

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 261

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Professor Dr. Reiner Schulze

Universität Trier

**Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte  
— zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer  
Rechtskultur**

Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes  
Saarbrücken, den 11. Dezember 1991

## Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur

### 1. Von der nationalen zu der europäischen Rechtsgeschichte

Im Spannungsfeld von Historie und juristischen Gestaltungsaufgaben der Gegenwart hat sich in den letzten Jahren ein neues rechtshistorisches Arbeitsfeld herausgebildet: die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte<sup>1</sup>. Aus ihrer Perspektive ist das Bestehen gemeinsamen Rechtes in Europa ebensowenig etwas Neues wie die Fortentwicklung dieses Rechts durch Juristen, die über eine gemeinsame Schulungsgrundlage jenseits der Verschiedenheiten nationaler Rechte verfügen und prinzipiell überall in Europa einsetzbar sind. Denn *ius commune* verband über Jahrhunderte hinweg die Juristen und die Jurisprudenz von der iberischen Halbinsel bis ins Baltikum, von Süditalien bis nach Skandinavien<sup>2</sup>. Seitdem sich überhaupt "der Jurist" als eigener Stand und Beruf im Mittelalter herausgebildet hatte, war er in erster Linie durch seine Kenntnis dieses "gemeinen Rechts" qualifiziert<sup>3</sup>. Die *diversitas nationum* und das jeweilige *ius patriae* befaßten die Juristen zwar im Verlaufe der frühen Neuzeit zunehmend, aber doch stets auf dieser gemeinsamen Schulungsgrundlage in der gemeinsamen lateinischen Wissenschaftssprache und mit einem Wissenschaftsverständnis, einer juristischen Begrifflichkeit und einer Fachliteratur in gemeinsamer europäischer Tradition. Und selbst wenn dies alles zu "mittelalterlich" erschiene, weil es von der Entwicklung des modernen Rechts durch den Umbruch des Denkens und die Entwicklung einer neuen Rechtssystematik, neuer Konzeptionen des Vertrages, des Eigentums, der Grundrechte seit der Aufklärung getrennt ist, so bleibt doch unübersehbar, daß auch für diese "Modernisierung" des Rechts die systematischen und begrifflichen Grundlagen in einen gemeineuropäischen Zusammenhang gelegt wurden: eben auf der Basis der Verbundenheit der Juristen durch die gemeinrechtliche Tradition mit den ganz Europa erfassenden Diskussionen der Aufklärung und des Naturrechts, in denen *Hugo Grotius*, *Thomas Hobbes*, *Christian Wolff* oder *Jean-Jacques Rousseau* als gemeineuropäische Rechts- und Staatsdenker wirkten; und schließlich mit der Herausbildung neuer Formen des internationalen Transfers juristischen Wissens

---

1 Vgl. hierzu die Übersicht, die diesem Vortrag zugrundeliegt, bei *Reiner Schulze*: Vom *Ius commune* bis zum Gemeinschaftsrecht - das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte, in: *ders.* (Hrsg.): Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin 1991.

2 Zum Untersuchungsraum der Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, insbes. zu den Problemen der Einbeziehung Englands und Osteuropas, vgl. *Reiner Schulze*: ebd., S. 27 ff.

3 Hierzu *Filippo Ranieri*: Der europäische Jurist, in: *Ius commune* 17 (1990), S. 9 ff. m.w.N.

angesichts der Herausforderungen der Industrialisierung in ganz Europa während des 19. Jahrhunderts, namentlich mit der Entwicklung der Rechtsvergleichung<sup>4</sup>.

Der heute vielfach erstrebte "Jurist für Europa"<sup>5</sup> findet insofern ein historisches Vorbild in dem Juristen der älteren gemeinrechtlichen Tradition, der - historisch betrachtet - den "Ausgangs- und Normalfall" der europäischen Rechtskultur bildet. Ihm gegenüber ist die Beschränkung der Kenntnis und Anwendbarkeit des Juristen auf ein nationales Rechtssystem ebenso wie die Einbindung der Juristenausbildung und der Organisation der Rechtswissenschaft in den Rahmen des Nationalstaates eine verhältnismäßig neue Erscheinung, die sich in großen Teilen Europas erst im Verlauf des neunzehnten Jahrhunderts durchsetzte, die uns zwar im zwanzigsten Jahrhundert noch als "deutsche", "französische" usw. Juristen geprägt hat, von der wir aber nicht wissen, ob sie nach - historisch gesehen - kurzer Lebensdauer einer "Europäisierung" der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> und einem Berufsbild des "Juristen für Europa" weichen wird.

In der gegenwärtigen Lage des Aufeinandertreffens nationaler und europäischer Juristenbilder, unterschiedlicher Selbstverständnisse und Anforderungen kann die Auseinandersetzung mit der europäischen Rechtsgeschichte zwar keinesfalls Lösungswege für die zukünftige Ausgestaltung der juristischen Ausbildung und Berufstätigkeit oder gar für das zukünftige Verhältnis von nationalem und europäischem Recht vorschreiben (weder im Sinne des älteren Verständnisses von der Geschichte als "Lehrmeisterin des Lebens" noch im Sinne einer Erkenntnis vermeintlicher historischer "Notwendigkeiten"), aber sie kann vielleicht einer Verengung von Perspektiven, die durch das Übergewicht der unmittelbaren Erfahrung nationalstaatlich verfestigter Rechtssysteme und Rechtskulturen begünstigt wird, entgegenwirken. Welche Aufgaben sich dabei der rechtshistorischen Forschung stellen, ist im folgenden lediglich unter vier Gesichtspunkten zur Diskussion zu stellen, ohne selbstverständlich die Thematik in dem hier gesteckten Rahmen auch nur annäherungsweise ausschöpfen zu können: (1) der Wandel innerhalb des Faches Rechtsgeschichte - (2) Privatrechtsgeschichte und das Europäische Privatrecht der Gegenwart - (3) die Ansätze einer Europäischen Verfassungsgeschichte - (4) das Zeitalter des Nationalstaates als besonderes Forschungsproblem Europäische Rechtsgeschichte.

---

4 Dazu unten 4.; sowie *Aldo Mazzacane* und *Reiner Schulze* (Hrsg.): *Die deutsche und italienische Rechtskultur im "Zeitalter der Vergleichung"*, Berlin vorauss. 1992.

5 Vgl. *Dietmar Willoweit* und *Bernhard Großfeld*: *Juristen für Europa*, in: *JZ* 1990, S. 605 ff. m.w.N.; *Francois Ost* und *Mark van Hoecke*: *Für eine europäische Juristenausbildung*, ebd., S. 911 f.

6 Vgl. *Helmut Coing*: *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, in: *NJW* 1990, S. 937 ff.; sowie nach Abschluß dieses Manuskripts *Peter Ulmer*: *Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?*, in: *JZ* 1992, S. 1 ff.

b) Das Fach Rechtsgeschichte stand in Deutschland - wie in anderen Ländern Europas - keineswegs von Anfang an unter den Vorzeichen einer Europäischen Rechtsgeschichte. Sein Aufstieg und seine Blütezeit innerhalb der Rechtswissenschaft waren vielmehr während des neunzehnten Jahrhunderts verknüpft mit der Ausbildung der jeweiligen nationalen Rechtswissenschaft und gerade in Deutschland mit der Suche nach einer *nationalen* Identität und nach der Grundlage für eine nationale Rechtsvereinheitlichung in der Geschichte (auf dem Hintergrund der Romantik und vielfältiger Strömungen nationalen Denkens von den Befreiungskriegen über den Vormärz bis zum Wilhelminismus)<sup>7</sup>. Das "gemeine *deutsche* Recht" der eigenen Zeit sollte mit Hilfe der Rechtsgeschichte im Rückgriff auf (wirkliches oder vermeintliches) gemeines deutsches Recht im Mittelalter und auch im Rückgriff auf das Römische Recht wissenschaftlich ausgebildet werden. Die historische, nationalgeschichtlich ausgerichtete Rechtswissenschaft konnte so schon lange vor der politischen Einigung im Bismarckschen Nationalstaat über die Grenzen der souveränen deutschen Einzelstaaten hinweg rechtsvereinheitlichend wirken und zur Entwicklung einer deutschen Nationalkultur beitragen.

Nach ersten Vorstößen - wie *Paul Koschakers* "Europa und das Römische Recht"<sup>8</sup> - bereitete erst seit den fünfziger Jahren unseres Jahrhunderts die Entwicklung des verhältnismäßig jungen Lehrgebietes der Neueren Privatrechtsgeschichte einem Wandel von der nationalen zur europäischen Rechtsgeschichte den Boden. Der Wandel im Fach Rechtsgeschichte setzte also in der Zeit der Gemeinschaft für Kohle und Stahl ein, der "Frühzeit" des Europarechts, aber noch lange etwa vor der Aufnahme des Europäischen Gemeinschaftsrechts in das Lehrprogramm deutscher Universitäten. Franz Wieacker ging 1952 in seiner (bis heute für dieses Gebiet maßgebenden) "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" von der Erkenntnis aus: "Die europäische Geschichte ist eine Einheit auch als Privatrechtsgeschichte; die deutsche Privatrechtsgeschichte nur ein Sonderfall, dessen große Epochen ausnahmslos nur aus dem europäischen Zusammenhang zu verstehen sind."<sup>9</sup> Neben die scheinbar eigenständige "Deutsche Rechtsgeschichte" und das isoliert betrachtete "Deutsche Privatrecht" in der Tradition der Lehrbücher von Eichhorn<sup>10</sup> im frühen neunzehnten Jahrhundert bis Mitteis-Lie-

---

7 *Hans Thieme*: Art. Deutsches Privatrecht, in: HRG, Bd. 1, Berlin 1971, Sp. 702 ff.; *ders.*: Art. Historische Rechtsschule, in: HRG, Bd. 2, Berlin 1978, Sp. 170 ff.

8 *Paul Koschaker*: Europa und das römische Recht, 1. Aufl., 1947, 4. Aufl., München 1966.

9 *Franz Wieacker*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 1. Aufl., Göttingen 1952, 2. Aufl., 1967, S. 18.

10 *Karl-Friedrich Eichhorn*: Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts, 1. Aufl., Göttingen 1823, Nachdruck der 5. Aufl. von 1845, Frankfurt a. M. 1983.

berich<sup>11</sup> in unseren Tagen traten damit die "europäische Rechtswissenschaft"<sup>12</sup> und die "europäische Rechtskultur"<sup>13</sup> als neue Erkenntnisgegenstände und Leitbegriffe rechtshistorischer Forschung.

Weitere Anstöße gab sodann die Gründung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main<sup>14</sup>. Erst in den letzten Jahren freilich beginnt sich die Europäische Rechtsgeschichte auch als Fachbezeichnung für Professuren deutscher Universitäten<sup>15</sup> zu etablieren - neben den herkömmlichen rechtshistorischen Fachrichtungen Deutsche Rechtsgeschichte (und Deutsches Privatrecht), Römisches Recht (und römische Rechtsgeschichte) sowie Kirchenrechtsgeschichte. In die Lehre findet sie nach wie vor zu- meist nur über die herkömmlichen Vorlesungen "Deutsche Rechtsgeschichte" und "Römisches Recht" sowie vor allem über die "Neuere Privatrechtsgeschichte" Eingang. Eine Grundlagenvorlesung "Europäische Rechtsgeschichte" und ein entsprechendes Lehr- buch sind ebenso noch Desiderate einer europäisch ausgerichteten Fortentwicklung der Lehrprogramme wie eine angemessene Fortentwicklung der Europäischen Privatrechtsge- schichte und auch der (ebenfalls europäisch-vergleichend zu konzipierenden) Verfassungs- geschichte von ihrer derzeit häufig eher marginalen Rolle im Studium zu Kernfächern euro- päischer Juristenausbildung<sup>16</sup>. Auch noch keineswegs abgeschlossen sind die Diskussionen um das Verhältnis zu den herkömmlichen Arbeitsgebieten (der rechtshistorischen "Germanistik", "Romanistik", "Kanonistik") oder auch nur um die Gewichtung der For- schungsschwerpunkte im Spannungsverhältnis zu jenem Interesse an nationaler Geschichte, das möglicherweise durch die deutsche Einigung sich gerade in nächster Zeit wieder ver- stärken wird<sup>17</sup>. Insofern steht das Fach Rechtsgeschichte derzeit noch eher am Anfang als am Ende eines Wandels von der nationalgeschichtlichen Tradition des 19. Jahrhunderts zur Europäischen Rechtsgeschichte.

11 *Heinrich Mitteis*: Deutsche Rechtsgeschichte, 1. Aufl., München 1949, 18. Aufl., München 1988 (neubearb. von *Heinz Lieberich*).

12 Vgl. *Franz Wieacker*, (Fn. 9), 2. Aufl., S. 26 ff.

13 Vgl. ebd.; *Helmut Coing*: Das Recht als Element der europäischen Kultur, in: HZ 238 (1984), S. 1 ff.

14 Arbeitsergebnisse insbes. in *Helmut Coing* (Hrsg.): Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, München 1973-1988; bedeutende Impulse erhielten die Forschungen zur europäischen Rechtsgeschichte durch die Zeitschrift *Ius commune* (Bd. 1-9 hg. v. *Helmut Coing*; Bd. 10-13 hg. v. *Dieter Simon* und *Walter Wilhelm*; ab Bd. 14 (1987) als "Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte" hg. v. *Dieter Simon*) sowie durch die Reihe der *Ius commune* Sonderhefte.

15 So in Regensburg, Trier, jetzt auch in Gießen.

16 Grundlegend *Dietmar Willowelt*: Praxisbezug ohne Wissenschaft. Wider den Provinzialismus in der deutschen Juristenausbildung, in: Deutsche Universitätszeitung 1988, Nr. 15/16, S. 17 f.

17 Hierzu auch *Michael Stolleis*: Was Moorleichen erzählen: Rechtsgeschichte und ihre Traditionen an den Universitäten der europäischen Länder, in: FAZ vom 15. Aug. 1990.

## 2. Privatrechtsgeschichte und Europäisches Privatrecht der Gegenwart

a) In der Auseinandersetzung mit den Ausgangspunkten und Zielen Europäischer Privatrechtsgeschichte<sup>18</sup> verbietet sich die Illusion einer "objektiven", vermeintlich von den Wirkungsbedingungen des Rechtshistorikers in seiner Zeit gelösten Aussage. Gegenwart und Geschichte verknüpfen sich in Begriffen wie "europäische Rechtskultur" und "europäische Rechtsgeschichte" vielmehr auf zweifache Weise: Das Erwachen des Forschungsinteresses gründet in einer Gegenwartserfahrung, nämlich in den heutigen Bemühungen um die Entwicklung gemeinsamen europäischen Rechts. Die dadurch veranlaßte historische Forschung kann aber ihrerseits wiederum auf das Denken der Gegenwart einwirken, indem sie gegenüber einer anderen Tradition und Gegenwartserfahrung, nämlich der des nationalstaatlich geprägten Rechtsdenkens, auf historischer Grundlage das Bewußtsein der europäischen Gemeinsamkeit mitgestaltet. Insofern zielt der Begriff der europäischen Rechtskultur auf eine Identitätsbestimmung für die Gegenwart auch aus der Geschichte und ist zugleich die historische Forschung zur europäischen Rechtskultur ihrerseits sowohl gegenwartsbestimmt als auch gegenwartsgerichtet.- Für die Europäische Rechtsgeschichte ist lediglich besonders signifikant, was als allgemeineres Problem in der Geschichtswissenschaft seit einiger Zeit zum Gegenstand lebhafter Diskussion wurde<sup>19</sup>: Historische (und rechtshistorische) Forschung befindet sich notwendig in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Bemühen um ein Verstehen ihrer Untersuchungsgegenstände als Ereignisse und Abläufe einer anderen, vergangenen Zeit einerseits und der unausweichlichen Einbindung in Erkenntnisvoraussetzungen und -ziele der eigenen Zeit andererseits. In diesem Spannungsverhältnis verspricht Erkenntnisgewinn nicht der (stets nur scheinbare) Verzicht auf den Bezug der Forschung zur Gegenwart, sondern vielmehr gerade die Reflexion der jeweiligen gegenwartsbestimmten Wertungsgrundlagen in dem unvermeidlichen Spannungsverhältnis zwischen Vergangenheit und Gegenwart.<sup>20</sup>

Zur "Europäisierung" heutigen Rechtsdenkens vermag die Europäische Rechtsgeschichte dabei nicht nur auf gleiche Weise beizutragen, wie allgemein geschichtliches Bewußtsein - je nach "Zeitgeist" in größerem oder geringerem Maße - das Denken und Handeln in der Gegenwart beeinflussen kann. Ihre potentiell handlungsbeeinflussende Funktion erweitert sich vielmehr, wenn sich ihre Forschungsergebnisse über die akademische Bildung und

---

18 Zum folgenden vgl. *R. Schulze*, (Fn. 1), S. 32 ff.

19 Vgl. beispielsweise *Otto Gerhard Oexle*: Die Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus, in: HZ 238 (1984), S. 17 ff.

20 Vgl. *Reiner Schulze*: Das Recht fremder Kulturen - Vom Nutzen der Rechtsethnologie für die Rechtsgeschichte, in: *Historisches Jahrbuch* 110 (1990), S. 446 ff.

Ausbildung den *Juristen* verschiedener europäischer Länder als den maßgeblichen Trägern und Mitgestaltern der gegenwärtigen und zukünftigen Rechtsentwicklung vermitteln.

Das Forschungsinteresse derartiger Europäischer Rechtsgeschichte gilt zuvörderst jenen Rechtserscheinungen der Vergangenheit, die geographische und geopolitische Räume, ethnische und soziale Verbände in Europa übergreifen, in diesem Sinne "gemeineuropäisch" sind und zugleich im kulturgeschichtlichen Vergleich nach "außen" Spezifika dieser europäischen Rechtskultur bildeten (jedenfalls bevor sie durch die europäischen Kolonien und durch moderne Rezeptionen andere Kontinente erreichten). Zu derartigen kennzeichnenden Grundzügen europäischer Rechtskultur seit dem Mittelalter gehören beispielsweise die weitreichende Ausdifferenzierung des Rechtsbereichs gegenüber anderen kulturellen Sektoren und Normensystemen<sup>21</sup>, insbesondere gegenüber der Religion und eingeschränkt auch gegenüber der Ethik<sup>22</sup>, einschließlich der entsprechenden Spezialisierung und Professionalisierung der Kompetenz für Rechtsfragen durch das Entstehen des Juristenstandes (im Unterschied zu anderen Kulturen, in denen Priester, Politiker oder Philosophen auch für den Rechtsbereich zuständig waren). Entsprechendes gilt für die Differenzierung innerhalb des Rechtsbereiches selbst durch das Entstehen der beiden relativ selbstständigen Normensysteme des kirchlichen und des weltlichen Rechts (ebenfalls schon seit dem Mittelalter)<sup>23</sup>. Sie ermöglichte - als gemeineuropäische und als spezifisch europäische (im Kulturenvergleich auch zum Islam einmalige) - Erscheinung die Entwicklung eines hochgradig ausdifferenzierten, säkularen Rechts (das sich sodann in der Neuzeit als "das moderne Recht" den außereuropäischen Kulturen zu überlagern begann).

b) Ob über die Erforschung dieser historischen Grundzüge europäischer Rechtskultur und über ihre "Vergegenwärtigung" im heutigen Rechtsdenken und Selbstverständnis der Juristen hinaus die Europäische Rechtsgeschichte auch zur Rekonstruktion gemeinsamen europäischen Rechts für unsere Zeit beitragen kann, ist eine andere, offene Frage. Die Antwort hängt zunächst davon ab, wie man die Notwendigkeit und die Möglichkeit der Ausweitung gemeinsamen europäischen Rechts und insbesondere der Entwicklung Europäischen Privatrechts beurteilt. Die "Nutzen-Kosten-Relation" einer derartigen Privat-

---

21 Zur Ausdifferenzierung des Rechts aus rechtssoziologischer Sicht *Niklas Luhmann: Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987, insbes. S. 217 ff.

22 Vgl. f.a.m. *Helmut Coing*, (Fn. 13).

23 Zu diesem Charakteristikum europäischer Rechtskultur und den wissenschaftsgeschichtlichen Gründen seiner häufigen Verkennung in der Gegenwart *Peter Landau: Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur*, in: *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, (Fn. 1), S. 39 ff.; *Harold J. Berman: Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge/Mass., London 1983.

rechtsvereinheitlichung ist verschiedentlich erörtert worden<sup>24</sup>. Für Vereinheitlichung sprechen im Zuge der Herstellung des Binnenmarktes jedenfalls nicht allein die symbolisch-politischen, bewußtseinsprägenden Wirkungen der Rechtseinheit, wie sie sich in der Privatrechtsgeschichte während des 19. Jahrhunderts in Hinblick auf die nationale Einigung verschiedentlich mit Kodifikationsbestrebungen verknüpfen<sup>25</sup>, sondern auch die ökonomischen Vorzüge einheitlicher Marktbedingungen in privatrechtlicher Hinsicht. Dies betrifft - wie hier nur angedeutet werden kann - längst nicht nur die sog. grenzüberschreitenden Geschäfte (für die Regelungen auf Grund internationaler Vereinbarungen die Problematik auf Teilgebieten, insbesondere im Kaufrecht auf Grund der Haager Übereinkommen von 1964, entschärft haben). Vielmehr besteht bei wirtschaftlich gleichgelagerten Sachverhalten auch ein Interesse an gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die "parallele" Tätigkeit in verschiedenen europäischen Ländern. So steigert es gerade für kleinere Unternehmen, die in mehreren Ländern der Gemeinschaft tätig werden (oder tätig würden, wenn eben nicht Faktoren wie die mangelnde Vertrautheit mit der rechtlichen Lage sie davon abhielten) aufgrund jeweils unterschiedlicher Disposition und Kalkulation die Transaktionskosten, wenn bei einem gleichartigen Geschäft beispielsweise Mobiliarsicherheiten in dem einem Land durch Sicherungsübereignung, in dem anderen durch Register-Pfandrecht an bestimmten Sachen, im dritten gar durch registerloses Pfandrecht gewährt werden. Selbst in Hinblick auf das Verbraucherverhalten dürfte der Privatrechts-Partikularismus - auch psychologisch - der vom Binnenmarkt an sich ermöglichten Flexibilität und Mobilität entgegenwirken (besonders bei der Ausbildung grenzübergreifender Wirtschaftsregionen).

Ein gemeinsamer Markt ohne gemeinsames Verkehrsrecht (oder lediglich mit Fragmenten gemeinsamen Verkehrsrechts) bliebe mithin ein großes ökonomisch-politisches und auch juristisches Werk ohne jene privatrechtliche Ausstattung, die es erst für jeden einzelnen gleichermaßen sicher und vorteilhaft nutzbar macht. Gerade angesichts der reichen gemeineuropäischen Tradition auf dem Feld des Privatrechts wäre dies höchst unbefriedigend. Allerdings wird sich das Bemühen um Vereinheitlichungen keineswegs auf alle Materien des Privatrechts erstrecken müssen, sondern sich auf das Warenverkehrsrecht und einige weitere Materien konzentrieren können (beispielsweise im Erbrecht ist wie früher den regionalen, so heute den nationalen Traditionen mit besseren Gründen Fortbestand

24 *Hein Kötz*: Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 1981, S. 481 ff.; *ders.*: Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, in: *RabelsZ* 50 (1986), S. 1 ff., insbes. S. 12 ff.; jetzt *Peter Ulmer*, (Fn. 6), m.w.N.; grundlegend zu den Ansätzen für die Entwicklung Europäischen Privatrechts im Gemeinschaftsrecht *Peter-Christian Müller-Graff*: Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: *ders.* und *Manfred Zuleeg*: Staat und Wirtschaft in der EG, 1987, S. 17-52.

25 Vgl. für den italienischen Codice civile von 1865 jüngst *Aldo Mazzacane*: Die Rechtskultur in Deutschland und Italien nach der nationalen Einigung - Anmerkungen zu einem Forschungsprojekt, in: *Reiner Schulze* (Hrsg.): Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert, Berlin 1990, S. 55 ff., insbes. S. 56 f.



zuzubilligen als etwa im Schuldrecht oder bei dessen Ergänzung durch die Institute der dinglichen Kreditsicherung im Sachenrecht).

Darüber hinaus wird in der weiteren Diskussion vorrangig zu überdenken sein, auf welchen theoretischen Grundlagen, mit welchen Methoden und mit welchem Verständnis von der "Positivität" des Rechts die Rechtswissenschaft ihren Beitrag zur Entwicklung des Europäischen Privatrechts leisten kann. Sie steht - um nur den letztgenannten Gesichtspunkt herauszugreifen - insbesondere vor der Frage, ob sie sich in erster Linie als eine Art Gesetzgebungswissenschaft unmittelbar auf die Vorbereitung einer europäischen Privatrechtskodifikation ausrichten sollte. Wenn für eine eigentliche Kodifikation - also eine umfassende, abschließende Regelung des Rechtsgebiets in *einem* Gesetzbuch - freilich auf absehbare Zeit die rechtlichen und politischen Voraussetzungen fehlen sollten, würde eine einseitige Ausrichtung auf die Gesetzgebung, wie sie gesetzsespositivistischem Verständnis entspräche, sie auf die Rolle einer wissenschaftlichen "Zuarbeiterin" für die gemeinschaftsrechtliche Einzelnormgebung, insbesondere beim Erlaß von Richtlinien zur Rechtsangleichung, beschränken. So wichtig wissenschaftliche Vorarbeit auch auf diesem Feld ist, fragt sich indes, ob eine derartige Aufgabenbestimmung für die Europäische Privatrechtswissenschaft nicht zu kurz griffe.

Die vorrangige Aufgabe müßte wohl eher - unabhängig von der beschränkten Rechtsetzungskompetenz und -tätigkeit von Gemeinschaftsorganen - darin liegen, durch Vergleich und Systematisierung der Begriffe und Problemlösungen in den verschiedenen nationalen Rechtswissenschaften auf der Grundlage ihrer gemeinsamen Traditionen zu einem übergreifenden Verständnis gemeinsamer Grundzüge und unterschiedlicher Gestaltungen europäischen Privatrechts zu gelangen. Eine derartige übergreifende, europäische Perspektive könnte *erstens* zumindest in Teilbereichen Ausgangspunkte dafür liefern, daß die Privatrechtswissenschaft ihre Beiträge zur dogmatischen Durchdringung und Fortentwicklung der jeweiligen *nationalen* Rechte an gemeinsamen Prinzipien und gemeinsam verwendbaren (auch historisch gemeinsam verwandten) Begriffen auszurichten versucht. Sie würde damit "jenseits der Illusionen von Kodifikationen und Gesetzgeber"<sup>26</sup> auf eine Rechtsannäherung hinwirken (zumal in verschiedenen nationalen Rechten trotz verbreiteten Gesetzespositivismus die Kodifikation gegenüber anderen Formen der Rechtsentwicklung an Bedeutung eingebüßt hat<sup>27</sup>). Ihre Wirkungskraft wäre freilich davon abhängig, daß von ihr entsprechend ausgebildete Juristen diese europäische Ausrichtung der Dogmatik vor allem für die höchstrichterliche Judikatur und auch für die nationale Einzelgesetzgebung fruchtbar mach-

26 *Filippo Ranieri*: Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts? Einige Thesen zum Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer europäischen Zivilrechtswissenschaft, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, (Fn. 1), S. 89 ff.

27 *Franz Wieacker*, (Fn. 9), 2. Aufl., S. 539.

ten. *Zweitens* könnte die systematische Arbeit Europäischer Privatrechtswissenschaft auch die Rechtsangleichung mit Hilfe des Richtlinienerlasses wissenschaftlich vorbereiten, und zwar gerade in Hinblick auf die Umsetzung in den nationalen Privatrechten. Denn solange nicht für jedes jeweilige nationale Privatrecht zumindest versucht wird, Ansatzpunkte für eine europäische Ausrichtung der Begrifflichkeit und Systematik zu entwickeln, wird regelmäßig der "Eingriff" des Gemeinschaftsrechts in das nationale Rechtssystem als "Störung" eines in seiner Identität zu wahren Rechtssystems und nicht als Beitrag zur Harmonisierung der einzelnen Rechte auf dem Weg zu gemeinsamem europäischen Recht empfunden werden. Die Überwindung dieses Zustandes erfordert aber eine Konzeption der Privatrechtswissenschaft, die sowohl die Fortentwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Normen als auch die "Europäisierung" der bislang nationalen Rechtswissenschaften einschließt. *Drittens* stellt sich zudem die Frage, ob nicht für die Entwicklung Europäischen Privatrechts von seiten des Gemeinschaftsrechts die gemeinsamen Rechtsgrundsätze, wie sie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkennt und weiter entwickelt, von mindestens gleichem Belang sind wie die Richtlinien. Denn in ihnen finden die von der Rechtswissenschaft herauszuarbeitenden Begriffe und Prinzipien des Europäischen Privatrechts möglicherweise in wachsendem Maße eine Form positivrechtlicher Geltung, die sie nicht nur im Gemeinschaftsrecht selbst verankert, sondern auch am ehesten die dogmatische Konsistenz Europäischen Privatrechts zu wahren geeignet ist.

c) Die Frage nach Grundlagen und Zielen Europäischer Privatrechtswissenschaft kann hier nicht vertieft werden. Zu überdenken bleibt aber, welche Rolle die *Rechtsgeschichte* bei einer derartigen "Europäisierung" der Rechtswissenschaft einnehmen kann<sup>28</sup>. Innerhalb des Faches stehen sich ein eher "kontemplatives" Verständnis als historischer Disziplin in der Lehrrichtung von *Franz Wieacker* auf der einen Seite und das Bemühen um Einbeziehung der Europäischen Rechtsgeschichte in die "applikative" Tätigkeit der Rechtswissenschaft in den Arbeiten *Helmut Coings* auf der anderen Seite gegenüber.

*Wieacker* hatte mit seiner Trennung der "kontemplativen" Rechtsgeschichte von der "applikativen" Rechtswissenschaft (im Anschluß an die Konzeption der Hermeneutik bei *Emilio Betti*<sup>29</sup>) sowie mit seiner Kritik der Dogmengeschichte<sup>30</sup> die Konsequenz aus der

---

28 Zum folgendem *Reiner Schulze*, (Fn. 1), S. 33 f.; nach Abschluß dieses Manuskripts *Hein Kötz*: Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, in: *JZ* 1992, S. 20 ff.

29 *Emilio Betti*: Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften, 2. Aufl., Tübingen 1972; im Gegensatz dazu *Hans-Georg Gadamer*: Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 5. Aufl., Tübingen 1986.

30 *Franz Wieacker*, (Fn. 9), 2. Aufl., S. 15 ff., 416 ff., 425 ff.; *ders.*: Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte, in: *Eranion Maridakis I*, Athen 1963, S. 339 ff.; *ders.*: Art. Methode der Rechtsgeschichte, in: *HRG*, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 518 ff., insbes. 519.

wissenschaftsgeschichtlichen Entwicklung in Deutschland seit dem späten 19. Jahrhundert gezogen: Zuvor (im 19. Jahrhundert) hatte die "historische Rechtsschule" die Rechtsgeschichte in sehr weitem Umfang in die Gestaltungsaufgaben der Rechtswissenschaft einbezogen, um auf Grundlage der geschichtlichen Quellen ein Privatrecht für die eigene Zeit zu entwerfen. Demgegenüber haben sich in Deutschland im Verlaufe der letzten hundert Jahre - insbesondere seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahre 1900 - die rechtshistorische Forschung einerseits und die Dogmatik des geltenden Rechts andererseits mehr und mehr voneinander entfernt. Zwar ist regelmäßig an den Lehrstühlen das Fach Rechtsgeschichte noch mit dem Fach Bürgerliches Recht verbunden (keineswegs aber notwendig umgekehrt); doch nehmen rechtshistorische Beiträge in der dogmatisch-konstruktiven Rechtswissenschaft und erst recht in der Argumentation der Rechtsprechung in der Regel keine ausschlaggebende Rolle mehr ein<sup>31</sup>.

Im Anschluß an die Arbeiten *Coings*<sup>32</sup> stellt sich indes die Frage, ob nicht gerade im europäischen Maßstab die Rechtsgeschichte wieder stärker in die Entwicklung des geltenden Rechts einzubeziehen ist, als dies im nationalen Maßstab in unserem Jahrhundert der Fall war. In der deutschen Wissenschaftstradition wird diese Überlegung dadurch nahegelegt, daß einige der heutigen Bedingungen der Privatrechtsentwicklung in Europa an die Lage in Deutschland während der Blütezeit der "historischen Rechtsschule" im 19. Jahrhundert erinnern: Einem wachsenden Bedürfnis nach Rechtsannäherung oder Rechtsvereinheitlichung steht heute in Europa (wie damals in Deutschland zwischen 1815 und 1870) das Fehlen nicht nur entsprechender gemeinsamer Kodifikationen, sondern auch ausreichender politischer Möglichkeiten und rechtlicher Kompetenzen zu einer vereinheitlichenden Gesetzgebung gegenüber. Was mittels der Gesetzgebung auf dem Wege zur Vereinheitlichung und Modernisierung des Rechts (noch) nicht erreichbar war, übernahm vor der nationalen Einigung Deutschlands die Rechtswissenschaft mit ihren Mitteln einer - von den politischen Instanzen relativ unabhängigen - Fortentwicklung des Rechts über die staatlichen Grenzen hinweg (angeregt insbesondere durch *Savignys* programmatische Schrift "Vom Beruf unse-

---

31 Für die Diskussion über diese Frage innerhalb des Faches Rechtsgeschichte vgl. beispielsweise *Theo Mayer-Maly*: Anmerkung zu Versuchen, über die Aufgabe der Rechtsgeschichte nachzudenken, in: RJ 4 (1985), S. 268 ff.; *Michael Stolleis*: Aufgaben der Neueren Rechtsgeschichte, oder: Hic sunt leones, in: RJ 4 (1985), S. 251 ff.; *ders.*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, S. 50 f.; *Dieter Simon*, Normdurchsetzung, in: *Ius commune* 15 (1988), S. 201 ff., 203, 204; *Klaus Luig*: Digesten und Dogmatik, in: RJ 5 (1986), S. 290 ff.; *Eduard Picker*: Von weißen Flecken der Rechtsgeschichte, oder: Hic ululant hyaenae, in: RJ 5 (1986), S. 367 ff.; *Heinrich Honsell*: Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt a. M. 1987, S. 299 ff.; *Filippo Ranieri*, (Fn. 26).

32 Grundlegend *Helmut Coing*: Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, in: *Ius commune* 1 (1967), S. 1 ff. und *ders.*: Gesammelte Aufsätze II, Frankfurt a. M. 1982, S. 67 ff.; vgl. daneben *ders.*: Europäisches Privatrecht, 2 Bde., München 1985/89, und jüngst *ders.*: Europäisierung der Rechtswissenschaft, in: NJW 1990, S. 937 ff.

rer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"<sup>33</sup>). Dabei lieferte gerade der Rekurs auf die (wirkliche oder vermeintliche) gemeinsame Rechtsgeschichte in Deutschland ein Arsenal an Begriffen und Argumenten, das vom Konsens unter den Juristen der verschiedenen deutschen Staaten getragen wurde. Der Rückgriff auf die Geschichte hinderte auch keineswegs, daß die Rechtswissenschaft die Rechtsinstitute und das Rechtssystem dem tiefgreifenden Wandel in der Zeit der Industrialisierung anpaßte und auf scheinbar traditioneller Grundlage die moderne Rechtsordnung einer industrialisierten Gesellschaft konzipierte.

Freilich kann nicht die Lösung heutiger Aufgaben mit den Begriffen und Methoden des 19. Jahrhunderts erwartet werden. So wie die Rechtswissenschaft seit ihrem Wiedererstehen in Oberitalien während des Mittelalters wiederholt, aber zu verschiedenen Zeiten jeweils auf ganz unterschiedliche Weise auf älteres Recht und auf ältere Traditionen zurückgegriffen hat (von der "Entdeckung" des römischen Rechts an diesem Anfang über die Zuwendung zum *ius patriae* in der frühen Neuzeit bis hin zur Pandektistik des 19. Jahrhunderts), um mit Hilfe der Geschichte jeweils ein eigenes Recht ihrer Zeit zu entwickeln, so wird sie auch heute im europäischen Kontext eigene Methoden und eine Theorie unserer Zeit entwickeln müssen, um die Geschichte des Rechts für eine gemeinsame Dogmatik fruchtbar zu machen.

In diese Richtung zielen in der neueren rechtshistorischen Literatur insbesondere zwei Ansätze: *Reinhard Zimmermann*<sup>34</sup> mit Blick auf die Aktualität vor allem der Dogmatik des *Ius commune* sowie *Filippo Rainieri* mit dem Bemühen einer neuen theoretischen Begründung für den Beitrag der Rechtsgeschichte zum modernen europäischen Recht und mit der bereits erwähnten Kritik der "Illusionen von Kodifikation und Gesetzgeber"<sup>35</sup>. Mit dem Anliegen dieser rechtshistorischen Beiträge weithin im Einklang steht die Konzeption, die auf seiten der Rechtsvergleichung *Hein Kötz*<sup>36</sup> vorgelegt hat. Auf längere Sicht zeichnet sich als die Perspektive eines Zusammenwirkens von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung ab, daß mit Hilfe vergleichender und historischer Arbeit die gemeinsamen wissenschaftlichen Prinzipien in Kernbereichen des Privatrechts in Europa erfaßt und - zugespitzt - die nationalen

---

33 *Friedrich Carl von Savigny*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.

34 *Reinhard Zimmermann*: Usus hodiernus pandectarum, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, (Fn. 1), S. 61 ff.; jetzt auch ders.: Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, in: JZ 1992, S. 8 ff.

35 *Filippo Ranieri*, (Fn. 26).

36 Grundlegend *Hein Kötz*: Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 1981, S. 481 ff.

Verschiedenheiten in der Lehre Europäischen Privatrechts lediglich als Konkretisierungen, Modifikationen oder Ausnahmen behandelt<sup>37</sup> werden.

d) Auf einzelne Rechtsmaterien näher einzugehen, um diese Ansätze beispielhaft zu erörtern, gestattet der hier gesteckte Rahmen nicht. Es mag daher bei dem Hinweis bleiben, daß etwa für das Vertragsrecht die Verschiedenheit der Problemlösungen und Begriffsbedeutungen in den nationalen Rechten dazu herausfordert, den unterschiedlichen nationalen Entwicklungssträngen historisch-vergleichend bis zur gemeinsamen Ausgangs- und Bezugspunkten in der Gemeinrechtstradition und im gemeineuropäischen Naturrecht nachzugehen. Dabei wird sich für einige Grundprinzipien ein historisch gemeinsamer "Kern" durch die Fülle der aus ihm erwachsenden Gestaltungen hindurch erkennen lassen oder es werden sich zumindest den Begriffen der nationalen Rechtssysteme gemeinsame historische Bezugspunkte geben lassen. Dies zeigt sich nicht nur in zahlreichen einzelnen Gestaltungen der Dogmatik vom Kaufgewährleistungsrecht bis zur Vertragsstrafe<sup>38</sup>, sondern gilt auch schon für die Grundprinzipien nahezu aller heutigen europäischen Vertragsrechte, wie die generelle Verbindlichkeit des Vertragschlusses, die Anerkennung des freien Vertrages und damit verbunden das Institut der Vertragsfreiheit. Denn diese Grundprinzipien sind sämtlich zurückzuführen auf gemeinrechtliche und naturrechtliche Lehren und Institute, die unter Stichworten wie *pacta sunt servanda* und *pactum nudum* überall in Europa bekannt sind<sup>39</sup>.

Unter der Frage nach den gemeinsamen historischen Grundlagen europäischen Privatrechts muß zu diesem Bezug auf die Ausgangspunkte im gemeinen Recht und im Naturrecht die Auseinandersetzung mit der Fortgestaltung dieses gemeineuropäischen Bestandes während der Folgezeit innerhalb der nationalen Rechtssysteme des 19. Jahrhunderts in historisch-vergleichender Betrachtung hinzutreten (beispielsweise für die genannten Grundprinzipien des Vertragsrechts: die Ausweitung und Fundierung des Prinzips der Vertragsfreiheit durch den Begriff der Privatautonomie). Dabei gilt es den Blick vor allem auf die Kommunikation zwischen den nationalen Rechtssystemen zu richten, weil durch diese Kommunikation häufig auch in der Blütezeit des Nationalstaates die in einzelnen Ländern (fort)entwickelten Begriffe wiederum gemeineuropäisch gemacht wurden, wenn auch mit unterschiedlichen

---

37 Vgl. hierzu *Hein Kötz: Rechtsvereinheitlichung ...*, (Fn. 24).

38 Vgl. hierzu jetzt *Ralf Peter Sossna: Die Begrenzung von Vertragsstrafen*, (Diss. Köln), Berlin vorauss. 1992.

39 Überblick bei *Franz Wieacker*, (Fn. 9), 2. Aufl., S. 249 ff.; *Gerhard Wesenberg und Gunther Wesener* (Hrsg.): *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl., Wien 1985, S. 128 ff., 139 ff.; *Helmut Coing: Europäisches Privatrecht*, (Fn. 32), Bd. 1, München 1985, S. 399 ff.; *Reinhard Zimmermann: Law of obligations*, Johannesburg 1990, S. 477 ff.

Bedeutungsvarianten. Für die soeben genannte Privatautonomie etwa hat *Alfons Bürge*<sup>40</sup> jüngst aufgezeigt, wie dieser Begriff nach seiner Ausformung durch die deutsche Pandektenwissenschaft in Frankreich übernommen und der Auslegung des *Code civil* unterlegt wurde (obwohl das französische Gesetzbuch bei seinem Erlaß 1804 noch in der vorkantischen Naturrechtstradition verblieben war).

Gemeineuropäischer Ausgangsbestand, Diversifizierung im Fortgang und zugleich Bezug der unterschiedlichen nationalen Rechte aufeinander - diese verschiedenen Seiten, die in der historischen Betrachtung hervortreten, können der Gegenwart vielleicht helfen, hinter der Erscheinungsform der jeweiligen nationalen Rechte sowohl die Verschiedenheiten als auch die Gemeinsamkeiten von Prinzipien und praktischen Ergebnissen schärfer zu fassen oder zumindest die gemeinsamen historischen Bezugspunkte als eine Verständnisgrundlage zu nutzen, die aus der Abgeschlossenheit einer auf das jeweilige geltende nationale Recht bezogenen Rechtswissenschaft hinausführt.

### 3. Europäische Verfassungsgeschichte

Nicht allein für das Privatrecht, sondern auch für das öffentliche Recht, insbesondere für das Verfassungsrecht wirft die Suche nach gemeinsamen Grundsätzen für die Gegenwart die Frage nach dem historisch Verbindenden auf und die Zuwendung zur europäischen Rechtsgeschichte nahm zwar, wie dargelegt<sup>41</sup>, den Weg über die neuere *Privatrechtsgeschichte*. Eine einseitige Ausrichtung auf das Privatrecht<sup>42</sup> wäre aber gerade für die Europäische Rechtsgeschichte unangebracht. Denn die Grundlagen für heutiges und künftiges gemeinsames Recht bilden auch - unterschiedlich ausgeformte, häufig zeitversetzte, aber schließlich doch ganz Europa erfassende - Traditionen wie die Entwicklung der Grundrechte und wie die Diskussionen über die sozialetische Verantwortung des einzelnen und die Fürsorge der Gemeinschaft, über Grundlagen, Zwecke und Grenzen des Staates, über Verwaltung und Verwaltungsrecht. Aus ihnen sind Prinzipien der Demokratie, des Rechtsstaates und des Sozialstaates in Europa hervorgegangen, deren gemeinsame geistige Grundlage bei aller Vielfalt der theoretischen und institutionellen Ausgestaltung unverkennbar ist. Die Ausgangspunkte finden sich ebenfalls schon seit dem Mittelalter in der Rechtslehre und - häufig mit ihr verbunden - im politischen Denken. Namentlich mit der Renaissance der Lehren des

40 *Alfons Bürge*: Der Einfluß der Pandektenwissenschaft auf das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Vom Vermögen zum patrimoine, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Fn. 1), S. 221 ff.; *ders.*: Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, in: *Ius commune*, Sonderheft 52, Frankfurt a.M. 1991.

41 Oben bei Fn. 9 ff.

42 Kritisch hierzu *Michael Stolleis*, (Fn. 31).

- *Aristoteles* im hohen Mittelalter begann ein sich vielfach wandelnder, aber bis in die Moderne fortdauernder europäischer Diskurs über die Ordnungsprinzipien des Gemeinwesens - ein Diskurs, in dem die Diskussionen über Fürstenethik, "ratio status"/"Staatsräson", natürliche Pflichten und Freiheiten, Menschen- und Bürgerrechte, Verfassung und Rechtsstaat zu Bindegliedern des politischen und rechtlichen Denkens in Europa wurden.

Forschungen auf diesem Feld stehen in Deutschland weithin unter dem Begriff der "Verfassungsgeschichte"<sup>43</sup>. Die heute vorherrschenden Konzeptionen sind überwiegend durch die Lehren *Otto Brunners*<sup>44</sup> und die von ihnen ausgelösten Diskussionen geprägt. Im europäischen Vergleich und Diskurs wird zu überdenken sein, ob diese traditionellen Konzeptionen der Verfassungsgeschichte eine geeignete Grundlage zur Erforschung der *europäischen* Verfassungsgeschichte bieten. Denn sie sind bislang vorwiegend im Rahmen idio-graphischer Geschichtswissenschaft auf die singulär-konkrete Erfassung historischer Phänomene ausgerichtet (also auf das Verständnis der Verfassung eines Landes, einer Landschaft oder einer Stadt) und bieten insofern, wie *Dietmar Willoweit*<sup>45</sup> zu recht festgestellt hat, einer vergleichenden Verfassungsgeschichte Europas keine hinreichende Basis. *Willoweit* hat dagegen den Entwurf einer europäischen Verfassungsgeschichte gesetzt, in der die historische Vergleichung auf eine begriffliche Grundlegung für die rechtlich-politischen Ordnungsaufgaben im heutigen Europa zielt<sup>46</sup>. Insofern stellt sich neben die umrissene Konzeption einer "applikativen" Privatrechtsgeschichte der Entwurf einer ebenfalls - allerdings in ganz anderer Weise verfassungstheoretisch, rechtspolitisch und vielleicht auch staatsrechtsdogmatisch - "applikativen" Verfassungsgeschichte.

#### 4. Europäische Rechtsgeschichte im Zeitalter des Nationalstaates

Sowohl für die Europäische Privatrechts- als auch für die Europäische Verfassungsgeschichte stellt das 19. Jahrhundert - oder etwas weiter gefaßt die Periode zwischen der Französischen Revolution 1789 und dem Ersten Weltkrieg - eine besondere Herausforde-

---

43 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*: Die Einheit von nationaler und konstitutioneller politischer Bewegung im deutschen Frühliberalismus, in: *ders.* (Hrsg.): *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815 - 1914)*, 2. Aufl., Königstein 1981.

44 *Otto Brunner*: *Land und Herrschaft*, Baden bei Wien 1939, 5. Aufl., Wien 1965 (Nachdruck Darmstadt 1973); *ders.*: *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte. Vorträge und Aufsätze*, 3. Aufl., Göttingen 1980; *ders.*: *Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht*, in: *HZ* 209 (1969), S. 1 ff.

45 *Dietmar Willoweit*: *Probleme und Aufgaben einer europäischen Verfassungsgeschichte*, in: *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, (Fn. 1), S. 141 ff., (Vortrag im Europa-Institut Saarbrücken).

46 Vgl. *ebd.* insbes. S. 148 f.

rung dar. Denn diese Periode führte die meisten Länder Europas nicht nur von ständischen und feudalen Verhältnissen zu einer modernen Privatrechts- und Verfassungsordnung und brachte bis heute maßgebliche Grundzüge ihrer Rechtssysteme hervor. Zugleich eröffnete der Anbruch der Moderne vielmehr auch das Zeitalter des Nationalstaates, der nationalen Rechtssysteme und der nationalen Rechtskulturen. Mit diesem Aufstieg des Nationalstaates als Ideal und als bestimmende politische Größe in Europa zerriß der Zusammenhang der gemeineuropäischen Jurisprudenz in seiner hergebrachten Form. Sei es auf der Grundlage eines revolutionären Nationalbewußtseins (wie in Frankreich), sei es unter der Annahme, daß das eigene Recht aus der Geschichte des jeweiligen Volkes erwachse (wie in Deutschland unter dem Einfluß der "historischen Schule"); sei es auf dem Weg rascher Kodifikationen oder sei es im Prozeß allmählicher wissenschaftlicher Rechtsvereinheitlichung - fast überall verband sich aber mit dem Gedanken des Nationalstaates der Anspruch, ein "eigenes" nationales Recht zu besitzen, dieses Recht vollständig in einem nationalen Rechtssystem zu erfassen und von einer nationalen Rechtswissenschaft fortzuentwickeln.

Zwischen das vormoderne gemeinsame europäische Recht und die heutigen Ansätze zu gemeinschaftlichem Recht in Europa schob sich damit eine Zeit, in der die Blüte des Nationalstaates die europäische Geschichte des Rechts zumindest weitaus schwerer greifbar macht als für die ältere Zeit und für die Gegenwart. Diese Zwischenzeit führte zu dem eingangs festgestellten Sachverhalt, daß den Juristen unserer Zeit erst langsam eine europäische Gemeinsamkeit wieder vertraut zu werden beginnt, wie sie jahrhundertlang eine Selbstverständlichkeit war. Sie wirft sogar die Frage auf, ob es überhaupt eine europäische Geschichte des Rechts vom Mittelalter bis zur Gegenwart unter Einschluß des 19. Jahrhunderts gibt.

Zu einer positiven Antwort auf diese Frage führen vor allem zwei Ansätze, die hier abschließend thesenartig anzusprechen sind. Zum einen zeigt sich das Fortwirken von Denkweisen, Begriffen und dogmatischen Figuren der gemeinrechtlichen Tradition vielfältig in verschiedenen nationalen Rechten der Moderne - trotz zunehmender Diversifizierung der Arbeitsweisen, der literarischen Stile und der Juristenausbildung. Neben das erwähnte Erbe historisch verwandter und weithin kompatibler Begriffe und Prinzipien treten insofern Gemeinsamkeiten juristischer Denkschulung und Argumentation, so daß noch heute Juristen zweier Länder sich über die Herangehensweise an Probleme trotz unterschiedlicher nationaler Rechte häufig leichter verständigen können, als etwa ein Jurist und ein Soziologe innerhalb des gleichen Rechtssystems. Zum anderen verdienen neben den gemeinrechtlichen Traditionen die *neuen* Formen des juristischen Wissens- und Erfahrungstransfers im 19. Jahrhundert Beachtung. Das Zeitalter des Nationalstaates erweist sich nämlich bei näherer Untersuchung der internationalen Kommunikation in jener Epoche - entgegen dem ersten Schein und häufig auch entgegen zeitgenössischem Verständnis - in vielerlei Hinsicht als



eine Epoche intensiven wechselseitigen Bezuges zwischen den nationalen Rechtsordnungen Europas. Diese neuen Verbindungen verstärken sich vor allem durch das Bemühen um die Fortentwicklung des Rechts im Zuge und in der Folge der Industrialisierung<sup>47</sup>. Vergleichbare Problemlagen in vielen Ländern Europas - wenn auch häufig zeitverschoben - waren ihre entscheidende Voraussetzung, und das Fortwirken der älteren gemeinsamen Wissenschaftstradition begünstigte sie.

An die Stelle der älteren Gemeinrechtswissenschaft verdient für das 19. Jahrhundert als verbindendes und nunmehr geradezu konstituierendes Element europäischer Rechtsentwicklung daher der juristische Wissenstransfer zwischen den Nationen und namentlich die *Vergleichung* die besondere Aufmerksamkeit Europäischer Rechtsgeschichte<sup>48</sup>. Vergleichende Bezugnahme hatte sich schon im *Ancien regime* bei der empirischen Begründung allgemein geltender Sätze des Naturrechts und als juristische Hilfswissenschaft der Staatenkunde (der älteren "Statistik") entfaltet. Im 19. Jahrhundert dehnt sich die aufblühende Rechtsvergleichung auf weite Bereiche der Rechtsordnungen aus und wurde zudem zu einer Spezialdisziplin innerhalb der Rechtswissenschaft. Sie kompensierte den Verlust einer universellen Naturrechts-Philosophie und einer europäischen Gemeinrechtswissenschaft. Durch Vergleichung erst erwies sich der zeitgenössischen Rechtswissenschaft und Politik der Entwicklungsstand, die Stärke oder Schwäche der einzelnen Nationen und bot sich nationaler Wissenschaft und Politik die Möglichkeit zur Überwindung von Schwächen des eigenen Landes und zu dessen Stärkung im internationalen Wettbewerb. In derartigem - wohl schon darwinistisch beeinflussten - Sinne ist das Zeitalter des Nationalstaates für Nietzsche gerade ein "Zeitalter der Vergleichung"<sup>49</sup>.

Das Interesse an der europäischen Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert darf sich zudem keineswegs auf die Zentren der großen "Rechtskreise" beschränken (wie sie üblicherweise unterschieden werden: deutscher bzw. mitteleuropäischer, französischer bzw. romanischer, angelsächsischer Rechtskreis usw.). Es muß sich vielmehr gerade auf die Berührungs- und Überschneidungsgebiete, die *Peripherien*, richten, um hier die wechselseitigen Beeinflussungen, die "Mischungen" und die daraus hervorgehenden Impulse auch für die Zentren zu erkennen. Aus der Sicht der nationalen Rechtsgeschichte Deutschlands oder Frankreichs

47 Vgl. *Helmut Coing*, (Fn. 13), S. 5.

48 Zur Entwicklung und Bedeutung der Rechtsvergleichung vgl. f. a. m. *Bernhard Graßfeld*: Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984, insbes. S. 37 ff.; *Hein Kötz*: Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, in: *Juristische Blätter* 104 (1982), S. 355; *Léontin-Jean Constantinesco*: Rechtsvergleichung, Bd. 1: Einführung in die Rechtsvergleichung, Köln 1971, S. 69 ff.; *Helmut Coing*: Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert, in: *Ius commune* 7 (1978), S. 168 ff.

49 Hierzu *Erik Jayme*: Rechtsvergleichung im "Zeitalter der Vergleichung" - Amari und Nietzsche, in: *Aldo Mazzaccane und Reiner Schulze* (Hrsg.), (Fn. 4).

"am Rande" gelegen, rücken beispielsweise Belgien und die Niederlande in das Zentrum europäischer Rechtsgeschichte. Entsprechendes gilt für die Rheinlande (auch das Saarland), in denen das ganze 19. Jahrhundert hindurch deutsche Juristen französisches Recht anwandten)<sup>50</sup>. Für viele deutsche oder französische Juristen heute kaum vorstellbar - aber in Hinblick auf den europäischen Juristen der Zukunft ermutigend - zeigt die Untersuchung der Judikatur zum Rheinischen Recht, daß deutsche Juristen über einen langen Zeitraum in vielen Tätigkeitsbereichen und auf allen Ebenen der Rechtsprechung (schließlich bis hin zum deutschen Reichsgericht) in großer Selbstverständlichkeit mit französischem Recht umgehen konnten. Derartige Überlagerungszonen bestätigen, in welchem Maße verschiedene nationale Rechte in der europäischen Rechtskultur kompatibel sind. Die mehr oder weniger weitreichende Anpassung des einen Rechts an das andere und die dabei gesammelten Erfahrungen der Juristen prädestinierten diese Räume überdies dazu, Rechtsvorstellungen, Normen und Institutionen des einen Landes dem anderen zu vermitteln. Das an die deutschen Verhältnisse angepaßte französische Recht der Rheinlande beeinflußte so die Rechtsentwicklung nicht nur im sonstigen Deutschland, sondern ebenfalls - obgleich bislang sowohl von der deutschen als auch von der französischen Forschung weniger beachtet - in Frankreich. Nicht allein die Übersetzungen des deutschen Kommentars zum *Code civil* von *Karl Salomo Zachariae*<sup>51</sup> ins Französische<sup>52</sup> hatte daran Anteil<sup>53</sup>, sondern etwa auch das Wirken von Rechtswissenschaftlern, die während ihrer Lehrtätigkeit, Ausbildung oder forensischen Praxis die Berührungen des französischen und des deutschen Rechtskreises in den Rheinlanden kennengelernt hatten und diese Erfahrungen in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit in Frankreich nutzten (wie *Francois Auguste Dufrayer* und der für das IPR in Frankreich grundlegende *Johann Kasper Foelix*)<sup>54</sup>.

- 
- 50 Übersichten zur Geschichte des französischen Rechts in Deutschland während des 19. Jahrhunderts bei *Werner Schubert*: *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln und Wien 1977; *Hans-Jürgen Becker*: *Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland*, in: *JuS* 1985, S. 338 ff.
- 51 *Handbuch des französischen Civilrechts*, 1. Aufl., 2 Bde., Heidelberg 1808; 2. Aufl., 4 Bde., Heidelberg 1811-1812; 8. Aufl. von *Carl Crome*, Freiburg i. Br. 1894-1895.
- 52 *Charles Aubry/Charles Rau*: *Cours de Droit civil français d'après la Méthode de Zachariä* (1843-46), 8 Bde., 4. Aufl., Paris 1869-1883.
- 53 Weiterführend zum deutschen Einfluß auf Frankreich *Alfons Bürge*, (Fn. 40); zu den Auswirkungen auf Italien *Pasquale Beneduce*: "Germanisme, la terrible accusation", in: *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, (Fn. 25), S. 105 ff.
- 54 Dazu *Luitwin Mallmann*: *Französische Juristenausbildung im Rheinland 1794 - 1814. Die Rechtsschule von Koblenz, Köln und Wien* 1987, S. 165 ff., insbes. S. 167 f.; ferner *Alfons Bürge*: *Der Einfluß der Pandektenwissenschaft ...*, (Fn. 40), insbes. Kap.6 m.w.N.

Ein weiteres Beispiel für den Beitrag eines Landes "zwischen" den großen "Rechtskreisen" zur europäischen Rechtsgeschichte wäre Italien, das bei der Ausbildung einer nationalen Rechtskultur nach der politischen Einigung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in großer Offenheit die Anregungen des französischen und des deutschen Rechts aufnahm, teilweise zu etwas eigenem, "Drittem" verschmolz und auf dieser Grundlage wieder eigene Impulse in die Fortentwicklung des Rechts in Europa einbrachte (also zu Unrecht häufig als bloßes Rezipienten-Land betrachtet wird), beispielsweise gerade bei der Herausbildung der Disziplinen der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts<sup>55</sup>, aber auch bei den europäischen Diskussionen um die Reform des Strafrechts ebenso durch die frühe Abschaffung der Todesstrafe im Strafgesetzbuch von 1890 wie durch die "*scuola positiva*" (in einer internationalen Reformdiskussion, in der *Franz von Liszt* in Deutschland, *Hameln* in den Niederlanden, die "soziale Schule" in Frankreich die Gesprächspartner waren)<sup>56</sup>. Für "klassische" Hauptrechtsgebiete (wie das Bürgerliche Recht, das Strafrecht, das Staatsrecht) und besonders für neu entstehende Rechtsgebiete (wie das Verwaltungsrecht, das Sozialrecht, das Arbeitsrecht) läßt sich daher (mit einer Formulierung aus der neueren italienischen Forschung) durchaus eine internationale "Zirkulation von Begriffen und Theorien"<sup>57</sup> in der europäischen Rechtswissenschaft und Gesetzgebungsdiskussion des späten 19. Jahrhunderts feststellen.

In derartig gewandelten Formen nahm die Europäische Rechtsgeschichte im Zeitalter des Nationalstaates *und* der Vergleichen ihren Fortgang und verbindet die ältere, gemeinrechtliche Tradition mit den Ansätzen zu einem Wiedererstehen gemeinsamen europäischen Rechts in unserer eigenen Zeit zwischen Nationalstaat und supranationalem Europa. Dieses Wiedererstehen gemeinsamen europäischen Rechts seit den späten vierziger und den fünfziger Jahren - vor allem durch die Europäische Menschenrechtskonvention und durch die Gründung der Europäischen Gemeinschaften - freilich beginnt seinerseits bereits Gegenstand Europäischer Rechtsgeschichte zu werden. Denn schon der größte Teil der heute tätigen Juristen verbindet die Gegenwartserfahrung europäischer Institutionen und europäischen Rechts nicht mehr mit einer bewußten Erfahrung des Entstehens und der frühen Entwicklung dieses Rechts; und für die heutigen Rechtsstudenten liegen diese Entwicklungen schon vor ihrer Lebenszeit.

---

55 *Erik Jayme*: Dionisio Anzilotti und das deutsche Internationale Privatrecht, in: Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert, (Fn. 25), S. 297 ff.; *ders.*: (Fn. 49).

56 *Reiner Schulze*: Il contributo italiano al diritto penale nel tardo Ottocento, in: Materialien der Tagung Problemi istituzionali e riforme nell'età Crispina in Sorrent, voraussichtlich 1992.

57 *Cristina Vano*: Hypothesen zur Interpretation der "vergleichenden Methoden" im Arbeitsrecht an der Wende zum 20. Jahrhundert, in: Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, (Fn. 25), S. 225 ff.

Den Rechtshistoriker müssen damit das Entstehen und die frühe Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts als Schnittstellen einer reichen Tradition europäischer Rechtsgeschichte mit dem europäischen Recht der Gegenwart in besonderem Maße herausfordern. Sie müssen ihn beispielsweise befassen unter der Frage nach den historischen Grundlagen, den Vorläufern, dem Entstehen einzelner Materien des Europäischen Rechts - etwa des Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrechts des Europäischen Gerichtshofs -, aber auch hinsichtlich der Entwicklungselemente und der "Dynamik" des Gemeinschaftsrechts<sup>58</sup> während der neuesten Rechtsgeschichte und nicht zuletzt in Hinblick auf die historischen Grundlagen der "gemeinsamen Rechtsgrundsätze". Denn gerade diese Rechtsgrundsätze können - wie umrissen - Bindeglieder zwischen den wissenschaftlich zu entwickelnden Prinzipien eines neuen *Ius commune* einerseits und dem positiven Gemeinschaftsrecht andererseits bilden. Unter diesen Gesichtspunkten ist Europäische Rechtsgeschichte *auch* Europäische Gemeinschaftsrechts-Geschichte. Aber sie ist - wie dabei nicht vergessen werden darf - zugleich Geschichte einer zeitlich und räumlich weit darüber hinausreichenden Rechtskultur und vielleicht gerade auf diese Weise eine Herausforderung zu europäischer Rechtsannäherung über die jetzige Gemeinschaft der Zwölf hinaus.

---

58 Von verschiedenen Ansatzpunkten her in der Lehre des Gemeinschaftsrechts zunehmend herausgestellt; vgl. beispielew. *Roland Bieber* und *Jürgen Schwarze*: Verfassungsentwicklung in der europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1984; *Jürgen Schwarze*: Entwicklungsstufen des Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Carstens, Bd. 1, Köln 1984, S. 259 ff.; *ders.*: Einführung, in: *ders.* und *Roland Bieber* (Hrsg.): Das Europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, Baden-Baden 1985, S. 9 ff.; *Ulrich Everling* (Hrsg.): Das europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsverhältnis von Politik und Wirtschaft, Baden-Baden 1985; *Roland Bieber* und *Georg Ress* (Hrsg.): Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1987.