

Auch keine Philosophie der europäischen Integration: Rezension zu "Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft" von Armin von Bogdandy

Meinel, Florian

Veröffentlichungsversion / Published Version

Rezension / review

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Meinel, F. (2022). Auch keine Philosophie der europäischen Integration: Rezension zu "Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft" von Armin von Bogdandy. *Soziopolis: Gesellschaft beobachten*. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-78885-9>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Florian Meinel | Rezension | 22.03.2022

Auch keine Philosophie der europäischen Integration

Rezension zu „Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft“ von Armin von Bogdandy



Armin von Bogdandy
Strukturwandel des öffentlichen Rechts .
Entstehung und Demokratisierung der
europäischen Gesellschaft
Deutschland
Berlin 2022: Suhrkamp
525 S., 26,00 EUR
ISBN 978-3-518-29956-2

Vor mehr als zwanzig Jahren hat Armin von Bogdandy die Eigenarten der in der Bundesrepublik üblichen Art und Weise der Beschäftigung mit dem Europarecht in einem größeren Aufsatz beschrieben und, seinerzeit viel zitiert, das nur vermeintlich paradoxe Programm der Europäisierung der Europarechtswissenschaft ausgerufen.¹ Gegen zwei falsche Alternativen – die sterile Selbstbeschäftigung europäischer Verwaltungs- und Justizeliten einerseits und introvertierte mitgliedstaatliche Rechtskulturen andererseits, die jeweils ihr eigenes, idiosynkratisches Bild des Europarechts pflegen – setzte er eine dritte: einen europäischen Forschungsraum des Austausches zwischen den Fachkulturen und -traditionen der öffentlichen Rechte der Mitgliedstaaten, die im Wege wechselseitiger Rezeption ein europäisiertes Europarecht, ein neues *Jus Publicum Europaeum* schaffen sollten. Ein Jahr nach dem Erscheinen des besagten Aufsatzes übernahm von Bogdandy die Leitung des traditionsreichen Heidelberger Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Dort setzte er eine Reihe von Forschungsvorhaben ins Werk, die im weitesten Sinne dem skizzierten Programm verpflichtet sind, etwa das verdienstvolle neunbändige Handbuch *Jus Publicum Europaeum* (Verlag C.F. Müller), das

die unterschiedlichen nationalen Rechtskulturen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Form von Landesberichten und vergleichenden Beiträgen miteinander ins Gespräch bringt.

1821 und 2021

Die großangelegte Theorie des europäischen öffentlichen Rechts, die von Bogdandy jetzt vorgelegt hat, lässt sich als Bilanz dieser jahrzehntelangen Arbeiten lesen. Der Anspruch des Buches könnte nicht umfassender sein. Es geht um nicht weniger als das Ganze des europäischen Rechts, das er zum einen aus der Entwicklung des europäischen öffentlichen Rechts der Neuzeit verstehen, zum anderen systematisch-begrifflich rekonstruieren und schließlich politisch gegen die zunehmend radikale Kritik an der rechtlichen Form des Integrationsprojekts verteidigen will. Von Bogdandy macht dabei bis in die formale Organisation des Textes in Paragraphen – freilich nicht 360, sondern nur 81 – deutlich, welchem Vorbild er folgt, nämlich Hegels 1821, also vor gut 200 Jahren erschienenen *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Das Buch nimmt damit implizit eine große Parallele für sich in Anspruch: Während Hegel seine rechtsphilosophischen Vorlesungen in der Zeit bewegter Reformen und der Agonie der deutschen Verfassungsbewegung konzipiert und vorträgt, schreibt von Bogdandy seine Theorie eines europäischen öffentlichen Rechts am Wendepunkt des Integrationsprojekts bei gleichzeitig ungeklärter Verfassungsfrage. Dort der Preußische Reformkompromiss nach dem Ende der Napoleonischen Kriege, hier der europäische Verfassungskompromiss nach Lissabon? Hegel ist aber nicht der einzige Gesprächspartner des Buches. Ständige Bezugspunkte sind außerdem Carl Schmitts Rekonstruktion eines „Jus Publicum Europaeum“ im *Nomos der Erde* (1950) und, die Anspielung im Titel verrät es bereits, Jürgen Habermas' normative Theorie der Öffentlichkeit, von einem Philosophen konzipiert, der bekanntlich seit den 1990er-Jahren einen qualitativ neuen europäischen Verfassungsprozess fordert.

Die Argumentation des in vier große Teile gegliederten Buches lässt sich wie folgt zusammenfassen: Seit der frühen Neuzeit war das, was man öffentliches Recht nannte, an die politische Form des Staates gebunden. Dagegen ist im 20. Jahrhundert nach dem Totalitarismus zuerst im europäischen Gemeinschaftsrecht ein nicht mehr staatliches öffentliches Recht entstanden, dessen unmittelbarer Träger heute eine europäische Gesellschaft ist (Teil I). Diese Gesellschaft ist nicht mehr auf eine politische Form der Einheit hin organisiert, sondern auf pluralistische „Prinzipien“ eines europäischen Konstitutionalismus, die in Artikel 2 EUV niedergelegt sind (Teil II). Dieser Artikel ist überhaupt die Schlüsselnorm des ganzen Buches und lautet:

Die Gesellschaft ist insofern demokratisch und europäisch, als sie in diesen „Werten“ verfasst ist. Und verwirklicht sind diese Werte erst dann, wenn sie eine demokratische europäische Gesellschaft verfassen. Ein derart unmittelbarer Rekurs auf die Werte oder „Prinzipien“ – die Begriffe sind für von Bogdandy (anders als übrigens für Habermas) austauschbar – macht folgerichtig alles zweitrangig, was nach formaler Autorisierung, nach Institutionen und Zwischenstaatlichkeit aussieht. Dagegen sind die Impulsgeber der Entwicklung eines solchen Konstitutionalismus vor allem jene Institutionen, die von Verfahren der Mehrheitsbeschaffung weitgehend unabhängig agieren: internationale Gerichte und die Rechtswissenschaft. Von den internationalen Gerichten und ihrem „Mandat“ zur Verwicklung jener Prinzipien handelt Teil III, Teil IV schließlich von ihrer Unterstützung durch die rechtswissenschaftliche Konstruktion des neuen Jus Publicum Europaeum. Seine Hoffnung auf Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellen ist wohlgermerkt keine Wiederholung des von Savigny – für den Hegel bekanntlich wenig übrig hatte – und Puchta ersonnenen deutschen Programms der Rechtsentwicklung ohne politische Freiheit, Repräsentation und Kodifikation durch stille dogmatische Konstruktion, sondern ein ungestümer Hyperidealismus, für den sich von Bogdandy ohne Umschweife auf Hegels Satz beruft, es komme darauf an, „das Reich der Vorstellungen zu revolutionieren“, denn dann halte „die Wirklichkeit nicht mehr aus“ (S. 423). Nur eine Rechtswissenschaft mit diesem Anspruch könne als „eigenständige Stimme der Vernunft zur Verwirklichung eines demokratischen Projekts“ beitragen (S. 447).

Warum die Rechtswissenschaft für dieses demokratische Projekt nur noch im Singular sprechen darf, erläutert von Bogdandy nicht; ebenso führt er keine Gründe für die Unselbstständigkeit anderer Formen von Rechtswissenschaft an. Vor allem aber bleibt der Begriff der Gesellschaft diffus. Einerseits soll er das soziale Ganze meinen (S. 17), andererseits wird er empirisch allein mit der beruflichen Interaktion von Juristen belegt, insbesondere auf dem Gebiet des Europarechts (S. 19 f.). Als wichtigste Orte der europäischen Gesellschaft erscheinen dementsprechend das Europäische Hochschulinstitut, das Collège d'Europe und der European Research Council (S. 431 f.). Wer schon an dieser Stelle meint, einen besonders eklatanten Fall juristischer Autosuggestion vor sich zu haben, findet die Befürchtung bestätigt durch die Art, wie das Buch laufend mit sich selbst über seinen Sinn diskutiert, ohne zu einer klaren Antwort zu kommen: „Wenn Rechtswissenschaft gesellschaftlich wichtig ist“, so lautet ein typischer Satz von Bogdandys, „dann braucht eine europäische Gesellschaft eine europäische Rechtswissenschaft.“ (S. 425) Die Aussage ist einerseits nicht falsch, andererseits doch der bloße Schein einer Schlussfolgerung. Was wäre denn der Indikator für die gesellschaftliche Wichtigkeit von Rechtswissenschaft? Gegenprobe: Woran könnte die Rechtswissenschaft merken, dass sie

gesellschaftlich unwichtig geworden ist? *Rechtswissenschaft* ist zudem für viele unterschiedliche Gesellschaften offenkundig in sehr unterschiedlichem Maße wichtig, für die französische zum Beispiel weniger als für die deutsche, ohne dass deswegen die Bedeutung des Rechts für diese Gesellschaften notwendig geringer wäre. Und schließlich ist es nicht zwingend, dass eine Gesellschaft, für die die Rechtswissenschaft „wichtig“ ist, was immer das heißt, eine solche braucht, die ihr wesensmäßig entspricht. Braucht die deutsche Gesellschaft die deutsche Rechtswissenschaft? Braucht die polnische Gesellschaft die polnische?

Die hier ausgerufene Europarechtswissenschaft und die ihr folgende Rechtsprechung haben vor allem eine Mission. Sie sollen den Sprung vom intergouvernementalen, föderativen *framing* der europäischen Verträge – der *ever closer union* – in eine unmittelbare, nämlich nicht mehr über die Staaten vermittelte Verfassung der europäischen Gesellschaft vollziehen. Von Bogdandy bezeichnet diese Mission mit einem modernen, im Kontext des globalen Südens entstandenen Begriff als „transformativen Konstitutionalismus“, den er recht umstandslos mit dem Verfassungsbegriff der sozialliberalen Hegelschüler des 19. Jahrhunderts identifiziert (S. 125). Diese transformativen Ambitionen („constructing utopia“) seien „keine haltlosen Spekulationen, sondern Früchte bester rekonstruktiver Rechtswissenschaft. Die Verträge, auf denen die Europäische Union und der Europarat aufbauen, erteilen ein transformatives Mandat. [...] Die Präambel des EU-Vertrags gibt dieser Transformation Gehalte. Sie zielt auf ein Europa der Solidarität, des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts, des Friedens und der Sicherheit“ (S. 135).

Dabei steht von Bogdandys Vorstellung einer von Juristen spekulativ ins Werk gesetzten europäischen Gesellschaft in maximalem Gegensatz zu dem in Deutschland verbreiteten, vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts angeführten, depressiven Taktieren mit der Europäischen Verfassungsfrage, mit dem Stellungskampf der Vorbehalte, Grenzen und äußersten Grenzen der Kompetenzübertragung. Gerade in dieser Hinsicht stellt von Bogdandy viele interessante Überlegungen an, etwa zur herausragenden Bedeutung akademischer Arbeitsmigrantinnen für die interessante europarechtliche Forschung (S. 441) oder zur abnehmenden Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts für die Wahrnehmung des deutschen öffentlichen Rechts. Wichtig ist auch seine Beobachtung, dass es schon das Maastricht-Urteil gewesen ist, mit dem das Bundesverfassungsgericht begann, alle öffentliche Herrschaft in Kategorien des Administrativen zu denken (S. 226). Von Bogdandy übernimmt das verbreitete Narrativ, dieser Typ von Vorbehalten habe etwas mit einer von Carl Schmitt über Ernst-Wolfgang Böckenförde führenden Tradition etatistischen

Denkens zu tun (S. 30–32). Dabei war es doch Schmitt, der die deutsche Staatslehre 1927 mit dem Satz vom Vorrang des Politischen vor dem Staat beendet hat, um 1928 eine Verfassungs- und keine Staatslehre aufzusetzen.

Wie eine Gesellschaft, die sich nicht mehr unbefangen als „Staat“ denken lässt insgesamt „demokratisch verfasst“ werden kann, ist keine ganz neue, für von Bogdandy aber eine überraschend leicht zu beantwortende Frage: mit Werten, Prinzipien, etwas gutem Willen und der Ausrichtung des gesamten Rechts auf einen werthaftern „Verfassungskern“ (S. 122):

Als gäbe es keine Einwände gegen den Wertbegriff, vor allem: als hätte nicht von Bogdandys ständiger Referenzautor Schmitt ein Buch über die *Tyrannie der Werte* geschrieben, plädiert er noch einmal, nun im europäischen Maßstab, für unvermittelte Wertverwirklichung.

Werte und Wertungsdemokratie

Was aus diesem Plädoyer folgt, verrät vor allem die Handhabung des demokratischen Prinzips. Von den demokratischen Institutionen der Europäischen Union erwartet von Bogdandy diesen Sprung zur Gesellschaftsverfassung nämlich nicht. Ihre Rekonstruktion als ein großes Arrangement komplexer Verhandlungen ist für eine Theorie der Demokratisierung erstaunlich konventionell. Das gilt insbesondere für seine Sicht des Europäischen Parlaments. Ob die Kritiker des Wahlrechts zum Europäischen Parlament der Hinweis überzeugen wird, ständische Repräsentation und Klassendiktatur wären schließlich noch schlechter als der Status quo, ist unwahrscheinlich (S. 242 f.). Vor allem nennt er das beste verfassungsnormative Argument für das gegenwärtige, vom Bundesverfassungsgericht bekanntlich beargwöhnte Repräsentationsprinzip, das egalitäre Proportionalität und föderative Staatengleichheit aus zwei Kammern in einer zusammenzieht, überhaupt nicht, sondern verweist in diesem Zusammenhang ganz abstrakt sowohl auf „Minderheitenschutz“ als auch auf „Pluralismus“ (S. 243). Doch mit Mehrheit und Minderheit ist die Machtasymmetrie zwischen Deutschen und Maltesern in der EU wie im Europäischen Parlament kaum richtig beschrieben.

Die eher beiläufige Behandlung des Parlaments kontrastiert mit von Bogdandys affirmativ demokratischer Rekonstruktion des Rates „als Richtliniengeber, als Gestalter, als Vermittler, als Krisenmanager, als [...] Kommunikator mit der Öffentlichkeit“ (S. 245), kurz: als Verhandlungs- und Kompromissmaschine. Das Bild ist insofern bemerkenswert, als gerade der intergouvernementale Komplex im Zentrum der demokratietheoretischen Kritik der

europäischen Union steht, wie sie etwa Christoph Möllers formuliert hat.³ Hier liegt das institutionelle Zentrum eines Systems, das den Status quo durch Supermajoritäten verfestigt, durch diffuse Verhandlungen die Zurechnung von Entscheidungen unterläuft und sich gezielt der Politisierung des supranationalen Elements aus Kommission und Parlament widersetzt. Demokratische Identität, so diese Kritik, beruhe notwendig auf der Mehrheitsbildung, dem durch sie allein vermittelten Zugang zu Regierungsämtern, und deren parlamentarischer und elektoraler Verantwortlichkeit für politisches Handeln. Das alles, versichert von Bogdandy, sei kein Problem, denn im Rat finde das „zähe Ringen um Kompromisse“ seinen Ort, dessen Arbeitsweise beruhe auf der „intuitiven Legitimität des Konsenses“ (S. 250). Die Begründung, warum Kompromisse intuitiv legitim und Mehrheitsentscheidungen intuitiv problematisch sind, gehört allerdings zu dem, was Hegel bloßes Meinen nennen würde:

Man erfährt leider nicht, was denn das Kriterium für „Verrat“ wäre. Anklage? Durch wen? Hans Kelsen ist, nebenbei bemerkt, ganz sicher kein Gewährsmann für eine Demokratietheorie, die auf Kompromisse statt Mehrheitsentscheidungen setzt (vgl. aber S. 241).

Die Kritik, mit der von Bogdandy einen majoritären und elektoralen Demokratiebegriff belegt, bedient sich nicht zuletzt einer klischeehaften Entgegensetzung europäischer und US-amerikanischer Politik:

Wenn dieser Befund ernstgemeint ist, hieße das ja, dass Mehrheitsentscheidungen nichts anderes sind als die Formierung von Freunden (mit 50 Prozent plus einer Stimme) zum Zwecke des Kampfes gegen Feinde. Gerade so haben aber immer die Feinde der Mehrheitsregel argumentiert.⁴ Auch praktisch beruht das Argument auf Unkenntnis des politischen Systems der USA, dessen manifeste Probleme wenig mit dem Mehrheitsprinzip, sondern vor allem damit zusammenhängen, dass die chancengleiche Bildung von Mehrheiten auf fast allen Ebenen durch die *party capture* von Minderheiten unterlaufen wird.

Die Argumentation gipfelt in der Verherrlichung der Trilogie, einer der Öffentlichkeit unbekanntem, aber recht effizienten und aus vielen Gründen unvermeidlichen Form der Aushandlung von Rechtsetzungsakten zwischen Fachleuten des Parlaments, des Rates und der Kommission unter Einbindung von Interessengruppen, die zur Folge hat, dass das Parlament häufig mit Gesetzgebungsvorschlägen erst befasst wird, nachdem alle politischen Entscheidungen schon gefallen sind. Gerade in seinem Lob dieser

Verfahrensweise kommt von Bogdandys Vorstellung von Demokratie besonders gut zum Ausdruck:

Werden Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, entfremdet von prekärer Beschäftigung, zu viel Plastikmüll und undurchsichtigen Handytarifen, die EU endlich als konkrete Wirklichkeit ihrer Freiheit begreifen, wenn sie die *early first reading agreements* zur Entsenderichtlinie, der Verpackungs- und Telekommunikationsverordnung lesen? Ein euroskeptischer Spötter könnte den Rechtshegelianismus nicht besser karikieren.

Die Verbindung zwischen der Eloge auf den Rat und der Marginalisierung der Probleme des Parlaments führt zur ostentativen Geringschätzung der demokratischen Mehrheitsregel und überhaupt elektoraler Formen der Repräsentation. Es ist nach von Bogdandys Konzeption ganz gleichgültig, wer nach welchen Regeln wen wählt und wo nach welchen Mehrheiten politische Entscheidungen fallen – Hauptsache die Werte stimmen. Sie, nicht elektorale Verfahren, bilden das Zentrum einer von Juristen in Instituten und Gerichten geleisteten Repräsentation:

Damit endet das vor Jahrzehnten ausgerufenen Programm der Europäisierung des Europarechts allerdings in der deutschesten aller Malaisen: der falschen Alternative eines Demokratiebegriffs, der angeblich nur entweder die kollektive Selbstbestimmung einer homogenen Nation oder einen diffusen Pluralismus mit „Werten“ bezeichnen kann (S. 239). Diese schiefe Disjunktion kommt jedoch nur zustande, wenn man, wie in der deutschen Tradition politischen Denkens leider nur zu verbreitet, den Institutionen und ihrer politischen Funktionsweise mit Desinteresse begegnet. Wer deswegen meint, dass mit dem Adjektiv „demokratisch“ alles gemeint und daher begrifflich wenig zu gewinnen sei, weil ihm, abgesehen von der leeren und unbestimmten Negation „undemokratisch“, ein gehaltvoller Gegenbegriff fehlt, hat nur theoretisch recht. Ideologisch ist die Sache scharfgestellt. Von Bogdandy bekennt freimütig, dass es darum gehe, dem Autoritarismus in Polen und Ungarn eine andere Form des Autoritarismus entgegenzusetzen. Die daraus resultierende Praxis bringt von Bogdandy auf eine knappe Formel: „Feuer mit Feuer bekämpfen“ (S. 472 ff.). Zunächst gilt es, die PiS-treuen polnischen Richter zu treffen, die nach einem – wie? – für die Zukunft zu erwartenden Regimewechsel in Polen (S. 483) für ihren Verstoß gegen europäische Werte strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollen. Ganz generell befürwortet von Bogdandy eine auf einen „Verfassungskern“ des Art. 2 EUV, und zwar auch außerhalb des Verfahrens nach Art. 7 EUV, gestützte Wertaufsicht der Union. Mit diesem Vorschlag, den er in Anlehnung an eine berühmte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „Reverse Solange“ nennt, ist von Bogdandy in der

europäischen Rechtsstaatskrise bereits mehrfach publizistisch hervorgetreten. Seine entsprechenden Beiträge hat er in das Buch freilich in einer Weise eingearbeitet, die weder an dieser noch an etlichen anderen Stellen überzeugt, weil es sich häufig doch um Aufsätze handelt, die mit Co-Autoren verfasst wurden. Zwar werden solche Beiträge mit dem Hinweis übernommen, „der folgende Abschnitt“ beruhe auf einem Aufsatz mit einem Co-Autor, doch wird das Ende des betreffenden Abschnitts nicht genau markiert. So bleibt stets unklar, wann beispielsweise noch von Bogdandy/Goldmann oder von Bogdandy/Spieker sprechen und wann wieder von Bogdandy allein mit eigener Stimme. Auch andere Schwächen wären einem besseren Lektorat nicht durchgegangen. Eine pauschale und wenig originelle Gesamtwürdigung von Eduard Gans wird kurzerhand Wikipedia entnommen. Flapsigkeiten in der Argumentation wie „Mit [Hermann] Heller, und bestätigt durch Eurobarometer, vermute ich ...“ (S. 262) stehen unvermittelt neben Formeln wie „eine kritische, rekonstruktive und kontextsensible Rechtswissenschaft“ (ebd.), die gedankliche Durchdringung eher suggerieren als tatsächlich anbieten. Wenn eine Fußnote mit der berühmten Dissertation des Freiherrn von und zu Guttenberg belegen soll, die europäische Verfassung sei viel weniger als das Grundgesetz oder die US-amerikanische Verfassung ein Elitenprojekt (S. 20), ist der Witz einerseits gut, andererseits als solcher nicht zweifelsfrei erkennbar.

Die ideenpolitische Konstellation und die wirkliche Verfassungsfrage

Damit noch einmal zum ideengeschichtlichen Dreieck Hegel, Schmitt, Habermas, in dem das Buch argumentiert. Von Bogdandy ist nicht der erste, der die rechtlich-politische Einigung Europas in den Begriffen Hegels denkt. Ob er den bedeutendsten von ihnen, Alexandre Kojève, nicht kennt oder nur verschweigt, bleibt offen. Auch Joachim Ritters Bemühungen um die Erneuerung des Hegel'schen Gesellschaftsbegriffs erwähnt er nicht. Mit Hegel und Habermas allein gegen den Etatismus? Auf Hegel bezieht von Bogdandy sich durchweg affirmativ, einerseits weil die „hegelianische Theorietradition viele Anknüpfungspunkte zum besseren Verständnis unserer Gesellschaft“ biete, andererseits mit Blick auf das eigene Forschungsdesign, weil „die hegelianische Positionierung meine systematische Profilierung in den einschlägigen rechtswissenschaftlichen Theoriedebatten“ erleichtert (S. 25). Auf Carl Schmitt meistens, wenn auch nicht ausschließlich, kritisch und etwas vage im Interesse an einer „Auseinandersetzung mit Positionen des demokratischen und freiheitlichen, aber eben nationalstaatszentrierten Verfassungsdenkens“ (S. 31). Auf Jürgen Habermas durchgehend positiv, weil er „stimmgewaltig der europäischen Gesellschaft Ideen unterbreiten, wie sie ihre demokratische Natur stärken kann“ (S. 24).

Was verbindet diese drei Autoren eigentlich, außer dass sie in ihrer Zeit eben die bedeutendsten deutschen Theoretiker des Politischen waren und dadurch in jeder Theorie des öffentlichen Rechts etwas hermachen? Von Bogdandy macht sich nicht die Mühe, die Frage zu erklären. Auch finden sich in den Fußnoten nur wenige Spuren der einschlägigen Literatur, insbesondere zur Deutungsgeschichte von Hegels Rechtsphilosophie. Der Zusammenhang, den das Buch nicht herstellt, ist folgender: Hegels *Rechtsphilosophie*, Schmitts *Nomos* und Habermas' *Strukturwandel* kreisen, auch wenn sie vielleicht nur diese eine Gemeinsamkeit teilen, um das Verhältnis von Freiheit, politischer Ökonomie und öffentlichem Recht. Hegel rekonstruierte 1821 die Entwicklung zur beginnenden Marktgesellschaft des Vormärz und zur landständischen Verfassung als Verwirklichung einer stufenweisen Entfaltung des dialektischen Prinzips der individuellen Freiheit aller und bestand darauf, dass gerade der preußische Beamtenstaat als sinnvolle Einrichtung einer solchen – radikal auf Privateigentum und Vertragsrecht gegründeten – industriellen Gesellschaft gedacht werden kann. Schmitt kehrte in seinem Spätwerk das Argument um und beschrieb das *Jus Publicum Europaeum* zwischen Beginn der Neuzeit und Ende des Kolonialismus als eine globale Ordnung kapitalistischer Dynamik und industrieller Expansion, ebenfalls angetrieben von den Prinzipien der Subjektivität und Freiheit. Nach innen ist dieses europäische Völkerrecht durch die Begrenzung der Feindschaft und die „Hegung“ des innereuropäischen Krieges, nach außen durch freie koloniale Ausbeutung gekennzeichnet. Ressourcenimperialismus nach außen und politischer Liberalismus nach innen sind für Schmitt Kehrseiten ein und derselben Logik. Habermas schließlich beschrieb 1962 die aus den Rechtsformen des öffentlichen Rechts systematisch ausgegrenzte ökonomische Macht als Triebkraft der Refeudalisierung bürgerlicher Öffentlichkeiten.

Wenn diese drei Entwürfe eines von den meisten Theorien des öffentlichen Rechts unterscheidet, so ist es die Einsicht, dass nicht nur das Privatrecht, sondern gerade auch das öffentliche Recht nur aus den basalen ökonomischen Strukturen des sozialen Ganzen heraus begriffen werden kann. Hegel, weil er systematisch begründete, dass gerade die kapitalistische Dynamik einer auf Warenproduktion und Arbeit beruhenden Gesellschaft nur dann nicht zerstörerisch wird, wenn ihre Externalitäten von einer Ordnung aufgefangen werden, die nicht nach Marktgesetzen funktioniert. Schmitt, weil er ebendiese politische *und* ökonomische Freiheit als den Kern einer selbstzerstörerischen Moderne begriff und das Recht als ein prekäres Zwischenglied zwischen ursprünglicher, rechtsbegründender Gewalt und der Verteilung der produzierten Güter.⁵ Und Habermas, weil er darauf bestand, dass die demokratische Verfassungsfrage im „Spätkapitalismus“ nicht mehr mit dem simplen Vertrauen in die historisch gewachsene Dignität konstitutioneller Formen beantwortet werden kann.

Damit ist die größte Leerstelle seines ganzen Projekts identifiziert und zugleich von Bogdandys geringe Vertrautheit mit genau der Theorietradition, in die er sich doch selbst stellen möchte. Zur Erläuterung des Prinzips der „Freiheit“ (Art. 2 EUV) reiht er lediglich einige Gemeinplätze auf einer einzigen Seite aneinander. Der Begriff ist im Register ebenso wenig verzeichnet wie „Eigentum“ oder „Kapitalismus“, auch die Fundstellen zu „Markt“ sind unergiebig. Freiheit meine einerseits Selbstbestimmung, weshalb Art. 2 EUV „ultimativer unionsverfassungsrechtlicher Fluchtpunkt“ der „Marktfreiheiten [...], letztlich der gesamten europäischen Wirtschaftsverfassung“ (S. 166) sei, erlaube andererseits aber, nämlich wegen der Menschenwürde, auch „komplexere genuin öffentlich-rechtliche Freiheitskonzeptionen“ (ebd.), komme zugleich und schließlich auch im Prinzip der Nichtdiskriminierung zur Geltung. Der Abschnitt endet mit der eher verblüffenden Behauptung, dass „ein breites Spektrum von Ansätzen vom demokratischen Sozialismus bis zum Ordoliberalismus“ irgendwie doch das gleiche meinen, wenn sie von Freiheit reden (S. 167).

Gerade von Hegel ausgehend hätte sich die Frage geradezu aufgedrängt, inwiefern die rechtlichen Formen der europäischen Architektur des „Binnenmarktes“, eines von supranationalen Bürokratien regulierten Kapitalismus mit vielfach gebrochenen politischen Rechten, tatsächlich als vernünftige Wirklichkeit ökonomischer und politischer Freiheit unter den Bedingungen der Gegenwart gedacht werden können. Kojèves dazu vor mehr als einem halben Jahrhundert angestellte Überlegungen sind unverändert faszinierend. Wie groß ist allein der Theoriebedarf eines Konstitutionalismus der Rechte, der auf das Prinzip der Nichtdiskriminierung umgestellt ist! Um sich zu informieren, mit welchen begrifflichen Mitteln eine Aktualisierung der Hegel'schen Fragestellung heute möglich ist, müsste man aber nicht einmal zum charismatischen Star der Pariser Geschichtsphilosophie nach dem Zweiten Weltkrieg zurückgehen, es würde genügen, die jüngeren Veröffentlichungen des Suhrkamp-Verlages zu studieren, zum Beispiel die Bücher von Michael Quante, Christoph Menke oder Axel Honneth. Das Programm hieße dann: Zunächst einmal die konkreten Formen des zeitgenössischen Rechts analysieren, ihre sozialen Funktionen und Widersprüche beschreiben. Hic Rhodus, hic salta! – und nicht bei Bekenntnissen stehenbleiben. Wie es schon bei Hegel heißt (*Rechtsphilosophie*, § 3): „Wenn dem positiven Rechte und den Gesetzen das Gefühl des Herzens, Neigung und Willkür entgegengesetzt wird, so kann es wenigstens nicht die Philosophie sein, welche solche Autoritäten anerkennt.“

In genau diesem Stil des Herzens und der Willkür aber fordert von Bogdandy, die Wirtschaftspolitik solle „im Lichte“ der Demokratie interpretiert werden, wodurch sich die

Wirtschaftspolitik zu einem „Instrument demokratischer Verfasstheit“ entwickeln könne. Über ein Verfassungsdenken, welches das Unionrechts als supranationale Garantie einer ordoliberalen Marktverfassung propagiert, heißt es ohne nähere Begründung, man solle es „aufgeben“. Die Wirtschafts- und Währungsunion solle „den Maßstäben des Art. 2 EUV“ unterstellt werden, zudem sei die Binnenmarktpolitik im Lichte des Demokratieprinzips zu interpretieren (S. 265 f.). Die „globale Wirtschaft“ findet nur einmal, ganz am Rande, Erwähnung als Beispiel für ein Thema, das die US-amerikanischen Law Schools für sich reklamiert haben (S. 430). Selbst die Rechtfertigung der Notstandsmaßnahmen der EZB fällt ausgesprochen pauschal aus: Von Bogdandy erkennt sie darin, dass die EU andernfalls wie das Jugoslawien der 1990er- oder das Deutschland der 1930er-Jahre untergegangen wäre (S. 266).

Worauf sich von Bogdandys Projekt letztlich berufen kann, ist deswegen weder eine idealistische Philosophie des Fortschritts noch Schmitts Programm der Entzifferung historisch-politischer Räume und ihres ökonomischen Nomos. Und erst recht nicht auf Habermas' Kritik der Herrschaftstechniken der Massendemokratie. Berufen kann er sich nur auf die jeweils schwächsten Teile der politischen Philosophien von Hegel und Habermas. Bei Habermas sind es die juristisch wenig informierten, eher tagespolitisch philosophierenden Europa-Schriften der 1990er- und 2000er-Jahre, bei Hegel die in seiner Schrift über die englische Reform-Bill gipfelnde Geringschätzung von Wahlen für die Begründung einer politischen Ordnung. Gerade wer Hegels politische Philosophie der Freiheit für eine bis heute nicht erschöpfte Methode der theoretischen Rekonstruktion und Kritik des Rechts hält und nicht nur für ein Ansammlung lustiger Sentenzen über die Vereinigung von Gegensätzen und die Ausschaltung von Widersprüchen, muss dieses Buch als Versuch mit untauglichen Mitteln beiseitelegen.

Endnoten

1. Armin von Bogdandy, Beobachtungen zur deutschen Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, in: Der Staat 40 (2001), S. 3–43.
2. Vgl. etwa <https://dejure.org/gesetze/EU/2.html>.
3. Christoph Möllers, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union, in: Leviathan 43 (2015), S. 339–364.
4. Carl Schmitt, Verfassungslehre, München und Leipzig 1928, S. 278.
5. Carl Schmitt, Nehmen, Teilen, Weiden (1953), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 489–504.

Florian Meinel

Florian Meinel lehrt Vergleichendes Staatsrecht und Politische Wissenschaften an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. Im akademischen Jahr 2021/22 forscht er als Mercator Senior Fellow der Stiftung Mercator an der Harvard Law School.

Dieser Beitrag wurde redaktionell betreut von Martin Bauer, Stephanie Kappacher.

Artikel auf soziopolis.de:

<https://www.sozopolis.de/auch-keine-philosophie-der-europaeischen-integration.html>