

# Das etwas unheimliche *Ius Publicum Europaeum*

## Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, *droit public de l'Europe* und *Carl Schmitt*

Armin von Bogdandy\*/Stephan Hinghofer-Szalkay\*\*

Abstract	209
I. Einleitung	210
II. Rechtsvergleichend operierendes <i>Ius Publicum Europaeum</i>	212
1. Das <i>Jus Publicum Europaeum</i> Joachim Hagemeyers	212
2. <i>Ius Publicum Europaeum</i> im europäischen Rechtsraum	214
a) Der Begriff des europäischen Rechtsraums	214
b) Frühe Verwendungen	215
c) Die SIPE und das Handbuchprojekt IPE	216
3. Grenzen einer Anknüpfung: das Vermächtnis der Sattelzeit	221
III. <i>Droit public de l'Europe</i>	222
1. Eurozentrisches Völkerrecht	223
a) <i>Gabriel Bonnot de Mably</i>	224
b) <i>Droit public de l'Europe</i> und <i>jus publicum Europaeum</i>	225
c) Der Vertrag von Paris	226
2. Ganzheitliche Konzeptionen	229
a) Legitimistisches Ordnungssystem ( <i>Talleyrand, Ernst Rudolf Huber</i> )	229
b) Binnenrecht eines Kulturraums ( <i>Marquardt</i> )	232
3. Ausdruck einer europäischen Friedensvision	234
IV. Die Transformation und Besetzung durch <i>Carl Schmitt</i>	236
1. Latinisierung mit tendenziöser Umprägung	237
2. Kontinuitäten und Funktionen	240
3. Wirkgeschichte und Abgrenzung	244
V. Zusammenfassung und Ausblick	247

### Abstract

Der Beitrag zeichnet die Verwendungslinien des Ausdrucks *Ius Publicum Europaeum*, die vielversprechend, aber zugleich etwas “unheimlich” sind.

---

\* Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

\*\* Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

Der Ausdruck beschreibt einen neuen Zugang zum öffentlichen Recht im europäischen Rechtsraum. Er ist jedoch belastet durch seine Verwendung im Spätwerk *Carl Schmitts*, das zudem zum historischen *droit public de l'Europe* führt. Dieses *droit public de l'Europe* öffnet dann das weite Feld historischer Verwendungen, welche vom eurozentrischen Völkerrecht *Mablys* über *Talleyrands* legitimistische Ordnungsidee bis hin zu *Bouvets* europäischer Friedensvision reichen. *Schmitts* Transformation des *droit public de l'Europe* zum *Jus Publicum Europaeum* erklärt auch, wie *Ernst Rudolf Huber* und *Bernd Marquardt* diesen Ausdruck verwenden. Daneben steht die rechtsvergleichende Bedeutung des Ausdrucks bei *Joachim Hagemeyer*.

Die bewegte Geschichte dieses Ausdrucks, seine juristische Bedeutung und die Intentionen begriffsprägender Autoren werden hier nachgezeichnet, systematisiert und kontextualisiert. Dies soll zugleich dem öffentlichen Recht im europäischen Rechtsraum klarere Konturen geben. So wird gezeigt, dass es eine rechtsvergleichende Verwendungslinie des Ausdrucks und eine völkerrechtliche gibt. Das neue *Ius Publicum Europaeum* verbindet beide Traditionen in einer Fusion, die sich normativ an demokratischer Rechtsstaatlichkeit ausrichtet.

## I. Einleitung

Das öffentliche Recht in Europa befindet sich in einem tiefgreifenden Wandlungsprozess, aufgrund der Vernetzung zwischen den europäischen Staaten ebenso wie dank überstaatlicher und internationaler Organisationen.<sup>1</sup> Ein begrifflicher Versuch, die neue Konstellation zu fassen, spricht von einem neuen *Ius Publicum Europaeum*.<sup>2</sup> Wie überzeugend ist dieser Vorschlag? Zweifeln lässt bereits die alte Vermutung, dass Juristen lateinische Termini gerne dann gebrauchen, wenn sie "mit ihrem Latein am Ende sind", also keinen überzeugenden Begriff anbieten können.<sup>3</sup> Vor allem aber

---

<sup>1</sup> R. Wahl, Herausforderungen und Antworten – Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 94 ff.; A. Voßkuhle, Das Leitbild des "europäischen Juristen", RW 3/2010, 326; W. Pauly, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Deutschland, in: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum II, 2008, 483 ff.

<sup>2</sup> Die oft anzutreffende Schreibweise *Jus* ergibt sich aus der neuzeitlichen Ersetzung des lateinischen *I* durch *J*. Auch die Groß- und Kleinschreibung wie *jus publicum Europaeum*, *Jus Publicum Europaeum* variiert je nach Autor. Dieser Beitrag folgt bei der Wiedergabe des Verständnisses anderer Autoren regelmäßig deren Schreibweise.

<sup>3</sup> Zudem kann die lateinische Sprache zu problematischen Assoziationen führen, die für eine moderne diskursive Vernunft fraglich sind; U. Haltern, Das Janusgesicht der Unionsbür-

findet sich dieser Ausdruck in Texten des 19. und 20. Jahrhunderts, die unter den Grundprinzipien des europäischen Rechtsraums (Art. 2 EU-Vertrag) überaus problematisch erscheinen. Nicht nur die prominente Verwendung des Ausdrucks *Ius Publicum Europaeum* durch *Carl Schmitt* in dessen Werk "Der Nomos der Erde im Völkerrecht des *Ius Publicum Europaeum*" (*Nomos*)<sup>4</sup> wirft einen langen Schatten. Dies lässt befürchten, dass ein *Ius Publicum Europaeum*-Ansatz problematische Gehalte transportiert oder in morastiges Gelände führen könnte. Selbst wenn eine Neuprägung des Begriffs stets möglich ist,<sup>5</sup> erscheint es in einem so traditionsbezogenen Fach wie der Rechtswissenschaft geboten, sich der Begriffsgeschichte zu versichern. Vor allem aber ermöglicht eine Positionierung gegenüber dieser Geschichte, den neuen Begriff zu konturieren und damit das öffentliche Recht im europäischen Rechtsraum ein Stück besser zu fassen.

Die Struktur dieses Beitrags folgt der zweifachen Verwendung des Ausdrucks einerseits für das Recht zwischenstaatlicher Beziehungen, andererseits für ein in Interaktion stehendes, ja gemeinsames öffentliches Recht verschiedener europäischer Staaten. Wir wollen zeigen, dass man das neue *Ius Publicum Europaeum* als innovativen Zusammenfluss dieser beiden weitgehend getrennten Traditionen deuten sollte: des Staatsrechts und des Völkerrechts. Zu diesem Zweck werden wir die vielen Verwendungsarten über die Jahrhunderte als Aspekte zu einem entsprechenden Gesamtbild der konkurrierenden Begriffsverständnisse fügen. Hierzu untersucht der erste Teil den Ausdruck als Bezeichnung für ein regionales und in intensiver Interaktion stehendes Recht mehrerer Rechtsordnungen, das spezifisch auf öffentliche Gewalt bezogen ist.<sup>6</sup> Wir stellen zunächst die erste entsprechende Verwendung durch *Joachim Hagemeyer* dar, an welche die heutige Verwendung im europäischen Rechtsraum anknüpfen kann. Allerdings hat *Hagemeyer* den Ausdruck nicht begrifflich (theoretisch) gefasst und seine spätere Verwendung kaum geprägt. Dies taten andere, weit problematischere Autoren des 19. und 20. Jahrhunderts. Der zweite Teil geht deshalb den wesentlichen Entwicklungslinien des *droit public européen* (bzw. *droit public de l'Europe*)

---

gerschaft, Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft 11 (2005), 87 (105 ff.) anlässlich der Verwendung von "*civis europaeus sum*" durch Generalanwalt *Jacobs* im Fall *Konstantinidis*.

<sup>4</sup> *C. Schmitt*, *Der Nomos der Erde*, 4. Aufl. 1997.

<sup>5</sup> Näher *A. von Bogdandy/P. M. Huber*, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland*, in: *IPE III*, 2010, § 42 RZ 2 f.; *J. K. Murkens*, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, 2013, 112 ff.

<sup>6</sup> Zu diesem Begriff des öffentlichen Rechts *D. Grimm*, *Die Identität des öffentlichen Rechts*, 2012, 5 ff.; mit lesenswerten Kommentaren von *O. Depenbeuer* und *E. Wiederin*, 73 ff. und 91 ff.

nach, welches dank *Carl Schmitt* auch als *Jus Publicum Europaeum* bezeichnet wird. Dem wirkungsmächtigen Werk *Schmitts* und dessen rechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Verortung widmet sich der dritte Teil, in dessen trübem Licht das neue *Ius Publicum Europaeum* umso strahlender erscheinen wird.

## II. Rechtsvergleichend operierendes *Ius Publicum Europaeum*

### 1. Das *Jus Publicum Europaeum* *Joachim Hagemeyers*

Eine frühe Verwendung fand der Ausdruck *Jus Publicum Europaeum* in dem umfangreichen Werk *Joachim Hagemeyers* über das öffentliche Recht in Europa.<sup>7</sup> Der gebürtige Hamburger hatte an verschiedenen deutschen Universitäten Rechtswissenschaften studiert und war durch Europa gereist, bevor er als gräflich-oldenburgischer, später als kaiserlicher Rat und schließlich als Vizekanzler und Syndikus des Collegiums der Grafen in der Wetterau fungierte. Für diese sowie für den Fürsten von Ostfriesland diente er viele Jahre als Gesandter am Reichstag in Regensburg,<sup>8</sup> wodurch er mit den deutschen und europäischen politischen Verhältnissen seiner Zeit eng vertraut war.

Die acht Bände seines *Jus Publicum Europaeum* erschienen zwischen 1677 und 1680. Sie umfassen umfangreiche Länderberichte über Dänemark, Norwegen und Schweden,<sup>9</sup> Frankreich,<sup>10</sup> England, Schottland und Irland,<sup>11</sup> das Heilige Römische Reich deutscher Nation,<sup>12</sup> Belgien und die Nieder-

<sup>7</sup> Anmerkung: Die Schreibweise des Namens ist uneinheitlich, vor allem die Schreibweise *Hagemeyer* war ebenfalls weit verbreitet.

<sup>8</sup> Siehe *H. Schröder*, Lexikon der hamburgischen Schriftsteller bis zur Gegenwart III, 1857, 66 sowie *J. C. Beck/A. J. Burdorff*, Neu-vermehrtes Historisch- und Geographisches Allgemeines Lexikon III, 1742, 987.

<sup>9</sup> *J. Hagemeyer*, *Juris Publici Europaei de Trium Regnorum Septentrionalium Daniae, Norvegiae & Sveciae Statu*, Epistola Prima, 1677.

<sup>10</sup> *J. Hagemeyer*, *Juris Publici Europaei de Statu Galliae*, Epistola II, 1678.

<sup>11</sup> *J. Hagemeyer*, *Juris Publici Europaei de Statu Angliae, Scotiae et Hiberniae*, Epistola III, 1678.

<sup>12</sup> *J. Hagemeyer*, *Juris Publici Europaei de Statu Imperii Germanici*, Epistola IV, 1678.

lande,<sup>13</sup> die italienischen Staaten,<sup>14</sup> Ungarn und Böhmen<sup>15</sup> sowie Polen und Russland (das Fürstentum Moskau).<sup>16</sup> Es liefert damit einen frühen Gesamtblick über das öffentliche Recht Europas.

Nach *Hagemeiers* Tod setzte *Heinrich Günther Thülemar* die Reihe fort. In dessen Beiträgen wird deutlich, dass das Werk mehr auf einem geographischen Verständnis von Europa denn auf einem politischen oder kulturellen Verständnis beruhte. Dies ergibt sich aus der Aufnahme des türkischen Europas, also vor allem des Balkans (*de statu Turciae europaeae*) sowie der damaligen Tartarengebiete in der heutigen Südukraine (*de statu Tartariae precopensis*).<sup>17</sup>

*Hagemeier* unterbreitet nicht konzise Darstellungen des öffentlichen Rechts in den jeweiligen Ländern, sondern breit angelegte Länderberichte. Diese umfassen, wie in jener Epoche üblich, auch zahlreiche nichtjuristische Aspekte.<sup>18</sup> Er steht dabei zwar nicht terminologisch, so doch inhaltlich in einer breiten Tradition, welche Gemeinsamkeiten des öffentlichen Rechts in Europa hervorhob und eine frühe Form europäischer Rechtsvergleichung bildete. Da diese Vergleichung auf dem Boden kultureller Gemeinsamkeiten im christlichen Europa erfolgt, ergibt sich ein gewisses Spannungsfeld zum geographischen Europaverständnis *Hagemeiers*.<sup>19</sup>

Ungeachtet der Weiterführung von *Hagemeiers* Werk vermochte sich dieses Verständnis des *Jus Publicum Europaeum* in der Staatsrechtslehre nicht durchzusetzen. Als Indiz für einen gewissen Einfluss kann allerdings das zweistufige Verständnis des Ausdrucks *Jus Publicum Europaeum* gelten, welches dem Bücherverzeichnis der Theresianischen Akademie in Wien aus 1805 zugrunde liegt. Es bezeichnet einerseits das europäische Völkerrecht im Sinne des *droit public de l'Europe (in genere)*, andererseits das Staatsrecht in Europa (*particulare statuum europae*).<sup>20</sup> Diese Verwendung des Terminus stellte jedoch eine Ausnahme dar.

<sup>13</sup> *J. Hagemeier*, *Juris Publici Europaei de Statu Provinciarum Belgicarum*, Epistola V, 1679.

<sup>14</sup> *J. Hagemeier*, *Juris Publici Europaei de Statu Italiae*, Epistola VI, 1679.

<sup>15</sup> *J. Hagemeier*, *Juris Publici Europaei de Statu Regnorum Hungariae et Bohemiae*, Epistola VII, 1680.

<sup>16</sup> *J. Hagemeier*, *Juris Publici Europaei de Statu Regni Poloniae et Imperii Moscovitici*, Epistola VIII, 1680.

<sup>17</sup> Siehe *H. Schröder* (Anm. 8), 67 f.

<sup>18</sup> Siehe dazu *H. Mohnhaupt*, "Europa" und "ius publicum" im 17. und 18. Jahrhundert, in: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte*, FS Helmut Coing, 1982, 207 (219 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. *H. Mohnhaupt* (Anm. 18), 209 ff.

<sup>20</sup> *Catalogus Bibliographicus sive Continuatio Librorum Saeculi Quarti Typographici ab Anno MDCCXXXVII usque MDCCCIV inclusive in Bibliotheca Caes. Reg. et Equestris Academiae Theresianae Exstantium IX*, 1805, 108 f.

## 2. *Ius Publicum Europaeum* im europäischen Rechtsraum

### a) Der Begriff des europäischen Rechtsraums

Der alte Ausdruck *Jus Publicum Europaeum* erlebt heutzutage eine Renaissance im europäischen Rechtsraum, eine Renaissance also, die sich der rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Integration Europas im ausgehenden 20. Jahrhundert und beginnenden 21. Jahrhundert verdankt. Wie so oft greift der Versuch, etwas *Neues* zu fassen, auf *alte*, überwunden geglaubte Ansätze, Verständnisse, Ausdrücke zurück.<sup>21</sup> Der Ausdruck drückt das Bedürfnis aus, neue öffentlich-rechtliche Rechtsphänomene grenz- und rechtsordnungsübergreifend in ihrem spezifischen regionalen Bezug zu fassen.

Der Begriff *europäischer Rechtsraum* bezeichnet das Phänomen, dass die europäische Integration eine so dichte und effektive gemeinsame Rechtsschicht erzeugt hat, dass von einem einzigen Rechtsraum zu sprechen ist, so prominent Art. 3 EUV. Diese räumliche Dimension hat seit der Binnenmarktdefinition in der Einheitlichen Europäischen Akte stetig an Gewicht gewonnen, rechtlich wie politisch. Sie zeigt, dass die Phase der schlichten Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen insoweit beendet ist, als sie zu einem neuen Zustand geführt hat, den der Begriff des europäischen Rechtsraums bezeichnet.<sup>22</sup> Wenngleich die europäische Überformung in aller Regel nicht kodifikatorisch, sondern "pointillistisch" erfolgt,<sup>23</sup> so ist doch in einer Reihe von Rechtsgebieten die gemeinsame europäische Rechtsschicht inzwischen breiter als in den Vereinigten Staaten. Diese neue Qualität zeigt anschaulich der Singular *Rechtsraum*: Es gibt nunmehr ein neues Ganzes, welches das Bisherige, die einzelnen Nationalstaaten, transzendiert. Zugleich vermeidet der Begriff sowohl eine föderale als auch eine rein völkerrechtliche Deutung dieses neuen Ganzen und so eine Positionierung in der ältesten und prinzipiellsten Kontroverse der europäischen Integration. Vielmehr eröffnet er eine für beide Verständnisse akzeptable und

<sup>21</sup> J. Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, 1997, 32. Der Begriff "postnational" meint dabei nicht, dass den Staaten keine Bedeutung mehr zukäme, sondern dass sie sich in vielfältiger Weise öffnen und so das traditionelle Souveränitätsparadigma überwinden.

<sup>22</sup> Art. 3 Abs. 2 EUV: "Die Union bietet [...] einen Raum [...] des Rechts [...]." Der Raumbegriff taucht in zahlreichen weiteren Schlüsselbestimmungen auf, so zunächst bei der Definition des Binnenmarkts in der Einheitlichen Europäischen Akte, nunmehr Art. 26 Abs. 2 AEUV.

<sup>23</sup> S. Leible, *Europäisches Privatrecht am Scheideweg*, NJW 2008, 2558; der Begriff stammt von H. Kötz, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabellsZ* 50 (1986), 1 (1, 5).

tragfähige Basis, um das neue Ganze zu erfassen. Zudem ist dem Begriff des europäischen Rechtsraums eine Dimension unmittelbarer Anschaulichkeit zu Eigen, nachvollziehbar für jeden Bürger, der sich innerhalb der Europäischen Union bewegt, anders als abstrakte Leitbegriffe wie “Verbund”, “Mehrebenensystem” oder “Netzwerk”.

Grundlage des europäischen Rechtsraums ist das durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen definierte Territorium der Europäischen Union. Dabei ist ihm die Kombination von Staatlichem und Supranationalem wesentlich. Kern des Begriffs ist die Feststellung, dass die rechtliche Organisation dieses Territoriums ebenso durch mitgliedstaatliche wie unionale Normen erfolgt, um die Ziele des EU-Vertrags im Rahmen einer neuen politischen und rechtlichen Einheit zu verwirklichen. Entsprechend mutieren der einsilbige Staat zum Mitgliedstaat, die Staatsverwaltung zum Glied einer Verbundverwaltung, die staatliche Rechtsordnung zur Teilrechtsordnung.<sup>24</sup> Die Rechtswissenschaft des staatlichen Rechts sollte dessen Dogmatik in diesem größeren Kontext neu ausrichten. Der Ausdruck *Ius Publicum Europaeum* wird hier verwandt, um entsprechende wissenschaftliche Suchbewegungen zu beschreiben.

## b) Frühe Verwendungen

Ein frühes Beispiel für die neue Verwendung des Ausdrucks findet sich 1991 in einem Aufsatz, der noch vom Umbruch in Osteuropa gezeichnet war. Darin macht *Peter Häberle* auf ein gemeineuropäisches Verfassungsrecht im Sinne gemeinsamer Verfassungsprinzipien und Staatszwecke aufmerksam. Bereits vor dem Vertrag von Maastricht tauchen also Begriffe wie ein gemeineuropäisches *ius constitutionale*, ein *jus commune Europaeum* und eben ein *jus publicum europaeum* auf.<sup>25</sup> Ein weiterer Wegbereiter war

---

<sup>24</sup> Näher *C. Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, VRÜ 43 (2010), 6.

<sup>25</sup> *P. Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 (263). Der Beitrag ist auch nachzulesen bei *P. Häberle*, Europäische Rechtskultur, 1994, 33 ff. Für ähnliche Entwicklungen in Lateinamerika *F. Piovesan*, “Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 3 (2) (2011), 206 ff.; *M. E. Góngora Mera*, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America Through National and Inter-American Adjudication*, 2011; Gutachten *J. Carpizo* für den interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte, Fall *Leopoldo López v. Venezuela*, 2011; das separate Votum des Ad Hoc Richters des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *E. Ferrer Mac-Gregor Poisot*, Fall *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 26.10.2010; eine Übersicht in *A. v. Bogdandy/E. Ferrer Mac-Gregor/M. Morales Antoniazzi* (Hrsg.), *La Justicia*

2001 das XII. deutsch-polnische Verwaltungskolloquium, das diesen Ausdruck aufgriff, um die deutsch-polnische Rechtsvergleichung in einen größeren, eben spezifisch europäischen Kontext einzubetten.<sup>26</sup> Diese Renaissance ist nicht auf den deutschsprachigen Raum begrenzt, wie die Schriftenreihe *Jus Publicum Europaeum* zeigt, welche seit 2002 unter Herausgeberschaft von *Agostino Carrino* erscheint.<sup>27</sup> Sie war zunächst auf die Werke *Hans Kelsens* und *Carl Schmitts* konzentriert, enthält aber auch eine Abhandlung über Rechtsstaat und Demokratie in der Verfassung von Liechtenstein.<sup>28</sup>

### c) Die SIPE und das Handbuchprojekt IPE

Nach diesen ersten Schritten griffen zwei größere Projekte den Ausdruck auf, die beide eine europäische Wissenschaft des öffentlichen Rechts fördern wollen: Die *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE) und das *Ius Publicum Europaeum* (IPE)-Projekt.

Die SIPE, eine europäische wissenschaftliche Vereinigung für öffentliches Recht, verdankt sich einer Initiative der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer im Jahr 2003.<sup>29</sup> Die lateinische Bezeichnung soll an das römische Recht und alteuropäische Traditionen gemeinsamer Lehre und Wissenschaft vom Mittelalter bis in die Neuzeit anknüpfen, aber auch ein heikles sprachpolitisches Problem umgehen, nämlich für eine der geltenden Sprachen zu optieren.<sup>30</sup>

Die Aufgabe der SIPE besteht gemäß Artikel I der Satzung in der wissenschaftlichen Erörterung und Klärung von Fragen des öffentlichen Rechts in Europa,<sup>31</sup> die sich vor allem aus gemeinsamen Herausforderungen ergeben,

---

Constitucional y su Internacionalización. *Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Bd. I, Bd. II, 2010; *P. Häberle*, México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum, in: *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, *P. Häberle/M. Kotzur*, Übersetzung *H. Fix Fierro*, 2011.

<sup>26</sup> *H. Bauer/P. M. Huber/Z. Niewiadomski* (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, 2002, vor allem 5.

<sup>27</sup> Anmerkung: Die vorläufig letzte Ausgabe erschien im Jahr 2010, (Stand: 22.4.2013).

<sup>28</sup> So die Verlagshomepage <<http://www.giappichelli.it>>.

<sup>29</sup> Zum Hintergrund *H. Schäffer*, Gründung einer *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE), *ZÖR* 58 (2003), 405 (405 f.); *H. Schäffer*, Gründung einer *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE), *JAP* 2003, 257 f.

<sup>30</sup> *H. Bauer*, Entstehung und Entwicklung der *Societas Iuris Publici Europaei*, in: *R. Grote et al.* (Hrsg.), *Die Ordnung der Freiheit*, FS Starck, 2007, 496 f.

<sup>31</sup> Siehe *H. Schäffer* (Anm. 29), 405 (408); sowie auf der Homepage des SIPE-Office unter <<http://www.uni-potsdam.de>>.



welchen das nationale öffentliche Recht durch das europäische Recht ausgesetzt wird. Laut *Christian Starcks* programmatischem Einführungsvortrag auf der ersten Tagung gibt es ein *ius publicum europaeum commune*, das sich gleichwertig aus dem Recht der Union und jenem der Mitgliedstaaten zusammensetzt<sup>32</sup> und das eine spezifisch europäische Rechtswissenschaft des öffentlichen Rechts bearbeiten muss.<sup>33</sup> Die Gesellschaft kommt dieser Zielsetzung durch jährliche Tagungen nach.<sup>34</sup> Ihr Mitgliedschaftsverzeichnis spiegelt das Bestreben, ein europäisiertes rechtswissenschaftliches Forum zu eröffnen. Die Mitglieder stammen entsprechend zumeist aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch aus der Schweiz, nicht jedoch aus Russland oder der Türkei. Es ist eine überproportionale Präsenz deutscher und österreichischer Juristen festzustellen.<sup>35</sup>

Der Ausdruck *Ius Publicum Europaeum* (IPE) wurde in den letzten Jahren weiter zum Erkennungsmerkmal des gleichnamigen Handbuch-Projektes.<sup>36</sup> Es baut weniger als das vorbeschriebene Projekt auf das Vermächtnis des römischen Rechts und alteuropäische Traditionen gemeinsamer Wissenschaft. Sein Ausgangspunkt ist vielmehr, dass im Zuge der Europäisie-

<sup>32</sup> *J. Martínez-Soria*, Die Neue Europäische Union – Erste Tagung der Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), JZ 23 (2004), 1164 (1164).

<sup>33</sup> *H. Schäffer* (Anm. 29), 405 (406).

<sup>34</sup> Siehe <<http://www.uni-potsdam.de>>. Die Tagungsbände lauten *J. Iliopoulos-Strangas/H. Bauer* (Hrsg.), Die Neue Europäische Union, 2006; *H. Bauer/A. d'Atena* (Hrsg.), Die Wirkung der Supranationalität auf die Gewaltenteilung, 2007; *H. Schäffer/J. Iliopoulos-Strangas* (Hrsg.), Staatsmodernisierung in Europa, 2007; *H. Bauer/C. Calliess* (Hrsg.), Verfassungsprinzipien in Europa, 2008; *H. Bauer/P. Cruz Villalón/J. Iliopoulos-Strangas* (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, 2009; *J. Iliopoulos-Strangas/O. Diggelmann/H. Bauer* (Hrsg.), Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa, 2010.

<sup>35</sup> <<http://www.uni-potsdam.de>>.

<sup>36</sup> Zu dessen rechtswissenschaftlicher Einordnung und Rezeption siehe die folgenden Rezensionen: Zu den Bänden I und II: *R. Arnold*, R.I.D.C. 60 (2008), 1073; *F. Becker*, European Public Law 15 (2009), 459; *S. Cassese*, Riv. Trimestr. Dir. Pubbl. 2008, 1193; *P. F. Riesco*, Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (REJUAM) 2008, 213; *T. Giegerich*, GYIL 51 (2008), 731; *J. J. Hesse*, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2008, 182; *M. Immediato*, Diritto comunitario e degli scambi internazionali 49 (2010), 194; *J. Ipsen*, Niedersächsische Verwaltungsblätter 2009, 184; *J. K. Murkens*, The Modern Law Review 72 (2009), 686; *W. Kluth*, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 10 (2008), 364; *M. Kotzur*, DÖV 2009, 289; *A. Le Divellec*, Jus Politicum. Revue de droit politique, 2 (2009), abrufbar unter <<http://www.juspoliticum.com>>; *J. Linck*, Zeitschrift für Gesetzgebung 23 (2008), 207; *J. L. Requejo Pagés*, Rev. Esp. Der. Const. 83 (2008), 327; *C. Starck*, AöR 134 (2009), 275; *M. Stolleis*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 126 (2009), 888. Zu Band III: *M. Wiemers*, NVwZ 2011, 989; *H. W. Rengeling*, DVBl 17 (2011), 1085; *L. De Lucia*, Riv. Trimestr. Dir. Pubbl. 2012, 227; *T. Groß*, Die Verwaltung, 2012, 25; *T. Kröll*, ZfW 3 (2012), 436. Zu Band IV: *L. De Lucia*, Riv. Trimestr. Dir. Pubbl. 2012, 229; *A. Kubn*, BayVBl. 14 (2012), 448; *E. Schmidt-Aßmann*, Die Verwaltung, 2012, 264. *T. Kröll*, ZfV 3 (2012), 436; *M. Wiemers*, Neue Verwaltungszeitschrift 2012, 945.

nung, aber auch Internationalisierung der europäischen Staaten<sup>37</sup> das auf deren Territorium geltende öffentliche Recht nicht mehr allein im Lichte eines Staatsrechts von der Verfassung aus zu erschließen ist, sondern unter Einbeziehung des Unionsrechts, des Völkerrechts und rechtsvergleichender Erkenntnisse.<sup>38</sup> Auslegung und Fortentwicklung des öffentlichen Rechts in diesem Rechtsraum sollen im Lichte gemeinsamer Prinzipien und Problemlagen erfolgen und rechtsvergleichend eingebettet sein; dies zu fördern ist das wesentliche Ziel des Publikationsprojektes.

Die Terminologie *Ius Publicum Europaeum* soll dabei einerseits beschreiben, dass die staatlichen, supranationalen und internationalen Institutionen, die auf soziale Beziehungen im europäischen Rechtsraum einwirken, als Träger öffentlicher Gewalt, aber eben nicht als Organe eines übergreifenden politischen Verbands zu begreifen sind. Das entsprechende öffentliche Recht ist also nicht als Teil einer einzigen Rechtsordnung zu begreifen. Gleichwohl sind vor allem aufgrund der Europäisierung, aber auch wegen Internationalisierung im Rahmen von *global governance* die staatlichen, supranationalen und internationalen Hoheitsträger inzwischen so eng verknüpft, dass die Legitimation wirksamer öffentlicher Gewalt nur noch im Gesamtkontext zu ermitteln ist. Legitimationsprobleme eines Hoheitsträgers beschädigen die Legitimation der Entscheidungen anderer Hoheitsträger. Prinzipientreue wird damit zu einer Angelegenheit von gemeinsamem Interesse; dies bringt der Singular *Ius* zum Ausdruck.<sup>39</sup>

Für die Idee des *Ius Publicum Europaeum* ist dabei wesentlich, dass die staatlichen Rechtsräume sich nicht nur "nach oben", sondern auch "zur Seite hin" öffnen und nun als Teil eines europäischen Rechtsraums gedeutet werden sollten.<sup>40</sup> So ist etwa der transnationale Verwaltungsakt zu einer festen und regelmäßigen Figur des Verwaltungsrechts geworden. Maßnahmen eines anderen Staates wirken in Deutschland und werden durch deutsche Behörden vollstreckt.<sup>41</sup> Eine weitere Öffnung erfolgt im Rahmen der Rechtsvergleichung. Nationale Gerichte bedienen sich der Urteile anderer nationaler Gerichte, entwickeln gemeinsam rechtliche Figuren weiter und

<sup>37</sup> Man denke nur an die EMRK und die weitgreifende Rechtsprechung des EGMR.

<sup>38</sup> Näher A. v. Bogdandy, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 66 (2011), 1.

<sup>39</sup> Siehe dazu die Beschreibung des Projektes unter <<http://www.mpil.de>>.

<sup>40</sup> R. Wahl, Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen, in: H. H. Trute/T. Gross/H. C. Röhl/C. Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 869 (897).

<sup>41</sup> E. Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl 108 (1993), 924 (935); G. Sydow, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, 141 ff.

tragen zu einem transnationalen Diskurs der Gerichte bei;<sup>42</sup> ohne Zweifel ist diese Begegnung im europäischen Rechtsraum aufgrund zahlreicher Formen öffentlicher Förderung besonders intensiv.<sup>43</sup> Zwar haben Bezugnahmen bislang eine im Wesentlichen bestätigende Natur und, anders als Urteile des EGMR,<sup>44</sup> keine präjudizielle Wirkung. Es stellt sich aber die Frage, ob im Rahmen der Einbettung des deutschen in den europäischen Rechtsraum die Entscheidungen anderer Höchstgerichte eine entsprechende Wirkung haben sollten. Insbesondere ist zu erwägen, ob die Abweichung von der Lösung eines anderen Gerichts begründungsbedürftig wird.<sup>45</sup> Im Rahmen des europäischen Rechtsraums scheint es angezeigt, dass Fragen von gemeinsamem Interesse in einem gemeinsamen Diskurs erörtert werden, der die dokumentierte Auseinandersetzung mit abweichenden Auffassungen verlangt.

Dieser Befund und die mit ihm zusammenhängende Entwicklung verlangen nach wissenschaftlicher Orientierung und Neuvermessung zentraler Begriffe, Forschungsziele und Methoden in vergleichender Perspektive. Dafür ist eine Reflexion der Entwicklungspfade der erfassten Staaten und Rechtsordnungen unverzichtbar.<sup>46</sup> Eine der wissenschaftlichen Herausforderungen des europäischen Rechtsraums besteht darin, mitgliedstaatliche Ereignisse und Erzählungen in seiner Perspektive neu zu ordnen und damit eine neue Orientierung zu geben, gerade auch für die dogmatische und anwendungsbezogene Rechtswissenschaft. Daneben sind die einzelnen (Teil-) Rechtsordnungen in ein "Gespräch" zu bringen, das Identität *und* Differenz zugleich sucht,<sup>47</sup> um auf dieser Erkenntnisgrundlage den gemeinsamen Rechtsraum zu verstehen und zu gestalten. Die Qualität dieses Rechtsraums hängt davon ab, dass Wissenschaftler und Praktiker ein Verständnis für das Recht anderer Staaten entwickeln. Sie sollten auf der Grundlage gemeinsa-

---

<sup>42</sup> M. Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, 53 ff.; als globales Phänomen E. Benvenuti, Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts, AJIL 102 (2008), 241; A. M. Slaughter, A Global Community of Courts, HILJ 44 (2003), 191.

<sup>43</sup> H. Sauer, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, JRP 18 (2010), 194.

<sup>44</sup> Görgülü Beschluss des BVerfG, BVerfGE 111, 307 (317, 323); vgl. aus jüngster Zeit auch die Sicherheitsverwahrungentscheidung des BVerfG, BVerfGE 128, 326 (368 f.).

<sup>45</sup> A. Paulus, Hybridisierung der Rechtsordnungen: Internationales, nationales und privates Recht. Zusammenspiel der Rechtsquellen – aus völkerrechtlicher Perspektive, Vortrag vor der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, Luzern 14.3.2013, These 18.

<sup>46</sup> R. Zimmermann, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Companion of Comparative Law, 2008, 539 ff.

<sup>47</sup> Näher S. de la Sierra, Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo, 2004, 67 ff.

mer Fertigkeiten, Kenntnisse und Wertvorstellungen operieren. Sie sollten in der Perspektive des europäischen Rechtsraums ihren jeweiligen rechtlichen *Acquis* neu justieren und fortentwickeln.

Zudem ist oft nur mittels Rechtsvergleichung das Regelungsmodell eines europäischen Rechtsaktes oder die Entscheidung eines europäischen Gerichts zu durchdringen und die angestoßene Transformation des nationalen Rechts zu begreifen. Rechtsvergleichung und Kenntnisse anderer Rechtssysteme können dem europäisch wie zwischenstaatlich agierenden Anwalt, Beamten oder Richter helfen, die Positionen der Kollegen zu verstehen und die eigene Argumentationslinie abzustimmen und anzureichern. Ähnliches gilt für die sich intensivierende Begegnung von Rechtswissenschaftlern im europäischen rechtswissenschaftlichen Raum auf Tagungen, am Schreibtisch, und zwar keineswegs allein bei "europabezogenen" Themen. Es wird immer mehr zum Standard guter rechtswissenschaftlicher Forschung, selbst eine rein innerstaatliche Fragestellung in einer europäischen Perspektive und aus fremden Lehren schöpfend neu zu entfalten.

Allerdings ist ausländisches Recht fremd. Rechtsquellen und Rechtskenntnisquellen sind nicht leicht zu erschließen. Zudem ist Vorsicht geboten: Aufgrund der unterschiedlichen Entwicklungspfade können dieselben Worte bzw. ihre sprachlichen Äquivalente divergierende Begriffe tragen. Diese sind nicht einfach zu ermitteln, da Rechtsbegriffe ihren Gehalt aus dem Zusammenhang mit anderen Rechtsbegriffen und ihrer praktischen Handhabung empfangen. Die Pluralität im europäischen Rechtsraum im Allgemeinen sowie die in Art. 4 Abs. 2 EUV anerkannte expressive, die nationale Identität aufzeigende Rolle der mitgliedstaatlichen Verfassungen im Besonderen verlangen, fremdes Recht als fremdes zu akzeptieren und der Neigung entgegenzuwirken, sprachlichen Assonanzen unbeschwert nachzugeben. Es gilt, die Grundlagen anderer europäischer Rechtsordnungen, insbesondere prägende historische Erfahrungen, Entwicklungsstufen, systematische Grundlagen, juristische und rechtswissenschaftliche Stile in der Perspektive des sich bildenden europäischen Rechtsraums zu erschließen und den eigenen Bestand in diesem Lichte fortzuentwickeln. Es ist dieses rechtswissenschaftliche Projekt, für welches der Serientitel *Ius Publicum Europaeum* steht, der an die Verwendung bei *Hagemeyer* anknüpft.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Vgl. bereits A. von Bogdandy, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Vergleich*, in: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber, *Handbuch Ius Publicum Europaeum* II, 2008, 807 ff. Die Bandbreite bisher abgedeckter Themenbereiche reicht von den historischen Grundlagen und dogmatischen Grundzügen des nationalen Verfassungsrechts (Bd. I, erschienen 2007), über die Öffnung der Verfassungsordnungen gegenüber dem Unionsrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Wissenschaft des Verfassungsrechts (Bd. II, 2008), bis zu den Grundlagen, der Wissenschaft sowie den in einer gesamteuropäischen Perspektive

### 3. Grenzen einer Anknüpfung: das Vermächtnis der Sattelzeit

Die Anknüpfung an *Hagemeier* kann allerdings nur lose sein, sind wir doch von seinen Arbeiten durch eine begriffliche "Sattelzeit" getrennt, in der zahlreiche alte Worte, gerade auch solche des öffentlichen Rechts, mit einem neuen begrifflichen Gehalt versehen und an die moderne Welt angepasst wurden.<sup>49</sup> Vor allem der aufgeklärte Absolutismus, die Französische Revolution, der Liberalismus und die demokratischen Bewegungen transformierten das öffentliche Recht in Europa.<sup>50</sup> Der Ausdruck war nunmehr in eine grundlegend veränderte Begriffslandschaft einzubetten.

Ein Aspekt der Sattelzeit ist, dass zwischen *Hagemeier* und der neuen Verwendungslinie des Ausdrucks die nationalstaatliche Orientierung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht liegt. Deren sukzessive Überwindung kann auf keinen Fall als Rückkehr zur frühen Neuzeit erklärt werden.<sup>51</sup> Die heutige Situation ist gewiss nicht pränational, sondern allenfalls postnational.<sup>52</sup> Doch auch dieser Begriff ist nur vorsichtig zu verwenden: Die neue Europäisierung beruht auf der politischen Entscheidung staatlicher Institutionen für ein System ökonomischer und administrativer Interdependenz. Zudem verfügt das neue *Ius Publicum* über gemeinsame Institutionen, insbesondere eine gemeinsame Gerichtsbarkeit. Diese setzte bekanntlich die entscheidenden Impulse für den besonderen Charakter von dessen supranationalem Recht.<sup>53</sup> In der Zeit von *Joachim Hagemeier* sucht man vergeblich nach einem Äquivalent zu jenen engen institutionellen Verflechtungen der europäischen Staaten oder der besonderen Rechtsnatur des Unionsrechts, die den heutigen europäischen Rechtsraum tragen. Jede Analogie zu vor-modernen Zuständen ist problematisch.

---

dargestellten Grundzügen des nationalen Verwaltungsrechts (Bd. III bis V, 2010-2012). Gegenwärtig liegt mit den Bänden VI und VII der Schwerpunkt auf der Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum. Eine Ergänzung des Projektes um den Aspekt der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird in den Bänden VIII und IX erfolgen.

<sup>49</sup> Siehe dazu *R. Koselleck*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe I*, 1972, XV.

<sup>50</sup> Für einen Überblick über die europäischen Verfassungen dieser Zeit und eine Zusammenfassung ihrer Entwicklung siehe *D. Gosewinkel/J. Masing*, *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, 2006; *O. Jouanjan*, *Die Belle époque des Verwaltungsrechts: Zur Entstehung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa (1880-1920)*, sowie *P. Schiera*, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft*, beide in: A. v. Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum IV*, 2011, 425 ff. und 399 ff.

<sup>51</sup> Ausf. *M. Stolleis*, *Das "europäische Haus" und seine Verfassung*, *KritV* 78 (1995), 275 (295).

<sup>52</sup> Siehe zum Begriffsverständnis oben, Anm. 21.

<sup>53</sup> *J. H. H. Weiler*, *The Transformation of Europe*, *Yale L. J.* 100 (1991), 2403 (2403 ff.).

All dies zeigt die Probleme einer engen Anknüpfung der neuen Verwendungslinie des Ausdrucks an die historische Verwendung *Hagemeiers* auf. Beide Verwendungen teilen jedoch ein auf Europa ausgerichtetes Verständnis des öffentlichen Rechts und sind von dem Ziel beseelt, die öffentlich-rechtlichen Diskurse zu verknüpfen. Auch wenn sich der Gegenstand der Untersuchung in den fast vier Jahrhunderten, welche zwischen den Verwendungen des Ausdrucks liegen, fundamental veränderte, findet sich hier eine wesentliche Gemeinsamkeit, welche die Wiederaufnahme trägt. Allerdings fehlt in *Hagemeiers* Verständnis eben weitgehend ein öffentliches Recht jenseits des Staates, welches für das heutige *Ius Publicum Europaeum* schlichtweg grundlegend ist. Diese Dimension findet sich vielmehr in dem zweiten Verständnisstrang, der zudem den ersten an konzeptioneller Tiefe, politischer Bedeutung und normativer Problematik weit überragt.

### III. *Droit public de l'Europe*

Der zweite Verständnisstrang des *Ius Publicum Europaeum* ist geprägt durch das *droit public de l'Europe* (gelegentlich auch in der Form *droit public européen*). Dieses *droit public de l'Europe* ist ein schillernder Begriff: konzeptionell ebenso wie in seiner politischen Ausrichtung. Wir unterscheiden drei Verständnisse: Erstens das Verständnis als *eurozentrisches* Völkerrecht, zweitens als europäisches Ordnungssystem, das *zwischenstaatliches* und *innerstaatliches* Recht umfasst und drittens als Bezeichnung für eine progressive europäische Friedensvision des 19. Jahrhunderts. Für alle Verständnisse ist bezeichnend, dass ungeachtet ihres zwischenstaatlichen Fokus innerstaatliches öffentliches Recht weit wichtiger ist als bei den staatsrechtsblinden Verständnissen des Völkerrechts. In allen Varianten gibt es keine strikte Scheidung von Staatsrecht und Völkerrecht, aber auch keine Einheitskonzeptionen. Vielmehr scheinen pluralistische Konzeptionen auf, die heute modisch sind, deren weithin verdrängte problematische Gehalte in den nun vorzustellenden Konzeptionen aber deutlich werden.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Zur Problematik J. Habermas, Diskurstheorie und Völkerrecht, ZaöRV 73 (2013), 295 ff.

## 1. Eurozentrisches Völkerrecht

Insbesondere in Quellen der zweiten Hälfte des 18. sowie des 19. Jahrhunderts steht der Ausdruck *droit public de l'Europe* für ein eurozentrisches Völkerrecht. Wichtig ist festzuhalten, insbesondere angesichts des von *Carl Schmitt* geprägten Verständnisses von *Ius Publicum Europaeum*, dass der lateinische Ausdruck *jus publicum europaeum*, anders als *Schmitt* implizit vorgibt, zu jener Zeit hierfür nicht üblich war.<sup>55</sup> Auf *droit public de l'Europe* ist einzugehen, erstens wegen der terminologischen Nähe und zweitens, weil ohne das *droit public de l'Europe* das so wirkungsmächtige *jus publicum europaeum* *Carl Schmitts* unverständlich bleibt.

*Wilhelm Grewe* sieht das *droit public de l'Europe* als die geradezu charakteristische Bezeichnung des Völkerrechts des "französischen" Zeitalters.<sup>56</sup> Mit *droit public de l'Europe* war dabei nicht nur zwischenstaatliches Recht bezeichnet. Viele Autoren des 18. Jahrhunderts fassten unter diesen Begriff auch gemeinsame Grundprinzipien öffentlicher Gewalt in Europa, etwa dynastische Erbfolgeordnungen, Heiratsverträge, höfische Konventionen und politische Maxime.<sup>57</sup> *Carl Schmitt* formuliert prägnant, dass die europäische Ordnung des 17. und 18. Jahrhunderts ein "dynastisches Zwischen-Familien-Recht" mit einem "Zwischen-Staaten-Recht" verknüpft hatte.<sup>58</sup> Treffend spricht *Grewe* in einem früheren Aufsatz von einem inhaltlich<sup>59</sup> angereicherten Völkerrecht.<sup>60</sup> Während des Zeitalters des Konstitutionalismus, also nach der französischen Revolution und der Restauration 1814-1823,<sup>61</sup> verloren diese dynastischen Elemente an Bedeutung, so dass der Ausdruck *droit public de l'Europe* sich zunehmend auf solche Elemente konzentrierte, die heute als Völkerrecht gelten.

<sup>55</sup> Ähnlich *H. Steiger*, Völkerrecht, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* VII, 119 f.; *H. Steiger*, Vorsprüche zu und in Friedensverträgen der Vormoderne, in: H. Duchhardt/M. Peters (Hrsg.), *Kalkül – Transfer – Symbol. Europäische Friedensverträge der Vormoderne*, 2006, Abschnitt 6-40, Fn. 93 (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz, Beiheft online 1), <<http://www.ieg-mainz.de>>. Siehe dazu insbesondere auch die in III. 3. gezeigten Statistiken.

<sup>56</sup> *W. Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1984, 47.

<sup>57</sup> *W. Grewe* (Anm. 56), 48. Der Rechtsvergleichung im Sinne *Hagemeyers* kam dabei keine zentrale Rolle zu.

<sup>58</sup> *C. Schmitt* (Anm. 4), 208.

<sup>59</sup> Etwa um dynastische Thronfolgeregelungen, aber auch die seit dem Westfälischen Frieden europäisierten Elemente der Reichsverfassung.

<sup>60</sup> *W. Grewe*, Vom europäischen zum universellen Völkerrecht, *ZaöRV* 42 (1982), 449 (463).

<sup>61</sup> Erstes Exil Napoleons bis zum Kongress von Verona.

a) *Gabriel Bonnot de Mably*

Die einflussreichste Prägung dieses Begriffs erfolgte im Jahr 1748 durch *Abbé Gabriel Bonnot de Mably* in dessen Werk “Le droit public de l’Europe fondé sur les traités”.<sup>62</sup> *Mably*, ein älterer Bruder des Philosophen *Étienne Bonnot de Condillac*, galt während seiner Schaffensperiode als einer der bedeutendsten politischen Schriftsteller Frankreichs, geriet aber im Gegensatz zu anderen französischen Autoren dieser Epoche wie insbesondere *Rousseau* weitestgehend in Vergessenheit. Ihm hatte nach dem Besuch des Priesterseminars St. Sulpice in Paris eine vielversprechende kirchliche Karriere offengestanden. Stattdessen besuchte er den Salon der *Madame de Tencin*, den auch *Montesquieu* frequentierte. Als Sekretär des *Kardinals de Tencin* gewann er diplomatische Erfahrungen und legte eine Sammlung aller europäischen Verträge seit 1648 an, dem Fundament für sein Werk über das “*droit public de l’Europe*”. Dieses durfte zwar in Frankreich zunächst nicht verlegt werden, entwickelte sich dann aber zu einem Standardwerk.<sup>63</sup>

Wie schon der Titel andeutet, stehen die zwischenstaatlichen Verträge in Europa im Zentrum dieses Konzepts eines *droit public*.<sup>64</sup> Die Darstellung setzt mit den Verträgen von Münster und Osnabrück ein.<sup>65</sup> Die Artikel der Westfälischen Verträge waren nach Ansicht des Autors “autant des lois pour l’Europe”.<sup>66</sup> *Mably* unterbreitet eine ausführliche Beschreibung der wichtigsten Verträge, die er zudem – zumeist aus französischer Perspektive – historisch einbettet und politisch wertet.<sup>67</sup> Die Funktion dieses Begriffs bei *Mably* erklärt *Wilhelm Grewe* so, dass er das Völkerrecht aus dem christlichen Naturrecht löse. Die neue Bezeichnung drückt danach aus, dass es sich um eine Rechtsordnung handelt, welche die europäischen Mächte gestalten konnten.<sup>68</sup>

Der Ausdruck *droit public de l’Europe* war dabei im 18. Jahrhundert keineswegs unkontrovers. *Gaspard de Réal de Curban* bezeichnete ihn sogar

<sup>62</sup> Ihm war allerdings 1746 das Werk von *J. A. Abreu* mit dem Titel “Derecho Público de la Europa” vorangegangen. Siehe dazu *W. Grewe* (Anm. 56), 47 f. Zur prägenden Bedeutung von *Mably* siehe unlängst auch *M. Koskeniemi*, in: *H. Lindemann et al.*, *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, 2012, 43.

<sup>63</sup> Zu den biographischen Ausführungen siehe *E. A. Whitfield*, *Gabriel Bonnot de Mably*, 1930, 3 ff., 32 f.

<sup>64</sup> Vgl. *G. B. de Mably*, *Collection complète des oeuvres de l’abbé de Mably V*, 1794/1795 (L’an III de la République), 237.

<sup>65</sup> *G. B. de Mably* (Anm. 64), 239; früheren Verträgen misst er nur historische Bedeutung zu.

<sup>66</sup> *G. B. de Mably* (Anm. 64), 329.

<sup>67</sup> Siehe etwa *G. B. de Mably* (Anm. 64), 254 ff.

<sup>68</sup> Vgl. *W. Grewe* (Anm. 56), 48.



als “*vicioux*”, da gar kein öffentliches Recht Europas existiere. Jedes Land Europas verfüge über ein eigenes *droit public*, der Gegenstand von *Mablys* Abhandlung sei hingegen das *droit des gens*, das vom *droit public* zu unterscheiden sei.<sup>69</sup> Dennoch konnte sich die Verwendung im Sinne *Mablys* durchsetzen und blieb mehr als hundert Jahre ein prägender, ja leitender Begriff. Im Schrifttum des 20. Jahrhunderts findet sich zwar die These, der Ausdruck *droit public de l'Europe* bezeichne, wie der Westfälische Frieden das Reichsrecht mit den allgemeinen europäischen Staatenbeziehungen verknüpfe.<sup>70</sup> Dieses Verständnis findet aber in dem begriffsprägenden Werk *Mablys* kaum Rückhalt und gibt nicht das Verständnis des 18. Jahrhunderts wieder.

### b) *Droit public de l'Europe* und *jus publicum Europaeum*

*Droit public de l'Europe* und *jus publicum Europaeum* bezeichneten danach im 18. und 19. Jahrhundert grundsätzlich unterschiedliche Rechtsphänomene. Gleichwohl sei nicht verschwiegen, dass es vereinzelte Ausnahmen hiervon gibt. Dabei handelt es sich zumeist um unmittelbare lateinische Übersetzungen für den Ausdruck *droit public de l'Europe*, die keine begriffsumprägende Intention aufweisen. Das wohl wichtigste Beispiel ist der in lateinischer Sprache verfasste Bücherkatalog der akademischen Bibliothek von Lausanne aus dem Jahr 1792, wo *Jus Publicum Europaeum* als lateinischer Sammelbegriff für Werke zum *droit public de l'Europe* Verwendung fand.<sup>71</sup>

Diese grundsätzliche Trennung von *droit public de l'Europe* und *jus publicum Europaeum* ist gerade im deutschen Sprachraum bedeutsam, wo statt *droit public de l'Europe* die lateinischen Ausdrücke *jus gentium* oder *jus inter gentes* für das zwischenstaatliche Recht vorherrschend blieben.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Zitiert nach *H. Wheaton*, *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique*, Bd. 1, 1865, 252. *Emer de Vattel* soll dann die privatrechtliche Konzeptualisierung zum Durchbruch bringen, dazu *E. Jouannet*, *Vattel and the Emergence of Classic International Law*, 2012.

<sup>70</sup> *E. Reibstein*, *Das “Europäische Öffentliche Recht”, 1648-1815*, AVR 8 (1959/1960), 385.

<sup>71</sup> Es handelt sich dabei hauptsächlich um Werke über die zwischenstaatlichen Verträge in Europa sowie um das oben genannte Werk *Mablys*, *Catalogus Librorum Bibliothecae Academiae Lausannensis*, 1792, XIII, 259 f.

<sup>72</sup> Die von *Henry Hallam* bereits im 19. Jahrhundert vertretene These, dass das *law of nations* zuerst in Deutschland (im damaligen weiteren geographischen Sinn) gelehrt wurde und “out of the public law of the empire” gewachsen sei, vermochte daran nichts zu ändern. *H.*

Dabei bezeichneten damalige Rechtswissenschaftler das Reichsrecht, also das Recht des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation, ungeachtet der fortschreitenden Schwächung des Reichs und seines Wandels in eine bloße Rechtsunion von weitgehend selbstständigen Staaten weiterhin als *ius publicum*.<sup>73</sup> Für diese Juristen verfügte das Reich unbeschadet seines allmählichen Verfalls weiterhin über ein *Staatsrecht*, das sie üblicherweise als *ius publicum* bezeichneten, wenngleich natürlich nicht als *ius publicum europaeum*.<sup>74</sup>

### c) Der Vertrag von Paris

Eine besonders prominente Rolle gewinnt der Begriff *droit public* im Vertrag von Paris aus dem Jahr 1856, welcher für das europäische Staatensystem des 19. Jahrhunderts eine besondere Rolle spielte. In ihm kommt die Eurozentrik dieses Begriffs besonders klar zum Ausdruck. In Art. 7 erklärten die europäischen Großmächte die Hohe Pforte, also das Osmanische Reich, “admise à participer aux avantages du droit public et du concert européen”.<sup>75</sup> Die nähere Bedeutung dieser Verwendung des Ausdrucks war allerdings umstritten. Für unseren Zusammenhang ist vor allem wichtig, dass nach einem Verständnis das “droit public et du concert européen” die Mitte der Weltordnung bildete, in welche die Türkei nunmehr aufgenommen wurde, während nach einem anderen Verständnis dieses *droit public*

---

Hallam, *View of the State of Europe during the Middle Ages*, 6. Aufl. 1864, 242; so erneut M. Koskenniemi (Anm. 62), 43.

<sup>73</sup> Für einen Überblick über die Entwicklung dieses *ius publicum romano-germanici* siehe W. Pauly (Anm. 1), 465 ff. Als Beispiele für diese Begriffsverwendung können genannt werden: J. E. O. v. Hein, *Jus publicum imperii romano-germanici novissimum*, 1717; D. H. Kemmerich, *Introducito ad Jus Publicum Imperii Romano Germanici*, 1721; J. F. Hombergke zu Vach, *Ius Publicum Imperii Romano Germanici*, 1728; J. J. Mascov, *Principia Juris Publici Imperii Romano-Germanici*, 1729.

<sup>74</sup> Man beachte dabei etwa Zedlers “*Großes Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste*”, wobei der Begriff *Jus publicum* auf *Publicum Jus* verweist. Dieses Begriffsverständnis lehnt sich ausdrücklich an die Staatsverfassung der römischen Republik an. J. H. Zedler, *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste* XXV, 1740, 564; sowie für die Verweise J. H. Zedler, *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste* XXIX, 1741, 1140 sowie XIV, 1739, 1678. Ein Eintrag für *Jus Publicum Europaeum* existiert nicht, sehr wohl aber für *Jus Gentium*, wenngleich dieser nur auf den Eintrag zum Völkerrecht verweist. J. H. Zedler *Grosses vollständiges ...* XIV, (Anm. 74), 1739, 1677.

<sup>75</sup> General Treaty for the Re-Establishment of Peace between Austria, France, Great Britain, Prussia, Sardinia and Turkey, and Russia, signed at Paris, 30.3.1856, CTS 114; 409, 414.

nur ein regionales Völkerrecht war, das vor dem Hintergrund eines zunehmend globalisierten Völkerrechts stand.<sup>76</sup>

Die Gründe für die divergierenden Deutungen liegen im Gegensatz zwischen der vorherigen gleichzeitigen faktischen Einbindung und theoretischen Ausgrenzung des Osmanischen Reichs aus dem eurozentrischen Völkerrecht. Die faktische Einbindung erfolgte insbesondere durch die alte, vertraglich gesicherte französisch-osmanische Allianz. *Mably* selbst hatte bereits in seinem begriffsprägenden Werk den vertraglichen Beziehungen zwischen den christlichen Mächten und der hohen Pforte ein eigenes Kapitel gewidmet.<sup>77</sup> Dem steht die theoretische Ausgrenzung gegenüber, welche sich aus tradierten Rechtsauffassungen beider Seiten ergab.<sup>78</sup> Von beiden Seiten gab es Gründe für eine vermeintliche Unmöglichkeit der (permanenten) Einbindung der anderen Seite in das eigene System zwischenstaatlichen Rechts.<sup>79</sup> Die Ausführungen *Mablys* können so gedeutet werden, dass die Aufnahme in das *droit public de l'Europe* schrittweise erfolgte und erst im Jahr 1856 ihren Abschluss fand. In diesem Sinne äußert sich 1990 auch *Heinz Duchhardt*, wonach das Osmanische Reich seit 1699 graduell in das "*Jus Publicum Europaeum*"<sup>80</sup> (treffender: in das *droit public de l'Europe*, *Duchhardts* Terminologie ist ein *Schmittianismus*, dazu unten) hineingewachsen sei.<sup>81</sup> Für *Duchhardt* stellte ebenso wie zuvor für *Mably* die "ko-

<sup>76</sup> Zur dahingehenden Deutung von *W. Grewe* als von dessen epochenprägenden *droit public de l'Europe* zu trennender Begriff siehe unten.

<sup>77</sup> Diese systematische Darstellung der Friedensverträge ließ er mit dem Frieden von Eisenburg/Vasvár aus dem Jahr 1664 beginnen. Chapitre V in der Ausgabe der gesammelten Schriften von 1792/1795 (Jahr III der Republik). Siehe *G. B. de Mably*, Collection complète des oeuvres de l'abbé de Mably VI, 1794/1795 (l'an III de la République), 1 ff. Zu den französisch-osmanischen Beziehungen siehe 20 f. sowie 35 ff., zum Frieden von Eisenburg/Vasvár (bei *Mably Vasvár*) siehe 71 ff.

<sup>78</sup> Denn diese erschien keineswegs nur aus der europäischen Perspektive als rechtlich problematisch, sondern auch aus der osmanisch-islamischen. So wies *Mably* unter Berufung auf die Memoiren des *Grafen Montecuculli* (gemeint wohl der österreichische Feldherr *Raimondo Graf Montecucoli*) auch auf die Probleme hin, welche traditionelle islamische Vorstellungen damals hinsichtlich eines dauerhaften Friedensschlusses mit Nichtmuslimen bereiteten. Aus diesen Gründen konnte Frieden formell nur in der Form eines zeitlich befristeten Waffenstillstandes geschlossen werden. *G. B. de Mably* (Anm. 77), 82.

<sup>79</sup> Ein Umdenken ist bereits zur Zeit *Mablys* zu bemerken. Dieser betont, dass zu seiner Zeit ein Umdenken unter den muslimischen Geistlichen eingesetzt hätte. Diese hätten Grundsätze aufgestellt, welche "plus conforme au droit de la nature et à la règle de la raison" seien. Dazu waren dieser Ansicht nach die Osmanen bereits seit Längerem nicht ehrgeiziger oder unruhiger als die anderen, christlichen Völker Europas gewesen und hätten begonnen, dauerhafte Friedensverträge zu schließen. *G. B. de Mably* (Anm. 77), 82 f.

<sup>80</sup> Das Verhältnis des von *Duchhardt* verwendeten Begriffs des *ius publicum europaeum* zum *droit public européen* wurde allerdings nicht ausgeführt, eine weitgehend deckungsgleiche Verwendung kann jedoch auf Grund des Kontextes angenommen werden.

<sup>81</sup> *H. Duchhardt*, Altes Reich und europäische Staatenwelt 1648-1806, 1990, 72.

ranrechtliche” Unmöglichkeit eines dauerhaften Friedens des Osmanischen Reiches mit nichtmuslimischen Staaten den Ausgangspunkt dar.<sup>82</sup> Die Integration sei zwar praktisch bereits in den ersten vier Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts gelungen, eine aktive völkerrechtliche Position des Osmanischen Reiches jedoch von den europäischen Mächten erst mit dem Frieden von Paris akzeptiert worden.<sup>83</sup>

Doch auch für einen begrifflichen Wandel des *droit public européen* zu einem regionalen Völkerrechtssystem vor dem Hintergrund eines zunehmend globalisierten allgemeinen Völkerrechts finden sich Hinweise. *Wilhelm Grewe* etwa trennt das *droit public* des Vertrags von Paris von dem für die Epoche bis 1815 namensgebenden *droit public de l'Europe*. Das *droit public européen* mutiert hier laut *Grewe* zur Bezeichnung der Rechtsordnung des *concert européen*.<sup>84</sup> Es bildete somit den institutionellen Mittelpunkt eines “regionalen” europäischen Sondervölkerrechts des 19. Jahrhunderts. Dieses System war wiederum im universellen Völkerrecht verankert und wurde 1856 durch die Aufnahme des Osmanischen Reichs entsprechend erweitert.<sup>85</sup>

Begriffliche Mutationen zeigen sich auch in *August Wilhelm Heffters* bedeutendem Werk “Das Europäische Völkerrecht”. Die Ausgabe von 1867 konstatiert für das Jahr 1856 den Eintritt des Osmanischen Reichs in die europäische “Staatsgenossenschaft” und deren “öffentliches Recht”.<sup>86</sup> Die französische Fassung nutzt allerdings den Ausdruck *droit public (européen)*.<sup>87</sup> Hervorzuheben ist, dass *Heffter* in diesem Zusammenhang sogar die Formulierung “Gemeinschaft des Europäischen öffentlichen Rechtes” verwendete. Der Verweis auf den genannten Art. 7<sup>88</sup> macht allerdings eine wörtliche Übersetzung des französischen Ausdrucks wahrscheinlich. Dazu kommt, dass in der französischen Ausgabe des Werks der Ausdruck *droit*

<sup>82</sup> Er wies allerdings auch auf das faktische Verhalten des osmanischen Reiches hin, welches diesem Grundsatz längst nicht mehr entsprach. *H. Döbner*, Friedenswahrung im 18. Jahrhundert, *HZ* 240 (1985), 265 (274 f.).

<sup>83</sup> *H. Döbner* (Anm. 82), 265 (277 f.).

<sup>84</sup> *W. Grewe* (Anm. 56), 509. In eine ähnliche Richtung *D. Gaurier*, *Historie du droit international*, 2005, 387. Wichtig auch *H. McKinnon Wood*, *The Treaty of Paris and Turkey's Status in International Law*, *AJIL* 37 (1943), 262 (264 ff.).

<sup>85</sup> *W. Grewe*, (Anm. 60), 473 f. Anmerkung: Eine solche Interpretation wird dabei auch dem für die Entwicklung bei *Carl Schmitt* so wichtigen *public law of Europe* von *Julius Goebel* unterstellt.

<sup>86</sup> *A. G. Heffter*, *Le droit international public de l'Europe*, 2. Aufl. 1866, 14 f.

<sup>87</sup> Gleichzeitig stellte *Heffter* allerdings die Tragweite dieser Aufnahme weiterhin in Frage, da er einen Vorbehalt hinsichtlich Verstößen gegen die muslimische Religion als stillschweigend und selbstverständlich annahm. *A. G. Heffter*, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 5. Aufl. 1867, 15.

<sup>88</sup> *A. G. Heffter* (Anm. 87), 13, siehe auch 15.

*public européen* nicht nur in diesem Fall Verwendung findet, sondern als französischer Ausdruck für das "Europäische Völkerrecht" dient.<sup>89</sup>

## 2. Ganzheitliche Konzeptionen

### a) Legitimistisches Ordnungssystem (*Talleyrand, Ernst Rudolf Huber*)

Ein legitimistisches Ordnungsverständnis des *droit public de l'Europe* findet sich beim deutschen Verfassungshistoriker *Ernst Rudolf Huber*. Er hatte 1926 bei *Carl Schmitt* promoviert und war von diesem 1932 als Berater für die Staatsnotstandspläne der Kabinette von *Papen* und *Schleicher* hinzugezogen worden. 1933 an die Universität Kiel berufen wurde er zum Teil der nationalsozialistisch geprägten Kieler Schule und schuf mit seinem *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*<sup>90</sup> ein Standardwerk des nationalsozialistischen Staatsrechts. Nach dem Krieg im Entnazifizierungsverfahren als "Mitläufer" eingestuft, erreichte er zwischen 1949 und 1957 seine stufenweise Reintegration in das akademische Leben, wobei *Wilhelm Grewe* zu seinen Unterstützern zählte. Dies wurde schon damals überaus kritisch gesehen: Für *Adolf Merkel* etwa symbolisierten *Carl Schmitt* und *Ernst Rudolf Huber* als Lehrer der Bonner Verfassung eine "Verseuchung der deutschen Hochschulen mit totalitärem Ungeist". Letztlich gelang *Huber* als Verfassungshistoriker eine beachtliche Neubelebung seines akademischen Rufes, nicht zuletzt durch seine *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*.<sup>91</sup>

In deren Band I wies er im Jahre 1957 dem "*Jus Publicum Europaeum*" im Zusammenhang mit dem europäischen Legitimationsprinzip eine doppelte Funktion für das innere *und* äußere Recht der europäischen Staaten des Ancien Régime zu. Nach *Huber* bestand das "*jus publicum Europaeum*" jener Zeit nicht nur aus dem Recht der zwischenstaatlichen Beziehungen, sondern umfasste gleichzeitig "unverbrüchliche" Elemente eines gemeineuropäischen Staatsrechtes.<sup>92</sup> Die staatsrechtliche Dimension, auf die bereits *Grewe* hinwies,<sup>93</sup> wird bei *Huber* durch das Moment der Unverbrüchlichkeit überhöht. Die Verwendung des lateinischen, nicht des üblichen franzö-

<sup>89</sup> A. G. Heffter (Anm. 86), 8 ff.

<sup>90</sup> E. R. Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Staates, 2. Aufl. 1939.

<sup>91</sup> Näher E. Grothe, Eine "lautlose" Angelegenheit? Zur Rückkehr des Verfassungshistorikers E. R. Huber in die universitäre Wissenschaft nach 1945, Zeitschrift für Geschichtswissenschaft, Heft 11 (1999), 982 ff.; sowie A. Cordes/H. Lück/D. Werkmüller/C. Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II, 2. Aufl. 2012, 1138 f.

<sup>92</sup> E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, 1957/1960, 16 ff.

<sup>93</sup> Oben, Anm. 60.

sischen Ausdrucks erklärt sich durch den Verweis auf *Carl Schmitt* und dessen noch zu beschreibende Begriffstransformation.<sup>94</sup>

Weit mehr als *Grewe's droit public de l'Europe* hat *Huber's jus publicum Europaeum* eine legitimistische Stoßrichtung. Dies wird deutlich, da *Huber* unter Bezug auf dieses *jus publicum Europaeum* die Intervention der anderen europäischen Staaten ins revolutionäre Frankreich für gerechtfertigt hielt: *Huber* beschreibt den revolutionären Sturz und die Hinrichtung des französischen Königs als Verletzung des gemeineuropäischen Verfassungsprinzips der Legitimität. Die Souveränität der Staaten der "abendländischen" Staatengemeinschaft stoße an ihre Grenze, wenn staatliche Maßnahmen die gemeinsamen Grundlagen der europäischen Staatenverfassung verletzen.<sup>95</sup>

Dieses Verständnis hat deutliche Schwächen. So bleibt bei *Huber* unbeantwortet, warum die Hinrichtung von *Charles I* in England 1649 und die Errichtung des republikanischen Commonwealth zu keiner entsprechenden Reaktion führte.<sup>96</sup> Gegen *Huber* spricht auch, dass *Napoleon Bonaparte* im Jahr 1810 in einer Botschaft an den französischen Senat dem britischen Gegner vorwarf, durch die Blockade Kontinentaleuropas durch die Orders in Council (arrêts du conseil) von 1806 und 1807 das *droit public de l'Europe* auseinandergerissen (déchiré) zu haben.<sup>97</sup> Wäre diesem die von *Huber* zugeschriebene Bedeutung zugekommen, wäre eine entsprechende Argumentation eines auf revolutionärem Wege auf den Thron gelangten Kaisers der Franzosen schwer erklärbar.<sup>98</sup> Allerdings könnte *Napoleons* Position auch so zu verstehen sein, dass sie das alte *droit public de l'Europe* im Sinne der neuen Ordnung umformen sollte.<sup>99</sup>

Dass das legitimistische Verständnis gleichwohl keine reine Erfindung des bundesrepublikanischen Verfassungshistorikers war, ergibt sich aus der

<sup>94</sup> *E. R. Huber* (Anm. 92), 16.

<sup>95</sup> *E. R. Huber* (Anm. 92), 16 ff.

<sup>96</sup> Vgl. nur *K. H. Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2007, 146. Dieser nennt beide Fälle als Beispiele dafür, dass es einer besonderen Anerkennung der republikanischen Staatsform nicht mehr bedurfte. Hervorzuheben ist auch die Position *Robert Phillimore's*, wonach nicht die Revolution selbst, sondern erst die Erklärung der globalen militärischen Unterstützung der revolutionären Sache durch den Nationalkonvent 1792 als Kriegserklärung gegen alle Nationen gedeutet wurde und damit die britische Neutralität beendet habe. *Sir R. Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 3. Aufl. 1879, 561 f.

<sup>97</sup> Allerdings folgerte er daraus auch, dass "(u)n nouvel ordre des choses régit l'univers". Siehe *L. Goldsmith*, Cours politique et diplomatique de Napoleon Bonaparte, Bd. 5, 1816, 431.

<sup>98</sup> Allerdings wurde *Napoleons* Politik auch als Versuch interpretiert, die Bourbonen im Rahmen des *droit public de l'Europe* durch seine eigene Familie zu ersetzen. So etwa *J. B. H. R. Capefigues*, L'Europe pendant le consulat et l'empire de Napoléon VI, 1840, 401.

<sup>99</sup> Vergleiche hierzu *E. R. Huber* (Anm. 92), 18.

gleichsinnigen Verwendung des *droit public européen* durch *Charles Maurice de Talleyrand-Périgord*, einem der führenden Staatsmänner der europäischen Sattelzeit. Nach dem Scheitern der revolutionären Neuordnung Europas und dem Sieg der reaktionären Mächte verfocht er unter dem Ausdruck *droit public européen* die monarchische Legitimität als Leitprinzip. Er positioniert dieses Prinzip ebenso geschickt wie anschaulich in einem Brief vom 19. Dezember 1814 an den *Fürsten von Metternich* zur polnisch-sächsischen Frage, als die Alternative zu einem Recht des Stärkeren, das als Leitprinzip in allen europäischen Hauptstädten gefürchtet war.<sup>100</sup> Ähnliches findet sich in den unter Mitwirkung *Talleyrands* verfassten Anordnungen des französischen Königs<sup>101</sup> an seine Botschafter am Wiener Kongress. Die monarchische Souveränität wurde mit dem Privateigentum verglichen. Die Pointe liegt darin, dass dem Schutz des Privateigentums im *droit public* des jeweiligen Landes der Schutz der monarchischen Souveränitätsrechte durch das *droit public européen* entspreche.<sup>102</sup>

Die Funktion dieser Verwendung *Talleyrands* ist klar legitimistisch. Als ehemaliger Repräsentant der Revolution und des bonapartistischen Empire wollte er nunmehr besonders überzeugend sowohl die Interessen des besiegten Frankreichs als auch der restaurierten Monarchie gegenüber den konservativen Siegermächten vertreten. Dafür schien die traditionalistische Auffassung von monarchischer Legitimität besonders geeignet, wenn sie als Grundprinzip des *droit public européen* kurzum als rechtliche Grundlage der europäischen Ordnung erstarkte. So wurde das *droit public européen* zu einer wichtigen Waffe im arg begrenzten Arsenal des Geostrategen. Der Kniff war, dass sie nicht nur die Position *Talleyrands* als Vertreter eines legitimen Monarchen (statt einer besiegten Nation) stärkte, sondern für die Monarchen insgesamt von großem Interesse im Kampf der Ideen war.

*Talleyrand* gelang es insbesondere in der polnisch-sächsischen Frage, die französischen Interessen mittels der legitimistischen Argumentation effektiv zu vertreten. Er erreichte in dieser Frage sogar eine Allianz mit Österreich und Großbritannien<sup>103</sup> und vertiefte damit die Risse zwischen den Sieger-

<sup>100</sup> *Talleyrand* sprach hier nur von einem "droit public", bezog dieses jedoch auf die zwischen europäischen Verhältnisse. P. L. Couchoud/J. P. Couchoud (Hrsg.), *Mémoires de Talleyrand*, Bd. 2, 1957, 436 ff.

<sup>101</sup> P. L. Couchoud/J. P. Couchoud (Anm. 100), 351. *Wilhelm Grewe* sah *Talleyrand* überhaupt als den wahrscheinlichen Urheber des Dokuments und auch *Talleyrands* Biograph *Duff Cooper* ließ an dessen Urheberschaft wenig Zweifel. Siehe *W. Grewe* (Anm. 56), 502 f. sowie *D. Cooper*, *Talleyrand*, 1955, 232 f.

<sup>102</sup> Das *droit public* wird hier zur "loi général du territorial formant le domaine commun de l'Europe". P. L. Couchoud/J. P. Couchoud (Anm. 100), 351 (354 ff.).

<sup>103</sup> Treaty of Defensive Alliance between Austria, France and Great Britain, signed at Vienna, 3.1.1815, in: C. Parry (Hrsg.), *The Consolidated Treaty Series*, Bd. 63, 1969, 435 ff.

mächten. Dies beförderte zwei wichtige Ziele Frankreichs: Polen nicht ungeteilt der russischen und Sachsen nicht der preußischen Herrschaft zu überlassen.<sup>104</sup> Das Argument der monarchischen Legitimität als politisches und rechtliches Grundprinzip diente auch zwei weiteren Zielen: die Wiedereinsetzung der Bourbonen in Neapel und die Verteidigung der Rechte des Königs von Sardinien gegenüber dem Haus Österreich.<sup>105</sup> Dies demonstriert deutlich den geostrategischen Hintergrund von *Talleyrands* legitimistischer Argumentation.

## b) Binnenrecht eines Kulturraums (*Marquardt*)

Eine noch stärker gesamtheitliche Konzeption, die Staatsrecht und zwischenstaatliches Recht überwölbt, findet sich in den Schriften des Schweizer Rechtshistorikers *Bernd Marquardt*. Zu erwähnen sind insbesondere das Werk “Die ‘Europäische Union’ des vorindustriellen Zeitalters”,<sup>106</sup> erschienen im Jahre 2005, und die “Universalgeschichte des Staates” aus dem Jahr 2009.<sup>107</sup> Das erste Werk trägt dabei den Untertitel “Vom Universalreich zum Staatskörper des Jus Publicum Europaeum (800-1800)”. *Jus Publicum Europaeum* wird folglich mit “Öffentliches Recht Europas” übersetzt.<sup>108</sup> Wie rechtfertigt der Autor dieses Verständnis? In zwei der von ihm zur Stützung angegebenen Quellen, den “Epochen der Völkerrechtsgeschichte” von *Wilhelm Grewe* und einem Beitrag von *Heinhard Steiger*, fehlt der lateinische Ausdruck *jus publicum europaeum*. Man trifft vielmehr auf den Ausdruck *droit public de l’Europe*.<sup>109</sup> Einschlägiger ist die ebenfalls als Quelle angeführte Völkerrechtsgeschichte *Karl-Heinz Zieglers* von 1994, welche das frühere Völkerrecht zwischen den christlichen Nationen Europas als “öffentliches Recht Europas” bezeichnet, und die Termini *Ius publicum Europaeum* und *Droit public de l’Europe* hinzugefügt, ohne jedoch dies

<sup>104</sup> Wobei sich diese Interessen mit jenen Österreichs und Großbritanniens trafen, da *Metternich* und *Castlereagh* sich um die möglichen Konsequenzen einer Annexion Sachsens durch Preußen und mehr noch einer Annexion Polens durch Russland für das Gleichgewicht der europäischen Großmächte sorgten. Näher *H. A. Kissinger*, *A World Restored*, 1957, 147 f.

<sup>105</sup> *P. L. Couchoud/J. P. Couchoud* (Anm. 100), 370.

<sup>106</sup> *B. Marquardt*, Die “Europäische Union” des vorindustriellen Zeitalters, 2005. Zur wissenschaftlichen Einordnung dieser Arbeit siehe insbesondere die Rezension von *M. Stollis*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 62 (2007), 161.

<sup>107</sup> *B. Marquardt*, *Universalgeschichte des Staates*, 2009.

<sup>108</sup> *B. Marquardt* (Anm. 106), 15.

<sup>109</sup> Vgl. *W. Grewe* (Anm. 56), 47, 337 ff.; *H. Steiger*, *Konkreter Friede und allgemeine Ordnung*, in: 1648: Krieg und Frieden in Europa, Bd. 1, 1998, (<<http://www.lwl.org>> im Internet-Portal “Westfälische Geschichte”).



zu vertiefen.<sup>110</sup> In der letzten in diesem Werk zitierten Quelle, der “Einführung in das Völkerrecht” von *Otto Kimminich*, wird nur der Ausdruck *ius publicum europaeum* verwendet, nicht aber *droit public de l’Europe*. Die Ausführungen über die Aufnahme nichtchristlicher Mächte in dieses “europäische öffentliche Recht” verweisen aber auf den besprochenen Art. 7 des Pariser Friedensvertrages von 1856 und führen damit zum *droit public européen*.<sup>111</sup> Es handelt sich also in allen Fällen inhaltlich um das oben beschriebene *droit public européen* bzw. *de l’Europe*, wenngleich – möglicherweise als Folge der *Schmittschen* Begriffstransformation – teilweise in latinisierter Form.

Ungeachtet dieser Schwächen eröffnet *Marquardt* eine der europäischen Integration geschuldete neue Perspektive auf die europäische Geschichte und unterbreitet eine Neuprägung des Begriffs. Denn selbst wenn sie im *droit public de l’Europe* im Sinne der hier unter Abschnitt 3 zusammengefassten Bedeutungslinie wurzelt, eröffnet sich doch der Blick auf eine weitere wichtige Dimension. Schon in der Einführung verweist er unter anderem darauf, dass *Johann J. Moser* im Jahr 1750 von einem “europäischen Staatskörper” ausging.<sup>112</sup> Es ist das Recht dieses Staatskörpers, das *Marquardt* später in der *Universalgeschichte* als *Jus Publicum Europaeum* bezeichnete, als das “Recht einer spezifischen agrarischen Zivilisation”.<sup>113</sup> In der “Europäische(n) Union’ des vorindustriellen Zeitalters” trete es als “hochkulturraumgebundenes Binnenrecht”<sup>114</sup> von der “inter-regionalen” Ebene zwischen “europäunmittelbaren” Ständen (also zwischen den Souveränen) bis zur inter-lokalen Ebene in Erscheinung, also etwa Rechtsbeziehungen zwischen Reichsstädten. Die näheren Konturen dieses *Jus publicum Europaeum* bleiben ziemlich unklar. Allerdings soll dieses Recht Kriege nur zur Rechtsver-

<sup>110</sup> *K. H. Ziegler* (Anm. 96), 1994, 181.

<sup>111</sup> *O. Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 4. Aufl. 1990, 70 f.

<sup>112</sup> *B. Marquardt* (Anm. 106), 2005, 7. Bei der zitierten Stelle von *Mosers* Werk taucht der Begriff des *Jus Publicum Europaeum* nicht auf, und die Ausführungen im Text relativieren die weitgehende Postulierung eines “einigen Staats-Cörper(s)” im Titel des Ersten Buchs. *Moser* lehnte die Existenz einer “*Corporis foederatarum Rerum-publicuarum*” ab, und führte in Folge aus: “Indessen hat doch ihre natürliche Lage, die denen meisten gemeinschaftliche Christliche Religion und die bey denen meisten ... befindliche Sorge für die Erhaltung ihrer eigenen und anderer Europäischer Staaten Erhaltung gegen die von einigen anderen zu machen suchende Conquëten die meiste Europäische Staaten in eine gewisse Art der Verbindung gesetzt, auch dadurch eben ein eigenes Europäisches Völker-Recht herfürgebracht, daß man also Europam in so ferne wohl, und mit ungleich grösserem Recht, als alle übrigen Welt-Theile, als einen einigen grossen Staats-Cörper betrachten kan.” *J. J. Moser*, Grund-Sätze des jetzt-üblichen Europäischen Völker-Rechts, 1750, 15 f.

<sup>113</sup> *B. Marquardt* (Anm. 107), 321.

<sup>114</sup> *B. Marquardt* (Anm. 106), 19.

teidigung gestatten,<sup>115</sup> also ein diametral unterschiedliches Verständnis zu dem *Schmittschen*.<sup>116</sup>

Das Ende dieses “europäischen Staatskörpers” wird in der Periode von 1772-1815 verortet. Die Teilungen Polens unter Beteiligung des Kaisers verletzen den Kern dieses europäischen Verfassungsrechts und waren Prolog für dessen Untergang.<sup>117</sup> Insgesamt zeigt dieses Verständnis viel stärker als das *droit public européen* Elemente eines gemeinsamen “öffentlichen Rechts” Europas auf. Im Epilog zieht das Buch weitreichende Schlüsse für das neue Europa, so dass danach eine Renaissance des *Jus Publicum Europaeum* nahe liegt.<sup>118</sup> Unser Verständnis macht sich diese historischen Annahmen aber nicht zu eigen.<sup>119</sup>

### 3. Ausdruck einer europäischen Friedensvision

Der Ausdruck *droit public européen* fand im 19. Jahrhundert eine weitere Verwendung, welche nicht auf *Mably* zurückzuführen ist und zugleich für die Intention des neuen *Jus Publicum Europaeum* von höchstem Interesse ist. Im Jahre 1856 erschien das Werk “L’introduction à l’établissement d’un droit public européen” des politisch engagierten Journalisten und Poeten (*François-Joseph-*) *Francisque Bouvet*, das eine europäische Friedensvision zum Ausdruck bringt. *Bouvet* war, so das *Grand dictionnaire universel*, “une sorte d’abbé de Saint-Pierre républicain”.<sup>120</sup> Er hatte sich bereits unter der Regentschaft des letzten französischen Königs *Louis-Philippe* für demokratische Ideale eingesetzt. Sein Werk *République et Monarchie*<sup>121</sup> führte im Jahr 1832 gar zu einer Haftstrafe. In den Revolutionsjahren 1848 und 1849 wurde er Abgeordneter in der *Assemblée nationale constituante* und

<sup>115</sup> *B. Marquardt* (Anm. 106), 193.

<sup>116</sup> Dazu unten III.

<sup>117</sup> *B. Marquardt* (Anm. 106), 239 ff. Man beachte hier die *Carl Schmitt* diametral entgegengesetzte Position. Demnach hatte das Königreich Polen nicht vom Feudalismus zum modernen europäischen Staat gefunden und konnte deswegen “verteilt” werden. *C. Schmitt* (Anm. 4), 137.

<sup>118</sup> *B. Marquardt* (Anm. 106), 271 ff.

<sup>119</sup> Einerseits werden die Bedenken von *M. Stolleis* (Anm. 106), 161 f. geteilt, andererseits beruht die vorgeschlagene Konzeption vor dem Hintergrund des europäischen Rechtsraums auf anderen Fundamenten.

<sup>120</sup> *P. Larousse*, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle* II, 1867, 1165.

<sup>121</sup> *F. Bouvet*, *République et Monarchie, ou Principes d’ordre social*, 1832.

der *Assemblée nationale législative*.<sup>122</sup> In diesen Jahren nahm er an den Kongressen der Freunde des ewigen Friedens in Brüssel und Paris teil, im letzteren Fall sogar als Mitglied des Organisationskomitees.<sup>123</sup> Bereits 1849 war er als Vertreter eines ewigen Friedens bekannt, welcher die Lösung von Konflikten zwischen den Nationen durch einen permanenten Kongress aller Völker anstrebte.<sup>124</sup> Nach dem bonapartistischen Staatsstreich im Dezember 1851 zog er sich zunächst ins Privatleben zurück, diente dem Empire jedoch später als Konsul in Mosul.<sup>125</sup>

Seine Schrift des Jahres 1856, just als in Paris der systemprägende Vertrag von Paris verhandelt wurde, ist ein Ausdruck seines Bemühens um eine neue Friedensordnung. Sie ist in zwei Teile gegliedert, von denen der erste die historischen Funktionen des Krieges erörtert. Im zweiten Teil argumentiert *Bouvet* auf dieser Grundlage und unter Berufung auf zahlreiche Staatsmänner und Philosophen für seine Idee eines *droit public européen*. Konkret fordert er vor dem Hintergrund des Krimkrieges ein konföderatives europäisches System, gestaltet nach den Grundprinzipien des Deutschen Bundes.<sup>126</sup> Kernstück dieses Systems ist eine parlamentarische Versammlung (*diète ou congrès*). Sie soll zuvörderst alle Angelegenheiten klären, welche zu Konflikten führen können.<sup>127</sup> *Napoleon I* avanciert hier zum großen Vorboten dieser Ordnung. Dies ist auch im Zusammenhang mit der damaligen Herrschaft *Napoleons III* zu sehen, auf dessen Prestige und dessen europäische Ideale *Bouvet* für die Umsetzung seiner Ideen setzte.<sup>128</sup> Er hoffte auch auf den Druck der Presse und der öffentlichen Meinung auf die in Paris versammelten europäischen Staatsmänner.<sup>129</sup>

In der Ausrichtung auf Europa liegt kein Widerspruch zur kosmopolitischen Natur der Vision *Bouvets*. Denn ein pazifistisch organisiertes Europa sollte auf eine Welt ausstrahlen, welche durch technische Fortschritte immer

<sup>122</sup> Siehe dazu *F. Bouvet, (Deux Journalistes)*, Biographie des 750 représentants à l'Assemblée législative, élus le 13 mai 1849, 1849, 10; sowie <<http://www.assemblee-nationale.fr>>.

<sup>123</sup> Siehe *T. Lesigne, Congrès des amis de la paix universelle réuni à Bruxelles en 1848, 1849, 21, 55*; sowie *J. Garnier, Congrès des amis de la paix universelle réuni à Paris en 1849, 1850, 1*. Allerdings war der Pazifismus *Bouvets* von einem gewissen Realismus geprägt. Dies wird durch seine spätere scharfe Kritik an jenen pazifistischen Bewegungen deutlich, welche den Frieden im Angesicht russischer Aggression um jeden Preis forderten. Siehe dazu *F. Bouvet, L'introduction à l'établissement d'un droit public européen, 1856, 265 f.*

<sup>124</sup> Siehe dazu seine Kurzbiographie aus diesem Jahr *F. Bouvet, (Deux Journalistes)* (Anm. 122), 10.

<sup>125</sup> *A. Robert/G. Cougny, Dictionnaire des parlementaires français, 1889, 459.*

<sup>126</sup> *F. Bouvet* (Anm. 122), XII und 189 f.

<sup>127</sup> *F. Bouvet* (Anm. 122), XII sowie näher in Kapitel XII, 191-205.

<sup>128</sup> *F. Bouvet* (Anm. 122), 176 ff.

<sup>129</sup> *F. Bouvet* (Anm. 122), XIV.

enger zusammen wuchs.<sup>130</sup> Qualitativ blieben seine postulierten Ziele hinter den heutigen Errungenschaften des europäischen Rechtsraums zurück, waren jedoch für seine Zeit revolutionär und können insgesamt als zukunftsweisend betrachtet werden. Anders als die anderen Autoren ist *Bouvet* aber nicht rekonstruktiv auf das geltende Recht ausgerichtet; er unterbreitet eine rein normative Vision.

#### IV. Die Transformation und Besetzung durch *Carl Schmitt*

Die Renaissance des *Jus Publicum Europaeum* nach dem Mauerfall war nicht die erste im 20. Jahrhundert. Bereits 1950 tritt der Ausdruck prominent in *Carl Schmitts* Monographie "Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum" auf.<sup>131</sup> Die große Rezeption dieses Werkes bringt es mit sich, dass seitdem der Ausdruck *Jus Publicum Europaeum* eine apologetische Dimension aufweist, der gegenüber eine neue Verwendung sich positionieren sollte. Aber auch darüber hinaus hilft das Werk, wichtige, noch wenig untersuchte Dimensionen des neuen öffentlichen Rechts zu identifizieren.

Es wird im Folgenden gezeigt, dass der Ausdruck *Jus Publicum Europaeum* im Nomos im Grundsatz zwar nur den Ausdruck *droit public de l'Europe* latinisiert und somit in erster Linie zwischenstaatliches Recht bezeichnet. Staatsrechtsvergleichung im Sinne *Hagemeyers* kommt im Nomos nicht vor. *Schmitts* Latinisierung des *droit public de l'Europe* als *Jus Publicum Europaeum* erfolgt dabei kommentarlos: Er weist sie weder als innovativ aus noch rechtfertigt er sie, was typisch für ihn ist.<sup>132</sup>

Seine Intervention beruht aber keineswegs allein auf dieser Latinisierung. Vielmehr gibt er dem *droit public de l'Europe* in seiner Mutation zum *Jus Publicum Europaeum* eine spezifisch *Schmittianische* Ausrichtung. Sein *Jus Publicum Europaeum* bezeichnet das Recht einer untergehenden Zivilisation, deren Zivilität im Gegensatz zur aufziehenden barbarischen Epoche darin bestehe, dass der Krieg ein anerkanntes und deshalb rechtlich gehegtes Instrument staatlicher Politik bilde. Danach ist die Kriminalisierung deutscher Bürger und Staatsorgane ebenso haltlos wie das sich entfaltende uni-

<sup>130</sup> *F. Bouvet* (Anm. 122), 187. Ähnlich später dann *J. Habermas*, *Europäische Verfassung*, 2011.

<sup>131</sup> *C. Schmitt* (Anm. 4).

<sup>132</sup> Vgl. nur die Setzung des Begriffs des Politischen, *C. Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, 1932, 1.

verselle Völkerrecht. *Schmitts Jus Publicum Europaeum* hat eine apologetische und eine kritische Stoßrichtung.

## 1. Latinisierung mit tendenziöser Umprägung

Die Suche nach den Wurzeln des *Jus Publicum Europaeum*-Begriffs im *Nomos* führt zunächst zur vorangehenden Schaffensperiode *Schmitts* in den 1930er und frühen 1940er Jahren, welche als *Schmitts* umstrittenste bezeichnet werden kann. In dieser Zeit nutzt er den Ausdruck kaum. Insbesondere findet er weder in *Schmitts* "Raum und Großraum im Völkerrecht" aus 1940<sup>133</sup> noch in der "Völkerrechtlichen Großraumordnung"<sup>134</sup> Verwendung. Vielmehr begegnet man hier dem klassischen Ausdruck *jus gentium* und in "Raum und Großraum" auch jenem des *europäischen Völkerrechts*. Ähnliches gilt für den 1940 veröffentlichten Aufsatz "Die Auflösung der europäischen Ordnung im 'International Law' (1890-1939)". Auch wenn *Schmitt* hier bereits einige Elemente des *Nomos* vorwegnahm, wurde europäisches Völkerrecht noch mit *Droit public de l'Europe* gleichgesetzt.<sup>135</sup>

Allerdings findet sich der Ausdruck *jus publicum Europaeum* bereits in dieser Periode in einem Vortrag *Schmitts* über die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, den er in den Jahren 1943 und 1944 an verschiedenen europäischen Fakultäten hielt, jedoch erst 1950 in deutscher Sprache publizierte. Doch auch hier spielte der Ausdruck noch keine zentrale Rolle. Allerdings heißt es schon, dass bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts das, was man Völkerrecht nannte, "mit europäischem Völkerrecht, sogar mit einem 'jus publicum Europaeum'" identisch gewesen sei.<sup>136</sup> Die Feststellung *Goebels*, wonach *Bismarck* der letzte Staatsmann "to have been conscious of the old public law of Europe" gewesen sei<sup>137</sup> wird jedoch noch mit "letzte(r) Staatsmann des europäischen *Völkerrechts*" übersetzt.<sup>138</sup> Im Jahr 1945 taucht der Begriff zudem im englischsprachigen Anhang zu *Schmitts* Rechtsgutachten *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges*

<sup>133</sup> Zitiert nach C. *Schmitt*, Staat, Großraum, *Nomos*, 1995, 234 ff.

<sup>134</sup> Hier nach der 4. Ausgabe aus 1941, C. *Schmitt* (Anm. 133), 269 ff.

<sup>135</sup> C. *Schmitt*, Die Auflösung der europäischen Ordnung im "International Law" (1890-1939), *Deutsche Rechtswissenschaft* 5 (1940), 267 (267 f.).

<sup>136</sup> C. *Schmitt*, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1950, 7 f.

<sup>137</sup> J. *Goebel*, The Struggle for the Falkland Islands, 1971, 172 f.

<sup>138</sup> C. *Schmitt* (Anm. 136), 9.

und der Grundsatz “*Nullum crimen, nulla poena sine crimen*” auf, allerdings ebenfalls ohne systematische Bedeutung.<sup>139</sup>

Schon wichtiger ist der Ausdruck *jus publicum europaeum* in der mit 1947 datierten Schrift “*Ex captivitate Salus*”, welche wie der *Nomos* im Jahr 1950 erschien. Darin findet sich der Satz “Von den Begründern des öffentlichen Rechts, des *jus publicum Europaeum*, werde ich noch sprechen”.<sup>140</sup> Hier scheint es, dass *Schmitt* damit Völkerrecht und Verfassungsrecht bezeichnet.<sup>141</sup> An den meisten Stellen erscheint *Jus Publicum Europaeum* jedoch nur als europäisches Völkerrecht im Sinne des *droit public de l’Europe*. So bezeichnete er in *Ex Captivitate Salus* das durch die Überwindung der Lehre vom gerechten Krieg entstandene *jus publicum europaeum* als Kern des klassischen Völkerrechts.<sup>142</sup> Dies entspricht weitestgehend der Verwendung im *Nomos*, allerdings mit besonderer eurozentrischer Charakterisierung.<sup>143</sup> Entsprechend deutete *Wilhelm Grewe* die Feststellung *Julius Goebels, Bismarck* sei der letzte Staatsmann mit Bewusstsein für das “old public law of Europe” gewesen,<sup>144</sup> als Ausgangspunkt für das Kapitel “Auflösung des *jus publicum Europaeum*” im *Nomos*.<sup>145</sup> Ebenso kann die Übersetzung des *droit public européen* des Vertrages von Paris als öffentliches Recht (im *Nomos*) als entsprechendes Indiz gedeutet werden.<sup>146</sup> Ganz in diesem Sinne schrieb er schon 1945, dass das gegenwärtige Völkerrecht “its origin in the *jus publicum Europaeum* i.e. the relations between the Christian Sovereigns of Europe from the sixteenth to the nineteenth century”<sup>147</sup> hatte.

Ganz im Sinne des *droit public européen* bleibt das spezifische Staatsrecht der in der völkerrechtlichen Ordnung verbundenen Staaten in *Schmitts Jus Publicum Europaeum* allerdings wichtig; hier liegt eine wichtige Differenz zu spezifisch völkerrechtlichen Verständnissen. *Triepels* dualistische Trennung von Völkerrecht und Staatsrecht bezeichnet er als “Fassadenangelegenheit”. Sein *Jus Publicum Europaeum* sieht er durch den gemeinsamen

<sup>139</sup> C. *Schmitt*, Das internationale Verbrechen des Angriffkrieges und der Grundsatz “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, 1994, 81.

<sup>140</sup> C. *Schmitt*, *Ex Captivitate Salus*, 1950, 59.

<sup>141</sup> C. *Schmitt* (Anm. 140), 55.

<sup>142</sup> C. *Schmitt* (Anm. 140), 71.

<sup>143</sup> C. *Schmitt* (Anm. 4), 19, 62, 112 f., 115, 120, 165, 180, 189, 194 f., 200 ff., 213, 222, 232 ff., 247, 255, 258, 264 ff., 273 ff., 284 ff. Beachte aber die Formulierung auf Seite 62: “Hier hörte das europäische Recht, jedenfalls das ‘europäische öffentliche Recht’ auf.”

<sup>144</sup> J. *Goebel* (Anm. 137), 172 f.

<sup>145</sup> W. *Grewe* (Anm. 56), 514 (Fn. 19).

<sup>146</sup> C. *Schmitt* (Anm. 4), 191.

<sup>147</sup> C. *Schmitt* (Anm. 139), 81.

Verfassungsstandard, gerade auch einer gemeinsamen Wirtschaftsverfassung, bis zum Ersten Weltkrieg getragen.<sup>148</sup>

*Schmitts Jus Publicum Europaeum* darf nicht so verstanden werden, dass er im zwischenstaatlichen Recht vertikale, eben spezifisch öffentlich-rechtliche Momente verankert sehen möchte oder gar sich für internationale oder supranationale Institutionen stark macht. Solche Institutionen kann es nach dem *Schmittianischen* Weltbild nicht geben oder bleiben bloße Fassade.<sup>149</sup> *Jus Publicum Europaeum* steht für ein staatszentriertes Ordnungssystem. Es geht um die Hegung des Krieges, nicht um seine Überwindung. Und selbst diese Hegung kann nur gelingen dank der bindenden Kraft einer spezifischen Raumordnung, die das internationale Äquivalent der Entscheidungen eines *pouvoir constituant* ist.<sup>150</sup> *Schmitts* System basiert auf einem räumlichen Ordnungskonzept souveräner Staaten. Ungeachtet eines von *Schmitt* selbst faktisch festgestellten – zumindest vorübergehenden – gemeinsamen Verfassungsstandards der europäischen Staaten ist dieses System mit einem geteilten, etwa auf der Idee der Supranationalität basierenden *jus publicum* nicht vereinbar.<sup>151</sup>

*Schmitts Jus Publicum Europaeum* hebt sich also von den überkommenen Verständnissen des *droit public européen* dadurch ab, dass er es in einer konkreten Raumordnung und in der spezifischen Rechtsfigur des zulässigen Staatenkriegs (bei *Schmitt*: *justus hostis*) zentriert. Dessen herausragende Bedeutung erklärt sich durch seinen Begriff des Politischen: Eine Ächtung des Krieges behebe nicht die konstitutive Unterscheidung zwischen Freund und Feind, sondern verleihe ihr vielmehr durch die Möglichkeit internationaler *hostis*-Erklärungen eine zusätzliche Virulenz.<sup>152</sup> Vor dem Hintergrund der stets latenten Gewalt in den internationalen Beziehungen verhindere das klassische Völkerrecht zumindest die „*bors-la-loi*“ Erklärung des Feindes und damit jene äußerste Unmenschlichkeit, welche hingegen ein „gerechter“ Krieg im Namen der Menschheit nach sich ziehen würde.<sup>153</sup> Des Weiteren wird die Eurozentrik besonders betont. So führt *Schmitt* in einem Vortrag („Die Ordnung der Welt nach dem Zweiten Weltkrieg“) im Jahre 1962

<sup>148</sup> C. Schmitt (Anm. 4), 182.

<sup>149</sup> Näher zu diesem Paradigma A. v. Bogdandy/S. Dellavalle, Ad hostes docere – Zu den Ursprüngen und zur Präsenz partikularistisch-holistischen Denkens, in: A. Fischer-Lescano/H. P. Gasser/T. Maruhn/N. Ronzitti (Hrsg.), Frieden in Freiheit, FS Michael Bothe zum 70. Geburtstag, 2008, 847 ff.

<sup>150</sup> Vgl. dazu etwa C. Schmitt (Anm. 4), 120.

<sup>151</sup> Zur Polemik gegen George Scelle und dessen völkerrechtlichen Konstitutionalismus P. Portinaro, La crisi dello jus publicum europaeum, 1982, 202.

<sup>152</sup> C. Schmitt (Anm. 132), 34.

<sup>153</sup> C. Schmitt (Anm. 132), 37. Dazu M. Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations, 2001, 426.

aus, dass seit Jahrhunderten alles, was als Völkerrecht bezeichnet werden kann, europäisches Völkerrecht sei. “Vor allem ist daran zu erinnern, dass alle klassischen Begriffe des existenten Völkerrechts spezifisch europäisches Völkerrecht sind, *ius publicum europaeum*.”<sup>154</sup>

## 2. Kontinuitäten und Funktionen

Vergleicht man den *Nomos* mit *Schmitts* Werken aus der Zeit des Nationalsozialismus, so ist festzustellen, dass er zwar die offen demokratiefeindlichen<sup>155</sup> und antisemitischen Elemente seiner früheren Schriften nicht mehr aufnimmt, im Übrigen aber seinem früheren Denken verhaftet bleibt. So wurzeln sowohl der *Nomos* als auch seine berüchtigte Verteidigung *Hitlers* nach der Ausschaltung der SA (“Der Führer schützt das Recht”) in seinem “Begriff des Politischen”. In beiden Fällen sind *Schmitts* Kernargumente auf die Freund-Feind Dichotomie zurückzuführen. 1934 war dies die “staatskonstituierende” Fähigkeit zur innerstaatlichen Feinderklärung,<sup>156</sup> im *Nomos* die Ablehnung der Vermischung von Gerechtigkeit und Feindbegriff,<sup>157</sup> verbunden mit der Warnung der Entmenschlichung des Feindes in einem Krieg im Namen der Menschheit.<sup>158</sup> Im *Nomos* bettete *Schmitt* diesen Gedanken schließlich in seine Darstellung eines historischen eurozentrischen Völkerrechts ein, des durch Landnahme begründeten *Jus Publicum Europaeum*. In diesem avancierte das Konzept des *justus hostis*, also der prinzipiellen Zulässigkeit des Staatenkriegs, zum Schlüsselbegriff.

Auch im Verhältnis zu den völkerrechtshistorischen Ausführungen *Schmitts* aus der NS-Zeit stellt der *Nomos* eher dessen Fortsetzung als einen Bruch dar.<sup>159</sup> Man erinnere nur “Raum und Großraum im Völkerrecht” aus

<sup>154</sup> Zitiert nach C. Schmitt (Anm. 133), 592 ff. (594).

<sup>155</sup> *Schmitt* selbst hätte sich gewiss nicht als demokratie-, sondern als liberalismuskritisch bezeichnet, wie etwa seine Ausführungen zur Demokratie im (italienischen) Faschismus zeigen. Siehe C. Schmitt, *Wesen und Werden des faschistischen Staates*, 1929, in: C. Schmitt, *Positionen und Begriffe*, 3. Aufl. 1994, 126.

<sup>156</sup> Vergleiche dazu C. Schmitt (Anm. 132), 34; C. Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, *Deutsche Juristen-Zeitung* 39/15 (1934), Spalte 945 (Spalten 945 f., 948 ff.).

<sup>157</sup> Er griff hier dem *Nomos* vor, indem er dies als seit *Grotius* allgemein anerkannt erklärte und (in der entsprechenden Fußnote) in einen Gegensatz zum Mittelalter setzte. C. Schmitt (Anm. 132), 37. Entscheidend ist auch die Trennung zwischen *inimicus* und *hostis*, wobei für *Schmitt* nur der letztere Begriff als “politischer” Feind für seine Freund-Feind Unterscheidung relevant ist. C. Schmitt (Anm. 132), 16 f.

<sup>158</sup> C. Schmitt (Anm. 132), 37.

<sup>159</sup> M. Stolleis spricht sogar von einer Zusammenfassung all dessen, was *Schmitt* seit seinem Machtverlust im Jahr 1936 bewegt habe, im *Nomos*. Siehe dazu M. Stolleis, *Geschichte*



1940, gerade hinsichtlich des Raumdenkens und der großen Bedeutung, die der *amity-line* zugemessen wird. Der *Nomos* beruht auf einem Rechtsbegriff, der auf den Großraum bezogen ist und von dem aus der universalistische Liberalismus als haltlos erwiesen werden soll. Auch der 1940 veröffentlichte Aufsatz "Die Auflösung der europäischen Ordnung im 'International Law' (1890-1939)" bereitet den Begriff des *Jus Publicum Europaeum* im *Nomos* vor. *Schmitt* evoziert in dieser Schrift den Beginn eines neuen Stadiums des Völkerrechts, hier jedoch noch durch den "Beginn eines Kampfes für und gegen eine europäische Großraumordnung".<sup>160</sup> Verdeutlicht wird diese Kontinuität auch dadurch, dass *Lothar Gruchmann* in einer späteren Untersuchung der nationalsozialistischen Großraumordnung den von *Schmitt* in dieser Schaffensperiode verwendeten Ausdruck *Droit Public de l'Europe* dem *Jus Publicum Europaeum* gleichsetzte.<sup>161</sup>

Die mangelnde Distanz zu den Schriften aus der NS-Zeit wird zudem dadurch unterstrichen, dass *Schmitt* diese im *Nomos* zitierte.<sup>162</sup> Da, so die *Schmitt*-forschung, ein Typoskript des *Nomos* bereits 1945 im Wesentlichen abgeschlossen war,<sup>163</sup> kann die Anknüpfung des *Nomos* an die besonders problematische Schaffensperiode *Schmitts* allerdings nicht überraschen. Erleichtert wurde diese Anknüpfung auch dadurch, dass die *Schmittsche* Großraumtheorie nicht rassi(sti)sch argumentierte.<sup>164</sup>

Zu den Motiven der Latinisierung gibt es kaum Hinweise. Vielleicht ging es ihm um die Aura lateinischer Ausdrücke und deren regelmäßig gute Rezeption in juristischen Fachkreisen. Ein kleines Indiz findet sich in der Aussage, das europäische Völkerrecht sei "sogar" mit einem *jus publicum Europaeum* identisch gewesen.<sup>165</sup> Dies beinhaltet eine axiologische Aufwertung des europäischen, für *Schmitt* eben klassischen<sup>166</sup> Völkerrechts. Diese Qualifizierung steht nämlich im Gegensatz zur herrschenden Meinung, nach welcher jenes Völkerrecht sich gerade durch seine Wertfreiheit auszeichnete.<sup>167</sup> Ein öffentliches Recht hingegen, im *Schmittschen* Verständnis wie im

---

des öffentlichen Rechts in Deutschland IV, 2012, 204. Vergleiche dazu auch die Untersuchungen von *M. Schmoekel*, Die Großraumtheorie, 1994, 21 f.

<sup>160</sup> *C. Schmitt* (Anm. 135), 267 (267).

<sup>161</sup> *L. Gruchmann*, Nationalsozialistische Großraumordnung, 1962, 25.

<sup>162</sup> So etwa die Völkerrechtliche Großraumordnung in der 4. Auflage aus 1942. Siehe *C. Schmitt* (Anm. 4), 58.

<sup>163</sup> So *H. Quaritsch*, Positionen und Begriffe Carl Schmitts, 3. Aufl. 1995, 121.

<sup>164</sup> *M. Koskeniemi* (Anm. 153), 421.

<sup>165</sup> *C. Schmitt* (Anm. 136), 7 f.

<sup>166</sup> Diese Aufwertung liegt natürlich auch darin, dass *Schmitt* eben dieses Völkerrecht als "klassisch" bezeichnet, *C. Schmitt* (Anm. 4), 273.

<sup>167</sup> *R. Wolfrum*, International Law, in: *R. Wolfrum* (Hrsg.), MPEPIL <www.mpepil.com>.

allgemeinen Verständnis, beruht auf starken normativen Grundentscheidungen.<sup>168</sup> Die *Schmittsche* Qualifizierung als *jus publicum* suggeriert also eine Werthaltigkeit jenes traditionellen Völkerrechts, die seine Apologie des alten als auch der Kritik des neuen Völkerrechts stützt. Die Latinisierung schafft eine die Stoßrichtung des Buches tragende Atmosphäre.

Ganz in diesem Sinne erklären sich die Funktionen des *Schmittschen* Begriffs: Er dient der Rekonstruktion eines Rechtskorpus, die in dem Werk meisterlich gelingt, aber dies zum Zweck der Apologie und der Kritik.<sup>169</sup> *Schmitt*, der als einziger maßgeblicher deutscher Staatsrechtler sich dem Verfahren zur "Entnazifizierung" verweigerte,<sup>170</sup> notierte am 5.9.1948: "Ich werde den 'Nomos der Erde' als einen Blütenzweig meiner Diskriminierung am Grabe des europäischen Völkerrechts niederlegen."<sup>171</sup> Klarer wird er in seinen kriegsrechtlichen Ausführungen. Auch wenn die Zulässigkeit des Krieges *Schmitt* schon länger beschäftigt hatte,<sup>172</sup> gewann dieses Thema in den frühen Nachkriegsjahren für ihn massiv an Bedeutung.<sup>173</sup> In einer Notiz vom 18.8.1948 bezeichnete er die Kriminalisierung des Angriffskrieges neben der Atombombe als größtes Verbrechen, schlimmer noch als jene *Hitlers*.<sup>174</sup> In einer Aufzeichnung vom 1.5.1948 beklagt er die Reaktionen auf sein Gutachten "Das internationale Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz 'Nullum crimen, nulla poena sine lege'". Als er seine "hilflos schwache Stimme erhoben" habe, sei er "sofort mundtot gemacht" worden. Seiner Ansicht nach hatte er mit dieser Schrift sogar "die Ehre der Europäischen Rechtswissenschaft gerettet" und wäre dennoch auf breite Ablehnung gestoßen. Gerade auch der Mangel an US-amerikanischen Verteidigern verärgerte ihn dabei.<sup>175</sup> Zwar hatte *Schmitt* jene Schrift in nüchternem Stil verfasst und die Verbrechen des NS-Regimes keineswegs geleugnet.<sup>176</sup> Seine Klage demonstriert einen bemerkenswerten Mangel an Selbstreflexion. Denn 1945 musste eine solche These aus der Feder eines deutschen Autors, der das Regime zumindest in dessen frühen Jahren wortgewaltig verteidigt

<sup>168</sup> Zum Verfassungsrecht wird dies besonders deutlich bei C. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, 23 f.

<sup>169</sup> M. *Stolleis* (Anm. 159), 2012, 204.

<sup>170</sup> M. *Stolleis* (Anm. 159), 39.

<sup>171</sup> C. *Schmitt*, *Glossarium*, 1991, 196.

<sup>172</sup> Siehe etwa die Ausführungen in C. *Schmitt*, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 1938.

<sup>173</sup> Dies zeigen vor allem die im "Glossarium" zusammengefassten Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951.

<sup>174</sup> C. *Schmitt* (Anm. 171), 191.

<sup>175</sup> C. *Schmitt* (Anm. 171), 142 f.: "In diesem großen Reich wurde keine andere Stimme laut als die Aufforderung zur Rache."

<sup>176</sup> Vgl. C. *Schmitt* (Anm. 139), 1994.

hatte, apologetisch wirken. *Schmitt* jedoch sah sich in der Opferrolle und suchte nach einem Weg, seine Sichtweise zu behaupten. In derselben Notiz vermerkte er denn auch: “Neue Freude an der bisherigen Arbeit zum ‘Nomos der Erde’.”<sup>177</sup>

Aufschlussreich ist eine weitere Notiz vom 4.2.1950: “Was nützt heute eine klare, zwingende völkerrechtliche Argumentation zugunsten Deutschlands? Sie stößt immer auf die Folgen des diskriminierenden Kriegsbegriffs, der den Gegnern Deutschlands das gute Gewissen zur Entrechtung des Besiegten gibt ... Der diskriminierende Kriegsbegriff erlaubt keine Normalisierung des Diskriminierten.” Auf die sich selbst gestellte Frage, was man “als Deutscher demgegenüber tun” könne, führte er als ersten Punkt aus: “Frontale Bekämpfung der Idee des gerechten Krieges; offener Nachweis ihrer geschichtlichen, juristischen, moralischen Verkehrtheit; ihres Charakters als Instrument des Bürgerkrieges usw.”<sup>178</sup>

Eben jene Ablehnung der Idee des gerechten Krieges und der mit ihm möglichen Kriminalisierung des Gegners zieht sich wie ein roter Faden durch den *Nomos*.<sup>179</sup> Die Überwindung des “Bürgerkriegs” und damit die Anerkennung des *justus hostis* stellt für ihn gar den Kern des zwischenstaatlichen *Jus Publicum Europaeum* dar.<sup>180</sup> “Mein Nomos der Erde” schrieb *Schmitt* im August 1950 “kommt im rechten geschichtlichen Augenblick. Die Zeit kommt ..., wo der Kampf um die Erdenherrschaft geführt wird; er wird im Namen philosophischer Grundlehren geführt werden ... Der Kellog-Pakt [sic] schafft freie Bahn; der Krieg als Mittel der rationalen Politik ist geächtet, condemned; der Krieg als Mittel der globalen Erdenherrschaft ist der gerechte Krieg.”<sup>181</sup>

Ist somit *Schmitts Jus Publicum Europaeum* allein apologetisch gegenüber deutscher Politik im Ersten und Zweiten Weltkrieg? Eine solche Interpretation könnte den Wandel vom Befürworter einer neuen Großraumordnung zum vehementen Verteidiger eines untergegangenen *Jus Publicum Europaeum* erklären helfen.<sup>182</sup> Letzteres positioniert den Großraum als begriffli-

<sup>177</sup> C. *Schmitt* (Anm. 171), 142 ff.

<sup>178</sup> C. *Schmitt* (Anm. 171), 292.

<sup>179</sup> C. *Schmitt* (Anm. 4), insbesondere 241.

<sup>180</sup> C. *Schmitt* (Anm. 171), 250. Ob dies wirklich zutrifft, ist natürlich stark umstritten, vgl. nur *Marquardt* (Fn. 108).

<sup>181</sup> C. *Schmitt* (Anm. 171), 309.

<sup>182</sup> Siehe dazu *M. Bohlender*, Die Rhetorik des Politischen, 1995, 207 (Fn. 32), welcher auch im Licht des früheren Wandels *Schmitts* vom Verteidiger der Weimarer Republik zum “Apologet” *Hitlers* eine Untersuchung der persönlichen und gesellschaftlichen Lage *Schmitts* beim Wechsel zwischen offensiven und defensiven Argumentationslinien anregte.

chen Gegenpol zum “angelsächsischen” Universalismus.<sup>183</sup> Zugleich ist aber kaum zu bestreiten, dass *Schmitt* diese Verbindung zwischen dem *Jus Publicum Europaeum* und dem Konzept des gerechten Feindes in einem bemerkenswert dichten, historisch, politisch und juristisch abgesicherten Text erarbeitet.<sup>184</sup> Eine schiere Apologie kann kaum eine solche gewaltige wissenschaftliche Wirkung haben. *Schmitts* Nomos bleibt schillernd.

### 3. Wirkgeschichte und Abgrenzung

In der breiten Rezeption des wortgewaltigen *Nomos* setzt sich das *Schmittsche* Verständnis des *Jus Publicum Europaeum* durch. Es bezeichnet seitdem im historischen, politikwissenschaftlichen<sup>185</sup> und völkerrechtsgeschichtlichen<sup>186</sup> Diskurs<sup>187</sup> das eurozentrische Völkerrecht im Sinne des *droit public de l'Europe*. Diese weitestgehende Gleichsetzung der beiden Termini, des historisch gewachsenen und des primär durch *Schmitt* geprägten, herrscht nunmehr mitunter selbst dort vor, wo weder *Schmitts* Leitgedanken zum *droit public de l'Europe* geteilt werden, noch der *Nomos* in den entsprechenden Zitaten Berücksichtigung findet. Exemplarisch steht hierfür

<sup>183</sup> Die frühere Argumentationslinie, wonach der liberale Konstitutionalismus durch Schaffung staatsfreier Räume und damit eines wirtschaftlichen Universalismus ein Mittel eines angelsächsischen Weltimperialismus sei, konnte unter den neuen Umständen freilich nicht mehr aufrechterhalten werden. Siehe dazu C. *Schmitt*, Raum und Großraum im Völkerrecht, in: C. *Schmitt* (Anm. 133), 234 (249 f. und 262).

<sup>184</sup> Siehe dazu insbesondere im Vorwort zur Ausgabe von “Der Begriff des Politischen” aus 1963, worin *Schmitt* erneut die Bedeutung der Konzeption des gerechten Feindes in der nunmehr überkommenen “europa-zentrische(n) Staats- und Völkerrechtswissenschaft“ hervorhob: “Heute ist nur mehr ein geschichtlicher Rückblick möglich, der die große Zeit des *jus publicum europaeum* und seiner Begriffe von Staat und Krieg und gerechtem Feind im Bewusstsein ihrer Systematik reflektiert. Ich habe das in meinem Begriff über den *Nomos der Erde* (1950) versucht.” C. *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 1963, 10 ff.

<sup>185</sup> Siehe dazu beispielsweise R. *Voigt*, Weltordnungspolitik, 2005, 57 (60); G. *Adamczyk/P. Gostmann*, Polen zwischen Nation und Europa, 2007, 34 f., 38; M. *Zimmer*, Moderne, Staat und Internationale Politik, 2008, 45; E. *Traverso*, Der neue Antikommunismus, in: W. Kronenberg (Hrsg.) Zeitgeschichte, Wissenschaft und Politik, 2008, 68; A. *Mbembe*, Nekropolitik, in: M. Pieper/T. Atzert/S. Karakayali/V. Tsianos, Biopolitik, 2011, 74.

<sup>186</sup> Siehe etwa J. *Hook*, Jus Publicum Europaeum, Der Staat 50 (2011), 422 ff.; U. *Saxer*, Die internationale Steuerung der Selbstbestimmung und der Staatsentstehung, 2010, 39 ff.; J. A. *Kämmerer*, Das Völkerrecht des Kolonialismus: Genese, Bedeutung und Nachwirkungen, VRÜ 39 (2006), 397 ff. (399 ff).

<sup>187</sup> In diese Richtung H. *Steiger*, Das Völkerrecht und der Wandel der Internationalen Beziehungen um 1800, in: A. Klinger/H. W. Hahn/G. Schmidt (Hrsg.), Das Jahr 1806 im europäischen Kontext, 2008, 24.

das einflussreiche *Universelle Völkerrecht* von *Alfred Verdross* und *Bruno Simma*.<sup>188</sup>

Die Wirkmächtigkeit *Schmitts* wird deutlich in der Datenbank von *Google Books*:



Abbildung I: Verwendung des Ausdrucks “Jus Publicum Europaeum” in der von *Google Books* gescannten deutschsprachigen Literatur<sup>189</sup>

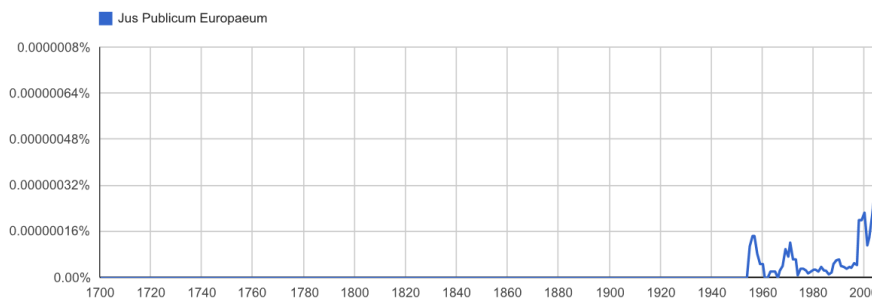


Abbildung II: Verwendung des Ausdrucks “Jus Publicum Europaeum” in der von *Google Books* gescannten englischsprachigen Literatur zum Vergleich<sup>190</sup>

<sup>188</sup> So findet sich hier im Sachverzeichnis neben dem Eintrag *ius publicum europaeum* “(droit public de l’Europe)”, und *Mablys* Beschreibung der Verträge von Münster und Osnabrück als *droit public de l’Europe* wird in der Fußnote als erste Quelle für die Entstehung eines *ius publicum europaeum* angeführt. *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1976, 41, 675 sowie 76, 492.

<sup>189</sup> *Google Books NGram Viewer* <<http://books.google.com/ngrams>>, mit einem Glättungsfaktor von 1. Zur Bedeutung der Prozentzahlen, der Berücksichtigung der verschiedenen Zahl erschienener Bücher und anderen methodischen Fragen siehe <<http://books.google.com/ngrams/info>> und *J. B. Michel et al.*, *Quantitative Analysis of Culture Using Millions of Digitized Books*, Science, online erschienen am 16.12.2010, <<http://www.sciencemag.org/content>>.

<sup>190</sup> *Google Books NGram Viewer* (Anm. 189).

Abschließend sei *Schmitts* Verständnis des Ausdrucks *Jus Publicum Europaeum* mit einem Verständnis verglichen, das die Grundprinzipien des europäischen Rechtsraums ausbuchstabiert, welche die Kopfartikel des EU-Vertrags niederlegen. In fast jedem Punkt ist ein diametraler Gegensatz festzustellen. Hier sei nur festgehalten, dass das neue *Ius Publicum Europaeum* gerade kein strikt zwischenstaatliches und souveränitätsfixiertes Recht ist, sondern die Mitgliedstaaten in vielen Hinsichten öffnet. Das neue *Ius Publicum Europaeum* bildet auch gerade keinen Gegenbegriff zur universellen Ordnung, sondern ist nur in dessen Rahmen zu konzipieren. Und natürlich geht das neue *Ius Publicum Europaeum* von einem "ewigen Frieden" im europäischen Rechtsraum aus, und nicht nur von einer bloßen Hegung des Krieges. Überhaupt kann man mit *Schmitts* kriegsrechtlicher Fokussierung das heutige *Ius Publicum Europaeum* nicht fassen.

Der Raumbezug von *Schmitts Jus Publicum Europaeum* bietet hingegen mehr positive Anknüpfungspunkte. Selbst wenn er den Raumbegriff aus dem dunklen Begriff der Landnahme entwickelt und in seiner imperialistischen Großraumordnung entfaltet, so finden sich doch wichtige Hinweise. Dazu zählt zunächst die Suggestion des Raumbegriffs, die auf die Schöpfer der EU-Verträge machtvoll wirkt und die Rechtswissenschaft des heutigen *Ius Publicum Europaeum* zu dessen begrifflicher Entfaltung aufruft. Der Gedanke, dass jede Ordnung räumlich, territorial zu denken ist, liegt dem Unionsrecht inzwischen zugrunde, ist unionsrechtswissenschaftlich aber noch zu verarbeiten.<sup>191</sup> Gleiches gilt für die Einsicht, dass echte Ordnung eine Zulassung neuer Staaten und deren Prüfung auf strukturelle Kompatibilität verlangt,<sup>192</sup> soll das neue *Ius Publicum Europaeum* Faktizität und Geltung haben. Insgesamt ist das neue *Ius Publicum Europaeum* jedoch die lebendige Widerlegung von *Schmitts* These des zivilisatorischen Niedergangs.

Der Schweizer Völkerrechtler *Paul Guggenheim* hat die Schwächen der *Schmittschen* Konzeption und das Potenzial der europäischen Integration schon früh gesehen.<sup>193</sup> Im Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart bezeichnete er 1954 das *Jus Publicum Europaeum* "was seinen materiellen Inhalt betrifft" als "stets eine Fiktion oder höchstens eine ideologische Motivierung für zahlreiche Rechtssätze des allgemeinen Völkerrechts."<sup>194</sup> Er bestreitet hier die Annahme, dass ein europäisches Völkerrecht je räumlich

<sup>191</sup> Ansätze bei *G. della Cananea*, Dal territorio statale allo spazio giuridico europeo, in: M. Cammelli (Hrsg.), Territorialità e delocalizzazione nel governo locale, 2007, 65 (70 ff.); *A. Siebr*, "Entwicklung" der Raumdimension in der Europapolitik, *Der Staat* 48 (2009), 75.

<sup>192</sup> Vgl. *C. Schmitt* (Anm. 4), 206 f.

<sup>193</sup> *P. Guggenheim*, Das Jus publicum europaeum und Europa, *JöR* 3 (1954), 1.

<sup>194</sup> *P. Guggenheim* (Anm. 193), 4.

auf Europa beschränkt oder eine Völkerrechtsgemeinschaft christlicher Nationen gewesen sei.<sup>195</sup> Zwar bleibt *Carl Schmitt* unerwähnt, aber ein Antwortcharakter auf *Schmitts* wenige Jahre zuvor erschienenen *Nomos* kann als wahrscheinlich gelten. An diese Ablehnung knüpft sich die Prognose, dass die damals gerade beginnende Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl nun zum ersten Mal das Tor für ein echtes *jus publicum europaeum* öffnete. Diese könne als Rechtsordnung neben das universelle Völkerrecht und die staatlichen Rechtsordnungen Europas treten.<sup>196</sup> Fast prophetisch wirkt aus heutiger Sicht der Schlusssatz *Guggenheims*: “Es wäre aber keine geringe Ironie im weltgeschichtlichen Geschehen, wenn der souveräne Staat europäischen Ursprungs, dieser selbst heute noch wichtigste Faktor in der politischen Struktur der zeitgenössischen Völkerrechtsgemeinschaft, durch die Entfaltung des *jus publicum Europaeum* einem Gestaltungswandel unterworfen würde.”<sup>197</sup>

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Die Verwendung des Ausdrucks *Ius Publicum Europaeum* verfügt über eine ebenso alte wie komplexe Tradition. Bis zu den neuen Ansätzen im Rahmen des europäischen Rechtsraumes war dabei ein auf dem *droit public de l'Europe* basierendes Verständnis vorherrschend. Der Kern dieses *droit public* lag in den rechtlichen Beziehungen zwischen den europäischen Herrschaftsgebieten in der Formationsperiode des modernen Staates, welche nur teilweise mit dem modernen Völkerrecht vergleichbar sind. Die Abgrenzung zur Bezeichnung gemeinsamer staatsrechtlicher Prinzipien, auf welcher wiederum die europäische Ordnung beruhte, blieb dabei mitunter unscharf. Die wichtigsten Begriffsprägungen erfolgten durch *Mably* und *Schmitt*, mit ganz unterschiedlichen Stoßrichtungen.

Ungleich näher als das *Jus Publicum Europaeum* insbesondere *Carl Schmitts* steht dem neuen *Ius Publicum Europaeum* die Verwendung durch *Hagemeier*, welches die gegenseitige Bedeutung des öffentlichen Rechts europäischer Staaten betont. Im Mittelpunkt steht die gegenseitige Bedeutung des öffentlichen Rechts europäischer Staaten. Zudem repräsentiert dieses Werk eine eher europäische als nationalstaatlich orientierte Wissenschaft

---

<sup>195</sup> *P. Guggenheim* (Anm. 193), 1 ff.

<sup>196</sup> *P. Guggenheim* (Anm. 193), 13.

<sup>197</sup> *P. Guggenheim* (Anm. 193), 14.

vom öffentlichen Recht.<sup>198</sup> Der rechtsvergleichende Ansatz ist allerdings, soll es zukunftsfähig im europäischen Rechtsraum sein, durch Elemente des zweiten Verständnisses zu ergänzen, das primär über- und zwischenstaatliches Recht bezeichnet.

Ähnlich dem historischen *ius publicum* bzw. *droit public* Europas baut auch das neue *Ius Publicum Europaeum* auf gemeinsamen Grundprinzipien auf. In dieser Hinsicht verdient *Talleyrand* Beachtung, der die europäische Ordnung auf dem staatsrechtlichen Grundprinzip der monarchischen Legitimität gründete. Vergleicht man diese Konzeption mit dem öffentlichen Recht des europäischen Rechtsraums, so fällt auf, dass dieses Prinzip durch die in Art. 2 EUV niedergelegten Grundprinzipien ersetzt wurde. *Talleyrand* behält also insofern Recht, als eine echte europäische Ordnung auf durchgängigen verfassungsrechtlichen Grundprinzipien beruhen muss. Allerdings musste die Konzeption vom Kopf auf die Füße gestellt werden, indem der demokratische Rechtsstaat an die Stelle der monarchischen Legitimität trat. Dies bestätigt *Guggenheims* Prognose: Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl öffnete die Tür zu einem zukunftsweisenden *Ius Publicum Europaeum*, das die Begriffsprägung durch *Carl Schmitt* endgültig überwindet und den alten Ausdruck *Jus Publicum Europaeum* mit neuem Leben erfüllt.

---

<sup>198</sup> Zur öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung *F. C. Mayer*, Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund, in: C. Callies (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, 168.