

Fakultätsspiegel

Sommersemester 2006

herausgegeben vom

Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft

Vorwort

Der Fakultätsspiegel dokumentiert die wichtigsten Ereignisse des abgelaufenen Sommersemesters 2006. Im Mittelpunkt steht die Ehrenpromotion von Richard M. Buxbaum, aus deren Anlaß der Richter am Bundesverfassungsgericht Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem den wissenschaftlichen Festvortrag hielt. Die Antrittsvorlesung von Herrn Kollegen Kreß beleuchtet eindrucksvoll die Stationen des Völkerstrafrechts. In die Zeit des Sommersemesters fiel aber auch der Tod von drei herausragenden Mitgliedern der Fakultät: Dietrich Oehler, Gerhard Kegel und Heinz Hübner. Mit ihren Namen sind Erinnerungen an glanzvolle Zeiten von Fakultät und Universität verknüpft, die für die heute aktiven Lehrenden und Forscher gleichermaßen Ansporn wie Verpflichtung sind. Die Nachrufe verbinden den Dank der Fakultät mit dem Andenken an die Verstorbenen.

Köln, den 08. September 2006

Otto Depenheuer

Inhalt

Vorwort	V
I. Fakultätsnachrichten	1
Personalien	3
Ehrentafeln der abgeschlossenen Habilitationen WS 2005/ 06 - SS 2006	5
Magister-Legum-Studenten WS 2005/ 06 - SS 2006	7
II. Antrittsvorlesungen	11
<i>Claus Kreß</i> Versailles – Nürnberg – Den Haag: Deutschland und das Völkerstrafrecht	13
III. Ehrenpromotion Richard M. Buxbaum	57
<i>Michael Sachs</i> Grüßwort	59
<i>Hans-Peter Mansel</i> Laudatio Richard M. Buxbaum	63
<i>Norbert Horn</i> Internationales und vergleichendes Wirtschaftsrecht im Werk von Richard M. Buxbaum	71
<i>Wolfgang Hoffmann-Riem</i> Versammlungsfreiheit - ein Schwungrad der Demokratie und ein besonderes Anliegen von Richard M. Buxbaum	79

IV. Nachrufe **93**

Thomas Weigend
Nachruf auf Dietrich Oehler 95

Hans-Peter Mansel
Nachruf auf Gerhard Kegel 97

Christoph Becker
Nachruf auf Heinz Hübner 101

I.
Fakultätsnachrichten

Herrn Prof. Dr. *Thomas von Danwitz* ist mit Wirkung vom 1. April 2006 der Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht des verstorbenen Prof. Dr. *Peter J. Tettinger* und die Geschäftsführung des Instituts für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre übertragen worden.

In der Nachfolge von Prof. Dr. *Joachim Lang* (Institut für Steuerrecht) ist ein Ruf an Frau Prof. Dr. *Johanna Hey* (Universität Düsseldorf) ergangen.

Den Professoren Dres. *Ulrich Preis*, *Stefan Muckel* und *Claus Kreß* ist am 3. Mai 2006 vom Fakultätsrat Jura der Lehrpreis für das Wintersemester 2005/06 für ihr herausragendes Engagement bezüglich der Übungen im Zivilrecht, Öffentlichem Recht und Strafrecht für Studierende nach bestandener Zwischenprüfung verliehen worden.

Herr Prof. em. Dr. *Ernst Klingmüller* ist am 10. Mai 2006 im Alter von 91 Jahren verstorben. Die Beisetzung und die Trauerfeier fanden am 18. Mai statt.

Herrn Prof. em. Dr. *Hartmut Schiedermaier* ist am 11. Mai 2006 die Ehrenmitgliedschaft im Verband der Professorinnen und Professoren der Österreichischen Universitäten verliehen worden.

Frau Prorektorin Prof. Dr. *Barbara Dauner-Lieb* ist vom Landtag für die Dauer von sechs Jahren mit Wirkung vom 12. Mai 2006 zum Mitglied des Verfassungsgerichtshofes für das Land Nordrhein-Westfalen gewählt worden.

Herr Prof. em. Dr. Dres. h.c. *Klaus Stern* ist am 13. Mai 2006 von der Japanischen Akademie der Wissenschaften zum Ehrenmitglied ernannt worden

Herr Prof. Dr. *Ulrich Preis* hat einen Ruf auf die W3-Professur für Internationales und Europäisches Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Universität Trier verbunden mit der Position eines Direktors des Instituts für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft (IAAEG) erhalten.

Prof. *Thomas von Danwitz* ist für die am 7. Oktober 2006 beginnende Amtszeit zum Richter am Europäischen Gerichtshof bestellt worden.

**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. iur. Mahulena Hofmann aus Prag

für die Fächer

„Völkerrecht, Europarecht, Ostrecht und ausländisches Verfassungsrecht“

fest, nachdem sie in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

„Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit? -
Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und
Osteuropas für das Völker- und Europarecht“

sowie durch Habilitationsvortrag, Kolloquium und studiengangsbezogene Lehrveranstaltung 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 i n

verbunden.

Köln, den 26. Januar 2006

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. iur. Arnd Arnold aus Diepholz

für die Fächer

**„Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht
und Steuerrecht“**

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

**„Die Steuerung des Vorstandshandelns
Eine rechtsökonomische Untersuchung der
Principal-Agent-Problematik in Publikumskapitalgesellschaften“**

sowie durch Habilitationsvortrag und Kolloquium und studiengangsbezogene Lehrveranstaltung 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, den 17. Juli 2006

Der Dekan

(Siegel)

Magister-Legum-Absolventen

Wintersemester 2005/06 - Sommersemester 2006

Katarzyna Knoll (Polen): "Timesharing an Ferienimmobilien in der EU aus verbraucherschutzrechtlicher Perspektive"

(Prof. Dr. Dauner-Lieb, 04.05.2005)

Irina Kouzmenko (Rußland): "Ordre public international bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen in Deutschland"

(Prof. Dr. Mansel, 23.08.2005)

Natalia Korschunova (Rußland): "Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess"

(Prof. Dr. Prütting, 01.09.2005)

Mille Janelle Ruffin Ramirez (Dominikanische Republik): "Die Anpassung der Schranken des Urheberrechts der Dominikanischen Republik an die Erfordernisse der Informationsgesellschaft im Vergleich mit dem deutschen Recht"

(Prof. Dr. Peifer, 01.09.2005)

Agata Ambroziak (Polen) : "Das Polnische Steuerrechtssystem im Europäischen Standortwettbewerb"

(Prof. Dr. Lang, 10.09.2005)

Caroline Olivo (Frankreich): "Die Umsetzung der Kollisionsnorm der Verbraucherschutzrichtlinie durch Art. 29a EGBGB und im französischen Recht"

(Prof. Dr. Mansel, 19.10.2005)

Abdelali Loughlimi (Marokko): "Internationales und europäisches Gesellschaftsrecht - Sitztheorie und europäische Niederlassungsfreiheit"

(Prof. Dr. Henssler, 21.10.2005)

Vuk Vuckovic (Serbien und Montenegro): "Die Pflicht der Entschädigung für Schäden aus Kraftfahrzeugsunfällen- eine Rechtsvergleichung zwischen deutschem und serbischem Recht"

(Prof. Dr. Dr. h.c. Hübner, 23.11.2005)

Ilker Yakut (Türkei): "Übernahme von Unternehmen im deutschen und türkischen Ertragssteuerrecht"

(Prof. Dr. Lang, 06.12.2005)

Stamatoula Patrikounakou (Griechenland): "Die materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen nach der europäischen Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 unter besonderer Berücksichtigung des SIEC-Tests"

(Prof. Dr. Baur, 13.12.2005)

Io-Anna Lianos (Griechenland): "Gewerblicher Rechtsschutz in Verbindung mit Artikel 82 EG - Vertrag - Zwangslizenzen - "

(Prof. Dr. Baur, 21.12.2005)

Iohanna Fotiadou (Griechenland): "Der Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr in Deutschland und Griechenland"

(Prof. Dr. Lang, 18.01.2006)

Paloma Herrero Alvarez (Spanien): „Die Lückenfüllung im UN-Kaufrecht“

(Prof. Dr. Mansel, 20.03.2006)

Philippe Charles Di Cato (Luxemburg): "Die Einführung einer Abgeltungssteuer - vergleichende Betrachtung des deutschen und luxemburgischen Steuerrechts"

(Prof. Dr. Lang, 28.03.2006)

Anna Jedynasta (Polen): "Die Interessenkonflikte bei der Übernahme von Aktiengesellschaften und deren Ausgleich in der 13. Richtlinie"

(Prof. Dr. Ehricke, LL.M., 28.03.2006)

Max Kremer (Luxemburg): "Die Personengesellschaft im deutschen und luxemburgischen Steuerrecht - Kritischer Rechtsvergleich"

(Prof. Dr. Lang, 28.03.2006)

Jutta Jasmin Uusitalo (Finnland): "Einbeziehung von ABG im unternehmerischen Geschäftsverkehr zwischen Deutschland und Finnland"

(Prof. Dr. Dauner-Lieb, 28.03.2006)

Regina Vysokovskaya (Rußland): "Seefrachtvertrag zur Beförderung von Gütern im deutschen Handelsrecht, insbesondere haftungsrechtliche Fragen"

(Prof. Dr. Ehricke, LL.M., 28.03.2006)

Siv-Huor Ou (Frankreich): "Der urheberrechtliche Schutz von Software und marktbeherrschende Stellung"

(Prof. Dr. Baur, 04.04.2006)

Olga Anna Wachowicz (Polen): "Haftung des Frachtführers im nationalen und internationalen Straßengüterverkehr und diesbezüglicher Versicherungsschutz"

(Prof. Dr. Dr. h.c. Hübner, 04.04.2006)

Michail Chatzipanagiotis (Griechenland): "Die Revision des Römer Abkommens vom 7. Oktober 1952 über die Dritthaftung des Luftfahrzeughalters"

(Prof. Dr. Hobe, LL.M., 07.04.2006)

Xiao Liang (China): "Die Anfechtung von Schiedsansprüchen in der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit"

(Prof. Dr. Prütting, 26.04.2006)

Javier Fernando Paredes Lovon (Peru): "Produktkauf und Produkthaftung im peruanischen Verbraucherschutzrecht im Vergleich zum deutschen Recht"

(Prof. Dr. Mansel, 24.05.2006)

Nickta Hafezi (Vereinigtes Königreich): "Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes als gemeineuropäisches Rechtsprinzip"

(Prof. Dr. Schöbener, 19.06.2006)

Anna Schneider (Polen): "Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzvereinbarungen im europäischen, deutschen und polnischen Recht"

(Prof. Dr. Ehricke, LL.M., 05.07.2006)

Paulius Galubickas (Litauen): "Einschränkungen von Tabak- und Alkoholwerbung in Litauen und Europa"

(Prof. Dr. von Danwitz, 10.07.2006)

Amelia Elizabeth Irish (Australien): "Subjektive Merkmale im Strafrechtsvergleich zwischen Deutschland und ausgewählten Staaten des Common Law"

(Prof. Dr. Krefß, LL.M., 12.07.2006)

II. Antrittsvorlesungen

Versailles – Nürnberg – Den Haag: Deutschland und das Völkerstrafrecht*

*Professor Dr. Claus Kreß LL.M. (Cambridge), Köln**

„Comédie, parodie de justice et scandal“

(*Aristide Briand*, Französischer Ministerpräsident, in der französischen Nationalversammlung über die Leipziger Strafverfahren, 1921¹)

„What lesson can we learn from Versailles and Leipzig? – First, the United Nations must not again trust the Germans to do justice in the case of German war criminals. For them they are heroes.“

(*Sheldon Glueck*, US-amerikanischer Kriminologe, 1944²)

„Die deutsche Haltung zu den Kriegsverbrecherprozessen ist ein Problem von anhaltender Schwierigkeit schon seit die Prozesse abgehalten wurden. Die Deutschen haben die den Verfahren zugrundeliegenden Prinzipien nicht akzeptiert und glauben nicht an die Schuld der Verurteilten. Ihre Haltung ist stark gefühlsbetont und nicht von Argumenten oder einer objektiven Darlegung der Fakten beeinflussbar. Sie halten daran fest, daß die meisten der Kriegsverbrecher Soldaten sind, die für das bestraft wurden, was alle Soldaten im Kriege tun oder zu tun angewiesen werden.“

* Der Text wird in etwa zeitgleich leicht gekürzt in der *Juristen-Zeitung* zum Abdruck kommen; eine ebenfalls etwas kürzere englische Fassung ist unter dem Titel „Versailles-Nuremberg-The Hague. Germany and International Criminal Law“ in: *The International Lawyer* 40 (2006), 15, veröffentlicht worden.

* Ich danke Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Hans Heinrich Jescheck* und Herrn Richter am Internationalen Strafgerichtshof *Hans-Peter Kaul*, denen ich mich als wissenschaftlicher Enkel bzw. Mitarbeiter in verschiedenen Missionen verbunden fühle, dass Sie mir als Zeitzeugen der Entwicklung des Völkerstrafrechts für lange Gespräche zur Verfügung standen. Gewidmet ist die Antrittsvorlesung meinem akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. *Thomas Weigend* in Dankbarkeit und Verehrung.

¹ *Journal du droit international* 48 (1921), 442.

² *War Criminals: Their Prosecution & Punishment*, 1944, S. 34.

(Aktenvermerk des US-amerikanischen Außenministeriums, 1953³)

„No country can be prouder than Germany of their participation and support for the ICC [International Criminal Court]. The German refusal to accepting what they called ‘an alibi court’, and their resistance to the highly publicized United States threats to the German leaders during the Rome conference deserves great appreciation by the world community”

(*William R. Pace*, US-amerikanischer Koordinator der globalen Koalition von mehreren hundert Nichtregierungsorganisationen für einen Internationalen Strafgerichtshof, 1998⁴)

A. Versailles und Leipzig

Die deutsche Völkerstrafrechtspolitik in Versailles und Leipzig beginnen zu lassen, ist nicht ganz exakt. Man hat die Leipziger Prozesse treffend „Prolog zu Nürnberg“ genannt.⁵ Fast gleichbedeutend lässt sich sagen: „Prolog zum Völkerstrafrecht“. Lediglich Prolog deshalb, weil sich unmittelbar im universellen Völkerrecht wurzelnde Strafnormen, also Völkerstrafrecht in seinem strengen Sinn im und unmittelbar nach dem ersten Weltkrieg noch nicht verlässlich nachweisen lassen.⁶ Dies gilt selbst für die Kriegsverbrechen, von denen der Nürnberger Militärgerichtshof später sagen sollte, ihre Existenz habe seit der Haager Landkriegsordnung des Jahres 1907 außer Zweifel gestanden.⁷ So haben die beiden US-amerikanischen Delegierten *Robert Lansing* und *James Brown Scott* noch 1919 erklärt:

³ Zit. nach *Jörg Friedrich*, Kein in Nürnberg Verurteilter kam in das Strafregister, *Süddeutsche Zeitung* v. 1. Oktober 1996, 10.

⁴ The Relationship between the International Criminal Court and Non-Governmental Organizations, in: Herman A.M. von Hebel *et al.* (Hrsg.), *Reflections on the International Criminal Court*, 1999, S. 197.

⁵ *James F. Willis*, Prologue to Nuremberg, 1982, *passim*.

⁶ Insoweit unverändert gültig die Skepsis *Georg Schwarzenbergers*, The Problem of International Criminal Law, *Current Legal Problems* 3 (1950), S. 269 f., 274 ff.

⁷ Sekretariat des Internationalen Militärgerichtshofs (Hrsg.), *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationaler Militärgerichtshof*. Nürnberg 14. November 1945 – 1. Oktober 1946, Einführungsband, 1947, S. 246.

„The American representatives know of no international statute or convention making a violation of the laws and customs of war [...] an international crime.“⁸

Deutschland hätte zu diesem Zeitpunkt kaum eine andere Position zu Protokoll gegeben.

Prolog zum Völkerstrafrecht waren Versailles und Leipzig aber gewiss. Denn in Anbetracht zahlreicher deutscher Tötungen, Misshandlungen und Deportationen von Zivilisten bzw. Kriegsgefangenen im Landkrieg sowie unter dem frischen Eindruck des uneingeschränkten deutschen U-Boot-Krieges brach der Versailler Vertrag mit der seit dem Westfälischen Frieden gepflegten europäischen Staatspraxis der Amnestierung von Kriegsverbrechen und legte Deutschland in Art. 228 Abs. 2 die Verpflichtung auf,

„den alliierten und assoziierten Mächten oder derjenigen Macht von ihnen, die einen entsprechenden Antrag stellt, alle Personen auszuliefern, die ihr aufgrund der Anklage, sich gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges vergangen zu haben, [...] bezeichnet werden.“⁹

Der deutschen Regierung gelang es zwar in der Folge, das alliierte Auslieferungsverlangen abzuwehren. Der damalige Präsident der deutschen Friedensdelegation in Versailles, *Freiherr von Lersner*, schrieb im Rückblick voller Pathos:

„Eine ungeheure Bewegung ergriff das ganze Land. Überall wurden Versammlungen abgehalten, in Kirchen und Domen, auf Straßen und Plätzen, in Lokalen und Sälen protestierten Tausende und Abertausende auf das schärfste gegen die Auslieferungsforderung. Überall wurde einstimmig die Auslieferung der deutschen ‚Kriegsverbrecher‘ verweigert. Einig und einmütig stand das ganze deutsche Volk, standen alle Parteien wie ein Mann zusammen.“¹⁰

⁸ Memorandum of Reservations Presented by the Representatives of the United States to the Report of the Commission on Responsibilities, *The American Journal of International Law* 14 (1920), 146.

⁹ Abgedr. in: *Walter Schwengler*, *Völkerrecht, Versailler Vertrag und die Auslieferungsfrage*, 1982, S. 367.

¹⁰ Zit. nach *Dirk von Selle*, *Prolog zu Nürnberg – Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19 (1997), 195.

Doch war den Alliierten ein Preis zu zahlen. Dieser bestand in der Selbstverpflichtung zur Strafverfolgung mutmaßlicher deutscher Kriegsverbrecher. Auf der Grundlage eines Sondergesetzes sollte das Leipziger Reichsgericht in erster und letzter Instanz judizieren.¹¹ In heutiger Terminologie lässt sich diese Revision des Versailler Vertrages als die Vereinbarung horizontaler Komplementarität zwischen deutscher und alliierter Strafverfolgung bezeichnen. Während der deutschen Seite das Recht des ersten Strafverfolgungszugriffs gewährt wurde, behielten sich die Alliierten das Recht der Übernahme zur Strafverfolgung für den Fall vor, dass sich der erklärte deutsche Strafverfolgungswille als nicht ernsthaft erweisen sollte.¹²

War das Leipziger Prozedere nun tatsächlich nichts als eine Komödie, eine Justizparodie und ein Skandal? Im Licht der neueren Arbeiten *Gerd Hankels* und *Dirk von Selles*¹³ lässt sich dies nicht einfach bejahen.¹⁴ Das liegt im wesentlichen an dem Urteil im Fall *Llandovery Castle* aus dem Jahre 1921.¹⁵ Im Juni 1918 versenkte das deutsche U-Boot *U 86* außerhalb eines militärischen Sperrgebiets das vorschriftsmäßig gekennzeichnete englische Lazarettschiff *Llandovery Castle*. Nachdem sich die Überlebenden der Torpedierung in die Rettungsboote geflüchtet hatten, wurden auch diese beschossen; nur einem Rettungsboot gelang es zu entkommen - mehr als 100 Menschen starben. Da der Kommandant der *U 86* flüchtig war, konzentrierte sich die Hauptverhandlung auf die beiden Wachoffiziere *Dithmar* und *Boldt*. Diese hatten nach den Feststellungen bei der Beschießung der Rettungsboote durch Meldungen über deren Standort Hilfe geleistet. Das Reichsgericht verurteilte sie wegen Beihilfe zum Totschlag in

¹¹ *Gerd Hankel*, Die Leipziger Prozesse, 2003, S. 54.

¹² Diese horizontale Komplementarität war in einem Punkt sogar umsichtiger ausgestaltet als das nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs geltende System vertikaler Komplementarität bei der Verfolgung von Völkerstraftaten. Denn die Alliierten durften die Ernsthaftigkeit des deutschen Strafverfolgungswillens durch Prozessbeobachtermissionen überprüfen, während im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs eine ausdrückliche Regelung über die internationale Prozessbeobachtung fehlt (vgl. Art. 17 ff. IStGH-Statut; Abdruck der authentischen englischen und französischen Fassung sowie der amtlichen deutschen Übersetzung in: Paul Günter Pötz/Claus Krefß [Hrsg.], Grützner/Pötz. Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Auflage [Loseblatt], III 26).

¹³ S. Fn. 11 bzw. Fn. 10; jeweils *passim*.

¹⁴ Zu einseitig deshalb das Urteil von *Herbert R. Reginbogin*, Confronting „Crimes Against Humanity“, from Leipzig to the Nuremberg Trials, in: Herbert R. Reginbogin/Christoph J. M. Safferling (Hrsg.), The Nuremberg Trials. International Criminal Law Since 1945, S. 121, der in der Art und Weise, wie in Leipzig verhandelt wurde, sogar eine „ideologische Plattform für das Nazi-Regime“ sieht.

¹⁵ RT-Drs. 1921 I, Nr. 2584 (Weißbuch des Reichsjustizministeriums zu den Leipziger Strafverfahren), S. 75; hierzu eingehend *Hankel* (Fn. 11), S. 452 ff.

einem minder schweren Fall zu vier Jahren Gefängnis. Dieses Urteil ist in zweierlei Hinsicht wirkungsmächtig geworden: Erstens brachte das Reichsgericht den Totschlagstatbestand des allgemeinen Strafrechts zur Anwendung und beurteilte die Rechtswidrigkeit der Tat unmittelbar nach Kriegsvölkerrecht.¹⁶ Diese Weichenstellung erscheint nur aus heutiger Sicht undramatisch. So erklärte der Chef der Hochseestreitkräfte als Zeuge im *Llandoverly Castle*-Fall, dass

„nie im Flottenkommando der Gedanke aufgetreten ist, daß die Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts irgendwie in Zusammenhang gebracht werden könnten mit der Durchführung einer Kriegs- oder einer Kampfaufgabe.“¹⁷

Diese Position der Seekriegsleitung fand auch im strafrechtlichen Schrifttum der Zeit Widerhall. Es hieß, die Entscheidung im Fall der *Llandoverly Castle* werde

„aus der Entfernung betrachtet, unseren Nachkommen als ein Wahngespenst haltloser Dogmen erscheinen.“¹⁸

Zutreffend ist das Gegenteil. Denn der Bundesgerichtshof hat noch jüngst im Geiselerchießungsfall *Friedrich Engel* exakt in den vom Reichsgericht vorgezeichneten dogmatischen Bahnen judiziert.¹⁹ Die zweite zentrale Rechtsaussage im Fall *Llandoverly Castle* besteht in der rechtlichen Zurückweisung des Einwandes, die Angeklagten hätten auf Befehl gehandelt. Ein solcher Einwand müsse dann ausscheiden, so sagte das Reichsgericht wörtlich, wenn „der Befehl sich offenkundig, für jedermann, auch den Untergebenen, zweifelsfrei erkennbar als verbrecherisch darstellt.“²⁰ Das hier durchscheinende Prinzip der Unbeachtlichkeit des Befehls bei offenkundiger Völkerrechtswidrigkeit war zum Urteilszeitpunkt ebenfalls noch ungesichert; ja angesichts der Formulierung von § 47 des seinerzeit geltenden deutschen Militärstrafgesetzbuchs war die These des Reichsgerichts geradezu kühn.²¹ Dies gilt auch im historischen Rechtsvergleich:

¹⁶ RT-Drs. 1921 I (Fn. 15), S. 87.

¹⁷ Zit. nach *Hankel* (Fn. 11), S. 460.

¹⁸ *W. Hofacker*, Die Leipziger Kriegsprozesse, ZStW 43 (1921), 670.

¹⁹ BGHSt 49, 189 ff.

²⁰ RT-Drs. 1921 I (Fn. 15), S. 87 f.

²¹ § 47 MStGB folgte dem Grundsatz der Straflosigkeit des Befehlsempfängers (*respondeat superior*) und durchbrach diesen Grundsatz lediglich bei Kenntnis des strafbaren Inhalts des Befehls; die Entscheidung des *Llandoverly Castle*-Falles beruht auf der Ableitung dieser Kenntnis aus der Offenkundigkeit der Strafbarkeit des Befehlsinhalts; *Marcus Korte*, Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund, 2004, S. 46.

So ist das *manifest illegality principle* von *Hersch Lauterpacht* erst 1944 - und zwar unter Berufung auf das Urteil des Reichsgerichts - in das englische Standardlehrbuch des Völkerrechts übernommen worden, und dies hat in demselben Jahr zu einer entsprechenden Änderung des britischen *Manual of Military Law* geführt.²² Heute steht das Offenkundigkeitsprinzip bei Kriegsverbrechen in Art. 33 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH-Statut) und in § 3 des neuen deutschen Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB). Das Urteil im Fall *Llandovery Castle* führte dazu, dass die Leipziger Strafverfahren in England positiver bewertet wurden als in Frankreich. Der Leiter der englischen Beobachterkommission sprach sogar von Erfolgen vom Standpunkt des internationalen Rechts aus.²³ Im Übrigen ist es interessant festzustellen, dass die Enthüllungen über den deutschen Unterseebootkrieg durchaus geeignet waren, die Stimmung in der deutschen Öffentlichkeit zu beeinflussen. So hieß es in der liberalen Presse nach dem Urteil, die Position der deutschen Seekriegsleitung, wonach sich Kriegshandlungen außerhalb des Rechts bewegen sollten, werde vom deutschen Volk als unwürdig empfunden.²⁴ Hier scheint das inzwischen auch im ehemaligen Jugoslawien anzutreffende Potential des Völkerstrafverfahrens, einer nationalen Legendenbildung entgegenzuwirken, immerhin einmal kurz auf.

Aber eben nur kurz: Denn das Urteil im Fall *Llandovery Castle* nimmt eine Ausnahmestellung ein. Ansonsten zeugen die Leipziger Verfahren deutlich von dem Widerwillen der deutschen Strafjustiz, sich mit den alliierten Vorwürfen deutscher Kriegsverbrechen ernsthaft auseinanderzusetzen. Kein geringerer als der damalige Justizminister *Gustav Radbruch* hat dies noch nach dem Zweiten Weltkrieg indirekt bestätigt:

„Eine schwere Belastung des Reichsgerichts waren die Kriegsverbrecherprozesse. Sie mußten während meiner Amtszeit zunächst dilatorisch behandelt werden. [...] Als [...] der oberste Rat [...] sein Désintéressement an dem weiteren Verlauf der Kriegsverbrecherprozesse deutlich zu erkennen gab, fiel für uns jeder Grund zu einer weiteren dilatorischen Behandlung fort. Nun wurden die zahlreichen auf haltlose

²² International Law. A Treatise. Vol. II: Disputes, War and Neutrality, 6. Auflage, 1944, § 253; vgl. demgegenüber § 253 der 5. Auflage, 1935, der noch dem Prinzip des *respondeat superior* folgt; von der Änderung in *section* 443 des britischen Militärhandbuchs wird in § 253 der 7. Auflage, 1952, berichtet; zu der Anwendung der *respondeat superior*-Regel in den Niederlanden noch nach dem 2. Weltkrieg s. *Eberhard Menzel*, Die ausländische Kriegsverbrechergesetzgebung, AÖR 75 (1949), 448.

²³ *Von Selle* (Fn. 10), 200.

²⁴ *Von Selle* (Fn. 10), 202.

Beschuldigungen gegründeten Verfahren durch Reichsanwaltschaft und Reichsgericht eingestellt [...].²⁵

Indes lagen den bis 1922 geführten Verfahren entgegen *Radbruchs* Einschätzung keineswegs nur haltlose Beschuldigungen zugrunde.²⁶ Dass es überwiegend zu Einstellungen und Freisprüchen kam, ist vielmehr auch mit dem fehlenden deutschen Strafverfolgungswillen zu erklären. Dabei arbeitete die deutsche Strafjustiz mit einem ähnlich exzessiven Begriff der Kriegsnotwendigkeit wie das deutsche Militär. Aus der anerkannten Beschränkung des Schutzbereichs bestimmter Kriegegesetzesnormen durch den Gesichtspunkt der „militärischen Notwendigkeit“ wurde so etwas wie ein deutscher Generalvorbehalt gegenüber dem völkerrechtlichen *ius in bello*. Die Kriegsnotwendigkeit konnte vom Reichsgericht so beinahe als juristischer *passerpartout* zugunsten der Angeklagten eingesetzt werden.²⁷ Überdies zeugten Prozessführung und Beweiswürdigung vielfach von nicht unbeträchtlicher Voreingenommenheit des hohen Gerichts. Es konnte vorkommen, dass dem Belastungszeugen gegen einen angeklagten General vom Vorsitzenden entgegengehalten wurde:

„Sie werden wohl die Richtigkeit der Angaben des Herrn Generals nicht bestreiten können?“

Einem angeklagten General begegnete der Vorsitzende hingegen beflissen mit den Worten:

„Exzellenz, ich wollte selbstverständlich in Ihre Worte keinerlei Zweifel setzen, sondern ich wollte Ihnen nur das vorhalten, was vorzuhalten meine Pflicht und meines Amtes ist.“

Keinerlei Zweifel hatte das Reichsgericht denn zumeist auch an der Notwendigkeit eines Freispruchs und gerne wurde formuliert, die Hauptverhandlung habe für den erhobenen Vorwurf „nicht den Schatten eines Beweises erbracht“.²⁸ Auch im Licht der gründlichen und differenzierenden neuen Literatur ist demnach an der Gesamtbewertung nicht zu rütteln, dass die Leipziger Verfahren - in

²⁵ Der innere Weg. Aufriß meines Lebens, Arthur Kaufmann (Hrsg.), Radbruch Gesamtausgabe, Band 16, 1988, S. 255.

²⁶ So das Ergebnis der eingehenden Aktenanalyse der Leipziger Prozesse durch *Hankel* (Fn. 11), insbes. S. 105 ff.

²⁷ *Hankel* (Fn. 11), S. 228 ff.

²⁸ Nachweise jeweils bei *Hankel* (Fn. 11), S. 343 (Fn. 75), 344 (Fn. 76), 350.

den Worten des modernen Völkerstrafrechts²⁹ - ein Beispiel für den fehlenden staatlichen Willen zur ernsthaften Durchführung von Strafverfahren wegen des Verdachts von Kriegsverbrechen darstellen.³⁰ Warum es an diesem Willen fehlte, deutet eine Passage der Memoiren des damals zuständigen Oberreichsanwalts *Ludwig Ebermayer* an:

„Es ist mir heute noch unverständlich, daß wir im Versailler Vertrag die Verpflichtung übernahmen, diese Kriegsverbrechen [...] in Deutschland und durch deutsche Gerichte verfolgen zu lassen. Wir hatten den Krieg verloren, wir mußten uns den harten, von Haß und Rache diktierten Bedingungen der Feinde fügen, wir mußten Opfer an Land und Geld bringen; das war unvermeidlich; nie und nimmer aber durften wir uns der entehrenden Bedingung fügen, unseren eigenen Landsleute wegen dieser sogenannten Kriegsverbrechen zu verfolgen, während es keinem der anderen am Kriege beteiligten Länder einfiel, eine solche Verpflichtung auf sich zu nehmen. Ein solches Zugeständnis ging an unsere Ehre.“³¹

Damit steht Leipzig freilich - anders als es in dem Eingangszitat *Sheldon Gluecks* anklingt - nicht etwa für eine deutsche Besonderheit. Dies lehrt überaus deutlich der vergleichende Blick auf die rasch im Sande verlaufenen Bemühungen um eine nationale strafrechtliche Auseinandersetzung mit dem im Jahre 1915 in der Türkei begangenen Makroverbrechen an den Armeniern³², von dem überwiegend³³ angenommen wird, es habe die Merkmale des 1948 geschaffenen völkerrechtlichen Völkermordtatbestandes³⁴ verwirklicht. Ferner steht Leipzig auch nicht einfach für einen Rückschritt auf dem Weg hin zu der Entstehung einer Völkerstrafrechtsordnung. Denn das Scheitern des Leipziger Unterneh-

²⁹ Vgl. Art. 17 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (Fn. 12).

³⁰ Übereinstimmend *Frank Neubacher*, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, 2005, S. 314.

³¹ Fünfzig Jahre Dienst am Recht, 1930, S. 190 f.

³² Hierzu knapp *Christina Möller*, Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte, 2003, S. 50 ff.; eingehend *Taner Akcam*, Armenien und der Völkermord, 2004, S. 104 ff., S. 138 ff.

³³ So statt vieler *Möller* (Fn. 32); *Akcam* (Fn. 32), S. 52 ff.; *Vahakn N. Dadrian*, Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications, *The Yale Journal of International Law* 14 (1989) 221; zweifelnd hingegen neuerdings *Guenter Lewy*, *The Armenian Massacres in Ottoman Turkey. A Disputed Genocide*, 2005, S. 250 f.

³⁴ Art. II der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9. Dezember 1948; BGBl. II 1954 S. 730.

mens hat geholfen, den Blick für zwei Grundprobleme des Völkerstrafrechts zu schärfen: Erstens scheint in dem *Ebermayer*-Zitat - auch wenn man das zeitgenössische nationale Pathos wegstreicht - das Problem der asymmetrischen Verfolgung von Völkerstraftaten durch. Denn natürlich waren im ersten Weltkrieg auch auf der Seite der Kriegsgegner Deutschlands Kriegsverbrechen begangen worden. Wie die erste Praxis des IStGH erweist, ist dieses Problem im Kern unverändert aktuell, auch wenn es bei den veränderten Rahmenbedingungen der Arbeit des neuen Weltstrafgerichts vor allem darum geht, von Anfang an auf die Gefahr einer Blickverengung auf nicht-staatliche Bürgerkriegsparteien hinzuweisen.³⁵ Zweitens veranschaulicht der Fall Leipzig eine *raison d'être* des Völkerstrafrechts, nämlich die strukturell begründete Skepsis, ob sich nach staatlicher oder staatsverstärkter Kriminalität ein genuiner staatlicher Strafverfolgungswille bilden wird.³⁶ Diese Skepsis liefert einen wesentlichen Grund für den Aufbau einer - mindestens komplementären - internationalen Strafgerichtsbarkeit, die wiederum Völkerstrafrecht im strengen Sinn voraussetzt. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass gerade von dem Scheitern Leipzigs ein Weg³⁷ zum Durchbruch des Völkerstrafrechts vor dem Internationalen Militärtribunal von Nürnberg führt. In seiner Eröffnungsrede kam der amerikanische Chefankläger *Robert Jackson* sogleich auf die Frage zu sprechen, ob man es nicht den Deutschen hätte überlassen sollen, die fällige Strafverfolgung zu übernehmen:

„Die von diesen Männern verübten Angriffe, die eine ganze Welt umfassten, haben nur wenige wirklich Neutrale hinterlassen. Entweder müssen also die Sieger die Geschlagenen richten, oder sie müssen es den Besiegten überlassen. Nach dem ersten Weltkrieg haben wir erlebt, wie müßig das letztere Verfahren ist.“³⁸

Deutschland hat die Entwicklung des Völkerstrafrechts somit nicht nur durch die in seinem Namen im ersten Weltkrieg begangenen Kriegsrechtsverletzungen

³⁵ *Claus Krefß*, „Staateneigenüberweisungen“ an den Internationalen Strafgerichtshof und die Rolle des Chefanklägers. Kursorische Anmerkungen zur ersten Verfahrenspraxis des Internationalen Strafgerichtshofs, in: Frank Neubacher/Anne Klein (Hrsg.), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts? Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichte*, 2006, S. 103 ff.

³⁶ *Reinhard Merkel*, *Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen*, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band III, 1998, S. 261.

³⁷ Natürlich handelt es sich nicht um eine „geschichtliche Notwendigkeit“: Bei dem britischen Außenminister *Anthony Eden* etwa forcierte das Scheitern der Bemühungen, Kaiser Wilhelm II. den Prozess zu machen, die grundsätzliche Skepsis gegenüber dem Völkerstrafrecht; *Richard Overy*, *Interrogations. Inside the Minds of the Nazi Elite*, 2001, S. 7.

³⁸ Sekretariat des Internationalen Militärgerichtshofs (Fn. 7), Band II, S. 118.

unfreiwillig gefördert, sondern auch durch den fehlenden ernsthaften Willen, diese strafrechtlich zu verfolgen. Dass hieraus in der Zwischenkriegszeit keine positive Einstellung zum Völkerstrafrecht erwuchs, liegt auf der Hand. Dementsprechend leitete *Hellmuth von Weber* im Jahre 1934 seine zu diesem Zeitpunkt in Deutschland vereinzelt gebliebene Schrift zum Völkerstrafrecht wie folgt ein:

„Fast unbeachtet von der deutschen Öffentlichkeit ist seit dem Ende des Weltkrieges eine Bewegung im Gange, eine internationale Strafgerichtsbarkeit zu errichten. Die deutsche Zurückhaltung erklärt sich aus der ursprünglich engen Verbindung dieser Bestrebungen mit der Behauptung von der deutschen Schuld am und im Kriege, die dem Deutschen eine positive Befassung mit ihr unmöglich machte.“³⁹

B. Nürnberg

„Nürnberg“ sollte diese negative deutsche Grundhaltung auf viele Jahre hin verlängern. Dabei taucht das von Leipzig her bekannte Empfinden der verletzten nationalen Ehre auch bei der deutschen Reaktion auf die Nürnberger Strafverfahren auf; hier insbesondere im Hinblick auf die Nürnberger Folgeprozesse vor amerikanischen, britischen und französischen Militärgerichten. So zitierte der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 1958 den Bundestagsabgeordneten *Dr. von Merkatz* mit dem Ausspruch, bei der Nichtanerkennung der Nürnberger Urteile durch die Bundesregierung gehe es um

„ein Stück unserer deutschen Würde“.⁴⁰

Die neueren zeithistorischen Forschungen *Ulrich Brochhagens* und *Norbert Freis*⁴¹ deuten daraufhin, dass sich in diesem Abgeordnetenwort eine in der deutschen Bevölkerung verbreitete Überzeugung widerspiegelt. Dabei waren die in den Nürnberger Nachfolgeprozessen Verurteilten ganz überwiegend nicht etwa Personen, die - wie es damals häufig beschwichtigend hieß - „in der Hitze

³⁹ Internationale Strafgerichtsbarkeit, 1934, Einleitung; zur aufschlussreichen Rezension der *Weberschen* Schrift durch *Friedrich Schaffstein*, *Deutsches Recht* 1935, 137, *Neubacher* (Fn. 30), S. 169.

⁴⁰ BGHSt 12, 36, 40.

⁴¹ *Brochhagen*, Nach Nürnberg. Vergangenheitsbewältigung und Westintegration in der Ära Adenauer, 1994; *Frei*, 1945 und wir, 2005; jeweils *passim*.

des Gefechts“ gehandelt hatten, sondern es waren Angehörige von Einsatzgruppen oder KZ-Wachmannschaften.

Die in Deutschland damals verbreitete Haltung mag dadurch begünstigt worden sein, dass es das in Nürnberg zur Anwendung gebrachte „Völkerstrafrecht der ersten Generation“⁴², welches die fast ausschließlich zwischenstaatliche Konfiguration der damaligen Völkerrechtsordnung reflektierte, nicht gestattete, die deutschen Menschlichkeitsverbrechen in ihrem ganzen Ausmaß zu thematisieren oder auch nur in den Vordergrund zu stellen⁴³ - kurzum, dass Nürnberg „ein Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, nicht der Prozeß gegen die Hauptvölkermörder“ war.⁴⁴ Dennoch fällt es dem Zurückschauenden in Anbetracht der Monstrosität der von Deutschen begangenen Verbrechen schwer zu verstehen, warum seinerzeit offenbar nicht wenige Deutsche das Bedürfnis verspürten, die „deutsche Würde“ gegen Nürnberg in Stellung zu bringen. Dies kann man nüchtern feststellen, ohne dabei übersehen zu müssen, dass auch das im Deutschland der 1950er Jahre anzutreffende Phänomen in seinem Kern vermutlich kein spezifisch deutsches ist, sondern eher eine Herausforderung darstellt, mit der sich die Völkerstrafverfolgung typischerweise konfrontiert sieht: So provozierten die Verurteilungen italienischer Kriegsverbrecher durch englische Militärgerichte in der italienischen Bevölkerung ähnliche Reaktionen.⁴⁵ Schließlich zeigt sich eine im Kern entsprechende Haltung in neuerer Zeit etwa in der in Serbien und auch in Kroatien teilweise anzutreffenden national aufgeladenen Kritik an der Strafverfolgungstätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien (JStGH).

Doch zurück zu Deutschland: Die Bundesregierung war über die Häftlingsstruktur in den alliierten Haftanstalten Landsberg und Werl stets genau informiert. Sie hat denn auch davon abgesehen, die deutsche Ehre gegen die Nürnberger Prozesse ins Feld zu führen. Stattdessen argumentierte die Bundesregierung auf zwei Ebenen: Zum einen humanitär, in dem sie gegenüber den Westmächten auf

⁴² Zur „Generationenfolge“ der Völkerstrafrechtsentwicklung *Claus Kreß/Felicitas Wannek*, Von den beiden Ad-Hoc-Strafgerichtshöfen zum Internationalen Strafgerichtshof, in: Stefan Kirsch (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, S. 232 ff., 234.

⁴³ Klassisch hierzu *Egon Schwelb*, *Crimes Against Humanity*, 23 *The British Year Book of International Law* (1946), S. 225; dazu dass dies vor allem von französischer Seite als Dilemma empfunden wurde, s. neuerdings *Hervé Ascensio*, *The French Perspective*, in: *Reginbogin/Safferling* (Fn. 14), S. 42.

⁴⁴ *Gerhard Werle*, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, *ZStW* 109 (1997), S. 815.

⁴⁵ *Brochhagen* (Fn. 41), S. 65 f.; zur andersverlaufenden Geschichte der Verfolgung von NS-Verbrechen in Österreich s. jetzt *Claudia Kuretsidis-Haider*, „Das Volk sitzt vor Gericht“ - Österreichische Justiz und NS-Verbrechen am Beispiel der Engerau-Prozesse 1945-1954, 2006, *passim*.

Gnadenentscheidungen drängte. Und zum anderen kühl juristisch, in dem sie die Rechtmäßigkeit der Nürnberger Verfahren bestritt. Vor allem die drei justizgrundrechtlichen Errungenschaften bzw. Wiedererrungenschaften des Grundgesetzes, die Verbote der Todesstrafe, der Ausnahmegerichtbarkeit bzw. der rückwirkenden Bestrafung wurden grundsätzlich gegen die Nürnberger Völkerstrafjustiz in Stellung gebracht.⁴⁶

Bis heute ragt der Grundsatzstreit über das Rückwirkungsverbot hervor. Er fand seinen Niederschlag unter anderem in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Die Garantie des *nullum crimen sine lege* in deren Art. 7 Abs. 1 ist im nachfolgenden zweiten Absatz zur Absicherung Nürnbergs und der Folgeprozesse gegen den Rückwirkungsvorwurf mit einem Zusatz versehen worden.⁴⁷ Hiernach ist die Bestrafung eines Verhaltens auch dann menschenrechtskonform, wenn dieses Verhalten im Tatzeitpunkt zwar nicht im Urteilsstaat strafbar war, die Straflosigkeit jedoch einem von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatz widerspräche.⁴⁸ Dieser Zusatz hat bei sachgerechter Auslegung einen engen Anwendungsbereich. Er zielt im Kern auf die staatlich initiierte Kriminalität und soll im Fall des Versuchs einer späteren strafrechtlichen Verfolgung den Einwand abschneiden, der Unrechtsstaat habe die betreffenden schwersten Menschenrechtsverletzungen legalisiert und damit von der Strafbarkeit ausgenommen.⁴⁹ Trotz dieser engen Stoßrichtung legte Deutschland gegen diesen Zusatz einen - so bezeichneten - „Vorbehalt“ ein. Dieser wurde im Bericht des Auswärtigen Ausschusses damit begründet, das deutsche Volk habe mit dem Abweichen vom Rückwirkungsverbot unter dem

⁴⁶ Für einen eingehenden Rückblick s. *Susanne Jung*, Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse, 1992, *passim*.

⁴⁷ Zu den Rückwirkungsproblemen außerhalb des Anwendungsbereichs von Kontrollratsgesetz Nr. 10 s. etwa *Menzel* (Fn. 22), 424 ff.; außerhalb Deutschlands hat die eindringlichste Auseinandersetzung mit diesem Problem wohl in Norwegen stattgefunden (s. das Urteil des norwegischen Höchsten Gerichts vom 27.2.1946 in der Sache Karl-Hans Hermann Klinge, AVR I [1948], 498 ff.; zusammenfassend *Menzel* [Fn. 22], 436 ff.); den Hinweis auf die norwegische Kontroverse verdanke ich *Jörg-Detlef Kühne*, der mich 1987 mit seiner großartigen Kölner Grundrechtsvorlesung gefesselt hat.

⁴⁸ Zur jüngsten Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Antonio Cassese*, Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law, *Journal of International Justice* 4 (2006), 410 ff.

⁴⁹ S. insbesondere *Helmut Kreicker*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, 2002, S. 96 ff.; inzwischen wird man Art. 7 Abs. 2 EMRK auch im Licht der international-menschenrechtlichen Strafverfolgungspflichten bei Verletzungen der Rechte auf Leben, körperliche und psychische Integrität präzisieren können.

Nationalsozialismus die schlimmsten Erfahrungen gemacht.⁵⁰ Diese Begründung geht jedoch an der engen Zielrichtung des „Nürnberger Zusatzes“ vorbei und verschweigt den Umstand, dass der Hintergrund des so genannten Vorbehalts weniger die Erfahrung mit dem Nationalsozialismus als diejenige mit „Nürnberg“ war.

In einer *Kölner* Antrittsvorlesung darf vielleicht daran erinnert werden, dass die Nürnberger Kontroverse um das Rückwirkungsverbot von Wissenschaftlern, die für kurze oder längere Zeit der Kölner Juristenfakultät angehörten, entscheidend mitgeprägt worden ist⁵¹: Dies gilt zunächst für *Hermann Jahrreiß*.⁵² Dieser war Mitglied der Verteidigung von *Alfred Jodl*.⁵³ *Jahrreiß* fiel im Rahmen der Schlussplädoyers die Aufgabe zu, für die Verteidigung insgesamt darzutun, der Vorwurf des Angriffskrieges widerstreite dem Rückwirkungsverbot. *Jahrreiß*' eloquentes⁵⁴ *Schlusscrescendo* lautete:

„Die Vorschriften des Statuts negieren die Grundlagen des Völkerrechts, sie nehmen das Recht eines Weltstaats voraus. Sie sind revolutionär. Vielleicht gehört ihnen im Hoffen und Sehnen der Völker die Zukunft. Der Jurist, und nur als solcher darf ich hier sprechen, hat lediglich festzustellen, daß sie neu sind, umstürzend neu. Das Recht über Krieg und Frieden zwischen den Staaten hatte für sie keinen Platz, konnte für sie keinen Platz haben. So sind sie Strafgesetze mit rückwirkender Kraft.“⁵⁵

⁵⁰ Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Drucksache Nr. 3338, 5.

⁵¹ Für wertvolle Informationen aus der Fakultätsgeschichte danke ich dem früheren Direktor des Kölner Instituts für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, *Hartmut Schiedermaier*.

⁵² *Jahrreiß* wurde 1937 zum Direktor des Kölner Seminars für Völkerrecht ernannt und gehörte der Kölner Juristenfakultät danach 55 Jahre lang an; s. zu seinem Wirken die Gedächtnisansprache von *Klaus Stern*, *Hermann Jahrreiß – Persönlichkeit und Werk*, in: Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft (Hrsg.), *Hermann Jahrreiß zum Gedächtnis*, 1994, S. 13.

⁵³ *Michael Schnieder*, *Der Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess 60 Jahre nach seiner Eröffnung und die Problematik der Verteidigung in den Nürnberger Prozessen*, *Berliner Anwaltsblatt* 2005, 492, weist darauf hin, dass die „Geschichte der Verteidigung in den Nürnberger Prozessen noch nicht geschrieben“ ist.

⁵⁴ *Telford Taylor*, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, 1992, S. 474 f., berichtet, er sei von „dignity, skill of words and genuine passion“ des *Jahrreiß*'schen Schlussplädoyers beeindruckt gewesen.

⁵⁵ Ich habe das Zitat der „Nürnberger Handakte“ entnommen, die *Jahrreiß* seinem früheren Seminar, dem seit 1950 so bezeichneten Kölner Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, überlassen hat. Dem Direktor des Instituts, Herrn Kollegen *Bernhard Kempen*, sei für die freundliche Erlaubnis, die „Nürnberger Jahrreiß-Handakte“ an meinem Lehrstuhl einem forschenden Blick

Bereits kurz vor *Jahrreiß'* Plädoyer hatte *Carl Schmitt*⁵⁶ die Bestrafung wegen der Führung eines Angriffskrieges als Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot zurückgewiesen. *Schmitt* war von *Friedrich Flick* um ein Rechtsgutachten zu dieser Frage gebeten worden, weil dieser seine Anklage im Hauptkriegsverbrecherprozess befürchtete.⁵⁷ An *Schmitts* Gutachten⁵⁸ ist zunächst bemerkenswert, dass es überhaupt verfasst worden ist. Denn elf Jahre zuvor hatte *Schmitt* in seinem fürchterlichen Aufsatz „Nationalsozialismus und Rechtsstaat“ ausgerufen, er setze dem Grundsatz *nulla poena sine lege* den Gerechtigkeitsatz *nullum crimen sine poena* entgegen.⁵⁹ Bemerkenswert ist aber noch ein Zweites: *Schmitt* begrenzte das Rückwirkungsverbot für das Völkerstrafrecht in beträchtlichem Umfang; insbesondere sah er in der rückwirkenden Ahndung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit keine Verletzung des Völkerrechts. Grund hierfür seien die Besonderheiten des Rechtsfindungsprozesses im *common law*. Dieses kenne auch im Strafrecht die Figur des „schöpferischen Präzedenzfalles“, bei dem eine als präexistent gedachte Strafbarkeit durch Erwägungen der *natural justice* und des *common sense* gewissermaßen enthüllt werde. *Schmitt* konzentrierte sich danach darauf, den Angriffskrieg vom Menschlichkeitsverbrechen zu unterscheiden. Die kritische Differenz sah er in der hochpolitischen und genuin internationalen Natur eines Angriffskrieges; in Anbetracht dessen sei die Vorstellung von dessen Strafbarkeit für das Jahre 1939 zu neuartig selbst für einen schöpferischen Präzedenzfall. Das Nürnberger Urteil sollte hierauf mit einem kühnen *argumentum e fortiori* aus der unbestrittenen Strafbarkeit des einzelnen Kriegsverbrechens reagieren:

„Der Gerichtshof ist der Ansicht, daß diejenigen, die einen Angriffskrieg führen, etwas tun, was ebenso rechtswidrig und von viel größerer Bedeutung ist, als der Bruch einer Bestimmung des Haager Abkommens.“⁶⁰

zu unterziehen, herzlich gedankt. *Boris Meissner*, der im Jahre 1964 das Kölner Institut für Ostrecht gründen sollte, bezweifelte in seiner grundlegenden Dissertation „Die Sowjetunion, die baltischen Staaten und das Völkerrecht“, 1956, S. 185 f., sogar die universell-völkergewohnheitsrechtliche Geltung des Briand-Kellog-Pakts.

⁵⁶ Er hatte der Kölner Juristenfakultät im Jahre 1933 für sechs Monate angehört.

⁵⁷ Zu der Diskussion über den im wesentlichen gescheiterten Plan *Jacksons*, in Nürnberg auch einen *economic case* vorzutragen, s. *Overy* (Fn. 37), S. 38 ff.; der Prozess gegen *Friedrich Flick et al.* wurde dann der erste von drei Nürnberger Folgeverfahren gegen deutsche Wirtschaftsführer.

⁵⁸ Abgedruckt und mit hilfreichen Anmerkungen versehen in: *Helmut Quaritsch*, Carl Schmitt. Das international-rechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“, 1994, S. 11 ff.

⁵⁹ Nationalsozialismus und Rechtsstaat, Juristische Wochenschrift 1934, 90.

⁶⁰ Sekretariat des Militärgerichtshofs (Fn. 7), S. 247.

Noch einen Argumentationsschritt weiter als das Nürnberger Urteil war bereits im Jahre 1944 *Hans Kelsen* gegangen.⁶¹ *Kelsen* hielt ein völkerrechtliches Rückwirkungsverbot nur über einen allgemeinen Rechtsgrundsatz für begründbar. Doch verbiete das *common law* die rückwirkende Einführung einer Strafsanktion nur für solche Verhaltensweisen, die sich im Tatzeitpunkt als *innocent* darstellen. Da der Angriffskrieg seine „völkerrechtliche Unschuld“ im Jahre 1928 mit der Einführung der Verbotsnorm durch Art. I *Briand-Kellogg-Pakt*⁶² verloren hatte, konnte *Kelsen* aus seiner Prämisse deduzieren, die rückwirkende Bestrafung des deutschen Führungspersonals wegen der Führung von Angriffskriegen sei möglich, ohne Völkerrecht zu verletzen.⁶³ Verlässlich widerlegt worden ist *Kelsens* These bis heute nicht; sie wird ganz im Gegenteil in *Antonio Casseses* international führendem Lehrbuch zum Völkerstrafrecht mit erkennbarer Sympathie zitiert.⁶⁴ So wird es wohl auf Dauer eine offene Frage bleiben⁶⁵, ob die rückwirkende Nürnberger Judikatur zum Angriffskrieg das seinerzeit geltende Völkerrecht verletzt hat.

Zunächst aber zurück zum Bestreben der deutschen Regierung, die Rechtsfolgen von Nürnberg so begrenzt wie möglich zu halten. Bei diesem Bestreben war Deutschland am Ende erfolgreicher als Japan im Hinblick auf den Tokioter Prozess. Denn nach zähen Verhandlungen setzte die Bundesregierung ihre Nichtanerkennung der in den Nürnberger Folgeprozessen gesprochenen Urteile gut versteckt in Art. 6 Nr. 11 des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besatzung

⁶¹ *Kelsen* hatte 1930 das Kölner Seminar für Völkerrecht gegründet und von 1930 bis 1933 in Köln gelehrt, bevor er von den Nationalsozialisten - gegen den Widerstand der Fakultät - aus seinem Amt getrieben worden war. Dabei bleibt Kölner Juristen die unrühmliche Rolle von *Carl Schmitt* im Hinblick auf den Kölner Juristenbrief in der *causa Kelsen* in schlechter Erinnerung (*Hans-Jürgen Becker*, 600 Jahre Rechtswissenschaft in Köln. Aus der Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 22 f.). Als sich *Kelsen* im Jahre 1944 zur Rückwirkungsfrage äußerte, lehrte er Völkerrecht und Rechtsphilosophie in *Berkeley* und beriet das Kriegsministerium der USA bei der Vorbereitung der strafrechtlichen Reaktion auf die nationalsozialistischen Verbrechen.

⁶² Der Vertrag ist für Deutschland am 24.7.1929 in Kraft getreten; RGBl. 1929 II. 97, 631.

⁶³ Hierzu und zum Folgenden *Hans Kelsen*, *The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals*, *The Judge Advocate Journal* 2 (1945), 10 f.

⁶⁴ *International Criminal Law*, 2003, S. 142 f.

⁶⁵ Es sei daran erinnert, dass die Kritik des Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot bereits seinerzeit nicht ausschließlich deutscher Herkunft war. Berühmtheit hat das monumentale Sondervotum des indischen Richters am Tokioter Internationalen Militärgerichtshof *Radhabinod Pal* erlangt, das zu dem Ergebnis gelangt, alle Angeklagten seien freizusprechen, und das dabei insbesondere auch die Völkerstrafbarkeit wegen Angriffskrieges bestreitet; *Judgement of Mr. Justice Pal, Member from India*, abgedr. in: B. V. A. Röing/C. F. Rüter (Hrsg.), *The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.)*. 29 April 1946 – 12 November 1948, 1977, insbes. S. 551 ff.

entstandener Fragen durch.⁶⁶ Am 60. Jahrestag des Nürnberger Urteils ist auch an diese Vereinbarung zu erinnern, die der Historiker und Journalist *Jörg Friedrich* das „Grab von Nürnberg mit unleserlicher Inschrift“ genannt hat.⁶⁷ Darüber hinaus entließen die Besatzungsmächte bis zum Jahre 1958 alle in den Nürnberger Nachfolgeprozessen verurteilten Personen vorzeitig aus der Haft.⁶⁸ Das Jahr 1958 markiert eine Ironie der Geschichte in der strafrechtlichen Reaktion auf deutsche Völkerstraftaten: Auf der einen Seite kam das Nürnberger Unternehmen - Spandau ausgenommen - in einer Weise zum Abschluss, die dem dezidierten deutschen Kritiker des Völkerstrafrechts *Helmut Quaritsch* als (weiterer) Beleg für die These dient, dass das, was hochgemut als Völkerstrafverfolgung beginne, in apokrypher Amnestie zu enden pflege.⁶⁹

Andererseits bedeutet das Jahr 1958 aber auch den entscheidenden Wendepunkt hin zu einer Intensivierung der Reaktion der deutschen Strafjustiz auf die unter dem Nationalsozialismus begangenen Völkerstraftaten. Denn in diesem Jahr riefen die Landesjustizminister die Zentrale Stelle zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen mit Sitz in Ludwigsburg ins Leben.⁷⁰ Erst die hierdurch bewirkte Zuständigkeitskonzentration erlaubte systematische Vorermittlungen zu Völkermordtaten und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die deutsche Täter in der NS-Zeit außerhalb der Bundesrepublik begangen hatten. Die „Nürnberger Prinzipien“ lagen diesen deutschen Strafverfahren freilich nicht zugrunde; selbst die in dem denkwürdigen - von dem legendären seinerzeitigen hessischen Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer* initiierten - Frankfurter Auschwitzprozess der 1960er Jahre⁷¹ zur Verhandlung stehenden Völkermordtaten wurden nicht auf der Grundlage des 1954 in das StGB eingefügten Völkermordtatbestandes⁷² verfolgt. Vielmehr richtete sich die Strafverfolgung allein nach den überkommenen deutschen Tötungstatbeständen.

⁶⁶ BGBl. II 1955 S. 405.

⁶⁷ Fn. 3.

⁶⁸ *Brochhagen* (Fn. 41), S. 96 ff.

⁶⁹ Apokryphe Amnestien, in: Volker Beismann/Markus Josef Klein (Hrsg.), Politische Lageanalyse (Festschrift für H.-J. Arndt), 1993, S. 256.

⁷⁰ Hierzu umfassend der langjährige Leiter der Zentralstelle *Adalbert Rückerl*, NS-Verbrechen vor Gericht, 2. Auflage, 1984, *passim*.

⁷¹ S. hierzu die vorzügliche Dokumentation von *Gerhard Werle* und *Thomas Wandres*, Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz, 1995, *passim*.

⁷² Zur Genese des § 220a StGB *Claus Krefß*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 2003, § 220a/§ 6 VStGB, Rn. 26.

Angesichts des deutschen Protests gegen Nürnberg lag diese Entscheidung zwar nahe. Doch war sie, was selten bemerkt wird⁷³, nicht unumstritten. Bis 1950 hatten deutsche Strafgerichte in gewissem Umfang auf der Grundlage des Nürnberger Rechts judiziert. Von bleibender Bedeutung ist vor allem die Rechtsprechung des 1947 in Köln errichteten Obersten Gerichtshofs für die Britische Besatzungszone zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Kontrollratsgesetz Nr. 10.⁷⁴ Diese Rechtsprechung bzw. das ihr zugrunde liegende Gesetz stießen seinerzeit unter deutschen Juristen verbreitet auf Ablehnung.⁷⁵ Doch bot insbesondere die *Süddeutsche Juristenzeitung* auch befürwortenden Stimmen ein Forum, zu denen nicht zuletzt *Gustav Radbruch* zählte.⁷⁶ Vielleicht auch unter dem Eindruck dieser Stimmen sprachen sich die Bundesländer im Jahre 1951 in ihrer Mehrheit dafür aus, einen Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit auch in Zukunft beizubehalten, weil die nationalsozialistische Makrokriminalität hiermit sachgerechter zu erfassen sei. Doch diese Position setzte sich nicht durch. Das Bundesministerium der Justiz führte hiergegen das Rückwirkungsverbot ins Feld und widersprach damit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Schärfer noch als das Bundesjustizministerium opponierte *Hermann Weinkauff*, der damalige Präsident des Bundesgerichtshofes, gegen die Ländermehrheit. Er verwarf das Kontrollratsgesetz Nr. 10 als vage und dem deutschen Rechtsdenken fremd.⁷⁷

⁷³ S. jedoch *Brochhagen* (Fn. 41), S. 166 f.

⁷⁴ Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen, 3 Bände, 1949-1950; für eine Würdigung aus jüngerer Zeit s. *Hinrich Rüping*, Der Einfluß von Prinzipien der Nürnberger Prozesse auf das deutsche Strafrecht, in: Peter Salja (Hrsg.), Festschrift für Helmut Pieper, 1998, S. 445.

⁷⁵ *Hinrich Rüping*, Zwischen Recht und Politik: Die Ahndung von NS-Taten in beiden deutschen Staaten nach 1945, in: *Reginbogin/Safferling* (Fn. 14), S. 200.

⁷⁶ *Gustav Radbruch*, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947 (Sonderheft vom März 1947 zum Kontrollratsgesetz Nr. 10), Sp. 131 ff.; auch *Richard Lange*, der *meinen* Lehrstuhl von 1951 bis 1974 innehatte, hat sich aufgeschlossen mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 befasst (Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1948, Sp. 655); für eine faire Würdigung *Langes* unter Einbeziehung von dessen trüben Erläuterungen ausgesprochener NS-Strafgesetze s. *Günter Spendel*, Strafrechtsgelehrter in Zeiten des Umbruchs, *Richard Lange zum Gedächtnis*, in: Verein der Förderung zur Rechtswissenschaft (Hrsg.), *Richard Lange zum Gedächtnis*, 1996, S. 23 f.

⁷⁷ Die Bestimmtheitsdefizite des Menschlichkeitsverbrechens nach Kontrollratsgesetz Nr. 10 sind gemessen am Idealtypus des kontinental-europäischen Straftatbestandes evident (und sind auch durch die moderne Kodifikation in Art. 7 des IStGH-Statuts nur verringert worden; zu der besonders problematischen Verfolgungsvariante [*persecution*] neuerdings problembewusst *Ken Roberts*, Striving for Definition: The Law of Persecution from its Origins to the ICTY, in: Hiram Abtahi/Gideon Boas [Hrsg.], *The Dynamics of International Criminal Justice [Essays in Honour of Sir Richard May]*, 2006, S. 257). Man fragt sich nur, ob diesselbe rigoros-rechtsstaatliche Kritik seinerzeit auch gegen deutsche Tatbestände laut wurde, die *in puncto* Bestimmtheit Wünsche offen lassen; man

Ungeachtet dieser strafgesetzgeberischen Frage ist die deutsche Strafjustiz für die Zeit nach 1958 wegen ihres Umganges mit den NS-Gewaltverbrechen vielfach - und nicht etwa nur im Ausland⁷⁸ - getadelt worden.⁷⁹ Einige Berühmtheit hat die *Königsteiner Erklärung* aus dem Jahre 1966 erlangt, mit der eine vom Deutschen Juristentag eingesetzte Sachverständigenkommission vor „unangebrachter Milde“ der Strafjustiz gegenüber NS-Gewaltverbrechern warnte.⁸⁰ Demgegenüber spricht jedoch auch einiges gegen ein übertrieben kritisches Gesamturteil.⁸¹ Wegen der im Übrigen eingetretenen Verjährung ging es seit 1958 nur noch um die Strafbarkeit wegen Mordes und Totschlages. Kritikwürdig ist sicher der Einsatz der dogmatisch verfehlten extrem-subjektiven Teilnahmelehre als verdeckter Strafmilderungsgrund zu Gunsten des lediglich NS-systemkonform tötenden Befehlsempfängers.⁸² Auffällig ist überdies, dass man den DDR-Todesschützen an der Mauer die Einstufung als bloße Gehilfen später versagen sollte, um sie stattdessen als Täter vor dem Täter in *Claus Roxins* Lehre von der Organisationsherrschaft zu integrieren⁸³, eine Lehre, die dieser bereits 1963 in kritischer Auseinandersetzung gerade mit der BGH-Judikatur zu den Tötungen im Nationalsozialismus entwickelt hatte.⁸⁴

denke etwa an den Mord aus niedrigem Beweggrund oder die Untreue in ihrer Treuebruchsvariante. Die hier möglicherweise aufscheinende Neigung, rechtsstaatliche Garantien bei der Makrokriminalität rigoroser zur Anwendung zu bringen als bei der Alltagskriminalität, thematisiert eindringlich *Wolfgang Naucke*, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996, *passim* (besonders instruktiv sind die Darlegungen zum Rückwirkungsverbot ebda. S. 47 ff.). Überdies ist die Haltung des seinerzeitigen BGH-Präsidenten insofern aufschlussreich, als er die Bewertung bestimmter nationalsozialistischer Legalisierungsakte als naturrechtswidrig und deshalb nichtig mitrug (*Hermann Weinkauff*, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, 1960, 1689). Dabei unterscheidet sich die Naturrechtslösung des BGH weniger in der Sache als in der juristischen Konstruktion von der formal rückwirkenden Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 auf die Menschlichkeitsverbrechen im Zweiten Weltkrieg.

⁷⁸ Der zumeist vom Ministerium für Staatssicherheit gesteuerte und munitionierte kontinuierliche „Kritik“ aus der DDR haftete dabei durchgängig der schale Beigeschmack der Stilisierung des eigenen antifaschistischen Gründungsmythos an; *Henry Leide*, *NS-Verbrecher und Staatssicherheit. Die geheime Vergangenheitspolitik der DDR*, 2. Auflage, 2006, S. 414.

⁷⁹ Zusammenfassend *Neubacher* (Fn. 30), S. 356 ff.

⁸⁰ NJW 1966, 2049.

⁸¹ Kritischer wohl *Rüping* *Zwischen Recht und Politik: Die Ahndung von NS-Taten in beiden deutschen Staaten nach 1945*, in: *Reginbogin/Safferling* (Fn. 14), S. 203; die von BGHSt 41, 317, 339, als „insgesamt fehlgeschlagen“ bewertete Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Justizunrecht sei dabei einmal außer Acht gelassen.

⁸² Hierzu zusammenfassend *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 1996, § 61 V. 4. (S. 654).

⁸³ Grundlegend BGHSt 39, 1; 40, 218.

⁸⁴ *Claus Roxin*, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA 1963, 193; zum aktuellen Stand der völkerstrafrechtsdogmatischen Debatte *Claus Krefß*, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, GA 2006, 304.

Allerdings muss die Rechtsprechung zu den Tötungen im Nationalsozialismus auch vor dem Hintergrund des hochproblematischen geltenden deutschen Tötungsstrafrechts⁸⁵ gesehen werden. Denn dieses knüpft an wenig überzeugend formulierte Mordmerkmale die absolute Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe.⁸⁶ Dass den deutschen Gerichten die Verhängung dieser Sanktion bei den sog. Mitläufern regelmäßig als unangemessen erschien, ist sozialpsychologisch gut begründet⁸⁷ und entspricht im übrigen auch Ansätzen in der modernen internationalen Rechtsprechung.⁸⁸ Völkerstrafrechtliche Konsequenz zeigt sich bei den bloßen Mitläufern eines Unrechtssystems nicht an der Höhe der Strafe, sondern in der Feststellung des Unrechts und - von Ausnahmefällen abgesehen - der Schuld.⁸⁹ Dass und worin diese Schuld besteht, hat der jüdische Arzt Dr. *Otto Wolken* als Zeuge im Auschwitz-Prozess eindrucksvoll zum Ausdruck gebracht:

„Ich bin hierher gekommen, frei von jedem Haß, frei von jedem Rachegefühl. Seit damals sind zwanzig Jahre vergangen. Ich habe dank einer glücklichen Fügung überlebt. Was uns zu denken geben sollte, das ist die Tatsache, daß diese Mordmaschine nie in Gang gekommen wäre, wenn sich nicht Zehntausende zu ihrer Bedienung bereitgefunden hätten. Das ist die Schuld der Angeklagten [...]“.⁹⁰

⁸⁵ S. hierzu aus neuerer Zeit insbesondere *Walter Kargl*, Gesetz, Dogmatik und Reform des Mordes (§ 211 StGB), Strafverteidiger Forum 2001, 365.

⁸⁶ Die rechtsfortbildende Durchbrechung der absoluten Strafandrohung durch einen besonderen Schuld minderungsgrund der „Verstrickung in ein System der Gewaltherrschaft“ hat BGH NJW 1977, 1544, bekanntlich gegen LG Hamburg NJW 1976, 1756, verworfen und hierin durch BVerfG 95, 96, 140 f., späte Bestätigung erfahren.

⁸⁷ Den bisherigen Forschungsstand zusammenfassend *Neubacher* (Fn. 30), S. 430 ff.; übereinstimmend BGHSt 39, 1, 35 f.; BVerfGE 95, 96, 140 f.; für einen interessanten neueren Versuch, aus diesem Befund beteiligungsdogmatische Konsequenzen ableiten, s. *Jan Schlösser*, Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, 2004, S. 59 ff.

⁸⁸ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Sentencing Judgment, 14. Juli 1997, Nr. 72.

⁸⁹ In seinem wichtigen Vortrag vor der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften „Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996“ hat sich *Hans Joachim Hirsch*, der meinen Lehrstuhl von 1976 bis 1994 innehatte, überzeugend in diesem Sinn geäußert (ebda. S. 21 f.). Zu weit geht demgegenüber die These von *Günther Jakobs*, Untaten des Staates - Unrecht im Staat, GA 1994, 17, „im Grau im Grau“ einer pervertierten Ordnung lasse sich „nichts Individuelles mehr ausmachen“.

⁹⁰ Zitiert nach *Werle/Wandres* (Fn. 71), S. 59; bei *Katrin Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 190, heißt es neuerdings: „Allein durch die es [das Unrechtssystem] begründenden einzelnen Vernunftwesen erfährt es [das Unrechtssystem] seine Bestimmung und wird nach außen hin handlungsfähig. Dann liegt aber die Verantwortung gerade nicht beim System, sondern bei seinen Begründern, den vernünftigen Subjekten.“ Das

Diese Schuld, aber auch die ungleich größere von Exzesstätern und Befehlsgebern hat die bundesdeutsche Justiz seit 1958 in zahlreichen Fällen festgestellt. Sie hat dabei in Fortsetzung der *Llandovery-Castle* Rechtsprechung des Reichsgerichts den Einwand des Handelns auf Befehl regelmäßig nach dem Prinzip der *manifest illegality* zurückgewiesen. Überdies ist manchem Angeklagten zwar ein Putativnotstand zugebilligt worden. Jedoch hat die Rechtsprechung einen objektiven Befehlsnotstand durchgängig verneint und so einer bequemen Legendenbildung entgegengewirkt.⁹¹ In strafverfahrensrechtlicher Hinsicht ist man in den Großverfahren bereits vielen Schwierigkeiten begegnet, die heute dazu führen, dass sich Verfahren vor internationalen Strafgerichten in die Länge ziehen. Die Anklageschrift im Auschwitzprozess war 700 Seiten, das Urteil 900 Seiten lang, und der Vorsitzende Richter *Dr. Hans Hofmeyer* erklärte später, bei der Durchführung des Strafverfahrens sei man an die Grenzen dessen gestoßen, was im technischen Rahmen des normalen Strafprozesses zu leisten sei.⁹² Das *Majdanek*-Verfahren vor dem Düsseldorfer Schwurgericht, der aufwendigste Prozess gegen NS-Gewaltverbrecher in der deutschen Justizgeschichte, sollte diese Erfahrungen dann noch überbieten.⁹³

Zusammengenommen rechtfertigt dies trotz aller Versäumnisse und Fehler den Schluss, dass es an einem genuinen bundesdeutschen Strafverfolgungswillen im Hinblick auf die NS-Gewaltverbrechen nicht gefehlt hat; *Leipzig* hat sich also insoweit nicht einfach wiederholt.⁹⁴ Bei einer Betrachtung aus der völkerstrafrechtshistorischen Gesamtperspektive erscheint der vergleichende Blick auf Japan von Interesse. Hier hat nach dem Tokioter Prozess offenbar kein nationales

ist rechtsphilosophisch-anspruchsvoll formuliert, sagt aber - wenn ich es recht verstehe - in der Sache dasselbe.

⁹¹ *Rückerl* (Fn. 70), S. 281 ff.; zusammenfassend *Neubacher* (Fn. 30), S. 225 ff.

⁹² In seiner unverändert lesenswerten Bilanz in: *Prozeßrechtliche Probleme und praktische Schwierigkeiten bei der Durchführung der Prozesse*, in: *Ständige Deputation des Juristentages* (Hrsg.), *Probleme der Verfolgung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen: Sonderveranstaltung des 46. Deutschen Juristentages in Essen, 1967*, C 38, plädiert *Hofmeyer* mit Nachdruck dafür, den Gegenstand entsprechender Verfahren trotz ihres kollektiven Hintergrunds so sehr wie es eben geht einzugrenzen; das völkerstrafverfahrensrechtliche Grunddilemma wird deutlich, wenn man demgegenüber am Ende der soeben vorgelegten eindringlichen Betrachtungen von *Devin O. Pendas*, *The Frankfurt Auschwitz Trial, 1963-1965. Genocide, History and the Limits of the Law*, 2006, S. 301, liest, die Begrenzung des Prozessgegenstandes auf die einzelnen Verletzungshandlungen in Auschwitz sei das eigentliche Defizit des Verfahrens gewesen: „Torture was found to be the more egregious crime than genocide.“

⁹³ *Rückerl* (Fn. 70), S. 203 f.

⁹⁴ A.A. - aber zu wenig nuanciert - *Reginbogin* (Fn. 14), S. 121.

Strafverfahren wegen einer Völkerstraftat im Zweiten Weltkrieg stattgefunden.⁹⁵ Schließlich soll nicht unerwähnt bleiben, wie gründlich der Untergang der DDR deren strahlendes Selbstbild als konsequente Verfolgerin von Nazitätern auf der Grundlage des Nürnberger Rechts zerstört hat. Denn dieser Untergang öffnete den Blick für die auf die Waldheimer Schauprozesse folgende systematische Rekrutierung von „NS-Tätern bis hin zu Massenmördern als Informanten und Agenten in Ost und West“ verbunden mit deren Bewahrung „vor strafrechtlichen Ermittlungen und dem gerechten Urteil unabhängiger Gerichte.“⁹⁶

Wie stand es nun aber mit der zukunftsgerichteten (bundes-)deutschen Völkerstrafrechtspolitik? Den Protest gegen Nürnberg hatte man zu Protokoll gegeben. Zudem hatte man seit 1958 ernsthafte Anstrengungen unternommen, um selbst auf die Völkerstraftaten Deutscher zu reagieren. In Anbetracht dessen liegt es nicht außerhalb der Reichweite des Vorstellbaren, dass sich die auf Multilateralität und Stärkung des Rechts in den internationalen Beziehungen ansonsten so bedachte deutsche Außenpolitik dem Völkerstrafrecht *pro futuro* aufgeschlossen gezeigt hätte. Die erste Gelegenheit, eine neue zukunftsgerichtete Völkerstrafrechtspolitik zu konzipieren, ergab sich, als der 6. Ausschuss der Generalversammlung im Jahre 1978 die seit mehr als 20 Jahren auf Eis liegende Arbeit an der Kodifikation des Völkerstrafrechts wieder aufnahm. Doch als die Bundesrepublik im Jahre 1980 das Wort ergriff, fiel das Votum zum Völkerstrafrecht - diplomatisch kaum verklausuliert - negativ aus. Im Protokoll heißt es, die deutsche Delegation habe ernstliche Zweifel, ob es nützlich sei, die Diskussion über die Nürnberger Prinzipien wiederaufzunehmen. Es sei fraglich, ob Völkerstrafrechtsnormen formuliert werden könnten, die innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft auf Unterstützung träfen.⁹⁷ Mit dieser Position stand Deutschland bekanntermaßen zu diesem Zeitpunkt international alles andere als isoliert dar, votierten doch westliche Führungsmächte wie die USA, Kanada und Großbritannien zu diesem Zeitpunkt ähnlich negativ wie die Bundesrepublik.⁹⁸ Es darf sogar getrost vermutet werden, dass bei der (bundes-)deutschen Position des

⁹⁵ *Phillipp Osten*, Der Tokioter Kriegsverbrecherprozess und die japanische Rechtswissenschaft, 2003, S. 120 f.

⁹⁶ *Leide* (Fn. 78), S. 39 ff., 54 ff., 332 ff., 413, 418.

⁹⁷ U.N. Doc. A/C.6/35/SR. 12, 7. Oktober 1980, Nr. 31.

⁹⁸ Die in der Staatenwelt nach 1945 verbreitete Abwendung vom Völkerstrafrecht ist bekannt; sie hatte den niederländischen Richter am Internationalen Militärgerichtshof für Tokio *Bert Röling*, im Jahre 1957 dazu bewogen, den Staaten Betrug an den Richtern und an den Prinzipien von Nürnberg und Tokio vorzuwerfen (The Law of War and the International Jurisdiction since 1945, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 100 (1960 II), 355); zur Situation im Jahre 1980 *Benjamin B. Ferencz*, The Draft Code Against the Peace and Security of Mankind, *The American Journal of International Law* 75 (1981), 674.

Jahres 1980 weniger die Abwehrhaltung gegenüber Nürnberg zumindest unterschwellig fortwirkte, sondern die Möglichkeit des Mitschwimmens im Bugwasser der genannten Staaten. Wie dem auch sei, es sollte noch eine gute Weile dauern, bis sich Deutschland zu einer neuen Völkerstrafrechtspolitik verstand.

C. Die Haltung der deutschen Rechtswissenschaft zum Völkerstrafrecht zwischen 1945 und Anfang 1990

Die deutsche Rechtswissenschaft hat keinen deutlich vernehmbaren Kontrapunkt zu der bis in die 1980er Jahre negativen offiziellen bundesdeutschen Völkerstrafrechtspolitik gesetzt. Das gilt zunächst für die gesamte Strafrechtswissenschaft: In der Kriminologie hat sich lange Zeit allein *Herbert Jäger* intensiv mit der von ihm so bezeichneten Makrokriminalität beschäftigt.⁹⁹ Auch in der deutschen Strafrechtsdogmatik herrschte im Hinblick auf das Völkerstrafrecht weithin Sprachlosigkeit.¹⁰⁰ Die diese Regel bestätigende Ausnahme war zunächst und bleibt vor allem *Hans-Heinrich Jescheck*.¹⁰¹ Angestoßen von den Presseschauen über deutsche Konzentrationslager, die ihm während seiner französischen Kriegsgefangenschaft zugänglich wurden, schrieb er in der Zeit von 1947 bis 1949 sein grundlegendes Werk zum Völkerstrafrecht.¹⁰² In diesem spart *Jescheck* zwar nicht mit - überwiegend nach wie vor bedenkenswerter - Kritik am Nürnberger Verfahren¹⁰³, wobei ihm der Sitz der Sowjetunion¹⁰⁴ auf der Richterbank schon aus der eigenen Kriegserfahrung heraus als besonders

⁹⁹ Übereinstimmend *Neubacher* (Fn. 30), S. 19; S. insbesondere *Herbert Jäger*, Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, Frankfurt a.M., 1989, *passim*; für eine aktuelle Einschätzung *Jägers* s. „Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf? Offene Fragen und Denksätze“, in: *Neubacher/Klein* (Fn. 31), S. 45.

¹⁰⁰ Übereinstimmend *Neubacher* (Fn. 30), S. 170 ff.

¹⁰¹ Zusammenfassend die Festgabe *Otto Triffteres* zu *Jeschecks* 90. Geburtstag, Hans-Heinrich Jeschecks Einfluss auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts und auf dessen Durchsetzung, ZStW 116 (2004), 959.

¹⁰² Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, *passim*.

¹⁰³ Zusammenfassend *ebda.*, S. 414 ff.; für *Jeschecks* - gemessen an der damaligen weltpolitischen Lage allerdings utopisch-idealistischen - Gegenentwurf eines Verfahrens gegen die deutschen Hauptverantwortlichen vor einem Gerichtshof der Vereinten Nationen unter Beteiligung von Neutralen und Deutschen s. *ebda.* S. 416 f.

¹⁰⁴ Der sowjetische Richter General *I.T. Nikitchenko* vertrat bei den Verhandlungen im Vorfeld der Gerichtshofsgründung für seine Delegation den Standpunkt: „If ... the judge is supposed to be impartial, it would only lead to unnecessary delays“; *Whitney Harris*, *Tyranny on Trial*, Überarbeitete Ausgabe 1999, S. 17.

anstößig erscheinen musste.¹⁰⁵ Doch betont er gleichzeitig couragiert das Verdienst der Nürnberger Gerichte, die „These der Kollektivschuld entschieden abgelehnt“ und „durch die ungeschminkte Darstellung der Gewissenlosigkeit des nationalsozialistischen Systems eine geschichtliche Lehre gegeben“ zu haben.¹⁰⁶ Überdies verhalf *Jescheck* nicht lediglich dem formellen Begriff des Völkerstrafrechts im deutschen Sprachraum zum Durchbruch¹⁰⁷, sondern er brachte auch den unerhörten Anspruch des Völkerstrafrechts auf eine bis heute gültige Weise auf den Punkt:

„Sind die Staatsorgane für Verletzungen des Völkerrechts gegenüber der Völkergemeinschaft unmittelbar strafrechtlich verantwortlich, so müssen sie auch in diesem Umfang als Völkerrechtssubjekte angesehen werden. Der Einzelne steht dann außer in seinem Staate noch in einem höheren, alle Staaten übergreifenden Verband, der *civitas maxima*. Das Völkerstrafrecht setzt einen Bestand von Weltrechtsnormen voraus, die den Panzer der staatlichen Souveränität durchbrechen, jedermann innerhalb des Staatsverbands unmittelbar binden und auch gegenüber widersprechenden Normen des staatlichen Rechts Vorrang besitzen.“

Freilich bleibt das Völkerstrafrecht auch in *Jeschecks* Werk ungeachtet des Nürnberger Präzedenzfalls ein Projekt, von dem es im Schlusssatz heißt, es beginne erst ganz allmählich aus dem Reich der Utopie in die politische und juristische Wirklichkeit hinauszutreten.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Über diese hat er mir bei unserem Gespräch (Fn. *) eindringlich berichtet; in seinem Werk (Fn. 102) s. S. 411 f.; *Meissner* (Fn. 55), S. 246, sollte wenig später im Einzelnen darlegen, wie sehr sich die rechtlichen Darlegungen im Nürnberger Urteil zum Angriffskrieg letztlich auch gegen die Sowjetunion richteten; dazu dass den USA die Anstößigkeit der sowjetischen Beteiligung bewusst war, s. nur *Taylor* (Fn. 54), S. 639 f.; zusammenfassend zur Rolle der Sowjetunion in Nürnberg *Michael J Bazylar*, *The Role of the Soviet Union in the International Military Tribunal at Nuremberg*, in: *Reginbogin/Safferling* (Fn. 14), S. 45.

¹⁰⁶ Fn. 102, S. 416.

¹⁰⁷ Nach der erstmaligen Verwendung des Begriffs durch *Ernst Beling*, *Die strafrechtliche Bedeutung der Extraterritorialität*, 1896, S. 40 f.; vom formellen Begriff des Völkerstrafrechts wird hier (im Anschluss an *Otto Triffterer*, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966, S. 25) in Abgrenzung zu einem vorpositiven Begriff des Völkerstrafrechts gesprochen, der den legitimen Geltungsumfang des Völkerstrafrechts bezeichnen soll; zu letzterem grundlegend *Michael Köhler*, *Zum Begriff des Völkerstrafrechts*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), S. 435.

¹⁰⁸ Fn. 87, S. 420; durchaus ähnlich der Ausklang von *Schwarzenbergers* klassischer Studie (Fn. 6), 296; im Jahre 1965 schien *Jescheck* dann sogar der Einschätzung zuzuneigen, eine Völkerstrafrechtsordnung werde Utopie bleiben. Denn er schrieb (in: *Hilde Kaufmann et al.*, *Erinnerungsgabe Max Grünhut*, 1965, S. 47) zu den inzwischen aus politischen Gründen auf Eis gelegten Entwürfen

Auch in der deutschen Völkerrechtswissenschaft erfuhr das Völkerstrafrecht nach Nürnberg lange Zeit bestenfalls peripheres Interesse. Und wo man sich diesem Thema zuwandte, regierten Skepsis bzw. Ablehnung. Der uns bereits bekannte Kritiker *Helmut Quaritsch* nannte die Arbeiten der Völkerrechtskommission noch im Jahre 1994

„Glasperlenspiele einer internationalen Juristensekte“.¹⁰⁹

Und der bedeutende Völkerrechtshistoriker *Wilhelm Grewe*, der sich frühzeitig und im Ergebnis im Wesentlichen mit *Carl Schmitt* übereinstimmend mit Nürnberg befasst hatte¹¹⁰, um wenig später für die deutsche Seite die Verhandlungen über die Nichtanerkennung der Folgeurteile zu führen, fällt im Jahre 1989 das folgende - man wird durchaus vermuten dürfen: repräsentative - schnörkellose Negativurteil:

„Die strafrechtliche Verfolgung von führenden Einzelpersonen für die Entfesselung eines Angriffskrieges war, was die Vergangenheit betrifft, ein Justizirrtum (dem Rudolf Hess, was immer man über seine Rolle im Dritten Reich denken mag, mit 40jähriger Haft zum Opfer gefallen ist); was die Zukunft betrifft, wäre es ein Irrweg. Was die übrigen Straftatbestände des Londoner Statuts anlangt, so erscheint es wenig sinnvoll, sich immer noch an die gescheiterten Ansätze zu klammern und sich der Hoffnung hinzugeben, daß man eines Tages doch noch zu einem umfassenden Völkerstrafrecht, angewandt von einem Internationalen Strafgerichtshof, kommen werde.“¹¹¹

Nun hat die Realität den Realisten *Grewe* durch eine stürmische Entwicklung seit den 1990er Jahren widerlegt. Es ist ein fesselndes Stück juristischer Zeitgeschichte zu sehen, wie und warum sich gerade auch die deutsche Haltung zum Völkerstrafrecht im Zuge dieser Entwicklung verändert hat.

der Völkerrechtskommission zur Kodifikation der Nürnberger Prinzipien: „Beide Entwürfe erscheinen uns heute als der Abschluß eines vielversprechenden, aber mißlungenen Versuchs des Aufbaus einer wirklichen internationalen Gemeinschaftsordnung.“ In der Zeit nach 1965 blieb *Jeschecks* Schüler *Otto Triffterer* für eine Weile der einzige deutsche Strafrechtler, der sich der Fortentwicklung des Völkerstrafrechts zugewandt zeigte.

¹⁰⁹ Fn. 50, 219.

¹¹⁰ In einer Rede vom 26. Oktober 1946 vor der Stuttgarter Privatstudiengesellschaft, die 1947 auf der Grundlage einer Erlaubnis der USA unter dem Titel „Nürnberg als Rechtsfrage, Eine Diskussion“ publiziert worden ist; s. insbes. ebda. S. 31 und 45.

¹¹¹ Rückblick auf Nürnberg, in: Kai Hailbronner et al. (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung (Festschrift für Karl Doehring), 1989, S. 248 f.

D. Die Entwicklungsschritte deutscher Völkerstrafrechtspolitik nach 1990

Deutschland zählte nicht zu den treibenden Kräften, als der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen in den Jahren 1993 bzw. 1994 die Internationalen Strafgerichtshöfe für Jugoslawien und Ruanda (JStGH bzw. RStGH) einsetzte. Entscheidender Akteur war vielmehr jeweils die USA.¹¹² Im Jahre 1995 wurde Deutschland dann durch eine unvorhersehbare Fügung zum Wegbereiter der bahnbrechenden ersten Hauptverhandlung vor dem JStGH. Die bayerische Strafsjustiz hatte ein Verfahren gegen den Serben *Dusko Tadic* bereits bis zur Hauptverhandlungsreife vorangetrieben, als der JStGH Deutschland ersuchte, ihm das Verfahren zu überstellen. Deutschland erfüllte das ungewöhnliche Rechtshilfeersuchen und überführte das Strafverfahren von der nationalen auf die internationale Ebene.¹¹³ Die Bedeutung dieses Schritts erhellt, wenn man sich daran erinnert, dass der JStGH im Jahre 1995 seit etwa zwei Jahren existierte, aber auf Grund der Zögerlichkeit der VN-Friedenstruppen noch keinen Angeklagten in seiner Gewalt hatte. Für einen überzeugten Kritiker wie *Quaritsch* stand zu diesem Zeitpunkt bereits fest, dass es sich bei der Gründung des JStGH

„um eine nostalgische Geste symbolischer Politik handelte, mit der lediglich der Enttäuschung über das Versagen der Weltorganisation und der europäischen Staaten begegnet werden sollte.“¹¹⁴

Angesichts dieser für das neue Gericht prekären Situation drängte sein Präsident, der italienische Völkerrechtsgelahrte *Antonio Cassese*¹¹⁵, auf das ungewöhnliche Rechtshilfeersuchen. Um der Möglichkeit Willen, endlich die erste internationale Hauptverhandlung der Rechtsgeschichte durchführen zu können, nahm man es - abweichend von der inzwischen verfestigten Praxis der Konzentration internationaler Völkerstrafverfahren auf die mutmaßlichen Hauptverant-

¹¹² Die spannende Geschichte der Einsetzung des JStGH erzählt *Michael P. Scharf*, *Balkan Justice*, 1997, *passim*.

¹¹³ Für die Sicht eines deutschen Hauptbeteiligten *Peter Wilkitzki*, *The Contribution of the Federal Republic of Germany and the German Länder to the Work of the ICTY*, in: Lal Chand Vorah (Hrsg.), *Man's Inhumanity to Man (Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese)*, 2003, S. 924 ff.

¹¹⁴ Fn. 58, S. 219; weniger negativ im Ton, aber ebenfalls sehr skeptisch in der Sache die Prognose *Klaus Sterns* in seiner Kölner Rede zum Gedächtnis an Hermann Jahrreiß (Fn. 52), S. 27.

¹¹⁵ Zu *Antonio Cassese* und dem *Tadic-Fall* weiter *Theodor Meron*, *Cassese's Tadic and the Law of Non-International Armed Conflict*, in: Lal Chand Vorah (Fn. 113), S. 533.

wortlichen für die jeweiligen Gesamtgeschehen¹¹⁶ - in Kauf, dass der Angeklagte lediglich der mittleren Hierarchieebene angehörte. Dass Deutschland diese Hauptverhandlung ermöglichte, entsprach seiner völkerrechtlichen Pflicht.¹¹⁷ Doch sticht der Kontrast zu der deutschen Haltung zu Nürnberg ins Auge. Denn gegen die Anerkennung der Nürnberger Judikatur hatte der Bundesjustizminister in den frühen 50er Jahren noch das Verbot der Ausnahmegerichtsbarkeit in der neuen deutschen Verfassung ins Feld geführt. Dass sich unter diesem Gesichtspunkt bei entsprechendem rechtspolitischen Willen auch der *ad hoc* und jedenfalls teilweise *ex post* eingesetzte JStGH mühelos hätte kritisieren lassen, liegt auf der Hand.

Vielleicht noch bemerkenswerter ist der Umstand, dass Deutschland dem internationalen Strafgericht im Fall *Tadic* später Vollstreckungshilfe leisten sollte, indem es den Verurteilten zum Haftvollzug übernahm.¹¹⁸ Denn die Rechtsprechung im Fall *Tadic*¹¹⁹ bleibt sowohl ihrer Bedeutung als auch ihrer Methode nach nicht allzu weit hinter dem Nürnberger Urteil zurück. In der Sache bereitete der Gerichtshof der Anerkennung von Bürgerkriegsverbrechen¹²⁰ sowie von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im völkerrechtlichen Friedenszustand den Weg; also einem auf schwerste Erscheinungsformen verbrecherischer Innenpolitik erweiterten „Völkerstrafrecht der zweiten Generation“¹²¹. Methodisch betrachtet ist das *Tadic*-Urteil ebenso wie Nürnberg ein *creative precedent* und damit unter dem Gesichtspunkt eines rigide verstandenen Rückwirkungsverbotes anfechtbar.¹²² Liest man die Argumente, mit denen der JStGH in seiner

¹¹⁶ S. die hierzu die jüngst ergangene erste Entscheidung der Vorverfahrenskammer des Internationalen Strafgerichtshofs, *Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 24 February 2006, Annex I: Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, Nr. 42 ff.

¹¹⁷ Claus Krefß, Jugoslawien-Strafgerichtshof, in: Pötz/Krefß (Fn. 12), 2. Auflage (Stand: April 2002), III 27, Rn. 10.

¹¹⁸ Jan MacLean, The Enforcement of the Sentence in the Tadic Case, in: Horst Fischer et al. (Hrsg.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, 2001, S. 727 f.

¹¹⁹ Hierzu näher Claus Krefß, Friedenssicherungs- und Konfliktsvölkerrecht auf der Schwelle zur Postmoderne, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1996, 638.

¹²⁰ Der Begriff des Bürgerkriegsverbrechens findet sich als *terminus technicus* im deutschen Schrifttum - soweit ersichtlich - erstmals bei Gerhard Werle (Fn. 44), 819.

¹²¹ Claus Krefß/Felicitas Wannek (Fn. 42), S. 234.

¹²² Zur Entwicklung des Bürgerkriegsvölkerstrafrechts unter völkerrechtsquellentheoretischen Gesichtspunkten Claus Krefß, *War Crimes Committed in Non-International Armed Conflicts and the Emerging System of International Criminal Justice*, 30 *Israel Yearbook on Human Rights* (2000), 104 ff.

grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1995 die völkergewohnheitsrechtliche Geltung von Bürgerkriegsverbrechen begründet hat, so ist die Parallele zu Nürnberg mit Händen zu greifen; der JStGH stellt sich überdies *expressis verbis* in die Nürnberger Tradition.¹²³ Letztlich liegt die kühne Judikatur des JStGH zu den Bürgerkriegsverbrechen auf der Linie des „Nürnberger Zusatzes“ zur EMRK. Denn über die Strafbarkeit der den Bürgerkriegsverbrechen zugrunde liegenden Handlungen „nach den gemeinsamen strafrechtlichen Überzeugungen der Kulturvölker“ lässt sich schwerlich streiten; die schöpferische Herausbildung eines Präzedenzfalles bezog sich im Kern darauf, diese Strafbarkeit zu internationalisieren, um sie so auf Personen zur Anwendung zu bringen, die zum Tatzeitpunkt wegen unrechtssystemkonformen Verhaltens auf Straflosigkeit spekulieren dürften. Doch hätte dies die Bundesregierung angesichts ihres Einspruchs gegen den Nürnberger Zusatz eigentlich nicht milde stimmen dürfen.

Dass Deutschland im Fall *Tadic* dennoch Vollstreckungshilfe leistete, war danach ein weiterer unausgesprochener Schritt zurück von dem zunächst eingeschlagenen Sonderweg des Insistierens auf einer rigorosen Anwendung des Rückwirkungsverbots im Völkerstrafrecht. Der vielleicht erste Schritt auf diesem Rückweg war der Verzicht Deutschlands auf einen Protest gegen das Anfang 1960 geführte *Eichmann*-Verfahren in Israel¹²⁴, das auf der Grundlage eines formal rückwirkenden Strafgesetzes aus dem Jahre 1950 geführt wurde.¹²⁵ Der zweite Schritt war der Verzicht auf die Abgabe eines „Vorbehaltes“ zu Art. 15 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, der Art. 7 Abs. 2 EMRK entspricht.

Den entscheidenden Schritt hat dann 1996 das Bundesverfassungsgericht getan, in dem es die Auseinandersetzung mit der unterhalb der Schwelle zum Völkerstrafrecht¹²⁶ angesiedelten DDR-Regierungskriminalität zum Anlass nahm, das grundgesetzliche Rückwirkungsverbot mit einer Ausnahme zu versehen. Das

¹²³ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1AR72, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1995, Nr. 128 f.

¹²⁴ Hierzu näher *Brochhagen* (Fn. 41), S. 338.

¹²⁵ *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, Supreme Court of Israel v. 29.5.1962, International Law Reports 36 (1968), 277, 281; s. hierzu die Erinnerungen des seinerzeit auf der Anklageseite mitwirkenden *Gabriel Bach*, Reginbogin/Safferling (Fn. 14), S. 216.

¹²⁶ Dieser These liegt ein enges Verständnis der generellen Anwendungsschwelle der Menschlichkeitsverbrechen zugrunde, das hier nicht näher begründet werden kann; a. A. die Richter am EGMR *Loucaides* und *Levits* in ihren zustimmenden Sondervoten zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Beschwerdeverfahren *Streletz, Kessler und Krenz* gegen Deutschland; EuGRZ 2001, 210, 217 bzw. 218; im Urteil ist die Frage ausdrücklich unentschieden gelassen worden; ebda. 216 f. (Nr. 106).

Gebot materieller Gerechtigkeit gebiete es, einen Rechtfertigungsgrund rückwirkend unangewendet zu lassen, den ein Unrechtsstaat seinen Organen zwecks Legalisierung schwerer Verstöße gegen völkerrechtlich anerkannte Menschenrechte zur Verfügung gestellt hat.¹²⁷ Es mag an dieser Stelle dahinstehen, ob es zur Bewältigung des Schießbefehls an der deutsch-deutschen Grenze notwendig war, eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot zu entwickeln.¹²⁸ Was unter unserem Blickwinkel der juristischen Zeitgeschichte zählt, ist die verfassungsgerichtliche Anerkennung einer Ausnahme vom Rückwirkungsverbot, die sogar über den Bereich des Völkerstrafrechts hinaus generell schwerste Menschenrechtsverletzungen innerhalb eines Unrechtssystems erfassen soll. In ihrer inhaltlichen Essenz deckt sich diese Ausnahme mit dem „Nürnberger Zusatz“ zu den Menschenrechtspakten. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass das Bundesverfassungsgericht die Ausnahme ausdrücklich nur für die Rechtfertigungsebene anerkannt hat. Denn im Licht der *ratio decidendi* ist eine entsprechende Begrenzung nicht überzeugend durchzuhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat entscheidend darauf abgestellt, dass die Strafflosstellung schwerster Verletzungen völkerrechtlich geschützter Menschenrechte durch einen Unrechtsstaat kein schutzwürdiges Vertrauen begründe. Dieser Gedanke muss auch den Fall erfassen, in dem das Unrechtsregime eine andere Legalisierungstechnik wählt als die DDR und bereits die Tötungstatbestände mit einer grob menschenrechtswidrigen Einschränkung versieht.¹²⁹ Das deutet das Bundesverfassungsgericht auch immerhin an, indem es die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Besatzungszone zur formal rückwirkenden Anwendung von Kontrollratsgesetz Nr. 10 erwähnt und als die Lösung einer „ähnlichen Konfliktslage“ bezeichnet.¹³⁰ Vor dem EGMR ist die Bundesregierung den Weg des Bundesverfassungsgerichts konsequent zu Ende gegangen und hat die Recht-

¹²⁷ BVerfGE 95, 96, 133; Wolfgang Naucke (Fn. 77), S. 55 ff., hatte fast zeitgleich dieselbe Kernthese dahin zugespitzt, es sei nicht der Schutzzweck des Rückwirkungsverbotes, die staatsverstärkte Kriminalität zu privilegieren.

¹²⁸ Die Alternative besteht darin, den DDR-Tätern den Spiegel des „beim Wort genommenen“ (so insbesondere Lüderssen, Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichem Wandel der politischen Verhältnisse, ZStW 104 (1992), 748) oder „menschenrechtsfreundlich“ ausgelegten (so insbesondere BGHSt 39, 1, 29) DDR-Tatzeitrechts vorzuhalten (dagegen etwa Jakobs [Fn. 89], 15 f.); der EGMR hat die Entscheidung zwischen BGH und BVerfG zwar nicht ausdrücklich entscheiden wollen (Fn. 126, S. 214, Nr. 66), doch ist die Feststellung des Urteils, die Verurteilung der Beschwerdeführer stehe mit Art. 7 Abs. 1 EMRK im Einklang, weshalb es eines Eingehens auf Art. 7 Abs. 2 EMRK nicht bedürfe (ebda. Nr. 107) deutlich besser auf der Grundlage der im vorstehenden Fußnotentext nachgezeichneten Lösungsalternative(n) zu erklären (übereinstimmend die Deutung Raus, NJW 2001, 3010).

¹²⁹ So bereits im Kontext der Debatte über Kontrollratsgesetz Nr. 10 Radbruch (Fn. 76), Sp. 134.

¹³⁰ BVerfGE 95, 96, 133 f.

sprechung zur DDR-Regierungskriminalität ausdrücklich auch über den „Nürnberger Zusatz“ zur EMRK abgesichert. Der jetzt ersichtlich störende alte deutsche „Vorbehalt“ zu Art. 7 Abs. 2 EMRK, der (erst) jetzt zu einer völkerrechtlich unbeachtlichen Absichtserklärung zurechtgestutzt wurde, fand dabei in einem recht gequälten Schlussabsatz des Plädoyers nurmehr mit erkennbarem Widerwillen Erwähnung.¹³¹ Den hiernach überfälligen letzten Schritt hat Deutschland am 5. Oktober 2001 vollzogen: An diesem Tag ist der inzwischen nicht mehr sogenannte Vorbehalt zum „Nürnberger Zusatz“ zur EMRK formell zurückgenommen worden. Diese Entscheidung war nach der skizzierten Entwicklung nicht nur konsequent; in ihr mag man aber auch den symbolischen späten Friedensschluss (des wiedervereinigten) Deutschlands mit „Nürnberg“ erkennen - und dies zugleich in der Rückschau auf die Nürnberger Urteile als auch im Ausblick auf das völkerstrafrechtliche Zukunftspotential der Nürnberger Prinzipien. Für eine solche Deutung spricht, dass Deutschland nach der zwar wohlwollenden, aber doch primär reaktiven Haltung der ersten Hälfte der 1990er Jahre im Jahre 2001 längst zu einer der weltweit treibenden Kräfte der Völkerstrafrechtspolitik geworden war.

Zu diesem veränderten Bild haben bemerkenswerterweise alle drei Staatsgewalten beigetragen: Prägend war das überaus große Engagement, mit dem die Bundesregierung seit Anfang 1997 im Kreise der Gruppe gleich gesinnter gerichtshoffreundlicher Staaten (*like-minded States*) an den Verhandlungen über das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs mitgewirkt hat. Das Eingangszitat von *Bill Pace* deutet an, dass die deutsche Delegation mehr als nur am Rande beteiligt war, als es 1998 zur Annahme des Gründungsvertrages über die Einrichtung des ersten ständigen Internationalen Strafgerichtshofs der Rechtsgeschichte kam. Diese neue Völkerrechtspolitik Deutschlands wurde möglich, nachdem sich im Zuge der 1990er Jahre Außen- und Rechtspolitiker aller ernstzunehmenden deutschen Parteien zu Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtsbarkeit bekannt hatten. Besonders aufschlussreich war der neue Blick der FDP auf die Nürnberger Prinzipien. Hatte diese Partei zu Zeiten *Erich Mendes* mit besonderer Vehemenz gegen „Nürnberg“ polemisiert¹³², so verhandelte die deutsche Delegation in Rom mit der überzeugten Rückendeckung der liberalen Minister *Klaus Kinkel*¹³³ und *Edzard Schmidt-Jortzig*. Dass der neue völker-

¹³¹ S. die Nr. 24 f. in dem von *Christian Tomuschat* für Deutschland am 8.11.2000 gehaltenen Plädoyer; <http://www.rewi.hu-berlin.de/index.php?path=../jura/ex/tms/sp> (zuletzt besucht am 9.8.2006).

¹³² *Brochhagen* (Fn. 41), S. 79 f., 106 f.

¹³³ Dieser hatte sich sogar mit einem entsprechenden völkerstrafrechtspolitischen Plädoyer in die Fachöffentlichkeit begeben; *Klaus Kinkel*, Für einen funktionsfähigen Weltstrafgerichtshof, NJW 1998, 2650.

strafrechtspolitische Spielraum im Sinne des besagten Engagements ausgefüllt wurde, ist allerdings weniger der deutschen Politik im engeren Sinn als der ebenso mutigen wie virtuosen Diplomatie geschuldet, die der jetzige Richter am IStGH *Hans-Peter Kaul* vor allem in der Zeit von Ende 1996 bis zum Sommer 1998 sowohl auf der internationalen Bühne als auch auf derjenigen der deutschen Politik entfaltet hat.

Im Einzelnen zielte Deutschlands bislang ungekannter völkerstrafrechtspolitischer Einsatz nicht etwa auf eine unkritische Ausdehnung des Bereichs völkerstrafbaren Verhaltens. Vielmehr hat sich Deutschland für die Beschränkung der IStGH-Zuständigkeit auf die vier Kernverbrechen des Angriffskrieges, des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegs- und Bürgerkriegsverbrechen ausgesprochen. Darüber hinaus hat die deutsche Seite entschieden daran mitgewirkt, dass es mit dem IStGH-Statut zu einem signifikanten Fortschritt bei den rechtsstaatlichen Garantien im Völkerstrafrecht gekommen ist.¹³⁴ Dabei ist die Ausgestaltung des *nullum crimen*-Grundsatzes im IStGH-Statut vor dem Hintergrund der vorstehend nachgezeichneten historischen Entwicklung des Völkerstrafrechts besonders hervorzuheben. Die Rege-

¹³⁴ Hierzu ausführlicher *Krefß/Wannek* (Fn. 42), S. 238 ff.; *Gierhake* (Fn. 90), S. 292 ff., bestreitet die Entwicklung nicht, betont aber die ihres Erachtens verbleibenden Defizite; *Naucke* (Fn. 77), S. 79 ff. möchte die rechtsstaatlichen Defizite bei der von ihm so genannten „vierten Strafrechtsspur zur Verfolgung und Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität“ im Kontext des seines Erachtens beklagenswerten rechtsstaatlichen Niveaus der übrigen Strafrechtspuren sehen; vorrangig sei, die Zurückführung der Strafrechtsspur der Verfolgung der Alltagskriminalität auf ein streng rechtsstaatliches Strafrecht anzustreben. Dann erst sei die „Neukonstruktion eines einheitlichen streng rechtsstaatlichen Strafrechts“. Hierzu zwei Anmerkungen: Bemerkenswert erscheint zunächst der Umstand, dass sich *in puncto* Auf- und Abbau rechtsstaatlicher Garantien der Strafrechtswahrnehmung derzeit - bei Nuancen im Einzelnen - durchaus gegenläufige Linien im Vergleich zwischen Völkerstrafrechts- und sonstiger Strafrechtsentwicklung ausmachen lassen. Demgegenüber ist im Hinblick auf das Ideal „eines einheitlichen streng rechtsstaatlichen Strafrechts“ zu bedenken, dass der Verwirklichung rechtsstaatlich-demokratischer Maximalanforderungen an die Strafrechtswahrnehmung auf der Weltebene strukturelle Grenzen gesetzt sind (dies im Grundsatz anerkennend *Gierhake* ebda. S. 295). So lässt sich das Prinzip des gesetzlichen Richters - um ein konkretes Beispiel zu nennen - innerhalb eines internationalen Strafgerichts nicht mit derselben Perfektion entfalten wie innerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit (hierzu instruktiv *Denis Basak*, Die Zuständigkeitsregeln internationaler Strafgerichte und Art. 101 GG, 2005, S. 152 ff. und *passim*). Man mag es im Übrigen zum Ideal erheben, dass das Völkerstrafrecht durchgängig vermittelt über republikanische Staaten im kantischen Sinn auf die ihm unterworfenen Weltbürger zurückgeführt werden kann (*Gierhake* ebda. S. 293 ff.). Doch steht der Verwirklichung dieses Ideals fast strukturell entgegen, dass das Völkerstrafrecht auf Makroverbrechen zielt, die typischerweise in Staaten begangen werden oder von solchen Staaten ausgehen, die diesem Ideal nicht entsprechen. Den Einsatz des Völkerstrafrechts an die Voraussetzung einer flächendeckend republikanisch verfassten (Ideal-)Staatenwelt zu knüpfen, hieße also - nur wenig zugespitzt -, dem Völkerstrafrecht solange den Einsatz zu verwehren, wie Völkerstraftaten begangen werden.

lung der Völkerstraftatbestände in den Art. 6 bis 8 IStGH-Statut bedeuten eine beachtliche Annäherung an das kontinental-europäische Tatbestandsbestimmtheitsideal der *lex scripta et certa* und Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut schiebt dem Unterlaufen dieser Tatbestandsbindung durch eine expansive¹³⁵ völkergewohnheitsrechtskonforme Auslegung einen festen¹³⁶ Riegel vor. Schließlich statuieren die Art. 11 Abs. 2, Art. 22 Abs. 1 sowie Art. 24 Abs. 1 IStGH-Statut ein lückenloses Verbot der rückwirkenden Anwendung der Völkerstrafbestände in ihrer neuen vertraglichen Fassung.

Das derart eingehegte Völkerstrafrecht galt es dann jedoch aus Sicht der Bundesregierung dem Prinzip der universellen Rechtsgleichheit gemäß zu verwirklichen.¹³⁷ Diesem Prinzip hätte die von den USA favorisierte Konstruktion des IStGH als „ständiges *Ad-Hoc-Tribunal*“ des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen widersprochen. Deshalb hat sich Deutschland gemeinsam mit der großen Mehrheit der Staaten erfolgreich dafür eingesetzt, dass der IStGH vor seinem Tätigkeiten nicht von einer entsprechenden Ermächtigung des Sicherheitsrats abhängig ist¹³⁸, und dass der internationale Chefankläger bei Völkerstraftatverdacht aus eigener Initiative und kontrolliert nur durch die internationalen Strafrichter Situationen zur Prüfung aufgreifen kann¹³⁹. Der Verwirklichung universeller Gleichheit vor dem Völkerstrafrecht diene auch der deutsche Wunsch, der Internationale Strafgerichtshof möge mit universeller Zuständigkeit ausgestattet sein. Dem lag (und liegt) die Vorstellung zugrunde, mit dem IStGH wach-

¹³⁵ Demgegenüber erscheint mir die völkergewohnheitsrechtskonforme einengende Auslegung der Tatbestände des IStGH-Statuts nicht nur prinzipiell zulässig, sondern im Fall des Falles auch geboten.

¹³⁶ Die auf Rechtszweifel bezogene Interpretationsregel *in dubio pro reo* in Art. 22 Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut (zu ihren möglichen Wurzeln im *common law* Bruce Broomhall, in: Otto Triffterer [Hrsg.], *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Art. 22, Rn. 45 ff.) geht ihrem Wortlaut nach sicher über das durchschnittliche Garantieniveau nationaler Strafrechtsordnungen hinaus; es wird hochinteressant sein zu sehen, ob Art. 22 Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut selbst streng ausgelegt werden wird.

¹³⁷ Diese Linie ist zuletzt von der amtierenden Bundesjustizministerin bekräftigt worden; Brigitte Zypries, *Das Völkerstrafrecht 60 Jahre nach den Nürnberger Prozessen unter besonderer Berücksichtigung der Herausforderungen an die Anwaltschaft*, in: Martin Henssler et al. (Hrsg.), *Rechtspolitik und Berufspolitik* (Felix Busse zum 65. Geburtstag), 2005, S. 325, im Anschluss an Kreß/Wannek (Fn. 42), S. 239.

¹³⁸ Der am Ende gefundene Kompromiss zu dieser Frage besteht in der Befugnis des Sicherheitsrats, ein Strafverfahren vor dem IStGH nach Art. 16 IStGH-Statut zu suspendieren; eine solche Suspendierung setzt jedoch eine entsprechende Mehrheit im Sicherheitsrat voraus und scheitert bereits bei einem Veto.

¹³⁹ Die Ausgestaltung der sogenannten *proprio motu*-Kompetenz des Chefanklägers in Art. 15 IStGH-Statut geht auf einen argentinisch-deutschen Vorschlag zurück; A/AC.249/1998/WG.4DP.35 (25.3.1998).

se der Internationalen Gemeinschaft ein eigenes Organ zu, um die durch Völkerstraftaten ausgelösten Völkerstrafansprüche direkt zu verwirklichen. *In puncto* Weltrechtspflegeprinzip hat sich Deutschland nicht durchzusetzen vermocht; zu machtvoll war der Widerstand vor allem der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates.¹⁴⁰ Bekanntlich haben die USA dem Römischen Kompromiss zur Zuständigkeit, der im Kern in einer alternativen Verbindung der beiden klassischen strafanwendungsrechtlichen Prinzipien der Territorialität und der aktiven Personalität besteht, entgegengehalten, dieser eröffne die internationale (Straf-) Gerichtsbarkeit über Hoheitsakte von Drittstaaten.¹⁴¹

Dieser Einwand provoziert eine Nürnberger Reminiszenz. Deutschland war im Hinblick auf das Londoner Abkommen über das Nürnberger Tribunal ein Drittstaat. Der seinerzeitige Berater der USA *Hans Kelsen* war Verfechter einer rigorosen *act of state*-Doktrin und hielt es deshalb für notwendig, eine Zustimmung Deutschlands zum Londoner Abkommen zu erlangen bzw. zu konstruieren.¹⁴² Am Ende schlug *Kelsen* dem amerikanischen Kriegsministerium vor, das Problem durch die Annahme des Staatenuntergangs Deutschlands im Wege der *debellatio* zu lösen.¹⁴³ Bekanntlich folgte die damalige US-Regierung diesem Vorschlag nicht, sondern stellte sich auf den Standpunkt, für die Anwendung der *act of state*-Doktrin sei im Kontext der Nürnberger Straftatbestände kein Raum.¹⁴⁴ Darin ist der Internationale Militärgerichtshof der amerikanischen Regierung zu Recht gefolgt.¹⁴⁵ Dass sich die USA am 17. Juli 1998 offenbar nicht mehr an ihre Nürnberger Position erinnern wollten, bedauern auch US-Amerikaner.¹⁴⁶

Demgegenüber lässt sich in dem Einsatz der deutschen Regierung für die Gleichheit vor dem Völkerstrafrecht sowie für das Gesetzlichkeitsprinzip ohne

¹⁴⁰ Zum römischen Ringen um die Zuständigkeit des IStGH ausführlich *Hans-Peter Kaul/Claus Krefß*, Jurisdiction and Cooperation in the Rome Statute on the International Criminal Court: Principles and Compromises, Yearbook of International Humanitarian Law 2 (1999), 143.

¹⁴¹ S. die Darlegungen des US-amerikanischen Verhandlungsführers *David J. Scheffer*, The United States and the International Criminal Court, 93 The American Journal of International Law 93 (1999), 17.

¹⁴² *Hans Kelsen*, Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, The International Law Quarterly 1 (1947), 166 ff., i.V.m. *ders.* (Fn. 63), 11.

¹⁴³ *Hans Kelsen*, The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin, The American Journal of International Law 39 (1945), 518.

¹⁴⁴ S. nur die entsprechende Passage im Nürnberger Eröffnungsplädoyer *Jacksons* (Fn. 38), S.177.

¹⁴⁵ Sekretariat des Internationalen Militärgerichtshofs (Fn. 7), S. 249 f.

¹⁴⁶ S. die *Remarks* des in Nürnberg für die USA-Anklageseite tätigen *Henry T. King, Jr.*, anlässlich der Feierlichkeiten der *American Bar Association* zum 60. Jahrestag der Nürnberger Prozesse, The International Lawyer 40 (2006), 4; s. auch *Raymond M. Brown*, in: *Reginbogin/Safferling* (Fn. 14), S. 29.

weiteres ein Element der Kontinuität erkennen, hatte man doch im Hinblick auf Leipzig und Nürnberg die Einseitigkeit der Völkerstrafverfolgung und was Nürnberg anbetrifft zudem die rückwirkende Strafrechtsanwendung beklagt. Ganz in diesem Sinn sieht *Jescheck* das IStGH-Statut als die Erfüllung seiner früh formulierten Wünsche:

„Ich habe als oberstes Gesetz für die Zukunft schon damals gleiches Recht *für alle*, Sieger und Besiegte gefordert. Das Römische Statut von 1998 *gibt uns jetzt das allgemeine, gleiche Völkerstrafrecht ...* [Hervorh. im Text]“.¹⁴⁷

Man kann dieses Kontinuitätselement offizieller deutscher Völkerstrafrechtspolitik feststellen und doch einen Unterschied darin sehen, ob Deutschland sich - wie in Rom - im Rahmen einer globalen Völkerstrafgesetzgebung zukunftsgerichtet für ein System der ständigen Völkerstrafgerichtsbarkeit einsetzt, das gegenüber dem Vorwurf rückwirkender Siegerjustiz so gut wie möglich gewappnet ist, oder ob derselbe Staat den entsprechenden Einwand - nach Nürnberg - mit recht viel Pathos gegen ein in jeder Hinsicht embryonales und gerade deshalb in einer notstandsähnlichen Situation¹⁴⁸ zur Anwendung gebrachtes Völkerstrafrecht in Stellung bringt, um die strafrechtliche Verfolgung im eigenen Namen begangener fürchterlichster Verbrechen zu diskreditieren.

Kurz nach dem Durchbruch von Rom machte die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung ihre erste Bekanntschaft mit einem in das deutsche Recht transponierten Völkerstraftatbestand und sprach am 30. April 1999 ein Grundsatzurteil zur Anwendung des Völkermordtatbestandes auf Taten, die im Rahmen des in Bosnien-Herzegowina an den dortigen Muslimen begangenen Makroverbrechens begangen worden waren.¹⁴⁹ Von da an entwickelte sich ein inhaltlich nicht ganz spannungsfreier und gerade deshalb ungemein spannender Dialog zwischen BGH und JStGH¹⁵⁰, der sich in zwei weiteren wegweisenden Entscheidungen des BGH zu Völkermord und Kriegsverbrechen niederschlug.¹⁵¹ *Ruth Rissing-van Saan*, die seinerzeitige Berichterstatteerin im dritten Senat des

¹⁴⁷ Srafrecht und Kriminologie unter einem Dach: Schlussworte, in: Ulrich Sieber/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach* (Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck), 2006, S. 160.

¹⁴⁸ *Reinhard Merkel*, *Der Nürnberger Prozeß*, in: Hamburger Institut für Sozialforschung (Hrsg.), *200 Tage und 1 Jahrhundert. Gewalt und Destruktivität im Spiegel des Jahres 1945, 1995*, S. 125.

¹⁴⁹ BGHSt 45, 64.

¹⁵⁰ Dazu *Kreß* (Fn. 72), Rn. 71 ff.

¹⁵¹ BGHSt 46, 292; NJW 2001, 2732.

BGH, hat den Beitrag der deutschen Völkerstrafrechtsjudikatur vor kurzem treffend wie folgt zusammengefasst:

„Perhaps it could be said that German courts assume their driving role, strengthening international humanitarian law and contributing to the effectiveness of international criminal jurisdiction, not in competition, but in cooperation with international courts.“¹⁵²

Das BVerfG hat diese völkerstrafrechtsoffene Haltung des BGH in seinem Völkermordurteil nicht nur uneingeschränkt gebilligt, sondern durch den folgenden - zumal in historischer Perspektive - bemerkenswerten Satz zum Gesetzlichkeitsgrundsatz noch akzentuiert:

„Ist der Einzelne Normbefehlen des nationalen wie des Völkerrechts unterworfen, verlangt das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 103 II GG [...], dass die Gerichte bei der Anwendung des nationalen Rechts, das - wie § 220 a StGB - der Umsetzung von Völkerstrafrecht dient, das Analogieverbot auch im Licht des völkerrechtlichen Normbefehls zu sehen.“¹⁵³

Schließlich ist der Gesetzgeber auf den Plan getreten und hat die deutsche Rechtsordnung in drei couragierten Schritten an die neue, „nach-römische Völkerstrafrechtslandschaft“ angepasst.¹⁵⁴ Im Jahre 2000 wurde Art. 16 Abs. 2 GG im Hinblick auf die Überstellung Deutscher an den IStGH geändert; im Sommer 2002 folgten dann das Gesetz über die deutsche Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH-Gesetz) und das Völkerstrafgesetzbuch.

Das deutsche Zusammenarbeitsgesetz¹⁵⁵ gehört gemeinsam mit den entsprechenden Gesetzen Finnlands, Frankreichs, Spaniens, Neuseelands und der Schweiz zu der leider noch kleinen Gruppe von Regelungswerken, die die vitale

¹⁵² The German Federal Supreme Court and the Prosecution of International Crimes Committed in the Former Yugoslavia, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 399; ab dem Wintersemester 2006/07 wird Frau Vorsitzende Richter am BGH *Rissing-van Saan* den Kreis der Kölner Strafrechtslehrer bereichern, wofür ihr auch an dieser Stelle recht herzlich gedankt sei.

¹⁵³ BVerfG NJW 2001, 1848, 1850; nur am Rande vermerkt sei, dass der - zwar ebenfalls völkerstrafrechtsfreundliche - Exkurs zum Völkerstrafrecht in der Entscheidung desselben Gerichts zum Europäischen Haftbefehlsgesetz (NJW 2005, 2289, 2290 f.) im Kontext der übrigen Entscheidungsgründe seltsam recht unverbunden wirkt.

¹⁵⁴ Für einen Überblick *Claus Krefß* in: Pötz/Krefß (Fn. 12), Rn. 366 ff.

¹⁵⁵ Abgedr. und erläutert in: Pötz/Krefß (Fn. 12), III 26, S. 423.

Bedeutung einer wirkungsvollen Rechtshilfe im Völkerstrafrecht ernst nehmen und eingedenk dessen neue Wege beschreiten.¹⁵⁶ Zwar hat Deutschland sich im Gegensatz zu Frankreich nicht zu dem sachlich überaus nahe liegenden Verzicht auf das gouvernementale Bewilligungsverfahren durchbringen können. Doch an vielen anderen Stellen zeugt das Gesetz von Mut. Zwei Elemente seien hervorgehoben: Zum einen gestattet das Gesetz dem IStGH in dessen § 61 Abs. 1 in beinahe revolutionärer Weise¹⁵⁷ die Vornahme von Gerichtshandlungen auf deutschem Boden. Mindestens ebenso bedeutsam ist die Anerkennung einer zwangsweise durchsetzbaren Zeugnispflicht vor dem IStGH bei entsprechender internationaler Anordnung in § 53 IStGH-Gesetz. Was hier aufscheint, ist die bislang viel zu wenig beachtete Neuheit einer prozessualen Weltbürgerpflicht als einem weiteren Element eines konsequent komponierten Systems der Völkerstrafgerichtsbarkeit.

Noch augenfälliger als im IStGH-Gesetz dokumentiert sich die Öffnung des deutschen Gesetzgebers gegenüber dem Völkerstrafrecht im neuen deutschen VStGB.¹⁵⁸ Mit der Aufnahme des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit korrigiert dieses Gesetz zum einen die Entscheidung aus dem Jahre 1951 gegen das Kontrollratsgesetz Nr. 10. Zum zweiten unternimmt das VStGB den anspruchsvollen Versuch einer systematischen Kodifikation der völkergewohnheitsrechtlichen Kriegs- und Bürgerkriegsverbrechen. Schließlich - und das ist national und international wohl am meisten beachtet worden - optiert das Gesetz in seinem § 1 mit Entschiedenheit für das Weltrechtspflegeprinzip. An dieser Stelle werden nicht zuletzt die auch hierzulande zahlreichen Kritiker¹⁵⁹ des Weltrechtspflegeprinzips fragen, ob der deutsche Gesetzgeber nicht wie ein übereifriger Konvertit gehandelt hat.

¹⁵⁶ Bruce Broomhall/Claus Kreß, Implementing the Cooperation Duties Under the *Rome Statute: A Comparative Synthesis*, in: Claus Kreß et al. (Hrsg.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*. Volume II, 2005, S. 515.

¹⁵⁷ So der Großmeister des deutschen Rechtshilferechts in Strafsachen, Peter Wilkitzki, *The German law on co-operation with the ICC*, *International Criminal Law Review* 2 (2002), 208 f. Auch Herrn Ministerialdirektor im Bundesjustizministerium a. D. Peter Wilkitzki ein herzliches Dankeschön für die Bereitschaft, zukünftig Kölner Studierende zu unterrichten.

¹⁵⁸ Das Gesetz folgt seiner Struktur nach im Wesentlichen den Vorüberlegungen in: Claus Kreß, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, 2000, *passim*; für eine gute Einführung s. Gerhard Werle/Florian Jeßberger, *Das Völkerstrafgesetzbuch*, JZ 2002, 725; s. auch Sascha Rolf Lüder/Thomas Vormbaum (Hrsg.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch*, 2002, *passim*.

¹⁵⁹ S. nur Rainer Keller, *Grenzen, Unabhängigkeit und Subsidiarität der Weltrechtspflege*, GA 2006, 25.

Die Frage ist berechtigt, aber zu verneinen.¹⁶⁰ Die beiden Hauptfunktionen der Weltrechtspflege bestehen in dem Abschneiden sicherer Zufluchtshäfen und in der antizipierten Rechtshilfe im Hinblick auf ein Strafverfahren, das in einem direkt betroffenen Staat nach einem Regimewechsel durchgeführt werden kann. Der Gesichtspunkt der antizipierten Rechtshilfe ist ein weiterer Beleg dafür, dass man sich im Völkerstrafrecht gedanklich für neue Wege öffnen muss. Denn Ermittlungshandlungen von Weltrechtspflegestaaten können der Völkerstrafrechtspflege eben auch dann dienen, wenn deutlich absehbar ist, dass ein vollständiges Strafverfahren in einem der Weltrechtspflegestaaten nicht wird durchgeführt werden können. Dass es Deutschland fern liegt, sich bei der Ausübung der Weltrechtspflege wie ein unbändiger Weltpolizist zu gebärden, zeigt sich daran, dass man das Weltrechtspflegeprinzip in zweifacher Hinsicht subsidiär ausgestaltet hat¹⁶¹; sowohl tatnäheren Staaten als auch zuständigen internationalen Strafgerichtshöfen wird ausdrücklich der Vorrang bei der Strafverfolgung eingeräumt. Dass mit der Ausgestaltung der Weltrechtspflege bei Völkerstrafverfahren in § 1 VStGB und § 153f StPO bereits in allen Einzelheiten der Stein der Weisen gefunden ist, ist unwahrscheinlich; gut denkbar ist vielmehr, dass das neue Regelwerk nach den ersten Erfahrungen des Generalbundesanwalts gesetzgeberisch nachzujustieren sein wird. Gerade von deutscher Seite aus hinzuwirken wäre überdies auf eine völkervertragliche Verständigung über die Modalitäten der Weltrechtspflege im Völkerstrafrecht. Ein entsprechendes Vertragswerk könnte die Schaffung eines internationalen Organs einschließen, um den vielfach befürchteten politischen Missbräuchen zu wehren. Teil eines solchen Kontrollmechanismus könnte ein jüngst von meiner *Kölner* Kollegin *Susanne Walther*¹⁶² in die Diskussion gebrachtes Akkreditierungsverfahren sein. In dessen Rahmen gehörten die *fair trial*-Standards des treuhänderisch agierenden Weltrechtspflegestaates ebenso auf den Prüfstand wie die Frage, ob die Unabhängigkeit des Ermittlungsorgans von der politischen Führung des Weltrechtspflegestaates gewährleistet ist¹⁶³.

¹⁶⁰ Das kann im Rahmen dieses Beitrags nicht im Einzelnen begründet werden; s. jedoch *Claus Kreß*, *Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 561; *ders.*, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs*, *ZStW* 114 (2002), 818.

¹⁶¹ Für den entsprechenden Vorschlag s. *Claus Kreß*, *Völkerstrafrecht in Deutschland*, *NStZ* 2000, 625 f.

¹⁶² *Terra Incognita: Wird staatliche internationale Strafgewalt den Menschen gerecht?*, in: Jörg Arnold et al. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, S. 953.

¹⁶³ Auf diesen Punkt haben die Richter am Internationalen Gerichtshof *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal* in Nr. 59 ihres gemeinsamen Sondervotums zum Urteil des Gerichtshofs im Haftbefehlsfall (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien) vom 14.2.2002 (http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icoBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214_higgins-kooijmans-

Beachtlich ist nicht nur, dass der deutsche Gesetzgeber das VStGB verabschiedet hat; bemerkenswert ist auch, in welcher Einmütigkeit dies geschehen ist. Wie belastbar der völkerstrafrechtspolitische Grundkonsens in Deutschland geworden ist, lässt sich an der Stellungnahme ablesen, die der CDU-Abgeordnete *Norbert Röttgen* aus der Opposition heraus zu dem vor allem von der seinerzeitigen sozialdemokratischen Bundesjustizministerin *Herta Däubler-Gmelin* geförderten Gesetzentwurf abgegeben hat:

„Wir haben in diesem Hause in dieser Legislaturperiode viele rechtspolitische Kontroversen geführt. Der Einsatz Deutschlands für eine internationale Strafrechts- und Strafgerichtsordnung war und ist aber kein Streitthema, sondern bildet einen Grundkonsens deutscher Rechts- und Außenpolitik.“¹⁶⁴

E. Ausblick

Die stürmische Entwicklungsphase des Völkerstrafrechts seit Anfang der 1990er Jahre wurde von Erscheinungsformen des „Staatsterrorismus nach innen“ angetrieben, dessen hässliche Fratze sich im letzten Jahrhundert zuletzt noch einmal deutlich im Kosovo gezeigt hat¹⁶⁵, und dessen fortbestehende Aktualität die Situation *Darfur* auf traurige Weise belegt.¹⁶⁶ Doch ist mit dem 11. September 2001 das Phänomen einer angriffskriegsähnlichen Bedrohung des Staates und seiner Bevölkerung durch global operierende Private mindestens gleichermaßen eindringlich ins Blickfeld der internationalen Gemeinschaft gerückt. Mit der Bedrohung durch den globalen Terror lässt sich zwar die Frage verbinden, ob sich ein „Völkerstrafrecht der dritten Generation“ der *terra incognita* des internationalen, aber nicht zwischenstaatlichen bewaffneten Konflikts bemächtigen sollte. Indes hat es bislang nicht den Anschein, als drängten die Staaten auf eine solche Entwicklung. Auf der supranationalen Ebene steht nicht die Diskussion über eine mögliche strafrechtliche Reaktion im Vordergrund, sondern die

buergenthal.PDF.) hingewiesen; *Keller* (Fn. 159), 33 f., hat die Problematik aufgegriffen und luzide entfaltet.

¹⁶⁴ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 14/233; abgedr. in Lüder/Vormbaum (Fn. 158), S. 95.

¹⁶⁵ Für den Versuch einer Bündelung der im Kosovo-Konflikt zusammenlaufenden Entwicklungslinien *Claus Kreß*, Staat und Individuum in Staat und Bürgerkrieg. Völkerrecht im Epochenwandel, NJW 1999, 3077.

¹⁶⁶ Zur Sicherheitsratsverweisung der Situation „Darfur“ an den IStGH *Claus Kreß*, Der Internationale Strafgerichtshof und der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, in: Eberhard Kempf et al. (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II, 2006, S. 319.

Feindbekämpfung in Gestalt der Anti-Terrorsanktionen des Sicherheitsrates¹⁶⁷; im Übrigen dominiert letztlich die koordinierte nationale Reaktion. Die globale Terrorgefahr hat den Staat mit Wucht wieder als den primären Garanten der Sicherheit seiner Bevölkerung hervortreten lassen. Vor diesem weltpolitischen Hintergrund spricht viel für die Annahme, dass die große Völkerstrafrechtspolitik mit der Arbeitsaufnahme des IStGH auf mittlere Sicht einen gewissen Ruhepunkt erreicht hat und die Konsolidierung des Erreichten durch Praxis und Lehre die Szene beherrschen wird.

In einem Punkt jedoch wird auch der offizielle deutsche „Einsatz für eine internationale Strafrechts- und Strafgerichtsordnung“ in der nächsten Zukunft noch gefragt sein. Die Rede ist von der Völkerstrafbarkeit des Angriffskrieges. Dieses Thema führt uns ein letztes Mal in die Geschichte zurück. Für die USA stand Nürnberg ganz im Zeichen der Entschlossenheit, einen völkerstrafrechtlichen Präzedenzfall zum Angriffskrieg zu setzen; um des erstrebten Entwicklungsschrittes willen war man bereit, die Kritik der rückwirkenden Bestrafung auf sich zu ziehen.¹⁶⁸ In Nürnberg hatten die Amerikaner Erfolg, denn am 1. Oktober 1946 verliehen die Richter des Internationalen Militärgerichtshofs dem Angriffskrieg den schaurigen Rang des „schwersten internationalen Verbrechens“.¹⁶⁹ Das Bestreben nach der Schaffung eines Präzedenzfalles musste jedoch notwendigerweise weit über Nürnberg hinausgreifen. So hatte *Jackson* gegen Ende seiner Eröffnungsrede ausgerufen:

„Und lassen Sie es mich deutlich aussprechen: Dieses Gesetz wird hier zwar zunächst auf deutsche Angreifer angewandt, es schließt aber ein und muß, wenn es von Nutzen sein soll, den Angriff jeder anderen Nation verdammen, nicht ausgenommen die, die jetzt hier zu Gericht sitzen.“¹⁷⁰

Bislang haben die USA diese Nürnberger Selbstverpflichtung nicht eingelöst. Ganz im Gegenteil haben sie zuletzt die Gelegenheit bewusst verstreichen lassen, bei der Formulierung der Satzung des Sondergerichts für den Irak an den Nürnberger Präzedenzfall anzuknüpfen.¹⁷¹ Der US-amerikanische Nürnberger Ankläger *Henry T. King* hat es zum 60. Jahrestag der Nürnberger Prozesse vor

¹⁶⁷ Hierzu im Überblick *Oliver Dörr*, „Privatisierung“ des Völkerrechts, JZ 2005, 914 f.

¹⁶⁸ *Taylor* (Fn. 54), S. 65 ff.

¹⁶⁹ Sekretariat des Internationalen Militärgerichtshofs (Fn. 7), S. 207.

¹⁷⁰ Sekretariat des Internationalen Militärgerichtshofs (Fn. 38), S. 182.

¹⁷¹ Hierzu näher *Claus Kreß*, The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), 347.

der *American Bar Association* treffend als Ironie der Völkerstrafrechtsgeschichte bezeichnet, dass bei den Verhandlungen zum IStGH nicht die USA, sondern Deutschland mit Nachdruck dafür eingetreten ist, *Jacksons* Worte nach mehr als 40 Jahren in die Form eines völkerrechtlichen Vertrages zu gießen.¹⁷² Letzteres ist in Rom nicht gelungen.

Doch sagen wir es genauer: Es ist noch nicht ganz gelungen. Denn das Verbrechen der Aggression hat in Rom in die Liste der Völkerstraftaten zurückgefunden (Art. 5 Abs. 1 lit. d) IStGH-Statut). Mangels einer Definition darf der IStGH seine Zuständigkeit über dieses Verbrechen zwar noch ausüben. Doch wurde noch auf der Römischen Konferenz beschlossen, die letzte große normative Lücke im Völkerstrafrecht auf einer Revisionskonferenz zum IStGH-Statut zu schließen.¹⁷³ Diesen Auftrag zu erfüllen, ist auch dann ein Gebot der Folgerichtigkeit, wenn man die Einstufung des Verbrechens der Aggression als schwerste Völkerstraftat in Anbetracht des Schreckens von Menschlichkeitsverbrechen und vor allem Völkermord¹⁷⁴ nicht für zutreffend hält¹⁷⁵. Denn wenn der dritte Präambelabsatz zum IStGH-Statut den internationalen Frieden zu Recht an der ersten Stelle der Weltgemeinschaftsgüter aufführt, um deren Schutz es dem Völkerstrafrecht geht, dann darf der IStGH nicht auf Dauer daran gehindert bleiben, seine Zuständigkeit gerade über dasjenige Verbrechen auszuüben, das dieses Rechtsgut direkt verletzt. Zum zweiten geht es auch um die Glaubwürdigkeit zeremonieller Bekenntnisse mancher Staaten zum Völkerstrafrecht. Eine ganze Reihe von Staaten in Afrika und aus dem Nahen Osten messen den Verhandlungen über das Aggressionsverbrechen entscheidende Bedeutung für die Frage zu, ob es die westlichen Staaten ernst meinen mit dem Völkerstrafrecht. Viele dieser Staaten machen ihren Beitritt zum IStGH-Statut deshalb von der erfolgreichen Definition des Aggressionsverbrechens abhängig.

¹⁷² Wie Fn. 146.

¹⁷³ Absatz 7 der von der Konferenz beschlossenen Resolution F vom 17.7.1998; U.N.Doc. A/CONF.183/10.

¹⁷⁴ In *Prosecutor v. Kambanda*, Judgment and Sentence, ICTR-97-23-S, 4 September 1998, Nr. 16, hat die Kammer des RStGH den Völkermord zum "crime of crimes" erklärt und *William Schabas* folgt dieser Einstufung im Untertitel seiner grundlegenden Studie „Genocide in International Law“, 2000.

¹⁷⁵ Jedenfalls unzutreffend war und ist - wie bereits *Taylor* (Fn. 54), S. 575, bemerkt hat - die im Nürnberger Urteil zur Begründung angeführte Feststellung, der Angriffskrieg unterscheide sich vom Kriegsverbrechen nur dadurch, dass er „in sich alle Schrecken der anderen Verbrechen einschließt und anhäuft“.

Bis zur ersten Revisionskonferenz zum IStGH-Statut im Jahre 2009 bleiben allerdings zwei hohe Hürden zu nehmen¹⁷⁶: Zum einen ist in Rechnung zu stellen, dass das in Art. 2 Nr. 4 der Satzung der Vereinten Nationen niedergelegte völkerrechtliche Gewaltverbot seit jeher von einer Grauzone beträchtlichen Umfangs umgeben ist.¹⁷⁷ Unter den ernstzunehmenden Friedenssicherungsrechtlern lässt sich dementsprechend derzeit leichter über die ernstlich strittigen als über die verbotenen Militäreinsätze Einigkeit erzielen. Dabei lässt sich die im Einzelnen diffuse Judikatur des Internationalen Gerichtshofs unverändert von einem Verbotsrigorismus leiten, der einen Graben von nicht geringer Tiefe zu der - nicht nur westlichen - Staatenpraxis aufwirft.¹⁷⁸

Wenn hier befürwortet wird, Deutschland möge sich vor diesem Hintergrund weiterhin für eine vom Gewaltverbot abgekoppelte enge Fassung des Aggressionsverbrechens aussprechen, so liegt der Einwand nahe, dem deutschen Völkerstrafrechtler gehe es dabei um die Absicherung der drei jüngsten deutschen Militäreinsätze außerhalb des kollektiven Sicherheitssystems (Albanien 1997, Kosovo 1999, Afghanistan seit 2001), deren Vereinbarkeit mit dem Gewaltverbot gemessen an der Judikatur des IGH ausnahmslos Zweifeln unterliegt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass für eine rigoros enge Definition des Aggressionsverbrechens unabhängig von der jüngsten deutschen Praxis durchschlagende Gründe sprechen. Im Kern geht es um das grundsätzliche Anliegen, das Völkerstrafrecht um seiner Legitimität willen auf festes universell-völkergewohnheitsrechtliches Fundament zu bauen, um es so von völkerrechtli-

¹⁷⁶ Die Verhandlungen werden in der *Special Working Group for the Crime of Aggression* geführt, die von der Vertragsstaatenversammlung des IStGH am 9.9.2002 eingesetzt worden ist; ICC-ASP/1/Res. 1.

¹⁷⁷ Zusammenfassend Claus Krefß, *Jus contra bellum: Quo vadis?* Das Friedenssicherungsrecht nach dem Gewalteinsatz der "Koalition der Willigen" gegen den Irak, Kursbuch 155 (Neue Rechtsordnungen), März 2004, S. 61; für eine lesenswerte neuere Gesamtdarstellung s. Thomas Franck, *Recourse to Force*, 2002, *passim*.

¹⁷⁸ Der Verbotsrigorismus des IGH geht auf das Urteil im Streitfall zwischen Nicaragua und den USA vom 27.6.1986 zurück (I.C.J. Reports 1986, Nr. 183 ff.); die dort bezogene Grundposition hat der IGH in seiner jüngeren Entscheidungen (noch?) nicht geräumt. Geradezu bizarr ist die Position des Gerichtshofs zum brennenden Problem des Selbstverteidigungsrechts gegen angriffskriegsähnliche Gewalt Privater (für das *pro et contra* einerseits Claus Krefß, *Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater*, 1995, *passim*; andererseits Christiane Wandscher, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht*, 2006, *passim*). Nachdem dieser Frage im Gutachten vom zum israelischen Mauerbau eine kryptische Wendung zugebracht worden war (I.C.J. Reports 2004, Nr. 139), ist der Gerichtshof der Problematik im neuesten Urteil vom 19.12.2005 zum Streitfall zwischen der Demokratischen Republik Kongo und Uganda mit einer geradezu perplexen Begründung aus dem Weg gegangen (I.C.J. Reports 2005, Nr. 147; sehr vornehme Kritik („not altogether clear“) hieran übt Richter Kooijmans in seinem Sondervotum ebda. Nr. 20).

chen Grauzonen fernzuhalten. *Cornelius Prittwitz* hat die dem Völkerstrafrecht angemessene Bescheidenheit durch die Forderung auf den Punkt gebracht, bei den entsprechenden Normen müsse es um die Kennzeichnung von Unrecht gehen,

„weil es nach allgemeinem Konsens als Unrecht betrachtet wird, und nicht *damit* etwas als Unrecht betrachtet wird“ [Hervorh. im Text].¹⁷⁹

Obwohl eigentlich selbstverständlich, sei zur Vermeidung von Missverständnissen hinzugefügt, dass dieser Grundsatz die deutsche Völkerstrafrechtspolitik im Hinblick auf alle Völkerstrafatbestände leiten sollte, also vor allem auch bei der (hoch statt westlich-wertehegemonial niedrig anzusetzenden) Anwendungsschwelle der Menschlichkeitsverbrechen, jedoch gleichermaßen bei dem (auf Extremfälle zu beschränkenden) Urteil der Unverhältnismäßigkeit ziviler Begleitschäden bei der Kampfführung im bewaffneten Konflikt. Es ist nicht zu bestreiten, dass es eine schwierige Aufgabe darstellt, den völkerstrafrechtlich bewehrten Kernbereich des Gewaltverbots auf den Begriff zu bringen, doch sollte die Verständigung auf eine Formulierung möglich sein, die den internationalen Strafrichtern den entscheidenden Fingerzeig gibt, dass eine entsprechende Begrenzung gewollt ist.¹⁸⁰

Zum zweiten und entscheidend geht es um die Rolle des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen. Dessen ständige Mitglieder beharren bislang darauf, dass es zu einem Strafverfahren wegen des Verdachts der Aggression nur auf der Grundlage einer hierzu ermächtigenden Resolution des Rates kommen darf. Damit würden sie kraft ihres Vetorechts faktisch auch in eigener Sache zu einem nicht überstimmbaren Richter. Diese Position läuft der nachgerade klassischen deutschen Forderung nach universeller Gleichheit vor dem Völkerstrafrecht diametral zuwider und muss auch nicht etwa *volens nolens* hingenommen werden, weil die Satzung der Vereinten Nationen den fünf Staaten nicht nur bei der kollektiven Sicherheit, sondern auch bei der kollektiven Strafrechtspflege im Hinblick auf das Aggressionsverbrechen eine hegemoniale Stellung einräumte. Denn weder Wortlaut, noch Systematik oder Teleologie der UNO-Charta und auch nicht die Praxis ihrer Auslegung weisen den Anspruch der fünf ständigen

¹⁷⁹ Internationales Strafrecht: Die Zukunft einer Illusion?, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 486.

¹⁸⁰ Näher zu diesem Problem *Claus Kreß*, Strafrecht und Angriffskrieg im Licht des „Falles Irak“, ZStW 115 (2003), 302 ff.

Mitglieder des Sicherheitsrates als rechtlich begründet aus.¹⁸¹ Es geht also nicht um einen Rechts-, sondern um einen Machtanspruch. Machtansprüche aber vertragen sich denkbar schlecht mit einer konsistent komponierten Völkerstrafrechtsordnung.

Im Jahre 1980 - also noch zu der Zeit ihrer Völkerstrafrechtsskepsis - hatte sich die Bundesrepublik im Sinne der fünf ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates ausgesprochen.¹⁸² Auf derselben Linie äußerte sich die Bundesregierung 1997 im Vorbereitungsausschuss¹⁸³ und 1999 in der Vorbereitungskommission¹⁸⁴ für den IStGH. Seitdem hat sich Deutschland einer Festlegung in dieser Schlüsselfrage enthalten. Es wäre zu wünschen, dass Deutschland in diesem Punkt bald einen prinzipienfesten Positionswechsel vollzöge; den kritischen Dialog mit den engsten Freunden Frankreich, Großbritannien und USA sollte man dabei der Bedeutung der Sache wegen nicht fürchten.

Deutschlands Angriffskriege unter dem Nationalsozialismus haben den entscheidenden Anstoß dazu gegeben, dass die soeben genannten Freunde dem Völkerstrafrecht in Nürnberg zum Durchbruch verhelfen. Nach einer in Leipzig wurzelnden und in Nürnberg verfestigten langen Phase der Skepsis gegenüber dem Völkerstrafrecht ist Deutschland inzwischen zu einem überzeugten Mitgestalter des in der Entstehung begriffenen Systems der Völkerstrafrechtspflege geworden. Es liegt in der Konsequenz dieser neuen Haltung, und es stünde Deutschland angesichts seiner Geschichte wohl auch gut an, in den kommenden drei Jahren einen couragierten Beitrag dazu zu leisten, dass das IStGH-Statut im

¹⁸¹ Eingehend in diesem Sinn *Martin Hummrich*, Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression, 2001, S. 222 ff., der ebda. 230 ff. auch die Ansicht von *Andreas Zimmermann*, in: Triffterer (Fn. 136), Art. 5, Rn. 28, als unzutreffend ausweist, wonach sich eine entsprechende Rolle des Sicherheitsrates aus Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut ergeben soll; wie im Text jetzt auch *Michael E. Kurth*, Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofes zum UN-Sicherheitsrat, 2006, S. 216 f.

¹⁸² U.N. Doc. A/C.6/35/Sr. 12, 7.10.1980, Nr. 32.

¹⁸³ U.N. Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.20, 2.12.1997.

¹⁸⁴ U.N. Doc. PCNICC/1999/DP.13, 30.7.1999.

Jahre 2009 im Hinblick auf den Angriffskrieg dem Prinzip der Gleichheit vor dem Völkerrecht gemäß zu Ende geschrieben wird.

III.
Ehrenpromotion Richard M. Buxbaum
17. Mai 2006

Grußwort des Dekans der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

Prof. Dr. Michael Sachs, Köln

Hochverehrter Herr Kollege Buxbaum,

ich darf Sie im Namen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln und zugleich im Namen des Rektors und des Rektorats der Universität ganz herzlich begrüßen. Ebenso herzlich begrüße ich Ihre sehr verehrte Frau Gemahlin, Catherine Hartshorn, und Ihre Tochter Hannah Buxbaum, die zur Zeit als Humboldt-Stipendiatin an unserer Fakultät forscht, sowie ihren Ehemann Ed Hermann (mit ihren Töchtern).

Von den vielen illustren Gästen, denen eine besondere Begrüßung eigentlich zukäme, kann ich mit Rücksicht auf die knappe Zeit nur einige wenige namentlich ansprechen; so freue ich mich, begrüßen zu können: Herrn Kollegen Zuleeg aus Frankfurt am Main als ehemaligen Richter des Europäischen Gerichtshofs und Herrn Ministerialrat Dr. Möhler, in Vertretung des Ministers für Innovation, Wissenschaft, Forschung und Technologie des Landes Nordrhein-Westfalen Professor Dr. Pinkwart, wenigstens als Gruppe begrüße ich die zahlreichen Mitglieder der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung, die uns bei der Ausrichtung des anschließenden Empfangs in dankenswerter Weise unterstützt hat, ferner die Mitglieder der Boalt Hall Alumni, die Kollegen auswärtiger Universitäten, die zu Teil von weit her gekommen sind, alle Mitglieder der Fakultät und der Universität und alle sonstigen Freunde und verehrten Gäste.

Besonders herzlich begrüßen möchte ich schließlich den Redner des heutigen Tages, der nicht aus unserer Fakultät stammt, den Richter des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Kollegen Hoffmann-Riem. Er wird zu einem Thema sprechen, das vor dem Hintergrund der jüngsten unerfreulichen Ereignisse in dieser Universität (besetztes Rektorat, verhinderte Senatssitzungen, gestürmte Dekanate) besondere Aktualität besitzt, nämlich über die Versammlungsfreiheit, die nicht nur dem Jubilar, sondern bekanntlich auch ihm selbst ein besonderes Anliegen ist.

Über diese geistige Gemeinsamkeit hinaus ist Herr Hoffmann-Riem auch räumlich mit dem einschlägigen Engagement von Herr Buxbaum eng verbunden; denn er ist – wie ich erfahren habe – in der Hochzeit der Demonstrationen selbst in Berkeley vor Ort gewesen. Wenn mir dazu ein persönliches Wort gestattet ist:

Auch ich selbst bin 1968, in diesem annus mirabilis, während ich als Austauschschüler für ein Jahr in den USA war, einmal auf dem Campus in Berkeley gewesen, allerdings nur zu einer Veranstaltung, die unser Referent nicht als Versammlung anerkennen würde, einem Konzert der Gruppe „Peter, Paul and Mary“.

Seitdem weiß ich jedenfalls um die Schönheiten von Berkeley und Umgebung. Es ist daher fast unverzeihlich, dass ich bisher nicht dazu gekommen bin, dorthin auch als Wissenschaftler zurückzukehren, obwohl die Partnerschaft zwischen unserer Fakultät und der in Berkeley, um die es heute ja auch geht, dafür die besten Voraussetzungen bietet. Dazu von mir nur so viel: Die Rechtswissenschaftliche Fakultät schätzt die Partnerschaft mit Berkeley in höchstem Maße und ist insbesondere Herrn Buxbaum außerordentlich dankbar für seine langjährigen Verdienste um dieses Programm; alles Nähere dazu wird Herr Kollege Mansel in seiner Laudatio darlegen.

Er wird dabei sicher auch eine kleine Unsicherheit beseitigen, die mir ein Blick ins Internet in dieser Frage beschert hat: Im e-newsletter der Boalt Hall vom November des Vorjahres heißt es: „The faculty exchange program between the Cologne Law School and Boalt Hall was established in the late seventies.“ Sehr viel unspezifischer heißt es auf der homepage der hiesigen Fakultät: „Seit Jahrzehnten pflegt die Fakultät eine enge Beziehung zur Rechtsfakultät der University of California in Berkeley.“ Wie wir gleich hören werden, lassen sich diese Jahrzehnte im Jahre 2006 auf das Jubiläumsdatum von 50 Jahren spezifizieren. Nun ist es für die Universität zu Köln nicht ungewöhnlich, dass sie sich eindrucksvolle Jubiläumsdaten, auch über die Jahrhunderte hinweg, zurechtzulegen vermag. Die 50 Jahre der partnerschaftlichen Beziehungen zwischen Köln und Berkeley, auf die wir mit Stolz und Dankbarkeit zurückblicken, sind gleichwohl kein Produkt kunstvoll Lücken überbrückender Berechnungen, sondern entsprechen einem tatsächlich gelebten intensiven Austausch auf unterschiedlichen Ebenen der Kooperation.

Das Verdienst dafür liegt nicht zuletzt bei Herrn Buxbaum. Dies zu würdigen, ist aber nicht mehr meine Aufgabe, sondern bleibt der Laudatio überlassen, die Ihnen Herr Kollege Mansel gleich vortragen wird.

Ich will zuvor nur noch kurz an die lange Tradition der Ehrenpromotionen dieser Fakultät mit transatlantischem Bezug erinnern, die man bei etwas gutem Willen im Jahr 1922 beginnen lassen kann, auch wenn der damalige Jubilar,

Konrad Adenauer, erst später zum Vorkämpfer für die deutsch-amerikanische Freundschaft avancierte.

Nach dem Krieg beginnt dann die Reihe der amerikanischen Ehrendoktoren, alle aus Berkeley: Den Anfang machte 1959 William Lloyd Prosser, der damals dort Dekan war, 1970 Stephan Alfred Riesenfeld, 1983 folgte zum Ende seines Dekanats Sanford H. Kadish, 1988 Friedrich Kessler und schließlich im Jahre 2004 Melvin A. Eisenberg.

Richard M. Buxbaum wird der sechste Ehrendoktor unserer Fakultät aus Berkeley sein. Damit entfällt mehr als ein Drittel unserer Ehrenpromotionen für Ausländer allein auf Berkeley, keine andere Universität oder Stadt kommt dem auch nur entfernt nahe, nicht einmal ein ganzes anderes Land kann heranreichen. Ich glaube, dies ist ein Zeichen der ganz besonderen Verbundenheit unserer beiden Fakultäten. Alles Nähere dazu und vor allem zu Richard M. Buxbaum aber jetzt von Herrn Kollegen Mansel.

Laudatio Richard M. Buxbaum

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel, Köln

Lieber Herr Buxbaum,
Dear Ms. Hartshorn,
Liebe Familie Buxbaum,
Spektabilität,
Sehr geehrte Damen und Herren,

im Programm ist mein Beitrag mit Laudatio angekündigt. Aber ich werde nur eine Teillieferung erbringen. Denn Ihr Wirken und Ihr Werk, Herr Buxbaum, sind so weitgespannt, dass wir die Laudatio auf drei Schultern verteilt haben. Herr Kollege Horn ist berufen, Ihr wirtschaftsrechtliches Werk zu würdigen. Unser Hamburger Kollege und Richter am Bundesverfassungsgericht Herr Hoffmann-Riem wird auch als Boalt Hall – Alumnus in seinem Festvortrag auf ihr bürgerrechtliches Engagement eingehen. Ich wende mich Ihrem Werdegang und Ihrem Wirken im US-amerikanisch – deutschen Wissenschaftsaustausch sowie der Verbindung unserer beider Fakultäten zu.

(1) Person und Werk

Wir sprechen in dieser Feier heute wie selbstverständlich deutsch. Sie haben uns das erlaubt. Deutsch war bis zum neunten Lebensjahr die Sprache Ihrer Kindheit. Es ist eine der Wissenschaftssprachen, in denen Sie arbeiten und veröffentlichen.

Richard M. Buxbaum wurde am 16. April 1930 in Hessen geboren; die ersten acht Jahre seiner Kindheit verbrachten er im Darmstädter Umland. Seine Familie war in ihrer Weise eine typisch deutsche Familie. Seine Mutter entstammte einer katholischen, sein Vater einer jüdischen Familie; in dieser Tradition wurde Herr Buxbaum erzogen. Sein Vater war Landarzt. Als er als Arzt ab 1933 nicht mehr praktizieren konnte, weil die Kassenarztzulassung entfiel und die privaten Krankenkassen die Rechnungen nicht mehr zahlten, gründete er zusammen mit seinen Patienten eine Art medizinische Genossenschaft für die Dorfgemeinschaft. Es war der steigende Druck der Verfolgung und die Weitsicht der Familie auf die immer weiter ausgreifenden, unvorstellbaren Zeiten des kommenden Horrors in Deutschlands, die 1938 die Emigration herbeiführten. Die USA nahm

die Familie auf. Es wird alles andere als einfach gewesen sein, völlig neu zu beginnen. Ihr Vater, Herr Buxbaum, praktizierte wieder als Landarzt, jetzt im Staat New York in einem Indianerreservat.

Richard Buxbaum begann sehr jung seine Studien an der Cornell University im Staat New York. Er studierte zunächst Wirtschaftswissenschaften und Slawistik. Wenn Richard Buxbaum etwas macht, dann – das ist wohl seine Eigenheit – macht er es ganz und richtig. Er lernte ohne Vorkenntnisse Russisch und wurde gleich Vladimir Nabokovs Assistent, noch vor dessen Weltruhm.

1952 graduierte Herr Buxbaum in Cornell in Rechtswissenschaft mit dem LL.B. Er erhielt im Anschluß daran eine Dozentenstelle an der Juristischen Fakultät der University of California in Berkeley und studierte zugleich weiter in dem damals neu ausgerichteten LL.M.-Studiengang

Hier zeigt sich vielleicht eine andere Eigenheit: Herr Buxbaum, Sie machten viele Dinge in Ihrem Leben als Erster oder als Jüngster. Sie erhielten mit 22 Jahren als jüngster Student den LL.B. in Cornell und im Jahr 1953 mit 23 Jahren in Berkeley wieder als jüngster Absolvent den LL.M.-Grad. Bereits 1961 mit 31 Jahren Professor wurden Sie Professor in Berkeley und mit 34 Jahren dort Professor auf Lebenszeit. (Jackson H. Ralston Professor of International Law). Dahinter steht eine große wissenschaftliche Leistung.

Richard Buxbaum ist noch nicht emeritiert, sondern steht heute seit 45 Jahren im aktiven Dienst seiner Hochschule. Seine Fakultät feierte ihn kürzlich durch ein eindrucksvolles Festheft des Berkeley Journal of International Law.¹

Es entstand und entsteht ein eindrucksvolles wissenschaftliches Werk,² dessen Schwerpunkt im internationalen Wirtschaftsrecht und Gesellschaftsrecht liegt. Es ist durch rechtsvergleichendes Denken wie durch eine Offenheit für die Sozial- und Wirtschaftswissenschaften gekennzeichnet. Richard Buxbaum ist einer der Rechtswissenschaftler, die weltweit bekannt sind und deren Arbeiten nicht nur im nationalen Rahmen beachtet werden.

¹ A Tribute To Professor Richard M. Buxbaum, Berkeley Journal of International Law 23 (2005) 283 – 523.

² Siehe Marci Hoffmann, Bibliography of works by Richard M. Buxbaum, in: Berkeley Journal of International Law 23 (2005) 303 – 313.

Die Rechtsvergleichung über das Wirtschaftsrecht hinaus ist das zweite Wissenschaftsfeld, in dem Herr Buxbaum wirkt. Von 1987 bis 2003 prägte er als geschäftsführender Herausgeber das wissenschaftlich hochangesehene *American Journal of Comparative Law*.

Herr Buxbaum sagte kürzlich in einem großen Interview,³ es sei sein Ziel, nicht allein für akademische Zirkel zu schreiben, sondern zugleich für die Praxis. Diese Verbindung von Wissenschaft mit praktischem Sinn hat ihn in zahlreiche Gesetzgebungskommissionen geführt.

Sie haben das Profil Ihrer Fakultät entscheidend mitgeprägt, nicht nur als Dekan. Immer haben Sie Neues auf den Weg gebracht. Das scheint ein Kontinuum in Ihrem Leben zu sein. Eindrucksvoll ist die Liste Ihrer Fakultätsaktivitäten:

Herr Buxbaum war von 1970 bis 1974 der erste Direktor des Earl Warren Legal Institute (seit dem Jahr 2005: Institute for Legal Research), das der interdisziplinären Forschung und der Gesetzgebungsberatung gewidmet ist. Er war von 1988 bis 1990 der erste Direktor des National Center on Financial Services. Er gründete das Institute for German and European Studies, das er als erster Direktor von 1990 – 1993 leitete (jetzt aufgegangen im Institute of European Studies).

Die Fülle seiner Aktivitäten in Wissenschaft, Lehre sowie in praktischer Rechts- und Gesetzgebungsberatung ist beeindruckend. Er fand daneben auch noch Zeit, von 1996 bis 2000 das LL.M.-Programm der Amerikanischen Universität in Eriwan (Armenien) zu gründen und zu leiten.

Auch die Liste der Ehrungen, Auszeichnungen und Mitgliedschaften ist eindrucksvoll; ich kann sie wirklich nicht alle vortragen: Herr Buxbaum ist Ehrendoktor der Universitäten Osnabrück⁴ und Budapest, Professor ehrenhalber der Universität Budapest und Peking und wurde mit hohen französischen⁵ und brasilianischen⁶ Orden und dem Großen Bundesverdienstkreuz ausgezeichnet. Er ist Humboldt-Preisträger des Jahres 1992. Der von der Arthur Burkhart-Stiftung für Wissenschaftsförderung unter dem Dach des Stifterverbandes für die Deut-

³ Laurel Fletcher, *Reflections on Germany, the Legal Academy, and Social Engagement: An Interview with Richard Buxbaum*, in: *Berkeley Journal of International Law* 23 (2005) 287 – 302.

⁴ Siehe dazu Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück (Hrsg.), *Ansprachen aus Anlaß der Ehrenpromotion von Prof. Dr. h.c. Richard M. Buxbaum am 2. Juni 1992* (1993).

⁵ Officier, Ordre des Arts et Lettres, 1996.

⁶ Comendador, Ordem de Rio Branco, 1998.

sche Wissenschaft ausgesetzte Arthur-Burkhardt –Preis wurde ihm im Jahr 2000 für sein Nachdenken über die Lebensbedingungen des Menschen in unserer Gesellschaft verliehen.

Neben die Wissenschaft tritt ein gesellschaftspolitisches Engagement. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass Sie, Herr Buxbaum, sich für die Bürgerrechte einsetzen. Und zwar ganz unmittelbar und sehr praktisch: Sie sind seit langem im Vorstand des National Housing Law Projects, einer US-Organisation, die sich für den Wohnraum einkommensarmer Bevölkerungsgruppen einsetzt und dabei u.a. auch deren Rechtsschutz verbessert. Von 1953 bis zu Ihrer Berufung 1961 nach Berkeley waren Sie als Anwalt, insbesondere als Verteidiger tätig, darunter drei Jahre zuerst als Militärverteidiger und dann als Staatsanwalt im Hauptquartier der US-Streitkräfte in Heidelberg.

Herr Kollege Hoffmann-Riem wird auch aus eigenem Erleben als Austauschstudent der damaligen Zeit darauf eingehen, dass Herr Buxbaum als einer von fünf Verteidigern die 773 Studenten verteidigte, die im Dezember 1964 auf dem Campus in Berkeley verhaftet worden waren, weil sie im Rahmen des Free Speech Movements Verwaltungsgebäude der Universität auf dem Campus besetzt hatten (Die Studenten kamen anderntags frei, da sich die Professoren der Universität solidarisierten und die Haftkaution zahlten).

(2) Experte für Deutschland

Lieber Herr Buxbaum, Sie wurden als Deutscher geboren. Sie sind US-Staatsbürger und seit langem sind Sie ein US-Experte für Deutschland. Die Vermittlung von Wissen über die USA und über Deutschland in beiden Staaten ist eine der vielen besonderen Leistung Ihres Lebens.

Ihre eigene Fakultät hat Ihnen deshalb zum 75. Geburtstag ein Symposium gewidmet, das sich zentral mit der Entwicklung Deutschlands nach 1945 und seiner Wiederaufnahme in die Weltgemeinschaft beschäftigte.⁷

Ihre Verbindungen zu dem Deutschland nach 1945 sind vielfältig und nicht auf rein akademische Interessengebiete beschränkt. Ganz im Gegenteil.

⁷ Siehe den Nachweis in Fn. 1.

Herr Buxbaum kehrte 1954 als amerikanischer Offizier und Militärverteidiger nach Deutschland zurück. Er war unzählige Male als Gastwissenschaftler und Vortragender hier. Als Humboldt-Preisträger erforschte er die Privatisierungspraxis der Treuhand. Herr Buxbaum ist Mitglied des Fachbeirats des Hamburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht bis zum Jahr 2005. Und er hat die Bucerius Law School in Hamburg mitgegründet.

Herr Buxbaum war das von den USA benannte Mitglied der Dreierkommission für Vermögensschäden der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“. Diese Stiftung wurde durch die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2001 gegründet. Der deutsche Staat und deutsche Unternehmen haben die Stiftung mit einem großen Vermögen ausgestattet, um offene Entschädigungsfragen aus dem Bereich der NS-Zwangsarbeit zu regeln. Das Dreierschiedsgericht hat in den vergangenen Jahren mehr als 35.000 Anträge beschieden. Es konnte kürzlich seine Tätigkeit mit einer eindrucksvollen Bilanz beenden.

Heute sind viele ehemalige deutsche Absolventen Ihrer Law School hier, es finden sich heute unter uns sehr viele Mitglieder der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung, deren Ehrenmitglied Sie, lieber Herr Buxbaum, 1995 wurden. Der Grund liegt nicht nur in Ihrem wissenschaftlichen Werk, sondern sicher auch in Ihrer Person. Sie haben ein genuines Interesse an Menschen und sind ihnen zugewandt. Persönlich bescheiden, vorurteilsfrei, neugierig und intellektuell brillant, so haben Sie auf beiden Seiten des Atlantiks viele Jurastudenten und Doktoranden als akademischer Lehrer beeindruckt.

(3) 50 Jahre Rechtswissenschaftlicher Austausch Berkeley - Köln

Wir Kölner sind stolz, dass es auch eine besondere Beziehung zu unserer Fakultät und unserer Stadt gibt. Herr Buxbaum, Sie waren hier sehr oft und lange zu Forschungsaufenthalten. Sie sind die tragende Säule des Fakultätsaustauschs zwischen Köln und Berkeley. Und das seit Dekaden.

Sie haben sehr lange mit Herrn Kollegen Kegel zusammen gearbeitet, dann ab 1983 mit Herrn Kollegen Wiedemann als Kölner Fakultätsbeauftragten, den ich herzlich begrüßen möchte, und seit 1993 mit Herrn Kollegen Horn, dem ich gleich den Platz am Pult frei machen werde, sowie seit einigen Jahren mit dem Triumvirat Horn, Weigend, Mansel. Sie, Herr Buxbaum, waren die Konstante.

Der Austausch besteht nun seit 50 Jahren. Heute kann ich Herrn Professor Eckert begrüßen, der 1956 als erster Kölner Student in Berkeley studiert hat, Frau Dr. Steinorth, deren Gatte seine von Herrn Kegel betreute Dissertation in Berkeley schrieb, und Frau Lüderitz, die mit ihrem Mann den Austausch lebte.

Ich habe im letzten Jahr Herrn Kegel nach der Entstehung der Fakultätspartnerschaft befragt. Er hat mir dazu einige Monate vor seinem Tod folgendes geschrieben:

„Die Rechtswissenschaftlichen Fakultäten von Berkeley und Köln begannen in der ersten Hälfte der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts eine dauerhafte Verbindung. Dean William L. Prosser (1900 – 1971), ein weit herausragender Jurist und fesselnder Lehrer, hoch gebildet und köstlich humorvoll, war überzeugt, gemeinsames Forschen im englisch-amerikanischen common law und im kontinentaleuropäischen civil law sei dringend zu wünschen. Er baute damals eine neue Fakultät auf. Vier Professoren entwickelten einen Plan, mit Hilfe der Ford Foundation voran zu kommen: Stefan Riesenfeld (1908 – 1999), Emigrant aus Breslau, Albert A. Ehrenzweig (1906 – 1974), aus Wien emigriert, Frank C. Newman (1917 – 1996) und Covey T. Oliver (geb. 1913). Auf einem Rechtsvergleicher Kongress in Paris fragte man mich, ob ich auf deutscher Seite mittun wollte, und das habe ich mit Freude rund 30 Jahre getan.

Die Ford Foundation zeigte sich großzügig und bewilligte der Kölner Seite 625.000 DM. Ein Teil dieser Mittel wurde für Studienaufenthalte Kölner Professoren in Berkeley verwendet. Hauptsächlich aber wurde Nachwuchs gefördert. Damals gab es noch keine Habilitandenstipendien und deshalb erhielten gut dotierte Stipendien zum Arbeiten in Berkeley Horst Ehmke, Rudolf Wiethölter und Alexander Lüderitz. Außerdem wurden zahlreiche Doktoranden nach Berkeley entsandt. Die Habilitationsschriften, Dissertationen und einige andere Werke wurden veröffentlicht in den Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe. Deren letzten von 18 Bänden schrieb Haimo Schack, jetzt Ordinarius in Kiel, über Jurisdictional Minimum Contacts (1983).

Nach acht Jahren waren die Fordmittel verbraucht. Danach förderte dankenswerterweise die Gerda Henkel Stiftung über Jahrzehnte den Austausch von Professoren von Köln und Berkeley. Um 1983 schied ich aus dem Programm aus, nicht ohne weiterhin mit der Law School Berkeley Verbindung zu halten.“

Soweit dieses Dokument von Herrn Kegel, dem unsere Fakultät den Kontakt zur Boalt Hall und vieles mehr zu danken hat.

In der Folgezeit hat auch die Fritz Thyssen Stiftung den Austausch immer wieder gefördert. Dafür möchte ich den Stiftungen heute nochmals Dank sagen.

Der Austausch lebt. Zuletzt waren aus Köln meine Kollegen Susanne Walther und Thomas von Danwitz dort, die große Lehrerfolge hatten, wie ich hörte.

Ihnen, lieber Herr Buxbaum, gebührt unser großer Dank dafür, dass Sie ihn über Jahrzehnte hin in Berkeley getragen haben.

Wir freuen uns sehr, Sie heute mit dem Kölner Ehrendoktor ehren zu dürfen als Zeichen unseres hohen Respekts vor Ihrem wissenschaftlichen Werk und Ihrem menschlichen Wirken.

Internationales und vergleichendes Wirtschaftsrecht im Werk von Richard M. Buxbaum

Prof. em. Dr. Norbert Horn, Köln

Spectabilis, verehrte Kolleginnen und Kollegen, verehrte Gäste, lieber Dick,

ich habe die Ehre und das Vergnügen, Ihnen zum Thema „Internationales und vergleichendes Wirtschaftsrecht im Werk von Richard M. Buxbaum“ vorzutragen. Wirtschaftsrecht ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen unter Einschluß des Handels- und Gesellschaftsrechts – „Economic and Business Law“. Das Thema hat seine eigenen Schwierigkeiten. Die liegen zum Teil im großen Umfang und Facettenreichtum des wissenschaftlichen Werkes des Jubilars. Etwas anderes kommt hinzu. Dick Buxbaum hat verdientermaßen schon viele akademische Ehrungen erfahren und manche Laudatio über sich selbst gehört. Was kann man ihm noch vortragen, ohne ihn zu langweilen? Will man andererseits besonders originell sein, könnte ein verfremdetes Bild entstehen, so dass unser neuer Ehrendoktor sich fragt: von wem ist hier eigentlich die Rede? Lieber Dick, ich will einen - hoffentlich goldenen – Mittelweg gehen und Bekanntes mit persönlichen Perspektiven verbinden; dabei hoffe ich auf Dein Wohlwollen. Außerdem ist eine Laudatio nicht nur an den Jubilar gerichtet. In der Würdigung des akademischen Lebenswerks eines prominenten Kollegen gibt sich die Fachzunft Rechenschaft über den Entwicklungsgang ihres Faches, in unserem Fall also des internationalen und vergleichenden Wirtschaftsrechts.

Die zwei ersten wirtschaftsrechtlichen Arbeiten, die ich von Dick Buxbaum gelesen habe, waren in deutscher Sprache: erstens einen Aufsatz in der ZHR 1968 über das deutsche Mühlenkartell, dessen angebliche Wettbewerbsverträglichkeit und gesamtwirtschaftlichen Vorteile als Fiktion entlarvt wurden. Als zweites las ich seinen vielbeachteten Karlsruher Vortrag über die Bedeutung der privaten Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen aus dem Jahr 1972. Dies ist ein Thema, das den deutschen Gesetzgeber in der Folgezeit stark beschäftigt hat und bis heute beschäftigt, z.B. bei der Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Lauterkeitsrecht, im Gesellschaftsrecht bei der Fortentwicklung der Aktionärsklagerechte, zuletzt in der Reform durch das UMAG von 2005. Im Wirtschaftsrecht im engeren Sinn, also verstanden als staatliche Regulierung des privatrechtlichen Wirtschaftsverkehrs, lautet die Grundfrage, ob die Durchsetzung der Normen primär durch staatliche Behörden oder private Klage erfolgen soll. Im Kartellrecht als dem Kernstück des so verstandenen

Wirtschaftsrechts fällt die Antwort auf diese Grundfrage im deutschen und im US-amerikanischen Recht ganz unterschiedlich aus. Im europäischen Kartellrecht, mit dem sich Dick Buxbaum schon in den sechziger Jahren beschäftigt hat¹, hat die jüngste Reform gegen deutschen Widerstand der privaten Klage eine größere Rolle bei der Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG zugewiesen, und man muß hinzufügen: selbst die private Schiedsgerichtsbarkeit ist hier neuerdings auf dem Vormarsch. Die Grundlinien der kartellrechtlichen Entwicklung seit 1945 sind übrigens nachzulesen in einem vorzüglichen Aufsatz von Buxbaum in der jüngsten Ausgabe des Berkeley Journal of International Law. Allerdings hat der Vorname des Autors gewechselt. Es ist diesmal Hannah Buxbaum, die diesen Aufsatz ihrem Vater widmet.

Dick Buxbaum berichtete in einem Interview mit Laurel Fletcher, das in der gleichen Ausgabe des Berkeley Journal erschienen ist, das Kapitalgesellschaftsrecht sei vom ersten Tag seines Studiums an sein bevorzugtes Fach gewesen. Sein zweites Lieblingsfach wurde dann „International Transactions“. Das sind zwei sich überschneidende Kreise. Rechtsvergleichendes und Internationalrechtliches hat der Jubilar innerhalb und außerhalb des Kapitalgesellschaftsrechts geschrieben.

Im Kapitalgesellschaftsrecht haben vor allem vier Unterthemen die wissenschaftliche und rechtspolitische Debatte in den letzten vier Jahrzehnten beherrscht: (1) die Leitungsstruktur der Unternehmen, (2) seine Stellung im Kapitalmarkt und seine Kontrollierbarkeit durch ihn, (3) das externe Wachstum von Unternehmen durch Übernahmen und (4) die Kontrolle der großen, insbesondere der multinationalen Unternehmen. Auf all diesen Themenfeldern hat sich Dick Buxbaum an der internationalen rechtswissenschaftlichen und rechtspolitische Diskussion beteiligt und Anstöße gegeben. Diese Diskussion bestand lange Zeit in einer Rechtsvergleichung im klassischen Sinn, also dem Erfahrungsaustausch zwischen den unterschiedlichen nationalen Gesellschaftsrechten mit dem Ziel einer Anreicherung der rechtspolitischen Diskussion; später ging es dann immer stärker um Rechtsangleichung auf europäischer und globaler Ebene und seit 1990 auch um Rechtstransfer in die Länder des zerfallenen Sowjetimperiums.

Das Recht der Leitungsorganisation von Kapitalgesellschaften, vulgo corporate governance, betraf ursprünglich nur das Zusammenspiel der Organe und deren Entscheidungs- und Kontrollkompetenzen. Es ist schrittweise mit dem zweiten

¹ 61 Colum.L.Rev. 402 (1961); 52 Cal.L.Rev.56 (1964).

Themenkreis – das Unternehmen im Kapitalmarkt – zusammengefloßen, indem seit den 30er Jahren der amerikanische und sehr viel später der europäische und deutsche Gesetzgeber das Kapitalmarktrecht weiterentwickelten und es als Instrument der externen Unternehmenskontrolle verstanden. 1977 hatte ich mit dem Historiker Jürgen Kocka ein Projekt „Recht und die Entstehung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert“ in Bielefeld organisiert. Dick steuerte dazu eine Arbeit über „das Verhältnis der Struktur von Großunternehmen zur Rolle der Aktionäre und Mitglieder des Board aus historischer Perspektive“ bei. Er analysierte die Verteilung der Kompetenzen zwischen Board und Aktionären als Funktion des Einflusses, den um 1900 in den USA die Investmentbanken auf die entstehenden industriellen Großunternehmen ausübten. Es ist anzumerken, dass dieser Einfluß in Deutschland sehr viel länger andauerte und zur Bildung der sog. „Deutschland AG“ führte, die jahrelang viel Kritik erntete. Inzwischen ist die Deutschland AG zum größeren Teil aufgelöst. Dieser Einfluß der Banken wurde dann durch den Einfluß institutioneller Investoren abgelöst, von denen einige Formen inzwischen auch in der Öffentlichkeit als Heuschrecken bekannt sind. Der Wandel zeigte sich unlängst in den veränderten Beteiligungsverhältnissen der Deutsche Börse AG und entsprechender Machtausübung, die teils Überraschung, teils Entsetzen hervorrief. Die Überraschung wäre vielleicht geringer ausgefallen, wenn die Kritiker die Aufsätze von Dick Buxbaum aus 1991 und 1994 über die Machtausübung institutioneller Investoren rechtzeitig gelesen hätten.²

Dick Buxbaum griff Fragen der Leitungsstruktur immer wieder auf, so z.B. in dem Aufsatz „The Internal Division of Powers in Corporate Governance“ aus dem Jahr 1985 (73 Cal.L.Rev.1671), ferner in der in Deutschland erschienenen Arbeit „The Duty of Care and the Business Judgement Rule in American Law“ aus 1991. Das letztere Thema hat den BGH 1997 im ARAG/Garmenbeck-Urteil (BGHZ 135,244) beschäftigt, den deutschen Gesetzgeber zuletzt 2005 bei der Ergänzung der Vorstandshaftungsnorm des § 93 Abs. 1 AktG i.S. der Business Judgement Rule.³

² Institutional Owners and Corporate Managers, 57 Brook.L.Rev.1; Comparative Aspects of Institutional Investment and Corporate Governance (in T.Baums u.a., Institutional Investors and Corporate Governance, 1994).

³ Der dabei vom Gesetzgeber verwendete Maßstab, dass das Vorstandsmitglied bei seiner unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohl der Gesellschaft zu handeln, benutzt mit dem Wort „vernünftigerweise“ einen Maßstab, der bisher in der deutschen Dogmatik des Verschuldens nicht festgelegt ist und eine starke Anlehnung an das amerikanische Konzept enthält.

In die große Corporate Governance-Debatte, die im letzten Jahrzehnt in Deutschland und Europa geführt wurde, war Dick Buxbaum mit zahlreichen Beiträgen eingebunden. Für die deutsche Debatte sei als Beispiel seine rechtsvergleichende Veröffentlichung in deutscher Sprache „Die Leitung von Gesellschaften – Strukturelle Reformen im amerikanischen und deutschen Gesellschaftsrecht“ von 1996 genannt. Für die Debatte auf der europäischen und globalen Ebene sind drei unter seiner Mitherausgeberschaft entstandenen Sammelbände hervorzuheben: „Legal Harmonization and the Business Enterprise – Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the USA“, 1988, eine 1991 erschienene Überarbeitung dieses Werkes, und der 1996 erschienene Band „European Economic and Business Law.“ Diese neueren Titel verdeutlichen den engen Zusammenhang, der heute zwischen Kapitalgesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht besteht. Dabei ging und geht es um Rechtspolitik in Europa, vor allem die Rechtsharmonisierung im Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht und z.T. auch über Europa hinaus, man denke an Basel II und an die Standardisierung der Rechnungslegungsregeln. In der Tat ist es Zeit, sich über Grundlinien der Regulierung des internationalen Kapitalmarktes Gedanken zu machen. Dick Buxbaum hat dies relativ früh getan in seinem Buch von 1987 über „The International Securities Market: Issues of Regulation and Taxation“.

Das dritte Unterthema, das Recht des externen Unternehmenswachstums durch Beteiligungserwerb und Übernahmen, ist ein weiteres Gebiet, in dem die USA einen Erfahrungsvorsprung hatten. Themen des amerikanischen Übernahmerechts haben daher auch Dick Buxbaum beschäftigt, z.B. in einer Arbeit über Aktionärsrechte bei Fusionen,⁴ und auch hier hat er sich am Erfahrungstransfer beteiligt und im Hinblick auf deutsche Fragestellungen 1992 einen Aufsatz über die nach amerikanischem Recht zulässigen Abwehrmaßnahmen gegen Übernahmeangebote veröffentlicht.⁵

Nun noch einige Worte zum vierten Unterthema der multinationalen Unternehmen. 1979 konnte ich Dick als Referenten zu einem Projekt über „Codes of Conduct for Multinational Enterprises“ gewinnen. Der 1980 erschienene Band war der Beginn unserer Zusammenarbeit als Herausgeber der Reihe „Studies in Transnational Economic Law“, die heute bei Band 20 angelangt ist. Dick griff die damals aktuelle rechtspolitische Diskussion zur Kodifizierung von Richtlinien über den Technologietransfer auf. Er verglich die erklärten Ziele des da-

⁴ 8 Cal. Bus.L.Rep. 29 (1987).

⁵ In Kreuzer, Öffentliche Übernahmeangebote, 1992.

mals vorliegenden UNCTAD-Entwurfs einer Kodifizierung mit den tatsächlichen Abläufen von Verhandlungen über Technologietransfer und den hier bestehenden Informationsbedürfnissen der Akteure, Unternehmen und Behörden, dies vor dem Hintergrund der Unternehmen, die in den Entwicklungsländern entstehen und verwurzelt sind, ihren Strukturen, Besitz- und Machtverhältnissen. Das ganze ist vorbildlich in der Verbindung normativer und rechtstatsächlicher Analyse. Den Themenkreis greift er 1985 in einem mit Riesenfeld verfassten Artikel über Investment Codes wieder auf. Wiederum 10 Jahre später kommt er mit einem 1996 in Singapur gehaltenen Referat auf das fortbestehende Grundproblem multinationaler Unternehmen zurück; es ist die Frage nach ihren Verpflichtungen gegenüber den Gaststaaten, in denen sie operieren. Dieses Thema hat in noch jüngerer Zeit eine besondere Aktualität und Fortentwicklung gewonnen durch die Ausbreitung bilateraler Investitionsschutzabkommen und den Aufschwung der Schiedsgerichtsbarkeit über Investitionsstreitigkeiten.

Verlassen wir das Kapitalgesellschaftsrecht und werfen wir noch einen kurzen Blick auf Arbeiten, die Dick Buxbaum den „international transactions“ außerhalb dieses Gebiets gewidmet hat. Das vergleichende Kartellrecht wurde bereits erwähnt. Es bleibt ein großer Themenbereich, das Vertragsrecht der internationalen Wirtschaft. Wiederum sei aus der persönlichen Perspektive erzählt: Zu einem von mir initiierten Projekt „Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Investment“ von 1984/85 trug Dick Buxbaum ein Referat über die relevante amerikanische Rechtsentwicklung bei, also im Kern über das Konzept der *commercial impracticability*. Das war klassische Rechtsvergleichung und damit genau im Sinn des Projekts. Denn im sensiblen Bereich der Vertragsanpassung muß man für den Streitfall die Toleranzgrenze der Gerichte anhand einer genauen Analyse des anwendbaren Rechts ausloten. Drei Dinge haben mich am Referat besonders interessiert. Erstens die knappe Problembe-
schreibung mit den Kategorien der *economic analysis of law*, zweitens sein Hinweis auf das Zusammenspiel von richterlicher Aktivität und Neuverhandlungen der Parteien, das „*Negotiating in the Shadow of the Law*“. Dieser Gesichtspunkt unterstützte meine 1980 entwickelte These von der Neuverhandlungspflicht gegenüber vereinzelter etwas naiver Kritik, die verkürzt gesagt darauf hinauslief, es gebe keine Verhandlungspflichten, weil man sie nicht mit Hilfe des Gerichtsvollziehers durchsetzen könne.

Drittens war seine rechtstatsächliche Feststellung wichtig, dass die Anpassungsproblematik vor allem im Zusammenhang mit der Ölkrise und dem Vietnamkrieg zu einem Aufschwung der Diskussion vertragsrechtlicher Grundfra-

gen in den USA geführt habe. Rechtsfragen der Neuverhandlung und Vertragsanpassung gewannen in den achziger Jahren und darüber hinaus im Zusammenhang mit den internationalen Verschuldungskrisen große Bedeutung. Sie warfen zugleich Fragen des Wirtschaftsvölkerrechts auf. Bezeichnend dafür ist Dick Buxbaum's Arbeit „The Effect of Foreign Moratorium Orders on Bank Loans and Certificates of Deposit: The Act of State Defense“.⁶ Andere Arbeiten aus den neunziger Jahren beschäftigen sich mit der Bildung eines transnationalen Wirtschaftsvertragsrechts unabhängig von den nach Kollisionsrecht anwendbaren nationalen Rechten und mit den dabei auftretenden methodischen Problemen.

Unser kleiner Streifzug durch das facettenreiche Werk des Jubilars zeigt uns ein Panorama des vergleichenden und internationalen Wirtschaftsrechts und seiner wissenschaftlichen und rechtspolitischen Behandlung in den letzten 40 Jahren. In zahlreichen Fragen ist Dick Buxbaum als Vermittler amerikanischen und europäischen Rechtsdenkens aufgetreten, als frühzeitiger Anreger in ungelösten rechtspolitischen Fragen. Manches bleibt von konstanter Aktualität, wie die eingangs erwähnte Frage nach dem Verhältnis behördlicher Aktivitäten und privaten Klagen in der Durchsetzung des Wirtschaftsrechts, der Problembereich der Corporate Governance und die Vertragsanpassung. Anderes wird durch die Dynamik der Rechtsentwicklung erledigt. Wer Programmatisches schreibt wie der Autor etwa in den genannten Sammelbänden zum europäischen Recht, muß erleben, dass sich der aktuelle Stand rasch ändert. Jeder kennt das. Aber Dick Buxbaum hat in vielen Problembereichen auch die Genugtuung, dass seine Anregungen in die Rechtsentwicklung einfließen und umgesetzt wurden. Sein Interesse am politischen Kontext des Rechts hat ihn auch dazu geführt, sich an der Debatte über die Transformation der sozialistischen Unternehmen in privatwirtschaftliche Formen zu beteiligen,⁷ und bei meinem Aufenthalt in Berkeley 1991 kam es zu einem Gedankenaustausch zu diesen Fragen.

Zum Abschluß einige Bemerkungen zur Arbeitsweise des Jubilars. Man kann von ihm nicht nur Inhaltliches lernen, sondern auch Methodisches. Seine Arbeitsweise ist problemorientiert, facettenreich und interdisziplinär orientiert. Problemorientiert heißt bei ihm immer auch praxisorientiert. Facettenreich heißt:

⁶ In Norton (ed.) *Prospects for International Lending and Rescheduling*, 1988.

⁷ *Two Functions and Four Bases of Modern Enterprise Legislation*, in A.Harmathy & A. Nemeth (eds), *Questions of Civil Law Codification*, Budapest 1990 (on a Conference held 1989); *Western Support of Law-Reform and Codification Efforts of the Countries of the Former Socialist Block*, in Drobnič (Ed.), *Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und ihre Folgen für Banken, Börsen und Kreditsicherheiten*, 1998.

Wenn Dick Buxbaum eine Sache anpackt, fallen ihm immer viele Dinge zugleich ein. Ein Feuerwerk von Aspekten wird entfacht. Dazu gehören selbstverständlich interdisziplinäre Sichtweisen, insbesondere ökonomische Aspekte. Denn in der Rechtsvergleichung, in der Rechtsharmonisierung und im Rechtstransfer braucht man eine nicht auf ein bestimmtes nationales Recht fixierte, möglichst interdisziplinär angereicherte selbständige Analyse des Regelungsgegenstandes. In der Frühphase der internationalen Corporate-Governance-Debatte finden sich in seinem Werk mehrere Arbeiten über das Unternehmen als wirtschaftliches Phänomen. Ich nenne aus 1986 die Arbeit „Enterprise Form and Economic Function“,⁸ vorgetragen und veröffentlicht in Ungarn im Hinblick auf dort schon zu diesem Zeitpunkt bestehende rege Reforminteressen.

Die heute in den USA so einflussreiche ökonomische Analyse des Rechts wird von Dick Buxbaum in dem vorerwähnten Interview hoch gepriesen. Er verweist zutreffend darauf, dass er ihre Arbeitsergebnisse beachtet. Aber er zieht auch eine deutliche Grenze. Im Originalton heißt das: „I do really appreciate what social science input, especially economic, offers us professionally. It’s always been a bit of a dilemma. I can read the stuff, - I appreciate it, I use it – but I don’t produce it“ (aaO S. 297). Wie weise! Schon aus Gründen der Arbeitsteilung und Arbeitsökonomie. Aber auch aus sachlichen Gründen. Denn die Marktrationalität der Economic Analysis schöpft die Zwecke des Rechts nicht aus; sie kann es gar nicht, weil der Mensch nicht nur homo oeconomicus ist.

Ein Geheimnis des Erfolges und der großen Resonanz von Dick Buxbaum sei abschließend gelüftet, nachdem es ohnehin jedermann offenbar ist. Es ist seine Fähigkeit, auf Menschen zuzugehen, sich für andere zu interessieren, Freundschaften zu schließen und zu pflegen. Die wissenschaftliche Welt kann seit Platon und Aristoteles wissen, dass der Dialog die Grundlage wissenschaftlichen Denken ist, und dass der freundschaftliche Dialog der erfolgreichste ist. Auf

⁸ In F.Madl (ed.) *The Legal Structure of the Enterprise*, Budapest 1986, 23. Vgl. auch Buxbaum. „Federal Aspects of Corporate Law and Economic Theory“, in Daintith and Teubner (eds), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, 1986, S. 274.

diese Weise ist Dick Buxbaum ein maßgeblicher Vermittler zwischen amerikanischem und europäischem Rechtsdenken geworden. Es ist höchste Zeit, dass er auch Ehrendoktor unserer Fakultät wird.

Versammlungsfreiheit - ein Schwungrad der Demokratie und ein besonderes Anliegen von Richard M. Buxbaum

Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, LL.M., Richter am BVerfG, Karlsruhe

Vor 42 Jahren - also 1964 - waren die Zeiten noch so rosig, dass mir die Studienstiftung des Deutschen Volkes von sich aus ein USA-Stipendium anbot - mit freier Wahl der Universität. Ich studierte die Klimakarte von Amerika. Das Ergebnis war klar: ich entschied mich für Berkeley. Das Wetter enttäuschte mich nicht, auch die law faculty nicht, mit ihrer Mischung aus Offenheit, Diskurs und Ansprechbarkeit für Studenten. Betreuer meiner Master-Arbeit war Stefan Riesenfeld. In der Vorlesung über Rechtsphilosophie von Albert Ehrenzweig trat Hans Kelsen als Gast auf, den ich anschließend auch mit Herzklopfen in seinem ländlichen Haus besuchte. Friedrich Kessler war Gastprofessor aus Yale. Alles klingende Namen deutschsprachiger Professoren - eine Gelehrtenrepublik aus Emigranten. Es gab auch einen, der schon als Kind mit seiner Familie emigriert war und jetzt mit einer Deutschen verheiratet war und deshalb zur Erneuerung ihres Visums in regelmäßigen Abständen über die Grenze nach Kanada musste. Er hieß Richard Buxbaum. Den Namen Riesenfeld und Ehrenzweig kombinierten wir deutschen Studenten mit Buxbaum: Riesenbaum, Buxzweig und Ehrenfeld - oder: Riesenzweig, Buxfeld und Ehrenbaum.

Zu solchen Spielen verging uns bald der Spaß. Auf dem Campus begann der Aufruhr. Einige Studenten hatten einen Büchertisch aufstellen wollen und die Regents der Universität - gewissermaßen der Hochschulrat - verboten dies. Es kam zu Solidarisierungen und sit-ins. Die Polizei erschien und eines Tages verhafteten sie fast 800 Studenten. Die Solidarität wuchs. Mario Savio und Arthur Goldberg wurden zu Helden des Aufstands, Bob Dylan und Joan Baez saßen unter den Streikenden und sangen zur Gitarre. Das free speech-movement - wie der Protest schnell hieß - weitete sich aus und gebar einen Ableger: das free sex-movement mit Zentrum in Sausalito. Der Protest fand neue Gegenstände und Formen: Er mutierte zur Anti-Vietnam-Bewegung. Das alles in knapp einem Jahr! Und ich war als Zeitzeuge zufällig dabei. Mitmachen aber durfte ich nicht: Die amerikanischen Studenten schützten uns damit vor der sicheren Ausweisung aus den USA.

Die Solidarisierung und Aktivierung war ein Lehrstück in direkter Demokratie. Die etablierte Macht wurde in Frage gestellt und ihre Träger reagierten unproportioniert. Es waren die Tage der Demagogen, aber auch die des Gemein-

schaftsgefühls, schmeichelnd begleitet durch Joan Baez, und es waren Tage des neuen Gefühls von Macht durch Worte, aber auch durch kollektive Aktion. In diesen Wochen und Monaten habe ich manchmal mehr Zeit draußen auf dem Campus oder im Hearst Theatre verbracht als in der Bibliothek.

Die Professoren waren - wie sie es fast immer bei Studentenprotesten sind - geteilter Meinung. Einer fiel mir damals besonders auf: Richard Buxbaum. Er war in dem Strafprozess gegen die Studenten als Verteidiger der Verhafteten aufgetreten. Weg vom Gesellschaftsrecht, hin zum Leben, das sich anschickte, die Welt zu verändern! Buxbaum "ging fremd" und blieb sich auch in den Folgejahren treu, so als Anwalt in Streitigkeiten um den Vietnam-Protest und die Wehrdienstverweigerung oder im Engagement für die Durchsetzung der affirmative action. Es gab offenbar zwei Buxbaums: den etablierten und ausgewogenen Gesellschaftsrechtler und den engagierten und manchmal kämpferischen Anwalt, den Anwalt des Wandels, als Vorbild für rechtsstaatliches Engagement. Das war Hochschullehrer-Engagement, wie ich es mir damals an einer deutschen Universität nicht vorstellen konnte und das mir sehr imponiert hat.

Als ich 1965 nach Deutschland zurückkehrte -auf einem langen Umweg über Asien mit Zwischenstopp im kriegsgezeichneten Saigon- trat die Studentenbewegung ihren Siegeszug um den Globus an. Deutschland erreichte sie 1967 und 1968. Schon vorher hatte es in Berlin das Intermezzo der Prügel-Perser gegeben. So wurden Leute des Geheimdienstes des Schahs von Persien genannt, die deutsche Protestierer gegen den Schah-Besuch niederknüppelten. Für mich war das der Auslöser, meine Erfahrungen in Berkeley neu zu verarbeiten, und zwar in Form eines rechtswissenschaftlichen Aufsatzes zur Demonstrationsfreiheit.

Die Zeiten in Deutschland wurden bewegter. In Hamburg - ich war Referendar und wissenschaftliche Hilfskraft am dortigen Seminar für Finanz- und Steuerrecht - kam es zu heftigen Anti-Springer-Demonstrationen und Blockaden der Zeitungsauslieferung. Mehrere Demonstranten wurden verhaftet und später verurteilt - zu mindestens drei Monaten Freiheitsstrafe ohne Bewährung. Ein Student der Kunsthochschule - ein an sich gänzlich unpolitischer Mann, der aber als Intellektueller die Anti-Springer-Bewegung unterstützte - bat mich, ihn zu verteidigen. Ich erinnerte mich an das Vorbild Buxbaum. Ich war kein Strafrechtler, aber das war Buxbaum auch nicht. Allerdings war ich auch nicht Professor, sondern Referendar und wissenschaftliche Hilfskraft.

Ich hatte aber einen Lehrauftrag für eine Anfängerarbeitsgemeinschaft und überredete den Amtsrichter, dass für Lehrbeauftragte das Hochschullehrerprivileg gelte, d. h. dass sie vor Gericht als Verteidiger auftreten könnten. Das entsprach zwar nicht im Geringsten der herrschenden Meinung, wurde aber von ihm akzeptiert.

Jetzt kam ein Aha-Erlebnis. Während ich einmal bei meinem Referendarausbilder zur Besprechung eines Votums war, erreichte ihn ein Anruf. Es meldete sich ein Vertreter des Verfassungsschutzes, der sich nach einem Referendar namens Hoffmann – so hieß ich damals noch – erkundigte und mehr über dessen politische Einstellung wissen wollte. Ich war seinerzeit politisch völlig inaktiv. Eine einzelne Prozessvertretung, und schon war ich im Visier des Verfassungsschutzes!

Hier habe ich zum ersten Mal aus eigener Anschauung gelernt, dass rechtsstaatliches Engagement – Hilfe bei der Rechtsverteidigung – auch in einem Rechtsstaat nichts Selbstverständliches ist, sondern Argwohn auslösen kann. Ich habe mich damals gefragt, ob das seinerzeit auch in Berkeley so war? Die McCarthy-Zeit war 1964 zwar vorbei, aber in manchem lebt sie bis heute fort – nicht nur in den USA.

Natürlich war der Anruf eines Verfassungsschützers nichts Verbotenes. Aber warum die Frage bei einem Ausbilder? Ich deutete dies als Anschwärzung. Was würde der Anrufer wohl sagen, wenn er erführe, dass der Referendar von damals heute Richter des Bundesverfassungsgerichts ist, und zwar als Berichterstatter für alle Fragen der Versammlungsfreiheit und des Datenschutzes? Mir hat der Anruf nicht geschadet, so wie es Richard Buxbaum nicht geschadet hat, dass manche Kollegen sein Engagement nicht verstanden haben, ihn deshalb vielleicht auch mieden.

Für mich war 1964 der Auftakt nicht nur für mein Interesse an ausländischen Rechtsordnungen – und an Reisen ins Ausland –, sondern auch an den politischen Grundrechten. Der Blick in andere Rechtsordnungen ist mir inzwischen so selbstverständlich geworden wie er es 1964 für Richard Buxbaum schon lange war.

Es kommt mir geradezu anachronistisch vor, dass Richter des Supreme Court noch heute öffentlich darüber streiten, ob es zulässig ist, die Entscheidungen eines ausländischen Gerichts zu zitieren – ein Beleg unter vielen ist eine im Jah-

re 2005 im *International Journal of Constitutional Law* veröffentlichter Disput zwischen Justice Scalia (verneinend) und Justice Breyer (bejahend).

Ich vermute, ein genuiner Rechtsvergleicher wie Buxbaum – ich bin das nicht – wird darüber ebenso den Kopf schütteln wie ich es 1964 tat, als die Regents der University of California sich dagegen stemmten, dass Studierende als politisch denkende Menschen den politischen Mief der Vergangenheit abschütteln wollten. Ein Rechtsvergleicher wird in der Lage sein, eine Erklärung für den aktuellen Streit der Richter zu geben, etwa indem er die Verankerung der vorgebrachten Argumente in allgemeinen Prämissen herausarbeitet. Dies ist bei Justice Scalia seine rechtstheoretisch-methodische Überzeugung, ein Verfassungsrichter dürfe die Verfassung nur mit dem Inhalt anwenden, den er ihrem Wortlaut und den historischen Materialien entnehmen kann. In den *Federalist Papers* kam zwar englisches Recht vor, nicht aber etwa der *Conseil d'Etat*, das österreichische oder das deutsche Verfassungsgericht. Demgegenüber geht Justice Breyer davon aus, dass Recht sich in einem komplexen interaktiven demokratischen Prozess entwickelt, an dem Richter, Rechtsanwälte, Professoren und die allgemeine Öffentlichkeit teilnehmen – dies ist gewissermaßen ein konstruktivistischer Ansatz. In dem diskursiven Prozess könnten auch Argumente und Problemlösungen bedeutsam sein, die in anderen Rechtsordnungen bei vergleichbaren Problemen gefunden und erprobt wurden.

In meinem Studienjahr in Berkeley habe ich allerdings gelernt, dass der praktische Nutzen der Kenntnisse einer anderen Rechtsordnung nicht darin besteht, dort fertige Lösungen zu finden und sie anschließend für den Im- oder Export zu nutzen. Diesem unsinnigen Konzept folgen zwar manche Missionare des Rechts, wenn sie osteuropäische oder asiatische Staaten rechtsstaatlich beglücken wollen, ohne zu fragen, ob und wie westliches Recht in die Rechtstraditionen und Kulturen der je anderen Ordnung eingebettet werden können, und die sich anschließend wundern, wie groß die Kluft zwischen dem *Law in the Books* und dem *Law in Action* wird. Das Handwerk und die Kunst des Juristen sind das Handwerk und die Kunst des Argumentierens. Die Überzeugungskraft eines Arguments kann gewinnen, wenn es schon Bewährungsproben, etwa in anderen Rechtsordnungen, hinter sich hat.

II.

Meine Bewunderung für das damalige Engagement von Richard Buxbaum bei Beginn der weltweiten studentischen Protestbewegung und seine Profession als Rechtsvergleicher sollen im Folgenden Anlass sein, mich rechtsvergleichend mit dem Grundrecht des friedlichen Protests, der Garantie der Versammlungsfreiheit, in den USA und Deutschland zu befassen, begrenzt auf Einzelaspekte.

Grund- und Menschenrechte sind bekanntlich meist weniger für diejenigen wichtig, die Macht genug besitzen, um ihre eigenen Interessen in jedem Fall durchzusetzen. Besonders wichtig sind grundrechtliche Garantien für die Nicht-Etablierten, insbesondere für Vertreter von Minderheiten. Die Art, wie man diese behandelt, sagt viel über die Qualität einer Rechts- und Staatsordnung. Wer sich der Rechte solcher Minderheiten annimmt, evtl. sogar ohne ihr Anliegen inhaltlich zu teilen, macht sich um die Qualität dieses Rechtsstaats verdient – so wie Richard Buxbaum auch später, als er diejenigen verteidigte, die sich dem Wehrdienst in Vietnam entzogen, oder als er die Bewegung für Affirmative Action an seiner Universität unterstützte.

Die Vereinigten Staaten mit ihrer viel längeren Tradition von Freiheitsrechten als Deutschland verfügen auch über eine längere Geschichte des freiheitsrechtlichen Umgangs mit Minderheiten. Eine solche Geschichte ist in wohl keinem Land der Welt eine Ruhmesgeschichte, auch in den USA nicht. So waren Veranstaltungen, insbesondere Versammlungen der Heilsarmee, der Zeugen Jehovas, der Gewerkschaften oder der sozialistischen Parteien in den USA jahrzehntelang Objekt von Diskriminierung, später auch die der Bürgerrechtsbewegung. Gleichzeitig ist bewundernswert, wie wenig sich manche Gruppierungen davon haben einschüchtern lassen.

Vielen Demonstrationen gelingt es zwar nicht, viel mehr als die eigene Identität, das Zusammengehörigkeitsgefühl der Demonstranten anzusprechen, ohne dass sie es schaffen, die Öffentlichkeit für ihr Anliegen zu interessieren. Dass Demonstrationen aber von der „großen Politik“ nicht stets negiert werden können, haben in den USA z. B. die Anti-Vietnam-Bewegung und in Deutschland etwa die Leipziger Montagsdemos vor dem Fall der Mauer gezeigt, ebenso die orangene Revolution in der Ukraine oder jüngst die französischen Proteste gegen die Änderungen des Kündigungsschutzes für Berufsanfänger oder der Aufstand der Straße gegen den König von Nepal. Das Grundrecht ist allerdings bewusst blind gegenüber dem Inhalt der Demonstration.

Die öffentliche Auseinandersetzung soll ja mit dazu beitragen, Sinnvolles vom Unsinnigen, Abseitiges vom Wichtigem und Skurriles von Dingen mit zentralem Gemeinwohlbezug zu trennen. Gerade die – sehr idealistische – Metapher vom Market Place of Ideas spielt auf diese Such- und Filterfunktion an und will eines mit Nachdruck verhindert wissen: dass eine Instanz, etwa die Regierung oder ihre Polizei, paternalistisch vorgibt, was als wahr und sinnvoll gelten soll. Der mögliche Irrtum gehört zur Demokratie.

Im First Amendment ist die Versammlungsfreiheit in eine Gruppe von Grundrechten eingebettet. Dominant ist der Schutz von free speech und dieser Schutz wird im Hinblick auf die Inhalte, abgesehen von wenigen Ausnahmen, als absolut verstanden.

Zwar hat auch die amerikanische Praxis lernen müssen, dass nicht jede Art von Meinungsäußerung schutzbedürftig und -fähig ist und dass es nicht immer leicht ist, zwischen ideas, messages, content einerseits und conduct andererseits zu unterscheiden. Der Versuchung, bestimmte Meinungen wegen ihrer Inhalte unter Strafe zu stellen, ist die amerikanische Rechtsordnung jedoch weit weniger nachgekommen als die deutsche. Allerdings scheidet Grundrechtsschutz auch in den USA aus, wenn die Äußerung nicht vom Schutzbereich erfasst ist – dieser schützt nach amerikanischem Verständnis nicht obscenity, diffamation oder „fighting words“. Im Übrigen erfasst der Inhaltsschutz auch extremistische Inhalte – etwa auch die Propaganda von Nazis.

Dementsprechend gibt es in der amerikanischen Verfassungsrechtspraxis kein Pendant zu den Versuchen einzelner deutscher Gerichte, den Begriff der öffentlichen Ordnung oder des öffentlichen Friedens so aufzuladen, dass politisch extreme – insbesondere neonazistische – Inhalte aus dem Schutz der Meinungs- oder jedenfalls der Versammlungsfreiheit herausfallen.

Solchen Versuchen hat sich auch das Bundesverfassungsgericht bekanntlich verweigert und es war sich dabei durchaus auch der amerikanischen Konzeption über den demokratischen Sinn einer robusten öffentlichen Debatte und über den Schutz auch provozierender Rede sowie der amerikanischen Tugend republikanischer Toleranz im Umgang auch mit politisch Unverbesserlichen bewusst.

Die Toleranz im Inhaltlichen hat für die Protestierer allerdings so etwas wie den Effekt einer GummIWand: Ihr Protest gewinnt nicht dadurch zusätzlich Aufmerksamkeit, dass die staatliche Abwehr die Demonstranten zu Märtyrern

macht und dass ihre Demonstration durch gewalttätige Gegendemonstrationen öffentlich aufgewertet werden und sich sogar hohe Machtträger – etwa Oberbürgermeister – an Obstruktionen der Durchführbarkeit solcher Demonstrationen in einer Weise beteiligen, die sie selbst in die Nähe oder jenseits von Rechtsbruch führen. Die durch aufmerksamkeitsregende Gegendemonstrationen oder sonstige Gegenaktivitäten entstehende Medienaufmerksamkeit facht zugleich die Aufmerksamkeit für die – zahlenmäßig und argumentativ häufig kümmerlichen – Ausgangsdemonstranten an. Es scheint so, als hätten die ewig gestrigen Rechten inzwischen gelernt, damit zu spielen, d. h. ihre relative Bedeutungslosigkeit mit vom Protest entliehener Bedeutung zu kaschieren.

Gerade in Zeiten der Mediendemokratie werden Demonstrationen als Weg genutzt, um Zugang zu diesen Medien auch für diejenigen zu eröffnen, denen er sonst versperrt bliebe. Das gilt nicht nur für Rechtsextremisten, sondern auch für Linke, für Globalisierungsgegner oder für Tierschützer. Der Preis dieses Ringens um öffentliche Aufmerksamkeit, also eines der knappsten Güter überhaupt, ist manchmal hoch. Medien berichten nämlich nicht über das alltägliche Geschehen und erst recht nicht über alles, was einzelne Gruppierungen der Öffentlichkeit vermitteln wollen. Medien suchen das Außergewöhnliche, das Skandalöse, den Tabubruch, den gut visualisierbaren Konflikt, etwa gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen Demonstranten und Polizei. Demonstranten, die dies verstanden haben - und das fällt selbst den Dümmersten nicht schwer -, bedienen diese Erwartungen. Tabubruch und Konflikt aber führen aus dem Kommunikationsgrundrecht der Versammlungsfreiheit heraus und in den Konflikt mit anderen schutzbedürftigen Rechtsgütern. Für den Juristen führen sie damit zu schwierigen Abgrenzungsfragen der Rechtsdogmatik, in das Verhältnis des Schutzbereichs einer Grundrechtsnorm zu ihren Schranken und in die Konkurrenz mehrerer Grundrechte miteinander.

Ein Blick in die Geschichte des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in den USA und Deutschland zeigt, dass die Versammlungsfreiheit von jeher einen politischen Kontext oder jedenfalls einen Bezug auf öffentliche Angelegenheiten vorausgesetzt hat.

So hat sie Ende des 18. Jahrhunderts in Nordamerika an die im Common Law traditionell garantierten Rechte mit Protestcharakter, nämlich an das Petitionsrecht, angeknüpft.

Ein anderer Begründungsstrang findet sich besonders deutlich in der deutschen Rechtsgeschichte: Hier steht die Anerkennung der Versammlungsfreiheit im Kontext des Kampfes um politische Freiheitsrechte. Die Karlsbader Beschlüsse von 1819, die so genannten Demagogenverfolgungen, oder die staatliche Reaktion auf das Hambacher Fest im Jahre 1832 zeigen die Art der Auseinandersetzungen beispielhaft. Auch wenn die Versammlungsfreiheit seinerzeit von ihren Befürwortern meist naturrechtlich begründet wurde, sollte sie als Mittel öffentlicher/ politischer Auseinandersetzung einsetzbar sein.

Die Nähe der Versammlungsfreiheit zur Meinungsfreiheit bewirkt, dass die den amerikanischen Verfassungsdiskurs prägende Auseinandersetzung um den tieferen Sinn der Meinungsfreiheit auch auf die Versammlungsfreiheit ausstrahlt. Geht es, wie Meiklejohn meint, um self-government, oder um Wahrheitsfindung auf dem market place of ideas – oder allgemein um individual self-fulfilment? Es ist allerdings kaum vorstellbar, dass die Idee der Versammlungsfreiheit als bloßes Mittel individueller Selbstentfaltung die politische Stoßkraft entwickelt hätte, die zur Verankerung als Grundrecht geführt hat, und die immer wieder Gegenwehr der politischen Machthaber provozierte und provoziert.

Versammlungsfreiheit ist insbesondere ein wesentliches Element zur Beteiligung der Bürger an der Vorformung der demokratischen Willensbildung. In dieser Grundeinschätzung treffen sich die Auffassungen des Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts. Die Versammlungsfreiheit ist ein republikanisch-demokratisches Grundrecht.

Eine weitere Gemeinsamkeit schon im Verfassungstext findet sich im deutschen und amerikanischen Recht: Nur die friedliche Versammlung – to assemble peaceably – genießt Verfassungsschutz. In beiden Staaten haben die Gerichte der Versuchung widerstanden, eine Rechtsverletzung als solche für Unfriedlichkeit genügen zu lassen. Andernfalls bestände auch die Gefahr, dass die polizeiliche Tradition des Versammlungswesens sich gegenüber dem Freiheitsaspekt des Grundrechts durchsetzen könnte.

Das gleichwohl wichtige Anliegen, auch die durch eine Versammlung gegebenenfalls beeinträchtigten Rechte anderer zu schützen, kann in Deutschland in die geläufige Dogmatik des Verhältnisses von Schutzbereich und Grundrechtsschranke eingefügt werden, während die amerikanische Verfassung diese Konstruktion so nicht kennt. Art. 8 GG sagt, die Versammlungsfreiheit könne beschränkt werden, während das First Amendment den Gesetzgeber beschränkt (shall make no law). Wegen des Verbots an den

(shall make no law). Wegen des Verbots an den Gesetzgeber – „to make no law“ – werden in den USA Begrenzungen der Versammlungsfreiheit, die im deutschen Recht über die Beschränkungsdogmatik begründet werden, als Einengung des Schutzbereichs konstruiert. Dieser Unterschied der rechtsdogmatischen Konstruktion schleift sich aber in der Konfrontation mit konkreten Problemen ab. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht gehen nur in Einzelheiten, nicht aber im Grundsätzlichen mit entsprechenden Konflikten unterschiedlich um.

Ein typisches Beispiel für einen relativen Gleichklang ist der Versuch, zwischen dem Schutz des Inhalts der Meinungsäußerung und der Art und Weise der Durchführung einer Versammlung zu unterscheiden. Im amerikanischen Recht sind Differenzierungen insbesondere in dem so genannten two tiered approach vorgenommen worden: Regelungen des Inhalts der Meinungsäußerung bleiben unzulässig: "... The First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter or its content." Beschränkungen der äußeren Umstände ihrer Verbreitung, insbesondere nach „time, place and manner“, sind demgegenüber nicht ausgeschlossen, und zwar auch aus der Sicht des absoluten Ansatzes nicht, so dass selbst Justice Black hierfür das Balancing zuließ. Das Bundesverfassungsgericht zielt auf eine ähnliche Differenz. Der Inhaltsschutz erfolgt ausschließlich über Art. 5 GG, der in seinem Abs. 2 auf die Schranken der allgemeinen Gesetze verweist, Schranken also, die vom Gesetzgeber festgelegt werden.

Bei der konkreten Rechtsanwendung ist die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit - etwa das Risiko von Einschüchterungseffekten – zu berücksichtigen. Soweit es sich um Äußerungen in öffentlichen Angelegenheiten handelt, kommt bei der Abwägung allerdings die Vermutung für die Freiheit der Rede als Schutzargument hinzu.

Auch das amerikanische Recht kennt Schutzdifferenzierungen, die zu unterschiedlichen Schutzintensitäten führen. So wird etwa zwischen high value speech und low value speech unterschieden.

Besonders viel Aufmerksamkeit findet in der amerikanischen Judikatur die Frage, was public fora sind – etwa öffentliche Verkehrswege und Parks oder Geschäftszentren – und was nicht: etwa private Shopping Centres. Hier muss in den USA die State Action Doctrine bemüht werden, die in der Zielrichtung zum Teil vergleichbar, in der Reichweite und Konstruktion aber anders vorgeht als

die deutsche Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte. Das zu lösende Problem beim Schutz besonderer Örtlichkeiten, wie in den USA dem des Capitols, dem des Sitzes des Präsidenten oder von Gerichten, ist in beiden Staaten das grundsätzlich Gleiche. Die Philosophie ist aber eine andere als bei den deutschen Bannmeilengesetzen. So erkennt das amerikanische Recht einen Schutz von Abgeordneten oder der Regierung vor Druck, Einschüchterung oder Lärm, gewährt diesen Schutz aber nicht so strikt und formal wie das deutsche Recht in der Bannmeilengesetzgebung. Auch dürfte es der amerikanischen Tradition von free speech widersprechen, besondere Erinnerungsstätten grundsätzlich vor dem Schutz derjenigen zu schützen, die diejenigen verachten, um deren würdevolles Erinnern es geht.

Für die praktische Reichweite des Grundrechtsschutzes ist es wichtig, wie weit die Ausübung der Versammlungsfreiheit einem Genehmigungsvorbehalt und Verbotsmöglichkeiten unterliegt. Die rechtskonstruktive Anknüpfung ist in beiden Rechtsordnungen insoweit unterschiedlich. So kennt das amerikanische Recht zum Teil Genehmigungsvorbehalte, verknüpft sie aber mit Verfahrensgarantien und Genehmigungsfiktionen bei Fristablauf, während das deutsche Recht für Versammlungen unter freiem Himmel (nur) eine Anmeldepflicht mit Untersagungsvorbehalt kennt (§ 15 VersG). Es geht darum, den Behörden zu ermöglichen, sich auf mögliche Rechtsgutgefährdungen rechtzeitig einzustellen und sie gegebenenfalls durch beschränkende Auflagen oder Verbote gar nicht entstehen zu lassen. Das in den USA in mehreren Staaten vor einem Versammlungsverbot obligatorisch vorgesehene Hearing erlaubt flexible Reaktionen und gegebenenfalls Absprachen ähnlich denen, die das Bundesverfassungsgericht ermöglichen wollte, als es in der Brokdorf-Entscheidung eine Kooperationsobliegenheit der Veranstalter formulierte.

Die in Deutschland in den letzten Jahren entwickelte Praxis, den Versammlungen eine Vielzahl von Auflagen mit auf den Weg zu geben – bei den typischen Neo-Nazidemonstrationen sind Auflagen in zweistelliger Zahl nicht unüblich – entspricht nicht dem amerikanischen Verständnis von Selbstbestimmung einerseits und Versammlungsaufsicht andererseits. Vor allem die zur Zeit bei Neo-Naziaufzügen üblichen inhaltlichen Auflagen – etwa zur Art und Zahl der mitzuführenden Fahnen; Zahl und Art der Transparente, Auswahl der Redner, ja sogar zur vorherigen Übermittlung und Prüfung des Redeinhalts – würden sich in dem „two tiered approach“ kaum rechtfertigen lassen, insbesondere soweit durch sie symbolic speech ohne strafbaren Inhalt verboten wird. Eine Überprüfung solcher Auflagen durch das Bundesverfassungsgericht steht noch aus, das

sie bisher zwar im Zuge des einstweiligen Rechtsschutzes nur begrenzt beanstandet hat, aber meist ausdrücklich angemerkt hat, dass die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit in Hauptsacheverfahren noch aussteht. Dies deutet auf Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit mancher dieser Auflagen.

Nach amerikanischem Recht darf der Redner seine Ausdrucksform selbst wählen, soweit er die Grenzen des clear and present danger tests wahrt. Die Rede genießt den Schutz der Verfassung, selbst wenn sie etwa einen gewaltsamen Wandel oder eine Verfassungsverletzung befürwortet, es sei denn, sie ziele darauf ab, zu einer unmittelbaren gesetzwidrigen Tat anzustiften oder sie hervorzurufen. Nach amerikanischem Verfassungsrecht wäre es insbesondere ausgeschlossen, die gegenwärtig in Deutschland bei neonazistischen Versammlungen üblichen inhaltsbezogenen Auflagen allein auf eine Generalklausel wie § 15 VersG zu stützen. Dies wäre eine Beschränkung allein wegen des Inhalts der Meinungsäußerung; auch würde die Ermächtigung vermutlich wegen Unbestimmtheit für verfassungswidrig gehalten.

Es könnten noch viele weitere Entwicklungen erwähnt werden, so insbesondere die Frage, wie weit feindliche Reaktionen anders Denkender Anlass zur Auflösung einer Versammlung sein können, und damit die Frage, wie weit die Pflicht der Polizei zum Schutz der Versammlung reicht. Auch zu der in Deutschland streitigen Frage der Sitzblockaden bietet das amerikanische Recht viel Anschauungsmaterial. Das legitime Ziel, einen Festakt nicht durch zu lange Reden zu stören, lässt mich die Kette der Beispiele hier abbrechen. Die Beispiele dürften aber schon jetzt verdeutlicht haben, dass die zu bewältigenden Probleme in beiden Demokratien identisch sind, dass es viele Parallelen bei der Problembewältigung gibt, aber auch deutliche Akzentunterschiede. Eine Kernfrage lautet: Wie kontrovers dürfen öffentliche Auseinandersetzungen sein? Der Supreme Court hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1949 eine besonders rigorose Antwort gegeben: "A function of free speech under our system of government is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging." Diese Sichtweise hat etwas mit gelebter Demokratie zu tun.

Diese Grundidee ist für eine Demokratie in doppeltem Sinne wichtig, als möglicher Anstoß für Veränderungen, aber auch als Mittel zur Sicherung von politischer Stabilität angesichts von widersprüchlichen Interessen, unterschiedlichen Werten und segmentierten Lebenswelten. Versammlungen suchen eine Chance,

auf andere zu wirken und Verhalten zu verändern: Erfolg haben sie dabei aber nur in besonderen historischen Situationen. Aber die Möglichkeit der Bürger, die Heterogenität und Pluralität von Interessen und Werten darzustellen und dadurch auch Wesensbedingungen einer multikulturell geprägten Gesellschaft einzufangen, dürfte schon für sich eine wichtige Funktion der Versammlungsfreiheit sein. Versammlungen sind aber auch ein Frühwarnsystem für das gesellschaftliche Potential an Unzufriedenheit und können als Katalysator für Neues wirken. Sie können aber – wie etwa die damaligen Studentenproteste in Berkeley – auch ein Indikator für einen Wertewandel sein, etwa für Veränderungen im Lebensgefühl und in Befindlichkeiten mancher Bevölkerungskreise. Diese und ähnliche Funktionen kann eine Demokratie in ihren formalisierten Verfahren nicht in gleicher Weise leisten. Die Freiheit, Versammlungen durchzuführen, ist ein ergänzendes Schwungrad der Demokratie. Selbst die Medien werden häufig erst aufmerksam, wenn das Ändernde sich zur kollektiven Aktion formiert.

Eine freiheitliche Demokratie verträgt keine Macht zur verbindlichen Definition, welche Erfahrungen, Befindlichkeiten oder Werthaltungen letztlich gut und welche schlecht sind. Sie muss daher vieles Absurde, Vorgestrige und Abgedrehte hinnehmen, soweit die Rechte anderer dadurch nicht leiden. Eine Rechtsgutverletzung liegt auch nicht schon dann vor, wenn Bürger sich durch radikale Auffassungen in ihren Befindlichkeiten gestört fühlen. In Deutschland und in den USA ist die Demokratie so stark, dass sie sich leisten kann und leistet, sogar denen rechtsstaatlichen Schutz zu versprechen und zu geben, die ihre Grundwerte bekämpfen.

Durch diese Grundhaltung ist sie stärker als solche Rechtsordnungen, die das von ihren Machthabern behauptete Wissen um eine einzigartige Richtigkeit zur Grundlage von Repressionen anders Denkender wählen. Solche starren Ordnungen können sich – und das ist gut so - durch massenhaft getragene orange Tücher oder durch Lichterketten so irritieren lassen, dass die Fundamente der Macht einbrechen. Demokratische Ordnungen kalkulieren demgegenüber die mögliche Irritation ein und richten ihre politischen Institutionen tunlichst so ein, dass sie die Botschaft von Protest aufnehmen können – habe er nun das liebliche Gesicht der Flower Power, den verzweifelten Ausdruck der Protestierer gegen den Vietnam- oder den Irak-Krieg oder die Fratze des Hasses, der Aufstände in Suburbs begleitet.

Nicht immer werden solche Symbole verstanden und sofort produktiv aufgegriffen. Die Demokratie hat aber viele Chancen, die Signale richtig zu deuten, auch wenn dies manchmal etwas Zeit dauert.

Die Studentenbewegung in Berkeley war ein Test auch für die amerikanische Demokratie – sowie nachfolgend für viele weitere Demokratien. Ich glaube nicht, dass die Verantwortungsträger in Polizei und Politik damals in Berkeley den Test sogleich bestanden haben. So war die Verhaftung der knapp 800 Studenten außer Maß – sie war Übermaß. Dass daraus wieder Maß werden konnte, war auch – neben vielem anderen – das Verdienst solcher Leute wie Richard Buxbaum, die die Studenten nicht allein der Polizei ausgeliefert sehen wollten.

Möglicherweise war sein Dienst an der rechtsstaatlichen Sache gerade deshalb besonders wertvoll, weil Richard Buxbaum sich nicht als professioneller Strafrechtler der Sache annahm, sondern als engagierter, wenn auch rechtskundiger Bürger, den es danach wieder zu den ruhigen Gewässern des Corporate Law zog. Das sei ihm auch weiter gegönnt. Ich bin aber sicher, er wird sich wieder auf fremdes Territorium begeben, wenn es um die Verteidigung des Rechts auf Bürgerengagement geht. Das jedenfalls wünsche ich uns allen!

IV. Nachrufe

Nachruf auf Dietrich Oehler

Prof. Dr. Thomas Weigend, Köln

Am 27.12.2005 verstarb in seinem Weihnachtsurlaub in den Allgäuer Bergen der emeritierte Kölner Stafrechtsordinarius Professor Dr. Dietrich Oehler. Noch wenige Wochen zuvor hatte er bei bester Gesundheit seinen 90. Geburtstag feiern können – ohne großes Aufhebens davon zu machen, so wie es seine bescheidene Art war. Ganz plötzlich hat der Tod einen hoch angesehenen Wissenschaftler und liebenswürdigen Kollegen aus unserer Mitte und aus dem Kreis seiner Familie genommen.

Dietrich Oehler wurde am 4.10.1915 in Görlitz als Spross einer Pastorenfamilie geboren. Nach dem Abitur studierte er Rechtswissenschaft in Innsbruck und dann in Halle/Saale. Im Jahre 1939 promovierte er in Halle mit einer zivilrechtsvergleichenden Arbeit. Nach Kriegsdienst und Gefangenschaft wurde Oehler an der Universität Münster bei *Arthur Wegner* mit der strafrechtshistorischen Arbeit „Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung“ im Jahre 1949 habilitiert und war dann als Professor und 1957/58 auch als Dekan der Juristischen Fakultät an der Freien Universität Berlin tätig. 1961 folgte er einem Ruf an die Universität zu Köln, wo er an dem Kriminalwissenschaftlichen Institut die Abteilung Ausländisches und Internationales Strafrecht schuf und ein Vierteljahrhundert lang leitete. Auch der Kölner Fakultät diente er als Dekan, und zwar in den bewegten Jahren 1966 bis 1968.

Dietrich Oehler hat sich zunächst als Strafrechtsdogmatiker einen Namen gemacht. In den strafrechtssystematischen Diskussionen der 1950er Jahre bezog er Position gegen den damals modernen Finalismus. Dabei – wie auch später – ging es ihm in erster Linie um die Verteidigung der Sicherheit „objektiver“ Grundsätze gegen die Unwägbarkeiten individualistischer Beurteilung von Recht und Unrecht.

Nach dem Wechsel nach Köln widmete sich *Oehler* zwar nicht ausschließlich (er war auch Mitbegründer und langjähriger Co-Direktor des Kölner Instituts für Rundfunkrecht und überdies ein Strafrechtshistoriker von hoher Kompetenz), aber doch mit ganzem Herzen dem Internationalen Strafrecht. Es ist sein großes Verdienst, dieses Rechtsgebiet sachkundig, beharrlich und mit weit über Deutschland hinaus reichender Ausstrahlung gepflegt und gefördert zu haben,

auch zu einer Zeit, in der es eher ein Schattendasein fristete und von der heutigen Konjunktur weit entfernt war. Die Summe seiner Studien, bei denen er auf ausgezeichnete Sprachkenntnisse, auf einen umfassenden rechtsvergleichenden Wissensfundus und auch auf gute Kontakte zu befreundeten ausländischen Gelehrten zurückgreifen konnte, hat *Oehler* in seinem großen Lehrbuch „Internationales Strafrecht“ (1. Aufl. 1973, 2. Aufl. 1983) gezogen. Mit einem beeindruckend weiten Blick auf die Fülle des internationalen Materials und auch auf die historische Entwicklung des Rechtsgebiets legt *Oehler* hier insbesondere die komplexe Materie des Strafrechtsanwendungsrechts, aber auch das Völkerstrafrecht nach dem damaligen Stand dar. Ein wesentliches Anliegen ist ihm dabei der Schutz des Bürgers vor ausgreifenden Strafansprüchen fremder Staaten insbesondere auf der Basis des Weltrechtsgrundsatzes – ein Anliegen von verblüffender Aktualität und Modernität. Die Emeritierung im Jahre 1984 bedeutete für *Oehler* keinen dramatischen Einschnitt in seiner wissenschaftlichen Tätigkeit. Neben zahlreichen Aufsätzen zu Themen des internationalen Strafrechts und seiner fruchtbaren langjährigen Mitarbeit an den Bemühungen der International Law Association um eine Vereinheitlichung des internationalen Strafrechts ist vor allem seine Übersetzung wesentlicher Teile von Benedict Carpzovs „Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium“ aus dem Lateinischen ins Deutsche zu nennen, die 2000 erschienen ist. Die 1985 von *Oehlers* vormaligem Habilitanden *Rolf D. Herzberg* herausgegebene Festschrift war eine hoch verdiente Würdigung seiner wissenschaftlichen Verdienste.

Auch in der akademischen Lehre und in der Studienreform hat sich *Oehler* engagiert, nicht zuletzt durch die Erstattung eines Gutachtens zur Reform der Juristenausbildung zum Deutschen Juristentag 1970. Entschlossen und gegen den damaligen Zeitgeist verteidigte er die Qualität und den intellektuellen Anspruch der überkommenen deutschen Juristenausbildung, und auch hierin hat ihm die weitere Entwicklung Recht gegeben.

Dietrich Oehler war ein konservativer Herr, in seinen Überzeugungen ebenso wie in seinem Benehmen und in den Ansprüchen, die er an sich selbst stellte. Der Sinn für Tradition und überkommene Grundsätze verband sich bei ihm aufs Glücklichste mit warmer Menschlichkeit, Toleranz, Großzügigkeit und einem verschmitzten Humor. Wir haben in ihm einen großen Gelehrten und einen gütigen Menschen verloren, dessen Werk und Andenken Bestand haben werden.

Nachruf auf Gerhard Kegel

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel, Köln

Am 16.2.2006 starb Professor Dr. Dr. h.c. Gerhard Kegel in seinem 94. Lebensjahr. Ein an Disziplin und Arbeitsethos wie an Wissenschaftsleidenschaft und Wirkungskraft reiches Leben hat sich vollendet. Noch am Tag zuvor hatte er am Schreibtisch gearbeitet und seinen täglichen Spaziergang in der geliebten Eifel unternommen. Seinem (für ihn typischen) Wunsch entsprechend fand die Beisetzung im Kreise seiner Familie statt. Mit ihm verliert das Internationale Privatrecht einen Olympier, der in aller Welt hohe Autorität genoss. Die Würdigungen in Zeitschriften anlässlich runder Geburtstage der letzten Dekaden und in anderen Werken sind außergewöhnlich zahlreich (zuletzt: NJW 2002, 1931f.) Zwei Festschriften (1977 und 1987) und ein Liber amicorum (2002) wurden ihm zugeeignet. Zum 75. Geburtstag wurde ein Symposium zum internationalen Urheberrecht veranstaltet, das er leitete (UFITA 108 [1988] 7). Seine Lebenserinnerungen (Humor und Rumor, 1997) geben das Bild einer Epoche des Internationalen Privatrechts und der deutschen Universität. Sie waren zugleich die Distanz zu ihrem Autor.

Gerhard Kegel, in Magdeburg am 26.6.1912 geboren, in der Uckermark als Sohn eines Pfarrers und Studienrats aufgewachsen, wollte ursprünglich Orientalist werden, doch wendete er sich der Jurisprudenz zu. Lebenslang pflegte er im privaten Studium auch die Philosophie. Er studierte von 1930 – 1933 Rechtswissenschaft in Erlangen, Göttingen und Berlin. In Berlin legte er beide Staatsexamina ab und promovierte 1936 bei Ernst Rabel mit einer rechtsvergleichenden Arbeit über „Probleme der Aufrechnung“. Im gleichen Jahr stellte ihn Rabel als seinen letzten Assistenten vor der Emigration am Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ein, das Rabel zu einer zentralen Forschungsstätte geformt hatte. Die Einberufung in den Kriegsdienst unterbrach die Institutstätigkeit Gerhard Kegels. Nach dem Kriegsende entschied sich Gerhard Kegel gegen Tübingen, wo das Institut seinen Ausweichsitz gefunden hatte. Aus nüchternen, lebenspraktischen Gründen zog es ihn in die Britische Besatzungszone. So kam er nach Köln, dessen Rechtsfakultät sich stets glücklich schätzte, ihn in ihren Reihen zu wissen. Hans Carl Nipperdey stellte ihn als Dekanatsassistenten ein. 1946 habilitierte er sich hier; 1950 folgte das Kölner Ordinariat und – als Ausgliederung aus dem Nipperdeyschen Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht – die Gründung des Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht. Gerhard Kegel hat sein Institut als zentrale auslands-

rechtliche Gutachtenstelle auch in die Dienste der Praxis gestellt – eine Tradition, die bis heute fortlebt. Das war aus seiner Sicht ein *nobile officium*, denn: „Wo es eine gute internationalrechtliche Bibliothek und kundige Leute gibt, kann man sich den Bitten um Auskunft nicht entziehen.“ Trotz seiner Konzentration auf die Wissenschaft hatte er vorzügliche Kontakte in die Wirtschaft und die Politik. Er überzeugte immer durch seine stupende Sachkunde und seine Persönlichkeit. Ihm gelang es 1970 im Verein mit seinem Fakultätskollegen Bodo Börner, den damaligen NRW-Ministerpräsidenten Heinz Kühn und die Thyssen Stiftung zu veranlassen, den Kölner internationalrechtlichen Instituten für IPR, Europarecht, Strafrecht und Völkerrecht ein neues Institutsgebäude mit gemeinsamer Bibliothek zu bauen und sie gut auszustatten. Rufe nach Darmstadt und Hamburg lehnte er ab.

Gerhard Kegel gehörte nicht zu den Ordinarien, die Hof hielten. Dazu hatte er keine Zeit. Im Institut habilitierte er so unterschiedliche Wissenschaftler wie Rudolf Wiethölter, Jochen Schröder, Alexander Lüderitz - seinen späteren Lehrstuhl- und Institutsnachfolger -, Klaus Schurig, mit dem er zusammen ab der 8. Auflage 1999 sein IPR-Lehrbuch fortführte, und Hans-Joachim Musielak. Die Zahl seiner Doktoranden ist immens (mehrere Hundert), die Zahl seiner in der Praxis tätigen Schüler auch. Immer wird ihm große Verehrung entgegengebracht, denn er hat großzügig-freundliche Förderung walten lassen und seinen Schülern viele Möglichkeiten eröffnet. Als kürzlich ein Hörer aus dem Studienjahr 1950 zu ihm sagte, er sei der einzige Dozent gewesen, der nahbar gewesen sei und immer geholfen habe, meinte Gerhard Kegel, alle Verehrung abwehrend, nur: „Ich habe mich bemüht, ein Mensch zu sein.“

In Köln entstand ab der 8. Auflage 1955 seine Großkommentierung des gesamten IPR im Kommentar von Soergel. Bis zur letzten Fußnote (Entscheidungen wurden von ihm selbst „versoergelt“) hat Gerhard Kegel das große und das IPR seiner Zeit prägende Werk alleine gestaltet. In der 12. Auflage des Soergel (1996) hat Gerhard Kegel die Hälfte der Kommentierungsleistung der Neuauflage erbracht. Nach 11 Jahren des (reich belohnten!) Wartens konnte der Verleger endlich die erste Auflage des Kegelschen IPR-Lehrbuchs in den Händen halten (1960). Es ist ein Meisterwerk der deutschen Rechtswissenschaft. Vor seinem Tod hatte Gerhard Kegel seine Teile an der 10. Auflage des Buchs bereits wieder abgeschlossen. Das Werk erlangte schnell weltweite Wirkung und setzte Maßstäbe der IPR-Dogmatik. Große Bedeutung hatte auch Gerhard Kegels Haager Vorlesung über *The crisis of conflict of laws* (Recueil des cours 112 [1964-II] 91-268), mit der er einer Politisierung des Kollisionsrechts entgegen-

trat. Die Scheidung von kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Interessen, die Betonung der ersten bei der Kollisionsnormbildung und –anwendung und ein voll entfaltetes System international-privatrechtlicher Interessenjurisprudenz ist eines der vielen wichtigen wissenschaftlichen Verdienste von Gerhard Kegel. Er wurde als ein „Repräsentant des konservativ-klassischen IPR“ angesehen, dem die „Vorstellung vom Privatrecht und IPR als Instrument der public policy und die damit verbundenen Schwächungen der individuellen Rechtspositionen als ein Irrweg“ erschienen (so Martinek, in: Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1. Aufl. 1994, S. 593f.). Diese Kennzeichnung wird Gerhard Kegel, der von 1961 - 1987 Präsident des das BMJ beratenden Deutschen Rats für IPR war, als ein Kompliment aufgefasst haben, denn nichts war ihm wichtiger als die Freiheit des Einzelnen bei aller Selbstbindung in der Pflicht. Sein viel zu früh verstorbener Schüler Alexander Lüderitz hat ihn in einer großen Werkanalyse (*RabelsZ* 46 [1982] (475 – 489), 475) mit Fug und Recht als den Architekten des deutschen Nachkriegs-Kollisionsrechts bezeichnet. Die große IPR-Reform 1986 trägt seine Handschrift. Im Zivilrecht, das Gerhard Kegel meist auf rechtsvergleichender Grundlage betrieb, galt sein vorrangiges Interesse dem Schuldrecht. Auch hier strebte er nach Systembildung. Ein Beispiel für seine Methodik ist sein Werk „*Vertrag und Delikt*“ (2001), das aus der Adlerperspektive die Zusammenhänge des Vermögensschutzes klärt. Seine direkte Fortsetzung fand das Buch in seinem letzten Aufsatz (FS Peter Hay [2005]) über „*Vermögen im Zeitfluss, causa und Obligation.*“ Sein letzter Vortrag galt im Dezember 2005 in Berlin, in freier Rede brillant gehalten, seinem großen Lehrer Ernst Rabel. Der Vortrag wird in *IPRax* 1/2007 erscheinen.

Gerhard Kegel war ein Meister gedanklicher Prägnanz. Kurze Sätze mit Geist und konzentrierter Aussage waren sein Markenzeichen. Im persönlichen Umgang liebenswürdig, konnte er im wissenschaftlichen Diskurs scharf formulieren. Seine „*Handwerklichen Notizen zu Wenglers neuem Werk*“ in *IPRax* 1981, 185 enden mit der Warnung an Autoren: „*Schickt mir Eure Bücher, sonst bespreche ich Euch!*“ Wer ihm aber als junger Wissenschaftler einen Sonderdruck sendete, erhielt postwendend ermutigenden Dank.

Gerhard Kegel hat viele Ehrungen erhalten. Er war fast seit ihrer Gründung Mitglied der heutigen Akademie der Wissenschaften des Landes NRW, in der er später Leitungsfunktionen wahrnahm. Seit 1965 war er eines von drei Auswärtigen Wissenschaftlichen Mitgliedern des bereits genannten Hamburger Max-Planck-Instituts. Ihm wurde der Mannheimer Ehrendoktor (1983) und der Pro-

fessor Honoris causa des Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (1983) verliehen. Wegen seiner Verdienste um den vor jetzt 50 Jahren von ihm initiierten Köln-Berkeley-Austausch erhielt er die Berkeley Citation (1981). Neben anderen Orden wurde er zuletzt am 20.12.2005 mit dem Verdienstorden des Landes NRW ausgezeichnet. Wer ihn auf dem Bonner Petersberg sah, wie er gerade und aufrecht, bescheiden und innerlich frei den Orden erhielt, der konnte einen kurzen Moment denken, die Auszeichnung werde umgekehrt vergeben.

Gerhard Kegel wurden fünf Kinder geboren, die heute Ärzte, Theologen oder Juristen sind. Er wohnte zurückgezogen mit seiner Gattin, mit der er in fast siebenzigjähriger Ehe verbunden war, in der Eifel. Bei jeder öffentlichen Instituts- und Fakultätsveranstaltung war er anwesend („Das gehört sich so.“). Regelmäßig kam er in sein Institut, um Material für seine Arbeit zu sammeln. Er lebte wie Kant nach einem eingeteilten Tagesablauf. Nach 19 Uhr wurde nicht mehr am Schreibtisch gearbeitet, denn „eine Kerze darf man nicht an beiden Enden anzünden, wenn sie lange brennen soll.“ Seine Kerze brannte lange, sein Licht wird dauerhaft strahlen. Wir nehmen in Trauer Abschied von einem großen Gelehrten und ganz besonderen Menschen.

Nachruf auf Heinz Hübner

Professor Dr. Christoph Becker, Augsburg

In seinem 92. Lebensjahr verschied am 28. Februar 2006 *Heinz Hübner*, emeritierter ordentlicher Professor der Universität zu Köln. Seine Lebensbahn hatte am 7. November 1914 im schlesischen Wohrlau begonnen und endete nach reichem Schaffen und Wirken in Köln. Bis zuletzt unterhielt *Hübner* zwei Schreibtische - einen im Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln, einen in seinem Haus zwischen Köln und Vorgebirge in Efferen, worin er nach dem Tod seiner Frau *Gerda*, geborener *Wiedemann*, im Jahre 2000 allein zurückblieb. Er hinterläßt seine trauernden Kinder und Schwiegerkinder, *Ulrich Hübner* und *Beate*, geborene *Senssfelder*, *Helga Heberer* geborene *Hübner* und *Jörg*, mit den Enkeln *Leonhard*, *Laura*, *Max-Jörg* und *Kyra*.

Heinz Hübner war stolz auf seine im Familiennamen anklingende bäuerliche Abkunft. Aus ihr wußte er sich in der Pflicht, zu arbeiten und sowohl dem Menschen wie den Dingen, die ihn umgeben und die ihm anvertraut sind, gegenüber Verantwortung zu übernehmen. Damit eng verbunden war seine Haltung, bei allen Vorhaben und Erwartungen die Grenzen des Machbaren zu achten. Auf dem humanistischen Gymnasium in Wohrlau findet er als Schulsprecher Gelegenheit, die ihn lebenslang begleitende Kraft sachorientierter und vorausschauender Argumentation erfolgreich zu erproben. Rückblickend betonte *Hübner* seine Prägung durch die Freiheit des Geistes, welche an seiner Schule herrschte und die dort gewonnene Erfahrung, wie überzeugende Vermittlung ein Anliegen verwirklichen läßt. In derselben Zeit entfaltete sich im Violinschüler die zeitlebens erhaltene Hinneigung zur konzertanten Musik wie zur Oper.

Noch vor Kriegsbeginn wird *Hübner*, bevor er das in Breslau begonnene Studium der Rechtswissenschaft abschließen kann, zur Wehrmacht einberufen. Er dient bis Kriegsende. Im Jahre 1941 heiratet *Hübner* seine Jugendliebe *Gerda*; die Schülerin hatte beim vorgerückten Lateinkenner häufigeren Rat eingeholt und letzterer die wintersportliche Eleganz der zu Hause so genannten „Dame auf dem Eis“ bewundert. Sohn *Ulrich* kommt im Jahr 1942 zur Welt. Wie so viele Familien weiß auch die junge Familie *Hübner* bei keinem Abschied aus dem Heimaturlaub in Jüterbog, ob es ein Wiedersehen geben wird. Als Major gelingt *Hübner* das Wunder, seine an der Ostfront eingesetzte Artillerieeinheit ohne Verluste an Menschenleben zurückzuführen. Oft erzählte *Hübner* später von der Freimütigkeit, in der er mit anderen Offizieren über die nationalsozialistische

Diktatur sprechen konnte. Nur unvollständig eingeweiht, hatte er eine zeitlang Akten der Operation „Walküre“ bei sich zu bewahren und kommentierte das mit der riskanten Bemerkung, seines Wissens folge der „Walküre“ die „Götterdämmerung“. Als am Tag nach dem gescheiterten Attentat auf Hitler vom 20. Juli 1944 im Stab das Tun der Verschwörer beschimpft wurde, faßte Hübner den Mut, vernehmbar vorherzusagen, daß die Attentäter in nicht allzu ferner Zukunft als Märtyrer verehrt werden würden. Hübner berichtete wiederholt von diesen Begebenheiten, weil er in ihnen auch das Berufsanliegen eines Universitätsprofessors versinnbildlicht sah: das Bekennen eigener Ansichten, der Amtsbezeichnung unmittelbar abzulesen, aber auch das Handeln und Gestalten.

Nach amerikanischer Kriegsgefangenschaft findet *Hübner* seine Familie, wie vereinbart, in Unterweißenbach bei Hof. In Erlangen schließt er sein Studium ab und legt die Referendarzeit zurück. Dankbar denkt er später daran zurück, wie seine Frau in dieser Zeit den Lebensunterhalt erarbeitet. Im Jahre 1948 promoviert *Hübner* als Schüler *Erwin Seidls* (*Der Praefectus Aegypti*, München-Pasing, 1952). Nach Geburt der Tochter Helga (1950) folgt im Jahr 1953 die von *Ludwig Schnorr von Carolsfeld* betreute Habilitation (*Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht*, Erlangen, 1955). Damit ist das stete Interesse *Hübners* an der Verbindung von Geschichte und Dogmatik gekennzeichnet, welches *Klaus Luig* im Vorwort zu den von ihm zusammengestellten Beiträgen *Hübners* betont (*Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte. Ausgewählte Schriften*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997).

Im Jahre 1955, noch vor der Volksabstimmung, folgt *Hübner* einem Ruf an die Universität des Saarlandes. Deren erster gewählter Rektor ist er von 1956 bis 1958. Dabei ist er maßgeblich an der Ausarbeitung einer Universitätsverfassung beteiligt, die Mitbestimmung des akademischen Mittelbaus und der Studierenden vorsieht. *Hübner* wechselt im Jahre 1960 nach Köln. Hier gründet er 1963 das Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte (Bezeichnungsalternative war entsprechend dem gewählten Forschungsschwerpunkt: „Institut für Dogmengeschichte des Privatrechts“) und baut dazu im Laufe der Jahre eine einzigartige Bibliothek auf. In den von ihm herausgegebenen „Beiträgen zur Neueren Privatrechtsgeschichte“ schlagen sich die im Institut betriebenen Forschungen nieder. Sein Nachfolger Klaus Luig wird das Haus als international gefragte Forschungsstätte fortführen. Gleichwohl entscheidet sich die Rechtswissenschaftliche Fakultät, als der Nachfolger im Jahr 2000 in den Ruhestand tritt, dafür, den Lehrstuhl zugunsten eines modernen Rechtsgebietes umzubesetzen. *Hübner* hat das mit Schmerz beobachtet, doch durfte er auch mit Freude feststellen, daß

die von ihm geschaffene Einrichtung, namentlich die Bibliothek, nach der Verschmelzung mit dem Seminar für Deutsches Recht vom dort nach längerer Vakanz berufenen Kollegen *Hans-Peter Haferkamp* mit Umsicht am angestammten Ort in der Universitätsstraße 47 gepflegt wird.

Rufe nach Bochum und Hamburg vermochten *Hübner* nicht von Köln wegzuziehen. Er bekleidete hier das Amt des Dekans (1963-1964) und vor allem wiederum dasjenige des Rektors - letzteres in den Umbruchjahren 1968 bis 1970, worin er Offenheit und Diskussionsbereitschaft mit Standfestigkeit zu verbinden wußte. Mit *Klaus Stern* und *Dietrich Oehler* baute er ab 1968 das Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln auf, das (heute von Klaus Stern, Hanns Prütting und Karl-Nikolaus Peifer geleitet) mit Tagungen und Schriftenreihe eine breite Wirkung entfaltet. *Hübner* war Vizepräsident des Hochschulverbands und Vorsitzender der Zivilrechtslehrervereinigung. Er wirkte in Fachbeirat und Fachausschuß des Frankfurter Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte; die Deutsche Forschungsgemeinschaft bestellte ihn zum Fachgutachter. Seit 1978 gehörte er der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften an. Innerhalb und außerhalb der Universität waren seine Erfahrung und sein Rat gefragt.

Mit Hingabe lehrte *Hübner*. Von seinen Hörern verlangte er alle Aufmerksamkeit: „Sie müssen erschöpft sein, wenn Sie den Saal verlassen“, mahnte er, und: „Blättern!“ (im Gesetzestext) oder: „Ich höre nichts!“ (wenn das Papier nicht spontan rauschte). Dem Schärfen von Problembewußtsein diene die Aufforderung: „Entschuldigen Sie mal“ oder: „Da muß es was geben“. Seinen Aufsichtsarbeiten unterzog man sich mit bangem Herzen: Aus einer Übungsklausur ist eine Mißlingensquote von 96% überliefert. Auch publizierend opferte *Hübner* der Lehre seine (und seiner Familie) Zeit, nämlich mit einem für die Erlanger Studierenden verfaßten Abriß zum Sachenrecht (1948; gemeinsam mit Joachim Riegner), mit der „Entscheidungssammlung für junge Juristen“ zum „Allgemeinen Teil“ (1973) und vor allem in der Fortführung von *Heinrich Lehmanns* „Allgemeinem Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches“. Das 1919 erstmals erschienene Werk kam als „Lehmann/Hübner“ in 15. und 16. Auflage (1966). Daraus wurde 1984 der „Hübner“, 1996 ein zweites Mal aufgelegt. Vorbereitet wurden die Bücher im unverkennbar militärisch geprägten Stile von Berichterstattung, Lagebesprechung und neuer Auftragsvergabe (beiläufig lernten studentische Hilfskräfte, bevor die elektronische Datenverarbeitung Einzug hielt, wie viele Lagen aufeinander geklebten Papiers sich noch mit der Schere schneiden und in die Schreibmaschine einspannen lassen). Überhaupt war die gemeinsame

Beratung (nicht selten zum Kummer der Teilnehmer, was deren anderweitige terminliche Verpflichtungen anbelangte) *Hübners* beliebtestes Führungsinstrument. Hier zählte jede Stimme, auch diejenige der studentischen Hilfskraft.

Vielen Einsatz widmete *Hübner* der Ebnung des dritten Bildungswegs und berufs begleitender Weiterbildung. Er lehrte von 1965 bis 2005 an der Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademie Köln, außerdem von 1971 bis 1994 an der Düsseldorfer Schwesterinstitution. Von *Hermann Jahrreiß* übernahm er 1976 das Amt des Studienleiters der Kölner Akademie und hielt es bis zum Jahre 2005 inne. *Hübner* saß der Arbeitsgemeinschaft nordrhein-westfälischer Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien vor (1971-1994) und war Vorstandsmitglied im Bundesverband (1975-1996). Auf rege Nachfrage stößt der von ihm konzipierte und seit 1991 an der Kölner Akademie angebotene Studiengang zum Kulturmanagement.

Heinz Hübner bekundete oft, stets ein Verhältnis zu den *patres* gepflegt zu haben. Er war aber auch selbst seinen Mitarbeitern und Schülern ein Vater. Befehlsgewohnheit war ihm nicht abzusprechen, doch auch Fürsorglichkeit nicht sowie die aus der Jugendbewegung gewachsene Bereitschaft, frühzeitig Lehraufgaben jungen Händen anzuvertrauen („Jugend muß Jugend führen.“). In der Vorweihnachtszeit lud er gegenwärtige und ehemalige Mitglieder des Hauses auf Symposien - es gab stets Rotwein, deftige Kost und „was Süßes für die Damen“ (dem auch die Herren zusprachen). Da alkoholfreie Getränke weder gereicht noch geduldet wurden, hielt man heimlich und auf eigene Kosten ein gewisses Quantum roten Traubensafts zwecks Vortäuschens existenznotwendiger („Wie wollt Ihr denn im Leben bestehen? Aus Euch wird nichts.“) Trinkfestigkeit bereit. Minutiös geplante Exkursionen führten in die Länder des *ius commune*. Freudige wie traurige familiäre Entwicklungen der ihn Umgebenden verfolgte *Hübner* mit tiefer Anteilnahme. Festtage waren seiner eigenen Familie (nun im engeren Sinne, ohne uns Mitarbeiter und Schüler gemeint) gewidmet und lenkten ebenso wie der Sommerurlaub und die Frühjahrskur in Abano Terme den Institutsalltag in ruhigere Bahnen.

Zum 70. Geburtstag *Hübners* gaben Gottfried Baumgärtel, Hans-Jürgen Becker, Ernst Klingmüller und Andreas Wacke eine Festschrift heraus (Berlin/New York, 1984; mit Werkeverzeichnis). Auf den 80. und auf den 85. Geburtstag verfaßte Klaus Luig Grußadressen in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW 1994, 2939 f.; NJW 1999, 3395). Akademische Festakte und Kolloquien,

ferner eine nichtverlegte Mitarbeiterfestschrift (1994) umrahmten die Jubiläen bis zum 90. Geburtstag.

Ein langer Trauerzug folgte dem Sarg über den Efferener Friedhof. In der Erinnerung bleibt *Heinz Hübner* lebendig. Einige unvollendete Vorhaben sollen dem Wunsche des Verstorbenen gemäß fortgeführt werden.