

Die Befreiung Moslers europaföderale Sprengung des staatsrechtlichen Denkens

Armin von Bogdandy*

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Heidelberg, Deutschland/Germany
bogdandy@mpil.de

Abstract	763
I. These und Programm	764
II. Die Fesseln <i>Bilfingers</i>	766
III. Die Befreiung <i>Moslers</i>	769
1. Die Lage	770
2. Das Neue	773
3. Die Sprengung	777
IV. Die Befreiung, die fehlt	783
Summary: The Liberation: Mosler's European Constitutional Thinking for Postwar Germany	784

Abstract

1951 befreite *Hermann Mosler* das deutsche juristische Denken transnationaler Phänomene aus den Fesseln des staatsrechtlichen Denkens. Medium der Befreiung war die Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Anlass der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS). Konkret legte *Mosler* einen Weg frei, das Gemeinschaftsrecht jenseits des staatsrechtlichen Dualismus von Landesrecht und Völkerrecht als eine neue und neuartige Rechtsordnung zu denken, und zwar in föderalen und verfassungsrechtlichen Kategorien. Er zeigt, dass der politische Wille zu einer völkervertraglich verfassten Föderation souveräner Staaten kein juristisches Paradoxon ist, sondern vielmehr ein Weg in eine bessere Zukunft. Voraussetzung ist allerdings staatsrechtliche Dogmen zu sprengen. So geht es zunächst geht es um die Fesseln, veranschaulicht an Aufsätzen, mit denen Carl Bilfinger in der *ZaöRV* das juristische Denken in

* Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg. Ich danke Felix Lange, Reinhard Mehring sowie zwei Reviewern für hilfreiche Anregungen.

der ersten Sattelzeit zu orientieren suchte. In deren Gegenlicht gewinnt *Moslers* Befreiung klare Konturen. Abschließend wird untersucht, welchen Fesseln *Mosler* nicht entkam.

I. These und Programm

1951 befreite *Hermann Mosler* das deutsche juristische Denken transnationaler Phänomene aus den Fesseln des staatsrechtlichen Denkens. Die Befreiung erfolgte mittels der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), die sich so einer neuen Zukunft öffnete. Den Anlass bot der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS).¹ *Mosler* leistete ganze Arbeit, denn sein Zugriff war nicht nur kritisch, sondern konstruktiv.²

Konkret legte *Mosler* einen Weg frei, das Gemeinschaftsrecht jenseits des staatsrechtlichen Dualismus von Landesrecht und Völkerrecht³ als eine neue und vor allem neuartige Rechtsordnung zu denken, und zwar in föderalen und verfassungsrechtlichen Kategorien. Er zeigt, dass der politische Wille zu einer völkervertraglich verfassten Föderation souveräner Staaten kein juristisches Paradoxon ist, sondern vielmehr ein Weg in eine bessere Zukunft. Eine Voraussetzung dafür ist allerdings, staatsrechtliche Dogmen zu sprengen.

Sprengen ist ein Begriff *Moslers* (S. 24), auch für seine eigene Arbeit.⁴ Eine solche performative, für manche aktivistische und daher problematische Rechtswissenschaft⁵ ist für *Mosler* wissenschaftsadäquat und sogar geboten. Denn zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft gehört, politische Verbände „zu regeln“, „den Ausgleich der gesellschaftlich wirksamen Interessen zu fördern“ und dabei „Integration“ voran zu bringen (S. 37). *Mosler* konzipiert das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Gesellschaft als dialektisch, auch

¹ Hermann Mosler, 'Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Entstehung und Qualifizierung', ZaöRV 14 (1951), 1-45. Seitenzahlen im Text (S. X) beziehen sich auf diesen Beitrag.

² Insofern leistet der heutige *critical turn* nur halbe Arbeit; Editorial Comments, 'The Critical Turn in EU Legal Studies', CML Rev. 52 (2015), 881-888.

³ Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (C.L. Hirschfeld 1899); Carl Schmitt, 'Über die zwei großen "Dualismen" des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die Unterscheidung von Völkerrecht und staatlichem Recht zu der innerstaatlichen Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht?' in: *Mélanges Streit. Bd. 2*, (Pyrros 1940), 315-328.

⁴ So in Hermann Mosler, 'Begriff und Gegenstand des Europarechts', ZaöRV 28 (1968), 481-502 (500).

⁵ Dazu Patrick Hilbert, 'Republikanismus und Rechtswissenschaft – Ein Kommentar zu Armin von Bogdandy' in: Armin von Bogdandy, Angelika Siehr und Patrick Hilbert (Hrsg.), *Renaissance des Republikanismus* (Mohr Siebeck 2024), 161-181.

wenn er das nie so formuliert hat. Denn zum einen muss „die Rechtswissenschaft dem gesellschaftlichen Faktum folgen“, dem „Substrat der rechtlichen Konstruktion“, zum anderen soll sie förderungswürdigen gesellschaftlichen Dynamiken einen Weg bahnen (S. 37).⁶ Aus heutiger Sicht erscheint *Moslers* Beitrag von 1951, nur um den geht es hier, als ein Werk des rechtswissenschaftlichen Konstruktivismus.⁷

Diese Befreiung bleibt nach 70 Jahren unvollständig, denn der staatsrechtliche Zugang prägt weiter Teile des deutschen Europarechtsdenkens. Gewichtige Stimmen konzipieren das Unionsrecht als „Staatsrecht III“, als „delegiert“ oder als kreisend um die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts.⁸ So bleibt *Moslers* ZaöRV-Beitrag aktuell, selbst wenn der EGKS-Vertrag wenig erfolgreich war,⁹ am 23. Juli 2002 erlosch und bereits die Römischen Verträge auf seinen Leitbegriff verzichteten: die Überstaatlichkeit (supranationalité). Natürlich war diese Befreiung eine kollektive Operation.¹⁰ Die deutsche Rechtswissenschaft erinnert jedoch wenige Beiträge der ersten Sattelzeit des Gemeinschaftsrechts¹¹ wie diesen, zu Recht, wie im Folgenden zu zeigen.

Zunächst geht es um die Fesseln, veranschaulicht an Aufsätzen, mit denen *Carl Bilfinger* in der ZaöRV das juristische Denken in der ersten Sattelzeit zu orientieren suchte (II.). In deren Gegenlicht gewinnt *Moslers* Befreiung klare

⁶ Habermas theoretisiert dies später als Transzendenz demokratischen Rechts, Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Suhrkamp 1992), 15 ff.

⁷ Mit anderer Tendenz zu *Moslers* Gesamtwerk Felix Lange, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption. Hermann Mosler als Wegbereiter der westdeutschen Völkerrechtswissenschaft nach 1945* (Springer 2017). *Mosler* selbst bezeichnete sich als Positivist, Nachweis bei Lange, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption* (Fn. 7), 2.

⁸ Frank Schorkopf, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen* (C. H. Beck 2017); Peter M. Huber, *Der Gerichtshof der Europäischen Union und das Bundesverfassungsgericht als Hüter der unionalen Kompetenzordnung* (Duncker & Humblot 2023); zuspitzend Richard Bellamy, *A Republican Europe of States: Cosmopolitanism, Intergovernmentalism and Democracy in the EU* (Cambridge University Press 2019).

⁹ Detailliert Oliver Buntrock, *Problemlösung im europäischen Mehrebenensystem: Das Beispiel der Stahlpolitik der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS)* (Deutscher Universitätsverlag 2004).

¹⁰ Antoine Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe* (Presses de Sciences Po 2013), 49 f.; Anna Katharina Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht* (Mohr Siebeck 2011), 189, 258, 433.

¹¹ Der Begriff der Sattelzeit entstammt Reinhart Koselleck, 'Einleitung' in: Otto Brunner, Werner Conze und Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*. Bd. 1, (Klett-Cotta 1972), XIII-XXVII; zur Anwendung auf das Gemeinschaftsrecht, Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft* (Suhrkamp 2022), § 8.

Konturen (III.), so dass ich eine Bruchstelle in der Institutsgeschichte markiere.¹² Methodisch folge ich *Michael Stolleis'* literaturgeschichtlichem Ansatz,¹³ allerdings durchsetzt mit juristisch-konstruktivistischen Überlegungen. Abschließend untersuche ich, welchen Fesseln *Mosler* nicht entkam (IV.).

II. Die Fesseln *Bilfingers*

Die staatsrechtlichen Fesseln, aus denen *Mosler* das deutsche öffentlich-rechtliche Denken befreite, zeigen zeitgenössische Aufsätze in der *ZaöRV*. Paradigmatisch sind die Beiträge *Carl Bilfingers*. Dieser war ab 1949 Gründungsdirektor des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, und zwar zur „Sicherung der Kontinuität“.¹⁴

Was kontinierte *Bilfinger*? Es war deutsches staatsrechtliches Denken in einem geradezu etatistischen Zuschnitt: Ihn kennzeichneten eine tiefe Prägung durch den Wilhelminismus, eine enge Verbindung zu *Carl Schmitt* und anderen Exponenten etatistischen Denkens, eine bekennende NSDAP-Mitgliedschaft und, dank dieser Credentials, sein vorheriges Wirken im Direktorenamt des Kaiser-Wilhelm-Instituts ab 1943, testamentarisch empfohlen vom Gründungsdirektor *Viktor Bruns*. Dieses Direktorenamt und die höchstprominente Platzierung seiner Beiträge in der 1950 wiederbelebten *ZaöRV* zeigen *Bilfingers* Anspruch, die Stoßrichtung der Zeitschrift, der Institutsarbeit, der Forschung, des öffentlich-rechtlichen Denkens im Nachkriegsdeutschland auszurichten.

Bilfinger beginnt die wiederbelebte *ZaöRV* mit einem Nachruf auf den Begründer des Dogmas des Dualismus von Landesrecht und Völkerrecht, worin er die Verbindlichkeit des Dogmas unterstreicht.¹⁵ Gefesselt durch die Staatsidee findet er keinen Weg nach vorne. *Bilfinger* ist einfalllos wie *Carl*

¹² Zu Kontinuitäten von Bruns über Mosler bis zum heutigen Tage Anne Peters, 'Völkerrecht als Rechtsordnung: 1929 – 1976 – 2024', MPIL100, 20. September 2024; Armin von Bogdandy und Philipp Glahé, 'Alles ganz einfach? Zwei verlorene Weltkriege als roter Faden der Institutsgeschichte', MPIL100, 30. April 2024.

¹³ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Bd. 1. Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600-1800* (C. H. Beck 1988), 43.

¹⁴ Zu *Bilfinger* als Wissenschaftler und Direktor Felix Lange, 'Carl Bilfingers Entnazifizierung und die Entscheidung für Heidelberg', *ZaöRV* 74 (2014), 697-731; umfassend zu *Bilfinger* Philipp Glahé, Reinhard Mehring und Rolf Rieß, *Der Staats- und Völkerrechtler Carl Bilfinger (1879-1958). Dokumentation seiner politischen Biographie* (Nomos 2024). Dass dies der Mainstream war, zeigt etwa Frieder Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970* (De Gruyter 2004).

¹⁵ Carl Bilfinger, 'Heinrich Triepel', *ZaöRV* 13 (1950), 1-13 (5 ff.).

Schmitt in *Der Nomos der Erde*, gewiss, ein jeder auf seinem Niveau. So ruft Bilfinger im allerersten Nachkriegsbeitrag der ZaöRV („PROLEGOMENA“) die deutsche Völkerrechtswissenschaft auf, sich auf das „nicht spezifisch politische Völkerrecht“ zu konzentrieren. Zugleich suggeriert er, bemerkenswert inkonsistent, die alliierte Besatzung Deutschlands als völkerrechtswidrig und die Kriegsverbrecherprozesse als politisch.¹⁶ Auf dieser Linie verstehe ich den verquastenen Anfang mit *Kaiser Friedrich III.* (1414-1493): Er ermöglichte Bilfinger, auf die Relativität historischer Beurteilung hinzuweisen und damit eben nicht „die Frage nach der Schuld zu stellen“. Das erlaubt ihm „die Frage nach dem Tag des Gerichts und der Abrechnung [...] im Dunkeln“ zu lassen.¹⁷

Noch deutlicher werden die Fesseln in dem konzeptionell ausgerichteten Aufsatz „Friede durch Gleichgewicht der Macht?“, mit dem Bilfinger die „Abhandlungen“ der ZaöRV wiederbelebt. Für sein staatsrechtliches Denken gibt es nur zwei Grundlagen internationaler Ordnung: Gleichgewicht mächtiger Staaten und, wie es *Heinrich Triepel*, *spiritus rector* des Kaiser-Wilhelm-Instituts, monumental festgehalten hatte, Hegemonie.¹⁸ In Bilfingers Aufsatz geht es um das Verhältnis der beiden: Angesichts der Vormachtstellung der Vereinigten Staaten in Westeuropa stellt sich die Frage, ob das Gleichgewichtsdenken in deren Schatten eine Rolle hat.

Bilfingers Aufsatz versucht genau das zu zeigen: Dem Gleichgewicht der Mächte könne auch im Rahmen einer Hegemonie eine konstruktive, also insbesondere friedenssichernde Rolle zukommen. Ich habe den tieferen Sinn vieler Passagen dieses gewundenen und mir präventiv erscheinenden Beitrags¹⁹ nicht wirklich verstanden, entnehme ihm aber eine Kernaussage: Die Westalliierten sollten zwecks einer stabilen europäischen Friedensordnung mit dem besiegten Deutschland so umgehen wie die Heilige Allianz mit dem besiegten Frankreich auf dem Wiener Kongress.²⁰

¹⁶ Carl Bilfinger, 'PROLEGOMENA', ZaöRV 13 (1950), 22-25 (23); ähnlich Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Greven 1950), 232 ff., 255; die Ansicht war weit verbreitet, dazu Philipp Glahé, *Amnestielloobbyismus für NS-Verbrecher – Der Heidelberger Juristenkreis und die alliierte Justiz 1949-1955* (Wallstein 2024), 208-209.

¹⁷ In diesem Punkt liegen Bilfinger und Mosler auf einer Linie, artikuliert von Alexander Mitscherlich und Margarete Mitscherlich, *Die Unfähigkeit zu trauern. Grundlagen kollektiven Verhaltens* (Piper 1967).

¹⁸ Dazu Heinrich Triepel, *Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten* (Kohlhammer 1938). Zur Bedeutung Triepels für das Institut, siehe Bilfingers Nachruf.

¹⁹ Man kann Moslers abfällige Bemerkung vom „völkerrechtlichen Geschwafel“ auf diesen Beitrag beziehen, nachgewiesen in Felix Lange, 'Wider das "völkerrechtliche Geschwafel" – Hermann Mosler und die praxisorientierte Herangehensweise an das Völkerrecht im Rahmen des Max-Planck-Instituts', ZaöRV 75 (2015), 307-343.

²⁰ Paul-Louis Couchoud und Jean-Paul Couchoud (Hrsg.), *Mémoires de Talleyrand. Tome II*, (Calmann Lévy 1957), 436 ff.; Wilhelm G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (Nomos 1984).

Die Vier Mächte machten keinen solchen Schritt auf Deutschland zu, wohl aber Frankreich auf die Bundesrepublik. Der war letztlich viel weiter und sollte zu einem viel größeren Erfolg führen. Frankreich erklärt sich mit der Schuman-Erklärung vom 9. Mai 1950 bereit, gemeinsam mit Deutschland den Weg in eine gemeinsame Föderation aufzunehmen, womit es von seinem ursprünglichen Plan einer dauerhaften Schwächung auf amerikanischen Druck Abstand nahm. *Adenauer*, der den Wilhelminischen Etatismus stets abgelehnt hatte, erblickte die Chance und machte das Gelingen des Schuman-Plans zu einem Kernanliegen deutscher Außenpolitik. Es entsprach dem Selbstverständnis der ZaöRV, dieses Projekt prominent zu besprechen, eben durch *Bilfinger* als Direktor des Instituts.²¹

Da das Heidelberger Institut die Regierungsnähe des Berliner Instituts fortführte, war die Grundtendenz von *Bilfingers* Aufsatzes gesetzt. Kritik war ausgeschlossen. Umso verquaster gerät er. Immerhin macht der Aufsatz klar, wenngleich unausgesprochen, dass das Gleichgewichtsdenken nicht passt. Nirgends versucht *Bilfinger* den Schuman-Plan in den Kategorien seines Friede-durch-Gleichgewicht-der-Macht-Aufsatzes zu deuten, weil der Schuman-Plan diese Anschauungswelt verlässt. Diese Einsicht, die auch *Moslers* Aufsatz prägt, war bedeutend und keineswegs allen vergönnt.²²

Zentral ist in *Bilfingers* Beitrag vielmehr der Begriff des Politischen. Im Hintergrund glimmt, unausgewiesen, der berühmteste Gedanke *Bilfingers* berühmtesten Freundes.²³ Damit gelingt es *Bilfinger* immerhin zu identifizieren, wo für die etatistische Tradition das Kernproblem des Schuman-Plans liegt. Der Plan will das Politische völkerrechtlich bändigen, weil es ihm um die Undenkbarmachung eines Krieges unter den beteiligten Staaten geht, also um die Zügelung ihrer „Lebensinteressen“. Dieses gewaltige Ziel wirft die Forschungsfrage von *Bilfingers* Beitrag auf: die „Grenzen vernünftiger Rechtsetzung“.

Auch in diesem Aufsatz habe ich *Bilfingers* Gedankengang nicht wirklich verstanden. Mir scheint, dass er die Praktikabilität des Schuman-Plans an die Anerkennung eines Vorbehalts knüpft. Ungeachtet aller vertraglichen Pflichten muss den teilnehmenden Staaten eigenmächtiges Handeln erlaubt sein,

²¹ Carl Bilfinger, 'Vom politischen und nicht-politischen Recht in organisatorischen Kollektivverträgen. Schuman-Plan und Organisation der Welt', ZaöRV 13 (1950), 615-659. Diese Tradition lebt fort, siehe zur Außenpolitik der ‚Ampelkoalition‘ Anne Peters, „‘Füg’ dich, meine Schöne“: Plädoyer für ein feministisches Foreign Relations Law“, ZaöRV 84 (2024), 7-22.

²² Zum Fortwirken dieses Denkens Dirk Kroegel, 'Das Gleichgewicht als Integrationsfaktor bei Entstehung und Ausbildung der Europäischen Gemeinschaft' in: Armin von Bogdandy (Hrsg.), *Die Europäische Option. Eine interdisziplinäre Analyse über Herkunft, Stand und Perspektiven der europäischen Integration* (Nomos 1993), 199-216.

²³ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisisierungen* (Duncker & Humblot 1932).

wenn sie ihre Lebensinteressen betroffen sehen.²⁴ Dieser Ansatz lebt in dem Theorem der Verfassungsidentität fort. Wie lebendig er auch heute noch ist, zeigt anschaulich die Vehemenz, mit welcher der Europäische Gerichtshof (EuGH) auf die Autonomie des Unionsrechts pocht, 1963 wie 2022.²⁵

Wahrt der EGKS-Vertrag damit die „Grenzen vernünftiger Rechtsetzung“? Die Fesseln des staatsrechtlichen Denkens hindern *Bilfinger*, selbst mit seinem Vorbehalt, zu einer klaren positiven Stellungnahme zu gelangen. Er kaschiert dies, indem er seinen Beitrag nach seitenlangen, ziellos mändrierenden Ausführungen zum Weltpostverein einfach versiegen lässt. Der Weltpostvertrag, diesen Eindruck nehme ich mit, ist für staatsrechtliches Denken im Stile *Bilfingers* ein Denkmal, und Mahnmal, was vernünftiger internationaler Rechtsetzung zugänglich ist.

III. Die Befreiung *Moslers*

Nicht so für *Hermann Mosler* (1912-2001), der dem Weltpostverein wie *Bilfingers* Bemühen um den Schuman-Plan keine Zeile schenkt.²⁶ Das Nachwuchstalant aus dem Berliner Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht kannte sich aus, da Teil der deutschen Verhandlungsdelegation.²⁷ Die Berufung dazu erreichte ihn an der katholisch geprägten Georgetown-Universität, an welcher der katholisch geprägte *Mosler* einen Forschungsaufenthalt durchführte, vermittelt durch den zum Katholizismus konvertierten jüdischen Gelehrten *Heinrich Kronstein*. Dieses katholische Moment ist relevant, da der rheinische Katholizismus, anders als etwa der schmittianische oder spanische Nationalkatholizismus, der protestantisch erdachten Staatsverehrung eher fernstand.²⁸ Das sollte *Moslers* Befreiung erleichtern.

²⁴ *Bilfinger* (Fn. 21), 635. Zur Verfassungsidentität auf der staatsrechtlichen Linie BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

²⁵ EuGH, *van Gend en Loos*, Urteil v. 5. Februar 1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1; EuGH, *Costa/E. N. E. L.*, Urteil v. 15. Juli 1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66; EuGH, *EMRK-Beitritt (Plenum)*, Gutachten 2/13 v. 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 155-176, 179-200; EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat (Plenum)*, Urteil v. 16. Februar 2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2021:974, Rn. 125, 232.

²⁶ In den 90 Fußnoten des Artikels taucht *Bilfinger* einmal auf, pauschal in Fußnote 1 und ohne Auseinandersetzung.

²⁷ *Mosler* war somit befangen, ohne es im Text ausweisen. Das erscheint heute problematisch, siehe Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, *Gute wissenschaftliche Praxis im öffentlichen Recht* (2012), Leitsatz 46. Allerdings dürfte seine Rolle damals allgemein bekannt gewesen sein.

²⁸ Wolfram Kaiser, *Christian Democracy and the Origins of the European Union* (Cambridge University Press 2007), 12 ff., 164-191. Zum rheinischen Katholizismus, Michael Klöckner, „rheinisch-katholisch“. Zur Mentalität des rheinischen Katholizismus, *Römische Quartalschrift für Christliche Altertumskunde und Kirchengeschichte* 100 (2005), 288-312.

In der deutschen Verhandlungsdelegation war *Mosler* so erfolgreich, dass *Adenauer* ihn anschließend zum ersten Leiter der Rechtsabteilung des bundesrepublikanischen Auswärtigen Amtes berief,²⁹ von wo er zur Universität Frankfurt und 1954 in das Direktorat am Heidelberger Institut wechselte. *Mosler* gehörte also, neben seinem Förderer *Walter Hallstein* und *Carl Friedrich Ophüls*, zu den maßgeblichen deutschen Juristen in den Verhandlungen zum EGKS-Vertrag.

Das Gelingen des Schuman-Plans durch den EGKS-Vertrag war *Mosler* eine „Herzensangelegenheit“.³⁰ Damit bezog er Position, denn anderen galt der Plan als „Landesverrat“, als Kniefall „vor der amerikanischen Finanzoligarchie“, aber auch als die „Mitteleuropa-Konzeption der deutschen Imperialisten von 1914“.³¹ So behandelt *Moslers* Aufsatz aus einem tiefen Anliegen heraus ein großes und umstrittenes Thema, und das mit enormer Sachkenntnis, politischer Peilung und juristischer Schlagkraft. Das sind die Zutaten großer Beiträge.

1. Die Lage

Moslers Methode war, das wurde bereits gesagt, konstruktivistisch, aber zudem, und darauf kommt es jetzt an, „situativ“, was man mit *Felix Lange* auch als „pragmatisch“ bezeichnen kann. Der Beitrag lebt aus dem Verständnis der politischen Lage, bezieht Position und wirkt auf sie ein. Die Lage ist *Moslers* Aufsatz nichts Äußeres, das er, wie viele dogmatische Beiträge, mit ein paar einleitenden Sätzen abhandelt, um sich dann der Pflege des umfriedeten dogmatischen Gartens zu widmen. Die genaue Erfassung der Lage ist vielmehr elementar für *Moslers* rechtswissenschaftliche „Qualifizierung“ des Vertrags, weit wichtiger als dessen Bestimmungen. Nur so versteht sich, dass er über die Hälfte seines Beitrags der Lage widmet, dargestellt anhand der politischen Interessen, Konflikten, Positionen, Projekten und Prozessen der Konsensbildung (S. 1-23, 27-29). *Mosler* versteht dies als eine Beschreibung der „Entstehung“, heute spricht man von *process tracing*.³²

²⁹ Im Einzelnen Lange, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption* (Fn. 7), 58 ff. Später bemühte sich *Adenauer*, *Mosler* als Staatssekretär im Auswärtigen Amt und sogar im Bundeskanzleramt zu gewinnen, erfolglos.

³⁰ Nachweise Lange, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption* (Fn. 7), 173.

³¹ Nachweise Lange, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption* (Fn. 7), 177 f. Diese Vorwürfe kamen vor allem von Juristen aus der DDR, mit denen die Westdeutschen damals noch gemeinsam tagten. Zur Distanz des westdeutschen Mainstreams vgl. Günther (Fn. 14).

³² Zu dieser politikwissenschaftlichen Methode David Collier, 'Understanding Process Tracing', PS 44 (2011), 823-830.

Mosler versteht die Lage, für die der EGKS-Vertrag zu entfalten ist, im Grunde wie *Schuman*: Der Friede in Europa braucht eine neue Form internationaler Ordnung. Allerdings verzichtet Moslers Lageanalyse auf den Begriff der Solidarität, dem in der Schuman-Erklärung eine Schlüsselrolle zukommt. *Schuman* denkt die europäische Einigung wohl mit *Durkheims* Soziologie solidarischer Vergesellschaftung, ein Ansatz, den *Léon Duguit* ins Verfassungs- und Verwaltungsrecht und *Georges Scelle* ins Völkerrecht einbrachten.³³ Das fehlt bei Mosler, ebenso wie jeder Hinweis auf den ähnlich ausgerichteten sozialdemokratischen Europaföderalismus seines früheren Institutskollegen *Hermann Heller* oder auf den republikanischen Föderalismus des damals intensiv diskutierten Manifests von Ventotene.³⁴ Ich frage mich, ob der heutige deutsche Europarechtsdiskurs vertrauter mit dem Prinzip europäischer Solidarität wäre, hätte Mosler, mit *Schuman*, die europäische Integration als ein Projekt solidarischer Vergesellschaftung begriffen.³⁵

Mosler fokussiert ab dem allerersten Satz allein auf die „Große Politik“, also die Politik um Krieg und Frieden, die eine kleine Gruppe mächtiger Personen prägt.³⁶ Er präsentiert die Montanunion als Antwort auf die Dysfunktionalität des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen (S. 2). Es fehlt damit jeder Hinweis nicht nur auf Fragen der solidarischen Vergesellschaftung, sondern insgesamt auf die sozialen Konflikte der Zwischenkriegszeit, die zu autoritären, totalitären und damit oft aggressiven Regimen geführt hatten, ohne die der Zweite Weltkrieg und der nachfolgende Ost-West-Konflikt kaum zu verstehen sind.

Mosler blendet somit Wichtiges aus, was aber seiner Scharfsichtigkeit nicht schadet. Letztere zeigt seine ungewöhnliche Artikulation der Lage. Es gehe 1951 nicht darum, Westeuropa zu integrieren, so das übliche Verständnis. Die Montanunion solle vielmehr seine Desintegration verhindern: „Die Verflech-

³³ Zur Bedeutung Dieter Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit* (Athenäum 1973); Hugo Canihac, 'Du solidarisme aux Communautés européennes. Le concept de solidarité dans la pensée de Georges Scelle', *Revue Française d'Histoire des Idées* 51 (2020), 195-230.

³⁴ Hermann Heller, 'Politische Demokratie und soziale Homogenität (1928)' in: Martin Drath und Christoph Müller (Hrsg.), *Gesammelte Schriften. Bd. 2* (Sijthoff 1971), 421-434 (433); Altiero Spinelli und Ernesto Rossi, 'Per un'Europa libera e unita. Progetto di un manifesto' in: Altiero Spinelli und Ernesto Rossi (Hrsg.), *Il Manifesto di Ventotene* (Guida 1982), 9-30 (22 ff.). Zur Bedeutung Lucio Levi (Hrsg.), Altiero Spinelli and Federalism in Europe and in the World (Angeli 1990); Frank Schorkopf, *Die unentschiedene Macht. Verfassungsgeschichte der Europäischen Union 1948-2007* (Vandenhoeck 2023), 167 f.

³⁵ Zur Debatte Anuscheh Farahat, *Transnationale Solidaritätskonflikte. Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Eurokrise* (Mohr Siebeck 2021).

³⁶ Ein ähnlich exekutiv fokussiertes Verständnis der Integration, das staatsrechtlichen Fesseln ebenfalls entkommt, findet sich in Luuk van Middelaar, *Vom Kontinent zur Union. Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa* (Suhrkamp 2016).

tung der Wirtschaftsinteressen soll die tatsächlichen Voraussetzungen schaffen, die eine erneute politische Desintegration der zur Zeit durch die gemeinsame Bedrohung seitens des Ostblocks verbundenen Mitgliedstaaten unmöglich machen soll.“ (S. 23)

Damit artikuliert *Mosler* das „window of opportunity“ der ersten Sattelzeit. Dieses Fenster öffnet sich durch erstens die militärische, ökonomische, politische und weltanschauliche Abhängigkeit der westeuropäischen Staaten von den Vereinigten Staaten von Amerika, zweitens das amerikanische Bestreben, die europäischen Staaten in ihrer Einflusszone zu fördern,³⁷ und drittens die Wahrnehmung sowjetischer Bedrohung. Diese Lage impliziert den Verlust der Weltmachtstellung europäischer Staaten, aber auch eine gewisse Gemeinsamkeit ihrer Gesellschaftsordnung als Teil des sich formierenden geopolitischen Westens (S. 9). Dieser Machtverlust, dieser Gleichklang, diese Abhängigkeit, diese US-Politik und diese militärische Konfrontation bestimmen die Lage, aus der heraus sich die Montanunion versteht. *Mosler* versteht zwar den Schuman-Plan als ein autonomes französisches Projekt, das aber dieser Lage zu verdanken ist (S. 5).

Die „Große Politik“ reagiert mit diversen Projekten auf diese Lage. *Mosler* präsentiert sie knapp: die Organisation für europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit (OEEC) (heute Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [OECD]), den Brüsseler Fünf-Mächte-Vertrag und den Europarat. Sie alle genügen nicht, denn sie bleiben in den Fesseln geschlagen, die in Deutschland das staatsrechtliche Denken artikuliert. Erst der Schuman-Plan „verläßt diese Anschauungswelt“ (S. 8) und bietet, so *Moslers* Ergebnis, den einzig brauchbaren Weg zu einer belastbaren Friedensordnung. So wiesen *Moslers* weltpolitischer Realismus und katholischer Idealismus denselben Weg.

Moslers Analyse ist verkürzend, aber gleichwohl ebenso scharf- wie weit-sichtig. Denn bis in die 1970er Jahre erschien es offen, ob es überhaupt einen Weg aus der staatsrechtlich determinierten Anschauungswelt gab und welche Organisation ihn eröffnen würde. Laut *Kiran Klaus Patel* gab es für die Entwicklung zur heutigen Europäischen Union „keinen Masterplan, sondern [sie] resultierte aus vielschichtigen historischen Prozessen mit den für sie typischen überraschenden Wendungen und Brüchen sowie den Lernprozessen mit vielen Sackgassen und Neuanfängen“.³⁸ *Mosler* setzte auf den Pfad, der erfolgreich sein sollte.

³⁷ Gregoire Mallard, *Fallout. Nuclear Diplomacy in an Age of Nuclear Fracture* (University of Chicago Press 2014), 115, 132, 140.

³⁸ Kiran Klaus Patel, *Projekt Europa. Eine kritische Geschichte* (C.H. Beck 2018), 22–64, Zitat S. 64; ähnlich Tony Judt, *Postwar. A History of Europe Since 1945* (Penguin 2005), 8.

2. Das Neue

Der EGKS-Vertrag verlässt die Anschauungswelt des überkommenen Völkerrechts und damit des überkommenen Staatsrechts. *Mosler* erschließt dies mittels einer kategorialen Verortung seines „Wesens“ (andere würden von „Idee“, „Rechtsnatur“, „Begriff“, „Identität“ oder „Logik“ sprechen) im Lichte der Lage. Diese Verortung erfolgt ausgehend vom „Wesen internationaler Zusammenschlüsse im derzeitigen Stadium der Völkerrechtsentwicklung“ (S. 25 f.). Eine solche begriffsanalytische „Wesensschau“ juristischer Phänomene konstituiert den vielleicht wichtigsten Gegenstand rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung und erfolgt selbstredend mit eigenen Methoden. *Mosler* reflektiert also die politische Lage, operiert aber unter der Prämisse rechtswissenschaftlicher Autonomie. Solche rechtswissenschaftlichen Operationen sind politisch und gesellschaftsweit bedeutsam, weil sie die soziale Ordnung eigenständig entwickeln (S. 37).

Mosler bestimmt die „Anschauungswelt“, aus der sich das „Wesen“ internationaler Zusammenschlüsse ergibt, mit dem Begriff der souveränen Gleichheit der Staaten (S. 28). Das trifft den Nagel auf den Kopf. Denn souveräne Gleichheit ist ein Schlüsselbegriff der genossenschaftlichen Völkerrechtslehre (S. 18, „bon voisinage“), welche den staatsrechtlichen Ansatz auf zwischenstaatliche Rechtsphänomene erstreckt. Nach *Hegel* wie *Jellinek* kann alles „durch die Souveränität und aus der Souveränität erklärt werden“.³⁹ Auf dieser Spur erscheint das Völkerrecht als eine Ordnung autonomer, freier und gleicher Rechtssubjekte, was zu seiner Fassung in Kategorien privatrechtlicher Provenienz führt.⁴⁰ Das Wort *public* in *public international law* erklärt sich daraus, dass Staaten (also nicht private Personen) die Rechtsgenossen sind, aber nicht, weil das Völkerrecht wie staatliches *public law* öffentliche Gewalt (*public authority*) konstituiert.⁴¹ Just darum geht es dem EGKS-Vertrag.

Moslers Befreiung wählt nicht den einfachen Weg, staatliche Souveränität als unumschränkte Herrschaftsmacht zu definieren und dann an den scharfen Klippen der Lage (III. 1.) als obsolet kentern zu lassen. Vielmehr deutet er

³⁹ Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882) (A. Hölder 1996), 36 (Zitat); Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 'Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)' in: Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel (Hrsg.), *Werke in zwanzig Bänden mit Registerband. Bd. 7* (Suhrkamp 1970), § 278.

⁴⁰ Schmitt, *Dualismen* (Fn. 3); zur Entwicklung und bleibenden Bedeutung Robert Christoph Stendel, *Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien* (Nomos 2023), 97–115.

⁴¹ Näher Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann und Ingo Venzke, 'From Public International to International Public Law. Translating World Public Opinion into International Public Authority', *EJIL* 28 (2017), 115–145.

den Grundsatz im Lichte der Satzung der Vereinten Nationen (VN), welche diese Lage reflektiert und gleichwohl die souveräne Gleichheit als Grundsatz postuliert (Art. 2 Nr. 1 VN-Charta). Doch nicht nur das: *Mosler* sieht durchaus die Möglichkeit, dass die Charta irgendwann einmal internationale öffentliche Gewalt begründen könnte.⁴² Er versteht sie als Teil einer Entwicklung, „in der das Axiom der Gleichheit durch die zum Gemeinwesen sich steigernde Staatengemeinschaft erschüttert zu werden beginnt“, insbesondere durch die Zwangsgewalt des per Mehrheit entscheidenden Sicherheitsrats (S. 31). Doch selbst mit diesem weichgespülten Souveränitätsbegriff ist der EGKS-Vertrag nicht zu fassen.

Alles philosophische Denken ist eine Fußnote zu *Plato*,⁴³ jede neue juristische Idee kann man aus einer vorherigen folgern. Und doch gibt es Innovation. Einen Weg bietet die Einbettung von Überbrachtem in einen neuen Kontext und neue Kombinationen alter Ideen. So der Schuman-Plan, dessen innovativer Mix von den Franzosen gesetzt und nicht verhandelbar war. Dieser Punkt ist *Mosler* so wichtig, dass er die entsprechende Auseinandersetzung zwischen Frankreich und dem Vereinigten Königreich schildert, was die zentrale Idee besser als jede Normanalyse verdeutlicht.

Was ist das befreiende Neue, das *Mosler* performativ mittels rechtsbegrifflicher Artikulation in seiner Geschichtsmächtigkeit unterstützt? Er fixiert den Schlüsselgedanken in der Lageanalyse. Es ist der Schritt, „ein zentrales wirtschaftliches Problem mit organisatorischen Mitteln zu lösen, die bisher nur dem Zusammenschluss selbständiger Länder zu einem Bundesstaat gedient haben“ (S. 8).

Das erste bundesstaatliche Element findet sich in der öffentlichen Gewalt, die der Vertrag begründet. Die Hohe Behörde, ein Gemeinschaftsorgan, kann einseitig verpflichtende Entscheidungen erlassen, die innerstaatlich gegenüber Behörden wie Privaten wirken (S. 10, 36). Bei Ungehorsam müssen mitgliedstaatliche Behörden die Entscheidungen vollstrecken, ohne dass es auf nationales Recht dabei ankäme. Dies impliziert die unmittelbare und vorrangige Wirkung der Entscheidungen und damit des Gemeinschaftsrechts, analog einem Bundesrecht (S. 44). Dagegen beanspruchen selbst Entscheidungen des Sicherheitsrats keine innerstaatliche Wir-

⁴² In den 1990er Jahren schien dies greifbar nahe, zur Debatte Anne Peters, 'Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung. Zur Neubestimmung der Verhältnisse', ZÖR 65 (2010), 3-63; Matthias Goldmann, 'Hopes of Progress. European Integration in the History of International Law', Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2018-26, available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3262453, 20.

⁴³ Alfred Whitehead, *Process and Reality. An Essay in Cosmology* (The Free Press 1978), 39.

kung.⁴⁴ Die nationale Souveränität steht dieser Wirksamkeit nicht entgegen. Es gibt auch keinen Souveränitätsvorbehalt, wie Mosler in Abgrenzung zum Briand-Plan europäischer Föderation festhält (S. 24).

Die zweite Innovation kreist um die Unabhängigkeit des hoheitlich entscheidenden Organs. Nun setzt bereits der Begriff der internationalen Organisation eine gewisse Verselbständigung gegenüber ihren Mitgliedern voraus, wie der Internationale Gerichtshof (IGH) wegweisend 1947 feststellte.⁴⁵ Der Schuman-Plan übertrifft aber kategorial diese Verselbständigung, wie der Schlüsselbegriff der Überstaatlichkeit der Hohen Behörde verdeutlicht („supranationalité“, Art. 9 EGKS-Vertrag). Überstaatlichkeit erfordert, dass die Behörde unabhängig entscheidet.

Diverse Bestimmungen dienen solcher Unabhängigkeit.⁴⁶ Dazu zählt, dass die Behörde ein handlungsfähiges Gremium ist (bestehend aus nur 9 Personen), per Mehrheit entscheidet und ihre Amtsträger weisungsfrei sind. Zudem müssen sich weder das Organ noch die Amtsträger vor nationalen Institutionen verantworten, sondern nur vor der EGKS-Versammlung, der Keimzelle des Europäischen Parlaments. Dagegen unterliegen die Entscheidungsträger des VN-Sicherheitsrats staatlichen Weisungen und Verantwortungsstrukturen.

Das dritte Moment ist die Bedeutung der supranationalen Kompetenz, die sie kategorial von der des Weltpostvereins unterscheidet, bei allem Respekt vor der Bedeutung gelingender Kommunikation. Die Entscheidungen der Hohen Behörde sollen Relevanz für politische Fragen im Sinne der „Großen Politik“ erlangen, für Fragen von Krieg und Frieden. Deshalb hat die Gemeinschaft ein eigenes politisches Gewicht und ist weit mehr als nur eine Verwaltungsunion, die seit dem späten 19. Jahrhundert existierten.⁴⁷

Moslers, wie Schumans, Blick ist ganz auf die Hohe Behörde gerichtet. Er thematisiert nicht die öffentliche Gewalt des EGKS-Gerichtshofs, der ebenfalls unabhängig ist, per Mehrheit entscheidet und Private betrifft. Als EuGH

⁴⁴ Das ist in diesem Jahrhundert etwas ins Rutschen geraten, vgl. Clemens A. Feinäugle, ‘The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?’ in: Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Jochen von Bernstorff, Philipp Dann und Matthias Goldmann (Hrsg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law* (Springer 2010), 101-132.

⁴⁵ IGH, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11. April 1949, ICJ Reports 1949, 174; aus heutiger Sicht Jan Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (4. Aufl., Cambridge University Press 2022), 46 ff.

⁴⁶ In Detail aufbereitet in dem auf Moslers Abhandlung folgenden Beitrag, Günther Jaenicke, ‘Die Sicherung des übernationalen Charakters der Organe internationaler Organisationen’, *ZaöRV* 14 (1951), 46-117.

⁴⁷ Dazu als Pionier staatsrechtlichen Denkens Jellinek (Fn. 39).

wird er ab 1963 dank des Vorabentscheidungsverfahrens des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EWGV) die Europarechtswissenschaft weit mehr als die europäische Exekutive beschäftigen.⁴⁸ Damit erscheint *Moslers* Fokus veraltet, obwohl er zum Gerichtshof durchaus etwas zu sagen hat. So hat er ihn als eine rechtsschöpferische Institution konzipiert: „Da die Hohe Behörde im Rahmen der Ziele des Vertrags einen weiten Spielraum für ihre Tätigkeit besitzt, ist die Nachprüfung ihrer Maßnahmen an den Zielen der Gemeinschaft durch eine schöpferische, in der Kasuistik der Praxis sich bildende Rechtsprechung eine dringende Notwendigkeit“ (S. 41). Das dient der Aktualität von *Moslers* Denken, gerade auch mit Blick auf die bezweifelte Legitimität Luxemburger Rechtsfortbildung.⁴⁹ *Moslers* Position lässt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Eine solche „Rechtsprechung ist keine politische oder wirtschaftspolitische Justiz. Jede Entscheidung ist Aktualisierung der Gemeinschaftsidee in dem der Entscheidung unterbreiteten Fall“ (S. 42).

Mosler sieht das Potenzial des Gerichtshofs für die Verwirklichung der „Gemeinschaftsidee“, bleibt aber, soweit es um das Neue geht, exekutiv zentriert. Und doch denkt er das Neue nicht in international-administrativen Kategorien, etwa mit *Bilfinger* als Verwaltungsunion.⁵⁰ Aber ebenso wenig denkt er die „Gemeinschaftsidee“ mit *Hallstein* und *Monnet* als ein werden-des Staatsrecht.⁵¹ Nach seinem Verständnis zielt die „Gemeinschaftsidee“ vielmehr eine per Vertrag verfasste Föderation souveräner Mitgliedstaaten (S. 32) und sprengt damit die bisherige Anschauungswelt. Es bleibt die Frage, wie die Rechtswissenschaft diese Sprengung begrifflich nachvollziehen kann.

⁴⁸ Auf der Linie von *Moslers* Intuitionen dann wegweisend Eric Stein, ‘Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution’, *AJIL* 75 (1981), 1-27; Joseph H. H. Weiler, ‘The Transformation of Europe’, *Yale L.J.* 100 (1991), 2403-2483. Weder *Stein* noch *Weiler* zitieren *Moslers* Aufsatz, der aber auch nur auf Deutsch vorliegt. Die knappen Ausführungen in Hermann Mosler, *La organización internacional y la distribución de competencias* (Escuela de Funcionarios Internacionales 1957), 48-54, bilden keinen Beitrag zur internationalen Diskussion.

⁴⁹ Jean-Pierre Colin, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes* (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1966); rekurrierend auf den Klassiker der Justizkritik Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (Giard 1921).

⁵⁰ Aufgefrischt als ‘Zweckverband funktioneller Integration’, Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Mohr 1972), 196 ff., 1055; dazu Wolfgang Kahl und Paul Hüther, *Der “Zweckverband funktioneller Integration” nach Hans Peter Ipsen – Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte und zur Finalitätsdebatte in der Europawissenschaft* (Duncker & Humblot 2023).

⁵¹ Jean Monnet, *Les États-Unis d'Europe ont commencé: la communauté européenne du charbon et de l'acier. Discours et allocutions 1952-1954* (1955); Walter Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse* (Econ 1969).

3. Die Sprengung

Der EGKS-Vertrag etabliert, was staatsrechtlichem Denken ein Paradoxon ist: eine nicht-staatliche und Staaten-überspannende *haute autorité*, also öffentliche Gewalt ohne Staatlichkeit. Doch was dem einen als ein Paradoxon erscheint, mag der anderen eine Selbstverständlichkeit sein. So war für *Schuman*, *Adenauer*, *de Gasperi* und eben *Mosler* als gläubigen Söhnen der Katholischen Kirche (für sie daher die „katholische“ Kirche) eine nicht-staatliche öffentliche Gewalt eine existenzielle Evidenz.⁵²

Mosler thematisiert diese Grundlage nicht, weder in kognitiver noch normativer Hinsicht.⁵³ Ebenso wenig reflektiert er das Neue im Lichte seiner früheren völkerrechtstheoretischen Konzeption, die *Bilfingers* Denken nahestand.⁵⁴ Man mag das so verstehen, dass mit dem EGKS-Vertrag für das juristische Denken ein neuer Tag begann und, weil die Eule der Minerva eben erst abends fliegt, die Zeit nicht reif war für eine Verfassungstheorie nicht-staatlicher Föderationen. Man kann *Moslers* Enthaltensamkeit aber auch so deuten, dass er sein früheres Denken nicht konfrontieren wollte.⁵⁵

Moslers rechtswissenschaftlicher Sprengakt implementiert keine politiktheoretische Revolution, sondern den politischen Sprengakt des EGKS-Vertrags, der den Weg in eine verfasste Föderation souveräner Staaten freimachen sollte. *Moslers* rechtswissenschaftlicher Sprengakt ist darauf kalibriert: Er will einen juristischen Weg zur Auflösung dieses vermeintlichen Paradoxons einer verfassten Föderation souveräner Staaten freilegen, also gerade nicht zu einem europäischen Bundesstaat. Ginge es um Bundesstaatlichkeit, „so mag dieser Gedanke politisch revolutionär sein, eine schöpferische Rechtskonstruktion indes ist er nicht“ (S. 33).

Diese Sprengung soll also keiner europäischen Integration die Bahn brechen, wie sie etwa *Friedrich Naumann* nach dem Ersten Weltkrieg propagiert hatte. *Naumann* zielte auf „die Bildung von ‚Mitteleuropa‘ als des vierten Groß-Staates neben dem Britischen Reich, Rußland und den Vereinigten

⁵² Art. 129 Kodex des Kanonischen Rechts; dazu Alexander Hollerbach, 'Staat und Kirche' in: Meinrad Schaab (Hrsg.), *40 Jahre Baden-Württemberg: Aufbau und Gestaltung 1952-1992* (Theiss 1992), 111-124. Dessen problematische Seite zeigt etwa Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form* (Theatiner Verlag 1925).

⁵³ Zur Bedeutung der Katholischen Kirche für die europäische Integration, Joseph H. H. Weiler, *Ein christliches Europa. Erkundungsgänge* (Anton Pustet 2004); Kaiser (Fn. 28).

⁵⁴ Vgl. seinen 1946 gehaltenen, *Bilfinger* gewidmeten Habilitationsvortrag, Hermann Mosler, *Die Großmachtstellung im Völkerrecht* (Schneider 1949); dazu Florian Kriener, 'Das Interventionsverbot in autoritären Kontexten. Hermann Moslers Intervention im Völkerrecht', MPIL100, 22. Dezember 2023.

⁵⁵ Und Ungeduld mit theoretischer Arbeit, zum "völkerrechtlichen Geschwafel" Lange, 'Wider das "völkerrechtliche Geschwafel"' (Fn. 19).

Staaten“ (S. 45). Das erscheint *Mosler* als der falsche Weg: „Die zweite Katastrophe sollte den Blick dafür geöffnet haben, dass das Nebeneinander isolierter Einzelstaaten nicht durch einen Zusammenschluss gleicher Natur überwunden wird, sondern durch einen Bund, dessen Glieder auf den einzelnen Lebensgebieten in unterschiedlicher Intensität verbunden sind.“ (ebenda)

Wenn Staatlichkeit nicht mehr die politische Leitidee ist, dann muss die Rechtswissenschaft ihre überkommene Anschauungswelt verlassen. Nur so kann sie das politische Projekt des EGKS-Vertrags adäquat begleiten, das als eine „engere Gemeinschaft, die in der Völkerrechtsordnung geläufigen Formen und Einrichtungen sprengt“ (S. 24). Zu konzipieren ist eine politische Föderation (S. 32), die nicht unter dem Telos künftiger Staatlichkeit steht.

Um die alte Anschauungswelt zu verlassen, aber gleichwohl brauchbare Bausteine in die neue Anschauungswelt mitzunehmen, bedarf es einer genau kalibrierten Sprengung. *Mosler* sprengt deshalb allein das überkommene Dogma der unteilbaren Souveränität (S. 32), indem er sie kurzum als teilbar und partiell fusionierbar setzt (S. 12, 24, 34, 39).⁵⁶ So wird es konzeptionell möglich, dass die EGKS-Mitgliedstaaten Teile ihrer Souveränität durch den Gesamttakt der nationalen Ratifikationen fusionieren und damit überstaatliche öffentliche Gewalt begründen.

Mosler reflektiert diesen Prozess mit dem Begriff der Föderation.⁵⁷ Dies liegt nahe, denn seit den *Federalist Papers* sind die Debatten über die Teilbarkeit von Souveränität und über das Wesen von Föderationen eng verbunden.⁵⁸ Allerdings rekurriert *Mosler*, in seiner theoretischen Enthaltsamkeit, nicht auf diese verfassungstheoretische Tradition. Ihm reicht es, dass das juristische Denken mit diesem Schritt *Schumans* „föderale Gemeinschaftsidee“ grundbegrifflich nachvollziehen kann. Angesichts des offensichtlichen demokratischen Willens bedarf es keiner weiteren theoretischen Legitimation. So konzipiert *Mosler* das Gemeinschaftsrecht als ein föderales Recht, das sich als Ausdruck fusionierter Souveränität kategorial von einem Staatsrecht wie vom internationalen Recht unterscheidet (vgl. nur S. 9, 24, 34).

⁵⁶ Natürlich ist die Idee der Teilbarkeit der Souveränität nicht *Moslers* Erfindung, vgl. dazu Till Patrik Holterhus und Ferdinand Weber, ‘Orte und Bedeutungsebenen von Souveränität’ in: Till Patrik Holterhus und Ferdinand Weber (Hrsg.), *Handbuch Europäische Souveränität – Zur inneren und äußeren Selbstbehauptung der Europäischen Union* (Mohr Siebeck 2024), 1-47 (20 ff.).

⁵⁷ Näher Matteo Bozzon, ‘Which Federalism for Europe? A Moslerian Path’, MPIL100, 6. Juni 2024.

⁵⁸ Matteo Bozzon, “In the Vertigo of this Freedom”: Democracy between Procedural and Divided Popular Sovereignty, *European Journal of Social Theory* 24 (2021), 562-580; Robert Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: the Changing Structure of European Law* (Oxford University Press 2009), 77.

Das ist ein großer Schritt, grundbegrifflich wie politisch. Es ist bemerkenswert, dass *Mosler* gerade ihn nicht nur mit den entsprechenden Positionen in der „Großen Politik“ absichert, sondern zudem auf die öffentliche Meinung rekurriert: Sie wolle diesen Schritt zur Teilbarkeit von Souveränität und deren Fusion in einem nicht-staatlichen Verband (S. 13). Damit dokumentiert er, dass seine grundbegriffliche Arbeit nicht die isolierte Meinung politischer Eliten, sondern eine gesellschaftsweite Auffassung nachvollzieht.

Der Fusionsgedanke ist folgenreich. So ist in der neuen Anschauungswelt die überstaatliche öffentliche Gewalt nicht mehr, wie in der alten, als eine Beschränkung der mitgliedstaatlichen Souveränität zu verstehen. Denn sie ist, da eben die fusionierten mitgliedstaatlichen Souveränitäten, nichts ihnen Gegenüberstehendes, kein „Anderes“, sondern vielmehr sie selbst in einem neuen Zustand. Just deswegen steht Rechtsakten der EGKS kein Souveränitätsvorbehalt entgegen. Mit diesem grundbegrifflichen Schritt grenzt *Mosler* die EGKS von internationalen Organisationen ab. Deren Maßnahmen konzipiert er nicht als Ausdruck fusionierter Souveränität, sondern als (völkerrechtlich zulässige) Beschränkung staatlicher Souveränität, wie er mit Blick auf Maßnahmen des VN-Sicherheitsrats festhält (S. 26 f.).

Die Teilbarkeit vermeidet weiter, dass die Fusionierung als Kernschmelze mitgliedstaatlicher Souveränität und europäische Staatsgründung missverstanden wird. Das wäre in der Lage 1950 ein gänzlich unplausibles Ergebnis gewesen. Es stand außer Frage, dass die völkerrechtliche Souveränität der Mitgliedstaaten gegenüber dritten Staaten fortbestand. Ein plausibler juristische Nachvollzug muss diese politische Grundentscheidung spiegeln.

Es bleibt die Frage, ob dieser grundbegriffliche Schritt in eine teilbare Souveränität, der eine nichtstaatliche Föderation ermöglicht, elementare Errungenschaften verrät. Die Frage beschäftigt bis heute das europäische Verfassungsrecht. Die heutigen Zweifler fokussieren auf die Volkssouveränität und bestreiten, dass die Union ohne ein souveränes, sich selbst bestimmendes Unionsvolk als demokratisch gelten kann.⁵⁹ Angesichts eines ausdrücklichen politischen Willens, damals zu einer Fusionierung, heute zu einer europäischen Demokratie ohne ein europäisches Volk (Art. 2, Art. 10 EUV), geraten die Zweifler leicht auf naturrechtliche Schienen.

Mosler zeigt sich dem Naturrecht zwar verbunden (S. 29), hat aber keine Geduld für solche Positionen. Deren Vorstellungswelt erscheint ihm defizi-

⁵⁹ Zur Debatte Angelika Siehr, „Renaissance des Republikanismus“. Eine Auseinandersetzung mit den Thesen von Rolf Gröschner und Armin von Bogdandy in: Armin von Bogdandy, Angelika Siehr und Patrick Hilbert (Hrsg.), *Renaissance des Republikanismus* (Mohr Siebeck 2024), 91-160.

tär, weil idiosynkratisch. Es sei eine spezifisch deutsche Blickverengung, Föderation mit Bundesstaatlichkeit gleichzusetzen: „Der Gedanke an die deutsche Vergangenheit der letzten anderthalb Jahrhunderte legt ihm (d. h. dem deutschen Betrachter) die Vorstellung nahe, überstaatliche Zusammen-schlüsse nur in etatistischer Form sehen zu können. [... Dies] ist den anderen Mitgliedern der Gemeinschaft fremd“ (S. 33 f.).⁶⁰ Damit sieht *Mosler* den Weg frei, Souveränität zu teilen und die EGKS als föderal zu begreifen.

Das Theorem der teilbaren und transnational fusionierbaren Souveränität sprengt so den Weg zu neuen begrifflichen Konstruktionen frei. Es erlaubt, die EKGS als Trägerin öffentlicher Gewalt zu konzipieren, die sie gegenüber ihren Gliedern und den Rechtsunterworfenen ausübt. Zur näheren Fassung dieser Gewalt nutzt *Mosler* bundesstaatliche Begriffe: Rechtserzeugung, Verwaltung und Rechtsprechung (S. 36). Dank seiner begrifflichen Grundoperation impliziert diese Qualifizierung keine Bundesstaatlichkeit. Heute ist es selbstverständlich, das gesamte Arsenal öffentlich-rechtlicher Begriffe auf die Union anzuwenden, ohne damit eine europäische Staatlichkeit zu implizieren.⁶¹ *Moslers* Beitrag steht am Anfang dieser Rekonstruktion überstaatlicher öffentlicher Gewalt.

Die Fusionierung der Souveränität für eine überstaatliche Föderation erfolgt durch einen völkerrechtlichen Vertrag. *Mosler*, seinem sprengfreudigen Impetus weiter folgend, qualifiziert dies als die „Vertragliche Errichtung eines verfassungsrechtlichen Teilgebildes“ (S. 32). Diese verfassungsrechtliche Qualifikation folgt zwanglos aus dem bisherigen Gedanken: Wenn die EGKS dank teilfusionierter Souveränitäten öffentliche Gewalt ausübt, dann klärt es die Rechtsnatur der diese Gewalt konstituierenden Grundbestimmungen, sie in verfassungsrechtlichen Kategorien zu begreifen.

Mehr noch: Da die neue Anschauungswelt demokratische Rechtsstaatlichkeit in Westeuropa entfalten soll, ist ihr konstruktives wie kritisches Potenzial für den neuen Verband zu nutzen. *Mosler* wird geradezu pathetisch: „Die Völker des kontinentalen Westeuropa ergriffen für die Staatsauffassung der nichtkommunistischen Länder Partei, die die demokratische Legitimierung öffentlicher Gewalt und ihre rechtsstaatliche Begrenzung als notwendige Bestandteile jeder gesellschaftlichen Ordnung der Gegenwart

⁶⁰ Natürlich macht er es sich damit etwas einfach: Zum Dogma der Unteilbarkeit aus französischer Sicht Stéphane Pierré-Caps, ‘Préface’ in: Félicien Lemaire und Stéphane Pierré-Caps (Hrsg.), *Le principe d’indivisibilité de la République: mythe et réalité* (Presses Universitaires de Rennes 2010), 7-9; Roland Debbasch, *Le principe révolutionnaire d’unité et d’indivisibilité de la République: essai d’histoire politique* (Economica [u.a.] 1988).

⁶¹ Näher von Bogdandy, *Strukturwandel* (Fn. 11), § 12.

halten“ (S. 2). Es entspricht dieser Grundentscheidung, die neue öffentliche Gewalt verfassungsrechtlich zu deuten, eben im Sinne der „notwendigen Bestandteile jeder gesellschaftlichen Ordnung“, die nun auch die EGKS erbringt.

Mosler ist umsichtig: Er unterscheidet den Begriff des Verfassungsrechts, den er adjektivisch für den EGKS-Vertrag verwendet, von dem der Verfassung, den er für den Übergang in eine europäische Staatlichkeit reserviert (S. 39). Damit bringt er zum Ausdruck, dass das, was er als ein verfassungsrechtliches Teilgebilde bezeichnet, nur in Ansätzen dem entspricht, was man im westlichen Erfahrungs- und Erinnerungshorizont unter einer *Verfassung* versteht.⁶² Damit bleibt der Begriff der *Verfassung* als semantischer Marker für den Schritt auf eine weitere Stufe der Integration. Wichtig aber ist, dass die völkerrechtliche Grundlage die Qualifizierung nicht entscheidet: die verfassungsrechtliche Qualität ist letztlich eine evolutionäre Errungenschaft.⁶³ Mosler ist eben kein Jurist, der allein seinen dogmatischen Garten sieht, sondern begreift juristische Phänomene aus ihrem gesellschaftlichen Kontext heraus.

Mosler unterstreicht, das kritische Potenzial verfassungsrechtlicher Rekonstruktion nutzend, die Notwendigkeit verfassungsrechtlicher Weiterentwicklung. Obwohl er keinen republikanischen Föderalismus wie das Manifest von Ventotene vertritt,⁶⁴ ist es auch für seinen föderalen Ansatz offensichtlich, dass die EGKS-Versammlung zu einem Parlament auszubauen ist, er spricht sogar von einer europäischen Volksvertretung (S. 43). Die weitere Entwicklung hat zwar kein europäisches Volk generiert, wohl aber, so Art. 2 EUV seit 2009, eine europäische Gesellschaft, die sich durch die Prinzipien des demokratischen Konstitutionalismus charakterisiert. Der Pfad von Moslers Aufsatz zu diesem Art. 2 EUV ist leicht zu ziehen, zumal es in der Moslerschen Anschauungswelt konzeptionell leichter als in der staatsrechtlichen

⁶² Dazu Uwe Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland* (Mohr Siebeck 2013), 95 f.

⁶³ Zu diesem evolutiven Verständnis Leonard Besselink, ‘The Notion and Nature of the European Constitution after the Lisbon Treaty’ in: Jan Wouters, Luc Verheven und Philipp Kiiver (Hrsg.), *European Constitutionalism beyond Lisbon* (Intersentia 2009), 261–281; András Jakab, *European Constitutional Language* (Cambridge University Press 2016); José Martín y Pérez de Nanclares, ‘La Unión Europea como comunidad de valores. A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho’, *Teoría y Realidad Constitucional* 43 (2019), 121–159 (insb. 129 f.); Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas* (Duncker & Humblot 2001); Jacques Ziller, ‘La naturaleza del derecho de la Unión Europea’ in: José M. Beneyto, Jerónimo Maillo Gonzáles-Orús und Belén Becerril Atienza (Hrsg.), *Tratado de derecho de la Unión Europea, Tomo IV: Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi 2011), 25–110.

⁶⁴ Vgl. Spinelli und Rossi (Fn. 34).

ist, demokratische Verfasstheit ohne Volk und Selbstbestimmung zu konzipieren.⁶⁵

Moslers Sprengung dient dem Weg in eine nicht-staatliche Föderation, ihr gilt seine deutliche Präferenz. Gleichwohl schließt er eine europäische Staatlichkeit nicht aus. *Mosler* beschreibt die Schwelle mit einem Strauß von Gesichtspunkten, die sich um die Begriffe Macht und Schicksal gruppieren. Laut *Mosler* erschließt sich Bundesstaatlichkeit zum einen aus dem Außenverhältnis: Europäische Bundesstaatlichkeit ist erreicht, wenn die Mitgliedsstaaten zu einem einheitlichen politischen Schicksal dergestalt verbunden sind, dass sie gegenüber dritten Mächten eine Einheit darstellen (S. 35 f., 45). Man kann Bundesstaatlichkeit aber auch aus dem föderalen Verhältnis folgern: Danach liegt eine Staatswerdung vor, wenn ein Austritt eines Mitgliedsstaats ihm ähnliche Schwierigkeiten bereitet wie der Austritt aus einem Bundesstaat (S. 39), weil die „Lebenssphären“ so eng verbunden sind (S. 44). Ein weiterer Gesichtspunkt ist, ob „die Gemeinschaft die Sezession im Sanktionsweg zu verhindern fähig“ ist (S. 44).

Betrachtet man diese Kriterien im Lichte der finanziellen „Nahtoderfahrung“ griechischer Bürger aufgrund von Entscheidungen der Europäischen Zentralbank im Jahr 2015,⁶⁶ im Lichte der politischen und gesellschaftlichen Konvulsionen des Vereinigten Königreichs im Zuge des Brexit, im Lichte der Positionierung der Union im Ukrainekrieg, im Lichte von Behauptungen, die Kommissionspräsidentin sei der (ja, *der*) vielleicht mächtigste Politiker Europas,⁶⁷ so erscheint in *Moslers* Perspektive die Schwelle einer europäischen Staatswerdung in Sichtweite, wenn nicht gar erreicht.

Was sagt uns *Moslers* Text zu diesem Szenario? Auf den ersten Blick: nichts. Denn sein letzter Satz lautet: „Der Nutzen rechtswissenschaftlicher Systematisierung findet hier sein Ende“ (S. 45). Bei genauerer Lektüre sagt er aber etwas überaus Relevantes. Für *Mosler* ist der Übergang in eine Bundesstaatlichkeit ein empirischer Vorgang, der wohl ohne einen neuen Vertrag erfolgen könnte (S. 32, 44 f.).

⁶⁵ Eine wichtige Etappe auf diesem Weg ist der Vedel-Bericht unter Mitwirkung von *Moslers* Nachfolger im Direktorenamt *Jochen Frowein*, vgl. Jochen Abr. Frowein, 'Erinnerungen an die "Groupe Vedel"' in: Ulrich Becker, Armin Hatje, Michael Potacs und Nina Wunderlich (Hrsg.), *Verfassung und Verwaltung in Europa: FS für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag* (Nomos 2014), 57-62; bemerkenswert die Neuorientierung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Rolle des Europäischen Parlaments, BVerfG, Beschluss v. 6. Februar 2024, 2 BvE 6/23; 2 BvR 994/23, NVwZ 43 (2024), 725 (723, Rn. 123) – *Sperrklausel IV*.

⁶⁶ ECB Press Release 28. Juni 2015, ELA to Greek Banks Maintained at Its Current Level, <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150628.en.html>>, zuletzt besucht 1. Juli 2021; ECB Press Release 6. Juli 2015, ELA to Greek Banks Maintained, <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150706.en.html>>, zuletzt besucht 1. Juli 2021.

⁶⁷ The Economist, 'Who is in Charge of Europe?', 8. Januar 2024.

Wo stehen wir heute? Aus einer Distanz von mehr als 70 Jahren bringt mich *Moslers* Beitrag ins Grübeln über diese elementare Frage des europäischen Verfassungsrechts. Ich sehe darin den ultimativen Beweis seiner Aktualität.

IV. Die Befreiung, die fehlt

Der Titel dieses Beitrags klassifiziert *Moslers* Aufsatz über den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl als eine *Befreiung*. Dieses Wort wiegt schwer. Bislang habe ich es genutzt, um *Moslers* Aufsatz zu feiern, weil er einen Weg aus dem staatsrechtlichen Denken sprengt und erlaubt, die Rechtsordnung der EGKS in föderalen und verfassungsrechtlichen Kategorien zu entfalten. So leistete er einen erinnerungswürdigen Beitrag auf dem Weg in die heutige europäische Gesellschaft.

Ich nutze das Wort *Befreiung* allerdings mit einem Doppelsinn. Es soll ebenso eine bedrückende Leerstelle in *Moslers* Aufsatz sichtbar machen. Denn für uns Heutige prägt, soweit es um Nachkriegsdeutschland geht, *Richard von Weizäckers* Rede vom 8. Mai 1985 das Wort *Befreiung*. Diese Rede zum 40. Jahrestag der Kapitulation der Wehrmacht deutet dieses Ereignis nicht nur als Niederlage Deutschlands, sondern zugleich als eine Befreiung auch der Deutschen, nicht zuletzt von sich selbst.⁶⁸

Von einer solchen Deutung war *Mosler*, wie viele Zeitgenossen, weit entfernt. Obwohl sein Beitrag mit der „Großen Politik“ beginnt und politische Positionen minutiös darstellt, taucht der Nationalsozialismus kaum auf. Der Fokus auf den neuen Ost-West-Konflikt erlaubt es den deutschen Aggressionskrieg und die deutschen Menschheitsverbrechen außen vor zu lassen.⁶⁹ *Mosler* verweist vage, beiläufig und beschönigend auf eine „öffentliche Meinung“, welche die „Katastrophe des zweiten Weltkriegs dem Fortbestand der einzelstaatlichen – im politischen Sinne verstandenen – Souveränität zuschrieb“ (S. 27).

⁶⁸ <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1985/05/19850508_Rede.html?nn=129626>, zuletzt besucht 27. November 2024. Zu der Rede, ihrem Hintergrund und ihrer Rezeption Norbert Frei, *Im Namen der Deutschen. Die Bundespräsidenten und die NS-Vergangenheit* (Beck 2023), 262 ff.

⁶⁹ Zu *Moslers* ambivalenter, aber letztlich distanzierter Haltung zum Nationalsozialismus Lange, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption* (Fn. 7), 96 ff. Der in derselben Ausgabe der *ZaöRV* publizierte Aufsatz zur Gründung des Staates Israel schafft es, dieses Ereignis zu erörtern, ohne den deutschen Massenmord beim Namen zu nennen, Günther Weiss, 'Die Entstehung des Staates Israel', *ZaöRV* 13 (1950/1951), 146-172; 786-808.

Mosler fusioniert Sieger wie Besiegte in der Gruppe der „Völker des kontinentalen Westeuropa“ (S. 2), die ein „Kreuzzug amerikanischer Bürger zu demokratischen Institutionen zurückgeführt“ habe (S. 2). Diese Kreuzzugsmetapher ist geradezu schmittianisch.⁷⁰ Allerdings, und hier unterscheidet Mosler sich nicht nur von Schmitt, akzeptierte, ja begrüßte er die amerikanisch geleitete Westintegration Westdeutschlands, seinem Chef Adenauer folgend. Damit half er den Boden zu bereiten, dem eine Generation und viele Auseinandersetzungen später Weizsäckers Befreiungsverständnis entwuchs, und auf dem es gedieh.⁷¹

Summary: The Liberation: Mosler's European Constitutional Thinking for Postwar Germany

In 1951, Hermann Mosler liberated German legal thought on transnational phenomena from the shackles of statist constitutional thinking. The forum of this liberation was the *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, and the occasion was the Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (ECSC). Mosler paved the way to conceptualise Community law beyond the constitutional dualism of domestic law and international law – as a new and novel legal order, conceived in federal and constitutional categories. He demonstrated that the political will to establish a treaty-based federation of sovereign states is not a legal paradox but rather a path to a better future. However, this requires breaking constitutional dogmas. The article first addresses these dogmas, illustrated by essays in which Carl Bilfinger sought to orient legal thought after World War II. In the light cast by these essays, Mosler's liberation gains clear contours. Finally, the article shows that Mosler's liberation still missed out the elephant in the room.

⁷⁰ Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (Fn. 16), 141; dazu Reinhard Mehring, 'Land, Meer und Luft', AVR 61 (2023), 181–196, 189.

⁷¹ Erst mit Jürgen Habermas' Sieg im Historikerstreit (Aufschlag mit Jürgen Habermas, 'Eine Art Schadensabwicklung', ZEIT Nr. 29/1986, 11. Juli 1986), wurde diese Lesart herrschend. Eine Zusammenstellung wichtiger Beiträge in Rudolf Augstein, Karl Dietrich Bracher, Martin Broszat, Jürgen Habermas und Joachim C. Fest, *'Historikerstreit' Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Judenvernichtung* (Piper Verlag 1987). Zur gegenwärtigen Debatte um eine Neubewertung etwa Frank Bajohr und Rachel O'Sullivan, 'Holocaust, Kolonialismus und NS-Imperialismus. Forschung im Schatten einer polemischen Debatte', Vierteljh. Zeitgesch. 70 (2022), 191–202.