

**Armin von
Bogdandy
Strukturwandel
des öffentlichen
Rechts**

**Entstehung
und Demokratisierung der
europäischen Gesellschaft
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft**

**Armin von
Bogdandy
Strukturwandel
des öffentlichen
Rechts**

**Entstehung
und Demokratisierung der
europäischen Gesellschaft**
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

Armin von Bogdandy
Strukturwandel
des öffentlichen Rechts

Entstehung und Demokratisierung der europäischen
Gesellschaft

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de>
abrufbar.

eBook Suhrkamp Verlag Berlin 2022

Der vorliegende Text folgt der 1. Auflage der Ausgabe des suhrkamp taschenbuch wissenschaft
2356

© Suhrkamp Verlag Berlin 2022

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung, des öffentlichen Vortrags sowie der
Übertragung durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer
Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Für Inhalte von Webseiten Dritter, auf die in diesem Werk verwiesen wird, ist stets der jeweilige
Anbieter oder Betreiber verantwortlich, wir übernehmen dafür keine Gewähr. Rechtswidrige
Inhalte waren zum Zeitpunkt der Verlinkung nicht erkennbar.

Umschlaggestaltung von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

eISBN 978-3-518-77014-6

www.suhrkamp.de

Der Dienstagsrunde und dem ICCAL-Netzwerk

Inhalt

Cover

Titel

Impressum

Widmung

Inhalt

Vorwort

Aufriss

§ 1 Idee und Programm

§ 2 Die europäische Gesellschaft

§ 3 Strukturwandel als Forschungsinteresse

§ 4 Europäischer Hegelianismus und Schmittianismus

I. Begriffe

A. Das alte *Jus Publicum Europaeum*

§ 5 Eine Antwort auf den Dreißigjährigen Krieg

§ 6 Das *droit public de l'Europe*

§ 7 Schmitts *Jus Publicum Europaeum*

B. Erste Begriffe des neuen Rechts

§ 8 Die erste Sattelzeit

§ 9 Hallsteins Rechtsgemeinschaft

§ 10 Moslers Europarecht

§ 11 Die verkannte Union

C. Öffentliches Recht ohne Staatsrecht

§ 12 Nichtstaatlichkeit: Dogma und Zivilisationsgewinn

§ 13 Die Transformation des Souveränitätsbegriffs

§ 14 Schmitts Begriff des Politischen

§ 15 Öffentlich als Grundbegriff

D. Verwaltungsrecht ohne Staat

§ 16 Zur Ambivalenz der Entstaatlichung

§ 17 Casseses begriffsgeschichtliche Notizen

§ 18 Ipsens Zweckverband

§ 19 Demokratisches Verwaltungsrecht

E. Verfassungsrecht ohne Verfassungstext

§ 20 Die zweite Sattelzeit

§ 21 Der Siegeszug des verfassungsrechtlichen Ansatzes

§ 22 Zur Reichweite des Primats

F. Transformativer Konstitutionalismus

§ 23 Demokratische Gesellschaft statt *ever closer union*

§ 24 Emergenz eines neuen Begriffs

§ 25 Lateinamerikanische Innovationen

§ 26 Europäischer transformativer Konstitutionalismus

Transformatives Recht und transformativer
Konstitutionalismus

Die Transformationsgovernance der 1990er Jahre

Transformativer Konstitutionalismus und offene
Marktwirtschaft

II. Prinzipien

A. Prolegomena

§ 27 Das Versprechen

§ 28 Werte und Rechtsprinzipien

§ 29 Der europäische Verfassungskern

§ 30 Von der Privatrechts- zur Bürgergesellschaft

B. Grundprinzipien und Identitätspolitik

§ 31 Ein schwieriges Feld

- § 32 Identitätstheoretische Eckpunkte
- § 33 Europäische und nationale Identität
 - Der Vermittlungsversuch des Vertragsgesetzgebers
 - Prinzipieller Widerstand als Struktur
- § 34 Prinzipienpluralismus

C. Das Prinzip Rechtsstaatlichkeit

- § 35 Vertrauen als Fluchtpunkt
- § 36 Legalität des Unionshandelns
- § 37 Wirksamkeit im nationalen Recht
- § 38 Stärkung schwacher Staatlichkeit

D. Der mühsame Weg zum demokratischen Prinzip

- § 39 Die Debatten der ersten Periode
- § 40 Das Maastricht-Urteil des Zweiten Senats
- § 41 Homogenität und Hellers Europa

E. Demokratie der vielen Vermittlungen

- § 42 In wessen Namen?
- § 43 Demokratische Repräsentation
 - Ungleiches Wahlrecht
 - Der exekutive Bock als demokratischer Gärtner
 - Weilers Zweifel
 - Der demokratische Wert trilogischer Gesetzgebung
- § 44 Weiterer demokratischer Strukturwandel

F. Transformativer Konstitutionalismus

- § 45 So notwendig wie schwierig
- § 46 Systemische Defizite als Fokus
- § 47 Instrumente

III. Gerichte

A. Ein neuer Akteur

- § 48 Eine unerwartete Entwicklung

- § 49 Die Vielfalt der Moderne
- § 50 Der Hebel zum Strukturwandel
- § 51 Beobachtungen zum Machterwerb

B. Europäisierung nationaler Verfassungsgerichtsbarkeit

- § 52 Europarechtliche Mandatierung
- § 53 Pluralisierung der Rechtsquellen
- § 54 Verbundbildung

C. Europäische Gesellschaft durch EUGH und EGMR

- § 55 Das ursprüngliche Mandat
 - Der EUGH: ein europäisches Verwaltungsgericht
 - Der EGMR: eine liberal-demokratische Rückfallversicherung
- § 56 Einheitsbildung: der EUGH
 - Förderung europäischer Rechtsetzung
 - Durchsetzung europäischer Rechtsetzung
 - Der prozessuale Hebel
- § 57 Vermenschenrechtlichung: der EGMR
 - Die europäische *rights revolution*
 - Der prozessuale Hebel
- § 58 Die Macht europäischer Präjudizien

D. Gemeinsame, aber differenzierte Verantwortung

- § 59 Zwei Senate einer Verfassungsgerichtsbarkeit
- § 60 Wachsende Wälder und fallende Bäume
- § 61 Der Einschätzungsverbund

E. Demokratische Gerichte

- § 62 Das Mandat zum Strukturwandel
- § 63 Demokratische Personalpolitik
- § 64 In wessen Namen?

F. Transformativer Konstitutionalismus

- § 65 Herausforderungen und Antworten
- § 66 Die Vorgaben des EGMR
- § 67 Die Mobilisierung des EuGH

iv. Wissenschaft

A. Rolle und Gestalt europäischer Rechtswissenschaft

§ 68 Wissenschaftliches Selbstbewusstsein

§ 69 Schmitt und wir

§ 70 Das Hegemonieproblem

§ 71 Rechtswissenschaftliche Identitäten

B. Eine autonome Stimme der Vernunft

§ 72 Autonomie und Demokratie

§ 73 Rechtsvergleichung mit Eduard Gans

§ 74 Innereuropäische Rechtsvergleichung

C. Interessen und Verfahren

§ 75 Wissenschaft und Praxis

§ 76 Kritik

§ 77 Grundlagen

§ 78 Dogmatik

D. Feuer gegen Feuer

§ 79 Regierungsunrecht

§ 80 Strafbarkeit

§ 81 *Solange*

v. Quintessenz mit Marius Ivaškevičius

Entscheidungsverzeichnis

Namenregister

Sachregister

Fußnoten

Informationen zum Buch

Hinweise zum eBook

11 | Vorwort

Dieses Buch rekonstruiert den Strukturwandel des öffentlichen Rechts mit Blick auf Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft. Es nutzt dafür den Rechtsvergleich mit Lateinamerika. Seinen positivrechtlichen Angelpunkt bildet Art. 2 EU-Vertrag.

Mit Blick auf Perspektiven, Vorverständnisse und blinde Flecken sei vermerkt, dass hier ein deutscher Staatsrechtslehrer schreibt, dem Eberhard Grabitz und Claus-Dieter Ehlermann europäischen Enthusiasmus geschenkt haben. Um dialektisch Substanz zu gewinnen, erfolgt die Rekonstruktion daher vor allem in Auseinandersetzung mit Carl Schmitt, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Joseph Weiler und dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts.

Dieses Buch nimmt, stets ausgewiesen, Gedanken früherer Texte auf, von denen einige in Koauthorschaft mit Jürgen Bast, Sergio Dellavalle, Matthias Goldmann, Stephan Hinghofer-Szalkay, Laura Hering, Michael Ioannidis, Christoph Krenn, Davide Paris, Luke Dimitrios Spieker, René Urueña und Ingo Venzke entstanden. Dank für kritische Lektüren gilt Sabino Cassese, Philipp Dann, Rainer Forst, Klaus Günther, Reinhard Mehring, Alexander Somek und dem stellvertretenden polnischen Ombudsman Maciej Taborowski, einem beispielhaft mutigen Rechtswissenschaftler. Viele Anregungen verdanke ich dem von Mariela Morales Antoniazzi organisierten Netzwerk *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) sowie unserer Dienstagsrunde. Es unterstützten mich Eva Neumann, Michael Ioannidis, Giacomo Ruge, Dana Schmalz, Desirée Schmitt, Luke Dimitrios Spieker, Silvia Steininger, Benedict Vischer und ganz besonders Lea Berger, Yvonne Klein und Catharina Ziebritzki. Den Kampf mit *EndNote* führten Ben Fridrich, Joshua Puhze und Effi Spiegel. Verlagsseitig finalisierte Jan-Erik Strasser das Projekt.

Das Buch entstand im Kontext des von Rainer Forst und Klaus Günther geleiteten Exzellenzclusters Normative Ordnungen. Es beruht auf meinem *General Course* an der *Academy of European Law* des Europäischen Hochschulinstituts. Mittel aus 12 dem Leibniz-Programm der DFG ermöglichten den Ausbau des ICCAL-Netzwerks.

Heidelberg, im Juni 2021

13 | Aufriss

§ 1 Idee und Programm

Auch nach siebzig Jahren EU-zentrierter Europäisierung fragen sich viele Europäerinnen und Europäer, wie sie diesen Prozess begreifen sollen. Die beschwichtigende Antwort, die Union sei nun mal *sui generis*, zieht nicht mehr: Infragestellungen wie der Brexit, Enttäuschungen wie bei der Bekämpfung von COVID-19, Konflikte wie diejenigen zu innereuropäischen Finanztransfers, außereuropäischer Zuwanderung oder dubiosen mitgliedstaatlichen Justizreformen verlangen substantiellere Antworten. Zur Beantwortung dieser Frage rekonstruiere ich eine Frucht dieses Prozesses: das europäische öffentliche Recht.^[1]

Da die Europäisierung ein Prozess ist, erschließe ich das europäische öffentliche Recht in seinem Wandel. Ausgangspunkt ist das staatszentrierte Recht der europäischen Mächte: Mablys *droit public de l'Europe*, Carl Schmitts *Jus Publicum Europaeum* (§§ 5-7). Wie ist das heutige europäische Recht zu verstehen? Ich bin ein deutscher Jurist und starte deshalb, vielleicht hypertextualistisch, mit dem positiven Recht. Laut Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) bilden die Europäerinnen und Europäer der siebenundzwanzig Mitgliedstaaten inzwischen *eine* Gesellschaft. Danach hat der Prozess zwar keinen europäischen Staat und kein europäisches Volk, wohl aber eine europäische Gesellschaft hervorgebracht. Das europäische Recht ist das Recht der europäischen Gesellschaft. Diesem selbstverständlich, vielleicht gar trivial erscheinenden Gedanken ist dieses Buch gewidmet.

Die europäische Gesellschaft und das europäische Recht, insbesondere das europäische öffentliche Recht, sind engst verwoben. Der

Vertragsgesetzgeber, also die siebenundzwanzig mitgliedstaatlichen politischen Systeme in Zusammenarbeit mit den Unionsinstitutionen, charakterisiert diese Gesellschaft über öffentlich-rechtliche Standards. Nach Art. 2 EUV ist die europäische Gesellschaft ¹⁴eine, »die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet« unter den Werten »der Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören« (Art. 2 EUV).

In hegelianischer Tradition kann man dieses vermeintliche (§ 29) Potpourri von Grundbegriffen als Manifest, Identität und Verfassungskern einer *sittlichen* oder *freiheitlichen* oder, so dieses Buch, einer *demokratischen* Gesellschaft deuten.^[2] Das ist keine Spekulation im akademischen Elfenbeinturm: Die Denkschrift der Bundesregierung sagt klipp und klar, dass die Werte des Art. 2 EUV »das Wesen einer demokratischen Gesellschaft ausmachen«.^[3] Die Antwort auf die Frage der Europäerinnen und Europäer, wie sie den Prozess der Europäisierung begreifen sollen, lautet somit, dass er sie in eine europäische demokratische Gesellschaft geführt hat. Die folgende, diese Antwort ausbuchstabierende Rekonstruktion des europäischen öffentlichen Rechts als Recht der europäischen demokratischen Gesellschaft nimmt den Stier bei den Hörnern: Demokratie bildet den Schlüsselbegriff im Ringen um die europäische Grundstruktur.

Mancher wird zweifeln, ob Art. 2 EUV als identitätsstiftender Verfassungskern taugt. Er wirkt kompromisshaft. In der Tat muss er zwischen vielen Identitäten, Ideen, Interessen, Traditionen und Weltanschauungen vermitteln. In hegelianischer Tradition erscheint das allerdings nicht als Manko: »Der Weg des Geistes ist die Vermittlung, der Umweg.«^[4] Entsprechend ist auch eine recht verstandene Verfassung ein System der Vermittlung,^[5] und Art. 2 EUV legt die Maßstäbe nieder, unter denen die europäische Gesellschaft ¹⁵ihre Kompromisse sucht. Wirkliche

Demokratien leben von ihren vielen Vermittlungen,^[6] hybride oder autoritäre Regime hingegen vom Versprechen der Unmittelbarkeit.^[7]

Die in Art. 2 EUV zum Ausdruck kommende Kompromisshaftigkeit ist das demokratische Herz der europäischen Gesellschaft. Hegelianisch formuliert: Das Brüsseler Geschacher ist vernünftig, wenn es Vermittlungen generiert, die den Maßstäben des Art. 2 EUV genügen. Auch diese Vermittlungen werden regelmäßig kompromisshaft sein und jeder Position in je anderer Hinsicht als unzulänglich erscheinen. Die entsprechende selbstkritische Grundeinstellung der europäischen Gesellschaft ist ein demokratisches Faustpfand.

Dieses Buch entfaltet das heutige europäische öffentliche Recht als Struktur der europäischen demokratischen Gesellschaft. Der Leser sei gewarnt. Folgt man dem Staatsrechtslehrer Christoph Schönberger, so ist dieses Programm nicht Rechtswissenschaft, sondern »verfassungsrechtliche Science-Fiction«, welche »die blaue Blume der Demokratie [...] jenseits aller institutionellen Erdenreste« sucht.^[8] Schönberger begreift das neue europäische öffentliche Recht denn auch in der Logik des alten *Jus Publicum Europaeum*: »[D]ie Brüsseler Verhandlungsmaschine [ist] die heutige Form jenes alteuropäischen diplomatischen Konzerts.« Noch ärger sieht es der Politikwissenschaftler Philip Manow: »Wer Europa sagt, will betrügen.«^[9]

Der Wandel des europäischen öffentlichen Rechts zur Struktur einer europäischen demokratischen Gesellschaft ist offensichtlich und vielleicht sogar konstitutiv unvollendet. Assoziationen der Brüsseler Institutionen mit einem entfremdenden Betrieb, exekutivem Gezänk oder einem bürokratischen Monster liegen nahe und werden oft erfolgreich bemüht.^[10] Es greift daher zu kurz, alle 16 Brexiteers als dumm oder böse abzuqualifizieren. Der Wandel ist weiter unvollendet, weil in einigen Mitgliedstaaten die demokratische Verfasstheit wankt. Grundbegrifflich ist festzuhalten, dass Kompromisse auch kompromittieren können.^[11] Dieses Buch will demokratische Strukturen im europäischen öffentlichen Recht rekonstruieren, aber nicht den Status quo legitimieren, sondern sie im Lichte eines transformativen Konstitutionalismus weiterdenken.

Ich schreibe nicht in hegelianischem Fortschrittsvertrauen: Der weitere Strukturwandel des europäischen öffentlichen Rechts kann in viele Richtungen gehen, ebenso wie die Interpretation der Maßstäbe des Art. 2 EUV. Ein transformativer Konstitutionalismus für eine europäische demokratische Gesellschaft ist eine Option unter vielen. Die Optionen eines europäischen Konzerts der mächtigen Staaten, deutscher Hegemonie, exekutiven Föderalismus, nationalen Rückzugs und nicht zuletzt der Ideen, die Viktor Orbán personifiziert, kursieren in der europäischen Gesellschaft.^[12] Es gibt eine europäische demokratische Gesellschaft, aber sie wirkt nicht konsolidiert und ist vielleicht sogar prekär.

§ 2 Die europäische Gesellschaft

Dieses Buch rekonstruiert das europäische öffentliche Recht als das Recht der europäischen Gesellschaft. Das ist keine rechtswissenschaftliche Science-Fiction, sondern eine naheliegende Interpretation des Worts *Gesellschaft* in Art. 2 EUV.^[13]

¹⁷ Es gibt viele europäische Gesellschaften: fast 3000 europäische Aktiengesellschaften in der Rechtsform der *Societas Europaea* und Tausende von zivilgesellschaftlichen Zusammenschlüssen, die von der *European Society of International Law* über die Europäische Gesellschaft für Kardiologie bis zur Europäischen Gesellschaft für Spirituelle Rückführungen reichen. Das Wort in Art. 2 EUV umfasst all das, meint aber offensichtlich mehr. Art. 2 EUV spricht als *Gesellschaft* die soziale Gesamtheit an, die der EU-Vertrag verfasst.

Die Tragweite des Begriffs *Gesellschaft* wird deutlich, reflektiert man ihn mit Hegels Staatsbegriff. *Staat* hat in Hegels Rechtsphilosophie zwei Bedeutungen. Die engere Bedeutung bezeichnet die Gesamtheit öffentlicher Institutionen, also vor allem Apparat, Personal, Prozesse und Instrumente der Herrschaft. Die weitere Bedeutung meint das soziale

Ganze.^[14] Dieses Ganze bezeichnet im Laufe des 19. Jahrhunderts zunehmend der Begriff *Gesellschaft*.^[15] Anfang des 20. Jahrhunderts schreibt etwa Max Weber in »Wirtschaft und Gesellschaft« ganz selbstverständlich über öffentliche Herrschaft, Nation und Staat.^[16] Damit schließt die deutsche Terminologie an den europäischen Diskursstrang an: Man erinnere nur Jean-Jacques Rousseaus Gesellschaftsvertrag als Grundlage seines Staatsrechts.^[17] Heute erwartet niemand, aus Niklas Luhmanns *Recht der Gesellschaft* etwas über Aktiengesellschaften zu erfahren. Damit ist natürlich noch lange nicht entschieden, dass eine Gesellschaft, die kein Staatsvolk bildet, eine Rechtsordnung tragen kann, die sich durch so anspruchsvolle Prinzipien wie Menschenwürde, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit und Solidarität auszeichnet. Wie die europäische Gesellschaft das hinbekommt, soll dieses Buch zeigen.

Dieses weite Verständnis des Begriffs Gesellschaft findet sich in allen Verträgen, welche die europäische Gesellschaft verfassen. Das gilt insbesondere für die Europäische Menschenrechtskonvention, 18 die diesen weiten Begriff der Gesellschaft schon lange vor dem EU-Vertrag benutzt. Sie spricht an vielen Stellen von »einer demokratischen Gesellschaft« (vgl. nur Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11. Abs. 2 EMRK). Damit meint sie in erster Linie die öffentlichen Institutionen der Konventionsstaaten. Natürlich spricht die 1950 verfasste EMRK noch nicht von einer europäischen Gesellschaft wie Art. 2 EUV, der die Frucht von 57 Jahren politischer Einheitsbildung ist.

Art. 2 EUV konzipiert eine europäische Gesellschaft ohne einen europäischen Staat, aber keine staatenlose Gesellschaft. Er versteht vielmehr die Mitgliedstaaten, mit allen ihren öffentlichen Institutionen, als Teil der europäischen Gesellschaft. Die *Gesellschaft* des Art. 2 EUV beschränkt sich nicht auf die Sphäre, die Hegel als *bürgerliche* Gesellschaft bezeichnet, also auf das Geflecht ökonomischer Beziehungen. Art. 3 Abs. 3 EUV spricht von diesem Geflecht als Binnenmarkt.^[18] Wenn der EU-Vertrag die Sphäre gesellschaftlichen Engagements meint, dann spricht er von *Zivilgesellschaft*.^[19] *Gesellschaft* in Art. 2 EUV bezeichnet demgegenüber

das soziale Ganze, in dem sich die Institutionen der Union und ihrer Mitgliedstaaten sowie alle Bürgerinnen und Bürger bewegen. So bildet die Gesellschaft nach Art. 2 EUV die ultimative soziale Referenz des europäischen Rechts. Dass Art. 2 von einer *europäischen* Gesellschaft spricht^[20] und nicht von den mitgliedstaatlichen *Gesellschaften*,^[21] ergibt sich aus dem Singular *Gesellschaft*.

Dass Art. 2 EUV von der europäischen und nicht von der Weltgesellschaft spricht, ergibt sich aus dem Bezug auf die EU-Mitglied^[19]staaten sowie der Fundierung in Werten.^[22] Dieser Wertbezug macht zugleich klar, dass Art. 2 EUV Gesellschaft nicht aus dem Gegensatz zu *Gemeinschaft* versteht: Der deutsche, Ferdinand Tönnies zu verdankende Dualismus von Gesellschaft und Gemeinschaft unterscheidet ja die beiden Phänomene durch den spezifischen Wertebezug einer Gemeinschaft.^[23] Im Anschluss an Tönnies versteht man in Deutschland als Gesellschaft oft eine nur marktförmig integrierte Gruppe, als Gemeinschaft hingegen eine innigere, namentlich durch Werte integrierte Gruppe. Die Terminologie der europäischen Verträge zeigt hingegen eine geradezu gegenteilige Logik. Auf die europäische Wirtschaftsgemeinschaft des EWG-Vertrags von 1957, zentriert in dem gemeinsamen Markt, lässt der Vertragsgesetzgeber 2007 die in Werten gegründete Gesellschaft folgen (§ 30).

Die faktische Aussage in Art. 2 EUV, nämlich dass es eine europäische Gesellschaft tatsächlich gibt, ist soziologisch belastbar.^[24] Dabei verbleiben natürlich zahlreiche Fragen, wie man die europäische Gesellschaft begrifflich fassen und anhand welcher Phänomene man sie beobachten kann. Gesellschaft, ein Grundbegriff europäischen Denkens, kennt unterschiedlichste Theoretisierungen und entsprechend unterschiedliche Rekonstruktionen des Datenmaterials. Für den juristischen Umgang mit Art. 2 EUV genügt ein rudimentäres und eklektisches Verständnis von Gesellschaft als soziale Interaktion oder kommunikative Praxis.^[25] Solche Interaktion oder Praxis wird rechtswissenschaftlich vor allem anhand bestimmter Texte beobachtet: Verfassungen, Verträge, Gesetze, Verordnungen, Richtlinien, Urteile und

wissenschaftliche Publikationen. Sie bilden die wichtigste Empirie rechtswissenschaftlicher Forschung.

Juristinnen und Juristen beschäftigt vor allem der rechtsförmig geführte Streit, eine besonders intensive Form sozialer Interaktion und kommunikativer Praxis. In den vielen Konflikten entlang der ^[20] Begriffe des Art. 2 EUV, wenn es um *europäische Rechte*, *europäische Gerechtigkeit*, *europäische Solidarität*, *europäische Demokratie* oder *europäische Rechtsstaatlichkeit* geht, ereignet sich die europäische Gesellschaft, ja bringt sich gleichsam selbst hervor.^[26] Das europäische Recht ist dabei konstitutiv, insoweit es die Konflikte als europäische Konflikte konzeptualisiert, hegt und ihren rechtsförmigen Ergebnissen europaweit Geltung, Wirksamkeit und Legitimität verleiht.

Ist die Adressierung aller Unionsbürgerinnen und Unionsbürger als Teil einer europäischen Gesellschaft nur eine Fremdbeschreibung? Oder kann man sie sogar als eine Selbstbeschreibung verstehen? Skeptiker werden darauf hinweisen, dass sich dieser Wortlaut des Art. 2 EUV einigen wenigen Menschen verdankt, die ihn in der Brüsseler Blase rund um die *Rue de la Loi* auskochten.

Aber das Grundgesetz und die Verfassung der Vereinigten Staaten entstanden in wahrscheinlich noch kleineren Blasen.^[27] Der Prozess zum Vertrag von Lissabon von 2003 bis 2009 ist wohl öffentlicher, umstrittener, also politischer als der Prozess zur amerikanischen und zur bundesdeutschen Verfassung: ein öffentlichkeitswirksam inszenierter Konvent, ein erstes dramatisches Scheitern in dem französischen und dem niederländischen Referendum und sodann erneut zwei irische Referenden, eine Reihe mitgliedstaatlicher Ratifikationen, die eine verfassungsändernde Mehrheit verlangen, spektakuläre Gerichtsprozesse.^[28]

Hartmut Kaelbles wegweisende Studie zur europäischen Gesellschaft der EWG von 1987 ist eine Fremdbeschreibung. Kaelble identifiziert zwar eine europäische Gesellschaft, kann aber kaum selbstreflexive Prozesse feststellen.^[29] Seit 1987 sind die nationalen Gesellschaften aber, so Kaelble im Jahr 2020, in vielen Krisen weiter ^[21] »substantiell«

zusammengewachsen.^[30] Mir erscheint es naheliegend, die Gesellschaft, die der Vertragsgesetzgeber 2007 in Art. 2 EUV postuliert, als eine Selbstbeschreibung zu deuten (§ 9.2).

§ 3 Strukturwandel als Forschungsinteresse

Dass es im europäischen Recht transformativ zugeht, ist heute ein Gemeinplatz.^[31] Der Begriff *Strukturwandel* vertieft diesen Erkenntnisstand. *Strukturwandel* ist ein theoretischer Begriff mit praktischen Absichten. Was das für mein Forschungsinteresse bedeutet, sei an Leibholz', Habermas' und Friedmanns wegweisenden Studien zum Strukturwandel ausgeführt.

Der Staatsrechtslehrer Gerhard Leibholz, 1938 vor dem Nationalsozialismus nach England geflohen, hält 1952 vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe den Vortrag *Der Strukturwandel der modernen Demokratie*. Obwohl er 1933 Faschismus und Demokratie versöhnen wollte,^[32] ist er Teil der Erstbesetzung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts. Dort wird er sogar auserkoren, die berühmte Denkschrift zu verfassen, mit der das Bundesverfassungsgericht seine machtvolle Rolle im politischen Leben der Bundesrepublik erstreiten sollte.^[33] Was Leibholz mit dieser Rolle im Sinn hat, ist Thema seines Karlsruher Vortrags: Die Feststellung eines Strukturwandels ist Rechtfertigung eines gewaltigen Programms richterrechtlicher Demokratiegestaltung. Leibholz bezeugt den möglichen gerichtlichen Beitrag zur Demokratisierung von Gesellschaften.

^[22] Leibholz war über zwei Jahrzehnte *mastermind* einer Verfassungsinterpretation, welche den politischen Parteien eine herausragende Rolle bei der Demokratisierung der jungen Bundesrepublik zuwies. Er dreht das, was in der Weimarer Republik als Kritik des Parteienstaats artikuliert worden war, ingenios um. Auf dieser Grundlage propagiert er eine Verfassungsinterpretation, welche Westdeutschland fast

zu einem *Parteienstaat* macht. Allerdings verpflichtet er dabei die Parteien auf demokratische Grundsätze.^[34] Die Idee dieser Rechtsprechung legitimierte Leibholz mit einer breiten, historisch und begriffsgeschichtlich angelegten Analyse, die eben einen Strukturwandel belegen soll. Die parteienstaatliche Massendemokratie, welche das Grundgesetz anerkennt, ist »in ihrer grundsätzlichen Struktur [...] völlig verschieden« von der liberal-repräsentativen Demokratie, welche viele Verfassungen bis zum Zweiten Weltkrieg vorsahen.^[35] Diese Veränderung sei von solchem »Gewicht«, dass sie eben als »Wandel« daherkomme.^[36] Leibholz bewertet diesen Strukturwandel positiv, als Weg zu einer demokratischen Gesellschaft.

Mit seiner Feststellung eines Strukturwandels eröffnet Leibholz der Verfassungsinterpretation ein freies Feld, entlastet vom Erbe der parteienkritischen Dogmatik des Kaiserreichs und der Weimarer Republik. Er schafft »begriffliche Zombies« aus der Welt. Mit geschichtsphilosophischer Gravitas postuliert Leibholz das Nachzeichnen und Weiterdenken solchen Strukturwandels als rechtswissenschaftliche Aufgabe.^[37]

Dass seit Leibholz weiterer Strukturwandel stattgefunden hat, ist offensichtlich. Die deutsche Gesellschaft wird in eine europäische Gesellschaft eingebettet, für die sich die demokratische Frage anders stellt: Sie kennt keine europäische Mehrheitspartei, welche die europäische öffentliche Meinung repräsentiert und eine europäische Regierung trägt, und auch keine Volksparteien, welche die politischen Auffassungen einiger weniger gesellschaftlicher Milieus prägen und deren Interessen formieren. Mit den hundertneunzig 23 Parteien, die 2020 im Europäischen Parlament vertreten sind,^[38] kommt Leibholz' Demokratieverständnis nicht zurecht.^[39] Sein Modell war immer arg eng^[40] und ist heute veraltet. Eine demokratische Gesellschaft ist heute als ein weit komplexeres System der Vermittlung zu denken, wofür der Vertragsgesetzgeber die Maßstäbe des Art. 2 EUV vorgibt (§§ 42-44).

Ein Aspekt kann bereits ausgewiesen werden: Kompromisshaftigkeit. Kompromisshaftigkeit diene bereits dazu, das Potpourri der Maßstäbe des

Art. 2 EUV zu erklären. Mit einem Parlament aus hundertneunzig Parteien zeigt sich, dass Kompromisshaftigkeit tief in der Struktur der europäischen Gesellschaft angelegt ist. Die europäische Demokratie geht einen anderen Weg als die englische oder US-amerikanische, in der zwei Parteien die Geschicke der Nation bestimmen. Bei allem Kummer über die eigene Demokratie werden nur wenige Unionsbürgerinnen und Unionsbürger der Auffassung sein, dass man sich an der dortigen Demokratie ein Beispiel nehmen sollte.

Der demokratische Gedanke bildet auch den Angelpunkt von Jürgen Habermas' Habilitationsschrift *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, die zehn Jahre nach Leibholz' Vortrag erschien. Die mit juristischer Rückversicherung entstandene Arbeit überwindet die Engführung auf staatliche Organe und Parteien. Sie entfaltet den Begriff einer politisch aktiven Öffentlichkeit, der, nicht zuletzt dank Habermas, wegweisend in den Diskussionen zur europäischen Demokratie werden sollte.^[41] Demokratische Verhältnisse, wie sie Art. 9 bis 12 EUV einfordern, verlangen daher nicht nur Wahlen und Mehrheitsherrschaft, sondern viele Vermittlungen im Lichte der republikanischen Maßstäbe des Art. 2 EUV.

Anders als der spätere Habermas rekonstruiert der frühe den Strukturwandel der Öffentlichkeit über weite Strecken als eine ²⁴Verfallsgeschichte, da anonyme Massenmedien die demokratische Öffentlichkeit zu verschütten drohen. Er verharret allerdings nicht im negativen Gestus, sondern verfolgt vielmehr das Ziel, »unsere eigene Gesellschaft von einer ihrer zentralen Kategorien her systematisch in den Griff zu bekommen«.^[42] Das öffentliche Recht, so zeigt seine spätere Schrift *Faktizität und Geltung*, zählt zu diesen Kategorien. Und in der Tat wird Habermas fast ein halbes Jahrhundert später stimmgewaltig der europäischen Gesellschaft Ideen unterbreiten, wie sie ihre demokratische Natur stärken kann.^[43]

Habermas argumentiert 1962, wie Leibholz 1952, noch ganz im Gehäuse des hegelschen Staats. Dieses Gehäuse einer demokratischen Gesellschaft ist ihnen so selbstverständlich, dass sie transnationale Strukturen kaum thematisieren. Diese Thematisierung und eine wegweisende Erfassung

verdanken wir Wolfgang Friedmanns *The Changing Structure of International Law*. Der vor den Nationalsozialisten geflohene Berliner Arbeitsrichter ist einer der Begründer der progressiven Manhattan School des Völkerrechts.^[44]

Friedmanns Buch rekonstruiert eine strukturelle Ausdifferenzierung des Völkerrechts. Es diagnostiziert zunächst das Fortdauern des traditionellen Völkerrechts, das als Recht des diplomatischen Verkehrs vor allem dem Friedenserhalt zwischen militärisch hochgerüsteten Mächten dient. Er nennt es das Völkerrecht der *Koexistenz*. Darüber hat sich eine weitere Schicht des Völkerrechts ausgebildet, mit dem Staaten mittels gemeinsamer Institutionen gemeinsame Interessen verfolgen: das Völkerrecht der *Kooperation*, welches das innerstaatliche Recht in vielen Materien überlagert. Strukturwandel bedeutet nicht zwingend, dass alte Strukturen verschwinden. Sie können durch neue Strukturen ergänzt und überlagert werden.

Und dann sieht Friedmann über das Völkerrecht der Kooperation hinaus eine Avantgarde: das *Integrationsrecht* der drei Europäischen Gemeinschaften als Teil des Strukturwandels zu einer europäischen Konföderation.^[45] So zeichnet sich eine in rechtlichen Strukturen verfasste, die Mitgliedstaaten und ihre Bürgerinnen und Bürger umfassende und mit eigenen politischen Institutionen versehene europäische Gesellschaft ab, die sich von der weit schwächer institutionalisierten Weltgesellschaft deutlich abhebt.

§ 4 Europäischer Hegelianismus und Schmittianismus

Wissenschaftliche Forschung soll ihre Positionalität reflektieren. Dieses Buch wird Friedmanns Intuition in der Tradition entfalten, die Georg Wilhelm Friedrich Hegel mit seinen *Grundlinien der Philosophie des Rechts* vor zweihundert Jahren begründet hat. Meine begriffsstrategische

Positionierung bedeutet nicht, dass ich den Strukturwandel des europäischen öffentlichen Rechts als Anwendungsfall dieser Theorie des Vormärz präsentiere. Aber so fern diese Zeit ist, so gewiss bietet die hegelianische Theorietradition viele Anknüpfungspunkte zum besseren Verständnis unserer Gesellschaft.^[46] Zudem erleichtert die hegelianische Positionierung meine systematische Profilierung in den einschlägigen rechtswissenschaftlichen Theoriedebatten.

Hegel nimmt teil an einem transformatorischen Projekt: den preußischen Reformen nach den napoleonischen Kriegen, von denen man sich Freiheit, Fortschritt, eine Überwindung der autoritären Tradition erhofft. Hegel bringt diese Reformen auf den Begriff. Ebenso will dieses Buch ein transformatorisches Projekt besser verstehen. Hegel schreibt unter einer anspruchsvollen, intersubjektiv konzipierten Idee der Freiheit;^[47] dahinter wollen wir nicht zurück. 26 Verfassung und Gesetzgebung dienen bei ihm der Vermittlung; hierin liegt ein Schlüssel zum Verständnis der Brüsseler Kompromissmaschine und der demokratischen Natur des europäischen Rechts. Seine Theorie ist begrifflich geleitet, ebenso dieses Buch. Wie Hegel geht es nicht abstrakt deduzierend, sondern historisch und institutionalistisch vor.^[48] Hegel nennt ein solches Vorgehen »rekonstruieren«;^[49] die Methode der rationalen Rekonstruktion von rechtlichen Institutionen wird auch hier verfolgt.^[50]

Es ist eine Grundeinsicht Hegels, dass das Verständnis sozialer Phänomene eine Rekonstruktion ihrer Entwicklung verlangt, heute spricht man oft – mit dem historischen Institutionalismus – von Pfadabhängigkeit. Aber es geht nicht um Entwicklung allgemein, sondern genauer um Wandel. *Wandel* ist eine Perspektive, die evolutiv ansetzt, aber nach Diskontinuitäten, Sattelzeiten und Transformationen sucht. Unter *Strukturwandel* versteht man grundlegende Veränderungen, wie die Bücher von Leibholz, Habermas und Friedmann zeigen.

Wer von Strukturwandel spricht, muss sich für die Frage nach treibenden Kräften wappnen. Hegel verweist auf den Gang Gottes, das mag heute nicht mehr zu überzeugen. Friedmann identifiziert etwa Macht, Werte, Ideologien und Interessen, lässt aber deren Verhältnis offen.^[51] Als

maßgebliche Kräfte hinter dem Strukturwandel des europäischen Rechts gelten: die Regierungen der Nationalstaaten,^[52] die Logik transnationaler Vergesellschaftung,^[53] die 27 Entwicklungsdynamik des Kapitalismus,^[54] die Binnendynamik des rechtlichen Feldes,^[55] die diskursive Macht einer guten Idee.^[56]

Über das Verhältnis dieser Kräfte vermag ich nichts zu sagen, möchte aber mein Verständnis einer Kraft, nämlich des Rechts, offenlegen. Das Recht ist nicht allein eine abhängige Variable rechtsexterner Kräfte, sondern besitzt eigene Kraft (§ 68). Entsprechend enthält der Titel dieses Buches *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* sowohl einen *Genitivus obiectivus* als auch einen *Genitivus subiectivus*.^[57] Der *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* hat zwei Seiten.^[58] Der Wandel des öffentlichen Rechts bedeutet zum einen, dass sein Wandel dem komplexen Kraftfeld der europäischen Gesellschaft folgt (*Genitivus obiectivus*), zum anderen, dass das Recht selbst Wandel im sozioökonomischen Kraftfeld verursachen kann (*Genitivus subiectivus*), dank seiner transzendierenden Normativität.^[59] Das ist eine der Bedeutungen von Hegels berühmten, für manchen berüchtigten Satz, das Wirkliche sei vernünftig.

In vielen Hinsichten ist Hegels Ansatz anschlussfähig, in anderen aber hoffnungslos veraltet. Er präsentiert die Berliner Universitäts- und Verwaltungselite, die das transformatorische Projekt betreibt, als die Avantgarde des Weltgeists. Niemand versteht heute, bei allem Respekt, Berliner, Brüsseler, Budapester, Karlsruher, Luxemburger, Pariser, Straßburger, Warschauer oder sonstige europäische Akteure in diesem Sinne. Für Hegel ist das transformatorische Projekt vernünftig und legitim, weil eben der Gang Gottes in der Welt. Heute kann ein transformatorisches Projekt sich nur aus dem demokratischen Gedanken rechtfertigen. Hegels Modell legislativer Vermittlung legitimiert eine Ständevertretung und ein Klassenwahlrecht; ihm fehlt ein Platz für die politische Gleichheit 28 der Bürgerinnen und Bürger.^[60] Er behauptet, eine Versöhnung aller Antagonismen zu leisten; dieses Buch setzt auf Kompromisse, die es im Lichte des Art. 2 EUV zu rechtfertigen gelingt.

Hegel versteht rechtliche Ordnung als *objektiven Geist*, in diesem Buch geht es um *rechtliche Strukturen*.^[61]

Der Singular *Struktur* in *Strukturwandel* ist kein Synonym für Hegels *System*. Dieses Buch zielt nicht auf eine allumfassende Rekonstruktion des europäischen öffentlichen Rechts. Die diversen Begriffsgeschichten, die Ausbildung europäischer Prinzipien, die Entwicklung des EUGH und des EGMR mit ihren vielen Rechtsprechungslinien, die Erstarkung und Verbundbildung der Verfassungsgerichte, ein europäisches Verfassungsschutzstrafrecht, die europäische Transformation der nationalen Rechtswissenschaften werden nicht als notwendige Aspekte einer Geschichte oder Vernunft gedeutet. Zugleich aber möchte ich über die 81 Paragraphen dieses Buches einen erkenntnistiftenden Zusammenhang herstellen, indem ich das Material unter einer Idee arrangiere, eben dem Strukturwandel vom *staatszentrierten Recht der europäischen Mächte* zur normativen Struktur einer *europäischen demokratischen Gesellschaft*.

Der Anspruch, mit den Strukturen des Rechts gesellschaftliche Strukturen zu erfassen, ist einer hegelianischen, also institutionalistischen Theorie tief eingeschrieben. Man kann gesellschaftliche Strukturen als feste Muster für fortlaufende Interaktionen verstehen.^[62] Da soziale Muster oft eine rechtliche Komponente aufweisen, ist das Recht ein Teil vieler sozialer Strukturen.^[63] Art. 2 EUV stellt das europäische Recht in eine ganz enge Beziehung zur europäischen Gesellschaft, insofern sich die europäische Gesellschaft durch ihre rechtlichen Maßstäbe sogar »auszeichnet«.

Hegels Theorie versieht das transformatorische Projekt der preußischen Reformer, als Gang Gottes in der Welt, mit einer mächtigen^[29] Erzählung und Legitimation. An einer solchen Erzählung und Legitimation fehlt es dem heutigen Strukturwandel. Albrecht Koschorke erarbeitet aus diesem Unterschied eine wegweisende Erkenntnis. Die heutige europäische Gesellschaft braucht weit weniger als Hegels Preußen eine legitimierende Großtheorie, weil, so Koschorkes zentraler Gedanke, ihre strukturelle Interdependenz weit höher und ihr rechtliches Netz weit dichter geknüpft

ist.^[64] Man mag bedauern, dass das die gesellschaftliche Relevanz von Theoretikern und Theoretikerinnen schmälert. Mir erscheint es aber als ein Gewinn, dass der europäische Strukturwandel nicht mit den enormen Kosten und Hypotheken einer gesellschaftsweiten Verankerung einer legitimationsspendenden Großtheorie belastet werden muss.^[65] »Man sollte«, so fasst Koschorke seine hegelianische Rekonstruktion der Union zusammen, »die Vorzüge eines politischen Gebildes nicht gering achten, das, und sei es mehr schlecht als recht, ohne eine starke Selbsterzählung auskommen kann«, »als weltoffenes, abgrenzungsschwaches, unfertiges Zukunftsprojekt«.^[66] Die öffentlich-rechtlichen Strukturen dieses Gebildes sind der Gegenstand dieses Buches.

Viele werden diese Stoßrichtung als einen Holzweg betrachten, weil er zu einem europäischen öffentlichen Recht ohne europäische Staatlichkeit (§ 12) und einer europäischen Demokratie ohne ein europäisches Wir (§ 33, § 42) führt. Solche Skepsis ist bei Hegel angelegt, lautet doch eine zentrale Aussage seiner Rechtsphilosophie, dass eine funktionierende Gesellschaft Staatlichkeit voraussetzt.^[67] Damit begründet er die wichtigste deutsche Tradition staatszentrierten Denkens. Ich verstehe Carl Schmitt als ihren anregendsten und einflussreichsten Exponenten,^[68] weshalb dieses Buch mit ihm wie mit keinem anderen Autor streitet. Die Auseinandersetzung 30 mit Schmitt und juristischem Denken auf seinen Spuren erlaubt die weitere systematische Profilierung meines Ansatzes in den gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Theoriedebatten.

Schmitt hat mit seinem *Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* 1950 das bekannteste Buch zum europäischen öffentlichen Recht publiziert. Das allein rechtfertigt aber noch keine zentrale Rolle. Man mag auch zweifeln, ob man den rechtlichen Strukturwandel zu einer europäischen demokratischen Gesellschaft im Gespräch mit einem so kompromittierten Autor entfalten sollte; man erinnere Schmitts Verbindung zum etatistischen Autoritarismus im Allgemeinen und zum Nationalsozialismus im Besonderen.^[69] Aber die Ablehnung der

Positionen eines Autors sollte einer Auseinandersetzung mit ihm nicht im Wege stehen.^[70]

Schmitt hat enorm einflussreiche rechtswissenschaftliche Begriffe gestiftet, die ungemein produktive Blickachsen legen. Sie vermitteln rechtswissenschaftliche Erkenntnis auch denen, die seine Prämissen, sein Vorgehen, seine Ergebnisse, sein Ethos ablehnen, aber doch, wie er, in einer hegelianischen Tradition denken.^[71] Schmitt artikuliert wirkmächtig wie wenig andere im 20. Jahrhundert die Zentralität des Nationalstaats.^[72] Für Schmitt und schmittianisches Denken ist die Vergesellschaftung des Staates (§ 2) ein Irrweg.^[73] Die Versprechungen der Europäischen Union können nach Schmitt nicht wahr sein. Philip Manow beruft sich auf ihn, wenn er behauptet, »Wer Europa sagt, will betrügen« (§ 1).

Ich interessiere mich für Schmitt nur nachgeordnet als Referenz³¹ autor der europäischen Rechten,^[74] welche den politischen Kompromiss als demokratisch defizitär begreifen, auf ethnische Identitäten setzen und internationalen Institutionen prinzipiell misstrauen. Er dient mir vor allem für die Auseinandersetzung mit Positionen des demokratischen und freiheitlichen, aber eben nationalstaatszentrierten Verfassungsdenkens. Schmitts Potential in dieser Hinsicht nutzen viele, paradigmatisch ist Ernst-Wolfgang Böckenförde. Dieser steht in Hegels Tradition^[75] und eröffnet mit Schmitts Denken dem freiheitlichen Verfassungsdiskurs ein neues Reflexionsniveau. Er urbanisiert es für die demokratische Bundesrepublik ähnlich wie Hans-Georg Gadamer das Denken Martin Heideggers.^[76]

Auf Hegels und Schmitts Spur formuliert Böckenförde das Theorem der notwendigen Homogenität, das zu dem wohl berühmtesten Satz der bundesrepublikanischen Staatstheorie führt: »Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.«^[77] Damit artikuliert er einen Mittelpunkt öffentlich-rechtlichen Denkens, den ganz unterschiedliche Autoren dann mit ganz unterschiedlichen Begriffen besetzen: Nation, Volk, christlicher

Staatsbürger, sozialstaatliche Umverteilung oder deliberierende Öffentlichkeit.

Man kann diese Nationalstaatszentrierung auch mit anderen Theorien unterlegen. Eine dichte Theorieproduktion gibt es vor allem in Nordamerika, etwa mit dem Kommunitarismus.^[78] Ich habe jedoch im Kommunitarismus keinen wirklichen Mehrwert gegenüber der Hegeltradition gefunden und sehe mich durch das 32 Verblässen des Ansatzes bestätigt.^[79] Ähnliches gilt für den auf ihn folgenden Neo-Republikanismus.^[80]

Ohne Hegel, Schmitt und Böckenförde würde es dieses Buch nicht geben. Viele ihrer Einsichten überzeugen mich. Und doch verfechte ich über die nächsten 77 Paragraphen, dass der Strukturwandel des europäischen öffentlichen Rechts Nationalstaatlichkeit im Sinne einer hegelianischen Aufhebung erfolgreich transformiert hat.^[81] Die Nationalstaaten bestehen als evolutionäre Errungenschaften fort, aber eingebettet und aufgehoben in der demokratischen europäischen Gesellschaft, von der Art. 2 EUV spricht.

33 | I. Begriffe

35

Ein Witz möge meinen Ansatz erläutern. Eine Akademie lobt einen Preis aus für die beste Erörterung zum Thema Kamel. Der französische Wissenschaftler geht in den Jardin des Plantes, setzt sich auf eine Bank am Kamelgehege, beobachtet einen Nachmittag die Tiere und schreibt in der folgenden Nacht den geistreichen Essay *Le chameau et moi*.^[1] Die englische Wissenschaftlerin reist sechs Monate durch Arabien, erhebt Daten über Daten und publiziert dann die Studie *The camel in numbers*. Der deutsche Wissenschaftler schließlich präsentiert, nach zwei entsagungsvollen Jahren in der Bibliothek, den 400-seitigen Wälzer *Der Begriff des Kamels*.

Konkrete Erkenntnis erfordert, so ein Leitgedanke Hegels, die Mühen der Abstraktion. Dieser Wissenschaftstradition verbunden, spüre ich dem Strukturwandel des europäischen öffentlichen Rechts zunächst im Wandel seiner Grundbegriffe nach. Das ist kein Glasperlenspiel. Wie Reinhart Koselleck auf Hegels und Schmitts Spuren zeigt, sind Grundbegriffe solche, die den Forschungsgegenstand konstituieren. Recht ist ein soziales Konstrukt, so dass der begrifflichen Fassung des öffentlichen Rechts eine geradezu ontologische Funktion zukommt. Begriffe sind Wörter, die nicht nur etwas bezeichnen, sondern einen Bedeutungszusammenhang herstellen und Erkenntnis stiften.^[2] Die soziale Relevanz von Begriffen wie öffentliches Recht, Gesellschaft oder Demokratie wird sozialwissenschaftlich als *frame* theoretisiert: dauerhafte Muster von Wahrnehmung und Interpretation, mit dem Gruppen Diskurse führen und Ereignissen Bedeutungen zusprechen.^[3] Strukturwandel der Grundbegrifflichkeit ist eben sowohl als *Genitivus obiectivus* wie als *Genitivus subiectivus* zu verstehen (§ 4, § 75): Der Wandel der