

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	IX
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XIII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
Zur Zitations- und Verweistchnik . . . . .	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
C. <i>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
D. <i>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 Petitem: 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
E. <i>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
<i>F. Drei Verfassungsfragen . . . . .</i>	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 Zwischenfazit: 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 Kristallisationspunkt . . . . .	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 Nabelschau . . . . .	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
G. Drei Blickachsen . . . . .	429
I. Statik, Dynamik, Gestaltung . . . . .	430
II. Autarkie, Autonomie, Dependenz . . . . .	433
III. Geschichte, System, Vernunft . . . . .	435
H. Epilog . . . . .	438
Zusammenfassung in Thesen . . . . .	441
Summary . . . . .	453
Literaturverzeichnis . . . . .	455
Personen- und Sachregister . . . . .	513