

Prof. Dr. Peter Häberle

Europäische Rechtskultur

Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Häberle, Peter:

Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten / Peter Häberle. – 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1994

ISBN 3-7890-3389-8

1. Auflage 1994

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

1. Europäische Rechtskultur*

Einleitung, Problem

Wenn in Sachen Europa heute ein Vertreter der Rechtswissenschaft das Wort nimmt, ist dies in der Sache gerechtfertigt: denn gerade Recht und Rechtskultur bilden einen zentralen Aspekt der Identität Europas, eine Glanzleistung seiner Kultur. Erinnerung sei an die philosophische Grundlegung im antiken Griechenland (etwa in *Aristoteles'* »Nikomachischer Ethik« und seinen Ausführungen zu Gleichheit und Gerechtigkeit)¹. Erinnerung sei an das antike Rom, dessen bleibender Kulturbeitrag neben manchem Kunstwerk die Ausformung einer bis heute z.B. in das BGB wirkenden Rechtskultur ist. Erinnerung sei an die von Bologna ausgehende Rezeption des Römischen Rechts im frühen Mittelalter²; *P. Koschaker* machte uns dies charakteristischerweise unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg (1947) wieder bewußt. Europas Leistung in Sachen Rechtskultur dokumentiert sich in der Neuzeit in Gestalt der Naturrechtslehren von *T. Hobbes* und *J. Locke*, dieser ist dank der »liberalen« Umbildung des Paradigmas vom Gesellschaftsvertrag und seiner Bejahung des Widerstandsrechts, dank Gewaltenteilung und Grundrechtslehren ein Vater des Verfassungsstaates³, und die nordamerikanischen Kolonien formten all dies zu dem einzigartigen Projekt des US-Bundesstaates, der amerikanischen Demokratie um – die »Federalist Papers« von 1787 bilden den großen Klassikertext, der vielfältig auf Europa

* Vortrag, den der Verfasser am 7. Juli 1993 auf Einladung der Humboldt-Universität Berlin dort gehalten hat. Varianten wurden am 21. April 1994 in Wien und am 24. Mai 1994 auf Einladung der Universität Zürich vorgetragen.

1 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, V. Buch Abs. 6 ff., dtv/Artemis 1991, S. 109 ff.; Reclam-Ausgabe 169, Buch V, S. 126ff.

2 Dazu *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 97 ff.; *P. Koschaker*, Europa und das römische Recht (1947), 4. Aufl., 1966; *R. Orestano*, Introduzione allo studio del diritto romano, 1987.

3 *J. Locke*, Über die Regierung (The second treatise of government), 1690, Reclam-Ausgabe, 1974.

wirkte (zuerst auf die Schweiz: 1848)⁴. Ich brauche nicht daran zu erinnern, daß die französische Menschenrechtserklärung von 1789 mit all ihren Folgewirkungen *der* universal wirkende Beitrag Europas ist: philosophisch dann begründet aus *I. Kants* Menschenwürde-Konzept »in weltbürgerlicher Absicht«, in Rechtstexten kristallisiert, z.B. in den Menschenrechtserklärungen bzw. -pakten der UN (bekannt in den Jahreszahlen 1948, 1966) und in der Präambel der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 glanzvoll wiederholt und weiterentwickelt:

»...entschlossen, als Regierungen europäischer Staaten, die vom gleichen Geiste beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes besitzen, die ersten Schritte auf dem Wege zu einer kollektiven Garantie gewisser in der Universellen Erklärung verkündeter Rechte zu unternehmen...«.

Das Europäische Kulturabkommen (1954) beruft sich in seiner Präambel auf das Ziel, »die europäische Kultur zu wahren und ihre Entwicklung zu fördern«, und in Art. I verpflichtet sich jede Vertragspartei zu geeigneten Maßnahmen »zum Schutz und zur Mehrung ihres Beitrags zum gemeinsamen kulturellen Erbe Europas«.

Als vorläufig letzter Beleg dafür, daß Identität und Universalität Europas historisch und zeitgenössisch wesentlich aus seiner *Rechtskultur* leben, mögen EG-Texte zur Europäischen Einigung dienen. Schon im EG-Text – den nicht zufällig so genannten »Römischen Verträgen« von 1957 – steht in der Präambel:

»...In dem festen Willen, die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker zu schaffen,
...Entschlossen, durch diesen Zusammenschluß ihrer Wirtschaftskräfte Frieden und Freiheit zu wahren und zu festigen...«.

Und im Vertrag über die Europäische Union (»Maastricht«) vom 7. Februar 1992 heißt es in der Präambel, die als solche – wie fast alle Präambeln – wegen ihrer sprachlich oft künstlerisch-musikalischen Fassung für das Erarbeiten des Rechtskulturellen besonders ergiebig ist⁵, u.a.:

- 4 Bemerkenswert aber auch der »Einfluß der Schweiz auf die amerikanische Verfassung von 1787«, dazu der gleichnamige Beitrag von *P. Widmer*, in: Schweizerische Zeitschrift für Geschichte, Bd. 38 (1988), S. 359 ff.
- 5 Dazu meine Bayreuther Antrittsvorlesung: Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen (1982), jetzt in: Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 176 ff.- Allgemein: *P. Häberle*, Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive, JöR 32 (1983), S. 9 ff.

»...*Eingedenk* der historischen Bedeutung der Überwindung der Teilung des europäischen Kontinents und der Notwendigkeit, feste Grundlagen für die Gestalt des zukünftigen Europas zu schaffen,

In Bestätigung ihres Bekenntnisses zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit,

In dem Wunsch, die Solidarität zwischen ihren Völkern unter Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen zu stärken...

Entschlossen, den Prozeß der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiterzuführen...«

So ist es denn kein Zufall, daß einer der Kenner der europäischen Rechtsgeschichte, *H. Coing*, das »schwindelerregende« Wort (v. *Simson*) »von Bologna bis Brüssel« (1989) gewagt hat. Er zieht damit die Linie aus bzw. zurück bis Rom, und wenn wir heute von »Gemeineuropäischem Zivilrecht«⁶ bzw. »Gemeinsamem Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft«⁷, von »*ius commune europaeum publicum*« bzw. »Gemeineuropäischem Verfassungsrecht« sprechen⁸, wenn allenthalben eine »Europäisierung« der juristischen Teilgebiete beobachtet und befördert wird (beginnend mit dem »Europäischen Verwaltungsrecht«⁹ bis hin zum Europäischen

6 Vgl. *H. Kötz*, Gemeineuropäisches Zivilrecht, FS K. Zweigert, 1981, S. 481 ff.; Spiegel der Wiederbesinnung auf das »*ius commune*« ist die gleichnamige Buchreihe des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, seit Band 1 (1967), zuletzt Bd. 19 (1992), hrsg. von *H. Coing* bzw. *D. Simon*.

7 Dazu *P.-Ch. Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993; *P.-Ch. Müller-Graff*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, NJW 1993, S. 13 ff.; *P. Hommelhoff*, *Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung*, AcP 192 (1992), S. 71 ff.; *P.-Ch. Müller-Graff*, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2. erw. Aufl., 1991; *H.-P. Mansel*, *Europäische Rechtseinheit*, JZ 1991, S. 529 ff.; *P. Ulmer*, *Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?*, JZ 1992, S. 1 ff.

8 *P. Häberle*, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, S. 261 ff. – hier Nr. 2.

9 Dazu *J. Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., Bd. 1 und 2, 1988.– Viele Teilgebiete der Rechtswissenschaft schen sich dem Problem der Europäisierung ausgesetzt – aus der Fülle der Bereiche und der zugehörigen Lit. etwa *R. Birk* (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht*, 1990; *U. Sieber*, *Europäische Einigung und europäisches Strafrecht*, ZStW 1991, S. 957 ff.; *Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht*, Tübinger Symposium für *F. Baur*, 1992; *H. Höfling/B. Möwes/M. Pechstein*, *Europäisches Medienrecht*, 1991; *D. Merten/R. Pitschas* (Hrsg.), *Der Europäische Sozialstaat und seine Institutionen*, 1993.

Sozial- und Arbeitsrecht und gipfelnd in dem Desiderat einer »europäischen Juristenausbildung«), so zeigt sich darin ein Mehrfaches: In Europa hat eine neue Phase begonnen¹⁰; die begrenzte Relativierung des Nationalstaates bzw. die Europäische Einigung geschieht im *Wege des Rechts*, was auch seine Grenzen und Schattenseiten hat! (Europa als Rechts- und Kulturgemeinschaft.) Europa findet, gewinnt und verstärkt unbewußt seine Identität durch Wellen immer neuer auf das *Recht* bezogener *Rezeptions- und Produktionsvorgänge*, die wie Kraftlinien in die Welt ausgreifen (denken wir an die rechtskulturellen Rezeptionsvorgänge in Richtung Türkei, Japan und Korea¹¹ sowie Südamerika – zuletzt wirkte etwa die spanische Verfassung von Cadix (1812) nach Kolumbien (Verfassung von 1991)).

Kurz: Europa bestätigt sich als »Kraftfeld« von Rechtsproduktionen und -rezeptionen, und dieses Europa durchlebt heute selbst eine einzigartige *Europäisierung in der Weise des Rechts*, die den Blick auf ältere Perioden des »gemeinen Rechts« des europäischen Mittelalters *vor* der Zeit des klassischen Nationalstaates zurücklenkt. Dabei sollten wir uns klar machen, daß Europas Einigung zwar von der *Wirtschaft* herkommen mag, aber daß sie letztlich auf der *Kultur* basiert – das sei bewußt gegen den neuen Ökonomismus unserer Tage gesagt. Damit haben wir erste Stichworte. Seien wir aber vorsichtig: So sehr von Europa Impulse zu einer in den UN verfaßten Völkerrechtsgemeinschaft ausgegangen sind (beginnend

10 Aus der Lit.: *H.P. Ipsen*, Europäische Verfassung – Nationale Verfassung, EuR 1987, S. 195 ff.; *A. Weber*, Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1993, S. 325 ff.; *P. Häberle*, Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung, EuGRZ 1992, S. 429 ff. – hier Nr. 3; *P. Kirchhof/C.-D. Ehlermann*, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Europarecht Beiheft 1/1991.– Europa 1993: Supermarkt oder Sozialraum?, hrsg. von W. Böhm, 1992; *N. Reich*, Binnenmarkt als Rechtsbegriff, EuZW 1991, S. 203 ff.; R. Hrbek (Hrsg.), Die Entwicklung der EG zur Politischen Union und zur Wirtschafts- und Währungsunion unter der Sonde der Wissenschaft, 1992; *P. Koslowski* (Hrsg.), Europa imaginieren. Der europäische Binnenmarkt als kulturelle und wirtschaftliche Aufgabe, 1992; *P. Haungs* (Hrsg.), Europäisierung Europas?, 1989; *R. Wildenmann* (Hrsg.), Staatswerdung Europas?, 1991.

11 Dazu aus der Lit.: *H.-J. Kim*, Hundert Jahre Verfassungsrecht in Korea und Deutschland. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte deutschen Rechts in Korea und *Y. Huh*, Die Grundzüge der neuen koreanischen Verfassung von 1987, in: JöR 35 (1986), S. 575 ff. bzw. JöR 38 (1989), S. 565 ff.; *M. Reh binder/J.-C. Sonn* (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, 1990; *H. Scholler* (Hrsg.), Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der fernöstlichen Rechtskultur, 1993.

mit der spanischen Schule im 16. Jahrhundert von *F. de Vitoria* und *F. Suarez*¹², klassisch geworden dank *Hugo Grotius*, des »Vaters des Völkerrechts«¹³ (1625)); heute ist es gerade in seinen »universalen« Rechtsgrundsätzen herausgefordert: durch den Islam, dessen Sharia, durch die islamische Menschenrechtserklärung von Teheran bzw. Kairo (1990); freilich auch durch die Rebarbarisierung, d.h. Mißachtung von in Jahrhunderten gereifter Kultur gründenden Rechtsgrundsätzen im Balkan, d.h. inmitten des so stolzen Europas vollziehen sich Völkermord und Rassenhaß. Als Jurist ist man wegen des Bürgerkrieges im ehemaligen Jugoslawien beschämt und wiederholt jetzt gleichsam die Kontroverse des Entweder/Oder von *T. Hobbes* und *J. Locke*: also doch das »wölfische Menschenbild«? der Krieg aller gegen alle? Gegen solche depressive Anwandlungen sei erst recht mein Thema gesetzt. Wenn es interdisziplinär um die Identität Europas geht, muß der Jurist mitsprechen. Ob und wie er dies hinlänglich kann, darum ringt die folgende Skizze. Sie gliedert sich in Teile, die wegen der knapp bemessenen Zeit nur in Stichworte gefaßt sind: nämlich in

- den heute vor allem nach Osten offenen *Europabegriff* (Erster Teil)
- den Begriff »*Rechtskultur*« (Zweiter Teil)
- die Elemente der »*Europäischen Rechtskultur*« (Dritter Teil).

Der »Ausblick« erinnert an die in Gang gekommene neue Phase: die Europäisierung der – europäischen – Rechtswissenschaften auf fast allen Feldern.

Erster Teil:

Europa als geographischer und/oder kultureller und rechtskultureller – »ideeller« – Begriff

Von welchem Europabegriff haben wir auszugehen? Gibt es eine Art »Grundbuch« für seine Grenzen und Grenzänderungen? Ist das

12 Dazu etwa: *W.G. Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 224 ff.; *M.N. Shaw*, International Law, 1986, S. 21 ff.

13 Vgl. *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, S. 193 ff.; *C. Link*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979, S. 232 ff. u.ö.

kulturelle bzw. rechtskulturelle Europa identisch mit dem geographischen? Gehört etwa die Türkei wegen ihres Laizismus und ihres stark von Europa beeinflussten Rechtssystems einschließlich ihrer Verfassungen dazu oder wegen der wieder vordringenden islamischen Religion (und z.T. auch Kultur) gerade nicht? Bleibt Israel wegen der europäischen Rechtskultur Teil Europas, obwohl es geographisch kaum mit Europa als »Kontinent« verbunden ist? Oder anders gefragt: Brauchen wir einen eigenen, sozusagen »juristischen« Europabegriff?

Als Juristen haben wir zunächst von den *Texten* auszugehen. In der Präambel der EMRK (1950) ist von »europäischen Staaten« die Rede, die »vom gleichen Geist beseelt sind«, in der ESC (1961) wird als Ziel des Europarates genannt, »eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen, um die Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe sind, zu wahren« – die Türkei ist Mitglied des Europarates (!) –, das GG spricht in seiner Präambel vom deutschen Volk als »gleichberechtigtem Glied in einem vereinten Europa«, in Art. 24 Abs. 2 GG von »friedlicher und dauerhafter Ordnung in Europa«, und dieses Europabekenntnis ist jüngst in der Verfassung Brandenburgs (1992) fast wörtlich wiederholt (Präambel). Seit einigen Jahren wird Europa verstärkt Gegenstand von Rechts-Texten. So heißt es in dem Dokument der Münchner Konferenz »Europa der Regionen« vom Oktober 1989: »Europas Reichtum ist die Vielfalt seiner Völker und Volksgruppen, seiner Kulturen und Sprachen, Nationen, Geschichte und Traditionen, Länder, Regionen und autonomen Gemeinschaften, ... Subsidiarität und Föderalismus müssen die Architekturprinzipien Europas sein«¹⁴. In der Verfassung Sachsens (1992), und in der des Saarlands (Revision, 1992) wird die grenzüberschreitende regionale Zusammenarbeit in Europa auf Texte gebracht (vgl. Art. 12 bzw. Art. 60) – die »Regio Basiliensis« und die »Euregio Egrensis« sind bekannt –, und der sonst so glanzvoll verunglückte geplante Art. 23 GG sagt in seinem Absatz 1: »Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit...«¹⁵. Er bekräftigt die »Europa-Offenheit« des GG.

14 Einzelheiten in: *P. Häberle*, Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus, in: *Die Verwaltung* 24 (1991), S. 169(170f.).

15 Zum neuen »Europa-Artikel 23 GG« etwa: *C.D. Classen*, Maastricht und die Verfassung, ZRP 1993, S. 57 ff.

Auch in Osteuropa findet »Europa« Eingang in die neuen Verfassungen. So spricht etwa die Verf. der Tschechischen Republik (1992) in ihrer Präambel von sich als »freiheitlichem und demokratischem Staat, gegründet auf der Achtung vor den Menschenrechten und den Grundsätzen der bürgerlichen Gesellschaft, als Teil der Familie der Demokratien Europas und der Welt, ... entschlossen, sich nach allen bewährten Prinzipien des Rechtsstaates zu richten«. Auffallend ist, wie sehr Europa im *Kontext* von Rechtsprinzipien beschworen wird, aber selbst nicht definiert, d.h. vorausgesetzt ist. Aus diesem Dilemma befreit uns auch nicht der juristische Begriff »Europarecht«. Im »engeren Sinne« gilt er der EG, d.h. dem Europarecht der 12 Mitgliedstaaten, die sich freilich schrittweise erweitert haben (zuletzt durch Spanien und Portugal) und die sich künftig erweitern wollen (etwa um Österreich und Norwegen). Der Geltungsbereich dieses engeren Europarechts ist also geographisch »flexibel«. Das Europarecht im »weiteren Sinne« meint den Europarat, vor allem die EMRK-Gemeinschaft, die heute z.B. um Polen und Ungarn ergänzt ist. Wir lernen aus all dem, daß Europa ein – in kleinräumigen, kommunikativen Gebieten – *offener Begriff* ist, in seinen Grenzen, vor allem nach Osten dynamisch. Er hat gewisse räumlich-geographische Elemente, aber vor allem kulturelle und als Teil von ihnen rechtskulturelle. Osteuropa¹⁶ war bis zum »annus mirabilis« (1989) gewiß Teil von Europa im geographischen Sinne, rechtskulturell aber durch den eisernen Vorhang und die DDR-Mauer geteilt, der Osten dem Rechtssystem des Marxismus-Leninismus unterworfen, der das Gegenmodell europäisch/atlantischer Rechtskultur bildete (man denke an die Ersetzung des »bürgerlichen Rechts« durch das »sozialistische«, die Gewaltenkonzentration, die »sozialistische Gesetzlichkeit«, die »parteiliche Rechtsprechung«, kurz alle Elemente eines »Unrechtssystems«). Heute kehren die dortigen Länder, etwa die Baltenrepubliken, im Südosten Slowenien buchstäblich »nach Europa« zurück, und mit diesem Bild ist die Rückkehr in die europäische Rechtskultur gemeint – manche kulturellen Ausformungen und Verbindungen hatten sich ja selbst unter dem totalitären System erhalten. Hier zeichnet sich ebenfalls die *Offenheit des Europabegriffs* ab: So leidet etwa die EG als solche an einem *Europadefizit*, solange ihr die Völker Osteuropas – bis hin zu Rußland? – (*De Gaulle*:

16 S. auch H. Homann/C. Albrecht, Die Wiederentdeckung Osteuropas, Herders Perspektiven und die Gegenwart, ZfP 1993, S. 79 ff.

»Vom Atlantik bis zum Ural«), wie Polen und die alte ČSFR nur in »Europa-«, d.h. »Assoziationsverträgen« verbunden sind. Vielleicht ist nach den einzelnen Lebensbereichen zu unterscheiden: Europa als *Wirtschaftsraum*¹⁷ (der EWR scheint sich freilich aufzulösen, bevor er gegründet wurde, die EFTA zerfällt), Europa als *Kulturraum* und Europa als *Rechtskultur* und Ziel der *Politik*. Diese Kreise koinzidieren nur zum Teil. Europa ist ein komplexer Begriff, der nach seinen vielen *Schichtungen* aus Geographie und Raum, Völkern, Kulturgeschichte, Wirtschafts-, politischer und Rechtsgeschichte auszufordern ist, also nur interdisziplinär – kulturwissenschaftlich – erfaßt werden kann. Das »Europa-Bild« wandelt sich in der Zeit (z.B. vom Mythos zum Logos), das »Europa-Bewußtsein« ebenso. Vieles bleibt unklar, doch hat uns das Ringen um den Europabegriff unversehens den Rechtsordnungen näher gebracht. Europa lebt offenbar wesentlich aus seiner spezifischen Art von Recht bzw. Rechtskultur.

Zweiter Teil:

»Rechtskultur«, »Verfassungskultur«, »Grundrechtskultur«,
»Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft«,
»Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung«

Der Zweite Teil will den Begriff »Rechtskultur« methodologisch und inhaltlich umreißen, auch den Anschluß an die anderen Wissenschaften suchen. Während das Wort »Rechtskultur« seit langem geläufig ist, wurden die Begriffe »Verfassungskultur«¹⁸ und »Grundrechtskultur«¹⁹ erst 1978 vorgeschlagen. Das überrascht, denn der *J.G. Fichte* und dem deutschen Idealismus zu verdankende Begriff »Kulturstaat«, in Bayern sogar seit 1946 Verfassungstext – und Wirklichkeit –, hat nach einer frühen pionierhaften Ausarbeitung durch *E.R. Huber*²⁰ erst seit 1979 ff. wieder die ihm m.E. in der Wissen-

17 Auch die heutige »EG« war ursprünglich (1957) eine EWG.

18 *P. Häberle*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 325 u. 587 f.

19 *Ders.*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, S. 88 ff.

20 *E.R. Huber*, *Zum Problem des Kulturstaates*, 1957. Dazu *M.-E. Geis*, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit. Eine Untersuchung des Kulturstaatskonzepts von Ernst Rudolf Huber aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 1990.

schaft gebührende Aufmerksamkeit gefunden²¹. Ebenfalls jüngeren Datums ist die Forderung nach »Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung«²², und die Rechtswissenschaft theoretisch als *kulturelle Rezeptionswissenschaft* zu begreifen, ist *noch* jüngeren Datums²³. Warum dürfen wir von »Rechtskultur« sprechen, unsere juristischen Bemühungen in den Kontext der Kultur stellen, ja die Rechtswissenschaft sogar als »Kulturwissenschaft« apostrophieren?

Bekanntlich geht das Wort »Kultur« auf *Cicero* zurück. Und wieder belehrt uns das römische Recht, das (wie das englische) vor allem Juristenrecht war, was daran »kulturell« ist. Einige *Dicta* illustrieren dies: »Ut eleganter *Celsus* definit, jus est ars boni et aequi« (*Ulpian*), oder: »Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia« (*Ulpian*), »Salus populi suprema lex esto« (*Cicero*), »Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem« (*Celsus*)²⁴.

Die Rechtsordnung ist nichts naturhaft Vorgegebenes, auch wenn sie fiktiv mit dem »status naturalis« der Naturrechtslehren arbeiten muß und heute »neu« zur Natur zurückkehrt: im Namen des Umweltschutzes. Sie ist *gewachsene Kultur*, in ihren Glanzleistungen wie den Verfassungsstaatselementen (Menschenrechten, Demokratie, sozialer Rechtsstaat, Gewaltenteilung) eine kulturelle Errungenschaft par excellence und immer wieder gefährdet; das ewige Ringen um Gerechtigkeit philosophisch von *Platon* bis *J. Rawls* unternommen²⁵, macht uns dies fast täglich bewußt. In den Grundlagen wie in den Einzelausarbeitungen ist die je nationale Rechtsordnung und sind die sie verbindenden allgemeinen Rechtsgrundsätze, sei es des Völkerrechts, sei es des Europarechts, Ergebnis differenzierter *kultureller*

21 Vgl. *P. Häberle*, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979; ders., Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1981, S. 1 ff.; *U. Steiner/D. Grimm*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, *VVDStRL* 42 (1984), S. 7 ff., 46 ff.

22 *P. Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, S. 33 ff.

23 Vgl. vom *Verf.*: Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, *JZ* 1992, S. 1033 ff. – hier Nr. 6; s. auch *E. Stiller*, Rezeption als Rechtsvorgang, *ZevKR* 37 (1992), S. 350 ff. mit älteren Belegen.

24 Zitiert nach *G. Radbruch*, Kleines Rechtsbrevier, 1954. – Gerne werden das Römische Recht und die christliche Religion als die ältesten verbindenden Fundamente der Einheit Europas angesehen. Suggestiv darum der Titel: »Römisches Recht auf dem Roten Platz« (von *H.D. Barbier* in *FAZ* vom 2. Januar 1993, S. 9).

25 *J. Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975.

Wachstumsprozesse. Dazu einige Hinweise: Die Rechtswissenschaft wirkt stets im Kontext allgemeiner Entwicklungen der Kultur bzw. der sie erforschenden und weitertreibenden Wissenschaften. So ist der viel gescholtene juristische Positivismus Ausläufer des wissenschaftlichen Positivismus in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts, so ist *R. von Jherings* »Kampf ums Recht« (1872) bzw. »Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts« (1877) Teil der »geistigen Situation der Zeit« (»Darwinismus«). In ihren Fundamenten wird die Rechtswissenschaft tief geprägt von philosophischen Paradigmen, etwa *Kants* Menschenwürde-Satz und »Kategorischem Imperativ«, *Hegels* Staats- und Geschichtsverständnis, und auch auf der »niedereren« Ebene, der juristischen Alltagsdogmatik, gibt es der Wissenschaft zu verdankende »juristische Entdeckungen«²⁶. Genannt sei die *R. von Jheringsche* »Entdeckung« der »culpa in contrahendo« (1860)²⁷, die »positive Vertragsverletzung« von *H. Staub* (1902/04), die grundrechtliche Statuslehre eines *G. Jellinek* im Verfassungsrecht (1892), *P.J.A. Feuerbachs* »nulla poena sine lege« im Strafrecht. Gesprochen wird vom »Stil« der Rechtsordnungen, was ebenfalls auf Kultur verweist, und in ihren Spitzenvertretern ist die Rechtswissenschaft sogar der Kunst nahe: Große europäische Juristen wurden zu »Klassikern« nicht zuletzt dank der künstlerischen Sprachform ihrer Arbeiten und der Vielzahl ihrer Literaturgattungen – zitiert seien *F.C. von Savigny* aus der Goethe-Zeit in Deutschland, aus dem Italien der Weimarer Zeit *C. Mortati*, aus unserer jüngsten Vergangenheit *G. Radbruch*²⁸.

Ist der Rechtssatz, seine Schaffung und Auslegung ganz allgemein immer auch ein Stück Kultur, so gibt es spezifische »Nahtstellen« zwischen Recht und Kultur: neben dem sog. »Kulturverfassungsrecht«, in all seinen differenzierten Erscheinungsformen von speziellen kulturellen Freiheiten wie der Kunstfreiheit über staatliche Kulturförderungsaufträge bis zu kulturellen Erbesklauseln²⁹, vor allem die Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts (§§ 242, 826 BGB –

26 Vgl. *H. Dölle*, *Juristische Entdeckungen*, 1958.

27 Dazu *J. Esser*, *Schuldrecht*, 2. Aufl., 1960, S. 31 ff.- Zur »positiven Vertragsverletzung« ebd. S. 340 ff.

28 Dazu *Erik Wolf*, *Große deutsche Rechtsdenker*, 4. Aufl. 1963, S. 713 ff.- Zu *Savigny*, *P.J.A. Feuerbach*; *G. Kleinheyer*/*J. Schröder*, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3. Aufl. 1989.

29 Allgemein dazu *P. Häberle*, *Das Grundgesetz der Literaten*, 1983.

Treu und Glauben, Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte³⁰), die in jeder Zeit von den sich wandelnden kulturellen Wertungen her mit geprägt werden, und in G. Dürigs und des BVerfG' Lehre von der »mittelbaren Drittwirkung« (BVerfGE 7, 198 (206 ff.)) ist das Kulturelle ebenso präsent wie in der Begrenzung der Grundrechte durch ethische Wertungen (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 GG: Schranke des Sittengesetzes). An das dahinter stehende riesige Problemfeld »Recht und Sittlichkeit« (seit O. von Gierke besonders bewußt), sei hier nur erinnert. Nicht zuletzt sind es Gedanken, Taten und Werke großer Künstler, die die Rechtsentwicklung wesentlich mitprägen: So hat L. van Beethovens Streichung der Widmung seiner »Eroica« an Napoleon, als sich dieser zum Kaiser krönte, mehr für den Transport der »Ideen von 1789« geleistet als manches juristische Traktat³¹. So hat F. Schillers bzw. Don Carlos' »Sire geben Sie Gedankenfreiheit« auch verfassungsrechtlich Geschichte gemacht. Und so bleibt B. Brechts scheinbar nur dichterische Frage »Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus, aber wo geht sie hin?« ein Stachel im Fleische allen Ringens um Gerechtigkeit und Gemeinwohl im Verfassungsstaat. Shakespeares Passus über die Gnade im »Kaufmann von Venedig«³² und Goethes Mephisto in der »Schülerszene« gehören an Anfang und Ende aller Lehren des positiven Rechts:

»Es erben sich Gesetz und Rechte wie eine ew'ge Krankheit fort, sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte und rücken sacht von Ort zu Ort. Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage; weh dir, daß du ein Enkel bist! Vom Rechte, das mit uns geboren ist, von dem ist, leider! nie die Frage.«

Kurz: Die Rechtswissenschaften sind im ganzen wie im einzelnen eine spezialisierte Kulturwissenschaft, mit ihren eigenen Methoden (z.B. dem Auslegungskanon Savignys (1840), der jetzt um die Rechtsvergleichung als »fünfter« Interpretationsmethode zu ergän-

30 F. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, auch in: ders., Kleine juristische Schriften, 1988, S. 43 ff.

31 Dazu P. Häberle, 1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates (1989), jetzt in: ders., Rechtsvergleichung im Krafffeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 685 ff.

32 W. Shakespeare, Der Kaufmann von Venedig, 4. Aufzug, 1. Szene (Porzia), »Die Art der Gnade weiß von keinem Zwang. Sie träufelt, wie des Himmels milder Regen/zur Erde unter ihr; zweifach gesegnet... Doch Gnad' ist über dieser Zeptermacht. Sie thronet in dem Herzen der Monarchen, sie ist ein Attribut der Gottheit selbst, und ird'sche Macht kommt göttlicher am nächsten, wenn Gnade bei dem Recht steht...«.

zen ist)³³, mit ihrem eigenen Gegenstand, ihrem »Proprium« und den Inhalten (Menschenwürde-Schutz, der Rechtsidee mit ihren drei Aspekten der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit). Sie werden im Begriff »Geisteswissenschaften« zu eng verstanden, weil darin der Aspekt der »Wirklichkeitswissenschaft« nicht zum Ausdruck kommt. Die Rechtswissenschaften sind in ihren Teilfeldern wie *Rechtsgeschichte*, *Rechtsphilosophie*, *Rechtssoziologie* oder *Wirtschaftsrecht* mit den anderen Disziplinen denkbar eng verknüpft. Ihre Dimension der Erfahrungswissenschaft sollte nicht zu gering geschätzt werden. Ihre Horizonte als »Zukunftswissenschaft« im Sinne von *H. Jonas'* »Prinzip Verantwortung« (1979) für diese eine Welt, unseren blauen Planeten, werden erst in unseren Tagen sichtbar und belegen, wie der Umweltschutz zu dem – kulturellen –, viele Wissenschaften zusammenführenden, Thema wird. Die gerade heute, im Jahre »4« nach der Weltstunde des Verfassungsstaates 1989 offenkundigen Rezeptionsvorgänge in Sachen Vorbildwirkung des europäisch/atlantischen Gemeinschaftswerkes »Verfassungsstaat« für Osteuropa zeigen nur zu deutlich, daß Rechtsordnungen wie andere Kulturleistungen, etwa Literatur und Musik, Gegenstand von Rezeptionen sind. Der Verlauf von Wirkungsgeschichten i.S. der Rezeptionstheorie des Konstanzer Literaturwissenschaftlers *H.-R. Jauss* läßt sich auch in bezug auf Rechtsprinzipien (Rechtssätze wie Rechtsprechung und juristische Literatur) beobachten. Bei allem »Selbststand« der Jurisprudenz: Begriffe wie Rechtskultur, Verfassungs- und Grundrechtskultur sind ihr zutiefst angemessen. Und sie erinnern vielleicht auch besonders an die kulturelle Leistung Europas in bezug auf das Recht, mit den Mitteln und in den Formen des Rechts – freilich auch an ihre Herausforderungen heute. Damit ist der Weg frei für den Dritten Teil.

33 Dazu *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat (1989), jetzt in: *ders.*, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 27 ff.

Dritter Teil:
*Elemente der europäischen Rechtskultur*³⁴

Über Elemente der europäischen Rechtskultur in Kürze informativ und anspruchsvoll zu reden, ist eigentlich unseriös und einem Juristen nicht einmal in seinem »Herbst des Mittelalters« erlaubt. Unter diesem Vorbehalt immerhin einige Aspekte:

I. Die Geschichtlichkeit

Die europäische Rechtskultur ist in mehr als 2000 Jahren zu einer solchen *geworden*³⁵. Die einzelnen Phasen und ihre Hervorbringungen überlagern sich wie Schichten und sind alle in ganz Europa mehr oder weniger präsent. Die philosophische Grundlegung im alten Griechenland wurde schon erwähnt, der bis heute wohl nicht wieder erreichte spezifische Juristenverstand der Römer ebenso. Hinzuzunehmen sind die Beiträge des Judentums und Christentums, unmittelbar sichtbar in Gestalt der 10 Gebote von *Moses*, die sich nicht nur im Strafrecht der europäischen Völker, bei allen nationalen Varianten und trotz fortschreitender Säkularisierung widerspiegeln. Antike, Mittelalter und Neuzeit haben ihre bleibenden, oft auch sich verändernden Beiträge zur europäischen Rechtskultur geleistet: Wachstumsringen ähnlich. Erinnerung sei für das Privatrecht – neben der Rechtsgeschäftslehre bzw. Privatautonomie – an römische Glanzleistungen wie die »ungerechtfertigte Bereicherung« (vgl. §§ 812 ff. BGB), für das Strafrecht an die allmähliche Abkehr vom alttestamentarischen Talionsprinzip (nicht nur Vergeltung, sondern auch

34 Eine Gesamtschau der europäischen Rechtskultur steht noch aus. Sie könnte Maß nehmen an einem Werk wie *E.R. Curtius, Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, 1947 (11. Aufl. 1993). – *F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 26 ff. benennt die Reste des westeuropäischen Imperiums, die lateinische Kirche und die spätantike Schule als Elemente der »europäischen Rechtskultur«. – Symptomatisch ist auch der Beginn einer historischen Buchreihe »Europa bauen«, z.B. *L. Benevolo, Die Stadt in der europäischen Geschichte*, 1993; *M. Mollat du Jourdin, Europa und das Meer*, 1993.

35 Anschaulich: *T. Rathnow: »Gedächtnisraum Europa«* (FAZ vom 5. April 1993, S. 33).

Erziehung und Besserung als Strafzweck), vor allem an die Durchsetzung des Schuldprinzips im Sinne »persönlicher Vorwerfbarkeit«, heute unstrittig an die Stelle der Gottesurteile des germanischen Strafrechts getreten! Die Kontroverse zwischen »romanistischem« und »germanistischem« Eigentumsverständnis hat ganze Generationen beschäftigt. Die (nationale) Rechtsgeschichte, heute immer stärker in den europäischen Rahmen gestellt, bleibt unentbehrlich für alles juristische Arbeiten. Die großen Leistungen des kanonischen Rechts (auch der germanischen Volksrechte) und die Ausstrahlung auf das weltliche (z.B. in Sachen Mehrheitsprinzip) sei wenigstens erwähnt³⁶. Ob und inwieweit Ostrom bzw. später »Byzanz« klassische Elemente der europäischen Rechtskultur geschaffen haben, bleibt offen. Jedenfalls ist *Justinian I.* das »Corpus Juris Civilis« zu verdanken.

II. Die Wissenschaftlichkeit – juristische Dogmatik

Die Wissenschaftlichkeit – die juristische Dogmatik – bildet ein zweites Kennzeichen der europäischen Rechtskultur unserer Entwicklungsstufe. War sie in den großen Perioden Roms pragmatisch, aber in z.T. genialen Leistungen gewachsen, so wird vor allem im Zuge der Rezeption des römischen Rechts die Verwissenschaftlichung beschrieben³⁷. In der Moderne hat sich die Verwissenschaftlichung weiter verfeinert. Von *I. Kant* bis *Max Weber* ist diese durchlaufende Entwicklung befördert bzw. beobachtet worden. Recht wird im Vorgang der Setzung wie der Interpretation mit Rationalität in Zusammenhang gebracht. Jüngste Beiträge sind unter dem Stichwort eines *J. Esser* »Vorverständnis und Methodenwahl« (1972), (auch im Anschluß an *H.-G. Gadamer*s »Wahrheit und Methode« (1960, 4. Aufl., 1975)) geleistet worden. Die Rechtspolitik ist als Gesetzgebungslehre³⁸ Teil der Wissenschaft geworden, und Legionen

36 Zur Ausstrahlung des kanonischen Rechts: *F. Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, aaO., S. 71 ff.; *P. Landau*, Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur, in: *R. Schulz* (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, S. 39 ff. – S.a. den Terminus »Dr. jur. utr.«.

37 Dazu *F. Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 131.

38 *P. Noll*, *Gesetzgebungslehre*, 1973; jetzt *E. von Hippel*, *Rechtspolitik*, 1992; *W. Schmitt Glaeser*, *Rechtspolitik unter dem Grundgesetz*, AÖR 107 (1982), S. 337 ff.

von Literatur beschäftigen sich mit Fragen der »richtigen« Methoden der Auslegung z.B. in der Verfassungsinterpretation³⁹. Weitere Stichworte liefert die Diskussion über Grundwerte⁴⁰ – damals u.a. von *H. Kohl* geführt! Im übrigen bildet es einen Ausdruck dieser Wissenschaftlichkeit des Rechts in Europa, daß es viele Teildisziplinen gibt. Die Spezialisierung ist freilich weit fortgeschritten, und mitunter ist das »geistige« Band der *einen* Rechtswissenschaft kaum mehr präsent. Die Rechtsphilosophie (als Frage nach dem »richtigen Recht«) und heute m.E. die Verfassungslehre (als Lehre vom Typus Verfassungsstaat) sind diese »Rahmenwissenschaft«.

Doch stehen wir hier in Deutschland erst am Anfang. Auf den »Schultern der Riesen« der Weimarer Klassiker im doppelten Sinne des Wortes (sc. das Dreigestirn von *R. Smend*, *H. Heller*, *C. Schmitt*⁴¹) sehen wir nicht zuletzt dank der großen Leistungen des BVerfG weiter als diese, aber wir bleiben doch »Zwerge«, auch wenn der bundesdeutschen Staatsrechtslehre Hand in Hand mit »Karlsruhe« (d.h. dem BVerfG) manche neuen juristischen Erfindungen geglückt sind, die auch in anderen Ländern Europas rezipiert werden (z.B. das Übermaßverbot bzw. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, überhaupt die Verfeinerungen der Grundrechtsdogmatik⁴²). Nur erwähnt sei die Auffächerung in viele juristische Teildisziplinen: vom klassischen Privatrecht mit vielen Nebengebieten über das Arbeits- und Wirtschaftsrecht, das Strafrecht, das Verwaltungs- und Verfassungs-, Völker- und Europarecht. Die Rechtsvergleichung, vom Privatrecht in großen Namen von *E. Rabel* über *M. Rheinstein* bis *K. Zweigert* pionierhaft begründet, erlebt derzeit auch im öffentlichen Recht großen Aufschwung⁴³. Sie bildet übrigens in der

39 Dazu etwa *P. Schneider/H. Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 1 ff.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland, 19. Aufl., 1993, S. 19 ff.; *R. Dreier/F. Schwegmann* (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976.

40 Dazu *G. Gorschenek* (Hrsg.), Grundwerte in Staat und Gesellschaft, 1977, 3. Aufl. 1978.

41 *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928; *H. Heller*, Staatslehre, 1934; *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928.

42 Dazu z.B. *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; ferner *P. Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, jetzt auch in italienischer Übersetzung (1993).

43 Früh dazu etwa *R. Bernhardt*, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: *ZaöRV* 24 (1964), S. 430 ff.; *J.M. Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, in: *AöR* 99 (1974), S. 193 ff.

Raumdimension das, was die *Rechtsgeschichte* in der *Zeit* bedeutet. Beides zusammen kann erst den kulturellen Mikro- und Makrokosmos des Rechts erfassen. Einem einzelnen Gelehrten freilich ist die Integration beider Dimensionen leider nicht mehr möglich. Eine Frucht der vergleichenden Rechtswissenschaft bildet die Lehre von den »*Rechtskreisen*«⁴⁴. Unterschieden wird etwa zwischen dem »romanischen« (z.B. Italien, z.T. Frankreich), dem »germanischen« (Deutschland) oder »nordischen« (Skandinavien), dem »angelsächsischen« Rechtskreis. Diese Rechtskreislehre ist wiederum ein Werk der Wissenschaft und im Grunde »eurozentrisch«.

Heute, spätestens seit dem Jahre 1989 und seiner Weltstunde des Verfassungsstaates, muß sie neu konzipiert werden. Denn die Rezeption von Verfassungsrecht (z.B. vom deutschen GG hin zur Verfassung Griechenlands (1975), Portugals (1976) oder Spaniens (1978)), ist beachtlich und »mischt« die Rechtskreise auf neue Weise. Von Italiens Verfassung von 1947 – sie war von der deutschen Weimars (1919) beeinflusst –, gingen manche Rechtsideen ihrerseits in die beiden iberischen Länder (z.B. der Regionalismus), die neuen Schweizer Kantonsverfassungen (seit den 60er Jahren) sind von der deutschen Rechtsprechung und Dogmatik nicht unerheblich beeinflusst⁴⁵, und die deutsche Staatsrechtslehre ist unter dem GG auch intensiven Einflüssen aus den USA ausgesetzt.

III. Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung

Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung in Bindung an Gesetz und Recht (Ausdruck der Gewaltenteilung, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) – eng mit der juristischen Dogmatik als einer Form der wissenschaftlichen Wahrheitssuche verknüpft – ist ein drittes großes Merkmal

44 Vgl. K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I, 1971, S. 67 ff. (2. Aufl., 1984, S. 72 ff.); M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987, S. 15, 77 ff.; L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. III, 1983, S. 73 ff.

45 Dazu P. Häberle, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, JöR 34 (1985), S. 303 ff.; ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, S. 182; ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 1 ff.; ders., Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, in: JZ 1992, S. 1033 ff. – hier Nr. 6.

europäischer Rechtskultur und Ausdruck durchgängiger Rechtsstaatlichkeit. Die Verselbständigung der sog. »3. Gewalt« gegenüber dem Staat – auch und gerade im Verfassungsstaat, d.h. ihre bzw. des Rechts Verlässlichkeit, die schrittweise Herauslösung aus den Weisungsabhängigkeiten im absoluten bzw. konstitutionellen Staat; die Verwaltungsgerichtsbarkeit beginnt in Deutschland in Baden (1863) – die Gefährdungen selbst unter einem *Friedrich dem Großen* (»Fall Müller Arnold«), der Verlust im NS-Staat und dann wieder in der DDR – all dies zeigt, wie mühsam und letztlich doch erfolgreich Rechtsprechung durch sachlich und persönlich unabhängige Richter war und ist und welche kulturelle und politische Leistung sich dahinter verbirgt. Die Frage, ob es sich um »case law« oder um »statute law« handelt, ist eher sekundär, beides nähert sich heute stark an. Entscheidend bleibt, ob die Richter unabhängig sind. Erinnerung sei indes an die menschlichen Grenzen dieser Unabhängigkeit: auch die Richter sind dem »Zeitgeist« ausgesetzt⁴⁶: im »Kaukasischen Kreidekreis« von *B. Brecht* sind von einem Dichter die Grenzen des menschlichen Richtens auf einen Klassikertext gebracht worden. Der Richterkönig *Salomon* bleibt ein weiterer gültiger Ausdruck des Problems des Richteramtes⁴⁷. Beschämt müssen wir indes beobachten, wie unverfroren die politischen Parteien heute die BVerfG-Richterstühle reklamieren – zum Glück sind ihre »Kandidaten«, einmal gewählt, immer unabhängig geworden bzw. geblieben!

IV. Die weltanschaulich-konfessionelle Neutralität des Staates – Religionsfreiheit

Zu den Fundamenten der europäischen Rechtskultur gehört die Garantie der Religionsfreiheit bzw. die sog. weltanschaulich-konfessionelle Neutralität des Staates (BVerfGE 19, 206 (216); 27, 195 (201); 33, 23 (28)). Sie erweist sich für unser Verständnis von »gerechtem Recht« als zentral. Die Religionsfreiheit (nach *G. Jellinek* die Urfreiheit), die damit verknüpfte staatliche »Toleranz in Religionssachen« und das Prinzip der »Nichtidentifikation« (*Herb. Krüger*) sind Gerechtigkeitsbedingungen. Erst dadurch konnte der

46 Dazu *K. Zweigert*, Zur inneren Unabhängigkeit des Richters, in: FS F. von Hippel, 1967, S. 711 ff.

47 Allgemein dazu *R. Smend*, Festvortrag 10 Jahre BVerfG, in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 23 ff.

»Verfassungsstaat« zu einem solchen werden. Alle kulturelle Differenz, aller Pluralismus, alle kulturelle Freiheit hängen letztlich von diesem Ergebnis des Prozesses der *Säkularisierung* ab – wir können leicht die »Gegenprobe« an Beispielen des islamischen Fundamentalismus oder der ideologisch gebundenen sog. »Rechtsprechung« in totalitären Staaten aller Art machen. Europa jedenfalls hat seine Rechtskultur und Kultur überhaupt via Neutralität des Staates ins Offene wachsen lassen können. (Staatskirchenrechtliche Sonderformen wie die »hinkende Trennung« zwischen Staat und Kirche nach dem GG sind damit vereinbar.)

V. *Europäische Rechtskultur als Vielfalt und Einheit*

Der Begriff »Europäische Rechtskultur« suggeriert den Aspekt der Einheit. Näher betrachtet, ist ihm aber die *Vielfalt* von vorneherein hinzu zu rechnen, so wie wir die europäische *kulturelle* Identität dialektisch ebenfalls aus Einheit *und* Vielfalt definieren. Sogar der Vertragsentwurf von »Maastricht« sagt in Art. 128 Abs. 1:

»Die Gemeinschaft leistet einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt sowie gleichzeitiger Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes«.

Das »gemeinsame kulturelle Erbe« umschließt auch das rechtskulturelle Erbe, die »nationale Vielfalt«, gewiß auch das je nationale Recht der europäischen Staaten. Obwohl hier formal nur die derzeit 12 EG-Länder gemeint sind, können beide Begriffe für alle Verfassungsstaaten Europas in Anspruch genommen werden. Dazu einige Stichworte: Für die europäische Rechtskultur ist bei allen gemeinsamen Wurzeln in Antike und Mittelalter die Entstehung des *Nationalstaates* und die damit verbundene eigene – durch das Gewaltmonopol garantierte – Rechtsordnung kennzeichnend. Unabhängig von den »Rechtsfamilien« und »Rechtskreisen« unterscheiden sich die einzelnen Staaten in Europa durch ihr spezifisch nationales Recht. Das gilt für die Kodifikationsidee der Naturrechtszeit, etwa das ALR (1794) und den weit nach Deutschland ausstrahlenden Code Napoléon, es gilt für das BGB von 1900 und das ihm in Prägnanz, Sprachform und Volksnähe sogar überlegene Schweizer ZGB von *Eugen Huber* (1911). Das Ziel aller klassischen Nationalstaaten im 19. Jahrhundert war das eigene Recht, Ausdruck der eifersüchtig gehüteten Souveränität. Bei aller Abhängigkeit der Menschenrechtskataloge von Frankreich 1789 bis Belgien 1831: die

deutsche Paulskirche 1849 – zuvor der süddeutsche Konstitutionalismus – hatten ihre spezifischen Einfärbungen. Das überkommene »ius commune« war durch das nationale Recht zurückgedrängt worden⁴⁸. Und heute gehören die Verfassungsstaaten Europas zwar alle dem *Typus* »Verfassungsstaat« an, sie variieren dessen Elemente indes vielfältig: z.B. in Sachen Föderalismus bzw. Regionalismus⁴⁹, Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechtsverständnis oder politischer Kultur. In Frankreich sagt ein *De Gaulle* angesichts der drohenden Verhaftung von *J.-P. Sartre*: »Einen *Voltaire* verhaftet man nicht«! Welchem deutschen Politiker könnte man einen solchen Satz zuschreiben bzw. »zutrauen«? Auch der Rechtsprechungs- und Wissenschaftsstil – typisches Kennzeichen einer Rechtskultur –, ist eminent national geprägt. Erwähnt seien etwa die Knappheit der Urteile der französischen Gerichte und die habilitationsgleichen Leistungen des BVerfG⁵⁰. Italien kennt im Gegensatz zum BVerfG in seiner Corte Costituzionale noch keine richterlichen Sondervoten – Spanien sieht sie bereits in seiner neuen Verfassung von 1978 (Art. 164 Abs. 1) vor. Die deutsche Rechtswissenschaft wird oft wegen ihrer »Fußnotenseeligkeit« bespöttelt⁵¹, gewiß auch wegen ihrer Gedankentiefe geschätzt; wir bewundern umgekehrt die vom common sense geprägte, allgemein verständliche juristische Literatur (und Judikatur) Großbritanniens (auch der USA). Kurz die *Pluralität* der nationalen Rechte ist ein Teil der *Identität* der europäischen Rechtskultur. Im unterschiedlichen Gesetzgebungsstil, in der jeweiligen Verwaltungskultur⁵² könnten ähnliche Differenzierungen der Nationen Europas beobachtet werden. Sie bilden zugleich ein Stück seines Reichtums, gerade auch in der Konkurrenz, z.B. beim Ringen um den Einfluß auf die Verfassungsgeber in Osteuropa heute⁵³, vor allem aber auf der

48 Dazu *H. Coing*, Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts, 1986; *ders.*, Gesammelte Aufsätze 1947-1975, Bd. 2, 1982.

49 Vgl. meinen Beitrag: Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates ..., in: AöR 118 (1993), S. 1 ff. – hier Nr. 7.

50 Dazu mehr in *P. Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 55 ff.

51 Dazu Analysen bei *P. Häberle/A. Blankenagel*, Fußnoten als Instrument der Rechts-Wissenschaft, in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 116 ff.

52 Zu diesem Begriff etwa *W. Thieme*, Über Verwaltungskultur, in: Die Verwaltung 20 (1987), S. 277 ff.; *P. Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, S. 1 ff.

53 Dazu meine Bestandsaufnahme in: Verfassungsentwicklungen in Osteuropa, AöR 117 (1992), S. 169 ff. – hier Nr. 4.

EG-Ebene und im Rahmen des EGMR in Straßburg. Damit rücken Elemente des *gemeinsamen* »rechtskulturellen Erbes« ins Blickfeld: das *Europarecht* im engeren (EG-bezogenen) und im weiteren, den Europarat, die EMRK und die KSZE einschließenden Sinne (Charta von Kopenhagen und Paris (1990)).

Hatte selbst der Nationalstaat nicht alle gemeinrechtlichen Wurzeln der Rechtsordnungen der europäischen Völker kappen können: erst in neuerer Zeit blüht das Gemeinsame in Europas Rechtskultur kräftig auf. Die EMRK von 1950, das europäische Kulturabkommen (1954) und die vielen späteren Konventionen des Europarates sind der eine Vorgang – besonders die Judikatur des EGMR in Straßburg, sein Begriff des »ordre public européen«, ziehen die Linien des gemeinsamen Rechts kräftig aus –, und das »Zusammenraufen« bzw. »Konzert« der einzelnen nationalen Richter im Plenum des EGMR illustrieren und personifizieren die Vielfalt und Einheit. Die nationalen Rechtskulturen in Europa besitzen ein gemeinsames Interpretations-Forum wie nie zuvor. Der andere Vereinheitlichungs- und Europäisierungsvorgang manifestiert sich in der EG. Die oft genannten Demokratiedefizite und die Bürgerferne »Brüssels« sind gewiß zu beklagen, und der Perfektionismus sowie die Reglementierungswut der dortigen Bürokratie bilden ein Skandalon, wobei zu hoffen ist, daß der Grundsatz der Subsidiarität (vgl. Präambel und Art. B Vertrag Maastricht) ein Hebel zur Bewahrung der *Vielfalt* der europäischen Rechtskulturen wird. Dennoch ist auf der Haben-Seite die Tätigkeit des EuGH in Luxemburg zu verbuchen: als »Integrationsmotor« hat er prätorisch viel Rechtseinheit in Europa geschaffen. Erwähnt sei nur seine im schöpferischen Rechtsvergleich gewonnene Lehre von den Grundrechten als »allgemeinen Rechtsgrundsätzen«⁵⁴. Das ist ein Stück materialer Allgemeinheit Europas als *einer* Rechtskultur. Dieses oft still, aber sehr effektiv wachsende europäische »Grundrechts-Recht«, das fast an den klassischen Prätor in Rom erinnert, bildet ein Basiselement der europäischen Rechtskultur unserer Tage. Und es besteht unabhängig vom Pro und Contra in Sachen »Maastricht«. Die kleinen Völker wie Dänemark oder

54 Dazu etwa A. Bleckmann, *Europarecht* (4. Aufl., 1985, S. 104 ff.), 5. Aufl. 1990, S. 138 ff.; I. Pernice, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979, S. 27, 42 ff.; s. auch M. Hilf, *Die Notwendigkeit eines Grundrechtskataloges*, in: W. Weidenfeld (Hrsg.), *Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, 1992.

die Schweiz in Sachen EWR-Ablehnung (1992) erinnern uns aber auch daran, daß Europa aus der *Vielfalt* seiner Völker lebt und das »Europa der Bürger« den Balance-Akt zwischen Vielfalt und Einheit der europäischen Rechtskultur suchen muß. Die »Europäisierung der nationalen Staatsrechtslehren« und Verfassungsgerichte⁵⁵, seit kurzem fast ein Schlagwort und von der Europäisierung der anderen Disziplinen wie des Sozialrechts oder des Strafrechts⁵⁶ begleitet, hat jetzt eine Dynamik und Dramatik gewonnen, die an ältere Perioden der europäischen Rechtsgeschichte denken läßt. Das »Erasmus-« und »Tempus-Programm« beglaubigt all dies von der Universitätsseite her. Der »europäische Jurist« beginnt im Studium und endet – vielleicht – als Professor!

VI. Partikularität und Universalität der europäischen Rechtskultur

Dieser letzte Aspekt meint folgendes: Geographisch ist Europa ein Teil der Welt – neben Amerika, Afrika, Asien und Australien. Seine bisher skizzierte *eine*, aber doch *vielfältige* Rechtskultur steht der anderer Erdteile unterscheidbar gegenüber (trotz der Commonwealth-Länder). Ohne sich dem Vorwurf der »Eurozentrik« auszusetzen, darf aber auch von – sehr »europäischer« – »Universalität« gesprochen werden. Nicht wenige Elemente der europäischen Rechtskultur beanspruchen bzw. haben eine »universale« Dimension: so die Menschenrechte seit 1789, von der UNO bekräftigt und z.B. in einigen Staaten Afrikas wiederholt (z.B. Art. 25 AfrMRK (1982)), so die Gerechtigkeitslehren, so das Demokratieprinzip (vgl. Art. 21 Ziff. 1 und 3 AllgErkIMR (1948)), heute vielleicht sogar die »Marktwirtschaft« (so der ehemalige ungarische Außenminister *G. Horn*)⁵⁷. Obwohl heute die Produktions- und Rezeptionsgemeinschaft in Sachen Verfassungsstaat universal ist: zu den USA besteht ein besonderer bzw. vom *Recht* vermittelter Kulturzusammenhang. *T. Jefferson*

55 Dazu mein Votum in: VVDStRL 50 (1991), S. 156 ff.

56 Dazu *U. Sieber*, Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, in: ZStW 1991, S. 957 ff.; *B. Schulte/H.F. Zacher* (Hrsg.), Wechselwirkungen zwischen Europäischem Sozialrecht ..., 1991; *D. Merten/R. Pitschas* (Hrsg.), Der Europäische Sozialstaat und seine Institutionen, 1993.

57 Dazu meine Überlegungen in: Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates, in: Rechtstheorie 22 (1991), S. 431 ff.

hat sich bei seiner amerikanischen Unabhängigkeitserklärung 1776 von Denkern wie *J. Locke* und *Montesquieu* inspirieren lassen, die Virginia bill of rights 1776 beeinflusste ihrerseits die französische Erklärung von 1789, die englische Common law-Tradition prägte die späteren USA. Darum darf man heute insofern von einer atlantisch-europäischen Gemengelage in Sachen Rechtskultur sprechen. Die Verwandtschaft zwischen der Europäischen und der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (1950 bzw. 1969) liegt auf der Hand. Doch dieses »special relationship« sollte selbstbescheiden festgestellt werden. Bei aller Ausstrahlung der europäischen Rechtsideen nach Übersee, auch Asien, beharren die Völker in Afrika zu Recht auf ihrer eigenen Identität, auch in Lateinamerika⁵⁸. Die vermeintliche oder wirkliche »Universalität« mancher europäischer Rechtsprinzipien darf nicht zum Instrument der Einebnung der Kulturen anderer Völker werden. Schon bei Auslegungsfragen der beiden Menschenrechtspakte der UN (1966) zeigen sich große Schwierigkeiten, etwa im Verständnis von Menschenwürde und Gleichheitssatz, von »Familie« und »Bildung«. Von »Weltkultur« und »Weltrecht« sind wir – abgesehen von einigen Prinzipien der in der UNO verkörperten Völkerrechtsgemeinschaft – weit entfernt, was nicht ausschließt, im Sinne *I. Kants* in »weltbürgerlicher Absicht« zu denken und zu handeln. Selbst wenn es Übereinstimmungen und Analogien zwischen den nationalen und regionalen Rechtsgemeinschaften gibt, sind sie auch in je *nationaler* bzw. *eigener* kultureller Verantwortung gewachsen. Zur »Europäisierung der Erde« hat die europäische Rechtskultur neben Technik und Naturwissenschaften gewiß einen großen folgenreichen Beitrag geleistet, und noch heute dauern Rezeptionsprozesse, etwa zwischen Spanien und den neuen lateinamerikanischen Verfassungen, wie Kolumbien (1991), an. Doch tun wir gut daran, gerade als Juristen selbstkritisch zu sein – oder doch zu werden⁵⁹. Vor allem der islamische Fundamentalismus (eines *Chomeini*) erinnert uns z.T.

58 Vgl. Präambel, Art. 58 Verf. Guatemala von 1985 (zit. nach JöR 36 (1987), S. 555 ff.).

59 Die heutige Ausstrahlung des europäischen Verfassungsstaates in die Verfassungsgebung in Osteuropa sei hier nicht erwähnt, weil es sich ja um das *eine* Europa handelt.

schmerzlich an die Grenzen der europäischen Rechtskultur in ihren universalen Intentionen.

Ausblick

Europa als Wertegemeinschaft⁶⁰ ist wesentlich durch Europa als Rechts- und Kulturgemeinschaft – als Rechtskulturgemeinschaft – mit geprägt. Es hat auf einzelnen Feldern durch das Ringen um Freiheit, Gerechtigkeit und Gemeinwohl Paradigmen geschaffen, die vielleicht sogar zum »kulturellen Erbe der Menschheit« als »kulturelles Gen« gehören, jedenfalls den Glanzleistungen Europas in der Kunst (Literatur, Musik, Architektur, Malerei) bescheiden an die Seite gestellt werden dürfen. Als Vergleichsgröße haben immer wieder fundamentalistische sowie totalitäre Rechtssysteme und – noch – z.T. die Entwicklungsländer bzw. Osteuropa gedient. Europa muß sich aber heute einem interkulturellen Vergleich stellen. Wir sollten lernen, Europa auch »von außen« zu sehen – auch zu kritisieren. Das gilt etwa im Verhältnis zu Lateinamerika, Afrika und den islamischen Ländern, auch vielen Entwicklungsländern. Die große Vergangenheit und Zukunft des »Europarechts« im engeren und weiteren Sinne darf beim Namen genannt werden. Aber die Europäisierungsvorgänge sollten taktvoll und sensibel auf Europa beschränkt bleiben und allenfalls als »Angebot« unterbreitet werden, nicht als verdeckte Form neuer Kolonialisierung. Die Transferprozesse zu den Entwicklungsländern hin, aber auch im Blick auf Osteuropa schließen die Rechtsprinzipien ein. Aber gerade weil das Recht ein Teil der Kultur ist, sollte dies im Respekt vor und in

60 Aus der Lit. jetzt: *O. Kimminich*, Europa als (geistes)geschichtliche Erscheinung und politische Aufgabe, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 27 (1993), S. 6 ff.; s. aber auch *E. Schwarz*, Europa, das gibt es nicht, »Die Zeit« Nr. 20 vom 14. März 1993, S. 54. Die Literatur zum Thema »Europa« schwillt in diesen Monaten fast unüberschaubar an, vgl. etwa: *J. Delors*, Das neue Europa, 1993; *B. A. Ackerman*, Ein neuer Anfang für Europa. Nach dem utopischen Zeitalter, 1993; *B. Beutler* (Hrsg.), *Réflexions sur l'Europe*, 1993; *J. Isensee* (Hrsg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, 1993. Viele Wissenschaften und Künste trugen und tragen noch bzw. wieder zum »Europa-Bild« bei, vgl. etwa: *Europa, Analysen und Visionen der Romantiker*, hrsg. von *P. M. Lützel*, 1982; *E. L. Jones*, *Das Wunder Europas*, 1991; *W. Böhm/M. Lindauer* (Hrsg.), *Europäischer Geist – Europäische Verantwortung*, 1993; zuletzt *R. Lassahn/B. Ofenbach* (Hrsg.), *Bildung in Europa*, 1994.

Toleranz zu den fremden Kulturen geschehen. Jedenfalls ist diesen zu wünschen, daß sie die Kraft, Phantasie und den Willen haben, das fremde europäische Recht zum Eigenen einzuschmelzen. Und: Europa selbst muß sich für rechtskulturelle Einflüsse aus anderen Ländern offenhalten und lernfähig bleiben: Auch diese Toleranz und Offenheit gehören zur Kultur des Menschen in dieser *einen* Welt.⁶¹

61 *Inkurs: Zu den spezifisch österreichischen Beiträgen zur europäischen Rechtskultur gehört gewiß das mit dem Namen F. von Zeiller verknüpfte ABGB von 1811. Als, wie F. Wieacker sagte, »vorzügliches Gesetzbuch« (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 338) ist es teils dem Vernunftrecht, teils der josephinischen Aufklärung verbunden. Aus der Sicht des europäischen Verfassungsstaates dürften im übrigen mindestens drei Felder zu nennen sein, auf denen Österreich pionierhaft tätig wurde: auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens (1925, dazu E. Melichar, VVDStRL 17 (1959), S. 183 ff.), auf dem der Verfassungsgerichtsbarkeit und in diesem Zusammenhang bleibt H. Kelsen klassisch (vgl. ders., VVDStRL 5 (1929), S. 30 ff.), sodann auf dem Felde des »Regionalismus« (vgl. F. Esterbauer, Hrsg., Regionalismus, 1978). Die Pluralität der Literaturgattungen von großen Handbüchern (z. B. H. Schambeck, Hrsg., Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1980) über Schriftenreihen (z. B. G. Winklers »Forschungen zu Staat und Recht« sowie P. Pernthalers Innsbrucker Föderalismus-Reihe (seit 1976)) bis zu Lehrbüchern (z. B. L. K. Adamovich/B.-C. Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1987) und zur blühenden Festschriftenkultur sei eigens erwähnt; auch das Gemeinschaftswerk der gerade in und aus Österreich lebenden EMRK.*

2. Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*

1. Problem, Ausgangsthese

1. Das Problem

Europa durchlebt in diesen Tagen auf vielen Feldern eine Entwicklung, die die Besinnung auf seine Identität, seine historischen Wurzeln und seine mögliche Zukunft notwendig macht: auf dem Gebiet des *Politischen* – man denke nur an der osteuropäischen Länder (z.B. der baltischen Staaten) »Rückkehr nach Europa«, an ihren Wiedereintritt in den Kreis der Verfassungsstaaten bzw. an ihre Einordnung in den gemeineuropäisch-atlantischen Wirkungszusammenhang der Verfassungen (sie ist in der aktiven Rezeption westlicher Text-Vorbilder greifbar); man denke auf dem Gebiet der *Wirtschaft* an die Vollendung des europäischen Binnenmarkts (1992) sowie an die Schaffung eines gemeinsamen Wirtschaftsraums bzw. den Siegeszug der sozialen Marktwirtschaft; auf dem Felde der *Kultur* an die Wiedergewinnung des einen europäischen Erbes dank der Beseitigung des »eisernen Vorhangs«, des Falls der Mauer der »DDR« und des Niedergangs des Marxismus-Leninismus (1989) – die Renaissance der fünf ostdeutschen Länder als Kulturlandschaften, ein »Kulturwunder« (1990) längst vor dem erhofften »Wirtschaftswunder«, ist nur ein Beleg für die kulturelle Tiefendimension, auch Wandlung, die Osteuropa nach Gesamteuropa zurückträgt. Die Kunst, viele Künste, die Wissenschaften, viele Teildisziplinen sind gefordert, diese Entwicklungen zu begleiten und zu befördern, nicht nur kommentierend, sondern auch initiiierend. Die stimulierende, ja inspirierende Kraft der Klassikertexte von *Aristoteles* bis *K. Popper*, von *L. v. Beethoven* (3. und 9. Symphonie) bis zur heutigen Interpretation durch einen *K. Masur*, aber auch das Vorbild des Dichter-Präsidenten *V. Havel* oder die Wahlverwandtschaft zwischen *G. Büchners* »Wir sind das Volk« (Dantons Tod, 1. Akt, Zweite Szene) und dem gleichlautenden

* Der folgende Beitrag wurde entwickelt und in Teilen vorgetragen während der vierwöchigen Gastprofessur des *Verf.* an der Universität »La Sapienza« in Rom im März 1991.

Motto der friedlichen Oktoberrevolution in Ostdeutschland (1989) bewirkt hier oft mehr als ein Juristen-Wort. Gleichwohl ist die Rechtswissenschaft in allen ihren Zweigen gefordert, mit ihren Methoden und Inhalten an der «*Europäisierung Europas*» auf ihre Weise mitzuarbeiten. Unter ihren Teildisziplinen hat die *Zivilrechtslehre* einen aus der Zeit des alten »ius commune« stammenden und dank ihrer großen Tradition und Kunst der Rechtsvergleichung unterstützten Vorsprung: Erinnert sei an *H. Kötz'* Beitrag »Gemeineuropäisches Zivilrecht« (1981)¹ sowie an *E. A. Kramers* Aufsatz »Europäische Privatrechtsvergleichung« (1988)²; beide Autoren können sich durch Klassikertexte eines *R. von Jhering* (1852)³, in neuerer Zeit solche von *R. David* (1969) und *H. Coing* (1986) beflügelt fühlen.⁴ Die etablierte Europarechtswissenschaft leistet seit dem Beginn der EG (1957) ihren großen Anteil bei diesen Vorgängen.⁵ Doch bleibt sie naturgemäß begrenzt: räumlich auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft bzw. ihre derzeit 12 Mitgliedstaaten, inhaltlich auf das EG-Recht, das eben nicht das Verfassungsrecht eines (nationalen) Verfassungsstaates ist, allerdings *einzelne* Verfassungselemente wie Rechtsstaat, Grundrechte, Marktwirtschaft nachhaltig ausbaut. Freilich greift der Europarat bzw. die EMRK weit darüber hinaus, zumal jetzt auch osteuropäische Länder wie Ungarn und die ČSFR Mitglied geworden sind oder diesen Weg ins Europa der EMRK beginnen (Polen); Europarat bzw. EMRK bilden Pfeiler des Europarechts im weiteren Sinne (zu dem auch die KSZE gehört).

1 So gleichnamig in: FS K. Zweigert, 1981, S. 481 ff. S. auch *H. Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: K. Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 75 ff.

2 In: Juristische Blätter, 1988, S. 477 ff.

3 *R. von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I. Teil (1852), S. 15: »Die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert«, »die wissenschaftlichen Grenzen ... in der Jurisprudenz fallen mit den politischen zusammen ... Eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft ...« (9. Aufl. Darmstadt 1953, S. 15).

4 Nachweise bei *Kramer*, a.a.O. (Anm. 2), S. 477 Anm. 2 bzw. *Kötz*, FS Zweigert, a.a.O. (Anm. 1), S. 491 mit Anm. 23. (S. noch unten Anm. 12, 16.)

5 Von *H. P. Ipsen* (Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972) über *A. Bleckmann* (Europarecht, 5. Aufl. 1990) zu *T. Oppermann* (Europarecht, 1991), um nur deutsche Lehrbücher zu nennen.

Das hier und heute geforderte «Gemeinrechtsdenken»⁶ ist zur Inanspruchnahme für Europa bestens geeignet, ist es doch seinerseits in diesem Europa entwickelt worden.⁷ Schwieriger wird die räumliche Verortung. Welches Europa in Geschichte, Gegenwart und Zukunft ist (geographisch) gemeint, wenn hier von »Gemeineuropa« bzw. »gemeineuropäischem Verfassungsrecht« gesprochen wird? Die »mühsame Genese des Europagedankens«⁸ ist historisch jedenfalls bis in *Herodots* Unterscheidung von Asien und Europa als zwei grundverschiedenen Lebens- und Kulturräumen zurückzuverfolgen; auch mag man eine anonyme Chronik zitieren, die den Sieg bei Poitiers (732) mit den Worten kommentierte: »Die Europäer kehrten alsbald frohgemut in ihre Vaterländer zurück«.⁹ Man darf *Friedrich II.*, den Staufer, erwähnen, der angesichts der Mongolengefahr den Namen Europa als eine alle europäische Fürsten verpflichtende Formel beschwor.¹⁰ Die »pluralistische Europa-Idee der Neuzeit« (*Fuhrmann*), die auf der Prämisse einer Vielzahl souveräner Nationalstaaten beruht, sollte sich diese Tiefendimension, auch im Recht, vergegenwärtigen, ebenso die Problemlagen, in denen der Europagedanke »beschworen« wurde: als Hinweis auf einen eigenen Kulturraum, zu dessen Bewahrung und Bewährung in Krisen und Kriegen der Friede, andere Grundwerte (auch der Wohlstand) im Innern ebenso gemeinsam zu sichern waren wie die Abwehr nach außen Gemeinschaftswerk sein sollte (vgl. Papst *Pius II.* Türkenkreuzzugsidee, 1453). Nicht erst seit dem 1. und 2. Weltkrieg ist der Europagedanke als Korrektiv des um sich greifenden nationalen

6 Vgl. *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1. Aufl. 1956 (4. Aufl. 1990), S. 263 u.ö. (s. auch S. 390 Schlagwortverzeichnis).

7 Dazu noch unten bei und in Anm. 8 f., 12, 16, 65 ff.

8 Treffend *M. Fuhrmann*, Herodot kommt bis Brüssel, Eurogenese, FAZ vom 30.3.1991, S. N 3. Zu »Europa in der Antike« und zur »Entstehung Europas« bes. *P. Koschaker*, Europa und das Römische Recht, 1947, S. 5 ff., *ders.*, ebd., S. 143 ff. zu »Europa als Gebiet der Rezeption«. Zur Entstehung des »gesamteuropäischen Gemeinrechts (ius commune)«: *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 81 ff.

9 Zit. nach *Fuhrmann*, ebd. (Anm. 8). – S. schon das klassische Werk von *P. Koschaker*, Europa und das Römische Recht, 1947, das die Frage »Was ist Europa« (S. 1 ff.) kulturgeschichtlich bzw. kulturwissenschaftlich beantwortet (»kulturelles Phänomen«, »Kulturelemente«, »europäischer Kulturkreis«). S. auch S. 350 ff. (»europäische Kultur«): zur kulturellen Romidee, die allmählich ganz Europa ergreift: ebd. S. 45 f.

10 *Fuhrmann*, a.a.O. (Anm. 8).

Egoismus zu erwähnen.¹¹ Das Europa von heute 1989 ff. dürfte weniger die alte Abwehrseite als seine »Brückenfunktion« verstärken wollen. Es umfaßt geographisch gewiß den europäischen Teil der UdSSR, an seinen »Rändern« vielleicht die Türkei. In sein Zentrum gehört England, schon wegen seiner Common Law Tradition. Das »Common Law« vermag eine neu-alte Bedeutungsschicht jetzt europaweit zu entfalten.¹²

Eine spezifische, noch kaum in Angriff genommene Arbeit wächst heute der (nationalen) *Staatsrechtslehre* zu. In einer Zeit, die es erlaubt, angesichts der frühen *Gorbatschow*-Reformen und ihren Fern- und Langzeitwirkungen sogar in den Entwicklungsländern von der »Weltstunde des Verfassungsstaates« zu sprechen,¹³ ist die Verfassungslehre im Europa von heute in einzigartiger Weise gefordert. Das Wort vom »gemeinsamen Haus Europa« verlangt, den Spitzen bzw. der Vorhut der Zivilrechtswissenschaft auf den Spuren bzw. Fersen zu bleiben. Einen Weg dazu bildet die Arbeit an »gemeineuropäischem Verfassungsrecht«. Es schafft die inneren Fundamente des »gemeinsamen Hauses Europa« – um im Bild zu bleiben – und es umreißt gemeinsame Strukturen als »Hausordnung« – für die »nationalen Zimmer« bleibt noch genug Raum und Zeit (vor allem die Rekonstruktion Osteuropas verlangt nach einer europäisch *und* national denkenden Verfassungslehre). Die Europäisierung der Staatsrechtslehre¹⁴ ist Programm und Entwurf, in Ansätzen schon auf dem Weg. Die folgenden Zeilen suchen über die These vom gemein-europäischen Verfassungsrecht diese Generationen-Aufgabe zu skizzieren. So behutsam und flexibel sie voranzutreiben ist, so sehr muß ein Stück Wagnis eingegangen werden; gerade Europa kann sich ohne einen Schuß Utopie nicht weiter entwickeln.¹⁵

11 Vgl. *Fuhrmann*, a.a.O. (Anm. 8).

12 Zum »ius commune als Gemeines Recht« und »genauen Gegenstück« zum englischen common law: *H. Coing*, Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze, 1947-1975, Bd. 2 (1982), S. 157 ff.

13 Dazu *P. Häberle*, Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates, VRÜ 23 (1990), S. 225 (253).

14 Dazu mein Diskussionsbeitrag von 1990 in: VVDStRL 50 (1991), S. 156 f.

15 Vgl. *G. Nicolaysen*, Europa und Utopia, in: FS Carstens, 1984, S. 230 ff.; allg. *P. Häberle*, Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates, Ged.-Schrift Martens, 1987, S. 73 ff.

2. Die Ausgangsthese

Die Ausgangsthese »Gemeineuropäisches Verfassungsrecht« will sagen: Es gibt zwar noch (?) kein Europäisches Verfassungsrecht, weil Europa als solches kein Verfassungsstaat ist, wohl aber gibt es ein wachsendes Ensemble von *einzelnen* Verfassungsprinzipien, die den verschiedenen nationalen Verfassungsstaaten »gemeinsam« sind, geschrieben oder ungeschrieben. Solche übereinstimmenden Verfassungsprinzipien, finden sich teils in den nationalen Verfassungstexten sowie in dem ungeschriebenen Verfassungsrecht der einzelnen europäischen Verfassungsstaaten, teils wachsen sie Europa von den Geltungsebenen des »Europarechts«, etwa dem EG-Recht, dem vom EGMR in Straßburg entwickelten Recht und jüngst intensiviert vom Europarat und – Europa mit dem Atlantik verbindend – von der KSZE aus zu: *Konstitutionelles Gemeinrecht* »wird«, oft in der Form »allgemeiner Rechtsgrundsätze« oder »Standards«.

Diese – im folgenden ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgelisteten – gemeineuropäischen Verfassungsprinzipien beinhalten mehr als bloß äußerlich und zufällig parallele oder ähnliche Rechtsgedanken. Sie meinen den einzelnen Verfassungsstaaten in der Tiefe ihrer Rechtskultur Gemeinsames, Übereinstimmendes, Wahlverwandtes, jenseits des Rechtstechnisch-Positiven. Den Blick für solches gemeineuropäisches Verfassungsrecht darf man sich nicht durch Varianten der äußeren (Text-)Fassung bzw. oberflächliche nationale Formbesonderheiten verstellen lassen. Das rechtskulturell Gemeinsame, das letztlich in Gerechtigkeitsvorstellungen mündet, erwächst aus dem europäischen Wurzelboden, der von der Einheit Europas als Geschichte ausgeht und heute wieder zu Europa als einer die Nationalstaaten zusammenführenden Gegenwart zurückfindet – in den Horizont einer »Zukunft Europas« ausgreifend.

Zwei Gründe haben die Erkenntniswege zu »gemeineuropäischem Verfassungsrecht« lange Zeit blockiert: zum einen der verabsolutierte Nationalstaats-¹⁶ und Souveränitätsgedanke des 19. Jahrhunderts,

16 Zur »Auflösung des gemeinen Rechts in nationale Rechtsordnungen«: *H. Coing*, Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts, 1986, S. 11; *ders.*, ebd., S. 22, der auf dem »Weg über die Rechtsvergleichung wieder zur Rechtswissenschaft als einer einheitlichen europäischen Wissenschaft« kommen möchte. Zur »ursprünglichen Einheit der europäischen Rechtswissenschaft«: *H. Coing*, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze 1947–1975, Bd. 2 (1982), S. 137 ff.

zum anderen (sich zum Teil damit überschneidend) die spezifische Nähe des Verfassungsrechts zum (National-)Politischen. Beides, der »souveräne« Nationalstaat und die Konzeption vom Verfassungsrecht als (staatlichem) politischem Recht, stehen – recht verstanden – der Bejahung und weiteren Entwicklung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht nicht entgegen: Der Nationalstaat, heute »kooperativer Verfassungsstaat« geworden,¹⁷ ist im Europa von 1991 ebenso unverzichtbar wie relativiert, d.h. von vorneherein in das Geflecht von transnationalen Rechtsprinzipien eingebunden, evident in regionalen Menschenrechtspakten und tiefgreifenden Vertragswerken (z.B. der EG), die den nationalen Souverän diszipliniert, sein Handeln normativiert und motiviert haben. Ja, der *Typus* Verfassungsstaat konstituiert sich recht eigentlich dadurch, daß er souveräne Staatlichkeit ersetzt durch die Begründung im Recht bzw. »Verfassung« der offenen Gesellschaft. Die Zugehörigkeit der Nationalstaaten Europas zum Typus »Verfassungsstaat« legt es schon als solche nahe, daß bestimmte typusbestimmende Merkmale *gemeinsame* Rechtsprinzipien sind. Die Erkenntnis, daß sich die Nationalstaaten Europas »analog« verfaßt haben und daß diese Analogien innere Gemeinsamkeit begründen, aber auch voraussetzen, läßt dem Nationalen, was ihm zukommt, sieht es aber in den gemeineuropäischen Kontext eingebettet.

Ein Wort zum Problem des Politischen. Die Erarbeitung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht hat keine a- oder antipolitische Stoßrichtung. In dem Maße, wie Verfassungsrecht politisches Recht ist,¹⁸ ist auch das gemeineuropäische Verfassungsrecht »politisch«: es kommt politisch zustande, bezieht sich auf die *res publica* und entwickelt sich politisch weiter. »Neu« ist nur die Erkenntnis, daß das Politische im großen und tiefen Zusammenhang der Einheit und Vielfalt *Europas* steht und daß es der Entwicklung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht heute nicht nur Raum läßt, sondern diese auch antreibt. Freilich bleibt dem je national Besonderen und politisch Eigenen der verschiedenen Verfassungsstaaten in Europa noch ein weites, auch unverzichtbar individuelles Feld. Das gemeineuropäische Verfassungsrecht will den nationalen Verfassungsstaat

17 Dazu mein gleichnamiger Beitrag, in: FS Schelsky, 1978, S. 141 ff. Zuvor *W. v. Simson*, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, 1965, S. 220: »Ende der Selbstgerechtigkeit des Staates«.

18 Aus der Lit.: *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 14 ff.

weder fesseln noch lähmen, wohl aber mit begründen und tragen, auch weiterführen.

II. Elemente einer Bestandsaufnahme

Die folgende Bestandsaufnahme kann nur fragmentarisch sein: Die Sichtung des gemeineuropäischen Verfassungsrechts insgesamt verlangt einen Über- und Durchblick, der heute (schon gar) einem einzelnen Forscher kaum möglich ist.

1. Texte, Themenfelder bzw. Materien, Beispiele für einzelne gemeineuropäische Verfassungsprinzipien

Es sind vor allem einzelne verfassungsstaatliche Verfassungsprinzipien, wie Menschenrechte, Demokratie (auch als kommunale Selbstverwaltung konkretisiert), Staatszwecke wie Rechts- und Sozialstaat, die gemeineuropäisches Verfassungsrecht greifbar werden lassen, ohne schon einen europäischen Staat zu machen. So »allgemein« hier vieles ist, es bleibt nicht nur formal, sondern läßt ein gemeineuropäisches *ius constitutionale*, ein *ius commune europaeum*, ein *ius publicum europaeum* erkennen, das inhaltlich Übereinstimmendes meint. Nationale Varianten bleiben, aber ein gemeiner Kernbestand liegt schon vor. Man mag das Nenner/Zähler-Bild gebrauchen: Je mehr analoge nationalstaatliche und europarechtliche »Zähler« heranwachsen, desto greifbarer wird der gemeinsame Nenner: das Gemeineuropäische Verfassungsrecht.

Systematisierender Gesichtspunkt ist die Reihenfolge: geschriebene Texte, ungeschriebene (d.h. vor allem richterliche Entscheidungen) und Stimmen der Wissenschaft (Juristenrecht) – all diese Objektivationen von sich entwickelndem Gemeinrechtsdenken in Europa wirken vielfältig zusammen.

(1) Erinnerung sei an den ältesten Text, die *Satzung des Europarates* vom 5. Mai 1949.¹⁹ In ihrer Präambel heißt es ganz i.S. der später so erfolgreichen kulturelles Erbe-Klauseln²⁰ u.a.:

19 Zit. nach F. Berber (Hrsg.), *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, Bd. I, 1967, S. 357 ff.

20 Dazu P. Häberle, *Artenreichtum und Vielschichtigkeit von Verfassungstexten*, FS Häfelin, 1989, S. 225 (237 f.).

»... in unerschütterlicher Verbundenheit mit den geistigen und sittlichen Werten, die das gemeinsame Erbe ihrer Völker sind und der persönlichen Freiheit, der politischen Freiheit und der Herrschaft des Rechts zugrunde liegen, auf denen jede wahre Demokratie beruht ...«. ²¹

Die gemeinsame Rechtskultur Europas wird auch in der Präambel der *EMRK* von 1950 greifbar:

»... unter erneuter Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, ... und deren Aufrechterhaltung wesentlich auf einem wahrhaft demokratischen politischen System einerseits und einer gemeinsamen Auffassung und Achtung der Menschenrechte andererseits beruht, von denen sie sich herleiten; entschlossen, als Regierungen europäischer Staaten, die vom gleichen Geist beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes besitzen ...«. ²²

Diese Linie der Bezugnahme auf ein *gemeinrechtliches Kulturerbe* in Europa setzt sich in den 70er Jahren – beflügelt von der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten als »allgemeinen Rechtsgrundsätzen« – für die EG in zwei vielbeachteten Dokumenten fort, zugleich ins Konkrete weiterentwickelt: Die *Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rats und der Kommission* vom April 1977 formuliert den »Grundsatz der Achtung des Rechts«, der, »wie vom Gerichtshof anerkannt wurde«, außer den Vorschriften der Verträge und des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts »die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere die Grundrechte, Prinzipien und Rechte, die die Grundlage des Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten bilden«, umfasse. Der *Europäische Rat* spricht in seiner *Erklärung zur Demokratie* vom April 1978 ²³ von der allgemeinen Direktwahl der Mitglieder der Versammlung als »herausragender Demonstration des allen Mitgliedstaaten gemeinsamen demokratischen Ideals« und noch präziser: »Die Regierungschefs bekräftigen wie schon in der

- 21 Art. 1 spricht von der »engeren Verbindung« zwischen den Mitgliedern zum »Schutze und zur Förderung der Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden« sowie vom »Schutz und der Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten«.
- 22 Die Menschenrechtsschranke der EMRK: nationale Sicherheit »in einem demokratischen Staat« bzw. in einer »demokratischen Gesellschaft« (Art. 6 Abs. 1 bzw. 8 Abs. 2, 9 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2) verlangt zwar nicht, daß »derselbe Standard« gelten müsse (Frowein, in: J. A. Frowein/W. Peukert, EMRK-Kommentar, 1985, Vorb. zu Art. 8–11), doch verlangt die *Überwachung* des »Beurteilungsspielraums«, des »margin of appreciation« dann doch gemeineuropäische Maßstäbe. S. noch unten Anm. 50.
- 23 Beide Dokumente werden »wirksam« zitiert in: BVerfGE 73, 339 (381 f.) = EuGRZ 1987, 10 (21 f.), was einmal mehr den »Gemeinschaftswerkcharakter« des gemeineuropäischen Verfassungsrechts belegt.

Kopenhagener Erklärung zur europäischen Identität ihren Willen, die Achtung rechtlicher, politischer und moralischer Werte, denen sie sich verbunden fühlen, zu gewährleisten und die Prinzipien der parlamentarischen Demokratie, des Rechts, der sozialen Gerechtigkeit und der Wahrung der Menschenrechte zu schützen«. ²⁴

Die *Einheitliche Europäische Akte* vom Februar 1986 (BGBl. II Nr. 39 vom 24.12.1986) spricht von der Entschlossenheit, »gemeinsam für die Demokratie einzutreten, wobei sie sich auf die in den Verfassungen und Gesetzen der Mitgliedstaaten, in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Europäischen Sozialcharta anerkannten Grundrechte, insbesondere Freiheit, Gleichheit und soziale Gerechtigkeit stützen«. Nicht minder feierlich wird der »Europagedanke« angerufen, der Wunsch der »demokratischen Völker Europas« genannt und die Verpflichtung auf die Grundsätze der Demokratie und die »Wahrung des Rechts und der Menschenrechte« beschworen. ²⁵

Wird hier eine erstaunlich entwicklungs offene Kontinuität, überdies ein Zusammenhang zwischen Europarats- und EG-Texten sichtbar, so dokumentieren *KSZE-Erklärungen* der 80er Jahre, wie sehr das Europarecht im weiteren Sinne neue gemeinrechtliche Impulse gibt, mag es auch juristisch nur als »soft law« einzustufen sein. So prägte das *Kopenhagener Dokument* über die menschliche Dimension der KSZE vom Juni 1990 ²⁶ die Stichworte: »pluralistische Demokra-

24 Ebd. ist sogar von der »pluralistischen Demokratie« die Rede. – Zu diesen Dokumenten und zur folgenden EEA: *S. Magiera*, Die Einheitliche Europäische Akte und die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union, in: *Ged.-Schrift für Geck*, 1989, S. 507 ff.; *H. P. Ipsen*, Vier Glossen zur Einheitlichen Europäischen Akte, FS Partsch, 1989, S. 327 ff.

25 S. auch die Entschließung des *Europäischen Parlaments* vom 13. 4. 1989 (EuGRZ 1989, S. 204 ff.) unter D.: »... in der Erwägung, daß die Identität der Gemeinschaft in der Formulierung der den europäischen Bürgern gemeinsamen Werte zum Ausdruck kommen muß«. Aus der »Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten« selbst ist u.a. bemerkenswert: der Hinweis auf die Menschenwürde und die »gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten« (Präambel), die Wesensgehaltgarantie (Art. 26) und die Schutzniveaunklausel (Art. 27). – Die *Stuttgarter Erklärung* des Europäischen Rats vom Juni 1983 (zit. nach J. Schwarze/R. Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 1984, S. 380 ff.) will u.a. gefördert wissen: »eine engere kulturelle Zusammenarbeit, um das Bewußtsein eines gemeinsamen kulturellen Erbes als Teil der europäischen Identität zu festigen«.

26 Text in EuGRZ 1990, S. 239 ff.

tie und Rechtsstaatlichkeit als wesentlich für die Gewährleistung der Achtung aller Menschenrechte«, »Ideale der Demokratie und des politischen Pluralismus«, Rechtsstaatlichkeit, »nicht nur als formale Rechtmäßigkeit, sondern auch als Gerechtigkeit«, Katalog von »Elementen der Gerechtigkeit« (z.B. freie Wahlen, klare Trennung zwischen Staat und politischen Parteien, Unabhängigkeit der Anwaltschaft), Einschränkungen von Rechten (wie Meinungs- und Gewerkschaftsfreiheit) nur im Einklang mit »internationalen Standards«, Schutz nationaler Minderheiten im Blick auf ihre »ethnische, kulturelle, sprachliche und religiöse Identität«. Die *Charta von Paris für ein Neues Europa* vom November 1990²⁷ postuliert kühn die »Demokratie als die einzige Regierungsform unserer Nationen«. Neue Textelemente finden sich in Sätzen wie »Demokratie ist der beste Schutz für freie Meinungsäußerung, Toleranz gegenüber allen gesellschaftlichen Gruppen und Chancengleichheit für alle« oder »Wir bekräftigen, daß ethnische, kulturelle, sprachliche und religiöse Identität nationaler Minderheiten Schutz genießen muß«, »Freiheit und politischer Pluralismus sind notwendige Elemente unserer gemeinsamen Bemühungen um die Entwicklung von Marktwirtschaften«.²⁸

Die *Europäische Charta der Kommunalen Selbstverwaltung* von 1985/88, im »Europa der Bürger« neben der EMRK, der ESC und dem Europäischen Kulturabkommen oft als »vierter Pfeiler des Europarats« bezeichnet,²⁹ fügt den schon in der Präambel beschworenen »Idealen und Grundsätzen«, die das »gemeinsame Erbe« bilden, die Erwägung hinzu, daß die kommunalen Gebietskörperschaften eine der »wesentlichen Grundlagen jeder demokratischen Staatsform sind«, daß »das Recht der Bürger auf Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten einer der demokratischen Grundsätze ist, die allen Mitgliedstaaten des Europarats gemeinsam sind«. Wenn in derselben Präambel Schutz und Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung in den verschiedenen europäischen Staaten als wichtiger Beitrag zum

27 Text in EuGRZ 1990, S. 517 ff.

28 Mit Recht beobachtet H. Steinberger, VVDStRL 50 (1991), S. 9 (11) eine »zunehmende Tendenz zur Rezeption verfassungsstaatlicher Prinzipien«; ebd. S. 12: »zugrundeliegender Wertkonsens«.

29 Text bei F.-L. Knemeyer (Hrsg.), Die europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 1989, S. 273 ff. – Zum »Europa der Bürger« s. den gleichnamigen Band, hrsg. von S. Magiera, 1990, mit dem Beitrag von W. Fiedler zu den kulturellen Aspekten (S. 147 ff.).

Aufbau eines Europas bezeichnet wird, »das sich auf die Grundsätze der Demokratie und der Dezentralisierung der Macht gründet«, so sind damit Stichworte vorformuliert, die eine Brücke zum letzten hier ausgewerteten Dokument schlagen: Die Entschließung der Teilnehmer der Konferenz »*Europa der Regionen*« vom Oktober 1989 in München³⁰ bekräftigt im Vorspruch die »Absicht, mit Hilfe des europäischen Einigungswerkes Europa zu einem Kontinent der Freiheit, des Friedens, des Wohlstands und der sozialen Gerechtigkeit zu machen« sowie die »Überzeugung, daß die Europäische Politische Union allen Völkern und Staaten des Kontinents offen steht, die die Menschenrechte achten und sich zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit bekennen«, um dann zu postulieren: »1. Europas Reichtum ist die Vielfalt seiner Völker und Volksgruppen, seiner Kulturen und Sprachen, Nationen, Geschichte und Traditionen, Länder, Regionen und autonomen Gemeinschaften ... 3. Subsidiarität und Föderalismus müssen die Architekturprinzipien Europas sein.«

(2) Die *Rechtsprechung* des EuGH zu den »allgemeinen Rechtsgrundsätzen« – in den großen Pionierentscheidungen »*Stauder*« (1969), »*Internationale Handelsgesellschaft*« (1970) und »*Nold*« (1974) greifbar und von der Wissenschaft zu Recht gefeiert – bildet ein wachsendes »Reservoir« für Aspekte gemeineuropäischen Verfassungsrechts »in action«. Gemeint sind solche »Grundsätze, die mit den erkennbaren Strukturprinzipien der EG wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, Schutz von Grund- und Menschenrechten, bundesstaatsähnliche Zusammensetzung der EG usw. eng verbunden sind.«³¹ Hinzugenommen werden die »gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten.«³² Wenn der

30 Aus der Lit.: *F.-L. Knemeyer*, Subsidiarität-Föderalismus, Dezentralisation, ZRP 1990, S. 173 f.; *U. Petersen*, Zur Rolle der Regionen im künftigen Europa, DÖV 1991, S. 278 ff.; s. auch *W. Böttcher*, Europafähigkeit durch Regionalisierung, ZRP 1990, S. 329 ff.; *M. Heintzen*, Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft, JZ 1991, S. 317 ff.; *F. Esterbauer/P. Pernthaler* (Hrsg.), Europäischer Regionalismus am Wendepunkt 1991; *C. Eiselstein*, Europäische Verfassungsgebung, ZRP 1991, S. 18 (21 f.).

31 So *T. Oppermann*, Europarecht, 1991, S. 158 m.w.N.

32 *T. Oppermann*, a.a.O. (Anm. 31). Aus der Lit. zu den vom EuGH »aus der Rechtsvergleichung zu entwickelnden allgemeinen Rechtsgrundsätzen« auch *A. Bleckmann*, Europarecht, 4. Aufl. 1985, S. 104 ff., 108 ff.; s. auch ebd. S. 113 f.: »Im Rahmen der rechtsvergleichenden Methode ist ... die lebendige Verfassungstradition zu beachten, die etwa in Stellungnahmen des Europäischen Parlaments zum Ausdruck kommen könnte.

Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach eigenem Bekenntnis einen »ordre public européen« geschaffen hat, in dem die europäische Rechts- und Verfassungsgemeinschaft ihren kollektiven Ausdruck gefunden hat,³³ so ist hier seine prätorische Rechtsprechung zu einer geglückten Formel verdichtet, die die Fülle seiner Detailarbeit an der EMRK nur ahnen läßt, die aber das »ius publicum europaeum« suggestiv umschreibt. Seine »effektivierende« und »evolutive« Auslegung, sein Ringen um »europäische Standards und die Grundsätze einer demokratischen Gesellschaft« sind viel gerühmt.³⁴

Die *nationalen Verfassungsgerichte* sind neben EuGH und EGMR eigens zu erwähnen. Ihr Rechtsprechungsstil mag je nach Tradition und Mentalität, nach Theorienähe und Pragmatismus, auch nach Mut zur Rechtsvergleichung unterschiedlich sein, mittelfristig kann gewiß von einer »Europäisierung der (nationalen) Verfassungsgerichtsbarkeit« gesprochen werden (sie wird sogar zum Postulat), will sagen: von einem intensiver werdenden Prozeß der interpretatorischen Einbeziehung »fremder«, aber europäischer Verfassungsprinzipien im wertenden Rechtsvergleich. Die wachsende Tendenz zur erklärten Rechtsvergleichung bzw. zur interpretatorischen Berück-

B. Beutler/R. Bieber/J. Pipkorn/J. Streil, Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik, 3. Aufl. 1987, S. 174 f.: Zum ungeschriebenen Recht der EG gehören als allgemeine Rechtsgrundsätze »insbesondere Grundrechte und allgemeine Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten«. *G. Ress*, Artikel Rechtsgrundsätze, allgemein, in: Lexikon des Rechts, Bd. I Gruppe 4 (1990), S. 1 (3) unterscheidet für die »ARG« ihre Aufgabe der Lückenfüllung, der Interpretationshilfe, daneben eine rechtsschöpferische Bedeutung bzw. die Begrenzungs- und Berichtigungsfunktion. – Zu den Grundrechten als »allgemeinen Rechtsgrundsätzen« und zu ihrer Gewinnung durch »wertenden Rechtsvergleich« *I. Pernice*, in: E. Grabitz (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 164 Rd. Nr. 42, 58 m.w.N.; s. auch *ders.*, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz, NJW 1990, S. 2409 (2412 ff.), mit einem Ausblick auf »Perspektiven europäischer Grundrechtskultur« (ebd. S. 2419 f.).

- 33 *Dazu D. Thüerer*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 97 (106). Zur (ungeschriebenen) Wesensgehaltgarantie des EGMR: *P. Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 424 f.
- 34 *Z.B. K. W. Weidmann*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgericht, 1985, S. 75 ff., 237 ff., 267 ff.

sichtigung der EMRK und anderer Euro-Texte³⁵ gehört ebenso hierher wie die vor allem in der EuGRZ dokumentierten Konferenzen der Europäischen Verfassungsgerichte eine eher informelle, aber kaum weniger wirksame Vorarbeit hierzu leisten.³⁶

Die *Judikatur des deutschen BVerfG* ist teils schon den Worten, teils der Sache nach der Idee eines gemeineuropäischen (Verfassungs-) Rechts denkbar nahe. So heißt es in BVerfGE 75, 223 (243 f.): »Daß die Mitgliedstaaten die Gemeinschaft mit einem Gericht ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offen stehen sollten, wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind.«³⁷ Und: »Die Gemeinschaftsverträge sind auch im Lichte gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur zu verstehen«. Zuvor hatte das BVerfG (E 73, 339 (378)) zustimmend vermerkt: »Alle Hauptorgane der Gemeinschaft haben sich seither in rechtserheblicher Form dazu bekannt, daß sie sich in Ausübung ihrer Befugnisse und im Verfolg der Ziele der Gemeinschaft von der Achtung vor den Grundrechten, wie sie insbesondere *aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Menschenrechtskonvention hervorgehen*, als Rechtspflicht leiten lassen werden.«³⁸ Schließlich zeichnen sich in der Rechtsprechung zur Rolle der EMRK als »Auslegungshilfe« ebenfalls die Konturen gemeinrechtlicher Verfassungsprinzipien ab.³⁹

35 Vgl. das *Schweiz. BG* im Blick auf die Mindestgrundsätze des Europarates für die Behandlung von Gefangenen (zit. nach *J. P. Müller*, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982, S. 174 f.): »Da sie ihre Grundlage in der gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten des Europarates finden, sind sie bei der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen der Bundesverfassung gleichwohl zu berücksichtigen«. – Tendenziell bemerkenswert für *Frankreich* das »Nicolo-Urteil« des Conseil d'Etat, EuGRZ 1990, S. 99 ff. Vgl. dazu *Ludet/Stotz*, *Die neue Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge*, EuGRZ 1990, S. 93 ff. und ferner *C. Lerche*, *Ein Sieg für Europa?*, ZaöRV 50 (1990), S. 599 ff.

36 Vgl. etwa die Zweite Konferenz (EuGRZ 1974, S. 81 ff.) und die Vierte Konferenz über »Bestand und Bedeutung der Grundrechte« (EuGRZ 1978, S. 426 ff.).

37 Es folgen Hinweise auf »das römische Recht, das englische common law, das Gemeine Recht« sowie auf die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze in Frankreich etc.

38 S. auch ebd. S. 386 = EuGRZ 1987, 23: »Mindeststandard an inhaltlichem Grundrechtsschutz«. Zu diesem »Mittlerweile«-Beschuß des BVerfG: *H. P. Ipsen*, EuR 1987, S. 1 ff.

39 BVerfGE 74, 358 (370) = EuGRZ 1987, 203 (206): »Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand (!) der Europäischen

(3) Die *Wissenschaft*, genauer die (deutsche und je nationale) Staatsrechtslehre und Europarechtswissenschaft, die die EMRK kommentierende⁴⁰ und die rechtsvergleichend ausgreifende, ist ein dritter Beteiligter, der bewußt oder unbewußt an der Schaffung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht mitarbeitet. Sie leistet ihre Beiträge teils in der dogmatischen Nachbereitung der zitierten Texte und in der Kommentierung der Europarechtsjudikatur des EGMR und EuGH, aber auch der nationalen Verfassungsgerichte, soweit diese sich »europäisieren« (»Europäisierung der Verfassungsrechtsprechung«!), teils bereitet sie diese Texte vor oder sie wagt »wissenschaftliche Vorratspolitik« für spätere Rechtsprechung. Aus dem deutschen Sprachbereich seien im folgenden nur einige wissenschaftliche Leistungen zitiert, die Vehikel gemeineuropäischer Rechtsbildung von konstitutionellem Zuschnitt sind. Stichworte müssen genügen.

An die erste Stelle gehört die Literatur, die den Weg des EuGH zu den Grundrechten als »allgemeinen Rechtsgrundsätzen« bzw. den »gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten« begleitet hat.⁴¹ Wenn die Europarechtswissenschaft materielle Bei-

Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen ... Deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes«. – S. auch BVerfGE 82, 106 (114 f.) = EuGRZ 1990, 329 (331) und das Sondervotum *Mahrenholz*, ebd. S. 122 (125) = EuGRZ 1990, 333 (334), der diesen Passus als »schon klassisch« charakterisiert. Weitere Nachw. bei *A. Bleckmann*, Staatsrecht II, Die Grundrechte, 3. Aufl. 1983, S. 87 mit der Erläuterung: »Dies kann auf dem Hintergrund der geisteswissenschaftlichen Auslegung oder zur Feststellung der gemeinsamen westlichen Verfassungstradition gesehen werden«; s. auch *P. Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie ..., 3. Aufl. 1983, S. 410.

- 40 Die Literatur zur EMRK spricht mitunter von »gemeinsamen europäischen Standards«, vgl. etwa *K. Doehring*, Allgemeine Staatslehre, 1991, S. 229 (unter Hinweis auf *Frowein*).
- 41 Bahnbrechend *P. Pescatore*, seit 1968 (dazu *T. Oppermann*, a.a.O. (Anm. 31), S. 159). *Pescatore*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1978, S. 441 ff. mit Hinweisen auf die Kopenhagener »Erklärung zur Demokratie« von 1978 und die gemeinsame Erklärung von 1977 (ebd. S. 442 bzw. 443). *Pescatore* spricht in bezug auf die »Grundsätze der freiheitlichen Demokratie« von der »ungeschriebenen Voraussetzung der europäischen Integration«. Aus der weiteren Literatur statt aller: *A. Bleckmann*, Europarecht, 4. Aufl. 1985, S. 104 ff.; *Oppermann*, a.a.O. (Anm. 31), S. 158 f.; *R. Sireinz*, Bundesverfassungsrichterlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 367 ff., 378 ff.

trittsbedingungen eines Mindestmaßes »prinzipieller Homogenität der Verfassungsstrukturen« verlangt,⁴² so impliziert dies ebenfalls Elemente gemeineuropäischen Verfassungsrechts.⁴³ Schließlich sind Berufungen auf die »Homogenität der Wertentscheidungen«, das »gemeinsame Erbe der europäischen Völker«, »europäisches Allgemeingut« Ausdruck von konstitutionellem Gemeinrechtsdenken in Europa.⁴⁴ Jüngst wagte *D. Thüerer* den Satz: »Im Europarat hat der »europäische Verfassungsstaat« seine gemeinsame, feste und verbindliche Gestalt erhalten«,⁴⁵ und die Entwicklung von »gemeineuropäischem Verwaltungsrecht«, durch *J. Schwarze* vorangetrieben,⁴⁶ ist vielleicht der eindrucksvollste Beitrag zu konstitutionellem Gemeinrecht »von unten« her.

Die Staatsrechtslehre und Europarechtswissenschaft samt ihren Teildisziplinen wie Verwaltungsrecht und Umweltrecht, Kulturrecht und Sozialrecht werden künftig in dem Maße an der Entwicklung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht verstärkt beteiligt sein, wie sie *von vorneherein rechtsvergleichend* arbeiten: kommentierend, interpretierend, aber auch begriffsbildend und den Textgebern und der Rechtsprechung ein Stück vorausgehend. Die Rechtsvergleichung in der Hand des Wissenschaftlers arbeitet gewiß mit Rechtstexten i.e.S., aber auch mit solchen Texten, die dies noch werden können (sog. Deklarationen als »soft law«). Daß hier die *Rechtsvergleichung* zur *Kulturvergleichung* wird, sei nur angemerkt.⁴⁷

42 *H. P. Ipsen*, Über Verfassungs-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft, FS Dürig, 1990, S. 159 (160).

43 Zur »Zuordnung von Verfassungsprinzipien« der EG: *H. P. Ipsen*, Europäische Verfassung – Nationale Verfassung, EuR 1987, S. 195 ff., freilich mit der Mahnung (S. 196): »Verfassung verleitet zwar zum Staats-Bezug, ein solcher verbietet sich aber für die Gemeinschaft«. Das gilt m.E. auch für das »Gemeineuropäische Verfassungsrecht«.

44 *C. O. Lenz*, Gemeinsame Grundlagen und Grundwerte des Rechts der Europäischen Gemeinschaften, ZRP 1988, S. 449 ff. (z.B.: »Die Mitgliedstaaten sind alle demokratische, soziale und rechtsstaatlich geordnete Gemeinwesen. Insofern weisen die Verfassungen der Mitgliedstaaten ein gewisses Maß an Homogenität der Wertentscheidungen auf«, »Recht ist nicht nur Teil des gemeinsamen Erbes der europäischen Völker«, »Nicht alle Grundlagen unserer staatlichen Ordnung sind europäisches Allgemeingut«. »Neben grundrechtlichen Wertentscheidungen sind auch Methoden der gerichtlichen Rechtsauslegung und -fortbildung europäisches Gemeingut«).

45 *D. Thüerer*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 97 (106) und LS I.4. (S. 137).

46 Vgl. unten Anm. 52.

47 Zu den vier Ebenen der Grundrechts- bzw. Kulturvergleichung: *P. Häberle*,

Zusammenfassend: Textgeber, (Verfassungs-)Rechtsprechung und Wissenschaft schaffen in Europa ein gemeinrechtliches Ensemble, das wesentliche Elemente des Typus »Verfassungsstaat« enthält: vor allem Menschenwürde und pluralistische Demokratie, Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rechtsstaat (Herrschaft des Rechts, Übermaßverbot u.ä.) und soziale Gerechtigkeit, kommunale Selbstverwaltung und Subsidiarität, Toleranz und Minderheitenschutz, Regionalismus bzw. Föderalismus. So groß die Variationsbreite der Einzelausformungen und so unterschiedlich der Abstraktionsgrad bzw. die Konkretheit dieser Prinzipien ist, so vielfältig auch die Erscheinungsformen von der Berufung auf das »gemeinsame Erbe« und die »geistigen und sittlichen Werte« über die »allgemeinen Rechtsgrundsätze einzelstaatlicher Verfassungen« bis hin zu »europäischen Standards«, Homogenitätsvorstellungen und dem Begriff »europäischer Verfassungsstaat« sind: Europa wird von seinen (all)gemeinen Rechtsprinzipien her greifbar, und diese zeigen sich als konstitutionelles Erbe und konstitutionelle Programmatik zugleich. Die »Konstituierung Europas« geschieht auf dem Boden einer Rechtskultur, die Einheit und Vielfalt verbindet. Die formal »subkonstitutionellen« Rechtsgebiete wie Privatrecht und Arbeitsrecht, zunehmend auch Umwelt- und Sozialrecht (sowie Rechtsgüter schützend das Strafrecht), sind darin von vorneherein mitgedacht und höchst wirksam. Das »oben/unten«-Schema der herkömmlichen Rechtsquellenhierarchie hat bei der Erschließung des Zusammenspiels von gemeineuropäischem Verfassungsrecht und z.B. gemeineuropäischem Zivilrecht nur relativen Erkenntniswert. Gleiches gilt für die formale Rechtsqualität bzw. -stufe, etwa Präambeln von

Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 407 ff., 425; *ders.*, Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive, in: JÖR 32 (1983), S. 9 (16 f., 25 f.), schon mit Hinweisen auf Begriffe wie »Grundrechtskultur«, »gemeineuropäisches Grundrechts-Recht«, »gemeineuropäische Grundrechtsstandards« u.a. Treffend *H. Steiger*, VVDStRL 46 (1988), S. 166 (Diskussion): »Bei den Grundrechten befinden wir uns, auch dank der Rechtsprechung des EuGH, im Prozeß der Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechts der Grundrechte«. – Zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: *R. Bernhardt*, ZaöRV 1964, S. 431 ff.; *J. M. Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974), S. 193 ff.; *P. Häberle*, Neuere Verfassungen ... in der Schweiz ..., JÖR 34 (1985), S. 303 (351 ff. im Blick auf die Gewinnung von »gemeinem Verfassungsrecht«). Zur »Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht« gleichnamig *H. W. Daig*, FS Zweigert, 1981, S. 395 ff.

Deklarationen, geschriebene und ungeschriebene Verfassungs- und Menschenrechtstexte, ständige Menschen- bzw. Grundrechtsjudikatur sowie wissenschaftliche Dogmatik und Begriffsbildung. Die Kraft, je immer »universale« bzw. regionale juristische Interpretationshilfe sein zu können, ist diesen Inhalten bzw. Instrumenten gemeinsam, und eben darin und daraus entwickelt sich *konstitutionelles Gemeinrecht in Europa*. »Lückenfüllung« ist ein zu schwaches Wort, um die Qualität der Aufgabe zu charakterisieren; es wird den von Gemeinrechtsdenken beflügelten kooperativen Rechtsbildungsprozessen in Europa nicht gerecht. Gemeine Rechtskultur kommt nicht und wird nicht aus »Lücken« in Europa, sie gedeiht aus gemeinsamen Rechtsgrundlagen in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft dieses Europas.

2. »Schöpfer«, Organe bzw. Verfahren und Instrumente in Sachen »gemeineuropäisches Verfassungsrecht«

Ein zweiter Systematisierungsaspekt läßt sich aus der Frage gewinnen, welches Subjekt bzw. Organ in welchen Verfahren zur Ausbildung von *gemeineuropäischem Verfassungsrecht* beigetragen hat und in Zukunft weiter beitragen sollte. Hier eine erste Aufzählung: Zuvörderst sind es die nationalen *Verfassungsgeber*, die durch ihre sich im Sinne des Textstufenparadigmas weiter entwickelnden Verfassungstexte⁴⁸ *gemeineuropäisch* arbeiten; einzubeziehen sind die Verfahren der *Totalrevision* oder *Teilrevision*. Mag derselbe Text je nach nationalem Kontext differieren, er konstituiert doch auch Gemeinsames im Inhalt. Wenn etwa die neuen Schweizer Kantonsverfassungen die »Menschenwürde« schützen, so ist hier ein *gemeineuropäischer Standard* angesprochen, an dem viele Instanzen und Funktionen in einem *gemeineuropäischen Wirkungszusammenhang* arbeiten;⁴⁹ ebenso die *Rechtsprechung* der

48 Dazu mein Beitrag: Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates, FS Partsch, 1989, S. 555 ff., s. auch: Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufenentwicklung des Verfassungsstaates, VRÜ 23 (1990), S. 225 ff. Das evolutive Textstufenparadigma, das »Ungleichzeitigkeiten« nicht ausschließt, sondern braucht, erinnert fast an biologische Evolutionstheorien: auch hier Variation und Selektion.

49 S. zum Nachweis der Texte P. Häberle, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz ..., JöR 34 (1985), S. 303 (424 ff.); ders., Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HdBSTr Bd. I

nationalen und europäischen Verfassungsgerichte wie EuGH und EGMR,⁵⁰ die Verfassungsrechtswissenschaft, darüber hinaus alle Verfassungsinterpreten, einschließlich des Gesetzgebers und der »einfachen« Gerichte. Die nationalen Trennwände sind längst mehr als bloß »durchlässig«: Brückenbauer beim Entstehen von gemeineuropäischem Verfassungsrecht ist die *offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, je national,⁵¹ aber nicht nur dies: Längst sind Subjekte und Strukturen, Vorgänge und Verfahren einer offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten in ganz Europa sichtbar. Sie arbeiten am »gemeineuropäischen Verfassungsrecht«, u.U. (mittelbar) selbst dort, wo sie Abweichendes schaffen. Sie setzen bewußt Alternativen und Varianten zum gemeinsamen rechtskulturellen Erbe und zur gemeinsamen rechtskulturellen Gegenwart Europas.

So ist der Begriff der »allgemeinen« Rechtsgrundsätze i.S. der Judikatur des *EuGH* technischer Transmissionsriemen für die Erkenntnis und Weiterbildung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht, besonders auf dem Feld der Grundrechte. Ähnliches ist vom *EGMR* zu sagen, der zwar im strengen Sinn noch kein »Verfassungsgericht« bildet, wohl aber die Entstehung gemeineuropäischer Verfassungsprinzipien kraftvoll vorantreibt – auf der Basis der eher mageren Texte der EMRK. Vor allem sind die Texte von Europarat und KSZE gewichtige Vehikel und Fermente für »gemeineuropäisches Verfassungsrecht«.

Hervorragender »Beteiligter« ist die *Wissenschaft*: die je nationale Wissenschaftlergemeinschaft und die Wissenschaft vom Europarecht im weiteren Sinne, sofern sie nicht nur ein »europäisches Verwaltungsrecht«,⁵² ein europäisches Privatrecht,⁵³ ein »europäisches

(1987), S. 815 ff. – Zum spezifischen Beitrag der Schweiz für die europäische Verfassungskultur mein Aufsatz: Werkstatt Schweiz, Verfassungspolitik im Blick auf Gesamteuropa, NZZ vom 20. Nov. 1990.

50 Vgl. allgemein K.W. Weidmann, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof, 1985; I. Maier (Hrsg.), Europäischer Menschenrechtsschutz, 1982; J. A. Frowein/W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 1985. S. schon oben in Anm. 22, 31 bis 33; J. A. Frowein, Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung, JuS 1986, S. 845 ff.; J. Schwarze (Hrsg.), Der EuGH als Verfassungsgericht ..., 1983.

51 Dazu mein Vorschlag: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 297 ff.

52 Dazu die Pionierleistung von J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2 Bde. 1988; ders., in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Wer-

Arbeitsrecht«,⁵⁴ ein europäisches Strafrecht⁵⁵ erarbeitet, sondern sich bewußt wird, daß sie mittelbar, nämlich dort, wo es um das »Konzentrat« der Gebiete des einfachen Rechts geht, also bei den fundamentalen Rechtsprinzipien der jeweiligen Detailmaterie, letztlich und in der Tiefe an gemeineuropäischen *Verfassungsprinzipien* arbeitet. Wenn im europäischen Verwaltungsrecht vom Rechtsstaatsprinzip die Rede ist,⁵⁶ so liegt dies auf der Hand; ebenso beim europäischen Arbeitsrecht in bezug auf den Sozialstaatsgedanken oder beim europäischen Strafrecht im Blick auf den Grundsatz »nulla poena sine lege«. Die Wissenschaftlergemeinschaft wird zunehmend eine *gemeineuropäische*, im die Nationalstaaten in Europa nach Europa überschreitenden Sinne. Man darf nicht nur als Zukunftsvision heute von einer »Europäisierung der Staatsrechtslehre« sprechen.⁵⁷ Längst lassen sich konkrete Projekte bezeichnen, die von vornherein gemeineuropäisch ansetzen (so die Hagerer Parteienrechtsforschung⁵⁸ oder die Umweltrechtswissenschaft⁵⁹), der »Kulturbereich im Zugriff der Europäischen Ge-

den, 1982, S. 17: »gemeineuropäisches Verwaltungsrecht«; s. auch S. 19 f.; U. Everling, Auf dem Wege zu einem europäischen Verwaltungsrecht, JuS 1987, S. 1 ff.

53 Dazu P.-C. Müller-Graff, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 15: »Das gemeineuropäische Privatrecht als kulturelles Erbe«; ders., Binnenmarktziel und Rechtsordnung, 1989, S. 65: »Wachsen und Wiederentdecken einer europäischen Rechtsgemeinschaft«.

54 Vgl. R. Birk (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 1990.

55 Dazu U. Sieber, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Bochumer Strafrechtslehrentagung, 1991 (ZStW 1991, S. 957 ff.).

56 Vgl. J. Schwarze, a.a.O. (Anm. 52), Bd. II (1988), z.B. S. 843 ff. (»Rechtssicherheit und Vertrauensschutz«), S. 1135 ff. (»Rechtsstaatliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens«).

57 So der Verf. 1990 auf der Zürcher Staatsrechtslehrentagung, VVDStRL 50 (1991), S. 156 f. (Diskussion).

58 Dazu die von D. Tsatsos geleiteten Vorhaben, z.B. D. Tsatsos/D. Schefold/H.-P. Schneider (Hrsg.), Parteienrecht im europäischen Vergleich, 1990, mit dezidierter Rechtsvergleichung von M. Morlok (ebd. S. 655 ff.); s. auch D. Tsatsos, Zu einer gemeinsamen europäischen Parteienrechtskultur?, DÖV 1988, S. 1 ff.

59 Vgl. allgemein M. Kloepfer, Umweltrecht, 1989, S. 289 ff.; I. Pernice (unten Anm. 91). – Der »internationale Wirkungszusammenhang der Verfassungen« wird für das GG im Blick auf Länder wie Portugal, Spanien, Polen, Griechenland und die Schweiz beispielhaft erarbeitet in: U. Battis/E. G. Mahrenholz/D. Tsatsos (Hrsg.), Das GG im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen, 1990; ebd. die Berichte von D. Schefold und P. Ridola über Italien (S. 69 ff., 81 ff.). S. auch die Bände 40

meinschaft« und die etwa in Gestalt der Fernsehkonvention des Europarates und der EG-Fernsehrichtlinie (1989) sich entwickelnden »Europäischen Elemente der Rundfunkordnung« lassen »europäische Mindeststandards« und gemeineuropäisches Medienverfassungsrecht entstehen.⁶⁰ Man kann institutionelle Rahmen und Foren nennen, etwa das Europäische Hochschulinstitut in Florenz, das »Erasmus-Programm«, auch manche gemeineuropäisch angeleiteten Vorhaben (z. B. in Budapest und Salzburg): Entscheidend ist, daß sich die Wissenschaftlergemeinschaft in den einzelnen juristischen Fachdisziplinen tendenziell als eine gemeineuropäische versteht. Das bedeutet keine Absage an die Rechtswissenschaft als auch nationale Disziplin, sie bleibt mehr als bloßer »Zulieferer«. Doch sollte die aktuelle und potentielle europäische Dimension bei jeder national verfassungsrechtlichen und -staatlichen Frage von vorneherein stets mitbedacht werden.

Methodologisch ist die Etablierung der *Rechtsvergleichung* im Verfassungsrecht als »fünfter« Auslegungsmethode⁶¹ Vehikel dieser gemeineuropäischen Perspektive. Zwar beschränkt sich die Integrierung der Rechtsvergleichung in den Methodenkanon »nach Savigny« nicht auf den Vergleich mit den Rechtsordnungen in Europa, sie greift weit darüber hinaus, z.B. auf die USA und das hier weiterreichende gemeineuropäisch/atlantische Rechtskulturerbe in Sachen

Jahre GG hrsg. von K. Stern, 1990 und C. Starck (Hrsg.), GG und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung, 1990. Eine systematische Auswertung dieser drei Bände, ergänzt um Parallelbände, die sich um Verfassungsstaaten wie Italien (Verf. von 1947), Frankreich, Spanien (1978) und die Schweiz (1874) gruppierten, würde genauer zu den Konturen des gemeineuropäischen Verfassungsrechts führen.

- 60 Aus der Lit.: *H. P. Ipsen*, Der »Kulturbereich« im Zugriff der Europäischen Gemeinschaft, Ged.-Schrift Geck, 1989, S. 339 ff.; *W. Fiedler*, Impulse der EG im kulturellen Bereich, in S. Magiera (Hrsg.), Das Europa der Bürger, 1990, S. 147 ff.; *B. Möwes/M. Schmitt-Vockenhausen*, Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehübereinkommens des Europarats und der EG-Fernsehrichtlinie 1989, EuGRZ 1990, S. 121 ff.; *H. Goerlich/B. Möwes*, Europäische Elemente der Rundfunkordnung, Jura 1991, S. 113 ff.; *M. Schweizer*, EG-Kompetenzen im Bereich von Kultur und Bildung, in: D. Merten (Hrsg.), Föderalismus und Europäische Gemeinschaften, 1990, S. 147 ff.
- 61 Dazu meine Madrider Vorlesung Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, S. 913 ff., sowie näher ausgearbeitet im Vortrag: Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung, in: VRÜ 23 (1990), S. 225 (244 ff.).

Verfassungsstaat.⁶² Doch kann die Rechtsvergleichung als »fünfte« Auslegungsmethode bevorzugt in *Europa* genutzt werden: weil bei aller Vielfalt eine gemeinsame europäische Kultur vorhanden ist und weiter (zusammen-)wächst. Es ist ja die *kulturelle* Einheit Europas, die den Wurzelboden des gemeineuropäischen Verfassungsrechts bildet.⁶³ Und die derzeit vertiefte Erfassung der »Europäischen Rechtsgeschichte« bildet einen Mosaik-Stein dieser »Europäisierung« der Rechtswissenschaften⁶⁴ bzw. ein Feld der juristischen Komparatistik: in der historischen Dimension.

62 Dazu mein Vortrag: 1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates, JöR 37 (1988), S. 35 ff.; s. auch *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 1 ff.

63 Vorbildlich bleiben bis heute die Pionierschriften von *E. Rabel* zur *Rechtsvergleichung*, vor allem: *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*, in: *E. Rabel*, Gesammelte Aufsätze, Bd. II (1965), S. 1 ff. (hrsg. von *H. G. Leser*), und *ders.*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1924), in: ebd. Bd. III (1967), S. 1 ff. Ebd. S. 3 ff. sind alle auch für das heutige Verfassungsrecht relevanten Stichworte zu finden: »geschichtliche Komparation«, Vordringen zu den »Grundgedanken«, Vermehrung des »Vorrats an Problemlösungen«, »Rechtskritik« und »Rechtspolitik«. Vgl. auch Bd. II, S. 1 (3): »Wenn die erste und grundlegende Aufgabe der Rechtsvergleichung darin besteht, die Rechtssysteme auf Ähnlichkeiten, Verschiedenheiten und gegenseitige Beeinflussungen zu prüfen und in Beziehung zu setzen ...« *M. Rheinstejn* ist der »andere Klassiker« der modernen Privatrechtsvergleichung, der den Öffentlich-Rechtler von heute bescheiden macht; vgl. seine großen Aufsätze *Comparative Law – its Functions, Methods and Usages* (1968), jetzt in: *Gesammelte Schriften* Bd. I (1979), S. 251 ff., *Types of Reception* (1956), ebd., S. 261 ff. mit dem großen Satz (S. 292): »Wieder, wie vor dem 19. Jahrhundert, wird die Rechtswissenschaft die Rolle des Wahrers der Einheit der Rechtskultur zu übernehmen haben«. Übergreifend jetzt *H. Coing*, Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit, NJW 1981, S. 2601 ff. (S. 2604: »Zeitalter, das zu einem ... neuen *Ius Commune* zurückstrebt«).

64 Charakteristisch sind die Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte der Reihe »*Ius Commune*« mit Heften wie *E. V. Heyen* (Hrsg.), *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, 1982; *ders.* (Hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984. S. auch die FS *Gagner* (hrsg. von *M. Stolleis* u.a., 1991) mit dem Titel: »Studien zur europäischen Rechtsgeschichte«. Jetzt *D. Willoweit*, in: *R. Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, S. 141 ff.

III. Umriss einer Theorie »gemeineuropäischen Verfassungsrechts«

1. »Gemeinrecht« als rechtswissenschaftliche Kategorie

Die hier vorgeschlagene Kategorie »gemeineuropäisches Verfassungsrecht« knüpft an Begriffstraditionen der Rechtswissenschaften an, die ihr bei der eigenen »Karriere« in Zukunft dienlich sein können: formal und inhaltlich. An die erste Stelle der Vorbilder und Vorläufer gehören Wort und Sache vom »gemeineuropäischen Zivilrecht«, das in bewußter Anknüpfung an das alte europäische *ius commune* vom 13. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts die moderne Privatrechtswissenschaft heute so eindrucksvoll diskutiert.⁶⁵ Bei all dem ist an ältere Vorgänge wie die Entwicklung des »droit commun français« im 16. Jahrhundert⁶⁶ oder an die Auslegungsdivergenzen zu erinnern, die um die Mitte des 19. Jahrhunderts von den Staaten des Deutschen Bundes angesichts der Allgemeinen Wechselordnung und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches zu bewältigen waren.⁶⁷ Gab es hier, in Deutschland, eine Vorform der Bundesstaatlichkeit, so dort in Frankreich eine Vereinheitlichungsetappe auf dem Weg von den »coutumes« der französischen Landschaften zum »droit commun français«, das Basis für den Code Napoléon wurde. Immer waren Wort und Sache »gemeinen Rechts« Ausdruck und Vehikel einer politischen Grenzen übersteigenden rechtskulturellen Einheit. Es ist kein Zufall, daß das rechtstheoretisch wie rechtsvergleichend schon klassische Werk von *J. Esser*, »Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts«, 1956 (4. Aufl. 1990), allenthalben um »Gemeinrechtsdenken« ringt und dafür die einschlägigen Stichworte bis hin zum kulturwissenschaftlichen Ansatz

65 *H. Kötz*, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, FS K. Zweigert, 1981, S. 481 ff., bes. S. 490; *E. A. Kramer*, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung*. Juristische Blätter 1988, S. 477 ff. mit Hinweisen auf ältere Stimmen wie *H. Coing* (»ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft«, 1986), *F. Gschnitzer* (»Schaffung eines gemeinsamen europäischen Zivilrechts«, 1960); *Kramer* erörtert präzise die Pro- und Contra-Argumente zur Schaffung eines »gemeineuropäischen Zivilrechts« (ebd. S. 485 ff.). Eindrucksvoll jetzt: *H. Coing*, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, NJW 1990, S. 937 ff.; soeben *H.-P. Mansel*, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, JZ 1991, S. 529 ff.

66 Dazu *Kötz*, a.a.O., S. 499.

67 Dazu *Kötz*, a.a.O., S. 489.

prägt.⁶⁸ Im Öffentlichen Recht findet sich mehrfach und zunehmend Gemeinrechtsdenken, zum einen im Verhältnis zwischen staatlichem und kirchlichem Recht⁶⁹ sowie als Brückenschlag zwischen öffentlichem und privatem Recht⁷⁰ und dann – für das Vorliegende unmittelbar relevant – im Verfassungsrecht des Bundesstaates als »gemeindeutsches Verfassungsrecht«⁷¹ und rechtsvergleichend erweitert aus Anlaß der Diskussion um gemeinschweizerisches Verfassungsrecht.⁷² Speziell im Europarecht im engeren Sinne (d. h. dem Recht der EG) und weiteren Sinne (d. h. dem Recht der EMRK, der ESC und der KSZE) gibt es in neuerer Zeit vereinzelte Hinweise auf gemeineuropäisches Recht oder ähnliche Formeln.⁷³ Auf allgemein politischer Ebene, etwa bei der Diskussion um den Minderheitenschutz für die Deutschen in den ehemals deutschen Gebieten

68 A.a.O. (Anm. 6), bes. S. 221: »Gemeinrechtserbe«, S. 263: »Gemeinrechtsdenken der Jurisprudenz«, S. 287: »Gemeinrechtsprinzipien«, S. 293: »Die Zerstörung dieser Gemeinrechtsbasis ... ist ... ein Werk dreier Faktoren: des Absolutismus, der Aufklärung und der Nationalstaatsidee«, S. 345: »gemeinsames Recht i.S. der principes généraux du droit«. – Zu allgemein »anerkannten Rechtsprinzipien der Kulturnationen« ebd. S. 34 ff., 378 ff.

69 P. Häberle, »Gemeinrechtliche« Gemeinsamkeiten der Rechtsprechung staatlicher und kirchlicher Gerichte?, in: JZ 1966, S. 384 ff., später *parallel* im Sinne eines »einheitlichen Rechtsbegriffs« der »Eingliederung des kirchlichen Rechts in ein nichtdualistisches, sondern umfassendes Rechtsdenken«: K. Schlaich, Kirchenrecht und Kirche, ZevKR 28 (1983), S. 337 ff., bes. S. 359 ff.

70 M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968.

71 P. Häberle, »Landesbrauch« oder parlamentarisches Regierungssystem?, JZ 1969, S. 613 ff. (mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 3). – Zum »Gemeindeutschen Verwaltungsrecht« (historisch): E. Forsthoff, VerwR I, 10. Aufl. 1973, S. 51; zum »allgemeinen deutschen Staatsrecht«: M. Friedrich, Die Erarbeitung eines allgemeinen deutschen Staatsrechts seit der Mitte des 18. Jahrhunderts, in: JöR 34 (1985), S. 1 ff.

72 Vgl. meinen Beitrag: Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz ..., JöR 34 (1985), S. 303 (340 ff.). S. noch die Nachweise in Anm. 94.

73 Vgl. H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 108: »Das Gemeinschaftsrecht ist gemeinsames Recht«; E. Riedel, Entschädigung für Eigentumsentzug nach Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK – Zur Herausbildung eines gemeineuropäischen Standards, EuGRZ 1988, S. 333 (338); J. A. Frowein, Eigentumsschutz im Europarecht, FS Kutscher, 1982, S. 189 (200): »gemeineuropäischer Standard«, »Prozeß des Gebens und Nehmens zwischen der europäischen und der nationalen Ebene«; ders., Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, FS Maihofer, 1988, S. 149 ff. – Allgemein: H. Coing, Gemeinsames Recht und Gemeinschaftsrecht in Europa, FS Hallstein, 1966, S. 116 ff.

in Polen, wird (1991) im Blick auf den auszuhandelnden Nachbarschaftsvertrag von der geplanten Regelung nach »europäischen Standards« gesprochen.⁷⁴

Was läßt sich aus dieser Aufzählung lernen? M.E. dieses: Die Kategorie »Gemeinrecht« ist in hohem Maße geeignet, um von den Textgebern, der Wissenschaft und Praxis vorangetriebene, auf Gemeinsames zielende Rechtsentwicklungen zu benennen und zu befördern, die grenzüberschreitend wirken, auf Grundsätzliches zielen, das letztlich auf einem gemeinsamen Wurzelboden der Rechtskultur, und Kultur, wächst. (Der Zeitfaktor, d.h. der mittel- und langfristige Entwicklungsgedanke, gehört hinzu.) Diese *heuristische Funktion* des »Gemeinrechtsdenkens«, in unterschiedlichen rechtsethischen Konstellationen in Alteuropa bewährt, ermutigt dazu, sie auch heute im Blick auf das Europa unserer Tage als »gemeinsames Verfassungsrecht« nutzbar zu machen.

Die rechtlich institutionalisierte Teilhabe *Englands* an und Teilnahme in Europa (in der EG, der EMRK, auch der KSZE) bedeutet, daß seine Common Law Tradition, gerade von der Privatrechtswissenschaft im Blick auf gemeines Recht viel berufen,⁷⁵ die Entwicklung von Gemeinrecht in diesem Europa eher befördert als behindert.

2. Die »Prinzipien«-Struktur des gemeineuropäischen Verfassungsrechts

Theoretisch ist das *Prinzipienhafte* am gemeineuropäischen Verfassungsrecht bedeutsam: es verweist auf das wirklich Grundlegende, nicht auf das formelle Detail, zugleich auf Flexibilität und Offenheit. Der Begriff »Prinzipien« hat schon bisher in den verschiedensten

74 Zit. nach FAZ vom 6. 3. 1991, S. 1. Zuletzt Bundesaußenminister *H.-D. Genscher* im Blick auf den Nachbarschaftsvertrag mit Polen (FAZ vom 18. 5. 1991): »Insgesamt ist es gelungen, wesentliche Teile des europäischen Standards der Minderheitenrechte, wie er insbesondere im Dokument des Kopenhagener Treffens über die menschliche Dimension der KSZE sowie in den Empfehlungen des Europarates niedergelegt ist, in dem Vertrag festzuschreiben und ihm so völkerrechtliche Gültigkeit zu verleihen.

75 Vgl. *J. Esser*, Grundsatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 183 ff., 225 ff. S. aber auch *E. A. Kramer*, a.a.O. (Anm. 65), S. 486 als mögliches »contra-Argument«. – *H. Coing*, NJW 1990, S. 937 (939 f.) nennt das amerikanische Common Law als Beispiel für die Möglichkeit einer »überstaatlichen Rechtswissenschaft«.

Bereichen der Rechtswissenschaften seine spezifischen Eigenschaften erprobt: auf dem Feld des gemeineuropäischen Privatrechts in Gestalt von *J. Essers* großem Entwurf »Grundsatz und Norm« (1956, 4. Aufl. 1990), im nationalstaatlichen Feld auf dem Gebiet der Grundrechte.⁷⁶ Die Erkenntnis des *Prinzipihaften* des gemeineuropäischen Verfassungsrechts macht dieses für seine Aufgaben besonders geeignet. Es soll nicht starr unitarisieren, es soll hinter dem »positiven Recht« »undogmatisch« greifbar werden, sei es geschrieben oder ungeschrieben; es soll arbeitsteilig den Durchgriff zum Rechtsethischen erleichtern und den Durchblick auf das Rechtskulturelle eröffnen. Schließlich läßt die Figur des »Prinzips« bzw. der gemeineuropäischen Verfassungsprinzipien die Rechtsquellen-Frage eher als sekundär erscheinen, wenn sie sie nicht ganz beiseite schiebt – vieles spricht längst für eine *Verabschiedung* des Bildes »Rechtsquelle«, suggeriert es doch das fertige Vorhandensein von etwas, was sich erst in komplexen Textschaffungs- und Interpretationsvorgängen vieler Beteiligten entwickelt. Die Geltungsebene und -höhe bzw. das formale Gewand, in dem gemeineuropäisches Verfassungsrecht auftritt, ist von sekundärer Bedeutung: Es kann zwar die Gestalt von »höchstem« nationalen Verfassungsrecht haben, es genügen aber u.U. auch bloßes (innerstaatlich umgesetztes) Gesetzesrecht (z.B. der Europarat-Verträge), (»ungeschriebene«) allgemeine Rechtsprinzipien⁷⁷ aus der Feder der Verfassungsgerichte im

76 *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985. (S. freilich auch *ders.*, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 29 (1990), S. 49 ff.) S. schon meine »Erinnerung« von 1971 (VVDSiRL 30 (1972), S. 186 (Diskussion)) daran, daß »Grundsatz und Norm – von *Josef Esser* – für die Grundrechte noch nicht geschrieben worden ist«; im übrigen jetzt *F. Bydliński*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988.

77 Der Durchgriff auf »allgemeine Rechtsgrundsätze« ist ein spezifisches »Bindemittel« für Vereinheitlichungsvorgänge in Rechtskulturen. Seien sie geschrieben »verankert« (z.B. Art. 215 Abs. 2 EWGV, Art. 123 Abs. 2 GG, Art. 38 Abs. 1 lit. c. IGH-Statut, Art. 7 Schweiz. SeeschiffahrtsG., s. auch § 7 ABGB: »natürliche Rechtsgrundsätze«), seien sie ihrerseits ungeschrieben entwickelt, sie können als immanente Bestandteile und sensibler Verweis auf eine *materiale* »Allgemeinheit« begriffen werden, die letztlich in kultureller Gemeinsamkeit wurzelt. Was rechtlich zunächst noch wenig verdichtet ist – eben das Kulturelle – wird über das Vehikel »allgemeiner Rechtsgrundsätze« zum Rechtsprinzip. Die Rechtsvergleichung ist dabei die »Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts« (gleichnamig *W. Lorenz*, JZ 1962, S. 269 ff.). »Standards« sind eine moderne Version der ARG. Beide Begriffe haben Prinzipien-Charakter.

engeren und weiteren Sinn (z.B. des Schweizer BG, des deutschen BVerfG einerseits oder des EuGH andererseits), das Europarecht wie die Einheitliche Europäische Akte (1986) sowie die »Richtlinien« oder schließlich das soft law einer KSZE-Erklärung (z. B. über »die menschliche Dimension«; Kopenhagen, 1990, und Paris, 1990). Oft erscheint derselbe Gedanke allmählich auf den verschiedensten Geltungsebenen der Rechtsordnung und in den unterschiedlichsten Rechtsformen: z.B. »durchwandert« die Rechtsstaatsidee nach und nach wohl fast alle »Rechtsquellen«, um sich so als gemeineuropäisch zu bewähren, die nationalen Verfassungsrechte (z.B. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 9 b Verf. Portugal von 1976; Präambel Verf. Spanien von 1978 sowie jüngst Präambel Verf. Ungarn von 1949/1989 (»... die soziale Marktwirtschaft verwirklichender Rechtsstaat ...«)), die Satzung des Europarates von 1949 (»Herrschaft des Rechts«), die EMRK (Präambel: »Vorherrschaft des Gesetzes«), in der EG die Gemeinsame Erklärung vom April 1977 (»Achtung des Rechts«), die Stuttgarter Erklärung vom Juni 1983 (»soziale Gerechtigkeit«), die Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten des Europäischen Parlaments vom April 1989 (»... daß Europa die Existenz einer Gemeinschaft des Rechts bekräftigt, die sich auf die Wahrung der Würde des Menschen und der Grundrechte stützt«), die Einheitliche Europäische Akte von 1986 (»Wahrung des Rechts«), zuletzt (1990) die Charta von Paris der KSZE (»Bindung der staatlichen Gewalt an das Recht«).

3. Vorteile der Erkenntnis und Entwicklung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht, mögliche Nachteile, die Grenzen

Die Forderung nach bewußtem und offenem Arbeiten am gemeineuropäischen Verfassungsrecht hat einen praktischen und einen theoretischen Hintergrund. Zunächst zum *praktischen*: Der nationale Verfassungsgeber und -interpret kann sich aus dem Vorrat an schon verallgemeinerten oder doch verallgemeinerungsfähigen Verfassungsprinzipien bereichern. Er vermag die Erfahrungen zu nutzen, die »andere in Europa« bei der verfassungsjuristischen Problemlösung bereits gemacht haben, er kann dank rechtsvergleichender Umschau mit Hilfe des Fremden das Eigene lösen, Text- bzw. Regelungsdefizite ausgleichen durch »Anleihen«. Die Rechtswissenschaften ganz allgemein und besonders die Verfassungslehre sind sich ihrer *erfah-*

*run*gswissenschaftlichen Dimension noch viel zu wenig bewußt. Die Erfahrungen, die andere europäische Verfassungsstaaten mit ihren Lösungen machten, und die Antworten, die sie rechtspolitisch und interpretatorisch gaben, können »rezipiert« werden. Die nationalen Verfassungen in Europa gleichen einer großen »Werkstatt«, in der es letztlich *gemeinsame* Produktions- und Rezeptionsvorgänge gibt. Im »Inneren« von Bundesstaaten läßt sich dies fast modellhaft z.B. in der Schweiz bzw. ihren Total- und Teilrevisionsbewegungen seit den 60er Jahren nachweisen.⁷⁸ Im europäischen Raum dürfte (z.B. über EG, Europarat und KSZE) Entsprechendes vor sich gehen. Es ist nur noch zu wenig bewußt und beim Namen genannt. Speziell Osteuropa tut sich bei der Schaffung seiner Verfassungsstaaten leichter, wenn ihm vom Westen her gesagt werden kann, daß bestimmte Verfassungsprinzipien im Grunde »gemein-europäischen Standards« entsprechen.

Ein Wort zum *theoretischen* Hintergrund: Zum einen hat das Textstufenparadigma gezeigt, wie stark der Typus »Verfassungsstaat« weltweit, vor allem auch transatlantisch wirksam ist. Die besondere räumliche Nähe und Nachbarschaft der einzelnen Verfassungsstaaten im »alten« Europa ermöglicht intensivere Austauschprozesse, weil Europa *eine* Kultur hat.⁷⁹ Dieser Aspekt der Kultur, im Begriff der »Rechtskultur« näher bezeichnet, ist Grund genug, jeden Verfassungsgeber und Verfassungsinterpreten in diesem Europa näher zusammenrücken zu lassen, indem er die Möglichkeit des Rück- und Durchgriffs auf gemeineuropäisches Verfassungsrecht nutzt. Speziell Osteuropa kann kulturelle Identität in dem vom Zusammenbruch des Marxismus-Leninismus hinterlassenen Vakuum nur durch Wiederbesinnung auf die Zugehörigkeit zum *Europa der Kultur* gewinnen – darum ist die schon allenthalben sichtbare Vorbildwirkung westeuropäischer Verfassungstexte im Osten nur konsequent.

Zum anderen verlangt die Vollendung des europäischen Binnenmarktes 1992 nach einheitlichem Wirtschaftsverfassungsrecht (effektiv im Prinzip der sozialen Marktwirtschaft, greifbar in wirtschaftlichen Freiheiten und Elementen der sozialen Sicherung). Der sich intensi-

78 Dazu mein Beitrag: Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz ..., JöR 34 (1985), S. 303 ff.

79 Zu Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive mein gleichnamiger Beitrag in: JöR 32 (1983), S. 9 ff. Allgemein P. Morand, L'Europe galante, 1989; O. Molden, Die europäische Nation, 1990.

vierende »grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr«⁸⁰ verlangt nicht nur im Privatrecht, er verlangt auch im Verfassungsrecht vereinheitlichende Lösungen: eben ein Stück gemeineuropäisches Verfassungsrecht. Die Integration Europas vollzieht sich jedoch nicht nur auf dem Gebiet der Wirtschaft, sie kann nur als kulturelle und rechtskulturelle in der Tiefe gedeihen; ein tragendes Element dabei ist die Entwicklung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, das freilich die kulturelle Vielfalt Europas und seine Umsetzungen ins positive Recht als Gegenprinzip von vorneherein mit zu bedenken hat. Vor allem kann Osteuropa zu Gesamteuropa nur auf bzw. in der kulturellen Tiefenschicht zurückkehren, gleich welcher Art von Integration: die enge in Gestalt eines Beitritts zur EG, die losere in Gestalt eines Beitritts zum Europarat oder die Zugehörigkeit zur KSZE, die sich jüngst in der Form von soft law intensiviert und ihrerseits kräftige Beiträge, zum gemeineuropäischen Verfassungsrecht leistet (s. oben II.2.).

Im ganzen kann die Bewußtmachung von vorhandenem und die behutsame Entwicklung von neuem gemeineuropäischen Verfassungsrecht zu einer so oft beschworenen *Kräftigung europäischer Identität* führen.⁸¹

Mögliche Nachteile und die Grenzen seien nicht verschwiegen. Nicht zu Unrecht ist der Europäer stolz »auf die kulturelle und d.h. eben auch rechtskulturelle Vielfalt dieses Kontinents«⁸² und einer »undifferenzierten« Tabula-rasa-Lösung der europäischen Rechtsvereinheitlichung (*T. Mayer-Maly*) sei hier nicht das Wort geredet. Aber diese Vielfalt leuchtet eben doch letztlich auf der kulturellen Einheit eben dieses Kontinents, und die vorletzten und letzten Gerechtigkeitsprinzipien, heute in viele Verfassungsprinzipien eingegangen, sind in Europa ein- und dieselben. Im übrigen geht es nicht um numerisches Addieren und Quantifizieren, sondern um Wertung nach Maßgabe von Gerechtigkeitskriterien. Nur behutsam kann gemeineuropäisches Verfassungsrecht erschlossen werden – mit hoher Sensibilität für das *nicht* Gemeineuropäische, weil national Besondere

80 Vgl. für das Zivilrecht *H. Kötz*, FS Zweigert, a.a.O. (Anm. 65), S. 488 ff.

81 So vorbildlich entwickelt für das Privatrecht von *E. A. Kramer*, a.a.O. (Anm. 2), S. 487: »Immerhin ist das europäische Privatrecht nicht nur ein marginales Nebenprodukt europäischer Kultur, sondern kraft Tradition und hoher formaler und materialer Qualität eine ihrer zentralen Komponenten.«

82 So mit Recht *E. A. Kramer*, a.a.O. (Anm. 2), S. 486.

und eben hierin die Vielfalt der europäischen Rechtskultur Ausmachende. Die Vergegenwärtigung der spezifisch *nationalen* Gehalte im jeweiligen Verfassungsrecht eines Verfassungsstaates ist es, die letztlich davor bewahrt, zu vorschnell auf einen Nenner zu bringen, was eben doch *verschieden* bleiben soll und will – man denke an Präambeln in ihrer Dimension der Verarbeitung nationaler Geschichte, an nationale Feiertagsgarantien, an andere symbolträchtige Verfassungsgehalte.⁸³ Auch die Unterschiede in der Bundesstaatsstruktur, etwa in der Reihung Schweiz/Deutschland/Österreich angedeutet (was die Eigenständigkeit der Gliedstaaten angeht), dürfen nicht über das Stichwort eines gemeineuropäischen Bundesstaatsmodells eingeebnet werden. Und doch gibt es hier ebenfalls zunehmend ins Blickfeld rückende Gemeinsamkeiten, etwa die Möglichkeit von gemeindeutschem bzw. -eidgenössischem Bundesrecht⁸⁴ oder die Idee der Bundestreue.⁸⁵

4. Die zwei Wege der Rechtsgewinnung in Sachen gemeineuropäisches Verfassungsrecht

Das gemeineuropäische Verfassungsrecht ist kein »Fertigprodukt«; es muß hart erarbeitet, überlegt entwickelt werden, so greifbar die Materialien schon sind, aus denen es »wird« bzw. werden kann (vgl. die obige Bestandsaufnahme). Grob betrachtet lassen sich zwei Wege unterscheiden, auf denen sich das gemeineuropäische Verfassungsrecht entfaltet: (1) der *rechtspolitische* Weg der Rechtssetzung, (2) der *interpretatorische* der Rechtsfindung. Beide Wege sind nur im Grundsätzlichen unterscheidbar. Es gibt manche Überschneidungen: ein Gran Rechtspolitik leistet auch der Interpret, umgekehrt setzt

83 Dazu meine Ausarbeitungen: Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, FS Broermann, 1982, S. 211 ff.; Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 1987.

84 Vgl. oben Anm. 72, unten Anm. 94.

85 Dazu K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 699 ff.; J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im GG, HdbStR Bd. IV (1990), S. 517 (599 ff.); U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 94 f.; C. Starck (Hrsg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988; P. Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986, S. 430 ff. Vorbildlich (bundesstaats-)vergleichend arbeitet T. Fleiner, in: VVDStRL 46 (1988), S. 123–126 (Diskussion). Zum Ganzen mein Beitrag: Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus, in: Die Verwaltung 24 (1991), S. 169 ff.

Rechtspolitik vorherige Interpretationsvorgänge voraus (z.B. selbst beim Textstufenvergleich).

(1) *Rechtspolitik in Sachen gemeineuropäisches Verfassungsrecht*

Prinzipiell rechtspolitische Arbeit leisten diejenigen, die Verfassungsrecht *setzen*, an erster Stelle der (nationale) Verfassungsgeber, aber auch die an Total- und Teilrevisionen Beteiligten. Sie entwerfen Verfassungstexte und gehen dabei bewußt und unbewußt vergleichend vor. Die Textstufenanalyse kann diese vergleichende Arbeit aufdecken.⁸⁶ Vergleichen heißt Erarbeiten des Gleichen, aber auch *Ungleichen*. Diejenigen, die für ihre Verfassungsstaaten in Europa neue Verfassungstexte entwerfen wollen, können nur auf der Basis eines europaweiten Vergleichs erkennen, welche Prinzipien im Grunde schon »allgemein« sind, welche je national besonders bleiben (sollen). Gerade die jüngsten Verfassungen und Verfassungsentwürfe in Osteuropa, vor allem auch in den neuen deutschen Bundesländern, zeigen, auf wie vielen Feldern schon ein *gemeiner Rechtsbestand an Verfassungsprinzipien* vorliegt, den der Osten rezipiert und damit als *ius commune constitutionale* bestätigt: die soziale Marktwirtschaft, klassische Grundrechte, Rechtsschutzverfahren etwa gehören hierzu.⁸⁷ Insofern ist die Öffnung Osteuropas, sind die heutigen Prozesse der Übernahme westlichen Verfassungsrechts (fast als Elemente einer »Modellverfassung«) dort ein kräftiger Beleg für die Erstarkung übereinstimmender Verfassungsprinzipien zum *ius commune europaeum*. Obwohl national meist nicht auf der Ranghöhe von Verfassungsrecht angesiedelt bzw. verstanden, sind die Grundrechte der EMRK »Kernteile« von gemeineuropäischem Verfassungsrecht.⁸⁸ Angesichts der Wechselwirkung, die zwischen einfa-

86 Dazu für die Schweiz mein Beitrag: Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz ..., JöR 34 (1985), S. 303 ff.; fortgeführt in: U. Battis/E. G. Mahrenholz/D. Tsatsos (Hrsg.), Das GG im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen, 1990, S. 17 ff. Für die Entwicklungsländer: P. Häberle, Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates, VRÜ 23 (1990), S. 225 ff.

87 Vgl. die Textmaterialien für *Ungarn* in: JöR 39 (1990), S. 258 ff.; für die *ostdeutschen* Bundesländer ebd., S. 373 ff. – Zur »Verfassungsentwicklung in Osteuropa« mein gleichnamiger Beitrag in: FS Kitagawa, 1992, S. 129 ff.

88 Die *Schweiz* spricht der EMRK Verfassungsrang zu, dazu J. P. Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, S. 177. S. aber auch

chem Recht und Verfassungsrecht besteht,⁸⁹ sollte aber die rechtspolitische Tätigkeit nicht unterschätzt werden, die die Rechtsvereinheitlichung in Europa nach Art. 100 sowie 100 a EWGV leistet. Formal ist sie zwar im Rang unter der Verfassung angesiedelt,⁹⁰ mittelfristig kann es aber sowohl von den Verordnungen als auch von den Richtlinien der EG her zu vereinheitlichenden Ausstrahlungswirkungen nach oben kommen, d.h. zu konstitutiven Beiträgen auf dem Weg zu gemeineuropäischem Verfassungsrecht. Das gilt z.B. für das Umweltrecht.⁹¹ Im übrigen seien alle Bemühungen um eine Revision des primären Gemeinschaftsrechts, Vorgänge wie die Schaffung der Einheitlichen Europäischen Akte, auch bloße Entwürfe für eine europäische Verfassung⁹² als »Merkposten« erwähnt. All diese Teile setzen *Vergleichsvorgänge* voraus, sie können sich als (Vor-)Arbeit zu einem gemeineuropäischen Verfassungsrecht entpuppen.

Freilich: mit der Schaffung übereinstimmender Verfassungstexte ist nur ein erster Schritt auf dem Weg zu gemeineuropäischem Verfassungsrecht getan. Identische *Textformen* sind noch keine Garantie für identische *Textinhalte*, zumal Texte oft unbestimmt, ja mehrdeutig sind. Dieses, das Textstufenparadigma relativierende Argument ist ernst zu nehmen. Umgekehrt kann gemeineuropäisches Verfassungsrecht sich auch »unter« verschiedenen Textfassungen finden, weil bei aller Unterschiedlichkeit der Texte der Interpretationsprozeß letztlich doch je national zu parallelen, von der Gerechtigkeit gesteuerten Wertungen kommt.

M. E. Villiger, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die schweizerische Rechtsordnung, EuGRZ 1991, S. 81 ff.; zu *Österreich*: *L. K. Adamovich/B.-C. Funk*, Österr. VerfR, 2. Aufl. 1984, S. 82. Zu den »allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten« i.S. der Kommission: *H. Miehsler*, in: IntKomm-EMRK, 1986, Rdnrn. 86 ff. zu Art. 6.

89 Dazu *P. Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politicum, FS Maunz, 1971, S. 285 (286 f.); *P. Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1. Aufl. 1962, S. 126 ff., 180 ff., 210 ff., 3. Aufl. 1983, S. 180 ff., 210 ff. und S. 340 f.

90 Zu Art. 100 EWGV: *E. A. Kramer*, a.a.O. (Anm. 2), S. 480 f.

91 Vgl. *I. Pernice*, Auswirkungen des europäischen Binnenmarkts auf das Umweltrecht – Gemeinschafts(verfassungs)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, S. 201 ff.

92 Dazu *R. Luster* (Hrsg.), Bundesstaat Europäische Union, Ein Verfassungsentwurf, 1988; s. auch den Entwurf der Verfassung einer Europäischen Union, vorgelegt von der Fraktion der Europäischen Volkspartei, vom Sept. 1983, in: *J. Schwarze/R. Bieber* (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 1984, S. 571 ff.

Einen Art. 100 EWGV auf der Ebene des Verfassungsrechts, d.h. eine Institutionalisierung der Rechtsvereinheitlichung gibt es in Europa aus guten Gründen nicht, wohl aber leisten die rechtspolitischen Aktivitäten eines Europarates (und der KSZE) über die Felder der Grundrechte der EMRK und der ESC hinaus viel Vorarbeit – man denke an die Initiativen auf dem Gebiet des Umweltschutzes und Medienrechts. Zu fragen ist allerdings, ob es parallel zu Gremien wie im Zivilrecht⁹³ nicht Aufgabe der Wissenschaft wäre, vergleichend europäisches Verfassungsrecht zu erforschen bis hin zu verfassungspolitischen Vorschlägen.

Allerdings ist vor Übertreibungen zu warnen: Bei aller Entdeckerfreude in bezug auf Elemente gemeineuropäischen Verfassungsrechts sind auch dessen *Grenzen* zu beachten. Die nationale Verfassungshoheit und einzelstaatliche Individualität ist in einem aus seiner kulturellen Vielfalt lebenden Europa Bedingung des »Gemeinen«, insoweit auch Grenze. Gemeineuropäisches Verfassungsrecht darf kein Instrument der uniformen Einebnung und Gleichschaltung von nationalem Verfassungsrecht von einem imaginären Einheitseuropa her oder auf ein solches hin sein. Stärke und Kraft des gemeineuropäischen Verfassungsrechts sind auf den Reichtum, ja »Eigensinn«, auch die »Ungleichzeitigkeiten« der nationalen »Eigenverfassungsrechte« angewiesen. Was bundesstaatlich für das Verhältnis von gemeindeutschem oder gemeinschweizerischem Verfassungsrecht zum Verfassungsrecht der Länder bzw. Kantone gilt,⁹⁴ gilt *erst recht* im Verhältnis von gemeineuropäischem und nationalem Verfassungsrecht (Subsidiarität).

(2) *Der interpretatorische Weg der Rechtsfindung*

Zweiter Weg beim Erkennen bzw. bei der Entwicklung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht ist der interpretatorische. Hier hat die wissenschaftliche *Methodenlehre* Vorarbeit zu leisten, die

93 Vgl. H. Kötz, FS Zweigert, a.a.O. (Anm. 1), S. 492 ff.; Kramer, a.a.O. (Anm. 2), S. 479 ff.

94 Dazu P. Häberle, Neuere Verfassungen ..., a.a.O. (Anm. 86), JöR 34 (1985), S. 303 (353 f.); s. aus der weiteren Literatur die Passauer Staatsrechtslehrertagung: VVDStRL 46 (1988), z.B. W. Vitzthum, ebd., S. 7 (13 f.), G. Schmid, S. 92 (113) und B.-C. Funk, S. 174 (Diskussion); eher kritisch: C. Starck, ebd., S. 156 (Diskussion).

Verfassungsrechtsprechung sollte diese praktisch umsetzen und verantworten. Die Lehren von den Methoden der Verfassungsinterpretation⁹⁵ sind jetzt entschlossen um die gemeineuropäische Dimension zu erweitern. Konkret: um die rechtsvergleichende kulturwissenschaftliche. Ob man die Rechtsvergleichung als »fünfte« Auslegungsmethode *nach Savigny* kanonisiert⁹⁶ oder auf eine solche, zugegeben suggestive Plakatierung verzichtet, ist eher sekundär. Entscheidend bleibt, daß die Verfassungsvergleichung vor allem bei den Grundrechten *bewußt* und offen praktiziert wird, auch bei Fragen primär nationalen Verfassungsrechts, nicht nur bei solchen des Europarechts im technischen Sinne! Hier ist klarzustellen, daß es nicht »automatisch« und stets zur Erkenntnis bzw. Findung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht kommen muß und kann. Die Verfassungsvergleichung kann z.B. dazu führen, daß etwa nur zwischen den drei deutschsprachigen Bundesstaaten Schweiz, Österreich und Deutschland »Gemeines« entsteht bzw. bewußt wird, z.B. im Felde von Bundesstaatsproblemen (»regionales Gemeinrecht in Europa«). Von einem bestimmten Punkt an schlägt indes die Quantität in die Qualität um: Ergibt die »wertende Rechtsvergleichung« z.B. bei Grundrechten, daß über den Bereich der EMRK-Grundrechte hinaus *viele* europäische Verfassungsstaaten übereinstimmende Lösungen haben, so in der jüngsten KSZE-Deklaration, so können sich ein in diesem Punkt noch nicht so weit entwickeltes nationales Verfassungsrecht bzw. seine Interpreten auf »die anderen in Europa« als subsidiäre Interpretationshilfe berufen. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten wird *europäisch*. Die nationalen Staats-

95 Schon klassisch *P. Schneider/H. Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 1 ff. bzw. S. 53 ff.; s. auch *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1990, S. 19 ff.; *R. Dreier/F. Schwegmann* (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976.

96 So der Vorschlag des Verf. in: JZ 1989, S. 913 (916 ff.); weiter entfaltet in: VRÜ 23 (1990), S. 225 (244 ff.). – Die juristische Methodenlehre beginnt auch in ihren großen Lehrbüchern die Rechtsvergleichung grundsätzlich zu integrieren, vgl. *H.-M. Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991, S. 117 f. (»Zugang zu dem Fundus von Erfahrungen und Erkenntnissen« (unter Hinweis auf des Verf. These von der Rechtsvergleichung als »fünfter« Auslegungsmethode)). Die Rechtsvergleichung ist berührt in *F. Müller*, Juristische Methodik, 2. Aufl. 1976, S. 124, 146 f., 164, 4. Aufl. 1990, S. 21, 198, 210; recht punktuell bleibt *K. Larenz*, Methodenlehre, 5. Aufl. 1983, S. 227, 233.

rechtslehren haben in all dem eine Vorreiteraufgabe und besondere Verantwortung: als europäische Wissenschaftlergemeinschaft. Notwendig wird eine *gemeineuropäische* Methodenlehre. Im Zivilrecht der Sache nach gefordert,⁹⁷ ist sie heute im Verfassungsrecht ein Petitum. Zwar kann es nicht darum gehen, die Offenheit und Schöpferkraft des Interpretationsvorgangs dadurch zu »disziplinieren«, daß verbindlich gesagt wird, *wie* die einzelnen Methoden der Verfassungsinterpretation zu kombinieren sind.⁹⁸ Wohl aber müßten die nationalen Methodenlehren stärker als bisher auch beim Verfassungsrecht das dem europäischen Verfassungsstaat methodologisch Gemeinsame erarbeiten (einschließlich gemeinsamer Vorverständnisse und Techniken zu ihrer Rationalisierung etc.). Während etwa die *Schweiz* z.B. im Grundrechtsbereich die hohe Tugend der Rechtsvergleichung längst praktisch übt,⁹⁹ besteht im sich seiner selbst sehr bewußten *Frankreich* ein großer Nachholbedarf. *Italiens* Staats-

97 Vgl. im Anschluß an *Coing*: *H. Kötz*, FS Zweigert, a.a.O. (Anm. 1), S. 490 f. – Eine kaum zu überschätzende Hilfestellung bei der Entwicklung gemeineuropäischen Verfassungsrechts gibt der (wohl durch Art. 1 Abs. 2 ZGB beeinflusste) Art. 7 des schweizerischen Seeschiffahrtsgesetzes: »Kann der Bundesgesetzgebung ... keine Vorschrift entnommen werden, so entscheidet der Richter nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Seerechts, und, wo solche fehlen, nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht, Wissenschaft und Rechtsprechung der seefahrenden Staaten berücksichtigt.«

98 Zum Problem mein Beitrag: Kommentierung statt Verfassunggebung?, DVBl. 1988, S. 262 (267 f.).

99 Vorbildlich *J. P. Müller*, *Elemente*, a.a.O. (Anm. 35) (in Gestalt der Bezugnahme auf deutsche und angloamerikanische Grundrechtsliteratur), z.B. S. 1 ff., 8 ff., 130 f., 141 ff.; *ders.*, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 1991, S. 4 f., 87 ff., 112 ff.; *P. Saladin*, *Grundrechte im Wandel*, 3. Aufl. 1982, S. 391 ff., 419 ff.

rechtslehre ist demgegenüber weit aufgeschlossener,¹⁰⁰ ebenso die *spanische*.¹⁰¹

Mögen die je nationalen Wissenschaftlertgemeinschaften heute in der Kenntnis des Verfassungsrechts ihrer europäischen Nachbarn unterschiedlich »weit« sein und es je nach nationalem Temperament (greifbar z.B. in den Unterschieden des Argumentations- und Sprachstils) bleiben: Dem vereinten Deutschland stünde es gut an, im

100 Die *italienische* Staatsrechtslehre nimmt seit langem (vgl. allgemein R. Schulze (Hrsg.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der 2. Hälfte des 19. Jahrh.*, 1990) die deutsche nicht nur verbal zur Kenntnis, sie verarbeitet sie in der ganzen Breite ihrer Literaturgattungen; das sei an einigen Beispielen belegt, vgl. für *Zeitschriftenaufsätze*: A. Corasaniti, Note in Tema di Diritti fondamentali, in: *Diritto e Società*, 1990, S. 189 ff.; für *Monographien*: M. Carducci, L'»accordo di Coalizione«, 1989, S. 3, 15, 125 u. passim; P. Ridola, Democrazia pluralistica e libertà associative, 1987, passim; für *Lehrbücher*: P. Grossi, I Diritti di Libertà ad Uso di Lezioni, Bd. I 1, 2. Aufl. 1991, S. 97 f., 145, 281 u.ö.; F. Sorrentino, Le Fonti del Diritto, 1987, S. 145, 152; A. Pace, Problematica delle Libertà, Costituzionali, Parte generale, 1985, S. 41, 64; für *Sammelwerke*: A. A. Cervati, Le Garanzie Costituzionali nel Pensiero di C. Mortati, 1990, S. 418 (420); für *Lexikonartikel*: C. Mortati, Dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana (1962), 1986, S. 154 f., 190 f. u.ö.; A. Baldassarre, Libertà, Problemi Generali, in: *Enciclopedia Giuridica I*, 1988, S. 1 (11 f., 15, 24, 27, 29 u.ö.); A. D'Atena, Adattamento del Diritto interno al Diritto internazionale, ebd. Bd. I, S. 1 (3, 5, 6); F. Lanchester, Stato, in: *Enciclopedia del Diritto*, Bd. XLIII 1990, S. 796 (811 f.). In der *Kommentarliteratur* bestehen bezeichnenderweise Defizite (sie bleibt am längsten »national« introvertiert, vgl. nur V. Crisafulli/L. Paladin (Hrsg.), *Commentario breve*, 1990).

101 Auch die *spanische* Staatsrechtslehre, die ihrerseits mit der italienischen in lebhaftem Gespräch ist (nicht erst seit der Verfassung von 1978), beachtet die deutsche Literatur intensiv, Beispiele: J. J. G. Encinar, El Estado Unitario Federal, 1985; L. V. Mancebo, Hacia el equilibrio de poderes, 1989; A.-E. Pérez Luño, Derechos humanos estado de derecho y Constitución, 2. Aufl. 1986; P. Cruz Villalón, La formación del sistema Europeo del Control de Constitucionalidad (1918–1939), 1987. Die deutsch-spanischen Rechtsvergleichenden Tagungen, geleitet von A. López Pina (z.B. in Madrid 1989) arbeiten ebenso am »ius commune constitutionale« wie regionale (z.B. Las Competencias de ejecución de la Generalidad de Catalunya, 1989); s. früh A. Randelzhofer (Hrsg.), *Deutsch-Spanisches Verfassungsrechtskolloquium*, 1982. Speziell die Literatur zur EMRK wirkt dabei als »Kernelement« gemeineuropäischen Verfassungsrechts (als Beispiel aus *Portugal*: Coloquio sobre Direitos Fundamentais e convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1983). – Pionierhaft früh das weltweite Symposium der A. v. Humboldt-Stiftung 1978. Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, hrsg. von T. Berberich u.a.: 1979; bemerkenswert auch H.-U. Erichsen (Hrsg.), *Lateinamerika und Europa im Dialog*, 1989.

Zuge seiner Mittellage und Mittlerrolle ein Forum für vergleichende Verfassungsrechtsgewinnung zu sein. Es könnte so Vorarbeit für die Entwicklung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht nach Ost und West hin leisten: rechtspolitisch wie interpretatorisch. Die im kleinen zu schaffende deutsche Wiedervereinigung im Bewußtsein, in der Kultur, besitzt ihr Parallelstück im großen: im Brückenschlag zwischen west- und osteuropäischen Staaten. Auch hier ist es die Einheit und Vielfalt der Kultur, die die Fundamente liefert, damit »zusammenwächst, was zusammengehört«.

5. *Die Arbeitsteilung der wissenschaftlichen Literaturgattungen in Sachen »gemeineuropäisches Verfassungsrecht«*

Die Staatsrechtslehre, besser Verfassungslehre, kann und sollte die Arbeit am gemeineuropäischen Verfassungsrecht je nach ihren Literaturgattungen *differenziert* vorantreiben.¹⁰² Dem *Lehrbuch* kommt – nach dem Vorbild des Zivilrechts¹⁰³ – ein erster Rang zu. In den Materialien, also dem Rechtsstoff, aber auch in Systematik und Dogmatik einschließlich »rechtspolitischer Ausblicke« bzw. verfassungspolitischer Varianten und Möglichkeiten bzw. Alternativen muß das Lehrbuch gemeineuropäisch gearbeitet sein. Dabei könnte es sich als solches auf Teilgebiete beschränken, etwa Demokratiestrukturen und politische Parteien,¹⁰⁴ Grundrechte,¹⁰⁵ Verfassungsgerichtsbarkeit,¹⁰⁶ auch kommunale Selbstverwaltung¹⁰⁷. Wesentlich

102 Zur »Verfassungslehre im Kraftfeld der rechtswissenschaftlichen Literaturgattungen« mein gleichnamiger Beitrag in: FS Kaufmann, 1989, S. 15 ff.

103 Vgl. H. Kötz, Gemeineuropäisches Zivilrecht, FS Zweigert, 1981, S. 481 (498), der »Lehrbücher des gemeineuropäischen Zivilrechts« (zuerst zum Vertrags- und Deliktsrecht) fordert und schon einige Beispiele für die Darstellung eines Rechtsgebiets von vorneherein unter einem *europäischen* Blickwinkel nennen kann.

104 Vgl. oben Anm. 58.

105 Vorbildlich schon J. P. Müller, oben Anm. 35. S. noch speziell: J. Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Der Mißbrauch von Grundrechten in der Demokratie, 1989; E.-W. Böckenförde/C. Tomuschat/D. C. Umbach (Hrsg.), Extremisten und öffentlicher Dienst, 1981.

106 Beispiele: A. Auer, Die Schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984; W. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 1987, z.B. S. 38 ff., 54 f., 61 ff., 79 ff., 177 ff. u.ö.; C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 2 Bde. 1986.

107 Z.B. D. Thüerer, Bund und Gemeinden, 1986. Vorarbeit bei Knemeyer (Hrsg.), oben Anm. 29.

ist nur, daß die nationalstaatlichen Grenzen bewußt und *von vorneherein* überschritten werden. Das sollte im Zurück, also verfassungsgeschichtlich geschehen (auch hier jenseits des Nationalen), zugleich aber auch in der Gegenwart: als kontemporärer Verfassungs- bzw. Grundrechtsvergleich. Verfassungsgeschichte und Verfassungsvergleich offenbarten so ihre innere Zusammengehörigkeit als die zwei Seiten desselben Vorgangs: des Vergleichs in Zeit und Raum.¹⁰⁸ Einzelne *Monographien*, ebenso *Lexikonartikel* und *Sammelbände* müßten entsprechend vorgehen, Beispiele finden sich schon.¹⁰⁹ Etwas anders stellt sich die Aufgabe der *Rechtsprechungsrezension* dar. Als ein Stück »kommentierte Verfassungsrechtsprechung«¹¹⁰ konzentriert sie sich auf die einzelnen Verfassungsgerichtsentscheidungen. Dabei hat sie größere Linien zur Vorgeschichte nachzuziehen. Doch braucht sie keine dem Lehrbuch zu einem Thema des gemeineuropäischen Verfassungsrechts vergleichbare Systematik zu leisten. Freilich hat sie begrenzt auf ihren »Fall« eines besonders vertieft zu tun: sie muß die Rechtsvergleichung als »fünfte« Auslegungsmethode in den Methodenkanon integrieren und insofern der Arbeit der nationalen Verfassungsgerichte sozusagen »ex post« vorangehen. Die »fünfte« Auslegungsmethode erweist sich als *gemeineuropäischer Schlüssel*, als Methode zur Erarbeitung des europäischen Kontextes eines nationalen Rechtsfalls. Da die Gerichte – sie stehen ja meist unter Zeitdruck – erst allmählich lernen können, den nationalen Verfassungsrechtsstreit gemeineuropäisch aufzuschließen, sollte die Wissenschaft als Vorreiter aktiv sein. Erst sehr viel später mag dann der gemeineuropäisch arbeitende Verfassungsrechtskommentar gelingen, der das Mosaik vieler Einzelentscheidungen und -kommentierungen zu einem Ganzen fügt.¹¹¹

108 H. Kötz, Rechtsvergleichung, a.a.O. (Anm. 1), S. 77, spricht für Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte plastisch von »Zwillingsschwestern«.

109 Vgl. den Sammelband zum Vergleich Deutschland/Ungarn: Die Verfassung als Katalysator zwischen Gesellschaft und Staat (hrsg. von A. Ádám und H. Scholler), 1990. – Internationale *Festschriften* um den »nucleus« (Beispiele: FS Zweigert, 1981, und FS Coing, 1982) eines europäischen Gelehrten gestaltet, können Spiegel gemeineuropäischer Rechtswissenschaft sein.

110 So mein gleichnamiges Buch, 1979.

111 Speziell die Europarechtswissenschaft als die Disziplin des EG-Rechts hätte ihrerseits nationalrechtsvergleichend zu arbeiten, d.h. das nationale Verfassungs- und Verwaltungsrecht als Vor- oder Parallel-Erscheinungsform für seine eigenen Rechtsideen zu werten. Beispiel ist J. Schwarze, Eu-

In all dem zeigt sich, wie sehr die Staatsrechtslehre als Wissenschaft bei der Erarbeitung gemeineuropäischen Verfassungsrechts gefordert ist. Sie vor allem sollte in der ganzen Breite ihrer Themen und der großen Fülle ihrer Prinzipien und Methoden vorangehen. Sie kann so zum Schrittmacher für ein jus commune (jetzt: constitutionale) werden, wie die Privatrechtswissenschaft in früheren Jahrhunderten im Sinne eines »jus civile europaeum« gewirkt hat und heute wieder wirkt. Das ist kein Votum für offene und verdeckte Geringschätzung, der großen europäischen Privatrechtskultur. Im Gegenteil: ihre Prägekraft wurde mehrfach als vorbildlich gewürdigt. Überdies sollten Verfassungsrechts- und Privatrechtswissenschaft nicht im Konkurrenzstreit um Konstruktion bzw. Rekonstruktion eines jus commune heute gegeneinander ausgespielt werden. Sie arbeiten je anteilig an der *einen* Rechtskultur Europas unserer Zeit. Vor allem sind Verfassung und Privatrecht in ihrem jeweils einander zuzuordnenden Sinne zu begreifen¹¹² und aus ihrem jeweiligen Proprium zu verstehen. Daß es dabei zum fruchtbaren Austausch der Methoden des Problemsichtens und -lösens kommen mag – bis hin zum Wettstreit um die jeweils bessere gemeineuropäische Methode –, wäre erwünscht.¹¹³

Sicher vermag die Arbeit am gemeineuropäischen Verfassungsrecht künftig wieder ein Kraftfeld für wissenschaftliches *Juristenrecht* zu bilden. Die Staatsrechtslehre könnte ein Tätigkeitsfeld finden, das ihr die (nationale) Verfassungsgerichtsbarkeit nicht so rasch

ropäisches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 1988; ders. (ed.), Legislation for Europe 1992, 1989.

112 Dazu K. Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988. S. auch P. Häberle, Verfassung und Privatrecht, in: M. Haller/H. Hauser/R. Zäch (Hrsg.), Ergänzungen, 1990, S. 519 ff.

113 Nicht zuletzt die *Fachzeitschriften* sind Vehikel der sich entwickelnden gemeinrechtlichen Vorgänge und Inhalte in Europa wie z.B. die *EuGRZ* (seit 1974); bemerkenswert ist auch die neue mehrsprachige »Revue Européenne de Droit Public« (seit 1989), auch die alte *ZVglRWiss*. Eine Europäische Rechtswissenschaft konstituiert sich auch aus dem Wissenschaftsgespräch im Rahmen der in Aufsätzen, Urteilsanmerkungen und Buchbesprechungen den nationalen Rahmen darstellenden *und* sprengenden Fachzeitschriften. Jahrbücher sind ein weiterer »Träger«: seien sie thematisch allgemein (so das *JöR* sowie seit 1988 das *Yearbook* der University of Rome II, Department of public law), seien sie thematisch begrenzt (z.B. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Université d Aix-Marseille III, etwa Bd. II, 1986).

zu »nehmen« vermag.¹¹⁴ Sie hätte sich auf europäischer Ebene konstituiert und auf neue Weise legitimiert: als vergleichende Verfassungslehre, die das nationale Verfassungsrecht als jeweils mehr oder weniger geglücktes historisches »Beispiel« nimmt und zugleich den auf der höheren Ebene des idealtypisch Möglichen und z.T. schon gelebten europäischen Verfassungsstaates weiter entwickelt. Vielfalt und Einheit Europas – seit dem Epochenjahr 1989 weltgeschichtlich ausgewiesen – wären bekräftigt. Die Verfassungslehre, obwohl unter dem Nationalstaat »groß« geworden, könnte zur *europäischen Kulturwissenschaft* reifen, die sie in ihren Klassikertexten von *Aristoteles* über *J. Locke* und *Montesquieu* bis hin zu einem *A. de Tocqueville*, *M. Hauriou*, *H. Heller* und *C. Mortati* immer war.¹¹⁵ Auf den »Schultern« solcher Riesen kann sie ein Stück weiter sehen (von Europa nach Europa), ohne sich selbst zu überschätzen. Doch sollten »Klassizisten« und »Postglossatoren« ebenfalls eine Chance haben: bis dann eines Tages das gemeineuropäische Verfassungsrecht unserer Zeit seine Klassiker hervorbringt (etwa einen *J. Madison*), wie sie das Zivilrecht in einem *F. C. v. Savigny* und *R. v. Jhering*, einem *E. Huber* und *K. Zweigert*¹¹⁶ besitzt. Die Juristenausbildung im Alltag ist dann erst recht zu »europäisieren«¹¹⁷: als Vorbereitung einer gemeineuropäischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis.

114 Dazu, daß die deutsche Staatsrechtslehre sich allzusehr im Kommentieren von BVerfG-Judikatur erschöpft: *B. Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989) S. 161 ff.; s. auch *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, *JZ* 1989, S. 913 (919); *ders.*, Praktische Grundrechtseffektivität, in: *Die Verwaltung* 22 (1989), S. 409 (419).

115 Zu *H. Heller*: *C. Müller/I. Staff* (Hrsg.), Der soziale Rechtsstaat, Gedächtnisschrift für *H. Heller* 1891–1933, 1984 (dazu mein Beitrag in: *DVBl.* 1985, S. 949 ff.); zu *C. Mortati*: *ders.*, *Dottrine Generali e Costituzione della Repubblica Italiana*, 1986; *M. Galizia/P. Grossi* (Hrsg.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, 1990; zu *M. Hauriou*: *P. Häberle*, *Wesensgehaltgarantie*, 1. Aufl. 1962, S. 73 ff. (3. Aufl. 1983, S. 319).

116 Programmatisch: *K. Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, *RabelsZ.* 15 (1949/50), S. 5 ff.

117 Zum Problem *E. A. Kramer*, a.a.O. (Anm. 2), S. 488; *H. Coing*, Europäisierung der Rechtswissenschaft, *NJW* 1990, S. 937 (940 f.); *F. Ost/M. v. Hoেকে*, Für eine europäische Juristenausbildung, *JZ* 1990, S. 911 f. Zur »pädagogischen Bedeutung« der Rechtsvergleichung: *H. Kötz*, Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *Juristische Blätter* 1982, S. 355 (357).

IV. Ausblick

Europa, und zwar jetzt das ganze Europa in Ost und West, Nord und Süd, kommt auf eine Weise »von der Wirtschaft« her – die Attraktivität der sozialen Marktwirtschaft bei der Selbstfindung der osteuropäischen Länder heute bezeugt es erneut. Und die Wirtschaft darf als ein die Geschichte mitgestaltendes Moment, auch als Anlaß von Revolutionen, gewiß nicht unterschätzt werden. Doch ist sie nicht der tiefere und letzte Grund: Europa kommt von seiner *Kultur* her, wird sich dessen heute wie je kaum zuvor bewußt, und es findet zu dieser bei allem »Erbe« ins Offene gehaltenen, in Sachen Verfassungsstaat spezifisch mit den USA verknüpften Kultur zurück. Vor allem steht die Wirtschaft nach Idee und Wirklichkeit des Typus »Verfassungsstaat« im *Dienste* des Menschen – wie einige neuere und ältere Verfassungstexte eindringlich sagen.¹¹⁸ Die Menschenwürde, kulturanthropologische Prämisse des Verfassungsstaates,¹¹⁹ bildet eine mühsam genug entwickelte und immer wieder bedrohte, aber doch geglückte kulturelle Errungenschaft dieses Verfassungsstaates. Sie ist – einem *F. Schiller* von 1789 gemäß – auch auf die Menschheit im ganzen, nicht nur auf den einzelnen zu beziehen. Der europäische Verfassungsstaat basiert auf dieser bis in das letzte positivrechtliche Detail umzusetzenden Menschenwürde-Kultur. Sie ist zwar europäisch hervorgebracht, aber tendenziell universal. Das »Prinzip Verantwortung« (*H. Jonas*) verpflichtet den europäischen Verfassungsstaat weltweit, um der doppelt betrachteten Menschenwürde willen.

Diese Menschenwürde ist ein Element der sich im Gang der europäischen Geschichte entwickelnden Gerechtigkeitsprinzipien: von *Aristoteles'* Klassikertexten (Nikomachische Ethik) bis zum anglo-amerikanischen due process-Gedanken bzw. zur »Gerechtigkeit als Fairness« (*J. Rawls*). Wenn diesem Europa hier skizzenhaft genug bewußt gemacht wird, daß es jetzt die Aufgabe der Entwicklung von gemeineuropäischem Verfassungsrecht hat und es schon auf dem besten Weg dazu ist, sie wahrzunehmen, so ist dies nur Ausdruck eines Textstufen-, Rechtsprechungs- und Wissenschaftsprozesses, der

118 *P. Häberle*, »Wirtschaft« als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen, *Jura* 1987, S. 577 (578 f.); s. auch *ders.*, Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates, *FS Partsch* 1989, S. 555 (567 ff.).

119 Dazu mein Beitrag: Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: *HdbStR* Bd. I (1987), S. 815 ff.

letztlich um Gerechtigkeit ringt. Die einzelnen Rechtswissenschaften haben diesen Gerechtigkeitsbezug nie ganz verloren. Sie könnten ihn heute auf neue Weise gewinnen, wenn sie tendenziell gemeineuropäisch arbeiteten. Daß die Verfassungslehre hier, im Vergleich mit der Privatrechtswissenschaft und ihrer bewährten Arbeit an und mit Gerechtigkeitsprinzipien, viel nachholen muß, sei nicht verschwiegen. Daß sie im Europa von 1991 viel nachholen kann, ist zu hoffen. Denn der weltweite Produktions- und Rezeptionsprozeß in Sachen Verfassungsstaat und einzelner seiner Textelemente von Osteuropa bis zu Entwicklungsländern Afrikas und Lateinamerikas ermutigt zu vorsichtigem Optimismus. Der kulturell grundierte, wirklichkeitsgesättigte Textstufenvorgang hat im Europa von heute eine solche Dichte, Differenziertheit und Ausstrahlung erreicht, daß die Arbeit an einer gemeineuropäischen Verfassungsrechtswissenschaft im angedeuteten Sinne keine Utopie mehr ist. Sie könnte und sollte glücken. In der »Weltstunde des Verfassungsstaates« kann auch das gemeineuropäische Verfassungsrecht als Teilaspekt eine Chance haben.¹²⁰

120 Gewidmet ist dieser Beitrag den Gastgebern in Rom (März 1991): A. A. Cervati, A. Corasaniti, A. Baldassarre, P. Ridola, A. Pace, A. D'Atena, F. Lanche-ster und M. Frh. von Bieberstein sowie dem Gastgeber in Madrid (Mai 1989): A. López Pina (vgl. ders. (Hrsg.), *La Garantía constitucional de los Derechos Fundamentales*, 1991).

11. »Werkstatt Schweiz«: Verfassungspolitik im Blick auf das künftige Gesamt Europa

I. Der teilnehmende Beobachter der Schweiz registriert seit einiger Zeit wachsende Unsicherheit, zunehmende intellektuelle Selbstbe-frugung im »Kleinstaat«, Zweifel an der eigenen Identität, an den helvetischen Gestaltungsmöglichkeiten im Blick auf die Zukunft in Europa¹. Nicht so sehr die »Fichenaffäre« oder der Fall *Kopp* sind hier gemeint – sie kommen in jedem Verfassungsstaat vor, und ihre Aufdeckung und Bereinigung beweist gerade die Kraft offener Gesellschaften. Vielmehr wachsen die Selbstzweifel vieler Schweizer vor allem im Blick auf das sich einigende Europa. Die allein auf die EG fixierte sogenannte »Europaverträglichkeit« bzw. ihre Prüfung² wird zum Maß aller Dinge; gleichzeitig gibt es Anzeichen für kleinmütigen, selbstquälerischen Streit um die Gestaltung der 700-Jahr-Feier, um welches Gründungsdatum viele andere Länder die Schweiz nur beneiden können, hat sich doch 1291 eine »Eid-Genossenschaft« zu konstituieren begonnen, die das theoretische Verständnis der Verfassung als »immer neues Sich-Vertragen und Sich-Ertragen aller«, als sich stetig erneuernder Gesellschaftsvertrag aus der gelebten Geschichte belegen kann³. Gewiß, auch andere Verfassungsstaaten geraten von Zeit zu Zeit in vielleicht heilsame

- 1 Symptomatisch sind Stichworte wie »Entzauberte Konkordanz«, in: NZZ vom 4./5. 8. 1990 Nr. 178, S. 13; »Haben wir 1991 Grund zum Feiern?«, NZZ vom 11. 6. 1990 Nr. 157, S. 27; *R. Ritschard / R. Nef*, Nationale Identität – ein Faß ohne empirischen Boden?, 1990; »Schweiz woher – Schweiz wohin?«, NZZ v. 6. Juni 1991 Nr. 128, S. 23; der Fall *Kopp* ist dokumentiert in: Bericht der parlamentarischen Untersuchungskommission vom 22. 11. 1989, 1989.
- 2 Aus der Lit.: *D. Thürer*, Europaverträglichkeit als Rechtsargument, FS Schindler, 1989, S. 561 ff.; *ders.*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Wirtschaftsraum?, SJZ 1990, S. 93 ff.; *O. Jacot-Guillarmod / D. Schindler / T. Cottier*, EG-Recht und schweizerische Rechtsordnung, 1990; *D. Schindler*, Auswirkungen der EG auf die schweizerische Staatsstruktur, Wirtschaftspolitische Mitteilungen 46 (1990), Heft 2; *R. E. Germann*, Pour une Constitution fédérale »Eurocompatible«, ZSR 109 (1990), S. 1 ff.; Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Zürich 1990.
- 3 Zu diesem Verfassungsverständnis *P. Häberle*, 1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates, JöR 37 (1988), S. 35 (41); *ders.*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 435 ff.

Identitätskrisen: In den USA wird derzeit über den »Fall großer Mächte« spekuliert, in Israel steigert sich die Polarisierung nach innen zu einer Zerreißprobe. Offene Gesellschaften können – und müssen – solche Perioden aushalten. Doch sollten sie sich dann auch vergegenwärtigen, was im Sinne von *F. Hölderlins* »Wo Gefahr ist, wächst das Rettende auch« ihre *Aktivposten* sind, wie sie diese zu mobilisieren vermögen, wo ihr spezifisch kulturelles Erbe die Zukunft gewinnen kann.

In diesem Sinn wollen die folgenden Zeilen aus der Sicht der Verfassungslehre fragen, was die Schweiz an Positivem, Eigenem zum Werden von Gesamteuropa beizutragen vermag. Dies in einer doppelten, sich miteinander verschränkenden Fragestellung: 1) Was kann die Schweiz dank ihrer eigenen auf Bundes- und Kantonsebene gewachsenen und hier gerade in jüngster Zeit in Gestalt der neuen Kantonsverfassungen geglückten Verfassungsstrukturen für die verfassungsstaatliche Neugestaltung der Länder Osteuropas beitragen? 2) Was kann sie auf dem Hintergrund ihrer bisherigen Leistungen den gemeineuropäischen Verfassungsstrukturen weit über die EG 92 hinaus vor- und mitgeben? Mit diesen Fragestellungen möchte dieser Beitrag aber auch an ältere Beispiele anknüpfen, die zeigen, daß die Schweiz für Europa ein fruchtbares »Parkett«, ja eine impulsgebende Bühne war und sein kann. Man erinnere sich des Wirkens eines *D. de Rougemont*, in der Staatsrechtslehre des impulsgebenden Entwurfs des Basler *Max Imboden* von 1959: »Die Bundesverfassung, wie sie sein könnte« sowie an den Verfassungsentwurf 1977 der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung⁴. Bei aller Kritik im einzelnen darf heute gesagt werden, daß diese Entwürfe weit über die deutschsprachige Wissenschaftlergemeinschaft hinaus gewirkt haben: in Problemformulierung und Textvarianten. Damit vermögen sie auch den nationalen Verfassungsgebern in Osteuropa (zusammen mit den neuen Kantonsverfassungen

4 *M. Imboden*, Die Bundesverfassung, wie sie sein könnte (1959), in: *ders.*, Staat und Recht, 1971, S. 219 ff.; Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977; dazu etwa *P. Saladin*, Verfassungsreform und Verfassungsverständnis, AöR 104 (1979), S. 345 ff.; *L. Wildhaber*, Das Projekt einer Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung, JöR 26 (1977), S. 239 ff.; *B. Ehrenzeller*, Die Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung, Der gegenwärtige Stand des Vorhabens, ZaöRV 47 (1987), S. 699 ff.; *K. Eichenberger*, Wiederbelebte Totalrevision der Bundesverfassung, in: Liberalismus als Verjüngungskur, hrsg. von H. Buhofer, 1987, S. 196 ff.

von Obwalden bis Solothurn) praktische Hilfestellung zu leisten⁵. Der Aufbruch nach Europa wurde einmal durch Signale der Züricher Rede von *W. Churchill* (1945) in Gang gesetzt. Die Schweiz ist heute aus der Sicht der Verfassungslehre wohl gerüstet, in »Verfassungssachen« nicht defensiv zu verharren, sondern aktiv-werbend und damit selbstbewußt im »Europa der Vaterländer« von 1991 aufzutreten. Das ganze Europa hat allen Grund, die Schweiz als »Werkstatt« für gute Verfassungspolitik ernst zu nehmen.

II. Aktivposten der Schweiz, Vorbilder für die nationalen und übernationalen Verfassungsstrukturen in Europa sind:

1. Die Elemente der *Referendumsdemokratie*. Sie verhindern, daß die politischen Parteien zu den wahren »Herren des Volkes« und Staates degenerieren, d. h. sie halten die Balance zur vielerorts (vor allem in Deutschland und Österreich) wuchernden »Parteienstaatlichkeit«⁶. Die Schweizer Verfassungen haben ein ganzes Arsenal halbdirekter Demokratieformen entwickelt, das besonders in Osteuropa auf Interesse stoßen wird. Denn die dortigen Bürgerbewegungen und Bürgerkomitees haben von unten her, in Ostdeutschland 1989 unter dem Motto »Wir sind das Volk«⁷, die meist friedlichen Revolutionen in Gang gesetzt. Die bislang vorliegenden Verfassungsentwürfe etwa in der CSFR oder in den neuen ostdeutschen Bundesländern knüpfen an diese Erfahrung bewußt an. Auch in der Bundesrepublik Deutschland ist die Diskussion um die Anreicherung des (gesamtdeutschen) Grundgesetzes um plebiszitäre Elemente noch nicht an ihr Ende gelangt. Eine etwaige europäische Verfassung wird sich dem Thema ebenfalls nicht verschließen können, sie muß ihre Demokratiedefizite ohnedies gezielt beseitigen. Theorie und Praxis der Schweizer »Volksrechte« sind die Herausforderung für die Verfassungspolitik in Europa; sie berühren sich mit dem Ziel des »Europas der Bürger«, das *Adolf Gasser* 1947 in dem grundlegenden Werk »Gemeinde-

5 All dies ist dokumentiert in meinem Beitrag: Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene, *JöR* 34 (1985), S. 303 ff.

6 Dazu *M. Stolleis / H. Schäffer / R. A. Rhinow*, Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?, *VVDStRL* 44 (1986), S. 7 ff.

7 Dazu mein Beitrag: Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, *JZ* 1990, S. 358 ff.; s. auch den Vorschlag, dieses Motto in die Präambel der teilrevidierten Verfassung eines geeinten Deutschlands aufzunehmen: *VVDStRL* 49 (1990), S. 155 (Diskussion).

freiheit als Rettung Europas«⁸ in Gang setzte und das jüngst in der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung von 1988 dank des Straßburger Europarates neuen Ausdruck gefunden hat⁹. Die schon auf kommunaler Ebene gelebte Bürgerdemokratie der Schweiz ist eine wesentliche Säule Europas, was vor allem in Osteuropa zum Vorbild dienen kann.

2. Ein *zweites* Leitbild, das die Schweiz aus ihrer »Werkstatt« in Gesamteuropa »vorzeigen« kann, ist der *Föderalismus*, vor allem der Kulturföderalismus. Unter den drei deutschsprachigen Ländern praktiziert die Schweiz die *vitalste Gliedstaatlichkeit*¹⁰. In einer Verfassung des Pluralismus ist der Bundesstaat das nahezu ideale Gehäuse für landsmannschaftliche, historische, sprachliche und kulturelle Vielfalt¹¹. Man mag den Föderalismus zugleich von der vertikalen Gewaltenteilung her rechtfertigen, man mag ihn durch kooperative Strukturen nach dem Vorbild der USA bereichert sehen, angesichts vieler unitarischer Tendenzen bleibt der Kanton bzw. Gliedstaat die kräftigste Garantie der Demokratie von unten nach oben, der grundrechtlichen und politischen Freiheiten vor Ort, der Schaffung von Identifizierungsmöglichkeiten des Bürgers mit der kleineren Einheit. Die Bundesstaatsidee dürfte ihre Zukunft gerade in Europa noch vor sich haben: zusammen mit dem Regionalismus bildet sie den Widerpart gegen den Eurokratismus aus Brüssel und sie kann Modell auch in den aus ihrer »babylonischen Gefangenschaft« zurückkehrenden Ländern Osteuropas sein: Man denke an die um Föderalismus ringende ČSFR, an die wiedererwachenden Länder Ostdeutschlands, deren Kultur selbst von der Betondecke des leninistischen Zentralismus nicht ganz zerstört werden konnte.

8 A. Gasser, Gemeindefreiheit als Rettung Europas, 2. Aufl., 1947.

9 Dazu F.-L. Knemeyer, Die Vorgeschichte der Europäischen Kommunalcharta, in: ders. (Hrsg.), Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 1989, S. 39 ff.; D. Thüser, Schweizerische Gemeindeautonomie und die europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, FS Kaufmann, 1989, S. 221 ff.

10 Vgl. aus der Lit.: W. Graf Vitzthum / B.-C. Funk / G. Schmidt, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), S. 7 ff.; bundesstaatliche Fragen sind in der Schweizer Literatur zuletzt besonders behandelt in FS Häfelin, 1989, S. 325 ff.

11 Zu einer *kulturellen* Bundesstaatstheorie mein Innsbrucker Vortrag Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, 1980; ferner mein Beitrag Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus, Die Verwaltung 24 (1991), S. 169 ff.

Die Schweiz hat seit 1848 eine große Vielfalt an bundesstaatlichen Verfahren, Instrumenten und Prinzipien entwickelt, die den Föderalismus effektivieren und auch heute lebendig halten. Sogar die Nationalitätenkonflikte in der UdSSR könnten vielleicht mit Hilfe von föderalen oder konföderalen Strukturen entschärft werden. Der Schweizer Erfahrungsschatz ist diesbezüglich groß. Er hat schon 1949 das deutsche Grundgesetz bereichert, zuvor die bayerische Verfassung von 1946 (dank *Hans Nawiasky*).

Über das Subsidiaritätsprinzip dem Föderalismus benachbart ist der *Regionalismus*¹². Mag er sich als »Vorform« der Bundesstaatlichkeit erweisen (wie vielleicht in Spanien), mag er grenzüberschreitend uralte kulturelle Zusammenhänge (wie jüngst in Österreich / Ungarn / ČSFR / Venetien) wieder aufleben lassen, mag er Einheitsstaaten (wie soeben Italien und jüngst Frankreich) aufzulockern suchen, mag er als »Arge Alp« Teile der Schweiz mit solchen Österreichs, Italiens und der Bundesrepublik verbinden, so wie die »Regio Basiliensis« im Südwesten Brücken schlägt: Der Regionalismus bildet zusammen mit dem Föderalismus und der kommunalen Selbstverwaltung eine spezifische Freiheitsgarantie. 1989 hat die Konferenz Europa der Regionen eine Entschließung vorgelegt mit Sätzen wie »Europas Reichtum ist die Vielfalt seiner Völker und Volksgruppen, seiner Kulturen und Sprachen, Nationen, Geschichte und Traditionen, Länder, Regionen und autonomen Gemeinschaften«, »Subsidiarität und Föderalismus müssen die Architekturprinzipien Europas sein«¹³. Wenige Länder haben diesen Text durch ihre Verfassungsgeschichte so illustriert wie eben die Schweiz!

3. Ein *dritter* Bereich, in dem die Schweiz in und für Europa Vorbildliches geleistet hat, ist ihre hochstehende Grundrechtskultur. Von der Schweizer Staatsrechtslehre in den Arbeiten von *J. P. Müller*, *P. Saladin u. a.* vorbereitet¹⁴, vom Schweizer Bundesgericht präto-

12 Zum Regionalismus etwa: F. Esterbauer (Hrsg.), *Regionalismus-Phänomen, Planungsmittel – Herausforderung für Europa*, 1978; *P. Pernthaler / I. Kathrein / K. Weber*, *Der Föderalismus im Alpenraum*, 1982; *H. R. Klecatsky / B. Lutz*, *Chronik einer transnationalen europäischen Alpenregion*, FS G. Héraud, 1989, S. 202 ff.; F. Ossenbühl (Hrsg.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990; *P. Häberle*, *Föderalismus, Regionalismus, Kleinstaaten – in Europa*, in: *Die Verwaltung* 25 (1992), S. 1 ff. – hier Nr. 8.

13 Dazu *F.-L. Knemeyer*, *Subsidiarität – Föderalismus – Dezentralisation*, ZRP 1990, S. 173 f.

14 *J. P. Müller*, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2. Aufl. 1982; *ders.*, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982; *P. Saladin*, Grund-

risch in großen Leitentscheidungen ausgebaut, bildete sie ein Reservoir für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg. Die deutsche Staatsrechtslehre verdankt ihr etwa bei der Dogmatik des Gleichheitssatzes viel¹⁵, selbst die österreichische. Wenn die osteuropäischen Länder heute neue Grundrechtskataloge entwerfen, so bietet sich die Schweiz als erstrangiges Vergleichsmaterial in Sachen geschriebene und ungeschriebene Grundrechte an. Das europäische Grundrechts-Recht¹⁶, wie es sich am Horizont abzuzeichnen beginnt und als »allgemeine Rechtsgrundsätze«, die allen europäischen Staaten gemeinsam sind, präsent ist, lebt seit Jahrzehnten aus spezifischen Beiträgen der Schweiz: auf dem Weg zu »Gemeineuropäischem Verfassungsrecht«.

4. *Viertens*: Speziell die *Sprachenfreiheit*¹⁷ wird in keinem europäischen Land so konsequent gelebt und juristisch ausgebaut wie in der Schweiz. Als ein Stück Minderheitenschutz und als kulturelles Gruppenrecht könnte die Sprachenfreiheit der Schweiz sogar zu ihrem verfassungspolitischen Export-Artikel Nr. 1 werden: Bedarfsländer und Defizitbereiche gibt es in Europa mehr als genug. Man denke an die Sprachprobleme im Elsaß, in Teilen Rumäniens (ungarische Minderheit), in Polen bzw. Schlesien, künftig in den drei Baltenländern (russische Minderheiten)¹⁸. In Gestalt der Sprachenfreiheit hat die Schweiz auf einem speziellen Gebiet mit der *Toleranz als Verfassungsprinzip* vorbildlich ernst gemacht: Gehört diese auch sonst zur politischen Kultur des Landes (»Konkordanzdemokratie«, Ausschluß des Arbeitskampfes, Tradition der Konfliktvermittlung

rechte im Wandel, 3. Aufl. 1982; J. P. Müller, Die Grundrechte der schweizerischen BV, 1991.

15 Dazu K. Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 109 (1984), S. 174 (177 ff.).

16 Zum europäischen Grundrechts-Recht: P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 408 ff. Auch H. Steiger, VVDStRL 46 (1988), S. 166 (Diskussion) spricht jetzt von der »Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechts der Grundrechte«. Zum »gemeineuropäischen Verfassungsrecht« mein gleichnamiger Beitrag in EuGRZ 1991, S. 261 ff. sowie NZZ v. 7./8. 12. 1991, S. 25 – hier Nr. 2.

17 Dazu aus der Lit.: U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 384 ff.; Y. Hangartner, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts, Bd. II Grundrechte, 1982, S. 107 ff.

18 Zu all dem mein Beitrag: Sprachen-Artikel und Sprachenprobleme in westlichen Verfassungsstaaten – eine vergleichende Textstufenanalyse, FS Pedrazzini, 1990, S. 105 ff.

im internationalen Feld: Genf!): hier ist sie besonders greifbar und unmittelbar exportfähig.

5. *Fünftens* verdient die hochstehende *Privatrechtskultur* der Schweiz, auf der Basis des einzigartigen *Zivilgesetzbuches* von 1912 von *Eugen Huber*, das seinerseits im Gespräch mit der gemeineuropäischen *Privatrechtstradition* gereift ist, auch seitens der *Verfassungslehre* Hervorhebung. Denn die öffentliche und politische Freiheit eines Verfassungsstaates ist ohne die *private* Freiheit des Zivilrechts undenkbar. Am Negativbeispiel der sozialistischen Staaten und ihrer systematischen Zerstörung von Privatheit, Privatrecht und Prinzipien wie *Treu und Glauben* oder *Privatautonomie* wurde dies allzu deutlich vorgeführt. Es geht dabei nur um wirtschaftliche Freiheit, so wichtig sie als Element der »sozialen Marktwirtschaft« ist, die sich ihrerseits neben den Grundrechten und der Demokratie heute immer deutlicher zum *universalen* Menschheits- und Verfassungsprinzip entwickelt¹⁹. Die Verfassung der Freiheit hat im Privatrecht ein klassisches Fundament; die Schweiz arbeitet daran mit immer neuen Verfeinerungen in Rechtsprechung und Wissenschaft. Die europäische *Privatrechtsvergleichung* wäre ohne die Vorarbeiten und das Zuarbeiten der Schweiz wesentlich ärmer.

6. Die *Totalrevision der Kantonsverfassungen*, seit 1965 in Unterwalden²⁰ in Gang gesetzt und über eine Vielzahl neuer Kantonsverfassungen in fast idealem Wettbewerb in Gang gehalten (Jura: 1977, Aargau: 1980, Basel-Land und Uri: 1984, Solothurn: 1985, Thurgau: 1987, jüngst in Arbeit: Tessin²¹, Bern und jetzt Appenzell-Außer rhoden), verdienen – *sechstens* – besonders das Prädikat »*Werkstatt Schweiz*«. Hier wurde ein Stück unvergleichlicher Verfassungspolitik in und für Europa geleistet. Alle Teilgebiete einer modernen Verfassung von den Präambeln über die Grundrechte, Staatsaufgaben, Demokratieformen und Kompetenzregelungen bis zum »techni-

19 Zur sozialen Marktwirtschaft in diesem Kontext mein St. Galler Vortrag *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa*, 1990 (auch in FS Kitagawa, 1992, S. 129 ff.).

20 Zu diesen Produktions- und Rezeptionsprozessen oben Anm. 5 und *P. Häberle*, *Ausstrahlungswirkungen des deutschen GG auf die Schweiz: ein Beispiel für weltweite Prozesse der Produktion und Rezeption in Sachen Verfassungsstaat*, in U. Battis / D. Tsatsos (Hrsg.), 1990, S. 17 ff. und S. 251 f., 259 f. (Diskussion).

21 Dazu: *Costituzione in cammino, Aspetti del progetto di rivisione totale della Costituzione ticinese*, 1989; *Costituzione Ticinese, Progetto di Rivisione Totale*, 1986; M. Borghi (Hrsg.), *Costituzione e diritti sociali*, 1990.

schen« Finanz- und Steuerrecht sowie dem Staatskirchenrecht sind hier variantenreich zu beispielhaften Textformen auskristallisiert²². Was die deutschsprachige Staatsrechtswissenschaft, die Praxis der Verfassungsgerichte, die europäischen Gerichtshöfe, etwa in Sachen Grundrechte und Demokratie, Kultur-, Wirtschafts- und Finanzverfassungsrecht, seit Jahrzehnten diskutieren, ist hier auf Textebene verdichtet worden, so daß zum Teil neue Entwicklungsstufen des Verfassungsstaates entstanden sind. Schon jetzt kann prognostiziert werden, daß diese gemeinschweizer »Produktions«-Vorgänge zu – aktiven – Rezeptionen in Osteuropa führen: Die einzelnen Länder dort werden je nach ihren spezifischen Traditionen und Mentalitäten das Textmaterial aus der »Werkstatt Schweiz« verarbeiten. Die Verfassungsentwürfe des Bürgerforums der ČSFR (1990), die Verfassungsänderungen in Ungarn auf der Basis der wiederhergestellten Verfassung von 1949/89²³ und die Debatten in Polen heute (Verfassungsentwurf Sejm von 1991) bezeugen es.

7. Die *Schweizer Staatsrechtslehre* und ihre langjährigen Beiträge auf gemeineuropäischem Niveau sind ein *siebter* Aktivposten. Zuvörderst ist es die Beratertätigkeit einzelner angesehener Gelehrter bei neuen Verfassungen bzw. Entwürfen, die in der Wissenschaftlergemeinschaft ganz Europas ausstrahlen: einzelne Kantonsverfassungen gehen auf wesentliche Vorarbeiten führender Schweizer zurück (z. B. Aargau auf *K. Eichenberger*²⁴, Basel-Landschaft auf *R. Rhinow*, Glarus auf *J. Schweizer*), der *Furgler*-Entwurf von 1977 verdankt sich u. a. einem *P. Saladin*, *L. Wildhaber*, und der Privatentwurf *Kölz / Müller* von 1984²⁵ (2. Aufl. 1990) hat innerschweizerisch wie europaweit Beachtung gefunden. Der viel zitierte Schweizer Pragmatismus in der Staatslehre, die »Tendenz zum Ausgleich und zur Mitte« (*D. Schindler*)²⁶ hat sich in seiner Kunst der Verfassungs-

22 Einzelnachweise in meinem Beitrag (Anm. 5), in JöR 34 (1985), S. 303 ff.

23 Dazu die Dokumentation in JöR 39 (1990), S. 258 ff.

24 Vgl. *K. Eichenberger*, Verfassung des Kantons Aargau, Kommentar, 1986 (dazu mein Besprechungsaufsatz: Landesverfassungsrechtliche Wachstumsprozesse im Spiegel der Literaturgattungen, DÖV 1987, S. 769 ff.).

25 Abgedruckt in JöR 34 (1985), S. 551 ff.

26 *D. Schindler*, Die Staatslehre in der Schweiz, JöR 25 (1976), S. 225 ff. – Ein bestes Stück Selbstdarstellung der Schweizer Staatsrechtslehre vermittelt jetzt der Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von J.-F. Aubert / *K. Eichenberger*, J.-P. Müller / *R. A. Rhinow* / *D. Schindler*, seit 1987 (dazu mein Besprechungsaufsatz: Kommentierung statt Verfassunggebung?, DVBl. 1988, S. 262 ff.);

erneuerung bewährt, wie er in Europa derzeit ohne Beispiel ist. Wenn sich heute etwa in Österreich einzelne Länder verfassungstextlich reformieren (so z. B. Tirol in seiner neuen Präambel, 1980, oder Vorarlberg), so greifen auch sie auf Schweizer Vorgaben zurück. Die Kunst der Rechtsvergleichung, z. B. im Föderalismus-Institut in Freiburg (*T. Fleiner*) und in Lausanne gepflegt, verbindet sich mit dem Erfahrungsvorsprung der älteren Schweizer Privatrechtsverglei-
chung seit *E. Huber* und *A. v. Thur*: beides kann im größeren Europa der Zukunft Vorbild sein.

III. Dieses größere Europa ist der Raum, in dessen verfassungspolitischen Produktions- und Rezeptionsprozessen die Schweiz jetzt und künftig selbstbewußter auftreten darf und sollte. Es ist das *Europa des Europarates* mit seinen »vier Pfeilern«: der europäischen Menschenrechtskonvention von 1950²⁷, dem Europäischen Kulturabkommen von 1954, der europäischen Sozialcharta von 1961 und der europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung von 1988²⁸. Diese Weitung des Blicks über die »zentralistische« EG hinaus sollte die Prozesse um die in der KSZE-Schlußakte von Helsinki, Charta von Kopenhagen und Paris, 1990 (bis hin zu Umweltschutz und Minderheitenschutz) künftig noch stärker mit einbeziehen. Hier werden die Horizonte und Konturen eines *Europas der Kultur*²⁹ sichtbar, an dessen Erbe die Schweiz von Anfang an aktiv Teil hat und an dessen künftiger Weiterentwicklung sie nicht zuletzt dank ihrer hohen Rechtskultur gestalterisch beteiligt sein kann. Europa kommt

eindrucksvoll auch *A. Riklin*, Verantwortung des Akademikers, 1987, oder als Beispiel hoher rechtswissenschaftlicher Kultur einzelner Rechtsfakultäten: Das Menschenbild im Recht – Festgabe zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, 1990.

- 27 Dazu *W. Kälin*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration, FS Schindler, 1989, S. 529 ff.; *K. W. Weidmann*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof, 1985.
- 28 Dazu *F.-L. Knemeyer* (Hrsg.), Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 1989.
- 29 Vgl. *P. Häberle*, Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive, JÖR 32 (1983), S. 9 ff.; *W. Fiedler*, Impulse der Europäischen Gemeinschaft im kulturellen Bereich – Rechtliche Grundlagen und politische Fortentwicklung, in: *S. Magiera* (Hrsg.), Das Europa der Bürger in einer Gemeinschaft ohne Binnengrenzen, 1990, S. 147 ff.; zur »Europäisierung der Rechtswissenschaft« jüngst *H. Coing*, NJW 1990, S. 937 ff.; s. auch *J. A. Frowein*, Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, in: FS für *W. Maihofer*, 1988, S. 149 ff.

sicher auch von der Wirtschaft her, aber letztlich kehrt es zu einer Kultur zurück, die – ohne Eurozentrismus sei dies gesagt – bei aller Vielfalt *universale* Modelle entwirft: Menschenrechte, Demokratie, soziale Marktwirtschaft. *A. Muschgs* Forderung³⁰, global zu denken, um Schweizerisch zu bleiben, *M. Gorbatschows* Vision von der Schaffung eines europäischen Rechtsraums gehören zusammen. Die Schweiz ist ein lebendiger Faktor inmitten des sich kulturell erneuernden Gesamteuropas. Sie hat ihm nicht nur wirtschaftliche Erfolge, sondern Geistiges zu bieten, vor allem eine blühende Verfassungsrechtskultur im Ganzen wie in einzelnen Werkstücken z. B. seines Föderalismus. Daran darf ein Zaungast wie der Verf. erinnern, davon kann sich jeder andere Gast überzeugen, davon wird Europa einschließlich seiner sich wirtschaftlich und kulturell regenerierenden Teile im Osten großen Nutzen haben. Die Satzung des Europarates von 1949³¹ ist auch ein »Glaubensbekenntnis« der und zur Schweiz: »In unerschütterlicher Verbundenheit mit den geistigen und sittlichen Werten, die das gemeinsame Erbe ihrer Völker sind und der persönlichen Freiheit, der politischen Freiheit und der Herrschaft des Rechts zugrundeliegen, auf denen jede wahre Demokratie beruht.«³²

30 *A. Muschg*, »Die Weltwoche« vom 17. 5. 1990, S. 1 f.

31 Abgedruckt in: F. Berber (Hrsg.), Völkerrecht, Dokumentensammlung, Bd. I, Friedensrecht, 1967, S. 357 ff.

32 Aus der anschwellenden (selbst-)kritischen Literatur zur Lage der Schweiz: *R. Dubs*, Gedanken über den Zustand der Schweiz, Aulavorträge St. Gallen, 52 (1990). – Jenseits aller tagespolitischen Irritationen bleibt der Band »Umgang mit der Schweiz, Nichtschweizer über die Schweiz und ihre Erfahrungen mit ihr«, hrsg. von C. Linsmayer, 1990, eine ermutigende Liebeserklärung an die Schweiz bzw. eine glückliche Sammlung von Klassikertexten.