eigenständige Behörde, sondern eine Abteilung im Innenministerium sein soll. Herr *Tabbert*, wenn Sie sich programmatisch positionieren würden, wo würden Sie sich da einordnen wollen, oder auch gerne ganz woanders?

Tabbert: Um zunächst auf Herrn *Gössner* einzugehen: Ich bin ein großer Anhänger von Transparenz – weil Sie sagten, der Verfassungsschutz passe nicht so recht in die Demokratie; ich habe vor ein paar Monaten ganz wesentlich auch innerhalb meiner eigenen Partei und Fraktion dafür gekämpft,

dass wir das Transparenzgesetz bekommen in Hamburg. In der Initiative waren übrigens auch Parteien wie Die Linke oder die GAL drin, am Ende haben wir das fraktionsübergreifend entschieden und sind damit Transparenzhauptstadt Deutschlands. Nicht mal die Initiatoren dieses Transparenzgesetzes haben in den Paragraphen, die sie formuliert haben und an denen wir dann in dem gesetzgeberischen Prozess in der Bürgerschaft auch rumgebastelt haben, jemals gefordert, dass man sozusagen Geheimschutz, den der Verfassungsschutz genießt, aufheben sollte. Ich glaube, bloß weil etwas ganz offensichtlich – wie in dem Fall NSU – nicht funktioniert hat, kann man ja nicht sagen, dass man das Ganze abschafft, denn die Gefahren bestehen ja weiterhin. Und man kann nicht sagen, das sei ein Fremdkörper in der Demokratie; Feinde der Demokratie sind auch oft Fremdkörper in der Demokratie und man muss natürlich auch schauen, dass man denen mit einer gewissen Waffengleichheit gegenübertritt. Denn Demokratie bedeutet auch, dass man die Rahmenbedingungen, innerhalb derer Demokratie stattfindet, schützen und stärken muss. Es geht wie immer um den großen Ausgleich, den wir Innen- und Rechtspolitiker häufig vornehmen müssen, zwischen Freiheit und Sicherheit und diese bedingen sich ja, wie wir wissen, gegenseitig. Deswegen kann es aus meiner Sicht nicht um eine ernsthafte Debatte der Abschaffung gehen. Ich glaube, in meiner Partei führte diese Debatte auch niemand. Es geht dann darum – und es wäre spannend, das heute vielleicht mal rauszuarbeiten –, wo man den Verfassungsschutz verbessern kann. Man muss sich mal anschauen: Was ist denn dort schiefgelaufen bei dem Komplex NSU? Das waren doch in erster Linie zwei Punkte. Einerseits, der Einsatz der V-Leute, der ja offensichtlich nicht so richtig gut funktioniert hat, um das mal ganz vorsichtig zu sagen. Und das Zweite war, dass offensichtlich die Zusammenarbeit der verschiedenen Verfassungsschutzbehörden von verschiedenen Bundesländern und eben auch des Bundes nicht richtig funktionierte. Die Probleme hatten Sie ja auch schon angesprochen. Es gibt, wie gesagt, Vorschläge, die die Bundestagsfraktion der SPD hierzu gemacht hat, die durchaus auch vorsehen, dass man Kompetenzen auch des Bundesamts für Verfassungsschutz dahingehend stärkt: Bisher besteht kein Selbsteintrittsrecht; das Bundesamt kann in einzelnen Bundesländern nur tätig werden, wenn die entsprechenden Bundesländer damit einverstanden sind. Ein Selbsteintrittsrecht würde ja tatsächlich auch zu mehr Macht führen, aber ich weiß nicht, ob das der Weisheit letzter Schluss ist. Wichtig ist, dass man schaut: Gibt es irgendwo eine Übersicht über alle Quellen, die dort im Einsatz sind? Denn – das hatten ja meine beiden Vorredner auch schon angesprochen – ein großes Problem war doch, dass da verschiedene Verfassungsschützer und Verfassungsschutzbehörden in verschiedenen Töpfen rumgerührt haben, ohne dass sie voneinander wussten. Also muss man doch schauen, wie man den Austausch von Informationen, die Vernetzung von Informationen, letztlich verbessert. Das muss aus meiner Sicht Ziel sein. Dann war auch noch eine Frage, die der demokratischen Kontrolle: Absolute Transparenz geht nicht, aber es muss natürlich ein Maximum an Rechtsstaatlichkeit gewährleistet werden; das heißt, wir müssen schauen, dass wir vielleicht Rechtsgrundlagen, insbesondere für den Einsatz von V-Leuten, erst einmal schaffen. Bisher sehe ich in den meisten Gesetzen nur, dass es die V-Leute einmal so gibt – aber wann

sie zum Einsatz kommen, unter welchen Kriterien sie zum Einsatz kommen – gibt es dort eventuell sogar Ausschlusskriterien? Darf das sozusagen jeder machen? Was passiert mit dem Geld, das die V-Leute bekommen? Kann dadurch auch Schaden verursacht werden, werden womöglich extremistische Strömungen dadurch aufgebaut, durch Gelder von V-Leuten? All das war ja im Raum. Dort sollten wir durch differenziertere, genauere, bestimmtere Rechtsgrundlagen Kontrolle schaffen, aber auch – und das ist ein Vorschlag, den ich sehr vernünftig finde, der hier von meiner Bundestagsfraktion, also der SPD, gemacht wurde – jedenfalls ab einem gewissen Tätigkeitsumfang sicherstellen, dass man diese V-Leute zusätzlich kontrolliert, dass zum Beispiel das G10-Gremium über den Einsatz entscheidet und man so nochmal eine zusätzliche Rückkoppelung hat. Also ich habe auch immer großes Vertrauen in die Polizei und ich habe auch großes Vertrauen in Abgeordnete und die Justiz. Aber deswegen nur gegenseitig Vertrauensbekundungen auszusprechen, reicht ja nicht, sondern wir müssen natürlich auch schauen, dass entsprechend Gewaltenteilung vorhanden ist und ebenso die Kontrolle der unterschiedlichen Gewalten. Unsere Diskussion sollte sich einerseits daran ausrichten, wie man die demokratische und rechtsstaatliche Kontrolle des Verfassungsschutzes verbessert, und als anderen Komplex ansprechen, wie man den Verfassungsschutz effektiver gestaltet.

Becker: In einer zweiten Runde würde ich Sie bitten, die Statements zu verkürzen und zu den vorangegangenen Statements Stellung zu beziehen.

Gössner: Vielen Dank. Ich halte es für falsch, wenn man im Zusammenhang mit den NSU-Skandalen von einem „Fehler“ redet. Das ist meines Erachtens kein Fehler mehr, sondern das ist erheblich mehr. Meines Erachtens sind es ideologische Scheuklappen, es ist Ignoranz gegenüber dem neonazistischen Spektrum und der Gewaltbereitschaft dieser Szenen. Es hat sich gezeigt, dass hier der Verfassungsschutz systematisch verdunkelt hat. Systematisch und absichtlich, wie der Schäfer-Bericht (2012) aus Thüringen auch ganz deutlich zeigt. Erkenntnisse über strafbare Handlungen etwa wurden nicht an die Polizei weitergeleitet, sondern es wurden sogar im Gegenteil V-Leute, die straffällig wurden, gegenüber der Polizei beschützt. Ich habe ein ganzes Buch über diese V-Leute geschrieben und musste Schauerliches erleben. Ich selber habe auf politischer Ebene in Niedersachsen in rot-grünen Zeiten der frühen 90er Jahre versucht, den dortigen Verfassungsschutz rechtsstaatlich zu zähmen. Ich war damals wissenschaftlicher Berater der grünen Regierungsfraktion und wir haben ein Gesetz geschaffen, das als liberalstes Geheimdienstgesetz innerhalb Europas galt, das es jemals gegeben hat. Wir haben die Hürde hochgeschraubt, ab der der Verfassungsschutz überhaupt tätig werden konnte. Die gesamte Gesinnungsschnüffelei, die wir derzeit leider erleben, ist ausgeklammert worden. Erst ab der Ebene der Gewaltförmigkeit oder der Gewaltorientierung konnte der Verfassungsschutz überhaupt tätig werden. Das ist immerhin ein Versuch, diese Ausuferung, die wir auch über die Jahrzehnte immer wieder erleben mussten, zu reduzieren, und wir haben die Kontrolle erheblich verbessert. Warum ist es immer noch nicht so, dass jede Fraktion einen Sitz im parlamentarischen Kontrollgremium hat? Warum gibt es kein Minderheitenrecht, um Kontrollen zu beantragen? Bisher ist es immer die Regierungsmehrheit, die eine Kontrolle anstoßen muss. Wie ist damit ei-

ne unabhängige und effiziente Kontrolle zu gewährleisten? All dies haben wir damals in Niedersachsen hinbekommen. Der andere Bezugspunkt zum Verfassungsschutz ist meine eigene Befangenheit. Ich wurde vier Jahrzehnte vom Bundesamt für Verfassungsschutz beobachtet, beginnend in meiner Studentenzeit bis hin zu meiner Funktion 2008 als stellvertretender Richter am Staatsgerichtshof in Bremen. Eine rekordverdächtige Dauerüberwachung, die 2011 nach einem fünfjährigen Rechtsstreit als von Anfang an rechtswidrig eingestuft wurde. Ich war schockiert, mit welcher ideologischen Verbissenheit und Ausdauer der Verfassungsschutz gegen mich und andere Personen und Gruppen der Linken vorging, während sich in der gleichen Zeit Neonazis und rechter Terror entwickelt haben. Da stimmt meiner Meinung nach etwas nicht mehr. Es ist schon rekordverdächtig, wenn einer Bundesbehörde ein 40-jähriges verfassungswidriges Handeln von einem Gericht bescheinigt wird. Das bringt mich zu dem Punkt, dass ich diesen Verfassungsschutz nicht für mit der Verfassung vereinbar halte. Sowohl von seiner ganzen Grundstruktur her als auch von seiner Tätigkeit über die Jahrzehnte hinweg. Nehmen wir die Kommunistenverfolgung oder auch die Berufsverbote, Perioden staatlicher „Feindbekämpfung“, in denen der Verfassungsschutz immer eine zentrale Rolle spielte. Die Geschichte des Verfassungsschutzes kann man schreiben als eine Geschichte von Skandalen und Bürgerrechtsverletzungen. Und wenn man das aufdröseln würde, käme man kaum dahin zu sagen, dass dieser Verfassungsschutz „Hüter der Verfassung“ ist. Hüter der Verfassung ist eine andere Institution. Das ist nämlich das Bundesverfassungsgericht. Und wie viele Gesetze musste das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren für verfassungswidrig erklären? Wo war da der Verfassungsschutz, frage ich mich. *[Raunen im Plenum]* Was ich damit sagen möchte, ist, dass der Verfassungsschutz eine Gefahr für die Demokratie darstellt, während mir bisher noch niemand plausibel darlegen konnte, was der Verfassungsschutz in den letzten Jahrzehnten verhindert oder Segensreiches vollbracht hat.

Becker: Es ist schön, dass wir mit der Grundsatzdiskussion der Legitimation des Verfassungsschutzes weitermachen könnten. Wir wollen dies aber nicht vertiefen, um auch noch auf einzelne Aspekte zu sprechen zu kommen.

Schmidt-Jortzig: Dass wir den Verfassungsschutz nicht auch zur Obrigkeit der Verfassung auch für unsere Gesetze machen sollten, da sind wir uns, denke ich, einig. Mir kam als Realist noch einmal ins Gedächtnis, dass angesichts der Tatsache, dass die parlamentarische Kontrolle auf Offenlegung angelegt ist – also in der Tat auch Presse und Medien eine große Rolle spielen – der andere Ast von Kontrolle umso wichtiger ist. Das ist nämlich die Fach- und Dienstaufsicht. Das wird deutlich, wenn man bedenkt, wie der ehemalige Präsident des Bundesamtes für Verfassungsschutz zurücktrat, weil er von manchen Dingen in seinem Hause effektiv nichts wusste. Das kann man sich bei einigen Dingen kaum vorstellen, dass nichts gewusst wurde. Da gibt es dann jedenfalls entsprechend verantwortliche Abteilungsleiter. Die haben auch von nichts gewusst. Und da sind Akten vernichtet worden und, und, und. Wenn man sich also die Thüringer Anamnese da anschaut, dann ist für mich ganz eindeutig, dass der jetzige Aufschrei „Wir müssen wieder an irgendwelchen Gesetzesschrauben drehen!“ viel zu weit gegriffen ist. Man muss erst mal die konkrete Praxis in den Griff nehmen und

mal schauen, ob denn das, was das Gesetz bisher schon an Schranken beinhaltet, was vor allem die Aufsicht anbetrifft, effektiv stattgefunden hat. Ich habe den Eindruck, das ist überhaupt nicht der Fall gewesen und leider haben ja solche Untersuchungsausschüsse, die dann immer eingesetzt werden – das ist nun auch gut und richtig – sofort die Eigenschaft, in Angreifer und Verteidiger zu zerfallen, dass also dann die Farbe, die ihren Minister oder ihren vom Minister eingesetzten Behördenleiter verteidigen muss, Sperrfeuer schießt und die anderen zum Teil auch etwas irrational dagegen anzulaufen versuchen. Also ich würde mal erst versuchen zu klären: Welche effektiven Missstände sind denn unabhängig von irgendwelchen Gesetzesreformen überhaupt auszumerzen? Leider ist es ja eine Tendenz der Politik, dann sofort an den großen Gesetzesschrauben zu drehen, weil man dann auch in der Öffentlichkeit natürlich immer ihre Aktivität belegen kann. Aber die praktische Umsetzung von Dingen, die ist häufig viel wichtiger und deren Kontrolle hier, also verwaltungsrechtlich gesprochen fach- wie dienst- und rechtsaufsichtlich, davon kann ich sprechen, die ist ja dann das Selbstverständlichste und Notwendigste der Welt. Dass die nicht richtig funktioniert hat, hat in diesem Fall, glaube ich, effektiv dazu beigetragen, dass es zu diesem unerhörten Vorfall oder diesen Missständen gekommen ist. Und wenn das in der Vergangenheit so gewesen ist, dann war auch das meistens eine Frage der nicht oder vielleicht nicht effektiv ausgelebten Aufsicht. Also bevor wir an Gesetzesänderungen gehen, die dann wieder nur auf dem großen Papier stehen, sollten wir das Auge auf die Praxis legen und schauen, ob da vielleicht nicht die wichtigsten Fehler gemacht worden sind.

Becker: Herr *Ahlhaus*, mir ist bewusst, Sie könnten auf das, was Herr *Gössner* Ihnen gesagt hat, ähnlich pointiert replizieren und dann könnte es eine erneute Replik geben. Das würde ich, wie gesagt, jetzt gerne unterbrechen, um zu ein paar spezifischen Punkten zu kommen. Auch zu einem, den Sie bereits angesprochen haben. Ein Hauptproblem in der Innenministerkonferenz war überraschend die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Und in dem Bereich hat es ja auch offensichtlich Mängel, um es vorsichtig zu sagen, im Zusammenhang mit diesem NSU-Komplex gegeben. Brauchen wir zur besseren Koordinierung von überregionalen Ermittlungen – Sie hatten das schon angedeutet – mehr Kompetenzen für den Bund und glauben Sie, dass die Kritik der Ländervertreter tatsächlich sachbezogen ist und sozusagen der Sorge um rechtsstaatliche Standards geschuldet? Oder geht es da um – ich habe mir hier den Begriff ausgedacht, wenn ich ihn unbewusst geklaut habe, tut mir das Leid – kompetenzielle Besitzstandswahrung. Also versucht man da möglicherweise, einfach nur auch Gelder zu behalten – Länder mit gut ausgestatteten Behörden wehren sich besonders stark? Wird da sozusagen – pathetisch gesprochen – der Schutz der Verfassung im Kompetenzgerangel verspielt?

Ahlhaus: Also zunächst finde ich die Begriffsschöpfung gut und diese hat sicherlich auch ihre Berechtigung. Ich glaube, es ist beides. Egal, ob das eine Innenministerkonferenz oder eine Kultusministerkonferenz ist oder welche Fachminister da auch immer zusammenkommen. Dass das auch immer ein Gerangel um Kompetenzen ist, dass es immer um diesen Konflikt geht: „Ist es nicht besser und effektiver zu leisten, wenn wir etwas nicht in 16 Ländern einzeln machen, sondern lieber zentral?“ Dass dagegen aber unsere föderale Ordnung,

die sich auch bewährt hat, in vielerlei Hinsicht spricht, da ist schon etwas dran. Und ich glaube, das sind auch Reflexe. Das sage ich ganz bewusst auch als ehemaliger Landesinnenminister, wobei Landesinnenminister natürlich im politischen Geschäft eine Rolle spielen, wenn es darum geht, einen Bundesminister – egal jetzt welcher Fachrichtung – in seiner gerne ausufernden Amtsführung – wobei natürlich anwesende Minister a.D. ausgenommen sind – zu beschränken. Natürlich will ja jeder gerne Kompetenzen in seiner Behörde, die er gut findet, weil er sie führt, erweitern. Möglicherweise auch mit guten Gründen, gerade von der Bundesebene. Und Landesminister wollen Kompetenz nicht gerne abgeben, weil das auch schlecht aussieht. Dann sind sie die Verlierer. Das ist ein Spiel. Aber dann sind wir wieder bei dem Thema, Herr Professor *Schmidt-Jortzig*, zu dem Sie eben auch repliziert haben und auch das Beispiel gebracht haben, dass es auf der anderen Seite ja oft so ist, dass auch in den Ausschüssen dann diese Fensterreden gehalten werden. Und der eine vertritt eben die Position, weil es die Position der Partei A ist, der der Minister angehört, und umgekehrt. Das ist ja genau die Krux. Wir kommen – und dasselbe gilt für diese konkrete Frage, weil Vieles eben nur im Lichte einer medialen Diskussion stattfindet – viel weniger zu einem sachlichen Punkt, als wenn man irgendwelche Profilneurosen ausblendete. Die gibt es aber nun mal. Die gibt es bei Ministern, die gibt es bei Parlamentariern, die gibt es überall. Ich glaube, Herr *Tabbert* wird mir zustimmen. Wir erleben auch in der Alltäglichkeit parlamentarischer Arbeit, dass immer dann, wenn in einer Ausschusssitzung keine Journalisten mehr im Publikum sitzen, auf einmal eine Debatte schneller geht, möglicherweise effektiver geht und vor allem mehr von Inhalten getragen ist als von irgendwelchen Fensterreden. Damit sage ich ja um Gottes Willen nicht, dass ich alles nur noch geheim machen will und ohne Medien, nur weil die stören. Überhaupt nicht. Nur ich gebe zu bedenken, wenn man immer nur sagt, die Transparenz sei so ein immanentes Wesensmerkmal des Rechtsstaats, das über allem stehen muss, dass manchmal durch eine Übertransparenz und eine übermediale Begleitung vielleicht die sachliche Diskussion zu kurz kommt. Und – um auf Ihre ganz konkrete Frage zurückzukommen – deswegen glaube ich: Ja, sicherlich denkt mancher Landesinnenminister vielleicht im Inneren noch etwas Anderes als das, was er dann medial geschuldet nach außen vorträgt. Und ich glaube, wenn man sich mal jenseits von irgendwelchen Gewinner- und Verliererinszenierungen zusammensetzt und überlegt, wie wir so den Verbund zwischen 17 Ämtern, die die gleiche Aufgabe wahrnehmen – 16 Landesämter, ein Bundesamt – effektiver machen, dann glaube ich, spricht viel dafür, dass man auch über manche Dinge nachdenkt. Und da will ich jetzt gar nicht irgendwelchen SPD-Anträgen das Wort reden, aber wo es richtig ist, ist es richtig, darüber nachzudenken, welche Aufgaben vielleicht bei einer stärker koordinierenden Funktion des Bundesamtes effektiver wahrgenommen werden können.

Becker: Das Thema Medien in diesem Zusammenhang werden wir später auch nochmal ansprechen, wenn der Moderationsplan sich zeitlich durchhalten lässt, insofern fand ich das schon sehr interessant. Zum Abschluss der allgemeinen Runde jetzt an Herrn *Tabbert* die Frage: Sie haben im Grundsatz dem Papier der Bundestagsfraktion zugestimmt, wenn ich Sie richtig verstanden habe. Das fordert, wenn man es schlag-

wortartig formulieren will, durchaus ein „Mehr“ an Verfassungsschutz auf Bundesebene. Dazu hat wiederum in der Süddeutschen Zeitung der von Ihnen erwähnte Herr *Prantl* ein durchaus interessantes Bild gefunden. Der sagt im Zusammenhang mit dem Innenministerpapier, also der Innenministerkonferenz – aber das war ja inhaltlich ähnlich –, das sei so, als gebe ein Fahrprüfer seinem Kandidaten nach einem schweren Unfall neben dem PKW auch den Omnibusführerschein mit den Worten: „Herr Kollege, Sie brauchen Fahrpraxis.“ Jetzt kann man über dieses Bild streiten und gucken, auf wie vielen Beinen der Vergleich hinkt.

Ahlhaus: Man könnte auch sagen: Er kriegt einen Spiegel mehr an den Bus!

Becker: So könnte man es auch machen. Aber wenn doch die Botschaft diejenige ist: „Ja, der Bund braucht eigentlich mehr Kompetenzen!“ – ist das unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit der Bevölkerung vermittelbar? Nach dem, was hier jetzt offenbar geworden ist und möglicherweise auch weiterhin offenbar wird, in diesem NSU-Zusammenhang, kann man das den Leuten erklären?

Tabbert: Ja, das versuchen wir ja. Also nochmal: Bloß, weil etwas nicht gut funktioniert, muss man es ja nicht abschaffen. Die Alternative wäre ja, es zu verbessern. Und da würde ich mich auch freuen, wenn sich Herr *Gössner* an dieser Debatte beteiligte, hilfsweise sozusagen zu seinem Hauptwunsch. Wie können wir das tatsächlich verbessern? Und ich glaube, ganz unstrittig ist, dass eine bessere Koordinierung stattfinden muss. Da wird man vermutlich um eine stärkere Rolle des Bundesamtes für Verfassungsschutz nicht herumkommen, wenn man das realistisch betrachtet.

Wie die dann genau aussieht, vermag ich nicht abschließend zu beurteilen, dazu bin ich noch zu kurz mit diesen Aufgaben beschäftigt, die ich parlamentarisch seit anderthalb Jahren wahrnehme. Aber eine bessere Koordinierung muss es geben und die muss wahrscheinlich durch das Bundesamt für Verfassungsschutz stattfinden. Dass das Bundesamt für Verfassungsschutz Selbsteintrittsrechte in Bundesländer bekommen muss, dass es im bloßen Benehmen handeln darf – was ja als juristische Formulierung bedeutet, dass man eigentlich nur informieren muss: „Achtung, wir kommen jetzt!“ – das halte ich noch nicht für zwingend. Das vermag ich noch nicht abschließend zu beurteilen. In dem Eckpunktepapier wird es ja gefordert. Aber sehr plausibel erscheint mir, dass man jedenfalls einen stärkeren Informationsaustausch zwischen den Landesämtern und auch dem Bundesamt hinbekommt. Das ist zentral für das Ziel, dass nicht Aufgaben in Unkenntnis des Handelns der anderen Behörde gleichzeitig wahrgenommen werden und dadurch weniger Effektivität bei der Aufgabenwahrnehmung eintritt.

Wir hatten zudem über mehr parlamentarische Kontrolle gesprochen. Herr *Schmidt-Jortzig* ist dabei gut gestartet – und jetzt sagt er auf einmal, wir müssen zunächst gucken, dass sich die Praxis verbessert.

Schmidt-Jortzig: Man muss das eine tun, ohne das andere zu lassen.

Tabbert: Genau! Das gefällt mir schon viel besser. Aus meiner Erfahrung heraus halte ich es zunächst für wünschenswert, dass man diese Gremien nicht allzu klein macht. Dann kann man innerhalb des Gremiums auch diskutieren und sitzt

nicht nur zu dritt da, falls mal jemand ausfällt; in einer solchen Situation kann man keine effektive Überwachungsarbeit leisten gegenüber einer Behörde, die einen riesigen Informationsvorsprung hat.

Wenn man da als kleiner Parlamentarier – hier in Hamburg auch noch als Feierabendparlamentarier – sitzt und Akten vorgelegt bekommt, die man nicht nach Hause mitnehmen darf, da wünscht man sich schon eine ganze Reihe von Möglichkeiten zur Verbesserung der parlamentarischen Kontrolle – wohl wissend, dass totale Transparenz nicht möglich ist. Denn man kann ja nicht die Namen derjenigen, deren Telefone überwacht werden, öffentlich machen, sonst würde der Sinn der Maßnahme nicht mehr verfolgt werden können.

Eine Verbesserung wäre zum Beispiel, auch bei V-Leuten zumindest eine Rückkopplung in dem G10-Gremium vorzusehen. Dafür müsste man das Gesetz ändern. Eine weitere Verbesserung bestünde darin, dass man von Gesetzes wegen den Mitarbeiterstab besser ausstattet, dass man das Ganze professionalisiert. Derzeit sitzen im parlamentarischen Kontrollausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft nur neun Feierabendparlamentarier ohne ihre Mitarbeiter, obwohl die sich den ganzen Tag damit befassen könnten, die Mitarbeiter könnten ja strafbewehrte Verschwiegenheitserklärungen abgeben. Nur eine Mitarbeiterin bzw. ein Mitarbeiter steht derzeit pro Fraktion für die Aufgabe zur Verfügung, aber der darf auch nicht in der PKA-Sitzung dabei sein. Meine Phantasie reicht schon aus, um mir eine ganze Reihe von gesetzlichen Verbesserungsmöglichkeiten auf Landes- wie auch auf Bundesebene vorzustellen. Hoffentlich kommen wir so dazu, dass mehr Rechtsstaatlichkeit durch präzisere, genauere Rechtsgrundlagen hergestellt wird, dass aber auch mehr demokratische Legitimation stattfindet, die hier nur auf der Ebene des Parlaments und nicht auf der Ebene der Öffentlichkeit erfolgen kann.

Gössner: Wenn ich hier noch etwas – von meiner Seite aus systemimmanent argumentiert – ergänzen darf: Ich würde durchaus die Möglichkeit ins Auge fassen, einen so genannten Geheimdienstbeauftragten zu installieren, der einen Mitarbeiterstab hat, um professionell kontrollieren zu können. Wohlgedenkt: Nie wird es eine wirklich demokratische Vollkontrolle geben, auch damit nicht, aber die Kontrolle könnte wirklich professionalisiert werden. Das ist übrigens auch ein Vorschlag des Bundesdatenschutzbeauftragten. Ein solches Modell wäre möglicherweise eine Überlegung wert.

Tabbert: Wenn ich da kurz einhaken darf... Hier finde ich das Papier der SPD-Bundestagsfraktion sehr plausibel: Ein Arbeitsstab ist zu fordern, der kann sehr viel bringen. Ich habe selber einmal im Arbeitsstab eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses gearbeitet. Da hat man wochenlang Zeit, sich mit einem Thema zu befassen, kann sich in etwas hineinwühlen. Aber wenn man einen Beauftragten dort einrichtet, führt das natürlich wieder zu einem Weniger an politischer Kontrolle und unter Umständen auch zu weniger parteipolitischer Kontrolle. Das wäre also etwas, das mir nicht unbedingt einleuchtet. Einen professionalisierten Arbeitsstab finde ich sehr plausibel, aber die Delegation an einen Geheimdienstbeauftragten führt meines Erachtens nicht zwangsläufig zu dem Ziel einer verstärkten Kontrolle, dem Sie sich ja auch verbunden fühlen müssten.

Becker: Wir können das Thema jetzt im Zusammenhang mit den V-Leuten noch einmal konkret angehen. Herr *Ahlhaus*, ich habe bei meiner Vorbereitung *Volker Kauders* Aussage gelesen, der Einsatz von V-Leuten müsse „ernsthaft auf den Prüfstand“ gestellt werden, denn: „Ein Instrument, das uns nichts bringt, das brauchen wir auch nicht.“ Die Aussage stammt vom 15. November 2011, also relativ kurz nach dem Bekanntwerden der NSU-Mordserie. Möglicherweise war die Aussage der Wucht dieser Erkenntnisse geschuldet, denn jetzt, neun Monate später, steht in dem Papier der Innenministerkonferenz, wie in der Presse zu lesen war, etwas von einheitlichen Standards bei V-Leuten, die man voranbringen möchte. Glauben Sie als Innenpolitiker, dass der vollständige Verzicht auf V-Leute tatsächlich zumindest ernsthaft geprüft und diskutiert werden müsste? Wurde das Thema ernsthaft genug geprüft? Oder sind V-Männer notwendiger Bestandteil eines funktionierenden Verfassungsschutzes, so dass es auch hier nur um Verbesserungen gehen kann?

Ahlhaus: Herr *Kauder* hat Recht, wenn er sagt, dass man keine Instrumente braucht, die nichts bringen. Ich glaube aber, dass falsch liegt, wer sagt, dass V-Leute grundsätzlich nie etwas gebracht haben und nichts bringen werden. Dafür gibt es schließlich genügend Beispiele. Aber auch hier muss man – ähnlich wie in der Debatte, die wir eben geführt haben – hinschauen, wo man Strukturen verbessern muss. Auch muss man – ich sag es jetzt einmal untechnisch – das *Handling* der V-Leute möglicherweise rechtsstaatlich noch einmal neu einsortieren oder überhaupt auf vernünftige Rechtsgrundlagen stellen. Dafür bin ich sehr. Nur sollte man auch da nicht das Kind mit dem Bade ausschütten: Es ist falsch, zu sagen, das ganze Instrument taugt nichts, wenn V-Leute an Operationen beteiligt waren, die schiefgegangen sind, und wenn sich diese V-Leute möglicherweise sogar strafbar gemacht haben.

Wir haben in der Debatte um das NPD-Verbotsverfahren gesehen, dass der Einsatz von V-Leuten durchaus kein Allheilmittel ist, sondern dass es dabei auch Schwierigkeiten geben kann, die sogar den eigentlichen Zweck des Einsatzes gefährden können, wie es beim NPD-Verbotsverfahren der Fall war. Aber dann kann man nicht die Schlussfolgerung ziehen, alles sei Mist und künftig sei darauf zu verzichten. Denn dann fehlen den Behörden Erkenntnisse, um wirksam operieren und verfassungsfeindlichen Tendenzen entgegenzutreten zu können. Vielmehr muss auf den Prüfstand, wie V-Leute geführt werden. Da bin ich ganz bei Professor *Schmidt-Jortzig*: Gerade bei dem Thema V-Leute-Einsatz scheint mir, dass die Aufsicht – die bei V-Leuten natürlich auch etwas schwieriger ist – möglicherweise absolut unzureichend ist. Ich bin davon überzeugt, dass dieses Phänomen nicht nur beim Bundesamt für Verfassungsschutz, sondern auch bei den Landesämtern besteht. Und ich glaube, daran müssen wir arbeiten.

Klar ist aber auch: Es liegt bei der Institution der V-Leute in der Natur der Sache, dass diese Personen nicht so geführt werden können wie irgendein Beamter im Polizeikommissariat „xy“. Das heißt aber nicht, dass jemand, der im Auftrag handelt, die verfassungsmäßige demokratische Ordnung eines Rechtsstaates zu schützen, sich selbst völlig von dieser Rechtsordnung lösen kann. Das geht nicht. Hier existiert Bedarf, näher hinzuschauen. Auch im wohlverstandenen Eigeninteresse dieser Behörden besteht ein Bedürfnis, künftig Fehlentwicklungen zu verhindern, wie wir sie beim NPD-

Verbotsverfahren, in der NSU-Sache und auch an anderer Stelle gesehen haben.

Ahlhaus: Ich bin davon überzeugt, dass das ein Phänomen ist, das nicht nur für das Bundesamt für Verfassungsschutz gilt, sondern auch für die Landesämter. Und ich glaube, daran müssen wir arbeiten. Klar ist aber auch, der Institution „V-Leute“ ist immanent, dass sie nicht so geführt werden kann wie irgendein Beamter, der im Polizeikommissariat „xy“ arbeitet. Das liegt in der Natur der Sache. Das heißt aber nicht, dass jemand, der im Auftrag handelt, die verfassungsmäßige, rechtsstaatliche und demokratische Ordnung zu schützen, sich selbst vollständig von dieser Ordnung lösen kann. Und hier ist Bedarf, näher hinzuschauen. Es ist sogar im wohlverstandenen Eigeninteresse dieser Behörden, Fehlentwicklungen, wie wir sie im NPD-Verbotsverfahren, wie wir sie jetzt bei der NSU-Sache gesehen haben, wie wir sie auch an anderer Stelle gesehen haben, künftig zu verhindern.

Becker: Herr *Schmidt-Jortzig*, was die Verbesserung von Aufsicht im weitesten Sinne angeht, haben Herr Dr. *Förster*, Ermittlungsrichter beim BGH, und ein weiterer Kollege von Ihnen aus Hamburg, Herr *Bull*, sich jüngst in der ZRP dafür ausgesprochen, den Einsatz von V-Leuten unter Richtervorbehalt zu stellen. Halten Sie das einerseits aus verfassungstheoretischer Sicht für richtig und zugleich auch für praktikabel und was wären Ihre Empfehlungen, wenn die Innenministerkonferenz Sie fragen würde, wie man die bisher recht blasen, einheitlichen Standards gestalten sollte?

Schmidt-Jortzig: Der Gedanke des Richtervorbehalts ist rein theoretisch ein vernünftiger Gedanke. Denn bei den V-Leuten spielt mit, dass sie *per definitionem* immer auch in der Lage sein müssen - um sich hinreichend in der Szenen, in der sie eingesetzt sind, Vertrauen zu schaffen, Zugang zu schaffen - gewisse Rechtsverletzungen vornehmen dürfen. Hier ist die Balance zu halten, zwischen dem, was die V-Leute auf keinen Fall dürfen und dem, was im Interesse ihrer Aufgabe akzeptiert werden kann - wir dürfen sie ja nicht mit den verdeckten Ermittlern verwechseln. Hier ist es dann schon denkbar und theoretisch sinnvoll, das jedenfalls durch einen Richter erlauben zu lassen. Ich habe nur praktische Bedenken. Mein Freund *Hans-Peter Bull* ist lange genug Innenminister in Schleswig-Holstein gewesen. Er kennt die Probleme der Bürokratisierung solcher Dienste. Wenn das alles erst zum Richter geht - womöglich nach Karlsruhe zum Ermittlungsrichter bei der Bundesanwaltschaft - dann ist die Effektivität eines V-Leute-Einsatzes wieder in Frage gestellt. Und dann wissen wir leider auch aus der Praxis - was mich in meiner Profession als Hochschullehrer eigentlich überraschen sollte - dass die immer so als Allheilmittel für rechtsstaatliche Defizite eingesetzten Richtervorbehalte auch nicht viel besser funktionieren. Es gibt eine Vielzahl Untersuchungen dazu, was diese Richtervorbehalte bringen und es stellt sich heraus, dass diese vom Richter erteilten Genehmigungen kaum rechtsstaatlich effektiver sind, als würde es ein vernünftiger, vom Rechtsstaat durchdrungener Beamter machen. Ich bleibe dabei, es sind namentlich die V-Leute-Führer des entsprechenden Amtes. Diese Führung, also Laufbahnbeamten, un-

terliegt einer unbegrenzten Dienst-, Fach- und Rechtsaufsicht. Wenn die V-Leute straff geführt sind und das dann auch innerhalb der Amtshierarchie hinreichend kommuniziert wird, hätten wir vieles, was innerhalb dieses ganz komplexen Falls der NPD und des Rechtsradikalismus über die Jahre schief gelaufen ist, im Griff. Grundsätzlich stimme ich Herrn *Ahlhaus* zu und halte die Abschaffung der V-Leute nicht für zielführend. Man muss sie effektiver handhaben.

Tabbert: Ich wollte noch ergänzen: Die Richter würden ja nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle durchführen können und keine der Zweckmäßigkeit. Deswegen finde ich diese Idee der G10-Kommission charmant. Man hat noch ein zusätzliches Kontrollinstrument. Ich stimme Ihnen zu, Herr *Schmidt-Jortzig*. Man kann mehr Kontrolle auch durch straffere Führung erreichen. Aber eben auch durch Berichtspflichten. Man muss diese Sache sozusagen innerhalb der Behördenhierarchie hoch genug ansiedeln. Vielleicht muss das möglicherweise auch ein Volljurist sein mit mehr Feeling für Verhältnismäßigkeit. Das würde ich mir wünschen.

Becker: Herr Gössner, welches sind Ihrer Auffassung nach nun die Hauptprobleme im Zusammenhang mit diesen sogenannten V-Leuten?

Gössner: In der Tat ein ganz heikles Feld. Ich muss gleich zu Beginn sagen, dass das, was Sie alles erzählt haben, ein bisschen blauäugig klingt, gemessen an der Praxis. Sie werden kein wirklich kontrollierbares V-Leute-System hinkriegen. Wir müssen uns doch vergegenwärtigen, was V-Leute eigentlich sind. V-Leute stammen aus den jeweils zu beobachtenden Szenen und Parteien. Das heißt, im rechtsextremen, neonazistischen Bereich sind das gnadenlose Neonazis und heillose Rassisten. Und sie sind auch weiterhin tätig in diesen Szenen - und zwar häufig an vorderster Stelle. Und sie müssen auch weiter einschlägig aktiv bleiben, um nicht aufzufallen. Das heißt, dass ihre Tarnung unmittelbar damit zusammenhängt, dass sie sich aktiv, auch gewalttätig, in einer gewaltgeneigten Szene verhalten. Es handelt sich bei diesen V-Leuten nicht etwa um Agenten des demokratischen Rechtsstaats, sondern es sind staatlich alimentierte Naziaktivisten.

Tabbert: Es geht ja nicht nur um diese Szene!

Gössner: Nein, klar, das ist ja auch nur ein Beispiel, wenn auch ein heftiges. Wir kennen in keiner anderen Szene so viele V-Leute wie in der rechtsextremen und trotzdem wusste der Verfassungsschutz angeblich nichts. Ich habe das - gerade in diesem Bereich - ausführlich in meinem Buch „Geheime Informanten“ beschrieben und dort von „Neonazis im Dienste des Staates“ gesprochen. Die begehen Straftaten, teilweise auch zur Tarnung, und der Verfassungsschutz tut nichts dagegen, weil er seine Leute - die er ja mühsam rekrutiert - langfristig in der Szene halten will. Das ist ein ganz großes Problem. Der Verfassungsschutz als Geheimdienst ist nach Gesetzeslage nicht dazu da, Straftaten zu verhüten oder Straftaten aufzuklären. Das ist Sache der Polizei, die dem Legalitätsprinzip unterliegt. Der Verfassungsschutz versucht alles, um seine kriminell gewordenen V-Leute in der Szene zu stabilisieren und zu halten. Ich habe das in etlichen Fällen nachweisen können. Das war für mich das Erschreckendste,

was ich bei meinen Recherchen erleben musste: Dass der Verfassungsschutz seine kriminellen V-Leute nicht nur deckt, sondern auch systematisch gegen polizeiliche Ermittlungen abschirmt. Das ging tatsächlich bis hin zu Beweismittelunterdrückung: Da wurden dann Tatcomputer vom Verfassungsschutz ausgetauscht, bevor die Polizei kommt und ein Haus durchsucht; auch im Fall der NSU hat der Verfassungsschutz seinen V-Leuten polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen wie etwa Observationen verraten.

Ahlhaus: Tatsächlich muss man das gesetzlich regeln!

Gössner: In vielen Gesetzen sind ja schon gewisse Grenzen zu finden, aber das funktioniert nicht. Die Abschirmung krimineller V-Leute gegen Ermittlungen der Polizei ist letztlich auch strafbar: Es geht um Strafreitelung im Amt oder Beihilfe zu Straftaten. Aber kein Verantwortlicher des Verfassungsschutzes ist jemals dafür belangt worden. Das ist doch erstaunlich! In einem Fall gab es ein Verfahren gegen einen V-Mann-Führer, der den kontaminierten PC seines Schützlings, seines V-Manns, ausgetauscht hatte. Das Ermittlungsverfahren wurde dann aber mangels öffentlichen Interesses eingestellt. So läuft das nämlich im Geheimdienstbereich. Wir kommen hoffentlich gleich noch auf das Geheimhaltungssystem insgesamt zu sprechen, weil das ganz große Auswirkungen hat. Das ist ein ganz zentrales Beispiel, warum es mit der Kontrolle geheimdienstlichen Handelns nicht klappen kann: Der Quellenschutz geht über alles. Und wir haben es gesehen: Wer den Schäfer-Bericht liest, der sieht, dass der Quellenschutz der oberste Wert ist. Ihm hat sich alles andere unterzuordnen. Das ist ein strukturelles Problem von Geheimdiensten.

Becker: Ich danke Ihnen für diese zugespitzte Darstellung. Wir müssen natürlich sehen, dass nicht alle Leute den Schäfer-Bericht gelesen haben. Insgesamt sollten wir versuchen, nicht zu detailliert über die NSU-Affäre im Konkreten zu reden. Dann ist es immer schwierig, dass die Sachverhaltskenntnisse unterschiedlich sind, und nicht alle der Diskussion gleichermaßen folgen können. Aber ich glaube, es ist berechtigt, dass Sie zu dem Punkt V-Leute das letzte Wort hatten; gerade wenn Sie hier in der Grundposition „eins gegen drei“ stehen. Dann können wir nämlich noch zu einem anderen wichtigen Punkt kommen, der auch für viel Aufsehen gesorgt hat: Die Beobachtung von Abgeordneten der Partei „Die Linke“. Herr *Tabbert*, aus Ihrer Partei gab es da auch deutliche Kritik. Ich erinnere mich an die Formulierung, das sei „gaga“, ich glaube von Herrn *Wiefelspütz*. Jedenfalls wurde das aus ihrer Partei deutlich kritisiert. Ich versuche mich jetzt als *advocatus diaboli*: Jedenfalls im Fall *Bodo Ramelow* haben wir ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und damit einen Sachverhalt den wir - wie Juristen das in der Revisionsinstanz machen - als gegeben ansehen können. Hier war es so, dass nur öffentlich zugängliche Quellen ausgewertet wurden *und* - so hat es das Gericht jedenfalls festgestellt - dass das Abstimmungsverhalten sowie die Äußerungen im Parlament und den Ausschüssen nicht Gegenstand der Beobachtung waren. Da könnte man jetzt sagen, dass es erstaunlich ist, dass man einen Verfassungsschützer für Aufgaben braucht, die jeder Schüler als Ferienjob erledigen könnte: Zeitungsartikel auswerten. Das war jetzt von mir sehr zugespitzt formuliert. Aber ich will auf etwas Anderes hinaus: Man könnte sich doch fragen, ob - wenn das so gewesen ist,

wovon wir jetzt einfach ausgehen - das wirklich eine Bedrohung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung ist. Oder ob man sich nicht fragen kann, ob die Zulässigkeit dieser Form von Beobachtung – nur öffentlich zugängliche Quellen und Verzicht auf die Abgeordnetentätigkeit im engeren Sinne – auch bei Abgeordneten anders zu beurteilen ist als die Beobachtung von Abgeordneten mit nachrichtendienstlichen Mitteln. Würden Sie sagen, dass man da möglicherweise differenzieren kann?

Tabbert: Schwierig. Schwierige Frage. Vorweg: In Hamburg findet meiner Kenntnis nach keine Überwachung der Partei „Die Linke“ statt, so jedenfalls habe ich das dem Verfassungsschutzbericht entnommen. Das ist natürlich ein sehr starker Eingriff, egal wie man politisch zu der Partei steht. Und dann muss man sich fragen, ob das, wenn man es generell unterbindet, auch dazu führt, dass man Abgeordnete der NPD gar nicht mehr überwachen kann. Wenn man das eine generell ausschließt, muss man das andere auch immer mitdenken. Ich bin auch ein großer Gegner von Gesinnungsschnüffelei, ich finde, das sollte nicht Aufgabe des Verfassungsschutzes sein. Viele junge Leute haben viele verrückte Ideen, wenn sie jung sind, und ändern sich vielleicht im Laufe des Lebens und werden auch gesetzter und haben mehr Einsicht in gewisse gesellschaftliche Notwendigkeiten, die sie als solche erkennen. Ich bin also kein großer Freund von Gesinnungsschnüffelei, das sage ich ganz ehrlich. Aber sich selbst die Möglichkeit vorzuenthalten... Gerade wenn wir sehen, mit was für zum Teil gefährlichen Persönlichkeiten – so jedenfalls erscheint es mir – wir es bei einigen NPD-Abgeordneten in den neuen Bundesländern zu tun haben, würde ich nicht aus der Hüfte geschossen von mir geben wollen, dass wir da einen großen Bogen drum machen sollen.

Becker: Auf den Aspekt wollte ich auch noch einmal kommen. Jetzt versuche ich bei Ihnen, Herr *Ahlhaus*, auch im Vorhinein die Gegenposition zu antizipieren. Ich beziehe mich, was die Tatsachen und den Sachverhalt angeht, immer noch auf das Urteil. Der Verfassungsschutz beobachtet nicht nur die „Kommunistische Plattform“ und andere Suborganisationen in der Partei „Die Linke“, von denen das Bundesverwaltungsgericht anknüpfend an das Oberverwaltungsgericht sagt, dass sie verfassungsfeindlich sind. Sondern es wird auch *Bodo Ramelow* beobachtet, der nach den Feststellungen desselben Gerichts nichts mit diesen Organisationen zu tun hat und sich selbst nie in verfassungsfeindlicher Weise betätigt hat. Außerdem beobachtet der Verfassungsschutz, wie wir wiederum in der heutigen [05.09.2012, *Anm. d. Red.*] Süddeutschen Zeitung lesen konnten, in Baden-Württemberg einen 81-jährigen Rentner, der sich nie etwas hat zuschulden kommen lassen und der seit Jahrzehnten von den Bürgern gewählt im Kreistag sitzt. Er ist Mitglied im Kaninchenzüchterverein, aber eben auch in der DKP. Hier hat der Kreistag fraktionsübergreifend, auch die Unionsfraktion, einen Appell an die Landesregierung gerichtet, man möge die Beobachtung dieses Menschen einstellen. Auf der anderen Seite gibt es das schwer erklärbare – ich nenne es jetzt „Versagen“, auch wenn Herr *Gössner* den Begriff nicht mag – im Fall der NSU. Wie lässt sich anhand solcher Dinge, die vielleicht zugespitzt sind, vielleicht aber auch ein Muster erkennen lassen, der oft, so auch heute, gehörte Vorwurf der „Blindheit auf dem rechten Auge“ entkräften?

Ahlhaus: Ich kann und will mich nicht zu der Beobachtung einzelner Personen oder Institutionen äußern. Ich selbst habe als Innensenator die Entscheidung getroffen, dass die Beobachtung der Partei „Die Linke“ in Hamburg eingestellt wird und hierbei sehr wohl differenziert, was die – Sie haben es eben ausgeführt – Unterorganisation „Kommunistische Plattform“ angeht. Das war ein Vorschlag des Landesamts für Verfassungsschutz, der plausibel dargelegt wurde und der seine Gründe hatte. Was mir an dieser Diskussion nicht gefällt, ist Folgendes, verzeihen Sie mir das, Herr *Tabbert*: Sie sagten eben „Gesinnungsschnüffelei“, der Begriff fiel vorher schon einmal von Herrn Dr. *Gössner*. Es geht nicht um „Gesinnungsschnüffelei“. Mir gefällt auch nicht, dass als Argument gesagt wird, ein Verzicht auf die Beobachtung der Linkspartei könnte dazu führen, dass wir auch die NPD nicht mehr beobachten können. Dieser Schluss gefällt mir nicht. Es kann nicht davon abhängen, ob rechts oder links, es kann nicht davon abhängen, welcher Partei einer angehört. Wenn einer verfassungsfeindliche Tendenzen verfolgt, offensichtlich, und er ist gefährlich, und ein Abgeordneter der CDU, dann bin ich sehr dafür, dass er auch beobachtet wird. Das mal zu eins. – Zu zwei: Ich finde auch – und das sage ich auch als Abgeordneter: Allein die Tatsache, dass jemand Abgeordneter ist, kann ihn auch nicht davor schützen, darf ihn nicht davor schützen, dass, wenn er Schlimmes im Schilde führt, auch Sicherheitsbehörden genau hingucken. Das Ganze muss natürlich seine Grenze haben, wo der Abgeordnete in seiner parlamentarischen Kontrollfunktion behindert oder diese ganz ausgehöhlt wird. Das ist auch klar in einem demokratischen Rechtsstaat. Aber allein zu sagen, nur weil jemand Abgeordneter ist oder nur weil eine Partei auch politisch tätig ist, darf sie nicht Gegenstand einer Beobachtung sein, halte ich für falsch. Das halte ich auch für gefährlich. Denn in Einem sind wir uns ja einig, nämlich dass es Parteien gibt, die eben verfassungsfeindliche Tendenzen verfolgen und die auch mit den Mitteln eines demokratischen Rechtsstaats – und dazu gehört auch die Institution Verfassungsschutz – aufgeklärt und dann bekämpft werden müssen. Und ob einer 81 Jahre alt ist oder nicht: Auch mit 81 kann man so fit und verfassungsfeindlich sein, dass es ganz gut ist, wenn man da hinguckt. Ich kenne den Fall nicht und will mich auch nicht dazu äußern. Ob das gerechtfertigt ist oder nicht, weiß ich nicht. Nur weder Alter, ich sage es noch einmal, noch rechts, noch links darf eine Rolle spielen. Sie haben vorhin auch gesagt, Herr Dr. *Gössner*, wenn ich mich recht entsinne, und da ging es um die Frage der parlamentarischen Kontrolle, es sei doch ein Unding, dass nicht alle Fraktionen drin sind. Dabei haben Sie sich zu Recht in ihrem letzten Beitrag darüber beschwert, dass der Verfassungsschutz ja mit den V-Leuten lauter Kriminelle unterhält, die selbst eigentlich Gegenstand der Beobachtung sein sollten, weil sie selbst eben zu Straftätern werden und dann auch noch geschützt werden. Aber wollen Sie dann in einem Gremium möglicherweise einen NPD-Mann zu sitzen haben, dem dann vertraulich berichtet wird, was sein Parteifreund nun da gerade macht? Also das ist schon schwierig. Und man kann natürlich nicht sagen, dass, nur weil es die NPD ist, wir die jetzt nicht haben wollen. Aber ich bin, ehrlich gesagt, ganz froh, dass wir nicht automatisch jede Partei in diesen Gremien drin haben. Ich finde, das hat sich auch bewährt. Wir hatten in verschiedenen Landesparlamenten Auswüchse von Extremisten und es ist gut,

dass die nicht überall dabei waren und überall alles mitbekommen haben. Das ist keine juristisch, verfassungsrechtlich, dogmatisch einwandfreie Erklärung, denn da kann ich nicht differenzieren, wenn jemand gewählt ist, ist er gewählt. Aber wenn sie das Ziel verfolgen und auf der einen Seite sagen, „es ist schlimm, dass die da angeworben werden, obwohl sie selbst mittendrin sind“, dann ist es schwierig, auf der anderen Seite zu sagen, „bei dem Kontrollgremium will ich sie auch noch dabei haben“.

Becker: Ich würde gerne da einmal, bevor wir dann noch einmal auf den konkreten Fall zu sprechen kommen, abstrahieren von den konkreten Parteien und mich an Herrn *Schmidt-Jortzig* wenden wollen und die, Sie haben es eben gesagt, abstrakte rechtsdogmatische Frage aufwerfen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem Urteil im Zusammenhang mit Herrn *Ramelow* gesagt, die Beobachtung von Abgeordneten bedürfe keiner speziellen Ermächtigungsgrundlage. Das kann man kritisieren und man könnte eine extreme Gegenposition beziehen, die hier jedenfalls von Herrn *Ahlhaus* deutlich abgelehnt wurde und sagen – über Art. 38 GG oder wie man das immer begründet – die Beobachtung demokratischer Abgeordneter wäre generell unzulässig. Wie würden Sie sich da positionieren und wie beurteilen Sie das *de lege lata* und möglicherweise – wenn man dann etwas regeln müsste – *de lege ferenda*?

Schmidt-Jortzig: Wir müssen uns gar nicht auf den Art. 38 GG zurückziehen. Es gibt ja immerhin die konkrete Vorschrift mit der Indemnität der Abgeordneten. Alles, was die im Bereich ihrer parlamentarischen Tätigkeit machen, ist von irgendeiner Verfolgung ausgenommen, jedenfalls wenn man es im Zweifel für die parlamentarische Freiheit auslegt. Deswegen kann es nicht sein, dass die Arbeit im Ausschuss A oder im Ausschuss B, die der Abgeordnete da treibt, Gegenstand von Untersuchungen durch den Verfassungsschutz ist. Umgekehrt kann es aber auch nicht sein, dass das reine „Abgeordnetersein“ davor schützt, nicht auch kritisch unter die Lupe genommen zu werden, ob man sich nicht außerhalb seiner parlamentarischen Tätigkeit, unter anderem in seiner Partei, in den einzelnen Parteigremien, verfassungsfeindlich verhält. Da ist dann auch nach meiner Sicht für den Abgeordneten oder auch für den Bundespräsidenten, wenn er denn irgendwo Mitglied sein sollte, irgendeine besondere Ermächtigungsgrundlage vonnöten, um zu beobachten. Ob ich dann wirklich Herrn *Ramelow* – soweit ich den kenne, ist der in der Tat ein Gutmensch, aber nicht gefährlich – ob man den nun wirklich beobachten muss, nur weil er Mitglied bei den Linken ist und die Linken als Institution als verfassungsfeindlich eingeordnet werden. Das ist eine Frage des Fingerspitzengefühls und in dem Fall *Ramelow* - zu dem 81-Jährigen kann ich nichts sagen - würde ich schlicht sagen, das ist reichlich zu viel und das muss schleunigst beendet werden. Aber es gibt andere Abgeordnete, jedenfalls kenne ich das aus meiner Parlamentszeit, als die noch PDS hießen, bei denen ich mir gut vorstellen konnte, dass man da schon mal ein bisschen genauer hingucken müsste. Sonst will ich zu der ganzen Geschichte nichts näher sagen und ich habe auch den Eindruck, die Aufregung wäre längst nicht so groß, wenn man auf der rechten Seite irgendwelche Missstände auf irgendwelche Beobachtungstendenzen aufwürfe. Da läuft das und keiner regt sich auf. Ich habe mit großen Augen gelesen, dass der betreffende Fraktionsvorsitzende, der ist ja da, glau-

be ich, im mecklenburgischen Landtag, für Tätigkeiten im Parlament sogar zur Verantwortung gezogen wird. Das erstaunt mich staatsrechtlich, wobei dort ja auch noch nicht das letzte Wort gesprochen ist. Dort sollen wir also jedenfalls auf keinem Auge blind sein, sondern möglichst scharf auf jedem Auge. Das ist für mich unbestritten.

Becker: Den Punkt würde ich jetzt gerne noch einmal aufgreifen und diesen erst mal gerne an Herrn *Gössner* richten. Im NPD-Verbotsverfahren haben seinerzeit vier Richter, und das hat nicht gereicht, weil eine Zwei-Drittel-Mehrheit erforderlich ist, die Meinung geäußert, dass kein Verfahrenshindernis vorliegt und wollten daher das Verfahren weiter betreiben. Da wurde gesprochen vom, und ich zitiere jetzt, „Grundanliegen einer Verfassung, die sich nicht durch den Missbrauch der von ihr gewährten Freiheitsrechte zur Disposition stellen lassen will und mit gleicher Entschiedenheit der Verächtlichmachung und Herabwürdigung von Menschen oder Gruppen von Menschen entgegentritt“. So und in der Stoßrichtung gegen eine ja sicherlich in diesem Raum und weithin ja auch in unserer Gesellschaft konsensfähig als verfassungsfeindlich eingestufte Partei ist das ja erst einmal grundsümpathisch. Wenn man diese Ansicht jetzt teilt, wäre man dann, wenn wir jetzt sozusagen wieder immanent argumentieren und sagen, der Verfassungsschutz beobachtet bestimmte NPD-Funktionäre und die werden dann ins Parlament gewählt, gezwungen, die Beobachtung zu beenden? Müsse sich, um dieses Beispiel mit der NPD zuzuspitzen, das ja auch schon gebracht wurde, müsste sich dann der Rechtsstaat, wenn man diese Position vertreten wollte, nicht gerade gegenüber seinen schlimmsten Feinden eigentlich am stärksten beweisen?

Gössner: Naja, das Erstaunliche ist ja nun, dass ausgerechnet der Verfassungsschutz es verhindert hat, dass die NPD verboten wird und dadurch überhaupt noch in Parlamente einziehen kann und auch Steuergelder bekommt. Und dass die NPD dann noch rassistisch geprägt wird und finanziert wird über V-Leute, über langjährige V-Leute, die Hunderttausende an Honoraren gekriegt haben, wie Herr *Frenz* zum Beispiel oder Herr *Holtmann* aus Nordrhein-Westfalen, das ist dann schon erstaunlich. Wie sich also ein staatliches Sicherheitsorgan verstrickt in eine solche menschenfeindliche Partei und es dann noch über diese Verstrickung verhindert, dass diese Partei auch möglicherweise verboten werden kann. Der Verfassungsschutz war so prägend in der NPD zu Gange, dass das Bundesverfassungsgericht zu Recht sagen musste, „nein, wir können ja gar nicht mehr unterscheiden, was sozusagen von staatlicher Seite mitgeprägt und was wirklich staatsfern ist“. Denn die Staatsferne ist eben nicht mehr gewährleistet gewesen. Da habe ich also ein grundsätzliches Problem mit dem staatlichen Umgang mit der NPD. Und es sind ja bis heute keine durchgreifenden Konsequenzen daraus gezogen worden. Es sind nach wie vor V-Leute auf allen Ebenen der NPD zugegangen, und zwar von Seiten des Bundes wie von etlichen Bundesländern, wenn auch nicht von allen. Einzelne Bundesländer, zumeist SPD-geführte, haben sich inzwischen entschieden, ihre V-Leute abzuziehen. Ob das wirklich schon gelaufen ist, weiß ich nicht. Aber zum jetzigen Zeitpunkt wäre es auf jeden Fall widersinnig, ein neues NPD-Verbotsverfahren anzuzetteln; es wäre viel zu riskant. Und mit dem, was jetzt der Bundesinnenminister versucht, nämlich mit Belastungsmaterial, das nicht von V-Leuten stammt,

ein NPD-Verbotsverfahren zu bestreiten, damit habe ich meine Probleme. Die NPD ist nach wie vor über V-Leute staatlich mitgeprägt, auch wenn man die V-Leute nicht als Zeugen braucht. Aber das Material oder die Gesinnung, all das, was in der NPD virulent ist, ist eben auch von V-Leuten geprägt.

So, zu *Bodo Ramelow* vielleicht noch ein Satz: Es wurde ja gesagt, dem sei nichts vorzuwerfen, das sage ja auch das Bundesverwaltungsgericht. Aber es ist schon befremdlich, wie das Bundesverwaltungsgericht begründet, warum *Ramelow* trotzdem beobachtet werden soll und kann. Da heißt es: Ebenso gefährlich wie Personen, die der FDGO feindlich gegenüberstehen oder sie beseitigen wollen, „können Personen sein, die selbst auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehen, jedoch bei objektiver Betrachtung durch ihre Tätigkeit verfassungsfeindliche Bestrebungen fördern, ohne dies zu erkennen (...). Eine derartige Person, die nicht merkt, wofür sie missbraucht wird, kann für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung genauso gefährlich sein wie der Überzeugungstäter.“ Das ist die Figur des nützlichen Idioten, die dafür herhalten muss, dass jemand, dem man nichts vorwerfen kann, in einer solchen Partei eben auch beobachtet wird. Das ist hoffentlich nicht das letzte Wort – und wird jetzt hoffentlich vom Bundesverfassungsgericht revidiert.

Becker: Das wollte ich gerade sagen. Dieses Urteil ist überwiegend auch sehr kritisch rezipiert worden, jedenfalls zwei Anmerkungen sind mir bekannt. Und es wird sicherlich noch zum Bundesverfassungsgericht führen. Wir wollen jetzt sehr gerne noch Beiträge aus dem Auditorium haben.

Tabbert: Ich möchte nur noch ganz kurz klarstellen: Natürlich geht es mir nicht darum, welcher parteipolitische Hintergrund besteht. Mir geht es nur darum, dass man vielleicht eine Grenze ziehen muss: Wo wird nur Gesinnung überwacht? Das meine ich mit Gesinnungsschnüffelei. Ich lasse Frau *Löttsch* gerne alleine vom Kommunismus träumen, ohne beobachtet zu sein. Da bin ich, glaube ich, auch nicht zu liberal. Aber wenn ich sehe, da gibt es Kontakte ins gewaltbereite Spektrum, dann ist es wieder etwas anderes. Also wenn man das z.B. an das Kriterium Gewaltbezug oder gewaltbezogener Extremismus knüpfen würde usw., dann geht es in der Tat nicht darum. Aber gestatten Sie mir die letzte Bemerkung: Frau *Artus* von der Linken wirkt auf mich z.B. friedlicher als Herr *Apfel* von der NPD. Deswegen hatte ich diesen Vergleich gewählt.

Becker: In Niedersachsen gab es tatsächlich eine Beschränkung der Ermittlungstätigkeiten auf Personen der Gruppen, die sich „aggressiv-kämpferisch“ gebärden, aber das ist mittlerweile wieder abgeschafft worden. Aber damit wollen wir jetzt dann wirklich ins Auditorium gehen. Ich würde vorschlagen, dass wir tatsächlich konkret die Leute ansprechen, also nicht sammeln, sondern dass Sie sich an einen bestimmten Diskutanten richten und dass wir das dann auch direkt beantworten lassen.

Zuschauer: Wenn ein Missstand auftritt, ob im Staat oder in der Wirtschaft, dann wird erst einmal geschrien: „Neue Regelungen, neue Gesetze!“ – „Jetzt haben wir wieder ein Papier“ – und dann schläft man wieder ruhig weiter. Es können aber nicht nur die technischen Maßnahmen und die organisatorischen Überlegungen das Schiff retten. Die Frage ist: Wer bewacht den Wächter? Wie – und von wem – werden die

Personen ausgewählt, die unter Sachgesichtspunkten bei der Besetzung der Ämter qualifizierter Sachbearbeiter im Verfassungsschutz – also Abteilungsleiter oder auch Präsident – Entscheidungen treffen? Meine Befürchtung ist, dass hier viel zu oft politische Überlegungen und personelle Überlegungen eine Rolle spielen und nicht die Sachempfindlichkeit.

Schmidt-Jortzig: Wir bewegen uns in meiner Diskussion innerhalb des Verfassungsschutzes in einer Beamtenhierarchie, also im öffentlich-rechtlichen Bereich. Und da ist Aufsicht etwas, das nicht übertroffen werden kann, wenn es darum geht, die Richtigkeit, die Trefflichkeit und Leistungsfähigkeit des einzelnen Funktionswalters sicherzustellen. Da bleibe ich dabei, dass da immer die Krux viel eher angesiedelt ist als beim Fehlen irgendeiner normativen Vorschrift. Als Sie ansetzten und sagten „Dann beruhigt sich wieder alles, wenn wieder was Neues am schwarzen Brett steht!“. Das ist in der Politik ja auch immer so. Da wird sofort am Gesetzesrad gedreht und dann zeigt man der Öffentlichkeit, wie toll aktiv man geworden ist, und an der Realität hat sich damit überhaupt nichts geändert. Im Übrigen habe ich ganz andere Vorstellungen von V-Leuten, als es von Herrn *Gössner* gekommen ist. Dass die über die Stränge schlagen, hat nichts mit dem Institut „V-Leute“ zu tun, sondern mit ihrer nicht hinreichenden Kontrolle. Und alles, was darüber hinausgeht über die Grenzen, die da gesetzt sind, muss unterbunden werden, und wenn es nicht unterbunden wird, dann sind die zuständigen Beamten dafür verantwortlich, die diese V-Leute laufen lassen bzw. führen. Also bei der Personalauswahl ist bei den V-Leuten nicht viel Zusätzliches zu gewinnen, aber bei den Laufbahnbeamten natürlich. Und ob da wirklich die Ämterpatronage so stark schon ist, dass auch der einzelne Fachbeamte von vornherein nicht hinreichend leistungsorientiert eingestellt wird, bezweifle ich nach wie vor. Tendenzen sind da möglicherweise. Beim Verfassungsschutz, ob nun beim Bundesamt oder beim Landesamt, werden die auch alle noch sicherheitsüberprüft. Na schön, da kann man wieder sagen: Wer überprüft die Überprüfer? Irgendwo ist da jedes System möglicherweise anfällig. Aber den Anfängen wehrt man meines Erachtens am besten, indem man wirklich die Aufsichtsführenden auch zur Verantwortung zieht. Bislang habe ich nichts gehört, das in irgendeinem Ministerium irgendjemand ernsthaft zur Verantwortung gezogen worden wird. Die sagen alle: „Wir wüssten von nichts, wir haben von nichts gewusst.“ Ja, dann haben sie ihre Aufsichtspflicht massiv verletzt, wenn sie von nichts gewusst haben. Das kann sie eigentlich nicht entbinden, sondern eher noch tiefer reinreiten.

Zuschauer: An Herrn *Ahlhaus* habe ich zwei Fragen. Die erste: Sie haben gesagt, dass der Verfassungsschutz sich bewährt habe, nannten dafür aber gar keine Kriterien? Und die zweite: Warum wird in Hamburg eine viel grössere Summe für den Verfassungsschutz aufgewendet als in anderen Bundesländern? Ist Hamburg so stark gefährdet?

Ahlhaus: Die letzte Frage kann ich ganz schnell beantworten: Das liegt daran, dass wir in Hamburg ein bisschen vielleicht schon von den in den letzten Jahren vorweggenommen haben, worüber jetzt auf Bundesebene und auch vorhin auf dem Podium diskutiert haben, nämlich die Zusammenarbeit der benachbarten Bundesländer. Das Landesamt für Verfassungsschutz in Hamburg arbeitet sehr eng mit den Landesämtern, vor allem nördlich und östlich, zusammen und nimmt auch manche Aufgaben in einer Art Auftragswahrnehmung

wahr und wird deswegen tätig für andere Länder, weil hier eben die Technik da ist und das Personal. Dafür gibt es allerdings einen finanziellen Ausgleich; möglicherweise bildet das diese Statistik nicht ab, auf die Sie anspielen.

Das andere war die Frage, warum ich glaube, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz sich insgesamt bewährt habe. Das sehen Sie daran, dass unsere Verfassung doch sehr stabil ist, auch im Vergleich zu anderen demokratischen, auch europäischen, Ländern und wir doch bei allen Schwierigkeiten, die es auch hier gibt, und bei allen Gefahren von rechts und von links, die auch dieser Rechtsstaat hier ausgesetzt ist, es mit einer ungeheuren Stabilität in diesem Land zu tun haben. Ich sage nicht, dass alles nur dem Verfassungsschutz zu verdanken ist. Aber ich glaube auch, dass der Verfassungsschutz, anders als Herr *Gössner* es meint, hier einen wertvollen Beitrag geleistet hat.

Zuschauer: Ich habe eine Frage an Herrn *Gössner* bezüglich der parlamentarischen Kontrollgremien: Herr *Ahlhaus* hat gesagt, es sei ihm ganz sympathisch, dass die NPD nicht drin ist. Das wäre für mich auch ein Problem, wenn NPD-Mitglieder in solchen Kontrollgremien wären. Was haben Sie da für einen Lösungsweg?

Gössner: Ich meine, wenn Abgeordnete vom Volke gewählt werden, dann haben sie auch die Rechte wie alle anderen Abgeordneten. Das wäre sonst Willkür, das kann man nicht machen, es sei denn, den Betroffenen wird tatsächlich individuell etwas Strafbares vorgeworfen. Dann sind sie entsprechend zu behandeln. Aber wenn es um Gesinnung geht, kann man sie nicht ausschließen. Was haben wir eigentlich für ein Demokratieverständnis, frage ich mich ohnehin bei der ganzen Diskussion, das sind alles Dinge, die weit in den Gesinnungsbereich gehen. Wenn man die Verfassungsschutzakten durchschaut, etwa meine eigene Personenakte, dann wird einem schwindelig. Das ist doch nicht mehr zu fassen, dass man so etwas verteidigt als Demokrat. Also wie gesagt: So schlimm auch immer die Auffassung von NPD-Leuten bzw. der gesamten NPD auch sein mag, menschenfeindlich bis sonst was: Sie sind nun mal gewählt und nicht verboten. Die Möglichkeit, Parteiverbote zu verhängen, war im Übrigen ohnehin lange ein Unikum in West-Europa – ich habe da auch meine Probleme, denn das ist ja kein Allheilmittel. Wir kriegen die Phänomene und Probleme nicht durch Verbote beseitigt und gelöst, das muss man sich immer wieder klar machen.

Ahlhaus: Ich würde da gerne ein Satz ergänzen: Ich stimme Herrn Dr. *Gössner* da völlig zu und möchte da nicht missverstanden werden. Ich habe gesagt, ich finde es sympathisch, dass das Verteilungsverfahren in den Parlamenten so funktioniert. Aber, Herr *Gössner* hat völlig Recht, auch eine Partei, die mir nicht gefällt, ob rechts oder links oder sonst wie, kann nicht *per se* ausgeschlossen werden. Auch Abgeordnete nicht von der Teilhabe an dem, was parlamentarische Wirklichkeit ist. Und das ist der zweite Punkt, da gebe ich ihm auch Recht, gleiches gilt für diese Verbotverfahren von Parteien. Ich bin da wesentlich zurückhaltender als die gesamte öffentliche Wahrnehmung, auch da, völlig egal ob rechts oder links, aber eine Parteiverbot muss im demokratischen Rechtsstaat wirklich das allerletzte Schwert sein, zudem der Staat greifen kann, weil sonst die Gefahr besteht, dass irgendwann ein Staat sich die Parteien so zurecht legt, wie er sie gerne hätte. Deswegen, auch wenn es manche verwundern mag, in beiden Punkten möchte ich da Herrn Dr. *Gössner* völlig zustimmen.

Becker: Das ist für ein doch streitigeres Gespräch als man bei vier Personen hätte vermuten können, ein schöner, durch die Zeit gezogener Abschluss. Ich war überrascht, wie viel wir geschafft haben und hatte erst noch Zweifel, ob wir genug Themen haben, um die Gesprächszeit zu füllen. Man hätte aber noch lange weiterdiskutieren können. Ich möchte vielleicht abschliessend ein Zitat anbringen, das dann auch für alle Beteiligten, je nach eigener Interpretation, konsensfähig ist: Herr Professor Dr. *Johannes Masing*, Richter am Bundesverfassungsgericht, hat vor kurzem geschrieben: „Unsere Ordnung ist auf das Vertrauen der Kraft Freiheit gegründet. Das Grundgesetz mit seinen Freiheitsgarantien und den konsequent begrenzten und veräusserlichten Bestimmungen zur wehrhaften Demokratie, hat sich dazu mit grossem Mut bekannt. Ein solches Vertrauen müssen und dürfen wir auch heute noch haben. Verlieren wir dieses, verlieren wir was, wir zu retten versuchen und verlieren uns selbst.“

Die Redaktion des Bucerius Law Journal dankt den beteiligten Diskutanten, den Gästen im Auditorium sowie der Kanzlei Morgan, Lewis & Bockius LLP, die das Streitgespräch dankenswerterweise unterstützte.

Achim Keßler*

Rezension: **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**

In seinem Buch „*The Culture of Control*“ untersucht der amerikanische Soziologe und Kriminologe *David Garland* den kulturellen und justiziellen Wandel in der Verbrechensbekämpfung am Beispiel von Großbritannien und den USA. *Garland* postuliert rapide Veränderungen innerhalb von Strafjustiz und Verbrechenskontrolle seit den 1970er Jahren. Privatgefängnisse, Überwachungskameras, bürgernahe Polizeiarbeit, hohe Gefangenenraten, längere Haftstrafen und *Law and Order*-Politik verweisen laut *Garland* auf zwei in westlichen

Industrienationen heute charakteristische Formen der Strafrechtspflege: den kosten- und risikoorientierten Umgang mit Kriminalität einerseits und den gesellschaftlichen Ausschluss von Straftätern andererseits.

Um seine Thesen belegen zu können, zeichnet *Garland* zunächst die Kriminalpolitik und Kontrollkultur der *Strafrechtsmoderne* nach (sowie auch schon in seinem

* Der Rezensent studiert Kriminologie an der Universität Hamburg.

Werk „*Punishment and Welfare*“¹ geschehen), bevor er den Niedergang dieser als *penal welfarism* betitelten Ordnung beschreibt und das Aufkommen der bis heute vorherrschenden Strafjustiz der *Spätmoderne* thematisiert. Sowohl bei der Darstellung des *penal welfarism* als auch bei der Analyse der spätmodernen Verbrechenskulturlandmarken konzentriert sich *Garland* auf die ökonomischen und gesellschaftlichen Entwicklungen und Zusammenhänge, um den beschriebenen Wandel in Justiz und Kontrollverhalten zu erklären. Ziel seiner Studie ist es, nachzuvollziehen, wie und wodurch sich der Umgang mit Straftätern im als stellvertretend für den westlichen Raum in den Fokus genommenen angelsächsischen Raum in drei Jahrzehnten so signifikant verändern konnte.

Die Verbrechenskontrolle der Moderne

Garlands Darstellung des so genannten *penal welfarism* lässt sich wie folgt zusammenfassen: Bis in die 1970er Jahre hinein, so der Autor, waren die USA und Großbritannien einem wohlfahrtsstaatlichen Strafen verpflichtet. Im Vordergrund stand das *rehabilitierende Leitprinzip*, nach dem Strafmaß und Strafhärte grundsätzlich an der Resozialisierung des Täters zu orientieren waren. Hauptattribute dieses Prinzips waren die individuelle Täterbehandlung und eine damit verbundene, kontinuierliche Professionalisierung im Umgang mit Straftätern (weniger Juristen als vielmehr Psychologen, Sozialarbeiter, Therapeuten, Suchtberater und Seelsorger hatten mit den Delinquenten zu tun). In der wissenschaftlichen Diskussion herrschte die damit korrespondierende *Correctional Criminology* vor, in welcher Kriminalität als Verhaltensresultat psychischer und gesellschaftlicher Ursachen verstanden wurde und die daher das Hauptaugenmerk auf ätiologische und behandlungsorientierte Forschung legte. Nach Meinung *Garlands* war es vor allem dem ökonomischen Wohlstand in Folge des wirtschaftlichen Aufschwungs nach dem zweiten Weltkrieg und den damit verbundenen geringen Kriminalitätsraten zu verdanken, dass ein solch solidarisches, inkludierendes Gesellschaftsklima lange Zeit bestehen konnte.

Der Niedergang des *penal welfarism*

Die hier beschriebene Ordnung der *Strafrechtsmoderne* geriet jedoch nach Angaben des Autors in den siebziger und achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts in eine unverhofft schwere Krise. Die Ursachen ihres Niedergangs sieht *Garland* in den folgenden Entwicklungen:

Zunächst wurde von liberaler Seite die Konformitätspolitik des Behandelns und Sozialisierens hinterfragt. Der Therapier- und Behandlungswahn schieße über das Ziel der tatorientierten Verbrechensbekämpfung hinaus und führe zu einer unkritischen Verbreitung allgemein geltender Moralvorstellungen im Sinne einer dogmatischen Vereinheitlichung ethischer Denkstrukturen. In den Folgejahren entwickelte sich diese sozialliberale Kritik mehr und mehr zu einer marktliberalen Anschauung, nach der eine Behandlung von Verbrechen vor allen Dingen wirtschaftlich rentabel zu sein hatte. *Garland* sieht die Ursache dieser Entwicklung im Ende des ökonomischen Aufschwungs, da auf fast drei Jahrzehnte Wohlstand

eine Zeit der Massenarbeitslosigkeit und steigender Staatsschulden folgte. Die Solidarität gegenüber Straftätern nahm wieder ab – für Delinquente Geld auszugeben erschien nun plötzlich als unökonomisch und zudem wenig erfolversprechend.

Auf Seiten der Konservativen vermehrten sich indes Forderungen nach härteren Strafen und mehr sicherheitsorientierter Verbrechenskontrolle. Durch das Ausbleiben der erhofften sinkenden Rückfallquoten konnte der wohlfahrtsstaatliche Korrektionalismus und somit das Therapieren und Behandeln von Straftätern zunächst als wenig effektiv und schließlich als vergebliche Liebesmüh (*nothing works*) und unhaltbares Gutmenschentum abgeurteilt werden. Die Zunahme medialer Berichterstattungen von einzelnen besonders blutigen Kriminalfällen trug überdies maßgeblich zu einem wachsenden Gefühl innerhalb der Bevölkerung bei, einer ständigen Gefahr durch gewissenlose Triebverbrecher ausgesetzt zu sein. Zum ersten Mal seit gut einhundert Jahren sei das Vertrauen in die staatliche Kontrollkapazität erschüttert gewesen, glaubt *Garland*. War es im *penal welfarism* noch verpönt, harte Strafen zu fordern, so stießen letztere plötzlich auf breite Zustimmung innerhalb der spätmodernen Gesellschaft.

Die Verbrechenskontrolle der Spätmoderne

Die neue und von *Garland* als Strafrechtsspätmoderne bezeichnete Form der Verbrechenskontrolle zeichnet sich demnach vor allem durch zwei Phänomene aus:

Erstens durch einen ökonomisch-rationalen Denkstil in Politik und Wissenschaft, nach dem die vermeintliche Erkenntnis, durch Therapie und Ursachenforschung keine Verbesserung der Kriminalitätslage erzielen zu können, zu einem massiven Idealismusverlust und einer damit einhergehenden Rationalisierung und Formalisierung des Strafjustizsystems geführt hat. Die neue Erfolgsdefinition von Verbrechensbekämpfung besteht nach *Garland* hier nicht mehr in der Senkung von Kriminalitätsraten, sondern in der Reduzierung von *Kosten* im Prozess der Kriminalitätsbekämpfung. Da der Glaube an den Erfolg von Resozialisierung ohnehin erschüttert sei, gehe es der gegenwärtigen Kriminalpolitik nur noch um profitorientierte Effizienz- und Kostenkontrolle. Infolgedessen werden nach *Garland* minder schwere Verbrechen heruntergespielt und entkriminalisiert, sowie im Zuge einer Kommerzialisierung und Privatisierung des Kriminalitätskontrollsektors die allgemeine Bevölkerung mitverantwortlich (namentlich in Form von Nachbarschaftsverbänden und bürgernahe Polizeiarbeit).

Zweitens zeichnet sich laut *Garland* die spätmoderne Verbrechenskontrolle durch eine punitive (harte Strafen fordernde) Entwicklung in Bevölkerung und Politik aus, wonach Täter besonders schwerer Verbrechen (vor allem Gewalt- und Sexualstraftäter) kompromisslos weggesperrt werden. An die Stelle des Resozialisierungskonzepts kehre hier das Verwahrmodell mit intensiv überwachten Gefängnissen als Exklusions- und Kontrollinstitutionen zurück. Die Vorstellung sei: Je mehr Restriktionen gegenüber dem Täter, desto mehr Sicherheit für die Bevölkerung. Dem Gefängnis mit steigenden Insassenzahlen und abnehmenden Resozialisierungsbemühungen komme hierbei eine zentrale Bedeutung zu.

Im Zuge des überhöhten Sicherheitsbedürfnisses der Bevölkerung spielt nach Meinung *Garlands* auch das Opfer und

¹ David Garland, *Punishment and Welfare – A history of penal strategies* (1985).

dessen mediale Darstellung eine wichtige Rolle: Gegenüber dem Täter zeichne sich eine den Einzelfall kaum noch berücksichtigende Stereotypisierung und Dehumanisierung ab. Das Opfer, definiert als Interessenvertreter der geschädigten, rechtschaffenen Bevölkerung, erfahre indes zunehmende Aufmerksamkeit und genieße deutlich mehr Rechte im Strafjustizprozess als noch während der Zeit des *penal welfarism* der Fall war (in einigen Fällen wurden sogar neue oder veränderte Gesetze nach Opfern benannt: *Megan's Law*, *Sarah's Law*).

Aus Sicht von *Garland* lässt sich demzufolge eine einerseits ökonomisch risikoorientierte, andererseits punitiv sicherheitsbedachte Kultur der Verbrechenskontrolle erkennen. Aus der *Correctional Criminology* haben sich gleichzeitig eine *Kriminologie des Alltags* und eine *Kriminologie der Anderen* (*Othring*) entwickelt.

Während erstere versuche, durch die Regulation sozialer Abläufe und durch systemische Integration einer technologischen statt konsensualen Ordnung Gelegenheiten für Verbrechen zu verhindern (*adaptive strategy*), verbreite letztere die Vorstellung eines andersartigen und unverbesserlichen Kriminellen, der ohne Anspruch auf Mitgefühl aus der Gesellschaft ausgeschlossen und mehr oder weniger ungeachtet persönlicher Rechte kontrolliert und bestraft werden müsse (*denial and acting out*). Die resozialisationsgeleitete Kriminalpolitik der Moderne sei in beiden Fällen einer vehementen Konzentration auf Sicherheit und Sozialkontrolle gewichen. Indem das rehabilitierende Prinzip jedoch seinen Stellenwert eingebüßt habe, könnten intensiviertere Kontrollen (namentlich in Form von elektronischen Fußfesseln, Überwachungskameras und Drogentests) im Sinne zukunfts- und risikoorientierter Präventivmaßnahmen ausgebaut und zum neuen Leitideal ausgerufen werden. Aus Sicht der *Kriminologie des Alltags* könne dadurch die Wahrscheinlichkeit des Auftretens krimineller Handlungen minimiert werden, während Vertreter der *Kriminologie der Anderen* die „Kontrollwut“ aufgrund ihrer stigmatisierenden Wirkung auf den Täter und ihrer allgemeinen Erhöhung von Sicherheit durch Wegsperrungen (*incapacitation*) begrüßen.

Für *Garland* stehen diese beiden neuen Kriminologien hinsichtlich ihrer Kosten- und Nutzeneffizienz jedoch im Widerspruch: Sofern der punitive Ausschlussgedanke dem Motto „Wegsperrungen – koste es, was es wolle“ folgt, kollidiere er mit der streng ökonomischen Strategie des rational kalkulierenden Denkstils. Laut *Garland* versucht die Strafrechtspolitik den Ausweg aus diesem Dilemma in einem ständigen Hin- und Herspringen zu finden: Kriminalität würde demzufolge zwar als ein Teil des Alltags dargestellt (und ihr müsse man daher kosteneffizient begegnen), die in Brutalität und Perversität hervorstechenden Taten bestimmter Verbrecher benötigten jedoch eine konsequente Abschreckungspolitik in Form langer und harter Strafen, da solchen Gräueltätern rational nicht mehr beizukommen sei. Die Vorstellung eines nutzenmaximierenden Menschentyps, der sich bei falschen Anreizen und unzureichenden Kontrollen fast schon natürlicherweise kriminell verhält, würde somit gelegentlich ersetzt durch eine Vorstellung triebgesteuerter, irrational handelnder „Monster“, die als zu Feinden der Gesellschaft Hochstilisierte

den Weg zu einer Punitivierung des Strafrechts ebnen (und denen im Übrigen auch nicht mehr mit fachlicher Expertise, sondern mit gesundem Menschenverstand zu begegnen sei).

Beurteilung

Insgesamt kann man sicherlich kritisieren, dass *Garland* ein (vielleicht zu) negatives Bild von der *culture of control* der Spätmoderne zeichnet. Seine Kritik am Aufkommen immer härterer und längerer Strafen lässt sich zwar sehr leicht teilen, da es nach wie vor keinen einzigen, wissenschaftlich-empirischen Beleg dafür gibt, dass strafferhöhende Abschreckungspolitik die Kriminalitätsraten senke. Zumindest diskussionswürdig ist hingegen *Garlands* Ansicht, ein ökonomischer und risikoorientierter Umgang mit Kriminalität könne zu keiner Verbesserung der Kriminalitätslage beitragen. Immerhin sank beispielsweise in New York durch Maßnahmen wie der viel kritisierten *three strikes*-Regelung die Kriminalitätsrate nachweislich. Kostenorientierte und zugleich generalpräventive Kriminalpolitik ist demzufolge zwar moralisch nicht unproblematisch, eine mögliche Effizienz entsprechender Maßnahmen sollte jedoch nicht von vornherein bestritten, sondern besser offen diskutiert werden.

Auch fühlt sich *Garland* offensichtlich dem sozialliberalen Politikspektrum zugehörig, beklagt daher verständlicherweise den Niedergang der *Correctional Criminology* und betrachtet neben aller Richtigkeit seiner Argumentation vielleicht auch etwas voreingenommen die Alternativen.

Jedoch ist „*The culture of control*“ in mehrerer Hinsicht eine Besonderheit innerhalb der kriminologischen und rechtssoziologischen Fachliteratur: Als Einer von Wenigen analysiert *Garland* Strafe und Strafen in Abhängigkeit von kultureller und gesellschaftlicher Entwicklung und damit vielschichtiger und mehrdimensionaler als andere Autoren in vergleichbaren Studien. Sanktionen werden nicht nur als Mittel zur Aufrechterhaltung und Befolgung von Gesetzen, sondern auch als Kontrollinstrumente von Regierungen, als Symbole für Ideologien sowie als Durchsetzungsform unterschiedlicher Interessen betrachtet. Strafe ist Teil des ethisch-moralischen Diskurses wie er seit Jahrhunderten innerhalb der Philosophie und Strafrechtswissenschaft geführt wird, sie taucht aber auch in unserem Alltag, in den Medien, der Öffentlichkeit, als Teil politischer Rhetorik und in Geschichten und Erzählungen auf. Was *Garland* somit von vielen anderen Autoren unterscheidet, ist die Tatsache, dass er Strafe nicht mehr nur anhand ihrer instrumentellen Zweckmäßigkeit und am Maßstab von Effektivität und moralischer Rechtfertigung untersucht, sondern Verbrechenskontrolle als kulturell verankertes und somit als mitunter emotional aufgeladenes, in sich manchmal widersprüchliches, umstrittenes und wandelbares Phänomen identifiziert, das Ausdruck untereinander konkurrierender und variierender Sozialnormen ist.

Garlands Analyse zeichnet sich zudem durch große Interdisziplinarität aus, die es erlaubt, eine allumfassende und dennoch prägnante Gesamtschau auf die Verbrechenskontrolle der Spätmoderne zu werfen. Auf detaillierte Art und Weise wird die Verbindung zwischen freiheitlicher Fortschrittsgesellschaft und wohlfahrtsstaatlichen Strafroutinen herausgearbeitet und so erklärt, wie das Ende der ersteren zum Ende der letzteren führen konnte: Das Aufweichen traditioneller

Autoritätsstrukturen, das Gleichheitsbestreben hinsichtlich der Geschlechter und Ethnien, die Anerkennung eines Wertpluralismus und das Ende altgedienter Rollenverteilungen – all dies waren Errungenschaften des Wohlfahrtsstaates, und sie führten doch zugleich zur Schwächung informeller Sozialkontrollen und damit zu Unsicherheiten und Orientierungslosigkeit. So stellt *Garland* überzeugend dar, wie eine Politik entstehen konnte, die populistisch mit der steigenden Kriminalitätsfurcht der Menschen spielt und sich – statt professionellen Meinungen zu folgen – den Ängsten und Sicherheitsbedürfnissen der Bevölkerung ergibt. Es gelingt ihm dabei, die (zumindest im angelsächsischen Raum) nicht wegzudiskutierende Renaissance harter Bestrafungen von Delinquenten darzulegen und mit ökonomischen und gesellschaftlichen Ursachen zu verbinden. Sein Buch wird somit zu einer äußerst facettenreichen Gegenwartsanalyse, die inhaltlich und stilistisch an große kriminologische Werke wie „Überwachen und Strafen– Die Geburt des Gefängnisses“ von Michel Foucault erinnert. Seit seiner Veröffentlichung ist „*The Culture of Control*“ in aller Munde und Grundlage einer je

den intensiven Auseinandersetzung mit Strafverhalten, Strafbedürfnis und Strafkultur.

Gerade *weil* es auf eine Rhetorik des Empörens setzt und *Garland* mit dieser immer wieder seine eigene Position verdeutlicht, bietet es eine spannende Diskussionsgrundlage mit viel Raum zur theoretischen wie empirischen Fortführung der Thematik – und so wurde sich auch in Deutschland bereits vermehrt mit der Frage beschäftigt, ob der *punitive turn*, also eine Entwicklung hin zu immer höheren und härteren Straforderungen und -anordnungen, auch in Deutschland erkennbar ist. Betrachtet man die Serie an Gesetzesänderungen und -neuformulierungen vor allem bezüglich der Gewalt- und Sexualstraftaten in der Bundesrepublik, so gibt es hierfür doch mindestens Indizien.

David Garland: The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society, 2001. Erschienen in Großbritannien bei Oxford University Press und in den USA bei The University of Chicago Press. Taschenbuch-Edition 2002, 366 Seiten, Listenpreis 25,00 US\$.