
Recht – Geschichtlichkeit – Europa

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen	7
II.	Recht	8
	a) Kein einheitliches Phänomen "Recht"	8
	b) "Juristisch" und "politisch" bestimmtes Recht	9
	c) Ausrichtung der postulierten Betrachtung auf das "Juristische"	10
III.	Geschichtlichkeit	11
IV.	Europa	12
	a) Einheit im Innern fehlt	12
	b) Beide Rechtskreise (Civil Law wie Common Law) sind nicht auf Europa beschränkt	14
	c) Konklusion	14
V.	Das Recht Europas als Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung	17
	a) "Europarecht"	17
	b) Traditionales europäisches Recht als möglicher Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung	18
VI.	Folgerungen für Methode und Politik der Rechtswissenschaften	23
VII.	Die Rolle der Rechtsgeschichte	24
VIII.	"Rechtsvergleichung" als historisch ausgerichtete übernationale Wissenschaft des geltenden Rechts	26
IX.	Ausblick: Europa ?	30

I. Vorbemerkungen

Das Fortschreiten des Zusammenschlusses innerhalb der Europäischen Gemeinschaft bringt vieles in Bewegung und löst einen Bewusstseinswandel aus: Öffnung (wenigstens innerhalb des Raumes des alten Kontinents) steht auf dem Programm, Landesgrenzen verlieren an Bedeutung. Daraus folgt, neben vielem anderen, eine Relativierung der herkömmlichen nationalen Ausrichtung des Rechtsverständnisses; der Jurist, traditionell geeicht auf das Recht seines Herkunftslandes, ist unmittelbar betroffen und zu Neuorientierung aufgerufen. Die Internationalisten unter den Privatrechtlern (traditionell "*Rechtsvergleichler*" genannt) wittern Morgenluft, denn die bisher übliche Einengung des juristischen Blickfeldes in räumlicher Dimension wollte ihnen nie gefallen. Nicht anders aber auch die *Historiker*: Die Relativierung des auf Nationalstaaten ausgerichteten Denkens der vergangenen zwei Jahrhunderte schafft innerhalb der Juristenschaft im allgemeinen Interesse für die dieser Epoche vorangehenden Zeiten. Im folgenden ein paar Gedanken zu der gegenwärtigen, dem Rechtswissenschaftler komparatistischer oder historischer Ausrichtung vorgegebenen Ausgangslage und der durch sie bedingten Neuumschreibung der Forschungsrichtungen; Betrachtungsgegenstand ist aber auch die – vordergründig durch den Vorgang der "Europäischen Einigung" ausgelöste – Ausweitung des Blickfeldes des nicht als Historiker oder Rechtsvergleichler spezialisierten *Zivilisten*.

Isoliert betrachtet sind die in den Titel gesetzten Vorstellungen verschwommen und mehrdeutig bis zur Inhaltslosigkeit. In Verbindung gesetzt, erlangen sie indessen durch Beschränkung fassbaren Sinn (was, wie zu zeigen ist, im Falle "Europa" einer Relativierung des Anspruchs des Begriffs gleichkommt). Die Inbezug-Setzung der drei Vorstellungen verleiht diesen aber auch, so scheint dem Schreibenden, programmatischen Gehalt: Geschichtlichkeit des Rechts, bezogen auf Europa, fordert eine Neuorientierung der Rechtsvergleichung wie der Rechtsgeschichte. Insgesamt ist die Frage aufgeworfen, wie die angezeigte Ausweitung des Blickfeldes der Privatrechtswissenschaft überhaupt möglich sei. Die folgenden Bemerkungen, in fragmentarisch-impressionistischem Habitus belassen, gehen nicht über das Aufstellen von Thesen, ja blosses Formulieren von Anregungen zu künftigen Überlegungen hinaus. Zu dieser Selbstbeschränkung berechtigt nicht nur die Informalität des Anlasses

deren Entstehung, sondern auch die Weite der angesprochenen Themenbereiche.

II. Recht

a) Kein einheitliches Phänomen "Recht"

In vorliegendem Zusammenhang besteht besonderer Anlass, vorab der landläufigen Auffassung entgegenzutreten, dass es ein einheitliches Phänomen "Recht" gebe, welches ein und desselben Ursprungs sei und nach identischen Gesichtspunkten gehandhabt werden könne. Einheitlichkeit wird gleichermassen durch die Verschiedenartigkeit der normierten Rechtsgebiete wie durch die Unterschiedlichkeit des jeweiligen gesetzgeberischen Gestaltungswillens ausgeschlossen; das Fehlen eines einheitlichen Untersuchungsgegenstandes macht eine allgemeine juristische Methodenlehre zum vornherein unmöglich. Insbesondere gilt dies für Auslegungstheorien. Nicht nur sind z.B. Strafrecht, Steuerrecht oder andere Teile des öffentlichen Rechts so weitgehend anders geartet als irgend welche Bereiche des Privatrechts, dass sich einheitliche Grundsätze für die Handhabung all dieser Disziplinen und insbesondere für die Auslegung der je zugrundeliegenden Gesetzeserlasse nicht aufstellen lassen; auch innerhalb des Privatrechts bestehen Disparitäten: Wenn der Gesetzgeber den erklärten Willen besitzt, im Akt der Gesetzgebung neues Recht zu schaffen (wie dies etwa weitgehend bei den in diesen Jahrzehnten weltweit laufenden Reformen des Familienrechts zutrifft), hat die Gesetzgebung anderen Gehalt und fordert andere Methoden deren Handhabung, als wenn sie, bloss informierend, nicht normierend im eigentlichen Sinn, bestehende Rechtstraditionen formulieren will (oder gar, wie ich dies innerhalb der modernen Kodifikationen z.B. für das Bereicherungsrecht annehme) sich auf eine bloss punktuelle Andeutung des Rechtsstoffes beschränken muss, ohne dessen abschliessende Erfassung beabsichtigen zu können: Im Fall der Schaffung neuen Rechtes kann das Gesetz (hier nicht ganz unähnlich dem Straf- oder Steuerrecht) weitgehend wortgetreuen Gehorsam fordern, während es im zweiten Fall nur eine vorläufige und approximative Formulierung ohne grosses Eigengewicht des Rechtszustandes darstellt, der insgesamt weniger aufgrund der Gesetzestexte, sondern weitgehend durch Rückgriff auf die Überlieferung zu ermitteln ist. Von "Auslegung" zu sprechen ist nur dann und solange sinnvoll, als dem rechtsanwendenden Juristen ein Gesetzestext vorgegeben ist, der beanspruchen darf, alleinige, oder doch wenigstens primäre Rechtserkenntnisquelle zu sein. Beim Beispiel des Kondiktionsrechts und manchen anderen kann dies nur unter grossen Vorbehalten angenommen werden und ist zum vornherein ausgeschlossen, wenn wir in jene Bereiche der Privatrechtskodifikationen gelangen, welche, nur widerstrebend als "Lücken" eingestanden, auf die sich stellenden Rechtsfragen keine eindeutigen Antworten geben.

b) "Juristisch" und "politisch" bestimmtes Recht

In vorliegendem Zusammenhang ist ebenso wichtig die Verschiedenartigkeit der einzelnen Sachgebiete des Rechts je danach, in welchem Umfang dessen Inhalt nach *juristisch-intrasystematischen* Gesichtspunkten gestaltet ist oder aber umgekehrt *ausserjuristischen* Gesichtspunkten folgt. In letzterem Fall sind massgeblich nicht juristisch-wissenschaftliche Kriterien, sondern eine Summe von Entscheidungsfaktoren, die hier mit der Sammelbezeichnung "politisch" belegt werden, wobei damit neben den "politischen" Faktoren im landläufigen Sinn sämtliche weiterhin denkbaren juristisch-sachfremden und in diesem Sinne juristisch-zufälligen Faktoren verstanden sind. Hier kommen nun alle möglichen Mischungsverhältnisse vor. Einerseits wird der Jurist nur in wenigen Bereichen behaupten dürfen, dass eine Regelung allein nach rechtlichen Orientierungspunkten gestaltet worden sei; überall fliesst ein Element des "Politischen" ein, auch wenn die bestehenden Regeln primär nach juristisch-technischen Gesichtspunkten entwickelt sind. Umgekehrt sind leicht genug Bereiche rechtlicher Anordnungen zu finden, die zwar in der Form gesetzlicher Erlasse entgegnetreten, denen aber in der Sache so gut wie ausschliesslich "politische" Entscheidungsmotive zugrundeliegen. Dieser Sachverhalt ist innerhalb weitester Bereiche des öffentlichen Rechts offenkundig: Welche Zölle und Steuern zu erheben sind, wie lokale Bauordnungen auszugestalten seien usw. beruht letztlich auf politischer, nicht auf juristischer Entscheidung. Der Beitrag des Juristen beschränkt sich auf die formale Ausgestaltung der Gesetzgebung i. w. S.: Der Rechtskundige ist als Gesprächspartner willkommen, um die lösungsbedürftigen Fragen und die verschiedenen Möglichkeiten deren Beantwortung aufzuzeigen, allenfalls noch, um Widersprüche zwischen den Einzelanordnungen zu verhindern und im übrigen den Text zu gestalten; die Kompetenz, formal mögliche Lösungen unter rechtlichen Gesichtspunkten als richtig oder als falsch zu erweisen, geht ihm ab. Aber nicht nur Zolltarife und dergleichen entziehen sich, obwohl in Gestalt von Rechtsnormen entgegnetretend, rechtlicher Beurteilung und stellen sich als Resultat politischer Entscheidung dar; nicht viel anders geht es auf weiten Strecken auch einer Strafrechtskodifikation, ja einer Staatsverfassung: Welche Tatbestände z. B. des Sexualbereiches zu pönalisieren oder ob die Todesstrafe in den Sanktionenkatalog aufzunehmen sei, lässt sich sowenig juristisch stringent beantworten wie die Frage nach der besten Staatsform oder danach, welche Form der Demokratie unter den zahllos bestehenden unterschiedlichen Mustern die beste oder gar die "juristisch richtige" sei. Wenn in der Schweiz Föderalismus und weitgehende "Direktheit" der Demokratie als zwingend vorgegeben erscheinen, ist die nicht die Folgerung aus allgemein geltenden juristischen Grundsätzen, sondern das Ergebnis der Entwicklung der politischen Verhältnisse im Raum der Schweiz und dem vergangenen Jahrtausend.

Während es nicht schwer fällt, Beispiele für das Recht bestimmende "politische" Elemente zu finden, lässt sich das *Element der "juristischen Sachlogik"* weniger leicht exemplifizieren. Da "Recht" (oder "Juristisches")

nie Selbstzweck ist und isolierten Bestand nicht haben kann, vielmehr wesensmässig auf zu regelnde Lebensverhältnisse bezug nimmt, kann "juristisch bestimmtes" Recht (im Gegensatz zu "politisch" bestimmtem Recht) nur bedeuten, dass die von aussen kommenden Vorgaben gegenüber der schliesslichen Regelung verhältnismässig weite Distanz halten und der "juristisch-intrasystematischen" Sachlogik entsprechend grossen Raum lassen. Als Beispiel mag das Vertragsrecht gelten: Zwar ist die Zulassung von Verträgen ein ausserjuristischer (politischer) Entscheid, der aber, einmal getroffen, die weiteren Entscheidungen weitgehend im juristischen Bereich belassen muss: Beweis hierfür ist die relativ weitgehende Uniformiertheit des allgemeinen Vertragsrechts durch alle Länder und Zeiten unerachtet der Verschiedenartigkeit der jeweils lokal angetroffenen "politischen" Umstände. Anschauliche Illustration dazu lieferte in jüngster Vergangenheit das Vertragsrecht der ehemaligen sozialistischen bzw. kommunistischen Weltgegenden, das sich, bezogen auf den dort dem Handel verbleibenden Bereichen, kaum von den Vertragsrechten westlicher Ausprägung unterschied.

c) Ausrichtung der postulierten Betrachtung auf das "Juristische"

Komparatistische Betrachtung verschiedener Rechtsordnungen hat entweder das Herausstellen der Verschiedenartigkeiten oder aber das *Erkennen des Gemeinschaftlichen* der ins Auge gefassten Rechtsordnungen zum Ziel. Während Rechts"vergleiche" herkömmlich den Verschiedenartigkeiten besondere Aufmerksamkeit widmet, um diese dann zu "vergleichen", fordert, wie keiner Erklärung bedarf, die im Gespräch stehende "Ausrichtung auf Europa" vorab das letztere Vorgehen. Diese Entscheidung impliziert gleichzeitig auch eine *sachliche Begrenzung der postulierten Forschungsrichtungen*: Diese dürfen, ja müssen ihren Schwerpunkt haben in den im hier beschriebenen Sinne "juristischen" Elementen unter weitgehender Vernachlässigung der "politisch" bedingten. Zwar stellen die "politisch" bestimmten Besonderheiten der betrachteten Rechtsordnungen (ihrerseits die Folge lokaler Traditionen oder weltanschaulich-politischer Gegebenheiten, personell bedingte Eigentümlichkeiten und Zufälligkeiten, wie sie jedem gesetzgeberischen Akt zwangsläufig anhaften) offenkundig einen legitimen wissenschaftlichen Untersuchungsgegenstand dar und ist in bisherigem Verständnis sogar oft vorrangiges Objekt des Interesses des Historikers wie des Komparatisten. Will man aber, als Folge der eines auf Europa ausgerichteten Rechtsverständnisses, die grundlegenden Gemeinsamkeiten erfassen, muss bei Betrachtung des in den verschiedenen Ländern angetroffenen positiven Rechts das Hauptinteresse im "*Juristischen*" liegen, d. h. dort, wo *juristisch-traditionale* (und damit über die Landesgrenzen hinaus verhältnismässig weitgehend übereinstimmende) Strukturen verwirklicht sind, während bei derartiger Zielsetzung der Betrachtung die jeweiligen durch "Politisches" bestimmte Elemente

zurückzutreten haben. Das "Juristische" innerhalb der nationalen Rechtsordnungen sind jene Merkmale, die allen Rechtsordnungen gemeinsam sind, während nationale Verschiedenartigkeiten die Folge der jeweils gegebenen nationalen "politischen" (juristisch gesehen zufälligen) Umstände darstellen. Die Frage nach den gemeinschaftlichen Traditionen ist die Frage nach dem "*juristischen*" Kern der Rechtsordnungen im hier zugrundegelegten Verständnis. Dass diese Sicht gleichzeitig die für Wissenschaftler mit echt juristischem Temperament die intellektuell reizvollste ist, sei nur am Rande angemerkt.

Will man i. S. des Gesagten die gemeinschaftliche europäische Rechtstradition ins Zentrum der Betrachtung stellen, bedeutet dies zwangsläufig *Ausserachtlassen des "Europarechts"* i. e. S. als des von der Europäischen Gemeinschaft geschaffenen Rechts. Auch wenn dieses bei dem Zusammenschluss im Vordergrund steht, grösste praktische Bedeutung hat und infolge seiner Komplexität hohen wissenschaftlichen Einsatz fordert, ist es doch in denkbar höchstem Umfang durch politische Faktoren bestimmt. Es ist nicht nur im hier genannten Sinne "juristisch-zufällig", sondern in seinem "technisierten" Habitus im Ansatz methodisch anders ausgerichtet als traditionelle Zivilistik (dazu auch unten Ziff. V/a). Innerhalb des traditionellen Zivilrechts wird etwa das Familienrecht, da wiederum in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen vergleichsweise weitgehend durch "politische" (konfessionelle, weltanschauliche, lokal-traditionale) Faktoren bestimmt und nicht juristisch deduziert, vorerst aus der Betrachtung ausgeschaltet bleiben; diese wird ihren *Schwerpunkt im Schuldrecht* haben, das mehr als alle anderen Rechtsgebiete durch juristisch-sachlogische Zwangsläufigkeiten bestimmt ist, innerhalb Kontinentaleuropas mehr als andere Gebiete gemeinschaftliche Tradition besitzt und daher auch bereits heute am meisten angenähert ist.

III. Geschichtlichkeit

Dieser Terminus soll hier die Tatsache der Bedingtheit eines Sachverhaltes durch die sein Zustandekommen bestimmenden Umstände bezeichnen. Nun lässt sich jedes Ereignis auf eine Summe von Faktoren zurückführen, als deren zwangsläufige Folge es sich darstellt. Historische Betrachtung kann niemals alle diese Faktoren ermitteln oder gar auswerten und darstellen, sondern ist auf eine Auswahl der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte verwiesen (während die nicht einbezogenen Elemente zu Zufallsfaktoren herabsinken, ohne solche i. e. S. zu sein). Diese Regel gilt auch für die historische Erfassung eines einzelnen rechtsrelevanten Ereignisses oder der Entwicklung einer Rechtsordnung insgesamt. Welche Auswahl der zu berücksichtigenden Faktoren soll hier getroffen werden?

Das oben für die Rechtsvergleichung Gesagte scheint dem Schreibendem auch für die historische Sicht Geltung zu haben. Eine auf Erkennung europäischer (das heisst aber: gemeinschaftlicher) Traditionen ausgerichtete

Betrachtung hat die als "politisch" bezeichneten Bestimmungsfaktoren zurücktreten zu lassen. Diese sind zwar historischer Betrachtung ebenfalls zugänglich, fanden immer das Interesse des Historikers und werden solches auch weiterhin verdienen. Allein, unter dem Blickwinkel des Erkennens *gesamteuropäischer* Entwicklungen müssen sie zurücktreten, da sie, wie gesehen (Ziff. II/c), vorab für lokale Partikularismen ursächlich sind, im Grossraum jedoch wenig wirksam werden, und falls doch, dies bloss auf einer höheren Stufe des allgemeinen "Zeitgeistes" o. dgl.

Die hier herausgestellten einschränkenden Arbeitsmaximen der Historiker bzw. Rechtsvergleicher können selbstverständlich keine absolute Geltung beanspruchen: Nicht nur ist die zugrundeliegende Abgrenzung zwischen juristischen und ausserjuristischen ("politischen") Bestimmungsfaktoren keineswegs eindeutig, wie im Vorgehenden der Vereinfachung zuliebe einmal unterstellt wurde; die beiden Elemente des "Juristischen" und "Politischen" sind auch, wie gesehen, kaum je mit Ausschliesslichkeit verwirklicht. Immerhin kann deren Gegenüberstellung allgemeine Richtlinien geben und unter den Gesichtspunkten der Arbeitsökonomie und Praktikabilität Bedeutung erlangen: Die durch juristische Faktoren bestimmten Elemente sind sodann vermutungsweise die juristisch-dogmatisch grundlegenden und die den Habitus der Rechtsordnung überhaupt bestimmenden, die es daher verdienen, ins Zentrum der Betrachtung gestellt zu werden. Im übrigen bleibt es dabei, dass die Auswirkungen der als "politisch" bezeichneten Faktoren überwiegend in marginalen Bereichen angesiedelt sein werden und bei weiträumiger Optik den Charakter des Zufälligen erhalten. Die durch rechtliche Traditionen bestimmten Elemente einer Rechtsordnung haben grössere Aussicht, in anderen Rechtsordnungen Parallelen anzutreffen und damit im Rahmen grenzüberschreitender Betrachtung den Rang relativer Allgemeingültigkeit zu erlangen.

IV. Europa

Fragt der Rechtsvergleicher, ob es gegenwärtig in Europa eine durch juristische Tradition geschaffene Gemeinschaftlichkeit gebe, kann die Antwort nur verneinend ausfallen: Nach juristischen (privatrechtlichen) Kategorien beurteilt besteht im zwanzigsten Jahrhundert Europa als Einheit nicht. Europa als ein juristisch-kulturell geschlossener Raum würde ein Doppeltes voraussetzen: Übereinstimmung nach innen, Abgrenzung nach aussen. Von beidem kann nicht die Rede sein:

a) Einheit im Innern fehlt

Wenn wir die Verhältnisse in grossen Linien und in globalem Massstab betrachten, zerfallen die Rechtsordnungen der zivilisatorisch entwickelten

Länder dieses Planeten *grosso modo* in zwei Gruppen: Jene, in denen man englisch spricht, und alle übrigen. Mangels besserer Bezeichnungen nennt der Schreiber die beiden Bereiche jenen des *Civil Law* und jenen des *Common Law*. Viele Komparatisten wollen die Tragweite der Gegensätzlichkeit der beiden Rechtskulturen nicht wahr haben; es wird das Bestehen gemeinsamer Wurzeln betont, auf übereinstimmende Einzelanordnungen verwiesen, die Möglichkeit übereinstimmender praktischer Ergebnisse trotz unterschiedlicher rechtlicher Ausgangslage festgestellt und insgesamt eine zunehmende Annäherung der beiden Bereiche behauptet. Das ist alles zwar beschränkt richtig, soweit aber zutreffend, in vorliegendem Zusammenhang nicht durchschlagend, da damit die Verschiedenartigkeit der beiden Rechtskreise in deren elementaren Strukturen nicht in Frage gestellt, sondern indirekt bestätigt wird.

Auszugehen ist von der banalen Beobachtung, dass die Rechtsordnungen sich in manchem unterscheiden, in manchem übereinstimmen. Dazu lässt sich nun folgendes feststellen: innerhalb ein und desselben der beiden betrachteten Rechtskreise (d. h. innerhalb des Civil-Law-Kreises, oder aber innerhalb des Common Law) liegen die Unterschiedlichkeiten schwergewichtig in marginalen Bereichen und insbesondere dort, wo wir (durch politische Faktoren bestimmte) Zufälligkeiten annehmen, während die Unterschiede schwinden und einer Übereinstimmung oder wenigstens Annäherung Platz machen, je mehr man die durch angestammte juristische Faktoren bestimmten Merkmale ins Auge fasst und zu zentralen Strukturelementen der betrachteten Rechtsordnungen vorstösst. Werden jedoch umgekehrt die beiden grossen Rechtskreise ihrerseits einander gegenübergestellt, ergibt sich das entgegengesetzte Bild: Übereinstimmungen (seien diese spontane Parallelismen oder aber das Ergebnis von Beeinflussungen oder "Annäherung") finden sich in marginalen, zufälligkeitsbestimmten Bereichen, während die Gegensätzlichkeiten an Bedeutung zunehmen, je mehr man zu den grundlegenden rechtlichen Strukturen vorstösst und jene Wesensmerkmale betrachtet, die durch die jeweiligen rechtlichen Traditionen determiniert sind.

Tatsächlich stattfindende Beeinflussung über die Grenzen hinweg und Annäherung wirkt nicht im Grundsätzlichen, sondern in Äusserlichkeiten; sie kann nicht davon dispensieren, die verbleibenden Unterschiede zu erforschen, denn diese sind es, welche die Grundstrukturen des einen und des anderen Rechtskreises ausmachen. Diese Grundstrukturen wiederum zeigen Beharrungsvermögen und sind der Veränderung durch äussere Einflüsse wenig, kurzfristig überhaupt nicht zugänglich. Die Frage nach den Grundstrukturen wird damit auch zur Suche nach den historischen Ursprüngen der beiden Rechtskreise, denn in diesen allein können die Ursachen der Verschiedenartigkeit der Entwicklungen liegen. (Der Schreiber muss sich hier auf diese allgemeinen Hinweise beschränken, beabsichtigt aber, an anderem Ort die Frage nach Wesen und Herkunft der Unterschiedlichkeit der elementaren Strukturen von Civil Law und Common Law aufzugreifen).

Das Gesagte als zutreffend unterstellt ergibt sich, dass die grundlegende Verschiedenheit der beiden bestehenden grossen Rechtskulturen heute mitten durch Europa hindurchgeht, dies jedenfalls dann, wenn man England zu Europa rechnet. Das war in kontinentaleuropäischer Sicht seit je mehr oder weniger der Fall, nicht dagegen in England; in dortiger traditioneller Sicht gibt es auf dieser Welt fünf Kontinente und im übrigen die englischen Inseln, die sich der Einordnung entziehen und keineswegs als Bestandteil von Europa aufgefasst werden, "Europa" vielmehr Kontinentaleuropa bedeutet. (Zum Verständnis dieser abweichenden Sicht mag bedacht werden, dass Grossbritannien während eines Vierteljahrtausends zwar nicht in Europa, wohl aber in drei oder vier der übrigen Kontinente in der einen oder anderen Form Einfluss, wenn nicht eine Führungsrolle besass, was das jenseits des Kanals bis vor kurzem gegebene relative Desinteresse bezüglich des Kontinents bis zu einem gewissen Grade zu erklären vermag).

b) Beide Rechtskreise (Civil Law wie Common Law) sind nicht auf Europa beschränkt

Der Raum Europas dürfte unter juristischen Kategorien vielleicht dann als kulturelle Einheit verstanden werden, wenn wenigstens eine der beiden dort angetroffenen Rechtskulturen auf ihn beschränkt bliebe. Dies ist nun aber auch nicht ansatzweise der Fall; sowohl Common Law wie Civil Law sind beide zwar in Europa i. w. S. entstanden, finden heute jedoch ihre räumlich weiteste Verbreitung in anderen Kontinenten und haben dort für eine zahlenmässig grössere Bevölkerung Geltung: Die USA sind flächen- und volkreicher als das Mutterland des Common Law; dazu kommt dessen Anwendung in weiteren englischsprachigen Weltgegenden. Ähnliches gilt auch für den Rechtskreis des Civil Law, zu dem nicht nur ganz Lateinamerika, bis zu einem gewissen Grad Schottland, der US-Gliedstaat Louisiana oder die kanadische Provinz Quebec zu rechnen ist, sondern, wie hierzulande weniger bekannt, weite Teile des nahen und fernen Ostens und auch teilweise Gebiete Afrikas, soweit diese sich überhaupt moderner westlicher Zivilisation verschrieben haben. Das bedeutet im Ergebnis: Fast alle "zivilisierten" Weltgegenden, in denen man nicht englisch spricht, sind zum Bereich des Civil Law zu rechnen.

c) Konklusion

Im Raume Europas sind heute keinerlei rechtliche Besonderheiten zu erkennen, welche erlauben würden, von "europäischem" Recht zu sprechen und ein solches zum Ansatzpunkt eines eigenständigen Rechtsbewusstseins oder zum Gegenstand von Forschung zu machen. Die Besonderheit Europas liegt allein in seiner Geschichte, d. h. dem Umstand,

dass alle höher entwickelten modernen Rechtsordnungen dieses Planeten (wie so viele andere der "zivilisatorischen Errungenschaften") in Europa ihren Ursprung haben. Von "Europa" im Bereich des Rechts zu sprechen heisst daher eine historische Perspektive wählen: Vor einem halben Jahrtausend gab es in dieser Weltgegend in der Tat zwar nicht ein Recht, wohl aber (auf dem Kontinent und in England) zwei nebeneinander bestehende Systeme, die sich von allen anderweitigen Rechtsordnungen unterschieden und die sich in der weiteren Entwicklung weltweit verbreiten sollten.

Das Gesagte sei ergänzt durch einige Hinweise; diese knüpfen an die oben angedeutete Unterscheidung zwischen grundlegenden Strukturelementen und akzidentiellen Phänomenen einer Rechtsordnung an. Die Abweichungen, die sich in den USA und den übrigen "Sekundärbereichen" des *Common Law* gegenüber dem Recht Englands feststellen lassen, betreffen durchwegs akzidentielle Merkmale, während die Grundstrukturen weitgehend übereinstimmen. Die vorkommenden Besonderheiten haben Zufälligkeitscharakter insofern, als sie nicht die Folge einer dem übernommenen Recht gewissermassen inhärenten Eigenheit, sondern vielmehr die Folge äusserlicher Umstände am Ort der Rezeption sind. Die Rechtslage im "Primärbereich" des *Common Law* (sc. in England) kann daher nicht mit europäischer Verwurzelung begründet werden, sondern folgt aus der negativen Tatsache, dass das englische Recht von den in den USA und andernorts verwirklichten anpassungsbedingten Sekundärphänomenen frei blieb.

Innerhalb des *Civil Law-Bereichs* besteht im deutschen (und im französischen) Sprachbereich traditionell bloss geringe Kenntnis bezüglich der übrigen Rechte des Rechtskreises, dem man selber angehört. Diese relative Unkenntnis der Verhältnisse bedingt vor allem ein Überschätzen der Unterschiede: Man unterstellt, dass das Recht eines lateinamerikanischen Staates, oder jenes von Japan oder Südkorea, entsprechend der räumlichen Distanz, gegenüber dem unserigen inhaltlich recht unterschiedlich sei. Dass dies (wenigstens in dem hier vorab betrachteten Schuldrecht) nicht zutrifft, wird bei näherer Betrachtung dieser fremden Rechte sofort offenkundig. Zu unterscheiden sind auch hier die akzidentiellen Merkmale der marginalen Bereiche einerseits und die systemtragenden Grundstrukturen andererseits. In der Tat sind im ersteren Bereich unschwer zufälligkeitsbedingte Besonderheiten und Abweichungen festzustellen, die in ähnlichem Umfang aber auch angetroffen werden, wenn man z. B. den italienischen *Codice Civile* mit dem österreichischen ABGB vergleicht. Im Bereich des Grundsätzlichen, d. h. den Grundstrukturen rechtlichen Denkens und dem Aufbau der Privatrechtsordnung insgesamt, besteht dagegen weitestgehende Übereinstimmung. Das wird jedem Juristen des deutschen Sprachbereiches eindrücklich bewusst, wenn er Gelegenheit hat, mit *Civil Law*-Juristen ferner Länder (z. B. innerhalb eines Schiedsgerichts) gemeinsam juristische Arbeit zu leisten: Bestehen keine linguistischen Verständigungsprobleme, wird auch die juristische Fachsprache

wie die Argumentationsweise, die Art, wie an die Probleme herangegangen wird (der "approach") keinerlei Schwierigkeiten bereiten; überrascht ist man allein, dass der Ungar, Japaner oder Mexikaner, mit dem man gemeinsam ein Problem angeht, gleich reagiert, wie man es von einem Absolventen der eigenen Hochschule erwarten würde.

Sind die Grundzüge des Rechtsverständnisses innerhalb des Civil Law-Bereiches weitgehend übereinstimmend und die anzutreffenden Verschiedenheiten untergeordneter Natur, lassen sich doch auch hier wiederum Gesetzmässigkeiten erkennen. Dafür immerhin das folgende Beispiel: den deutschsprachigen Beobachter mag beispielsweise überraschen, dass ihm lateinamerikanische oder fernöstliche Kodifikationen in mancher Hinsicht weniger fremdartig scheinen als das französische Recht. Diese Feststellung, die das Vorurteil Lügen straft, dass räumliche Distanz sachliche Unterschiedlichkeit impliziere, erfährt seine naheliegende Erklärung durch geschichtlichen Rückblick: Der französische Code Civil als älteste der noch in Kraft stehenden Privatrechtskodifikationen ist in den bald zwei Jahrhunderten seit seiner Entstehung in den Grundzügen nicht verändert worden, und die französische Zivilistik hat sich im gleichen Zeitraum (vorab im Vertragsrecht) ebenfalls relativ wenig bewegt. Die hier zum Vergleich herangezogenen lateinamerikanischen oder fernöstlichen Kodifikationen sind jünger, mindestens ein halbes, vielleicht aber auch ein ganzes Jahrhundert oder noch mehr; sie verwerfen neben dem französischen CC, soweit nach dem zeitlichen Ablauf überhaupt möglich, durchwegs auch die deutschsprachige historische Rechtsschule und die deutschsprachigen Kodifikationen, die im fernen Osten sogar die Hauptvorbilder abgeben. Diese Zusammenhänge erklären die relative Nähe dieser räumlich entfernten Rechtsordnungen zum Recht des deutschen Sprachbereiches. Da die gemeinrechtliche Doktrin des neunzehnten Jahrhunderts wie auch die Kodifikationen deutsches BGB und schweizerisches OR und ZGB unstreitig wichtige Marksteine der europäischen Rechtsentwicklung darstellen, kann man feststellen, dass die genannten fernöstlichen oder lateinamerikanischen Kodifikationen die europäische Rechtstradition besser, da vollständiger, repräsentieren als das französische Recht, das die Weiterentwicklung des europäischen Rechts der demnächst vergangenen zwei Jahrhunderte weniger mitgemacht hat. Diese Zusammenhänge zeigen, dass die kontinentaleuropäische Rechtstradition heute weltumspannend geworden ist und eine Beschränkung der Betrachtung auf den europäischen Raum durch den Betrachtungsgegenstand nicht gerechtfertigt wird.

V. Das Recht Europas als Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung

a) "Europarecht"

"Europarecht" als das Recht der Europäischen Gemeinschaft oder Union stellt einen Untersuchungsgegenstand der Wissenschaft von erstrangiger praktischer Bedeutung dar. Dies ist Anlass, über das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts einerseits, des Gegenstand vorliegender Überlegungen bildenden "historisch geprägten Rechts" andererseits anzustellen und insbesondere zu erkennen, dass die je dem einen oder anderen Bereich gewidmeten Wissenschaften wenigstens im Ausgangspunkt grundlegend verschieden sind.

Auszugehen ist von der unabweislichen Feststellung, dass "Europarecht" mehr als jeder andere Rechtsbereich "politisch" bedingtes Recht im oben (Ziff. II) entwickelten Sinn darstellt, d. h. also, in geringstem Masse durch Einflüsse juristischer Überlieferung, in weitestem Umfang dagegen durch juristisch-sachfremde und insofern zufällige Faktoren bestimmt ist. Diese Feststellung stimmt überein mit dem Selbstverständnis der europäischen Organisation, deren Zielsetzung erklärermassen der wirtschaftliche Vorteil der Mitgliedstaaten und deren Bürger darstellt, jedoch in keiner Weise durch Gerechtigkeitspostulate bestimmt ist noch an überlieferte Gerechtigkeitsvorstellungen oder gar an eine gemeinschaftliche Rechts-Kultur anknüpft. Der Gegenstand des Gemeinschaftsrechts ist überwiegend dem öffentlichen Recht zuzuordnen, hat seinen Schwerpunkt jedenfalls ausserhalb der traditionellen Bereiche des Privatrechts. Dass das Gemeinschaftsrecht die Geleise überlieferter Rechtstradition verlässt, wird schon durch dessen überwiegend negativen Normgehalt illustriert. Da "Freiheit" gewährleistet werden soll, Freiheit jedoch nichts anderes als die Abwesenheit von freiheitsbeschränkenden Normen darstellt, enthält das Gemeinschaftsrecht auf weiten Strecken nicht eigenständige normative Anordnungen, sondern beschränkt sich darauf, seine Adressaten daran zu hindern, ihrerseits freiheitsbeschränkende Normen aufzustellen (sei es, dass untersagt wird, gewisse Normen zu statuieren, sei es, dass bereits die Zuständigkeit zum Erlass entsprechender Normen aberkannt wird, gemeinschaftswidriges Recht gar nicht erst entstehen kann). Gemeinschaftsrecht richtet sich primär an seine Mitgliedstaaten, die an der Statuierung von Einfuhrbeschränkungen, der Erhebung von Zöllen und ähnlichen Einschränkungen des innereuropäischen Wettbewerbs gehindert werden sollen. Ähnlich können allerdings auch die privaten Wirtschaftssubjekte Normadressaten sein, wenn ihnen durch wettbewerbsrechtliche Vorschriften die Errichtung von Freiheitsbeschränkungen durch Kartellabsprachen u. dgl. untersagt wird.

Auch wenn das neugeschaffene "Europarecht" (wie so viele Bereiche des öffentlichen Rechts oder des modernen Handelsrechts) sich zwangsläufig streckenweise auf bewährte Prinzipien und Methoden der klassischen

Zivilistik abstützt, ist dessen Ausrichtung und Methode allzu verschieden, als dass eine Integrierung in die Doktrin des überlieferten Privatrechts (und insbesondere des Schuldrechts) denkbar oder gar methodisch sinnvoll wäre. "Europarecht", i. S. des von der Europäischen Gemeinschaft neu geschaffenen Rechts, ist der Sache nach zwangsläufig getrennt zu halten von dem hier betrachteten "Europäischen (Privat)Recht" als einem auf die Gemeinsamkeiten der im europäischen Raum seit Jahrhunderten bestehenden Privatrechtstraditionen abstellenden Rechts. Von diesen Feststellungen nicht betroffen sind jene "Eurolex"-Bereiche, in denen der innergemeinschaftliche Handel höchstens indirekt betroffen ist, wie die Neuordnung des Rechts der Kapitalgesellschaften, der Produkthaftung, der Haftung für Dienstleistungen, des Konsumkredit-Rechts u. dgl.; obwohl in derartigen Regelungsbereichen ein europäischer Bezug kaum festgestellt werden kann, ist hier eine Beschränkung der an der Ausarbeitung und Handhabung des Rechtsstoffs Beteiligten auf den europäischen Raum für die nähere Zukunft zwangsläufig vorgegeben. Die Rückwirkungen der in Frage stehenden Rechtsangleichungen auf das Zivilrecht sind hier nicht zu erörtern; immerhin darf diesbezüglich auf die Darstellung von P. HOMMELHOFF ("Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung"; AcP 192/1992 p 71-107) verwiesen werden.

b) Traditionales europäisches Recht als möglicher Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung

Der Zusammenschluss innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ist Anlass einer Neubesinnung im Bereiche traditionellen Privatrechts. Die angestrebte Liberalisierung des zwischenstaatlichen Leistungsaustausches lässt vermehrte Kontakte erwarten, die zusätzliches Interesse an Kenntnis der Rechtsverhältnisse der Mitgliedstaaten schaffen müssen, ganz zu schweigen von dem Postulat, durch Rechtsangleichung bzw. Schaffung neuen einheitlichen Rechts die Verschiedenartigkeiten als solche zu beseitigen. Zu diesem utilitaristisch motivierten Interesse gesellt sich indessen auch das Bewusstsein, dass die heute neugeschaffene Gemeinschaftlichkeit in mehr als einer Hinsicht nichts anderes ist als die Wiederherstellung früher gegebener Rechts- und Wirtschaftseinheit; die vor sich gehende europäische Erneuerung wird zum *Anlass der Rückbesinnung*.

Die genannte Entwicklung spielt auf verschiedenen Ebenen und wird naturgemäss nicht bloss von Juristen getragen. An dieser Stelle ist Beschränkung auf das Juristische vorgegeben. Als Indiz der Neubesinnung sei das Entstehen der "*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*" (ZEuP) genannt (Erscheinen ab Spätsommer 1993; nach Entstehen vorliegenden Textes). Einerseits liegt ein Vorhaben vor, das grösste Bedeutung für den Rechtsvergleicher, aber auch für den Rechtshistoriker besitzt, andererseits wird die Zeitschrift infolge ihrer Thematik zwangsläufig die in den vorliegenden Bemerkungen berührten Grundsatzprobleme mit sich tragen.

Da es, wie vorstehend gezeigt, ein überliefertes "europäisches" Privatrecht nicht gibt, ist zu fragen, was Gegenstand der neuerscheinenden Zeitschrift sein kann. Diese Frage ist gleichzeitig auch die Frage danach, welche Aufgaben der in Europa verwurzelte Rechtsvergleicher sich vorzunehmen und welche Methoden er bei seiner Arbeit zu befolgen hat. Dabei steht zum vornherein fest: Die Möglichkeiten, welche der hier angesprochene Bewusstseinswandel bietet (d. h. das Zurücktreten des von jedem Rechtsvergleicher seit je beklagten Geist der räumlichen Abkapselung und das Erwachen neuen Interesses für ausländische Entwicklungen) sollen voll ausgeschöpft werden. Folgende Zielsetzungen fallen in Betracht:

aa) Wenn wir "Europa" im Sinn der Zukunft, d. h. unter Einschluss Englands verstehen, stellt sich eine doppelte Aufgabe: Schaffung von Verständnis der englischen Rechtstradition auf dem Kontinent und sodann, untrennbar damit verbunden, das Erkennen und Herausstellen der Unterschiede beider Rechtskulturen wie auch das Forschen nach den Ursprüngen der vorgefundenen Gegensätzlichkeiten, d. h. das Aufgreifen der elementarsten aller Grundsatzfragen der die Grenzen der beiden Rechtskreise übergreifenden Rechtsvergleichung, der bis heute zumeist ausgewichen wird. – Die Versuchung liegt nahe, beim Aufzeigen der Übereinstimmungen einzusetzen und die Bedeutung der Verschiedenartigkeiten herabzuspielen. So *vorgehen heisst, die Bedingtheit der beiden Rechtskreise durch deren Geschichte leugnen*, eine Geschichte, die im Falle des Common Law und des Civil Law je ganz verschiedenartige Ausgangspunkte hatte und über viele Jahrhunderte unterschiedlichen Gesetzmässigkeiten folgte, während die gegenseitige Beeinflussung bis in die jüngste Vergangenheit hinein bescheiden blieb.

Vermittlung von Kenntnis der im anderen Rechtsbereich gegebenen rechtlichen Einzelentscheidungen oder die Präsentation von einführenden Übersichts-Darstellungen kann weder als vordringlich noch überhaupt als eigentliche Aufgabe der hier geforderten Wissenschaft gelten: Diese hat nicht mitzuteilen, was der Interessierte mit Englischkenntnissen anhand der abundanten englischen Literatur ohnehin erfahren kann, sondern sie hat vor allem zu versuchen, die Grundstrukturen des Common Law herauszuarbeiten, das heisst aber, dessen Unterschiedlichkeit gegenüber dem eigenen Rechtskreis sichtbar zu machen. Bei den Übereinstimmungen einsetzend würde man vermutungsweise vorab auf Äusserlichkeiten stossen, die Zufälligkeitscharakter haben und keine Einsicht ins Grundsätzliche erlauben; es würde damit nicht ein echter Zugang zu der fremden Rechtsordnung vermittelt, sondern eher die Gefahr des Missverstehens des Grundsätzlichen geschaffen.

bb) Besinnung auf überliefertes "europäisches" Recht darf aber auf dem Kontinent auch als *Besinnung auf kontinentaleuropäische Tradition* verstanden werden. Hier wird die Forderung zuoberst stehen müssen, eine Minimalkenntnis der heutigen Rechte der übrigen europäischen Länder zu schaffen und deren gegenseitige Bedingtheit zu erkennen. Diese Forderung

richtet sich vorab an die Juristen des deutschen und französischen Sprachbereichs, die sich bisher meist durch Fehlen von Interesse und Kenntnis fremden Rechts aus dem Raum des Civil Law auszeichnen (dies im Gegensatz zu deren Kollegen spanischer, italienischer oder portugiesischer Muttersprache, welche, wie auch die Juristen des Balkans oder Osteuropas, häufig genug die Entwicklungen im deutschen und französischsprachigen Raum genauestens kennen und verfolgen).

Historie: Die kontinentaleuropäische Tradition ist zwar Gegenstand der herkömmlichen Privatrechtsgeschichte, bei der wir indessen in deren gegenwärtiger Ausprägung nicht stehenbleiben können: Sie bekommt im Lichte der europäischen Einigung neue Dimensionen und hat insbesondere bezüglich der letzten drei Jahrhunderten noch manches zu klären. Innerhalb Kontinentaleuropas würde z. B. die Betrachtung des Gegensatzes zwischen der französischen und der deutschsprachigen Privatrechtstradition an einige grundlegende Strukturfragen und zahllose aufschlussreiche Einzelbeobachtungen heranführen; heute bestünde Anlass, diese im Gefolge von drei Kriegen verdrängte Thematik aufzugreifen. Der Einfluss des französischen Code Civil auf das BGB ist bisher kaum untersucht worden (bezüglich des schweizerischen OR liegt auch nicht mehr als ein sich in sehr beschränktem Rahmen haltender Versuch des Schreibenden vor; in "Das Obligationenrecht 1883-1993"; Berner Ringvorlesung, hgg. von P. CARONI, Bern 1984). Ähnliches gilt für die Nachwirkungen der Aufklärungsphilosophie im 19. Jahrhundert und insbesondere bei der Ausarbeitung des BGB, das in wesentlichen Punkten über gemeinrechtliche Lehren des 19. Jahrhunderts hinausgeht. Mit der Einführung eines "Garantieprinzips" in die kaufrechtliche Rechtsgewährleistung wird z. B. ein weder historisch überliefertes noch praktisch erprobtes Modell eingeführt, das durch rationalistisches Gedankengut bestimmt ist. Der historische Gesetzgeber des BGB hat, wenn er schon – entgegen der mit dem Namen von Savigny verbundenen Ablehnung der Kodifizierung – zur Gesetzgebung bestellt war, sich zur originären Rechtsschöpfung berufen gefühlt und sich im Ergebnis insbesondere veranlasst gesehen, einige traditionell wenig gefestigte Konzepte zu verwirklichen, die ihrerseits ihre Wurzeln, wie die Kodifikationsidee selber, in der Aufklärungsphilosophie (und damit teilweise in Frankreich) haben. Beschäftigung mit französischer Rechtstradition kann daher dem deutschsprachigen Juristen Eigentümlichkeiten seines eigenen Rechts bewusst machen und dessen historische Bedingtheit vor Augen führen.

cc) Bezüglich des *englischen Rechts* wurde postuliert, es sei primär nicht nach (wahrscheinlich zufälligen) Übereinstimmungen, vielmehr nach den (vermutungsweise strukturell grundlegenden) Verschiedenartigkeiten zu forschen. Darin liegt nicht eine uneingestandene Abwehrhaltung gegenüber dem Fremdartigen, ganz im Gegenteil: Das Verstehen der Andersartigkeit soll einerseits zwar auch zu einem Bewusstwerden der für das eigene Rechtssystem charakteristischen Grundstrukturen führen, gleichzeitig aber die Voraussetzungen schaffen, vom anderen Rechtskreis

zu lernen. Auch wenn dies aus einer Haltung des Verpflichtetseins auf die eigene Überlieferung heraus geschehen soll und daher die Möglichkeiten vorerst punktuell beschränkt sind, eröffnen sich weite Perspektiven: So erlaubt beispielsweise ein vertieftes Verständnis des Common Law (insbesondere die Einsicht, dass "Recht" dort nicht primär, wie auf den Kontinent, eine normative materielle Verhaltensordnung, sondern viel eher eine auf das Verfahren ausgerichtete Zuständigkeitsordnung darstellt), aus der dortigen Handhabung des "Case-Law" und dessen Präjudizienbindung Schlüsse zu ziehen, wie hiezulande mit den Präjudizien umgegangen werden sollte. Unser historischer Ausgangspunkt, der mit seiner Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung und der Identifikation von Recht und Gesetz einer Berücksichtigung von Präjudizien an sich keinen Raum lässt, ist längst aufgegeben, ohne dass wir bereits den Sündenfall des Abweichens vom "Gesetz, wonach wir angetreten", mit einem widerspruchsfreien Methodenkonzept bewältigt hätten. Hier wird die Auseinandersetzung mit dem entgegengesetzten englischen Modell zu einer wissenschaftlichen Bereinigung der eigenen Position gleichermaßen zwingen wie behilflich sein.

Neben dem Lernen aus der Auseinandersetzung mit dem Fremden kommt, in einem längerfristigen Programm, *Rechtsannäherung* bzw. die Schaffung neuen einheitlichen Rechts in Betracht. Derartige, auf Annäherung bzw. Angleichung ausgerichtete Überlegungen müssten nicht notwendig in allen Fällen zum vornherein England miteinschliessen; in einem ersten Schritt wären derartige Bemühungen auch beschränkt auf den kontinentalen Bereich erlaubt.

dd) Wenn die europäische Gemeinschaft (deutlicher im Verständnis der Gründerjahre als heute) die Aufgabe hatte, einen grossen Wirtschaftsraum zu schaffen, welcher vorab ein Gegengewicht zur Wirtschaftsmacht der USA bilden sollte, ist die Feststellung erlaubt, dass heute, als Sekundärwirkung des erfolgten Zusammenschlusses, entsprechend auf juristischer Ebene vermehrte Resistenz gegenüber Einflüssen aus den USA zurückgewonnen werden sollte. Die nach dem letzten Krieg vorab in Europa (in der Folge aber weltweit) feststellbare "Amerikanisierung" mancher Aspekte des Lebensstils und -gefühls hat auch die Juristenschaft nicht verschont; das Studium an einer Fakultät der USA wurde in manchen Karrieren unentbehrlich, ein aus den USA bezogener Topos hatte zum vornherein Gewicht, war auf jeden Fall *fashionable*. Ob diese Tendenz angesichts des gegenwärtig in Europa relativ schwindenden politischen wie wirtschaftlichen Gewichts der USA in bisherigem Umfang weiter anhalten wird, bleibt abzuwarten. Hier sei immerhin angemerkt, dass die Rückbesinnung auf europäische Tradition für den Juristen Anlass einer kritischen Überprüfung künftig zu erwartender, ja auch bisher bereits erfolgter Einflüsse sein könnte. Diesen Einflüssen ausgesetzt sind, je unter verschiedenen Aspekten, vorab England (das nie ganz aufgehört hat, das USA-Recht als einen Bestandteil der eigenen Rechtskultur zu betrachten) und sodann der deutsche Sprachbereich (der traditionell gegenüber fremden

Einflüssen weit offener ist als etwa der französische), wobei Deutschland hier besonders exponiert scheint infolge der Kriegsgegnerschaft, die, wie sich in der Weltgeschichte immer wieder erwiesen hat, für die nachfolgende Friedenszeit eine "special relationship" mit der Möglichkeit exceptioneller gegenseitiger Beeinflussung begründet. Für den Kontinent möchte ich als bereits heute auszumachende fragwürdige Einflüsse andeutungsweise nennen die von Ausuferung bedrohte Produkthaftung und Berufshaftung (vorab der Ärzte), eine Übergewichtung des Verfahrens gegenüber materiellen Grundsätzen, eine Ausweitung der Lebensbereiche, die als rechtlich geregelt bzw. als zu regelnd verstanden werden. Dieses letztgenannte Faktum hat vielfältige Aspekte. Ein Indiz scheint mir eine sich ausweitende Streitbereitschaft des Publikums zu sein, die u. a. wenigstens teilweise mitveranlasst sein müsste durch eine Ausweitung der auf dem Prozessweg zu erlangenden Korrekturen des jeweiligen Istzustandes, was wiederum nicht ohne Mitwirkung der Juristenschaft möglich ist. (Wenig beachtet wird bisher, dass in diesem Vorgang eine Ausweitung der gesellschaftlichen Bedeutung des Juristenstandes liegt: Arbeit für die Anwälte, Macht für die Richter).

Die genannten Tendenzen kulminieren in den Einflüssen der *Verfassungsgerichtsbarkeit* der USA im deutschen Sprachbereich. Verdrängt wird die jedermann sichtbare Tatsache, dass diese Institution in den USA einerseits aus Not geboren (und durch diese gerechtfertigt) ist, dem Umstand nämlich, dass angesichts der fehlenden Gesetzgebungskompetenz der Union ein Minimum von Rechtseinheit anders nicht erzwungen werden kann. Nicht zur Kenntnis genommen werden die offenkundigen Mängel des Systems (u. a. sich darin zeigend, dass in den USA Sachentscheidungen, wie jene der Zulässigkeit von Schwangerschafts-Unterbrechungen, personalisiert werden in dem Sinne, dass Richterwahlen nach den – bloss vermuteten! – diesbezüglichen Positionen der Kandidaten betrieben werden). Die postulierte Rückbesinnung auf europäische Traditionen könnte in diesem Bereich wohl heissen Eröffnen einer Diskussion der bisher weitgehend tabuisierten Frage, welches das richtige Ausmass der unter fremdem Einfluss gewachsenen Verfassungsgerichtsbarkeit sei, tritt diese doch nicht bloss in Widerspruch zu demokratischen und parlamentarischen Traditionen und gefährdet föderalistische Strukturen; sie kann auch unter normativ-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten fragwürdig sein, werden doch in weitem Umfang Entscheidungen, die wesensmässig politische sind, da sie nicht durch vorgegebene normative Grundsätze determiniert werden, als verfassungsrechtliche ausgegeben und in die Zuständigkeit der Gerichte gezogen bzw. abgeschoben, die hiezu nicht zuständig sein dürften, da Rechtsetzung, nicht Rechtsanwendung in Frage steht.

VI. Folgerungen für Methode und Politik der Rechtswissenschaften

Der europäische Zusammenschluss bewirkt weitherum "Bewusstseinswandel". Die Verschwommenheit dieser Bezeichnung rechtfertigt dieselbe als zutreffend, denn die Auswirkungen der vor sich gehenden Neuorientierung sind so vielschichtig, dass die auftretenden Phänomene sich scharfer Erfassung und abschliessender Beschreibung entziehen. Der *räumliche* Bereich ist keineswegs auf die Mitglied- und Assoziationsstaaten beschränkt, sondern schliesst u. a. die Schweiz mit ein, die derzeit weder das eine noch das andere ist. In *sachlicher* Hinsicht beschränken wir uns zum vornherein auf die juristischen Gesichtspunkte i. e. Sinne, die jedoch, so sei immerhin festgehalten, die übrigen (wirtschaftlichen, politischen, die persönliche Bewegungsfreiheit usw. betreffenden) Aspekte an Bedeutung auch nicht entfernt erreichen.

Der Bewusstseinswandel muss von der Rechtswissenschaft in Rechnung gestellt werden; jene Wissenschaftler, welche aufgrund dieser Entwicklung mehr Verständnis für ihre wissenschaftlichen Anliegen erwarten können, werden legitimerweise die Gelegenheit benützen wollen, dieselben einem – wie sie hoffen, erweiterten – Adressatenkreis vorzutragen.

Die genannte "Verschwommenheit" der festzustellenden Veränderungen sollte nun nicht Anlass sein, bei der Beschäftigung mit dem "Recht des Raums Europas" von unklaren Fragestellungen, wenn nicht gar falschen Prämissen, auszugehen oder die Zielvorgaben im Unklaren zu belassen. Neben den hier (vorstehend Ziff. V) angestellten Überlegungen sollte vor allem das Rollenverständnis jener Privatrechtler, die in erster Linie angesprochen sind, d. h. der *Rechtshistoriker* und der *Rechtsvergleichler*, überdacht werden.

Auszugehen ist dabei von eingetretenen Veränderungen und der daraus sich ergebenden Neuorientierung des Rechtsverständnisses.

"Europäischer Zusammenschluss" heisst vorab einmal Bewegung hin zur *Beseitigung der nationalen Grenzen*. Das bedeutet, bezogen auf das Zivilrecht, dessen "*Entpositivierung*". Die bisher das Rechtsverständnis auf dem Kontinent immer noch dominierende Identifikation von Recht und Gesetz fällt in sich zusammen, da Gesetze immer an räumliche Geltungsschranken gebunden sind und ohne Landesgrenzen nicht bestehen können. An die Stelle der nationalen Gesetzgebungen tritt, in dem Umfang, als diese an Bedeutung zurückfallen, zwangsläufig die Vorstellung eines übernationalen, im Raum Europa angesiedelten Rechts, das als heutiges positives, d. h. in Gesetzesform entgegnetretendes Recht derzeit noch kaum vorhanden ist. Diese Rahmenbedingung zwingt zum Abstellen auf die historische Dimension. Wo Gesetzesrecht fehlt, ist Rechtsfindung notwendigerweise Ermitteln der gegebenen Rechtsüberlieferungen, wie auch die Schaffung künftigen Rechts nicht ohne Rückblick möglich ist. "Europa" besteht, juristisch gesehen, für den heutigen Betrachter nur als historische Reminiszenz. Das Zurücktreten der nationalen Sicht vor europäischer Betrachtungsweise bedingt daher zwangsläufig historische Optik.

Besinnung auf das Europäisch-Gemeinschaftliche führt vorerst einmal zurück zu dem Punkt, an dem die früher gegebene Gemeinschaftlichkeit ein Ende fand: der Schaffung der nationalen Kodifikationen. Den damaligen, zur Zeit der nationalen Gesetzgebungen gegebenen Rechtszustand erneut zum Leben erwecken fällt zwar zum vornherein ausser Betracht, aber eine Vertiefung der Kenntnisse von Doktrin und Praxis jener Zeit ist dringend notwendig.

Nur diese Kenntnis verschafft in grundlegenden Zusammenhängen die Basis, über den gegenwärtigen Stand der Kodifikationen hinaus zu gelangen. Ein nicht unbedeutender Anteil anstehender Reformpostulate zur Überwindung nicht mehr zeitgemässer Lösungen will im Ergebnis nichts anderes, als Fehlleistungen des Zeitalters der grossen Kodifizierungen rückgängig machen: zu weit getriebene Abstraktionen und Vereinfachungen, daraus resultierender Schematismus der Lösungen und Verlust an Differenzierungen (eine Beispiel-Gruppe, die dem Schreibenden besonders signifikant scheint, dargestellt in AcP 186/1986, p. 1-73; "Für mehr Aktionendenken").

Zu erinnern ist, dass die hier betrachtete Neuorientierung nicht auf einem spontanen Wiedererwachen historischen Interesses im juristischen Publikum beruht, vielmehr durch veränderte äussere Umstände und Gegenwartsbedürfnisse bedingt ist. Zu erkennen ist bereits heute bestehendes und für morgen erst zu schaffendes Recht. Das bedeutet, dass die Betrachtung *vom heutigen Zustand* auszugehen hat. Ansatzpunkt werden die gegebenen, unter sich verschiedenen nationalen Rechte sein, die ihrerseits je zurückzuverfolgen sind bis zu den ihnen gemeinsamen Ursprüngen. Die vorgefundenen Verschiedenartigkeiten sind ernst zu nehmen und juristisch, nicht historisch, zu betrachten, d. h. einer Bewertung zu unterwerfen im Hinblick auf künftig zu schaffendes Recht. Im Ergebnis bedingen sich historische und vergleichende Betrachtung gegenseitig; Aufgabe dieser neu entstehenden Einheitsdisziplin wird es sein, die in den betrachteten nationalen Gesetzgebungen schlummernden, meist aus der Vergangenheit überlieferten, bisher jedoch nicht erkannten Gemeinsamkeiten als latent bereits heute bestehendes europäisches Recht herauszustellen.

VII. Die Rolle der Rechtsgeschichte

Die historische Disziplin unseres Faches zeigt den Aussenstehenden in diesen Jahrzehnten ein schwankendes Bild. Nicht immer lässt sich der Eindruck der Orientierungslosigkeit oder gar der eines gestörten Selbstverständnisses verscheuchen. Der Unbeteiligte neigt zum Verdacht, dass die Zielvorgaben der Disziplin heute nicht mehr klar sind, jedenfalls über die Zielvorgaben zwischen den Fachvertretern kein Konsens besteht. Über diesen Zustand hinauszugelangen, liegt nicht nur im Interesse der Historiker, sondern sämtlicher Privatrechtler.

Rechtsgeschichte als wissenschaftliche Disziplin i. e. S. ist nicht älter als die Durchkodifizierung des Privatrechts auf dem Kontinent: Bis dahin war jegliche Beschäftigung mit Recht auf das Erkennen der Rechtstradition als der einzig verfügbaren Rechtsquelle ausgerichtet und damit zwangsläufig "historisch"; wenn die auf Erkennen des geltenden Rechts ausgerichtete Tätigkeit geschichtliche Betrachtung darstellt, bleibt in praktischer Wirklichkeit für "Rechtsgeschichte" als einer abgesonderten wissenschaftlichen Disziplin kaum Raum. Die "komparatistisch-historische Rechtsschule" des vergangenen Jahrhunderts war nicht historisch im heutigen Sinne, sondern lediglich "historisierend" insofern, als sie gegenüber der damaligen, die Rechtstheorie (mehr als die Rechtspraxis) beherrschenden deduktiv-rationalistischen Argumentation Ausschliesslichkeit für die historisch-induktive Betrachtungsweise forderte und vordergründig auch durchsetzte. Von ihrer Aufgabenstellung her war sie beinahe ausschliesslich juristisch-praktisch, da auf das Erkennen und Ausgestalten des geltenden Rechts (und im Lauf der Zeit mehr und mehr auch auf die Beeinflussung der Gestaltung des künftigen gesetzlich zu fixierenden Rechts) ausgerichtet; "historisch" war sie im heutigen Sinne deshalb nicht, weil sie sich nur ausnahmsweise "zweckfrei" (d. h. ohne die Absicht des Herausstellens aktuell verwertbarer Einsichten) auf das Erkennen früherer Rechtzustände ausrichtete. – Die gegenwärtige Situation der Rechtshistorie ist vorab durch die Tatsache der Durchkodifizierung des Rechts bestimmt, welche bei der Ermittlung des geltenden Rechts historische Betrachtung nicht nur nicht fordert, sondern, falls die "Kodifikationsidee" konsequent verwirklichend, nicht zulässt. Die Kodifikation im eigentlichen Sinn schafft gemäss ihrem Selbstverständnis neues (heisst aber: von der Vergangenheit abgekoppeltes) Recht – Rechtsetzung als revolutionärer Vorgang. Der daraus folgende äussere Faktor des Rangverlusts des Historikers innerhalb der Juristenschaft führt zwangsläufig zu einem gewandelten Selbstverständnis: Wenn er sich schon nicht mehr als "Jurist im eigentlichen Wortsinn" betrachten kann, möchte er wenigstens als Historiker sich selbst ernst nehmen dürfen – daher seine konsequente Konformierung mit den methodischen Forderungen der Geschichtswissenschaften der letzten Jahrzehnte. Vor dem Hintergrund der "Europäisierung des Rechtsverständnisses" ist die Notwendigkeit der Neuorientierung des Faches "Rechtsgeschichte" leicht zu erkennen: den praktischen Bedürfnissen der Gegenwart wird sie in ihrer heute noch vorherrschenden Ausprägung in keiner Weise gerecht, sowenig sie die angesichts des zusätzlichen Publikumsinteresses neu sich bietenden Möglichkeiten ausnützt. Die Frage: Wie war das Recht früher? ist für den praktischen Juristen vorerst ohne Interesse. Was ihm Not tut ist vielmehr die historische Einordnung und Erklärung des heutigen Rechtszustandes. Diese Aufgabe zu übernehmen waren die "Rechtshistoriker" unserer Jahrzehnte nur ausnahmsweise bereit. Eine Disziplin, die ihre Mitwirkung bei der Ableitung geltenden Rechts aus der Überlieferung verweigert, qualifiziert sich, sobald man das heute zu verwirklichende Recht als ein wesensmässig

in der Rechtsüberlieferung verkörpertes Phänomen betrachtet, als unjuristisch.

Aus dem Gesagten ergibt sich die Folgerung, dass fortan zweierlei Formen von historischer Rechtsbetrachtung neben einander bestehen müssen: *Einerseits* eine heute neu zu erweckende "*historische Rechtsschule*", die, derjenigen des 19. Jahrhunderts nicht ganz unähnlich, im Wesenskern nicht Geschichts-, sondern *Rechtswissenschaft* darstellt, d. h. ihr Ziel auf das Erkennen und richtige Verstehen heutigen Rechts und der Skizzierung optimalen künftigen Rechts ausrichtet. Obwohl sie sich auf die Kenntnis der Vergangenheit abstützt, erkennend, dass die Gegenwart sich nur anhand der Vergangenheit verstehen lässt, dass erst die historische Dimension die Relativierung der Autoritätsanspruchs heutigen Rechts erlaubt, aus der Neues entstehen kann, und schliesslich, dass aus den Erfahrungen früherer Jahrhunderte gelernt werden kann und muss, ist diese Disziplin primär "modernrechtlich", d. h. in ihrer Zielsetzung auf das Verständnis und Gestaltung von Gegenwart und Zukunft ausgerichtet. – *Andererseits* muss neben dieser Fachrichtung auch weiterhin "Rechtsgeschichte", d. h. eine *antiquarisch-historische Disziplin* im Selbstverständnis der vergangenen Jahrzehnte, als eine echte historische Wissenschaft, welche Vergangenes um seiner selbst willen erforscht, betrieben werden; sie ist keineswegs nur durch allgemeine Kultur- und Bildungsinteressen gerechtfertigt, stellt vielmehr für die historisch ausgerichteten Modernrechtler im hier beschriebenen Sinne die nicht zu entbehrende Grundlagenwissenschaft dar. Dass nur eine offen deklarierte Trennung der antiquarisch-historischen Schulen einerseits und der historisch sich abstützenden modernrechtlichen Richtungen andererseits eine klare Grundlage für methodisch einwandfreies Vorgehen und spannungsfreies Selbstverständnis der Beteiligten schafft, steht für den Schreibenden ausser Zweifel. Ob sich personell von demselben Akteur beide wissenschaftlichen Ziele parallel verfolgen lassen, wird jeder Wissenschaftler für sich selber entscheiden müssen.

VIII. "Rechtsvergleichung" als historisch ausgerichtete übernationale Wissenschaft des geltenden Rechts

Die *Rechtsvergleichung* wurde früher gerne "*législation comparée*" genannt, eine Formel, welche verrät, dass die Ursprünge dieser Disziplin, wie jene der Rechtsgeschichte, ebenfalls im Akt der Kodifizierung des Rechts liegen. Wenn es zutrifft, dass die hier besprochene Neuorientierung der Rechtsbetrachtung von der Relativierung des überlieferten Gesetzespositivismus ausgelöst ist, wird offenkundig, dass dieser Vorgang auch die traditionelle Rechtsvergleichung erfasst. Diese wird zunehmend ihren primären Untersuchungsgegenstand, die nationalen Kodifikationen, verlieren; der Niedergang des nationalen Gesetzespositivismus zieht gleichermassen bisheriger Rechtsgeschichte wie überkommener Rechtsvergleichung

den Boden unter den Füßen weg. Die Ausrichtung auf "Europa", eine Grösse, die nur historisch und nicht positivrechtlich erfasst werden kann, bedingt auch hier eine historische Ausrichtung. Die vorstehend postulierte, auf das geltende und künftig neu zu gestaltende Recht ausgerichtete, jedoch gleichzeitig historisch orientierte Wissenschaft fällt, wenn auf den Raum Europas erstreckt, weitgehend mit Rechtsvergleichung zusammen. Diese wird jedenfalls ihr Augenmerk primär auf das Erkennen der überlieferten Gemeinschaftlichkeiten, nicht auf das Herausstellen und "Vergleichen" der Unterschiedlichkeiten ausrichten.

Im Ergebnis wird zu fordern sein eine Betrachtung, die einerseits den Ausgangspunkt wie das Ziel der Überlegungen im gegenwärtigen Recht hat, jedoch zum vornherein weder räumlich auf die eigene Nation noch zeitlich auf die Gegenwart beschränkt ist, vielmehr sich auf die europäische Rechtstradition besinnt, welcher "approach" von selbst zum Einbezug der geschichtlichen Dimension wie zu über die nationalen Grenzen hinausgreifenden Betrachtung zwingt. Zu hoffen ist, dass eine derart ausgerichtete Wissenschaft im Lauf der Zeit zunehmend die gesamte kontinentaleuropäische Doktrin des geltenden Privatrechts in sich aufnehmen wird, damit die frühere, durch die nationalen Kodifikationen, ausgelöschte gemeineuropäische Rechtskultur neu begründend.

Das Postulat einer neuen Form der Rechtsbetrachtung, welche sich nicht in bisherigem Stil auf den nationalen Rahmen beschränkt, andererseits die historische Dimension als massgeblich für die Rechtsermittlung anerkennt, ruft nach Reflektierung deren Methode, für die angesichts deren Neuheit derzeit kein Konzept verfügbar ist. Dazu nur einige präliminare Anmerkungen.

Die Relativierung der nationalen Grenzen stellt, wie gesehen, das Recht und Gesetz identifizierende Rechtsverständnis in Frage. Das bedeutet, dass die heutige Methodenlehre, die überwiegend noch eine Theorie der "Auslegung" (sc. der Gesetze) sein will, die gestellte Aufgabe zum vornherein verfehlt und der erstrebten gesamteuropäischen Wissenschaft nicht helfen kann; dass sie selbst bei der Betrachtung eines nationalen Rechts fragwürdig ist, wurde bereits einleitend (oben Ziff. II/a) vermerkt. An die Stelle der Auslegungslehre muss eine allgemeine *Theorie der Rechtsinhaltsermittlung* treten. Während in einer "Auslegungslehre" im engeren Sinn der Einbezug des geschichtlichen Hintergrundes entfällt oder höchstens zur Ermittlung des eigenen "Vorverständnisses" (i. S. der Hermeneutik der letzten drei Jahrzehnte) geduldet ist, wird er hier zum autonomen Gegenstand der Untersuchung und massgeblichen Mittel der Rechtsfindung.

Die Ausrichtung der Rechtsbetrachtung und -findung auf den historischen Stoff und dessen wissenschaftliche Handhabung wird Überlegungen zur Methode erfordern. Zum vornherein wird zugestanden werden müssen, dass das Gewicht des historischen Elements *fallweise verschieden* sein wird und sein darf; das Mass wird, abgesehen vom Temperament

des Betrachters, durch die Ziele der Untersuchung bestimmt werden (was durch Methodenüberlegungen systematisch ausgeleuchtet werden sollte).

Unterschiedlich wird auch die "*Tiefendimension*" des historischen Rekurses sein: Ob die zu ergründenden Wurzeln einer heutigen Institution bereits im vergangenen Jahrhundert, in der Aufklärungszeit, in irgend einer Phase der Rezeptionszeit oder im antiken römischen Recht zu suchen sind, wird von Fall zu Fall verschieden sein.

Während die *antiquarisch-historische* Untersuchung sich auf *punktueller Erscheinungen* der Vergangenheit bezieht oder, wenn sie eine über die Zeit sich hinziehende Entwicklung beschreibt, wenigstens deren Terminierung selber bestimmt, ist die hier besprochene, auf die Gegenwart bezogene *komparatistisch-historische* Betrachtung niemals auf punktuelle Ereignisse, sondern notwendigerweise auf *evolutive Zusammenhänge* ausgerichtet. Deren zeitlichen Begrenzungen sind durch den Gegenstand der Betrachtung vorgegeben und damit der Entscheidung des Betrachters entzogen: Einerseits ist *Ziel und Endpunkt* der Betrachtung notwendig die Gegenwart (die allenfalls durch Ausblicke in die Zukunft erweitert wird), während sich der *Anfangspunkt* dort befindet, wo die zu untersuchende Evolution ihren Ausgang nahm, bzw. auf den sich die gegenwärtige vorgefundene, zu erforschende Institution zurückführen lässt. Wenigstens für den idealtypischen Fall wird gefordert werden dürfen, dass die Betrachtung die gesamte Evolutionslinie einbeziehe.

Die Betrachtung einer Evolution kann einsetzen vorn oder hinten, am Anfang oder am Ende der Entwicklung; sie kann "*progredient*" oder "*regredient*" sein: man betrachtet eine Rechtsinstitution der Vergangenheit und verfolgt deren Entwicklung und Einflüsse bis in die Gegenwart, oder man setzt beim heutigen Zustand einer Institution ein und verfolgt deren Vorgeschichte bis zu den Anfängen zurück. Je nach Gegenstand und Absicht der Untersuchung wird das eine oder andere Vorgehen gewählt werden. Die "*progrediente*" Methode hat vor kurzem bereits eine exemplarische Verwirklichung in einem zukunftsweisenden, monumentalen Werk gefunden: der Darstellung der Auswirkungen des antik-römischen Obligationenrechts auf die späteren Entwicklungen des Schuldrechts bis in unsere Tage hinein: Sie stammt aus der Feder von REINHARD ZIMMERMANN (*The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civil Tradition* – Juta & Co., Cape Town etc. 1990; seit Sommer 1993 auch bei Verlag Beck, München). Umgekehrt wird der Modernrechtler (zu denen sich der Schreiber zählt) eher geneigt sein, bei den ihm bekannten Institutionen der Jetztzeit einzusetzen und "*regredient*" nach deren historischen Fundamenten zu suchen.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass die hier postulierte historisch abgestützte Rechtsbetrachtung sich in der zu befolgenden Methode von der antiquarisch-historischen Rechtsgeschichte (und den historischen Wissenschaften im allgemeinen) grundlegend unterscheidet: Letztere ist primär auf *Erkenntnis von historischen Fakten* ausgerichtet und hat für das Vorliegen der von ihr festgestellten (d. h. vorerst behaupteten) Befunde

Beweis zu erbringen. Welche Forderungen an die Stringenz des Nachweises zu stellen sind und welcher Grad der Glaubhaftmachung noch wissenschaftlich zugelassen werden soll, ist freilich eine je nach Zeit und Umständen verschieden beantwortete Frage; insgesamt wird die Feststellung angebracht sein, dass in den letzten Jahrzehnten eine vergleichsweise strikte, "positivistische" historische Methode das Feld beherrscht, welche die Schwelle geforderten Nachweises hoch ansetzt, der blossen Vermutungen historischer Fakten wenig Raum lässt und der Annahme nicht strikt nachweisbarer Zusammenhänge kaum Kredit gibt. Gegenüber dieser Position der antiquarisch-historischen Disziplinen ist zu betonen, dass die hier postulierte historisch-komparatistische Rechtsbetrachtung sich keineswegs diesen Gesetzen unterwerfen soll. Sie ist primär nicht auf das Erkennen historischer Fakten und deren Nachweis ausgerichtet, vielmehr muss sie sich zur Aufgabe machen, aufgrund bereits bekannter Fakten *historische Zusammenhänge* zu erkennen und Entwicklungslinien aufzuzeigen: *Fakten-Deutung, nicht Fakten-Feststellung*. Im Rahmen dieser Zielsetzung ist stringenter Nachweis selten möglich, aber auch nicht gefordert. Zu erinnern ist hier, dass im Rahmen des geltenden Rechts Rechtsfindung (das ist Entscheidungsfindung in einem bisher nicht gesicherten Fragenbereich) nicht auf stringenten Nachweis gestützt wird, vielmehr ein solcher dem Grundsatz nach nicht möglich ist. Gefordert ist Glaubhaftmachung, "*relative Evidenz*" des *Ergebnisses*; es ist im Rahmen von Rechtsfindung i. e. S. (d. h. Entscheidung bei Fehlen vorgegebener eindeutiger Rechtslage) nicht mehr möglich als der Nachweis, dass die als "richtig" oder "geltend" behauptete Lösung mehr Überzeugungskraft besitzt als die übrigen in Betracht fallenden. Ähnliches muss nun auch bei der Auswertung des vorgegebenen historischen Materials im Hinblick auf Gewinnung von Erkenntnissen für unser gegenwärtiges Recht gelten: Die einen historischen Zusammenhang behauptende These muss nicht, wie ein behauptetes historisches Faktum, bewiesen werden, sondern erfordert Beachtung, sobald sie – gegenüber anderen Thesen zur gleichen Deutungsfrage – die relativ grösste Glaubwürdigkeit besitzt. Was hier methodisch gilt, ist vergleichbar der von modernen Methodenlehren zu den Naturwissenschaften (zuerst von KARL R. POPPER, *Logik der Forschung*, 1. Aufl., Wien 1934/35, seither zahllose weitere, Tübingen) herausgestellten Einsicht, dass die "Geltung" (Richtigkeit) von Naturgesetzen als solche nicht bewiesen werden kann, vielmehr eine Hypothese so lange als Naturgesetz zu gelten hat, als deren Falsifizierung nicht gelingt. Übertragen auf unsere Disziplin bedeutet dies, dass Thesen behaupteter juristisch-historischer Zusammenhänge so lange massgeblich bleiben, als nicht evident gemacht wird, dass sie entweder mit gesicherten historischen Fakten nicht zu vereinbaren sind oder dass andere, entgegengesetzte Deutungen grössere Glaubwürdigkeit und Überzeugungskraft besitzen.

IX. Ausblick: Europa ?

Der Wandel in Europa ist zwar grenzüberwindend, aber auch "eurozentrisch". Der Vorgang will einerseits Grenzen öffnen, dies aber mit der Wirkung, dass solche auch neu geschaffen bzw. verstärkt werden, d. h. jene Europas gegenüber den übrigen Teilen unseres Planeten. Auch wenn eine weitergehende Einigung Europas ein grosses, derzeit immer noch unerreichtes Ziel darstellt, sollte es nicht als endgültiges verstanden werden: Die letzte Aufgabe ist die Öffnung der Nationen Europas gegenüber der ganzen Welt. Dies gilt offenkundig in wirtschaftlicher Hinsicht. Aber auch die Rechtswissenschaft wird letztlich, sofern sie sich über die Betrachtung "politisch" bedingter Lösungen erheben und zum eigentlich "Juristischen" vorstossen will, eine Beschränkung ihrer Betrachtung auf den europäischen Raum nicht hinnehmen können.

Der europäische Zusammenschluss hat seinen historischen Ursprung in der Absicht der Erlangung wirtschaftlicher Vorteile durch Schaffung eines grösseren Wirtschaftsraumes, während Annäherungen in sonstigen Bereichen bloss sekundäre Bedeutung haben. Nach dem Zerfall des Sowjetimperiums scheinen die Gewichte verschoben: Es resultiert, sich gegenseitig bedingend, ein Zurücktreten der Hegemonie der USA in Europa und ein Auseinanderbröckeln der dort vorher durch Druck von Osten hergestellte relativen Einigkeit in weltpolitischen Fragen. Vor dem Hintergrund dieses Ordnungszerfalls entsteht das Bedürfnis nach neuen Ordnungsstrukturen im Raume Europas. Darin kann auch der Schweizer eine temporär beschränkte Rechtfertigung und Notwendigkeit der europäischen Gemeinschaft erkennen. Im Raume Kontinentaleuropas, wo die "Idee" der Nationalstaatlichkeit ihren Ursprung hatte und ihre konsequenteste Verwirklichung erfuhr, besteht ein erhöhtes Bedürfnis nach deren Überwindung, welche Zielsetzung allein schon die Forderung nach der Schaffung eines "europäischen Bewusstseins" rechtfertigt. Alle diese Aufgaben sind indessen zeitlich begrenzt und werden, wenn erfüllt, anderen Zielsetzungen weichen müssen.

Diese in groben Strichen entworfene Zeichnung wird deshalb präsentiert, weil sie ihre Entsprechung im juristisch-wissenschaftlichen Bereich findet. Im Raum Europas besteht seit langem, aber erstmals heute in weiteren Kreisen empfunden, ein Defizit gegenseitigen Verständnisses. Dieses ist die Folge der "Positivierung" des Rechts im Rahmen nationaler Kodifikationen und des dadurch veranlassten Verlusts des Bewusstseins einer gemeinsamen Rechtskultur. Daraus ergibt sich, zwar nicht im englischen Sprachbereich, wohl aber auf dem Kontinent, die Sonderaufgabe, früher mit Selbstverständlichkeit gegebene Verhältnisse zurückzugewinnen, eine gemeinsame Rechtskultur nach dem in der Geschichte vorgezeichneten Modell neu zu schaffen. Diese Zielsetzung darf indessen bloss als temporäre, nicht als permanente (wenn auch wohl auf Jahrzehnte dauernde) verstanden werden. Im weiterer Perspektive wird auch hier "Europa" als Raum erstrebter Heilsverwirklichung sich nicht halten lassen,

sondern vor einer globalen Sicht zurücktreten müssen. Das historische Ereignis, dass die in Kontinentaleuropa entstandene und früher auf dessen Raum beschränkte Rechtskultur des Civil Law zu einer globalen geworden ist, wird zwangsläufig dazu führen, dass das sich vorerst als "europäisch" verstehende neu entstehende kontinentale Rechtsverständnis künftig ebenfalls weltumfassend werden muss.