

Rechtsvergleichung in der Hanse-Region

D. H. M. Meuwissen

I. Einleitung

Die rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bremen und Groningen sowie der Fachbereich Wirtschafts- und Rechtswissenschaften der (Carl von Ossietzky) Universität Oldenburg vereinbarten 1997, einen neuen juristischen Studiengang unter dem Namen *Hanse Law School (HLS)* auszuarbeiten. Ich möchte dieses Gemeinschaftsprojekt hier umreißen, indem ich erstens auf seinen Hintergrund und seine Geschichte eingehe und mich zweitens auf das Kernstück, die *HLS*-Methode, konzentriere.

II. Hintergrund, Geschichte und praktische Implikationen des neuen Studienganges

Die Idee der *HLS* erwuchs aus Erfahrungen, die ich in Kanada gesammelt hatte. In Quebec gelten bekanntlich zwei Rechtssysteme: das *Common Law* und der *Code Civil*, und die Universitäten bieten den Jurastudenten jeweils systembezogene Studiengänge an. Üblicherweise entscheiden die Studenten sich für eine der beiden Richtungen, doch besteht auch die Möglichkeit, einen integrierten Studiengang zu absolvieren, der die Studenten in einer etwas länger ausgelegten Regelstudienzeit auf einen *Effectus Civilis* in den beiden Rechtssystemen zugleich vorbereitet.¹ Inhaltlich geht es dabei nicht nur um einen Vergleich zwischen den Rechtssystemen, sondern um das integrierte Studium beider Systeme. Die Studenten lernen also von Anfang an zwei juristische Sprachen nebeneinander. In den USA gibt es insofern eine Parallele, als an mehreren *State Universities* nicht nur das Recht des betreffenden Bundesstaates, sondern auch das Recht anderer Bundesstaaten gelehrt wird, so dass der erworbene Titel als *Effectus Civilis* in verschiedenen Bundesstaaten gilt. Mir schien ein solches doppelgleisiges Jurastudium auch innerhalb der Europäischen Union von großem Nutzen. Denn auch hier haben wir die zwei großen Rechtstraditionen des *Common Law* und des *Civil Law* mit jeweils zahlreichen Varianten. Die rasch zunehmenden Kontakte zwischen Rechtssubjekten und Rechtsordnungen in der EU erfordern Kenntnisse auch des jeweils anderen Rechtssystems. Im künftigen Europa werden Juristen gebraucht, die nicht nur in ihrem eigenen System, sondern auch in anderen europäischen Rechtsordnungen zu Hause sind. Genau

1 Vgl. dazu den Beitrag von D. Jutras (in diesem Band, S. 75 ff.).

darauf zielt die *HLS* ab: Sie bietet einen neuen vierjährigen Studiengang, dessen Abschluss den *Effectus Civilis* oder einen andersartigen in verschiedenen EU-Staaten anerkannten *Effectus* verleiht.

Der Entwurf eines solchen europäischen rechtswissenschaftlichen Studiengangs basiert auf optimistischen Zukunftsperspektiven. Die *HLS* versteht sich als eine europäische Initiative im Rahmen der europäischen Integration, die mehr ist als das Ergebnis einer Kosten-Nutzenrechnung mit Hoffnung auf finanziellen Gewinn. Vielmehr müssen auch die Leitgedanken der europäischen Einigung (Frieden, Solidarität und Wohlstand) im Auge behalten werden. Ich bringe Kants Schrift *Zum Ewigen Frieden* in Erinnerung, dessen Kernthese lautet, die Menschen hätten eine moralische Verpflichtung, den Naturzustand zu verlassen, um einen allgemeinen Rechtszustand zu stiften. Eine allgemein geltende Rechtsordnung sei das einzige Mittel, den Frieden zwischen den Menschen und zwischen den Staaten dauerhaft zu gewährleisten. Auch die Staaten hätten die moralische Verpflichtung, den Naturzustand (Gewalt, Krieg) zu verlassen, eine universell geltende internationale Rechtsordnung zu stiften und auf diese Weise den Frieden zu sichern. Die *UNO* verwirklicht in diesem wichtigen Punkt in gewisser Hinsicht Kants Ideen, wie auch die Kommission, die 1995 Vorschläge zur Revision der *UNO*-Charta vorlegte, von Kant inspiriert war. Auch die europäische Integration hat insofern eine moralische Qualität, als sie *de facto* Kants moralische Aufforderung ausführt: Die Staaten Europas sind ein moralisches Engagement eingegangen, welches die Verpflichtung zur Stiftung einer wirksamen Rechtsordnung teils bereits erfüllt. Das hat Konsequenzen für Juristen in der Berufspraxis wie an der Universität. Sie müssen am Aufbau und weiteren Ausbau einer solchen Rechtsordnung im europäischen Kontext mitwirken. Wie Husserl sagte (und das darf man in Freiburg, wo Husserl ja lehrte, sicher betonen): die Philosophen sind *die Funktionäre der Menschheit*. Die Juristen sind, so könnte man sagen, *die Funktionäre des Friedens*.

Die auszubauende Rechtsordnung ist Teil der europäischen Kultur, auf der sie fußt. Wie aber lässt sich die Kultur des vielgestaltigen Europas kennzeichnen? Prägendes Merkmal und konstitutives Element der europäischen Kultur schlechthin ist die Freiheit, ein europäischer Begriff. Freiheit bildet die Grundlage des Rechts und des Staates. Sie ist von der europäischen Philosophie ‚entdeckt‘ worden. Zu nennen wären Locke, Rousseau, Kant, Hegel und natürlich auch Husserl. Freiheit ist vor allem in Europa verwirklicht worden, in Wissenschaft, Erfindungen, Technik usw. Auch düstere Seiten sind ausdrücklich als Merkmale der europäischen Kultur aufzuführen. Vor allem aber ist festzuhalten, dass die Freiheit in Europa zum ersten Mal in der Geschichte als Kriterium für die politische Praxis proklamiert und angewandt wurde. Hier ist auf die Französische Revolution und die *Déclaration des Droits de l'Homme* des Jahres 1789 zu verweisen und auf die weiteren Konkretisierungen in 1989. Diese politischen Ereignisse machen Philosophie praktisch relevant und können als unmittelbare Verwirklichung philosophischer Ideen gelten. Prinzipien wie Menschenrechte, Rechtsstaat, Demokratie bilden die Grundlage für unsere gemeinsame Arbeit am Recht und prägen auch den In-

halt der Lehre und Forschung der *HLS*. Wie Jürgen Mittelstrass ausführte², soll das Jurastudium seinen wissenschaftlichen Charakter (wie einst im humboldtschen Ideal verkörpert) wiedergewinnen. Die *HLS* setzt sich folglich hohe Maßstäbe.

Das *HLS*-Projekt beinhaltet, wie gesagt, die Entwicklung einer strukturellen Zusammenarbeit zu einem gemeinsamen rechtswissenschaftlichen Studiengang in Bremen, Groningen und Oldenburg. Der Abschluss dieses niederländisch-deutschen Studienganges soll in beiden Ländern den *Effectus Civilis* verleihen. 1999 lagen fünf Kursentwürfe zur Diskussion vor. Neben regulären Lehrveranstaltungen sind in der *HLS* auch Tagungen vorgesehen. Diese sollen dazu dienen, den inhaltlichen Zusammenhang innerhalb und zwischen den verschiedenen Teildisziplinen zu fördern und Kontakte mit künftigen Partnern der *HLS* zu knüpfen.³ Das Recht der EU kann als ein reflexiv zu entwickelndes europäisches Rechtssystem betrachtet werden, auf das auch die nationalen Rechtsordnungen Einfluss ausüben. Es geht um neues europäisches Recht, das nicht nur Vorstellungen aufnimmt, die bereits im Rahmen der EU entstanden sind, sondern auch auf neue Konzepte abzielt, die als *'Ius Europaeum Commune'* bezeichnet werden.⁴ Dieses Recht entwickelt sich in einem zeitlich langgestreckten Prozess. Auch die *HLS* will dazu beitragen. Überdies richten wir unsere Aufmerksamkeit auf die Rechtssoziologie und weitere empirische Forschungsrichtungen. Denn die verschiedenen Rechtskonzepte und Rechtsinstitute haben nicht nur eine theoretische Struktur, sondern fungieren in einem konkreten sozialen Umfeld. Wenn es also irgendwo Anlass zu rechtssoziologischer Forschung gibt, dann wohl hier. Es reicht nicht aus, die theoretischen Implikationen einer positiv-rechtlichen Regelung im niederländischen oder deutschen Recht zu untersuchen, sondern wir müssen auch sehen, wie dieses Recht in den beiden Rechtsordnungen tatsächlich funktioniert.⁵ So können wir die juristische Lebenswelt (wieder ein von Husserl geprägter Begriff) adäquat einbeziehen.

Innerhalb des heutigen Jurastudiums hat der Rechtsvergleich durchaus schon einen Platz, doch reicht die bisher erworbene Expertise nicht aus, um die von uns bezweckte Ausbildung verwirklichen zu können. Denn unser Ziel ist es, die Inhalte der unterschiedlichen Rechtsordnungen in der Lehre nicht nebeneinander stehen bleiben zu lassen, sondern ineinander übergehend, also integriert zu vermitteln. Dieses Ziel lässt sich erreichen, wenn bei jedem Rechtskonzept die Grundsätze an seiner Basis aufgespürt werden. Die Fundierung und das theoretische Durchdenken eben dieser Grundsätze bildet den Kern der *HLS*-Methode. In diesem Zugriff wird das positive Recht auf Grund dieses Durchdenkens präsentiert, wobei auch wichtige methodische Fragen der Rechtsvergleichung zu reflektieren sind. Hierin stimmen wir grundsätzlich Pierre Legrands

2 J. Mittelstrass, *Die zeitgemäße Universität*, Frankfurt/M. 1994.

3 Wir unterhalten Kontakte zu dem University College London (Faculty of Laws) und den Jurafakultäten von Paris II, Edinburgh und Lund.

4 Das *ius commune* ist in Europa seit dem Mittelalter bekannt.

5 Allerdings auf eine andere Weise als insbes. von Kötz beabsichtigt. Vgl. H. Kötz, *Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik*, *RabelsZ* 54 (1990), 203.

Plädoyer für eine grundlegende und theoretische Herangehensweise in der Rechtsvergleichung zu.⁶

III. Methodologische Überlegungen

1. Theoretische Vorbemerkungen

Bevor weiter unten die spezifische HLS-Methode erläutert wird, sind zwei theoretische Vorbemerkungen nötig. Die erste betrifft die Naturrechtstradition und die zweite die Hermeneutik. Messner⁷ schreibt, das Naturrecht sei eigentlich die Mutter der Rechtsvergleichung, denn in dieser Tradition gebe es ein explizites gemeinsames Forum, innerhalb dessen ein Vergleich zwischen verschiedenen Rechtssystemen erst möglich und sinnvoll sei. Da sich jeder Vergleich eines Rechtsinstituts oder einer Rechtsregel auf die Variation eines gemeinsamen Themas bezieht, muss es ein gemeinsames Kriterium geben, mit dessen Hilfe man überhaupt zum Vergleich in der Lage ist. Dieses Kriterium muss für beide *Comparanda* gelten, andernfalls wäre der Vergleich nicht möglich, würde nicht akzeptiert oder hätte keinen Effekt. Dieses gemeinsame Kriterium wurde damals im Naturrecht zum Ausdruck gebracht, und das positive Recht wurde als eine zeitlich und räumlich variable Ausarbeitung und Verwirklichung des Naturrechts betrachtet. Bei den verschiedenen Varianten des Naturrechts waren die folglich unterschiedlichen Inhalte von der jeweiligen Naturrechtstradition abhängig. Zum Vergleich konnte man sich an inhaltlich feststehenden *Communia* orientieren. Damit haben wir den Übergang zur viel jüngeren hermeneutischen Tradition vollzogen. In der hermeneutischen Perspektive wird die Gegebenheit, deren Bedeutung erlesen werden soll, in einen breiteren Kontext gestellt.⁸ Dieser Kontext, der einen ausgeprägt geschichtlichen Charakter hat, kann als *Lebenswelt* bezeichnet werden (Husserl, Habermas). Das gemeinsam akzeptierte Naturrecht ist ein Beispiel einer solchen Lebensform. Mooij diskutiert diesen hermeneutischen Ansatz in einem Rahmen, der auch für uns interessant ist. Es handelt sich um die Analyse zweier wissenschaftlicher Ansätze, nämlich der empirischen und der hermeneutischen Methoden. Diese zwei Zugriffe auf ein Problem sind auch für das Recht und die Rechtsvergleichung wichtig. Die empirische Tradition ist weitgehend positivistisch geprägt, weil sie bei dem stehen bleibt, was ohnehin als Recht gegeben zu sein scheint. Dabei geht es um positives Recht, wie es in der positivistischen Tradition

6 Pierre Legrand, *Le Droit Comparé*, Paris 1999. Diesem schmalen Band messe ich große Bedeutung zu, denn er durchbricht die traditionellen juristischen Auffassungen über Rechtsvergleichung – zu Recht – radikal.

7 Johannes Messner, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 7. Aufl. Berlin 1984, S. 165.

8 Vgl. Antoine Mooij, *Psychiatrie, recht en de menselijke maat*, Amsterdam 1998, 20; Gadamer, 'Hermeneutik', in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Band 3, Darmstadt 1974.

(Hart und Kelsen) verstanden wird. Die Rechtsregeln werden hier entweder als die *union of primary and secondary rules* (Hart) oder als Glieder eines auf einer Grundnorm aufgebauten Rechtssystems (Kelsen) aufgefasst. Rechtsprinzipien oder gar die Rechtsprechung spielen hingegen kaum eine Rolle. Die Gegebenheiten werden ziemlich formell umschrieben, und die Auslegung stützt sich auf kein Fundament aus bestimmten transzendierenden oder zu Grunde liegenden Prinzipien (oder Grundsätzen) oder gar weiteren kulturellen Bausteinen. In der amerikanischen Literatur wird ein positivistisch geprägter Rechtsvergleich als *Rule comparison* bezeichnet. Ein positivistischer Zugriff fügt sich nicht in eine dialektische Rechtslehre wie sie etwa von Dietrich Schindler⁹ entwickelt worden ist.

Ein positivistisches Rechtsverständnis ist insofern reduktiv, als es – wie Kelsen (*Reine Rechtslehre*) ausführt – dem Recht alles nimmt, was es der Mühe der wissenschaftlichen Erforschung Wert macht. Diesem Rechtsverständnis ist kaum an Rechtsdogmatik oder gar Rechtsvergleichung gelegen. Prinzipien (oder Grundsätze) wie auch kulturelle Komponenten bleiben vielmehr ausgeblendet. Ein Rechtsvergleich in positivistischem Zugriff lieferte lediglich die Feststellung, dass ein bestimmtes Rechtsinstitut in Deutschland anders geregelt ist als in den Niederlanden. Den Unterschied könnte man natürlich entweder mit dem trivialen Hinweis auf andere gesellschaftliche Umstände und Traditionen oder mit Hilfe hypothetisch aufgestellter Gesetzmäßigkeiten zu erklären suchen. Letzteres ist das Anliegen der empirischen Rechtssoziologie. Sehr weit tragen derartige Versuche hingegen nicht, weil das *Explicandum* (oder *Explicatum*) eine einfache Tatsache bleibt: "A ist erklärbar, weil a gilt, und B zeigt sich als etwas Verschiedenes, weil der Faktor b angenommen werden kann, und darum ist die Situation hier anders als im Fall A." Eine solche sicherlich nicht unwichtige Schlussfolgerung kann sehr wohl als erster Schritt auf dem Weg zu einem besseren Verständnis dienen. Aber in dem Maße, wie der Vergleich vorwiegend an Tatsachen verhaftet bleibt, impliziert er eine Reduktion der vollen Rechtswirklichkeit. Diese Rechtswirklichkeit besteht eben nicht nur aus Fakten, vielmehr gehören auch Möglichkeiten und implizierte normative Elemente dazu. Darum glaube ich, dass ein empirischer Ansatz nicht reicht, und dass uns eher die Hermeneutik weiterhelfen kann.

Ein wichtiger Punkt ist zweifellos, dass das juristische Denken sowohl in Deutschland als auch in Niederlanden implizit Kategorien anwendet, die der Philosophie – und nach Carl Schmitt sogar der Theologie – entstammen. Im allgemeinen kann man sagen, dass die westlichen Rechtssysteme von kantischem Denken geprägt sind, auch wenn man sich dessen nicht immer bewusst ist. Die Kategorie des Gesetzes z. B. ist von dem kantischen kategorischen Imperativ abgeleitet, obwohl die *Volonté générale* Rousseaus auch eine gewisse Rolle gespielt hat. Der Mensch als *Zweck an sich*, dem unbedingte Achtung gebührt, wird namentlich im deutschen Grundgesetz aufgeführt, und die Grundrechte geben diesem prinzipiellen Leitfadeneine weitere positiv-rechtliche Gestaltung. Um auf Unterschiede z. B. zwischen dem deutschen und dem niederländischen Recht abzuheben, reicht es in den Niederlanden meistens, zu erläutern, was sich *prima*

9 Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und Soziale Struktur*, Zürich 1970.

facie ergibt und anschließend die zwei Rechtssysteme in einer Art von *Rule comparison* zu vergleichen. Der Vergleich wird als eine technische Frage betrachtet, die nicht eingehender behandelt zu werden braucht. Ob in dieser Vereinfachung der von uns gewünschte Rechtsvergleich geleistet werden kann, ist zu bezweifeln, denn meinem Eindruck nach werden dabei wesentliche Probleme ausgeblendet. Bei einer angemessenen Rechtsvergleichung geht es nicht lediglich darum, zwei Rechtssysteme oder zwei Rechtsregelungen vergleichend nebeneinander zu stellen – das ist ziemlich einfach und geschieht in Form eines *Rule comparison* schon lange –, vielmehr muss man einen Schritt weiter gehen und untersuchen, wie die festgestellten Unterschiede zu verstehen sind. Das positive Recht kann niemals losgelöst für sich begriffen werden, es ist immer das Resultat eines politischen Prozesses und reflektiert des weiteren eine konkrete Kultur oder eine historisch bestimmte Sprachgemeinschaft¹⁰ Recht ist immer ein Politikum und ein Ethikum dazu. Mir scheint, dass dies von Rechtsvergleichern nicht immer ernst genommen wird. Die Einsicht, dass Recht ein Kulturprodukt ist, hat weitgehende Implikationen und Folgen für die rechtsvergleichende Arbeit. Sie muss sich mit kulturellen Fragen und Themen befassen, welche für ein angemessenes Verständnis der beiden Rechtssysteme unerlässlich sind.

Zwei Beispiele sollen die nötige Einbeziehung kultureller Inhalte verdeutlichen. Das erste geht einem unterschiedlichen juristischen Sprachgebrauch nach. Auf Deutsch sagt man, ein Gesetz oder eine andere hoheitliche Anordnung erteile einen *Befehl*, einen *Gesetzesbefehl*. Dieses Wort reflektiert ein hoheitliches Denken, das in dieser Form in den Niederlanden nicht besteht. Hier spricht man von *Normen* oder *Rechtsnormen*, niemals jedoch von einem *Bevel* des Gesetzgebers. Ganz im Sinne des Poldermodells werden hier *samen enkele regels afgesproken* (zusammen Regeln aufgestellt). Eine solche *Regelgeving* deutet nicht auf eine hoheitliche Auffassung der Gesetzgebung, sondern eher auf ein (mehr oder weniger unbewusstes) demokratisches Verständnis dieses Prozesses hin. Das zweite Beispiel greift die Diskussionen und Überlegungen zu einer Gesetzesvorlage auf. Im Bundestag ist es üblich, einen Gesetzentwurf sofort gründlich auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Dass die Verfassungsmäßigkeit der zu verabschiedenden Maßnahmen im Bundestag häufig erörtert wird, ist angesichts der zentralen Stellung des Bundesverfassungsgerichts im deutschen Staatsrecht durchaus verständlich. Eine Reihe einschlägiger Entscheidungen des BVerfG wird von Juristen (die übrigens im Bundestag stark repräsentiert sind) gern zitiert und angewandt. In den Niederlanden dagegen (in deren *Tweede Kamer* kaum Juristen sitzen) gilt der Art. 120 *Grondwet*, der das Prüfungsrecht (eines Gerichts) eindeutig ausschließt. Diese Bestimmung stammt aus einem ganz anderen Gedankengut als der deutschen Tradition. Die deutsche Verfassung von 1949 wurde zum Teil auch vom amerikanischen Beispiel beeinflusst. Dem BVerfG ist mit einer Fülle von Kompetenzen der Status eines Verfassungsorgans beigelegt. In Amerika ist das System des *judicial review* beim *Supreme Court* konzentriert, wenn er auch – anders als das BVerfG – über die Funktion des *Constitutional Court* hinausgehende allgemeine Kompetenzen hat. Die Übereinstimmungen zwischen dem deutschen und dem amerikanischen System sind verständlich,

10 Vgl. auch Legrand (Fn. 6).

weil es sich bei beiden um Bundesstaaten handelt. Anders ist die Verfassung der Niederlande. Hier hält man an der Forderung Rousseaus fest, dass eine demokratisch gewählte und legitimierte Volksvertretung das letzte Wort haben müsse und nicht einer Gerichtsentscheidung weichen dürfe, die von nicht direkt gewählten Richtern gefasst wurde.¹¹ In der *Tweede Kamer* ist es darum nicht üblich, unmittelbar die Verfassungswidrigkeit oder Völkerrechtswidrigkeit der Gesetzesvorlagen zu diskutieren (obwohl die niederländische Verfassung schon seit 1953 sehr vertragsfreundlich ist und den völkerrechtlichen Abkommen in vielen Fällen sogar den Vorrang über abweichendes – und späteres – nationales Recht einräumt). Das deutsche System scheint besonders gut der in der deutschen Rechtskultur allgemein bestehenden Neigung zum Herrschaftsdenken zu entsprechen. Legrand sagt zu Recht: *La comparaison des droits sera culturelle ou ne sera pas*.¹²

2. Die fünf Schritte der Hanse-Law-School-Methode

Die Methode, mit der wir in der Lehre und Forschung in der HLS vorgehen wollen, besteht aus fünf Schritten, die jetzt kurz dargestellt werden.

a) Erster Schritt

Im *ersten Schritt* wird eine konkrete Beschreibung des positiv-rechtlichen Inhalts eines Rechtsbegriffs, einer Rechtsfigur oder eines Rechtsinstituts gegeben, und zwar im deutschen und im niederländischen Recht sowie zum Teil auch im *Common Law*. Da die positiv-rechtlichen Regelungen, z. B. eines Kaufs, in traditionellem Vergleich nebeneinander präsentiert werden, scheint dieser erste Schritt einfach und unproblematisch zu sein. Doch setzt tatsächlich schon die bloße Beschreibung des fremden Rechts die Beantwortung vieler Fragen voraus, z. B.: Wo findet man das relevante Recht? Wie muss es ausgelegt und verstanden werden? Welche Beziehungen hat dieses Recht zu den implizierten kulturellen, politischen und philosophischen Voraussetzungen? Der einfache Vergleich von Rechtsregeln ist ziemlich naiv und darf nur als ein bescheidener Anfang der Arbeit betrachtet werden. Was *prima facie* oder vernünftigerweise – bei der Lektüre der einschlägigen Handbücher oder Lehrbücher – als geltendes Recht aufzufassen ist, bildet lediglich den Einstieg in den Rechtsvergleich. Hier wird also eine Art von *Acte clair*, wie sie aus dem internationalen und europäischen Recht bekannt ist, durchgeführt. Fragen der Auslegung werden noch nicht explizit gestellt, obwohl sie *de facto* oder *by implication* natürlich eine sogar entscheidende Rolle spielen. Als weiteres Problem erweist sich, dass ein nicht nur im Äußeren verharrender Vergleich nur möglich ist, wenn es auch einen gemeinsamen Maßstab gibt. Ohne eine gemeinsame Grundlage lässt sich kein fruchtbarer Vergleich zwischen zwei Rechtssystemen ziehen.

11 Noch zu viele Juristen gehen naiv davon aus, dass Demokratie und direkte Wahlen gleichgestellt werden sollten. Die *trias politica* ist gerade ein demokratisches Prinzip, das die Unabhängigkeit der Richter beinhaltet.

12 Legrand (Fn. 6), S. 119.

Wie gesagt, betrachtet Messner das Naturrecht als die Mutter der Rechtsvergleichung. Das Naturrecht liege jedem Rechtssystem zu Grunde, folglich könne man das positive Recht jeweils als eine Variation über das gemeinsame naturrechtliche Thema auffassen. Wenngleich dieser Zugriff wohl nicht mehr unseren Vorstellungen entspricht, so bleibt die zu Grunde liegende Frage relevant: Was ist die gemeinsame Grundlage der verschiedenen europäischen Rechtsordnungen? Legrand sieht dieses Problem wohl anders, wenn er fordert, der Rechtsvergleich in der EU müsse vor allem auf den Unterschied (*la différence*) zwischen den verschiedenen Rechtssystemen abheben. Das gelte besonders für den wichtigen Unterschied zwischen dem romanischen *Civil Law* und dem *Common Law*. Wer die Vereinheitlichung und Integration zwischen beiden Traditionen zu stark betone, leiste dem romanischen und vor allem französischen Rationalismus Vorschub und vernachlässige die Eigenheit des *Common law*. Für das *Common law* spiele die Rechtsintegration (*unification du droit*) kaum eine Rolle. Eine solche Integration solle man in Europa nicht zu erreichen suchen. Ich halte diese Bemerkungen für so wichtig, dass sie auch in der *HLS* weiter reflektiert werden müssen. Zu fragen bleibt, ob Legrand diesen beiden Traditionen eine gemeinsame Grundlage überhaupt abspricht. Er selbst ist sich darüber nicht im Klaren. Sein Zugriff ist stark von der postmodernen französischen Philosophie beeinflusst, und diese schließt eine unbefangene Sicht auf andere philosophische Traditionen anscheinend aus. Wenn ich mich nicht irre, kommen in Legrands Buch die Namen Kant und Hegel überhaupt nicht vor, und damit ist eine wichtige europäische Denktradition mit großen Einwirkungen auf unsere geläufigen Rechtsauffassungen ausgeklammert. Einige kurze rechtsphilosophische Anmerkungen erweisen sich an dieser Stelle als unerlässlich.

Als Teil der Philosophie ist die Rechtsphilosophie weitgehend von der jeweiligen Orientierung der Philosophie abhängig. Jede große Philosophie umfasst auch eine Rechts- und Staatsphilosophie, und es ist tatsächlich nicht möglich, diese Disziplinen ohne ihre philosophische Grundlage zu studieren. Ohne eine eingehende Darstellung nenne ich die vier wichtigsten Strömungen, die für die Rechtsvergleichung von Bedeutung sind: Naturrecht (Aristoteles, Thomas Aquinas), Idealismus oder Freiheitsphilosophie (Kant, Hegel), Phänomenologie (Husserl, Scheler, Reinach) und Positivismus (Popper, Albert). Wer sich nicht implizit dem Positivismus anschließt, muss sich zu einer anderen Richtung bekennen. Das klassische Naturrecht nimmt innerhalb der konkreten Wirklichkeit ein Prinzip (*morphe, forma*) an, das die weitere Entwicklung und den Ausbau der konkreten Wirklichkeit richtungweisend gestaltet. Die Natur wird entwicklungs-dynamisch verstanden. Aus dieser Sicht gelten in der deutschen wie der niederländischen Rechtsordnung gewisse naturrechtlich inspirierte Prinzipien (Messner, Utz). Wenngleich wir das Naturrecht in dieser Form nicht mehr akzeptieren, kommt dem Begriff 'Prinzip' doch große Bedeutung zu. Das wird vom Positivismus (Kelsen, Hart) verkannt, aber von der Freiheitsphilosophie (Kant, Hegel) gerade hervorgehoben. Ohne hier auf die Rechtsphilosophie Kants und Hegels einzugehen, ist zu betonen, dass vor allem Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* für die Rechtsvergleichung wichtig sind. Legrand erwähnt diese Tradition der Prinzipien gar nicht, und damit bleiben seine Ausführungen über die Differenz der Rechtssysteme im luftleeren Raum. Kötz dagegen verharret ganz im Rahmen des Positivismus, wenn er schreibt, dass die Rechtsdogmatik ohnehin nur eine dienende Funktion ausüben habe und gleichsam die

Gerechtigkeit operational mache (J. Esser).¹³ Bei einem Rechtsvergleich komme es darauf an, erst die Funktion des Rechts und die Rechtsfiguren oder Rechtsinstitute zu untersuchen, um dann zu begreifen, welche Probleme gelöst und welche Interessen gewahrt werden müssten. Die Problematik müsse in ihrer tatsächlichen Dimension artikuliert werden, und an zweiter Stelle erst sei es möglich, die Lösungen innerhalb der verschiedenen Rechtsordnungen zu verstehen und zu erarbeiten. In manchen technischen Rechtsgebieten mag das so sein, aber im Allgemeinen lässt sich dies meiner Meinung nach nicht so sagen. Die Artikulation des Problems oder der tatsächlichen Konstellation und die Formulierung der relevanten Interessen sind nicht nur nicht wertfrei, sondern vor allem nicht rechtsfrei. Vielmehr wendet schon die Artikulation (oder Formulierung) Denk- und Rechtskategorien an, die unvermeidlich der einen oder anderen Rechtsordnung entnommen sind und, wie Legrand zu Recht ausführt, schon dadurch von einer bestimmten Rechtskultur gefärbt sind. In diesem Umfeld gibt es keine Tatsachen, Interessen oder Probleme, ohne dass unbewusst schon bestimmte Rechtskategorien mitgedacht oder angewandt werden. Eine bestimmte Rechtsdogmatik ist folglich immer schon impliziert, und der Pragmatismus lehrt uns nur, dass wir diese Dogmatik nicht 'dogmatisch' anwenden dürfen. Es gibt kein Recht ohne Rechtsdogmatik und ohne Rechtskultur, und es gibt keine Rechtskultur ohne Kultur. Diese Lektion hat Legrand uns hinreichend eingeprägt. Wir können ein Problem also genau nicht "erbarmungslos von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung reinigen."¹⁴

b) Zweiter Schritt

Wenn in einem ersten Schritt (des *HLS*-Rechtsvergleichs) ein Teil des deutschen und des niederländischen Rechts sowie des *Common law* beschrieben ist, wird in einem zweiten Schritt untersucht, welche *Prinzipien* und *Grundsätze*¹⁵ dem betreffenden Rechtsbegriff/Rechtsinstitut zu Grunde liegen. Diese Forschung zielt nicht nur auf eine adäquate integrierte Präsentation der drei Rechtsgebiete ab, sondern auch darauf, die im ersten Schritt schon vorgenommene Auslegung explizit zu gestalten. Auslegung des positiven Rechts bedeutet in der kontinentalen Rechtstradition immer eine Artikulation und Konkretisierung der zu Grunde liegenden Prinzipien und Grundsätze. Ohne Rechtsgrundsätze keine Rechtsfindung, ohne Rechtsgrundsätze kein Rechtsvergleich und ohne Rechtsgrundsätze keine Rechtsintegration,¹⁶ wie wir sie in der *HLS* vorhaben. Die Hervorhebung der Kategorien 'Prinzipien und Grundsätze' als Kennzeichen des zweiten Schritts soll näher erklärt werden. Der Unterschied zwischen Prinzipien und Grundsätzen wird auch in der in Deutschland sehr verbreiteten Methodenlehre von Larenz-Canaris¹⁷ entwickelt. Die erstgenannte Kategorie (*fundamental legal principles, princi-*

13 Kötz, *RebelsZ* 54 (1990), 203, 210/211.

14 Kötz, *RebelsZ* 54 (1990), 203, 209.

15 Der Unterschied wird weiter unten erklärt.

16 In dieser Hinsicht weiche ich von Legrands Auffassungen ab. Prinzipien und Grundsätze werden in seinem Buch zu Unrecht nicht einmal erwähnt.

17 Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. München 1995 (4. Aufl. im Erscheinen).

pes fondamentaux de droit) umfasst Prinzipien wie Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit oder auch das Prinzip der Achtung und Anerkennung Anderer als Person. Es geht hier um allgemeine Grundlagen der europäischen (und im allgemeineren Sinn) westlichen Kultur. Ohne hier die heute stark umstrittene Frage beantworten zu wollen, inwieweit diese Prinzipien auch universell gelten, verweise ich darauf, dass eine positive Beantwortung dieser Frage mit guten Gründen möglich ist.¹⁸ Auf jeden Fall sind diese Prinzipien grundlegend für die Rechtsordnungen, mit denen sich die *HLS* befasst, und darüber hinaus für alle Staaten der EU. Sowohl im deutschen und im niederländischen Recht als auch im *Common law* gilt die Freiheit als Kernbegriff; Gleichheit, Gerechtigkeit, Achtung und Anerkennung Anderer können ohne weiteres aus dem Freiheitspostulat abgeleitet werden. Das positive Recht, das in der *HLS* gelehrt wird, ist eine weitere Konkretisierung dieser Prinzipien. Diese *Tatsache* an sich braucht also kein Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Lehre zu sein; sie muss vielmehr in Lehrveranstaltungen über Rechtsphilosophie und Rechtsfindung erläutert werden. Allerdings muss genau untersucht werden, *auf welche Weise* diese Prinzipien in den drei Rechtsordnungen gestaltet werden. Die Erforschung *dieser* Gestaltung ist die eigentliche Aufgabe der *HLS*.

Die Prinzipien konkretisieren sich im positiven Recht entweder durch Regeln (Gesetze) und individuelle Entscheidungen (z. B. des Richters) oder wiederum durch Prinzipien, die jetzt aber (Rechts-)Grundsätze (*principles of positive law, underlying principles, principes de droit positif*) genannt werden. Diese Grundsätze stellen eine Konkretisierung des Freiheitprinzips im Rahmen des positiven Rechts dar. Folgende Beispiele lassen sich anführen: *Bona fide* (Treu und Glauben, die aus den Prinzipien Freiheit und Anerkennung Anderer abgeleitet werden kann),¹⁹ Vertrauensprinzip sowie ministerielle Verantwortung. Rechtsgrundsätze liegen jedem konkreten Rechtsbegriff, jeder Rechtsfigur oder jedem Rechtsinstitut zu Grunde. Während die oben genannten Prinzipien überall in Europa gelten, können die Grundsätze sehr verschieden sein. Der Grundsatz der *Bona fide* gilt zwar allgemein in Europa, seine positiv-rechtliche Bedeutung ist aber keineswegs überall dieselbe. Die *HLS* muss folglich in ihrem zweiten Schritt des Rechtsvergleichs die dem betreffenden positiven Recht zu Grunde liegenden Grundsätze artikulieren und vergleichen. Wir müssen untersuchen, wie in den verschiedenen Rechtsercheinungen (wie Eigentum, parlamentarisches System, Freiheit der Meinungsäußerung) die allgemeinen Prinzipien weiter durch die Grundsätze sowie Gesetze oder die Rechtsprechung positiv-rechtlich gestaltet werden. Umgekehrt beziehen wir das Recht (in der Gesetzgebung und Jurisprudenz) explizit auf die Grundsätze, um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Grundsätzen in den drei Rechtsordnungen aufzuspüren. Es ist wichtig, diese Artikulation der Rechtsgrundsätze zu vollziehen, da erst dann eine integrierte Auseinandersetzung des Rechtsstoffes möglich ist. Dann werden deutsches und niederländisches Recht gedanklich als Einheit betrachtet

18 D. H. M. Meuwissen, "Human Rights and the End of History", in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honor of Henry G. Schermers*. Volume III. Edited by Rick Lawson & Matthijs de Blois. Dordrecht - Boston - London 1994, p. 293-313.

19 Letztlich lassen sich alle Grundsätze aus dem Freiheitsprinzip ableiten. Siehe Meuwissen, *Grondslagen van Rechtsfilosofie*, Deventer 1997.

und man ist imstande, beide Rechtssysteme zu lehren, ohne doppelt so viel Zeit zu verwenden, wie naive Beobachter allzu sehr zu unterstellen geneigt sind. Diese Artikulation der Grundsätze ist auch für die Auslegung des positiven Rechts von Belang, wie oben ausgeführt wurde. Wir vollziehen somit eine gegenläufige Bewegung: eine von den Grundsätzen hin zur Gesetzgebung und Rechtsprechung und umgekehrt eine von der Gesetzgebung und Rechtsprechung hin zu den Grundsätzen. Diese gegenläufige Bewegung ist wesentlich für den integrierenden Rechtsvergleich über Gesetzgebung und Rechtsprechung in der *HLS*. Auf Grund der Einsicht in die Geltung der verschiedenen relevanten Grundsätze kann untersucht werden, inwieweit sie für eine weitere europäische dynamische Rechtsentwicklung von Bedeutung sind.

Neben Larenz haben in Deutschland weitere Autoren (wie u. a. Alexy, Esser, Kriele, Zippelius und Luhmann) auf die Wichtigkeit der Prinzipien und Grundsätze in den westlichen Rechtssystemen verwiesen. Schließlich geht das Rechtsdenken in Deutschland auf Kant und Hegel zurück, und diese Philosophen räumen den Prinzipien einen hohen Stellenwert ein. Auch in den Niederlanden spielen Prinzipien eine Rolle (Scholten, Eggens, Nieuwenhuis), werden aber weniger durchreflektiert. Im *Common law* nehmen die Grundsätze eine hervorragende Rolle ein, wenn ihr theoretisches Fundament auch ziemlich unklar bleibt. In Frankreich und Belgien spricht man gern von den *Principes généraux du droit*, und die Lehrbücher betonen ihre wichtige begründende Ausgangsposition. Der Geist Descartes' waltet aber dort noch immer. Als eine *Idée claire et distincte* werden in den genannten Rechtsordnungen *les principes généraux du droit* verselbständigt und irgendwie neben das übrige positive Recht gestellt. Die konkretisierende Wirkung der *Principes innerhalb* des positiven Rechts ist demgegenüber vornehmlich eine deutsche und in gewissem Maße auch eine niederländische und englische Betrachtungsweise. Diesen Gedankengang will ich abschließen, indem ich kurz ausführe, wie ich die Kategorie der Prinzipien und Grundsätze verstehe. Ich gehe davon aus, dass Werte die höchste Kategorie sowohl in der Theorie als auch in der Praxis darstellen (das Gute, das Wahre und das Schöne). In Form von Normen bekommen diese Werte konkrete Gestalt und erlangen für die Menschen Bedeutung. Die vielen Arten geltender Normen verweisen allesamt auf diese drei Werte. Auf das Gute z. B. beziehen sich u. a. ethische oder moralische Normen und Rechtsnormen. Uns interessieren hier die Rechtsnormen, die nur eine beschränkte Zahl von Formen kennen: Regeln, Entscheidungen, Grundsätze und Institutionen. Über Regeln und Entscheidungen brauche ich nichts weiter auszuführen. Grundsätze aber in der ihnen eigenen Unbestimmtheit müssen erläutert werden. So wissen wir zwar, dass z. B. der Grundsatz der *Bona fide* einzuhalten ist, aber so allgemein wissen wir weder, wem diese Verpflichtung obliegt (Subjekt), noch was der Inhalt dieser Verpflichtung ist (Objekt). Diese Unbestimmtheit, was das Subjekt und das Objekt der Rechtsnorm betrifft, ist charakteristisch für die Grundsätze (und gleichermaßen für Prinzipien, *cela va sans dire*). Die Funktion der Rechtsregeln und der juristischen Entscheidungen ist es, die relative Unbestimmtheit aufzuheben und Subjekt und Objekt der Rechtsnorm z. B. in Form von Rechten und Pflichten, zu konkretisieren.

c) *Dritter Schritt*

Mit der folgenden Frage wird der Übergang zum *dritten Schritt* im Rechtsvergleich der *HLS* eingeleitet: Welche Elemente und Faktoren spielen bei der unterschiedlichen Gestaltung der Grundsätze und ihrer weiteren Konkretisierung in der Gesetzgebung und Rechtsprechung eine Rolle? Dabei ist es sehr wohl möglich, dass zwei oder drei verschiedene Grundsätze nicht einfach von einem gemeinsamen höheren Grundsatz hergeleitet werden können, es sei denn, man bezöge die drei Grundsätze auf das Prinzip 'Freiheit'. Der Versuch, eine zu Tage tretende Unterschiedlichkeit zu erklären, kann in zwei Hauptrichtungen, die beide für unser Thema von Belang sind, unternommen werden. Einerseits lassen sich ideelle Faktoren, wie Denkkategorien, philosophische und theoretische (Rechts)auffassungen, Traditionen der Rechtsfindung und *legal reasoning* heranziehen. Andererseits kann man auch auf soziale, politische, wirtschaftliche und vor allem kulturelle Faktoren abstellen. Natürlich können auch nicht eingrupprierbare triviale Gründe dafür verantwortlich sein, warum sich bestimmte Entwicklungen in Deutschland anders vollzogen haben als in den Niederlanden oder in England. Meistens aber lassen sich entscheidende Elemente aus den beiden genannten Gruppen zum Verständnis der Unterschiede heranziehen. Auch Disziplinen wie (Rechts-)philosophie und (Rechts-)soziologie, Anthropologie und verschiedene Kulturwissenschaften können zu dem Verständnis der Unterschiede beitragen. Dieser Versuch ist dem dritten und vierten Schritt des Rechtsvergleichs der *HLS* zugeordnet. Verkürzt zusammengefasst, werden im dritten Schritt die ideellen und im vierten die kulturellen Faktoren untersucht. Da die Literatur noch nicht viel zu diesem Themenbereich bietet,²⁰ dürfte diese Aufgabe sicher nicht einfach sein.

Die Forschung über die geltenden positiv-rechtlichen Grundsätze in den drei Rechtsordnungen kann in eine Hypothese münden, die auch in anderen Staaten der Europäischen Union gilt. Nur durch weitere Forschung in diesen Staaten ließe sich eine solche Hypothese verifizieren oder falsifizieren. Damit verfügten wir dann über eine Art *Ius Europaeum Commune*. Mag das noch Zukunftsmusik sein; der näherliegende zweite Schritt verpflichtet die Dozenten der *HLS*, sich das Recht der drei Staaten und vor allem die Probleme der Auslegung, Dogmatik und Systematisierung weitgehend zu eigen zu machen. Dabei muss man natürlich bedenken, dass das *Common Law*, wie Legrand überzeugend dargelegt hat, einer ganz anderen Methode folgt und eine Dogmatik oder Systematik hier kaum von Belang sind.²¹ Trotzdem kann auch das *Common Law* als eine eigenständige Form der Verwirklichung der Grundsätze angesehen werden. Diese Betrachtungsweise lässt sich an Hand verschiedener Beispiele erläutern: Die Tatsache, dass in den drei Staaten von Privateigentum die Rede ist, hängt mit dem grundlegenden Prinzip Freiheit zusammen. Dabei denke ich nicht so sehr an die Erklärung und Fundierung, die Hobbes, Locke oder gar Kant für das Eigentum geboten haben, als vielmehr an die Analysen des Eigentumsrechts im ersten Kapitel der hegelschen Rechtsphilosophie.

Hier wird das Eigentum als die primäre Verwirklichung des freien Willens der freien Person in der natürlichen und äußerlichen Wirklichkeit betrachtet und erörtert. Diese Einsichten wurden von Larenz, aber auch von Telder, Eggens, Hollak und Cobben in den Niederlanden aufgegriffen. Staaten, in denen keine Freiheit in diesem Sinn herrscht (wie China und Cuba), kennen auch das Privateigentum nicht oder kaum. Wir brauchen aber eine zusätzliche Erklärung, um zu verstehen, warum in Staaten mit einer ähnlichen Auffassung von Freiheit das Eigentumsrecht trotzdem unterschiedlich gestaltet ist. Dazu bieten sich die oben genannten Faktoren an, die im dritten und vierten Schritt *HLS*-Rechtsvergleichs behandelt werden. Als weiteres Beispiel kann dienen, dass auch das Institut der parlamentarischen Volksvertretung in den drei Ländern, obwohl es unterschiedlich organisiert ist und zum Teil auch andere Grundsätze verkörpert, das gemeinsame Prinzip der Freiheit auf ähnliche Weise zu verwirklichen sucht. Anders geartete Denktraditionen, eine andere politische und kulturelle Geschichte und weitere Faktoren mögen zwar unterschiedliche Grundsätze oder ein unterschiedliches Staatsrecht hervorgebracht haben, und auch die Wahlen und die Regierungsbildungen mögen in Deutschland, den Niederlanden und Großbritannien durchaus anders vor sich gehen; prinzipielle Unterschiede aber gibt es nicht. Das ist durchaus nicht verwunderlich, wenn man sich der gemeinsamen Grundlagen der westlichen demokratischen Staaten und Rechtssysteme bewusst ist. Darum erzielt die Rechtsvergleichung innerhalb des westlichen Kulturkreises sicher weniger spektakuläre Ergebnisse, als wenn z. B. auch asiatische Staats- und Rechtsformen mit einbezogen würden. So weit wird die *HLS* aber nicht gehen.

Vermutlich unterscheiden sich Deutschland und die Niederlande in den Grundsätzen der Rechtsordnung oder ihrer Konkretisierung der Gesetzgebung, Rechtsprechung bzw. Rechtspraxis erheblich voneinander. Dann müssen wir versuchen, diese Unterschiede nicht nur zu erklären, sondern auch zu verstehen.²² Zunächst werden dazu, wie gesagt, im dritten Schritt (des *HLS*-Rechtsvergleichs) die ideellen Faktoren untersucht. Der dritte Schritt bleibt immanent in einer bestimmten Denktradition, welche die Auslegung des Rechts und seine Systematisierung determiniert. Die niederländische Rechtspraxis ist weniger vertraut mit philosophischen Grundlagen, oder Kategorien als die deutsche. Deutsche und Niederländer sind jedoch alle – meistens unbewusst – Kantianer. Die Hauptthemen der kantischen Rechtsphilosophie²³ bestimmen den Inhalt, die Struktur und die Auswirkungen der westlichen Rechtssysteme und Staatsordnungen weitgehend. Die meisten Juristen sind *de facto* so vertraut mit dieser Materie, dass die implizit kantisch geprägten Erkenntnisse und Erfahrungen kaum je *als kantisch* wahrgenommen werden. Diese Aussage gilt zumindest für die kontinentalen vom Römischen Recht beeinflussten Rechtssysteme. In England dagegen spielen andere, meist empirisch ausgerichtete Traditionen, die auf Denker wie Duns Scotus, Wycliffe, Ockham, Thomas Mo-

20 Eine Ausnahme bildet T. Koopmans, *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer 1974.

21 Siehe dazu auch W. Fikentscher, *Methoden der Rechts in vergleichender Darstellung*, Band II, Anglo-Amerikanischer Rechtskreis, Tübingen 1975, S. 12 ff.

22 Zur Unterscheidung zwischen Erklären und Verstehen verweise ich auf Gadamer's *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. Tübingen 1965. Siehe auch K.-O. Apel, *Transformation der Philosophie*, Band I, Frankfurt/M. 1973, Einleitung (S. 9-76).

23 Kant, *Kritik der praktischen Vernunft. Metaphysik der Sitten. Was heißt Aufklärung?*

rus, Locke, Hume, Mill oder Spencer zurückgehen, eine entscheidende Rolle.²⁴ In der deutschen Denktradition werden eher der Wert und die zentrale Stellung von allgemeinen Prinzipien und Ausgangspunkten betont, wie man dem Grundgesetz, den Handbüchern und den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnehmen kann. In dieser Hinsicht ist eine Rechtsvergleichung, wie Legrand²⁵ sie ausgearbeitet hat, eine rein theoretische Sache. Das geltende positive Recht kann also weder vom philosophischen Hintergrund noch vom kulturellen Klima, die es prägen, gelöst werden. Wie kann man diese Determinierung oder Ausrichtung verstehen? Ein Kausalzusammenhang ist auszuschließen, weil er zwei voneinander unabhängige Elemente voraussetzt. Die Beziehung zwischen einer Bedingung und einem Bedingten wäre schon eher anzunehmen. Ein durchreflektiertes dialektisches Verhältnis, wie es von D. Schindler zugrunde gelegt wurde, ist jedoch viel überzeugender. In theoretischer Sicht wird der Rechtsbegriff und in praktischer Absicht wird der Umgang mit dem Recht völlig von den herrschenden philosophischen Ansichten und Denktraditionen bestimmt. Auch in Frankreich ist dies der Fall: Der klare Formalismus der Juristen und ihr geschlossenes Begriffssystem vertrat – neben der überlieferten römischen Denktradition – den Einfluss von Descartes.²⁶ Die weitere Arbeit der *HLS* wird auch die niederländischen Juristen zwingen, sich mehr auf Philosophie einzulassen, wenn sie sich dem scharfen Urteil Kants entziehen wollen, nach dem – zusammengefasst – der Holländer lediglich auf das Nützliche sieht und wenig Gefühl hat "für dasjenige, das in feinerem Verstand schön oder erhaben ist". Das Rechtskonzept ist in den hier betrachteten Rechtskulturen verschieden. In Deutschland wird der Begriff des Rechts, der Prinzipien und der Rechtsgrundsätze gut durchreflektiert, und die Einflüsse nicht nur von Kant und Hegel, sondern auch von Husserl, Max Scheler und – nach 1945 – wohl auch vom klassischen Naturrecht sind unverkennbar. In den Niederlanden spielen Prinzipien und Grundsätze auch ihre notwendige Rolle, sie werden aber kaum gründlich durchdacht. Eine intuitiv-pragmatische Einstellung überwiegt, wie auch in England und den skandinavischen Staaten. Das Rechtsdenken in Frankreich (und in Belgien) ist, wie oben ausgeführt, cartesianisch. Rechtsgrundsätze werden anerkannt, aber weniger ins positive Recht integriert mitreflektiert, als vielmehr gedanklich vom übrigen positiven Recht gelöst. Wer diese philosophischen Hintergründe nicht bewusst in die juristische Arbeit einbezieht, nimmt *eo ipso* und *implicit* eine positivistische Position ein.

24 Ich verweise auf die genannten einschlägigen Arbeiten von Fikentscher (Fn. 21) und Legrand (Fn. 6).

25 Legrand (Fn. 6).

26 So kann man sagen, dass Legrands scharfe Kritik des überkommenen französischen Rechtsdenkens selbst wieder einen Reflex der moderneren philosophischen Auffassungen in Frankreich (Foucault, Derrida, Deleuze und wohl auch Ricoeur) darstellt. Ohne dass Hegel erwähnt wird, verdanken Legrands Analysen des Verhältnisses zwischen 'Individuel' und 'Unique' vieles der hegelschen Phänomenologie des Geistes (Teil I: Das Sinnliche Bewußtsein). Wohl niemand kann sich je der Philosophie entziehen.

d) Vierter Schritt

Ging es im dritten Schritt des *HLS*-Rechtsvergleichs darum, die unterschiedlichen Grundsätze als Verwirklichung oder Implementation ideeller Faktoren und philosophischer Einsichten zu verstehen, so wendet sich der *vierte Schritt* den historischen, politischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Faktoren zu, welche die Gestaltung des positiven Rechts und vor allem der Rechtsgrundsätze weitgehend mitbestimmen. Disziplinen wie *Duitslandkunde* (in Groningen) und *Niederlandistik* (in Oldenburg und Bremen) können neben der Rechtssoziologie und anderen empirischen Sozialwissenschaften sehr behilflich sein. Eine eher empirische Einstellung wird vorherrschen, wenn die Lebenswelt²⁷ dieser beiden Staaten und Englands integral erfasst werden soll. Wir können hier auch Harts Begriff der *positive morality* anwenden. Wie gehen Deutsche, Niederländer und Engländer mit ihrem Recht um? Wie wird das Recht im Allgemeinen verstanden und angewandt? Wenn das positive Recht nur im formellen Sinn verstanden wird (wie es die meisten Juristen tun), besteht die Gefahr, dass die sogenannten außerrechtlichen Faktoren und Elemente außer Acht bleiben.²⁸ Eine bestimmte Gestaltung oder Implementierung eines Rechtsgrundsatzes sind niemals Zufall. Zum Teil beruhen sie auf einer freien Wahl, zum Teil aber drücken sie Verhaltensweisen aus, die unreflektiert aus einer bestimmten Sprach- und Kulturwelt oder aus Konventionen und Auffassungen einer besonders geprägten Lebenswelt erwachsen sind. Anders als im dritten Schritt geht es hier nicht um eine ideelle Erklärung der Unterschiede, sondern um eine gesellschaftlich-kulturelle. Das sind zwei verschiedene Vorgehensweisen, obwohl es natürlich im dialektischen Sinne Zusammenhänge gibt. Interdisziplinarität ist auch hier das Gebot der Stunde.²⁹

e) Fünfter Schritt

Wir sind jetzt beim *fünften Schritt*. Legrand weist darauf hin, dass mit der Entwicklung der europäischen Rechtsprechung in Luxemburg (vor allem in den präjudiziellen Entscheidungen) schon eine gewisse Integration zwischen kontinentalem Recht und dem *Common law* hergestellt wird. Eine auf deutsches Recht bezogene Gerichtsentscheidung habe eine direkte Wirkung auf das *Common law* und müsse darum auch als englisches Recht gedeutet werden. Obwohl ich meine, dass Legrand hier zu weit geht, steht wohl fest, dass die beiden großen europäischen Rechtstraditionen in der Europäischen Union in engstem Kontakt miteinander geraten. Auf diese Weise entsteht zweifellos neues Recht, das als *Ius Europaeum Commune* verstanden werden kann. Diese Entwicklung ist aber nicht die einzige. Das *Ius Europaeum Commune* entsteht auch induktiv. Wir müssen nämlich die Implementation der Prinzipien und Grundsätze nicht nur in den nationalen Rechtssystemen, sondern auch auf europäischer Ebene untersuchen. Dabei haben wir erstens herauszufinden, inwieweit die für das deutsche und niederländische Recht aufgezeigten Prinzipien und Grundsätze auch für andere EU-Rechtsordnungen

27 In der Bedeutung, die Husserl und Habermas diesem Begriff geben.

28 Wie oben gesagt, wird dies sehr überzeugend von D. Schindler (Fn. 9) herausgearbeitet.

29 Vgl. Legrand, Fn. 6, S. 27 ff.

eine gewisse Gültigkeit haben und zweitens, wie das Verhältnis zwischen den aufgezeigten nationalen Rechtskonzepten und Rechtsinstitutionen tatsächlich zu einer Art von Europäischem Recht (*Ius Europaeum Commune*) entwickelt werden kann. Wichtig ist nicht nur der Vergleich von zwei bestehenden Rechtskonzepten, sondern vor allem auch der Entwurf eines neuen Konzepts. Die *HLS* erforscht also nicht nur die verschiedenen Rechtssysteme nebeneinander, sondern versucht sie auch auf eine integrierte Weise weiter zu entwickeln. Damit untersucht ein integrierter Studiengang auf europäischem Niveau, wie die verschiedenen Rechtsinstitutionen als Variation auf ein Grundthema begriffen werden können. Zu diesem Zweck sollte auch von den in den Kreisen der europäischen Behörden in Brüssel unternommenen Forschungen Gebrauch gemacht werden.

Wenn wir tatsächlich hypothetisch einen europäischen Grundsatz artikulieren können, muss seine Geltung, wie bereits ausgeführt, empirisch überprüft werden, d. h. es ist zu untersuchen, ob dieser hypothetische Grundsatz auch in einer anderen Rechtsordnung gilt. Diese Forschungen werden im fünften Schritt durchgeführt. Darin soll entdeckt werden, inwieweit der induktiv legitimierte Grundsatz tatsächlich auch den Anspruch, geltendes *Ius Europaeum Commune* zu sein, einlösen kann. Diese Entwicklung eines neuen *Common European Law* verfolgt nicht die Absicht, verschiedene Rechtssysteme einfach nebeneinander zu studieren und irgendwie quantitativ an sie heranzugehen, vielmehr sollen grundlegende Rechtsgrundsätze artikuliert und als solche möglichst europaweit reflektiert werden. In dieser rechtsintegrierenden Denkarbeit dürfen die Differenzen nicht außer Acht gelassen werden (davor warnt Legrand uns zu Recht), aber sie muss auch versuchen, ein einheitliches Moment herauszuarbeiten, ohne dadurch die jeweiligen Differenzen der Rechtsinstitute zu schmälern. Das ist möglich, wenn man an der Kategorie der Prinzipien oder Grundsätze festhält, was Legrand zu wenig tut. Gerade hier wird neues europäisches Recht geschaffen, neben dem Recht, das in der Rechtsprechung aus Luxemburg oder in neuen Regelungen aus Brüssel geschaffen wird. Hier werden neue Begriffe konstituiert, in denen die nationalen Eigenheiten, z. B. die des *Common Law*, – im dialektischen Sinne – *aufgehoben* werden. Ein reflektiertes dialektisches Verhältnis zwischen kontinentalem Recht und *Common Law* ist kein abstrakt rationalistischer oder romanischer Denkimperialismus oder eine Egalisierung der Unterschiede. Es ist der einzige Weg, diese Differenzen zu verstehen, und darüber hinaus in *Empathie* und *Admiration*³⁰ zu erhalten. Die *HLS* hat nicht die Absicht, eine rein kontinental-romanisch orientierte Arbeit zu liefern. Es kommt darauf an, trotz bleibender Differenzen ein die dynamische Rechtsentwicklung steuerndes dialektisches Verhältnis zwischen den beiden großen Rechtskulturen zu reflektieren und in der Lehre sowie der Rechtspraxis weiter zu gestalten.³¹ Eine Zusammenarbeit nicht nur mit Brüssel und Luxemburg, sondern auch mit weiteren Fakultäten ist unbedingt nötig. Nur dann kann die notwendige Denkarbeit geleistet werden. Noch ist es leider so, dass Juristen vorwiegend

30 So Legrand (Fn. 6), S. 118.

31 Neue Ideen, auf die ich an dieser Stelle leider nicht eingehen kann, findet man bei Ladeur, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ* 64 (2000), 60.

juristische Texte lesen, und dann auch noch ausschließlich aus dem eigenen nationalen Umfeld.³² Diese Beschränkung muss 'mit aller Gewalt' durchbrochen werden. Vielleicht brauchten wir auch noch eine *Hanse Research School*, um mit dieser länder- und disziplinenübergreifenden Denkarbeit einen Anfang zu machen.

3. *HLS-Methode und Spracherwerb*

Bei der Methode der *HLS* drängt sich der Vergleich mit der Erlernung von Fremdsprachen auf. Früher wurde vielfach behauptet, es sei besser, erst mal eine Fremdsprache gut zu lernen, bevor man mit einer zweiten oder dritten beginnt. Aber stimmt diese *common wisdom* überhaupt? In jüngster Zeit hat man – zumindest in Europa – die Erfahrung gemacht, dass Fremdsprachen am besten nicht nur möglichst früh, sondern auch noch möglichst gleichzeitig mehrgleisig mit weiteren Fremdsprachen gelernt werden sollten. Von Ausnahmen abgesehen ist also zu empfehlen, kleinen Kindern zugleich zwei oder sogar drei Fremdsprachen beizubringen. Diese Erkenntnis wollen wir auf das Jurastudium übertragen: Auch das Recht könnte unserer Meinung nach sehr gut von Anfang an 'pluri-systemisch' studiert werden. Es spricht nichts dagegen, dass den Studenten schon zu Beginn das Recht gleichzeitig aus zwei Rechtssystemen, und zwar völlig integriert zweigleisig angeboten wird. Wer sich auf ein solches 'pluri-juristisches' Novum einlässt, muss Regelungen treffen, die Probleme minimieren. Der juristische Sprachgebrauch ist ebenso problematisch wie Sprachgebrauch an sich und Übersetzungen.³³ Auch in *juridicis* stellen sich viele hermeneutische Probleme. Sprache und Übersetzung haben im juristischen Feld direkt sprachliche Konsequenzen, weil sie einen normativen und verbindlichen Inhalt haben. Die *HLS* wird sich mit dieser Problematik eingehend zu beschäftigen haben, denn sie verwendet drei Sprachen: Deutsch, Niederländisch und Englisch. Jeder Rechtsbegriff muss in den betreffenden Sprachen nach seinem juristischen 'Gefühlswert' abgeklopft, in die anderen Sprachen übertragen und überprüft werden. Diese Arbeit kann nicht von Dolmetschern oder Übersetzern geleistet werden, und juristische Wörterbücher haben auch nur einen sehr beschränkten Nutzen. Sprachunterricht reicht sicher auch nicht ganz. All dies sind notwendige Bedingungen, aber sie reichen für ein befriedigendes Resultat keineswegs aus. Dem Dozenten bleibt als einziger Weg, sich das fremde Recht so gut wie möglich zu eigen zu machen. Da er das nicht allein kann, sieht die *HLS* vor, dass immer zwei Dozenten aus zwei verschiedenen Rechtssystemen zusammen in einem Hörsaal das Recht beider Staaten lehren. In ihrem eigenen Lernprozess werden sie sich nicht mehr lediglich als *external observers* betrachten, sondern das fremde Recht wirklich von einem *internal point of view* aus (Hart) zu verstehen suchen. So werden die zwei Rechtsordnungen gleichzeitig von Repräsentanten beider Systeme dargeboten und können wirklich integriert als zwei Varianten zu Grunde liegender Rechtsgrundsätze gelehrt werden. Die tägliche Zusammenarbeit zwischen Dozenten aus verschiedenen Staaten ist wesentlich für die *HLS*. Wie die zwei

32 Vgl. Legrand (Fn. 6), S. 29.

33 Vgl. Legrand (Fn. 6), S. 25 ff.

Rechtsordnungen von einem internen Gesichtspunkt heraus studiert werden, so werden auch die subtilen Wendungen der zwei Sprachen und ihre nuancierte Anwendung auf Rechtsbegriffe im Nebeneinander deutlich und vertraut. Studenten und Dozenten werden nicht nur in einen Bilinguismus, sondern vor allem in eine *Zweirechtigkeit* hineinwachsen. Darum darf die *HLS* nicht als eine zweisprachige juristische Hochschule betrachtet werden, sondern als ein universitärer Studiengang auf sehr hohem Niveau.

Deutsch und Englisch gelten als die beiden offiziellen Sprachen der *HLS*. Beide Sprachen werden nebeneinander verwendet und müssen von Dozenten wie Studenten sehr gut beherrscht werden, denn Übersetzungen werden nicht angefertigt. Auch das niederländische Recht wird im Zusammenhang mit dem deutschen (oder auch englischen) Recht auf Deutsch oder auf Englisch gelehrt. Dozenten und Studenten müssen Niederländisch jedoch zumindest passiv beherrschen (Hörverstehen und Lesen), denn Rechtsmaterial und juristische Dokumente (Gesetze, Gerichtsentscheide, Kommentare) aus den Niederlanden werden nicht übersetzt. Natürlich ist es wünschenswert, dass die ausländischen Dozenten und Studenten die Sprache ihres Gastlandes so gut wie möglich erlernen. Zu diesem Zweck bietet die *HLS* Kurse für die drei Sprachen an.

Grundlagen und Schwerpunkte des Privatrechts
in europäischer Perspektive

3

Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe (Hrsg.)

Unterschiedliche Rechtskulturen -
Konvergenz des Rechtsdenkens

Different Legal Cultures -
Convergence of Legal Reasoning

JUR

025.1 Nomos Verlagsgesellschaft

Grundlagen und Schwerpunkte des Privatrechts
in europäischer Perspektive

Herausgegeben von

Prof. Dr. Gert Brüggemeier
Prof. Dr. Ernst A. Kramer
Prof. Dr. Harald Koch
Prof. Dr. Christine Windbichler
Prof. Dr. J. H. Nieuwenhuis

Band 3

Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/
Rolf Sethe (Hrsg.)

Unterschiedliche Rechtskulturen -
Konvergenz des Rechtsdenkens

Different Legal Cultures -
Convergence of Legal Reasoning



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme
Die Deutsche Bibliothek – CIP Cataloguing-in-Publication-Data

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist bei
Der Deutschen Bibliothek erhältlich. (<http://www.ddb.de>)

A catalogue record for this publication is available from
Die Deutsche Bibliothek. (<http://www.ddb.de>)

ISBN 3-7890-7127-7

1. Auflage 2001

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001. Printed in Germany. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights are reserved, whether the whole or part of
the material is concerned, specifically those of translation, reprinting, re-use of illust-
rations, broadcasting, reproduction by photocopying machine or similar means, and
storage in data banks. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are
made for other than private use a fee is payable to »Verwertungsgesellschaft Wort«,
Munich.



NA 2548

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	IX
Preface of the Editors	XI
Einführung: Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens <i>Gert Brüggemeier</i>	1
I. Problemstellung	1
II. Erosion der Rechtskreise	2
III. Konservativismus der juristischen Methodenlehre	4
IV. "Demokratische Methodenlehre"	6
V. Europäische Privatrechtsmethode?	7
Teil I: Konvergenz des Rechtsdenkens	9
Pluralismus der Rechte und Konvergenz des Rechtsdenkens - Zur geschichtlichen Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze - <i>Reiner Schulze</i>	9
I. Pluralismus der Rechte in Europa	9
II. Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Recht	11
III. Prinzipien des Naturrechts und allgemeine Rechtsgrundsätze in der frühen Neuzeit	14
IV. "Droit commun de la France"	16
V. "Teutsches Privatrecht"	17
VI. Entstehen der nationalen Rechtswissenschaft	19
VII. Frankreich und Deutschland im 19. Jahrhundert	20
VIII. Internationales Recht	23
IX. Allgemeine Rechtsgrundsätze bei der Gründung der Gemeinschaften	24
X. Resümee	27
Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode <i>Ernst A. Kramer</i>	31
I. Einleitung	31
II. Hauptteil	34
1. Methodologische "Konvergenzphänomene"	34
a) Common Law übernimmt Positionen der Civil-Law-Methodologie	34
b) Civil Law übernimmt methodologisches Common-Law-Denken	36
2. Methodologische "Internationalisierungsphänomene"	39

a)	Komparative Methode der Rechtsfindung	39		
b)	Rechtseinheitsfördernde Interpretation von Einheitsprivatrecht	43		
c)	Richtlinienkonforme Interpretation (mit Blick auf die Schweiz)	44		
III.	Schlusswort	47		
	Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law	49		
	<i>Walter van Gerven</i>			
I.	Incoming ... and outgoing tides: cross-fertilization	49		
II.	Comparative Law challenged: a new task of strategic importance	51		
III.	Judicial Remedies at the Crossroads between Community and National Law: Permeation back and forth	56		
IV.	Emerging Constitutional Law Principles on Accountability and Responsibility	58		
V.	Changes in the Methodology of Comparative Law	60		
	Legal Reasoning: Some Parallels in Common Law and Civil Law	63		
	<i>James Gordley</i>			
I.	Introduction	63		
II.	Types of Imperfect Rules	64		
1.	Repertorial Rules	64		
2.	Classificatory Rules	65		
3.	Pragmatic Rules	69		
4.	Principles, Maxims and Hypothetical Rules	70		
III.	Final Remarks	73		
Teil II:				
	Konsequenzen für die Ausbildung	75		
	Two Arguments for Cross-Cultural Legal Education	75		
	<i>Daniel Jutras</i>			
I.	Introduction	75		
II.	The Reported Decline of Domestic Law	76		
1.	The Production of Law: Making and Understanding Supranational and International Law	76		
2.	The Practice of Law: Transnational Legal Communication	78		
III.	Intermezzo: Models of Cross-Cultural Legal Education	79		
IV.	The Study of Law as an End in Itself	82		
1.	Information, Ideas and Perspective	82		
2.	A Pluralistic Legal Education	84		
	Rechtsvergleichung in der Hanse-Region	87		
	<i>D. H. M. Meuwissen</i>			
I.	Einleitung	87		
II.	Hintergrund, Geschichte und praktische Implikationen des neuen Studienganges	87		
III.	Methodologische Überlegungen	90		
1.	Theoretische Vorbemerkungen	90		
2.	Die fünf Schritte der Hanse-Law-School-Methode	93		
a)	Erster Schritt	93		
b)	Zweiter Schritt	95		
c)	Dritter Schritt	98		
d)	Vierter Schritt	101		
e)	Fünfter Schritt	101		
3.	HLS-Methode und Spracherwerb	103		
	Stichwortverzeichnis / Index	105		
	Autorenverzeichnis	111		
	List of Contributors	113		

Brüggemeier, Gert (Jahrgang 1944), seit 1978 Professor für Bürgerliches Recht, Europäisches Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, Universität Bremen, seit 1985 Richter am Oberlandesgericht Bremen (Teilzeit) (beurlaubt); seit 1991 Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen (ZERP); 1991-98 Mitveranstalter des DFG-Graduiertenkollegs "Risiko-regulierung und Privatrechtssystem" (gemeinsam mit D. Hart u. a.); 1980-81 Visiting Scholar, Law School UC Berkeley, USA; 1996-97 Senior Research Scholar, Yale Law School, New Haven, Connecticut; Frühjahr 1999 Gastprofessor an der Tulane Law School, New Orleans, Louisiana.

Meuwissen, Damiaan H.M. Seit 1978 Professor für Rechtsphilosophie, Allgemeine Staatslehre und Vergleichendes Staatsrecht an der Rijksuniversiteit Groningen NL.
Academic Director der Hanse Law School – Groningen / Oldenburg / Bremen.