

# Fakultätsspiegel

Sommersemester 2007

herausgegeben vom

Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft



## Vorwort

Im Zentrum des siebten Fakultätsspiegels steht die akademische Gedenkfeier für den verstorbenen Altrektor und bedeutenden Rechtshistoriker Heinz Hübner mit einem Rückblick auf sein wissenschaftliches Werk, sein Wirken als akademischer Lehrer und sein Engagement in der universitären Selbstverwaltung. Der 40. Jahrestag der Gründung des Instituts für Rundfunkrecht gab Anlaß zu einem Rück- wie Ausblick auf die Arbeit dieser erfolgreichen Forschungseinrichtung in Zeiten eines dramatischen Wandels der Medienwelt. Die Dokumentation der abgeschlossenen Habilitationen sowie die Arbeiten der erfolgreichen Magister-Legum-Studenten wird ergänzt durch die der Antrittsvorlesung von Honorarprofessor Raeschke-Kessler.

Köln, den 24. September 2007

*Otto Depenheuer*



## **Inhalt**

Vorwort V

### **I. Fakultätsnachrichten**

Fakultätsnachrichten 3

Ehrentafeln der abgeschlossenen Habilitationen WS 2006/07 - SS 2007 5

Magister-Legum-Studenten WS 2006/ 07 - SS 2007 9

### **II. Festvorträge und Antrittsvorlesungen**

*Klaus Stern*

Vierzig Jahre Insitut für Rundunkrecht – Ausblick und Perspektiven 13

*Hilmar Raeschke-Kessler*

Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters –  
ein transnationales Rechtsproblem? 27

### **III. Akademische Gedenkfeier für Heinz Hübner**

*Michael Sachs*

Begrüßung 45

*Klaus Luig*

Heinz Hübner – Das wissenschaftliche Werk 49

*Christoph Becker*

Heinz Hübner – Pater Familias – Erinnerungen eines Schülers 57

*Hartmut Schiedermaier*

Heinz Hübner – Ein Leben für die Universität 63



I.  
Fakultätsnachrichten



## Fakultätsnachrichten

Im Sommersemester 2007 waren an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät insgesamt 5.235 Studierende immatrikuliert, davon 3.759 für das Studienziel „Erste Juristische Prüfung“. Weitere 1.213 Studierende waren mit dem Ziel der Promotion immatrikuliert. Neu immatrikuliert wurden zum Sommersemester 210 Studierende (gegenüber 463 im Wintersemester 2006/2007 und 201 im SS 2006).

Am 4. Mai 2007 fand die Gedenkfeier für den am 28. Februar 2006 verstorbenen Prof. em. Dr. *Heinz Hübner* statt (siehe Seite 43 ff.).

Am 11. Mai 2007 feierte das Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln sein vierzigjähriges Bestehen (siehe Seite 13 ff.). Den Festvortrag hielt der langjährige frühere Intendant des Westdeutschen Rundfunks, Prof. Dr. h. c. *Fritz Pleitgen*.

Am 29. Juni 2007 hielt Herr Honorarprofessor *Hilmar Raeschke-Kessler* seine Antrittsvorlesung zum Thema: „Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters – ein transnationales Rechtsproblem?“ (siehe Seite 27 ff.).

Der Rektor hat am 3. Juli 2007 auf Vorschlag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Herrn RA Dr. *Thomas Mayen* und Herrn RA Dr. *Fabian Schuster* die Bezeichnung „Honorarprofessor“ verliehen.

Seit Einführung der Studienbeiträge zum WS 2006/07 (für Erstsemester) bzw. zum SS 2007 (für höhere Fachsemester) verfügt die Fakultät über beträchtliche finanzielle Mittel. Dadurch konnten unter anderem bereits Bibliotheksbestände im Hauptseminar aktualisiert und erweitert sowie die Öffnungszeiten einiger Institutsbibliotheken verlängert werden. Geplant ist zudem eine Ausstattung aller Bibliotheken mit Computerarbeitsplätzen. Des weiteren werden zur Zeit ein neues Studienberatungszentrum sowie eine Praktikums- und Jobbörse eingerichtet.

Ab dem kommenden Wintersemester 2007/08 wird das Studium der Rechtswissenschaften vom ersten bis zum neunten Fachsemester zulassungsbeschränkt sein. Studienortwechsler können dadurch nur noch im Rahmen freiwerdender Studienplätze an die Universität zu Köln wechseln. Dadurch sollen insbesondere der große Andrang auf bestimmte Schwerpunktbereiche des Hauptstudiums kanalisiert und die Wartezeiten für Schwerpunktseminare reduziert werden.

**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 des Universitätsprofessors für Staats- und Verwaltungsrecht  
Dr. Michael Sachs

die Lehrbefähigung von

**Herrn Dr. Joachim Englisch aus Schleswig**

für die Fächer

**„Steuerrecht, Öffentliches Recht und Europarecht“**

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

**„Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel mit Schluss-  
folgerungen für indirekte Steuern“**

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

Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

**L e h r b e f u g n i s .**

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

**P r i v a t d o z e n t**

verbunden.

Köln, 19. April 2007

Der Dekan

(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 des Universitätsprofessors für Staats- und Verwaltungsrecht  
Dr. Michael Sachs

die Lehrbefähigung von

**Herrn Dr. Matthias Armgardt aus Arnsberg/Westfalen**

für die Fächer

**„Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte, Römisches Recht und  
Neuere Privatrechtsgeschichte“**

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

**„Antikes Lösungsrecht – eine Untersuchung zum jüdischen, griechisch-  
hellenistischen und römischen Recht“**

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

Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

**L e h r b e f u g n i s .**

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

**P r i v a t d o z e n t**

verbunden.

Köln, 12. Juli 2007

Der Dekan

(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 des Universitätsprofessors für Staats- und Verwaltungsrecht  
Dr. Michael Sachs

die Lehrbefähigung von

**Frau Dr. Sabine Ivana Wesser aus Leverkusen**

für die Fächer

**„Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht“**

fest, nachdem sie in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

**„Gewährleistung von Privatautonomie durch Bereicherungsrecht und kausale Konstruktion - zugleich eine Untersuchung zum Begriff des Vermögens im Rechtssinne“**

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

Gleichzeitig erteilt ihr die Fakultät insoweit die

**L e h r b e f u g n i s .**

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

**P r i v a t d o z e n t**

verbunden.

Köln, 12. Juli 2007

Der Dekan

(Siegel)



## Magister-Legum-Absolventen WS 2006/07 – SS 2007

**Lucie Boedts** (Belgien): „Put- und Call-Optionen, Rechtliche Absicherung von Handlungsflexibilitäten im Investment-Banking“

(Prof. Dr. Dauner-Lieb, 06.11.2006)

**Olivia Johanna Erdelyi** (Ungarn): „Internationalprivatrechtliche Fragen der Limited Liability Partnership englischen und US-amerikanischen Rechts“

(Prof. Dr. Mansel, 05.04.2007)

**Desislava Gavrilova** (Bulgarien): „Die Einräumung von Nutzungsrechten an Werken der modernen bildenden Kunst - Rechtsvergleich zwischen dem deutschen und dem bulgarischen Recht“

(Prof. Dr. Peifer, 14.05.2007)

**Roxana Viorica Haack** (Rumänien): „Der Nacherfüllungsanspruch beim Kauf“

(Prof. Dr. Mansel, 27.11.2006)

**Iwona Aleksandra Jacko** (Polen): „Rückforderung EG-rechtswidriger Beihilfen nach deutschem und polnischem Recht“

(Prof. Dr. Ehrlicke, LL.M., M.A., 16.11.2006)

**Mariam Khachapuridze** (Georgien): „Freizeichnungs- und Vertragsstrafklauseln im internationalen Vertragsrecht“

(Prof. Dr. Berger, LL.M., 05.07.2007)

**Feras Ahmad Kheirallah** (Jordanien): „Ehrenmorde in Jordanien“

(Prof. Dr. Walther, LL.M., 21.05.2007)

**Anna Maria Klimaszewska-Golan** (Polen): „Mindestlöhne- staatliche Regelungen und Freizügigkeiten nach dem EG-Recht am Beispiel eines polnischen Dienstleistungsunternehmens“

(Prof. Dr. Ehrlicke, LL.M., M.A., 15.11.2006)

**Stella Koukouletsou** (Griechenland): „Aktuelle rechtliche Entwicklung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung“

(Prof. Dr. Dauner-Lieb, 04.07.2007)

**Dagmara Labisch** (Polen): „Die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverhältnissen gemäß §14 Abs. 2 TzBfG“

(Prof. Dr. Preis, 17.10.2006)

**Margherita Manfredonia** (Italien) „Deutsches und italienisches Abstammungsrecht im Rechtsvergleich“

(Prof. Dr. Mansel, 21.05.2007)

**Veranika Miadzvedzeva** (Weißrussland): "Umtauschverhältnisse bei Verschmelzungen“

(Prof. Dr. Hennrichs, 21.05. 2007)

**Ilias Papadopoulos** (Griechenland): „Der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts - Einflüsse der europäischen auf die nationale Rechtsprechung“

(Prof. Dr. Katzenmeier, 20.07.2007)

**Marialinda Papi** (Italien): „Umsetzung der europäischen Ansätze zur Schaffung eines Euroinnenmarktes in Italien“

(Prof. Dr. Ehrlicke, LL.M., M.A., 17.11.2006)

**Pinar Samiloglu** (Türkei): „Türkisches und deutsches Handelsvertreter- und Vertragshändlerrecht im Rechtsvergleich“

(Prof. Dr. Krüger, 20.07.2007)

## II. Festvorträge und Antrittsvorlesungen



## Vierzig Jahre Institut für Rundfunkrecht – Rückblick und Ausblick

*Prof. em. Dr. Dres. h. c. Klaus Stern, Köln*

40 Jahre Institut für Rundfunkrecht – ist das ein Anlaß zum Feiern? Manche werden zweifeln, gehört doch die Zahl 40 nicht gerade zu den klassischen Jubiläumsszahlen wie etwa 25, 50, 75 oder gar 100. Den Zweiflern möchte ich gern mit Goethes Bemerkung in den „Noten und Abhandlungen zum besseren Verständnis des West-östlichen Divans“ – wer liest das noch? – antworten: „Mehrere runde heilig, symbolisch, poetisch zu nennende Zahlen kommen in der Bibel sowie in anderen altertümlichen Schriften vor. Die Zahl Sieben scheint dem Schaffen, Wirken und Tun, die Zahl Vierzig hingegen dem Beschauen, Erwarten, vorzüglich aber der Absonderung gewidmet zu sein“. Ich könnte auch noch Friedrich Rückert zitieren: „Mit vierzig ist der Berg erstiegen, wir stehen still und schau'n zurück“.

Doch genug der literarischen Vorrede. Von einem Bericht über eine wissenschaftliche Institution aus dem Munde eines Juristen erwarten Sie, meine Damen und Herren, Nüchternes, nicht Schöngeistiges, eben den Rückblick, wie wir den Berg der Mühen seit der Gründung des Instituts erstiegen, welche Leistungen wir erbracht und welche Perspektiven wir für die Zukunft zu bieten haben.

Wir, die jetzigen Direktoren des Instituts Hanns Prütting, Karl-Nikolaus Peifer und ich, haben in dankbarer Erinnerung unserer Gründungsväter zu gedenken: Hans Brack, Verwaltungsdirektor und Justitiar des Westdeutschen Rundfunks und Honorarprofessor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, unterstützt von Günter Herrmann auf Seiten des Rundfunks, der Professoren Heinz Hübner, Dietrich Oehler und Klaus Stern auf Seiten der Universität. Sie haben das Institut in den Gremien des Westdeutschen Rundfunks und der Westdeutschen Werbefernsehen GmbH einerseits, in der Rechtswissenschaftlichen Fakultät und im Senat der Universität zu Köln andererseits 1967 aus der Taufe gehoben. Das war kein leichtes Unterfangen. Fragen standen allerorten an: die Trägerschaft, um die wissenschaftliche Unabhängigkeit des Instituts zu sichern, die Finanzierung, die Bildung und Zusammensetzung eines Kuratoriums, das die Arbeit des Instituts begleitet, und vor allem die Frage: Ist Rundfunkrecht überhaupt schon eine Rechtsdisziplin, die es gestattet, sie mit einer eigenständigen Einrichtung zu umhegen?

Alle Probleme konnten gelöst werden mit der Unterstützung einsichtsvoller Persönlichkeiten, die heute leider nicht mehr unter uns weilen: Oberbürgermeister August Seeling, Vorsitzender des Rundfunkrates des WDR und des Aufsichtsrates der Westdeutschen Werbefernsehen GmbH, Intendant Klaus von Bismarck, Willi Weyer, Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen. Letzterer genehmigte die Stiftung zur Förderung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln als Trägerin des Instituts im Einvernehmen mit dem Justizministerium Ende 1967. Stiftung und Institutssatzung wurden im selben Jahr beschlossen. Die Direktoren des Instituts und die Mitglieder des Kuratoriums nahmen ihre Tätigkeit auf. Das Institut trat ins Leben, fand Räume in der Robert-Koch-Straße, baute eine Bibliothek auf, konnte Mitarbeiter einstellen, begann mit wissenschaftlichen Projekten und Seminaren. Im Juni 1968 fand die erste öffentliche Veranstaltung statt, auf der u. a. Prof. Svante Bergström von der Universität Uppsala sprach, um von Anbeginn an zu demonstrieren, daß das Institut sich nicht national zu beschränken gedachte. Dies spiegelt sich auch in den zahlreichen Besuchen, die wir von ausländischen Wissenschaftlern nicht nur aus Europa, sondern auch aus Japan, Korea und Amerika hatten. Das Institut war von Anfang an international geöffnet. Darum freuen wir uns auch, daß seit 2005 die Deutsche Welle unsere Arbeit unterstützt<sup>1</sup>.

Mit der Gründung des Instituts wurde gleichzeitig eine Schriftenreihe im Verlag C. H. Beck aufgelegt, deren erste Bände schon zur Eröffnungsveranstaltung präsentiert werden konnten. Diese Schriftenreihe, die mittlerweile fast 100 Bände erreicht hat, wurde zu einem wichtigen Markenzeichen des Instituts. Sie wurde das Forum, in dem die Direktoren des Instituts, ihre Mitarbeiter und Doktoranden ihre wissenschaftlichen Arbeiten veröffentlichen konnten. Aber nicht nur sie gehörten zu den Autoren der Reihe, sondern auch Wissenschaftler und Praktiker von außen publizierten in diesem Institutsorgan. Zugleich wurden darin alle öffentlichen Veranstaltungen des Instituts sowie die intimeren Round-table-Gespräche veröffentlicht. So ist die Reihe zu einem lebendigen, dem deutschen und europäischen Recht der Medien zugewandten vielbeachteten Diskussionsforum geworden.

Die Schriftenreihe trägt auch heute noch wie das Institut selbst die Bezeichnung „Rundfunkrecht“ im Namen. Das ist dem Gründungsakt geschuldet, wiewohl

<sup>1</sup> F. Pieper, Der deutsche Auslandsrundfunk – Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Stellung, Funktionsbereich, Organisation und Finanzierung, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 80 (2000).

jeder weiß, daß das Recht des Rundfunks längst in weitere Dimensionen vorgestoßen ist und in ein verbreitertes Recht der Medien – alter und neuer, öffentlich-rechtlicher und privater, terrestrischer und satellitengestützter oder verkabelter oder wie immer verbreiteter Art – und der Kommunikation eingemündet ist. In dieser Hinsicht ist unser Publikationsorgan ebenso wie unsere Forschungsarbeit weit geöffnet. Die Referatetitel der heutigen Veranstaltung beweisen es; Kollege Peifer ist bereits darauf eingegangen und Kollege Prütting wird entsprechende Perspektiven aufzeigen. Auch unsere Lehrveranstaltungen und vor allem unsere Seminare haben stets diese neuen Entwicklungen berücksichtigt. Das ist schon deshalb geboten, weil durch die Neuordnung des Studiums der Rechte besondere Schwerpunktbereiche gebildet wurden, zu denen auch ein eigener Schwerpunktbereich „Medien- und Kommunikationsrecht“ gehört. Damit wird zugleich der enorme Zuwachs des Rechts der Medien von einem Randgebiet zu einem in Wissenschaft und Praxis zentralen Rechtsgebiet dokumentiert, das national und international vor allem europarechtlich größte Komplexität und vielfach höchste Brisanz aufweist. Diese Komplexität spiegelt sich in unseren Fachveranstaltungen, die stets auf Aktualität bedacht waren, unzweideutig wider. Der Blick in die Publikationstitel der Schriftenreihe erspart mir, dies im einzelnen darzulegen.

Rundfunkrecht, überhaupt das ganze Recht der Medien, der Kommunikation und der Multimedia-Welt, hat wie kaum eine andere Rechtsdisziplin im Zuge der neuesten technischen Entwicklung einen rasanten Wandel durchlaufen. Die Wissenschaft und die Rechtsordnung haben nicht immer rechtzeitig darauf reagiert. Dieses Nachhinken ist den Juristen und Politikern, nicht zuletzt den Ökonomen auch bei der Globalisierung widerfahren. Mittlerweile hat man die Zeichen der Zeit erkannt. Das gilt vor allem im Privatrecht, während man im öffentlichen Recht nur langsam aus überkommenen Pfaden heraustritt<sup>2</sup>. Dabei spielt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine maßgebliche Rolle, nach deren *Dicta* über lange Zeit galt, daß Rundfunkrecht größten Teils Verfassungsrichterrecht ist.

Diese Zeit ist zwar vorbei, nachdem wir neben den Landesmediengesetzen für den privaten Rundfunk und Landesgesetzen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen Rundfunkstaatsvertrag aller 16 Bundesländer besitzen, ergänzt um einen Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, einen Rundfunkgebührenstaats-

<sup>2</sup> Vgl. dazu vor allem *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, Vorbem. vor § 109; *F. Fechner*, Medienrecht, 7. Auf. 2006, mit Literaturangaben S. XXIV f.

vertrag, einen Mediendienste-Staatsvertrag, einen ARD-Staatsvertrag und einen ZDF-Staatsvertrag sowie einen DeutschlandRadio-Staatsvertrag und – nicht zu vergessen – ein Bundesgesetz über die Deutsche Welle. Wie volatil das Landesrecht jedoch ist, zeigt sich darin, daß z. B. der Rundfunkstaatsvertrag von 1991 inzwischen neunmal geändert worden ist. Das Recht der Medien ist also nicht mehr bloß „konkretisiertes Verfassungsrecht“, um eine Formel aufzugreifen, die ich 1969 auf der Veranstaltung des Instituts zum Thema „Rundfunkrecht und Rundfunkpolitik“ geprägt habe. Die deutsche Gesetzgebung hat dieses Rechtsgebiet mit einfachen Gesetzen so vehement und ausschweifend überzogen, daß Zweifel angebracht sind, ob nicht des Guten zuviel getan wurde. Dennoch bleibt, daß für alle Medien Art. 5 Abs. 1 GG die Magna Charta für freies Senden, Reden, Schreiben, Unterhalten, Informieren, Kommunizieren, Diskutieren ist. Zusammen mit der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit des Absatzes 3 ist Art. 5 GG das „geistig-kommunikative Urgrundrecht“, dessen kulturelle Dimension gar nicht genug betont werden kann<sup>3</sup>.

Der *free flow of information and communication* ist einer der großen Umbrüche, den uns Deutschen zunächst die Alliierten Siegermächte brachten, die als erste das Rundfunkwesen in Deutschland neu ordneten, ehe wir selbst dieses unserem Verfassungsrecht in Bund und Ländern anvertraut haben. Die grundrechtliche Absicherung der Rundfunkfreiheit, der Pressefreiheit und der Filmfreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 10 EMRK war es, die zusammen mit der Meinungsäußerungs- und der Informationsfreiheit den Massenmedien die verfassungsmäßigen Korsettstangen verlieh, die das einfache Bundes- und Landesrecht zusammenhielten. Verknüpft mit der Kunst- und der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG sind diese Grundrechte Ausdruck einer prinzipiellen Verfassungsentscheidung für die Freiheit des Geistes, der Kommunikation und der Hervorbringung der öffentlichen Meinung. Alle Freiheitsgarantien des Art. 5 GG gelten als Grundpfeiler einer freiheitlichen Kommunikationsverfassung, die für eine freiheitliche demokratische Staats- und Gesellschaftsverfassung schlechthin konstituierende Bedeutung haben<sup>4</sup>, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont hat<sup>5</sup>, um den Medien in Abkehr von der gelenkten Publizistik im natio-

<sup>3</sup> Vgl. *K. Stern*, aaO. Bd. IV/1, 2006, § 108 I 2 und 3 c.

<sup>4</sup> Einzelheiten bei *K. Stern*, aaO, Band IV/1, Vorbem. vor § 109 und § 109.

<sup>5</sup> Vgl. BVerfGE 5, 85 (134 f., 205); 7, 198 (208); 12, 113 (125); 20, 56 (97) und 162 (174); 33, 1 (15); 35, 202 (222); 42, 163 (169); 59, 231 (266); 77, 65 (74 ff.); 93, 266 (292); 102, 347 (363); für die Presse besonders: BVerfGE 20, 56 (97); 28, 55 (63); 33, 1 (15); 62, 230 (247); 102, 347 (362); 103, 44 (59); 107, 299 (329); für den Rundfunk besonders: BVerfGE 20, 56 (97); ähnlich 35, 202

nalsozialistischen Herrschaftssystem neuen Schwung zu verleihen. Die Verfassungsrechtsbasis war also gefestigt. Aber war sie auch stark genug gegen Anfechtungen?

Als das Institut für Rundfunkrecht vor 40 Jahren seine Tätigkeit aufnahm, lag zum Verständnis der „Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk“, wie es in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG korrekt heißt, bereits das erste Fernsehurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 1961 zur sog. Deutschland-Fernsehen-GmbH vor<sup>6</sup>. Dieses als „Magna Charta“ der Rundfunkverfassung etikettierte Urteil klärte gewichtige bislang umstrittene Grundsatzfragen des Rundfunkwesens in Deutschland. Auf der zweiten öffentlichen Veranstaltung des Instituts 1969 konnte ich schon resümieren, daß das „Urteil seither die Verfassungswirklichkeit im deutschen Rundfunkwesen geprägt hat und bestimmend geworden ist für das weitere Verhältnis von Bund und Ländern“ ..., daß aber „beileibe nicht alle Probleme gelöst (seien), die sich auf dem rundfunkrechtlichen Sektor ... (ergäben)“<sup>7</sup>. Was die Verfassungsrechtslage betrifft, waren denn auch dem Institut sehr bald eine Reihe neuer Aufgaben gestellt. Es galt, den „unfertigen Zustand der Rechtsentwicklung“<sup>8</sup> aufzuarbeiten.

Als Themen stellten sich namentlich kompetenzielle Fragen bei der Gründung des Zweiten Deutschen Fernsehens durch Staatsvertrag der Länder, der Gründung der Deutschen Welle und des Deutschlandfunks, worauf Band 4 und Band 10 unserer Schriftenreihe eingingen. Immer aktuell blieben Probleme der Wirtschaftlichkeit und Finanzierung der Rundfunkanstalten, vor allem im Wettbewerb mit der Presse einschließlich der Zulässigkeit von Rundfunkwerbung (Band 1, Band 16, Band 37), später erweitert um Marktmacht und Konzentrationskontrolle auf dem Fernsehmarkt (Band 79), ferner der Zugang zu den Sportrechten und die Frage der Kurzberichterstattung vor allem von Sportveranstaltungen (Bd. 81 und 89).

(225). Die Rechtsprechung zeichnet jetzt nach: *Chr. Degenhart*, Rundfunkrecht in der Entwicklung, K & R 2007, S. 1 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 12, 205 ff.

<sup>7</sup> *K. Stern*, Rundfunkrecht und Rundfunkpolitik – Beiträge und Reden aus wissenschaftlichen Veranstaltungen des Instituts für Rundfunkrecht, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 5 (1969), S. 27.

<sup>8</sup> *U. Scheuner*, Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), S. 1 (13).

Fundamentale Bedeutung indessen erlangte die Debatte über die Zulässigkeit von privaten Rundfunkunternehmen neben den etablierten öffentlich-rechtlichen Anstalten. So wie der Streit um die Deutschland-Fernsehen-GmbH maßgeblich deutsche Staatsrechtslehrer mit Stellungnahmen pro und contra in die Arena rief, war es nach 1967 das Saarländische Gesetz Nr. 806 über die Veranstaltung von Rundfunksendungen, das Privatrundfunk einführte – erstmals im Gefolge einer bereits früher begonnenen teilweise erbitterten Debatte, die ihr Ende erst Jahrzehnte später finden sollte. Die Tagung von 1980 spiegelt den Stand der Auseinandersetzung vor den bereinigenden Urteilen des Bundesverfassungsgerichts wider (Band 29, Band 31).

Das 3. Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juni 1981 erklärte zwar die Saarländische Rundfunknovelle von 1967 in wichtigen Teilen für verfassungswidrig, verbot aber privaten Hör- und Fernsehfunk nicht, sofern bestimmte Voraussetzungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt eingehalten seien<sup>9</sup>. Sie sind als „binnen- und außenpluralistisches Modell“ gekennzeichnet und brauchen für die hier anwesenden Sachkenner nicht näher erörtert zu werden.

Das Urteil war das Signal zur Entwicklung der „dualen Rundfunkordnung“. Alle Länder der Bundesrepublik Deutschland erließen Landesrundfunk- oder Landesmediengesetze, die privaten Rundfunk zuließen, deren eines, das Niedersächsische, nochmals das Bundesverfassungsgericht mit einem 4. Rundfunkurteil auf den Plan rief<sup>10</sup>, das die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den privaten Rundfunk erweiterte und konkretisierte, gleichwohl dem Gesetzgeber einigen Spielraum beließ<sup>11</sup>. 1987 konnte daraus der Rundfunkstaatsvertrag aller 11 Bundesländer erwachsen, der neben allgemeinen Vorschriften Bestimmungen sowohl für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (II. Abschnitt) als auch für den privaten Rundfunk (III. Abschnitt) enthält. „Duales Rundfunksystem“ als Kennzeichnung der Rundfunklandschaft in Deutschland wurde in der Präambel und in § 1 ausdrücklich festgelegt. Die vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 GG deduzierte Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks fand ebenfalls Eingang in die Präambel. Zusammen mit dem Grundversorgungsauftrag wurden damit Begriffe geboren, die Dissertationen und Se-

<sup>9</sup> BVerfGE 57, 295 (325).

<sup>10</sup> BVerfGE 73, 118 (152 f.).

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 73, 118 (167 f.).

minaren vielfältige Gelegenheiten zur engeren oder weiteren Interpretation boten<sup>12</sup>.

In den achtziger Jahren boten sich dem Institut aktuelle Arbeitsfelder, die am besten mit dem Begriff „Neue Medien“ gekennzeichnet sind. Friedrich-Wilhelm Frhr. von Sell, diesem Institut vielfach verbunden, läutete das Thema in Band 33 der Schriftenreihe mit folgenden Worten ein: „Immer neue – technische – Möglichkeiten haben ‚Medien‘ zur Entstehung gebracht, die über die Unmittelbarkeit des Wortes hinaus Systeme der Vermittlung darstellen, die es ermöglichen, die Einheit von Ort, Zeit und Gegenstand aufzuheben“. Als Beispiele nannte er Kabel, Satelliten, Videotext, Bildschirmtext in verschiedenen Variationen<sup>13</sup>. Die öffentliche Veranstaltung von 1979 unter Leitung von Heinz Hübner war eine der ersten, die dem Themenkreis nachhaltig Beachtung schenkte, und mein damaliger Mitarbeiter Peter J. Tettinger untersuchte in seinem Habilitationsvortrag eingehend die verfassungsrechtliche Verortung der Neuen Medien: Rundfunk, Presse oder etwa Drittes.<sup>14</sup> Vieles spricht dafür anzunehmen, daß es sich in vielen Fällen nicht um wirklich neue Medien handelt, sondern bloß um neuartige Nutzungsformen vorhandener Medien, was man wohl auch aus dem 6. Rundfunkurteil vom 5. Februar 1991 zum WDR-Gesetz und aus dem Nordrhein-Westfälischen Rundfunkgesetz herauslesen kann<sup>15</sup>. Hanns Prütting hat die Thematik 1997 fortgeführt unter dem signifikanten Titel „Die Zukunft der Medien hat schon begonnen – Rechtlicher Rahmen und neue Teledienste im Digitalzeit-

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 57, 295 ff.; 73, 118 ff.; 83, 238 ff.; *P. Niepalla*, Die Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 55 (1990); *M. Libertus*, Grundversorgungsauftrag und Funktionsgarantie, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 56 (1991); *K. Stern*, aaO, Bd. IV/1, § 110 IV 3 a β.

<sup>13</sup> Vgl. *F.-W. Frhr. v. Sell*, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit – Beiträge zu aktuellen Fragen, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 33 (1982), S. 109 ff.; s. auch *H. Hübner*, Rechtsprobleme des Bildschirmtextes, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 39 (1986)..

<sup>14</sup> Vgl. *P. J. Tettinger*, Neue Medien und Verfassungsrecht, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 28, (1980); *ders.* auch in: Rundfunk und Fernsehen – Informationsrecht, Informationspflicht und Informationsstil, Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 44 (1987); s. auch *E. König*, Die Teletexte, Versuch einer verfassungsrechtlichen Einordnung, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 30 (1980); *R. Stettner*, Rundfunkstruktur im Wandel, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. Band 47 (1988).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 83, 238 LS 1 c.

alter“, wo zwei unserer heutigen Referenten bereits vortrugen, Thomas Hoeren und Bernd Holznagel<sup>16</sup>.

Mitte der 80er Jahre wurde dem Institut ein ganz anderes Thema erschlossen: das Recht des Europarates und der Europäischen Gemeinschaft. 1984 legte die Europäische Kommission unter dem Titel „Fernsehen ohne Grenzen“ ein „Grünbuch über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel“ vor, demzufolge der EWG-Vertrag den Rundfunk in mehrfacher Hinsicht erfassen und daher die „schrittweise Errichtung eines gemeinsamen Marktes für die Veranstalter und die Empfänger von Rundfunk“ aufgebaut werden sollte<sup>17</sup>. Die Reaktion in Deutschland war abwartend. Fritz Ossenbühl sprach den Gemeinschaftsorganen die Zuständigkeit ab, auf den Kernbereich des Rundfunkwesens zuzugreifen, weil dieser primär nicht von wirtschaftlicher, sondern von kultureller Relevanz sei<sup>18</sup>. Diese Position ließ sich nicht verteidigen. Namentlich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>19</sup> drängte in eine andere Richtung, weil es sich beim Rundfunk auch um einen wirtschaftlichen Tatbestand handele, so daß zumindest Teile des Rundfunkwesens in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages fielen, nament-

<sup>16</sup> Vgl. *H. Prütting*, in: Die Zukunft der Medien hat schon begonnen – Rechtlicher Rahmen und neue Teledienste im Digitalzeitalter, Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 71 (1998).

<sup>17</sup> Grünbuch vom 14.6.1984 über die Errichtung des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk (Fernsehen ohne Grenzen), KOM (84) 300 endg.

<sup>18</sup> Vgl. *F. Ossenbühl*, Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, Berlin 1986; weit. Literatur zum Thema bei *Hermann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 8 Rdn. 29. S. jetzt auch das Unesco-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 21.10.2005.

<sup>19</sup> EuGH 30.4.1974 (*Sacchi*), Rs. 155/73, Slg. 1974, 409; EuGH 18.3.1980 (*Debauve*), Rs. 52/79, Slg. 1980, 833; EuGH 18.3.1980 (*Coditel I*), Rs. 62/79, Slg. 1980, 881; EuGH 6.10.1982 (*Coditel II*), Rs. 262/81, Slg. 1982, 3381; EuGH 26.4.1988 (*Kabelregulierung*), Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085; EuGH 30.5.1989 (*Erasmus*), Rs. 242/87; EuGH 18.6.1991 (*Elliniki Radiophonia*), Rs. C-260/89, EWS 1991, 284; EuGH 3.2.1993 (*Veronika*), Slg. I-1993, 487; EuGH 5.10.1994 (*TV 10*), Slg. I-1994, 4795; EuGH 9.2.1995 (*Leclerc Siplec*), Slg. I-1995, 179; EuGH 10.9.1996 (*Adult Channel*), Slg. I-1996, 4025; EuGH 10.9.1996 (*TNT*), Slg. I-1996, 4115; EuGH 12.12.1996 (*Werbeformen und Sponsoring*), Slg. I-1996, 6471; EuGH 29.5.1997 (*Paul Denuit*), Slg. I-1997, 2785; EuGH 5.6.1997 (*VT 4*), Slg. I-1997, 3143; EuGH 9.7.1997 (*De Agostini*), Slg. I-1997, 3843; EuGH 28.10.1999 (*Bruttoprinzip bei Fernsehwerbung*), Slg. I-1999, 7599.

lich in die Regelungen der Dienstleistungsfreiheit der Art. 40 ff.<sup>20</sup>. Auf dieser Grundlage erging auch die Fernseh-Richtlinie 89/552<sup>21</sup>, die in Kürze von der „Richtlinie für Audiovisuelle Mediendienste“ abgelöst werden wird. Dem ständigen Zugriff der EG-Organen sollte zumindest das Amsterdamer Protokoll zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Grenzen setzen.

Das Institut nahm sich mehrfach der Verzahnung des deutschen Rundfunkrechts mit dem Europäischen Recht an. Ich darf an die Veranstaltungen von 1990<sup>22</sup>, 1998<sup>23</sup>, 2002<sup>24</sup>, 2004<sup>25</sup> und 2006<sup>26</sup> erinnern. Es waren stets lebhafteste, kontroverse Referate und Diskussionen über brennende aktuelle Themen wie – um wenigstens die Stichworte zu nennen –:

<sup>20</sup> Vgl. *W. Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Art. 49, 50, Rdn. 9; umfassend dazu: *Tiedje/Troberg*, in: V. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV (2003), Art. 50, Rdn. 43 ff. m.w.N.

<sup>21</sup> Fernseh-Richtlinie 89/552/EWG, Abl. 1989, L 298/23 nebst Änderung und Ergänzung durch Richtlinie 97/36/EG, Abl. 1997, L 202/60.

<sup>22</sup> Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht, Eine Rundfunkordnung für Europa – Chancen und Risiken, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 54 (1990).

<sup>23</sup> Gemeinsame Vortragsveranstaltung der Institute für Rundfunkrecht und Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 73 (1998).

<sup>24</sup> Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Nationaler Rundfunk und Europäisches Gemeinschaftsrecht zwischen Kommunikationsfreiheit und Regulierung, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht Bd. 86 (2002).

<sup>25</sup> Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 93 (2004).

<sup>26</sup> Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Die Bedeutung des Europäischen Rechts für den nationalen Rundfunk, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 97 (2006).

- erstmals 1990 und sodann wieder 2002 und 2006 Grundsatzfragen des nationalen Rundfunks im Lichte des Europäischen Gemeinschaftsrechts<sup>27</sup>;
- die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, insbesondere der Beihilfestreit mit der Kommission, der trotz des Amsterdamer Protokolls wohl erst jüngst ausgeräumt worden ist<sup>28</sup>;
- die Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer Europäischen Verfassung<sup>29</sup>;
- die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen<sup>30</sup>;
- die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts im Lichte des Caroline-Urteils<sup>31</sup>.

Diese überaus brisanten Themen spiegeln bei näherer Betrachtung den vielfältigen Einfluß sowohl des Europäischen Primärrechts, vor allem des EG-Vertrags, als auch des Sekundärrechts, namentlich der Fernsehrichtlinie, deren Novellierung ansteht, sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen des Europarates auf das nationale Rundfunkrecht wider<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Eine Rundfunkordnung für Europa – Chancen und Risiken, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 54 (1990); vgl. außerdem: Bd. 86 aaO (Fn. 24); Bd. 97 aaO (Fn. 26).

<sup>28</sup> Gemeinsame Vortragsveranstaltung der Institute für Rundfunkrecht und Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Bd. 73 aaO (Fn. 23); zuletzt C. Degenhart, Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus nationaler und internationaler Sicht: Der Rundfunkauftrag als Grundlage und Grenze, in: AfP 2005, 493; C.-E. Eberle, Gestaltung der deutschen Rundfunkordnung durch die europäische Beihilfeaufsicht?, in: Festschrift für K. P. Mailänder, Berlin 2006, S. 197 m.w.N.

<sup>29</sup> Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Bd. 93 aaO (Fn. 25).

<sup>30</sup> Expertentagung vom 2. und 3. Oktober, Die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 75 (1999).

<sup>31</sup> Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Das Caroline-Urteil des EGMRK und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Schriftenreihe d. Instituts f. Rundfunkrecht, Bd. 94 (2006).

<sup>32</sup> Ob auch die EG-Transparenz-Richtlinie auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk anwendbar ist, muß offen bleiben (vgl. dazu K. E. Hain, in: MMR 2001, 219); Zu diskutieren ist auch die Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG, ABl. 2006 L 376/36).

Daraus erwuchs eine umfangreiche Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg als auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg. Wissenschaftlich hat dies zur Konsequenz, daß Rundfunkrecht in Deutschland nicht mehr allein in der Idylle des Landesrechts verortet werden darf. Das Institut hat sich darauf in seinen jedes Jahr stattfindenden lebhaft besuchten Seminaren und Lehrveranstaltungen sowie in der Vergabe von Dissertationsthemen eingestellt. Die Organe der Europäischen Gemeinschaft sind ein gewichtiger Faktor im Spiel der Kräfte in der Rundfunkpolitik geworden. Die Rundfunkunternehmen haben es in der Vergangenheit gespürt und werden es ebenso wie die anderen Medien auch in der Gegenwart auszudiskutieren haben, behält man im Auge, daß sich bereits die Umrisse einer europäischen Medien- und Telekommunikationsordnung abzeichnen. Erinnerung sei nur an das „Richtlinienpaket 2002“ – Zugangsrichtlinie, Genehmigungsrichtlinie, Rahmenrichtlinie und Universaldienstrichtlinie – allesamt neue technische Kommunikationsregelungen<sup>33</sup>. Dieses Paket läßt zwar materiell den Rundfunk unberührt, aber es bleibt auf der Tagesordnung die zentrale Frage, wie weit die Rundfunkkompetenzen der Gemeinschaft reichen. Sie sind nur punktuell – das ist unbestritten<sup>34</sup> –, aber im Verständnis der Gemeinschaftsorgane sehr weitgehend und ständig intensiviert worden. Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag in Verbindung mit dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit von 1997 hat sich bisher nicht als wirkliche Bremse erwiesen. Es bleibt zu wünschen, daß der schärfer gefaßte Art. I – 11 der zu erhoffenden EU-Verfassung der Kompetenzausdehnung klarere Schranken zieht, sind doch dort die Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit präziser normiert.

Mit dem Stichwort EU-Verfassung sind wichtige Arbeitsfelder der Institutstätigkeit angesprochen. Sie waren schon bisher nicht ausgeklammert, vor allem was Teil II des Verfassungsvertrages betrifft und darin besonders Art. 11 der EU-Grundrechte-Charta (= Art. II – 71 EU-Verfassungsvertrag). Diese Bestimmung enthält den bedeutungsschweren Satz: „Die Freiheit der Medien und ihre

<sup>33</sup> Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. 2002 L 108/7.

<sup>34</sup> Vgl. *Th. Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. München 2005, § 26 Rn. 22; *Hartstein/Ring/Kreile*, Rundfunkstaatsvertrag, Teil B4, Rdn. 1 ff. und Rdn. 20 ff. (Stand: 28. Lfg.); *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, Rundfunk, Mediendienste, Teledienste, Kommentar, RStV Präambel, Rdn. 23.

Pluralität werden geachtet“, womit über Art. 10 EMRK hinausgegriffen wird und zugleich der Funktion der Medien als Wirtschafts- und Kulturgut<sup>35</sup> Rechnung getragen wird. Medienpluralismus findet damit eine grundrechtliche Absicherung<sup>36</sup>. In Seminaren sind wir dieser Aussage ebenso wie der Bedeutung der Kulturklausel in Art. 22 der Charta (= Art. II – 82 EU-Verfassungsvertrag) in Verbindung mit Art. III – 280 EU-Verfassungsvertrag, derzeit Art. 151 EG-Vertrag, mehrfach nachgegangen.

Ungeachtet der Aufgaben, die durch die europäische Entwicklung gestellt sind, darf nicht vergessen werden, daß es viele nationale Rechtsfragen gibt, die dem Institut Themen zur wissenschaftlichen Vor- und Nacharbeit bescheren. Wieder einmal haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten das Bundesverfassungsgericht angerufen, um Rechtsklarheit bei der Gebührenfestsetzung zu erhalten. Dabei geht es nicht so sehr um die Gebührenhöhe als um die Gefährdung der Unabhängigkeit der Rundfunkanstalten, insbesondere um die Wahrung der 1994 vom Bundesverfassungsgericht dekretierten Verfassungsvorgabe der Sicherstellung, daß „die Programmneutralität und Programmakzessorietät der Gebührenentscheidung gewahrt bleiben (muß)“<sup>37</sup>. In Band 1 unserer Schriftenreihe hatte ich bereits 1968 den Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten entwickelt, der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Grundsatz bestätigt worden ist<sup>38</sup>. Damals ging es um den Anspruch als solchen, heute um die 1968 noch nicht relevante Frage, wie der Anspruch zu verwirklichen ist, ohne daß die Unabhängigkeit des Rundfunks angetastet wird. Wir warten gespannt auf das dann 9. Rundfunk-Urteil. Für das Institut wird mithin die Arbeit auch im 5. Jahrzehnt nicht ausgehen.

Das gilt auch für die Probleme, die die technischen Innovationen in der Welt der Medien mit sich bringen. Hier stellt sich die Frage, inwieweit sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk neue Betätigungsfelder erschließen darf, z. B. hinsichtlich Internetaktivitäten, Schaffung von Medienparks und Pay-TV-Angeboten.

<sup>35</sup> Dazu *E.-M. Michel*, *Audivisuelle Medien – Kultur versus Kommerz?* Festschrift für K. P. Mailänder, aaO (Fn. 28), S. 565.

<sup>36</sup> Vgl. *K. Stern*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, München 2006, Art. 11 Rdn. 31 f.; *H. D. Jarass*, *EU-Grundrechte*, München 2005, § 16 Rdn. 29.

<sup>37</sup> BVerfGE 90, 60 (103).

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 73, 118 (158); 74, 297 (342); 87, 181 (202); 90, 60 (91); näher *K. Stern*, aaO, Bd. IV/1, § 110 IV 3 a γ.

Bisher ist der Staatsvertrag für die Zulässigkeit neuer Betätigungen außerordentlich restriktiv. Aber läßt sich dies vor der Verfassung und den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts halten? Dazu bedarf es näherer Untersuchungen, für die die von mir betreute neuere Dissertation von Hans Felix Schäfer in Band 81 der Schriftenreihe einigen Aufschluß gibt.

Rundfunkrecht, im weiteren Sinne verstanden, ist und bleibt also eine spannende Rechtsmaterie. Das haben viele unserer Studenten und Doktoranden erkannt, als sie bei uns in die Lehre gegangen sind, um später in den Rundfunkunternehmen, Printmedien, Landesanstalten für Medien und staatlichen Aufsichtsorganen tätig zu werden. Die Zeit verbietet es, die Namen zu nennen. Ich hoffe nur, daß sie das Institut nicht vergessen.

Mein Bericht darf nicht enden, ohne den vielen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für ihre Arbeit zu danken. Ohne sie wären die Leistungen des Instituts nicht möglich gewesen. Wie viele es gewesen sind, die als studentische Hilfskräfte oder als wissenschaftliche Mitarbeiter bei uns gewesen sind, läßt sich nicht mehr ermitteln, ohne in unzähligen Akten im Institut oder in der für uns unentbehrlichen Stiftungsverwaltung, die bisher nur sechs Vorstände hatte, die Herren Brack, Frh. von Sell, Schmitz, Rohnke, Gamp und Frau Michel nebst ihren Stäben und stets unterstützt von Verwaltungsdirektor Norbert Seidel, unerquickliche Recherchen anzustellen. So möchte ich daher stellvertretend für alle Frau Anne-Monika Freysoldt-Erdbrügger nennen, die seit 1986 geschäftsführend im Institut wirkt. Ohne ihre organisatorischen Fähigkeiten fehlte dem Institut der umsichtige Ansprechpartner, der für alle Direktoren unverzichtbar ist.

Mein Dank gilt aber nicht nur den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen. Die Stiftungsorgane, vor allem das Kuratorium unter Vorsitz von Herrn Grätz, der von Herrn Seeling 1987 das Amt übernahm, haben die Arbeit des Instituts stets gefördert. Vertrauensvolle Zusammenarbeit von Kuratorium, Stiftung und den Direktoren hat das Institut vier Jahrzehnte begleitet. Möge sich daran auch in Zukunft nichts ändern! Dann ist mir um die Institutsgeschicke nicht bange.



# Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters – ein transnationales Rechtsproblem?

*Prof. Hilmar Raeschke-Kessler, LL.M.<sup>1</sup>*

## **I. Die Bildung von transnationalem Recht**

Es ist das entscheidende Merkmal transnationalen Rechts, daß es nicht staatlich gesetztes Recht ist, also nicht als Gesetz oder Verordnung erlassen worden ist und sich auch nicht aus der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte destillieren läßt. Ebenso wenig ist es Völkerrecht oder Völkergewohnheitsrecht; denn auch dies ist von Staaten oder zwischenstaatlichen Organisationen gesetztes Recht. Man denke nur an das gesamte EU-Recht.

Urheber transnationalen Rechts sind vielmehr ausschließlich diejenigen, die am internationalen Wirtschaftsverkehr unmittelbar beteiligt sind oder doch hieran, und sei es nur akademisch, interessiert sind. Unmittelbar beteiligt sind etwa die internationalen Schiedsgerichte. Akademisch interessiert ist etwa die Gruppe von Professoren, die sich bei UNIDROIT zusammengefunden hatte, um die *UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts von 1994*<sup>2</sup> zu erarbeiten. Auch das *CENTRAL*<sup>3</sup> der Kölner Juristischen Fakultät gehört zu den Geburtshelfern transnationalen Rechts.

## **II. Materielles und formelles transnationales Recht**

Eine materiell-rechtliche Regel transnationalen Rechts hat sich durchgesetzt, wenn sie von internationalen Schiedsgerichten im Schiedsspruch angewandt wird und ein derartiger Schiedsspruch von den staatlichen Gerichten anerkannt und für vollstreckbar erklärt wird.

Transnationale materiell-rechtliche Regeln wie die *UNIDROIT Principles of Commercial Contracts* bewegen sich aber bisher nicht im Bereich des zwingenden staatlichen Rechts. Sie können deshalb mit dem jeweiligen staatlichen *ordre*

<sup>1</sup> Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Honorarprofessor der Universität zu Köln; Antrittsvorlesung vom 29.6.2007.

<sup>2</sup> Jetzige Fassung: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, Rome, 2004.

<sup>3</sup> [www.central.uni-koeln.de](http://www.central.uni-koeln.de).

*public* nicht in Konflikt geraten. So kann man als Schiedsrichter etwa an Hand der UNIDROIT Principles das Problem nicht lösen, ob ein durch Korruption zustande gekommener Vertrag mit einem Staat über ein großes Infrastrukturvorhaben, etwa ein Kraftwerk oder eine Raffinerie für die staatliche Ölindustrie, in jedem Fall wichtig sein muß oder gegebenenfalls auch durch das Schiedsgericht anpaßbar sein kann. Ein Problem, daß für das eine oder andere größere deutsche Unternehmen an Bedeutung gewinnen dürfte.

Noch nicht gesagt ist damit, ob es auch transnationales Recht als formelles Recht, etwa als Verfahrensrecht für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gibt oder wenigstens geben sollte. Die Antwort ist eindeutig ja. Transnationale Verfahrensregeln sind z.B. die von der IBA, der *International Bar Association*, 1999 verabschiedeten *IBA-Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*<sup>4</sup>, kurz IBA-Rules genannt. Es ist deren Zweck, den *clash of legal cultures* bei der Beweisaufnahme zwischen der kontinental-europäischen und der anglo-amerikanischen Auffassung zu überwinden.

Die IBA-Rules betreffen aber ausschließlich den Kernbereich des schiedsrichterlichen Ermessens aus Art.19 Abs. 2 des UNCITRAL-Modellgesetzes = § 1042 Abs.4 ZPO: Sie regeln damit lediglich die Art und Weise, **wie** das Schiedsgericht am besten die Beweisaufnahme in einem internationalen Schiedsverfahren durchführen kann. Hier wölbt sich über jedem Schiedsgericht der blaue Himmel. Den staatlichen Gerichten ist es egal, ob ein Schiedsverfahren effizient oder ineffizient geführt wird, solange und soweit das Schiedsgericht das Gleichbehandlungsgebot der Parteien beachtet und ihnen ausreichend rechtliches Gehör gewährt. Die *IBA-Rules* bewegen sich daher von vornherein nicht auf einem Gebiet, das vom verfahrensrechtlichen *ordre public* erfaßt wird.

### **III. Transnationales Recht und *ordre public***

Die Frage lautet damit: Gibt es transnationales Verfahrensrecht im Kernbereich der Anerkennung und Vollstreckung internationaler Schiedssprüche und damit mit möglichen Auswirkungen auf den *ordre public* einen Vorbehalt jedes Staates? Beim ersten Hinsehen scheint die Antwort auf ein klares und unzweideutiges „nein“ hinauszulaufen. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs ist abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO genannten Aufhebungsgründe vorliegt. So sagt es unmißverständlich § 1060 Abs. 2 ZPO,

<sup>4</sup> [www.ibanet.org/legalpractice/Arbitration.cfm](http://www.ibanet.org/legalpractice/Arbitration.cfm).

der bekanntlich, wie nahezu das gesamte neue deutsche Schiedsverfahrensrecht im 10. Buch der ZPO dem UNCITRAL Modellgesetz von 1985 entnommen ist. Wir haben es insoweit mit einer zwingenden Norm zu tun, die durch transnationales Recht nicht aufgeweicht werden kann.

### **1. Schiedsgerichtsbarkeit = Rechtsprechung unter staatlicher Aufsicht**

Warum ist das so? Nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit sind immer private Rechtsprechung unter staatlicher Aufsicht. Hierfür drei Beispiele: (1.) Das staatliche Gericht überwacht zunächst die ordnungsgemäße Bildung des Schiedsgerichts. Über den Ablehnungsantrag gegen einen Schiedsrichter, dem in den Augen einer Partei die gesetzlich geforderte Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit fehlt, hat das letzte Wort das Gericht und nicht der Schiedsrichter oder das Schiedsgericht. So will es § 1037 Abs. 3 ZPO. (2.) Ebenso hat das staatliche Gericht und nicht das Schiedsgericht das letzte Wort über die Kompetenz und damit über die Frage, ob für die Entscheidung des Streites zwischen den Parteien ein Schiedsgericht oder das staatliche Gericht zuständig ist, § 1040 Abs. 3 ZPO. Bei der Entscheidung über die Kompetenz hat das Schiedsgericht im Regelfall lediglich das erste Wort. Schließlich entscheidet (3.) ausschließlich das staatliche Gericht darüber, ob ein im Inland ergangener Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt werden kann und ob ein ausländischer Schiedsspruch im Inland anerkannt und vollstreckt werden darf, §§ 1060, 1061 ZPO.

Die gesetzlichen Bestimmungen, die auf der einen Seite die Freiheit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit begrenzen, konstituieren zugleich auf der anderen Seite die Aufsichtsbefugnisse der staatlichen Gerichte. Sie sind zwingend und nicht abdingbar. Sie gehören zum *ordre public* eines jeden Staates. Damit stellt sich die Frage, wie weit transnationales Recht, also *soft-law*, zwingendes Verfahrensrecht, das zum Kernbestand des jeweiligen nationalen *ordre public* gehört, überhaupt zu beeinflussen vermag. Nur wenn die Antwort hierauf „ja“ lautet, oder mindestens „ja“ lauten kann, lohnt es sich der weiteren Frage nachzugehen, ob dies etwa auch für die Regeln über die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Schiedsrichters gilt oder gelten kann. Denn die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter ist eine der zentralen Voraussetzungen dafür, das der Staat oder besser die Staaten, die private internationale Schiedsgerichtsbarkeit zulassen und das Ergebnis eines Schiedsverfahrens, nämlich den Schiedsspruch, weltweit auf der Grundlage des *New Yorker Übereinkommens von 1958* für vollstreckbar erklären.

## 2. Definition von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Unabhängigkeit ist gekennzeichnet durch die Freiheit von sichtbaren oder beschreibbaren Bindungen zwischen einer Partei und einem Schiedsrichter, wie etwa die Zugehörigkeit des Schiedsrichters zur gleichen Sozietät des Anwalts, der die Partei im Schiedsverfahren vertritt. Unparteilichkeit bezeichnet dagegen abstrakt den vom Schiedsrichter gedanklich einzuhaltenden gleichen Abstand zu den Parteien. Es handelt sich damit um einen nur schwer nachweisbaren Geistes- oder Bewußtseinszustand des Schiedsrichters. Ist die Unparteilichkeit verletzt, muß sich das auch nach außen sichtbar manifestiert haben, etwa durch eine mündliche oder schriftliche Äußerung. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind Komplementärbegriffe und lediglich zwei verschiedene Seiten der gleichen Medaille, nämlich der geforderten Äquidistanz des Schiedsrichters zu den Parteien. Hierfür ein Beispiel aus eigener Anschauung: Die Forderung des Schiedsgerichts in einer mündlichen Verhandlung, sein vertraglich vereinbartes Honorar zu erhöhen, ist immer unangenehm. Während einer Schiedsverhandlung hat der von meiner Partei bestellte Schiedsrichter erklärt, es würde meine Partei teuer zu stehen kommen, wenn sie der begehrten Honorarerhöhung des Schiedsgerichts nicht Folge leiste. Die erfolgreiche Ablehnung war die notwendige Konsequenz.

## 3. Weltweit gültiger Standard

Bei der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit handelt es sich um einen weltweit gültigen Standard. Dessen Ursprung war zunächst Art. 9 der *UNCITRAL Arbitration Rules* von 1977. Er hat seinen endgültigen Siegeszug über Art. 12 Abs. 1 des UNCITRAL-Modellgesetzes von 1985 angetreten. Nicht nur Deutschland hat das Modellgesetz 1998 als geltendes Schiedsverfahrensrecht übernommen. Ebenso haben Staaten von Australien bis Zimbabwe gehandelt. Aber selbst Jurisdiktionen wie England, die bewußt nicht dem Aufbau und Wortlaut des Modellgesetzes gefolgt sind, haben nahezu identische Regelungen. Man denke nur an Nr. 24 Abs. 1 a) des englischen *Arbitration Acts* von 1996. Danach kann das Gericht einen Schiedsrichter aus dem Amt entfernen, wenn „*circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality*“.

Ein weiterer Beleg für die weltweite Geltung dieses elementaren Verfahrensgrundsatzes sind die 2004 von UNIDROIT gemeinsam mit dem *American Law Institute* –ALI– verabschiedeten „*Principles and Rules of Transnational Proce-*

*dure*<sup>5</sup>“. Die UNIDROIT Verfahrensgrundsätze von 2004 wenden sich jedoch gleichermaßen an staatliche Gerichte und an Schiedsgerichte, soweit diese über „*transnational commercial disputes*“ zu entscheiden haben.

Nr. 1.1 der UNIDROIT Principles lautet: „*The court should have judicial independence...*“ und Nr. 1.3: „*The court should be impartial...*“. Schon der Wortlaut läßt erkennen: das geht inhaltlich nicht über die Anforderungen von Art. 12 des UNCITRAL Modellgesetzes hinaus. Da sie gleichermaßen für den staatlichen Richter und den Schiedsrichter gelten sollen, verdeckt der Wortlaut zudem die tatsächlich bestehenden erheblichen Unterschiede zwischen beiden, soweit es sich um „klassische“ Gefährdungslagen der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit handelt.

Die größeren und großen internationalen Schiedsverfahren finden im Allgemeinen mit drei Schiedsrichtern statt. Dabei wählt jede Partei mit Wirkung auch für die andere Partei „ihren“ Schiedsrichter. Damit kann von vornherein eine unerwünschte Nähe zu dieser Partei bestehen, die zu Lasten der anderen Partei gehen kann. Das kann gleichermaßen auch für den Vorsitzenden gelten, der, wie dies üblich ist, häufig in enger Abstimmung mit den Parteien von den parteiernannten Schiedsrichtern ausgewählt wird. Um die sich aus der möglichen Nähe ergebenden Gefahren für die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit aufzufangen und zu neutralisieren, sieht Art. 12 Abs. 1 des Modellgesetzes = § 1036 Abs. 1 ZPO eine ständige Offenbarungspflicht des Schiedsrichters vor, die Parteien über solche Umstände unverzüglich aufzuklären, aus denen sich Zweifel an dessen Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit ergeben könnten. Der gesetzliche Richter des staatlichen Gerichts hat – jedenfalls im Regelfall – keine besonderen Beziehungen zu den Parteien. Für ihn gibt es daher auch keine ständige Aufklärungs- und Hinweispflicht, die über die Dauer des gesamten Prozesses andauert.

Die *UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* sehen eine ständige Aufklärungs- und Hinweispflicht für den Richter/Schiedsrichter nicht vor, bleiben also insoweit hinter dem Standard, wie er von Art. 12 des Modellgesetzes etabliert worden ist, zurück. Sie können damit lediglich zum Nachweis dienen, daß es auch transnationales Verfahrensrecht geben kann, dessen Zweck es ist, auf nationales Recht einzuwirken, das zum *ordre public* des jeweiligen Staates gehört. Sie sind jedoch unergiebig, soweit es näher um die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbar-

<sup>5</sup> [www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm](http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm).

keit geht. Hier bleibt Art. 12 des UNCITRAL Modellgesetzes der Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen.

#### **4. Zweck der Offenbarungspflicht**

Der Zweck der ständigen Offenbarungspflicht eines Schiedsrichters erschließt sich nur, wenn man zuvor eine ungeschriebene Voraussetzung von Art. 12 des UNCITRAL Modellgesetzes ermittelt hat: Der Schiedsrichter, der das Schiedsrichteramt annehmen will oder bereits angenommen hat und der die Parteien pflichtgemäß über Umstände informiert, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können, muß sich selbst für unparteilich und unabhängig halten. Wäre es anders, hätte er das Amt gar nicht anstreben dürfen, oder er hätte, sofern die Umstände erst nach seiner Ernennung aufgetreten sind, das Amt sofort niederlegen müssen.

Die Offenbarungspflicht dient also ausschließlich dazu, der Partei, die von den angezeigten Umständen nachteilig betroffen sein könnte, die Gelegenheit zu geben, zu überprüfen, ob sie die Selbsteinschätzung des Schiedsrichters teilt. Gelangt die Partei zu einer anderen Auffassung als der Schiedsrichter, kann sie diesen ablehnen. Das letzte Wort, über das Ablehnungsgesuch hat – jedenfalls bei Schiedsverfahren in Deutschland – der staatliche Richter. Das gilt auch, wenn zuvor eine Einrichtung der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit wie etwa die DIS oder die ICC über das Ablehnungsgesuch geurteilt und es abgelehnt haben, § 1037 Abs. 3 ZPO.

#### **5. Transnationales Recht mit Auswirkungen auf den *ordre public***

Es gibt bereits eine transnationale Regel, deren ausschließliches Ziel es ist, auf den jeweiligen *ordre public* des Staates einzuwirken, in dem ein Schiedsspruch aus der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit aufgehoben werden soll oder in dem verhindert werden soll, daß ein ausländischer Schiedsspruch anerkannt und für vollstreckbar erklärt wird. Es handelt sich um den Beschluß der *International Law Association –ILA– on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards* von 2002<sup>6</sup>. Dieser Beschluß richtet sich ausschließlich an die staatlichen Gerichte. Dort heißt es u.a.:

<sup>6</sup> The International Law Association, Report of the 70th Conference 2002.

„...in order to determine whether a principle forming part of its legal system must be considered sufficiently fundamental to justify a refusal to recognise or enforce an award, a court should take into account, on the one hand, the international nature of the case and its connection with the legal system of the forum, and, on the other hand, the existence or otherwise of a consensus within the international community as regards the principle under consideration ... When said consensus exists, the term transnational public policy may be used to describe such norms.”

Dieser Beschluß der ILA ist von großem Einfluß auf die Rechtsprechung der Gerichte im Aufhebungs- oder Anerkennungsverfahren internationaler Schiedssprüche, ohne dass dies immer deutlich wird. So liegt nach der neuesten Definition des Schweizer Bundesgerichts ein Verstoß gegen den *ordre public transnational* dann vor, wenn der Inhalt eines Schiedsspruchs mit der Wertordnung schlechthin unvereinbar sei, die nach in der Schweiz herrschenden Auffassung die Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte<sup>7</sup>. Es hat mit der eleganten Umschreibung „einer Wertordnung, die Grundlage jeder Rechtsordnung sein sollte“ den gelegentlich zu findenden Hinweis auf die „juristischen und moralischen Prinzipien der zivilisierten Staaten“ vermieden. Denn die Herleitung eines *ordre public transnational* aus der Wertordnung der „zivilisierten Staaten“ hat etwas Herabsetzendes gegenüber den Ländern der zweiten und dritten Welt.

Das zeigt jedoch: transnationale Rechtsgrundsätze haben sich bereits gebildet und können sich auch dort weiter bilden, wo sie auf den *ordre public* des Staates einwirken, in dem ein internationaler Schiedsspruch entweder aufgehoben oder anerkannt und vollstreckt werden soll. Es ist also vom Prinzip her möglich, daß sich auch transnationale Regeln bilden können, die sich auf die Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit eines Schiedsrichters beziehen.

## **6. Transnationale Regeln, die sich auf die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit eines Schiedsrichters beziehen**

Materielles transnationales Recht hat sich immer dort gebildet, wo das in einem internationalen Schiedsverfahren anzuwendende Recht für den zu entscheidenden Sachverhalt keine angemessene Lösung des Problems bereithält oder dort, wo die von mehreren Rechten angebotenen Lösungen so weit auseinander liegen, daß es unbillig erschiene, die Lösung des einen Rechts zu Lasten der Lö-

<sup>7</sup> Schw.BG v. 4.8. 2006-4P.105/2006, ASA Bulletin 2007, 105, 120.

sung des anderen Rechts vorzuziehen. So hätte es aber bei einer rein mechanischen Anwendung des *renvois* nach den Grundsätzen des klassischen Internationalen Privatrechts zu geschehen. Genau das ist bei den Entscheidungen der staatlichen Gerichte über die Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit gegenwärtig noch der Fall. Die mögliche und tatsächliche Bandbreite richterlicher Entscheidungen möchte ich Ihnen an zwei Beispielen zeigen:

(1) Ein amerikanisches Bundesgericht<sup>8</sup> und Bundesberufungsgericht<sup>9</sup> (US-District Court und US-Court of Appeal) haben den Schiedsspruch eines Einzelschiedsrichters aufgehoben, weil der Schiedsrichter sieben Jahre vorher gemeinsam mit dem Anwalt einer Partei des Schiedsverfahrens eine völlig andere Partei in einem Patentverletzungsverfahren vor den staatlichen US-Gerichten vertreten hatte. Aufhebungsgrund war allein die sieben Jahre zurückliegende Zusammenarbeit des Schiedsrichters mit dem Anwalt einer Schiedspartei in einem völlig anderen Verfahren, an dem keine der Parteien des Schiedsverfahrens beteiligt waren. Die im Schiedsverfahren unterlegene Partei hatte erst nach dem Erlaß des Schiedsspruchs eigene Ermittlungen angestellt und war hierbei auf die frühere Verbindung des Schiedsrichters mit einem Anwalt der anderen Partei gestoßen.

(2) Das Berufungsgericht in Stockholm<sup>10</sup> hat dagegen einen Schiedsspruch bestätigt, in dem der Einzelschiedsrichter den Parteien nicht angezeigt hatte, dass sogar noch während des Schiedsverfahrens als Anwalt unter der Bezeichnung „of Counsel“ in dem Büro tätig war, das eine der Parteien im Schiedsverfahren vertreten hatte.

Dass die beiden Entscheidungen miteinander nicht zu vereinbaren sind, liegt auf der Hand. Sie verdeutlichen jedoch, wo die Probleme bei der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit eines Schiedsrichters in einem internationalen Schiedsverfahren liegen. Umstritten sind vor allem Inhalt und Umfang der Offenbarungspflicht. Umstritten ist auch, ob ein Verstoß gegen die Offenbarungspflicht notwendigerweise zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen muß bzw. bei einem ausländischen Schiedsspruch zu dessen Nichtanerkennung. Bekanntlich

<sup>8</sup> *Positive Software Solutions v. New Century Mortgage Corp.*, 337 F. Sup. 2d 862, 878 (N.D.Tex.2004).

<sup>9</sup> *Id.*, 436 F. 3d 495, 504 (5th Cir 2006).

<sup>10</sup> *Jilken v. Ericsson*, Svea Court of Appeal v. 5.5.2006 – T 6875-04, berichtet unter [www.vinge.se/upload/bocker-artiklar/court%](http://www.vinge.se/upload/bocker-artiklar/court%).

schließt die Nichtanerkennung die Möglichkeit aus, aus dem ausländischen Schiedsspruch in dem betreffenden Staat auf der Grundlage des New Yorker Übereinkommens zu vollstrecken.

Die Spannweite zwischen den möglichen Positionen wird am besten an Hand des US-amerikanischen Urteils sichtbar. Hier gibt es zunächst eine prozessuale Besonderheit zu berichten. Die ursprüngliche bereits erwähnte Entscheidung war zunächst von dem üblichen Panel von 3 Berufsrichtern des *US-Court of Appeal for the 5th Circuit* Anfang Januar 2006 ergangen. Sie ist aber ganz ausnahmsweise vom gesamten Plenum des Gerichts, bestehend aus 16 Richtern, auf der Grundlage von Rule 35 der *Federal Rules of Appellate Procedure*<sup>11</sup> am 18.1.2007 von Amts wegen kassiert worden<sup>12</sup>. Rule 35 ermöglicht eine Entscheidung des Plenums, wenn die Einheitlichkeit der Entscheidungen des jeweiligen Appellate Courts gesichert werden soll, oder wenn das Verfahren eine Rechtsfrage von besonderer Bedeutung aufwirft. Auf welche der beiden Möglichkeiten sich das Plenum des *5th Circuit* gestützt hat, läßt sich seinem Urteil nicht entnehmen. Aber der US-amerikanischen Praxis folgend, haben die überstimmten Richter, deren Urteil kassiert worden war, der Mehrheitsentscheidung eine *dissenting opinion* beigefügt. Hierzu muß man weiter wissen, daß es für die gesamten Vereinigten Staaten lediglich 12 US-Courts of Appeal gibt und jedes dieser Gerichte ausschließlich mit Richtern ausgestattet ist, die der Qualität der Richter an unserem Bundesgerichtshof entsprechen.

Die zentralen Sätzen aus der *dissenting opinion* spiegeln die strenge Observanz wider<sup>13</sup>:

*„...full and fair disclosure by a potential arbitrator of every conceivable relationship with a party or counsel, however slight, is a prerequisite. No relationship with a party or lawyer is too minimal to warrant its disclosure, even if, in*

<sup>11</sup> „Rule 35 (a) When Hearing or Rehearing En Banc May Be Ordered. A majority of the circuit judges who are in regular active service may order that an appeal or other proceeding be heard or reheard by the court of appeals en banc. An en banc hearing or rehearing is not favored and ordinarily will not be ordered unless:

(1) en banc consideration is necessary to secure or maintain uniformity of the court’s decisions; or  
(2) the proceeding involves a question of exceptional importance.”

<sup>12</sup> *Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortgage Corporation*, US-Court of Appeal, 5th Circuit No. 05-11432, v. 18.1.2007.

<sup>13</sup> Wie FN 12, *Wiener*, Circuit Judge, Umdruck ab S. 28.

*the end, it might be deemed to be too minimal to warrant disqualification....The only shield available to the parties against favouritism, prejudice and bias is full and frank disclosure, "up front" by each potential arbitrator...The reason is obvious why such mandated disclosure of every relationship without self-abridgment by the potential arbitrator must assiduously be enforced.... For the system to enjoy credibility, each potential arbitrator absolutely must disclose every relationship with the parties and counsel, no matter how minimal or insignificant the aspiring arbitrator might deem it to be. For it is not the prerogative of the candidate to pick and choose, but the prerogative of the parties alone to decide such significance. And that cannot be done with any degree of comfort absent full disclosure"*

Es leuchtet unmittelbar ein, daß diese Position, würde sie transnationales Recht, für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit eine erhebliche Erschwerung mit sich brächte. Denn sie führte vorhersehbar zu einer neuen Flut von Ablehnungsanträgen wegen unvollständiger Offenlegung während eines laufenden Schiedsverfahrens und zu vermehrten Aufhebungsanträgen bzw. Einwendungen im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren über ausländische Schiedssprüche. Sie entbindet zugleich jede Partei von der Pflicht, die eigenen Angelegenheiten sorgfältig und zum richtigen Zeitpunkt wahrzunehmen. Denn die Frage drängt sich natürlich auf, warum es der unterlegenen Partei nicht möglich gewesen sein sollte, ihre Erkundigungen über den Schiedsrichter, die sie erst nach dem Schiedsspruch eingeholt hat, nicht bereits vor Beginn des Schiedsverfahrens einzuholen, bevor sie dessen Ernennung zum Schiedsrichter zugestimmt hatte.

Das Gebot der *due diligence*, das heißt, die Pflicht, eigene Interessen sorgfältig wahrzunehmen, sollte im internationalen Wirtschaftsverkehr nicht nur für die Erkundungspflichten des Käufers bei einer M&A Transaktion gelten. Auch die Partei eines Schiedsverfahrens hat die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszunutzen, um die Angaben eines Schiedsrichterkandidaten zu überprüfen. Auf Aufklärungslücken des Schiedsrichters, die sie erst später erkannt hat, aber bei angemessener Sorgfalt noch vor der Ernennung des Schiedsrichters hätte erkennen können, sollte sie erfolgreich weder einen Ablehnungsantrag, noch einen Aufhebungsantrag bzw. Einwand gegen die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs stützen können.

Ganz anders liest sich dagegen die von der Mehrheit des Plenums erlassene Kassationsentscheidung des *5th Circuit*. Ausgehend von der berühmten Ent-

scheidung des *US Supreme Courts in Commonwealth Coatings*<sup>14</sup> aus dem Jahr 1968, verarbeitet sie zunächst die gesamte seitdem von den US-Courts of Appeal ergangene Rechtsprechung zur Ablehnung eines Schiedsrichters, dem Umfang seiner Offenlegungspflicht und den Folgen einer möglichen Verletzung. Das ist hier im Einzelnen nicht wiederzugeben. Uns interessiert die Zusammenfassung der Plenarentscheidung und die lautet<sup>15</sup>:

*„[...] they all agree that nondisclosure alone does not require vacatur of an arbitral award for evident partiality. An arbitrator’s failure to disclose must involve a significant compromising connection to the parties...The resulting standard is that in nondisclosure cases, an award may not be vacated because of a trivial or insubstantial prior relationship between the arbitrator and the parties to the proceedings. The “reasonable impression of bias” standard is thus interpreted practically rather than with utmost rigor”.*

Und das Plenum schließt<sup>16</sup>:

*“Awarding vacatur in situations such as this would seriously jeopardize the finality of arbitration. Just as happened here, losing parties would have an incentive to conduct intensive after-the-fact investigations to discover the most trivial of relationships, most of which they likely would not have objected to, if disclosure had been made”.*

Man hört gleichsam das Aufatmen aller unserer US-amerikanischen Kollegen aus der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und nicht nur dort. Alle, die Schiedssprüche in den USA zu vollstrecken haben, werden tief durchatmen. Solange der US-Supreme Court nicht gegenteilig entscheidet, kommt es praktisch nicht vor, daß ein anderer US-Court of Appeal oder einer der US-District Courts von einer Plenarentscheidung eines US-Court of Appeal abweicht.

## **7. Zu den IBA Guidelines von 2004**

Das Plenum des 5th Circuit Court hat in seiner Entscheidung nicht die 2004 von der IBA herausgegebenen *IBA-Guidelines on Conflict of Interest in Internatio-*

<sup>14</sup> 393 U.S. 145, 89.

<sup>15</sup> FN 12, Umdruck S. 9 f.

<sup>16</sup> FN 12, Umdruck S. 15.

*nal Arbitration*<sup>17</sup> benutzt. Das brauchte es auch nicht, weil es sich um ein inner-amerikanisches Schiedsverfahren auf der Grundlage der AAA-Rules gehandelt hatte. Das US-amerikanische Urteil ist aber eine Bestätigung des Ansatzes, den die Arbeitsgruppe der *IBA Guidelines*, der ich angehört hatte, gewählt hat. Bei den *IBA-Guidelines* handelt es sich nach dem Verständnis der Arbeitsgruppe um transnationale Verfahrensregeln zur Ausfüllung der Begriffe Unparteilichkeit und Unabhängigkeit aus Art. 12 UNCITRAL Mustergesetz. Sie enthalten bekanntlich drei Listen, eine Rote, eine Orange und eine Grüne. Die dort aufgeführten Situationen sind alle der internationalen Schiedspraxis entnommen und sind damit lediglich Beispiele, die jedoch häufig vorkommen.

Eine in der zweigeteilten roten Liste beschriebene Situation, sollte, wenn sie tatsächlich vorliegt, regelmäßig dazu führen, daß ein Schiedsrichter kandidat das ihm angetragene Amt als Schiedsrichter nicht annimmt. Tut er es gleichwohl, egal, ob er die Parteien über deren Vorliegen vollständig informiert hat, ist seine Ablehnung wegen fehlender Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit stets gerechtfertigt. Als Beispiel diene das erhebliche eigene wirtschaftliche Interesse des Schiedsrichters am Ausgang des Schiedsverfahrens. Der zweite Teil der roten Liste berücksichtigt gleichwohl, daß es ein gemeinsames Interesse der vollständig aufgeklärten Parteien geben kann, einen nicht mehr Unbefangenen dennoch zum Schiedsrichter zu machen. Als Beispiel diene der Wirtschaftsprüfer, der für eine M&A Transaktion bereits für eine Partei ein Privatgutachten erstattet hat und in voller Kenntnis dessen von beiden Parteien zum Schiedsrichter bestellt wird, um über einen Streit über die vom Verkäufer aufgestellte Bilanz zu entscheiden. Das ist eine gar nicht so seltene Situation. Im zweiten Teil der roten Liste findet sich auch der Schiedsrichter wieder, der der gleichen Sozietät angehört, wie der Anwalt oder die Anwälte, die eine der Parteien im Schiedsverfahren vertreten, also der Stockholmer Fall<sup>18</sup>. Legt man den Standard der *IBA-Guidelines* zugrunde, hätte das Ablehnungsgesuch vor dem Stockholmer Oberlandesgericht erfolgreich sein müssen. *Sigvard Jarvin*, der Herausgeber der *Stockholm Arbitration Review*, hält daher auch die Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit für unglücklich und hofft darauf, daß sie vom Obersten Gericht Schwedens aufgehoben werden wird<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Wie FN 4.

<sup>18</sup> FN 10.

<sup>19</sup> Der Autor hat *Sigvard Jarvin* hierzu befragt.

In der orangen Liste sind die Standard-situationen enthalten, die in jedem Fall vom Schiedsrichterkandidaten gegenüber den Parteien offen gelegt werden müssen, um diesen oder mindestens der hiervon möglicherweise benachteiligten Partei die Gelegenheit zu geben, zu überprüfen, ob sie die Selbsteinschätzung des Schiedsrichters teilen, er sei gleichwohl unabhängig und unparteilich. Als Beispiel diene die vor Übernahme des Amtes beendete Zugehörigkeit eines Schiedsrichters zur Sozietät einer der Parteienanwälte, wenn die Trennung nicht älter als drei Jahre ist. Daraus ist im Umkehrschluß zu entnehmen, daß eine früheren Sozietätszugehörigkeit, die länger als drei Jahre beendet ist, nach den IBA Guidelines nicht angezeigt werden muß, ohne daß dies die IBA-Guidelines ausdrücklich sagen.

Schließlich enthält die grüne Liste harmlose Situationen, die sich ihrer Natur nach nicht auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Schiedsrichters auswirken können und die deshalb auch nicht angezeigt zu werden brauchen. Als Beispiel diene eine frühere gemeinsame Tätigkeit des Schiedsrichters mit einem der Parteienanwälte in einer völlig anderen Sache, etwa als Anwälte, die zwei verschiedenen Sozietäten angehört haben. Das ist genau die Situation, über die der *US-Court of Appeal for the 5th Circuit*<sup>20</sup> zwei mal mit den geschilderten entgegengesetzten Ergebnissen zu entscheiden hatte.

Die Listen der IBA-Guidelines sind allerdings nicht rein mechanisch zu lesen. Sie sind nur vor dem Hintergrund von insgesamt sieben formulierten „*General Standards*“ zu verstehen und zu bewerten. Dazu gehört als Grundregel, daß es für den Umfang und Inhalt der Offenlegungspflicht auf die subjektive Sicht der Parteien ankommt. Bei Zweifeln des Schiedsrichters, ob ein Umstand offenbarungspflichtig ist, sind die Zweifel zu Gunsten einer Offenlegung aufzulösen. So bestimmt es Standard 3. Dagegen sollen die Schiedsgerichtsinstitution und/oder die staatlichen Gerichte, die über einen Ablehnungsantrag zu entscheiden haben, einem objektiven Standard folgen. Hierzu heißt es im General Standard 2 c<sup>21</sup>:

*„Doubts are justifiable if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator was influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her conclusion“.*

<sup>20</sup> FN 9 und 12.

<sup>21</sup> FN 4

Es ist die erklärte Absicht der *IBA-Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* in gleicher Weise auf die Entscheidungsfindung der staatlichen Gerichte einzuwirken, wie dies die ILA mit ihrer Resolution von 2002 zur *public policy* getan hat. Es schadet der Schiedsgerichtsbarkeit als dem führenden Streitschlichtungsmechanismus der internationalen Wirtschaft, wenn es in Bezug auf die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit eines Schiedsrichters unterschiedliche Standards gibt, je nach dem in welchem Land das Schiedsverfahren stattfindet. Denn die Gerichte dieses Landes sind allein für die Ablehnung eines Schiedsrichters während eines laufenden Schiedsverfahrens zuständig. Sie allein entscheiden auch über einen Antrag, einen Schiedsspruch aufzuheben, an dem ein angeblich befangener Schiedsrichter mitgewirkt hat. Insoweit sollte sich in gleicher Weise ein internationaler Standard herausbilden, der dem *ordre public international* oder *transnational* unterliegt und nicht dem *ordre public national*, wie er für die rein nationale Schiedsgerichtsbarkeit gelten mag.

Die Rechtfertigung für die Differenzierung zwischen nationalen und internationalen Schiedsverfahren ist einfach: in rein nationalen Schiedsverfahren sind die Parteien gleichermaßen der Justizhoheit der staatlichen Gerichte unterworfen. Keiner geschieht Unrecht, wenn das staatliche Gericht auf sie gleichermaßen den *ordre public national* anwendet. Dagegen stammen die Parteien und die Schiedsrichter eines internationalen Schiedsverfahrens regelmäßig aus verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen Rechtskulturen. Mindestens eine Partei unterliegt nicht der Justizhoheit des Landes, in dem das Schiedsverfahren stattfindet. Das gilt sogar für alle Parteien, wenn der Schiedsort in einem Land ist, in dem keine der Parteien ihren Sitz hat und der damit neutral ist, wie dies sehr häufig der Fall ist.

Es fehlt damit an einer inneren Rechtfertigung, in Ablehnungs- oder Aufhebungsverfahren nicht den sonst üblichen Standard des *ordre public international* oder *transnational* anzuwenden, der für alle anderen Aufhebungsgründe gilt. Der gleiche Grundsatz muß selbstverständlich für die Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ausländischer Schiedssprüche gelten, soweit dort die angeblich fehlende Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit eines Schiedsrichters überhaupt noch eingewandt werden kann. Mit anderen Worten, in allen Angelegenheiten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sollten die staatlichen Gerichte ausschließlich einen *ordre public international* oder *transnational* und nicht den *ordre public national* anwenden.

## **8. Zusammenfassung**

Es gibt nicht nur materielles transnationales Recht, sondern es gibt auch transnationales Verfahrensrecht. Ebenso wie materielles transnationales Recht kann auch transnationales Verfahrensrecht auf den staatlichen *ordre public* einwirken. Die Begriffe Unparteilichkeit und Unabhängigkeit eines Schiedsrichters aus Art. 12 UNCITRAL Mustergesetz = § 1036 ZPO sind durch transnationale Regeln auszufüllen und auf dieser Grundlage einheitlich zu interpretieren. Das gilt insbesondere für die Pflicht eines Schiedsrichters, den Parteien eines internationalen Schiedsverfahrens die Umstände offen zu legen, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Die *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* sind ein derartiges transnationales Regelwerk. Ob ein Schiedsrichter gegen seine Offenbarungspflicht verstoßen hat und welche Folgen hieraus zu ziehen sind, ist bei internationalen Schiedsverfahren einheitlich am Maßstab des *ordre public international* oder *transnational* zu beurteilen.



III.  
Gedenkfeier für Heinz Hübner  
4. Mai 2007



## Grußwort des Dekans der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

*Prof. Dr. Michael Sachs, Köln*

Sehr verehrter, lieber Herr Hübner,  
sehr verehrte, liebe Frau Hübner,  
verehrte Frau Prorektorin,  
liebe Kollegen und Kolleginnen,  
meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich darf Sie alle im Namen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln sehr herzlich begrüßen zu der Akademischen Gedenkfeier zu Ehren des im vergangenen Jahr verstorbenen Mitglieds unserer Fakultät, Heinz Hübner. Ich freue mich, dass Sie heute so zahlreich hier erschienen sind, um – nachdem so viele von uns schon beim Begräbnis im März 2006 Abschied genommen haben – noch einmal, in spezifisch akademischer Weise Heinz Hübners zu gedenken und ihn damit zu ehren.

Ich freue mich besonders über die weit über den Kreis der aktiven und emeritierten Fakultätsmitglieder hinaus reichende Anteilnahme von Weggefährten, Schülern und Freunden aus anderen Fakultäten dieser Universität, von anderen Universitäten und aus dem außeruniversitären Bereich.

Von den vielen Persönlichkeiten, die von nah und zum Teil von sehr fern heute zu uns genommen sind, kann ich nur einzelne besonders hervorheben,

so aus der Praxis stellvertretend für alle anderen den Präsidenten des hiesigen Oberlandesgerichts, Herrn Johannes Riedel, den Kölner Generalstaatsanwalt, Herrn Jürgen Kapischke, und den Präsidenten der Kölner Rechtsanwaltskammer, Herrn Dr. van Bühren,

aus der Wissenschaft den Vizepräsidenten und Sekretär der Klasse für Geisteswissenschaften der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, Herrn Professor Dr. Dr. Jürgen C. Jacobs,

den beiden Welten gleichermaßen zugehörigen Richter des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Dr. Udo Steiner, als alten Freund der Familie Hübner;

aus unserer Universität begrüße ich besonders die Altrektoren Stern, Willeke, Wiedemann, Staak und Meincke, sowie den Altkanzler und Ehrensensator, Dr. Dr. Wolfgang Wagner,

vom Hochschulverband, dessen Vizepräsident Heinz Hübner war, kann ich den aktuellen Präsidenten und den Ehrenpräsidenten, die beiden Fakultätskollegen Kempen und Schiedermaier begrüßen,

schließlich aus dem Bereich der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien, die Heinz Hübner bis zuletzt am Herzen lagen, die Studienleiter aus Köln, Düsseldorf und Oberhausen, die schon erwähnten Altrektoren Willeke und Stern sowie Herr Kollegen Rolf Rettig.

Heinz Hübner war seit dem 1. März 1960 Mitglied der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, genau 46 Jahre lang, mehr als die Hälfte seines langen ausgefüllten Lebens. Er hat hier in dieser Zeit höchst erfolgreich gewirkt als Forscher und Lehrer, er hat im Rahmen der Selbstverwaltung der Fakultät gedient als Dekan, der Universität als Rektor, den Kollegen, zumal den jüngeren, als väterlicher Ratgeber. Bei einem Wissenschaftler seiner Statur ist es selbstverständlich, dass er auch über die Mauern der Universität hinaus wirksam wurde.

Einiges aus der Breite des akademischen Lebens von Heinz Hübner näher zu beleuchten, ist nicht mehr meine Aufgabe. Es stehen – wie Sie der Einladung entnehmen konnten – Berufenere dafür bereit.

Zunächst wird mein verehrter Fakultätskollege Luig, der inzwischen schon selbst emeritierte Nachfolger Heinz Hübners auf seinem Lehrstuhl, das wissenschaftliche Werk Heinz Hübners würdigen, das natürlich ungleich mehr umfasst, als den Lehmann/Hübner, der mir noch aus dem ersten Semester als äußerst anspruchsvolle Studienlektüre im Gedächtnis geblieben ist.

Herr Kollege Christoph Becker, selbst aus dem von Heinz Hübner gegründeten Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte hervorgegangen und an unserer Fakultät habilitiert, ist aus Augsburg gekommen, um die auch ganz persönlichen Erinnerungen eines Schülers mit uns zu teilen, die er auszugsweise schon im letzten Jahr in der NJW, der Neuen Juristischen Wochenschrift, in seinem Nachruf auf Heinz Hübner angesprochen hat.

Schließlich wird mein verehrter Fakultätskollege Schiedermaier, der dazu wie kein anderer berufen ist, uns das Leben Heinz Hübners für die Universität als Institution schildern.

Diesem breiten Spektrum an Würdigungen des wissenschaftlichen Forschers und Lehrers, aber auch Hochschulpolitikers Heinz Hübner ist im Rahmen der Begrüßung nichts mehr hinzuzufügen.

Ich darf daher jetzt an Herrn Kollegen Luig übergeben.



## Heinz Hübner – Das wissenschaftliche Werk

*Prof. em. Dr. Klaus Luig, Köln*

Spectabilität, sehr verehrte Angehörige der Familie Hübner, meine Damen und Herren!

Die heutige Akademische Feier gilt dem Gedenken an Herrn Professor Dr. Heinz Hübner, der als Rechtslehrer, Zivilrechtsdogmatiker, Rechtshistoriker und Hochschulpolitiker die Pflege von Recht und Gerechtigkeit in Deutschland in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in entscheidenden Punkten mitgestaltet hat.

Herr Hübner ist am 28. Februar des Jahres 2006 im Alter von 91 Jahren verstorben. Damit endete ein ereignisreiches und arbeitsreiches, aber auch erfolgreiches Leben. Meine Aufgabe ist es hier, das wissenschaftliche Werk von Herrn Hübner zu würdigen.

Geboren wurde Herr Hübner am 7. November 1914 in Wohlau in Schlesien. Nach dem Besuch des humanistischen Gymnasiums in seiner Heimatstadt nahm Herr Hübner in Breslau das Studium der Rechte auf, musste es aber beim Ausbruch des Zweiten Weltkrieges unterbrechen, um Kriegsdienst zu leisten und schließlich auch, inzwischen zum Major befördert, in amerikanische Kriegsgefangenschaft zu geraten, aus der er 1946 entlassen wurde. Den Kriegsdienst zu erwähnen, ist nicht ganz unwichtig, weil Herr Hübner sein ganzes Leben lang eine selbstaufgelegte Disziplin geübt hat, die in einem positiven Sinne durchaus etwas Militärisches und auch Kämpferisches an sich hatte. Er war auch offen und mutig: Kein anderer als Herr Hübner hätte wohl einen Festschriftbeitrag für einen Kollegen mit den Worten eröffnen können: „Dem Jubilar, der historischer Argumentation gegenüber stets eine gewisse Distanz bewahrte, einen Beitrag aus der Geschichte zu widmen, bedarf der Begründung“ (Ausgew. 351)<sup>1</sup> – man möchte ergänzen „und des Mutes“.

Bereits während des Krieges, im Jahre 1941, hatte Herr Hübner mit Gerda Wiedemann die Ehe geschlossen. Aus dieser Verbindung, die fast 60 Jahre Bestand hatte, bis ihm die Gattin im Tode vorausging, gingen zwei Kinder hervor, der Sohn Ulrich und die Tochter Helga, geboren 1942 und 1950.

<sup>1</sup> Das Kürzel „Ausgew.“ bezieht sich auf: Heinz Hübner, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte. Ausgewählte Schriften, herausgegeben von Klaus Luig, Köln 1997.

Erst nach dem Kriege und der Entlassung aus der Gefangenschaft konnte Herr Hübner in Erlangen das Studium der Rechtswissenschaft fortsetzen und beenden.

Die Promotion unter der Betreuung von Erwin Seidel erfolgte im Jahre 1948 auf der Grundlage einer antikrechtlichen Arbeit über das Amt des römischen Präfekten in Ägypten, des wichtigsten Provinzstatthalters Roms, in der Zeit von Diokletian bis zum Ende der römischen Herrschaft. Dieses war ein schwieriges Thema, das Herr Hübner mit unglaublicher Akribie und Scharfsinn bei der Auswertung der nur mit großen Mühen zu interpretierenden Quellen in Gestalt von Papyri, Inschriften, Gesetzestexten und Geschichtsschreibern glänzend bewältigt hat. Fasziniert an diesem Thema haben Heinz Hübner in einer für seine späteren Arbeiten typischen Weise die großen Veränderungen der sozialen Strukturen, in erster Linie der Übergang von republikanischen Formen der Regierung des Reiches zum Absolutismus, daneben aber auch der Übergang von einer heidnischen zur christlichen Kultur und schließlich die Anfänge eines Feudalsystems mittelalterlicher Prägung.

Nach Fertigstellung der Doktorarbeit und erfolgter Promotion wendete sich Herr Hübner, der damals neben seiner Tätigkeit als Universitätsassistent auch eine Anwaltskanzlei betrieb, zunächst von der Geschichte ab und der Zivilrechtsdogmatik zu, einem Gebiet, auf dem er – was die Wissenschaft anbelangt - seine bedeutendsten Leistungen erbringen sollte. Zivilrechtsdogmatik verstand Herr Hübner allerdings in einer ganz besonderen Weise, nämlich als eine eng mit der Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleichung verknüpfte Dogmatik. Diese Verknüpfung bezeichnete Herr Hübner als „vertikal“ oder „retrospektiv“, d.h. historisch vorgehende, aber gleichzeitig auch im herkömmlichen Sinne „horizontal“ orientierte Rechtsvergleichung, die unentbehrlich war als Basis einer jeglichen dogmatischen Untersuchung. Mit einer Glanzleistung auf diesem damals neuen und mit dem Blick auf eine kommende europäische Rechtsvereinheitlichung höchst zukunftssträchtigen Gebiete habilitierte sich Herr Hübner im Jahre 1953 in Erlangen bei Ludwig Schnorr von Carolsfeld.

Materiellrechtlich war Gegenstand der Habilitationsschrift der Erwerb von Eigentum durch einen Gutgläubigen aus der Hand eines Nichtberechtigten. So würde man sich jedenfalls heute in der Regel ausdrücken. Der Titel der Arbeit lautet aber in einer für Herrn Hübners Arbeitsweise kennzeichnenden Art, die Sache von der entgegengesetzten Seite her betrachtend, „Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht“. Damit wird deutlich, daß Herr Hübner nicht, wie allgemein üblich, in erster Linie nach der im Verkehrsinteresse liegenden Begründung der Erwerbsmöglichkeit des Gutgläubigen fragen wollte, sondern in einer auf Aus-

gleich von Spannungen und Gegensätzen bedachten Tendenz mit gleichem Nachdruck die rechtsethische Rechtfertigung des Verlusts des sein Eigentum an den gutgläubigen Erwerber verlierenden ursprünglichen Eigentümers zum Gegenstand seiner historischen, vergleichenden und dogmatischen Beobachtungen und Überlegungen machen wollte.

Das komparative und historische Material für diese Betrachtungen bildeten zunächst als „germanisches“ Recht angesehene Theorien der Juristen des 19. Jahrhunderts und überhaupt der liberale „Zeitgeist des 19. Jahrhunderts“, für den aber noch nicht die Pandektenwissenschaft verantwortlich gemacht wird. Dazu kommen das französische Recht vor dem Code civil und weiter sämtliche großen Kodifikationen angefangen mit dem bayerischen Codex von 1756 bis hin zum italienischen Codice civile von 1942, sodann die Rechte der nordischen Staaten und endlich auch England und Amerika. In gewisser Weise lieferte Herr Hübner damit die notwendige dogmengeschichtliche Ergänzung zu Wieackers nur ein Jahr zuvor erschienenen Wissenschaftsgeschichte des Privatrechts als Geschichte des Rechtsdenkens.

Diese Art der historisch und vergleichend untermauerten Zivilrechtsdogmatik, die Herr Hübner nach seiner Habilitationsschrift noch in zahlreichen Studien praktiziert hat und der schließlich auch viele seiner Doktoranden gefolgt sind (ich nenne hier nur die Namen Nanz, Genius, Hochstein, Klempt, Hermann, Ulrich Müller, Anke Leineweber und natürlich Christoph Becker), war durchaus eine Pionierleistung. Kein geringerer als Helmut Coing hat das in der Herrn Hübner zum 70. Geburtstag gewidmeten Festschrift mit folgenden Worten gewürdigt – ich zitiere -:

„Heute hat man den Eindruck, dass – während die Rechtsvergleichung in reichem Maße weitergepflegt wird – das Interesse für die historischen Zusammenhänge unserer Dogmatik weitgehend verloren gegangen ist. Diese Entwicklung bedeutet einen bedauerlichen Verlust; denn es ist nun einmal eine Tatsache, dass die systematischen Grundlagen unserer Wissenschaft nur sehr bedingt aus der Sache allein abgeleitet werden können; sie beruhen vielmehr auf Entwicklungen, die der Geistesgeschichte angehören, und sie können nicht ohne Schaden für die Dogmatik selbst aus diesem Zusammenhang gelöst werden. Die historischen Bedingungen ihrer Schöpfung müssen uns gegenwärtig sein. Diese Erkenntnis – fährt Coing fort – hat der Gelehrte, dem diese Zeilen gewidmet sind – also Herr Hübner – stets mit großer Überzeugungskraft vertreten ... und die deutsche Rechtswissenschaft hat Grund, ihm dafür dankbar zu sein.“

Diese Dankbarkeit zum Ausdruck zu bringen, ist der Sinn unserer heutigen Akademischen Gedenkfeier.

Herr Hübner selbst hat seine Methode als „Nutzbarmachung von Rechtserfahrung“ oder auch „Orientierung an der Rechtserfahrung“ oder auch als „Standortbestimmung“ und „Positionsbestimmung“ (Ausgew. 97) bezeichnet. Einer seiner Schlüsselsätze lautet: „... die Ermittlung der besten Lösung setzt die Aufbereitung fremder dogmatischer Rechtserfahrung voraus“ (Ausgew. 116). Bei einer anderen Gelegenheit heißt es: „Diese aktuellen Anforderungen an die Dogmatik – gemeint sind die Anforderungen, die die 1957 gegründete Europäische Gemeinschaft stellt (K.L.) – lassen horizontale Rechtsvergleichung zu einer Basisdisziplin der Juristenausbildung werden“. Herr Hübner fährt fort: „Um den Erfahrungsschatz der Jahrhunderte nutzbar zu machen, sollte die vertikale Rechtsvergleichung an ihre Seite treten“ (Ausgew. 118).

Dabei hatte Herr Hübner ganz konkrete Vorstellungen davon, was man mit Hilfe des, wie ich schon erwähnt habe, manchmal auch als „retrospektiv“ bezeichneten „Institutionenvergleichs“ bewirken könne, d.h. er sah darin einen „praktischen Nutzen“. Das war ein klares Bekenntnis zu einer applikativen Rechtsgeschichte, die Herr Hübner auch ausdrücklich gegen die damals das Feld der Diskussion beherrschenden Vertreter einer rein kontemplativen Rechtsgeschichte verteidigt und propagiert hat (Ausgew. 124, 125, 127, 351). – Inzwischen hat sich übrigens der Wind wieder gedreht. - Als Beispiel für einen „praktischen Nutzen“ zitiert Herr Hübner den höchst umstrittenen Fall des Rückerwerbs des Nichtberechtigten aus den Händen dessen, den er selbst erst nach den Regeln über den gutgläubigen Eigentumserwerb BGB zum Eigentümer gemacht hatte. Zur Rolle, die die Geschichte in diesem Falle spielen sollte, sagte Herr Hübner – ich zitiere – „...der retrospektive Institutionenvergleich (hätte) der Rechtsprechung eine maßgeblich Stütze sein können, um das sinnvoll Gebotene – mit den Mitteln des geltenden Rechts durchzusetzen“ (Ausgew. 119).

Und auch bei der Regelung der Rechtsfolgen des Wucherdarlehens, meint Herr Hübner, „wäre ein Blick auf die historische Entwicklung von Nutzen“ (Ausgew. 122).

In anderen Fällen konnte die historische Methode in der Sicht von Herrn Hübner sogar zur „Wiederbelebung“ von in Vergessenheit geratenen Rechtsprinzipien führen (Ausgew. 120) – so etwa im Falle des Rechtsschutzes der Persönlichkeit.

Ich erwähne das hier, weil Herr Hübner seinerzeit meinen in dieser Frage eher skeptischen Standpunkt ausdrücklich missbilligt hat (Ausgew. 124).

Eine rein kontemplativ betriebene Rechtsgeschichte wäre in den Augen von Herrn Hübner auch nicht viel wert gewesen. Auch die auf den ersten Blick rein historischen Arbeiten von Herrn Hübner sind, wenn man genau hinschaut, im Grunde „applikativ“ orientiert: sie beschreiben nicht nur, sondern lehren auch stets etwas.

In diesem Sinne hat Herr Hübner in einem Aufsatz zum Thema „Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts“ (Ausgew. 247) folgendes ausgeführt: „Es muß Aufgabe gerade der Rechtsgeschichte sein, einen solchen Entwicklungsprozeß in einen weiteren historischen Rahmen zu stellen, ihn dadurch bewusster zu machen und unter Aufhellung sozialer und ideologischer Motivationen zu einer neuen dogmatischen Standortbestimmung beizutragen“.

Das alles gilt aber nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht. Durch das Studium der Geschichte der Rechtsstellung des römischen Prätors „erweist“ sich beispielsweise für Herrn Hübner, dass – Zitat - „... die politische Sicherung gegenüber der ‚Gesetzgebungsgewalt‘ nicht nur durch Gewaltenteilung möglich ist, sondern auch durch außerjuristische Faktoren“ (Ausgew. 214).

Die Geschichte ist nützlich auch bei der Gewinnung grundsätzlicher Einsichten in die Funktionen des Rechtsunterrichts. So ist eine von Herrn Hübner als „historische Skizze“ bezeichnete Arbeit über „Die Einwirkung des Staates auf den Rechtsunterricht“ (Ausgew. 303) im Grunde ein Plädoyer für die Gestaltung des Universitätsunterrichts als Bildung auf historischer und philosophischer Grundlage und nicht als Fachschulausbildung.

Und schließlich ist auch die Studie „Staat und Untertan in der Gesetzgebung Kaiser Friedrichs II.“ (Ausgew. 333) eine Verteidigung des „Justizstaates“, der „Individualschutz“ und „Persönlichkeitsschutz“ gewährleistet. Herr Hübner scheut sich nicht, bei der Gesetzgebung von Friedrich II. von „Umweltschutz“ und „Verbraucherschutz“ zu reden. Geradezu mit einer gewissen Befriedigung konstatiert Herr Hübner „aktuelle Aspekte“ in der Gesetzgebung von Friedrich II. (Ausgew. 348).

Die Bedeutung der historischen Standortbestimmung zeigt sich schließlich auch in den der Hochschulpolitik gewidmeten Publikationen von Herrn Hübner. Um nur ein Beispiel zu nennen: Seine Untersuchung „Organisationsstruktur und Selbstverständnis in der Hochschule“ hat Herr Hübner selbst als „Eine Interdependenz in historischer Sicht“ bezeichnet (Ausgew. 413). Herr Hübner redet stets Klartext -: „Wer sich bemüht, aus kritischer Distanz zur Motivation der Thesen und Strukturprogramme vorzudringen, wird daher den Blick auf historische Entwicklungslinien nicht verschließen dürfen“ (Ausgew. 413).

Wichtig ist bei alledem jedoch, dass die Geschichte nicht etwa den Weg weist, nicht Unterwerfung fordert, sondern der Schaffung von Klarheit und der Standortbestimmung dient. Herr Hübner kritisiert streng die Unterwerfung des Gesetzgebers unter scheinbar im historischen Trend liegende Lösungen (Rechtsverlust, 1. Fall „germanisch“). Geschichte hilft jedoch, die Gefahr zu vermeiden, dass durch den Gesetzgeber „vorschnell historisch entwickelte Lösungen beiseite geschoben werden“ (Ausgew. 117). Aber auch umgekehrt: „Wenn man einer dogmatischen Position kritisch gegenüber tritt, liegt es nahe, die Entwicklung, die zur Verfestigung geführt hat, nachzuvollziehen“ (Ausgew. 39). So zum Problem des Abbaus von Nichtigkeitsvorschriften.

Der erste Ruf führte Herrn Hübner im Jahre 1955 auf einen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Universität Saarbrücken. Dort fungierte er nach dem Ende der französischen Zeit des Saarlandes in den Jahren 1956 bis 1958 als erster gewählter deutscher Rektor seiner Universität. Seit dieser Zeit haben Wissenschaftsverwaltung und Hochschulpolitik Herrn Hübner nicht mehr aus der Pflicht entlassen. Aber auch die Hochschulpolitik bedarf historisch gewonnener Einsichten. In der Ansprache, die Herr Hübner im Jahre 1968 aus Anlaß der Übernahme des Amtes des Rektors der Universität zu Köln gehalten hat, zitierte er gleichsam als Lehre der Geschichte, dass das Ideal der Gemeinschaft von Lehrenden und Lernenden (Ausgew. 433) keineswegs die „Notwendigkeit geistiger Opposition“ ausschließe (Ausgew. 434). Diese Opposition sei aber natürlich ein „geistiger Prozeß“, der nicht mit den Mitteln des Straßenkampfes ausgetragen werden könne. Daran hat sich Herr Hübner bei seiner Amtsführung auch gehalten. So ist es ihm gelungen, eine „Rosa-Luxemburg-Universität“ – wie die Forderung damals lautete – zu verhindern.

Mit der Gründung des „Instituts für neuere Privatrechtsgeschichte“ an der Universität zu Köln im Jahre 1961 wendete Herr Hübner, getragen von der Überzeugung der Notwendigkeit einer künftigen Rechtsvereinheitlichung in Europa, seine wissenschaftlichen Interessen wieder verstärkt der vergleichenden Erforschung der Geschichte des durch römisches Recht und Naturrecht geprägten Privatrechts in Europa zu. Dabei ging es Herrn Hübner aber im Ergebnis nicht nur um die Regeln des materiellen Privatrechts über Vertrag und Eigentum, - dazu habe ich ja schon etwas gesagt -, sondern auch um die großen Kräfte der Rechtsentwicklung in der, wie Herr Hübner selbst einmal gesagt hat - „Trias“ von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft nebst Rechtsunterricht. Ein markantes Beispiel dafür ist neben etlichen – übrigens oft als Festschriftbeiträge entstandenen - Aufsätzen das 1980 erschienene Buch „Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts“. Ziel der

Arbeit ist es, das Spannungsfeld zwischen bindendem Gesetz und unabhängiger Richtermacht durch historische Betrachtungen transparent zu machen. Herr Hübner scheut sich nicht, aus der Geschichte den Schluss zu ziehen, dass kein Grund bestehe, richterlicher Entscheidungsfreiheit generell zu misstrauen. Miss-trauen sei vielmehr geboten gegenüber den Versuchen der Gesetzgeber, den Richter mit Hilfe von Kodifikationen in Fesseln zu legen.

Soweit zum Richter. Seine prinzipiellen Überlegungen über die Rolle des Gesetzgebers hat Herr Hübner mehrfach an Hand des geschichtlichen Beispiels von Friedrich II. von Hohenstaufen präzisiert (Ausgew. 351). Und seine Gedanken zur Rolle der Wissenschaft offenbarte Herr Hübner erneut in einer für seine historischen Vorlieben bezeichnenden Weise in einer historischen Arbeit zum Thema „Jurisprudenz als Wissenschaft im Zeitalter des Humanismus“ (Ausgew. 271).

Herr Hübner hat sein Lebensziel einmal so umschrieben, er strebe danach, als Wissenschaftler zu bekennen und als Hochschullehrer zu gestalten. Die Verwirklichung dieses Ideals der Verbindung von Theorie und Praxis – der *theoria cum praxi* – für die üblicherweise der Name von Leibniz steht, den Herr Hübner übrigens weniger schätzte - ist ihm in bewunderungswürdiger Weise gelungen. Dabei hat er über die Inhalte seines Bekennens und Gestaltens keinen Zweifel gelassen. Es ging ihm stets um den Juristen, der sich für Freiheit und Selbstbestimmung in sozialer Sicherheit und Wohlfahrt einsetzt. Mit diesen Prinzipien präsentierte sich Herr Hübner als ein Mann der Mitte. Die Mitte war für ihn aber nicht der bequeme Mittelweg, auf dem es sich sanft wandeln ließ. In der Mitte stand vielmehr in der Sicht von Herrn Hübner stets derjenige, dem die Aufgabe zufällt, die zwischen den Extremen bestehenden Spannungen auszugleichen und nach den Möglichkeiten der Vermittlung zu suchen. So ist der größte Teil der Arbeiten von Herrn Hübner den großen Spannungen in der Welt des Rechts gewidmet. Das gilt für den Gegensatz zwischen Subjektivismus und Objektivismus, zwischen Systemtreue und Fallgerechtigkeit, zwischen Gerechtigkeitsidee und konkreter Sozialordnung, zwischen Kodifikation und Case law, zwischen freier richterlicher Rechtsfindung und Bindung an das Gesetz, zwischen Erhaltung des Eigentums und Schutz des Verkehrs, Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Kausalität und Steuerung sowie Konservativismus und Fortschritts-gläubigkeit (Ausgew. VI).

Zu dieser ausgleichenden Rolle von Herrn Hübner passt es gut, dass er sich in Köln, obwohl von Geburt Schlesier, stets wohlgeföhlt hat. Wie er selbst einmal gesagt hat (Ausgew. 466), lag ihm das „Naturell der Bevölkerung“. Herr Hübner meinte in einer für ihn typischen Sicht: „Erfahrungen aus einer langen Ge-

schichte haben in Köln eine Abneigung gegen emotionale Aktivität wachsen lassen und vor dem vielerorts zu beobachtenden ‚Verlust der Mitte‘ bewahrt“.

Die Bewahrung der Mitte war stets auch das Grundmotiv von Herrn Hübners wissenschaftlichem Werk.

Herrn Hübners Gedanken und Werke wirken fort in den Köpfen derer, die bei ihm studiert haben und in den Köpfen seiner Schüler und aller, denen er ein Vorbild war. Die heutige Gedenkfeier ist Ausdruck der Verehrung und Dankbarkeit für eine bedeutende Persönlichkeit und ein großes Vorbild.

## Heinz Hübner pater familias - Erinnerungen eines Schülers

*Prof. Dr. Christoph Becker, Augsburg*

Liebe Familien Hübner und Heberer, meine sehr geehrten Damen und Herren!

Heinz Hübner pater familias - die Einheit von Fürsorge und Allgewalt des römischen Hausvaters scheint mir eine geeignete Beschreibung von Lebenshaltung und Schaffen des vor einem Jahr Verstorbenen zu sein und dürfte auch sein Selbstverständnis treffen.

Ich bin gebeten, von Heinz Hübner aus der Sicht eines Schülers zu berichten und will dem herzlich gern nachkommen. Meine Erinnerung setzt mit dem Wintersemester 1980/1981 ein. Damals begann ich in Köln das Studium der Rechtswissenschaften. Wir waren, wie üblich, ein starker Jahrgang, für den der Grundkurs zu den allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts dreifach angeboten wurde. Entsprechend dem Anfangsbuchstaben des Nachnamens war man der Gruppe "A bis K" oder "L bis Z" zugeteilt; eine dritte Gruppe war für Hörer jeglichen Nachnamens eröffnet. Heinz Hübner las von 11 Uhr bis 13 Uhr in Hörsaal C für die Gruppe "A-K". Er verlangte unablässige Konzentration und ungeteilte Aufmerksamkeit, die er, im Hörsaal auf und ab wandernd, durch Fragen überprüfte: "Wenn Sie hier rausgehen, müssen Sie erschöpft sein." Stets waren die weiteren Zusammenhänge einer Norm oder eines Problems mitzuvollziehen. Auf diese Weise erfuhr man bereits in der ersten Woche von der Aussonderung schuldnerfremder Gegenstände im Konkurs. Mit der - zu pädagogischen Zwecken ein wenig überhöhten - Entrüstung des Familienvaters wurde die Hörschaft aufgerüttelt, wenn sie nicht hinreichend deutlich durch Raunen oder auf andere Weise bekundete, daß das bis dahin korrekt aus den Normen abgeleitete Ergebnis noch nicht zufriedenstellen könne: "Entschuldigen Sie mal. Das kann doch nicht wahr sein. Da muß es 'was geben." Empfindsamere Naturen zogen es vor, sich dem anhaltenden persönlichen Zugriff durch Wechsel in eine der beiden anderen Gruppen zu entwinden.

Recht schilderte Hübner als "Sozialmedizin." Aufgabe des Juristen sollte es sein, die Gesellschaft in vernünftiger Ordnung zu halten. Wer ein Problem zu lösen hat, darf sich nicht mit methodischer Korrektheit der Einzelschritte begnügen, sondern muß wiederholt wie ein Maler "drei Schritte von der Staffelei zurücktreten", um die

Gesamtwirkung zu überprüfen. Der Rechtslehrer hat die Möglichkeit und deswegen auch die Aufgabe, seine Schüler zu ermuntern, Stellung zu beziehen, so wie er es selbst vorführt. Der Professor ist, dem Wortsinne des Verbs *profiteri* entsprechend, Bekenner seiner Ansichten. Die Freiheit des Wortes und des Denkens muß erkannt, geschätzt und geübt werden. Der Jurist muß, darauf legte Hübner unbedingten Wert, eine Meinung haben - nicht, mit Betonung auf "eine", als zwanghaftes Befolgen genau der einen Meinung, welche vielleicht eine herrschende oder eine opportune ist, sondern, mit Betonung auf "Meinung", als Äußerung des Mutes, sich für etwas zu entscheiden, das man für richtig hält. Gleichgültigkeit gegenüber den sich in Rechtsfragen spiegelnden Nöten des einzelnen und der Gesellschaft war Hübner ein Greuel, schlimmer als erbitterte Gegnerschaft.

Hübner gab seinen Hörern Hilfestellung in Gestalt eines umfangreichen "Stoffplans". Es handelte sich dabei nicht um Begriffsaufstellungen im Sinne von Begriffsschemata, für die Hübner sich nie erwärmen konnte. Die begriffslogischen Tafeln eines Johannes Althusius etwa empfand er als wenig zur Lösung rechtlicher Probleme beitragend. Vielmehr stellte Hübners Stoffplan verdichtete Gliederungen dogmatischer Zusammenhänge und Systemübersichten dar. Es lag auf der Hand, daß dieser Stoffplan etwas längjährig Ausgereiftes war. Dafür sprachen seine strenge Linienführung und der Umstand, daß der Dozent das Lebensalter erreicht hatte, in dem man außerhalb der Universität bereits in den Ruhestand eingetreten wäre. Der Ursprung dieses Stoffplans ist mir indessen erst nach Heinz Hübners Tod klar geworden, als ich mich mit einer studentischen Mitarbeiterin daran machte, seine Werke zusammenzustellen (das Ergebnis hiervon sind die beiden hinter mir liegenden Aktenordner, über deren Bewandnis Sie sich möglicherweise schon Gedanken gemacht haben). Heinz Hübner hatte selbst keine Opera-Liste geführt - was Assessor Karl-Heinz Wolters im Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte vor nicht geringe Schwierigkeiten stellte, als er es mit der notwendigen Verschwiegenheit übernahm, für die im Jahre 1984 erschienene Festschrift für Heinz Hübner zum siebzigsten Geburtstag ein Schriftenverzeichnis zu erstellen. Heute kann man unter anderem elektronisch in Bibliothekskatalogen recherchieren. Und so fragte mich meine Mitarbeiterin eines Tages, ob sie wohl einem "Erlanger Vorlesungsheft" über Sachenrecht von H. Hübner und J. Riegner aus dem Jahre 1948 nachgehen solle. Die Schrift war im Bibliotheksverbund Bayern zu ermitteln. Heinz Hübner hatte sie in seiner Erlanger Assistentenzeit zusammen mit Joachim Riegner verfaßt. In der Nachkriegszeit herrschte große Büchernot. Der Studienbetrieb der Fakultäten war auf Selbsthilfe angewiesen. Neben dem

Sachenrecht schrieb Hübner Hefte zum Schuldrecht und - hier bahnte sich Hübners zeitweilige Tätigkeit als Strafverteidiger an - zum Strafrecht. Diese beiden Hefte sind nicht im Bibliotheksverbund nachweisbar. Doch ließ sich immerhin das "Schuldrecht" in Erlangen auftreiben. Hübners Erlanger Vorlesungshefte sind teils Vervielfältigungen, teils Drucke, alles im Auftrag der Fakultät in einem als Schreib- und Übersetzungsbüro begonnenen Selbstverlag Riegners hergestellt. Schaut man in die Skripten hinein, so findet man ebensolche verdichtete Gliederungen und komprimierte Systemdurchdringungen, wie sie Hübner noch nach vielen Jahrzehnten des Lehrens in Köln ausgab. Hübner sprach nie von diesen Lehrheften - so wie er generell nie Aufhebens von dem Geschaffenen machte, sondern immer nur rastlos vorandrängte. Aber er sprach wiederholt von dem befreienden kollektiven Erlebnis, daß sich nach Gewaltherrschaft, Krieg und Gefangenschaft eine angespeicherte Kraft und Kreativität ungeduldig Bahn brach. Hierzu sind unbedingt jene frühen Lehrdarstellungen Hübners zu rechnen. Hübner hatte sein Studium der Rechte noch in Friedenszeiten wegen Einberufung zum Wehrdienst unterbrechen müssen und war ununterbrochen Soldat bis zur Entlassung aus amerikanischer Kriegsgefangenschaft nach Kriegsende geblieben - das bedeutete siebenjähriges Warten auf die Gelegenheit zum Studienabschluß.

Lassen Sie mich in den Grundkurs des Wintersemesters 1980/1981 zurückkehren. Dort warteten zusätzliche Anstrengungen in Gestalt von Aufsichtsarbeiten, in denen die jungen Damen und Herren Kollegen erprobt wurden. Die zensierten Bearbeitungen gab Heinz Hübner mit Institutsmitarbeitern im Hörsaal zurück. Von einem nach Maßgabe der erreichten Beurteilung gebildeten Stapel teilte der Dozent persönlich aus, um die zugehörigen Gesichter kennenzulernen und Übereinstimmungen mit der mündlichen Beteiligung nachzuvollziehen. Unter Verwendung der auf diese Weise erlangten persönlichen Daten folgte für etwa zwei Dutzend Teilnehmer in der vorlesungsfreien Zeit eine schriftliche Einladung zu einem schuldrechtlichen "Kolloquium für mittlere Semester". Keineswegs sollte man im zweiten Studiensemester nach der Eingewöhnung in die Universität der Gefahr von Erschlaffung erliegen. Vielmehr hatte man das nahezu unmittelbar bevorstehende Examen fest in den Blick zu nehmen.

Nach dem Kolloquium wurde aus der Teilnehmerschar ein wiederum engerer Kreis gebildet und in die Digestenexegese geführt. Die Übersetzungen waren selbst zu fertigen, Übersetzungsvorschläge wurden nicht gestellt. Hatte man sich auch dort bewährt, bot sich die als Auszeichnung gern ergriffene Chance, als studentische Hilfskraft in das Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte einzurücken - in die sogenannte "Villa Hübner" im Haus Universitätsstraße 47, später "Villa Luig" und

heute, wegen Verbindung mit dem Seminar für Deutsches Recht, von Hans-Peter Haferkamp geführt.

Im Institut bestand die intensiv genutzte Möglichkeit flexibler Arbeitszeiten - nämlich dem jeweiligen Bedarf des Direktors folgend: "Wissenschaft ist ein Stoßgeschäft." Überliefert wurde eine Begebenheit aus früheren Jahren, wonach Hübner sich vorgerückten Mittags mit dem Bemerkten von den projekthalber versammelten Mitarbeitern verabschiedete, er wisse nicht, ob er im Laufe des Tages noch einmal zurückkehre. Da die ausdrückliche Weisung fehlte, später eigenständig den Dienstschluß auszurufen, soll man erst gegen 22 Uhr gewagt haben, zaghaft das Haus zu verlassen. Unverkennbar trug die Direktion des Institutes militärische Züge. Aufträge wurden anvertraut. Doch bestand unbedingte Berichtspflicht. Am Schreibtisch Hübners fanden die Lagebesprechungen statt. Mit Besorgnis auf fremde oder für eigene Rechnung konnte man dabei gelegentlich wahrnehmen, in welcher tiefen Sedimentschicht unter den Aktenbergen eine noch der Beurteilung harrende Seminararbeit oder Dissertation geraten war, bevor sie dann doch gehoben wurde. Straffem Regiment war nicht nur das Wirken in Forschung, Lehre und Verwaltung für die Universität unterworfen. Auch beim Formen des Fortbildungsprogramms der Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademie Köln und in den von ihm geleiteten Sitzungen der Arbeitsgemeinschaft Nordrhein-Westfälischer Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien waltete Hübners feste Hand.

Aufsätze, Kommentierungen und Bücher entstanden in großen Gesprächsrunden. Die Betriebsamkeit hierbei drückten die Mitarbeiter mit dem Fachwort "wuseln" aus. Wenn "gewuselt" wurde, kam der Sport nicht zu kurz, denn fortwährend mußte aus den drei Stockwerken des Instituts, öfters auch aus den Bibliotheken im Hauptgebäude oder aus der Universitätsbibliothek Literatur oder Rechtsprechung zur sofortigen Ansicht herbeigetragen werden. "Wuseln" hieß ferner, ständig weiterausgefeilten Text ohne elektronische Datenverarbeitung unter Zuhilfenahme von Schere, Klebstoff, Korrekturband und Korrekturlack neu anzuordnen und - mit steigenden Anforderungen an Kraft und Geschicklichkeit - die an Stärke zunehmenden Papierlagen ein weiteres Mal in die Schreibmaschine hineinzupraktizieren. "Wuseln" hieß aber auch, am Tische zu Wort zu kommen. Jede Stimme zu Grundlinien oder Einzelheiten fand Gehör, selbst die des jüngsten Studenten. Gezeigter Einsatz wurde später mit einem Sonderdruck oder einem Freixemplar belohnt, zur Vermeidung inflationärer Tendenzen allerdings nicht ohne die Ermahnung: "Der Kavalier genießt und schweigt."

Heinz Hübner sah sein Institut als eine erweiterte Familie. Immer nahm er Anteil an glücklichen und traurigen Wendungen auf den Lebensbahnen der Mitarbeiter. Möglichst keiner Hochzeit versäumte er beizuwohnen oder zumindest Glück zu wünschen, wenngleich für ihn als ausgemacht galt: "Verheirateter Offizier: halbe Gefechtskraft." Die besondere Verbindung von väterlicher Strenge und Toleranz in seiner Person zeigt vielleicht das Verhalten des Musikfreundes Hübner, der meinte, im Gürzenich unter dem Publikum den Musikfreund Becker in Motorradkleidung entdeckt zu haben. In der Tat besuchte ich hin und wieder Konzerte in Kölns gotischem Veranstaltungshaus. Aber ich war zu keiner Zeit Motorradfahrer, besaß keine dazu geeignete Kleidung und habe auch niemals solche ausgeliehen, um damit angetan im Konzertsaal Platz zu nehmen. Heinz Hübner, der sich ungern irgendwelche Entschuldigungen anhörte und per Saldo den einen oder anderen "Anpiff auf Verdacht" für förderlicher hielt als den Geruch, für Ausflüchte empfänglich zu sein, erklärte ohne Nachfrage zur Identität ein gewisses Befremden ob des wahrgenommenen Erscheinungsbildes. Seinem Augenausdruck war aber deutlich ein stilles Einverständnis abzulesen. Ganz offensichtlich empfand er es als originell, daß jemand aus seinem "Stall" derart unkonventionell aufzutreten sich herausnahm oder umgekehrt daß Menschen unterschiedlicher Haltungen und Auffassungen zu ihm fanden.

Seine Institutsfamilie, auch die schon aus dem Hause gewachsenen älteren Mitglieder, versammelte Heinz Hübner gemeinsam mit seiner Ehefrau Gerda alljährlich in der Vorweihnachtszeit um sich. Dann wurde innegehalten. Im Seminarraum des Instituts ging zu vorrückender Stunde der Blick auf das Zurückliegende und in die Zukunft - akademisch und privat. Zur Förderung der Gespräche waren die Abende mit ausführlicher Rotweinprobe verknüpft, alkoholfreie Getränke hingegen nicht zugelassen. Außerdem fanden an diesen Abenden Uraufführungen statt. Filmemacher Hans Warthmann zeigte Aufnahmen von Exkursionen. Jedes Jahr nämlich besuchte Heinz Hübner mit Mitarbeitern und Studenten Lande des *ius commune*. Die europäische Rechts- und Verfassungsentwicklung war dabei eingebettet in die kulturelle Entwicklung insgesamt zu erleben. In dichter Folge von Vorträgen, die bereits auf der Anfahrt im Reisebus einsetzten, trug jeder Teilnehmer bei. Die Abläufe waren im wahrsten Sinne des Wortes minutiös geplant. Mehrtägige Ausfahrten endeten genau zu der in den Unterlagen vorgesehenen Zeit, nicht später und allenfalls sieben Minuten früher. Akademischem Brauch entsprechend dankten seine Mitarbeiter und Schüler ihrem Chef und Lehrer an den runden Geburtstagen im Herbst mit Fackelzügen vor

das Wohnhaus in Efferen zu dem mehr oder minder sicher intonierten Gesang "Gaudeamus igitur".

Meine Damen und Herren, ich möchte damit meine Rückschau beschließen. Ich bitte um Nachsicht dafür, daß ich nur von meinen eigenen Erlebnissen mit Heinz Hübner sprach. Es sind willkürlich zusammengetragene persönliche Eindrücke, die der eine vielleicht bestätigen, der andere hingegen zumindest in anderem Zusammenhang deuten würde. Ich denke aber, daß ich mit der Zustimmung aller, die seinen Weg über kürzere oder längere Zeit mit ihm gingen, sagen darf: Wir sind dankbar, daß wir bei ihm sein konnten.

Ihnen, liebe Frau Heberer und lieber Herr Hübner, darf ich nun die beiden Ordner mit der Werke-Sammlung übergeben.

# Heinz Hübner - Ein Leben für die Universität

*Prof. em. Dr. Hartmut Schiedermaier, Köln*

Wer sich einen Blick in die Geschichte der Universitäten gönnt, wird ohne große Mühe eine erstaunliche, aber auch ebenso zwiespältige Beobachtung machen können. So ist den Universitäten in Deutschland seit jeher in ihrer Begegnung mit dem Staat eine besondere, sogar bis in den Rang der Verfassung gehobene Autonomie zugebilligt worden, die gewährleisten soll, dass sich die Universitäten in der freien Bewegung des Geistes ungehindert als Einrichtungen der Wissenschaft und der Kultur bewähren können. Dies gilt nicht nur für das hochföderale Geflecht des Heiligen Römischen Reiches<sup>1</sup>, sondern trotz geänderter Verfassungslage auch für das Grundgesetz sowie für die Landesverfassungen mit ihren Garantien der Selbstverwaltung<sup>2</sup>.

In einem bemerkenswerten Gegensatz dazu – und dies ist die andere, den Zwiespalt begründende Seite – stehen die im Lauf der Geschichte immer wieder zu beobachtenden Bestrebungen des Staates, die Universitäten für gesellschaftspolitische Zwecke in Anspruch zu nehmen, die fernab von aller Wissenschaft den jeweiligen gesellschaftspolitischen Bedürfnissen der Zeit entsprechen sollten. War es etwa am Ausgang des 18. Jahrhunderts noch die Heranbildung von tüchtigen und treuen Staatsbeamten, so ist es gegenwärtig die Erwartung, dass sich die Universitäten mit ihrer Forschung und Lehre nach den Vorgaben ihrer staatlichen Träger vor allem im Dienst an einer global organisierten, prosperierenden Ökonomie als öffentliche Beschaffungsämter für nützliche Informationen bewähren.

So zeigt der historische Befund, dass die Universitäten immer wieder in den Zwiespalt zwischen ihrer Autonomie und der Fremdbestimmung geraten sind und deshalb in der Erfüllung ihres wissenschaftlichen Auftrags nur selten unangefochten waren. Bedauerlicherweise waren die Universitäten in ihrem Kleinmut oder ihrer Beflissenheit gegenüber dem Zeitgeist und seinem schnell-

<sup>1</sup> Dazu vgl. *J.H. Boecler*, *Notitia S.R. Imperii*, Ed. Sec., Straßburg 1681, Lib. XXIV, cap. I-III, wo den Universitäten (*academiis*) ein eigenes Kapitel gewidmet ist. Boecler gehört als Straßburger Historiker zu den Begründern der Reichsgeschichte und damit auch des nicht mehr *more Ciceronis* als Staatskunst, sondern nach modernen Maßstäben betriebenen Staatsrechts. Zum Zusammenhang zwischen der Reichsgeschichte und dem Staatsrecht in der Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert vgl. *N. Hammerstein*, *Jus und Historie*, Göttingen 1972, S. 98 ff., allerdings mit einem leicht kritischen Urteil über Boecler.

<sup>2</sup> Art. 5 Abs. 3 GG und statt weiterer Nachweise Art. 16 Abs. 1 LV NRW.

len modischen Wandel – man will ja beweisen, stets auf dem neuesten Stand zu sein – diesem Zwiespalt nur allzu oft nicht gewachsen. Dieser durchaus nicht zu verschweigende Tatbestand kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Universität zu allen Zeiten auch über Repräsentanten verfügt hat, die in dem Bewusstsein, dass der in der Wissenschaft unternommenen Suche nach Wahrheit Zeitlosigkeit eigen ist, an der Idee der Universität mit ihren Eigengesetzlichkeiten festgehalten und diese Idee über die Zeitläufte hinweg wohlbehalten an die jeweils nachfolgenden Generationen weitergegeben haben.

Zu diesen Repräsentanten aber gehört in hervorragendem Maß Heinz Hübner, der als gelehrter Jurist sein Leben in den Dienst nicht nur der Forschung und der Lehre, sondern auch sowie darüber hinaus – und dies ist wörtlich zu nehmen – in der Tat in den Dienst der Universität gestellt hat.

Bereits sein erster Ruf führte ihn im Jahr 1955 an die Universität des Saarlandes, und hier wartete denn auch auf ihn eine „Herausforderung“, die, wie er selbst bekennt<sup>3</sup>, ganz seinem „Stil, offen zu kämpfen“ entsprach. Es waren bewegte und schwere Zeiten, die den jungen Professor dort erwarteten. Die Volksabstimmung, die, was damals noch niemand wissen konnte, in einem ersten Schritt zur Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands die Rückkehr des Saarlandes in den gesamtdeutschen Staatsverband eingeleitet hat, stand noch aus. Selbst im Saarland kann oder will heute kaum noch jemand an die Risse und Wunden erinnern, die dieser dramatische Prozess in das menschliche Miteinander, in die Freundschaften oder sogar in die Familien geschlagen hat. Als das Ergebnis der Volksabstimmung feststand<sup>4</sup>, war sich Heinz Hübner nach seinem eigenen Bekunden<sup>5</sup> vollständig darüber im Klaren, dass es jetzt darauf ankommen musste, „durch Vorausdenken und Maßhalten die Dinge auf ein Gleis zu bringen,...das für die Zukunft die richtige Richtung hatte“. Dies galt auch für die noch junge Universität, die als französische Gründung der Nachkriegszeit jetzt in den Wirbel der politischen Ereignisse hinein gerissen wurde. Heinz Hübner dürfte es seinem „Vorausdenken“ und „Maßhalten“, vor allem aber auch seiner Tatkraft verdankt haben, dass er schon im Jahr 1956 zum ersten Rektor der nunmehr deutschen Universität gewählt wurde. Als maßgeblichem Initiator

<sup>3</sup> Vgl. hierzu *Heinz Hübner*, Dankansprache, in: Akademische Feier aus Anlass der Überreichung einer Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Heinz Hübner am 7. November 1984, hrsg. vom Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft, Köln 1986, S. 26.

<sup>4</sup> Dass Frankreich das eindeutig zugunsten Deutschlands ausgefallene Ergebnis der Volksabstimmung einschließlich seiner Folgen widerspruchslos hingenommen hat, wird im Völkerrecht zutreffend als ein Beleg für den Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht der Völker in der völkerrechtlichen Praxis gewertet.

<sup>5</sup> FN 3, a.a.O.

und Verfasser der neuen Universitätsverfassung ist es ihm dabei gelungen, die Universität im Systemwechsel vor jeder falsch verstandenen Nationalisierung zu bewahren und statt dessen behutsam in das deutsche Bildungssystem zu überführen. Die Folge dieses vom wahrhaft europäischen Geist getragenen Unterfangens ist, dass in der Universität des Saarlandes mit ihrer besonderen Ausrichtung auf Europa noch heute auch deutliche Spuren der französischen Vergangenheit zu finden sind.<sup>6</sup> Es nimmt darüberhinaus nicht Wunder, dass sich die damalige saarländische Landesregierung unter Ministerpräsident Röder des sachverständigen Rates von Heinz Hübner versichert hat. Das erste saarländische Universitätsgesetz ist von dessen Handschrift deutlich geprägt, und es erstaunt den Kenner der Materie nicht, dass Heinz Hübner, worauf noch zurückzukommen sein wird, in den später so heiß umstrittenen Fragen der Mitbestimmung in der Universität schon damals der Sache den Vorzug vor dem bloßen Festhalten an überkommenen Bräuchen gegeben hat.

Im Jahr 1960 folgt dann der Wechsel an die Universität zu Köln, ein Wechsel, den Heinz Hübner<sup>7</sup> mit der nur allzu verständlichen Hoffnung verbindet, sich nach seinem aufreibenden Engagement in der Hochschulpolitik und übrigens auch im kulturellen Bereich der Landeshauptstadt Saarbrücken der damit verbundenen Amtspflichten zu entledigen, um sich unter dem Schutz der „altehrwürdigen Mater Coloniensis“ endlich wieder ganz seinen „wissenschaftlichen Anliegen“ widmen zu können. Dies ist Heinz Hübner in hervorragender Weise gelungen, und die Gründungen der Institute für Neuere Privatrechtsgeschichte sowie für das Rundfunkrecht sind hierfür nur zwei von vielen sichtbaren Belegen. Die Zeit der beschaulichen wissenschaftlichen Arbeit währte allerdings nicht allzu lange.

Nur mit Widerstreben ließ sich Heinz Hübner dazu bewegen, seiner wissenschaftlichen Arbeit, wenn auch auf Zeit, den Abschied zu geben, um erneut das

<sup>6</sup> Dies gilt nicht etwa nur für den vom Centre Juridique Franco-Allemand der Universität verantworteten und mit dem Abschluss der Licence versehenen Studiengang im französischen Recht. Überdies ist in diesem Zusammenhang die erfolgreiche, auch international hoch angesehene Tätigkeit des an der Universität des Saarlandes angesiedelten Europa-Instituts zu erwähnen. Noch im Jahr 1976 ist dem Verfasser bei seinem Dienstantritt an der Universität des Saarlandes vom damaligen Universitätsdirektor Krabler, der das Amt des Universitätskanzlers wahrgenommen hatte, als Hinterlassenschaft des letzten französischen Rektors ein erlesener Wein- und Champagnerkeller vorgeführt worden. Die Verwaltung dieser Hinterlassenschaft dürfte für Heinz Hübner zu den besonders angenehmen Seiten der Wahrnehmung seines Rektorats gehört haben. Heinz Hübner war, wie bekannt, stets der markante Vertreter einer „fröhlichen Wissenschaft“.

<sup>7</sup> FN 3, a.a.O.

Amt des Rektors zu übernehmen<sup>8</sup>. Dies geschah ausgerechnet in dem denkwürdigen Jahr 1968, das angesichts seiner inzwischen deutlich erkennbar gewordenen Folgen erst in allerjüngster Zeit dazu angetan ist, in der breiten Öffentlichkeit auch eine gewisse Nachdenklichkeit zu erzeugen. Den von den Ereignissen des Jahres 1968 unmittelbar Betroffenen musste diese Nachdenklichkeit eigentlich schon damals nicht allzu schwerfallen, und dies galt und gilt in besonderem Maß für den Rektor einer Universität, waren doch die Universitäten in den Brennpunkt eines Geschehens geraten, das sich im Kampf gegen das verhasste „System“ ausgerechnet mit dem Schlagwort der Demokratisierung ganz offen als Revolution präsentieren wollte. Es ging also nicht, wie eine aufgeschreckte Öffentlichkeit zur Besänftigung ihrer gestörten bürgerlichen Gemütslage meinen wollte, um den bloßen Überschwang einer endlich aufmüppig gewordenen Jugend. Vielmehr ging es der neuen Bewegung und ihrer zum Handeln fest entschlossenen Protagonisten darum, ihren politischen Kampf auf die Universitäten zu konzentrieren, weil man hier die Basis für die Vorbereitung einer allgemeinen, die Massen bewegenden politischen Umwälzung gefunden zu haben glaubte<sup>9</sup>.

Die Universität zu Köln blieb davon nicht verschont, auch hier herrschten wie an vielen anderen Universitäten zeitweise chaotische, durch gewalttätige Aktionen hervorgerufene Verhältnisse. An Schilderungen dieser Verhältnisse durch Augenzeugen<sup>10</sup> mangelt es wahrlich nicht. Sie berichten von Barrikaden vor der Universität, vom Hörsaalbrand, von der Erstürmung der Amtsräume des Rektors, von Polizeieinsätzen, der Räumung besetzter Institute und Anzeigen wegen Hausfriedensbruchs, von gewaltsamen Störungen der Lehrveranstaltungen und Gremiensitzungen, von Feuerlöschern und Wasserspritzen, die die Gänge des Hauptgebäudes der Universität unpassierbar machen, und schließlich von dem allerdings missglückten Versuch, die Universität in Rosa-Luxemburg-Universität umzubenennen. Nur mit Bewunderung muss man auch heute noch zur Kenntnis nehmen, mit welcher Standfestigkeit und welchem Mut, zugleich aber auch mit welcher Umsicht und Besonnenheit Heinz Hübner dieser für die Universität so prekären Situation gerecht geworden ist. Wie stets bereit, keiner Herausforderung aus dem Weg zu gehen, hat er die Universität und mit ihr die

<sup>8</sup> Dazu vgl. die Ansprache, die *Heinz Hübner* als scheidender Rektor bei der Rektoratsübergabe 1970 an der Universität zu Köln gehalten hat, *Kölner Universitätsreden*, o.J., S. 13 f.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *H. Schiedermaier*, Die deutsche Universitätsreform im Jahr 1983, in: Festschrift Hans Joachim Faller, München 1984, S. 228 ff.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu statt aller *H. Hübner*, Die Universität zu Köln in den Jahren 1968-1970, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, S. 53 ff.

Sache der Wissenschaft im Sinne der Freiheit gegen alle Angriffe von innen und außen verteidigt, gleichzeitig aber seine ständige Bereitschaft zum offenen Gespräch selbst mit dem politischen Gegner immer wieder öffentlich kundgetan. Nicht zuletzt durch diese Haltung ihres Rektors ist die Universität zu Köln vor dem Schicksal bewahrt worden, wie es damals andere Universitäten etwa in Berlin, Frankfurt am Main, Heidelberg oder Marburg erlitten haben.

Mehr noch als dies aber beeindruckt unter einer längerfristigen Perspektive das offene programmatische Bekenntnis zu dem wissenschaftlichen Auftrag der Universität, mit dem Heinz Hübner bereits beim Antritt des Rektorats im festen Blick auf die bedrohliche Situation der Universität für klare Verhältnisse sorgt. Die Wissenschaft ist für ihn ein „geistiger Prozess“, der nicht „mit den Mitteln des Straßenkampfs“, sondern nur in der „Eigenständigkeit des Denkens“ bewältigt werden kann. Dies aber setzt notwendig nicht nur die Toleranz im Umgang miteinander, sondern zugleich auch die „erforderliche Distanz“ und „Freiheit“ von politischen Vorgaben voraus<sup>11</sup>. Mit diesem Bekenntnis wendet sich Heinz Hübner<sup>12</sup> an die von ihm auch und gerade unter den Bedingungen der so genannten Massenuniversität so gerne in Anspruch genommene, historisch gewachsene „Gemeinschaft der Lehrenden und Lernenden“, die sich ja stets durch die handfeste Erfahrung des Alltags auszeichnet, dass in ihr der Lernende stets auch Lehrender und der Lehrende daher stets auch Lernender ist. Deshalb richtet sich sein Bekenntnis zum wissenschaftlichen Auftrag der Universität nicht nur an die Studierenden, sondern in gleicher Weise auch an die Lehrenden, also an die Kollegen. Sie fordert er auf, bereits und nicht zuletzt im Umgang mit den „Studienanfängern“ deren Zugang zur Wissenschaft zu erleichtern und im „persönlichen Einsatz“ die „Impulse“ zu geben, die „unerlässlich“ sind, wenn wir, wie er sagt<sup>13</sup>, den „wissenschaftlichen Charakter der Universitätsausbildung erhalten wollen, nicht um ihrer selbst willen, sondern im Dienste der Persönlichkeitsbildung“.

Angesichts dieser Vorgaben kann es nicht überraschen, dass Heinz Hübner auch in den nach 1968 so heiß umkämpften Fragen der studentischen Mitbestimmung getreu seiner Saarbrücker Vergangenheit seinen klaren Blick bewahrt hat. In der sicheren Erkenntnis, dass die unter dem Stichwort der Demokratisierung damals von beachtlichen politischen Kräften geforderte, in Wahrheit aber dem ständi-

<sup>11</sup> H. Hübner, Ansprache des Rektors, Rektoratsübergabe 1968, Kölner Universitätsreden, Bd. 40, S. 26.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> A.a.O., S. 29.

schen Denken verhaftete paritätische Mitbestimmung<sup>14</sup> zu gravierenden Fehlentwicklungen führen müsse, setzte er sich mit Nachdruck für das ein, was er als „funktionsgerechte Mitbestimmung“ bezeichnet hat<sup>15</sup>. Für ihn ist die Mitsprache der Studierenden bei den Entscheidungen in der Universität eine Selbstverständlichkeit, wenn und soweit es dabei nicht um Angelegenheiten vor allem in den Fragen der Forschung, der Habilitation und der Berufung geht, deren sachgerechte Behandlung und Entscheidung stets eine besondere, von den Studierenden naturgemäß nicht innegehabte Qualifikation voraussetzen. Heinz Hübner ging es also bei der funktionsgerechten Mitbestimmung um einen lediglich den Qualifizierten vorbehaltenen, insoweit und nur insoweit von studentischer Mitbestimmung freien Raum, der, wie er im persönlichen Gespräch gerne versicherte, durch einen so genannten Negativkatalog gewährleistet werden sollte. Diese Konzeption ist vom Bundesgesetzgeber mit der 1985 erfolgten Novellierung des Hochschulrahmengesetzes<sup>16</sup>, wenn auch *cum grano salis*, zum Wohle der Universitäten initiiert und von diesen umgesetzt worden. In der Praxis der Universitäten spielen die Fragen der studentischen Mitbestimmung heute keine ernsthafte Rolle mehr.

Gelegenheiten, den der wissenschaftlichen Arbeit gewidmeten Schreibtisch zu verlassen, gab es im akademischen Leben von Heinz Hübner – und das mag ihn nicht selten auch geschmerzt haben – noch häufig. Wer wollte sich nicht des Sachverstandes und des Geschicks versichern, mit denen Heinz Hübner seine Fähigkeiten in der Hochschulpolitik unter Beweis gestellt hatte<sup>17</sup>? In der Universität zu Köln kümmert er sich nicht zuletzt in der Erinnerung an seine Saarbrücker Erfahrungen um den deutsch-französischen Austausch von Wissenschaftlern und Studierenden<sup>18</sup>. Als Mitglied der Verfassungskommission ist er maßgeblich daran beteiligt, mit der rechtlichen Rahmenvorgabe der Satzung das Bild der Universität zu Köln im Übergang von der städtischen zur staatlichen

<sup>14</sup> Vgl. hierzu *H. Hübner*, a.a.O., S. 35 f., mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Rechtsverhältnisse des Hl. Römischen Reichs. Zu den ständestaatlichen Elementen der mit dem Schlagwort der Demokratisierung propagierten Mitbestimmungskonzeption vgl. auch *H. Schiedermaier*, Die Reform der Wissenschaftsorganisation und das Problem der Demokratisierung, Wissenschaftsrecht-Wissenschaftsverwaltung -Wissenschaftsförderung (WissR), Bd. 4, 1971, S. 1 ff.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu *H. Hübner*, a.a.O., S. 35 f.

<sup>16</sup> Dazu vgl. *H. Schiedermaier*, Deutsches Hochschulwesen der Gegenwart, Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1996, Bd. 1, S. 48 ff.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu und zu Folgendem die Festansprache, die Tassilo Küpper, Rektor der Universität zu Köln, zum 90. Geburtstag von Heinz Hübner gehalten hat, unveröffentlichtes Maschinenmanuskript, S. 2 f.

<sup>18</sup> Darauf zurückzuführen ist die bis heute bestehende partnerschaftliche Verbindung zwischen der Universität zu Köln und den Universitäten Clermont-Ferrand I und II.

Universität zu gestalten. Jahrzehntlang ist er überdies nicht nur Mitglied des Verwaltungsausschusses der Universität zu Köln, sondern als Senatsbeauftragter auch für die Universitätspreise verantwortlich, die ein nicht zu unterschätzendes Mittel der Förderung vor allem des wissenschaftlichen Nachwuchses sind. Um Nachwuchsförderung, allerdings in einem weiteren Sinn, geht es überdies in der vom Kultusministerium in Nordrhein-Westfalen einberufenen Kommission für den Abschluss des zweiten Bildungswegs, ein Terrain, das Heinz Hübner auch zu seinem großen Engagement im Weiterbildungsangebot der Wirtschafts- und Verwaltungsakademien bewegt. Geht es doch, wie der Verfasser auch aus eigener Erfahrung weiß, bei diesem Angebot um eine Form der wissenschaftlichen Ausbildung, die stets den Ansprüchen einer Universität genügen soll. Nicht von ungefähr – und auch darauf wird noch zurückzukommen sein – ist es Heinz Hübner, der hier die Initiative zur Einführung des Studiengangs für kulturelles Management ergreift. Mit dem Stichwort des Managements aber werden wir auf die von Wissenschaftlern oft und leicht unterschätzten Probleme der Verwaltung und hier vor allem der Wissenschaftsverwaltung verwiesen. Heinz Hübner, dem ehemaligen Rektor, sind diese Probleme naturgemäß nicht fremd. Als Mitglied der vom Kultusministerium in Nordrhein-Westfalen eingesetzten Kommission für die Hochschulordnung nimmt er denn auch die Gelegenheit wahr, sich an der Entwicklung von Konzepten einer soliden Organisation der Hochschulverwaltung zu beteiligen, die sich stets an ihrem Ehrgeiz orientieren sollte, nicht in die Verwaltungs-, sondern vielmehr in die Wissenschaftsgeschichte einzugehen.

Angesichts seines außerordentlichen Engagements in der Hochschulpolitik kann es nicht erstaunen, dass Heinz Hübner seine Fähigkeiten auch in den Dienst der großen Wissenschaftsorganisationen gestellt hat. In der damals noch Westdeutschen Rektorenkonferenz wird ihm der Vorsitz in der wichtigen, für die Personalstruktur der Hochschulen zuständigen Kommission übertragen, obwohl er zuvor noch als Rektor mit der Rückendeckung seines Senats aus gegebenem Anlass<sup>19</sup> mit dem Austritt der Universität zu Köln aus der Rektorenkonferenz gedroht hatte. Weniger spektakulär, dafür aber in der Sache um so wirksamer ist seine Tätigkeit im Deutschen Hochschulverband. Von 1961 bis 1970 ist er Mitglied des Präsidiums und bis 1969, also acht Jahre Vizepräsident des Verbandes. Der Dienst, den Heinz Hübner mit dieser Tätigkeit an seinen Kolleginnen und Kollegen geleistet hat, ist nicht nur ein bemerkenswertes Bekenntnis zu jenem

<sup>19</sup> Anlass war die in der Westdeutschen Rektorenkonferenz geführte Diskussion über die Wahl des Assistenten Kreibich zum Präsidenten der Freien Universität Berlin. Tatsächlich hat sich dieser im Aufbruch in eine neue Zeit vollzogene Reformschritt inzwischen längst als das Produkt eines durchaus bürgerlichen Karriereehrgeizes herausgestellt, der auch bei manchen zu Rang und hohen Würden gelangten Politikern gegenwärtig erkennbar geworden ist.

Prinzip der Kollegialität, das als akademische Lebensform für die Bewältigung des Alltags in der Universität so eminent wichtig, in der hochschulpolitischen Diskussion aber dennoch so häufig herabgesetzt und gelegentlich sogar diffamiert worden ist. Schwerer noch fällt ins Gewicht, dass sich Heinz Hübner stets des bis heute ungebrochenen Konsenses der Kolleginnen und Kollegen versichern konnte, dass die beruflichen oder, wie man damals noch sagte, „standespolitischen“ Interessen der Hochschullehrer dann gut aufgehoben sind, wenn und solange die Universität in der Lage ist, ihren Auftrag als Einrichtung der Wissenschaft und der Kultur unangefochten zu erfüllen. Mit diesem in der Idee der Universität und ihrer Zeitlosigkeit begründeten Konsens hat der Deutsche Hochschulverband in seinem hochschulpolitischen Umfeld nicht selten und bis in die jüngste Vergangenheit hinein Anstoß erregt. Heinz Hübner war der Letzte, der sich davon hat beeindrucken lassen. Denkwürdig ist die Szene, in der er auf dem 14. Hochschulverbandstag 1964 gemeinsam mit dem Historiker Theodor Schieder, seinem Kölner Kollegen, dem Abgeordneten der CDU im Deutschen Bundestag, Dr. Dichgans, mit dessen schon damals Aufsehen erregenden Thesen zur Hochschulreform<sup>20</sup> Paroli geboten hat<sup>21</sup>. Hier hat Heinz Hübner mit sicherem Gespür für das Kommende einmal mehr seine Weitsicht bewiesen, ist doch in den auf die Entmachtung der Professoren in der Universität gerichteten Thesen des Abgeordneten das ganze Arsenal der politischen Zumutungen enthalten, mit denen die Universitäten noch weit über vierzig Jahre hinaus konfrontiert werden sollten<sup>22</sup>.

Im Rückblick auf die außergewöhnlichen hochschulpolitischen Aktivitäten, mit denen Heinz Hübner nicht nur seiner Universität gedient hat, verdienen nach meinem Dafürhalten drei Aspekte besonders hervorgehoben zu werden. Der eine Aspekt betrifft die Rektoratsverfassung. Heinz Hübner ist es nicht zuletzt mit seinem Auftreten im nordrhein-westfälischen Landtag zu verdanken, dass die Universitäten wenigstens in Nordrhein-Westfalen bis heute die Freiheit ha-

<sup>20</sup> Neben dem gegenüber der Universität erhobenen Vorwurf der Reformunfähigkeit verlangte Dr. Dichgans (Die Aufgaben der Hochschulen und die Hochschullehrer, MittHV Bd.12, 1964, S.137 ff.) den Abschied von der „Humboldtschen akademischen Freiheit“, forderte die soziale Öffnung der Universität, die Verkürzung der Schulzeit (12 Jahre) und der Studienzeiten, die Vermehrung der Zahl der Studierenden, die Verlängerung der Semesterdauer, die Einführung der Präsidialverfassung nach amerikanischem Vorbild sowie Änderungen in der Praxis der Habilitation und der Berufungen von Professoren.

<sup>21</sup> Diskussionsbeitrag, MittHV Bd. 12, 1964, S. 180 f.

<sup>22</sup> Man kann darüber streiten, ob die Ursache für diesen Tatbestand in der Einfallslosigkeit der Bildungs- und Hochschulpolitik oder aber in der Widerstandskraft der Universitäten gegenüber politischen Zumutungen zu suchen ist.

ben, sich in ihrer Organisation für die Rektoratsverfassung zu entscheiden<sup>23</sup>. Diese Freiheit kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden, ist doch die Rektoratsverfassung im Gegensatz zur Präsidialverfassung eine der Universität als Wissenschaftsbetrieb gemäße Organisationsform, weil sie mit ihrem ausgewogenen System der Gewaltenteilung in der Leitung der Universität sowohl den Bedürfnissen der Wissenschaft wie auch denen der Administration in einer für beide Seiten angemessenen Weise gerecht werden kann. Der dagegen mit stупender Hartnäckigkeit erhobene Einwand, dass nur die Präsidialverfassung nach amerikanischem Vorbild den Anforderungen einer modernen „Massenuniversität“ gewachsen sei<sup>24</sup>, wird nicht nur dadurch widerlegt, dass gerade große, erfolgreiche und hoch angesehene Universitäten an der Rektoratsverfassung festgehalten haben oder nach ihren Erfahrungen mit der Präsidialverfassung sogar zu ihr zurückgekehrt sind. Widerlegt wird dieser Einwand nicht zuletzt auch durch Heinz Hübner und seine Amtsführung als Rektor der Universität zu Köln<sup>25</sup>. Dabei kam ihm jedoch entgegen, dass die Universität zu Köln seit dem Zweiten Weltkrieg über Persönlichkeiten – es sind insgesamt nur drei - verfügt hat und verfügt, die sich als Kanzler augenscheinlich von dem Ehrgeiz haben beflügeln lassen, mit ihrer Amtsführung nicht in die Verwaltungs-, sondern in die Wissenschaftsgeschichte einzugehen. Dies gilt etwa für Friedrich Schneider, den späteren Generalsekretär der Max-Planck-Gesellschaft, ebenso wie für Wolfgang Wagner, dem Heinz Hübner als Rektor im gemeinsamen Dienst an Wissenschaft und Universität sowie in dessen Folge auch in Freundschaft verbunden war<sup>26</sup>.

Auch ein zweiter Aspekt unterstreicht, was die Universität Heinz Hübner und seinen hochschulpolitischen Aktivitäten verdankt. Dabei ging und geht es um die Habilitation, die Heinz Hübner schon bei seinem Amtsantritt als Rektor der Universität zu Köln mit der ihm eigenen Vehemenz verteidigt<sup>27</sup>. Auch dies geschah in weiser Voraussicht. Hatten nicht bereits die Thesen des Abgeordneten Dr. Dichgans ein Zeichen gesetzt, das nach mehr als vierzig Jahren seine Vollendung in dem glücklicherweise misslungenen Versuch einer Bundesministerin für Bildung und Wissenschaft, Forschung und Technologie finden

<sup>23</sup> Vgl. hierzu *T. Küpper*, FN 17, a.a.O., sowie zum unveränderten, gegenwärtigen Rechtszustand § 14 Abs. 2 Hochschulfreiheitsgesetz (NW) vom 31. Oktober 2006.

<sup>24</sup> So auch schon Dichgans, s.o. FN 20, S. 153.

<sup>25</sup> Bereits bei seinem Amtsantritt als Rektor hatte Heinz Hübner gegen die Präsidialverfassung eindeutig Stellung bezogen. Dazu vgl. *H. Hübner*, FN 11, S. 40 f.

<sup>26</sup> Dazu vgl. *H. Hübner*, FN 8, S.17.

<sup>27</sup> Dazu vgl. *H. Hübner*, FN 11, S. 30 f.

sollte, die Habilitation durch ein gesetzliches Verbot ganz abzuschaffen<sup>28</sup>? Immerhin gehört die Habilitation als Nachweis der wissenschaftlichen Qualifikation doch zu den wesentlichen Bausteinen einer Universität, die auch in ihrer personalen Erneuerung ihrem wissenschaftlichen Auftrag die Treue und damit ihre Zukunft bewahren will. Vergleichbares gilt aber auch für das Verfahren der Berufung von Professoren. Den um Einiges jüngeren Kollegen hat denn auch tief beeindruckt, mit welcher Umsicht und mit welcher sicherer Einschätzung der wissenschaftlichen Qualität eines Bewerbers Heinz Hübner in der Fakultät sogar noch als Emeritus, wenn auch gelegentlich nur diskret, auf Berufungsverfahren erfolgreich Einfluss genommen hat.

In seinem hochschulpolitischen Wirken – dies aber ist der dritte und letzte Aspekt – wäre Heinz Hübner nicht angemessen gewürdigt, wenn in diesem Zusammenhang nicht auch ein Wort über das gesagt würde, was wir gemeinhin als Kultur bezeichnen. Heinz Hübner liebte die Musik, und er teilte hier mit Vielen die Liebe zu Wolfgang Amadeus Mozart und dessen niemals nachgeahmte, eben auch unnachahmliche Schöpferkraft<sup>29</sup>. Mit Dank erinnern sich Kollegen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät mit ihren Mitarbeitern – heute übrigens längst ordentliche Professoren - an die Nachsicht, mit der Heinz Hübner mit allen Zeichen der Freude ihrem Versuch begegnet ist, ihm das Andante aus dem Streichquintett c-moll (KV 406) von Mozart als Ständchen zum Geburtstag zu präsentieren. Auch in der Öffentlichkeit verfolgt Heinz Hübner seine kulturellen Interessen. In der Erinnerung und Fortführung seiner Saarbrücker Zeit belebt er das Musikleben auch der Stadt Köln. Er repräsentiert die Universität im Verein „Freunde der Kölner Oper e.V.“. Dies kann durchaus auch als Demonstration gedeutet werden. Immerhin wohnen die Künste und die Wissenschaft doch unter einem gemeinsamen Dach, dem gemeinsamen Dach der Kultur, deren einzigartiger Vorzug es ist, über die Befriedigung materieller Bedürfnisse hinaus die geistige Lage eines und somit auch unseres Landes zu bestimmen.

So rundet sich ein Bild, das den Titel „Ein Leben für die Universität“ wahrlich verdient. Auch dieses Leben hat seine im April 2000 verstorbene Ehefrau Gerda Hübner mit all ihrer Sensibilität, ihrem Charme und ihrer Feinsinnigkeit in treuer Fürsorge und mit der manchmal gebotenen ordnenden Hand liebevoll begleitet. Ohne sie hätte dieses Leben so nicht stattfinden können. Auch ihrer zu gedenken haben wir deshalb heute allen Anlass.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu statt weiterer Nachweise den mit ff. gezeichneten Bericht „Bulmahn will die Habilitation abschaffen“, FAZ vom 11.04.2000.

<sup>29</sup> Zur theologischen Deutung dieser Schöpferkraft vgl. neuerdings *M. Gassmann*, Der Kosmos singt, Karl Barths Mozartbild und seine musikologischen Quellen, FAZ vom 20. Dezember 2006.

Ein Leben für die Universität? Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln bewahrt in ihren Akten ein Dokument auf, das diese Frage abschließend beantwortet. Dabei handelt es sich um einen Brief, in dem Heinz Hübner unter dem Datum des 4. September 1961 dem Dekan der Fakultät „vertraulich“ mitteilt, dass er das Angebot des Herrn Kultusministers des Landes Nordrhein-Westfalen, „die Hochschulabteilung in seinem Hause zu übernehmen“ trotz des zugesicherten Erhalts seines Lehrstuhls und trotz der „zeitlichen Begrenzung“ seiner „Amtstätigkeit im Ministerium“ ausgeschlagen habe. Über die Gründe dieser Absage zu rätseln, ist müßig. Heinz Hübner war weit davon entfernt, ausgestattet mit ministerialer Autorität Herrschaft über die Universität ausüben zu wollen. Er entschied sich statt dessen für den Dienst, weil es für ihn eine selbstverständliche Pflicht war, im Dienst nicht nur seiner Universität sein Leben für die Universität und ihre Idee in dem zu leben, was er gerne als die „altehrwürdige Alma Mater Coloniensis“ bezeichnet hat.

Mit diesem Dienst hat sich Heinz Hübner große und außerordentliche Verdienste um die Universität erworben, und dafür schulden wir ihm nicht nur unseren Dank. Heinz Hübner hat uns mit seinem Leben für die Universität und ihre zeitlose Idee, als Einrichtung der Wissenschaft und der Kultur ein Ort der freien Bewegung des Geistes zu sein, überdies ein Vermächtnis hinterlassen, dem gerecht zu werden uns allen aufgegeben ist.