

Muss Europa neu begründet werden?

MICHAEL STOLLEIS

I.

Europa muss nach Ansicht vieler neu begründet werden.¹ Meist wird dies so verstanden, dass der nach 1949 und speziell mit den Römischen Verträgen von 1957 begonnene Prozess der wirtschaftlichen und politischen Einigung Europas heute ins Stocken geraten ist und dass es geraten sei, sich erneut und grundsätzlich zu besinnen, in welcher Richtung es künftig weitergehen solle. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft hat sich über mehrere Zwischenstufen zur Europäischen Union gewandelt, die Zahl der Mitglieder hat sich deutlich erhöht, und es gibt weitere – näher und ferner liegende – Beitrittskandidaten. Die Institutionen haben sich tiefgreifend gewandelt, Europa hat eine aus Verträgen und konsentierten Dokumenten bestehende „Verfassung“, ohne dass man deshalb aber vom einem europäischen Bundesstaat mit klassischer Verfassung sprechen kann. Gewichtige Stimmen warnen sogar vor einer Weiterentwicklung in dieser Richtung, vor allem vor einer weiteren Stärkung des Europa-Parlaments auf Kosten der Kompetenzen der nationalen Parlamente. In der Tat gibt es wachsende Widerstände, zumal von populistischen Parteien, die mit Argumenten gegen „Brüssel“ Wählerstimmen gewinnen möchten, andererseits aber finanzielle

1 Dieser Beitrag ist die etwas veränderte Fassung eines bereits unter dem Titel „Europa als Rechtsgemeinschaft“ in: Stefan Kadelbach (Hg.), Europa als kulturelle Idee. Symposium für Claudio Magris, Baden-Baden 2010, S. 71-81 erschienenen Aufsatzes.

Unterstützung aus Brüssel einfordern. Auch in Deutschland macht seit der Banken- und Finanzkrise der EU eine neue Partei auf sich aufmerksam, die eine „Alternative“ zur fortschreitenden Homogenisierung Europas und zu den partiellen Verzicht auf klassische Souveränitätsrechte erreichen will. Diese Widerstände sollten aufmerksam studiert werden, auch wenn ihre Argumente sich oft auf Stammtischniveau bewegen; denn die Politik demokratischer Länder reagiert sensibel auf „Stimmungen“, selbst in Ländern wie Deutschland, deren ökonomische und politische Staatsräson von Europa nicht abgekoppelt werden kann.

Ungelöst sind in der Tat Kernfragen der wirtschaftlichen und sozialen Homogenität und die Vereinbarkeit einer nationalen staatstragenden Identität mit einer den Nationalismus programmatisch überschreitenden Europa-idee. Dies wird in der Finanz- und Währungspolitik ebenso deutlich wie in der Verteidigungspolitik, in den Standards für eine gemeinsame Gesundheits- und Sozialpolitik, in den drängenden Fragen des europäischen Asyls für Flüchtlinge aus Krisengebieten sowie im noch unerreichten Konsens für eine gemeinsame Einwanderungspolitik. Jede der nationalen Teil-Politiken hat unausweichlich einen europäischen Rahmen, auch wenn es noch keine „Richtlinien“ geben mag. Ein Ausbrechen aus diesem Rahmen ist realpolitisch entweder gar nicht möglich oder doch mit erheblichen politischen Kosten und Risiken verbunden.

All dies ist schon vielfach erörtert worden und findet sich täglich im politischen Netzwerk zwischen Brüssel, Straßburg, Luxemburg und den europäischen Hauptstädten. Dabei schwingt stets der große historische Resonanzraum Europas seit dem Mittelalter, ja der gesamte Mittelmeerraum der Antike mit. Immer wieder wird darauf hingewiesen, in welche Tiefenschichten die heutige europäische Diversität der Sprachen und Kulturen zurückreicht. Dabei ist klar, dass der überaus offene und vielfältig interpretierbare Begriff der „Kultur“ auch die jeweilige „Rechtskultur“ umschließt (Schennach 2014). Und „Rechtskultur“ wiederum ist auch nur ein Sammelbegriff für kollektive Vorstellungen von Recht und Rechtsanwendung, für normative Vorgaben im Umgang mit Recht, für zu Selbstverständlichkeiten geronnene Erwartungen und gewohnheitsmäßige Reaktionen auf größere und kleinere Konflikte, die mit Mitteln des Rechts gelöst werden sollen (Kadelbach 2010).

Der Beitrag eines Rechtshistorikers zur Frage der Neugründung Europas könnte in doppelter Weise ansetzen.

(1) Er könnte ausgehen von dem Wort des Frankfurter Juristen Walter Hallstein, „Europa muss Rechtsgemeinschaft sein“, ein Wort, das später noch einmal von Jacques Delors aufgenommen wurde. Hallstein gehörte zu den 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. Daneben gab es eine große Anzahl von Juristen und Diplomaten, 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. 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 Wirtschafts-Gemeinschaft (EWG), wie sie damals noch hieß, sollte „Rechtsgemeinschaft“ werden (Hallstein 1969; Zuleeg 1994: 545ff.).

Das ist die heutige Europäische Union in der Tat auch geworden, eine Rechtsgemeinschaft, gesteuert durch professionell arbeitende Juristen. 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. Wenn wir heute eine Zigarette anzünden, eine Tüte Milch oder einen Fisch kaufen, eine Banane essen oder Speiseeis schlecken, unterliegen wir (oder die von uns geschätzten Produkte) europäischen Normen. Die Europa-Idee ist in die Hände der Bürokratie übergegangen (Stolleis 2011). 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 fast allen Ländern der Union, etwa in Dänemark, Irland, Niederlanden, Belgien und Frankreich, in der tschechischen Republik und in Polen nutzen das Potential der Affekte gegen die „Bürokraten“ und ihr Recht in Brüssel.

Im hier gezogenen Rahmen ist es aber nicht möglich, die Realisierung des heutigen Europa Schritt für Schritt nachzuzeichnen. Die Entstehung Europas als Gemeinschaft des geltenden Europarechts ist auf der politischen Ebene und – parallel – auf derjenigen der Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts (Stolleis 2012: 603ff.) kompliziert, aber auch lehrreich und spannend. Es wäre eine Art Verfassungs- und Wissenschaftsgeschichte der „Europäischen Union“ (Zuleeg 1997: 270ff.).

(2) Will man jedoch etwas von der rechtlichen Tiefendimension Europas vermitteln, muss man anders ansetzen. Die Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte zeigt, dass die wohl unausweichliche permanente Einwirkung der äußeren Lage auf die Forschung den Blick nicht nur verengen, sondern auch neue Horizonte öffnen kann. Denn parallel zum Übergang der alten Europa-Idee in die politische Wirklichkeit nach 1945 entdeckte auch die „europäische Rechtsgeschichte“ in den fünfziger Jahren ihre Chance. Sie wandte sich zunehmend von den klassischen nationalstaatlichen Parametern ab und versuchte „europäische“ Rechtsgeschichte zu werden. Das lag für diejenigen auf der Hand, die die Geschichte des römischen Rechts bearbeiteten. Das geschah ohnehin schon immer innerhalb des europäischen Kontextes. Nun aber – nach 1945 – wurden erstmals wirklich europäisch angelegte Geschichten des *ius commune* geschrieben (Francesco Calasso, Paul Koschaker, Franz Wieacker), es gab ein europäisches Gemeinschaftsprojekt des römischen Rechts im Mittelalter (*Ius Romanum Medii Aevi*, Milano 1961) und es kam zur Gründung eines Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte 1964 durch Helmut Coing in Frankfurt (Schäfer 2009: 517ff.). 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.

Rechtshistoriker erinnern seit der Europaeuphorie der fünfziger Jahre daran, dass Europa vom 13. bis zum 18. Jahrhundert über eine prinzipiell homogene Wissenskultur des Rechts verfügte. Das in den meisten europäischen Gebieten „rezipierte“ römische Recht war „gemeines Recht“ (*ius commune*). Begonnen hat es, wie wir alle wissen, in Bologna, dann in Padua und Pavia, 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 noch

nicht, wohl aber ein dichtes Geflecht von Herrschaftsbeziehungen weltlicher und kirchlicher Herren. 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 zentralen Vorgang dann kurzerhand „Verwissenschaftlichung“ genannt (Wieacker 1967: 124ff.).

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 Ehrechts, 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“ (vgl. Link 2010: 42ff.). 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 (Conring 1634/1994: 237ff.). Die Juristen entwarfen (auf der Grundlage des römischen Rechts und nach dem Schema des nun überall gelehrtens 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 Italien (1865), Deutschland (1896) und die Schweiz (1911). 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 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 und Jacques Delors davon sprachen, 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 man 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 man auch an eine künftige Verfassung Europas gedacht haben.

In diesem weiteren Sinne geht es nun im Folgenden um den eigentlichen heute noch wirksamen Kern Europas. Es handelt sich um das längst verinnerlichte, selbstverständlich gewordene, sozusagen sedimentierte Ensemble von Grundregeln oder Grundprinzipien des öffentlichen Rechts. Es ist das *Ius Commune Publicum* (von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber 2007-2011). Seine Grundprinzipien müssen nicht neu erfunden werden. Sie haben sich über Jahrhundert entwickelt, auch über andere Weltteile ausgebreitet, ohne dort sicherer Besitz geworden zu sein. Sie sind – wie beim Rechtstransfer üblich – umgewandelt worden, haben sich anderen gesellschaftlichen Bedingungen angepasst, haben Gestalt und Funktion verändert. Ebenso sind sie in Europa selbst keineswegs „sicherer Besitz“, sondern müssen permanent an neue Herausforderungen angepasst, von neuen Generationen erlernt und in krisenhaften Situationen getestet werden. Erinnert sei nur an die Reaktionen auf die Gefahren des internationalen Terrorismus sowie an die Aufnahme von Flüchtlingen aus aller Welt.

1. 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 Moderne in doppelter Weise: Einmal die Eroberung der „ganzen“ Welt (Amerika, Asien, Afrika) durch Spanier und Portugiesen, Niederländer, Franzosen und Engländer. Es ist das Recht der Eroberer, euphemistisch „Recht der Völker“, später „international law“ genannt. Zugleich diente das Naturrecht im Inneren dieser europäischen Staaten als die rationale, für alle Gemeinwesen passende Rechtstheorie und entwickelte Schritt für Schritt ein „*ius publicum universale*“ (Stolleis 1988: 291ff.). 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 also 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.

2. Ein zweites Element liegt in der Tradition der aristotelischen Politik. Dieses antike 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.

3. 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 jahrhundertlange Einübung genossenschaftlicher Selbstverwaltung und ohne die Grundidee eines Gesellschaftsvertrags gäbe es keine moderne Demokratie. „*Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debetur*“ (was alle angeht, muss auch von allen gebilligt werden) ist ein zunächst spätantiker, dann mittelalterlicher kirchenrechtlicher und zur Einberufung von Hoftagen auch weltlich genutzter Satz (Kluxen 1983). Dass das Volk die oberste Legitimationsquelle sein solle, wurde von Marsilius von Padua im 14. Jahrhundert formuliert (1324: Teil I, Kap. XV, §§ 2,3.). Auch wenn man diese Anfänge nicht im Sinne des modernen

demokratischen Prinzips und der Volkssouveränität lesen darf, ebenso wie 300 Jahre später in der Lehre von der Politik bei Johannes Althusius (Winters 1995: 29ff.), so nehmen doch hier Gedankenströme ihren Ursprung, die später, in ganz anderen Kontexten, herrschend und geschichtsmächtig werden sollten.

4. 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 Policy“, 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 sucht (Simon 2004). 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 wir es 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 führt (Maier 2002; Stolleis 2003: 13ff.).

III.

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

1. Zunächst die Idee der Verfassung, weit verstanden als eine Grundentscheidung über den politischen „Status“ in Rechtsform, entweder in grundlegenden Rechtsakten oder in einer einzigen Urkunde (Mohnhaupt 2002). 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 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.

2. 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.

3. Die Liste prinzipieller europäischer Gemeinsamkeiten, die sich insgesamt zu einem *Ius Commune publicum* zusammenschließen, müsste verlängert werden um Ausführungen zum Föderalismus, dem Gedanken der Gewaltenteilung in großen Flächenstaaten, weiter um die Grundgedanken der 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 Gemeinsamkeiten (Stolleis 2008: 204f.). Das Parlement de Paris, der Große Rat von Mechelen, das englische Krongericht, das schwedische Högsta Domstolen, die spanischen Königsgesichte, 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.

Die Ergebnisse dieser Skizze lassen sich thesenartig zusammenfassen wie folgt:

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 Rechts- und Verfassungsstaats, „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 gleich (Haller 2004: 52ff.). Machtausübung muss kontrolliert werden. Der Bürger muss die Möglichkeit haben, sich gegen staatliche Maßnahmen effektiv zu wehren. Bedenken Sie, in wie vielen Staaten dies nicht möglich ist, und Sie werden ermessen, welche kostbare Errungenschaft eine verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage darstellt! Dass sogar die Machtausübung des gewählten Gesetzgebers über seine Bürger durch ein unabhängiges „Verfassungsgericht“ noch einmal überprüft werden kann, perfektioniert diesen Rechtsstaat. Und wenn alles dies nicht Sicherung genug ist, steht der Straßburger Gerichtshof für Menschenrechte zur Verfügung.
3. Dieser Rechtsstaat ist nach allgemeiner Überzeugung aber nicht nur ein Rechtsschutzstaat für diejenigen, die Rechte haben, sondern auch ein der Gerechtigkeit verpflichteter materialer Rechtsstaat. Wir nennen ihn Sozialstaat und nehmen ihn heute als wesentliche Garantie des sozialen Friedens im kapitalistischen Industriestaat westlicher Prägung wahr. Er verteilt das Sozialprodukt um, sucht strukturelle Defizite und Sonderopfer auszugleichen, Lebensrisiken abzusichern und die Startchancen der Einzelnen jedenfalls ansatzweise zu homogenisieren, nicht nur durch

materielle Leistungen an die Individuen, sondern genau so über Schulen und Universitäten.

4. Die Legitimation der schwierigen Balance von Rechts- und Sozialstaat, Freiheit, fürsorglicher Lenkung und notwendigem Zwang gelingt unter heutigen (westlichen) Bedingungen nur über Verfahren der Demokratie. Deren Grundgedanke reicht von der griechischen Polis über den mittelalterlichen Satz „Was alle angeht, muss von allen entschieden werden“ bis in die Aufklärung und in die Französische Revolution, in die moderne Verfassungsbewegung und in unsere Tage. Wie man ihn ausgestaltet, ist offen. Wir neigen heute langsam dazu, die strikt repräsentative Ausgestaltung der Demokratie (also eine vierjährige Abkoppelung der Abgeordneten vom jeweiligen Volkswillen) durch Elemente direkter Beteiligung des Volkes zu ersetzen, also durch Volksinitiativen und Volksentscheide bis hin zur Abstimmung über einzelne Vorhaben. Europa ist in seinen Einzelstaaten reich an solchen Modellen, aber die Ebene des geltenden Europarechts haben sie noch nicht erreicht.

IV.

Wir stehen momentan an einem Kreuzweg der Fortentwicklung Europas. Viele glauben, es sei richtig, den Zusammenschluss Europas zu bremsen, den nationalen Egoismus wieder stärker zu betonen, jedenfalls die Entscheidungsprärogative der nationalen Parlamente zu stärken – verständlich angesichts der europäischen Finanzkrise. Andererseits gibt es aus historischen und pragmatisch-politischen Gründen keine wirklich gangbaren Wege, aus der Europäischen Union wieder auszutreten. Die Folgen einer solchen Rückbewegung, wenn sie überhaupt möglich wäre, könnten verheerend sein, nämlich in Form einer Rückkehr zu den alten Nationalismen, denen Europa um den Preis zweier Weltkriege gerade entronnen ist. Die Empfehlung kann also vernünftigerweise nur lauten, Europa in der Weise auszugestalten, dass seine Institutionen rascher und effektiver handlungsfähig werden und vor allem, dass ihr Mandat über das Europäische Parlament für die Bürger sichtbar und fühlbar an demokratische Wahlen rückgekoppelt wird. Weltpolitisch haben wir gar keine andere Wahl, es sei denn wir

betrachten uns nur noch als Museumswärter eines museal gewordenen Europa.

Wir bauen dieses künftige Europa mit den historischen Bausteinen, die uns zur Verfügung stehen. Ihre Herkunft wurde historisch skizziert. Dieser Hintergrund ist unser ideenpolitisches Reservoir, unser kultureller Resonanzraum. Selbst diejenigen leben in ihm, die von Geschichte nichts wissen oder wissen wollen. Er umfasst mit starken Modifikationen auch die ursprünglich europäisch geprägten Räume Nord- und Südamerikas. In vergleichbarer Weise leben Chinesen, Japaner, Koreaner und andere Völker Südasiens im kulturellen Resonanzraum der konfuzianischen Ethik, ihrer Familienstrukturen und der dadurch vermittelten Wertsysteme.

Die europäischen Länder, so verschieden sie sind, haben eine gemeinsame Sprache entwickelt, eine Sprache, die trotz unterschiedlicher Idiome, eine Verständigung über die rechtlichen Grundlagen demokratischer Verfassungsstaaten ermöglicht. Wir wissen, wovon wir reden. Die Verfassungsrichter Europas, die sich regelmäßig treffen, bezeugen es, die aus verschiedenen Nationen kommenden Richter am Europäischen Gerichtshof in Luxemburg ebenso wie die Straßburger Richter am Gerichtshof für Menschenrechte. Sie alle haben, sagen sie, keine Verständigungsprobleme über die Grundlagen ihrer Rechtsvorstellungen. Und in diesem Sinne haben vielleicht auch die Gründer des heutigen Europa ihr politisches Gebilde als „Rechtsgemeinschaft“ verstanden. Europa sollte keine Räuberbande sein, kein Konsortium wirtschaftlicher Egoisten. Leitgedanke war die Hoffnung, man binde sich an sehr alte und gemeinsame Rechtsregeln und gemeinsame materiale Rechtswerte, an einen „*ordre public européen*“. Das ist bisher bei den Nationen des Kerneuropa so gewesen, bei den neuen Mitgliedern (etwa Rumänien und Bulgarien, die Balkanstaaten und Griechenland) muss vieles von unseren verfassungsrechtlichen Selbstverständlichkeiten, Verfahrens- und Fairnessregeln, Parteienwesen, Rechtskontrolle der Verwaltung und Verfassungskontrolle der Gesetzgebung erst eingeübt werden – von der Angleichung der Lebensverhältnisse ganz zu schweigen. Mit anderen Worten: Es gibt einen historischen Fundus, es gibt erprobte Elemente und das Basisprinzip der demokratischen Legitimation des Staatshandelns. Das sind die historischen Reserven. Sie zu besitzen genügt nicht. Wir müssen sie ständig erneuern.

Europa muss nicht neu gegründet oder gar neu erfunden werden. Es kann und muss vielleicht seine Verfassungsgrundlagen, die es bereits hat,

im Konsens ändern und neuen Bedingungen anpassen. Das wäre nichts Ungewöhnliches und in der momentanen Situation sogar dringend geboten. Das wird extrem schwierig werden. Nationalismen und Egoismen breiten sich aus. Die Distanzen der Volkswirtschaften vergrößern sich – trotz gemeinsamer Währung. Eine Ausweitung der Euro-Zone ist derzeit nicht realistisch; es geht zunächst einmal darum, sie zu stabilisieren. Der Kitt, der die verschiedenen Elemente Europas zusammenhält, heißt einfach „Angst“, und zwar Angst vor den finanziellen Weiterungen, vor dem Verlust der guten Plätze im Wettbewerb der Welt, Angst vor dem Verspielen dessen, was drei Generationen nach dem Zweiten Weltkrieg an Europa aufgebaut haben.

Angst ist aber, wie die Evolutionsbiologen sagen, unverzichtbar als Antrieb zur Vermeidung von Gefahren. Wir brauchen eine gewisse Erschütterung Europas, um zu begreifen, was wir an diesem einzigartigen politischen Zusammenschluss haben. Und wenn wir seine Vorteile behalten wollen, müssen wir energisch einiges ändern: Wir müssen die Währungsunion durch ein schlagkräftiges finanzpolitisches Regime der nationalen Haushalte komplettieren. Das setzt Souveränitätsverzichte und für die Deutschen eine Grundgesetzänderung voraus. Dazu bedarf es einer Zweidrittelmehrheit, die heute noch nicht zu haben ist, an der aber langfristig kein Weg vorbeiführt.

Wir müssen weiter, und dies ebenso dringend, das Europa-Parlament weiter stärken, und zwar durch eine Steuer- und Budget-Verantwortung. Nur dies, so lehrt die Verfassungsgeschichte des 19. Jahrhunderts, führt zu einem wirklichen parlamentarischen System. „Was alle angeht, muss auch von allen entschieden werden“ (*Quod omnes tangit* – tönt es seit dem Mittelalter). Aber auch nur dies! Was nicht alle angeht, soll in nationaler, regionaler oder kommunaler Verantwortung bleiben.

Es ist der gemeinsame politische und wirtschaftliche Raum, der seine neue, zukunftsfähige innere Ordnung finden muss, um handlungsfähig zu werden. Die Zeiten des Nationalismus sind vorbei. Nur eine europäische Wirtschafts-, Währungs- und Verteidigungspolitik ist in der Lage, die Probleme zu lösen, die uns alle angehen. Die in langer gemeinsamer europäischer Geschichte entwickelten Instrumente für die Umgestaltung liegen bereit, wie zu zeigen versucht wurde: Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Gewaltenteilung und Föderalismus, ein maßvoll eingesetztes Subsidiaritätsprinzip

und größtmögliche Teilhabe der Bürger an den Entscheidungsprozessen. Es ist unser und vor allem unserer Kinder Schicksal, das dabei verhandelt wird.

LITERATUR

- Bogdandy, Armin von/Cruz Villalón, Pedro/Huber, Peter M. (Hg.) (2007-2011): *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. Bände I-IV, Heidelberg.
- Conring, Hermann (1643): *De origine iuris Germanici Commentarius Historicus*. Dt.: ders. (1994): *Der Ursprung des Deutschen Rechts*, Frankfurt/Leipzig.
- Haller, Gret (2004): *Die Grenzen der Solidarität. Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Berlin.
- Hallstein, Walter (1969): *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf/Wien.
- Kadelbach, Stefan (Hg.) (2010): *Europa als kulturelle Idee. Symposion für Claudio Magris*, Baden-Baden.
- Kluxen, Kurt (1983): *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*, Frankfurt a.M.
- Link, Christoph (2010): *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., München.
- Maier, Hans (2002): *Historische Voraussetzungen des Sozialstaats in Deutschland*, Heidelberg.
- Mohnhaupt, Heinz/Grimm, Dieter (2002): *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin.
- von Padua, Marsilius (1324): *Defensor Pacis* (dt. *Der Verteidiger des Friedens*, Stuttgart 1971).
- Schäfer, Frank L. (2009): *Visionen und Wissenschaftsmanagement. Die Gründung eines Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, in: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 3, S. 517-535.
- Schennach, Martin P. (2014): *Recht – Kultur – Geschichte. Rechtsgeschichte und Kulturgeschichte*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 36, S. 1-31.
- Simon, Thomas (2004): „Gute Policy“. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt a.M.
- Stolleis, Michael (1988): *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Erster Band 1600-1800, München.

- Stolleis, Michael (2003): *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart.
- Stolleis, Michael (2008): The Profile of the Judge in the European Tradition, in: *TRAMES. Journal of the Humanities and Social Sciences* 12.2, S. 204-214.
- Stolleis, Michael (2011): *Freiheit und Unfreiheit durch Recht. Theodor-Heuss-Gedächtnisvorlesung 2010*, Stuttgart.
- Stolleis, Michael (2012): *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990*, München.
- Wieacker, Franz (1967): *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen.
- Winters, Peter Jochen (1995): Johannes Althusius, in: Michael Stolleis (Hg.): *Staatsdenker in der frühen Neuzeit*, München.
- Zuleeg, Manfred (1994): Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, *NJW* 1994, S. 545ff.
- Zuleeg, Manfred (1997): Ansätze zu einer Verfassungsgeschichte der Europäischen Union, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19, S. 270ff.