

EUROPA ALS RECHTSGEMEINSCHAFT*

Michael Stolleis

Abstract: Europa hat aus Kriegen und Bürgerkriegen gelernt, dass es eine gemeinsame Zukunft nur als eine durch Recht verfasste Gemeinschaft haben kann. Dieser Beitrag schildert die historischen Wurzeln Europas in der Rechtsgeschichte des „ius commune“ und des „ius canonicum“, vor allem aber des „ius commune publicum“ im Natur- und Völkerrecht, in den Grundrechten und der Verfassung als einer zentralen Idee der Moderne.

Abstract: Europe has learned through wars and civil wars that a common future can exist only as a community organized by law. The present contribution sketches Europe's historical roots in the legal history of the "ius commune" and "ius canonicum", but mostly of "the ius commune publicum", consisting of natural law and international law, fundamental rights and the constitution as a central idea of modernity.

Key Words: Europa, Rechtsgemeinschaft, Rechtsgeschichte, ius commune, ius canonicum, Natur- und Völkerrecht, ius commune publicum.

Key Words: Europe, community based on law, legal history, ius commune, ius canonicum, natural law and international law, ius commune publicum.

I

„Europa als Rechtsgemeinschaft“ ist eine Formel Walter Hallsteins, die später noch einmal von Jacques Delors aufgenommen wurde. Hallstein war nicht nur brillanter Frankfurter Jurist, sondern einer der entscheidenden Promotoren des neuen Europa nach dem Zweiten Weltkrieg. Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Paul Henri Spaak, Jean Monnet und Konrad Adenauer waren die legendären Gründungsväter, Hallstein, Franz Etzel, Carl Friedrich Ophüls (wieder ein Frankfurter), Hans von der Groeben, Karl Carstens, Paul Barandon, Wilhelm G. Grewe, Ulrich Everling und andere waren die an vielen Stellen wirkenden Juristen, die in jenen Jahren, mit dem Optimismus der Nachkriegsgeneration und des Neuanfangs, Europa auf den Weg brachten. Dieser Weg reicht vom Europarat (1949) über die Montan-Union (1951) zur gescheiterten Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (1954), zum Schuman-Plan und schließlich zu den Römischen Verträgen von 1957. Die folgenden Jahre waren von europäischem Optimismus und einem Willen zur Ausfüllung der Verträge bestimmt. Man erwartete eine gegenseitige Stimulierung des freien Warenverkehrs, der Freizügigkeit und des Agrarmarkts, so dass an ein Zurück in voreuropäische Nationalismen nicht mehr zu denken war.

* Wissenschaftliches Kolloquium im Rahmen des Walter-Hallstein-Symposiums, 10. November 2008; Träger des Walter-Hallstein-Preises 2008 war Claudio Magris (Die Vortragsform wurde beibehalten).

Wesentliches Bauelement war das „Recht“, sowohl in der Politik der Kommission als auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der den Vorrang des europäischen Rechts bei Kollisionen mit nationalstaatlichem Recht durchsetzte.

In diesem Zusammenhang fiel Hallsteins Wort, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, wie sie damals noch hieß, sollte „Rechtsgemeinschaft“ werden¹. Auch die „europäische Rechtsgeschichte“ entdeckte gleichzeitig eine Chance. Europäisch angelegte Privatrechtsgeschichten wurden geschrieben (Paul Koschaker, Franz Wieacker), es gab ein europäisches Gemeinschaftsprojekt des römischen Rechts im Mittelalter (*Ius Romanum Medii Aevi*) und es kam zur Gründung eines Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte 1964 durch Helmut Coing, wiederum einen Frankfurter. Ihrer aller Grundidee lag darin, das mittelalterliche und frühneuzeitliche „*ius commune*“ als ein verbindendes Element Europas wieder ins Bewusstsein zu heben, weniger um der europäischen Rechtsvereinheitlichung zuzuarbeiten als um die Breite und Tiefe der europäischen Rechtskultur zu erforschen.

Seit den sechziger Jahren war also die Realisierung der europäischen Einigung an die Juristen übergegangen. Das hatte, nach aller Erfahrung, seine Vorteile, weil die Juristen nun wirklich professionell arbeiten konnten. Sie schufen Institutionen, formulierten Normen aller Art, kümmerten sich um deren Durchsetzung und legten auf diese Weise ein immer dichter werdendes normatives Gespinnst über Europa. Dies hatte aber auch, ebenfalls nach historischer Erfahrung, gewaltige Nachteile; denn es bedeutete den Übergang der Europa-Idee in die Hände der Bürokratie. Zwei Generationen später sehen wir deutlicher als damals, dass das optimistische Programm „Europa muss Rechtsgemeinschaft werden“ auch Schattenseiten im Bewusstsein der Bürger hatte. Populisten in Dänemark, Irland, Niederlanden, Belgien und Frankreich, aber auch die deutschen Rechtsaußenparteien nutzen das Potential der Affekte gegen die „Bürokraten“ und ihr Recht in Brüssel.

Damals schien der Widerstand gegen die europäische Einigung primär politischer Natur zu sein und aus Frankreich zu kommen. De Gaulle betrieb eine sowohl antienglische als auch anti-integrative Politik und bremste die europäische Integration für mehr als ein Jahrzehnt. Frankreich gebrauchte dreimal sein Veto gegen eine Einbeziehung Englands (1958, 1963, 1967) und es verhinderte eine Wiederwahl Hallsteins. Erst 1969 gelang es, den (1973 vollzogenen) Beitritt Englands, Dänemarks und Irlands durchzusetzen, und von da an gewann die Integrationspolitik neue Dynamik. Fasst man alle diese Entwicklungen zusammen und sieht sie als Geschichte einer werdenden europäischen Verfassung, dann kann man in der Tat von „Ansätzen zu einer Verfassungsgeschichte der Europäischen Union“ sprechen, wie dies unser Kollege Manfred Zuleeg getan hat².

¹ Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf 1969; siehe auch Zuleeg, *Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, 545 ff.

² Zuleeg, *Ansätze zu einer Verfassungsgeschichte der Europäischen Union*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19 (1997) 270 ff.

Ich möchte im Folgenden nicht diesen Prozess des europäischen Weges zu einer „Rechtsgemeinschaft“ von den Römischen Verträgen bis zum ablehnenden Votum Irlands nachzeichnen. Das wäre eine enorme und materialreiche Aufgabe. Ebenso möchte ich nicht die Entstehung des Europarechts als Wissenschaftsdisziplin schildern. Das wäre für Deutschland eine relativ kurze Geschichte, die kaum weiter als in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts zurückreicht³. In einer Veranstaltung, die um Claudio Magris zentriert ist, scheint es mir sinnvoller, den Maestro nicht mit der Geschichte der europäischen Institutionen der fünfziger und sechziger Jahre zu langweilen noch ihn in auf die steinigten Pfade der deutschen Wissenschaftsgeschichte Juristischer Fakultäten der fünfziger bis siebziger Jahre zu führen. Es liegt vielmehr nahe, etwas von der rechtshistorischen Tiefendimension zu vermitteln, die sich dem Blick der Rechtsgeschichte erschließt, wenn von Europa die Rede ist⁴.

Rechtshistoriker erinnern seit der Europaeuphorie der fünfziger Jahre daran, dass Europa vom 13. bis zum 18. Jahrhundert über eine prinzipiell homogene Wissenschaftskultur des Rechts verfügte. Das in den meisten europäischen Gebieten „rezipierte“ römische Recht war „gemeines Recht“ (*ius commune*). Die Juristen studierten es in Bologna und Padua, Prag, Heidelberg, Köln und Wien, in Bourges, Paris und Orléans, später in Uppsala, Krakau und anderswo. Die gelehrte Welt und die Kirche sprachen gemeinsam Latein. Nationale Grenzen gab es nicht. Die Bildungslandschaft war frei begehbar. Ausbildungsziele, Methodik, Gegenstände und das Wanderleben der Scholaren waren einheitlich und stilbildend für einen selbstbewussten Juristenstand, der seit dem 15. Jahrhundert überall in städtischen, fürstlichen und königlichen Verwaltungen und Gerichten das Bild bestimmte.

Gleichzeitig erhielt sich aber das überall vorhandene einheimische, lokale Recht. Die Parteien mussten es vor Gericht darlegen - etwa abweichendes Handelsrecht, Dorfrecht, Stadtrecht, Landrecht, lokale Gewohnheiten, Privilegien Einzelner usw. Europa war also rechtlich außerordentlich kompliziert: Es gab Recht, das auf die Person (und nur auf diese) bezogen war. Der Lehensmann, der Kaufmann, der Handwerker, der Bauer, der Priester, der Mönch und die Nonne lebten sämtlich in Sonderrechtskreisen, mit jeweils für sie gültigen Normen. Für die einen war der Lehensherr zuständig, später der Rat der Stadt oder der Landesherr, für die anderen Zunft und Zunftgericht, für wieder andere der Bischof oder der Abt. Darüber lag eine weitgehend einheitliche Rechtsschicht des gelehrten Rechts (in Deutschland auch kaiserliches Recht genannt, um den Legitimationsgrund anzudeuten). Es überlagerte die einheimischen lokalen Rechte, und es war das Recht, das die höheren Gerichte, die mit professionellen Juristen besetzt waren, vor allem anwandten. Dadurch sickerte dieses römische Recht gewissermaßen in die einheimischen Rechte ein, gab ihnen Systematik und Rechtsbegriffe. Im 20. Jahrhundert hat man diesen für das Spätmittelalter und die frühe Neuzeit

³ Hierzu demnächst Stolleis, Europa als Vorstellung und Arbeitsgebiet der westdeutschen Staatsrechtslehre nach 1945, in: Mainzer Kolloquium für Heinz Duchhardt, 2008.

⁴ Stolleis, Europa, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2008, Spalte 1439-1441.

zentralen Vorgang dann kurzerhand „Verwissenschaftlichung“ genannt (G. Dahm, F. Wieacker).

Zu diesem Ineinander von einheimischem lokalem Recht und „wissenschaftlichem“ (lateinischem) *ius commune* kam – um die Komplexität weiter zu steigern – noch das Recht der katholischen Weltkirche hinzu. Es war nach einer Inkubationszeit von fast tausend Jahren im 13. Jahrhundert in der Art eines Gesetzbuchs zusammengefasst worden und galt nun für alle katholischen Christen auf den Gebieten des Eherechts, des kirchlichen Vermögensrechts, des Prozessrechts, der Kirchenstrafen, des Mönchsrechts usw. Auch dieses katholische Kirchenrecht – selbst eine Art Abkömmling wieder des römischen Rechts - prägte die Lebenswelt der Europäer von Norwegen bis Sizilien, von Polen bis Spanien. Es bildete eine parallele Rechtsordnung zum *ius civile* – und entsprechend promovierte man vielerorts mit dem Titel *Dr. utriusque juris*, also „beider Rechte“.

Das Kirchenrecht hat alles weltliche Recht tief durchdrungen und es hatte eine mindestens ebenso starke Klammerfunktion für das „lateinische Europa“. Die lutherische und die calvinistische Reformation haben daran nichts geändert. Das evangelische Kirchenrecht hat die gemeinsamen Grundlagen stets akzeptiert und fortgebildet. Funktional betrachtet bildet das Kirchenrecht aller drei Hauptkonfessionen eine Einheit. Es ist einer der wesentlichen Faktoren europäischer Identitätsbildung geworden. Auch die kirchliche Seite des öffentlichen Lebens wurde „verrechtlicht“ und „verwissenschaftlicht“. Das Individuum erhielt eine scharf umrissene Rechtsposition, es gab genaue Verfahrensregeln und Prinzipien der Verfahrensgerechtigkeit. Mit Recht spricht man vom römisch-kanonischen Prozess, der sich überall an den Gerichten durchsetzte. Und vor allem wurde in Europa eingeübt, dass richterliche Entscheidungen als verbindlich anzusehen seien. Selbsthilfe und Gewalt sollten ein Ende haben, wenn eine Sache entschieden war (*res iudicata*).

Diese komplexe europäische Rechtswelt, in der noch einmal England und das dem Kontinent nähere Schottland, Skandinavien und Polen (ganz zu schweigen vom europafernen orthodoxen Russland und den Ländern unter der Herrschaft von Byzanz!) Sonderrollen spielen, diese Welt wurde mit der Entstehung der Nationalstaaten aufgesprengt. Der Prozess reicht weit in das Mittelalter zurück, wird aber manifest dann im 17. und 18. Jahrhundert. Nun hatten sich europäische Staaten mit festen Grenzen gebildet. Die Staaten pochten auf ihre Souveränität, errichteten Grenzregime, bauten territoriale Verwaltungen auf, schufen Steuersysteme, entwickelten erstmals Handelsbilanzen für ihre Länder und sie ordneten – nicht zuletzt – ihre Justiz. Fast überall rief man nun nach Ordnung des verworrenen Rechts, betonte die Rolle des Gesetzgebers, dessen Gebot nun alles ältere Recht aufheben konnte. Diesem Gesetzgeber traute man dann auch bald die große Ordnung stiftende Tat zu, die Kodifikation. Seit dem 16. Jahrhundert geisterten mannigfache Pläne der Kodifikation durch Europa, immer wieder wurde ein „neuer Justinian“ beschworen. Die Juristen entwarfen (auf der Grundlage des römischen Rechts und nach dem Schema des nun überall gelehrten Naturrechts) Einteilungen des Rechtsstoffs und überlegten sich, was in eine Kodifikation gehöre. Am Ende des 17. Jahrhunderts beginnt dann die lange Reihe der Kodifikationen mit Dänemark (1683), zahlreichen

Landrechten in Österreich und Deutschland, einer geschlossenen Kodifikation in Bayern (1756), dann Preußen (1794), Frankreich (1804), Österreich (1811). Ganz am Ende stehen dann Deutschland (1896), die Schweiz (1911) und Italien (1941). Gegenstand dieser Kodifikationen war durchweg das Privatrecht, daneben das Gerichtswesen mit seinen Prozessordnungen, aber auch das Strafrecht und das Handelsrecht. 1917 mündete auch das Recht der katholischen Kirche in einen neuen Codex Iuris Canonici.

Dies alles ist im Wesentlichen Gegenstand der sog. Privatrechtsgeschichte sowie der Geschichte des Kirchenrechts. Mindestens der privatrechtsgeschichtliche Teil ist allen Rechtshistorikern geläufig. Es ist sozusagen das dreifache rechtsgeschichtliche Erbe Roms. Zuerst also das juristische Erbe des römischen Rechts, im 6. Jahrhundert noch einmal in Konstantinopel gesammelt und im Hochmittelalter in Europa wiedergefunden und entfaltet. Es ist aber auch das Erbe des römischen Kirchenrechts, das ebenfalls im 12. Jahrhundert in Buchform gegossen und weiterentwickelt wurde, um dann von der katholischen Kirche und den protestantischen Kirchen bis in die Gegenwart weitergeführt zu werden. Und es war schließlich (drittens) von hohem Symbolwert, dass das moderne Europarecht des 20. Jahrhunderts wieder mit den Römischen Verträgen von 1957 in Rom seinen Ausgangspunkt genommen hat.

II

Es gibt jedoch noch einen zweiten, nicht weniger wichtigen Pfad europäischer Überlieferung und Formung der europäischen Rechtskultur. Wenn Walter Hallstein davon sprach, Europa müsse eine „Rechtsgemeinschaft“ werden, dann war das gewiss nicht im Sinne des privatrechtlichen *ius commune* und nicht im Sinne eines christlichen Kirchenrechts gemeint, sondern zunächst ganz vordergründig im Blick auf eine Verankerung der verschiedenen Nationalökonomien in einem neuen gemeinsamen Rechtsrahmen. Darüber hinausgehend mochte er an die Bindungskraft von „Recht“ schlechthin gedacht haben, also an etwas Dauerhaftes, dem sich die Partner unterwerfen, an Institutionen, die nicht vom Wind der Politik bewegt werden, sondern verlässlich als Rechtseinrichtungen stehen. Schließlich könnte er, der nüchterne Juristen-Visionär, der er war – auch an eine künftige Verfassung Europas gedacht haben.

In diesem Sinne erinnere ich an das *Öffentlichrechtliche Ius Commune Europae*. Es ist bisher nicht so genannt worden, aber es verdient diese Bezeichnung. Seine Elemente sind die folgenden:

Vom 16. bis zum 18. Jahrhundert entfaltete sich in ganz Europa das neuzeitliche Natur- und Völkerrecht (*ius naturale, ius gentium europaeum*). Es bediente sich seiner antiken und mittelalterlichen Quellen, es begleitete die Entstehung des modernen Staates der frühen Neuzeit als die rationale, für alle Gemeinwesen passende Rechtstheorie und entwickelte Schritt für Schritt ein „*ius publicum universale*“. Es bot nun die Möglichkeiten, eine Konstruktion der Herrschaftsverhältnisse im Innern eines Staates zu liefern (vor allem durch die

Erfindung des fiktiven Herrschafts- und Unterwerfungsvertrags), Rechte und Pflichten der Individuen ebenso zu definieren wie Rechte und Pflichten des Herrschers. Es bot aber auch die Möglichkeit, den modernen Staat als Rechtsgebilde mit eigenen Grenzen und eigener Souveränität als großes Individuum zu begreifen, das mit anderen Staaten in Rechtskontakt tritt. Rechtsordnung im Innern und Völkerrechtsordnung in den äußeren Beziehungen konnten nun in einer Terminologie beschrieben werden, die für alle gleich war, auch für Christen und Heiden.

Ein zweites Element liegt in der Tradition der aristotelischen Politik. Dieses Grundwerk politischen Denkens Europas ist bekanntlich im Mittelalter wieder entdeckt, ins Lateinische übersetzt und zum festen Element der Grundausbildung an den Universitäten gemacht worden, auch für Juristen. Die protestantischen Länder haben dies im Neo-Aristotelismus des 16. und 17. Jahrhunderts intensiviert. Anhand der Lektüre und der in die hunderte gehenden Kommentierungen von Aristoteles „Politik“ lernte man in ganz Europa die Unterscheidung guter und schlechter Staatsformen, hörte von den Vorzügen der „gemischten“ Verfassung, definierte das gute Regiment und den Staatszweck „Gemeinwohl“, erörterte die Staatskrankheiten und ihre Heilung.

Nimmt man zu Aristoteles' Politik noch die gesamte antike Staatsliteratur, insbesondere Cicero und Tacitus sowie die staatsrechtlichen Bruchstücke des römischen Rechts hinzu, dann hat man die Fragen im Blick, die das europäische politisch-juristische Denken beherrschten: Wie entsteht der Staat und wie lässt er sich legitimieren, welches ist die beste Verfassung, was ist die Souveränität und wer ist Träger der Staatsgewalt, welchen Bindungen unterliegt er, wer hat das Recht der Gesetzgebung, wer darf Steuern erheben und zu welchem Zweck? Diese Debatte war europäisch und überkonfessionell. Sie leistete, was sich für das gesamteuropäische Bewusstsein als zentral erweisen sollte: eine Verständigung über die Elementarsätze einer wissenschaftlichen Politik, über die Rechtsgrundlage legitimer Herrschaft sowie über deren Begrenzung durch übergeordnete Normen, einschließlich des (höchst umstrittenen) Widerstandsrechts gegen den illegitimen Herrscher. Ohne diese gewissermaßen zur Selbstverständlichkeit gewordene Rechtsbindung der Obrigkeit wäre die Verfassungsbewegung des 18. und 19. Jahrhunderts gar nicht denkbar gewesen. Ohne die Lehre von der „respublica mixta“ und ohne die Einübung des Satzes „rex regnat, sed non gubernat“ seit dem 16. Jahrhundert wäre die Trennung von Regierung und Verwaltung, und damit auch die moderne Gewaltentrennungsdoktrin, nicht akzeptiert worden. Ohne die jahrhundertelange Einübung genossenschaftlicher Selbstverwaltung und ohne die Grundidee eines Gesellschaftsvertrags gäbe es keine moderne Demokratie. „Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debetur“ ist ein mittelalterlicher Satz. Dass das Volk die oberste Legitimationsquelle ist, wurde von Marsilius von Padua im 14. Jahrhundert formuliert. Auch wenn man diese Anfänge nicht im Sinne des modernen demokratischen Prinzips und der Volkssouveränität lesen darf, so nehmen doch hier Gedankenströme ihren Ursprung, die später, in ganz anderen Kontexten, herrschend und geschichtsmächtig werden sollten.

Ein wesentlicher weiterer und in vielen Facetten schillernder Grundgedanke ist die Verantwortlichkeit der europäischen Obrigkeiten für eine gerechte

Sozialordnung. Immer wieder wurde den Herrschenden durch Fürstenspiegel, Tugendlehren, theologisch-moralische Traktate oder Kommentare zur aristotelischen Politik eingeschärft, ihre Aufgabe sei das Gemeinwohl, die „gute Ordnung“ oder „gute Policey“, also eine Ordnung, die nicht nur Sicherheit und formale Rechte gewährt, sondern auch einen Ausgleich zwischen Reich und Arm (pauper et potens), Benachteiligten und Begünstigten, Hoch und Niedrig sucht⁵. Gleichviel, ob das als Gebot der Nächstenliebe, als Satz der praktischen Ethik oder als Kalkül der Machterhaltung begründet wird, gehören Schutz und Fürsorge zu den elementaren Aufgaben des Herrschers oder der entsprechenden Autoritäten. Sie wurden erfüllt durch eine Mischung von Zwang und Fürsorge, indem man ohne Bedenken repressiv intervenierte, etwa durch Ausweisung fremder Bettler oder Krimineller sowie durch Errichtung von Zucht- und Arbeitshäusern, aber auch eine Palette von Hilfsmaßnahmen kannte, für die weltliche und kirchliche Obrigkeiten aktiv waren. Dass sich in Europa ein „Sozialstaat“ mit seinen Paradoxien von Verweigerung und Gewährung entwickelte, während er in anderen Weltgegenden in dieser Form hoheitlicher Umverteilung praktisch unbekannt ist, belegt noch einmal, dass wird hier mit einem tausendjährigen vormodernen Pflichtenkanon zu tun haben, der im Kontext der Industriellen Revolution und der „Sozialen Frage“ noch einmal an Dynamik gewinnt und zur Ausbildung unterschiedlichster Formen der Bewältigung typischer Lebensrisiken und unvorhersehbarer Einbrüche in die Biographie führt⁶.

Richtet man nun den Blick auf die konkreten Elemente des Öffentlichrechtlichen *ius Commune* Europas, dann findet sich so viel und so Grundsätzliches, dass im hier gezogenen engen Rahmen kleine Hinweise genügen müssen:

Zunächst die Idee der Verfassung, weit verstanden als eine Grundentscheidung über den politischen „Status“ in Rechtsform, entweder in grundlegenden Rechtsakten oder in einer einzigen Urkunde⁷. In der heute üblichen Form sind Verfassungen seit dem ausgehenden 18. und im 19. Jahrhundert in Europa und Amerika entstanden und haben sich heute über die ganze Welt ausgebreitet. Es ist signifikant, dass sich diese Verfassungsbewegung parallel zur Kodifikationsbewegung entwickelt, auf diese Weise die schrittweise Trennung von Staat und Gesellschaft sinnfällig machend. Für die zwischenmenschlichen Beziehungen das Zivilrecht, für das Verhältnis zwischen Bürger und Staat das Strafrecht und die Verfassung!

Grundidee der Verfassungen war die Begrenzung der Macht des Herrschers, bald aber auch die Legitimation der gesamten öffentlichen Ordnung. Solche Fundamental- oder Grundgesetze gab es in allen europäischen Ländern, sie regelten die Thronfolge bzw. die Königswahl, sie bestimmten das Verhältnis zu den Landständen, sie legten seit dem 15. Jahrhundert meist auch die Unteilbarkeit des Landes fest und verdrängten das dynastische Erbrecht. In

⁵ Simon, „Gute Policey“. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, Frankfurt 2004.

⁶ Maier, Historische Voraussetzungen des Sozialstaats in Deutschland, Heidelberg 2002; Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Stuttgart 2003, 13 ff.

⁷ Mohnhaupt – Grimm, Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. Berlin 2002.

diesem Sinne ist von einer „Verstaatlichung des dynastischen Verbandes“ gesprochen worden (R. Vierhaus). Dass die deutsche Verfassung „Grundgesetz“ genannt wird, war einerseits ein Hinweis auf ihren vermeintlichen Charakter als Provisorium, andererseits aber eine Fortsetzung der genannten langen Vorgeschichte.

Europäischer ideeller Gemeinbesitz ist auch die Vorstellung, dass es gegenüber dem nun immer stärker werdenden modernen Staat gewisse unantastbare Bereiche geben müsse, also Grundrechte. Grundrechte sind die Antwort auf religiöse Intoleranz, willkürliche Verhaftungen und Verurteilungen, Vertreibungen, Missachtung des Hausfriedens, rechtswidrige Enteignungen, Auswanderungs- und Heiratsverbote, politische Zensur usw. Die langsam entstehende bürgerliche Gesellschaft suchte und fand in diesen Schutznormen ihre Entfaltungsräume gegenüber dem Absolutismus, sie fand in ihnen ihre geistige Identität, lange bevor sie die Chance erhielt, diese Normen in modernen Verfassungen festzuschreiben. Aber Grundrechte für Individuen genügen nicht: Auch Minderheiten sind schutzbedürftig, wenn sie bei Abstimmungen nach „Mehrheit“ ständig unterliegen. Folglich müssen verfahrensrechtliche Sicherungen erfunden werden, mit deren Hilfe Minderheiten der „Diktatur der Mehrheit“ Widerstand leisten können, Dazu zählen etwa Vetorechte in existentiellen Fragen, Zweidrittelmehrheiten für grundlegende Änderungen, eine Spaltung des Abstimmungskörpers (itio in partes) und anderes mehr.

Heute sind es auf breiter Front die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte, der Menschenrechtsschutz im Gerichtshof in Straßburg und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg, die den gemeineuropäischen Grundrechtsstandard für Einzelne und für Gruppen sowie Prinzipien des europäischen Verfassungsstaats modellieren – langsam und fallbezogen gewiss, aber sie tun es.

Die Liste prinzipieller europäischer Gemeinsamkeiten, die sich insgesamt zu einem *Ius Commune publicum* zusammenschließen⁸, müsste verlängert werden um Ausführungen zum Föderalismus, dem Gedanken der horizontalen Gewaltenteilung in großen Flächenstaaten, weiter um die Grundgedanken der vertikalen Gewaltenteilung in Legislative, Exekutive und Judikative, die – vielleicht über ein Missverständnis Montesquieus über England, vielleicht aber auch über ein Missverständnis der Exegeten Montesquieus! – zum europäischen Gemeinbesitz geworden ist. Eng damit zusammen hängt die Unterscheidung zwischen parlamentarischem Gesetz und administrativer Verordnung – auch sie ein Produkt der Gewaltenteilung und gegenseitigen Kontrolle. Schließlich müsste man unbedingt noch die für Europa so zentrale Tradition des Rechtsschutzes durch richterliche Entscheidung erwähnen; die seit dem Mittelalter in ganz Europa bestehenden großen Gerichtshöfe und ihr professionelles Richtertum sind vielleicht das sprechendste Beispiel für institutionelle Gemeinsamkeiten⁹. Das Parlement de Paris, der Große Rat von

⁸ Siehe hierzu die beiden ersten Bände des vergleichenden „Handbuch *Ius Publicum Europaeum*“, hrsgg.v. Bogdandy -- Cruz Villalón – Huber, Heidelberg 2007, 2008.

⁹ Stolleis, *The Profile of the Judge in the European Tradition*, in: TRAMES. Journal of the Humanities and Social Sciences, vol. 12 Nr. 2, Tartu (Estland) 2008, 204 – 214.

Mechelen, das englische Krongericht, das schwedische Högsta Domstolen, die spanischen Königsgerichte, das Reichskammergericht in Speyer und Wetzlar, der Reichshofrat in Wien und viele andere bildeten die Spitzen eines unendlich vielfältigen, aber von einem einfachen Grundgedanken beherrschten Rechtsschutz. Dieser Grundgedanke lautet: alle politische Gewalt ist rechtlich gebunden, sie muss „dem Rechte gemäß“ handeln, Schutz gewähren, Rechtsfrieden durch bindenden Entscheidungen stiften. Auf diese Weise sind Landfriedensbrüche, Fehdewesen und unerlaubte Selbsthilfe langsam zurückgedrängt worden. Der „Prozess der Zivilisation“ (Norbert Elias) hat auch die europäische Geschichte der Gerichtsbarkeiten geprägt. Das System ist immer dichter, formelhafter und sicherer geworden. Weitgehend hat sich eine Dreistufigkeit der Instanzen durchgesetzt, die Verfahrensregeln sind im Kern ähnlich, ebenso das Vollstreckungswesen. Ohne Zweifel vermittelt dieser historisch gewachsene Standard des Rechtsschutzes einen wesentlichen Teil jener Homogenisierung, die Europa als ideelle Einheit konstituiert.

Thesenartig zusammengefasst bedeutet dies:

1. Die heutigen europäischen Gesellschaften sind geprägt durch jahrhundertelange Erfahrung im Umgang mit einer pragmatischen flexiblen Staatstheorie aristotelischer Herkunft sowie mit weltlichem und kirchlichem Recht aus römischrechtlicher Wurzel. Die Gesellschaften werden als „rechtlich verfasst“ verstanden. Herrschaft muss sich durchweg sowohl als demokratisch wie als „rechtlich“ legitimieren.

2. Hierauf ruht die europäische Idee des Rechtsstaats, „wahrscheinlich“, wie Talcott Parsons gesagt hat, „die entscheidende Erfindung der Moderne“. Gewiss werden die Formeln der *rule of law*, des *état de droit*, *estado de derecho*, *stato di diritto* etc. in Nuancen unterschiedlich verstanden, aber der Kern der Bindung an das demokratisch legitimierte Gesetz ist gleich¹⁰. Und in diesem Sinne haben Walter Hallstein und Jacques Delors Europa als „Rechtsgemeinschaft“ verstanden. Europa sollte keine Räuberbande sein, kein Konsortium wirtschaftlicher Egoisten; Leitgedanke war die Hoffnung, man binde sich nun an sehr alte und gemeinsame Rechtsregeln und gemeinsame materiale Rechtswerte, an einen „*ordre public européen*“. Ohne diese Überzeugung wäre der jetzt vorliegende Verfassungsvertrag nicht denkbar gewesen.

Indem ich solche rechtshistorischen Elementarteilchen vor den Augen des wahrhaft europäischen Schriftstellers Claudio Magris entwickle, kommen mir seine Bücher und der literarische Ort Triest vor Augen. Triest, diese „Gebäuerin einer außergewöhnlichen Literatur“, wie Magris gesagt hat, ist vermutlich eine der Nervenpunkte Europas. Wer dort schreibt, wo der Balkan und die Donauländer, das Mittelmeer, die slawischen, germanischen und mediterranen Kulturzonen zusammenstoßen und sich vermischen, wo James Joyce und Ettore Schmitz (Italo Svevo) gelebt und Weltliteratur geschrieben haben, ist wirklich Europäer. Er kann die Donau von der Quelle bis ins Schwarze Meer verfolgen¹¹, kann aber auch den Rhein hinunterreisen vom Engadin durch

¹⁰ Auf prinzipielle Unterschiede zwischen dem kontinentaleuropäischen und amerikanischen Verständnis von Rechtsstaat weist hin Haller, *Die Grenzen der Solidarität. Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Berlin 2002, hier Ausgabe 2004, insbes. 52 ff.

¹¹ Magris, *Danubio*, Milano 1986 (dt. *Donau. Biographie eines Flusses*, München Wien 1988).

Österreich, Deutschland und die Schweiz, an Frankreich vorbei bis in die Niederlande und an die Nordseeküste. Überall wird er „Microcosmi“ finden¹², überall aber auch europäische Ähnlichkeiten, welche diese „Microcosmi“ verbinden. Zu diesen Ähnlichkeiten, „Familienähnlichkeiten“ im Sinne Ludwig Wittgensteins, die tiefer verbinden als uns manchmal im Alltag bewusst wird, gehört auch das Recht.

¹² Magris, *Microcosmi*, Milano 1997 (dt. *Die Welt en gros und en détail*, München Wien 1999).