

# Kommentare

## Jacob Martin Umweltbehörden und Strafrecht

*Anmerkungen zum Urteil des Landgerichts Hanau im »Alkem-Prozeß«*

Am 12. 11. 1987 ging der Prozeß gegen zwei Geschäftsführer der Firma »Alkem« in Hanau und gegen drei Beamte der zuständigen Atomaufsichtsbehörde vor dem Landgericht Hanau nach 16 Verhandlungstagen mit Freisprüchen für alle Beteiligten zu Ende.<sup>1</sup> Über die Hintergründe dieses Prozesses und die Kernaussage des Urteils wurde bereits ausführlich berichtet<sup>2</sup>. Die seit Anfang Januar 1988 vorliegenden schriftlichen Urteile tragen trotz ihrer Länge (72 bzw. 79 Seiten) zu einer darüber hinausgehenden Aufhellung nicht bei. Im Rahmen der mündlichen Urteilsbegründung hatte der Vorsitzende bei der Beweiswürdigung noch einige kritische Hinweise zur Bewertung des Verhaltens der Nuklearmanager und der Beamten gegeben. All dies ist im schriftlichen Urteil unter Hinweis auf die Rechtskraft (§ 267 Abs. 5 StPO) weggelassen worden. Der bereits berichteten rechtlichen Wertung des Gerichts, daß die den Hanauer Brennelementefabriken seit 1982 von der Wiesbadener Atomaufsicht in großer Zahl erteilten »Vorabzustimmungen« rechtswidrig sind und die Betreiber der durch sie zugelassenen Anlagen bei Nachweis der Kenntnis dieser Rechtswidrigkeit zu bestrafen gewesen wären, fügt auch die schriftliche Urteilsbegründung keine neuen Gesichtspunkte hinzu.

Gleichwohl ist das Urteil über diesen Ausspruch hinaus von Interesse, und zwar gleich unter zwei verschiedenen umweltpolitischen Gesichtspunkten: Zum einen zeigt er die strafrechtsdogmatischen Schwierigkeiten des Umgangs mit »verwaltungsakzessorischen« Straftatbeständen auf; zum anderen beleuchtet es eine neuere Tendenz der Strafjustiz im Umgang mit Tätergruppen die nicht als »deviant« aus der Gesellschaft herausfallen, sondern Teil einer »normalen« Entwicklungsdynamik der Gesellschaft sind. Hierzu soll im folgenden einiges angemerkt werden.

### *Behördliche »Duldung« einer ungenehmigten Anlage*

Der Hanauer Alkem-Prozeß hatte jenseits all seiner politischen Hintergründe eine der wichtigsten Umweltrechtsfragen zum Thema: Wie muß die Umweltverwaltung mit strafbewehrten Genehmigungserfordernissen umgehen? Auf den ersten Blick erscheint die Antwort einfach: Wenn § 327 StGB das Betreiben bestimmter gefährlicher Anlagen (im Bereich des Atomrechts, des Immissionsschutzrechts und des Abfallrechts) »ohne die erforderliche Genehmigung« unter Strafe stellt, dann haben

<sup>1</sup> Die Verfahren gegen die Nuklearmanager und die Beamten waren getrennt worden, endeten jedoch jeweils mit weitgehend gleichlautenden Urteilen vom gleichen Tage. Aktenzeichen: 6 Js 13470/84 Kls (Manager); 6 Js 13248/87 Kls (Beamte).

<sup>2</sup> Jacob Martin, Der atomindustrielle Komplex und das Recht, KJ 4/87, S. 434 ff.; leicht gekürzter Nachdruck in Frankfurter Rundschau Nr. 7 und Nr. 8 1988, S. 10 und 13.

die zuständigen Ordnungsbehörden die Anlage sofort stillzulegen, wenn sie von ihrem Betrieb erfahren. Erweist sich die Anlage als genehmigungsfähig, so ist die Stilllegung vorübergehend, bis die Genehmigung erteilt ist. Jede Verwaltung würde zweifellos auch so verfahren, wenn sie überraschend von einer neuerrichteten Kernbrennstofffabrik, einer Bleimühle oder einer Galvanikschlammdeponie erführe und ein Genehmigungsantrag bei ihr nie gestellt worden wäre. In der Realität allerdings kommt die vollständige Neuerrichtung solcher Anlagen als Schwarzbau nicht vor. Wenn es zu solchen Schwierigkeiten kommt, dann mit Anlagen, die schon lange bekannt sind.

Die »Altanlagen« sind eines der größten Probleme des Umweltschutzes, seit es ihn gibt. Von der kleinsten Abdeckerei bis zum Verarbeitungsbetrieb für waffenfähiges Plutonium: Irgendeine Genehmigung hat der Betrieb immer. Also stellt sich die Frage des Bestandsschutzes. Außerdem ist der Betrieb allen zuständigen Behörden seit langem bekannt. Schließlich gibt es Baupolizei und Gewerbeaufsicht schon seit mehr als hundert Jahren. Und dann hat jede »Altanlage« das zu bieten, was die Bundesbürger immer noch als ihr höchstes Gut betrachten: Arbeitsplätze. Und zwar meist um so mehr, je größer die Umweltauswirkungen der Anlage sind, und je weniger sie dem Stand der Technik entspricht.

Die Überwachung und Sanierung von »Altanlagen« wird auf diese Weise zu einem heiklen Problem. Der Betreiber hat an einer »Sanierung« nur Interesse, soweit sie betriebswirtschaftlich notwendig ist. Abgeschriebenes Kapital ist schließlich immer noch eine der besten Quellen für hohe Gewinne. Allerdings muß die Möglichkeit der schnellen Anpassung an betriebliche Erfordernisse gewährleistet sein. Und damit beginnt das Problem.

Es gibt keinen Produktionsbetrieb, in dem nicht laufend etwas repariert, ersetzt, verändert oder verbessert wird. Welche dieser Maßnahmen bedarf welcher Genehmigung durch welche Behörde? Wer als Unternehmer die Bürokratie nicht liebt, beantwortet sich diese Fragen gerne selbst, erklärt jede Veränderung zur Maßnahme innerhalb eines gegebenen Bestandsschutzes und wartet mit Gelassenheit, ob die Aufsicht – wenn sie überhaupt etwas merkt – vielleicht nachträglich sich auch zu dieser Auffassung bekehren läßt.

Im Regelfall lassen sich die Behörden auch überzeugen. Die einschlägigen Fachgesetze lassen ihnen auch wenig andere Möglichkeiten. Bejahen sie nämlich ein Genehmigungserfordernis, so haben sie auf der einen Seite ein (nachträgliches) Genehmigungsverfahren am Hals, gleichzeitig stellt sich jedoch das Problem der Stilllegung. Die bedeutet aber angesichts der langen Zeitdauer, die ein Genehmigungsverfahren nach Atomrecht, Immissionsschutzrecht oder Abfallrecht erfordert, regelmäßig das Ende des Betriebes.

Das klassische Polizeirecht kennt durchaus auch die bewußte Hinnahme eines rechtswidrigen Zustandes. Man nennt dies seit Alters her »Duldung«. Im modernen Umweltverwaltungsrecht gibt man der Sache dagegen am liebsten überhaupt keinen Namen. Treten rechtswidrige Zustände auf, so wird verhandelt, abgewartet und schließlich die Akte für einige Zeit verlegt. In großen Abständen – manchmal mehr als ein Jahr – werden Fristen zur »erneuten Überprüfung« bestimmt.

Entkleidet man den Fall »Alkem« all seiner politischen Besonderheiten, so bleibt als Grundstruktur genau dieses Grundphänomen des umweltverwaltungsrechtlichen Vollzugs übrig. Allerdings besteht im Atomrecht die Besonderheit, daß nicht nur das Genehmigungsverfahren (hier besteht zum Immissionsschutzrecht und zum Abfallrecht kein gravierender Unterschied), sondern auch das Aufsichtsverfahren im Wege formeller Bescheide (sogenannter »Freigabebescheide«) abgewickelt wird. Mit Einführung einer Genehmigungspflicht für Brennelementefabriken im Jahre

1975 und der aufgrund der Übergangsbestimmungen erforderlichen »Nachgenehmigung« aller Hanauer Anlagen entstand somit das Problem, wie die von allen Beteiligten für erforderlich gehaltene »Duldung« der kontinuierlichen Weiterentwicklung dieser Betriebe bis zum Abschluß des Genehmigungsverfahrens rechtlich umgesetzt werden könne. Das Hessische Ministerium für Wirtschaft und Technik (HMWT) als damals zuständige atomrechtliche Aufsichtsbehörde des Landes »erfand« das Rechtsinstitut der »Vorabzustimmungen« und ließ sich von einem halben Dutzend vermutlich gut bezahlter Gutachter bestätigen, daß es mit dem geltenden Recht vereinbar sei. Mit dem klaren Blick des unbefangenen verwaltungsrechtlichen Laien haben die Hanauer Strafrichter erkannt, daß es sich um nichts weiter als eine aufsichtsbehördliche Duldung handelt.

Damit gewinnt das Hanauer Urteil weit über den Bereich des Atomrechts hinaus Bedeutung für die Umweltverwaltung. § 327 StGB stellt eben nicht nur den ungenehmigten Betrieb einer kerntechnischen Anlage unter Strafe, sondern auch den, der einer immissionsschutzrechtlichen oder abfallrechtlichen Genehmigung bedarf. Das »Alkem-Urteil« stellt für alle diese Fälle klar, daß die Verwaltungsakzessorietät des § 327 StGB nicht soweit geht, daß die Behörde durch einen beliebigen Gestattungsakt bereits den Tatbestand des § 327 StGB ausschließen kann. Insbesondere die weitverbreitete »Duldung« von Anlagen, die ohne erforderliche Genehmigung wesentlich geändert wurden oder deren Betrieb aus anderen Gründen den vorhandenen Genehmigungen nicht entspricht, wird damit objektiv zur Beihilfe für eine Straftat.

Zur Begründung dieser Auslegung des § 327 StGB führt das Gericht im wesentlichen die Gesetzgebungsgeschichte an:

»In den Beratungen zur Verabschiedung des Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (16. Strafrechtsänderungsgesetz), als dessen Teil § 327 Abs. 1 StGB in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde, ist sowohl im Plenum als auch in den Ausschusssitzungen der Gedanke der Verwaltungsakzessorietät betont worden. Gegen eine Ausschlußminderheit war zum Beispiel die Ausschlußmehrheit ausdrücklich der Ansicht, daß es nicht auf die Genehmigungsfähigkeit einer Anlage ankomme, weil die Behörde die Gelegenheit haben müsse, etwaige Änderungen zu überprüfen (Bundestagsdrucksache 8/3633, S. 30 – so sinngemäß auch RD Möhrenschrager, BMJ, Stenografisches Protokoll der 67. Sitzung des Rechtsausschusses, 8. Wahlperiode vom 16. 5. 1979, S. 38). Dies allein sollte aber nicht genügen. Vielmehr ging der Rechtsausschuß auch davon aus, daß dem Betreiber eine Entscheidung der Behörde, eine Genehmigung, vorliegen müsse. Das zeigt die Auseinandersetzung um einen bereits vor einer Genehmigung begonnenen Betrieb, dem eine Genehmigung bereits zugesagt sei (Ausschußbericht der Abgeordneten Hartmann und Heyenn, Bundestagsdrucksache 8/3633, S. 19, hier S. 30). In diesem Zusammenhang ist dann betont worden (Abgeordneter Engelhardt, FDP, 71. Sitzung des Rechtsausschusses vom 20. 6. 1979, S. 37), daß auch die Verletzung von Formvorschriften schon als strafbarer Tatbestand angesehen werde und (S. 55, ebenda) nicht nur für den Betreiber ein Signal gesetzt werden müsse, sondern auch für die Genehmigungsbehörde, daß Formstrenge unbedingt erforderlich sei.«

Das Gericht baut dann allerdings bereits an dieser Stelle seiner Argumentation jene Hintertür ein, durch die es dann im weiteren Urteil die angeklagten Nuklearmanager und ihre beamteten Aufseher doch wieder in die Straffreiheit entschlüpfen läßt:

»Der gesetzgeberische Wille würde jedoch nur dann insgesamt eher für eine weite Auslegung des Genehmigungsbegriffs im Sinne des § 327 Abs. 1 StGB sprechen, wenn dem so verstandenen Gedanken der Verwaltungsakzessorietät lediglich auf der Tatbestandsebene Rechnung getragen werden könnte. Dies ist aber nicht der Fall, da Verwaltungsakte, wie anerkannt ist (vgl. etwa Lenckner in Schönke-Schröder, StGB, 22. Aufl. 1985, Vorbemerkungen vor § 32 StGB, Randziff. 61) – hier einmal von der Frage ihrer Wirksamkeit oder Zurückdrängung abgesehen – auch Rechtfertigungsgründe darstellen können. Die teleologische Auslegung kulminiert daher in der objektiven Betrachtung, d. h. der von dem insoweit unergiebigem Willen des tatsächlichen Gesetzgebers losgelösten Überlegung, wie dem erkennbaren und von diesem historischen Gesetzgeber gewollten Regelungszweck gerade im System von Tatbestand

und Rechtswidrigkeit zur Durchsetzung verholfen werden kann. Der Tatbestand im Sinne des dreistufigen Deliktsaufbauverständnisses beschreibt unrechtstypische Verhaltensweisen und grenzt sie damit von anderen ab. Rechtfertigungsgründe sind demgegenüber Ausnahmetatbestände im Einzelfall, besondere Erlaubnissätze. In diesem Regel-Ausnahme-System wird der gesetzgeberischen Intention der behördlichen Prüfung und Beachtung von Formgegebenheiten besser Rechnung getragen, wenn nur dem vorgeschriebenen Handlungstypus der Genehmigung entsprechende Verwaltungsakte den Tatbestand ausschließen, zumal, soweit ersichtlich, die Abgeordneten auch nicht andere als die gesetzlich geregelten Handlungsformen im Sinn hatten. Dem nicht entsprechende und im Atomgesetz nicht vorgesehene atypische Gestaltungen, wie etwa, wie noch auszuführen sein wird, die Vorabzustimmungen, haben – auf der Hand liegend – Ausnahmecharakter. Ihre Wirkung kommt damit eher der eines Rechtfertigungsgrundes gleich. Kann aber dem gesetzgeberischen Willen in dieser Weise sachgerecht Rechnung getragen werden und entspricht dies zugleich der grammatischen und systematischen Betrachtung, so sieht die Kammer sich veranlaßt, Genehmigungen im Sinne des § 327 Abs. 1 StGB als Genehmigungen vom Typus einer solchen nach § 7 AtG anzusehen. Diese Betrachtung ermöglicht im übrigen eine flexiblere Handhabung der Verwaltungsakzessorietät dadurch, daß bestandskräftige Verwaltungsakte auf der Rechtswidrigkeitsebene, wie noch auszuführen sein wird, eher in ihren Wirkungen reduziert werden können, und so für die Fälle atypischer Genehmigungsbescheide eine Parallelität zu den sonstigen Umweltstraftatbeständen der §§ 324 bis 326 StGB hergestellt werden kann. Damit liegt diese Betrachtung tendenziell auf der Linie, die die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. 5. 1987 (2 BvL 11/85, abgekürzt veröffentlicht u. a. in Strafvverteidiger 1987, 432) dadurch erkennen läßt, daß dort eine starre Verwaltungsakzessorietät verneint wird.«

### *Der Strafrichter als Verwaltungsaufseher*

»Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit« – so lernt es jeder Jurastudent spätestens im 2. Semester. Für das »verwaltungsakzessorische« Strafrecht der §§ 324 ff. StGB gilt dies – so konnten wir gerade lesen – nur sehr eingeschränkt. Diese Einschränkung gewinnt bei der weiteren Urteilsbegründung zentrale Bedeutung und entwertet den § 327 StGB als Mittel der unbedingten Durchsetzung von »Formenstrenge« auch gegen behördliche Kungelei mit mächtigen Anlagenbetreibern weitgehend. Ausgangspunkt der juristischen Gedankenführung ist dabei die Erkenntnis, daß die behördliche Duldung immer dann, wenn sie nicht nur im bloßen behördlichen Wegsehen besteht, sondern als bewußter Verzicht auf ein aufsichtsrechtliches Eingreifen erklärt wird, ein Verwaltungsakt ist (§ 35 des Verwaltungsverfahrensgesetzes). Wenn man – wie es das Landgericht Hanau zu Recht tut – diesen Verwaltungsakt nicht auf der Tatbestandsebene des § 327 StGB als »erforderliche Genehmigung« ansieht, so kann er gleichwohl bei der weiteren Prüfung nicht unbeachtet bleiben. Das Landgericht führt hierzu folgendes aus:

»Das Handeln der Geschäftsführer der Alkem GmbH war durch die Vorabzustimmungen des HMWT jedenfalls gerechtfertigt. Auch rechtswidrige Verwaltungsakte stellen Rechtfertigungsgründe dar, wenn sie nicht nichtig sind, es sei denn, daß sie aufgrund der Kenntnis des Adressaten von der Rechtswidrigkeit keinen Vertrauenstatbestand schaffen.«

Diese Feststellung ist auf den ersten Blick im Rahmen des § 327 StGB etwas verwunderlich, und man hätte sich deshalb eine Begründung dafür im Urteil gewünscht. Wenn der Gesetzgeber das Betreiben gefährlicher Anlagen ohne die erforderliche Genehmigung unter Strafe stellt und damit – wie das Landgericht Hanau unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst ausführt – die durch das Genehmigungsverfahren abstrakt geschützten Rechtsgüter Leben, Gesundheit und Umwelt einem zusätzlichen Schutz unterstellt, dann wird dieser Schutz sehr schnell wieder zur Bedeutungslosigkeit verdammt, wenn jede beliebige bestandskräftige behördliche Maßnahme geeignet ist, ihn aufzuheben.

Gleichwohl ist die Auffassung des Landgerichts Hanau im Ergebnis richtig, denn das Prinzip der Bestandskraft auch rechtswidriger Verwaltungsakte führt dazu, daß jedes durch sie gestattete Handeln rechtmäßig und damit auch von der Strafrechtsordnung nicht sanktionierbar ist.

Das Problem läßt sich praktisch allerdings recht einfach lösen, wenn man den verwaltungsrechtlichen Grundsatz ernst nimmt, daß die rechtfertigende Wirkung nur von solchen Verwaltungsakten ausgehen kann, die nicht nach § 44 des Verwaltungsverfahrensgesetzes nichtig sind. Dies sieht auch das Landgericht Hanau<sup>3</sup>. Wenn das Gericht dann jedoch in die konkrete Prüfung dieser Frage eintritt, bleibt dem juristisch vorgebildeten Leser vor Erstaunen der Mund offen. § 44 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes legt in seinem Absatz 1 fest:

»Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schweren Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist.«

Diese Vorschrift wird von dem Gericht lediglich in einem Nebensatz erwähnt und an keiner Stelle des Urteils abschließend geprüft!

Statt dessen beschäftigen sich die Richter acht Seiten lang mit dem § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt unabhängig von den Voraussetzungen des Abs. 1 nichtig ist, wenn er »gegen die guten Sitten verstößt«. Nun liegt auf der Hand, daß dies zumindest voraussetzt, daß der Verwaltungsakt an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet, und genau dies stellen die Landrichter im Rahmen ihrer Prüfung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG auch fest:

»Daß dem rechtlichen Gehör im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren eine besondere Bedeutung zukommt, ergibt sich aus den besonderen Gefahren für Leben und Gesundheit, die vom Betrieb kerntechnischer Anlagen ausgehen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Mülheim-Kärlich-Beschluß vom 20. 12. 1979 hervorgehoben, »angesichts der Art und Schwere möglicher Gefahren bei der friedlichen Nutzung der Kernenergie« müsse bereits »eine entfernte Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts genügen«, um besondere gesetzgeberische Schutzpflichten zu Gunsten potentiell Betroffener zu normieren (BVerfG NJW 1980, 759, 761). Dieser Schutzpflicht diene das in § 7 AtG und in der AtVfV geregelte Genehmigungsverfahren, das die Erteilung entsprechender Genehmigungen von näher geregelten materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen abhängig macht. Das Verfahren hat die Aufgabe, unter Berücksichtigung der Allgemeinbelange den Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen gefährdeter Bürger einerseits und der Betreiber andererseits herbeizuführen. Deshalb hält es das Bundesverfassungsgericht für geboten, bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften für die Genehmigung von kerntechnischen Anlagen strenge Maßstäbe anzulegen.

Nach Feststellung des Bundesverfassungsgerichts sind die streng formalisierten Verfahrensvorschriften des atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens Ausfluß der staatlichen Schutzpflicht und Mitverantwortung für Leben und Gesundheit der Bürger. Das Gericht hebt in diesem Zusammenhang die besondere Bedeutung des Erörterungstermins nach § 8 AtVfV hervor. Dieser ermöglicht eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes, in dem bereits im behördlichen Verfahren Einwendungen gegen das Vorhaben erhoben werden können (BVerfG NJW 1980, 762). Diese Bedeutung kommt dem Erörterungstermin nicht nur beim Genehmigungsverfahren im Zusammenhang mit Errichtung und Betrieb einer Anlage zu, sondern auch bei einem Verfahren zur Genehmigung wesentlicher Veränderungen gemäß § 7 Abs. 1 AtG.

Das Bundesverfassungsgericht weist ausdrücklich die Auffassungen einiger Oberverwaltungsgerichte zurück, wonach das atomrechtliche Genehmigungsverfahren nur der umfassenden Information der Genehmigungsbehörde diene, sein Schutzzweck jedoch nicht auch in der Wahrung der Anhörungs- und Mitwirkungsrechte der Bürger selbst liege. Das Verfassungsgericht hebt demgegenüber hervor, daß die Vorschriften über das atomrechtliche Genehmigungsverfahren die »vorrangige Aufgabe« haben, Leben und Gesundheit potentiell Betroffener

<sup>3</sup> Wobei es allerdings durchgehend das Hessische Verwaltungsverfahrensgesetz anwendet. Maßgeblich ist jedoch für die Atomaufsicht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes 1. V. m. § 24 AtG das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz. Sachlich besteht allerdings hinsichtlich der konkret geprüften Vorschrift kein Unterschied.

vor den Gefahren der Kernenergie zu schützen. Ferner führt das Gericht aus, daß zwar nicht jeder Verfahrensfehler in einem atomrechtlichen Massenverfahren bereits eine Grundrechtsverletzung darstellt, daß eine solche aber dann in Betracht komme, wenn die Genehmigungsbehörde Verfahrensvorschriften außer Acht lasse, die der Staat in Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Artikel 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter erlassen hat.

Die hervorgehobene Bedeutung, die das Verfassungsgericht den Beteiligungsrechten von Bürgern im Rahmen des atomrechtlichen Genehmigungsverfahren vor Erteilung der Genehmigung beimißt, werden von Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend geteilt (BVerwG NVwZ 1985, 745; Degenhart, Kernenergie recht, 1981, S. 221 ff.; Ossenbühl DVBl 1981, 70; Redeker NJW 1980, 1593).

Aus dieser hervorgehobenen Bedeutung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren folgt, daß die Unterlassung jeglicher Information der Öffentlichkeit über eine wesentliche Änderung einer kerntechnischen Anlage gemäß § 7 Abs. 1 AtG sowie die vorläufige Gestattung dieser Veränderung ohne Anhörung dadurch in ihren Rechten auf Leben und Gesundheit potentiell Betroffener einen außerordentlich schweren Verfahrensverstoß darstellt.

Ein solcher Verfahrensverstoß lag bei der Gestattung der fünf tatbestandsmäßigen Änderungen im Betrieb der Alkem durch den Hessischen Minister für Wirtschaft und Technik vor, da eine Beteiligung der Öffentlichkeit erforderlich gewesen wäre.«

Was veranlaßt nun das Gericht, nach dieser klaren Feststellung auf die Fragestellung zu verzichten, ob dieser außerordentlich schwere Fehler vielleicht auch »offenkundig« ist und damit zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts zu kommen? Wir erfahren es nicht. Statt dessen wird der Leser Zeuge einer quälenden Bemühung um die Auslegung des § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG, und dies, obwohl das Gericht selbst feststellt, daß

»von der Rechtsprechung . . . bisher – soweit ersichtlich – noch kein Fall entschieden worden (ist), der die Sittenwidrigkeit eines Verwaltungsaktes wegen der Außerachtlassung elementarer Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens zum Gegenstand hatte«.

Die Begründung für das Fehlen einer solchen Rechtsprechung ist ganz einfach und hätte sich dem Gericht eigentlich gerade angesichts seiner eigenen Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG ausdrängen müssen: Entweder ist der Verstoß gegen »elementare Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens« im konkreten Fall zweifelhaft; dann ist er regelmäßig weder offenkundig noch sittenwidrig. Oder er ist bei verständiger Würdigung nicht zweifelhaft; dann ist er offenkundig. Für den § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG bleibt also überhaupt nur der außergewöhnliche Fall, daß eine Behörde in einer rechtlich durchaus umstrittenen Frage von der Rechtswidrigkeit ihres Handelns ausgeht und in diesem subjektiv sicheren Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gleichwohl handelt, um andere, außerhalb ihrer gesetzlichen Aufgaben liegende Ziele zu erreichen. Nur diesen Fall hat das Landgericht im Auge, und nur über die Nichterweislichkeit dieses Falles trifft das Urteil eine Entscheidung.

Dabei wäre die Entscheidung nach § 44 Abs. 1 VwVfG ganz einfach gewesen. Die Vorabzustimmungen sind alle nach Bekanntwerden der Mülheim-Kärlich-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangen. Sie sind nach Auffassung des Gerichts in fünf von den sechs angeklagten Fällen unzweifelhaft nicht eindeutig »sicherheitserhöhend« und betreffen damit genau jenen Kernbereich des atomrechtlichen Verfahrens, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Grundrechtsrelevanz hat. Zusätzlich sind sie – wie das Gericht ebenfalls selbst feststellt – ohne jede gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ergangen. Damit unterscheiden sie sich wesentlich von jenem durch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG NVwZ 1984, 578) entschiedenen Fall, in dem es lediglich um einen Verstoß gegen eine gesetzliche Verfahrensvorschrift ging, im übrigen die Behörde aber genau jene Rechtsgrundlage für ihr Handeln in Anspruch nahm, die ihr das Gesetz an die Hand gegeben hatte. Wenn das Landgericht meinen sollte, mit dem

Hinweis auf diese Entscheidung das Problem des § 44 Abs. 1 VwVfG erledigt zu haben, dann hebt es damit seine eigenen tragenden Gründe zur Gesetzlosigkeit der Vorabzustimmungen aus den Angeln.

Nimmt man dagegen die Argumentation des Gerichts im übrigen ernst, so bleibt als Ergebnis: Die Vorabzustimmungen sind offenkundig schwer fehlerhaft. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß weder den Betreibern noch den Aufsichtsbehörden das Wissen um diesen schweren Rechtsverstoß nachgewiesen werden konnte. Die Verwaltungsrechtsprechung kommt sogar in Fällen zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, in denen einige Jahre zuvor im vorläufigen Verfahren nicht einmal das gleiche Gericht Zweifel an der Rechtmäßigkeit hatte.<sup>4</sup> Gerade die kollektiven Verdrängungsprozesse bei Rechtsfehlern mit schwerwiegenden praktischen Auswirkungen sind der klassische Anwendungsbereich des § 44 Abs. 1 VwVfG: Wenn ein Rechtsanwender die Möglichkeit hat, es unbeeinflusst von Interessen bindend auszusprechen, fällt es plötzlich klar ins Auge – so und nur so ist es rechtens.

Am Ergebnis des Prozesses hätte diese rechtliche Würdigung wahrscheinlich kaum etwas geändert: Statt wegen mangelnder Rechtswidrigkeit der Tat wären die Angeklagten wegen Irrtums über die Rechtswidrigkeit freigesprochen worden. Das Urteil hätte dadurch jedoch an politischer Brisanz gewonnen. Die Feststellung der Nichtigkeit der Vorabzustimmungen hätte den Beteiligten keinen zeitlichen Spielraum bei der Reaktion auf das Urteil gelassen. Die sofortige Stilllegung der Anlagen wäre unvermeidlich gewesen. Das Urteil gibt jedoch noch in einem weiteren Punkt Anlaß über die Frage nachzudenken, in welcher Rolle die Richter eigentlich tätig werden wollten und tätig geworden sind: bei seiner Auslegung der nach dem Atomrecht im Rahmen der Aufsicht gegebenen Legalisierungsbefugnis. Ohne jede Begründung stellt das Urteil nämlich fest:

»Vom förmlichen Genehmigungserfordernis (nach § 7 AtG – d. Verf.) befreien zwar die Vorschriften der §§ 17 Abs. 1 und 5 und § 19 Abs. 3 AtG, aber nur insoweit, als wesentliche Änderungen ausschließlich aus öffentlichem Schutzinteresse angeordnet werden.«

Daß diese Auffassung nicht zutreffen kann, hätten die Richter bereits durch einen Blick ins Gesetz feststellen können. Während nämlich § 7 Abs. 1 AtG für das Errichten, Betreiben und wesentliche Ändern einer kerntechnischen Anlage uneingeschränkt eine Genehmigungspflicht vorschreibt, wird in § 7 Abs. 3 Satz 3 AtG die Genehmigung für die Stilllegung einer Anlage ausdrücklich dann nicht für erforderlich erklärt, »soweit die geplanten Maßnahmen bereits Gegenstand einer . . . Anordnung nach § 19 Abs. 3 gewesen sind«. Auch für »Auflagen« nach § 17 Abs. 1 und 5 AtG ergibt das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß sie die Genehmigungspflicht für wesentliche Änderungen suspendieren sollen. Dies ist nach der auch im Atomrecht maßgeblichen Definition der Auflage in § 36 Abs. 2 Nr. 4 des VwVfG auch gar nicht möglich. Mit der Auflage wird dem Begünstigten »ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben«. Daß die Behörde dabei die für das »Tun« maßgeblichen Rechtsvorschriften weder außer Kraft setzen will, noch überhaupt außer Kraft setzen kann, ergibt sich für das Atomrecht schon aus der Tatsache, daß Entscheidungen zum Erlaß einer nachträglichen Auflage nach § 17 AtG oder einer nachträglichen Anordnung nach § 19 AtG ohne für das für wesentliche Änderungen im Genehmigungsverfahren nach § 7 AtG vorgeschriebene förmliche Verfahren ergehen. Die vom Gericht selbst ausführlich zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Falle Mülheim-Kärlich – in der es um eben eine solche angeblich

<sup>4</sup> Vgl. Beschluß des Hess. VGH in ESVGH 37, 10 sowie Beschluß des Hess. VGH vom 16. 12. 1987 – 5 R 1861/87.

ausschließlich aus öffentlichem Schutzinteresse erforderliche Änderung einer kern-technischen Anlage ging, zeigt dies mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit. Die Verfassungsbeschwerde hatte dort allein deshalb keinen Erfolg, weil die Mehrheit des Gerichts der von der Vorinstanz vorgenommenen Wertung folgte, daß die dort umstrittene Änderung nicht wesentlich i. S. d. § 7 AtG sei.

Wie offenkundig unvereinbar mit dem Atomrecht die Theorie des Landgerichts von der Zulässigkeit ungenehmigter wesentlicher Änderungen bei Vorgehen der Behörde nach §§ 17, 19 AtG ist, zeigt besonders deutlich die in der Entscheidung für rechtmäßig erklärte Errichtung einer völlig neuen Anlage für die Behandlung plutoniumhaltiger Abfälle unter Rückgewinnung von (waffenfähigem!) Plutonium. Wer eine solche Anlage neu errichten wollte, bedürfte einer Genehmigung nach § 7 AtG unter Beteiligung der Öffentlichkeit. Warum für Alkem nur deshalb etwas anderes gelten soll, weil ihr vor Inkrafttreten der Genehmigungspflicht nach § 7 AtG für etwas ganz anderes, nämlich die bloße Lagerung plutoniumhaltiger Abfälle, eine Umgangsgenehmigung erteilt worden war, bleibt ein Geheimnis des Gerichts.

Im übrigen hätte dem Gericht auch ein Blick ins BImSchG gezeigt, daß seine Rechtsauffassung unhaltbar ist. Dort ist nämlich mit Ausnahme des in § 17 Abs. 4 BImSchG ausdrücklich geregelten Falles unstreitig eine wesentliche Änderung auch dann nach § 15 BImSchG genehmigungsbedürftig, wenn sie auf einer nachträglichen Anordnung der Behörde nach § 17 BImSchG beruht. Nachträgliche Anordnungen und Auflagen regeln ganz allgemein im Umweltrecht niemals die Rechtmäßigkeit der mit ihrer Umsetzung verbundenen Maßnahmen (und entfalten dementsprechend auch unstreitig keine Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG oder § 8 AtG), sondern stellen lediglich die Rechtswidrigkeit des weiteren Betriebes ohne die verfügte Änderung fest. Sie sind deshalb auch für die Behörde nicht vollziehbar, sondern geben ihr bei Untätigkeit des Betreibers lediglich das Recht zur Stilllegung der gesamten Anlage. Genau diese Rechtsfolge wäre angesichts der Unmöglichkeit der sicherheitstechnischen Nachrüstung der vorhandenen Hanauer Betriebe im Verfahren nach § 7 AtG bei einer anderen Entscheidung des Landgerichts unvermeidlich gewesen.

Damit stellt sich natürlich die Frage, welche Rolle die Strafrichter eigentlich spielten, als sie sich anschickten, ihr Urteil nicht nur mit der Nichterweislichkeit eines auf § 327 Abs. 1 StGB gerichteten Vorsatzes zu begründen, sondern alle sich stellenden verwaltungsrechtlichen Vorfragen des Falles soweit mitentschieden, wie es für ein zukünftiges rechtmäßiges Handeln der neuen Landesregierung nach Feststellung der Gesetzlosigkeit der Vorabzustimmungen erforderlich war. Hier kann man nur Vermutungen anstellen. Offensichtlich fühlte sich das Gericht aufgerufen, nicht nur die Strafbarkeit von drei Beamten und zwei Atommanagern aufzuklären, sondern zugleich den Zustand eines Auseinanderfallens von Verwaltungshandeln und Gesetz für die Zukunft zu beenden<sup>5</sup>. Es schlüpfte damit in die klassische Rolle des Sachwalters des objektiven Staatsinteresses gegenüber einer ständisch gebundenen Verwaltung, wie sie einst dem preußischen OVG zukam, und

<sup>5</sup> Dies wird besonders deutlich in einem »Vermerk«, den der Berichterstatter des Landgerichts nach Rechtskraft des Urteils der Landtagsfraktion seiner Partei (der FDP) zukommen ließ, in dem er die aus dem Urteil zu ziehenden verwaltungsmäßigen Konsequenzen im einzelnen darlegt bis hin zu dem Satz: »Der Hessische Umweltminister ist nach § 19 Abs. 3 AtomG zur Rücknahme der Vorabzustimmungsbescheide verpflichtet. Sein verwaltungsrechtlicher Spielraum ist insoweit auf Null reduziert, als ein Nichteinschreiten strafbar wäre.«

Es folgen dann Ausführungen, warum gleichwohl Auswirkungen auf die Fortführung der Produktion bei Alkem nicht einzutreten brauchen.

wie wir sie heute selbst im Verwaltungsprozeßrecht nicht mehr kennen. Die Entscheidung ist damit ein Indiz für die Refeudalisierungstendenzen der modernen klientelorientierten Interventionsverwaltungen und die damit für die Einheit des Staates verbundenen Probleme.

## Helmut Fangmann Kritische Richter vor Gericht

1. Im politischen und rechtlichen Streit über die Friedensaktionen von Richtern und Staatsanwälten hat das Bundesverwaltungsgericht am 29. Oktober 1987 zwei weitgehend gleichlautende Urteile (BVerwG 2 C 72.86 und 73.86) gefällt. Danach war der öffentliche Protest von Lübecker Richtern und Staatsanwälten in einer Zeitungsanzeige mit der Überschrift »35 Richter und Staatsanwälte des Landgerichtsbezirks Lübeck gegen die Raketenstationierung« nicht zulässig. Der Kern der Entscheidungen lautet: Richter und Staatsanwälte dürfen öffentlich protestieren, aber ohne »Amtsbonus«. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts begingen die Lübecker Richter und Staatsanwälte eine Dienstpflichtverletzung, weil sie die Pflicht zur Mäßigung und Zurückhaltung des Richterdienstrechts bzw. des Beamtenrechts mißachtet hätten. Die wegen Inanspruchnahme des »Amtsbonus« im politischen Meinungskampf ausgesprochenen Ermahnungen wurden damit letztinstanzlich bestätigt. Das erstinstanzliche Urteil des VG Schleswig vom 12. Dezember 1984 (NJW 1985, S. 1098 ff.), das den kritischen Richtern und Staatsanwälten die Zulässigkeit ihres Protestes bescheinigt hatte, war schon vom OVG Lüneburg (NJW 1986, S. 1126 ff.) mit weit ausholender Begründung kassiert worden.

Der vom Bundesverwaltungsgericht monierte »Amtsbonus« der Lübecker Aktion kam nur in der Überschrift der Anzeige und in dem Hinweis der Richter und Staatsanwälte auf ihr »berufliches Selbstverständnis« zum Ausdruck, demzufolge »die geplante Stationierung der Pershing II und der Cruise Missiles nach unserer Auffassung gegen das Grundgesetz verstößt«. Verzichtet hatten die Lübecker Richter und Staatsanwälte darauf, ihren unter die Anzeige gesetzten Namen die Berufs- und Funktionsbezeichnungen hinzuzufügen. Ob eine Anzeige des gleichen Inhalts, ohne Hervorhebung des Berufes, unbeanstandet hätte erscheinen können – so das OVG Lüneburg –, hat das Bundesverwaltungsgericht offengelassen. Damit ersparte sich das Gericht die Absurdität der »Amtsbonus«-Diskussion, ob Richter und andere Beamtenjuristen sich »ungemäßigt« verhalten, wenn sie in solchen Anzeigen und ähnlichen Manifestationen der Kritik rechtlich argumentieren. Die Lübecker Anzeige hatte die »Nachrüstung« nämlich fast ausschließlich verfassungs- und völkerrechtlich kritisiert. In dem Fall der »Wiesbadener Juristen für den Frieden« war der VGH Kassel (NJW 1985, S. 1105 ff.) so weit gegangen, ein Rechtsargumentationsverbot zu kreieren: »Die Meinungsäußerung ist allein auf Rechtsgründe, nämlich auf völker- und verfassungsrechtliche Gründe gestützt. Gerade diese Begründung muß in dem unbefangenen Leser den Eindruck erwecken, daß diese Wiesbadener Juristen nicht nur im privaten Bereich, sondern auch im Berufsleben ... unter allen Umständen zugunsten derjenigen entscheiden werden, die insoweit ihre Überzeugung teilen« (VGH Kassel, NJW 1985, S. 1106). Was in diesem Fall zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit herangezogen wurde,