

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper LAW No. 2002/2

Europe a *Großraum*?
**Rupture, Continuity and Re-Configuration in the Legal
Conceptualisation of the Integration Project**

Europa ein Großraum?
**Zäsuren, Kontinuitäten, Re-Konfigurationen in der rechtlichen
Konzeptualisierung des Integrationsprojekts**

CHRISTIAN JOERGES

**Putting the European House in Order:
From *Großraum* to Condominium
A Comment**

NEIL WALKER

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© 2002 Christian Joerges
Printed in Italy in February 2002
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

INTRODUCTORY NOTE

This essay is born of a project, undertaken at the European University Institute, that began, in 1999, to analyse the anti-liberal legacy of National Socialist and Fascist legal thought, and that then, by means of a conference held in September 2000, moved on to focus on „Perceptions of Europe and Perspectives on a European Order in Legal Scholarship During the Era of Fascism and National Socialism“. The first (English) version of this essay was presented at that conference.¹² A revised German version was then re-translated into English.

I am indebted to many for their suggestions, warnings and corrections, and especially so, to Bardo Fassbender (Berlin), Ingo Hueck (Berlin), Oliver Lepsius (Heidelberg), Philip Manow (Konstanz), and John P. McCormick (New Haven). Of equal importance has been the readiness of students and colleagues at the European University Institute and elsewhere to engage in this project and to carry it forward by discovering and exploring new dimensions, which no single mind could master.

This is not a simple matter of course. Germans must confront the national-socialist era of their history, its beginnings and its later impact. By the same token, however, concepts from the German tradition may also have had an impact elsewhere. German scholars must be aware of the sensitivities that will be awakened should their history implicate others. This risk is largely unavoidable and is perhaps best managed by placing such a project in a European and international context from the very outset. This is one more reason why I am very grateful to my colleague Neil Walker for his comment. Just as I have done, he has sought to find a language and level of analysis which allows us to make sense of the continuities as well as the discontinuities between the pre-war German legal tradition and other times and places. Like me, he is particularly concerned with the lessons for the profoundly different type

¹ ‘Conceptualising Governance for the European Großraum’; the text is (together with other conference contributions) available at http://www.iue.it/LAW/joerges/joerges_darklegacy.htm; see also the report by M. Mahlmann, ‘The European order in Fascist and Nazi legal thought’, *ibidem*.

of supranationalism at the centre of the contemporary European legal configuration which may be learned from reflecting upon Schmitt's imperialist dystopia

The German original of this essay will be published in the *Festschrift* for Beate Kohler-Koch, edited by Markus Jachtenfuchs, forthcoming with Leske + Budrich, Opladen. The English translation will be published with Hart Publishing, Oxford in a volume edited by Navraj Ghaleigh and myself, which contains the revised contributions to the 2000 conference and further contributions to subsequent seminars at the European University Institute. The topic will be taken up again by a panel at the March 2002 Conference of the Council for European Studies in Chicago; the contributions to that panel will be published in a special issue of the European Law Journal.

Florence, January 2002

Christian Joerges

VORBEMERKUNG

Der hier vorgelegte Essay entstand im Rahmen eines im Jahre 1999 am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz begonnenen Forschungsvorhabens über „Perceptions of Europe and Perspectives on a European Order in Legal Scholarship During the Era of Fascism and National Socialism“. Eine erste Fassung (in englischer Sprache) habe ich auf einer Konferenz am Institut im September 2000 vorgetragen,³ um den Text dann noch einmal (diesmal auf Deutsch) zu schreiben.

Sehr vielen habe ich für Anregungen, Warnungen, Berichtigungen zu danken. Besonders gilt dies für Bardo Fassbender (Berlin), Ingo Hueck (Berlin), Oliver Lepsius (Heidelberg), Philip Manow (Konstanz) und John McCormick (New Haven). Aber wichtig ist eben auch, daß sich

³ ‘Conceptualising Governance for the European Großraum’; der Beitrag ist – wie fast alle Konferenz-Beiträge – zugänglich unter http://www.iue.it/LAW/joerges/joerges_darklegacy.htm; vgl. dazu den Konferenzbericht ‘The European order in Fascist and Nazi legal thought’ von M. Mahlmann, ebda.

Studenten und Kollegen am Institut und anderswo auf dieses Projekt eingelassen haben, daß sie es mit- und weitertrugen. Das gilt namentlich für Neil Walker, dessen Antwort auf meinen Essay mehr ist als ein bloßer Kommentar. Ebenso wie ich hat er eine Sprache und Analyse-Ebene gesucht, in der sich Kontinuitäten ebenso wie Diskontinuitäten rechtlicher Traditionen wahrnehmen und diskutierbar werden. Und ebenso wie mir geht es ihm darum, aus der Auseinandersetzung mit Schmitts imperialistischer Dys-Utopia Lehren für den grundsätzlich verschiedenen Supranationalismus der gegenwärtigen rechtlichen Konfiguration Europas zu ziehen.

Dies alles ist weder selbstverständlich noch einfach. Über die nationalsozialistische Phase ihrer Geschichte dürfen Deutsche nicht hinwegsehen. Wie aber sind Irritationen vermeidbar, wenn sie sich der „extraterritorialen“ Wirkungsgeschichte ihres Rechtsdenkens zuwenden und dadurch andere in ihre Vergangenheitsbewältigung zu verstricken scheinen. Wenn ein solches Unterfangen riskant erscheinen mag, so ist es dennoch unumgänglich: Wir müssen wissen, woher unser Denken kommt, und wir müssen ebenso in Erfahrung bringen, ob es wirklich gelungen ist, Traditionsbestände abzulösen, von denen wir uns distanzieren wollen: auch und erst recht, wenn ein solches Unternehmen dann sehr glimpflich ausgeht.

Der deutsche Text soll in der von Markus Jachtenfuchs herausgegebenen Festschrift für Beate Kohler-Koch bei Leske + Budrich in Opladen erscheinen. Die revidierte englische Fassung wird Teil eines von Navraj Ghaleigh und mir herausgegebenen Bandes über „The Darker Legacy of European Law“, der bei Hart Publishing in Oxford erscheint und Beiträge zu der Konferenz aus dem Jahre 2000 wie auch zu nachfolgenden Seminaren am Europäischen Hochschulinstitut enthalten wird. Inzwischen hat der amerikanische Council for European Studies die Thematik aufgegriffen; die Beiträge zu einem Konferenz-Panel im März 2002 in Chicago sollen in einer Sondernummer des *European Law Journal* publiziert werden.

Florenz, Januar 2002

Christian Joerges

Christian Joerges

Europe a *Großraum*?

1. Queries	3
2. Rupture: Carl Schmitt's <i>Großraum</i> -theory	8
2.1. THE THEORY	9
2.2. CONTROVERSIES	11
3. Continuities: elements of internal ordering	16
3.1. ECONOMY.	16
3.2. TECHNICALITY	20
3.3 ADMINISTRATION	22
3.4 AN INTERIM OBSERVATION	25
4. Reconfiguration: the renewal of the first legal culture in the integration process	25
4.1. FOCUS	26
4.2. ORDO-LIBERALISM, ORGANISED CAPITALISM AND THE STATE OF THE INDUSTRIAL SOCIETY	26
4.3. THE HERITAGE OF THE GERMAN TRADITION IN EUROPE	30
4.4. CONCLUDING REMARKS	32

Europa – ein Großraum?

1. FRAGESTELLUNGEN	34
2. ZÄSUREN: CARL SCHMITTS GROBRAUMTHEORIE	37
2.1. DIE THEORIE	38
2.2. KONTROVERSEN	40
3. KONTINUITÄTEN: BINNENSTRUKTURIERUNG DES GROBRAUMS	44
3.1. WIRTSCHAFT	44
3.2. TECHNIZITÄT	46
3.3. VERWALTUNG	48
3.4. ZWISCHENBEMERKUNG	49
4. REKONFIGURATIONEN: DIE ERNEUERUNG DER ERSTEN KULTUR IM INTEGRATIONSPROZEß	50
4.1. FRAGESTELLUNG	50
4.2. ORDOLIBERALISMUS, ORGANISIERTE WIRTSCHAFT UND DER STAAT DER INDUSTRIEGESELLSCHAFT	51
4.3. DEUTSCHE TRADITIONSBESTÄNDE IN EUROPA	54
4.4. SCHLUßBEMERKUNG	56
LITERATUR	57

Neil Walker

Putting the European House in Order:
from Grossraum to Condominium
– A Comment –
pp. 68-80

Christian Joerges

Europe a *Großraum**?
Rupture, Continuity and Re-configuration
in the Legal Conceptualisation of the Integration Project

Translated by Iain L. Fraser

1. *Queries*

A nasty topic! Numerous queries obtrude. Why deal with Europe from such perspectives? There are many answers to this sort of question, some of which are easily identified. The integration project is a response to the bitter experiences of the past for all Europeans, and Germans in particular. It is a means of *Vergangenheitsbewältigung*, as Germans call their efforts to face the past. This is true of a manifold range of topics, which encompass the shape of the European institutions and include many individual policy sectors, both old and new, such as the return of neo-nationalist and xenophobic movements, and even the sad destiny of the German language. Everywhere and at every moment, Germany, its culture as a whole, its academic disciplines, political movements and ambitions, come up against German history. Such encounters are, indeed, often nasty, polemic or, at the very least, unpleasant.¹ And this will remain so, especially in the more immediate future as the EU's eastern enlargement recalls disturbing old notions of '*Mitteleuropa*', and arouses concerns about Germany's role in the enlarged and enlarging *Großraum* economy.²

* '*Großraum*', literally: greater space, was a term in use in a variety of contexts long before its adoption by Carl Schmitt.. The connotations of the concept that Schmitt intended are better captured by the term 'sphere of influence'. We leave it in the original.

¹ Sometimes it is all of these things at once, e.g., J Laughland, *The Tainted Source: The Undemocratic Origins of the European Idea* (London: Warner, 1997) 11 ff, 142 ff.

² On the notion of *Mitteleuropa* and its complex history, cf., PMR Stirk. *Ideas of Economic Integration in Interwar Mitteleuropa*, in, *Mitteleuropa. History and Prospects*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1994) pp. 86-111; J Brechtefeld,

The past will not lie down, nor, indeed, should it be allowed to do so. It is, of course, true that the competence to discuss the consequences of history fall more to historians, political scientists and politicians than to lawyers. And yet, *Vergangenheitsbewältigung*, cannot be left to particular disciplines. National Socialist and Fascist ideologies and practices had an impact on the social sciences and humanities as a whole; their impact on law was particularly strong and is doubly shaming due to the involvement of both the law and lawyers in the exercise of state authority. The ‘duty to remember’,³ which follows from such involvement, implies the task of following and deciphering the traces that the past has, or may have, left in the individual disciplines. Europe is, one should add, a special case in important respects. Ideas resonating from National Socialism cannot be directly relevant in a discipline which constituted itself only after the founding of the European Communities in the late 1950s. But what about more indirect, and more subtle undercurrents? All of the legal disciplines that later contributed to the legal conceptualisation of the European Community had been infected by ‘*völkisch*’ legal thinking in Germany. There was a National Socialist practice of international law and a National Socialist-inspired theory of it; the striving for a ‘*völkisch*’ ‘legal renewal’ [*Rechtserneuerung*] permeated *Staatsrecht*, constitutional law, administrative law and the whole body of private and economic law. Both vague and more elaborate visions of the historical role and/or position and mission of Europe in general, and Germany in particular,⁴ complemented the picture. And, to be sure, legal scholars who found it opportune to document their allegiance made themselves heard more or less industriously.⁵

Mitteleuropa and German Politics. 1848 to the Present, (Houndmills-London: Macmillan, 1996).

³ P De Greiff, *Redeeming the Claims of Justice in Transitions to Democracy*, manuscript, Princeton, NJ 2001.

⁴ For the quasi official (Nazi party) position, cf., FA Six, *Das Reich und Europa – eine politisch-historische Skizze* (Schriftenreihe der NSDAP. Gruppe 4. Band 5, 1943); FA Six, *Europa – Tradition und Zukunft* (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1944).

⁵ And, of course, academics in other disciplines too; suffice it here to mention the so-called *Kriegseinsatz* of German human and social sciences, organized by international lawyer Paul Ritterbusch, cf., FR Hausmann, *Deutsche Geisteswissenschaft im Zweiten*

Europe, nevertheless, remains a special case – in a very special sense even for the *völkisch* movement. The quest for a *Rechtserneuerung* concerned all disciplines and included highly ambitious long-term projects. All thoughts about a future common Europe, however, were gradually abolished and then more or less radically rejected.⁶ They were first overlaid by the grand National Socialist project to conquer the continent militarily, and, as defeat in the war came nearer, became obsolete and downright undesirable politically.⁷ There is hence little to be found about the future legal *gestalt* of Europe. No legal *Vergangenheitsbewältigung* needed? That conclusion would be premature. The more indirect impact, as just hinted at, of the anti-liberal and anti-democratic traditions so highly rated in National Socialism represent a disquieting heritage even if they were not used in the *Third Reich* to conceptualise the future of Europe. These elements did not simply emerge from a void post 1933, nor can we assume that they simply disappeared without trace after 1945. We should be prepared to reckon not just with ruptures in legal thinking, but, equally, with continuity.

This observation cannot, of course, claim any originality. But its implications are complex. For the years after 1933, M.R. Lepsius⁸ distinguishes between three German academic cultures: ‘the one that dominated under National Socialism; the one that was oppressed and

Weltkrieg. Die “Aktion Ritterbusch“ (1940-1945), (Dresden-München: Dresden University Press, 1998).

⁶ Cf. the documents in M Salewski, *Ideas of the National Socialist Government and Party*, in W Lippens (ed.), *Documents on the History of European Integration*, Vol. 1, (Continental plans for European Union 1939-1945), (Berlin-New York: de Gruyter, 1985) pp. 37-178.

⁷ E Siebert, *Entstehung und Struktur der Auslandswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Berlin (1940-1945)*, in (1996) 15 *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin. Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe*, pp. 19- 34, at 33.

⁸ MR Lepsius, *Juristen in der sozialwissenschaftlichen Emigration* in M Lutter, CE Stiefel & MH Hoeflich (eds.), *Der Einfluß deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, (Tübingen: Mohr, 1993), pp. 19-31, at 30; cf., MR Lepsius, *Kultur und Wissenschaft in Deutschland unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, in idem, *Demokratie in Deutschland* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1995), pp. 119-132.

silenced in Germany; and the one in emigration'. In the latter, political attitudes and methodological and theoretical approaches remained alive within a German tradition that had represented 'modernity' and were, up until 1933, take an explicit stand against the anti-individualist and anti-democratic heritage. The protagonists of these traditions, who had often welcomed National Socialism with great hopes and in much naïvety, were now looking forward to the acceptance and flourishing of their ideas under the *aegis* of the new regime.⁹

It is exactly these contrasts, parallels, continuities and re-configurations in legal thinking and their impact upon the conceptualisation of Europe in legal science that will be discussed below. This is a highly complex venture. In German academic *Vergangenheitsbewältigung*, distinctions between 'modernity' and 'anti-modernism', as used by R.M. Lepsius, are helpful, yet do not provide a sufficiently reliable yardstick. This dichotomy has proven to be illuminating in political philosophy, sociology and constitutional law.¹⁰ It is normatively committed to the abiding idea of the democratic constitutional state. Its theoretical, methodological and normative premises can no longer be used in the reconstruction of the European integration project if, and indeed because, this project is to establish a new and unprecedented polity.

This essay will refrain from any attempt to sift through the errors and confusion of the movements of thought about Europe, which circulated in the 1920s, and were first selectively taken up and then abandoned under National Socialism.¹¹ Its approach is more focused and more limited. The question put in the title is meant both analytically and theoretically. It aims

⁹ For the interesting case of the history of constitutional thought, cf., A Lübke, *Die deutsche Verfassungsgeschichtsscheibung unter dem Einfluß des Nationalsozialismus*, in M Stolleis & D Simon (eds.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, (Tübingen: Mohr, 1989) pp. 63-78.

¹⁰ Cf., famously, K Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, (München, Nymphenburger, 1962).

¹¹ Cf., supra notes 4-6; see also P Kluge, *Nationalsozialistische Europaideologie*, (1955) 3 Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, pp. 240-275; J Elvert, "Germanen" und "Imperialisten" – Zwei Europakonzepte aus nationalsozialistischer Zeit, (1992) 5 Historische Mitteilungen der Ranke-Gesellschaft, pp. 161-184; F-R Hausmann, *Aktion Ritterbusch* (n. 5), p. 84 ff.

at a reconstruction of the origins and the content of the ideas on the ordering of Europe; it is concerned with what M.R. Lepsius has called the ‘institutionalising of rationality criteria’.¹² It is obviously difficult and even problematic to apply this label to the thinking being examined here. The next section (2) will take up the *Großraum* debate sparked off by Carl Schmitt in 1939. This debate was, first of all, about the destruction of international law. Schmitt’s ‘European Monroe doctrine’,¹³ so his contemporary opponents asserted, was not sufficiently radical. As will become apparent, this was a deeply irrational objection. But even if one acknowledges a constructive dimension in Carl Schmitt’s critique of international law, it is nevertheless striking that he himself remained largely silent as to the internal order of the *Großraum*. It is worth remembering, however, that the Schmitt of the *Großraum* theory is not the whole Schmitt. In his diagnoses and theses on the erosion of the international law system of states by spheres of influence – the *Großräume* – he referred briefly, however, and sometimes no more than apocryphally, to general developments that were affecting traditional understandings of state constitutions and governance; Schmitt’s pertinent contributions, most of which had been written before the *Machtergreifung*, had attracted considerable attention even before 1933. There is a link between these earlier writings and Schmitt’s critique of international law – a link which has the potential to fill the internal void of the *Großraum*-theory. This potential will be examined in section 3.¹⁴

¹² MR Lepsius, *Max Weber und das Programm einer Institutionenpolitik*, (1995) 5 Berliner Journal für Soziologie, pp. 327-333.

¹³ See, on this characterization, F Neumann, *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944*, ed. by G Schäfer, (Frankfurt: Fischer 1984) p. 198 ff and the references in n. 19 infra.

¹⁴ Too much about Schmitt, one might feel. Yet, in an account of pertinent contributions from the National Socialist period, Carl Schmitt’s *Großraum* theory simply cannot be overlooked. At the same time, Schmitt is the weightiest exponent of anti-liberal thought in the German tradition – which is in itself reason enough for taking both his ideas and their impact seriously. This essay will, however, not deal with Schmitt’s general theses of Europe, which he presented from 1923 to 1955 in ever new variants (cf., JP McCormick, *Carl Schmitt’s Europe: Cultural, Imperial and Spatial Proposals for European Integration, 1923-1955* in this volume). Nor will it engage in discussing the question of whether Schmitt’s intellectual toolbox can offer

2. Rupture: Carl Schmitt's Großraum-theory

In the years following the seizure of power, the Third Reich, despite its withdrawal from the League of Nations and other international organizations, did not simply disregard international law in its external presentations. Furthermore, international law was more intensively observed and commented upon in the outside world than other disciplines.¹⁵ For these reasons, the discipline continued to enjoy some protection against the *völkisch* renewal of legal thought.¹⁶ Schmitt, the 'crown jurist of the Third Reich',¹⁷ paid attention to international law very

something useful to those keen on 'more democracy' in Europe. See J Müller, *Carl Schmitt and the Constitution of Europe*, (2000) 21 *Cardozo Law Review*, pp.1777-1795 at 1781.

¹⁵ Cf., VL Gott, *The National Socialist Theory of International Law*, (1938) 32 *American Journal of International Law*, pp. 704-718; JW Garner, *The Nazi Proscription of International Law*, (1939) 33 *American Journal of International Law*, pp. 112-119; JH Herz, *The National Socialist Doctrine of International Law and the Problems of International Organization*, (1939) 54 *Political Science Quarterly*, pp. 536-554 and analyses by D Fraser, "the outsider does not see all the game...": Perceptions of German Law in Anglo-American Legal Scholarship, 1933-1940, in this volume; revealing the indignant responses to Garner by C Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, 4th ed.1941, reprinted in G Maschke, (ed.), *Carl Schmitt, Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, (Berlin: Duncker & Humblot 1995), pp. 269-320 at 302. Maschke's reprint is carefully annotated (321-341) and contains an Annex on the impact of Schmitt's essay (341-387).

¹⁶ Cf., R Wolfrum, *Nationalsozialismus und Völkerrecht*, in FJ Säcker (ed.), *Recht und Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus*, (Baden-Baden: Nomos, 1992) pp. 89-102, at 95; M Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, (München: CH Beck, 1999), pp. 382, 384; I Hueck, *Die deutsche Völkerrechtswissenschaft im Nationalsozialismus*, in D Kaufmann (ed.), *Geschichte der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft im Nationalsozialismus. Bestandsaufnahme und Perspektiven der Forschung*, (Göttingen: Wallstein, 2000), pp. 490-527; B Fassbender, *Stories of War and Peace. The Writing of the History of International Law in the "Third Reich" and After*, *European Journal of International Law* (forthcoming).

¹⁷ On that title, cf., A-M Gräfin von Lösch, *Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, (Tübingen: Mohr, 1999) p. 430; B

soon after the *Machtergreifung*,¹⁸ although his really intensive concern with it commenced only after he had forfeited his leading role – a role which he did not regain. Tragedy or irony? Schmitt had taken his leave from the first still-existing culture, without, however, establishing himself firmly in the hierarchies of the second. Despite its ‘*situativem*’ opportunism, the impact of the *Großraum* theory was to be limited both in the political arena and in contemporary academic international law.¹⁹

2.1. THE THEORY

From the 29th March to the 1st of April 1939, *i.e.*, after the *Anschluß* with Austria until the invasion of Bohemia and Moravia, but before the war against Poland, the ‘*Reichsgruppe Hochschullehrer des Nationalsozialistischen Rechtswahrer-Bundes*’ [Reich section of professors in the National Socialist Association of Lawyers] met in Kiel. At the same time, the Institute for Politics and International Law was celebrating its twenty-fifth anniversary. Paul Ritterbusch, was both the chairman of the professorial league and the rector of Kiel University.²⁰ This was the setting in which Carl Schmitt presented his new theory of international ‘law’.²¹ The title of his lecture was programmatic: ‘A *Großraum* order in

Rüthers, *Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere – Geschichten und Legenden aus der NS-Zeit*, (2000) 53 *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2866-2871 at 2868.

¹⁸ C Schmitt, *Nationalsozialismus und Völkerrecht*, (Berlin, 1934).

¹⁹ For comprehensive analyses, cf., L Gruchmann, *Nationalsozialistische Großraumordnung. Die Konstruktion einer deutschen Monroe-Doktrin*, (Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1962); M Schmoeckel, *Die Großraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1994).

²⁰ Ritterbusch was soon entrusted with organizing the ‘*Kriegseinsatz*’ of the human and social sciences, an effort to document the usefulness of academic work for the *Reich* in its war; cf., F-R Hausmann, *Aktion Ritterbusch* (n. 5), at 11.

²¹ The quotation marks are not intended merely to indicate taking a distance, but to point to a problem that affects Carl Schmitt’s jurisprudence as a whole, mainly his rejection of a concept of law involving general validity claims: in international law he indicated this with his ‘*quis judicabit*’ question, and otherwise most sharply with his distinction between friend and foe.

international law, prohibiting intervention by powers from foreign spheres. On the concept of the *Reich* in international law.’²² The essay appeared in the Institute’s publications series as early as April 1939, and, in 1941, had its fourth edition.²³

The core ideas of the lecture were that the *jus publicum europaeum*, which had made the sovereign state its central concept, was no longer in line with the *de facto* spatial order of Europe. Referring to the example of the American Monroe Doctrine, Schmitt explained that a specific ‘sphere/space’ had to become the conceptual basis for international law, with the *Reich* constituting the order of that space. Self-confidently, Schmitt declared: ‘when, in autumn 1937, I presented my report on the move to a discriminating concept of war,²⁴ the overall political situation was still markedly different from today’s.... Having delivered my report, I was asked to substantiate what new order was to substitute the state order...Today, I can give the answer. The new ordering concept for a new international law is our concept of the *Reich*, with its *Volk* based, *völkisch Großraum* order’.

The German *Reich* had been introduced by Schmitt a page earlier as ‘a *Großraum* order dominated by particular ideological ideas and principles that exclude intervention by powers foreign to the area, whose guarantor and guardian is a people that has proved itself capable of this task’. The only people that came into question as a ‘guarantor and guardian’ were the Germans. This meant acknowledging *de jure* a *Großraum* in which states could no longer claim equal respect, a situation, which Germany had just set in motion *de facto*. And Schmitt went on praising the *Führer*, who had ‘given the idea of our *Reich* political reality, historical truth and a great

²² *Völkerrechtliche Großraumordnung* (n. 15 supra).

²³ Maschke’s reprint is the fourth edition; on the context, cf., F-R Hausmann, *Aktion Rittersbusch* (n. 5), p. 44 f, 253 ff; idem, *Carl Schmitt und die deutschen Romanisten*, (1999) 23 *Romanistische Zeitschrift für Literaturgeschichte*, 409 ff, 414 ff; G. Balakrishnan, *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, (London-New York: Verso, 2000), p. 226 ff.

²⁴ ‘It is now published as issue no. 5 of the international law group in the publication series of the *Akademie für Deutsches Recht*’, he added.

international future.’²⁵ The success of such a masterpiece of Schmitt’s concept of concrete orders [*konkretes Ordnungsdenken*] seemed predestined. Yet, although the echoes to Schmitt’s messages were considerable,²⁶ they did not find political acclaim.

2.2. CONTROVERSIES

Opponents, like those who had, in 1936, already halted Schmitt’s career as ‘crown jurist’, made themselves heard once more.²⁷ Objection was taken to his statement that ‘the new international law approach, its reference to the concept of the *Volk* notwithstanding, retained elements of order stemming from the state concept’ In his brief review, Werner Best complained that the *Völker* [peoples, national communities] with their ‘supra-personal, supra-temporal overall essentialities’ were to replace the ‘concept of the abstract state’ or ‘economic interest formations’, and that the *Großraum* was to be understood as an ‘order of *volk* orders [national communities].’²⁸

This criticism was taken seriously – so seriously that Schmoekel, is able use this dichotomy of ‘*völkisch*’ as against ‘statist’ to reconstruct the whole contemporary debate.²⁹ The contrast between the two reference points is indeed dramatic. Schmitt’s reminder that the ‘existing concept of the state contains a minimum of reliable organizational capacity and internal discipline, and that this organizational minimum constitutes the real basis

²⁵ C Schmitt, *Großraum* (n. 23 supra), at 306.

²⁶ Cf., the annotations by G Maschke (n. 15 supra) at 321 ff and the references in n. 23.

²⁷ Cf., B Rüthers, *Reinhard Höhn* (n. 17 supra); idem, *Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeitgeist-Verstärkung*, 2nd ed. (München: CH Beck, 1990) p. 81 ff; A-M von Lösch, *Der nackte Geist* (n. 17 supra), p. 429 ff, 448 ff.

²⁸ W. Best, *Völkische Großraumordnung*, (1940) 10 *Deutsches Recht*, 1006-1007; in more detail idem, *Grundfragen einer deutschen Großraumverwaltung*, in *Festschrift für Heinrich Himmler zum 40. Geburtstag* (Darmstadt: Wittich 1941), pp. 33-60.

²⁹ M Schmoekel, *Großraumtheorie* (n. 19 supra), p. 174 ff; cf., the documentation in G Maschke (n. 15), pp. 43-348 and on contemporary state law [*Staatsrecht*] M Stolleis *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3 (n. 16), p 361 f.; W Pauly, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, (2001) 60 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, pp. 70-101, at 76 ff.

of everything that has been seen as the concrete order of the ‘international community’ appeals to values which Schmitt himself had substantially discredited.

Schmitt was not without supporters. Ernst Rudolf Huber, his most prominent disciple, sought to complement his teacher’s theory constructively. Schmitt’s statements on how both of his quests, for the preservation of the basic elements of international law on the one hand, and for the legal recognition of the new power structure of Germany’s power politics in the *Großraum* on the other, could co-exist had remained ambiguous. Schmitt³⁰ had previously ventured ideas on a consolidation of both elements somewhat provisionally in a review essay on the second edition of Heinrich Triepel’s ‘*Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*’ [Hegemony: a manual on states that lead].³¹ He refrained from further elaborating his idea in his *Großraum* essay, but contented himself with underlining the elasticity of the notion of international law, which, as he explained, could also cover ‘inter-völkische relations within a *Großraum*’. His famous disciple, Huber, however, took the key National Socialist concept of *Führung* much more seriously as a legal concept.³² *Führung*, he argued, was to be understood as a concept of general significance in the new order, which offered an alternative to such categories as power and rule:

‘*Führung* implies rule, but it is more: it goes further by setting people moving from within...the awakening of the inward urge to action on one’s own responsibility within a pre-designed action plan is the distinguishing feature of true leadership.’

³⁰ C Schmitt, *Führung und Hegemonie* (1939), reprinted in G Maschke (n. 15), pp. 225-233.

³¹ (Stuttgart/Berlin: Kohlhammer, 1938); see, also, M Schmoeckel, *Großraumtheorie* (n. 19), p. 117 ff.

³² ER Huber, *Herrschaft und Führung*, (1941) 11 *Deutsches Recht*, 2017-2024. Cf., on the broader discussion, O Lepsius, *Die gegensatzauhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, (München: CH Beck, 1994) p. 93 ff.

This applied between peoples [*Völkern*, ethnic communities] no less than between individuals [as *Volksgenossen*]:

‘Political leadership is, then, the responsible determination of a closed unity of life, growing directly out of the basic forces of the community and based on a symbiosis of authority and power’.³³

This sounds quite conciliatory. The difference between a *völkisch* order entirely devoid of law and the proponents of a state-structured international legal system is indeed important, and even terrible. The writings of the radical *völkisch* school – Werner Best, Reinhard Höhn, and Wilhelm Stuckart, a group which contributed prominently to the Himmler *Festschrift* of 1941 – are not merely a disaster in academic terms. Werner Best³⁴ did not shrink from explaining the necessity, as a law of life, for the *Führungsvolk* to ‘totally destroy (or totally expel from its sphere)’ undesired peoples. ‘Annihilation and expulsion’ do not, ‘according to historical experience, contradict the laws of life if it is done totally.’³⁵ Best’s contemporaries and comrades did not, apparently, ever publish such sentences, neither before nor after 1941 or 1942.³⁶ So, the dichotomy was merely ideological when Schmitt set out to minimise his differences with Best: ‘[It] ... can be left open whether the relationships emerging between a *Reich* and a *Großraum* can still be called ‘international law’, whether other words and designations are more proper, and whether the inter-people [*zwischenvölkische*] relationships developing within a *Großraum*

³³ ER Huber, *Bau und Gefüge des Reiches*, (1941) 6 *Deutsche Rechtswissenschaftl*, pp. 22-33, at 26 (emphasis in the original). The tone of the text does not survive translation into a living language: ‘Politische Führung ist sonach: *die aus den Grundkräften der Gemeinschaft unmittelbar erwachsende, auf der Verbindung von Autorität und Macht beruhende verantwortliche Bestimmung einer geschlossenen Lebenseinheit*’.

³⁴ On his biography, cf., U Herbert, *Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft*, 1903-1989, 3rd ed. (Bonn: JHW Dietz, 1996).

³⁵ W Best, *Grundfragen* (n. 28), at 42; in the same sense, idem, *Großraumordnung und Großraumverwaltung*, (1942) 32 *Zeitschrift für Politik*, pp. 406-412; cf., U. Herbert, *Best* (n. 33), at 283.

³⁶ Cf., H Dreier, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, (2001) 60 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, pp. 9-72 at 39 f (Best is not cited there).

had not, as Werner Best suggested, more properly to be termed as the ‘*völkisch* (instead of international law) order of the *Großraum*’.³⁷ Huber once again managed to find a pleasant formula for the new order:

‘For political theory as for legal theory, the decisive problem is how the idea of the *Reich*, in its adaptation to the *Großraum* principle, differs from the imperialism of the others against whom we have honourably and uprightly fought. ... The vital difference can only lie in the fact the old imperialism was a formation of pure power and naked interest, concealed behind the high sounding talk of the equal rights of all nations; for the concept of the *Reich*, what must, instead, be decisive is that it is a structure of graduated order in which the leading power takes over open responsibility for the preservation of the overall order and the existence of all the members. For power becomes Law only by being understood as a responsibly framed function *vis à vis* a living whole entrusted to it...The most important aspect of the *Reich’s* task will thus be to make German leading power [*Führungsgewalt*] responsible for solving prime European questions beyond the state boundaries of the *Reich*.’³⁸

In the dark shadow of such artistic linguistic exercises, the internal shape of the *Großraum* is well discernible. If, in contrast with the uncompromisingly *völkisch* school, the ‘order’ of the *Großraum* is not presented as a naked power structure,³⁹ the implications of a graded legal capacity of the ‘states’ in the *Großraum* and also for its inhabitants are drastic enough:⁴⁰ in line with the ‘existential determination of the people by

³⁷ C. Schmitt, *Führung und Hegemonie* (n. 30), at 235.

³⁸ ER Huber, *Bau und Gefüge des Reiches*, (1941) 6 *Deutsche Rechtswissenschaft*, pp. 22-33, at 31.

³⁹ Example from Best, *Grundfragen* (n. 28), at 35: ‘The *Großraum* order is, then, neither a “state” nor “international law” phenomenon in the sense hitherto usual. Accordingly, the “legal” forms in which the rules for the lasting relationships between the peoples of the *Großraum* are expressed. and also without real importance, and can be applied as one will.’

⁴⁰ Huber’s summary is reprinted in AJ Jacobsen & B Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, (Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 2000), pp. 330-331.

its natural biological vitality and its spiritual and historical character’, which distinguishes the ‘volk comrade’ [*Volksgenosse*] and his ‘German or species-related [*artverwandtes*] blood’. In consequence, the old category of citizenship, which had once included alien racial groups, is to be replaced by that of the ‘*Reich* citizen’ [*Reichsbürger*]; below this species, we find mere ‘*Reich* members’, who enjoy a status of ‘protection and obligation’ and therefore owe obedience but not ‘loyalty’ and military service. Among the *Reich* members – we are to distinguish further between ‘*Volk* members’ and the ‘racially alien’ – there is ‘citizenship’ for ‘*Volk* groups’ (who owe the German *Volk* and *Reich* obedience); and there is *Reich* citizenship for groups with a ‘culture of their own’. Then, there are *Volk* members living outside the *Reich* frontiers to whom the *Reich*’s owes duties of protection (Huber 1941b: 26) ‘No legal scholar presupposed that the governments or inhabitants of the *Großraum* “states” would have to consent to the new order’, observes Schmoekel.⁴¹ This dimension of the *Großraum*-theory goes unnoticed where post-war Schmittians by hould be taken into account by those⁴² present Schmitt’s position as being in sharp contrast to the purely *völkisch* concepts.

Franz Neumann, in his *Behemoth* of 1942,⁴³ presented the *Großraum* theory as a toolkit for the regime. However, very soon after its presentation at the ‘Aktion Ritterbusch’ in spring 1939, this new instrument was already outdated. Schmitt, the ‘situational’ thinker, responded in the 1941 edition, when Germany occupied ever-greater spaces, by adding an epigraph to his paper: ‘We are like mariners on a continuing journey, and no book can be more than a log book.’ He was well aware of the implications of these changes within the *Großraum*.

⁴¹ *Großraumtheorie* (n. 19), at 274.

⁴² JH Kaiser, *Europäisches Großraumdenken. Die Steigerung geschichtlicher Größen als Rechtsproblem*, in H Barion, E-W Böckenförde, E Forsthoff & W Weber (eds.), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Band 2 (Berlin: Duncker & Humblot, 1968), p. 319 ff.

⁴³ N. 13 supra.

3. Continuities: elements of internal ordering

In his reply to Best and his *völkisch* admonitions, Carl Schmitt had presented his *Großraum* as a ‘concrete, historical and politically contemporary concept’ [*konkreten geschichtlich-politischen Gegenwartsbegriff*] rooted ‘essentially not in the state but in the technical, industrial and economic sphere’.⁴⁴ The revised editions of the Kiel lecture contain corresponding passages.⁴⁵ Schmitt was now referring, albeit apocryphally, to debates and theorems which lend support to his theses on the erosion of the territorial state, a harbinger of the necessity to adapt international law to the factual restructuring of international relations and the replacement of classical international law by norm systems which one would today call governance structures. Schmitt referred specifically to two phenomena, namely, the economic interdependencies beyond state frontiers [an emerging ‘*Großraum* economy’] and the valueless rationality of technology driven developments, which further the dictatorship of ‘technicity’ [*Technizität*].⁴⁶ He could have linked his pre-1933 writings with the *Großraum* theory when he designed it. But he did not – and had to let them remain as they were in view of the changed ‘situation’ in 1941. He also failed to consider a third alternative to international law, namely, its replacement by administrative law – even though, here, too, Carl Schmitt had delivered pertinent contributions.

3.1. ECONOMY

The theorising on private law and economic law during the Weimar era has received much less attention than the debates on state law [*Staatsrecht*] and constitutional law; although, despite being much less visible, private law jurisprudence is scarcely less interesting. The type of economic policy and law actually practiced mirrored, as Knut-Wolfgang Nörr has argued in two

⁴⁴ C.Schmitt, *Großraumordnung*, n. 22 supra, at 305.

⁴⁵ Ibid. at 307.

⁴⁶ On this term cf.; JP McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), p. 122 ff.

monographs,⁴⁷ the ‘organised economy’ so characteristic of the German state-economy. Nörr’s notion recalls what the Bielefeld social historians described as nineteenth century German ‘organized capitalism’,⁴⁸ a configuration, which was to survive the end of the Monarchy.⁴⁹ The theoretical debate, however, was much richer and the gamut of concepts between industrial society and economic democracy had a – more or less powerful – backing in the political world.⁵⁰ The state-economy model, of which Nörr, in particular, is interested, is ‘*ordo-liberalism*’, developed by such economists as Walter Eucken, Alexander Rüstow, and Wilhelm Röpke, who were joined by the lawyer, Franz Böhm, at the end of the 20s and in the early 30s.⁵¹ Both, Carl Schmitt⁵² and the *ordo-liberals*, advocated a strong state.⁵³ At the same time, Alfred Müller-Armack⁵⁴ and Carl Schmitt

⁴⁷ KW Nörr, *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, (Tübingen: Mohr, 1994); KW Nörr, *Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, (Tübingen: Mohr, 1999).

⁴⁸ See, e.g., J Kocka, *Organisierter Kapitalismus oder Staatsmonopolistischer Kapitalismus*, in HA Winkler (ed.), *Organisierter Kapitalismus: Voraussetzungen und Anfänge* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1974) p. 19 ff.

⁴⁹ Cf. J Bast, *Totalitärer Pluralismus*, (Tübingen: Mohr, 1999), p. 200 ff; P. Manow ‘Modell Deutschland’ as an inter-denominational Compromise, (Minda de Gunzburg Centre for European Studies, Harvard University. CES Working Paper, Program for the Study of Germany and Europe, No. 003).

⁵⁰ G Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Band 1 (Frankfurt aM: Syndikat, 1977) p. 239 ff; D Wielsch, *Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, (Baden-Baden: Nomos, 2001), p. 103 ff.

⁵¹ R. Wiethölter, *Franz Böhm (1895 - 1977)*, in B Diestelkamp & Michael Stolleis (eds.), *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, (Baden-Baden: Nomos, 1989), pp. 208 ff, 215 ff; D Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, (Baden-Baden: Nomos, 1991) ; P Manow, ‘Modell Deutschland’ (n. 49).

⁵² C Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern* (Lecture of 23 Nov. 1932), in (1933) Volk und Reich, pp. 81-94, reprinted in G Maschke (n. 15), pp. 71-94.

⁵³ A Rüstow, *Freie Wirtschaft – starker Staat*, in Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 187 (ed. Boese) *Deutschland und die Weltkrise*, (München: Duncker & Humblot, 1932), pp. 62-69; F Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, (Berlin: Carl

himself⁵⁵ showed their fascination with Mussolini's Fascism. For this – and other – reasons, Hermann Heller⁵⁶ criticised *ordo*-liberalism as 'authoritarian' liberalism. This qualification applies to the common critique of a pluralism in which the conflict of interests determines the contents of state policy. Yet, the 'order' of the economy that the *ordo*-liberals hoped for differed from the ideas of Schmitt and his successors in one very important respect. Carl Schmitt had clearly indicated in his talk of the 'strong state' and the 'healthy economy'⁵⁷ that he was advocating the primacy of politics over a politically obedient self-administration' of the economy.⁵⁸ The primacy of the political over the economic, Ernst Forsthoff was to explain some years later, is a specific feature of the '*Führer* constitution'.⁵⁹ This primacy finds its expression in the 'plan', the 'specific action form of the *Führer* state... in the spheres of the economy and technology'. 'Order' and 'plan' are opposing concepts, even if both call for a 'strong state'.⁶⁰ And even with the pleas for this 'plan', interpretive

Heymanns, 1933); F Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, (Stuttgart und Berlin: Kohlhammer, 1937); D Haselbach (n. 51), p. 40 ff; D Wielsch (n. 50), p. 83 ff; P Manow, *Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie*, (2001) Leviathan, pp. 179-198.

⁵⁴ A Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung* (Berlin, 1932); A Müller-Armack, *Staatsidee und Wirtschaftsordnung im neuen Reich* (Berlin: Juncker und Dünnhaupt, 1933).

⁵⁵ C Schmitt, *Die Wendung zum totalen Staat* (1931), in idem, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar–Genf–Versailles, 1923-1939* (Berlin: Duncker & Humblot, 1988), pp. 146-157.

⁵⁶ H Heller, *Autoritärer Liberalismus*, (1933) 44 *Die Neue Rundschau*, pp. 289-298.

⁵⁷ N. 53 supra.

⁵⁸ Cf., the analysis by I Maus, *Existierten zwei Nationalsozialismen?*, in idem, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, (München: Fink, 1986), pp. 83-92.

⁵⁹ E Forsthoff, *Führung und Planung*, (1937) 7 *Deutsches Recht*, pp. 48-49, at 48.

⁶⁰ Cf., specifically on Böhm, R. Wiethölter (n. 51 supra), at 232. – The often cited contacts by the *Reich* Ministry for the Economy which, at the end of the regime, sought economic advice from exponents of *ordo*-liberalism for an economic policy concept beyond classical liberalism and socialist planned economy. See L Herbst, *Der*

caution is called for. Hans Freyer⁶¹ to whom Forsthoff refers,⁶² discusses the notion of ‘plan’ without National Socialist connotations.

Research on the implications of the primacy of the political in economic law after the *Machtergreifung* in 1933 is gradually intensifying.⁶³ However, on the question of how the economy of the *Großraum* might be legally structured, there is very little to be found – and maybe very little worth looking at. Werner Daitz, probably the best known exponent of economic *Großraum* thinking,⁶⁴ is mentioned by Schmitt for the first time in a follow-up essay to the *Großraum* lecture of 1939.⁶⁵ This is difficult to understand, but, at the same time, illuminating: Daitz’s writings document obedience to the regime and are of disastrous quality. This writer had first advocated a retreat from the world economy to a national economy, for the autarchy first of the national economy and then of the *Großraum* economy of the European ‘family of peoples’ as a whole.⁶⁶ More realistic contemporaries saw the *Großraum* economically as merely an emergency

totale Krieg und die Ordnung der Wirtschaft, (Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 1982), pp. 144 ff, 133 ff, are no proof to the contrary.

⁶¹ H Freyer, *Herrschaft und Planung. Zwei Grundbegriffe der politischen Ethik*, (Hamburg, 1933), reprinted in E Üner, *Hans Freyer. Herrschaft, Planung und Technik. Aufsätze zur politischen Soziologie*, (Weinheim: VCH 1987), pp. 17-44.

⁶² *Führung und Planung* (n. 59), at 48, note 1.

⁶³ D Gosewinkel, *Wirtschaftspolitische Rechtssetzung im Nationalsozialismus*, manuscript, (Frankfurt aM: Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2000); W Seibel, *Steuerung durch Recht im Nationalsozialismus?* Contribution to the Workshop *Wirtschaftskontrolle und Recht im Nationalsozialismus – Zwischen Entrechtlichung und Modernisierung. Bilanz und Perspektiven der Forschung*, Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Studiengruppe „Das Europa der Diktaturen. Wirtschaftssteuerung und Recht“, Blankensee, 14-16 June 2001; cf. earlier G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Band 2, *Vom Faschismus bis zur Gegenwart*, (Frankfurt aM: Syndikat, 1979), p. 32 ff, 69 ff.

⁶⁴ Cf., M Salewski, *Ideas of the National Socialist Government and Party* (n. 6 supra), pp. 37-178; G Maschke (n. 15), p. 364, 465 ff.

⁶⁵ C. Schmitt, *Großraum und Völkerrecht* (1940), reprinted in G Maschke (n. 15), p. 234 ff, at 237.

⁶⁶ W Daitz, *Der Weg zur Volkswirtschaft, Großraumwirtschaft und Großraumpolitik*, (Dresden: Meinhold Verlagsgesellschaft, 1943).

solution.⁶⁷ At any rate, Justus Wilhelm Hedemann, who was prominent in German economic law long before 1933, and heavily involved in the *Akademie für Deutsches Recht*, in working out the new *Volksgesetzbuch* from 1939, took up the theme, in 1941 and 1943, in two essays which have received practically no attention.⁶⁸ He was looking for a leadership model for the economy, which would leave the economic actors and the citizens in the *Großraum* with some autonomy. The peoples [*Völkerschaften*] of Europe were perceived as the bases of law; self-administration, corporatist structures and planning were to complement each other – vagueness everywhere; but why and how could he seek clarification in what had become a war economy?⁶⁹

3.2. TECHNICALITY

Carl Schmitt⁷⁰ had complemented his plea for the ‘strong state’ in which politics was to assert its priority over the economy with a polemic against all technocratic endeavours and promises to decide all questions of the polity by relying on technical and economic expertise,

⁶⁷ W Abelshausen, “Mitteleuropa“ und die deutsche Außenwirtschaftspolitik, in C Buchheim, M Hutter & H James (eds.), *Zerrissene Zwischenkriegszeit. Wirtschaftshistorische Beiträge. Knut Borchardt zum 65. Geburtstag*, (Baden-Baden: Nomos 1994) p. 263 ff, 279 ff.

⁶⁸ Cf., H Mohnhaupt, *Justus Wilhelm Hedemann als Rechtsdenker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus*, in M Stolleis & D Simon (eds.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin* (Tübingen: Mohr, 1989), p. 107 ff, 156 n. 259; M Schmoeckel, *Großraumtheorie* (n. 19), at 224.

⁶⁹ On the ‘scientific’ tasks and activities of the German Institute for Foreign Studies cf., R Eisfeld, *Ausgebürgert und doch angebräunt. Deutsche Politikwissenschaft 1920-1945*, (Baden-Baden: Nomos, 1991), p. 152 ff; Siebert (n. 7); on the foreign trade continuities of *Großraum* ideas, cf., VR Berghahn, *German Big Business and the Quest for a European Economic Empire in the Twentieth Century*, in idem (ed.), *Quest for economic empire: the European strategies of German business in the twentieth century*, (Providence-Oxford: Berghahn Books 1996), pp. 1 ff, 5 ff.

⁷⁰ *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* (n. 53), at 73; cf., the diagnosis of a turn towards the ‘quantitatively’ (but politically rather weak!) total state, in C Schmitt, *Die Wendung zum totalen Staat* (1931) (n. 55 supra).

‘according to allegedly purely practical, purely technical and purely economic viewpoints’. In contrast with the U.S., where ‘*The Technocrats*’ praised the welfare prosperity enhancing potential of technologically and economically underpinned expertise,⁷¹ many of the conservative intellectuals who set the tone of the Weimar Republic anticipated a dominance of soulless technical machinery. They appealed to cultural values as a defence but placed no hopes in the political process of Weimar democracy.⁷²

In his counter revolutionary Barcelona manifesto,⁷³ Carl Schmitt had identified the Soviet Union as the institutional incarnation of a quasi-religious, soulless technicity.⁷⁴ Does this mean that the ‘particularly strong’ and ‘qualitatively total’ state should lead not just the economy; should this state be able to ensure the primacy of the political over ‘technicity’, and thus accomplish what a powerless culture could not achieve? A frightening notion. Hans Freyer, who, with good reason, counted⁷⁵ among the conservative techno-pessimists who impressed, for instance, Ernst Forsthoff,⁷⁶ argued, in comfortingly Weberian

⁷¹ See C Radaelli, *Technocracy in the EU* (Essex-New York: Longman, 1999), esp. at 24 ff; see, also, A Mohler, *Der Weg der “Technokratie“ von Amerika nach Frankreich*, in H Barion, E-W Böckenförde, E Forsthoff & W Weber (eds.), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1968), Band 2, pp. 579-596.

⁷² T Vesting, *Politische Einheitsbildung und technische Realisation. Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie*, (Baden-Baden: Nomos, 1994) p. 9 ff; N Stehr, *Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften*, (Frankfurt aM: Suhrkamp, 1994) p. 278 ff; JP McCormick, *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism* (n. 46), p. 31 ff, 83 ff.

⁷³ C Schmitt, *Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen (1929)*, in *idem, Positionen und Begriffe* (n. 55), pp. 120-133.

⁷⁴ *Ibid.*, at 120 f.: ‘...its vitality is strong enough to wield knowledge and technology as weapons; its courage for rationalism and opposite...are overwhelming’.

⁷⁵ Cf., e.g., H Freyer, *Zur Philosophie der Technik*, reprinted in E Üner, *Hans Freyer* (n. 61 supra), p. 7 ff, 9.

⁷⁶ See M Vec, *Aushöhlung des Staates? Selbst-Normierung im Staat der Industriegesellschaft als historisches Problem*, 2000 (19) *Rechtshistorisches Journal*, pp. 517-532.

terms, that technical formations become a reality only through the ‘plan’; behind the plan stands ‘political power’; power, however, presupposes ‘rule’ [*Herrschaft*]; but *Herrschaft* is of lasting duration, because and in so far as it incorporates all ... *Herrschaft* essentially seeks legitimacy, and its duration depends on the solidity of the legitimacy bases it finds ready-made or manages to create.⁷⁷ It seems simply impossible to fit the positions of the conservative technology critique into National Socialist domination fantasies.

3.3 ADMINISTRATION

Schmoekel⁷⁸ finds the most original contemporary elaboration of Schmitt’s *Großraum* theory in what seems, at first sight, an inconspicuous article by Hans Peter Ipsen on the ‘external administration of the *Reich*’ [*Reichsaußenverwaltung*], published in 1942 and 1943, with the explanatory subtitle: ‘the German administration looks after [sic!] 145 million people outside the *Reich* frontiers’.⁷⁹ This external administration, explained Ipsen, is ‘concrete, objective, and functional’ in its orientation. It presupposed the continued existence of ‘country specific administrations’, but claims unconditional supremacy. This idea, says Schmoekel,⁸⁰ is ‘near genius’ and, at the same time, entails ‘something downright diabolical’. In fact, Ipsen’s idea is to be differentiated from the rather dry classificatory exercises in the writings on the administrative practices in occupied Europe.⁸¹ His concept precisely mirrored the *Reich*’s power claims. Ipsen retained a legal form while freeing rule from any legal constraint. And this

⁷⁷ H. Freyer, ‘*Herrschaft und Planung*’ (n. 61), at pp. 20, 28, 38; cf. idem, *Das Politische als Problem der Philosophie*, (1935) 9 *Blätter für Deutsche Philosophie*, pp. 347-367; reprinted in E Ünner, *Hans Freyer* (n. 61), pp. 45-64; idem, *Beiträge zur Theorie der Herrschaft* (1940), reprinted in E Ünner, *Hans Freyer* (n. 61), pp. 65-83.

⁷⁸ *Großraumtheorie* (n. 19 supra), at 225.

⁷⁹ HP Ipsen, *Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte*, (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1937).

⁸⁰ *Großraumtheorie* (n. 19), at 226.

⁸¹ D Majer, *NS-Verwaltung im besetzten Europa*, (1999) 90 *Verwaltungs-Archiv*, pp. 163-186.

was not just simply written down off the top of his head. In his 1937 Hamburg habilitation thesis, an extraordinarily scholarly comparative study, Ipsen had developed the conceptual preliminary. This study dealt with ‘judiciary free sovereign acts’ [*justizfreie Hoheitsakte*].⁸² It offered, as a review of the study by no less than Ernst Rudolf Huber emphasised, an accurate ‘internal interpretation of the essence’ [*innere Wesensdeutung*] of those acts in distinguishing them from the familiar discretionary acts and establishing their ‘complete freedom from judicial control’.⁸³ But Huber also discovers and defends another dimension of the argument. Ipsen is praised for basing himself – against Reinhard Höhn – on the continuing existence, in principle, of a control of the administration in the new state, which implies a protection of individual rights.⁸⁴ Yet, higher than this latter principle is the genuine norm-setting power of the National Socialist government. This power is not derived from some legislative power, the government is the bearer of government power,⁸⁵ which embraces legislative power.⁸⁶

This is unadulterated Schmittianism. In his essay on ‘Legality and Legitimacy’, Schmitt had already proclaimed the end of the ‘legislative state’, a ‘turn to the total state’ with its inevitable trend towards the ‘plan’ (rather than, as a hundred years ago, to freedom). It was characteristic of the actual moment, Schmitt continued, that this turn presents itself as the establishment of the ‘administrative state’.⁸⁷ This state, he added shortly

⁸² *Politik und Justiz* (n. 79).

⁸³ ER Huber, “*Politik und Justiz*“: *Zu Hans Peter Ipsens Schrift über das Problem der „justizlosen Hoheitsakte“*, (1937/38) 98 *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, pp. 193-200, at 195.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.* at 196 (and suggesting the use of ‘leadership power’ [*Führungsgewalt*] as the more adequate term).

⁸⁶ *Politik und Justiz* (n. 79), at 180.

⁸⁷ C Schmitt, *Legalität und Legitimität*, (München: Duncker & Humblot, 1932) zitiert nach: *ders.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1945. Materialien zu einer Verfassungslehre* (Berlin: Duncker und Humblot, 1973) 2nd ed., p. 265 ff, 266; cf., the interpretation by JP McCormick, *Identifying or Exploiting the Paradoxes of Constitutional Democracy? An Introduction to Carl Schmitt’s Legality and*

before Hitler's seizure of power, was exposed to the influence of pluralist interests; it was out of this weakness that it penetrated ever more spheres of existence and hence became total in the 'quantitative' sense. This state was particularly strong, however, in that it used all new technical means to enhance its power.⁸⁸ Ernst Forsthoff seconded this: 'Under the Weimar constitution, the German state decayed because it became prey to social pluralism. This total state which has now become a reality cannot see the old executive power as sufficing. Now, alongside state officials, the *Berufsbeamtentum*, the 'commissar' enters in, not as a neutral but as a politically-motivated and decisive functionary, 'an exponent of political will'.⁸⁹ What applies internally no doubt has to apply all the more 'externally'.⁹⁰

Legitimacy, in C Schmitt, *Legality and Legitimacy*, (Durham: Duke University Press, forthcoming).

⁸⁸ C Schmitt, *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland*, in idem, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1945* (n. 87), p. 359 ff, 361, 365.

⁸⁹ E Forsthoff, *Der totale Staat*, (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933), p. 28; 36; see also, E Forsthoff, *Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft*, (1935) 5 *Deutsches Recht*, pp. 331-333; idem, *Führung und Bürokratie—Einige grundsätzliche Erwägungen*, (1935) *Deutsches Adelsblatt*, pp. 1339-1340.

⁹⁰ For Forsthoff's further development after 1933, see E Forsthoff, *Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung. Abschnitt aus: Die Verwaltung als Leistungsträger* (Stuttgart und Berlin: Kohlhammer, 1938), partly reprinted in idem, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, (Stuttgart: Kohlhammer, 1959), pp. 23-34; M Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3 (n. 16), p. 352 f., 366.; R Mehring, *Epilogue. The Decline of Theory – Introduction*, in AJ Jacobsen & B Schlink (eds.), *Weimar* (n. 40 supra), p. 313 ff, 316 f.; W Pauly, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus* (n. 29 supra), pp. 60, 70 ff, 81f., 98 ff; on the continuity in Forsthoff's thinking cf. V Neumann, *Der harte Weg zum sanften Ziel. Ernst Forsthoffs Rechts- und Staatstheorie als Paradigma konservativer Technikkritik*, in A Rossnagel (ed.), *Recht und Technik im Spannungsfeld der Kernenergiekontroverse*, (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1984), pp. 88-99; I Staff, *Die Wahrung staatlicher Ordnung. Ein Beitrag zum technologischen Staat und seinen rechten Propheten Carl Schmitt und Ernst Forsthoff*, (1987) *Leviathan*, pp. 141-162. 151 ff; M Vec, *Aushöhlung des Staates? Selbst-Normierung im Staat der Industriegesellschaft als historisches Problem*, (2000) 19 *Rechtshistorisches Journal*, pp. 517-532.

3.4 AN INTERIM OBSERVATION

Carl Schmitt's *Großraum*, although loaded with state elements, remains internally empty. This discrepancy has its logic. The National Socialist vision of Europe, which sees a *Großraum* uniting racially-akin, fascist-led peoples from the North Cape to Sicily, and from Brittany to the Urals under German leadership, was not concerned with institutionalising any sort of economic, technical or political rationality pattern. A second rupture was necessarily conjoined with the break that Schmitt's theory made with traditional international law: Schmitt was not capable of identifying, and his opponents did not even want to identify, the structures that would replace the autonomy which the sovereignty principle in international law had protected.

4. *Reconfiguration: the renewal of the first legal culture in the integration process*

The European unification efforts that started with the 1950 Schuman plan and led to the Treaty of Rome in 1957 meant a very deliberate overcoming of the racist imperialism of the Nazi regime. The situation differed radically from the one that existed after the First World War – both politically and academically. There had indeed, as Dreier notes, ‘not been any noteworthy attempt at factual or legitimatory linkage back to the Third Reich, nor any substantive study of the further effects of National Socialist modes of thought in constitutional theory.’⁹¹ Nor were there any reservations against the Basic Law's openness towards Europe (*Prinzip der offenen Staatlichkeit*). Instead, there were intensive debates about the legal nature of the European Economic Community, in which the representatives of *Staatsrecht* [constitutional law], of international law, of public international and of economic law took part which sought constructive responses to the tensions between the twofold commitment to democratic governance *and* European integration.

⁹¹ H Dreier, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus* (n. 36), at 69.

4.1. FOCUS

These historical discussions, which eventually established the law of the European Economic Communities as an autonomous discipline by means of its twofold demarcation against international law on the one hand and *Staatsrecht* and constitutional law on the other, would deserve a thorough comparative study of their own. The German legal landscape was without doubt marked both by its past and by new commitments. It may well be that the strength of these new commitments also augmented a sensitivity for the inbuilt tensions of the integration process and explains the intensity of German legal efforts to mediate between democratic principles and integration.

This was no easy task for any member of the integration project. In Germany it was further aggravated by the need to differentiate between the discredited, the undamaged and the renewable elements of a complex legal heritage.

4.2. ORDO-LIBERALISM, ORGANISED CAPITALISM AND THE STATE OF THE INDUSTRIAL SOCIETY

In his above-mentioned⁹² studies on the recent history of private and economic law, Knut Wolfgang Nörr⁹³ has analysed in detail the history of the concepts of the ‘organised economy’ and the ‘social market economy’ under the Basic Law. The so-called ‘organised economy’ – antitrust law was not to exist until 1958 – was the concept that (implicitly) prevailed in *Staatsrecht* and constitutional law: the inherited practices were, once again, tolerated or even promoted, this time by parliamentary majoritarian legislation, and hence understood as *ipso facto* constitutionally legitimate. In private law and economic law thinking, in contrast, *ordo*-liberalism dominated, postulating that the ordinary legislator be bound by principles of a liberal, competitive market constitution.⁹⁴ *Ordo*-liberalism became

⁹² Supra n. 47.

⁹³ See, esp., *Die Republik der Wirtschaft* (n. 47 supra), p. 5 ff.

⁹⁴ C Joerges, *The Science of Private Law and the Nation-State*, in F Snyder (ed.), *The Europeanization of Law. The Legal Effects of European Integration*, (Oxford: Hart 2000), pp 47-82, at 51 ff; cf., KW Nörr, *Die Republik der Wirtschaft* (n. 47), at 58 ff, 81 ff.

influential in practical political terms because – in contrast with its early form, which Hermann Heller had called ‘authoritarian liberalism’,⁹⁵ – it entered into an alliance with exponents of the new ‘social market economy’.⁹⁶

Carl Schmitt’s gloomy vision of a ‘strong state’ and a ‘healthy economy’ had been left behind by each school of thought in its own way, without considerably irritating the practice of politics with their theoretical queries and differences. The Federal Republic did both, it officiously cultivated ideas, conceptions and institutionalisations in the *ordo*-liberal sense; at the same time, however, it displayed ideological indifference, in line with the mainstream view in public law, thus allowing legislative policy to come to terms with, or even re-establish, the patterns of the ‘organised economy’. Nörr accordingly diagnoses:

‘a basic phenomenon in the history of the emergence of the Bonn Republic ... [a] dual line, in economic policy and economic constitutional law". And "for the economic order that was to characterise the new State, we have even to talk about a dual *mise en scène*, two stagings of the same play that took no notice of one another’.⁹⁷

In Nörr’s description, which concentrates on economic law, the position of Ernst Forsthoff is missing. It is interesting here not so much because of its importance for German administrative and constitutional law, but in the light of its transferability to the European context – and the continuity that marks Forsthoff’s thinking. When, in 1933, Forsthoff welcomed ‘the total state’, it seemed to him, in all seriousness, a bulwark against the robberies of the ‘societal pluralism’ of the Weimar Republic.⁹⁸ This enthusiasm had already evaporated in the 1930s.⁹⁹ It is remarkable that Forsthoff, in his

⁹⁵ N. 56 supra.

⁹⁶ See W Abelshausen, *Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland 1949 - 1966*, (Düsseldorf: Schwan, 1987); D Haselbach, *Autoritärer Liberalismus* (n. 51), at 117 ff; P Manow (notes 49 & 53).

⁹⁷ KW Nörr, *Die Republik der Wirtschaft* (n. 47), at 84.

⁹⁸ See E Forsthoff, *Der totale Staat* (n. 89), at 28.

⁹⁹ Cf., the references in n. 90 supra.

Der Staat der Industriegesellschaft [‘The State of the industrial society’], referred to his early writings; and it was by no means post-war opportunism which motivated his characterisation of the control of the state by totalitarian political movements, a ‘degeneration [*Entartung*] of the state’.¹⁰⁰ Even by 1938, Forsthoff had – quite in the style of conservative criticism of the 1920s¹⁰¹ – in a seminal study which concentrated on the ‘technicization’ of all relationships, found something which he complained of, yet also placed hopes in for taming the demon of the political: it was a consequence of ‘industrial and technical development’ and the associated ‘mass forms of life’ that ‘modern man’ could enhance his ‘effective living area’ and, at the same time, fall into new ‘social need’.¹⁰² ‘The measures taken to meet appropriation needs, I call *Daseinsfürsorge* [‘provision of subsistence’]’¹⁰³ existential security ... The responsibility for meeting these appropriation needs, I call *Daseinsverantwortung* [individual responsibility for one’s subsistence].¹⁰⁴

Forsthoff thus established existential security as a sort of fact of the matter of life, not as such up for disposal. Accordingly, in the post-war debate on the social state clause in Article 20 (1) of the Basic Law, he was able to classify social matters as belonging to an extra-constitutional realm, a factual sphere ‘driven and determined to the utmost by social impulses’; it was these constraints which forced politics, legislation and the administration into supplementing the *Rechtsstaat* by material content, namely, the social state.¹⁰⁵

The same type of argument, which guided his understanding of the social dimension of the modern state [*soziale Realisation*], he now used in his

¹⁰⁰ E Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, (München: CH Beck, 1971), at 53.

¹⁰¹ Cf., the references in n. 90 supra.

¹⁰² E Forsthoff, ‘*Daseinsvorsorge*’ (n. 90), at 25, 32; cf., the analysis by V Neumann, *Der harte Weg* (n. 90).

¹⁰³ On the origin of this term, cf., W Pauly (n. 29 supra), at 98 n. 114.

¹⁰⁴ *Daseinsvorsorge* (n. 90), at 26.

¹⁰⁵ E Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats*, (1954) 12 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, pp. 8-36, at 24, 29, 31.

analyses of ‘technical realization’ [*technische Realisation*]. Just as Carl Schmitt had demonised ‘technicity’ in his Barcelona lecture of 1929,¹⁰⁶ Forsthoff perceived a freedom-threatening potential inherent in the technical processes. The frontlines were still the same:¹⁰⁷ ‘[I]mmediately after taking power, Bolshevism had identified itself with technology’, Forsthoff explained in an accompanying essay; but the ‘free state, too, will have a partial identification with technology forced on it through the conditions of the technical process’.¹⁰⁸ All this had led to the point where ‘technical and proper decisions’ could often be taken only in ever decreasing circles that possessed the necessary ‘technical knowledge’, while government and administration could no longer be controlled by the ‘rule of law normative system’.¹⁰⁹ ‘This is the situation that the politicians have not yet understood, and is beyond the horizon of contemporary legal thought that has shrunk down from *Staatsrechts*-science to *Rechtsstaats*-science operating inside its normative cage’.¹¹⁰

If such notions may have gone beyond the normative horizon of *Rechtsstaats*-science, Forsthoff was by no means alone here. We find similarly, for instance, in Helmut Schelsky: ‘political norms and laws are replaced by the objective regularities of the scientific and technical civilization...which cannot be taken as political decisions and are not comprehensible as philosophical or ideological norms’.¹¹¹ In the middle of the so-called technocracy debate, the ‘technicity’ tradition was markedly prevalent.¹¹²

¹⁰⁶ Supra n. 73.

¹⁰⁷ Cf., C Schmitt, *Das Zeitalter der Neutralisierungen* (n.73).

¹⁰⁸ E Forsthoff, *Technischer Prozess und politische Ordnung*, (1969) 22 *Studium Generale*, pp. 849-856, at 852.

¹⁰⁹ *Der Staat der Industriegesellschaft* (n. 100), p. 84, 105 158 ff.

¹¹⁰ *Ibid.*, 46.

¹¹¹ H Schelsky, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, (Köln-Opladen: Westdeutscher Verlag, 1961) (reprinted in idem, *Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze* (Düsseldorf: Diederichs, 1964) pp. 439-480, at 453.

¹¹² For a famous contemporary critique, see J Habermas, *Technik und Wissenschaft als “Ideologie”*, in idem, *Technik und Wissenschaft als “Ideologie”*, (Frankfurt aM: Suhrkamp, 1968), pp. 48-103.

The technocracy debate did not concern itself with Europe. Forsthoff saw very well that ‘the technical process’ had burst the bounds of the state and was not to be controlled domestically. It was, then, ‘not wrong’ to think about the development of an ‘international organization’, ‘able to accompany the further course of the technical process as an effective guardian of humanity’.¹¹³ Forsthoff did not reveal the source of these so unexpectedly sown hopes for humanity. He apparently took scarcely any account of the EEC; but the conceptual apparatus which he employed was, nonetheless, to become important in that new sphere.

4.3. THE HERITAGE OF THE GERMAN TRADITION IN EUROPE

In *ordo*-liberalism and Forsthoff’s theory of the industrial society, two concepts which promised to master the tensions between the democracy principle and the integration project were available. The *ordo*-liberal school saw this very early on. The freedoms guaranteed in the EEC treaty, the order of the national economies, the bans on discrimination and the competition rules, were understood as a common decision for an economic constitution that went to meet the *ordo*-liberal concepts of the framework conditions for a market economy system (if only the many departures from that model were treated as mere exceptions, and a blind eye could be turned to the original sin of agricultural policy). And the very fact that Europe had started its integrationist path as a mere economic community lent plausibility to *ordo*-liberal arguments: the Community acquired a legitimacy of its own by interpreting the economic-law provisions of the European Community as a law-based order committed to guaranteeing economic freedoms. This legitimacy was independent of the State’s democratic constitutional institutions and thus placed limits upon the political powers of the Community.¹¹⁴

¹¹³ *Der Staat der Industriegesellschaft* (n. 100), p. 169.

¹¹⁴ Significant, here, is A. Müller-Armack, *Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes*, in idem, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, (Freiburg: Rombach, 1966), pp. 401-415; cf., for a comprehensive account W. Mussler, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht* (Baden-Baden: Nomos, 1998) p. 94 ff, 113 ff.

Yet, despite its orientation as an economic community, Europe fell within the disciplinary confines of public law. The concept of a supranational system of economic law that binds sovereign constitutional States was not exactly current in international law or *Staatsrecht* and constitutional law.¹¹⁵ Nonetheless, someone as close to Carl Schmitt as Joseph H. Kaiser was able to take up the *maître-penseur's* vague references to the triad of *Großraum* economy, technology and administration in order to categorize European public power in Forsthoff's sense as factually adequate and expedient, and entrust it to 'socially independent intelligence' [*einer sozial freischwebenden Intelligenz*].¹¹⁶

Similar statements can be found even earlier.¹¹⁷ They were, however, deployed most fundamentally and systematically by Hans Peter Ipsen (first probably in 1964) in terming the (three) European communities 'purposive associations of functional integration' [*Zweckverbände funktionaler Integration*]. The concept of 'purposive association' opened up Community law to tasks that had no place in an *ordo*-liberal world – without exposing it, on that account, to democratic requirements. As a purposive association, Europe was to deal with questions of 'technical realization', *i.e.*, with administrative tasks that could – and had to be – conveyed to a supranational bureaucracy.¹¹⁸

How thoroughly thought out the conception was can be seen in the very fact that Ipsen decisively differed from Forsthoff in his understanding of the Basic Law.¹¹⁹ Well wishing to root technocratic rationality in the EEC,

¹¹⁵ Cf., C Joerges, *Vorüberlegungen zu einer Theorie des Internationalen Wirtschaftsrechts*, (1979) 43 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, pp. 6-79, at 6 ff.

¹¹⁶ JH Kaiser, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, in (1966) 23 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, pp. 1-33, at 28, 23.

¹¹⁷ H Bülck, *Zur Systematik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaften*, (1959) 6 *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* (1959), pp. 66-118, at 105-107.

¹¹⁸ HP Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, (Tübingen: Mohr 1972) pp. 176 ff.

¹¹⁹ Cf., only HP Ipsen, *Über das Grundgesetz* (Hamburg 1950), reprinted in E Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (Darmstadt: Wissenschaftliche

at the same time, he wanted to restrict its sphere of action: the communities were to confine themselves to administering questions of ‘knowledge’, but leave truly ‘political’ questions to democratic and legitimated bodies.¹²⁰ With his theory of the purposive association, Ipsen rejected both further-reaching federal integration notions and earlier interpretations of the community as a mere international organization.¹²¹ He saw community law as a *tertium* between (federal) state law and international law, constituted by its ‘objective tasks’ and adequately legitimated by their solution.¹²²

4.4. CONCLUDING REMARKS

Europe was not to become a *Großraum*. The principles upon which the integration project was built did not derive from Carl Schmitt’s conceptual destruction of international law. Carl Schmitt himself, and even less so his contemporaries, had not even undertaken a preliminary examination of the potential of the legal approaches that were developed during the Weimar Republic to conceptualise and to legitimise non-parliamentarian governance structures not only within but even beyond state borders. Under the National Socialist regime of, all of these three potential alternatives – the governance potential of the economy and its inherent logic, or, its ‘*ordo*’, technology as executed by experts and political or

Buchgesellschaft, 1968), pp. 16-41, on the one hand, E. Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats* (n. 105), at 9 f., 28, 32 on the other.

¹²⁰ *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (n. 118), at 1045.

¹²¹ Cf., HP Ipsen, *Der deutsche Jurist und das europäische Gemeinschaftsrecht*, (1964) *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages*, Band 2, L, 3.; idem, *Verfassungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaften*, (Berlin: De Gruyter, 1970).

¹²² Cf., HP Ipsen, *Verfassungsperspektiven*, *ibid.*, at 8 ff and the interpretation by M Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, (Baden-Baden: Nomos 1997), pp. 300 ff, 312 ff; see, also, M Bach, *Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa*, (Frankfurt aM: Campus, 1999), p. 38 ff. – Ipsen’s functionalism should not, as Neil walker rightly points out in his comment, be equated with that of Mitrany or American neo-functionalism. It is all the more remarkable that Ipsen was a pioneer in bridging European law and integration theory (cf. his *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, n. 118, at 984 ff.; cf. M Kaufmann, at 161 ff.).

technocratic administration – had been subjected to the political leadership claims of National Socialism. With a certain inevitability, or, at any rate, with striking historical ‘logic’, the need to mediate between Germany’s new commitments to democracy and its openness towards the integration project lead to a revival of the non-parliamentarian traditions of Germany’s ‘first culture’.

Ordo-liberalism and functionalism promised answers to the European legitimation dilemma that could function without parliamentary democratic affirmation in the sense of the national constitutional state. Both conceptions had their *fundamentum in re*. They offered not just abstract legal doctrinal interpretations, but rationality criteria that could be institutionalised and applied in practice. Neither of these approaches needed to hide; on the contrary, in the total gamut of the contemporary debate, they represent exceptional achievements not least because they directly confronted the challenges inherent in the EEC’s *Sonderweg* beyond international law and domestic legal systems. Both of them perceived and justified a new form of supranational governance that could not have been adequately legitimised by simple reference to the assent of Member State governments, even under the unanimity rule. Both positions must also, to be sure, be aware of their limits. Here, the continuity with the non-parliamentarian German legal legacy is striking, but that, after all, is not very surprising. Ironically and fortunately, it is the very success of the European project that has fundamentally challenged those traditions. The search for a constitution that structures and legitimises its practices of governance can no longer be postponed and cannot content itself with the inherited alternatives.

Christian Joerges

Europa ein Großraum?
Zäsuren, Kontinuitäten, Re-Konfigurationen in der rechtlichen
Konzeptualisierung des Integrationsprojekts

1. Fragestellungen

Ein garstig Thema! Mancherlei Rückfragen drängen sich auf. Zuerst vielleicht: Gehört diese Sache wirklich in diese Festschrift? Darauf zu antworten fällt nicht so schwer. Das Projekt der Europäischen Einigung ist eine Antwort auf die Katastrophen der Geschichte des 20. Jahrhunderts – und der Vertrag von Rom gab eine glücklichere Antwort als der von Versailles. Wer sich so entschieden wie Beate Kohler-Koch dem Projekt der Integration verschreibt, bewegt sich in diesen historischen Vorgaben, betreibt immer auch Vergangenheitsbewältigung und wird mit dieser Vergangenheit befaßt. Das gilt für einen ungemein vielfältigen Bereich von Themen, von der Ausgestaltung der Europäischen Institutionen über zahlreiche einzelne Politikbereiche – für ältere wie auch für neuere, etwa das Aufflackern neo-nationalistischer und xenophober Bewegungen oder den Verbleib der deutschen Sprache. Immer und überall begegnen Deutschland und Beiträge aus diesem Land der deutschen Geschichte. Diese Begegnungen sind in der Tat oft garstig (insofern beachtlich z.B. Laughland 1997: 11ff.; 142ff.), zumindest unangenehm. Und dies wird so bleiben, zumal in der näheren Zukunft, in der die Osterweiterung der EU verstaubte „Mitteleuropa“-Konzepte in Erinnerung bringen und Besorgnisse über die Rolle Deutschlands in der sich vergrößernden „Großraumwirtschaft“ beleben wird.

Die Vergangenheit ruht nicht; sie ruhen zu lassen, ist nicht möglich. Aber zu Auseinandersetzungen mit Folgewirkungen der Geschichte sind Historiker, Politikwissenschaftler und Politikern eher berufen und besser imstande als Juristen. Freilich gibt es weitergehende, unter vielen Fächern gerade die Rechtswissenschaft besonders treffende Erinnerungspflichten, moralische (De Greiff 2001) wie auch im engeren Sinne intellektuelle. Ihnen haben sich, wenn auch in unterschiedlicher Intensität und zeitlich versetzt, sowohl die Rechtsgeschichte, als auch die rechts-

wissenschaftlichen Einzeldisziplinen gestellt. Europa ist freilich ein besonders gelagerter Fall. Vorstellungen zu seiner Gestaltung, die im Nationalsozialismus Anklang fanden, können *fachwissenschaftlich* jedenfalls nicht unmittelbar einschlägig sein. Gewiß, alle Fächer, die später zur rechtlichen Konzeptualisierung Europas Beiträge leisteten, trugen an ihren nationalsozialistische Erblasten. Es gab eine nationalsozialistische Völkerrechtspraxis und eine nationalsozialistisch inspirierte Völkerrechtstheorie, ein völkisches Rechtsdenken, das die Staatsrechtslehre, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre durchdrang, das Privatrechts- und Wirtschaftsrechtsdenken umzuformieren unternahm; es gab allerlei Vorstellungen zur historischen Lage und Sendung Europas im Allgemeinen und Deutschlands im besonderen – und Wissenschaftler, die sich mehr oder weniger beflissen in den Dienst solcher Rechtserneuerungen stellten.

Europa bleibt ein besonderer Fall einfach schon deshalb, weil der Aufbau einer Europäischen Gemeinschaft mit gleichen Rechten ausgestatteter Akteure nicht Sache der Bewegung war und alle in diese Richtung weisenden historische Vorläufer unzeitgemäß wurden (vgl. die Dokumentation bei Salewski 1985). Wenn es Versuche gab, Bausteine für eine Gestaltung Europas aus verschiedensten Fächern und Traditionen zusammenzutragen, so wurden sie von dem nationalsozialistischen Großprojekt der kriegerischen Eroberung des Kontinents überlagert und waren, als sich die Niederlage im Kriege abzeichnete, vollends hinfällig, politisch auch geradezu unerwünscht (Siebert 1996: 33). All dies mag erklären, warum Europa in den Auseinandersetzungen mit dem nationalsozialistischen Rechtsdenken kaum vorkommt. Als Bausteine für die Ausgestaltung eines europaweiten Herrschaftssystems sind nun allerdings die anti-liberalen und anti-demokratischen Rechtskonzepte, die im Nationalsozialismus so hoch im Kurs standen, durchaus verwendbar. Und diese Elemente sind weder i.J. 1933 aus dem Nichts aufgetaucht, noch sind sie nach 1945 einfach spurlos wieder verschwunden. Wir haben also nicht nur mit Zäsuren, sondern ebenso mit Kontinuitäten im Rechtsdenken rechnen. Diese Einsicht ist nicht neu; schwierig bleibt es dennoch, ihr gerecht zu werden. Für die Jahre nach 1933 hat M. R. Lepsius (1993: 30; vgl. 1987) von drei deutschen Wissenschaftskulturen gesprochen, „derjenigen, die im nationalsozialistischen Deutschland herrschte,

derjenigen, die in Deutschland unterdrückt und zum Schweigen gebracht worden war und derjenigen in der Emigration“. Dort blieben politische Haltungen und methodologisch-theoretische Orientierungen lebendig, die innerhalb der deutschen Tradition die „Moderne“ repräsentiert hatten und bis 1933 offen gegen anti-individualistische und anti-demokratische Strömungen auftreten konnte –bis deren Protagonisten meinten, daß nun, unter der Ägide des neuen Regimes, zur Entfaltung kommen könne, was sie bisher schon im Sinne hatten (vgl. beispielhaft Lübke 1989 zum Fall der Verfassungsgeschichtsschreibung).

Von diesem Gegen-, Neben- und Nacheinander im Rechtsdenken über Europa soll im folgenden die Rede sein. Es handelt sich um ein risikoreiches Unternehmen. Bei der Spurensuche in der deutschen Rechtstradition ist die Unterscheidung zwischen „Moderne“ und „Anti-Moderne“ hilfreich, aber doch unzureichend. Sie „paßt“ für die theoretisch-methodologischen Auseinandersetzungen im Verfassungs- und Staatsrecht und ist normativ dem Leitbild des demokratischen Verfassungsstaates verpflichtet (vgl. schon Sontheimer 1962). So klare Zurechnungen wie dort sind nun aber in dem mit der Gestaltung Europas befaßten Rechtsdenkens nicht möglich – schon deshalb nicht, weil es für die Frage, wie Europa verfaßt werden soll, kein fertiges und konsentiertes Modell gibt. Die damit verbundenen Unsicherheiten von Zuordnungen und Bewertungen sind aber auch und vor allem ein Ausdruck der Vielschichtigkeit ihres Gegenstandes. Von den Schwächen Europas, die aus seiner Uneinigkeit resultieren und durch seine Einigung überwunden werden sollen, ist seit langem die Rede: „Sein Leumund ist schlecht, seine soziale Ordnung in Verruf ... Europa *einige* sich, werde *rechtliche* Einheit“ – so liest sich eine Art Eurobarometer des Jahres 1929 (Jahrreiß 1929: 1). Der Versuch, die Irrungen und Wirrungen der Europa umkreisenden Denkbewegungen zu sichten, wird nicht unternommen (zur Ära des Nationalsozialismus vgl. Kluge 1955; Salewski 1984; Elvert 1992; als Selbstdarstellung Six 1943;1944; zum Kontext Hausmann 1998: 84ff).

Der Beitrag wird mithin seine Fragestellungen spezifizieren und damit verbundene Beschränkungen in Kauf nehmen müssen. Er wird nicht eigentlich rechtshistorisch vorgehen und sich mit Europa höchst selektiv befassen. Die im Titel umschriebene Leitfrage ist analytisch und

theoretisch gemeint. Sie zielt auf den Inhalt und die Herkunft von Vorstellungen zur Ordnung Europas, auf Vorstellungsinhalte, in denen es um eine „Institutionalisierung von Rationalitätskriterien“ (im Sprachgebrauch von M.R. Lepsius 1995) geht. Dieses Untersuchungsinteresse mag mit dem Ansatzpunkt im folgenden Abschnitt (2) auf den ersten Blick schwer verträglich erscheinen. Dieser Abschnitt wird die von Carl Schmitt i.J. 1939 ausgelöste Großraum-Debatte aufgreifen. In dieser Debatte ging es um Destruktionen des klassischen Völkerrechts. Carl Schmitt selbst hat sich in bezug auf die Binnenordnung des Großraums weitgehend verschwiegen; für die einschlägigen Vorsätze seiner Gegenspieler passen Begriffe wie Institution und Rationalität wie die Faust aufs Auge. Immerhin hat aber Carl Schmitt sich in seinen Diagnosen und Thesen zur Ablösung des völkerrechtlichen Staatensystems durch eine Welt von Großräumen auf allgemeine, die innere Verfassung der Staaten umstrukturierende Entwicklungen bezogen, zu denen er bereits vor 1933 viel beachtete Ansätze vorgelegt hatte (Abschnitt 3). Diese Problemzusammenhänge sind relevant geblieben und in der Konzeptualisierung Europas neu aufgegriffen worden (dazu Abschnitt 3).

Mit all dem muß der Beitrag Schmitt-lastig erscheinen. Indessen ist, wenn man nach theoretisch ergiebigen Europa-relevanten Beiträgen aus der Zeit des Nationalsozialismus Ausschau hält, die Großraumtheorie Carl Schmitts schlicht unübersehbar. Und gleichzeitig ist Schmitt der gewichtigste Exponent anti-liberaler Erblasten der deutschen Tradition – Grund genug, seine Vorstellungen und deren Wirkungsgeschichte ernst zu nehmen.¹²³

2. Zäsuren: Carl Schmitts Großraumtheorie

In den Jahren nach der Machtergreifung nahm das Dritte Reich trotz des Rückzugs aus dem Völkerbund und anderen internationalen

¹²³ Nicht behandeln wird der Essay Schmitts allgemeine Europa-Visionen, die er von 1923 bis 1955 in immer neuen, sich situativ verändernden Varianten vorgelegt hat (dazu McCormick 2001). – Nicht beteiligen wird er sich an Erörterungen der allzu seltsamen Frage, ob im „Schmittianischen intellektuellen Werkzeugkasten“ diejenigen etwas Nützliches finden können, denen an „mehr Demokratie“ in Europa gelegen ist (J. Müller 2000: 1781).

Organisationen in seiner Außendarstellung auf das Völkerrecht Bedacht (Vagts 1990: 675ff.). Dieser Umstand verschaffte der Disziplin einigen Schutz (Wolfrum 1992: 95; Stolleis 1999: 382, 384; Hueck 2000b; Fassbender 2001; zur Beobachtung im Ausland z.B. Gott 1938; Garner 1939; Herz 1939; Fraser 2001; indigniert zu Garner 1939 Schmitt 1941/39: 302). Der „Kronjurist des Dritten Reichs“¹²⁴ hatte sich zum Völkerrecht zwar alsbald geäußert (Schmitt 1934), sich dieses Gegenstandes mit Intensität aber erst angenommen, als er jene Rolle nicht mehr spielte – und ohne sie zurückzugewinnen. So hatte er sich aus der „ersten Kultur“, die es noch gab (Hueck 2000a: 517ff), verabschiedet, ohne in der zweiten die angestrebte Position zu finden. Dies hat die praktische Wirkung seiner Großraumtheorie beeinträchtigt und relativiert ihre Bedeutung auch für das zeitgenössische akademische Völkerrecht, ändert aber daran nichts, daß diese Theorie Ansätze zu einer die Gestaltung Europas unmittelbar betreffenden „Erneuerung“ des Rechtsdenkens enthielt, die eine Auseinandersetzung lohnen (eingehend Gruchmann 1962; Schmoeckel 1994).

2.1. DIE THEORIE

Vom 29. März bis zum 1. April 1939, also nach dem Anschluß Österreichs und dem Einmarsch in die Tschechei, aber vor dem Feldzug gegen Polen, tagte in Kiel die „Reichsgruppe Hochschullehrer des Nationalsozialistischen Rechtswahrer-Bundes“. Gleichzeitig feierte das „Institut für Politik und Internationales Recht“ sein 25-jähriges Bestehen. Den Vorsitz führte jeweils Paul Ritterbusch, Obmann des Rechtswahrerbundes, gleichzeitig Rektor der Universität Kiel (später offiziell und folgerichtig mit dem „Kriegseinsatz der Geisteswissenschaften“ betraut). Dies war der Rahmen, in dem Carl Schmitt seine Völkerrechtskonzeption¹²⁵ vorstellte: die „Völkerrechtliche

¹²⁴ Zum Titel des Kronjuristen v. Lösch 1999: 430; Rüthers 2000: 2868.

¹²⁵ Die Anführungszeichen sollen nicht bloß Distanz signalisieren, sondern auf ein Problem aufmerksam machen, das Carl Schmitts Jurisprudenz insgesamt kennzeichnet, nämlich seine Absage an einen Rechtsbegriff, der allgemeine Geltungsansprüche bezeichnet. Im Völkerrecht hat er dies mit seiner *quis iudicabit*-Frage, im übrigen am schärfsten mit der Unterscheidung zwischen Freund und Feind signalisiert.

Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht“. Das Referat erschien noch im April 1939 in der Schriftenreihe des Instituts, erlebte im Jahre 1941 seine 4. Auflage, die auf Übersetzungen in 5 Sprachen hinweist (Text der 4. Auflage in Maschke, 1995: 269-320; zum Kontext Hausmann 1998: 44f, 253ff.; 1999: 414ff; Balakrishnan 2000: 226ff.)

Kerngedanken des Vortrages waren: Das *jus publicum europaeum*, das den souveränen Staat zu seinem Zentralbegriff gemacht hatte, passe nicht mehr zu der wirklichen Raumordnung Europas. Nach dem Vorbild der amerikanischen Monroe-Doktrin müsse ein konkreter „Raum“ zum gedanklichen Bezugspunkt des Völkerrechts werden und zu seinem Ordnungsstifter ein „Reich“. Selbstbewußt erklärte Schmitt (1941/1939: 306): „Als ich im Herbst 1937 meinen Bericht über ‘Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff’¹²⁶ ... vorlegte, war die politische Gesamtlage von der heutigen noch wesentlich verschieden. ... Im Anschluß an jenen Bericht wurde die Frage gestellt, was ich denn eigentlich Neues an die Stelle der alten Staatenordnung zu setzen hätte ... Heute kann ich die Antwort geben. Der neue Ordnungsbegriff eines neuen Völkerrechts ist unser Begriff des Reiches, der von einer von einem Volk getragenen, volkhaften Großraumordnung ausgeht“.

Den Begriff „Reich“ hatte Schmitt eine Seite zuvor (1941/39: 305) „als eine von bestimmten weltanschaulichen Ideen und Prinzipien beherrschte Großraumordnung“ eingeführt, „die Interventionen raumfremder Mächte ausschließt und deren Garant und Hüter ein Volk ist, das sich dieser Aufgabe gewachsen zeigt“. Das Volk, das als „Garant und Hüter allein in Betracht kam, war das deutsche. – Europa als Großraum, in dem die Staaten nicht mehr auf Gleichbehandlung bestehen können, in dem Deutschland die Herstellung entsprechender Verhältnisse gerade in Gang gesetzt hatte, der Lobpreis dieser „Tat des Führers“, die „dem Gedanken unseres Reiches politische Wirklichkeit, geschichtliche Wahrheit und eine große völkerrechtliche Zukunft verliehen“ habe (Schmitt 1941/39: 306) – der Erfolg eines solchen Musterstücks „konkreten Ordnungsdenkens“

¹²⁶ „Inzwischen als Heft 5 der Gruppe Völkerrecht der Schriften der Akademie für Deutsches Recht, herausgegeben von Reichsminister Dr. Hans Frank, in München bei Duncker & Humblot, 1938, erschienen“.

schien programmiert. Die Resonanz war in der Tat stark (Kaiser 1968: 537; Schmoeckel 1994: 152ff.; Brechtefeld 1996: 55ff.; Herbert 1996: 272ff.;). Das politische Echo blieb aber zwiespältig.

2.2. KONTROVERSE

Widersacher, wie sie schon im Jahre 1936 Schmitts Karriere als „Kronjurist“ ausgebremst hatten (dazu Rüthers 1990: 81ff; v. Lösch 1999: 429ff, 448ff), waren rasch zur Stelle. Anstoß nahm man an seiner Aussage, daß die „neue völkerrechtliche Denkweise, die vom Volksbegriff ausgeht, ... die im Staatsbegriff enthaltenen Ordnungselemente durchaus bestehen“ lasse (Schmitt 1941/39, 306). In einer knappen Besprechung rügte Werner Best, es komme darauf an, die Völker, jene „überpersönlichen, überzeitlichen Gesamtwesenheiten“ an die Stelle der „abstrakten Staatengebilde“ oder „wirtschaftlichen Interessengebilde“ zu setzen und den Großraum als „Ordnung von Volksordnungen“ zu begreifen (Best 1940; elaborierter 1941).

Diese Kritik wurde ernst genommen – so ernst, daß Schmoeckel (1994: 174ff.) für seine Rekonstruktion der zeitgenössischen Debatte um Raum, Reich und Großraum das Dual „völkisch“ v. „etatistisch“ verwenden kann (aufschlußreich auch die Dokumentation bei Maschke 1995: 343-348; zum Staatsrecht vgl. Stolleis 1999: 361f; Pauly 2001: 76ff). Der Gegensatz hat seine Dramatik. Der Hinweis Schmitts (1941/39: 301), „daß im bisherigen Staatsbegriff ein Mindestmaß von innerer, berechenbarer Organisation und innerer Disziplin enthalten ist, und daß dieses organisatorische Minimum die eigentliche Grundlage alles dessen bildet, was man als die konkrete Ordnung ‚Völkerrechtsgemeinschaft‘ ansehen konnte“, beschwört Leistungen des Rechts, zu deren Diskreditierung Schmitt selbst so maßgeblich beigetragen hatte.

Der Beistand, den Schmitt insbesondere bei Ernst Rudolf Huber fand, geht in die gleiche Richtung. Es war Schmitts Erläuterungen, nicht zu entnehmen, wie beides gleichzeitig zu haben sein könnte: die Bewahrung von Restbeständen des Völkerrechts *und* die Anerkennung des neuen Machtgefüge und der Machtpolitik Deutschlands im Großraum. Seine Überlegungen zum Brückenbegriff der „Führung“, die Schmitt in einer

Besprechung der 2. Auflage von Heinrich Triepels „Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten“ (1938) vorgestellt hatte (Schmitt 1939; dazu Schmoeckel 1994: 117ff.; s. auch O. Lepsius 1994: 93ff), entwickelt er in dem Großraum-Beitrag nicht weiter, sondern ließ mit einem Hinweis auf die Elastizität des Völkerrechtsbegriffs bewenden, der eben auch „zwischen-völkische Beziehungen innerhalb eines Großraums“ abdecke (Schmitt 1941/39: 305). Huber (1941a) indessen erprobt den nationalsozialistische Schlüsselbegriff: Ganz allgemein bietet „Führung“ eine Alternative zu den Kategorien wie Macht und Herrschaft:

„Führung leistet das, was Herrschaft leistet, mit; sie wirkt aber über die bloße Herrschaft noch hinaus, indem sie die Menschen von innen her in Bewegung bringt ... Die Erweckung des inneren Antriebs zu selbstverantwortlichem Handeln innerhalb eines vorgezeichneten Aktionsplans ist das Kriterium der Führung“ (Huber 1941a: 2021).

Das gelte zwischen Völkern nicht anders als zwischen Volksgenossen:

„Politische Führung ist sonach: *die aus den Grundkräften der Gemeinschaft unmittelbar erwachsende, auf der Verbindung von Autorität und Macht beruhende verantwortliche Bestimmung einer geschlossenen Lebenseinheit*“ (Huber 1941a: 2022; Hervorh. im Original).

Das klingt recht konzilient. Die Differenzen zwischen einer gänzlich entrechtlichten völkischen „Ordnung“ und den „Etatisten“ sind in der Tat in einem meta-rechtlichen, schrecklichen Sinne wichtig. Es findet sich in den Schriften der radikal Völkischen – Werner Best; Reinhard Höhn; Wilhelm Stuckart – nicht nur wissenschaftlich Unsägliches. Das „Führungsvolk einer Großraum-Ordnung“, so liest man bei Best (1941: 42), könne „mit den schwächeren Völkern seines Bereichs nur so verfahren, daß es sie entweder total vernichtet (oder aus seinem Bereich total verdrängt) oder sie in seine Großraum-Ordnung unter seiner Verwaltung eingliedert“ (und Best 1942: 407: „Vernichtung und Verdrängung fremden Volkstums widerspricht nach geschichtlichen Erfahrungen den Lebensgesetzen nicht, wenn sie vollständig geschieht.“ Dazu Herbert 1996: 283). Zu solchen Äußerungen hat sich augenscheinlich niemand sonst verstiegen (Dreier 2001: 39f., der Best nicht zitiert). Und was besagt dies?

Schmitt selbst (1939: 235) hat seine Differenz mit Best kleinzuschreiben versucht: „Im übrigen soll offen bleiben, ob die zwischen den sich bildenden Reichen und Großräumen entstehenden Beziehungen noch als ‚Völkerrecht‘ bezeichnet werden können, ob andere Worte und Benennungen richtiger sind, und ob man die innerhalb der Großräume sich entwickelnden zwischen-völkischen Beziehungen nicht richtiger, wie *Werner Best* vorgeschlagen hat, ‚völkische (statt völkerrechtliche) Großraumordnung‘ nennt“. Huber (1941b: 31) fand dazu schöne Worte:

„Für die politische Theorie wie für die Rechtslehre besteht das entscheidende Problem darin, wie der Gedanke des Reiches in seiner Wendung zum Großraumprinzip sich vom Imperialismus der anderen, gegen den wir ehrlich und aufrichtig gekämpft haben, unterscheidet. ... Der wesensbestimmende Unterschied kann nur darin liegen, daß der alte Imperialismus ein Gebilde der bloßen Macht und des nackten Interesses war, das sich hinter den tönernen Redensarten von der Gleichberechtigung aller Nationen verbarg; für den Begriff des Reiches dagegen muß entscheidend sein, daß er auf ein Gefüge der gestuften Ordnung zielt, in der die führende Macht die offene Verantwortung für den Bestand der Gesamtordnung und für die Existenz aller Glieder übernimmt...Denn Macht wird nur dadurch zum Recht, daß sie als eine verantwortlich gebundene Funktion gegenüber einem anvertrauten Lebensganzen begriffen wird. ... Das Wichtigste der Reichsaufgabe wird somit darin bestehen, daß über die staatlichen Grenzen des Reiches hinaus die deutsche Führungsgewalt für die Lösung gesamteuropäischer Fragen verantwortlich sein wird.“

Im Dunkel solcher Formulierungskünste bleibt erkennbar, wie man sich denn die Innengestalt des Großraums vorzustellen hat. Wenn sich anders als bei den kompromißlos Völkischen die „Ordnung“ des Großraums nicht als nacktes Gewaltverhältnis darstellt,¹²⁷ so sind doch die

¹²⁷ Eine Kostprobe aus Best 1941: 35: “Die Großraum-Ordnung ist also weder eine ‘staatsrechtliche’ noch eine ‘völkerrechtliche’ Erscheinung in dem bisher gebräuchlichen Sinne. Deshalb sind auch die ‘rechtlichen’ Formen, in denen die Regeln für die Dauerbeziehungen zwischen den Völkern des Großraums

Herrschaftsfunktionen der gestuften Rechtsfähigkeit für die „Staaten“ im Großraum, aber auch für seine Bewohner und Insassen drastisch genug: Der „existentiellen Bestimmtheit des Volkes durch seine natürlich-biologische Leibhaftigkeit wie durch seine geistig-geschichtliche Prägung“ entsprechend, qualifiziert den „Volksgenossen“ sein „deutsches oder artverwandtes Blut“. Deshalb sei die alte Kategorie der Staatsangehörigkeit, die dereinst „Rassefremde“ umschloß, durch die des „Reichsbürgers“ zu ersetzen; dann sind da noch bloße „Reichsangehörige“, die, weil in den „Schutz- und Pflichtenverband“ aufgenommen, Gehorsam schulden, aber nicht „Treue“ und Wehrdienst. Unter den Reichsangehörigen erscheinen „Volkszugehörige“ und „Rassefremde“, solche mit „Bürgerrecht“, die in „Volksgruppen“ leben, die dem deutschen Volk und Reich Gehorsam schulden; und solche mit einem „Reichsbürgerrecht“ das „Volksteilen mit eigener Kultur“ zugeordnet ist; „Volkszugehörige“, die außerhalb der Reichsgrenzen leben, können auf die Schutzpflichten des Reichs setzen (Huber 1941b: 26). – „Es wurde von keinem Theoretiker vorausgesetzt, daß die Regierung oder die Bewohner der unterzuordnenden Großraumstaaten der neuen Ordnung zustimmen würden“, bemerkt Schmoeckel (1994: 274); dies sollte hinzufügen, wer Carl Schmitts Großraum zum rechtswissenschaftlichen Kontrapunkt der völkischen Reichsvorstellungen stilisiert (Kaiser 1968: 543).

Franz Neumann hatte seinerzeit (1942/1984: 184ff.) die Großraumtheorie vor allem als eine außenpolitische Dienstleistung gegenüber dem Regime verstanden. Als solche war sie bald nach ihrer Präsentation bei der „Aktion Ritterbusch“ im Frühjahr 1939 nicht mehr zeitgemäß. Darauf hat Schmitt bei der Neuauflage i.J. 1941 und im Angesicht des deutschen Vormarschs in immer größere Räume reagiert, indem er seine Schrift mit dem Motto versah (Schmitt 1941/1939: 270): „Wir gleichen Seeleuten auf ununterbrochener Fahrt und jedes Buch kann nicht mehr als ein Logbuch sein“. Er hätte hinzufügen können, daß auch die innere „Ordnung“ des Großraums widerspiegelte, was bei ihm sonst als „Situation“ bezeichnet wird.

ausgesprochen werden, ohne sachliche Bedeutung und nach Belieben verwendbar ...“; dazu Herbert 1996: 280ff.

3. Kontinuitäten: Binnenstrukturierung des Großraums

In seiner Replik auf Best und dessen völkisches Monitum hat Carl Schmitt seinen Großraum als „konkreten, geschichtlich-politischen Gegenwartsbegriff“ vorgestellt, der „bezeichnenderweise nicht im staatlichen, sondern im technisch-industriell-wirtschaftlichen Bereich“ wurzele (Schmitt 1939: 305). In den erweiterten Auflagen des Kieler Vortrages finden sich entsprechende Passagen (Schmitt 1941/49: 307). Damit nahm Schmitt, wie apokryph auch immer, auf Diskussionszusammenhänge Bezug, die seine These von dem Funktionsverlust des Territorialstaates stützten, die eine Anpassung des internationalen Rechts auf eine Umstrukturierung der internationalen Beziehungen und die Ablösung des klassischen Völkerrechts durch Normsysteme ankündigen, die man heute als *governance structures* bezeichnen würde. Auf zwei Phänomene verweist Schmitt ausdrücklich, nämlich die über Staatsgrenzen hinausreichenden wirtschaftlichen Verflechtungen („Großraumwirtschaft“) und die Eigendynamik technischer Entwicklungen („Technizität“). Zu beiden Themen hatte er schon vor 1933 Beiträge geliefert, an die er nun zur Konkretisierung seiner Großraumvorstellungen hätte anknüpfen können. Er ließ sie ebenso auf sich beruhen wie eine dritte Alternative, die in den Großraum-Schriften keine Erwähnung findet, nämlich die Ablösung des Völkerrechts durch Verwaltungsrecht – obwohl auch hier Carl Schmitt Anstöße gegeben hat.

3.1. WIRTSCHAFT

Die Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie der Weimarer Republik hat viel weniger Beachtung gefunden als das Staats- und Verfassungsrecht, ist aber kaum weniger interessant. Herrschend war eine Praxis, die Knut-Wolfgang Nörr (1994; 1999) als „organisierte Wirtschaft“ kennzeichnet – ein Topos, der zeitlich und sachlich an den von Bielefelder Sozialgeschichtlern so genannten „organisierten Kapitalismus“ anknüpft. Das relevante Theorie-Spektrum zwischen Industriegesellschaft und Wirtschaftsdemokratie war aber reichhaltig (Hinweise bei Brüggemeier 1977: 239ff; Wielsch 2001: 103-11). Das Gegenmodell, für das Nörr sich vor allem interessiert, ist der Ordoliberalismus, den Ökonomen wie Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke kongenial mit Franz Böhm seit dem Ende der 20er Jahre

entwickelten (dazu Wiethölter 1989: 215ff; Haselbach 1991; Manow 2001a). Beide, Carl Schmitt (1932/33) wie die Ordoliberalen, redeten einem starken Staat das Wort (z.B. Rüstow 1932; Böhm 1933; 1937; dazu Haselbach 1991: 40ff ; Wielsch 2001: 83ff; Manow 2001b: 179ff). Daneben zeigte sich Alfred Müller-Armack (1932/1933), wie ja auch Carl Schmitt (1931) von Mussolinis Faschismus fasziniert. Aus diesen – und anderen – Gründen hat Hermann Heller (1933) den ordoliberalen als „autoritären“ Liberalismus kritisiert. Diese Qualifikation trifft die gemeinsame Kritik an einem Pluralismus, in dem der Interessenkampf den Inhalt der staatlichen Politik bestimmt. Dennoch unterschied sich die „Ordnung“ der Wirtschaft, die sich die Ordoliberalen erhofften, von den Vorstellungen Schmitts und seiner Nachfolger in einer sehr wesentlichen Hinsicht. Carl Schmitt hatte in seiner Rede vom „starken Staat“ und der „gesunden Wirtschaft“ (1933) signalisiert, was ihm vorschwebte: Das Primat der Politik gegenüber einer sich ergeben „selbstverwaltenden“ Wirtschaft (vgl. Maus 1986). „Der Führerverfassung“, hieß es dann bei Forsthoff (1937: 48) „ist der Primat des Politischen über die Wirtschaft eigentümlich“. Dieser Primat findet seinen Ausdruck im „Plan“, der „spezifischen Aktionsform des Führerstaates ... auf dem Gebiet von Wirtschaft und Technik“. „Ordo“ und „Plan“ sind Gegensätze, auch wenn beide einen „starken Staat“ verlangen (speziell zu Böhm Wiethölter 1989: 232).¹²⁸ Selbst beim „Plan“ ist freilich interpretative Vorsicht angezeigt. Hans Freyer (1933), auf den Forsthoff (1937: Fn. 1) sich bezieht, hat diesen Terminus ohne nationalsozialistische Konnotationen definiert.

Wie sich der Primat des Politischen nach 1933 im Wirtschaftsrecht auswirkte, wird allmählich intensiv erforscht (zu den Rechtsformen: Gosewinkel 2000; Seibel 2001; vgl. schon Brüggemeier 1979: 32ff, 69ff). Zu der Frage aber, wie denn die Wirtschaft des Großraums zu verfassung sein könnte, ist wenig zu finden. Werner Daitz, der wohl bekannteste Exponent eines wirtschaftlichen Großraumdenkens (Hinweise bei Salewski 1985 und Maschke 1995: 364, 465ff) wird von Schmitt erst in dem Folge-

¹²⁸ Zur Kontaktaufnahme des Reichswirtschaftsministeriums, das am Ende bei den „Freiburgern“ für eine wirtschaftspolitische Konzeption jenseits von klassischem Liberalismus und sozialistischer Planwirtschaft um Rat nachsuchte vgl. Herbst 1982: 144ff, 133ff.

Aufsatz zum Vortrag von 1939 erwähnt (Schmitt 1940: 237) – unverständlicher- oder aufschlußreicherweise: jener dem Regime dienstbare Autor propagierte in seinen ungemein hohlen Schriften zunächst die Rückkehr von der Weltwirtschaft zur Volkswirtschaft, die Autarkie zunächst der Volks-, dann die der Großraumwirtschaft der europäischen „Völkerfamilie“ als ganzer (Daitz 1943). Realistischere Zeitgenossen sahen in dem Großraum ökonomisch bloß eine Notlösung (Abelshäuser 1994: 279ff; zu Zwischenkriegszeit Stirk 1994). Immerhin hat Justus Wilhelm Hedemann, eine Berühmtheit des deutschen Wirtschaftsrechts schon lange vor 1933 und seit 1939 in der Akademie für Deutsches Recht maßgeblich mit der Ausarbeitung des neuen Volksgesetzbuches befaßt, die Thematik in zwei Essays von 1941 und 1943 aufgegriffen, die freilich so gut wie keine Beachtung gefunden haben (vgl. Mohnhaupt 1989: 156 Fn. 259; Schmoeckel 1994: 224). Ohne in Betracht zu ziehen, daß die „Germanisten“ unter den Nationalsozialisten von den „Imperialisten“ abgemeldet worden waren (zu diesen Parteiungen Elvert 1992), suchte Hedemann nach einem Führungsmodell für die Wirtschaft, das den Wirtschaftsakteuren und Bürgerschaften im Großraum ein Stück Unabhängigkeit belassen hätte. Die „Völkerschaften Europas“ trügen das neue Recht; Selbstverwaltung, korporatistische Strukturen und Planung sollten einander ergänzen – Vagheiten allenthalben, deren Klärung in der real existierenden Kriegswirtschaft belanglos wurde und inopportun erschien (Boelcke 1992: 229).¹²⁹

3.2. TECHNIZITÄT

Sein Plädoyer für den „starken Staat“, in dem die Politik gegenüber der Wirtschaft ihre Priorität behaupten sollte, hatte Carl Schmitt (1932/33: 73; vgl. die Diagnose einer Wendung zum „totalen Staat“ der eben nicht „stark“ sei, in Schmitt 1931) mit einer Polemik gegen alle technokratischen Bestrebungen verbunden, die meinen, „durch technische und wirtschaftliche Sachverstände nach angeblich rein sachlichen, rein

¹²⁹ Zu den „politikwissenschaftlichen“ Aufgaben und Aktivitäten des „Deutschen Auslandswissenschaftlichen Instituts vgl. Eisfeld 1991: 152ff; Siebert 1996; zu den außenwirtschaftlichen Kontinuitäten der Großraumvorstellungen Berghahn 1996: 5ff.

technischen und rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten alle Fragen“ entscheiden zu können. Anders als in den USA, in denen „*The Technocrats*“ die wohlfahrtsteigernden Möglichkeiten eines technisch und wirtschaftlich versierten Expertentums anpriesen (vgl. Radaelli 1999; Mohler 1968), sahen viele der in der Weimarer Republik tonangebende konservativen Intellektuellen, die Herrschaft einer seelenlosen technischen Maschinerie heraufziehen, gegen die sich allenfalls kulturelle Werte mobilisieren ließen, während es aussichtslos erschien, sich den Gestaltungsmöglichkeiten der Weimarer Demokratie anzuvertrauen (Vesting 1990: 9ff; Stehr 1994: 278ff; McCormick 1997: 31ff, 83ff).

Carl Schmitt hatte in seinem brillierend-dröhnenden konter-revolutionären Manifest von Barcelona (Schmitt 1929) die Sowjetunion als institutionelle Inkarnation einer quasi-religiösen, seelenlosen Technizität identifiziert.¹³⁰ Sollte nun der „besonders starke“ und „qualitativ totale“ Staat nicht nur die Wirtschaft führen, sondern auch noch – anders als die ohnmächtige „Kultur“ dies vermöchte – die Technizität mit wirklicher Politik bezwingen? Eine gespenstische Vorstellung. Hans Freyer, der mit guten Gründen (Freyer 1929: 9) zu den konservativen Technik-Pessimisten gezählt wird und z.B. Ernst Forsthoff beeindruckt hat (Vec 2000), äußerte sich wohltuend Weberianisch: Technische Gebilde werden Wirklichkeit erst vermittels des „Plans“; hinter dem Plan steht „die politische Macht“; sie setzt ihrerseits „Herrschaft“ voraus; Herrschaft ist aber „Dauergebilde nur, weil und sofern sie ein Gebilde aus allen ist ... Herrschaft sucht wesentlich Legitimität, und ihr Bestand beruht auf der Tragfähigkeit der Legitimitätsgrundlage, die sie vorfindet oder die sie zu schaffen vermag“ (Freyer 1933: 20, 28, 38; vgl. 1935; 1940). Es scheint schlechterdings unmöglich, die Positionen der konservativen Technikkritik in die nationalisozialistischen Beherrschungsphantasien einzufügen.

¹³⁰ Schmitt 1929: 120f: „...ihre Vitalität ist stark genug, sich unserer Erkenntnisse und Technik als Waffen zu bemächtigen; ihr Mut zum Rationalismus und zum Gegenteil ... sind überwältigend“.

3.3. VERWALTUNG

Die „originellste Weiterentwicklung der Großraumtheorie“ findet Schmoeckel (1994: 225) in einem unscheinbaren Artikel von Hans Peter Ipsen über „Reichsaußenverwaltung“, der in den Jahren 1942 und 1943 erschien und im Untertitel erläutert: „Die deutsche Verwaltung betreut (sic!) jenseits der inneren Reichsgrenzen 145 Millionen Menschen“ (Ipsen 1943). Diese Reichsaußenverwaltung, so heißt es bei Ipsen, sei „konkret und sacherfüllt“. Sie setze den Fortbestand „landeseigener Verwaltungen“ voraus, beansprucht aber diesen gegenüber bedingungslose Suprematie. „Fast genial“, findet Schmoeckel (1994: 226) diese Idee, in der aber auch „etwas geradezu Diabolisches“ liege. In der Tat ist die Idee Ipsens zu unterscheiden von den eher drögen systematisierenden Unterscheidungen der Verwaltungspraxis im besetzten Europa (Majer 1999). Sein Denkansatz brachte die Machtansprüche des Reichs auf einen juristischen Begriff, der sich jeglicher Regel entzog. Und dies war nicht einfach so dahingeschrieben. In seiner Hamburger Habilitationsschrift aus d.J. 1937, einer ungemein gelehrsamem rechtsvergleichenden Studie, hatte Ipsen die gedanklichen Vorleistungen erbracht. Die Studie befaßte sich mit „justizlosen Hoheitsakten“. Sie bot, wie ihre Rezension durch keinen geringeren als Ernst Rudolf Huber hervorhob, eine zutreffende „innere Wesensdeutung“ jener Akte, wenn sie diese von den bekannten Ermessensakten abhob und ihre „völlige Freiheit von richterlicher Kontrolle“ feststellt (Huber 1937/38: 195). Hubers Besprechung billigt auch die andere Seite des Arguments. Ipsen wird dafür gelobt, daß er – gegen Reinhard Höhn – vom Fortbestand einer „Verwaltungskontrolle mit individueller Rechtsschutzwirkung“ im neuen Staat ausgeht (Huber 1937/38; Ipsen 1937: 253). Höher als dieser Grundsatz aber ist die nationalsozialistische Erkenntnis einer originären Normsetzungsbefugnis der Regierung. „Sie bedeutet nicht nur die Organschaft der Regierung zur Ausübung einer ihr an sich übergeordneten Gesetzgebungsgewalt, sondern die Regierung *ist* Träger der Regierungsgewalt,¹³¹ die Gesetzgebungsgewalt umschließt“ (Ipsen 1937: 180).

Dies ist Schmittianismus in Rein„kultur“. In seinem Aufsatz über „Legalität und Legitimität“ hatte Schmitt das Ende des

¹³¹ Huber (1937/38: 196) mahndend: „Besser wäre zu sagen: Führungsgewalt“.

„Gesetzgebungsstaates“ ausgerufen, eine „für den gegenwärtigen Moment charakteristische ‚Wendung zum totalen Staat‘ mit ihrer unvermeidlichen Tendenz zum ‚Plan‘ (statt wie vor hundert Jahren zur ‚Freiheit‘“ diagnostiziert, die „heute typisch als eine Wendung zum Verwaltungsstaat erscheine“ (Schmitt 1932: 266). Er sei, setzte er kurz vor Hitlers Machtergreifung hinzu, gleichsam gezwungenermaßen, nämlich wegen der Schwäche pluralistischer Gemeinwesen, total in dem „quantitativen“ Sinne, daß er in alle Daseinssphären eindringe, total und dabei „ein besonders starker Staat“ auch in dem Sinne, daß sich aller neuen technischen Mittel zu seiner Machtsteigerung bediene (Schmitt 1933: 361, 365). Ernst Forsthoff sekundierte: „Unter der Geltung der Weimarer Verfassung (ging) der deutsche Staat zugrunde, weil er zum Raub des gesellschaftlichen Pluralismus wurde. Dieser nun wirklich gewordene totale Staat komme mit der alten Exekutivgewalt nicht aus. Nun trete neben das „Berufsbeamtentum“ und die Bürokratie ... der Kommissar, als nicht neutraler, sondern politisch entschiedener und entscheidender Funktionär, Exponent des politischen Willens ...“ (1933: 28; 36; s. auch 1935a; 1935b). Was innen gilt, muß ja wohl erst recht „außen“ gelten.¹³²

3.4. ZWISCHENBEMERKUNG

Der mit etatistischen Restbeständen befrachtete Großraumtheorie Carl Schmitts bleibt im Innern leer. Diese Diskrepanz hat ihre Logik. Die nationalsozialistische Europavision, die einen Großraum im Sinn hatte, der vom Nordkap bis nach Sizilien, von der Bretagne bis zum Ural rassistisch verwandte, faschistisch geführte Völker unter deutscher Führung vereinigen sollte, bekümmert sich nicht um eine Institutionalisierung irgendwelcher ökonomischer, technischer oder politischer Rationalitätsmuster in dessen Industriegesellschaften. Mit der Zäsur, die Schmitts Großraumtheorie gegenüber dem überkommenen Völkerrecht bedeutete, verbindet sich eine zweite: Schmitt ist nicht im Stande – und seine Gegner sind nicht gewillt – Ordnungsstrukturen zu benennen, die an

¹³² Zu Forsthoffs weiterer Entwicklung nach 1933 vgl. Forsthoff 1938; Stolleis 1999: 352f, 366ff.; Mehring 2000: 316f, Pauly 2001: 81f, 98ff.; zur Kontinuität seines Denkens auch „danach“ Neumann 1984; Staff 1987: 151ff; Vec 2000.

die Stelle jener internen Autonomie treten würden, die das völkerrechtliche Souveränitätsprinzip geschützt hatte.

4. *Rekonfigurationen: Die Erneuerung der Ersten Kultur im Integrationsprozeß*

Die europäischen Einigungsbemühungen, die mit dem Schuman-Plan von 1950 einsetzten und im Jahre 1957 in den Vertrag von Rom mündeten, bedeuteten eine sehr bewußte Überwindung des rassistischen Imperialismus des NS-Regimes. Die Lage unterschied sich grundsätzlich von der nach dem Ersten Weltkrieg – politisch wie akademisch. Es hatte in der Tat, wie Dreier (2001: 69) notiert, „keinen nennenswerten Versuch sachlich-legitimatorischer Rückanknüpfung an das Dritte Reich und keine substantiellen Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in der Staatsrechtslehre“ gegeben. Es gab ebensowenig grundsätzliche Vorbehalte gegen die Europaoffenheit des Grundgesetzes. Es gab stattdessen intensive Debatten um die Rechtsnatur der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, an der sich Vertreter des Staats-(Verfassungs)rechts, des Völkerrechts, des internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts beteiligten.

4.1. FRAGESTELLUNG

Die Geschichte dieser Diskussionen, aus denen durch die doppelte Abgrenzung gegenüber dem Völkerrecht einerseits und dem Staats- und Verfassungsrecht andererseits das Europarecht als eine autonome Disziplin hervorging, ist hier nicht insgesamt zu rekonstruieren. Den Fragestellungen der vorangegangenen Abschnitte entsprechend, soll es vielmehr im folgenden vor allem um die Institutionalisierung von Rationalitätskriterien im Inneren der neuen Herrschaftsverbandes gehen (zur Begrifflichkeit M.R. Lepsius 1995; 2000). Es zeichnet die deutsche Europarechts-Diskussion aus, daß sie die Spannungen zwischen dem Integrationsprozess einerseits und der politischen Autonomie der Mitgliedstaaten andererseits sehr früh als ein Problem für die im Innern gerade erreichte Demokratie begriff, ohne deshalb in völkisch-nationale Nostalgien zu verfallen. Freilich mußte diese Art Europaoffenheit mit einer gewissen Zwangsläufigkeit, jedenfalls mit einer frappierenden historischen „Logik“,

dazu führen, daß bei den Vermittlungsversuchen zwischen Demokratie und Integration vor allem vordemokratische Traditionsbestände aus der „Ersten Kultur“ wiederbelebt wurden.

Zur Erinnerung: Alle Sphären der Gesellschaft des Großraums – die Wirtschaft, die Technik, die Verwaltung – hatten sich dem Führungsanspruch der nationalsozialistischen Politik gebeugt. Diese Ergebenheit war nach 1945 funktionslos geworden. Indessen hatten sich die Probleme einer Ordnung der Wirtschaft, der Eigengesetzlichkeit der Technik und der Funktionen der Verwaltung mit nationalsozialistischen Politik nicht erledigt. Das galt im Innern der neuen Republik (dazu 4.2.) Und gerade das Projekt der Integration, das eine so überzeugende Antwort auf die Friedlosigkeit des nationalstaatlich organisierten Europas enthielt, sollte die Virulenz jener Probleme verstärken. Es lag angesichts der politisch-institutionellen Unvollkommenheiten jenes Projekts nahe, bei der Suche nach Antworten auf seine Legitimationprobleme die im Nationalsozialismus verkehrten Denkmuster neu zu beleben (dazu 4.3.).

4.2. ORDOLIBERALISMUS, ORGANISIERTE WIRTSCHAFT UND DER STAAT DER INDUSTRIEGESELLSCHAFT

In seinen oben (3.1.) bereits genannten Studien zur neueren Privat- und Wirtschaftsrechtsgeschichte hat Knut Wolfgang Nörr (eingehend zuletzt 1999: 5ff) die Wirkungsgeschichte der Konzepte der „organisierten Wirtschaft“ und der „sozialen Marktwirtschaft“ unter dem Grundgesetz geschildert. Die sog. „organisierte Wirtschaft“ – ein Kartellrecht sollte es erst 1958 geben – verstand die im Staats- und Verfassungsrecht herrschende Meinung als ein von der parlamentarischen Gesetzgebung erneut toleriertes oder gar gefördertes und eben dadurch verfassungsrechtlich legitimiertes Phänomen. Im Privatrechts- und im Wirtschaftsrechtsdenken dominierte dagegen der Ordoliberalismus, der eine Bindung des einfachen Gesetzgebers an die Prinzipien einer freiheitlichen, wettbewerblichen Marktverfassung postulierte (Joerges 1994: 114ff; Nörr 1999, 58ff; 81ff); er wurde praktisch-politisch einflußreich, weil er – anders als seiner von Hermann Heller als „autoritärer Liberalismus“ gekennzeichneten Frühform – ein Bündnis mit

den Exponenten einer „sozialen Marktwirtschaft“ einging (Abelshäuser 1987; Haselbach 1991: 117ff; Manow 2001a).

Carl Schmitts dunkle Rede über den „starken Staat“ und die „gesunde Wirtschaft“ hatte beide Richtungen auf ihre Weise hinter sich gelassen, ohne mit ihren theoretischen Differenzen die Politik allzu sehr zu irritieren. Die Bundesrepublik hat zwar offiziös Leitbilder, Konzeptionen, Institutionalisierungen im ordoliberalen Sinne gepflegt; sie hat aber gleichzeitig eine ordnungspolitische Indifferenz im Staats-, Verfassungs-, Verwaltungsrecht an den Tag gelegt, die der Gesetzgebungspolitik das Paktieren mit der „organisierten Wirtschaft“ erlaubte. Nörr (1999: 84) bezeichnet deshalb „als ein Grundphänomen in der Entstehungsgeschichte der Bonner Republik ... [ihre] wirtschaftspolitische und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zweigleisigkeit“. Und „für die Wirtschaftsordnung, die den neuen Staat prägen sollte, müssen wir geradezu von einer doppelten Inszenierung sprechen, von zwei Aufführungen desselben dramatischen Stückes, die voneinander keine Notiz nahmen.“

In Nörrs auf das Wirtschaftsrecht konzentrierten Darstellung fehlt die Position Ernst Forsthoffs, die hier nicht so wegen ihrer Bedeutung für das deutsche Verwaltungs- und Verfassungsrecht, sondern im Hinblick auf ihre Übertragbarkeit in den europäischen Kontext interessiert – und die Kontinuität, die sein Denken auszeichnet. Als Forsthoff anno 1933 den „totalen Staat“ begrüßte, war ihm dieser allen Ernstes als Bollwerk gegen die Räubereien „des gesellschaftlichen Pluralismus“ der Weimarer Republik erschienen (Forsthoff 1933: 28). Diese Begeisterung hatte sich nicht erst verflüchtigt, als Forsthoff im „Staat der Industriegesellschaft“ (1971: 53) den Zugriff totalitärer politischer Bewegungen auf den Staat, der den „totalen Staat“ konstituiert, als „Entartung des Staates“ kennzeichnete. Bereits im Jahre 1938 hat Forsthoff, in der berühmtesten seiner Schriften, auf die „Technisierung“ aller Verhältnisse gesetzt, die er, ganz im Stile der konservativen Zeitkritik, beklagte, in die er aber auch seine Hoffnungen auf eine Zähmung der Dämonie des Politischen setzte: Es sei eine Folgewirkung der „industriell-technischen Entwicklung“ und der mit ihr verbundenen „massentümlichen Lebensformen“, daß „der moderne Mensch“ seinen „effektiven Lebensraum“ steigern konnte und

gleichzeitig in eine neue „soziale Bedürftigkeit“ geriet (Forsthoff 1938: 25, 32; dazu Neumann 1984; zur Herkunft des Begriffs Pauly 2001: 98, Fn. 114): „Diejenigen Veranstaltungen, welche zur Befriedigung des Appropriationbedürfnisses getroffen werden, bezeichne ich als *Daseinsvorsorge*. ... Die Verantwortung für die Befriedigung dieser Appropriationsbedürfnisse nenne ich *Daseinsverantwortung*“ (1938: 26).

Damit hatte Forsthoff die Daseinsvorsorge als eine Art Lebenssachverhalt etabliert, der als solcher nicht zur Disposition steht. So konnte er in der Nachkriegsdebatte um den sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes das Soziale einem „außerverfassungsrechtlichen Bereich“ zuordnen, einer durch soziale Impulse auf das stärkste bewegten und bestimmten Wirklichkeit“, derentwegen Politik, Gesetzgebung und Verwaltung nicht umhin können, die rechtsstaatliche Verfassung um materiale Gehalte, eben den Sozialstaat, zu ergänzen (1954: 24, 29, 31).

Die Denkmuster, die er für die von ihm jetzt (Forsthoff 1971) als „soziale Realisation“ genannten Entwicklungen gefunden hatte, nutzte er auch für die „technische Realisation“. Dem technischen Prozess sei, so heißt es ganz wie in Carl Schmitts Rede von 192 eine freiheitsbedrohendes Potential eingeschrieben. Die Fronstellungen bleiben sich gleich:¹³³ „So hat sich der Bolschewismus alsbald nach der Machtübernahme mit der Technik identifiziert“; aber auch dem „freiheitlichen Staat [wird] eine partielle Identifizierung mit der Technik durch die Bedingungen des technischen Prozesses aufgenötigt“ (1969: 852). All dies habe dazu geführt, daß „sachgerechte Entscheidungen“ vielfach nur in immer enger werdenden Zirkeln, die über das nötige „Sachwissen“ verfügen, getroffen werden können, Regierung und Verwaltung sich gegenüber dem „rechtsstaatlichen Normativsystem“ verselbständigten (1971: 84, 105, 158ff). „Das ist die Situation, welche die Politiker noch nicht begriffen haben, und die sich jenseits des Horizonts einer zur Rechtsstaatswissenschaft geschrumpften Staatsrechtswissenschaft befindet, die in normativen Gehäusen ihr Wesen treibt“ (1971: 46).

Wenn solche Thesen über den Horizont der „Rechtsstaatswissenschaft“ hinausgegangen sein sollte, so stand Forsthoff dennoch nicht allein.

¹³³ Oben Fn. 130.

Kongenial hieß es z.B. bei Helmut Schelsky (1964: 453): „An die Stelle der politischen Normen und Gesetze [treten] Sachgesetzmäßigkeiten der wissenschaftlich-technischen Zivilisation ..., die nicht als politische Entscheidung setzbar und als Gesinnungs- und Weltanschauungsnormen nicht verstehbar sind“. In der gesamten sogenannten Technokratiedebatte war die „Technizitäts“-Tradition ausgesprochen virulent (kritisch inbes. Habermas 1968).

Für Europa hat die Technokratiediskussion sich nicht interessiert. Forsthoff hat sehr wohl gesehen, daß „der technische Prozeß“ die staatlichen Grenzen gesprengt hatte und innerstaatlich nicht zu bewältigen war. So sei es „nicht abwegig“, auf die Entwicklung einer „internationalen Organisation“ zu denken, „die den weiteren Ablauf des technischen Prozesses als effizienter Hüter der Humanität zu begleiten vermag“ (1971: 169). Die Quelle seiner so unvermittelt eingestreuten Humanitätshoffnungen hat Forsthoff nicht preisgegeben. Mit der EWG hat er augenscheinlich kaum gerechnet; aber seine Denkansätze konnten dort dennoch wirksam werden.

4.3. DEUTSCHE TRADITIONSBESTÄNDE IN EUROPA

Mit dem Ordoliberalismus und Forsthoffs Theorie der Industriegesellschaft standen zwei Konzepte zur Verfügung, die durch die Spannungen zwischen Demokratieprinzip und Integration nicht in Verlegenheit zu bringen waren. Die ordolibérale Schule hat dies sehr früh gesehen. Die im EWGV verbürgten Freiheiten, die Öffnung der Volkswirtschaften, die Diskriminierungsverbote und Wettbewerbsregeln wurden als gemeinschaftliche Entscheidung für eine Wirtschaftsverfassung verstanden, die den ordoliberalen Vorstellungen über die Rahmenbedingungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung, wenn man die vielen ordnungspolitischen Exklaven als bloße Ausnahmen einstuft und von dem Sündenfall der Agrarpolitik absieht, entgegen kamen. Und gerade der Umstand, daß Europa als bloße Wirtschaftsgemeinschaft auf den Weg gebracht wurde, verlieh der ordoliberalen Argumentation Plausibilität: Mit der Deutung der wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaft als einer auf Recht gegründeten und auf die Sicherung wirtschaftlicher Freiheiten verpflichteten Ordnung, gewann die

Gemeinschaft eine eigene, von den Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates unabhängige Legitimität, aus der sich zugleich Schranken für die Gestaltung dieser Gemeinschaft ergaben (Mussler 1998: 94ff, 113ff).

Europa ressortierte jedoch ungeachtet seiner Ausrichtung als Wirtschaftsgemeinschaft im öffentlichen Recht. Im Völkerrecht, im Staats- und Verfassungsrecht war nun freilich die Vorstellung einer die souveränen Verfassungsstaaten bindenden supranationalen Wirtschaftsrechtsordnung nicht gerade geläufig. Wer jedoch Carl Schmitt so nahe stand wie Joseph H. Kaiser konnte dessen unausgeführte Verweise auf die Trias von großräumiger Wirtschaft, Technik und Verwaltung aufgreifen, um dann die europäische öffentlichen Gewalt ganz im Forsthoffschen Sinne „sachbezogen-zweckhaft“ zu begreifen und sie einer „sozial freischwebenden Intelligenz“ anzuvertrauen (1966: 28, 23). Gleichartige Aussagen findet man schon früher (Bülck 1959: 105-107). Am gründlichsten und systematischen aber hat sie aber Hans Peter Ipsen (zuerst wohl 1964) in seiner Qualifikation der (drei) Europäischen Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“ entfaltet. Der Topos „Zweckverband“ öffnete das Gemeinschaftsrecht für Aufgabenfelder, die in der Ordnungspolitik des Ordoliberalismus keinen Raum hatten – ohne es deshalb demokratischen Anforderungen auszusetzen. Als Zweckverband sollte Europa sich mit Fragen „technischer Realisation“ befassen, d.h. mit Verwaltungsaufgaben, die einer supranationalen Bürokratie übertragen werden können – und müssen (Ipsen 1972: 176ff). Wie durchdacht die Konzeption war, zeigt sich gerade daran, daß Ipsen sich in seinem Verständnis des Grundgesetzes entschieden von Forsthoff unterschied (vgl. nur Ipsen 1950 einerseits, Forsthoff 1954: 9f, 28, 32 andererseits). Er hat die technokratische Vernunft in der EWG zwar verankern, aber gleichzeitig ihren Wirkungsbereich einschränken wollen: Die Gemeinschaften sollten sich auf die Administration von „Wissensfragen“ beschränken, wirklich „politischer“ Fragen aber demokratisch legitimierten Entscheidungsträgern überlassen (Ipsen 1972: 1045). Mit seiner Zweckverbandstheorie hat Ipsen sowohl weiterreichende föderale Integrationsvorstellungen als auch die frühen Deutungen der Gemeinschaft als bloße Internationale Organisation zurückgewiesen. Das Gemeinschaftsrecht stellte sich ihm als ein tertium

zwischen dem (bundes)-staatlichem Recht und dem Völkerrecht dar, das sich durch seine „Sachaufgaben“ konstituiert und hinlänglich legitimiert (Ipsen 1970; 8ff; zu all dem Kaufmann 1997: 300ff; Bach 1999: 38ff).¹³⁴

4.4. SCHLUßBEMERKUNG

Europa wurde kein Großraum. Was unter nationalsozialistischem Vorzeichen über Europa und seine innere Ausgestaltung gedacht wurde, war ausgesprochen kläglich. Das doppelte Bekenntnis des Grundgesetzes zum demokratischen Verfassungsstaat *und* zu einer offenen Staatlichkeit war die Antwort auf die Verfehlungen der Geschichte. Diese Antwort hat ein Spannungsverhältnis geschaffen, das in Deutschland gerade wegen seiner Vergangenheit sehr früh und sehr klar gesehen wurde. Der Ordoliberalismus und der Funktionalismus versprachen Auflösungen des europäischen Legitimations-Dilemmas, die ohne parlamentarisch-demokratische Bestätigung i.S.d. nationalen Verfassungsstaates auskommen sollten. *Beide* Konzeptionen hatten ihr *fundamentum in re*. Sie boten weit mehr als bloß rechtsdoktrinelle Formelkompromisse, nämlich Rationalitätskriterien, die sich institutionalisieren und praktisch handhaben lassen. Keiner dieser Ansätze braucht sich zu verstecken, im Gegenteil: Im Gesamtspektrum der zeitgenössischen Diskussion handelt es sich jedenfalls deshalb um positive Ausnahmerecheinungen, weil sie sich mit den Folgeproblemen der Einsicht stellten, daß die EWG ein aliud zum Völkerrecht und Landesrecht bedeutete, daß sie ein supranationales Regieren ermögliche, das mit dem Hinweis auf die Zustimmung der Regierungen der Mitgliedstaaten allein selbst unter der Geltung der Einstimmigkeitsregel nicht zureichend legitimiert werden konnte. Beide Traditionen mußten freilich auch ihre Grenzen erfahren. Dabei ist ihre Kontinuität mit Beständen der deutschen Rechtskultur aus der weimarer Republik zwar frappant, aber doch eigentlich nicht überraschend.

¹³⁴ Neil Walker verweist in seinem Kommentar zu Recht kontrastierend auf den friedenspolitischen Funktionalismus Mitransys sowie den Funktionalismus und Neo-Funktionalismus der amerikanischen Intregationsforschung. Es ist umso bemerkenswerter, daß Ipsen in seinem epochalen „Europäischen Gemeinschaftrecht“ von 1972 diese politikwissenschaftlichen Ansätze sehr ausführlich diskutiert (vgl. näher Kaufmann 1997: 161 ff.).

Ironischer- und glücklicherweise sind es die Erfolge des Europäischen Projekts, die jene Traditionen grundsätzlich herausfordern: Europa hat sich so entwickelt, daß es eine seine Politik strukturierende und legitimierende Verfassung braucht. Wenn diese Verfassung die der nationalstaatlichen Demokratien nicht kopieren kann, so bedeutet dies nicht, daß sie sich an den aus den 20er Jahren ererbten Alternativen orientieren dürfte.

Literatur

- Abelshauser, Werner* 1987: Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland 1949 - 1966, Düsseldorf: Schwan.
- Abelshauser, Werner* 1994: „Mitteleuropa“ und die deutsche Außenwirtschaftspolitik, in: Christoph Buchheim, Michael Hutter, Harold James (Hrsg.), *Zerrissene Zwischenkriegszeit. Wirtschaftshistorische Beiträge. Knut Borchardt zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos 1994, 263-286.
- Bach, Maurizio* 1999: *Bach, Maurizio (1999): Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa*, Frankfurt a.M.: Campus.
- Balakrishnan, Gopal* 2000: *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, London- New York: Verso.
- Berghahn, Volker R* 1996: German Big Business and the Quest for a European Economic Empire in the Twentieth Century, in: ders. (Hrsg.), *Quest for economic empire: the European strategies of German business in the twentieth century*, Providence, RI-Oxford: Berghahn Books 1996, 1-34.
- Best, Werner* 1940: Völkische Großraumordnung, in: *Deutsches Recht* 10, 1006-1007.
- Best, Werner* 1941: Grundfragen einer deutschen Großraumverwaltung, in: *Festschrift für Heinrich Himmler zum 40. Geburtstag*, Darmstadt: Wittich, 33-60.
- Best, Werner* 1942: Großraumordnung und Großraumverwaltung, in: *Zeitschrift für Politik*, 406-412. *Böhm, Franz* 1933: *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin: Carl Heymanns.

- Böhm, Franz* 1937: Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart und Berlin: Kohlhammer.
- Boelcke, Willi A.* 1992: Die „europäische Wirtschaftspolitik“ des Nationalsozialismus, in: Historische Mitteilungen der Ranke-Gesellschaft, 5, 194-232.
- Brechtfeld, Jörg* 1996: Mitteleuropa and German Politics. 1848 to the Present, Houndmills-London: Macmillan
- Brüggemeier, Gert* 1977; 1979, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Band 1 (1977): Von der Gründerzeit bis zur Weimarer Republik; Band 2 (1979): Vom fascismus bis zur Gegenwart, Frankfurt a.M.: Syndikat.
- Bülck, Hartwig* 1959: Zur Systematik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaften, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 6, 66-118.
- Daitz, Werner* 1943: Der Weg zur Volkswirtschaft, Großraumwirtschaft und Großraumpolitik, Dresden: Meinhold Verlagsgesellschaft.
- Dreier, Horst* 2001: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 60, 9-72.
- Eisfeld, Rainer* 1991: Ausgebürgert und doch angebräunt. Deutsche politikwissenschaft 1920-1945, Baden-Baden: Nomos.
- Elvert, Jürgen* 1992: „Germanen“ und „Imperialisten“ – Zwei Europakonzepte aus nationalsozialistischer Zeit, in: Historische Mitteilungen der Ranke-Gesellschaft, 5, 161-184.
- Fassbender, Bardo* 2001: Stories of War and Peace. The Writing of the History of International Law in the „Third Reich“ and After, European Journal of International Law (im Erscheinen).
- Forsthoff, Ernst* 1933: Der totale Staat, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Forsthoff, Ernst* 1935a: Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Deutsches Recht 5, 331-333.
- Forsthoff, Ernst* 1935b: Führung und Bürokratie—Einige grundsätzliche Erwägungen, in: Deutsches Adelsblatt, 1339-1340.
- Forsthoff, Ernst* 1937: Führung und Planung, Deutsches Recht 7, 48-49.
- Forsthoff, Ernst* 1938: Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung. Abschnitt aus: Die Verwaltung als Leistungsträger (Stuttgart und Berlin:

- Kohlhammer), wieder abgedruckt in: *ders.*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart: Kohlhammer 1959, 23-34.
- Forsthoff, Ernst* 1954: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12, 8-36.
- Forsthoff, Ernst* 1969: Technischer Prozess und politische Ordnung, in: Studium Generale 22, 849-856.
- Forsthoff, Ernst* 1971: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München: C.H. Beck.
- Fraser, David* 2001: „the outsider does not see al the game...“: Perceptions of German Law in Anglo-American Legal Scholarship, 1933-1940, Beitrag zu dem im V o w o r t genannten Projekt, http://www.iue.it/LAW/joerges/Fraser_Anglo_American.pdf.
- Freyer, Hans* 1929: Zur Philosophie der Technik, zitiert nach dem Wiederabdruck in: *Üner, Elfriede*, Hans Freyer. Herrschaft, Planung und Technik. Aufsätze zur politischen Soziologie, Weinheim: VCH 1987, 7-16.
- Freyer, Hans* 1933: Herrschaft und Planung. Zwei Grundbegriffe der politischen Ethik, Hamburg 1933; zitiert nach dem Wiederabdruck in: *Üner, Elfriede*, Hans Freyer. Herrschaft, Planung und Technik. Aufsätze zur politischen Soziologie, Weinheim: VCH 1987, 17-44.
- Freyer, Hans* 1935: Das Politische als Problem der Philosophie, in: Blätter für Deutsche Phphilosophie 9, 347-367; zitiert nach dem Wiederabdruck in: *Üner, Elfriede*, Hans Freyer. Herrschaft, Planung und Technik. Aufsätze zur politischen Soziologie, Weinheim: VCH 1987, 45-64.
- Freyer, Hans* 1940: Beiträge zur Theorie der Herrrschaft; zitiert nach dem Wiederabdruck in: *Üner, Elfriede*, Hans Freyer. Herrschaft, Planung und Technik. Aufsätze zur politischen Soziologie, Weinheim: VCH 1987, 65-83.
- Garner, James W.* 1939: The Nazi Proscipation of International Law, American Journal of International Law 33, 112-119.
- Gosewinkel, Dieter* 2000: Wirtschaftspolitische Rechtssetzung im Nationalsozialismus, unveröff. Ms., Frankfurt a. M.: Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte.
- Gott, Virginia L.* 1938: The National Socialist Theory of International Law, American Journal of International Law 32, 704-718.
- De Greiff, Pablo* 2001: Redeeming the Claims of Justice in Transitions to Democracy, Typoscript Princeton.

- Gruchmann, Lothar* 1962: Nationalsozialistische Großraumordnung. Die Konstruktion einer deutschen Monroe-Doktrin, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt.
- Habermas, Jürgen* 1968: Technik und Wissenschaft als „Ideologie“, in *ders.*, Technik und Wissenschaft als „Ideologie“, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1968, 48-103.
- Haselbach, Dieter* 1991: Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus, Baden-Baden: Nomos
- Hausmann, Frank-Rutger* 1998 „Deutsche Geisteswissenschaft“ im Zweiten Weltkrieg. Die „Aktion Ritterbusch“ (1940-1945), Dresden-München: Dresden University Press.
- Hausmann, Frank-Rutger* 1999: Carl Schmitt und die deutschen Romanisten, Romanistische Zeitschrift für Literaturgeschichte 23, 409-429.
- Hedemann, Justus Wilhelm* 1941: Der Großraum als Problem des Wirtschaftsrechts, Deutsche Rechtswissenschaft 6, 180-203.
- Hedemann, Justus Wilhelm* 1943: Das Recht als gestaltende Macht im europäischem Wirtschaftsleben, in: Deutsches Institut für außenpolitische Forschung (Hrsg.), Europa – Handbuch der politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklung des neuen Europas, Leipzig:, 107-117.
- Heller, Hermann* 1933: Autoritärer Liberalismus, Die Neue Rundschau 44, 289-298.
- Herbert, Ulrich* 1996: Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft, 1903-1989, 3. Aufl., Bonn: J.H.W. Dietz.
- Herbst, Ludolf* 1982: Der totale Krieg und die Ordnung der Wirtschaft, Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt.
- Herz, John H.* 1939: The National Socialist Doctrine of International Law and the Problems of International Organization, Political Science Quarterly 54, 536-554.
- Huber, Ernst Rudolf* 1937/38: „Politik und Justiz“: Zu Hans Peter Ipsens Schrift über das Problem der „justizlosen Hoheitsakte“, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 98, 193-200.
- Huber, Ernst Rudolf* 1941a: Herrschaft und Führung, Deutsches Recht 11, 2017-2024.
- Huber, Ernst Rudolf* 1941b: Bau und Gefüge des Reiches, Deutsche Rechtswissenschaft 6, 22-33.

- Hueck, Ingo* 2000a: Die deutsche Völkerrechtswissenschaft im Nationalsozialismus, in: Doris Kaufmann (Hrsg.), *Geschichte der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft im Nationalsozialismus. Bestandsaufnahme und Perspektiven der Forschung*, Göttingen: Wallstein, 490-527.
- Hueck, Ingo* 2000b: „Sphere of Influence“ and „Völkisch Legal Thought“: Reinhard Höhn’s Notion of Europe, Beitrag zu dem im Vorwort genannten Projekt, <http://www.iue.it/LAW/joerges/conference2000.htm>.
- Ipsen, Hans Peter* 1937: *Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Ipsen, Hans Peter* 1943: Reichsaußenverwaltung, in: *Brüsseler Zeitung* v. 3.4.1943, abgedruckt in: Hans Werner Neulen, *Europa und das 3. Reich, Einigungsbestrebungen im deutschen Machtbereich 1939-1945*, München: Universitas 1987, 111-115.
- Ipsen, Hans Peter* 1950: Über das Grundgesetz, Hamburg, zitiert nach dem Abdruck in Ernst Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, 16-41.
- Ipsen, Hans Peter* 1964: Der deutsche Jurist und das europäische Gemeinschaftsrecht“, *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages*, Bd. 2, L, 3.
- Ipsen, Hans Peter* 1970: *Verfassungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin: De Gruyter.
- Ipsen, Hans Peter* 1972: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Jahrreiß, Hermann* 1929: *Europa als Rechtseinheit*, Leipzig: Robert Noske.
- Joerges, Christian* 1994: Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, 311-363.
- Kaiser, Joseph H.* 1966: *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 23, 1-33.
- Kaiser, Joseph H.* 1968: *Europäisches Großraumdenken. Die Steigerung geschichtlicher Größen als Rechtsproblem*, in: Hans Barion/Ernst-Wolfgang Böckenförde/Ernst Forsthoff/Werner Weber (Hrsg.), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin: Duncker & Humblot 1968, Bd. 2, 319-331.

- Kaufmann, Marcel* 1997: Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden: Nomos.
- Kluge, Paul* 1955: Nationalsozialistische Europaideologie, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 3, 240-275.
- Laughland, John* 1997: The Tainted Source Warner. The Undemocratic Origins of the European Idea, London:.
- Lepsius, M. Rainer* 1987: Kultur und Wissenschaft in Deutschland unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, in: ders., Demokratie in Deutschland, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1995, 119-132.
- Lepsius, M. Rainer* 1993: Juristen in der sozialwissenschaftlichen Emigration in: Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael H. Hoeflich (Hrsg.), Der Einfluß deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, Tübingen: Mohr (Siebeck), 19-31.
- Lepsius, M. Rainer* 1995: Max Weber und das Programm einer Institutionenpolitik, Berliner Journal für Soziologie 5, 327-333.
- Lepsius, M. Rainer* 2000: Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung, in: *Christian Joerges/Yves Mény/J.H.H. Weiler* (Hrsg.), What Kind of Constitution for What Kind of Polity? – Responses to Joschka Fischer –, RSC Florenz-Harvard Law School, 203-212; <http://www.iue.it/RSC/symposium/>.
- Lepsius, Oliver* 1994: Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik Lepsius und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus, München: C.H. Beck.
- Lösch, Anna-Maria Gräfin von* 1999: Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933, Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Lübbe, Anne* 1989: Die deutsche Verfassungsgeschichtsscheibung unter dem Einfluß des Nationalsozialismus, in: Michael Stolleis/Dieter Simon (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin, Tübingen: Mohr (Siebeck), 63-78.
- Majer, Diemut* 1999: NS-Verwaltung im besetzten Europa, in: Verwaltungs-Archiv 90:2, 163-186.
- Manow, Philip* 2001a: *Modell Deutschland* as an interdenominational compromise, Minda De Gunzburg Center for European Studies. Harvard University. *CES Working Paper, Program for the Study of Germany and Europe, No. 003*. Cambridge, Mass.

- Manow, Philip* 2001b: Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie, in: *Leviathan* 179-198.
- Maschke, Günter* (Hrsg.) 1995: *Carl Schmitt, Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Maus, Ingeborg* 1986: Existierten zwei Nationalsozialismen?, in: *dies: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München: Fink, 83-92.
- McCormick, John P.* 1997: *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, Cambridge: Cambridge University Press.
- McCormick, John P.* 2001: *Carl Schmitt's Europe: Cultural, Imperial and Spatial Proposals for European Integration, 1923-1955*. Beitrag zu dem im Vorwort genannten Projekt, <http://www.iue.it/LAW/joerges/conference2000.htm>.
- Mehring, Reinhard* 2000: Epilogue. The Decline of Theory – Introduction, in: *Arthur J. Jacobson/Bernhard Schlink* (Hrsg.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkley-Los Angeles: University of California Press, 313-320.
- Mohler, Armin* 1968: Der Weg der „Technokratie“ von Amerika nach Frankreich, in: *Hans Barion/Ernst-Wolfgang Böckenförde/Ernst Forsthoff/Werner Weber* (Hrsg.), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin: Duncker & Humblot 1968, Bd. 2, 579-596.
- Mohnhaupt, Heinz* 1989: Justus Wilhelm Hedemann als Rechtsdenker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus, in: *Michael Stolleis/Dieter Simon* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen: Mohr (Siebeck), *Stolleis/ D. Simon* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen 1989, 107-159.
- Müller, Jan* 2000: Carl Schmitt and the Constitution of Europe, *Cardozo Law Review* 21, 1777-1795.
- Müller-Armack, Alfred* 1932: *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*. Berlin.
- Müller-Armack, Alfred* 1933: *Staatsidee und Wirtschaftsordnung im neuen Reich*. Berlin: Juncker und Dünnhaupt.
- Mussler, Werner* 1998: *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Masstricht*, Baden-Baden: Nomos.

- Neumann, Volker* 1984: Der harte Weg zum sanften Ziel. Ernst Forsthoffs Rechts- und Staatstheorie als Paradigma konservativer Technikkritik, in: Alexander Rossnagel (Hrsg.), *Recht und Technik im Spannungsfeld der Kernenergiekontroverse*, Opladen: Westdeutscher Verlag 1984, 88-99.
- Nörr, Knut Wolfgang* 1994: Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Nörr, Knut Wolfgang* 1999: Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition, Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Pauly, Walter* 2001: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 60, 70-101.
- Radaelli, Claudio* 1999: *Technocracy in the EU*, Essex/New York: Longman 1999.
- Rüstow, Alexander* 1932: Freie Wirtschaft – starker Staat, in: *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, Bd. 187 (hrsg. von Franz Boese: *Deutschland und die Weltkrise*, München: Duncker & Humblot, 62-69).
- Rüthers, Bernd* 1990: Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeitgeist-Verstärkung, 2. Aufl., München C.H. Beck.
- Rüthers, Bernd* 2000: Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere – Geschichten und Legenden aus der NS-Zeit, in *53 Neue Juristische Wochenschrift*, 2866-2871.
- Salewski, Michael* 1985: Ideas of the National Socialist Government and Party, in: Werner Lipgens (Hrsg.), *Documents on the History of European Integration*, Bd. 1, (Continental plans for European Union 1939-1945), Berlin-New York: de Gruyter, 37-178.
- Schelsky, Helmut* 1961: Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation, Köln-Opladen: Westdeutscher Verlag (wieder abgedruckt in: *ders.*, *Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze*, Düsseldorf: Diederichs, 1964, 439-480).
- Schmitt, Carl* 1929: Das Zeitalter der Neutralsierungen und Entpolitisierungen, zitiert nach *ders.*, *Positionen und Begriffe im Kampf um Weimar–Genf–Versailles 1923-1939*, Berlin: Duncker und Humblot 1988, 120-133.
- Schmitt, Carl* 1931: Die Wendung zum totalen Staat, in: *ders.*, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar–Genf–Versailles, 1923-1939*, Berlin: Duncker & Humblot 1988, 146-157.

- Schmitt, Carl* 1932: Legalität und Legitimität, München: Duncker & Humblot, zitiert nach: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre: Berlin: Duncker und Humblot, 2. Aufl. 1973, 265-293.
- Schmitt, Carl* (1932/1933): Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern (gehalten am 23.11.1932), in: Volk und Reich, 81-94; wieder abgedruckt in Maschke 1995: 71-94.
- Schmitt, Carl* 1933: Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland, zitiert nach: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre: Berlin: Duncker und Humblot, 2. Aufl. 1973, 359- 366.
- Schmitt, Carl* 1934: Nationalsozialismus und Völkerrecht, Berlin.
- Schmitt, Carl* 1939: Führung und Hegemonie, in: Maschke 1995: 225-233.
- Schmitt, Carl* 1940: Großraum und Völkerrecht, in: Maschke 1995: 234-264.
- Schmitt, Carl* 1941 (1939): Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht, 4. Aufl. 1941 (in Maschke 1995: 269- 320, mit dessen Annotationen 321-371).
- Schmoeckel, Mathias* 1994: Die Großraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit, Berlin: Duncker & Humblot.
- Seibel, Wolfgang* 2001: Steuerung durch Recht im Nationalsozialismus? Beitrag zum Workshop „Wirtschaftskontrolle und Recht im Nationalsozialismus – Zwischen Entrechtlichung und Modernisierung. Bilanz und Perspektiven der Forschung“ der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Studiengruppe „Das Europa der Diktatur. Wirtschaftssteuerung und Recht“, Blankensee, 14.-16. Juni 2001.
- Siebert, Erich* 1996: Entstehung und Struktur der Auslandswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Berlin (1940-1945). In: Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin. Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe 15: 1, 19-34.
- Six, Franz Alfred* 1943: Das Reich und Europa – eine politisch-historische Skizze (Schriftenreihe der NSDAP. Gruppe 4. Bd.5).
- Six, Franz Alfred* 1944: Europa – Tradition und Zukunft, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.

- Sontheimer, Kurt* 1962: Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München, Nymphenburger Verlagsanstalt.
- Staff, Ilse* 1987: Die Wahrung staatlicher Ordnung. Ein Beitrag zum technologischen Staat und seinen rechten Propheten Carl Schmitt und Ernst Forsthoff, in: *Leviathan*, 141-162.
- Stehr, Nico* 1994: Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Stirk, Peter M.R.* 1994: Ideas of Economic Integration in Interwar Mitteleuropa, in: ders. (Hg.), *Mitteleuropa. History and Prospects*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 86-111.
- Stolleis, Michael* 1999: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München: C.H. Beck.
- Vagts, Detlev F.* 1990: International Law in the Third Reich, *American Journal of International Law* 84, 661-702.
- Vec, Milo_* 2000: Aushöhlung des Staates? Selbst-Normierung im Staat der Industriegesellschaft als historisches Problem, *Rechtshistorisches Journal* 19, 517-532.
- Vesting, Thomas* 1994: Politische Einheitsbildung und technische Realisation. Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie, Baden-Baden: Nomos.
- Wielsch, Dan* 2001: Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft, Baden-Baden: Nomos.
- Wiethölter, Rudolf* 1989: Franz Böhm (1895 - 1977), in: Bernhard Diestelkamp/Michael Stolleis (Hrsg.), *Juristen an der Universität Frankfurt a.M.*, Baden-Baden, 208 -252.
- Wolfrum, Rüdiger* 1992: Nationalsozialismus und Völkerrecht, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus*, Baden-Baden: Nomos, 89-102.

Neil Walker

PUTTING THE EUROPEAN HOUSE IN ORDER:
FROM GROSSRAUM TO CONDOMINIUM
– A COMMENT –

I am not a theorist of National Socialism, still less an expert on the work of Carl Schmitt. What I share with Christian Joerges, however, is an interest in supranational governance in the modern EU – in its roots, in the best conceptualisation of its contemporary structure, and in its prospects. As Joerges makes clear in his subtle treatment of the inadequately explored yet deeply controversial question of Germany's contribution to the late 20th century European legal imagination, and as I also endorse, these three themes are closely related. More specifically, the roots of the modern idea of European supranationalism, which are clearly to be found in a diverse range of cultural sources – German and otherwise – appear relevant to its present and future in two ways.

First, these roots are relevant in terms of historical causality, or to put it more technically, in terms of a diachronic sociology of knowledge and of the relationship between knowledge and power (or ideology). As Max Weber said, political ideas and related cultural sensibilities run in "switchlines"¹³⁵ between generations, intersecting in complex patterns and often veering off in new directions. Joerges claims that two of the major formative influences of supranationalism – ordo-liberalism and what might loosely be called technocratic functionalism – have roots in the Germany of the 1920s and 30s, and in the more general climate of Weimar and post-Weimar critique of the supposed limits and paradoxes of Parliamentary democracy and of classical liberalism in which Schmitt's was clearly a prominent voice. Yet as Joerges emphatically demonstrates, both of these traditions are deeply antithetical to National Socialist thought in general and to Schmitt's thought in particular, most tellingly in their rejection of its insistence on the primacy of the political, whether the shield against naked

¹³⁵ M. Weber, *The Methodology of the Social Sciences*, (Glencoe: Free Press, 1949).

political power be the rule of law and individual rights – as in ordo-liberalism – or the prominence of bureaucratic and/or technocratic expertise, as in functionalism. Nevertheless, for reasons developed below, we can agree with Joerges that while the links between Schmittian thought and the pre-war German roots of the modern supranational idea are highly tenuous and complexly attenuated, these links remain important, albeit at a high level of abstraction.

As regard the other aspect, or 'second leg', of his thesis in historical sociology, namely the connection between the two streams of pre-war thought on the one hand, and the condition of the renewed post-war German *Rechtstaat* under the 1948 Basic Law, and the gradual flowering of the modern supranational idea on the other, again Joerges's position is quite persuasive in general, although the weight and decisiveness of the German influence remains an open question. Certainly, Joerges is correct to reaffirm the importance of the ordo-liberal tradition, a factor often neglected in the Anglo-American literature.¹³⁶ The importance of the German contribution to the technocracy debate and the development of functionalist thinking – and here Joerges stresses the importance of Forsthoff and Ipsen – is more questionable. From the outset the Monnet-Schuman strategy, as laid down in the foundations of the European Coal and Steel Community in the Treaty of Paris of 1951, displayed elements of 'functionalist' thinking as broadly conceived, particularly in its emphasis upon an initially modest integration in areas of 'low politics' but key economic function, the creation of a High Authority staffed by a technocratic elite and relatively immune from national political pressures to oversee integration, the subsequent accumulation of pressure to integrate in 'spillover' policy functions in order better to achieve the initial functional goals, and the secular shift of loyalty by key social interests towards the supranational level as the more significant site of political authority. In

¹³⁶ Two recent examples of this neglect, in otherwise comprehensive treatments of the theoretical background to the European Union are D. N. Chrysochou, *Theorizing European Integration*, (London: Sage, 2001) and B. Rosamund, *Theories of European Integration* (Palgrave: Basingstoke, 2000). For an interesting exception in the legal literature, see D. Chalmers, 'The Single Market: From Prima Donna to Journeyman', in J. Shaw and G. More (eds) *New Legal Dynamics of European Union*, (Oxford: Clarendon Press) pp.55-74.

turn, this foundational architecture is closely bound up with the development of a certain strain of academic thought most fully developed in the Anglo-American world – famously in the neo-functionalism of Haas¹³⁷ and Lindberg¹³⁸ – which for its part owes much to the earlier 'simple' functionalism of Mitrany.¹³⁹ Of course, the received version of the symbiosis of the intellectual movement of neo-functionalism and the practical development of the Community method tends towards oversimplification, and again Joerges performs a useful corrective in pointing to the importance of the German influence; yet that influence itself remains but one strand of uncertain significance in a more complex narrative.

The second way in which the roots of the European supranational idea may be relevant to its present and future form, and the one that I concentrate upon in the remainder of this comment, is in the realm of the history of ideas. Here we are concerned with the influence of history not as the flow of causal forces but as a series of templates to be drawn upon, adapted or avoided – as a series of utopias, suggestive frameworks or dystopias – when making judgements about the present and choices about the future. To add to the complexity of influence, and also reinforcing the significance of the past as a reservoir of ideas for the present, the diachronic sociology of knowledge and power on the one hand and the history of ideas on the other are closely related. There are two aspects to this relationship. In the first place, powerful actors may appropriate

¹³⁷ See in particular, E.B. Haas, *The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces, 1950-57* (Stanford: Stanford University Press, 1958); *Beyond the Nation State: Functionalism and International Organisation* (Stanford: Stanford University Press, 1964). Of course, Haas, too, has an intimate connection with the German tradition, as a German Jew who emigrated to the United States in 1938 aged fourteen. For interesting biographical information, including Haas's thoughts on the influence of his early experience on his mature intellectual concerns, see H. Kreisler, *Science and Progress in International Relations: Conversation with Ernst B. Haas* (University of California at Berkeley, 2000), <http://globetrotter.berkeley.edu/people/Haashaas-con0.html>

¹³⁸ See in particular, L. N. Lindberg, *The Political Dynamics of European Economic Integration* (Stanford: Stanford University Press, 1963).

¹³⁹ See e.g., D. Mitrany, *The Functional Theory of Politics*, (London: Martin Robertson, 1975).

historical ideas and this process itself becomes part and parcel of the sociology of knowledge. This is particularly true in the age of what writers such as Anthony Giddens and Ulrich Beck call "reflexive modernisation"¹⁴⁰ – in a "post-traditional" world in which choices, including the grand choices associated with polity formation, political mandate and institutional design, are no longer so closely affected by the restrictions of local knowledge, immemorial practice or even strong ideology.¹⁴¹ In the second place, and most pertinently for present purposes, the reflexive appropriation of ideas and of the historical experience associated with the implementation of these ideas is more relevant between, and so more likely to take place across periods and contexts which have certain features in common. That is to say, where the objective social, economic and political conditions which obtain in one setting display certain similarities to those which obtain in another, the puzzle-solutions proffered in the earlier setting assume a closer significance to those concerned with the later setting. This, I believe, is the main justification for the project in which Joerges is engaged, and, indeed, provides the main thrust of his essay. In the spirit of this understanding, in what follows I make a modest attempt to build on some of the foundations laid by Joerges.

Within the context of the history of twentieth century European political thought and its increasingly influential place in the *praxis* of the present, Schmitt's idea of the Grossraum takes its place as a relevant dystopia for the European Union. Its dystopian qualities are self-evident, its relevance perhaps requires more careful elaboration than it sometime receives. One of the major services of Joerges's paper is that it indicates two strands of objective continuity between the Grossraum and the EU which were hardly appreciated previously. For Joerges, the area of

¹⁴⁰ See e.g., U. Beck, A. Giddens and S. Lash, *Reflexive Modernization* (Cambridge: Polity, 1994).

¹⁴¹ So, for example, one of the striking characteristics of the so-called Third Way which has recently become fashionable in European centre-left politics, particularly though the influence of Tony Blair and New Labour in the UK, is its self-conscious and self-proclaimed distance from received ideological categories, and the way in which it makes a virtue of its pragmatism and eclecticism. For a schematic overview, see A. Giddens, *The Third Way and its Critics* (Cambridge: Polity, 2000).

objective continuity and common *problematique* lies not only in the reconceptualization of international law required by the Grossraum/EU, but also, and relatedly, in the search for a new type of internal governance structures of the Grossraum/EU. The two themes – the external and internal dimensions – are closely related.

First, then, let us consider the status of international law in both designs. Schmitt's Grossraum pays lip-service to the continuation of the normal discourse of international law within the Grossraum zone (albeit, with the onset of war, with increasing ambivalence as both the *subjective* situation of Schmitt, the archetypal "situational thinker" and the *objective* situation which he sought to dignify in legal terms deteriorated)¹⁴² just as international law may still be stretched (although with ever-decreasing returns) to make sense of the EU.¹⁴³ In both cases, the idea that the nature of the relevant legal space is adequately conceptualised in terms of international relations and international law, as merely the external legal relations between formally equal states, is deficient. Of course the reasons for this deficiency are radically different. In the case of the Grossraum, the structure in question is a particularly – perhaps uniquely – egregious example of the type of imperialism which has so often exposed the selective logic of the Westphalian conception of the international order of states which has dominated in the modern age. The Westphalian order, and the understandings of international relations and international law which accompanied it, was supposedly premised upon a *societas* of mutually tolerant independent states rather than, as in the pre-Westphalian phase, the imposition (however imperfectly and contingently) of a *universitas* – a form of rule in accordance with a universal or transcendental imperative which did not recognise or respect territorial boundaries.¹⁴⁴ The

¹⁴² See Joerges, present volume.

¹⁴³ On the limits of the international law paradigm as a way of making sense of supranationalism, see e.g. N. Walker, 'Flexibility in a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in the EU,' in G. de Burca and J. Scott (eds) *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?* (Oxford: Hart, 2000).

¹⁴⁴ See. R. Jackson, 'Introduction: Sovereignty at the Millennium' (1999) 47 *Political Studies*, 423.

Westphalian order was always an instructive example of European double standards, as the logic of the *universitas*, although increasingly redundant in the European context, was remorselessly exported in the name of the imperial powers to the territories of their overseas empires. In that "age of extremes, the short 20th Century"¹⁴⁵ we witness a chilling homecoming of the *universitas* – in both fascist and communist manifestations – in two major territorial blocs of the European continent.

If the Grossraum exposed the fragility of the Westphalian order, and the absence of effective alternative principles of international governance in the event of its transgression, the EU involves, if not the systematic transcendence of the Westphalian order, then at least the beginning of a new relational pattern which does not pivot exclusively on the state. Instead, what we have in place of the one-dimensional order of states is a new multi-dimensional or pluralist order¹⁴⁶ – a Condominium¹⁴⁷ to continue with the disarmingly homely building metaphor – in which state legal orders overlap with, co-operate with and compete with other levels of legal order – in particular the supranational order of the EU – in a shifting, uneven and continuously negotiated relationship based upon a fragile demarcation of functional competences.

In both cases – Grossraum and the EU – our understanding of sovereign equality, non-interference, reciprocity and the whole conceptual

¹⁴⁵ See E. Hobsbawm, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century. 1914-91* (London: Michael Joseph, 1994).

¹⁴⁶ See e.g. N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism,' *Modern Law Review* (2002, forthcoming).

¹⁴⁷ Historically, the idea of Condominium, at least in the English language, has been used to describe circumstances of joint sovereignty, where two sovereign states share authority over a third territory. As to the use of the term in the present essay, however, Philippe Schmitter's characterization of condominium, or *condominio*, as the sharing of sovereign authority between EU and member states in a multi-level governance entity marked by an advanced framework of flexible or differentiated integration, with different territorial pooling of authority for different functions, is a more apposite model. See Schmitter, 'Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts,' in G. Marks, F. Scharpf, P. C. Schmitter and W. Streeck (eds) *Governance in the European Union* (London: Sage, 1996).

armoury of international law is challenged. In the first case, this is announced by the stark asymmetry of power within the Grossraum, by the stripping of effective autonomy of non-German states and peoples within the zone of influence and their deference to the overriding sovereignty of Germany in accordance with the *Führung* principle. In the second case, international law is challenged by the overlap, intersection and competition of sovereign claims within the EU legal space. In other words, international law is confounded in the first case by the *deficiency* of sovereignty within the system, and in the second case by its *surfeit*.

Furthermore, because international law is concerned with external rather than internal relations, and because in both systems of 'multi-level governance' – Grossraum and EU – the previously 'external' *becomes* 'internal' to the new transnational order – international law cannot provide answers to the new questions of governance which arise within these orders. That is to say, in both cases, international law simply has too little to contribute. In the Grossraum case, in the absence of an effective system of enforcement of international law in general and of its principle of recognition in particular, the entire regime is reduced by default to the single imperative of German authority. In the EU, international law, given its indifference to anything other than inter-*national* relations and the norms which govern these, begs all the difficult question as to the terms on which and the mechanisms through which state and EU, and indeed other overlapping non-state polities or putative polities,¹⁴⁸ should be mutually accommodated.

Yet, as Joerges crucially shows, for all the inadequacy of international law to the task, and for all the differences in the reasons for this, the objective problems of internal governance which confront both regimes display certain similarities. As he says, "the problems of the order of the economy, of the exposure of society to technological problems and necessities, and of the difficulty of ensuring the political and social accountability of the administration did not resolve themselves with the disappearance of National Socialism."¹⁴⁹ The problems in question may be

¹⁴⁸ Such as the World Trade Organisation or the Council of Europe.

¹⁴⁹ Joerges, present volume.

paraphrased as follows. First, as regards the economy, how to ensure the *relative* insulation of an increasingly complex transnational economy from protectionist or otherwise market-jeopardising interventionist political forces? Secondly, as regards technology, how to ensure that the increasing range of questions of modern governance which require technical knowledge in areas such as environmental impact, product safety standards and public health are treated with the requisite expertise while preserving the scope for open political contestation over those associated normative choices which are not reducible to merely technical considerations? Thirdly, as regards administration, how to ensure fairness, consistency and calculability of administration in an era of increasingly 'big government' without succumbing to the pathologies of bureaucracy's "iron cage"¹⁵⁰ – where legality descends into mere legalism¹⁵¹ and public administration becomes insensitive to differing social needs and unsusceptible to supervision, guidance or transformation in accordance with a legitimate normative vision.

These problems are of course staples of modern politics and are not peculiar to systems of multi-level governance. Yet in its recognition that the complexities and potential of transnational economic circuits and the boundary-transgressing ramifications of new technological processes may be usefully addressed through political mechanisms other than the state, multi-level governance can be seen both as a particular response, or at least as a reaction to the problems in question, and also as a setting in which these problems, through bring reconfigured, are as likely to be exacerbated as resolved. The explanation for such a perverse possibility is not hard to seek, for the various problems speak to the significance and delicate balance of a plurality of values which are in tension with one another, and where often the prioritisation of one value may be to the unhealthy detriment of others. So the relentless Nazi emphasis on the primacy of the

¹⁵⁰ In Weber's famous metaphor. See M. Weber, *The Theory of Social and Economic Organisation* (Glencoe: Free Press, 1947).

¹⁵¹ For a recent discussion of this distinction, see Z. Bankowski, *Living Lawfully: Love in Law and Law in Love* (Dordrecht: Kluwer, 2001) esp. ch.3.

political, and Schmitt's apologia for this strategy,¹⁵² seek to exorcise the demons of soulless technocracy and rudderless bureaucracy, but do so at the expense not only of the virtues of independent expertise and unbiased and non-arbitrary administration but also of any conception of the political sphere itself as democratically pluralist and so 'weak' rather than authoritarian and ideologically 'strong'. In the context of the European Union both ordo-liberalism and functionalism stand in stark contrast to fascist doctrine in terms both of the moral defensibility of their intentions and their explicit *defence* of economic and technical rationality patterns in an economic constitution protected from the vicissitudes of politics, whether quotidian or millenarian. Yet, as Joerges indicates in his essay, and as he elaborates elsewhere,¹⁵³ these approaches may err too much in the other direction and create an opposite imbalance, even if profoundly less dangerous in consequence. For, as the European Union, through an increasingly deep-rooted and wide-ranging process of positive integration, is transformed from a mere "internal market into a polity",¹⁵⁴ the relationship between the economic, the technocratic and the political logics which inform decision-making and regulation within the Union increasingly defy any simple demarcation into different compartments, while the traditional indirect, state-centred democratic legitimation of the expanding Union mandate looks ever more threadbare.

How then, armed with this general understanding of the objective conditions of governance of the contemporary multi-level polity, do we begin to appreciate the nature of institutional pathology and fashion optimal institutional solutions? How, if at all, do we avoid, or at least minimise tragic choices between competing governance values? Joerges himself has made a significant contribution in this area. In particular his views on the ever-expanding EU committee system as an arena for the deliberative reconciliation of technical, administrative and normative dimensions in a hybrid structure which includes different national,

¹⁵² Even though, as Joerges points out, there was much in Schmitt's pre-Grossraum writings which could have been drawn upon to mitigate this emphasis.

¹⁵³ See, most recently, "Good Governance" in the European Internal market: An Essay in Honour of Claus-Dieter Ehlermann,' EUI Working Papers, RSC No. 2001/29.

¹⁵⁴ *Ibid.* p.40

supranational and otherwise aligned voices, are well-known and influential.¹⁵⁵ This is not the place to add to the considerable literature which that thesis has generated, but rather to take a step back and try, in the light of the contrasting experiences of Nazi Germany and contemporary Europe, to deepen our appreciation of just what is at stake in the governance debate.

For behind the governance values that Joerges astutely identifies and places in mutual tension lie other even more fundamental political values and an even more fundamental set of objective tensions concerning the reconciliation of these values. This point has been well made by the social theorist Ralf Dahrendorf in recent work.¹⁵⁶ For him, the great problem of modern political thought in Europe and elsewhere is the reconciliation of the three virtues of economic well-being, social cohesion and political freedom. Affluence, community and (personal and political) liberty, in other words, are the often inarticulate major premises on which we base our political visions. From Dahrendorf there is the melancholy message that the 20th Century has witnessed the gradual uncoupling of these three *eigenvalues*. This uncoupling may be precipitated knowingly and in bad faith, as in Nazi Germany, where political freedom, and, if less blatantly, the conditions of economic affluence were sacrificed to the imperative of 'community', defined in unforgivingly 'thick,' authoritarian and exclusionary terms.

But even good faith architects, including the many who see the European Union as a community of value rather than simply a site for the exploitation of parochial interests, find it increasingly difficult to fashion a satisfactory reconciliation of the values in question. Partly this is a question of tensions *within* each of the values, and also the absence or elusiveness of conditions for the flourishing of these values. So economic affluence must be coupled with a politics of redistribution if that affluence is to be equitably shared, a task made harder by the increasing modesty of pooled

¹⁵⁵ See e.g. C. Joerges and J. Neyer, 'From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes', (1997) 3 *European Law Journal* 273.

¹⁵⁶ R. Dahrendorf, 'A Precarious Balance: Economic Opportunity, Civil Society and Political Liberty', (1995) 5(3) *The Responsive Community*, 13.

resources in an eastward-enlarging Union. Equally, discussion of the value of community in modern Europe often seems caught between the rock of myopic ethnic or cultural nationalism, and the hard place of social fragmentation and the attenuation or dissolution of all solidary bonds. How, then, to forge a wider, supranational community of attachment in which risks and resources are willingly shared? Finally, while personal freedom, as intimated by the growing – if uneven and always fragile¹⁵⁷ – attachment to individual rights in the legal and political discourse of the EU, may be one of its more conspicuous successes, meaningful political freedom in the sense of effective participation in and account-holding of the complex mosaic of institutions which make up its multi-level governance system, has proven much more elusive.

The problems are compounded if we look at the relationship between the core values. Without effective political freedom and voice it is difficult to generate a meaningful sense of political community on a transnational scale, yet in the proverbial chicken-and-egg of contemporary European constitutional politics, the converse also threatens to hold.¹⁵⁸ Similar conundrums apply as regards the relationship of these values of community and effective political freedom to the dimension of economic value.¹⁵⁹ So without a politically responsive community of attachment, it is difficult to carve out a legitimate space for a technically-informed politics of risk allocation, or to guarantee broad allegiance to the rigours of a single market which, after all, produces many short-term losers. Yet, conversely, without the requisite conformity to a common regulatory framework which can produce real economic gains, it is likewise difficult to generate support for a transnational level of governance with the wherewithal and regulatory

¹⁵⁷ As the new emphasis upon security at the expense of rights of liberty, due process and privacy in some of the post-September 11th policy proposals of the EU indicate. For an early overview, see *Statewatch* Vol.11 No.6 November-December 2001.

¹⁵⁸ Of course, there are many constructivist perspectives which deny the second premise and assert the plausibility of building strong political institutions without strong pre-existing cultural bonds. See e.g. J. Habermas, ‘So Why do We Need a European Constitution?’, available at [http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02\(uk\).pdf](http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02(uk).pdf).

¹⁵⁹ For a magisterial treatment of these issues, see F. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?* (Oxford: OUP, 1999).

power to undertake its own community-reinforcing politics of redistribution and risk-allocation.

This is only the most superficial rendition of the problems associated with the articulation and reconciliation of the core political values in the contemporary European Union. Yet it provides, in however skeletal a form, a deep structure which alerts us to what is fundamentally at stake in the reconciliation of the governance values addressed in Joerges's triumvirate of economy, technology and administration. Obviously, it is a complex and lengthy task, and one well beyond the confines of this short comment, to investigate contemporary European governance values and their institutional implications in the round in the light of these core values. Instead, by way of conclusion, I will make three modest points of more immediate relevance to the concerns which animate Joerges's essay.

In the first place, identification of the core values which underpin the complex of governance values allows us better to appreciate the pathology of the Nazi solution, and even something of its warped attraction. At the level of core values, the subordination of economy, technology and administration to the primacy of the political is reflected in an equally uncompromising preoccupation with an exclusionary conception of social cohesion propagated at the expense of the other core values. Yet just as it is misguided to emphasise some governance values at the expense of others, so at the more basic level it is dangerous, and in this extreme cases disastrous, to emphasise one core value at the expense of the others. Not only does this lead to the neglect of values which must figure in any defensible ethic of political organisation, but it also encourages – or reflects – the corruption of the very value which is accorded priority. The idea of balance between core values, then, as indeed between governance values, is not just an unavoidable incident of the diverse plurality of values necessarily accommodated and articulated in any defensible polity and in the institutions of that polity, but is also a necessary corrective to the excesses immanent in any particular core value. In other words, the solution which allows unconditional precedence to one value is culpable not only in its sacrifice of other values, but offers false gold even in its own distortedly simplified terms – fashioning a mere parody of the value it claims to celebrate.

Secondly, if we leave behind the extreme case, even in the very different scenario of the European Union it is worth reminding ourselves of the necessity to resist the temptation to focus too closely on one or more core values, and on the institutional implications of the pursuit of these values, to the neglect of others. Even the very best work on the legal and political theory of European Union – indeed perhaps *especially* the best work – has a tendency to bracket some of the core values at the expense of others, whether the emphasis is on political freedom and the democratic deficit, or on the meaning and mutual articulation of national and supranational identity, or on the regulatory structure necessary to achieve an effective internal market without neglecting the importance of retaining a problem-solving capacity which can fairly distribute the risks and resources associated with an affluent economy.¹⁶⁰ Yet however understandable this selectiveness is, the complex political puzzle which lies at the core of the European Union, as of any multi-level polity, means that in the final analysis *all* the relevant values must be held equally in focus.

Finally, to return to questions of governance, the institutional implications of the balancing of core values are themselves deeply complex. In the last analysis, the overall institutional architecture of the Union can only usefully be approached and evaluated as an integrated system of mechanisms for achieving an optimal balancing of the core values of political organisation. Particular institutional forms and levels cannot be regarded in isolation, and not just because, as a trite truth of institutional design, the shape and operation of one institution will always 'have consequences' for others in the same overall framework. More profoundly, each institution must address from a particular simple or compound constituency perspective – regional, national, Union, functional group, expert – and in a particular simple or compound governance modality – legislative, executive, administrative, judicial executive – the same complex puzzle involving the balance of core values, while also always bearing in mind the need to complement the contribution of each of the other differently constituted and tasked institutions. Institutional design, then, and the theorization of governance which informs such

¹⁶⁰ To take but two examples, Scharpf's work (see, e.g. *op.cit.* n.25) is a powerful analysis of the economic and political dimension of the problems of European integration, but places less emphasis on the cultural or community dimension, while Joseph Weiler's work [see, in particular, *The Constitution of Europe* (Cambridge: CUP, 1999)] is a seminal treatment of the cultural or community dimension and related problems of political freedom and accountability, but with less emphasis on the economic dimension.

design is essentially a derivative exercise, always at the service of the core values and, notwithstanding the broad similarity of objective conditions between different periods alluded to earlier, always sensitive to the changing detail of material and cultural conditions which influence the articulation and optimal balance of these core values. Joerges is correct, then – and correct as a matter of general principle and not just on account of the particular failings or redundancy of ordo-liberalism or technocratic functionalism – to conclude that contemporary Europe cannot content itself in the choice of governance tools with "inherited alternatives."¹⁶¹ The lessons of experience and of political theory are that there is no timeless key to good governance, nor even any "master institutions"¹⁶² or defining mechanisms¹⁶³ within a particular governance complex. Rather, good governance depends first and foremost upon a critical reflexivity – upon a healthy awareness of the contingent and provisional quality of its multi-faceted and intricately interdependent solutions to the unending puzzle of the balance of the core values of political organisation.

¹⁶¹ Joerges, present volume.

¹⁶² Joerges, *op.cit.* n.19, 46, discussing the role of Comitology. To be fair, here Joerges is at best ambivalent about the attribution of such an exalted status to Comitology within the Union institutional architecture.

¹⁶³ So in the context of the present debate about institutional reform in the Union, we should be wary of claims which invest too much in any one mechanism of reform, whether it be the new Charter of Fundamental Rights, the post-Nice process of 'constitutional' deliberation and innovation, or the Commission's recent 'good governance' initiative. For fuller discussion, see N. Walker, 'The White Paper in Constitutional Context' in C. Joerges, Y. Mény and J. Weiler (eds) *Responses to the Commission White Paper* (available at <http://www.iue.it/RSC/Governance/Walker.pdf>).