

Inhaltsübersicht

Vorwort	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Zur Zitations- und Verweistechnik	XXI
Grundlegung	1
A. Einführung	3
B. Auslegung, Argumentation, Geschichtlichkeit	11
Teil I: Motive und Strategien historischer Argumentation	35
C. Geschichtstheorie und Recht	37
D. Positivität und Historizität	89
Teil II: Prämissen historischer Argumentation	185
E. Prämissen und Verfassung	187
F. Drei Verfassungsfragen	231
Schluss	427
G. Drei Blickachsen	429
H. Epilog	438
Zusammenfassung in Thesen	441
Summary	453
Literaturverzeichnis	455
Personen- und Sachregister	513

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Zur Zitations- und Verweisteknik	XXI
Grundlegung	1
<i>A. Einführung</i>	3
I. Die Rechtlichkeit des Rechts	4
II. Die Plastizität des Positiven	5
III. Historische Argumente als Abbild der Positivität des Rechts	6
IV. Reflektierte Rechtsmethodik als Querschnittsdisziplin	7
V. Kosmopolitische Provinzialität	8
VI. Mehr als Vergangenheit, weniger als Schicksal	9
<i>B. Auslegung, Argumentation, Geschichtlichkeit</i>	11
I. Argumentation, nicht Auslegung	11
1. Unpraktische Theorie: Auslegung	12
a) Auslegung als logisch deduzierbare Erkenntnis	13
b) Auslegung als Textpraxis	13
c) Auslegung als richterliche Tätigkeit	14
2. Theorie der Praxis: Argumentation	16
a) Prämissen	17
aa) Gesetzesbindung	18
bb) Entscheidung	20
b) Motive	22
c) Strategien	23
3. Internalität und Externalität	24
a) Handlungstheoretische Absicherung	25
b) Interne und externe Rechtfertigung bei Alexy	26
c) Interner und externer Standpunkt bei Hart	28
II. Geschichtlichkeit	30
1. Nicht: Historische und genetische Auslegung	30
2. Nicht: Geschichtlichkeit als Vergänglichkeitsbegriff	33
3. Sondern: Historizität als Strukturbegriff	33

Teil I: Motive und Strategien historischer Argumentation	35
<i>C. Geschichtstheorie und Recht</i>	37
I. Drei Miniaturen und zwei Notizen	39
1. Der Begriff der Wohnung	39
2. Die Amtsbezeichnung der Beamten	40
3. Geschichte im Sachverhalt	41
4. Zwei Notizen	43
5. Am Ende: Verdächtige Makellosigkeit	44
II. Geschichtstheorie: Ein Streifzug in drei Etappen	44
1. Vom Aufstieg und vermeintlichen Niedergang der Geschichtsphilosophie	45
2. Die doppelte Dimension der Sinnfrage	47
a) Teleologische Ansätze	48
aa) Aufklärung: Geschichte als lineare Fortschrittsgeschichte	49
bb) Hegel als Meta-Theoretiker der Geschichte	49
cc) Der Historismus als irrationale Rechtfertigung der Gegenwart	52
b) Ontologische Strukturen bei Reinhart Koselleck	57
c) Narrative Ansätze	60
aa) Narration als Anti-Historismus: Nietzsche und Lessing	60
bb) Die Entdeckung der Narrativität: Danto und White	63
cc) Popper und die Aufgabe des Sinns	67
3. Das Erkenntnisproblem	70
a) „Naiver Realismus“	70
b) Radikaler epistemischer Skeptizismus	70
4. Tertium do: Der Pragmatismus der Geschichtswissenschaft	73
III. Nochmals: Drei Miniaturen und zwei Notizen	75
1. Die argumentative Trägheit des Sachverhalts	75
2. <i>Invented tradition</i> des Berufsbeamtentums	77
3. Die vormoderne Wohnung	82
4. Zwei Notizen	85
5. Am Ende: Ein Trümmerfeld	87
<i>D. Positivität und Historizität</i>	89
I. Drei Haltepunkte aus der Geschichte der Positivität	90
1. Geschichte und Partikularität: Die Transformation des Naturrechts	90
a) Der Gewissheitsverlust der Religionskriege	91
b) Das Auge der Geschichte: Thomasius	92
c) Zeit in der Methode: Das Preußische Allgemeine Landrecht	93
2. Sattelzeit und System: Die Historische Rechtsschule	94
a) Eine Schule positiven Rechts?	95
b) Eine historische Historische Rechtsschule?	95

c) Historizität in der Historischen Rechtsschule	97
aa) Die Rechtsschule nach der Sattelzeit	97
bb) „Freyheit“ und Unterwerfung	98
cc) Bleibendes Petitum: Verhältnisbestimmung	99
d) Begriffsjurisprudenz als Gegenprobe?	100
e) Statt Meistererzählungen: Aporien	102
3. Erzählung und Gegenwart: Das Freirecht	104
a) Schillernde Zuschreibungen	105
b) Freies Recht und Geschichte	107
aa) Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik – getrennt	107
bb) Rechtsgeschichte und Rechtsmethodik – verbunden	108
cc) Geschichte als Konstitutivum und Kontinuum	109
c) Narrative Auslegung	111
aa) Zwischen Hegel und Historismus	112
bb) Historische Rechtserzeugung	114
Exkurs: Die andere objektive Theorie	116
d) Fazit: Positivitätstheoretischer Ertrag	118
4. Von der Empirie zur Theorie: Eine Rekapitulation	119
II. Eine Theorie der Positivität	121
1. Abgrenzung, Eingrenzung, Umgrenzung	121
a) Abgrenzung: Zeit und Recht und Geschichte	122
b) Eingrenzung: Positivismus und Positivität	122
c) Umgrenzung: Merkmale positiven Rechts	124
aa) Leerformel und Prisma: Kelsen	124
bb) Strukturauszeichnung: Luhmann	125
cc) Drei Merkmale der Positivität	127
2. Drei geschichtliche Dimensionen der Änderbarkeit des Rechts	129
a) Geltung	130
aa) Geltung kraft historischer Setzung	130
bb) Historischer Geltungsregress	131
cc) Neuausrichtung: Geltung und Geltendes	132
b) Verständnis	133
aa) Grundlegende hermeneutische Andersheit	133
bb) Kontraktualistisch inspirierte Übernahme ins Recht	135
cc) Positivitätstheoretische Gegenvorstellung: Evolution	138
dd) Neuausrichtung: Verständnis und Entscheidung	140
c) Urteil	141
aa) Historische Vergleiche allerorten	142
bb) Im Zentrum Leere	142
cc) Kulturwissenschaftliche Bestätigung	144
dd) Neuausrichtung: Urteil und Kollektiv	144

3. Recht und historische Identität	145
a) Pfadabhängigkeiten: Luhmann und Habermas	145
b) Orientierungswirkung kultureller Identitäten	146
c) Gegenprobe: Transnationale Rechtsschichten	147
III. Geschichte und Strategie: Drei Perspektiven	148
1. Teleologische Attraktionen und Aversionen	152
a) Vernunft in der Geschichte und dialektische Schroffheit	154
b) Zwischen Status-Quo-Legitimierung und Vernunftskepsis	155
aa) Juristischer Historismus	155
bb) Rationalität als Parlamentskritik	156
cc) Kohlers langer Schatten?	158
c) Zwischenfazit: Positivitätstheoretische Brechung	159
d) Ein Vermittlungsversuch bei Konrad Hesse	161
aa) Die normative Kraft des Faktischen	162
bb) Die faktische Kraft des Normativen	163
cc) Fazit: Dialektische Positivität	164
e) Ontologische Erleichterungen	164
aa) Von Maastricht nach Ägypten	165
bb) Von Begriffen zu Konzepten	166
2. Narrative Aversionen und Attraktionen	168
3. <i>Workaround</i> für Zertizität: Autonomie	171
a) Suggestion: Recht und Erinnerung	172
aa) Geltungssuggestion	173
bb) Intentionssuggestion	173
cc) Rezeptionssuggestion	174
b) Substitution: Recht und Realität	175
c) Exklusion: Recht und Geschichte	176
d) Fazit: Auch eine Kritik der Richtigkeitsansprüche	178
IV. Vom Nutzen und Nachteil	179
Teil II: Prämissen historischer Argumentation	185
<i>E. Prämissen und Verfassung</i>	187
I. Auftakt: Bleibender Bedarf	187
1. Drei Gründe für den Blick auf die rechtlichen Prämissen	187
2. Form, nicht Inhalt: Argumentgattungen	189
II. „Methodenfragen sind Verfassungsfragen“	190
1. Ein voraussetzungsvolles Diktum	190
2. Verfassungsfragen sind (auch) Verfassungstheoriefragen	192
3. Anforderungsprofil an die Verfassungstheorie der Methode	193
III. Verfassungstheoriefragen: Drei Studien	193
1. Verfassung als öffentlicher Prozess: Peter Häberle	195

2. Verfassung als Rahmenordnung: Ernst-Wolfgang Böckenförde	198
a) Forsthoffs Beitrag	199
b) Böckenfördes Werk	203
aa) Gemeinsamer Anspruch, anderer Ausgangspunkt	203
bb) Staatstheorie als Staatsrecht	204
cc) Der Ort der Methode	206
c) Exkulpation durch Differenz?	209
3. Neuausrichtung: Kelsens Rahmenordnung	209
a) Der Rahmenbegriff als hierarchisches Postulat	210
b) Kelsens Fragen als Methodenfragen?	212
c) Kelsens Methode: Das positive Recht	214
d) Merkl: Positives Recht als Bedingung für Methodik	215
e) Kognition und Argumentation	217
IV. Methodenfragen	222
1. Methodenfragen als Meta-Fragen der Ordnung	222
2. Materiale und funktionale Ordnung	222
3. Modale Ordnung	224
4. Logische Ordnung	224
a) Notwendigkeit historischer Relevanzbegründung	225
b) Verhältniswandlung und Zweckverfolgung	226
c) Das Schweigen der Logik	227
5. Zusammenschau: Welche Methodenfragen?	228
F. Drei Verfassungsfragen	231
I. Die Relevanzfrage: Bilder des demokratischen Legitimationssubjekts	233
1. Volk als Zentralbegriff historischer Relevanzbehauptung	233
2. Intertemporale Volksbegriffe: Drei Studien	235
a) Zeitlichkeit demokratischer Legitimation im Richterrecht	235
aa) Caveat: Richterrecht als unscharfer Suggestivbegriff	235
bb) Das Altern des Gesetzes	236
cc) „Unmittelbare demokratische Legitimität“ der Rechtsfortbildung?	238
dd) Neuausrichtung: Nicht abgestorben, sondern abgewandert	240
b) Zeitlichkeit demokratischer Legitimation in der Kettensemantik .	241
aa) Kettenkritik als Selbstauskunft	242
bb) Volk als beständiger Anker	246
cc) Prüfstein Europa	248
Exkurs: Böckenfördes Apostolizität	250
dd) Statt eines Zwischenfazits: Böckenfördes Republik	254
c) Zeitlichkeit demokratischer Legitimation in der Zukunftsgestaltung	256
aa) „Generation“ als betroffenendemokratischer Kompromiss . . .	257

bb) Antiparlamentarismen eines intergenerationellen betroffenendemokratischen Konzepts	259
cc) Volk als demokratisches Vergegenwärtigungsinstrument	261
dd) Rückblende: Zeitlosigkeit als Zurechnungsoption	263
d) Zusammenfassung: Wiederkehrende Fronten	264
3. Bedarf für Entscheidung: Was ist das Volk?	266
a) Plausibilität: Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte	266
aa) Anhaltspunkte für Partikularität und Kollektivität	267
bb) Anhaltspunkte für Intertemporalität	271
b) Probabilität: Dogmatische Tradition und historische Plausibilität	276
aa) Dogmenhistorische Traditionslinie	276
bb) Der vermisste Staat	278
c) Fazit: Historisches Argumentieren als Legitimitätsrekurs	279
II. Die Inhaltsfrage: Bilder des Gesetzgebers	280
1. Gesetzgeberisches Wissen als Verfassungsfrage	283
a) Kognitionssemantik	283
b) Arten gesetzgeberischen Wissens	286
c) Das Bild des Gesetzgebers als Regulativ	287
2. Drei Haltepunkte aus der Geschichte des Gesetzgebers	288
a) Das Gesetz als Vertrag	288
aa) Ausgangspunkt: Die Paktentheorie als Liberalisierungstechnik	289
bb) Problem: Nachteiligkeit in der Praxis	291
cc) Lösung: Verschränkung mit dem Parlamentsbild	292
b) Der Staat als Transzendenzbegriff	294
aa) Ausgangspunkt: Der autistische Staat	296
bb) Problem: Der Abschied vom Volksgeist	298
cc) Lösung: Wechsel im Parlaments- und Repräsentationsverständnis	301
dd) Zwischenfazit: Labands Verdienst	303
c) Der Gesetzgeber als Ich	304
aa) Irritation: Die Rückkehr des Gesetzgebers	304
Inkurs: Jellineks Methode	307
bb) Problem: Notwendigkeit einfachrechtlicher Neuorientierung	310
cc) Lösung I: Kohlers Pionierleistung	311
dd) Psychologie und Psychologisierung als Großtrends	313
ee) Lösung II: Hecks Gesetzgeber	317
3. Der bundesrepublikanische Parteienstaat: Rückspiegelungen, Brüche, Revitalisierungen	320
a) Leibholz, der Parteienstaat und das Bundesverfassungsgericht . . .	321
b) Kübler, die tote Kodifikation und die Demokratie	323
c) Parteienstaat und Ständestaat	325
4. Die Vertretung des ganzen Volkes als Kristallisierungspunkt	326

a) Labands Wiederkehr	327
aa) Transmissionsriemen: Amt	327
bb) Übersetzungsleistung: Abgeordnetenrecht	330
cc) Produkt: Purifizierte Gesetzgebung	335
dd) Limbus: Rationalisierungspflichten	336
ee) Fazit: Laband'sche Bigotterie	339
b) Das Unbewusste als parlamentarische Pointe	340
aa) Isensee: Sublimation menschlicher Triebhaftigkeit in Staatlichkeit	341
bb) Lepsius: Parlament als epistemische Bewusstseinssteigerung . . .	345
cc) Statt Mediatisierung: Renaturalisierungstendenzen	347
c) Naturale Repräsentation als Wissensakkumulation eines Arbeitsparlaments	350
aa) Günstige bundesrepublikanische Rahmenbedingungen	351
bb) Das ganze Volk der Fachpolitik	355
cc) Authentizitätsimperative?	355
5. Bedarf für Entscheidung: Was weiß der Gesetzgeber?	357
a) Wortlautnähe der Kollektivrepräsentation	359
b) Das Grundgesetz als Denaturalisierungsordnung	361
c) Alternative: Das nichtwissende Parlament	363
III. Die Kompetenzfrage: Bilder der Rechtsprechung	367
1. Anatomie eines Arguments	368
a) Herstellung: Eigenes Wissen des Gerichts	369
b) Darstellung: Weiterdenken des historischen Gesetzgebers	369
c) Erregungspotential einer Argumentfigur	370
aa) Gesetzgeberischer Wille als gemeinsamer Bezugspunkt	371
bb) Akteursabhängigkeit der Bewertung	372
cc) Die Schranken des Gerichts	373
dd) Kompetenzgebundene Erkenntnis	375
ee) Rechtsprechung unter dem Grundgesetz	376
2. Selbstbestimmung und Judikative	376
a) Individualität und Kollektivität als Legitimationsmatrix	377
aa) Das Grundgesetz als legitimatorisch-dualistische Ordnung . .	378
bb) Legislative als unproblematischer, Exekutive als prekärer, Judikative als komplizierter Fall	378
cc) Rechtsmethodik im Spiegel des Rechtsprechungsbegriffs	379
b) Rechtsprechung als Primärforum des Individuums	382
aa) Gerichte nach dem Ende des Rechtsstaats	383
bb) Gerichte nach dem Beginn der Demokratie	386
cc) Das Gericht der Einheit	391
dd) Fazit: Radikalisierung und Demokratisierung	395
c) Rechtsprechung als Raum kollektiver Verständigung	396

aa) Die Herrschaft des Prinzips als Herrschaft der Juristen	399
Inkurs: Integrationistische Polyvalenzen	404
bb) Die Herrschaft der Gesellschaft als Herrschaft der Juristen . .	405
cc) Die Herrschaft der Meinung als Ochlokratie	409
dd) Auch ein Fazit: Diversifizierung und Moralisierung	412
3. Entscheidung? Bundesrepublikanische Nabelschauen	414
a) Grundgesetzliches <i>non liquet</i>	415
aa) Verfassungsrechtliche Frugalität	415
bb) Verfassungsdogmatische Fruchtbarkeit	418
b) Zum Zustand der Bundesrepublik im achten Jahrzehnt	421
aa) Vom Aufgang bis zu ihrem Niedergang	421
bb) Historisch-dynamische Argumentation unter den Bedingungen von Verfassungsstaatlichkeit und Positivität	423
Schluss	427
<i>G. Drei Blickachsen</i>	429
I. Statik, Dynamik, Gestaltung	430
II. Autarkie, Autonomie, Dependenz	433
III. Geschichte, System, Vernunft	435
<i>H. Epilog</i>	438
Zusammenfassung in Thesen	441
Summary	453
Literaturverzeichnis	455
Personen- und Sachregister	513