

Verein
zur Förderung der Rechtswissenschaft (Hrsg.)

Fakultätsspiegel
Sommersemester 2011

Veröffentlichungen des Vereins
zur Förderung der Rechtswissenschaft n. F. 16

Fakultätsspiegel

Sommersemester 2011

herausgegeben vom

Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft

Köln 2012

Vorwort

Das Sommersemester 2011 brachte uns zwei wissenschaftlich renommierte und in der Lehre langjährig verdiente neue Honorarprofessoren. Die Antrittsvorlesungen der Herren Kollegen Nobert Nolte und Ulrich Sommer, beide zu rechtspolitisch brisanten Themen, sind wie üblich im Fakultätsspiegel abgedruckt. Dankenswerterweise stellte uns auch Herr Kollege Halmai Gábor das Manuskript seines spannenden Vortrages über die langsame Abkehr Ungarns von der *rule of law* zur Verfügung. Dieser Vortrag wurde auf einer Veranstaltung des Instituts für Ostrecht in Kooperation mit der Deutschen Gesellschaft für Osteuropakunde und dem Lew Kopelew Forum e.V. gehalten.

Künftig wollen wir den Fakultätsspiegel stärker mit dem Newsletter der Fakultät verknüpfen. Der Newsletter soll in elektronischer Form ex ante über geplante Veranstaltungen der Fakultät informieren und Sie damit einladen, an solchen Veranstaltungen teilzunehmen. Der Fakultätsspiegel soll ex post die Veranstaltungen dokumentieren, die stattgefunden haben und stärker als bisher die Leistungen der Fakultät dokumentieren. Dazu gehört auch, dass ältere Fakultätsspiegel und von der Fakultät ausgegebene Broschüren digital zugänglich gemacht werden. Hierzu verweisen ich auf unsere modernisierte Homepage, deren Adresse ebenfalls am Schluss des Bandes mitgeteilt wird.

Köln, den 10. 10. 2011

Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp

Inhalt

Vorwort.....	I
Inhalt.....	III
Nachrichten.....	1
Personalia.....	1
Gremien und Mitgliedschaften.....	1
Auszeichnungen.....	1
Miscellanea.....	2
Ehrentafeln.....	3
Absolventen und Absolventinnen des Magisterstudiengangs Rechtswissenschaften für im Ausland graduierte Juristen und Juristinnen im Sommersemester 2011	5
Absolventen und Absolventinnen des Masterstudiengangs Rechtswissenschaften für im Ausland graduierte Juristen und Juristinnen im Sommersemester 2011.....	6
Absolventen und Absolventinnen des Masterstudiengangs Wirtschaftsrecht im Sommersemester 2011.....	8
Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Norbert Nolte am 6. Juni 2011: „Zum Recht auf Vergessen im Internet – von digitalen Radiergummis und anderen Instrumenten“.....	12
Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Ulrich Sommer am 19. Mai 2011: „Von der Entbehrlichkeit der Strafverteidigung“.....	29
Vortrag von Prof. Dr. Halmai Gábor, Dsc. gehalten am 1. Juli 2011 im Rahmen einer Veranstaltung des Instituts für Ostrecht in Kooperation mit der Deutschen Gesellschaft für Osteuropakunde und dem Lew Kopelew Forum e.V.: "From the "Rule of Law Revolution" to an Illiberal Democracy in Hungary".....	51
Disputationen des Sommersemesters 2011.....	79
jura-foerderverein.uni-koeln.de.....	89
Fakultäts-Newsletter.....	92

Nachrichten

Personalia

Herr Prof. *Christian von Coelln* hat einen Ruf an die EBS Universität für Wirtschaft und Recht Gründung erhalten. Die Fakultät gratuliert und hofft, dass Herr Professor von Coelln bei uns bleibt.

Frau Prof. *Barbara Dauner-Lieb* ist vom Rektor als Fakultätsvertreterin für die juristische Fakultät in den Beirat für Fundraising berufen worden.

Mit Beginn des Sommersemesters 2011 hat Frau Prof. *Barbara Grunewald* das Amt der Dekanin von Herrn Prof. *Thomas Weigend* übernommen.

Herr Prof. *Hans-Peter Haferkamp* hat sich entschlossen, seinen Ruf an die Universität Frankfurt abzulehnen und in Köln zu bleiben.

Herr Dr. *Steffen Augsberg* erhält die Lehrbefugnis für die Fächer Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtslehre.

Herr Dr. *Michael Grünberger* erhält die Lehrbefugnis für die Fächer Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht, Rechtslehre, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

Gremien und Mitgliedschaften

Herr Prof. *Ulrich Preis* ist zum Vizepräsidenten des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. gewählt worden.

Auszeichnungen

Professor Dr. Dr. h. c. mult. *Andreas Wacke*, von 1973 bis 2001 Ordinarius für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht sowie Direktor des Instituts für Römisches Recht, wurde anlässlich seines 75. Geburtstages von der

Pontificia Universidad Católica in Santiago de Chile eine weitere Ehrendoktorwürde verliehen. Zur Eröffnung des akademischen Jahres hielt Herr Kollege Wacke in Anwesenheit von Rektor und Dekanen in der Aula den Festvortrag über „La imagen del hombre en la perspectiva de los juristas romanos y modernos“ (Das Menschenbild aus der Sicht der römischen und der modernen Juristen).

Miscellanea

Das „Kompetenzzentrum für juristisches Lernen und Lehren“ an unserer Fakultät hat seine Arbeit aufgenommen und in einer ersten, für alle Interessierten offenen Informations- und Diskussionsveranstaltung am 7 April 2011 Ziele und Ideen vorgestellt.

DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN

stellt unter dem Rektorat des Universitätsprofessors für experimentelle Festkörperphysik
Dr. rer. nat. Axel Freimuth
und unter dem Dekanat der Universitätsprofessorin für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht sowie Anwaltsrecht
Dr. Barbara Grunewald

die Lehrbefähigung von

Herrn Dr. Steffen Augsburg aus Gießen

für die Fächer

„Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtstheorie“

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

„Parteien-Konstitution“

sowie durch Habilitationsvortrag und Kolloquium die Befähigung zu selbständiger Forschung und Lehre erwiesen hat.

Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

Lehrbefugnis.

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

Privatdozent

verbunden.

Köln, 9. Juni 2011

Die Dekanin

(Siegel)

DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN

stellt unter dem Rektorat des Universitätsprofessors für experimentelle Festkörperphysik
Dr. rer. nat. Axel Freimuth
und unter dem Dekanat der Universitätsprofessorin für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht sowie Anwaltsrecht
Dr. Barbara Grunewald

die Lehrbefähigung von

Herrn Dr. Michael Grünberger aus Bozen

für die Fächer

„Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht, Rechtstheorie, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung“

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

„Personale Gleichheit.
Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht“

sowie durch Habilitationsvortrag und Kolloquium die Befähigung zu selbständiger Forschung und Lehre erwiesen hat.

Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

Lehrbefugnis.

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

Privatdozent

verbunden.

Köln, 14. Juli 2011

Die Dekanin

(Siegel)

Absolventen und Absolventinnen des Magisterstudiengangs
Rechtswissenschaften für im Ausland graduierte Juristen und
Juristinnen im Sommersemester 2011*

Bazargur, Gantuya (*Mongolei*): „Die rechtliche und rechtstatsächliche Situation straffälliger Jugendlicher in der Mongolei vor dem Hintergrund der Standards der Vereinten Nationen und des Europarats zum Jugendkriminalrecht“

[Prof. Dr. Neubacher]

Segura Alvarez, Maria Paula (*Kolumbien*): „Internationales Namensrecht bei natürlichen Personen. Auswirkung des Europäischen Unionsrechts“

[Prof. Dr. Mansel]

* Fortsetzung von Fakultätsspiegel n.F. Bd. 15, Wintersemester 2010/2011, S. 3 f.

Absolventen und Absolventinnen des Masterstudiengangs
Rechtswissenschaften für im Ausland graduierte Juristen und
Juristinnen im Sommersemester 2011*

Semionov, Tatiana (*Moldau*): „Official Language in Multinational Environment
as a Sub-Element of Statehood: a Tool of Governmental Control and Civil Rights
Regulation“

[Prof. Dr. Junker]

Buadze, Ketevan (*Georgien*): „Die Rechte des Einzelnen im Verwaltungsverfahren
und im Fall der Vollstreckung von Verwaltungsakten in Deutschland und Ge-
orgien“

[Dr. Schmidt]

Ergemlidze, Tamar (*Georgien*): „Der Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und
Schutz der Ehre in Deutschland und Georgien“

[Dr. Schmidt]

Kaschibadze, Nino (*Georgien*): „Die Übereignung beweglicher Sachen nach ge-
orgischem und deutschem Recht“

[Prof. Dr. Berger]

* Fortsetzung von Fakultätsspiegel n.F. Bd. 15, Wintersemester 2010/2011, S. 5 ff.

Zhizhavadze, Artschil (*Georgien*): „Beschreiben Sie das Konzept und die Ausgestaltung des Erfüllungsanspruchs im Bürgerlichen Gesetzbuch. Welche Rechtsnatur und welche Funktion hat der Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht? Berücksichtigen Sie dabei die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Vergleichen Sie die gewonnenen Ergebnisse mit dem Ansatz des UN-Kaufrechts in der United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“

[Prof. Dr. Wielsch]

Tushishvili, Aleksandre (*Georgien*): „Strafbarkeit des Betruges in Deutschland und Georgien“

[Prof. Dr. Waßmer]

Saghinadze, Ivane (*Georgien*): „Die Prinzipien der Stellvertretung im deutschen und im georgischen Recht inklusive HGB-Prokura sowie Anscheins- und Duldungsvollmacht“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Absolventen und Absolventinnen des Masterstudiengangs Wirtschaftsrecht im Sommersemester 2011

Braun, Björn-Ken (*Deutschland*): „Unternehmerische Mitbestimmung und deren Vermeidungsstrategien bei Restrukturierungsmaßnahmen“

[Prof. Dr. Rolfs]

Charap, Daniel (*Deutschland*): „Die Bedeutung völkerrechtlich garantierter Menschenrechte für die Anwendung des Alien Tort Claims Act“

[Prof. Dr. Schöbener]

Densik, Sugiha (*Deutschland*): „Die gesetzliche Geschlechterquote – eine verfassungsrechtliche und europarechtliche Betrachtung der vorliegenden Gesetzesinitiativen“

[Dr. Polley]

Ehlen, Sarah (*Deutschland*): „Die Selbstanzeige im Steuerstrafrecht (§ 371 AO)“

[Prof. Dr. Seier]

Fasanella, Patrizia (*Deutschland*): „Außerordentliche Kündigung wegen geringwertiger Vermögensdelikte“

[Prof. Dr. Rolfs]

Hachenberg, Simone (*Deutschland*): „Nachfolgeregelungen in mittelständischen und Familienunternehmen“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Hahn, Folkert (*Deutschland*): „Die Beendigung internationaler Investitionsschutzverträge“

[Prof. Dr. Griebel]

Horst, Till (*Deutschland*): „Vergaberechtliche Anforderungen an den Neuabschluss und an die Verlängerung von Konzessionsverträgen im Energiesektor“

[Prof. Dr. Ehrlicke]

Kreisler, Michael (*Deutschland*): „Aktuelle Rechtsfragen des gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Squeeze-Out“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Laverde Dussan, Santiago (*Kolumbien*): „Transparency in International Investment Arbitration“

[Prof. Dr. Griebel]

Roumoudi-Weitzel, Zoi (*Deutschland*): „Kleiderordnung im Unternehmen - Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers und der Privatsphäre des Arbeitnehmers“

[Prof. Dr. Preis]

Schmidt, Nadja (*Deutschland*): „Sanieren oder Ausscheiden - gesellschaftsrechtliche Implikation der Treuepflicht von Gesellschaften in der Krise in ihrem betriebswirtschaftlichen Kontext“

[Dr. Theiselmann]

Sekhina, Ekaterina (*Russland*): „Die Durchgriffshaftung in der deutschen und russischen Rechtspraxis“

[Prof. Dr. Simon]

Skora, Natalie (*Deutschland*): „Die (Un)Zulässigkeit der Ermächtigung digitaler Anschlussnutzungen durch die privilegierten Einrichtungen des § 52b UrhG“

[Prof. Dr. Steinbeck]

Toprak, Eyüp (*Deutschland*): „Führungslosigkeit einer GmbH nach Mo MiG“

[Prof. Dr. Grunewald]

Wiehe, Hendrik (*Deutschland*): „Analyse und kritische Bewertung der Entwicklung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse“

[Prof. Dr. Preis]

Wolf, Rebecca (*Deutschland*): „Kontrolle des Erwerbs deutscher Unternehmen durch ausländische Investoren mit Blick auf das AWG und des WphG“

[Dr. Giesberts]

Panten, Jennifer (*Deutschland*): „Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke unter Berufung auf §§ 50, 51 UrhG, insbesondere Verwendung fremden Sendematerials“

[Hr. Panten LL.M. oec.]

Als Gasthörer haben den Masterstudiengang Wirtschaftsrecht absolviert*:

Asmussen, Sven (*Deutschland*)

Maus, Moritz (*Deutschland*)

Meyer, Sarah (*Deutschland*)

Osepashvili, David (*Georgien*)

Pitzer, Christoph (*Deutschland*)

Schulz, Eleonora (*Deutschland*)

Ungerechts, Sarah (*Deutschland*)

* Gasthörer sind von der Verpflichtung im Rahmen des Masterstudiengangs eine Abschlussarbeit anzufertigen befreit und erwerben den Titel eines LL.M. oec.

Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Norbert Nolte am 6. Juni 2011: „Zum Recht auf Vergessen im Internet – von digitalen Radiergummis und anderen Instrumenten“^{*}

I. Das Internet vergisst nicht

Das Urheberrecht an dem ersten Teil der Überschrift dieses Beitrages steht wohl Mayer-Schönberger zu, der im April 2007 ein Arbeitspapier unter dem Titel „The Right To Be Forgotten“ publizierte. Zwei Jahre später erschien dann sein grundlegendes Werk „Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age“¹. Ein Titel, der zumindest auf den ersten Blick befremdet. Wie kann man denn von dem Vergessen als einer Tugend sprechen, gilt doch das Vergessen eher als Untugend, oder zumindest als menschlicher Makel, den man zu vermeiden trachtet. Seit Menschengedenken ist es unser Ziel, möglichst wenig zu vergessen und möglichst viel behalten zu können, Wissen zu tradieren, von einer Generation an die Nächste weiterzugeben.

Die Faszination des Internet besteht nicht zuletzt darin, dass es eine nahezu unerschöpfliche Wissensbank darstellt: „Ich google das mal“ hat „Ich schlag’ das mal nach“ nicht nur sprachlich längst überholt, sondern ist zu einer gängigen Redewendung geworden, wenn einem die Antwort auf eine gestellte Frage nicht einfällt.

Und nicht zuletzt ist das allmähliche Verschwinden des Erinnerungsvermögens, das pathologische Vergessen bei an Alzheimer Erkrankten, ein grausamer Vor-

* Prof. Dr. Norbert Nolte ist Rechtsanwalt im Kölner Büro von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP und Lehrbeauftragter an der Universität zu Köln. Dem Beitrag liegt das Redemanuskript des Verfassers zu seiner Antrittsvorlesung an der Universität zu Köln am 6. Juni 2011 zugrunde.

1 Mayer-Schönberger, Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age, 2009; inzwischen auch auf Deutsch erschienen unter dem Titel „Delete – Die Tugend des Vergessens in digitalen Zeiten“, 2010. Etwa zur gleichen Zeit erschien auch Werro, in: Ciacchi/Godt/Rott/Smith (Hrsg.), Haftungsrecht im dritten Millennium, 2009, S. 285 ff. („The Right to Inform v. the Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash“).

gang, der uns die negativen Folgen des Vergessens eindringlich vor Augen führt. Arno Geiger hat den Gegensatz zwischen menschlichem Vergessen einerseits und der Fähigkeit des Computers, nichts zu vergessen andererseits, in seinem Buch „Der alte König in seinem Exil“ thematisiert. An einer Stelle heißt es: „Mein Laptop ermöglicht es mir mit leichtem Gepäck zu reisen. Meine Notizen aus 20 Jahren, Tagebücher aus 10 Jahren, alles Geschriebene. Wollte ich all das auf Reisen mit mir schleppen, ich bräuchte einen Elefanten. Mein Laptop ist ein tragbares Zuhause. Er ist eine praktische Sache. Er ist mein besseres Gedächtnis“.²

Vor diesem Hintergrund muss die Frage erlaubt sein, wie man sich das Vergessen wünschen, ja es sogar als Tugend einfordern kann. Den Lichtseiten des digitalen Zeitalters stehen ganz offensichtlich Schattenseiten gegenüber: Informationen über einen Menschen – also personenbezogene Daten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes – sind heute in einer Weise im Internet automatisiert auffindbar, wie noch nie in der Menschheitsgeschichte zuvor. Diese Daten finden ihren Weg in das Internet mit, aber durchaus in vielen Fällen auch ohne Wissen und Wollen des jeweils Betroffenen. Anders als das menschliche Gehirn, das den ganz überwiegenden Teil der Informationen, die wir mit unseren fünf Sinnen wahrnehmen, sofort wieder vergisst („löscht“), ist die Speicherung digitaler Informationen umfassend, ungefiltert und im Prinzip dauerhaft. Ein Computer vergisst grundsätzlich nur das, was er auf ausdrücklichen Befehl vergessen – in seiner Sprache löschen – soll. Neben diese technische Grundpräposition treten technische Entwicklungen, die die Akkumulation von Daten und ihre weltweite jederzeitige Verfügbarkeit erst möglich gemacht haben.

Zunächst erlaubt die Digitalisierung, einhergehend mit immer leistungsfähigeren und erschwinglicheren Datenspeichermedien, die Speicherung von Datenmengen in noch vor wenigen Jahren unvorstellbarem Ausmaß. Die Datenmenge, die auf einer CD-ROM gespeichert werden kann, ist nur ein Tropfen im globalen Daten-

2 Geiger, Der alte König in seinem Exil, 2011.

meer. Nach Industrieschätzungen dürften schon 2015 jährlich mehr als ein Zetta-byte an Daten über das Internetprotokoll übertragen werden. Um es plastisch zu machen: es handelt sich dabei um eine Billion Gigabyte. Ein Gigabyte entspricht etwa 300-400 Photos in guter Auflösung oder etwa 250 MP3-Songs. Welche Datenmenge auf der Welt zurzeit überhaupt existiert, weiß niemand. Der Zuwachs der Datenmengen wird daher regelmäßig anhand des Datenübertragungsvolumens im Internet ermessen.

Zum zweiten sind zahllose Rechner, auf denen die Daten gespeichert sind, global vernetzt und der Zugang zu dem globalen Netz, insbesondere dem Internet, ist an immer mehr Orten der Welt technisch möglich und bezahlbar geworden; Voraussetzung dafür, dass die Nutzung des Internets heute für viele Menschen selbstverständlich und das Internet ein Massenphänomen geworden ist.

Den dritten wesentlichen Faktor stellen die Suchmaschinen dar, ohne die der Zugriff auf bestimmte Daten im Internet kaum mehr möglich wäre.

Es gibt nun aber durchaus Fälle, in denen die fehlende Fähigkeit eines Computers, vergessen zu können, „zum Fluch“ werden kann. Das Paradebeispiel betrifft das Foto einer jungen US-amerikanischen Lehrerin, die sich in einem Piratenkostüm mit Plastikbecher in der Hand fotografieren ließ und dieses Foto unter der Überschrift „drunken pirate“ bei einem sozialen Netzwerk einstellte. Als dieses Bild der für die Schulaufsicht zuständigen Behörde bekannt wurde, wurde die junge Dame von der Lehrerlaufbahn ausgeschlossen. Ihre hiergegen eingelegten Rechtsmittel blieben erfolglos.³ Allein auf Facebook finden sich heute mehr als 35 Milliarden Fotos. Häufig werden die Fotos mit den Namen der Abgebildeten markiert („getagged“). Zudem ist moderne Gesichtserkennungssoftware (immer besser) in der Lage, den Schnappschuss aus dem Urlaub mit der Gesichtsdatabank von Facebook oder auch der Unternehmenswebsite des Arbeitgebers der betroffenen Person abzugleichen - und mit etwas Glück gelingt das Auffinden

³ Mayer-Schönberger, a.a.O., S. 1 f.

weiterer Fotos der abgelichteten Person und damit auch deren Namens. Anonyme Fotos gehören dann weitgehend der Vergangenheit an.

Ein weiteres aktuelles Beispiel betrifft den Fall eines Schönheitschirurgen in Spanien, der sich dagegen wehrt, mit der Meldung über einen erfolglosen Schadensersatzprozess einer ehemaligen Patientin gegen ihn an Stelle Eins der Suchergebnisse bei Google aufgeführt zu werden, wenn man dort seinen Namen eingibt. Welche Folgen es haben kann, wenn man das Vergessen im Internet erzwingen will, belegt der mittlerweile zum Klassiker gewordenen Streisand-Effekt.⁴

Abschließend sei auf die zahlreichen Applikationen („Apps“) hingewiesen, die unter Benutzung von GPS-Ortung im Handy oder über Wifi-Zugänge Standortdaten erheben und speichern und so eine Historie der Bewegungen einer Person verfügbar machen, die die kühnsten Träume staatlicher Datenerhebung und -speicherung in den Schatten stellt.

Die genannten Beispiele – und viele mehr könnten hier aufgeführt werden – machen unmittelbar deutlich, dass es ein legitimes Interesse gibt, selbst solche Informationen, die sachlich richtig sind und jedenfalls ursprünglich rechtmäßig gespeichert wurden, auch für die Zukunft dauerhaft und umfassend wieder aus dem Internet zu löschen, beziehungsweise zumindest den Zugang zu diesen Informationen im Rahmen des technisch Möglichen einzuschränken.

Dieses Interesse des Einzelnen, zu jeder Zeit Herr über seine Daten zu bleiben, ist zwar legitim, aber selbstverständlich nicht absolut zu setzen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht⁵ aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht das Recht des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner Daten zu bestimmen sowie zu wissen, wer wann was über ihn weiß, ausgeprägt. Das Gericht hat diesen Anspruch auch unabhängig von der Qualität der Daten gewährt. Zunächst als Ab-

4 Wikipedia, „Barbara Streisand-Effekt“.

5 BVerfGE 65, 11 ff. (Volkszählungsurteil).

wehrrecht gegen den Staat entwickelt, ist das Grundrecht auf Datenschutz⁶ heute auch in seiner Ausstrahlung auf das Verhältnis Privater untereinander (Drittwirkung des Grundrechts) allgemein anerkannt. Gerade in diesem Verhältnis aber muss es sich gegen die Grundrechte anderer, namentlich das Recht auf freie Meinungsäußerung behaupten.⁷

Im Folgenden soll es um die Fälle gehen, in denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes die Oberhand behält. Es geht also um das Problem, wie das legitime Interesse des Einzelnen, bestimmte Daten wieder aus dem Internet zu entfernen, durchgesetzt werden kann. Der Satz, das Internet vergisst nicht, kann hier nicht das Ende der Überlegungen sein. Auch das Internet besteht letztlich nur aus einer Vielzahl miteinander vernetzter Rechner. Auf jedem Rechner kann ich ein Datum, das dort gespeichert worden ist, aber grundsätzlich auch wieder löschen. Unstreitig ist dabei, dass die komplexen Strukturen der Vernetzung und der technischen „Arbeitsweise“ des Internet eine umfassende Löschung „im Internet“ vor besondere technische Herausforderungen stellen und im Einzelfall möglicherweise auch gänzlich unmöglich machen.

II. Der Digitale Radiergummi

Die Politik hat das Thema recht schnell und begierig aufgegriffen. In den letzten Monaten wurde nicht nur in Deutschland, sondern auch in Brüssel und in anderen europäischen Ländern eine intensive Diskussion über ein „Recht auf Vergessen“ geführt. An der deutschen Rechtswissenschaft läuft die Diskussion bislang allerdings weitgehend vorbei.

Aus dem Logbuch der politischen Initiativen seien die Folgenden hervorgehoben:

6 BVerfG, CR 1991, 688.

7 Der BGH hat in seinem Urteil vom 23.06.2009 (MMR 2009, 608) das Lehrerbeurteilungsportal „spickmich.de“ für datenschutzrechtlich zulässig erachtet, nachdem er Art. 5 Abs. 1 GG einerseits und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung andererseits gegeneinander abgewogen hatte.

Auf EU-Ebene erklärt Viviane Reding als EU-Justizkommissarin am 4. November 2010: „Jeder sollte das ‚Recht vergessen zu werden‘ haben, wenn seine Daten nicht länger gebraucht werden oder er will, dass seine Daten gelöscht werden.“ Die Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern haben bereits im März 2010 Eckpunkte für ein modernes Datenschutzrecht beschlossen, das die Verfügungsgewalt des Einzelnen über seine Daten in den Mittelpunkt stellt.⁸ Eine Diskussion konnten Sie damit nicht lostreten. Das Papier blieb merkwürdig unbeachtet.

Im Januar 2011 erinnerte die Bundesverbraucherschutzministerin Ilse Aigner an die Vereinbarung aus dem Koalitionsvertrag, „das Bundesdatenschutzgesetz an das Internetzeitalter anzupassen“. Gleichzeitig präsentierte sie der Öffentlichkeit einen – wie sie es nannte – „Meilenstein“ zur Durchsetzung der Persönlichkeitsrechte im Internet: Eine Art digitalen Radiergummi. Datenschutz „made in Germany“, ein Exportschlager sozusagen.⁹ Unmittelbar nach der Vorstellung gab es vernichtende Kritik aus dem Lager der IT- und Internetfachleute. Der Vorschlag wurde innerhalb weniger Stunden in einschlägigen Blogs und Foren seziiert und – im Ergebnis wohl zu Recht – aus technischen Gründen für zu leicht befunden. Keine Medizin, nur ein Placebo – so lässt sich der Tenor wohl am Besten zusammenfassen.¹⁰

Die Funktionsweise des digitalen Radiergummis ist in den Grundzügen schnell erklärt. Fotos, Videos und andere persönliche Daten werden vor der Speicherung auf einem Webserver verschlüsselt. Der zu den Daten gehörende Schlüssel wird auf einem separaten Schlüsselserver hinterlegt. Die verschlüsselte Datei kann nur dann von einem Nutzer abgerufen werden, wenn sie vorher entschlüsselt worden ist. Die Entschlüsselung übernimmt ein Browser-Plugin, also eine Ergänzungssoftware zur Browsersoftware, die die Verschlüsselung einer Datei automatisch

⁸ Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder (Hrsg.), Ein modernes Datenschutzrecht für das 21. Jahrhundert, 2010, S. 24 und 26.

⁹ S. Welchering, FAZ vom 18.01.2011, S. T 1.

¹⁰ Ebd.

erkennt und beim Schlüsselservers den jeweils anwendbaren Schlüssel abfragt. Ist das Verfallsdatum des Schlüssels noch nicht überschritten, erhält der Browser den Schlüssel, mit dessen Hilfe er die Datei entschlüsseln kann. Um zu verhindern, dass die Schlüsselabfragen von anderen Computern gestartet werden, muss der (menschliche) Nutzer in jedem Einzelfall einen sog. Captcha-Test absolvieren.¹¹

Der digitale Radiergummi leidet aber ganz offensichtlich an einer Reihe von technischen Schwächen:

- Daten werden anders als die Bezeichnung suggeriert überhaupt nicht gelöscht („ausradiert“), sondern es wird nur der Zugriff auf die Daten unter bestimmten Voraussetzungen verwehrt.
- Für den einzelnen Nutzer sind die Captcha-Tests recht mühselig, um ein einzelnes Bild betrachten zu können. Bots – automatisierte Programme – sind zudem wohl in der Lage, die Captcha-Tests auszutricksen, indem ein Suchmaschinen-Crawler eine Kopie der geschützten Informationen vor dem Verfallsdatum einliest und mit dem Schlüssel abspeichert.
- Screenshots bleiben zukünftig ohne Weiteres möglich und können sogar automatisiert mit am Markt frei verfügbarer Software erstellt werden.
- Der Einsatz des digitalen Radiergummis ist nur für solche Daten möglich, die in eigenen separierten Dateien gespeichert werden. Eine solche separierte Speicherung erfolgt bei sozialen Netzwerken aber gerade nicht. Vielmehr sind die Daten dort als Datensätze gespeichert, die Bestandteil einer riesigen Datenbank sind, auf die der Nutzer ohne Hilfe des Netzwerkbetreibers überhaupt keinen Zugriff hat.
- Und schließlich entsteht ein neues Datenschutzproblem. Bei dem Schlüsselservers landen alle Anfragen nach den verschlüsselten Informa-

¹¹ Akronym für *Completely Automated Public Turing test to tell Computers and Humans Apart*, s. auch Wikipedia, „Captcha“.

tionen und werden dort mit der IP-Adresse des Anfragenden gespeichert. Browser-Plugins, deren Einsatz für die Nutzung des digitalen Radiergummis Voraussetzung ist, können aber rein technisch noch viel mehr als nur die IP-Adresse übermitteln. Sie enthalten regelmäßig Browser-Daten zu zuvor besuchten Webseiten, zu Nutzernamen etc., die sie an den Schlüsselserver übermitteln können. Der digitale Radiergummi schafft hier zumindest eine Schwachstelle im System, die zu Sicherheitsrisiken auch aus Sicht des Datenschutzes führen kann.

Nach Einschätzung der Fachleute stehen Aufwand und Nutzen beim digitalen Radiergummi ganz offensichtlich in keinem vernünftigen Verhältnis. Das sich die Bundesjustizministerin öffentlich gegen den digitalen Radiergummi ausgesprochen hat,¹² dürfte die Zweifler bestätigen. Der digitale Radiergummi muss daher wohl eher als Diskussionsanstoß verstanden werden. Zum Teil wird davon gesprochen, er sei eine „Metapher“ für das legitime Interesse, personenbezogene Informationen wieder aus dem Gedächtnis des Internets zu entfernen, nicht aber die Lösung des Problems.

III. Lösungsansprüche de lege lata

Halten wir fest: Ein legitimes Interesse, bestimmte – auch richtige und zunächst rechtmäßig gespeicherte – Informationen, wieder aus dem Internet entfernen zu können, das Internet also das Vergessen zu lehren, ist evident. Der „digitale Radiergummi“, der ja ausschließlich einen technischen Ansatz verfolgt und nicht in eine fächerübergreifende Diskussion eingebunden ist, vermag dieses Interesse regelmäßig nicht zu befriedigen. Indem die Politik ihn der Öffentlichkeit als „Wunderwaffe“ vorstellte, suggerierte sie gleichzeitig, dass das derzeit vorhandene rechtliche Instrumentarium für unzureichend erachtet wird, oder vielleicht noch einen Schritt weiter: Dass das Recht vor den Fakten und Zwängen des Internets

¹² Heise-Meldung vom 22.03.2011, 15:22.

die Waffen strecken müsse. Aber die Frage, ob dem wirklich so ist, darf und muss gestellt werden.

Die Rechtswissenschaft hält sich in dieser Frage auffallend zurück. Zwar mangelt es nicht an Vorschlägen und Forderungen, ein neues Datenschutzrecht im Internetzeitalter zu schaffen, also an Ideen für den „großen Wurf“¹³, aber praktikable Lösungsvorschläge finden sich in den bislang zugänglichen Veröffentlichungen allenfalls in Spurenelementen. Fast scheint es so, als kapituliere auch die Rechtswissenschaft vor den (technischen) Herausforderungen des Internets.

Dabei haben große Würfe, wie so oft, den entscheidenden Nachteil, dass sie ein durchaus wünschenswertes Ergebnis in so weite Ferne rücken, dass die Gutwilligen auf dem Weg zur Zielerreichung erlahmen und die links und rechts des Weges liegenden Handreichungen schlichtweg übersehen. Vielleicht muss es ja nicht gleich um das große Ganze gehen, wie Mayer-Schönberger fordert, um das „An-gleichen des Digital-Memory an die Funktionsweise des menschlichen Gehirns“. Das verrottende Notizbuch, das vergilbende Papierfoto, lässt sich in der digitalen Welt außer als Gimmick nicht wirklich künstlich nachahmen.

Nähern wir uns also dem Thema doch einmal *de lege lata*. Das deutsche Datenschutzrecht stellt durchaus Anspruchsgrundlagen bereit, die in Betracht kommen, will ein Betroffener die Beseitigung rechtswidriger Inhalte aus dem Internet einfordern. Die zivilrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gelten in der analogen wie der digitalen Welt gleichermaßen. Im Zusammenhang mit dem „Recht auf Vergessen“ im Internet interessiert allerdings primär die Frage, wie ursprünglich rechtmäßig gespeicherte Daten wieder aus dem Internet entfernt werden können. Eine Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes birgt hier einige Überraschungen.

Zunächst stehen dem Betroffenen Lösungsrechte zu, die in § 20 BDSG gegenüber den öffentlichen Stellen und in § 35 BDSG gegenüber privaten Datenverar-

¹³ S. nur zuletzt Roßnagel, FAZ vom 01.06.2011, S. 7.

beitern geregelt sind. Diese Rechte werden durch einen umfassenden Auskunftsanspruch, geregelt in § 19 bzw. § 34 BDSG, flankiert, den der Betroffene gegenüber der verantwortlichen Stelle, insbesondere zu Inhalt und Herkunft der Daten, Kreis der Empfänger und Zweck der Speicherung, geltend machen kann.

§ 35 BDSG setzt Art. 12 b) EU-Datenschutzrichtlinie um¹⁴, wonach es die Mitgliedstaaten den Betroffenen zu ermöglichen haben, von der verantwortlichen Stelle, je nach Fall, die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten verlangen zu können, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspricht. Dieser Anspruch soll insbesondere dann greifen, wenn diese Daten unvollständig oder unrichtig sind. Aber § 35 BDSG geht zum Teil über die EU-Vorgabe hinaus. § 35 BDSG trifft nämlich in Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 eine Sonderregelung für Daten, die geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung verarbeitet werden. Solche Daten sind grundsätzlich zu löschen, wenn eine Prüfung jeweils am Ende des dritten Kalenderjahres bei erledigten Sachverhalten und am Ende des vierten Kalenderjahres bei allen anderen Sachverhalten nach der erstmaligen Speicherung ergibt, dass eine länger währende Speicherung nicht erforderlich ist.

Dieser Tatbestand scheint auf das Gros der Daten im Internet, insbesondere in sozialen Netzwerken, zu passen. Diese Daten werden geschäftsmäßig von Dienstleistern (z.B. Facebook, StudiVZ, Xing) zum Abruf und damit zur Übermittlung verarbeitet. Bleibt die Frage, wann die Speicherung (z.B. bei Facebook) nicht mehr erforderlich ist. Das wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Betroffene dem Dienstleister mitteilt, dass er die fortwährende Speicherung bestimmter bzw. sämtlicher auf seine Person bezogenen Daten nicht mehr möchte. Den Zweck der Speicherung eigener Informationen bestimmt somit einzig und allein der Betroffene. Was spricht also dagegen, die Dienstleister in Anlehnung an die Fristen des § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 BDSG zu verpflichten, den Betroffenen die gesetzlich

14 Dix, in: Simitis, BDSG, 7. Auflage 2011, § 35 Rn. 2.

ohnehin durchzuführende Prüfung mitzuteilen und ihn um seine Meinung zu bitten?

§ 35 Abs. 4 BDSG verlangt zudem, auch insoweit über die Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie hinausgehend, dass personenbezogene Daten zu sperren sind, sofern ihre Richtigkeit vom Betroffenen bestritten wird und sich weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit feststellen lässt (sog. Non Liquef-Situation¹⁵). Auch dies eine Vorschrift und Anspruchsgrundlage, die sich in mehr Fällen als bisher zu beobachten waren, fruchtbar machen lassen dürfte.

Schließlich finden wir in § 35 Abs. 5 BDSG eine Norm, die bislang, soweit ersichtlich, nur stiefmütterlich behandelt wurde. Danach dürfen personenbezogene Daten nicht für eine automatisierte Verarbeitung erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, soweit der Betroffene dieser Erhebung oder Nutzung bei der verantwortlichen Stelle widerspricht und darlegen kann, dass sein schutzwürdiges Interesse wegen seiner besonderen persönlichen Situation das Interesse der verantwortlichen Stelle an der Datenverarbeitung überwiegt. Das Widerspruchsrecht besteht auch dann, wenn die Daten richtig sind, beziehungsweise sonst rechtmäßig gespeichert wurden. Der Widerspruch wirkt für die Zukunft und da er so jede weitere Datenverarbeitung ausschließt, entfällt gleichzeitig die Legitimation zur Speicherung selbst, so dass die betroffenen personenbezogenen Daten zu löschen sind.¹⁶ Nach wohl überwiegender Auffassung ist § 35 Abs. 5 BDSG allerdings eng auszulegen, weil er eine rechtmäßige Datenerhebung und –verarbeitung voraussetzt. Es gilt insofern ein strenger Maßstab.¹⁷ Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese enge Auslegung von § 35 Abs. 5 BDSG mit Blick auf das besondere Gefährdungspotenzial des Internet Bestand haben kann. Eine schutzwürdige „besondere persönliche Situation“ des Betroffenen im Sinne des § 35 Abs. 5 BDSG,

15 Vgl. dazu auch Dix, in: Simitis, BDSG, 7. Auflage 2011, § 35 Rn. 51 ff.

16 Dix, in: Simitis, BDSG, 7. Auflage 2011, § 35 Rn. 56.

17 Vgl. dazu Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht Kommentar, Band 2, Stand: 42. Ergänzungslieferung Januar 2011, § 35 BDSG, Rn. 122 mit Verweis auf die Begründung im Gesetzesentwurf zu § 20 BDSG.

die die Interessen der verantwortlichen Stelle überwiegt, wird regelmäßig vorliegen, wenn ein Betroffener Daten zu seiner Person, die ein Dritter eingestellt hat, nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr in einem sozialen Netzwerk finden möchte. Dann wird mit Blick auf den Zeitablauf auch nur im Ausnahmefall das Recht des anderen Nutzers auf freie Meinungsäußerung entgegenstehen. „Im Zweifel für den Datenschutz“ dürfte insofern der Leitsatz sein. Es ist allerdings zuzugestehen, dass sich hier im Einzelfall schwierige Abwägungsfragen auf tun.

§ 35 BDSG hat als Norm, die ein „Recht auf Vergessen“ gewähren kann, also durchaus noch Potenzial. Allerdings bauen sich in der Praxis zwei Hürden auf, die zu überwinden sind:

Die erste Hürde betrifft die eigentlich vorgeifliche Frage, ob das deutsche Datenschutzrecht überhaupt auf die großen Plattformbetreiber (z.B. Facebook) oder Suchmaschinenanbieter (z.B. Google oder Bing) im Internet anwendbar ist. Diese Frage beantwortet § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG. Danach findet deutsches Datenschutzrecht Anwendung, wenn eine verantwortliche Stelle im EU-Ausland ihren Sitz hat, aber im Inland personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt. Hoeren vertritt recht apodiktisch die Auffassung, dass deutsches Datenschutzrecht auf Google und Facebook schon deshalb keine Anwendung finde, weil deren Server gesamthaft in den USA ständen, die Datenverarbeitung also dort und nicht im Inland stattfindet.¹⁸ Dem wird allerdings zu Recht entgegengehalten, dass es nicht allein auf den Standort der Server ankommen könne. Denn in Art. 4 c) EU-Datenschutzrichtlinie heißt es, dass die Stelle auf Mittel im Inland zurückgreifen müsse.

Die Erhebung der Daten erfolgt bei Facebook aber gerade durch die Betroffenen selbst und unter Einsatz ihrer an das Internet angeschlossenen Computer und damit zweifelsohne durch im Inland belegende Mittel im Sinne der EU-Datenschutzrichtlinie. Google wiederum durchforstet auch die im Inland befindlichen

¹⁸ Hoeren, ZRP 2010, 251, 252.

Server zur Ermittlung der Suchergebnisse, greift somit also auch selbst auf Mittel im Inland im Sinne der EU-Datenschutzrichtlinie zurück.

Die zweite Hürde betrifft die Effektivität der Durchsetzung eines etwaigen Rechtsanspruches aus § 35 BDSG im globalen Netz. Denn nach § 35 BDSG kann die verantwortliche Stelle nur verpflichtet werden, die von ihr verantwortete Datenspeicherung zu beenden. Dies betrifft zunächst einmal die Löschung der Daten von den selbst betriebenen Servern, also mithin von allen Datenträgern, auf die die jeweilige Stelle unmittelbar Zugriff hat. Fraglich ist aber, ob § 35 BDSG die verantwortliche Stelle nicht auch verpflichtet, dafür zu sorgen oder sich zumindest nach Kräften zu bemühen, dass die zu löschenden Daten nicht nur auf den eigenen Speichermedien, sondern auch von anderen Speichermedien (z.B. dem Cache einer Suchmaschine) entfernt werden, sofern sie ihren Server in ein Netzwerk eingestellt und mit anderen Rechnern verbunden hat.

Abhilfe könnte hier § 35 Abs. 7 BDSG schaffen, der immerhin verlangt, dass die verantwortliche Stelle alle Stellen von einer Datenlöschung, die auf Verlangen nach § 35 BDSG vorgenommen wird, verständigen muss, denen im Rahmen einer Datenübermittlung diese Daten zur Speicherung weitergegeben wurden, es sei denn, dies erfordert einen unverhältnismäßigen Aufwand. Das Verlangen nach einer Benachrichtigung aller anderen Stellen, die die zu löschende oder zu sperrende Information gespeichert haben, wird im Internet aber regelmäßig an der fehlenden konkreten Kenntnis der Datenempfänger scheitern. Ob man darüber hinaus Aktivitäten von der verantwortlichen Stelle verlangen kann, hat die Rechtsprechung bisher noch nicht geklärt.

Honig saugen lässt sich insoweit allenfalls aus der Judikatur zu zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen aufgrund anderer Rechtsverstöße wie Beleidigungen, Marken-, Urheberrechts- und Wettbewerbsverletzungen im Internet. Die Reichweite der Unterlassungsverpflichtung wird dort am Maßstab der technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit festgemacht. Die Rechtsprechung ist in dieser Fra-

ge uneinheitlich. Während etwa das LG Frankfurt/M.¹⁹ von allen Verpflichteten bei einer Markenrechtsverletzung verlangte, dafür Sorge zu tragen, dass die Wortmarke auch aus sämtlichen Suchmaschinen verschwindet, hat das OLG Hamburg²⁰ es für ausreichend erachtet, dass die untersagte Website mit den verletzenden Inhalten vollständig von den von der Verletzerin verantworteten Servern gelöscht wurde. Eine Pflicht des Verletzers, den zu löschenden Inhalt bei sämtlichen Suchmaschinen einzugeben, um nach verbotenen Verwendungen zu suchen, habe allerdings nicht bestanden, weil die Auferlegung einer solchen Verpflichtung angesichts der Vielzahl von Suchmaschinen unzumutbar wäre. Außerdem – so das OLG Hamburg – verschwänden die Inhalte nach vollständiger Löschung mit der Zeit ohnehin aus dem Speicher der Suchmaschine, da die Datenbanken der Suchmaschinen in regelmäßigen Abständen aktualisiert würden.²¹

Es ist zuzugestehen, dass die Bemühungen, die man von Rechts wegen verlangen können, um bestimmte Inhalte im Netz zu löschen, im Ergebnis häufig zu kurz greifen. Das zeigt schon allein das Thema Internet-Archive, denn hier geht es gerade nicht um eine nur vorübergehende Speicherung von Daten, sondern ganz im Gegenteil um deren dauerhafte Archivierung. Die „Wayback Machine“²² beispielsweise hat über 150 Milliarden Webseiten aus der Zeit seit 1996 gespeichert.²³ Die Archivierung von Inhalten, in datenschutzrechtlichen Termini die „Speicherung von Daten“, wird vom Gesetz ausdrücklich als schützenswert anerkannt. Derartige Archive werden unter bestimmten Voraussetzungen von Löschungs- und Sperrungspflichten befreit (§ 35 Abs. 6 BDSG). Der Betroffene hat in diesem Fall nur das Recht, den Daten im Archiv seine Gegendarstellung beizufügen. Allerdings wird zum Teil auch eine Pflicht des Betreibers, inkriminierte

19 LG Frankfurt, MMR 2000, 493 ff.; CR 2000, 462.

20 OLG Hamburg MMR 2003, 279; ZUM-RD 2003, 417; CR 2003, 909.

21 OLG Hamburg MMR 2003, 279; ZUM-RD 2003, 417; CR 2003, 909.

22 Abrufbar unter www.archive.org.

23 Vgl. dazu auch Libertus, ZUM 2005, 627, 630.

Seiten aus dem Archiv zu löschen, soweit der Betroffene dies verlangt, für zumutbar gehalten.²⁴

Aber in der Praxis ist vielen Betroffenen schon damit gedient, dass die unerwünschten Daten aus den meist genutzten Netzwerken verschwinden und bei einer Google-Suche nicht mehr auftauchen. Ein neues Verständnis von § 35 BDSG setzt aber sicherlich ein Umdenken in der Rechtsprechung voraus. Bislang haben die Gerichte die Gefahr, die in der öffentlichen Diskussion über die Notwendigkeit eines „Vergessens im Internet“ im Mittelpunkt steht, in ihrer Bandbreite und Dynamik nur ansatzweise erkannt.

So hat der BGH in seiner „Lebach III-Entscheidung“ vor etwas mehr als einem Jahr festgehalten²⁵, dass die Einstellung eines bald 20 Jahre alten Zeitungsartikels in ein Online-Archiv zu keiner erheblichen neuen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts eines Straftäters führt.

IV. Thesen

Wenn man das Problem des Nicht-Vergessens im Internet ernsthaft angehen will, wird man nicht ohne eine europäische Kraftanstrengung auskommen. Abschließend einige Thesen, was national und auf EU-Ebene getan werden kann:

1. Auf nationaler Ebene müssen die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes zu den Betroffenenrechten, insbesondere das Recht auf Löschung und Sperrung personenbezogener Daten, auch im Internet ernst genommen und zur Anwendung gebracht werden. Die Komplexität des Mediums erschwert sicherlich die (faktische) Durchsetzung solcher Ansprüche, dies vermag aber keinen sachlichen Grund darzustellen, auf die Durchsetzung der bestehenden rechtlichen Verpflichtungen der Dienstanbieter gänzlich zu verzichten.

²⁴ Libertus, ZUM 2005, 627, 630 f.

²⁵ BGHZ 1983, 353; BGH NJW 2010, 757; AfP 2010, 77; CR 2010, 184; GRUR 2010, 266; WRP 2010, 642.

2. Die Kompetenzen für die Durchsetzung der Betroffenenrechte sollten bei dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit angesiedelt werden. Die Behörde ist entsprechend personell und sachlich auszustatten. In Betracht kommt dabei auch eine Kooperation mit den Landesdatenschutzbehörden unter Führung der Bundesbehörde.
3. An die EU-Institutionen ist zu appellieren, nicht nur für die europäische Sicht des Persönlichkeitsrechtsschutzes im EU-Ausland zu werben, sondern – soweit dies notwendig ist – auch einmal die „Waffen“ zu zeigen. Wenn man sich einmal anschaut, wie weit das US-Justizministerium (Department of Justice) seine Hoheitsbefugnisse bei der Korruptionsbekämpfung im Ausland auslegt (auf der Grundlage des Foreign Corrupt Practices Act) und tatsächlich durchsetzt, dann sollte es doch möglich sein, dass die EU ähnliche Ansprüche im Bereich des Datenschutzes formuliert und auch gegenüber Nicht-EU-Unternehmen durchsetzt, jedenfalls soweit diese den EU-Markt für ihre geschäftlichen Aktivitäten nutzen.
4. Flankierend zu den rechtlichen Maßnahmen tritt die Aufklärung, insbesondere der jungen Nutzer des Internet und seiner vielfältigen Angebote, über die Datenschutzrechte des Einzelnen und die tatsächlichen Gefahren. Wer personenbezogene Informationen in das Internet stellt, sollte wissen, dass diese Informationen damit regelmäßig in die Public Domain geraten.²⁶
5. Zu einem besseren Persönlichkeitsschutz im Internet beitragen kann auch jeder einzelne Betroffene. Auch wenn die Preisgabe personenbezo-

26 Eine gute Aktion in diesem Zusammenhang ist der Ideenwettbewerb der Bundesregierung „Vergessen im Internet“, der neben dem Thema „Bewusstsein schärfen“ auch Beschreibungen und Modelle zu technischen Lösungen zum Verschwindenlassen²⁶ von Informationen im Internet sucht und prämiieren möchte (www.vergessen-im-internet.de).

gener Daten im Zeitalter von RFID-Chips, Überwachungskameras, Bank- und Scheckkarten nur noch zum Teil in der Hand des Einzelnen liegt, ist und bleibt die Daten-Enthaltbarkeit ein wichtiger Baustein auf dem Weg zu einem effizienteren Datenschutz im Internet.

Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Ulrich Sommer am 19. Mai 2011: „*Von der Entbehrlichkeit der Strafverteidigung*“*

Die am häufigsten gestellte Frage an einen Strafverteidiger lautet: „Können Sie wirklich jemanden als unschuldig verteidigen, obwohl Sie wissen, dass er schuldig ist?“ Alle Erklärungsversuche leiden an einem Mangel: Die Zeit ist meist zu kurz, um dem Fragesteller das komplexe Getriebe der Strafprozessmaschinerie und die spezifische Funktion von Verteidigung in diesem System zu erklären, in dem gewissenhafte Strafverteidiger jedenfalls eine Fehlbesetzung wären. Allerdings verbleibt ein inneres Kopfschütteln. Der richterunerfahrene Fragesteller geht auch nach Jahrhunderte langer rechtsstaatlicher Tradition offensichtlich davon aus, dass es richtige und falsche Verteidigung gibt, gerechtfertigte und möglicherweise auch entbehrliche.

Mit der Ansicht, dass Strafverteidigung nicht nur gelegentlich, sondern möglicherweise sogar grundsätzlich entbehrlich sein könnte, wird der Strafverteidiger in der jüngeren Vergangenheit von einer ganz anderen Seite konfrontiert: von der Richterbank. Selbst bei Richtern, die mit großer Aufrichtigkeit dem robengeschmückten Anwalt Respekt zollen und die auch zu Fragen juristischer Problematik oder zur Filterung einer allzu wirren Einlassung des Mandanten den angenehmen Gesprächspartner schätzen, lassen nicht selten erkennen, dass ihnen die effektive Einflussnahme des Verteidigers auf das Geschehen bei Gericht eher ein Rätsel ist.

Der frühere BGH-Vorsitzende und bekannte StPO-Kommentator Meyer-Gossner hatte die Souveränität, die von ihm selbst als allgemeine Ansicht der Richter und Staatsanwälte bezeichnete Einstellung gegenüber der Verteidigung in aller Offen-

* Die Gestaltung des mündlichen Vortrags wird auch im Manuskript beibehalten; sie ist auch davon geprägt, dass ein Großteil des Auditoriums aus juristischen Laien bestand.

heit in der Welp-Festschrift kund zu tun. Er berichtet aus seiner Zeit als Strafrichter in München und über eine Diskussion, die er mit Zuhörern nach einer Hauptverhandlung geführt hatte. Als ihn einer der Zuschauer fragte: „Wie wäre es ausgegangen, wenn der Angeklagte keinen Verteidiger gehabt hätte?“ antwortete Meyer-Gossner mit tiefster Überzeugung: „Ganz genauso“. Der Verteidiger wirke zwar im Verfahren mit, aber – so wörtlich – seine Bedeutung für den Prozessausgang ist vielfach gering. Und er zitiert andere Richter, die ihre Distanz zur Verteidigung durch Formulierungen zum Ausdruck bringen wie „notwendiges Übel“ oder „ein nicht behebbares Verfahrenshindernis“.

Die emotionale Komponente hinter diesen Einschätzungen ist gelegentlich auch für den Verteidiger zumindest nachvollziehbar. Die Vorstellung ist niemandem fremd, wonach der Richter mit größter Sorgfalt und penibler Beachtung der rechtlichen Vorschriften die Beweisaufnahme im Gerichtssaal führt. In sehr anschaulicher und überzeugender Weise haben Polizeibeamte im Gerichtssaal dargelegt, wie der Angeklagte ein in hohem Maße plausibles Geständnis für den Mord abgegeben hat. Auch wenn weder Leiche noch das benutzte Fahrzeug des Opfers gefunden worden ist, so sprechen neben dem eigenen Eingeständnis des Angeklagten zahlreiche Indizien für seine Schuld. Wenn in der Hauptverhandlung der Angeklagte plötzlich schweigt und der Verteidiger in Beweisanträgen absurde Alternativszenarien darstellt, muss der Eindruck der Theatralik und des inhaltsleeren Aktionismus dominieren. Statt sich sinnvoller Weise auf strafmildernde Gesichtspunkte zu konzentrieren, wird der Prozess unsäglich in die Länge gezogen. Im Ermittlungsverfahren hatte der Angeklagte noch auf alle offenen Fragen eine sinnvolle Antwort. Von dem Verschwinden der zerstückelten Leiche durch Verfüttern an die Hunde des Getöteten bis hin zur spurlosen Verschrottung des unauffindbaren Fahrzeugs des Opfers durch einen bekannten Schrotthändler. Das Ergebnis passt der Verteidigung nicht. Statt Unveränderbares zu akzeptieren, wird das Arsenal juristischer Verteidigungsmöglichkeiten missbraucht. Es bedarf schon

einer gehörigen Portion richterlicher Nachsicht, um dem aufkommenden Missmut nicht dem Angeklagten anzulasten.

Tatsächlich äußern Richter in diesen Situationen häufig Mitleid mit den Angeklagten und lassen keinen Zweifel daran, dass die Interessen des Angeklagten letztlich besser bei ihnen aufgehoben sind. Eigentlich übernehme sie die Aufgabe der Strafverteidigung, äußerte noch kürzlich eine Vorsitzende Richterin am OLG Brandenburg in einer Podiumsdiskussion beim Herbstkolloquium des DAV vor einigen hundert Verteidigern. Pressewirksam lässt ein Vorsitzender Richter beim OLG Düsseldorf kaum eine Gelegenheit aus, um bei seinen Urteilsverkündungen in berüchtigten „Vorworten“ Verteidigungsaktivitäten als „nicht am Wohl des Mandanten orientiert“ zu geißeln.

Es ist dem akademischen Anspruch der heutigen Veranstaltung geschuldet, dieser Skepsis gegenüber der Daseinsberechtigung der Strafverteidigung auf den tieferen rechtlichen Grund zu gehen. Nach aktuellem Recht müssen Richter mit Verteidigern leben. Aber stellen sie nicht zu Recht die Frage, ob Verteidigung in der jetzigen gesetzlichen Form im System des Strafprozesses letztlich entbehrlich ist? Ist nicht möglicherweise Verteidigung eine rechtliche Fehlkonstruktion? Und können nicht möglicherweise Erkenntnisse zu dieser Fehlkonstruktion Richter legitimieren, allzu schädliche Auswirkungen sowohl für den Angeklagten wie für das ganze Rechtssystem durch eine angemessene Auslegung zu korrigieren?

Strukturell unentbehrlich erscheint die Verteidigung im Parteiprozess angelsächsischer Prägung. Ist der Richter lediglich Schiedsrichter über das Geschehen, das ihm die Parteien unterbreiten, so bedarf es eines Gegenpols zur Anklage. Rede und Gegenrede, Anklage und Verteidigung sind zwingender Bestandteil eines solchen kontradiktorischen Prozesses. Ohne die verteidigende Seite gibt es keinen Disput, über den der Richter entscheiden kann.

Auf eine derart begründete Unentbehrlichkeit kann die Verteidigung allerdings im deutschen Strafprozess nicht bauen. Hier werden nicht zwei unterschiedliche Fäl-

le von zwei Parteien vorgetragen. Hier geht es nicht darum zu entscheiden, welcher der beiden vorgetragenen Fälle der plausible, der bessere ist. Im deutschen Strafprozess geht es um mehr, nämlich um die schon metaphysisch anmutende Aufgabe einer richterlichen Suche nach der Wahrheit. Dass genau hierin der eigentliche Zweck des Strafprozesses besteht, verkündet der Bundesgerichtshof und – je nach personeller Besetzung – auch das Bundesverfassungsgericht seit Jahrzehnten. Die Wahrheitssuche als große richterliche Aufgabe ist – vertraut man der BGH Rechtsprechung und beispielsweise dem bereits zitierten Aufsatz von Meyer-Gossner – in der Strafprozessordnung schon deswegen angelegt, weil es dem Strafrichter die alles überragende Aufgabe auferlegt, in alleiniger Verantwortung zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme auf alle nur denkbaren Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für das Strafurteil von Bedeutung sein können. Der Untersuchungsgrundsatz, die Inquisitionsmaxime, das Aufklärungsgebot gelten unbestritten als tragende Prinzipien unseres Strafprozessrechts.

Flankiert wird diese inhaltliche richterliche Aufgabe von einer Prozessorganisation, die dem Richter und niemand anderem die Leitung des Verfahrens einräumt. Er hat nicht nur ein Beweisprogramm zu entwerfen, Zeugen zu laden und die Beweisaufnahme zu organisieren, er ist es auch, der durch die ihm übertragene Sitzungsgewalt das prozessuale Geschehen lenkt. Es ist der Richter, der die Reihenfolge der Zeugen bestimmt. Es ist der Richter, der anderen Beteiligten das Wort erteilt – oder verweigert. Neben der dominierenden Organisation des Sammelns von Beweisen kommt dem Richter die Aufgabe zu, den entscheidenden Schlusspunkt zu setzen, in Bewertung der derart gesammelten Beweise das Urteil über den Angeklagten zu fällen.

In dieser totalitären Bündelung von Aufgaben und Verantwortung kann allen anderen Beteiligten nur die Rolle von Nebenfiguren zugedacht werden. Bei allem Respekt vor den Rechten eines Angeklagten und seiner Verteidigung muss die überragende Aufgabe der Wahrheitssuche den Wert der Mitwirkung von Verteidi-

gung im Prozess als eher dubios erscheinen lassen. Akzeptabel ist hier allenfalls der Fürsprecher und rechtliche Beistand des Angeklagten als eine Art Seelsorge, angesichts einer sicheren Verurteilung vielleicht mit tröstender Sterbebegleitung vergleichbar.

Inakzeptabel muss Verteidigung sein, die die Systemwidrigkeit ihres Tuns offen zur Schau stellt. Gerade in der jüngeren Vergangenheit nahm der Bundesgerichtshof mehrfach die Gelegenheit wahr, die Verteidigung zu rügen, die zwar formal korrekt und im Rahmen des Standesrechts geführt wird, sich aber dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren, nicht mehr verpflichtet fühle. Richter haben verstanden, sie verfügen über ein plausibles Erklärungsmodell für das übergreifende Konzept des Strafverfahrens und vermögen Verteidigungsaktivitäten hieran zu messen. Und wie ich einer Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH vom 2.11.2010 entnehme, können sie jenseits eines Streits über Einzelfragen den systematischen Wert von obstruktiver Verteidigung einordnen. Verteidigung verfolge hier nicht nur „verfahrensfremde“ Zwecke und betreibe Rechtsmissbrauch. Der 1. Senat hat entdeckt, dass es dieser Verteidigung eigentlich um „die zielgerichtete und massive Beeinträchtigung von Verfahrensherrschaft und Arbeitsfähigkeit des Strafgerichts“ geht.

Dass Richter eigentlich „herrschen“ und dabei in Ruhe gelassen werden wollen, verdeutlichen sie aktuell in ihren Fortbildungsbemühungen. Bundesweit bekannt ist mittlerweile ein vom Vorsitzenden Richter des OLG Düsseldorf ausgearbeitetes Seminar, das mit Vorformulierungen aus einem sog. „Notfallkoffer“ jungen Richtern Tipps gibt, wie man gegenüber Konfliktverteidigern stets die „Luftthoheit“ im Gerichtssaal behält.

Abgesehen von diesen kriegerischen richterlichen Bemühungen unter der Last der aktuellen gesetzlichen Regelung muss sich hier eine weiter reichende Perspektive eröffnen: Sind die einfachen gesetzlichen Verteidigungsrechte in ihren Auswir-

kungen nicht mehr mit dem Gesamtsystem in Einklang zu bringen, ist der dogmatische Ansatz nicht mehr weit entfernt, die Verteidigung generell als verzichtbares Element des Strafverfahrens anzusehen.

Vielleicht ist das nicht zu beseitigende Verfahrenshindernis des Verteidigers doch noch zu beseitigen? Der BGH hat in den letzten Jahren mehr als einmal unverblümt rechtspolitische Anstöße in Richtung des Gesetzgebers formuliert.

Lassen Sie mich dem Zwischenfazit der grundsätzlichen Überlegungen der Rechtsprechung zu Wert und Unwert der Verteidigung meine Gegenthese entgegenhalten: Die bisherige Darstellung offenbart mehr zur Gefährdung des Rechtsstaates durch aktuelle Strömungen auf deutschen Richterbänken als dies jemals durch schräge Verteidigungsaktivitäten erreicht werden könnte. In einer für ein demokratisches Grundverständnis unfassbaren Form interpretieren Richter heute den formalen Aufklärungsgrundsatz und ihr Organisationsprimat in der Hauptverhandlung in einem autoritären Sinne, den wir längst überwunden glaubten.

Die richterliche Idee vom tradierten Zweck des Strafverfahrens und die hieraus abgeleitete Kritik an Verteidigung ist schon angesichts offensichtlicher Unschlüssigkeiten fragwürdig. Das Konzept von der richterlichen Wahrheitssuche als übergreifendem Sinn des Strafverfahrens muss angesichts mancher prozessualer Erscheinungen in Erklärungsnot kommen.

So taucht in den Klagen über die Hinderung ihrer autonomen Wahrheitssuche merkwürdigerweise in der richterlichen Analyse niemals der Hinweis auf, dass die Verfahrensfigur der Staatsanwaltschaft eine systemwidrige Rolle einnehmen könnte. Dabei ließe sich von dem, der die Wahrheitssuche im Prozess verabsolutiert, sehr wohl die Ansicht vertreten, dass zur Förderung dieses Zwecks die Anwesenheit eines Staatsanwalts schlicht überflüssig sei. Er hat die Polizei zu beaufsichtigen, den juristischen Kontext zu bewahren und den Stoff für den Prozess aufzubereiten. Damit endet seine Tätigkeit. Wenn das Gesetz die Anwesenheit des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung neben der Anwesenheit eines

Verteidigers installiert, so mag dem um die Erkenntnis grundsätzlicher Strukturen ringenden Richter zumindest aufscheinen, dass auch im Prozess parteiähnliche Elemente gewollt sind, um aus der Einsamkeit der Wahrheitssuche einen dialektischen Prozess zu gestalten.

In ihrer Kritik an lästiger Verteidigung versäumen sie mitzuteilen, worin die Integration aller Verfahrensbeteiligten im von ihnen erkannten Gesamtsystem bestehen soll. Mit dem Anspruch auf Schlüssigkeit habe ich ein Modell lediglich in der Zeit des Nationalsozialismus gefunden, in der Richter, Staatsanwälte und Verteidiger gemeinsam als „Kameraden an der Rechtsfront“ agierten. Als Produkt des damaligen Zeitgeistes will man hieran offensichtlich nicht anknüpfen.

Zu dem Bild des übergreifenden Konzepts führt nicht nur die Verabsolutierung der richterlichen Wahrheitssuche, sondern offensichtlich auch Missverständnisse zur gesetzlichen Regelung der Organisation der Verhandlungsleitung. Sie führen zu den grotesken Differenzen zwischen der gesetzlichen Regelung und der Ausfüllung der Rolle des Vorsitzenden in deutschen Gerichtssälen. Was mit absolutistisch anmutender *Grandezza* zelebriert wird, beruht letztlich auf einem praktikablen Steuerungselement, das stets die Vorläufigkeit einer jeden Leitungsmaßnahme im Auge hat. Ob es die Bestimmung der Reihenfolge der Zeugen ist, die Unterbrechung einer Verhandlung oder die Entscheidung über die Öffnung der Fenster im Gerichtssaal – jeder Beteiligte kann jederzeit eine solche Entscheidung der allgemeinen Diskussion und gerichtlichen Überprüfung zuführen. Die Idee des Meinungsaustauschs ist im Gesetz tiefer angelegt, als dies auf der Richterbank wahrgenommen wird.

Psychologisch ist die Verabsolutierung der eigenen Rolle nur zu verständlich. Mit der gesetzlich formulierten Aufgabe der Überwachungsfunktion der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen schon im Zwischenverfahren, mit der machtvollen Organisationskompetenz in der Hauptverhandlung und schließlich der entscheidenden Urteilsfällung nach dem Maßstab der freien richterlichen Würdi-

gung lassen sich Allmachtsfantasien nur noch schwer unterdrücken. Dass diese Aufgaben- und Kompetenzbündelung letztlich eine menschliche Überforderung für jeden Richter darstellen muss, ist Jahrzehnte lange tradierte Erkenntnis, die allerdings in Richterkreisen nicht diskutiert wird. Es fehlt an einer konkreten richterlichen Ausbildung oder einem vom Berufsstand selbst initiierten Selbstverständnis, die eigene Rolle ebenfalls nur als ein Rad im Getriebe des Systems der Strafprozessordnung zu verstehen.

Der richterliche Denkansatz identifiziert in der Verabsolutierung seiner Aufgabe das Gesamtsystem der Strafprozessordnung mit seinem Handeln.

Dabei bedürfte es gar nicht völlig neuer Einsichten, sondern nur der Rezeption von lang Bekanntem. Auch Richter müssten sich endlich der selbstverständlichen Erkenntnis öffnen, dass die ihnen auferlegte Untersuchung nach der sogenannten Wahrheit nicht identisch ist mit der vollständigen Erfassung des aufzuklärenden Geschehens. Aus philosophischen, psychologischen, aber auch rechtlichen Gründen kann das Ziel des Verfahrens nicht Wahrheit sein, sondern nur die gesellschaftliche Akzeptanz eines justizförmig konstruierbaren Sachverhalts.

Wenn es ausschließlich um die optimale Rekonstruktion eines historischen Geschehens ginge, hätte der Gesetzgeber eine Wahrheitskommission installiert und ihr eine gradlinige Kompetenz zur Erreichung ihres Ziels eingeräumt. Dass dieses Ziel nicht erreicht werden kann, wenn man beispielsweise einem Zeugen gestattet vor der Wahrheitskommission zu schweigen, nur weil er zufällig mit dem Angeklagten verheiratet ist oder weil entscheidende Erkenntnisse von einem Befragten erst nach 72 Stunden ununterbrochener Vernehmung erlangt werden konnten, sollte die Theorie des sogenannten übergreifenden Ziels des Strafprozesses im Hinblick auf die Wahrheitsfindung ins Wanken bringen. Warum der allmächtig agierende Richter bei näherem Hinsehen doch zwischen sehr enge Leitplanken der Prozessgestaltung gezwängt wird, dass er beispielsweise unbedingt dem Angeklagten das allerletzte Wort zu gewähren hat, dass ihm beispielsweise trotz

vielversprechender Erkenntnis durch die StPO verboten wird, von der Polizei gefertigte Vernehmungsprotokolle von Zeugen einfach zu verlesen, dass er möglicherweise selbst in seiner Position gefährdet ist, nur weil er zu enge Kontakte mit einem der Geschädigten der Straftat unterhält – all dies würde für eine Wahrheitskommission die Herausforderung eines unzumutbaren Hindernislaufs bedeuten.

Ist Wahrheitssuche das System selbst, kann die Strafprozessordnung nur als Dickicht systemwidriger Beschränkungen aufgefasst werden. Bildet dieses Dickicht allerdings ein völlig anderes eigenes System, in dem die richterliche Wahrheitssuche zwar eine wichtige Bedeutung, aber nicht die des systemübergreifenden Konzepts hat, eröffnet sich erst der Blick auf die systemkonformen Funktionen von anderen strafprozessualen Elementen, auch wenn sie der richterlichen Aufgabe zuwiderlaufen können.

Strafverteidigung stellt sich damit möglicherweise nicht als Verfahrenshinderung, sondern in der Erfassung eines übergreifenden gesellschaftlichen Zwecks des strafprozessualen Geschehens als Förderung dar.

Ich bin heute weit davon entfernt, den Jahrhunderte andauernden wissenschaftlichen Versuch zu vollenden, das komplexe System unseres Strafprozessrechts abschließend zu beschreiben. Ich sehe mich allerdings im Stande, eines der wichtigsten Elemente dieses Systems zu beschreiben und näher zu beleuchten, das die puristischen Wahrheitssucher gerne verdrängen. Das gesamte Geschehen vor einem Strafgericht ist dominiert von unserem demokratischen Verständnis der Ausübung von Hoheitsrechten gegenüber dem Bürger. Staatliche Machtausübung kulminiert im Strafprozess. Nirgendwo in unserer Gesellschaft greift eine Entscheidung so tief in die bürgerliche Existenz seiner Bürger ein wie in einem Strafurteil. Kein Finanzbeamter, keine Bundeskanzlerin Merkel kann mit staatlicher Legitimation das Leben eines Bürgers derart weitgehend beeinflussen, ja seine bürgerliche Existenz zerstören, wie der Strafrichter. Ist die Verkündung eines Strafurteils die archaische Form staatlicher Unterdrückung, ist deren Transparenz

und Kontrolle einer der wichtigsten gesellschaftlichen Aufgaben in einer Demokratie.

Wie die Institutionalisierung der Kontrolle staatlicher Macht funktioniert, wissen wir nicht erst seit Montesquieu. Gewaltenteilungen, Checks and Balances fordern organisatorische Elemente, um a priori einseitige Machtausübung zu beschränken. Der Wert eines solchen Gegenpols liegt gerade in der konträren Ausrichtung – unabhängig von der individuellen Sinnhaftigkeit in der Ausübung der Gegenmacht. Der genuine Staatsmacht umsetzende Wahrheitssucher hat Veranlassung, über den Tellerrand seiner Behinderung hinaus zu erkennen, dass die Beschränkung der Effektivität seines machtausübenden Tuns auf einem wichtigen demokratischen Prinzip beruht.

Behinderung ist der Gesellschaft möglicherweise wichtiger als die ungehinderte von einseitiger und unkontrollierter Machtfülle getragene richterliche Entscheidung.

Die existentiellen Folgen des Strafprozesses bedingen ein wichtiges Element des Gesamtsystems: Da wo Entscheidungen besonders tiefgreifend sind, muss die Garantie ihrer Richtigkeit besonders hoch angesiedelt werden. Die Einlösung dieses Garantieanspruchs erscheint allerdings als schwer lösbare Aufgabe.

Die Möglichkeit des Justizirrtums quält unsere Gesellschaft. Die bevorzugte Bearbeitungsform des Problems ist die Verdrängung. Die Wissenschaft macht gerne einen großen Bogen um die Aufarbeitung dieser Mechanismen, zitiert allenfalls pflichtbewusst Peters Fehlerquellen des Strafprozesses – bald ein halbes Jahrhundert alt – oder das klassische Werk von Sello – mehr als hundert Jahre alt –, als handele es sich um ein historisches überwundenes Phänomen. Wir Verteidiger wissen, die heutigen Gerichtssäle sind voll von richterlichen Irrtümern, Fehlern, Vorurteilen und Fehlentscheidungen, vielleicht sogar mehr denn je.

Nur Spektakuläres kommt allerdings an das Ohr der Öffentlichkeit, wie beispielsweise das Schicksal des Bauern Rupp in Bayern, der nach einigen Maß Bier die

Gaststätte verließ, sich in seinen Mercedes setzte, wegfuhr und nie mehr gesehen wurde. Keine Leiche, kein Auto, keine Spur, aber hartnäckige Fahnder mit phantasievollen Ermittlungshypothesen. Deren Erfahrung lehrte, dass der Bauer nach Hause gefahren sein musste, in einen Streit mit der Familie verwickelt wurde, der tödlich endete. Der Rest der Familie, insbesondere der Schwiegersohn in spe, wurde verhaftet, und nach einiger Zeit des hartnäckigen Schweigens gestand er alle grausigen Details des Geschehens. Den Schlag, der den Bauern Rupp niederstreckte, die heftigen Hiebe mit dem Zimmermannshammer, die in den Schädel des Opfers drangen und das Zerstückeln der Leiche. Wenn weder Auto noch Leiche gefunden wurde, so hatte dies nach dem Geständnis seine plausible Erklärung in dem Verfüttern des Kadavers an die Hofhunde und dem Verschwinden des Mercedes in der Schrottpresse des Onkels. Die Wahrheitssuche des Schwurgerichts beim Landgericht Ingolstadt hatte im Prozess alsbald den Sachverhalt penibel rekonstruiert, auch wenn der geständige Täter sich plötzlich im Gericht von seinen polizeilichen Angaben distanzieren wollte und seinen Verteidiger nutzlose Bemühungen entfaltete, der Polizei suggestive Vernehmungsmethoden vorzuwerfen. Die Kammer deckte die Wahrheit auf, die Angeklagten waren schuldig. Der Gefängnisaufenthalt dauerte allerdings nur drei Jahre, dann tauchte endlich die lang vermisste Spur auf. In einer Staustufe der Donau wurde der vermisste Mercedes entdeckt und – wie eine DNA-Analyse ergab - Bauer Rupp - unzerstückelt, ohne jede Kopfverletzung. Die Wahrheit des Urteils mutierte zum Märchen, phantasievoll kreierte in den Vernehmungszimmern der Kriminalpolizei, mit dem Heiligenschein der Realität versehen im Schwurgerichtssaal.

Dies ist nur ein aktuelles Beispiel. Der Schrecken eines zu Unrecht Verurteilten beeinflusst die gesamte Konstruktion des Strafprozesses. Die Väter unserer Strafprozessordnung von 1877 bemühten sich um Instrumente, die Fehleranfälligkeit des Urteils auf ein Minimum zu reduzieren. Sie würden sich allerdings wundern, wenn sie sich in die heute üblichen Maßnahmen zur Vermeidung von Fehlentscheidungen vertiefen würden, die beispielsweise Fluggesellschaften und Piloten

ergreifen, um in Ausbildung und Praxis die Gefahr fataler Fehlentscheidungen zu kontrollieren. Die Überprüfung aller denkbaren Hypothesen und Alternativentscheidungen, die kritische Diskussion zwischen Piloten, Copiloten und Tower münden in ein exzessives Validierungsprogramm, das das Risiko des Flugzeugabsturzes in den Bereich des zu Vernachlässigenden schiebt.

Abstürze in den Gerichtssälen sind unser tägliches Erlebnis. Denn verglichen mit solchem modernen Risikomanagement wirkt der Versuch unserer Strafprozessordnung, Fehlerurteile zu vermeiden, geradezu rührend. Wir kennen Befangenheitsregeln, die angesichts der Vordergründigkeit nur einen winzigen Bruchteil der subjektiv bedingten Fehleranfälligkeit von Entscheidungen erfassen können. Die Bitte unseres Rechts um Wahrung der Unschuldsvermutung kann im richterlichen Gedankenprozess keinen Effekt haben, wenn die gesamte vorprozessuale Rezeption von Informationen auf das genaue Gegenteil, nämlich den Verdacht der Schuld des Angeklagten hinausläuft. Das in akademischen Vorlesungen als herausragendes Merkmal unserer rechtsstaatlichen Idee hervorgehobene Prinzip des Zweifels – in dubio pro reo – degeneriert in der Praxis zum inhaltsleeren freundlichen Wunsch, wenn der anderen Orts gelobte entscheidungsfreudige Jurist in Richterrobe innere Bedenken gegen eine erste Spontanbewertung erst gar nicht aufkommen lassen will. Was juristischen Laien häufig unfassbar ist, gilt als Realität auch des modernen Strafprozesses festzuhalten: Es gibt kein solides gesetzliches Programm, das insbesondere angesichts der Weite der richterlichen Beweiswürdigungsmöglichkeit Fehlbewertungen verhindert oder zumindest reduziert.

Bevor ich mich auf die Suche nach Kompensationen für dieses Defizit gesetzgeberischer Konzeption begeben, erlaube ich mir, das Problem der Fehleranfälligkeiten richterliche Entscheidungen auf Dimensionen zu erweitern, die Lehrbüchern ebenso fremd sind wie Richterbänken. Wenn Alsberg schon vor vielen Jahrzehnten die Hauptaufgabe des Verteidigers in der Verhinderung des hochgemuten vor-

eiligen Griffs des Richters nach der Wahrheit sah, so haben die neueren psychologischen und auch neurobiologischen Forschungen die Juristen ahnen lassen, dass dieser notwendige Eingriff des Verteidigers in den Prozess einer Überzeugungs-bildung weit über den rationalen juristischen Diskurs hinausgeht. Der größte Teil der entscheidungsrelevanten Faktoren und damit auch der fehlentscheidenden Faktoren ist dem eigentlichen Argumentations-Duktus vorgelagert ist.

Die Idee der Entbehrlichkeit solcher Eingriffe rückt in weite Ferne, betrachtet man das Potential der Fehleranfälligkeiten in seiner ganzen Dimension.

Ich darf Ihnen ein Beispiel aus meiner eigenen Praxis nennen, das mit einer – wie ich gegenüber Kollegen augenzwinkernd berichtete – eklatanten Fehlentscheidung endete.

Mein Mandant war Arzt, Schönheitschirurg, seine Patientin wollte eine Busenvergrößerung. Sie war – vom Arzt unerkannt – Alkoholikerin, ihre Blutwerte waren katastrophal, die Gefahr von Komplikationen während der OP war evident. Der nachlässige Blick auf Laborwerte war die Ursache dafür, dass die OP dennoch durchgeführt wurde. Die zu befürchteten Komplikationen traten ein, die Patientin starb. Der Vorwurf der fahrlässigen Tötung war existenziell. Die Anklageschrift war gut begründet, insbesondere weil die ärztlichen Sorgfaltspflichten bei medizinisch nicht indizierten Operationen besonders hoch anzusetzen sind. Haftstrafe und Verlust der Approbation drohten. Eine halbe Stunde vor Prozessbeginn beim auswärtigen Amtsgericht gab es ein Vorgespräch im Richterzimmer. Die Richterin war eine aparte Mittvierzigerin, die in der Eingangsdiskussion offenbarte, dass sie den Sachverhalt und die rechtlichen Problematiken durchaus beherrschte. Es war ein einziger Satz in diesem langen Gespräch, der die Richtung für das gesamte Verfahren vorgab: „Ich habe ja nie verstanden, warum sich Frauen den Busen vergrößern lassen.“ Die emotionale Vorprägung der Richterin verschob den Blick auf das prozessuale Geschehen von einer ärztlichen Fehlleistung auf die Konsequenzen für das Opfer, das dieses angesichts der eigenen falschen Entscheidung

schicksalhaft zu tragen habe. Das zusätzliche Glück einer sehr lustlosen Staatsanwaltschaft führte zu einer Einstellung des Verfahrens nach § 153a.

Welchen Sinnes derjenige bedarf, der das Amt des Richters ausüben soll, fragte sich schon Martin Luther und gab als Antwort, der Richter müsse Sieger sein über alle Leidenschaften, Furcht, Liebe, Gunst, Mitleid, Hoffnung, Ruhm, Leben und Tod; nur das gerechte Urteil müsse er lieben. Es ist nicht überliefert, ob Luther meinte in seinem Leben jemals einen solchen Richter gefunden zu haben. Wenn schon der Gesetzgeber des neunzehnten Jahrhunderts wusste, dass die von jeder Emotion gelöste richterliche Bewertung eine schwierige Aufgabe ist, haben die modernen psychologischen Wissenschaften deren schlichte Unmöglichkeit belegt. Auch der um den Anspruch der Rationalität bemühte Mensch ist unwiderruflich in seinen Emotionen verstrickt. Die vom Richter betriebene Wahrheitssuche ist tatsächlich ein weitgehend irrationaler Vorgang. Wenn Alsberg noch den richterlichen Hochmut geißelte, mit dem bewusst vorschnell der Zugriff auf die sogenannte Wahrheit erfolgte, so hatte er einen steuerbaren und gesteuerten Willkürakt vor Augen. Hochmut wird heute maßgeblich in der richterlichen Ignoranz angegriffen, mit der nicht steuerbare emotionale Faktoren der Überzeugungsbildung schlicht geleugnet werden. Dabei geht es nicht allein um die dramatischen und schicksalhaften Fälle, in denen der Vorsitzende Richter der Drogenkammer sein einziges Kind mit durch eine Überdosis verloren hatte oder den in seiner Jugend selbst missbrauchten Richter, der über Sexualdelikte zu urteilen hat. Über die Amygdala im Kerngebiet unseres Hirns verfügt jedes menschliche Wesen, das alle erlebten Emotionen – Freude, Abneigung, Liebe, Aggression – speichert und als eine Art Filter jede zusätzliche neue Erfahrung lenkt, ohne dass dieser Verarbeitungsprozess in unser sogenanntes Bewusstsein vordringt. Löst das Element eines Sachverhalts, Teilaspekte eines Angeklagten oder eines Zeugen negative Impulse aus, werden sie bei der Rezeption des prozessualen Geschehens und dessen Bewertung ihre Abwehrfunktion erfüllen, ohne dass dies jemals dem Richter bewusst wird.

Emotion und Kognition hängen eng und untrennbar miteinander zusammen. Die kognitiven neueren Wissenschaften haben belegt, wie Selektionen auch in einem überschaubaren Geschehen bereits in der Aufnahme von Informationen Wahrnehmungsmöglichkeiten schlicht ausblenden können. Wie oft haben wir im Gerichtssaal erlebt, dass der entscheidende entlastende Satz des Zeugen vom verurteilungswilligen Richter nicht einmal gehört wurde. Automatismen als Überlebensstrategie der Affen im komplexen Dschungelleben haben ihre Funktion auch bei modernen Menschen kaum verändert. Minimalstinformationen sind häufig der Anlass, um ein automatisiertes komplexes Folgeprogramm abzuspielen. Psychisch entlastet das. Den Juristen ist das geläufig. Es wird sogar als „gutes Judiz“ gelobt. Dass solche Techniken der Heuristik in Entscheidungsprozessen zu grotesken Verzerrungen führen mussten, gehört zum Erkenntnisstandard der psychologischen Wissenschaften. Die Theorie der kognitiven Dissonanz wird mittlerweile als Grundwissen schon im Psychologiekurs der gymnasialen Oberstufe gelehrt. Primäres Anschauungsobjekt für zwangsläufige Fehlentscheidungen aufgrund von Selektionsmechanismen durch Vorprägung ist die Konstruktion unserer Strafprozessordnung, die vom Richter verlangt, dass er vor dem angeblich unbefangenen Eintritt in die Hauptverhandlung bereits ein Schuldurteil durch den Eröffnungsbeschluss fällen muss. Wenn Richter – um ein weiteres Beispiel zu nennen - mit Begriffen wie „plausibel“ oder „lebensnah“ eine konstruierte Geschichte zum Endpunkt ihrer Wahrheitssuche machen, so erliegen sie einem pseudo-rationalem Kriterium, da sie ein Konstrukt letztlich ohne jede empirische Absicherung aufgrund ihres höchstpersönlichen Erlebens für besonders kohärent halten. Würde ich weitere Beispiele wie den „Ankereffekt“ anführen, hätte mein Vortrag die Potenz, allmählich in einen reinen psychologische Vorlesung zu münden. Ich verweise Wissbegierige auf mein im nächsten Monat erscheinendes Buch zur effektiven Strafverteidigung.

Ob Richter es wollen oder nicht: Auch sie erliegen dem Mechanismus der Emotionen, ihre Beweiswürdigung ist maßgeblich eine intuitive, die von ihnen nicht

kontrollierbare Fehleranfälligkeit der Entscheidungsfindung ist komplexer, als die allermeisten auch nur erahnen. Das Ziel ihrer Vermeidung im Prozess erscheint unerreichbar.

Ein weiteres Beispiel aus meiner Praxis, das ich als Verteidiger eines Mitangeklagten erleben durfte: In einer sehr langwierigen Hauptverhandlung erschien die vor vielen Jahren aus Russland immigrierte Angeklagte mit ausgewählter, zum Teil eleganter Kleidung, mit sorgfältig aufgelegtem Make-up und korrekt gezogenem Lidstrich und Lippenstift. Dies entging nicht der maßgeblich für die Bearbeitung der Sache zuständigen Richterin. Obwohl Angaben eines Kriminalbeamten im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme und der seinerzeitigen Frage der Angeklagten nach dem Verbleib ihrer Schminkutensilien keinen sinnvollen Anlass zur Vertiefung dieser Frage bot, formulierte diese Richterin in einem Beschluss, das die Angeklagte „äußerst gepflegt und stark geschminkt“ in der Hauptverhandlung auftrete. Den Eindruck des Übermäßigen teilte niemand, mit dem ich sprach. Für jedermann über viele Verhandlungstage erkennbar verzichtete die besagte Richterin selbst auf die Verwendung jedes kosmetischen Produkts. Eine andere weibliche Zuschauerin argwöhnte auch den Verzicht auf jegliche Form von Haarshampoo. Die Entwicklung der Unrechtsbewertung des Tuns der Angeklagten durch die Richterin verlief dynamisch. Vor der optischen Konfrontation der Hauptverhandlung scheiterten Verhandlungen über die Einstellung des Verfahrens an der fehlenden Zustimmung der Angeklagten. Vorschläge ihrer Verteidigung und der Staatsanwaltschaft im Laufe der Hauptverhandlung zu einer Geldstrafe wurden von der Richterin schroff abgelehnt. Ohne dass sich an dem Vorwurf auch nur eine Winzigkeit verändert hatte, wurde die Angeklagte schließlich zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt (der Staatsanwalt hatte eine Bewährungsstrafe gefordert).

Ohne Zweifel lenkten hier maßgeblich emotionale Faktoren die Urteilsfindung des Gerichts. Einer dieser entscheidenden Stränge lässt sich aus der Formulierung

zu dem Schminkverhalten und der damit verbundenen richterlichen Abneigung herleiten.

Die Einsicht in die Struktur der Gewaltausübung gegen Bürger ist beklemmend. Die Hingabe in die Unabänderlichkeiten widerspricht dem Anspruch unserer Prozessordnung an die Minimierung solcher Irrtumsfaktoren. Ist Rationalität als Konzept einer solchen Minimierung ausgemacht, muss Irrationalität zumindest der diskutablen Transparenz zugeführt werden.

Mechanismen zur Rationalisierung der auch vom Strafrichter zumeist nicht erkennbaren emotionalen Faktoren kennt die StPO allerdings nicht. Mit einer Ausnahme: dem kritischen Katalysator auf der Verteidigerbank.

Die Aufgabe der externen Aufdeckung dieser Faktoren erscheint nicht selten objektiv nicht leistbar und subjektiv eine Überforderung. Aber sie ist grundsätzlich möglich. Sie eröffnet eine Dimension von Verteidigungsaktivität, die Alsberg noch weitgehend verborgen blieb. Der geschilderte Fall ist exemplarisch. Die erkennbare Rezeption des Erscheinungsbildes der Angeklagten durch die Richterin folgte der Schlussfolgerung von der Verwendung von Make-up auf eine übertriebene weibliche Selbstdarstellung, vielleicht sogar die allzu deutliche Identifikation mit der Rolle der Frau als Sexualobjekt. Der Schlag einer kulturellen Brücke hätte diesen Umstand womöglich rationalisiert. Die Selbstdarstellung der russischen Frau ist eine andere als die, die die Richterin favorisierte. Unbeeinflusst von kommunistischen Ideen spielt Pflege und Kosmetik für die russische Frau eine besondere Rolle. Der sorgfältige Umgang hiermit ist ebenso wie die gepflegte Kleidung bei einem öffentlichen Auftritt maßgeblich auch Ausdruck des Respekts gegenüber diesem Ort. Wäre die Angeklagte ohne Schminke und in Jeans erschienen, wäre für jeden Beobachter aus ihrem Kulturkreis die Missachtung des Gerichts evident. Sie tat genau das Gegenteil und produzierte so ein grelles Missverständnis, das den Verlust der Freiheit für mehr als zwei Jahren bewirkte.

Trotz aller Unzulänglichkeiten ist außer der Strafverteidigung keine institutionelle Verankerung in Sicht, die diese Aufarbeitung leisten könnte.

Ich will einen letzten Aspekt prüfen, der trotz dieser Feststellung die Notwendigkeit von Verteidigungsarbeit im bestehenden Prozesssystem entbehrlich machen könnte. Eine Fehlentscheidungen vermeidende und Machtausübung beschränkende Kontrolle könnte durch andere Mechanismen erreicht werden.

Neben der Überprüfung von Entscheidungen durch den Instanzenzug wird hier immer wieder das Kontrollinstrument der Öffentlichkeit genannt. Letzteres hat sich allerdings längst überlebt. Für keinen entschlossen agierenden Richter stellen die Personen auf den Zuschauerbänken kein ernsthaft wahrgenommenes Hindernis dar. Zumeist sind sie ohnehin leer oder von wärmesuchenden Obdachlosen besetzt. Gelegentlich beobachtende Presseleute haben nicht nur regelmäßig ein miserables journalistisches Niveau, sondern auch ausschließlich Medieninteressen im Auge. Der aktuelle Kachelmann-Prozess zeigt deutlich, dass das moderne Strafverfahren keinesfalls so öffentlich ist, wie dies zu Kontrollzwecken einmal angedacht war, und dass engagierte Journalisten lieber höchstpersönliche Sichtweisen transportieren, als sich etwa der Aufgabe der Kontrolle staatlicher Macht zu widmen.

Es verbleibt die Rechtsmittelkontrolle. Das Gesetz hatte die Idee, dass Richter in dem Bewusstsein richten, dass ihre Entscheidung stets von einer höheren Instanz auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden kann. Die überkommene rechtsstaatliche Idee, die machtausübende Exekutive durch eine organisatorisch unabhängige Justiz kontrollieren zu lassen, ist bekanntlich gerade deswegen sinnvoll, weil die Solidaritäten innerhalb eines organisatorischen Machtkomplexes einer fairen internen Machtkontrolle entgegenstehen. Wenn in der Strafjustiz Richter durch Richter überprüft werden, ist der rechtsstaatliche Webfehler dieser Konstruktion schon für Laien erkennbar. Allein aufgrund soziologischer Grundein-

sichten in solidarisches Gruppenverhalten kann eine solche Kontrolle niemals effektiv sein.

Das gilt erst recht unter Berücksichtigung eines weiteren rechtsstaatlichen Webfehlers unseres Systems.

Man stelle sich vor, dass allein die Schilderung des Angeklagten im Strafprozess Grundlage für das Strafgericht wäre, dessen Verhalten strafrechtlich zu überprüfen. Angesichts allzu menschlicher Beschönigungs- und Rechtfertigungstendenzen würde man dies kaum als taugliche Bewertungsgrundlage ansehen.

Dieser Mechanismus wird aber gerade bei Revisionsüberprüfungen angewandt. Das zur Überprüfung dem Revisionsgericht unterbreitete Material stellt allein der zu Überprüfende zur Verfügung. Alles das, was in der zur Überprüfung anstehenden Hauptverhandlung passierte, wird dem Revisionsgericht ausschließlich durch den subjektiven Filter desjenigen Richters berichtet, dessen Entscheidung überprüft werden soll. Alternativen wären unschwer denkbar. Statt der notwendigerweise gefärbten Darstellung des Tatrichters über das, was der Angeklagte oder ein Zeuge in der Hauptverhandlung gesagt haben soll, lässt sich angesichts moderner Technik ohne großen Kostenaufwand die objektivierende Möglichkeit technischer Aufzeichnungen entgegenstellen. Anwälte fordern dies seit Jahrzehnten. Richter wehren sich gegen die Schaffung einer solchen Transparenz.

Als Beleg der Dominanz von richterlichem Statusdenken in diesem Bereich mag der Fall des Bauern Rupp dienen. Ich berichtete, dass sich das Landgericht Ingolstadt nicht durch das Bestreiten der Angeklagten irritieren ließ. Gegen dessen Schuldspruch legten die verurteilten Angeklagten selbstverständlich Revision ein. Zuständig für die Revision in Bayern ist der erste Strafsenat des Bundesgerichtshofs, der die Revisionen mit einem Federstrich verwarf. Wer hier besondere Ungeschicklichkeit von Revisionsanwälten vermutet, der sei auf die Entscheidungsstatistik dieses Senats hingewiesen, wonach weniger als ein Prozent der Revisionen der Angeklagten zum Erfolg führen. Die damit verbundene

faktische Abschaffung der Revision in Bayern gibt keinem Vorsitzenden Richter dort das Gefühl, einer ernsthaften Kontrolle zu unterliegen. Der Effekt richterlicher Kontrolle lässt sich an diesem Fall weiter verdeutlichen, und zwar in der Phase, in der – Jahre nach der Verurteilung – die unversehrte Leiche aus der Donau gefischt wurde. Als damit klar war, dass das gesamte Beweisgerüst des ursprünglichen Urteils zusammengebrochen war, hätte man sich hektische Aktivität der Justiz vorstellen können. Tatsächlich geschah allerdings nichts. Als dann die Verteidigung nach Monaten einen Wiederaufnahmeantrag stellte, um das Verfahren angesichts der neuen Beweislage mit dem Ziel des Freispruchs wieder aufrollen zu lassen, hatte hierüber das Landgericht Landshut zu entscheiden. Dass Solidaritätsgefühle nicht durch lokale Grenzen beendet werden, zeigt die ablehnende Entscheidung des Landgerichts Landshut. Man erinnerte sich dort offensichtlich an die jedem Juristen im ersten Semester geläufige Denkfigur der unerheblichen Abweichung vom Kausalverlauf und hielt trotz des Fundes in der Donau das ursprüngliche Urteil für im Wesentlichen richtig. Denn: Tot ist tot, Geständnis ist Geständnis. Ob nun der Tod mit einem Zimmermannshammer oder irgendwie durch Ertrinken erfolgt ist, sei letztlich unerheblich.

Es ist alltägliche Erfahrung von Verteidigern, dass selbst ans Absurde grenzende Argumentationsstrukturen zu Papier gebracht werden, um einen einmal gefällten Richterspruch in Beton zu gießen. Zur Beschränkung richterlicher Macht durch Kontrolle kann dieses System nicht beitragen, auch wenn im geschilderten Fall zur Vollständigkeit darauf hingewiesen werden muss, dass selbst dem ansonsten eher konservativ gesinnten Oberlandesgericht München die zitierte Entscheidung des Landgerichts Landshut derart weit ging, dass dessen Entscheidung ausnahmsweise aufgehoben wurde. Die Wiederaufnahme und der letztendliche Freispruch der Angeklagten hatte ein persönliches Happyend für die Beteiligten zur Folge. Über die ansonsten regelmäßig unglücklich verlaufenden Verfahren jenseits des Spektakels könnte Ihnen jeder der hier anwesenden Verteidiger viele und lange Geschichten erzählen.

Wenn der Titel meiner Ausführungen nur die Thematik beschrieben hat, ist aus meiner Sicht die Frage der Entbehrlichkeit von Strafverteidigung zu beantworten. Dabei blende ich alle die tragenden Aspekte aus dem unmittelbaren Mandatsverhältnis aus: das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigter, die interne Diskussion um die Umsetzung der Kenntnis und Sichtweise des Betroffenen in den Prozess sowie den grundrechtssichernden Aspekt durch juristische Kompetenz.

Ich beziehe mich lediglich auf die als notwendig erkannte Organisationsstruktur des Strafprozesses und stelle fest:

Strafrichter üben Staatsmacht aus wie niemand anderes. Die Vermeidung von Fehlentscheidungen muss im Strafprozess Priorität haben. Die Entscheidungen bedürfen einer exzeptionellen Kontrolle. Im Gegensatz zu diesem Ziel befördert das Organisationsmodell des Strafprozesses die subjektive Fehleranfälligkeit von Entscheidungen. Das Kontrollsystem der Rechtsmittel ist unzulänglich und versagt darüber hinaus in der Praxis.

Das Ziel der Reduzierung von Fehleranfälligkeiten ist auf diesem Hintergrund organisatorisch nur durch die Institutionalisierung einer Gegenmacht zu erreichen. Außer der Verteidigung ist eine solche Gegenmacht nicht in Sicht. Sie mag an das Bild eines Compliance Chief Officers erinnern, der in Wirtschaftsunternehmen gegenüber dem operativ uneingeschränkt agierenden Vorstand Verantwortung für die Einhaltung von Regeln hat. Die Gegenmacht der Verteidigung mag unzulänglich erscheinen, weil sie in ihrer Einseitigkeit nicht eine Richtigkeit einer Entscheidung befördert, sondern nur die Vermeidung einer falschen belastenden Entscheidung zum Ziel hat. Es ist aber gerade diese Art der Fehlentscheidung zu Lasten des Mandanten, die es zu verhindern gilt. Einseitigkeit ist für das System tolerabel, wenn nicht erforderlich. Gegenmacht muss – um wirken zu können – Einfluss nehmen. Verteidigung ist hierzu imstande, weil das Gesetz ihr Handlungsoptionen einräumt.

Wer im Strafverfahren Gerechtigkeit produzieren will, für den ist Verteidigung unentbehrlich.

Diese Einsicht sollte in der aktuellen Diskussion weiter tragen, gerade an diesem Ort. Die Universität solle – so der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Voßkuhle – sich insbesondere als Widerlager gegen den Zeitgeist verstehen. Einen solchen Zeitgeist habe ich auf den – lautsprechenden – Richterbänken dieser Republik ausgemacht. Der vermeintlich notwendige richterliche Kampf um „Lufthoheit“ und ungestörte Verfahrensherrschaft wurde zuletzt nicht nur mit standardisierten Vorwürfen des Rechtsmissbrauchs geführt. Bei jeder eigenen Kenntnis werden Verteidiger vermehrt persönlich der Unwahrhaftigkeit bezichtigt und – zur Absicherung des Kampferfolgs – sogar strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Das ist nicht nur der Beginn der Zerstörung von Verfahrenskultur, sondern auch rechtlich die falsche Weichenstellung.

Denn es widerspricht der Funktion kontrollierenden Gegengewichts, wenn die die Kontrolle garantierenden Handlungskompetenzen der Verteidigung ausgerechnet durch Richter eingeschränkt werden. Die in ihrer Wahrheitssuche Behinderten werden die Behinderung immer als unvernünftig empfinden. Ihre Sichtweise ist denkbar ungeeignet, einen Maßstab von Vernunft zu entwickeln und unter Bezugnahme hierauf einen Missbrauch der Behinderungskompetenz der Verteidigung zu reklamieren.

Es ist der dominierende Aspekt der Machtkontrolle, der von den Richtern aus der Einsicht in die Unvollkommenheit eigener Sichtweisen verlangt, die angebliche Unvernunft der Verteidigung zu ertragen und nicht als systemwidrig zu bekämpfen.

Vortrag von Prof. Dr. *Halmai Gábor*, Dsc. gehalten am 1. Juli 2011 im Rahmen einer Veranstaltung des Instituts für Ostrecht in Kooperation mit der Deutschen Gesellschaft für Osteuropakunde und dem Lew Kopelew Forum e.V.

From the “Rule of Law Revolution”
to an Illiberal Democracy in Hungary

In the academic year 1988-1989, which was the most important period of the Hungarian democratic transition I was a fellow of the Alexander von Humboldt Stiftung at the University of Cologne, and enjoyed the hospitality of Professor Klaus Stern. I very much remember that in the spring of 1989 at the conference 40 Jahre Grundgesetz, organized by Professor Stern, I reported about the very idea of establishing a constitutional court in Hungary based on the experiences of the German Federal Constitutional Court and advised of many excellent German constitutional scholars, among them first of all Professor Klaus Stern. Now, after more than 20 years I try to look at the core of the democratisation process and evaluate the role that constitutions and the constitution-making processes played in Hungary. To achieve this aim I would like to discuss 1) the relationship between transition and democratization in general 2) the characteristics of the Hungarian transition to democracy 3) the constitution as the instrument of system change 4) the status of consolidation after twenty years of transition.

Comparisons to different other models of transition to democracy as well as of constitutionalisation are planned to help the assessment of the developments, challenges and failures in the process of democratic consolidation.

I. Transition and Democratisation

Martin Seymour Lipset using Max Weber's research, discusses two major preconditions of democracy, the institutional and the societal. The institutional or procedural one requires a constitution, a political elite in power, which makes the most important decisions, and a legitimate alternative group, aiming at running for the power. Concerning the societal or substantive preconditions for the stability of democracy, Lipset differentiates between two dimensions: the economic situation and the legitimacy of the political system. In the Weberian approach by Lipset, „legitimacy involves the capacity of the system to engender and maintain the belief that the existing political institutions are the most appropriate ones for the society”.¹

In his famous article, *Transitions to Democracy*, which later became one of the emblematic works of transitology, Dankwart Rustow differentiates between three phases of the emergence of democracies: the rise of the new elite being the preparatory, the second in which the decision on the new political system is being made, and the stabilisation of the new institutions as the third one.² Following Rustow, Robert Dahl investigated the preconditions of the emergence of democracy, and similar to Lipset separated the institutional and the societal dimensions. The aims of the institutions are first to enable the citizens to work out their preferences, like freedom of assembly, speech and information, second to make them possible to express these preferences, like free elections, and third guaranteeing that the preferences influence the political decisions.³ Among the societal dimensions there are some which are preferable, like a plural economic system, and which are disadvantages for democracy, like a centralized economy.⁴

1 *S. M. Lipset* : *Political Man*, Anchor, New York, 1963. p. 64.

2 *Dankwart A. Rustow*: *Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model*, *Comparative Politics*, Vol. 2, No. 3. (Apr., 1970), pp. 337-363.

3 See *Robert A. Dahl*: *Polyarchy*, Yale University Press, 1971, p. 3.

4 *Ibid*, p. 203.

The study of Guillermo O'Donnell and Philippe Schmitter uses the more sophisticated terminology of transition, liberalisation and democratisation. Transition means the change of the political system, while liberalisation means the broadening of human rights, which does not necessarily influence the political decision-making process. Another theory for post-conflict societies suggests a more gradual process, where liberalisation is being delayed rather than rapidly implemented. In order to do this, certain political and economic freedoms should be limited in the short run.⁵ Democratisation is defined from the perspective of the citizen's rights and duties. According to the authors the democratic character of a system means not only the citizens' equal rights in the decision-making process of the community, but also their readiness to obey these decisions.⁶ The novelty provided by O'Donnell and Schmitter is that they try to define the decisive elements which influence the emergence of the new political system not only at the very beginning but also during the transition. One of these elements is the way of dealing with the past. Another important aspect of democratisation was emphasized by Adam Przeworski, who investigated the division of the elites, differentiates between hardliners and reformers within the old elite, and between moderates and radicals within the new one.⁷

In their comprehensive book⁸, Juan Linz and Alfred Stepan introduce the term of consolidated democracy, which is based both on the procedural, institutional and substantive, behavioural elements. According to Linz and Stepan the criteria of the consolidated democracy are not only the democratic institutions, but also the

5 *Roland Paris: At War's End: Building Peace After Civil Conflict.* New York: Cambridge University Press, 2004.

6 *Guillermo O'Donnell/Philippe Schmitter: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, in: *Guillermo O'Donnell/Philippe Schmitter/Laurence Whitehead* (eds.): *Transitions from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1986.

7 *Adam Przeworski: Democracy and the Market. Political and Economic Reform in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

8 *Juan J. Linz/Alfred Stepan: Problems of Democratic Transition and Consolidation, Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1996.

absent of political actors which aim at overthrow these democratic institutions, and the democratic decisions are generally accepted by the public opinion. Similar to Lipset, Linz and Stepan's structural view conceptualises the process of democratic consolidation as taking place on two levels, the first one being procedural/structural and the second more substantive.

On the first, institutional level, those political institutions that have been created during the transitions must be strengthened. Linz and Stepan single out three such institutions. First, without what they call a 'useable bureaucracy', a democratic state cannot effectively exercise its claim to a monopoly of the legitimate use of force in its territory.⁹ Second, democratic consolidation must involve the strengthening of the core institutions of a democratic 'political society': political parties, elections, political leadership and interparty alliances.¹⁰ Thirdly, the structures that ensure horizontal accountability, constitutionalism, and the rule of law must be strengthened. A particularly vital element for the consolidation of democracy is therefore a state governed by the rule of law. Besides these political institutions, a strong civil society and an institutionalised economic society need to be present in order for democracies to consolidate.

The second level concerns the normative commitment to democracy on a behavioural and attitudinal level. The two levels are interrelated because the legitimation of democracy that is necessary among political actors and the citizenry at large (the second level) cannot be achieved without some degree of effective governance by the new democratic institutions (the first level). This is the basis of the definition given by Larry Diamond, who construes consolidation as „the process of achieving broad and deep legitimation, such that all significant political actors, at both the elite and mass levels, believe that the democratic

9 Juan J. Linz/Alfred Stepan: Toward Consolidated Democracies, in: Larry Diamond/Marc Plattner/Yun-han Chu/Hung-mao Tien (eds.): Consolidating the Third Wave Democracies: Themes and Perspectives. Baltimore, John Hopkins University Press, 1997. p. 20.

10 Ibid, p. 17.

regime is the most right and appropriate for their society, better than any other realistic alternative they can imagine”.¹¹ In a consolidated democracy, the rules, institutions, and constraints of democracy come to constitute ‘the only game in town’ for political competitors, the only viable framework for governing the society and advancing their own interests. Linz and Stepan stress that legitimation must be more than a commitment to democracy in the abstract. By positing overlapping behavioural (i.e. when no significant political group threatens to overthrow the democratic regime), attitudinal (when the citizens prove a strong degree of commitment to democracy) and constitutional dimensions of consolidation, they claim that legitimation must also involve a shared normative and behavioural commitment to the specific rules and procedures of the country’s constitutional system.¹²

All these elements reveal the extended nature of the consolidation process: it is related not only to the development, strengthening and good functioning of democratic institutions, but also to the entrenchment and deepening of democratic attitudes, both by the elites and by the masses. Consolidation of democracy thus implies, and indeed requires, the emergence of a democratic political culture, which Larry Diamond posits as a central factor in the consolidation of democracy.¹³ Political culture – both among the masses and especially among the elites – is a crucial issue in post-communist East Central Europe. Indeed, if there is no doubt that the countries in East Central Europe are consolidated on the procedural level, full consolidation on the substantive level leaves to be desired mainly because the political culture in these country is not strong enough.

On the other hand Linz and Stepan - similar to O’Donnell and Schmitter – take both the situation before and during the transition into consideration. The most

11 *Larry Diamond: Developing Democracy: Toward Consolidation.* Baltimore, John Hopkins University Press, 1999.

12 *Linz and Stepan*, 1997, pp. 15–16.

13 *Larry Diamond: Introduction: Political Culture and Democracy*, in: *Larry Diamond* (ed.), *Political Culture and Democracy in Developing Countries*, Boulder: Lynne Rienner, 1994.

important pre-transitional elements influencing democratisation are the national and state unity of power, the original political system and the economic situation, while during the transition the decisive factors are as follows: the behaviour of the old elite, the strategy of the new one, the external influences, the change of legitimacy of the political system and the way of the constitution-making.¹⁴

Due to the efforts in the international relations first formulated by Woodrow Wilson in WW I to spread democracy in the whole world, besides these more or less descriptive definitions of democracy, more and more value-based definitions were used. One of them is the concept of liberal democracy, which sets the following requirements: protection of the rights of minorities, the independent judiciary and the rule of law, as well as the respect for basic human rights and the civil society. In contrast with this the illiberal democracy is characterised by the violence use by the state power, and the ignorance of fundamental rights.¹⁵ Francis Fukuyama's value-based democracy concept is based on the universality of democratic values. Although he argues that national and religious ideologies, strong social tensions and the lack of civil society can hinder the emergence of democracy, but democracy can strike roots all over the world.¹⁶ In contrast with this, Samuel Huntington thinks that the definition of democracy is bound to the Christian-Western civilization.¹⁷

Without answering the question of universality versus particularly our main focus in this paper is, what role the way of dealing with the past and the making of the constitution played in consolidating the democracy in the countries of East

14 *Juan J. Linz/Alfred Stepan: Towards Consolidated Democracies, Journal of Democracy 7.2 (1996) pp. 14-33.*

15 See the concept of liberal and illiberal democracy in *Larry Diamond: Developing Democracy, Toward Consolidation, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1999.*, and *Fareed Zakaria: The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad. W.W. Norton and Company, New York, 2003.*

16 *Francis Fukuyama: The End of History and the Last Man, Penguin Books, London, 1992.*

17 *Samuel P. Huntington: The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order, Touchstone Books, London, 1997.*

Central Europe.¹⁸ The extreme polarisation that exist in these countries twenty years after the transition is partly a result of the lack of political culture.

II. The “Hungaricum” of Transition?

The common characteristic of the system-change in Hungary was that the country had to achieve the independent nation-state, a civil society with a private economy and democratic structure at the same time. In other words the constitutionalization here was part of a transition to both a Western model of democracy and a market economy. This „dual transition”¹⁹ scenario of constitutionalization is significantly different from the scenario of „single transition”, where the only aim to achieve was a transition from a quasi-democratic or authoritarian regime to democracy, as happened in the middle of the 1970s in Southern Europe (Greece 1975, Portugal 1976, and Spain 1978), or in South Africa with the making of the interim Constitution in 1993 and the final one in 1996, and even more different from constitutional reforms that have been neither accompanied by nor the result of any apparent fundamental changes in political or economic regimes, like in the case of Israel.

The very first question to be investigated is how the different categorizations of some political scientists fit to the transitions in Hungary. How can we, for instance, put the countries, representing unique solutions of transition into one of the categories (replacement, transformation, transplacement) used by Samuel Huntington, when studying thirty-five so-called third wave transitions that had occurred or that appeared to be underway by the end of the 1980s. He calls the overthrow replacement, while the two less radical types of transition, between which the line is fuzzy, transformation and transplacement.²⁰ The problem with

18 East Central Europe is here used as including the Czech and Slovak Republics, Hungary, Poland and until 1990 the German Democratic Republic.

19 This terms of „single” and „dual” transitions are used by *Ran Hirsch: Towards Juristocracy*, Harvard University Press, 2004. pp. 7-10.

20 See *Samuel P. Huntington: The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1991.

this kind of categorization starts when we try to put the different countries, representing unique solutions of transition into one of the categories. Evaluating the East Central European transitions, Huntington for instance puts Hungary into the category of transformation, while the events in Poland and Czechoslovakia are characterized as transplacements. In his book, the Magic Lantern, Timothy Garton Ash keeping alive „the revolution of '89” as he witnessed in Warsaw, Budapest, Berlin and Prague, has coined the term „refolution” for the events of Warsaw and Budapest, because they were in essence reforms from above in response to the pressure for revolution from below, though he uses revolution freely for what happened in Prague, Berlin, and Bucharest.²¹ The changes in Hungary and Poland were not triggered by mass demonstrations like in Romania, in the former GDR or in Czechoslovakia, and reforms of revolutionary importance interrupted the continuity of the previous regime's legitimacy without any impact on the continuity of legality. Ralf Dahrendorf another Western observer, argues that „the changes brought about by the events of 1989 were both extremely rapid and very radical (which is one definition of revolutions), at the end of the day, they led to the delegitimation of the entire ruling class and the replacement of most of its key members, as well as a constitutional transformation with far-reaching consequences”.²² But the forces that for instance in Poland helped liberate the society, the church and the labor unions were not present in Hungary, so instead of civil society organization only a reformist elite contributed to the changes.

III. The Constitution as the Instrument of System Change

The more future oriented issue of transitions is the role of the constitutions in the process of change of system in some post-communist countries, illustrating how constitutions were exclusively political documents before 1989, and how newly

21 See *Timothy Garton Ash: The Magic Lantern: The Revolution of '89 Witnessed in Warsaw, Budapest, Berlin and Prague*, Random House, 1990.

22 *Ralf Dahrendorf: Reflections on the Revolution in Europe*, Random House, 1990. p.8.

established constitutions and institutions, like constitutional courts can serve as both political and legal instruments of change. History shows that while laws change, written constitutions containing fundamental values must remain, contravening the notion that “Higher Law” is not law at all. Basically this doctrine lies at the root of all natural law theories. Such theories continually revive, especially in moments of acute crisis, such as the collapse of both fascism and communism. When the Nazi-Fascist era shook their faith in legislatures, people began to reconsider the judiciary as a check against legislative disregard of principles that had customarily been considered immutable, and sought to realize those principles. As Mauro Cappelletti formulated in his book²³, this process took place in three stages. The first was the adoption of a written constitution. The second was the “rigid” character accorded to modern constitutions. The final stage was the provision of a means for implementing the guarantees contained in the constitution, separate from the legislative power; this would be made operational by the judiciary — in some systems by a special constitutional court. Through modern constitutionalism, natural law, placed on a historical and realistic footing, has found a new place in legal thought.

The same process occurred in 1989-90, when the communist system changed in Eastern and Central Europe, including the countries of the former Soviet-Union. In almost all of these countries, new constitutions were enacted and separate constitutional courts were established. Latvia was the only state in post-communist Europe to return to independence while retaining its pre-World War II constitution of 1922.²⁴ As Eivind Smith states, the different forms of constitution-making that took place in the early 1990s can only be understood as expressions of these countries’ will to rid themselves of the past and enter a new era. In countries such as Estonia, Latvia and Lithuania, the constitution was evidently regarded as an instrument of transformation of their status from having been

23 *Mauro Cappelletti: Judicial Review in the Contemporary World*, New York, 1971.

24 See *Eivind Smith* (Ed.): *The Constitution as an Instrument of Change*, SNS Förlag, 2003. p. 87.

Soviet republics. In countries with a less painful past, it was rather seen as a symbol of past achievements, as in Norway, or as an expression of how the polity sees itself being governed, shown by the example of Sweden.

A better-designed constitution has many advantages, among others it can indeed bring political stability.²⁵ As a counter-example one can mention the case of Latvia, where a large number of formal amendments to its 1922 constitution could be enacted in a short period of time, due to the procedural ease of adopting amendments in the Parliament. The same concern can be raised about the stability of the Hungarian and the Polish constitution, the latter at least until 1997. A very paradoxical aspect of the whole history of East-Central Europe is, that those two countries, i.e. Hungary and Poland, which were the most developed countries, did not enact a new constitution. Poland did it in 1997. But those countries, where the obstacles of a new democracy were seemingly more present, enacted new constitutions very rapidly, e.g. Russia, Bulgaria, Romania.

A common negative consequence of the frequent amendments to the constitution both in Latvia and Hungary are the temptations to harness constitutional changes to a popular cause and to exploit both for partisan gain, as for instance the ongoing agitations in both countries for a president elected by “all the people”, which involves the risk that a “strong hand” will solve the endless problems of today’s politics.²⁶

One of the well known examples of the old dilemma of amending or adjusting a constitution, and the rigidity of constitutional amendment procedures is that of Norway, where the constitution dates back to 1814. It is the people’s foremost piece of national and political heritage. In some important aspects the wording seems at odds with what is actually going on; therefore one often has to refer to

25 See *Janis Penekis: Amend or Adjust the Constituion*, in, *Smith* (Ed.), *Ibid.* p. 82.

26 See *Penekis*, in: *Eivind Smith* (Ed.): *The Constitution as an Instrument of Change*, SNS Förlag, 2003. p. 96.

“constitutional customs” some of which seem to stand in direct contradiction to the written constitution.

The way of constitution-making very much depends on the power relations at the time the transition towards democracy starts. The most radical, revolutionary way of transition is the violent overthrow or collapsing of the repressive regime; there is then a clear victory of the new forces over the old order. Democracy can also arrive at the initiative of reformers inside the forces of the past or as a result of joint action by and the negotiated settlement between governing and opposition groups. The different forms of constitution-making that took place in the early 1990s can be understood as expressions of these countries’ will to rid themselves of the past and enter a new era, but through different ways.

By now, after twenty years of the transition the constitutionalization can be deemed as more or less closed in all of the East Central European countries, probably with the exception of Hungary. These processes represent three different types of constitution-making.

1. The earliest, even too early closure with significant legitimation problems happened in Bulgaria and Romania, where the first freely elected parliaments have been elected as a sovereign constituent assembly, like the French one in 1789-1791 and in 1945, or the Weimar Assembly in 1918.
2. In the Czech and the Slovak Republics the democratically elected normal legislature closed the process in 1992 after the collapse of the formal federal state, had contributed very much to the end of the federation.²⁷
3. In Hungary and Poland formally also the normal, but the illegitimate legislature enacted the comprehensive modifications of the old constitution, but after the peaceful negotiations between the representatives of the authoritarian regimes and

²⁷ *Andrew Arato*: Dilemmas Arising Out of the Power to Create Constitutions in Eastern Europe. In: *Michel Rosenfeld* (ed.): *Constitutionalism, Identity and Difference*. Duke University Press, 1994.

their democratic opposition. A similar “pacted constitution-making”²⁸ process happened in Spain in the end of the 70s and in South Africa from the beginning through the middle of the 90s. Even though in Poland the constitution-making process was closed in 1997 by a final constitution, the constitutional courts have played an important role with their activist interpretation in the not finalized constitution-making process.

In Hungary concepts of transforming the 1949 Stalin-inspired Rákosi-Constitution into a rule of law document were delineated in 1989 in the National Roundtable Talks by the participants of the Opposition Roundtable (OR), the so-called third side and the representatives of the state-party. Afterwards, the illegitimate Parliament only sealed the comprehensive amendment to the Constitution, which entered into force on the anniversary of the Revolution and which is since then – with minor-major changes – the basic document of the “constitutional revolution”. The minutes of the OR and the Tripartite Negotiations²⁹ enable us to receive a better idea what the intentions of the “founding fathers” were, and then we can examine how these ideas have been implemented and altered.

As the immediate antecedent of the establishment of the OR in March 1989 the concept of the new constitution written by the Hungarian Socialist Worker’s Party (Magyar Szocialista Munkáspárt - MSZMP) had been submitted to the Parliament. Thus, they were afraid that those being in power would create the “new” constitutional framework themselves. During the National Roundtable talks, which started in mid-June, initially the OR tried to prevent this, and

28 The term is used by *Michel Rosenfeld*: *The Identity of the Constitutional Subject*. Taylor & Francis, 2009.

29 *Bozóki András* (szerk.): *A rendszerváltás forgatókönyve. Kerekasztal-tárgyalások 1989-ben. I-IV. volumes.* [The Screenplay of the System-Change. Round-Talks in 1989], Magvető, 1999. On the constitution-making procedure see for details: *Halmai Gábor*: *Az 1949-es alkotmány jogállamosítása.* [Transforming the 1949 Constitution into a Rule of Law Document] In: *Bozóki András* (szerk.): *A rendszerváltás forgatókönyve. Kerekasztal-tárgyalások 1989-ben. Volume VII.* Új Mandátum Kiadó, 2000, pp. 180-199.

considered the adoption of the new constitutional order to be the task of the new Parliament set up after the Parliamentary elections. For example, they did not want to negotiate about creating the institution of the president of the republic at all; instead they recommended that the speaker of the Parliament should be vested temporarily with the powers of the president. Moreover, the participants of the OR had agreed on establishing the Constitutional Court prior to the new Constitution only three days before the negotiations were closed.

Giving up the idea of adopting a new constitution by the democratically elected new Parliament was influenced by various factors. One of them definitely was the fact that the opposition could not be sure that the MSZMP would not win by absolute majority against its rivals who were far less known among the voters. But several signs indicated that they could not exclude, even in case of a relative win, the MSZMP's ability to form a government. Of course, the MSZMP could not be sure of its success either, thus they were not able to ignore the possibility of the "advance constitution-making", certainly in exchange of promises to guarantee some of their positions. Such a promise could be on the part of the parties at the end signing the agreement to directly elect the president before the parliamentary elections, which held forth the win of the communist reformer Imre Pozsgay. This was prevented by the success of the referendum initiated by the Alliance of Free Democrats (Szabad Demokraták Szövetsége – SZDSZ) and the Federation of Young Democrats (Fiatal Demokraták Szövetsége – Fidesz). As a result of this the president was elected only after the first democratic elections, by the new Parliament. The published minutes prove: the split between the signatories of the agreement and those who initiated the referendum was caused by the fact that one of the parties pursued a consistent plan to change the regime, while on the other side – allegedly – Antall and Pozsgay agreed on an MSZMP and MDF (Hungarian Democratic Forum, Magyar Demokrata Fórum – MDF) pact. Antall was obviously motivated by the fear that the MSZMP could win, and that is why he

wanted to have assurance to receive share in power, so they could win even if they actually loose on the first democratic elections. From the point of view of the transition the happy end of this is that the referendum freed the MDF from the pact with the communists, and this made it possible to come to an agreement with the SZDSZ, which initiated the referendum.

This shows that both the state-party and the opposition were motivated not to leave the establishment of the transition's constitutional framework to a new constitution by the fear that they could loose the democratic elections. Thus the 1989 constitutional amendment inserted new content into the 1949 framework, which can be considered as a rule of law document, even if the Rákosist-Kádárist skeleton lolls out sometimes.³⁰ Apparently the negotiation-based drafting explains that the old-new constitution principally follows the model of a consensual democracy widely accepted in the continental European systems. The system of government, which assumes the presence of more than two parties in the Parliament and a coalition-governance, at the same time meant that the parties knowingly rejected both the semi- or full presidential regime that was preferred by the MSZMP and is applied in many post-communist countries even today, and also the English Westminster-type of two-party parliamentarism. If compared to the Western European solutions, the decision-making process set up in 1989-90 has another distinctive characteristic that obviously could be explained by the legacy of the forty-year long totalitarian regime: it is not only based on the consensus among the coalition parties, but in some cases it requires the

30 Surprisingly a contrary approach is reflected in the reasoning of the Decision 3/2004. (II. 17.) on the possibility of interpellation of the Attorney General, where the justices fifteen years after the transition resulting in a practically new Constitution, perceived the Hungarian constitutional development as a continuum starting from 1949. This is supported by the fact that the Court established periods in the following way: its first stage is the Rákosist. Constitution, the Act no. XX of 1949 (marked as Constitution 1 by the Court, even though in this partition only one exists of this), its amendment during Kádár by Act I of 1972 (the marking of the Court for this is Amendment 1), the second stage is the Constitution of the transition, elaborated by the Roundtable talks, the Act no. XXXI. of 1989 (this is called as Amendment 2).

involvement of the opposition, and it significantly strengthens the checks on the governmental powers.

The acts requiring two-third of majority, hence the support of the opposition, in their original forms as “acts with the force of the Constitution” practically called for a two-third quorum in all questions concerning the structure of the government and fundamental rights. The “pact” in 1990 between the biggest governing and opposition party radically reduced the number of the qualified acts. In exchange of this and of the acceptance of the constructive vote of confidence the SZDSZ received the right to nominate a “moderately weak” president of the republic. In 1989 the OR was able to prevent to include the institution of a “moderately strong” president – a position designed for Imre Pozsgay – and with this a semi-presidential system in the Constitution, but the presidential powers of Árpád Göncz were undeniably stronger than those set out in the Act no. I of 1946 with its representative president serving as an example. The rather “neutral” powers of the president mean that he belongs neither to the executive nor to the legislative branch, but rather has an equilibrant role between those. The extremely broad powers of the Constitutional Court compared to other European solutions and the complicated system of parliamentary commissioners can also be traced back to the idea of limiting the executive.

The parties of the OR accepted the MSZMP’s plan to set up the Constitutional Court as an institution counterbalancing the executive, like it is prevalent in the consensual democracies of Europe, even for the temporary period prior to the elections. However, instead of a body for preserving the state-party’s power, the opposition insisted on a Court, which radically limits the Parliament and the government and the decisions of which cannot be overturned by the Parliament – as initially proposed by the MSZMP, and where anyone is entitled to submit a petition to review the constitutionality of a piece of legislation.

The MDF-SZDSZ “pact” signed after the 1990 spring elections is also the result of the decision-making procedure based on consensus, which was also introduced in the Hungarian political culture by the roundtable talks. Actually, the minutes of the roundtable talks tangibly prove that the preparation of the Hungarian transition was carried out in a consensual way and the participants – obviously feeling the absence of their legitimacy – tried to shape the new constitutional system as a consensual democracy. For this reason, they tried to include the utmost checks on the executive power. At the same time, the technical implementation of the next constitutional amendment showed that the political actors treated the task of defining the relationship among the constitutional institutions as part of a political bargaining process, and for the time being they did not aim at creating final constitutional solutions, what would have meant the adoption of the new Constitution.

This is indicated by the fact that József Antall, who had been arguing in favor of a president who is the head of the executive branch and the commander-in-chief, as a prime minister during the media war in 1991-92 he requested from the Constitutional Court an opposite interpretation of the Constitution’s provisions on the president’s powers. The Court led by László Sólyom – supplementing the missing provisions of the Constitution – declared that the president in parliamentary systems similar to the Hungarian is not the head of the executive branch, and on the basis of the Constitution and the act on national defense he practically does not have commander-in-chief powers; those are shared by the government and the minister of defense.

While the pact of 1990 represented probably the last institutional sign of a consensus between the governing parties (or at least the bigger party) and their opposition (or at least one of them), the constitutional amendment following the pact itself also narrowed the checks on the executive. In the coming parliamentary periods it seemed that the governments would have gladly

restricted the constitutional institutions of the consensus-based exercise of governmental powers, first of all the Parliament's means to control the executive. However, they did not have either the courage or the necessary support to carry out the required constitutional amendments.

The Hungarian "constitution-making" of 1989 was criticized by many authors. The American law professor, Bruce A. Ackerman states in his book published in 1992: „the constitutional guarantees of a liberal rule of law state can be established only if a new constitution is adopted, and the possibility to adopt a new basic law fades as the time passes.”³¹ According to him, there would have been a possibility, and indeed a need, for the adoption of a new constitution in Hungary at the beginning of the political transition, which would have solved the legitimacy deficit of the “system change”, similar to what was done with respect to the German Basic Law (Grundgesetz) of 1949. In an interview given a decade later he not only repeats this opinion, but talks about the disadvantages too: “Hungary did not grab the opportunity to pass a constitution. The roundtable of 1989 did not adopt a new constitution. The Constitutional Court by elaborating on fundamental principles in its decision, tried to substitute the new constitution. But it is to be feared that this had been finished when the mandate of László Sólyom expired. Because the appearance of the constitutionalism is not supported by a modern, new constitutional text, but it is based on the interpretation of the current Constitutional Court, the Hungarian constitutional achievements are too fragile and uncertain.”³² After more than twenty years the question remains whether the consolidated constitutional regime in Hungary, which seemed to work, until about

31 *Bruce Ackerman: The Future of Liberal Revolution*, New Haven, 1992. In the beginning of the 1990's in the Legal Institute of the Hungarian Academy of Science András Sajó prepared the draft of a new constitution, which apart from the reaction by experts did not have any political impact. *Sajó András: Egy lehetséges alkotmány. [A Possible Constitution]* Bence György, Halmai Gábor, Pokol Béla és Sós Vilmos bíráló megjegyzéseivel. A Társadalomtudományi Társaság Füzetei. Bp. 1991.

32 „A magyar alkotmányos vívmányok túlságosan sérülékenyek”.[“The Hungarian Constitutional Achievements Are Fragile”] *Gábor Halmai's* interview with *Bruce A. Ackermann*. *Fundamentum*, 2003/2. p. 52.

2010, really needed another constitution, or as Ackerman argues, the window of opportunity was already closed, when the “Ester-Constitution” was enacted in April 2011.

IV. Democratic consolidation

One of the most important questions is, what role the making of the constitutions in 1989-90 and in 2011 played in consolidating the democracy in Hungary and whether the extreme polarisation that exist in this country, more than twenty years after the transition, is the result of the lack of political culture. As it is certain that the criteria of the consolidated democracy are not only the democratic institutions, that were introduced by the early constitutional amendments, but also the absence of political actors aiming to overthrow these democratic institutions, and that the democratic decisions are generally accepted by the public opinion.

One have to differentiate between the two levels of the democratic consolidation process, namely the procedural/structural as well as the more substantive one.

1. The prime question in need of an answer regarding the first, i.e. the institutional level is: How did the structures that ensure horizontal accountability, constitutionalism and the rule of law get strengthened? Did the institution building established by a new constitutional order lead to a state governed by rule of law? And, besides the political institutions, have strong civil society and an institutionalised economic society been created in order consolidate democracy?

2. The question concerning the second level, which relates to the normative commitment to democracy on a behavioral and attitudinal level is whether a broad and deep legitimation has been achieved? In other words, whether or not all significant political actors, at both the elite and mass levels, are convinced that the democratic regime is the right and appropriate one for the society, better than any other realistic alternative they can imagine?

The recent growth of populism in both the center and the far right, the different movements for geopolitical destabilisation in Europe and the high nostalgia in the country for the old communist regime as well as the easy dismantling of many institutional guaranties of the rule of law after the 2010 parliamentary elections before and in the new Constitution by the populist center right government enjoying two-third majority of the mandates reveal the lack of the extended nature of the consolidation process, the emergence of a democratic political culture. The institution building of 1989-90 did not seem to go hand in hand with behavioral development, the entrenchment and deepening of democratic attitudes, both by the elites and by the masses.

The center-right government of FIDESZ, the Alliance of Young Democrats, with its tiny Christian democratic coalition partner received more than two-third of the mandates in the 2010 Parliamentary elections, ousting a socialist government widely perceived as corrupt and mendacious. The extreme nationalist party, Jobbik, gathered almost as many votes as the socialists, while the Liberal party of former dissidents, which had long been allied with the socialists, disappeared altogether. After the election the government of Viktor Orbán got rid of the highly respected president of the country, the first president of the Constitutional Court, László Sólyom, even though he had originally been nominated by FIDESZ. He has been replaced by a former Olympic medal winner in fencing, whose prime qualification was his de facto promise to rubber stamp the government's laws. Partly to emasculate Jobbik, Orbán keeps stoking nationalist passions, while confronting his liberal critics with the claim that he is merely carrying out the united people's will.³³ With this overwhelming majority the government was able to amend the Constitution without the votes of the weak opposition parties. In the first two month in office the new Parliament enacted six constitutional amend-

33 Jan-Werner Müller: Europe needs to send Hungary a signal. It's time the EU made some noise about Hungary's attacks on democracy and the rule of law Guardian, 23rd November 2010.

ments, dismantling important elements of the institutions of rule of law.³⁴ The most controversial amendment was proposed by the head of the FIDESZ parliamentary fraction, on October 26, 2010, some hours after the Constitutional Court issued its unanimous decision concerning the unconstitutionality and annulment of one of the new government's first laws about the 98% retroactive extra tax on any income over two million forints received either as a retirement package or as severance pay. As an immediate reaction to the decision of the Court a constitutional amendment bared the Court from rendering decisions on budgetary, tax and other economic subjects. After this amendment, the Court has no jurisdiction to make decisions such as they just made concerning the 98% extra tax. And, at the same time, the government passed the "unconstitutional" law in an almost unaltered form, but even changing the retroactivity period of the regulation from the original one to five years. Prime Minister Orbán's comment on the affair was "that the old constitution is unable to give proper answers to the problems of the people", while his minister of economy emphasized the necessary constitutional restraints concerning the economy. But even the unusually issued statement of the Constitutional Court was unable to avoid the reduction of the jurisdiction. The Court stated that "the preservation of the unaltered legal competence of the Constitutional Court is the guarantee of the Hungarian constitutional order. The Hungarian court's practice of constitutional control of legislation agrees fully with that of other European constitutional courts. There are two requirements the court must keep in mind. The control must be applied to all pieces of legislation equally and those it deems unconstitutional are declared null and void." As for changing the competence of the Court, the statement "would like to call the attention of the government to the fact that the legislative body must consider the possibility of control emanating from the European Court of Justice and the

34 See Alice Bota: Und morgen ein König. Premier Orbán versprach Ungarn die Revolution. Seine ersten 100 Tage zeigen: Er meint es ernst. Die Zeit, Nr. 47. 9. September 2010. S. 8.

European Court of Human Rights on issues that it now wants to take away from the Constitutional Court."

Of course the two-third majority also entitled the governing parties to enact a totally new Constitution, which they announced to prepare in 2011. But this constitutionalist exercise aimed at an illiberal constitutional sort. The basic ideology of this Constitution is based upon Hungary's thousand years old unwritten historical constitution, and the doctrine of the Holy Crown of St. Stephen. They point to a long historical record of debates over the constitutional basis of the Hungarian state, in which the Holy Crown, given in the year 1000 by the Pope to Stephen, the first Christian king of Hungary, is the central symbol.³⁵

Current Crown defenders, from the center to the far right of Hungarian politics believe that the comprehensively amended 1949 Constitution of Hungary, forged out of the political changes in 1989 and 1990, is illegitimate. This Constitution, the Crown defenders complain, does not represent the distinctiveness and historical specificity of the Hungarian people. As a result, for the last 20 years, various elements of the Hungarian political right have argued that the new Constitution should be thrown out and the Holy Crown along with its traditions and history should substitute the liberal constitution instead. Indeed, as a result of this the new Constitution declares that Hungary does not accept the legal continuity of the 1949 Constitution, which served as "the basis of a tyrannical rule". Also the document does not accept any suspension of Hungary's historical

35 The doctrine of the Holy Crown is a serious subject; early medieval sources confirm that Hungarians achieved a constitutionalization of the political structure by locating the sovereignty of the country in this Crown while understanding that the king only held temporary control over the exercise of this sovereignty. As a result, Hungarian constitutional law recognized the temporary and contingent hold over state power that the Hungarian king had long before such limitations were recognized farther to the west in the later theory of the king's two bodies. See *Ernst Kantorowicz: The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theory*. Princeton University Press, 1995. Kantorowicz notes that the Hungarians understood the separation between king and office quite differently, but did not elaborate. Late medieval accounts of the Holy Crown posited it to be the physical instantiation of a set of bargains between the nobility and the king, limiting the king's power by giving the nobility a right of rebellion in the event that the king renege on his promises to respect the rights of the nobility. In short, the doctrine of the Holy Crown is a serious business, identified with the history of constitutionalism over centuries.

Constitution, and declares that the constitutional state continuity of Hungary is personified by the Holy Crown, a symbol of national unity. Also the „basic law” states that the text of the new Constitution must be interpreted in connection with the preamble and the achievements of Hungary’s historical, unwritten constitution.

My conclusion is that even if Hungary was consolidated on the procedural level, full consolidation on the substantive level leaves to be desired mainly because the political culture in the country is not strong enough. At the same time, although some positive examples of certain aspects of consolidation are present in the other countries of the region, they are hardly ever making an influence cross border.

Despite the introduction of rule of law and its institutions in the country in 1989 there is still no consensus on constitutional values among the political actors, some actors do not even fully respect these values, and there is no full respect within the society either.³⁶ What are the reasons that after two decades of the transition in a post-totalitarian country the constitution, the parliament and the constitutional court, especially by deciding the most important issues of the transitional justice (lustration, retroactive justice, compensation, access to the files of the former secret police) could not achieve full consolidation of democratic values among the members of society.

The main reasons for this lack of full democratic consolidation are as follows:

1. There was no real parliamentary democracy in Hungary, only elements of a representative system existed before WW II during governor Horthy’s regime, with strong nationalism and anti-Semitism, and without any kind of human rights culture. During the 1920s and 1930s, when Hungary had a far-right government

³⁶ That time opposition leader Viktor Orbán in a speech delivered on November 10, 2009 said the following about the Constitution of the 1989: „There is nothing in the old Constitution to be respected.” The Spring 2010 Parliamentary elections, which lifted him in the position of the Prime Minister he called a „polling booth revolution”, which ended the 20 years of confused transition”.

that flirted seriously with fascism, Miklós Horthy governed not only as admiral without a sea, but also as a regent without a king. Horthy relied for some of his authority on his public reverence for the Holy Crown, with which he associated himself whenever possible. He also organized a major national celebration for the Crown in 1937 and took full propaganda advantage of touring the country with the Crown in an open train. While he himself could not claim the title of king, he appeared nonetheless in the place of a king governing the country with a toxic mix of nationalism, xenophobia and disrespect for basic legality and constitutionalism.

2. There was a lack of the consensus about democratic values at the time of the transition. The split of the anti-communist coalition partners after the disappearance of the danger of Communist restoration in the countries of the region demonstrate that Anti-communism does not necessarily mean commitments to democratic values and human rights. In the 1998-2002 legislative period the central right government of FIDESZ used the far-right-wing opposition party, MIÉP, the Hungarian Justice and Life Party to frustrate the ability of the opposition to carry out its constitutional tasks.

After the 2006 Parliamentary elections Hungary witnessed the even more spectacular rise of extremist right-wing parties. While an undertow of right-wing extremism operated throughout the 1990s, this new extremism has gained a great deal of public political traction in the last five years. A new political party, Jobbik, won 15% of the vote in the European parliamentary election in 2009 and 17% of the vote in the parliamentary elections in April 2010, campaigning on a platform of Euroskepticism, anti-cosmopolitanism and Hungarian nationalism. Operating with its own paramilitary group, the Hungarian Guard, that has been officially banned using militant democratic tactics (but which the party reports is operating anyway), Jobbik has promised to provide police protection to fearful Hungarians

who are afraid of “political crime, Gypsy crime and economic crime.”³⁷ Political crime refers to the self-dealing of politicians, which Jobbik has relentlessly exposed (sometimes accurately, other times with breathtaking disregard of evidence). The party has campaigned against all other parties which Jobbik portrays as being corrupt. They therefore play off the widespread sense in Hungary that all politicians are in the political game only for themselves. (This of course may be most true of Jobbik itself, whose origins date to the time when some politicians on the far-right side of the political spectrum were not supported for key political posts that they wanted both at home and abroad.)

Economic crime taps anger about the current economic crisis. Many Hungarians are in dire straits at the moment because their foreign-currency-denominated debt suddenly ballooned as the value of the national currency fell relative to other currencies in the recent economic crisis. With many home mortgages denominated in Euros and Swiss francs while salaries were paid in forints, Hungarians suddenly found themselves in deep trouble when the bottom fell out of the national economy. Jobbik tells such people that they have been robbed by foreign interests.

“Gypsy crime,” however, is the most dangerous target of Jobbik and their paramilitary alter-ego, the Hungarian Guard. With its thinly veiled racist platform, targeting Roma, Jews and others who are not ethnically Hungarian but who nonetheless live within the borders of the country, Jobbik has been capitalizing on this sense of insecurity among economically precarious Hungarians. Fear is mobilized for political gain when Jobbik argues that the Roma (“gypsies”) simply live off state handouts paid for by the taxes of hard-working Hungarians and that their children turn to crime because their parents don’t share the work ethic or Christian values of “real” Hungarians. In addition, according to Jobbik, the indebted Hungarians who can barely keep their homes were bankrupted by clever

37 Jobbik’s 2010 electoral program – see <http://jobbik.com/temp/Jobbik-RADICALCHANGE2010.pdf> for the English version.

Jews running the international banking system. A key feature of the Jobbik political platform is therefore a “Bank for Hungary” (with the implication that it would be run by “real” Hungarians as opposed to the international banks, dominated by Jews). Moreover, Jobbik argues, the multinational companies that are highly visible in the country have come to Hungary to take its national resources in exchange for paying the population lower wages than similarly educated West Europeans, so Hungarians should insist on its own economic independence. It’s a potent and toxic nationalist mix, but it is not a positive political platform. It is only a list of grievances whose underlying causes are cynically mis-portrayed. The program is all dressed up in polite language on the internet, especially in the English translation, but the activities of the group indicate that its program is far less civil. The fact that the Hungarian Guard has already been banned indicates that some militant democratic tools have already been used against Jobbik.

Jobbik, however, claims to have a political vision – perhaps best summarized as “Hungary for the Hungarians.” But many of its claims rest on aggressively false portrayals of the situation in which Hungary finds itself. Whipping up nationalist sentiment by blaming Hungary’s predicament on the usual suspects – Jews, Roma and Non-Hungarian foreigners – the Jobbik political platform is not a constitutionalist vision; it consists primarily of fear-mongering and finger-pointing.³⁸

3. The unsolved problems of dealing with the communist past weakened the process of reconciliation in the new democracies. The lack of retributive justice against perpetrators of grave human rights violations and decommunisation

38 See Erich Follath: Europe’s Capital of Anti-Semitism. Budapest Experiences A New Wave of Hate. Spiegel, Online, 10.14.2010. <http://www.spiegel.de/international/europe/0,1518,722880,00.html>. Also a recent statistical survey shows that the radicalism of Jobbik’s supporters can be explained not so much with economic, but more with ideological reasons. See Tamás Rudas: A Jobbik törzsszavazóiról. (About Jobbik’s Strain-Voters. In: Tamás Kolosi- István György Tóth (Eds.): Társadalmi riport. 2010. (Social Report. 2010.) TÁRKI, Budapest, 2010. 523.

through a strong vetting procedure and the lack of restitution of the confiscated properties, as well as the kind of Marshall-plan and an economically and politically independent bourgeoisie with the hope for a speedy economic growth and better living standard, could also contribute to the disappointments.

The sound of the losers of the transition could easily cause populism, nationalism, anti-Semitism, anti-secularism, anti-Europeanism, and help to the political actors using these feelings.

The question for the future of a fragile democracy, like the Hungarian, whether its democracy can be consolidated or it will fall back into authoritarian systems, or at best into an illiberal democracy, similar to that of the Latin-Americans or the one in Putin's Russia.

The new Constitution adopted in April 18, 2011 seems to strengthen the illiberal elements on the procedural/institutional level of the constitutional system. The most important of these elements are as follows:

a) If both the current institutions of the text and the historical constitution with the concept of the Holy Crown are basis of the constitutional interpretation, we can not be certain that this is still a republican constitutional system, based on rule of law, or instead a feudal one based on nobler prerogatives. If the 1949 Constitution is no more valid, what happens to the jurisprudence of the Constitutional Court between 1990 and 2011, and how can the constitution-making power of the current Parliament, elected according to the rules of the current Constitution be grounded?

b) According to the new text the constituent power, in other words the subject of the constitution-making is not the political, but the ethnical-cultural nation, i.e. not the citizens of the country, but the united, since WW I divided nation.

c) Through the forced identification with the religious content of the anthem and the reference to the nation-preserving role of Christianity this constituent, ethnic

nation is connected with the religiosity, which rejects the very principle of secularism and contradicts the separation of state and church.

d) By declaring that the core values of society are the nation and the family, the latter meaning marriage, which is between a man and a woman, the new constitution tries to regulate the private sphere ideologically not in a neutral way.

e) The chapter on fundamental rights has been changed to “liberty and responsibility”, which indeed formulates some new obligations, like the parents’ to educate their children, as well as the children’s to take care of their parents, which seem to be conditions for enjoying rights.

f) The state structure is basically unchanged, keeping the institutions of a parliamentary democracy, weakening the guarantees of the separation of power.

The most important of these limitations is the curtailed competence of the Constitutional Court’s, not being able to review legislation on budget and tax matters, unless they were challenged on grounds of some unrelated rights. This means that the Basic Law won’t necessarily be the highest law of the country. The unique institution of the popular action initiating abstract norm control without any personal interest has also been abolished by the new text, and the abstract norm control can only be initiated by the Government, $\frac{1}{4}$ of the MPs of the Parliament or by the ombudsman. This means in the current Parliamentary composition that none of the opposition parties will be able to submit alone such a notion. On the other hand the text introduces the German-type constitutional complaint, which means that in the future not only the unconstitutionality of the implemented norm, but also that of the judgment’s can be basis for a challenge.

The new Constitution abolishes the current ombudsman system, consisting of four different independent ombudspersons (for data protection and freedom of information, for minority rights, for rights of the future generations and a general

one for all other rights), and places all related matters under the control of a single person.

Disputationen des Sommersemesters 2011*

Bach, Robert: „Die Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB nach Erlass des EAG Bau“

[Prof. Dr. Muckel; Prof. Dr. von Coelln]

Baldauf, Sarah: „Werbung mit Gütesiegeln und Testergebnissen“

[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Peifer]

Braedel, Stephanie: „Die Überlassung von Verteilungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 ENWG“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Baur]

Breuer, Daniel R.: „Zur Einpreisung von Opportunitätskosten unentgeltlich zugeteilter CO₂-Emissionszertifikate in die Strompreise – Eine Betrachtung emissionshandels-, bilanz- und kartellrechtlicher Vorgaben“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Baur]

Brückner, Jonas Sven: „Der Treuhänder in der europäischen Fusionskontrolle“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Schroeder]

* Fortsetzung von Fakultätsspiegel n.F. Bd. 15, Wintersemester 2010/2011, S. 54 ff.

Chatzipanagiotis, Michael: „The legal status of space tourists in the framework of commercial suborbital flights (Der Rechtsstatus der Weltraumtouristen im Rahmen kommerzieller suborbitaler Flüge)“

[Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Kempen]

Ehlen, Theresa Johanna: „Nutzungsersatz im kaufvertraglichen Mängelgewährleistungs- und Widerrufsrecht“

[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Berger]

Ehlers, Thorsten: „Die Haftung von Verwaltungsratsmitgliedern öffentlich-rechtlicher Anstalten gegenüber der Anstalt und Außenstehenden“

[Prof. Dr. Muckel; Prof. Dr. Höfling]

Faenger, Julia: „Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht – Eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend von den Rücksichtspflichten des § 241 Abs. II BGB“

[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Katzenmeier]

Fahrion, Timo: „Das Schicksal der besonderen Rechte von Aktionären bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen von deutschen und französischen Aktiengesellschaften“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Simon]

Fuhrmann, Johannes: „Der Beitrag des Libanontribunals zur Weiterentwicklung des Völkerrechts“

[Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Kempen]

Geuer, Alexander Wolfgang: „Anfechtbarkeit des Jahresabschlusses bei Fehlverhalten der Geschäftsführung oder verdeckter Vermögensverlagerung im Recht der GmbH?“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Ehrlicke]

Gräwe, Daniel: „Leitung und Kontrolle – Der Deutsche Corporate Governance Kodex und Nonprofit-Organisationen“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Grunewald]

Grüttemeier, Tim: „Die Steuereinnahmen der Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland am Beispiel von Nordrhein-Westfalen – Zur Erforderlichkeit einer grundlegenden Gemeindefinanzreform“

[Prof. Dr. Höfling; Prof. Dr. Schöbener]

Hack, Frank Sebastian: „Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Ehrlicke]

Handke, Florian: „Die Effizienz der Bekämpfung jugendschutzrelevanter Medieninhalte mittels StGB, JuSchG und JMStV“

[Prof. Dr. Peifer; Prof. Dr. Weigend]

Heil, Axel Tammo: „Das Entgeltrahmenabkommen (ERA) in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens – Tarifrrechtliche Bedeutung, betriebliche Umsetzung und Fortgeltung bei Beendigung der unmittelbaren Tarifbindung“

[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Preis]

Höning, Nina: „Das Recht am eigenen Bild und der Schutz prominenter Persönlichkeiten im deutschen und US-amerikanischen Recht“

[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Ehricke]

Jordans, Tim: „Die verdeckte Sacheinlage und die verdeckte Finanzierung nach dem MoMiG“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Grunewald]

Kersten, Alexander: „Zinsschranke und IFRS – Rechtssystematische Einordnung einer punktuellen Maßgeblichkeit der IFRS im Steuerrecht am Beispiel der Zinsschranke“

[Prof. Dr. Hennrichs; Prof. Dr. Lang]]

Klement, Peter: „Zulässigkeit medizinischer Datenerhebungen vor und zu Beginn von Arbeitsverhältnissen“

[Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Rolfs]

Köhr, Christian: „Der Einsatz Wehrpflichtiger zur Friedenssicherung im Rahmen der Vereinten Nationen“

[Prof. Dr. Depenheuer; Prof. Dr. von Coelln]

Konrad, Jennifer: „Das Bergschadensrecht im System der verschuldensunabhängigen Haftung“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Baur]

Kubella, Kathrin: „Erlass eines Patientenrechtegesetzes“

[Prof. Dr. Katzenmeier; Prof. Dr. Preis]

Möller, Jochen: „Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht“

[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Hennrichs]

Neuhöfer, Daniel: „Der Zugriff auf serverbasiert gespeicherte E-Mails – Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine strafverfahrensrechtliche Ermächtigungsgrundlage“

[Prof. Dr. Peifer; Prof. Dr. Seier]

Paszek, Jan: „Die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts in der D&O-Versicherung nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG“

[Prof. Dr. Rolf; Prof. Dr. Hennrichs]

Rastin-Tehrani, Kabeh: „Afghanisches Eherecht – mit rechtsvergleichenden Hinweisen“

[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Krüger]

Rindone, Daniela: „Arbeitsrechtliche Sonderzahlungen – Eine Untersuchung einzelvertraglicher und tariflicher Sonderzahlungsvereinbarungen“

[Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Rolf]

Rudersdorf, Michael: „Das intendierte Ermessen“

[Prof. Dr. Sachs; Prof. Dr. Muckel]

Ruttloff, Marc Michael: „Die Zulässigkeit von Vertragsstrafenklauseln in städtebaulichen Verträgen im Zusammenhang mit großflächigen Einzelhandelsprojekten – Ein Beitrag zur Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag“

[Prof. Dr. Schöbener; Prof. Dr. Mansel]

Schatz, Matthias: „Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts“

[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Henssler]

Schlenzka, Jasmin: „Die Rettungsfolter in Deutschland und Israel – ein Rechtsvergleich“

[Prof. Dr. Kreß; Prof. Dr. Sachs]

Schmidt, Nadja: „Das Verwertungsverbot aus dem Mediationsverfahren für das Schiedsgerichtsverfahren“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Schröder, Sebastian: „Das Verhältnis von Direktionsrecht und Änderungskündigung“

[Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Henssler]

Scholl, Gregor: „Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamtes“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Ehrlicke]

Schulte am Hülse, Ulrich: „Grundeigentum zwischen Privatautonomie und öffentlich-rechtlichen Eigentumsschranken – Entwicklungslinien des Eigentumsschutzes in Deutschland“

[Prof. Dr. Depenheuer; Prof. Dr. Hain]

Siering, Lea Maria: „Die negative Religionsfreiheit und ihre Bedeutung bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen“

[Prof. Dr. Muckel; Prof. Dr. Höfling]

Steger, Jens: „Die räumliche Marktabgrenzung nach der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB“

[Prof. Dr. Ehricke; Prof. Dr. Schroeder]

Teixeira, Marcelo Markus: „Anerkennung ausländischer Schiedssprüche in Brasilien – Analyse der rechtlichen Grundlagen und der Rechtsprechung“

[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Berger]

Thomé, Kai-Alexander: „Contractual Trust Agreements aus insolvenzrechtlicher Sicht“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Ehricke]

Tilse, Jens Christoph: „Städtebauliche Investorenverträge im Lichte des GWB-Vergaberechts“

[Prof. Dr. Ehricke; Prof. Dr. Schöbener]

Vergoßen, Judith: „Das Einspeisemanagement nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz im Spannungsverhältnis der Versorgungssicherheit und des Vorrangprinzips“

[Prof. Dr. Ehricke; Prof. Dr. Baur]

Vogt, Markus: „CCS – Einordnung in das geltende Recht und Ausblick auf den zukünftigen Rechtsrahmen“

[Prof. Dr. Ehricke; Prof. Dr. Baur]

von Wrede, Viola: „Die Transparenz im börslichen Stromgroßhandel am Beispiel der European Energy Exchange“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Wende, Peter: „Das Fremdbesitzverbot in den freien Berufen – Eine rechtsvergleichende Untersuchung bei Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Ärzten und Apothekern in Deutschland, England und Frankreich“

[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Wiedmann, Marcel René: „Finanzkontrolle und Staatsschuldenpolitik“

[Prof. Dr. Höfling; Prof. Dr. Hey]

Wölfel, Julian Maximilian: „Die Sozialplanabfindung - Differenzierungskriterien und Ausgestaltungen“

[Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Wollwert, Klaus Christian: „Die Errichtung des Konzernbetriebsrats in nationalen und internationalen Konzernen“

[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Preis]

Zimmermann, Christian: „Der Gemeinsame Bundesausschuss – Normsetzung durch Richtlinien sowie Integration neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der GKV“

[Prof. Dr. Katzenmeier; Prof. Dr. Preis]

Zuo, Jing: „Ein Rechtsvergleich der agrarsozialen Sicherung zwischen der VR China und Deutschland“

[Prof. Dr. Nußberger; Prof. Dr. Preis]

Der Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft e.V. im Internet

jura-foerderverein.uni-koeln.de

Dort finden Sie neben der Vereinssatzung und wichtigen Kontaktinformationen alle Ausgaben des Fakultätsspiegels seit 1993 in unserem Volltextarchiv:

- Fakultätsspiegel n.F. Band 15, Wintersemester 2010/2011.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 14, Sommersemester 2010.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 13, Wintersemester 2009/2010.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 12, Sommersemester 2009.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 11, Wintersemester 2008/2009.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 10, Sommersemester 2008.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 9, Wintersemester 2007/2008.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 8, Gedächtnisschrift für Gerhard Kegel.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 7, Sommersemester.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 6, Wintersemester 2006/2007.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 5, Sommersemester 2006.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 4, Wintersemester 2005/2006.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 3, Sommersemester 2005.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 2, Wintersemester 2004/2005.
- Fakultätsspiegel n.F. Band 1, Sommersemester 2004.

- Georg Brunner zum Gedächtnis. Reden anlässlich der Akademischen Gedenkfeier für Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Brunner im Musiksaal der Universität, Köln 2004.
- Akademische Feier am 14. Juni 2002 in der Universität zu Köln zur Präsentation des Buches Klaus Stern, "Im Dienste von Recht, Staat und Wissenschaft – gesammelte Reden", Köln 2002.
- Akademische Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln am Mittwoch, dem 17. April 2002 zur Erinnerung an den am 17. April 1252 ergangenen Kleinen Schied – verfaßt von Albertus Magnus und einem päpstlichen Legaten in einem Münzstreit zwischen Stadt und Erzbischof, Köln 2002.
- Winfried Schuschke, Juristenausbildung quo vadis?, Köln 2001.
- Festakt anlässlich des 65. Geburtstages von Jens Peter Meincke, Rektor der Universität zu Köln, Köln 2001.
- Ansprachen und Vorträge anlässlich der Amtsübergabe in der Abteilung 2 des Rechtszentrums für europäische und internationale Zusammenarbeit (RIZ) am 15. Juni 2000, Köln 2001.
- Alexander Lüderitz zum Gedächtnis, Köln 2000.
- Herbert Frost und Hartmut Krüger zum Gedächtnis, Köln 2000.
- Akademische Feier aus Anlaß der Verleihung der Würde eines Ehrendoktors der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln an die Herren Prof. Dr. László Sólyom und Rechtsanwalt Ludwig Koch am 6. Februar 1999, Köln 1999.
- Antrittsvorlesung vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln von Herrn Prof. Dr. Peter J. Tettinger, Köln 1999.

- Jahresfeiern Doktoranden 1997 und 1998, Köln 1999.
- Symposion zur Überreichung seiner "Gesammelten Schriften" zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Dieter Strauch, Köln 1999.
- Antrittsvorlesung vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln von Herrn Prof. Dr. Stephan Hobe, Köln 1999.
- Gottfried Baumgärtel zum Gedächtnis, Köln 1998.
- Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 65. Geburtstag von Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Klaus Stern, Köln 1997.
- Akademische Feier aus Anlaß des 80. Geburtstags von Herrn Prof. Dr. Heinz Hübner, Köln 1996.
- Ehrenpromotion Birgit Breuel am 22. Juni 1994, Köln 1994.
- Karl Carstens zum Gedächtnis, Köln 1993.

Wenn Sie in Zukunft schnell und bequem per Mail über alle wichtigen Vorgänge wie Personalien, Veranstaltungen und Feierlichkeiten der Rechtswissenschaftlichen Fakultät informiert werden wollen, dann abonnieren Sie einfach den Fakultäts-Newsletter unter der Webadresse

jura.uni-koeln.de/1272.html

Seit Juli 2009 verschickt das Studien- und Karriereberatungszentrum einmal im Semester den Newsletter als Email an alle Newsletter-Abonnenten. Ab dem Sommersemester 2011 erhalten die Abonnenten den Newsletter sogar zweimal im Semester. Zudem finden Sie auf der Webseite im Archiv auch sämtliche vergangenen Ausgaben.

