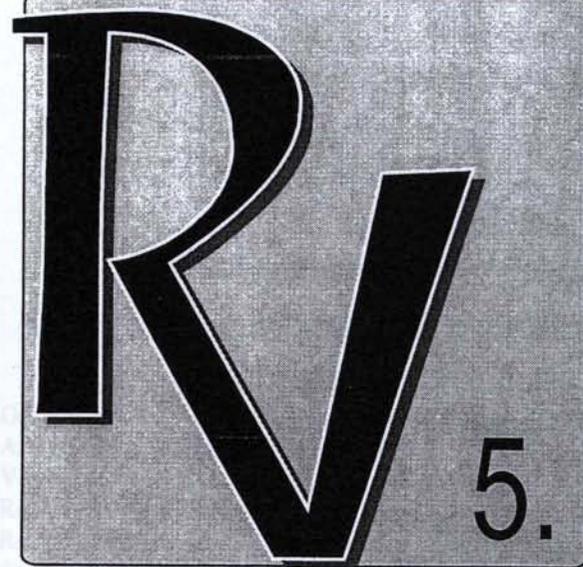


Rechtsgeschichtliche Vorträge

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

REINER SCHULZE  
Budapest  
2005



Rechtsgeschichtliche Vorträge

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

REINER SCHULZE

Budapest

2005

# Rechtsgeschichtliche Vorträge

Publikation  
der Rechtsgeschichtlichen Forschungsgruppe  
der Ungarischen Akademie für Wissenschaften  
an dem Lehrstuhl für Ungarische Rechtsgeschichte  
Eötvös Loránd Universität



Herausgegeben von:

Prof. Dr. Barna Mezey

© Reiner Schulze 1995, Nachdruck 2005

Textverarbeitung und Computersatz:

Ágnes Horváth

ISSN 1218-4942

ISBN 963 462 910 5

## Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur<sup>1</sup>

Reiner Schulze

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

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. 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. 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>2</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

<sup>1</sup> Der Aufsatz beruht auf Vorträgen, die der Verfasser an der Universität Budapest (im November 1992) sowie an verschiedenen weiteren Universitäten gehalten hat (vgl. in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft, Nr. 261, 1991; und in: Państwo – prawo – sprawiedliwość, Dawniej i dziś, Uniwersytet Śląski, Katowice 1993) sowie auf dem Beitrag des Verfassers: Vom *Ius commune* bis zum Gemeinschaftsrecht – das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin 1991. Das Manuskript wurde 1992 abgeschlossen. Aus der seitdem erschienenen Literatur sei besonders hingewiesen auf: Reiner Schulze: Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht, ZEuP 1993, S. 442 ff.; Bruno Schmidlin (Hrsg.): Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 16, 1994; Wilhelm Brauner: Europäisches Privatrecht – aber was ist es? (Anmerkungen zu Coing und Zimmermann), ZNR 1993, S. 225 ff.; Pio Caroni: Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neopandektismus, ZNR 1994, S. 85 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>2</sup> Hierzu Filippo Ranieri: Der europäische Jurist, in: *Ius commune* 17 (1990), S. 9 ff. m.w.N.

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 angesichts der Herausforderungen der Industrialisierung in ganz Europa während des 19. Jahrhunderts, namentlich mit der Entwicklung der Rechtsvergleichung<sup>3</sup>.

Der heute vielfach erstrebte "Jurist für Europa"<sup>4</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", "polnische", "belgische" oder "ungarische" Juristen geprägt hat, von der wir aber nicht wissen, ob sie nach – historisch gesehen – kurzer Lebensdauer einer "Europäisierung" der Rechtswissenschaft<sup>5</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

<sup>3</sup> Dazu unten (4), sowie *Aldo Mazzacane* und *Reiner Schulze* (Hrsg.), *Die deutsche und italienische Rechtskultur im "Zeitalter der Vergleichung"*, Berlin voraussichtlich 1995.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Vgl. *Helmut Coing*: *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, in: *NJW* 1990, S. 937 ff.; sowie *Peter Ulmer*: *Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?*, in: *JZ* 1992 S. 1 ff.

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 in Deutschland stellen, ist im folgenden lediglich unter fünf 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) der Umfang des Untersuchungsraumes "Europa" – (5) das Zeitalter des Nationalstaates als besonderes Forschungsproblem Europäischer Rechtsgeschichte.

### (1) *Der Wandel innerhalb des Faches Rechtsgeschichte*

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>6</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.

<sup>6</sup> *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.

Nach ersten Vorstößen – wie *Paul Koschakers* "Europa und das Römische Recht"<sup>7</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>8</sup> Neben die scheinbar eigenständige "Deutsche Rechtsgeschichte" und das isoliert betrachtete "Deutsche Privatrecht" in der Tradition der Lehrbücher von Eichhorn<sup>9</sup> im frühen neunzehnten Jahrhundert bis Mitteis-Lieberich<sup>10</sup> in unseren Tagen traten damit die "europäische Rechtswissenschaft"<sup>11</sup> und die "europäische Rechtskultur"<sup>12</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>13</sup>. Erst in den letzten Jahren freilich beginnt sich die Europäische Rechtsgeschichte auch als Fachbezeichnung für Professuren deutscher Universitäten<sup>14</sup> zu etablieren – neben den herkömmlichen rechtshistorischen Fachrichtungen Deutsche Rechtsgeschichte (und Deutsches Privatrecht), Römisches Recht (und römische

<sup>7</sup> *Paul Koschaker*: Europa und das römische Recht (1. Aufl. 1947), 4. Aufl., München 1966.

<sup>8</sup> *Franz Wieacker*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 1. Aufl., Göttingen 1952, 2. Aufl. 1967, S. 18.

<sup>9</sup> *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.

<sup>10</sup> *Heinrich Mitteis*: Deutsche Rechtsgeschichte: Ein Studienbuch, 1. Aufl., München 1949, 18. Aufl., München 1988 (neubearb. von *Heinz Lieberich*).

<sup>11</sup> Vgl. *Franz Wieacker*, (Fn. 8), 2. Aufl., S. 26 ff.

<sup>12</sup> Vgl. ebd.; *Helmut Coing*: Das Recht als Element der europäischen Kultur, in: HZ 238 (1984), S. 1 ff.

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

<sup>14</sup> So in Regensburg, Trier, jetzt auch in Gießen, vorgesehen in Frankfurt a.d.O.

Rechtsgeschichte) sowie Kirchenrechtsgeschichte. In die Lehre findet sie nach wie vor zumeist 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 Lehrbuch sind ebenso noch Desiderate einer europäisch ausgerichteten Fortentwicklung der Lehrprogramme wie eine angemessene Fortentwicklung der Europäischen Privatrechtsgeschichte und auch der (ebenfalls europäisch-vergleichend zu konzipierenden) Verfassungsgeschichte von ihrer derzeit häufig eher marginalen Rolle im Studium zu Kernfächern europäischer Juristenausbildung<sup>15</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 Forschungsschwerpunkte im Spannungsverhältnis zu jenem Interesse an nationaler Geschichte, das möglicherweise durch die deutsche Einigung sich gerade in nächster Zeit wieder verstärken wird<sup>16</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.

## (2) *Privatrechtsgeschichte und Europäisches Privatrecht der Gegenwart*

a) In der Auseinandersetzung mit den Ausgangspunkten und Zielen Europäischer Privatrechtsgeschichte<sup>17</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

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

<sup>16</sup> Hierzu auch *Michael Stolleis*: Was Moorleichen erzählen: Rechtsgeschichte und ihre Traditionen an den Universitäten der europäischen Länder, in: FAZ vom 15. Aug. 1990.

<sup>17</sup> Zum folgenden vgl. auch *Reiner Schulze*: Vom *Ius commune* bis zum Gemeinschaftsrecht (Fn. 1), S. 32 ff.

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>18</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>19</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 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

<sup>18</sup> Vgl. beispw. *Otto Gerhard Oexle*: Die Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus, in: HZ 238 (1984), S. 17 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Reiner Schulze*: Das Recht fremder Kulturen – Vom Nutzen der Rechtsethnologie für die Rechtsgeschichte, in: Historisches Jahrbuch 1990, S. 446 ff.

kennzeichnenden Grundzügen europäischer Rechtskultur seit dem Mittelalter gehören beispielsweise die weitreichende Ausdifferenzierung des Rechtsbereichs gegenüber anderen kulturellen Sektoren und Normensystemen<sup>20</sup>, insbesondere gegenüber der Religion und eingeschränkt auch gegenüber der Ethik<sup>21</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>22</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" mit dem Recht der 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 Privatrechtsvereinheitlichung ist verschiedentlich erörtert worden<sup>23</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

<sup>20</sup> Zur Ausdifferenzierung des Rechts aus rechtssoziologischer Sicht *Niklas Luhmann*: Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987, insbes. S. 217 ff.

<sup>21</sup> Vgl. f.a.m. *Helmut Coing*, (Fn. 12).

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> *Hein Kötz*: Festschrift für Zweigert, 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. 5), m.w.N.

verschiedentlich mit Kodifikationsbestrebungen verknüpften<sup>24</sup>, sondern auch die ökonomischen Vorzüge einheitlicher Marktbedingungen auch in privatrechtlicher Hinsicht. Ein gemeinsamer Markt ohne gemeinsames Verkehrsrecht (oder lediglich mit Fragmenten gemeinsamen Verkehrsrechts) bliebe 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 großen gemeineuropäischen Tradition 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 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. Die vorrangige Aufgabe müßte – wie hier nur als These formuliert werden kann – wohl darin liegen, durch Vergleich und Systematisierung der Begriffe und Problemlösungen in den verschiedenen nationalen Rechtswissenschaften auf der Grundlage ihrer gemeinsamen und ihrer unterschiedlichen Traditionen zu einem übergreifenden Verständnis gemeinsamer Grundzüge und unterschiedlicher Gestaltungen europäischen Privatrechts zu gelangen. Eine derartige übergreifende, europäische Perspektive könnte 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>25</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>24</sup> Vgl. für den italienischen *codici civile* 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.

<sup>25</sup> *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.

<sup>26</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 machten.

c) Die Frage nach Grundlagen und Zielen Europäischer Privatrechtswissenschaft kann indes hier nicht vertieft werden. Zu überdenken bleibt aber, welche Rolle die *Rechtsgeschichte* bei einer derartigen "Europäisierung" der Rechtswissenschaft einnehmen kann<sup>27</sup>. Innerhalb des Faches stehen sich in Deutschland ein eher "kontemplatives" Verständnis als historische 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>28</sup>) sowie mit seiner Kritik der Dogmengeschichte<sup>29</sup> die Konsequenz aus der 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 der 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

<sup>26</sup> *Franz Wieacker*, (Fn. 8), 2. Aufl., S. 539.

<sup>27</sup> Zum folgendem *Reiner Schulze*: *Vom Ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht* (Fn. 1), S. 33 f.; *Hein Kötz*: "Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?", in: JZ 1992, S. 20 ff.

<sup>28</sup> *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.

<sup>29</sup> *Franz Wieacker*, (Fn. 8), 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.

der Argumentation der Rechtsprechung in der Regel keine ausschlaggebende Rolle mehr ein<sup>30</sup>.

Im Anschluß an die Arbeiten *Coings*<sup>31</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 unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"<sup>32</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

<sup>30</sup> Für die Diskussion über diese Frage innerhalb des Faches Rechtsgeschichte vgl. beispielsw. *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*, in: *Ius commune* 15 (1988), S. 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. 25).

<sup>31</sup> Grundlegend *Helmuth 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 Bände, München 1985/89, und *ders.*: Europäisierung der Rechtswissenschaft, in: NJW 1990, S. 937 ff..

<sup>32</sup> *Friedrich Carl von Savigny*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.

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>33</sup> mit Blick auf die Aktualität vor allem der Dogmatik des *Ius commune* sowie *Filippo Ranieri* 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>34</sup>. Mit dem Anliegen dieser rechtshistorischen Beiträge weithin im Einklang steht die Konzeption, die auf seiten der Rechtsvergleichung *Hein Kötz*<sup>35</sup> vorgelegt hat. Auf längere Sicht zeichnet sich als die Perspektive eines Zusammenwirkens von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zur wissenschaftlichen (Re-)Konstruktion eines gemeinsamen europäischen Privatrechts ab, daß mit Hilfe vergleichender und historischer Arbeit die gemeinsamen wissenschaftlichen Prinzipien in Kernbereichen des Privatrechts in Europa erfaßt und – zugespitzt – die nationalen Verschiedenheiten in der Lehre Europäischen Privatrechts lediglich als Konkretisierungen, Modifikationen oder Ausnahmen behandelt<sup>36</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

<sup>33</sup> *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.

<sup>34</sup> *Filippo Ranieri*, (Fn. 25).

<sup>35</sup> Grundlegend *Hein Kötz*: Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 1981, S. 481 ff.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu *Hein Kötz*: Rechtsvereinheitlichung..., (Fn. 23).

Verschiedenheit der Problemlösungen und Begriffsbedeutungen in den nationalen Rechten dazu herausfordert, den unterschiedlichen nationalen Entwicklungssträngen historisch-vergleichend bis zu gemeinsamen Ausgangs- und Bezugspunkten der Gemeinrechtstradition und im gemeineuropäischen Naturrecht nachzugehen. Dabei wird sich für einige Grundprinzipien der historisch gemeinsame "Kern" durch die Fülle der aus ihm erwachsenden Gestaltungen hindurch erkennen und damit 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>37</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>38</sup>. In der Auseinandersetzung mit den gemeinsamen historischen Grundlagen europäischen Privatrechts müßte zu diesem Bezug auf die Ausgangspunkte im gemeinen Recht und im Naturrecht die 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); und es müßte dabei der Blick vor allem auf die Kommunikation zwischen den nationalen Rechtssystemen gerichtet werden, 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 Bedeutungsvarianten. Für die soeben genannte Privatautonomie etwa hat *Alfons Bürge*<sup>39</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 dieses französische Gesetzbuch bei seinem Erlaß 1804 noch in der bis

<sup>37</sup> Vgl. hierzu *Ralf Peter Sossna*: Die Begrenzung von Vertragsstrafen (Diss. Köln), Berlin 1992.

<sup>38</sup> Überblick bei *Franz Wieacker*, (Fn. 8); *Gerhard Wesenberg* und *Gunther Wesener* (Hrsg.): *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl. 1985; *Helmut Coing*: *Europäisches Privatrecht*, 2 Bde., München 1985/89; *Reinhard Zimmermann*: *Law of obligations*, Johannesburg 1990.

<sup>39</sup> *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, *Ius commune Sonderheft* 52, Frankfurt a.M. 1991.

dahin vorherrschenden naturrechtlichen Tradition verblieben war und zwar das Prinzip der Vertragsfreiheit anerkannt, es aber nicht auf Privatautonomie, sondern auf eine Ermächtigung des Gesetzes für die Vertragsparteien zurückgeführt hatte).

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 gemeinsamen Prinzipien oder zumindest die gemeinsamen historischen Bezugspunkte als eine Verständnisgrundlage zu finden, die aus der Abgeschlossenheit einer auf das jeweilige geltende nationale Recht bezogenen Rechtswissenschaft hinausführt. Wenn man diese Ansätze fortdenkt, könnte die Rechtsgeschichte gemeinsam mit der Rechtsvergleichung in der Auseinandersetzung mit den gemeinsamen historischen Grundlagen und mit den verschiedenen nationalen Ausgestaltungen des Rechts in Europa versuchen, den europäischen Juristen eine Reihe von Prinzipieneläuterungen und Rechtsbegriffen zu liefern, die – wie oben umrissen – ungeachtet unterschiedlicher nationaler Rechtsstile und Kodifikationen die Verständigung ermöglichen und ein vereinheitlichendes Element der juristischen Tätigkeit würden. Auch wenn in den einzelnen Ländern unterschiedliche Zivilgesetzbücher fortgelten, gewönne damit die juristische Praxis in Europa gemeinsame wissenschaftliche Bezugspunkte. Ein derartiges neues wissenschaftliches *Ius commune* könnte zwar die nationale Zersplitterung des Privatrechts in Europa nicht aufheben, ihr aber vielleicht in ähnlicher Weise entgegenwirken, wie die deutsche Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert der nationalen Rechtseinheit lange vor der Kodifikation des Bürgerlichen Rechts den Weg bereitet hat.

### (3) Europäische Verfassungsgeschichte

a) Die besondere Rolle, die das Privatrecht für die Entwicklung der europäischen Rechtskultur in vormoderner Zeit eingenommen hat<sup>40</sup>, erklärt nur zum Teil, daß sich die deutschen Forschungen zur europäischen Rechtsgeschichte zunächst vor allem für diesen Bereich entfaltet haben. Hinzu kam vielmehr eine im 19. Jahrhundert wurzelnde Tradition vorrangiger

<sup>40</sup> Vgl. dazu *Klaus Luig* (Fn. 30).

Ausrichtung auf das Privatrecht innerhalb des Faches Rechtsgeschichte<sup>41</sup>. In den letzten Jahren wurde diese Ausrichtung verschiedentlich kritisiert<sup>42</sup>. Gerade für die Europäische Rechtsgeschichte wäre sie unzulänglich. Denn neben der Geschichte des Privatrechts (und zum Teil verbunden mit ihr) haben beispielsweise gemeinsame Traditionen des Verfassungsrechts (insbesondere die Entwicklung der Grundrechte), sowie gemeinsame Auffassungen und internationale Diskussionen über Verwaltung und Verwaltungsrecht, über die Fürsorge der Gemeinschaft und die soziale Verantwortlichkeit des einzelnen, zum Entstehen gemeinsamer Prinzipien der Demokratie, des Rechtsstaats und des Sozialstaats in Europa beigetragen. Verbindende europäische Grundlagen für diese zentralen Bestandteile moderner europäischer Rechtskultur finden sich schon seit dem Mittelalter in der Entwicklung der Rechtslehre und – häufig mit ihr verbunden – des politischen Denkens. Namentlich mit der Renaissance der Lehren des *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 sowie Verfassung und Rechtsstaat Bindeglieder des politischen und rechtlichen Denkens in Europa wurden.

Für die Europäische Rechtsgeschichte gewinnt daher eine Forschungsrichtung an Bedeutung, die in Deutschland unter dem Begriff der "Verfassungsgeschichte" Juristen aus dem öffentlichen Recht und der Rechtsgeschichte mit Vertretern des Faches Geschichtswissenschaft zusammengeführt hat. Verfassungsgeschichte wird in Deutschland als Forschungsbegriff seit dem 19. Jahrhundert gebraucht<sup>43</sup>; die heute vorherrschenden Konzeptionen sind überwiegend durch die Lehren *Otto Brunners*<sup>44</sup> und die von ihnen ausgelösten Diskussionen geprägt<sup>45</sup>. Im

europäischen Vergleich und Diskurs wird zu überdenken sein, ob diese traditionellen Konzeptionen der Verfassungsgeschichte eine geeignete Grundlage zur Erforschung der *europäischen* Verfassungsgeschichte bieten. So hat *Dietmar Willoweit* jüngst aufgezeigt, daß die deutschen Konzeptionen bislang regelmäßig im Rahmen idiographischer Geschichtswissenschaft auf die singulär-konkrete Erfassung historischer Phänomene ausgerichtet sind und einer vergleichenden "Verfassungsgeschichte" Europas keine hinreichende Basis bieten<sup>46</sup>. Er 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. Insofern stellt sich neben die umrissene Konzeption einer "applikativen" Rechtsgeschichte in Hinblick auf das Privatrecht der Entwurf einer ebenfalls – allerdings in ganz anderer Weise – als "applikative" Wissenschaft fortzuentwickelnden Verfassungsgeschichte.

b) Wachsendes Interesse haben in den letzten Jahren auch die europäischen Zusammenhänge in der Geschichte der Verwaltung und des Verwaltungsrechts gefunden. Die deutsche Forschung sieht teilweise die Verfassungsgeschichte und die Geschichte der Verwaltung als einheitliches Forschungsgebiet an<sup>47</sup>. Schon seit längerem haben in Deutschland die Expansion der Verwaltungstätigkeit und die vermehrten Aufgaben des Staates unter dem Gedanken des "Sozialstaates" (der auf Grund von Art. 20 Abs. I und 28 Abs. I S.1 Grundgesetz zu den zentralen Prinzipien des deutschen Verfassungsrechts gehört) eine intensive Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit den theoretischen Grundlagen und juristischen Problemen der modernen Verwaltung herausgefordert<sup>48</sup> – etwa in Hinblick auf das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, auf das Verhältnis von "Rechtsstaat" und "Sozialstaat", auf Gesetzesbindung und Gestaltungsfreiheit der Staatstätigkeit. Diese moderne Entwicklung hat die Aufmerksamkeit auch auf die Geschichte der Verwaltung und des Verwaltungsrechts gelenkt und gerade in den letzten

<sup>41</sup> Das mit den politischen Verhältnissen enger verwobene Staatsrecht geriet zwar – insbesondere den Germanisten von *Eichhorn* über *Beseler* bis *Gierke* – nicht aus dem Blick; aber es stand beispielsweise in der allgemeinen Methodenlehre und in der Juristenausbildung regelmäßig hinter dem Privatrecht zurück. Diese Tradition verfestigte sich in der Folge auch durch die Fächerverbindung der Rechtsgeschichte gerade mit dem Privatrecht an den Lehrstühlen der deutschen juristischen Fakultäten.

<sup>42</sup> *Michael Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, S. 50 f.; *ders.*: Aufgaben der Neueren Rechtsgeschichte, oder: Hic sunt leones, in: RJ 4 (1985), S. 251 ff.

<sup>43</sup> *Ernst-Wolfgang Böckenförde*: Die Einheit von nationaler und konstitutioneller Verfassungsgeschichte (1815-1914), 2. Aufl., Königstein 1981.

<sup>44</sup> *Brunner* (Fn. 38); *ders.*: Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht, in: HZ 209 (1969), S. 1 ff.

<sup>45</sup> In besonderem Maße besteht die Notwendigkeit, das Verhältnis dieser Forschungsrichtung zu jenen Fachgebieten zu überdenken, die in anderen europäischen Ländern zum Teil ähnliche Gegenstände behandeln, beispielsweise zur "Geschichte der Institutionen" und zur "Geschichte des politischen Denkens" in Frankreich, Italien und anderen romanischen Ländern.

<sup>46</sup> *Dietmar Willoweit*: Probleme und Aufgaben einer europäischen Verfassungsgeschichte, in: *Schulze* (Hrsg.) (Fn. 1), S. 141 ff.

<sup>47</sup> Zum engen Zusammenhang von Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte (der es durchaus gestattet, Verwaltungsgeschichte als Teil der Verfassungsgeschichte zu betrachten) vgl. *Reiner Schulze* und *Robert Mizia*: Verwaltungsgeschichtsschreibung in Deutschland und Österreich, in: *Die Verwaltung* 1985, S. 351 ff., 353 f.

<sup>48</sup> Vgl. die Überblicke bei *Peter Badura*: Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Göttingen 1967.

Jahren ein Gegengewicht zu der bislang vorherrschenden Konzentration der historischen Forschung auf das Privatrecht zu schaffen begonnen. In den Blick traten insbesondere die Traditionen der "Policey" während der "frühen Neuzeit" im Spannungsfeld von Jurisprudenz, Politik, Ethik und Ökonomie auf Grundlage des älteren Aristotelismus sowie die damit verbundenen Fragen der Wirtschafts- und Sozialgeschichte des Merkantilismus (bzw. des "Kameralismus" als dessen in Deutschland vorherrschender Version)<sup>49</sup>.

Dieses Interesse an der Geschichte der Verwaltung hat sich in Deutschland von verschiedenen Ausgangspunkten her auf die europäischen Zusammenhänge ausgedehnt. Dazu gehörten, um nur zwei Beispiele zu nennen, – beispielsweise herausgefordert durch *Hans Maiers* grundlegendes Werk<sup>50</sup> – der Vergleich zwischen Deutschland und Westeuropa in Hinblick auf deutsche Besonderheiten oder gar einen deutschen "Sonderweg" und die vertiefte Auseinandersetzung mit dem französischen Einfluß auf das Entstehen des Verwaltungsrechts als eigener rechtswissenschaftlicher Disziplin in Deutschland<sup>51</sup>. Entscheidende Impulse erhielt diese europäische Ausrichtung der Forschungen zur Verwaltungsgeschichte jüngst durch die Diskussionen über "Europäisches Verwaltungsrecht" für unsere Zeit. Ebenso wie für die "Verfassungsgeschichte" stellt sich auch hier das Problem, daß "Verwaltung" heute in verschiedenen Ländern Europas in unterschiedlicher Weise begriffen wird<sup>52</sup> und zudem als historiographischer Begriff einen Gegenstandsbereich bezeichnet, der weit über den Gebrauch des Terminus "Verwaltung" in den historischen Quellen selbst hinausgreift<sup>53</sup>. Trotz dieser Probleme zeichnen sich aber bereits derzeit die Forschungen auf dem Feld der Verwaltungsgeschichte durch ein erfreuliches Maß an internationalem Zusammenwirken aus, wie die in

<sup>49</sup> Hierzu *Reiner Schulze*: *Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert*, Berlin 1982, S. 115 ff., 179 ff.

<sup>50</sup> *Hans Maier*: *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2. Aufl., München 1980 (1. Aufl., Neuwied 1966); *ders.*: *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition*, Tübingen 1966.

<sup>51</sup> Vermittelt insbesondere durch den deutschen Rechtswissenschaftler *Otto Mayer*; vgl. hierzu *Erk Volkmar Heyen*: *Otto Mayer: Frankreich und das Deutsche Reich*, in: *Der Staat* 19 (1980), S. 444-460; *ders.*: *Otto Mayer: Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft (= Schriftenreihe der Hochschule Speyer)*, Berlin 1981; *Alfons Hueber*: *Otto Mayer. Die "juristische Methode" im Verwaltungsrecht (= Schriften zum öffentlichen Recht)*, Berlin 1982.

<sup>52</sup> Für die Staaten der Europäischen Gemeinschaft vgl. *Jürgen Schwarze*: *Europäisches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Wiesbaden 1988, S. 13 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zur Diskussion über den Gegenstand der Verfassungsgeschichte insbes. die Beiträge von *Reinhard Koselleck*, *Karl Kroeschell* und *Rolf Sprandel* in: *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung*, *Der Staat*, Beiheft 6 (1983).

letzter Zeit erschienenen vergleichenden Darstellungen<sup>54</sup> und das neue "Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte"<sup>55</sup> zeigen.

#### (4) "Europa" – der Umfang des Untersuchungsraumes

a) Nicht allein neue Fragestellungen, Epochen und Rechtsgebiete sind in den letzten Jahren in das Blickfeld der Forschungen zur Europäischen Rechtsgeschichte getreten, sondern auch in geographischer Hinsicht hat sich das Forschungsinteresse geweitet. Insbesondere hat sich die Aufmerksamkeit im letzten Jahrzehnt weit mehr als zuvor den geschichtlichen Verbindungen zwischen dem kontinentalen und dem englischen Recht zugewandt<sup>56</sup>. Neben den bekannten geschichtlich bedingten Unterschieden des englischen (und amerikanischen) Common law gegenüber dem kontinentaleuropäischen Recht (dem Civil law in englischer Begrifflichkeit) sind dabei historische Beziehungen und strukturelle Gemeinsamkeit in weiterreichendem Umfang hervorgetreten, als früher zumeist angenommen. Anknüpfen konnten die neueren Arbeiten freilich durchaus an einige ältere Forschungsansätze, beispielsweise an Arbeiten von *Heinrich Brunner*<sup>57</sup> und *F. W. Maitland*<sup>58</sup> (auf die sich *Helmut Coing* und *Knut Wolfgang Nörr* bei der Eröffnung ihrer neuen Schriftenreihe bezogen<sup>59</sup>) oder an Studien wie die von *Fritz Pringsheim*<sup>60</sup>, die schon früh auf Gemeinsamkeiten zwischen dem römischen Recht (und damit den Wurzeln des kontinentalen Civil law) einerseits und dem englischen Common law andererseits hingewiesen hatten.

<sup>54</sup> Vgl. insbes. *Erk Volkmar Heyen* (Hrsg.): *Geschichte der Verwaltungswissenschaft in Europa*, Ius commune Sonderheft Nr. 18, Frankfurt a. M. 1982; auch beispielsweise in der italienischen Literatur unter internationaler Beteiligung *Filosofia politica*, Bd. 1988/II; *ISAP Archivio: L'amministrazione nella storia moderna*, 3, Milano 1985 sowie in Publikationen des Institut international des Sciences Administratives IISA, Brüssel.

<sup>55</sup> *Erk Volkmar Heyen, Guido Melis, Jean-Louis Mestre, Vincent Wright, Bernd Wunder* (Hrsg.): *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, Baden-Baden seit 1989.

<sup>56</sup> Eingehend zur rechtlichen Beziehung zwischen England und dem Kontinent schon mehrere Beiträge in: *Mauro Cappelletti* (Hrsg.): *New Perspectives for a common Law of Europe*, London usw. 1978.

<sup>57</sup> *Heinrich Brunner*: *Überblick über die Geschichte der französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen*, Leipzig 1882; *ders.*: *Geschichte der englischen Rechtsquellen im Grundriß*. Mit einem Anhang über die normannischen Rechtsquellen, Leipzig 1909.

<sup>58</sup> Vgl. z. B. *Frederic William Maitland*: *Roman Canon Law in England*, London 1898.

<sup>59</sup> *Helmut Coing* und *Knut Wolfgang Nörr*, Vorwort in: *Coing und Nörr*: *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt*, Berlin 1985, S. 5. Der Band eröffnet die Schriftenreihe *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*.

<sup>60</sup> *Fritz Pringsheim*: *The inner Relationship between English and Roman Law*, in: *The Cambridge Law Journal* Vol. 5 (1935), p. 347 - 365.

Vor allen die von *Coing* und *Nörr* begründete Schriftenreihe hat eine Vielfalt geschichtlich begründeter Gemeinsamkeiten zwischen englischem und kontinentalem Recht zutage gebracht, so daß keineswegs von einer isolierten, völlig eigenständigen Entwicklung des Rechts einerseits im kontinentalen, andererseits im angelsächsischen Bereich ausgegangen werden kann. Dem unübersehbar Trennenden steht eine Fülle historischer Verbindungen gegenüber. Zu ihnen gehören – wie eine Reihe von Arbeiten der letzten Jahre gezeigt hat – nicht nur stärkere Einflüsse der Tradition des älteren gelehrten Rechts auf England als zuvor angenommen, sondern auch vielerlei wechselseitige Bezüge in der Neuzeit auf nahezu allen Rechtsgebieten – vom Privatrecht<sup>61</sup> über das Strafrecht<sup>62</sup>, das Verfahrensrecht und die Gerichtsverfassung<sup>63</sup> bis hin zum Staatsrecht und allgemein zur "Verfassungsgeschichte"<sup>64</sup>. Weitere Aufschlüsse über strukturelle Ähnlichkeiten und über die Vereinbarkeit juristischer Lösungsansätze in den nur scheinbar so unvereinbaren Rechten Englands und des Kontinents verspricht zudem die Untersuchung von Berührungs- und Überschneidungsräumen beider Rechtskreise, wie sie sich insbesondere in den Arbeiten *Zimmermanns* in Hinblick auf Südafrika<sup>65</sup> findet.

b) Den Osten Europas haben hingegen die deutschen Forschungen zur Europäischen Rechtsgeschichte bislang weitaus weniger einbezogen. Soweit Hindernisse aus den Verhältnissen unserer Zeit erwachsen waren – namentlich aus der politischen Trennung West- und Osteuropas und aus der damit verbundenen kulturellen Entfremdung mit all ihren Folgeerscheinungen bis hin zu unzulänglichen Sprachkenntnissen –, eröffnen die Veränderungen der letzten Jahre nicht nur neue Möglichkeiten der wissenschaftlichen Zusammenarbeit. Sie fordern vielmehr gerade dazu heraus, die aus der jüngsten Vergangenheit

<sup>61</sup> Grundlegend *Nörr*: The European Side of the English Law. A Few Comments from a Continental Historian, in: *Coing* und *Nörr* (Fn. 59), S. 15 ff.; *John Barton* (Hg.): Towards a General Law of Contract, Berlin 1990.

<sup>62</sup> Vgl. beispielsweise *Reiner Schulze*: Il contributo italiano al diritto nel tardo Ottocento, in: Materialien der Tagung Problemi istituzionali e riforme nell'età Crispina (LV Congresso di Storia del Risorgimento in Sorrent, 1992); ders., Das Entstehen des Europäischen Gemeinschaftsrechts – Eine Forschungsaufgabe der juristischen Zeitgeschichte, ZNR 1994, Heft Nr. 3, S. 297-324.

<sup>63</sup> Vgl. *Vito Piergiovanni* (Hrsg.): The Courts and the Development of Commercial Law, Berlin 1987; *Antonio Padoa Schioppa* (Hrsg.): The Trial Jury in England, France, Germany 1700 - 1900, Berlin 1987; *John H. Baker* (Hrsg.): Judicial Record, Law Reports, and the Growth of Case Law, Berlin 1989; *Charles Donahue* (Hrsg.): The Records of the Medieval Ecclesiastical Courts, Berlin 1989.

<sup>64</sup> Vgl. *Eckhart Hellmuth* (Hrsg.): The Transformation of Political Culture. England and Germany in the late eighteenth Century, London/Oxford 1990. *Roland Kleinhenz*: Königium und parlamentarische Vertrauensfrage in England 1689 - 1841 (Diss. Würzburg), Berlin 1991.

<sup>65</sup> *Reinhard Zimmermann*: Das römisch-holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus, Darmstadt 1983; ders.: Usus hodiernus pandectarum (Fn. 33).

erwachsenen Verengungen der historischen Perspektive zu überwinden und die erhofften neuen europäischen Gemeinsamkeiten in den Zusammenhang der gemeinsamen europäischen Geschichte vor der politischen Spaltung des 20. Jahrhunderts zu stellen.

Für einen weiten Raum vom Baltikum über Polen und Ungarn bis in den Balkan hinein – zuweilen als Mittel-Ost-Europa zusammengefaßt – haben bereits einige neuere Arbeiten der weiteren Forschung in Deutschland den Weg bereitet, indem sie die Zugehörigkeit dieses Raumes zum Einflußbereich des *Ius commune* aufgezeigt haben<sup>66</sup>. Darüber hinaus wird in internationaler Zusammenarbeit den weiteren Bindungen des Ostens zu den anderen Teilen Europas nachzugehen sein, beispielsweise den intensiven Beziehungen im Ostseeraum (einschließlich Skandinaviens) und ihren Ausstrahlungen weit in die Mitte und in den Osten des Kontinents hinein seit dem Mittelalter; den Verbindungen etwa durch die Übernahme deutscher Stadtrechte<sup>67</sup> (im Unterschied zu älteren deutschen Forschungstraditionen freilich nicht aus der Perspektive der Nationalgeschichte, sondern der europäischen Geschichte); dem Entstehen und Fortwirken internationaler Gemeinsamkeit in der Habsburger Monarchie<sup>68</sup> und anderem mehr.

Kontrovers beurteilt wird indes die Stellung jenes großen Teiles Europas, den im Mittelalter nicht die lateinische Kirche und Wissenschaftssprache, sondern weithin die griechisch-byzantinische Tradition prägten. Der bislang vorherrschende Europa-Begriff der deutschen rechtshistorischen Forschung hat sich grundsätzlich auf den lateinischen Bereich beschränkt und dem griechisch-byzantinischen Osten und Südosten ausgeschlossen<sup>69</sup>. Es fragt sich indes, ob

<sup>66</sup> Vgl. die Überblicksbeiträge für das Baltikum von *Werner Kundert* und *Barbara Dölemeyer*, in: *Coing* (Hrsg.): Handbuch (Fn. 13), Bd. III/2, S. 2071 ff.; für Polen von *Leslaw Pauli*, ebd., S. 2099 ff.; für Ungarn von *Janas Zlinsky*, ebd., S. 2141 ff.; für Rumänien von *Valentin Al. Georgescu*, ebd., Bd. III/5, S. 1 ff.; für Jugoslawien von *Sergij Vilfan*, ebd., S. 325 ff.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu *Willoweit* und *Schich* (Hrsg.): Studien zur Geschichte des sächsisch-magdeburgischen Rechts in Deutschland und in Polen, Frankfurt a.M. 1980; *I. Kwiatkowska*: Das sächsische Recht in der polnischen juristischen Literatur des 17. Jahrhunderts, in: *G. Lingelbach* und *H. Lück* (Hrsg.): Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung. Festschrift für Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1991, S. 119-123; insbes. zum Magdeburger Recht in Kiew jüngst *Heiner Lück*: Magdeburger Recht in der Ukraine, in: ZNR 1990, S. 113 ff.; ders.: Das Denkmal des Magdeburger Rechts in Kiew, in: Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde, hg. von *Louis Carlen*, Bd. 12, Zürich 1990, S. 109 ff.

<sup>68</sup> Dazu *Wilhelm Brauner*: Vernünftiges Recht als überregionales Recht, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Fn. 1).

<sup>69</sup> Vgl. unlängst *Coing* (Fn. 13), S. 4: "Dieses *Ius commune* und die ihm gewidmete Wissenschaft ist also ein Bestandteil dessen, was man die lateinische Kultur des Mittelalters genannt hat. Sein Bereich ist derjenige der lateinischen Kirche ... Die osteuropäischen Länder jenseits der Grenzen von Italien, Ungarn und Polen bilden einen anderen Bereich, der zwar auf den gleichen Grundlagen, nämlich dem

diese Sichtweise nicht gegenüber den – sicherlich besonders stark ausgebildeten – Gemeinsamkeiten des "lateinischen Europas" die verbindenden Elemente der gesamteuropäischen Kultur zu sehr hintanstellt (beeinflußt möglicherweise durch den Erfahrungshorizont der jüngsten Vergangenheit, in der beispielsweise Rußland und die Ukraine sich noch nicht dem Europa-Gedanken geöffnet hatten und sich die Europäische Gemeinschaft vor dem Beitritt Griechenlands noch nicht auf den Südosten erstreckt hatte).

Zwar müssen "Europa" und "Europäische Rechtskultur" als historiographische Begriffe nicht notwendig vollständig oder ausschließlich den geographischen Raum Europa bezeichnen. Sie bedürfen vielmehr eigener Ausfüllung auf Grund des kultur- und rechtshistorischen Quellenmaterials und Erkenntnisinteresses. Aus dieser Sicht begründen aber schon die gemeinsamen historischen Ausgangspunkte der Rechtsentwicklung im lateinischen und im griechisch-byzantinischen Europa in der Antike – namentlich die christliche Tradition und das römische Recht – wesentliche Gemeinsamkeiten eines West- und Osteuropa umgreifenden Kulturraumes; bereits sie geben der kulturellen Entwicklung dieses gesamten Europas ihre Spezifik gegenüber außereuropäischen Rechtskulturen. Näher zu untersuchen wären darüber hinaus beispielsweise Gemeinsamkeiten, die trotz der Kirchenspaltung möglicherweise über das kirchliche Recht vermittelt wurden oder die aufgrund der Mittlerrolle Polen-Litauens sowie der Verbindungen nach Skandinavien und in den deutschen Sprachraum seit dem Mittelalter neu entstanden. Auf Grundlage dieses älteren Zusammenhanges wird man in der Fülle neuzeitlicher Verbindungen zwischen dem Osten und dem Westen Europas – für Rußland vor allem während der Reformen des 18. und des 19. Jahrhunderts<sup>70</sup> – trotz der Unterschiede in der vorangegangenen Entwicklung nicht lediglich die Begegnung zweier einander völlig fremder Rechtskulturen sehen können, sondern eher die – im wesentlichen von Westen ausgehende – tiefgreifende Erneuerung eines aus der Antike überkommenen Kulturzusammenhanges.

römischen Recht und dem Christentum beruht, der aber zur griechischen Kultur von Byzanz und nicht zum Westen gehört. Wenn wir hier von Europa sprechen, so ist also dieser engere Bereich von Europa gemeint."

<sup>70</sup> Vgl. hierzu beispielsweise *Claes Peterson*: Peter the Great's administrative and judicial reforms. Swedish antecedents and the progress of reception, Stockholm 1979; *Marc Raeff*: The well-ordered police state. Social and institutional change through law in the Germanies and Russia 1600-1800, New Haven und London 1983.

## (5) 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 Herausforderung 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>71</sup>. Vergleichbare Problemlagen in vielen Ländern Europas – wenn auch häufig zeitverschieben – 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>72</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

<sup>71</sup> Vgl. Helmut Coing, (Fn. 13), S. 5.

<sup>72</sup> Zur Entwicklung und Bedeutung der Rechtsvergleichung vgl. f. a. m. Bernhard Großfeld: 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.

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>73</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 "am Rande" gelegen, rücken beispielsweise Belgien und die Niederlande in das Zentrum europäischer Rechtsgeschichte. Entsprechendes gilt für die Rheinlande, in denen das ganze 19. Jahrhundert hindurch deutsche Juristen französisches Recht anwandten<sup>74</sup>. 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>75</sup> ins Französische<sup>76</sup> hatten daran Anteil<sup>77</sup>, sondern 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

<sup>73</sup> Hierzu Erik Jayme: Rechtsvergleichung im "Zeitalter der Vergleichung" – Amari und Nietzsche, in: Die deutsche und italienische Rechtskultur im "Zeitalter der Vergleichung", (Fn. 3).

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> Charles Aubry/Charles Rau: Cours de Droit civil francais d'après la Méthode de Zachariä, 8 Bde., 5. Aufl., Paris 1869-1883.

<sup>77</sup> Weiterführend zum deutschen Einfluß auf Frankreich Alfons Bürge, (Fn. 39); 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. 24), S. 105 ff.

Erfahrungen in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit in Frankreich nutzten (wie der für das IPR in Frankreich grundlegende *Johann Kasper Foelix*)<sup>78</sup>.

Ein weiteres Beispiel für den Beitrag eines Landes "zwischen" den großen "Rechtskreisen" zur europäischen Rechtsgeschichte bietet Italien, das bei der Ausbildung einer nationalen Rechtskultur nach seiner 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>79</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>80</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>81</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 Vergleichung 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 fünfziger Jahren – vor allem durch die Europäische Menschenrechtskonvention und

<sup>78</sup> 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. 39), insbes. Kap. 6 m.w.N.

<sup>79</sup> *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. 24), S. 297 ff.; *ders.*: (Fn. 73).

<sup>80</sup> *Reiner Schulze*: Il contributo italiano al diritto penale nel tardo Ottocento, in: Materialien der Tagung Problemi istituzionali e riforme nel' età Crispina, Sorrento 1990.

<sup>81</sup> *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. 24), S. 225 ff.

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.

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>82</sup> während der neuesten Geschichte des europäischen Rechts und nicht zuletzt in Hinblick auf die historischen Grundlagen der "gemeinsamen Rechtsgrundsätze", die die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für das Recht der Europäischen Gemeinschaft anerkannt hat und fortentwickelt. Denn gerade diese Rechtsgrundsätze können Bindeglieder zwischen den wissenschaftlich zu entwickelnden Prinzipien eines neuen *Ius commune* einerseits und dem positiven Gemeinschaftsrecht andererseits bilden. Unter den zuletzt genannten 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 Grenzen der Europäischen Union hinaus.

<sup>82</sup> Von verschiedenen Ansatzpunkten her in der neueren 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 Carsten, 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 Röss* (Hrsg.): Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1987.

## Rechtsgeschichtliche Vorträge

Publikation  
des Lehrstuhls für Ungarische Rechtsgeschichte  
Eötvös Loránd Universität Budapest

---

1. **Kurt Seelmann:** Hegels Versuche einer Legitimation der Strafe in seiner Rechtsphilosophie von 1820, Budapest 1994
2. **Wolfgang Sellert:** Der Beweis und die Strafzumessung im Inquisitionprozeßrecht, Budapest, 1994
3. **Wilhelm Brauner:** Grundrechtsentwicklung in Österreich, Budapest, 1994
4. **Barna Mezey:** Kerker und Arrest (Anfänge der Freiheitsstrafe in Ungarn), Budapest 1995
5. **Reiner Schulze:** Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur, Budapest, 1995

## In Vorbereitung

- Kurt Seelmann:** Feuerbachs Lehre vom "psychologischen Zwang" und ihre Entwicklung aus Vertragsmetaphern des 18. Jahrhunderts  
**Kinga Beliznai:** Gefängniswesen in Ungarn und Siebenbürgen im 16-18. Jahrhundert  
**Michael Köhler:** Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte  
**Attila Horváth:** Die privatrechtliche und strafrechtliche Verantwortung in dem mittelalterlichen Ungarn  
**Allan F. Tatham:** Parliamentary Reform 1832-1911 in England