

**Armin von
Bogdandy
Strukturwandel
des öffentlichen
Rechts**

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

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2356

Viele Beobachter kritisieren die Entwicklung, die das öffentliche Recht in Europa seit Ende des Zweiten Weltkriegs genommen hat, als eine entfremdende Verrechtlichung. In seinem neuen Buch plädiert Armin von Bogdandy für eine andere Lesart dieses Prozesses, nämlich als Strukturwandel zu einer europäischen demokratischen Gesellschaft. Dieses Narrativ erlaubt eine Neubewertung wichtiger Ereignisse, Urteile, Begriffe sowie aktueller Herausforderungen. Bogdandy zeigt überdies, wie der aus dem Globalen Süden stammende Ansatz des transformativen Konstitutionalismus einen Weg bietet, sowohl autoritären als auch hegemonialen Tendenzen in der europäischen Gesellschaft zu begegnen und ihre demokratische Verfasstheit zu stärken.

Armin von Bogdandy ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Zuletzt erschien von ihm: *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens* (stw 2088, zus. mit Ingo Venzke).

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.dnb.de> abrufbar.

Erste Auflage 2022

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.

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck und Bindung: C. H. Beck, Nördlingen

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-978-29956-2

Der Dienstagsrunde und dem ICCAL-Netzwerk

Inhalt

Vorwort	11
Aufriss	13
§ 1 Idee und Programm	13
§ 2 Die europäische Gesellschaft	16
§ 3 Strukturwandel als Forschungsinteresse	21
§ 4 Europäischer Hegelianismus und Schmittianismus ..	25
I. Begriffe	33
A. Das alte Jus Publicum Europaeum	37
§ 5 Eine Antwort auf den Dreißigjährigen Krieg	38
§ 6 Das <i>droit public de l'Europe</i>	40
§ 7 Schmitts <i>Jus Publicum Europaeum</i>	44
B. Erste Begriffe des neuen Rechts	49
§ 8 Die erste Sattelzeit	49
§ 9 Hallsteins Rechtsgemeinschaft	52
§ 10 Moslers Europarecht	58
§ 11 Die verkannte Union	62
C. Öffentliches Recht ohne Staatsrecht	69
§ 12 Nichtstaatlichkeit: Dogma und Zivilisationsgewinn ..	69
§ 13 Die Transformation des Souveränitätsbegriffs	78
§ 14 Schmitts Begriff des Politischen	79
§ 15 Öffentlich als Grundbegriff	84
D. Verwaltungsrecht ohne Staat	90
§ 16 Zur Ambivalenz der Entstaatlichung	90
§ 17 Casseses begriffsgeschichtliche Notizen	93
§ 18 Ipsens Zweckverband	96
§ 19 Demokratisches Verwaltungsrecht	99
E. Verfassungsrecht ohne Verfassungstext	103
§ 20 Die zweite Sattelzeit	103
§ 21 Der Siegeszug des verfassungsrechtlichen Ansatzes ..	107
§ 22 Zur Reichweite des Primats	115
F. Transformativer Konstitutionalismus	119
§ 23 Demokratische Gesellschaft statt <i>ever closer union</i> ..	119
§ 24 Emergenz eines neuen Begriffs	122

§ 25 Lateinamerikanische Innovationen	127
§ 26 Europäischer transformativer Konstitutionalismus ..	135
II. Prinzipien	147
A. Prolegomena	149
§ 27 Das Versprechen	150
§ 28 Werte und Rechtsprinzipien	154
§ 29 Der europäische Verfassungskern	158
§ 30 Von der Privatrechts- zur Bürgergesellschaft	162
B. Grundprinzipien und Identitätspolitik	168
§ 31 Ein schwieriges Feld	168
§ 32 Identitätstheoretische Eckpunkte	173
§ 33 Europäische und nationale Identität	180
§ 34 Prinzipienpluralismus	192
C. Das Prinzip Rechtsstaatlichkeit	197
§ 35 Vertrauen als Fluchtpunkt	197
§ 36 Legalität des Unionshandelns	202
§ 37 Wirksamkeit im nationalen Recht	207
§ 38 Stärkung schwacher Staatlichkeit	209
D. Der mühsame Weg zum demokratischen Prinzip	218
§ 39 Die Debatten der ersten Periode	218
§ 40 Das Maastricht-Urteil des Zweiten Senats	222
§ 41 Homogenität und Hellers Europa	231
E. Demokratie der vielen Vermittlungen	234
§ 42 In wessen Namen?	235
§ 43 Demokratische Repräsentation	240
§ 44 Weiterer demokratischer Strukturwandel	260
F. Transformativer Konstitutionalismus	267
§ 45 So notwendig wie schwierig	267
§ 46 Systemische Defizite als Fokus	275
§ 47 Instrumente	278
III. Gerichte	285
A. Ein neuer Akteur	287
§ 48 Eine unerwartete Entwicklung	289
§ 49 Die Vielfalt der Moderne	292
§ 50 Der Hebel zum Strukturwandel	296

§ 51 Beobachtungen zum Machterwerb	299
B. Europäisierung nationaler Verfassungsgerichtsbarkeit ..	312
§ 52 Europarechtliche Mandatierung	313
§ 53 Pluralisierung der Rechtsquellen	317
§ 54 Verbundbildung	320
C. Europäische Gesellschaft durch EuGH und EGMR	323
§ 55 Das ursprüngliche Mandat	324
§ 56 Einheitsbildung: der EuGH	329
§ 57 Vermenschenrechtlichung: der EGMR	342
§ 58 Die Macht europäischer Präjudizien	353
D. Gemeinsame, aber differenzierte Verantwortung	360
§ 59 Zwei Senate einer Verfassungsgerichtsbarkeit	360
§ 60 Wachsende Wälder und fallende Bäume	364
§ 61 Der Einschätzungsverbund	374
E. Demokratische Gerichte	378
§ 62 Das Mandat zum Strukturwandel	378
§ 63 Demokratische Personalpolitik	386
§ 64 In wessen Namen?	392
F. Transformativer Konstitutionalismus	398
§ 65 Herausforderungen und Antworten	398
§ 66 Die Vorgaben des EGMR	407
§ 67 Die Mobilisierung des EuGH	412
IV. Wissenschaft	421
A. Rolle und Gestalt europäischer Rechtswissenschaft	423
§ 68 Wissenschaftliches Selbstbewusstsein	423
§ 69 Schmitt und wir	426
§ 70 Das Hegemonieproblem	433
§ 71 Rechtswissenschaftliche Identitäten	439
B. Eine autonome Stimme der Vernunft	443
§ 72 Autonomie und Demokratie	443
§ 73 Rechtsvergleichung mit Eduard Gans	448
§ 74 Innereuropäische Rechtsvergleichung	452
C. Interessen und Verfahren	458
§ 75 Wissenschaft und Praxis	458
§ 76 Kritik	460
§ 77 Grundlagen	462
§ 78 Dogmatik	466

D. Feuer gegen Feuer	472
§ 79 Regierungsunrecht	472
§ 80 Strafbarkeit	476
§ 81 <i>Solange</i>	484
V. Quintessenz mit Marius Ivaškevičius	489
Entscheidungsverzeichnis	493
Namenregister	505
Sachregister	521

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-Szalckay, 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 Dienstagrunde. Es unterstützten mich Eva Neumann, Michael Ioannidis, Giacomo Rugge, 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

dem Leibniz-Programm der DFG ermöglichten den Ausbau des ICCAL-Netzwerks.

Heidelberg, im Juni 2021

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

¹ Als Zugang hingegen über die Identitäten der Bürgerinnen und Bürger Orietta Angelucci von Bogdandy, *Zur Ökologie einer Europäischen Identität. Soziale Repräsentationen von Europa und dem Europäer-Sein in Deutschland und Italien*, Baden-Baden 2003.

eine, »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

2 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, »Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)«, in: Eva Moldenhauer, Karl Markus Michel (Hg.), *Werke in zwanzig Bänden mit Registerband. Bd. 7*, Frankfurt/M. 1970, § 4; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978; Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin 2011.

3 Denkschrift zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, BT Drucksache 16/8300, S. 133, 153.

4 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, »Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I (1805-1806)«, in: Eva Moldenhauer, Karl Markus Michel (Hg.), *Werke in zwanzig Bänden mit Registerband. Bd. 18*, Frankfurt/M. 1970, S. 55.

5 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Fn. 2), § 302 Zusatz.

ihre 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

6 Daniel Innerarity, *Democracy in Europe. A Political Philosophy of the EU*, London 2018, S. 61 ff.

7 Günter Frankenberg, *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven*, Berlin 2020, S. 255 ff.

8 Christoph Schönberger, »Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union«, in: *Merkur* 66 (2012), S. 1-8, S. 5 f., 8.

9 Philip Manow, »Ach, Europa – Ach, Demokratie«, in: *Merkur* 66 (2012), S. 20-27, S. 26.

10 In Romanform Robert Menasse, *Die Hauptstadt*, Berlin 2017; näher § 16.

Brexiters 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

11 So zur Politik des Europäischen Rates gegenüber Polen und Ungarn: Editorial Comments, »Compromising (on) the general conditionality mechanism and the rule of law«, in: *Common Market Law Review* 58 (2021), S. 267–284; unten § 43.

12 Eine Vermessung des Feldes bei Guido Levi, Daniela Preda (Hg.), *Euroscepticisms. Resistance and Opposition to the European Community/European Union*, Bologna 2019.

13 Rechtswissenschaftlich ist der Begriff wenig untersucht, vgl. Christian Calliess, »Art. 2 EUV«, in: ders., Matthias Ruffert (Hg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, München 2016, Rn. 30; Marcus Klamert, Dimitry Kochenov, »Article 2 TEU«, in: Manuel Kellerbauer u. a. (Hg.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford 2019, Rn. 5; Luigi Fumagalli, »Commento Art. 2 TUE«, in: Antonio Tizzano (Hg.), *Trattati dell'Unione europea*, Mailand 2014, S. 11–14, S. 14.

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,

14 Armin von Bogdandy, »Hegel und der Nationalstaat«, in: *Der Staat* 30 (1991), S. 513-535.

15 Paul Vogel, *Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz von Stein, Marx, Engels und Lassalle*, Berlin 1925.

16 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1972, insbes. S. 28 ff., 122 ff., 514 ff.

17 Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag oder die Grundsätze des Staatsrechts (1762)*, hg. von Hans Brockard, Stuttgart 1977.

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 spricht²⁰ 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-

18 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Fn. 2), § 182.

19 Vgl. nur Art. 11 Abs. 2 EUV, dazu Joana Mendes, »Participation and the Role of Law after Lisbon. A Legal View on Article 11 TEU«, in: *Common Market Law Review* 48 (2011), S. 1849-1878.

20 EuGH, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, Rs. C-574/12, Schlussanträge von Generalanwalt Federico Mancini v. 27. Februar 2014, ECLI:EU:C:2014:120, Rn. 40.

21 So Pierre-Yves Monjal, »Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne?«, in: *Revue trimestrielle de droit européen* 40 (2004), S. 443-475, S. 453f.; unklar Meinhard Hilf, Frank Schorkopf, »Art. 2 EUV«, in: Eberhard Grabitz u. a. (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München 70. EL Mai 2020, Rn. 41f.

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

22 Zur Wertearmut der Weltgesellschaft Niklas Luhmann, »Die Weltgesellschaft«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1971), S. 1-35.

23 Manfred Riedel, »Gesellschaft, Gemeinschaft«, in: Otto Brunner u. a. (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*. Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 801-862, insbes. S. 830 ff.

24 Vgl. etwa William Outhwaite, *European Society*, Cambridge 2008.

25 Hans-Peter Müller, »Auf dem Weg in eine europäische Gesellschaft? Begriffsproblematik und theoretische Perspektiven«, in: *Berliner Journal für Soziologie* 17 (2007), S. 7-31, S. 24.