

SEBASTIAN SCHWAB

Geschichte und Argument

*Grundlagen der
Rechtswissenschaft*
50

Mohr Siebeck

Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Marietta Auer, Horst Dreier und Ulrike Müßig

50



Sebastian Schwab

Geschichte und Argument

Studien zur
historischen Argumentation
im Recht

Mohr Siebeck

Sebastian Schwab, geboren 1994, Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und Berlin (HU), 2019–2023 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Staatskirchenrecht und Kirchenrecht in Göttingen, Forschungsaufenthalte in Frankfurt a. M., Wien und Oxford, seit 2023 Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg
<https://orcid.org/0000-0002-0071-5757>

Gedruckt mit Unterstützung der Strohmeier-Stiftung der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Diss. Göttingen 2023

ISBN 978-3-16-163526-7 / eISBN 978-3-16-163527-4
DOI 10.1628/978-3-16-163527-4

ISSN 1614-8169 / eISSN 2569-3964 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Garamond gesetzt in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Großeltern

Wer nicht aus der Geschichte herauskommt, erreicht keine absolute Position. Wer ohne absolute Position Philosoph sein will, begeht unsägliche fallacies. I like fallacy.
Doch wer das sagt, der wird böse' enden oder gar – widersinnsbeladen – als Skeptiker. Diese Warnung, die gut gemeinte, hat Pech: Der Skeptiker, der ich nicht werden soll, der bin ich ja schon.

Odo Marquard

Vorwort

Diese Untersuchung wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertationsschrift angenommen. Den Weg dorthin hat Prof. Dr. Hans Michael Heinig in besonderer Weise begleitet. Was ich über das öffentliche Recht weiß und denke, habe ich – ohne dass die hier ausgebreiteten Thesen irgendeinen Rückschluss auf seine Auffassungen zuließen – zum größten Teil von ihm gelernt. Nicht zuletzt hat seine Art, über Verfassungsrecht und Verfassungsrechtler in kritisch-ironischer Distanz zu sprechen, meinen Blick auf die Disziplin stark geprägt. Für sein freundliches Interesse an der Entwicklung der Arbeit und die Freiheit, meinen Gedanken und Neigungen zu folgen, die aufwändige Erstellung des Erstgutachtens trotz der Verpflichtungen als Dekan und alle weitere Unterstützung schulde ich ihm meinen tief empfundenen Dank. Für seine Tätigkeit als Zweitbetreuer und -gutachter danke ich Prof. Dr. Florian Meinel, der die Arbeit an manchen Stellen besser verstanden hat als ich selbst. Die Druckfassung hat davon sehr profitiert. Die überaus angenehme Leitung der Defensio übernahm Frau Prof. Dr. Inge Hanewinkel. Die Drucklegung wurde durch die Strohmeyer-Stiftung der Juristischen Fakultät großzügig gefördert.

Das vorliegende Werk befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand seiner Einreichung im September 2022. Insbesondere wurden Kommentarstellen nicht aktualisiert; es geht mir bei deren Zitation nicht um unbedingte Aktualität, sondern um die Kartographierung eines Debattenstands. Mit dem Generationenwechsel in der Herausgeberschaft (und der Benennung) einiger Grundgesetz-Kommentare, der seit der Einreichung der Untersuchung stattgefunden hat, sind sie selbst Teil deren staatsrechtlichen Historisierungsanliegens geworden. Einleitung und Schluss wurden neu gefasst. Vereinzelt wurden Entwicklungen und Neuerscheinungen in den zahlreichen Teilgebieten, in denen sich diese Schrift bewegt, nachgetragen.

Mancherlei spezifisch österreichische Wahrnehmung hat ihren Eingang in die Schrift erst nach ihrer Einreichung gefunden, als ich die Gelegenheit hatte, ein halbes Jahr als Gastwissenschaftler am Hans-Kelsen-Institut in Wien zu verbringen. Für den anregenden Austausch dort habe ich Prof. Dr. Clemens Jabloner zu danken. Den Kontakt nach Wien stellte Prof. Dr. Matthias Jestaedt her, der auch ein frühes Stadium der hier präsentierten Überlegungen genügen ließ, um das Projekt der Studienstiftung des deutschen Volkes erfolgreich für ein Promotionsstipendium vorzuschlagen. Für beides bin ich ausgesprochen dankbar. Einige angelsächsi-

sche Perspektiven auf das hier verhandelte Problem flossen ebenfalls erst im Nachgang durch einen Forschungsaufenthalt in Oxford ein. Ermöglicht durch die finanzielle Unterstützung der Göttinger Universität, der Adam-von-Trott-Stiftung und der Colleges Balliol und Mansfield, eröffneten mir Gespräche mit Prof. Dr. Wolfgang Ernst und Prof. Dr. Timothy Endicott (beide All Souls) neue Einsichten.

Die allermeisten dieser Überlegungen sind freilich in der Zurückgezogenheit eines kleinen Göttinger Büros unter pandemischen Bedingungen entstanden. Einsam war die Zeit nicht. Prof. Dr. Stefan Haas hat es auf sich genommen, als Experte mein laienhaftes Kapitel zu den geschichtstheoretischen Großentwürfen zu kommentieren. Dr. Ferdinand Webers Zuspruch in Kaffeerunden an der frischen Luft, sein scharfer Verstand und sein Sprachwitz haben sich immer wieder den Weg zwischen die Zeilen gebahnt. Der „Lesekreis Grundlagen“, den er, Sabine Klostermann und ich gründeten, um die Zeit ausbleibender lokaler Begegnungen durch Zoom-Vernetzung zwischen Göttingen, Freiburg, Frankfurt und anderen Orten zu kompensieren, war ein wichtiger Resonanzraum für manche These. Dorothea Keiter, die auch von Anfang an dabei war, hat mir zudem im Rahmen eines Forschungsaufenthalts am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in Frankfurt am Main einen lebenswürdigen Empfang bereitet. Mit großem Einsatz haben die Hilfskräfte des Göttinger Lehrstuhls Anna Schmerfeld, Henry Fermor, Rasmus Stumpf und Tim Becker den Text Korrektur gelesen; Mariana Amoyan hat die Erstellung des Literaturverzeichnisses maßgeblich gefördert. Ihnen sei auch stellvertretend für all die anderen Hilfskräfte aller Dienst gedankt.

Eine zusätzliche Korrekturlese war nur die unbedeutendste Tätigkeit, die meine Eltern Silvia und Uwe Schwab übernahmen. Sie, mein Bruder Alexander Schwab sowie nunmehr auch Verena Pfaff trugen und tragen mich seit Jahren mehr als alle anderen. Hinzu kommen meine lieben Freunde – die bisweilen mit den Thesen der Arbeit, immer aber mit ihrem Verfasser beschäftigt waren: Jonas Blankenburg geb. Danner, Dr. Tim Burger geb. Pöhlmann, Maike Carstensen, Torben Hanhart, Cécile Huber und P. Jan Edelstein geb. Richer. Besonders hervorgehoben seien Ruwen Fritsche, Jan-Henrik Hinselmann, LL.M. (NYU), und Dr. Alexander Osterkorn, die nicht nur zu meinen innigsten Vertrauten gehören, sondern mit denen zusammen Habermas zu lesen eines der amüsantesten Erlebnisse meiner Studienzeit war.

Ihnen allen könnte dieses Buch gewidmet sein – ist es aber nicht. Zugeeignet sei es zwei Menschen, denen weder Ende noch Beginn der Arbeit an ihm mitzuerleben vergönnt war, die es wohl auch nicht gelesen hätten, die aber stolz gewesen wären. Ich widme dieses Buch meinen Großeltern, die jeden Tag fehlen.

*Zwischen Göttingen und Hamburg
im Advent 2023*

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
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 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
<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 Zwischenfazits: Böckenfördes Republik	254
c) Zeitlichkeit demokratischer Legitimation in der Zukunftsgestaltung	256
aa) „Generation“ als betroffenendemokratischer Kompromiss . . .	257

bb) Antiparlamentarismen eines intergenerationellen betroffendemokratischen 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
<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

Abkürzungsverzeichnis

BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BT-PlPr.	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
i. O.	im Original
Parl. Rat	Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle (hrsg. für den Deutschen Bundestag und vom Bundesarchiv), Boppard am Rhein/München 1975 ff.
PrGS	Gesetz=Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RV	Reichsverfassung (von 1871)
StGBL.	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich

Zur Zitations- und Verweistechnik

Umgang mit Nobilitierungen – Im 19. Jahrhundert war die Nobilitierung eine gängige Auszeichnung für Gelehrte. Dahinter steckte manchmal auch eine politische Taktik; Rückschlüsse von der Erhebung in den Adelsstand auf die eine oder andere Präferenz in Streitfragen liegen in einer Zeit, in der es noch „Herrenhäuser“ und echte „Erste Kammern“ gab, jedenfalls nicht fern. Personen, die im Laufe ihres Lebens geadelt wurden, werden hier gemäß alter Sitte in den Fußnoten mit einem ausgeschriebenen „von“ bezeichnet; Personen, die ihren Stand ererbt haben, werden traditionsgemäß mit „v.“ kenntlich gemacht. Verzichtet wurde auf die Nennung des Prädikats bei Personen, die erst im frühen 20. Jahrhundert geadelt wurden (Beispiel: Philipp Heck).

Querverweise – Verweise auf andere Fußnoten beziehen sich, wenn „Fn.“ nichts vorangestellt ist, auf den Abschnitt, in dem sie stehen. Wo zwischen Abschnitten verwiesen wird, wird der Fußnote der jeweilige, den Abschnitt bezeichnende Buchstabe vorangestellt (also „Fn. 255“, wenn innerhalb des Abschnitts D. auf die Fußnote verwiesen wird, dagegen „Fn. D-255“, wenn in Abschnitt F. auf sie Bezug genommen wird).

Grundlegung

A. Einführung

Historische Argumente im Recht werden derzeit weder in ihrer Tragweite noch in ihrer Vielfalt, weder in ihrem Implikationenreichtum noch in ihrem Potential angemessen verstanden. Allenthalben werden sie reduziert: Manchen Rechtsmethodikern zufolge sollen sie Gewähr für Sicherheit und Seriosität juristischen Arbeitens bieten; anderen taugen sie als willfährige Erregungsfiguren, die aus der Motenkiste zu holen sich eigentlich immer lohnt. Fast alle statten sie mit einem Pathos aus, das entweder gravitatisch oder skurril anmutet – und nicht selten beides zugleich. Und praktisch immer wird hierzulande historische Argumentation gleichgesetzt mit der sehr spezifischen, ja, eigenartigen Spielart der „subjektiv-historischen Auslegung“ mithilfe von „Gesetzesmaterialien“. Die vehementen Angriffe auf diese „Methode“ sind bekannt. Die Frontverläufe sind verhärtet. Wer sich diesseits oder jenseits im Schützengraben tief eingegraben und gar häuslich eingerichtet hat, meint, es gehöre zu den spannenden Fragen des Fachs, ob das Bundesverfassungsgericht der eigenen Position die Weihe gespendet hat.¹

Die vorliegende Untersuchung möchte zwischen die Fronten geraten. Ihr ist nicht zuvörderst darum zu tun, irgendeine Methodik zu rehabilitieren oder zu diskreditieren. Sie interessiert sich eigentlich gar nicht recht für eine bestimmte *Methode*. Sie fragt vielmehr – und hoffentlich viel nüchterner – nach den Bedingungen der Möglichkeit, historisch im Recht zu argumentieren. Es geht also nicht um Methode (jedenfalls nicht im herkömmlichen Sinne), sondern um die ihr zugrundeliegende *Struktur*. Und diese Struktur historischen Argumentierens belehrt, wie sich zeigen wird, zugleich über Grundentscheidungen der deutschen Verfassung und darüber, was positives Recht ausmacht.

¹ Eine Trendwende zu (s)einer „subjektiven Theorie“ postulierte infolge von BVerfGE 128, 193 [2011 – Nachehelicher Unterhalt] insbesondere *Rüthers*, NJW 2011, 1856, der sie schon zwei Jahre zuvor (ders., *Rechtstheorie* 40 [2009], 253 [280ff.]; ders., NJW 2009, 1461) mit Blick auf ein Sondervotum (BVerfGE 122, 248, 282 [2009 – Rügeverkümmern, Sondervotum I]) prophezeite; ebenso *Höpfner*, RdA 2018, 321 (323f.), der von einer Neuausrichtung spricht; eine Wende suggeriert auch *Fleischer*, *Gesetzesmaterialien*, in: ders. (Hrsg.), *Mysterium*, S. 1 (12ff.). Kritisch *Wischmeyer*, *Zwecke*, S. 352 Fn. 143. Ausführlich zur (Un-)Haltbarkeit dieser These nun *Krükel*, *Rechtstheorie* 51 (2020), 301 (318ff.). Vgl. auch Fn. F-500. Dass es ohnehin eine müßige Angelegenheit sein könnte, dem Gericht ein einheitliches Methodenprogramm anzuschreiben, ist desungeachtet eine Position, die von gestandenen Verfassungsrichtern schon lange vertreten wird: Siehe *Hesse*, *Funktionelle Grenzen*, in: FS H. Huber, S. 261 (272 Fn. 36); *W. Geiger*, *Verhältnis*, in: ders., *Selbstverständnis*, S. 5 (11f.).

Historische Argumente, so das Leitmotiv dieser Untersuchung, versteht man nämlich nur angemessen in einem Zwischschritt, der derzeit weder in der einen noch der anderen Hinsicht geleistet wird. Sie bedürfen – erstens – einer viel grundsätzlicheren, und zwar einer abstrakt rechtstheoretischen, Betrachtung als Grundstruktur positiven Rechts. Das ist das Schrifttum über die „historisch-genetische Auslegung“ vorzunehmen nicht imstande. Zweitens aber muss die Analyse zugleich viel konkreter und kleinteiliger sein, sich auf das positive Recht tatsächlich und viel ernsthafter einlassen, als die an Pauschalitäten und Plattitüden nicht selten reiche Methodenlehre willens ist. Denn in den partikularen Arrangements positiver Rechte entscheidet sich, welche historischen Argumente warum durchdringen können – und welche scheitern müssen.

I. Die Rechtllichkeit des Rechts

Eine auf den ersten Blick scheinbar triviale Bedingung historischen Argumentierens ist, überhaupt unter einem Recht zu leben, dem die institutionellen Voraussetzungen für Geschichtlichkeit eignen. Was heutigen Rechtsanwenderinnen in Gestalt eben historischer Argumente so selbstverständlich daherkommt, ist historisch und theoretisch eine wechselhafte und voraussetzungsreiche Angelegenheit. Historische Argumente sind mithin selbst erst historisch geworden. Der Blick auf diese Entwicklung zeigt: Damit Recht historisch erschließbar ist, muss es positiv sein. Und auch umgekehrt: Positives Recht kann nicht anders als in einer strukturell historischen Perspektive gedacht werden. Was sich ideengeschichtlich nachzeichnen lässt, lässt sich hernach auch aus dem Begriff der Positivität heraus rekonstruieren.

Positives Recht *als* historisches Recht anzuerkennen, eröffnet sodann erst den Spielplatz für historische Argumentation. Das alltägliche juristische Erleben lehrt, dass *im* Recht ständig historisch argumentiert wird – und zwar oftmals von beiden Seiten in einer Auseinandersetzung. Man streitet um Fakten und, mehr noch, um ihre Deutung. Das geschieht natürlich zuvörderst aus einem ganz speziellen, strategischen Interesse. Dabei vermitteln diese Argumentationen aber geschichtstheoretische Erwartungen und Voreinstellungen, die wiederum auf den Argumentationsgang zurückwirken und ihn bisweilen gar vorspuren. Im Rücken konkreter Argumente werden auf diese Weise große Fragen verhandelt; will man die jeweiligen gedanklichen Bewegungen verstehen, muss man auf die abstrakten Stellschrauben blicken, die ihre Bahn justieren. So erhellt, wie historische Argumente – ganz dem Charakter von Argumentation entsprechend – mal anfechten, mal fördern, die eine beflügeln, den anderen bestürzen.

In dem diesen Überlegungen gewidmeten ersten Teil der Untersuchung (C. und D.) sind historische Argumente gewissermaßen der Schlüssel zur Rechtllichkeit des Rechts: Positives Recht wird als historisches Artefakt ausbuchstabiert, das immer

wieder auf historische Bezüge verwiesen ist, und das im Spiel verschiedener historischer Überzeugungen zwar einerseits überhaupt nur funktionieren kann, andererseits aber ständig zerrieben zu werden droht. Denn in dem geschichtstheoretischen Konflikt zwischen (vorgegebenem) Sinn und (nachträglicher) Sinnbildung, zwischen Teleologie und Narration, spiegelt sich letztlich das Grundparadoxon positiven Rechts, vernünftig-systematisch sein zu wollen, aber Machbarkeit und Offenheit für arbiträr-politische Änderung bewahren zu müssen. Historische Argumente sind, so ein Ergebnis des ersten Teils, strukturell zwingend – aber in der Anwendung bleiben sie prekär.

II. Die Plastizität des Positiven

Dieses Changieren zwischen Selbstbehauptung und Niedergang lässt sich von einer rechtsordnungstranszendenten Warte aus nur unbefriedigend beschreiben. Wie sich geschichtsphilosophische Überzeugungen in konkrete rechtliche Argumente übersetzen, welchen Stellenwert historische Argumente tatsächlich haben und beanspruchen können – all das entscheidet sich letztlich nicht am Reißbrett einer entgrenzten Theorie. Positives Recht ist partikular. Was hierorts stimmt, kann andernorts falsch sein.

Um das Eine vom Anderen im Kontext einer bestimmten Rechtsordnung zu unterscheiden, bedarf es darum des Blicks auf Normen des partikularen positiven Rechts. Diesem gilt der zweite Teil (E. und F.). Rechtsmethodik wird in partikularen Normen kleingearbeitet. An Arbeiten, die dem Rechnung tragen, fehlt es bislang. Liest man deutsche Methodenlehrbücher, könnte man dem Glauben verfallen, in Frankreich oder den Vereinigten Staaten dürfte nichts Anderes gelten. Zu dem geflügelten Wort deutscher Methodenlehre, Methodenfragen seien Verfassungsfragen, steht dieser methodische Universalisierungsdrang in eigenartigem Widerspruch. Denn Pauschalinvokationen „des Demokratieprinzips“ sind zur Distinktion wenig erhellend.² Frankreich und die USA sind ja auch Demokratien und nuancieren ihre Rechtsmethodik dennoch anders. Kurzum: Die Standortabhängigkeit der eigenen Postulate wird kaum je kenntlich gemacht. Wird das Grundgesetz aber allenfalls *colorandi causa* oder zum Zwecke des Richtigkeitsbeweises des zuvor Gefolgerten herangezogen, bleibt das eigene Bonmot unverstanden.

Das muss nicht so bleiben. Spürt man einigen Entfaltungen des Demokratieprinzips – und zwar des grundgesetzlichen, nicht eines blutleer-elfenbeinernen – nach, wird deutlich, wie sehr methodische Herangehensweisen von konkreten verfassungsrechtlichen Weichenstellungen abhängen. Je nachdem, wie man bestimmte Akteure des Verfassungslebens zueinander positioniert, wie man wem Kompeten-

² Jüngst aber wieder *Beaucamp*, JZ 2023, 581 (584f.).

zen zuschreibt, und welche Lesart man von der Verfassung hat, legen sich ganz unterschiedliche rechtsmethodische Gebote zu erkennen nahe. Die Arbeit rekonstruiert diese Verweisungszusammenhänge anhand drei zentraler verfassungsrechtlicher – und zugleich rechtsmethodischer – Fragestellungen. In den Blick geraten Normen über das Legitimationssubjekt, über das Parlament und seine Abgeordneten, und über das Verhältnis der Staatsgewalten untereinander. Diese Studien zu Fragen der deutschen Verfassungsdogmatik und ihren subtilen, aber signifikanten Einflüssen auf methodische Vorgehensweisen sind notwendig kleinteilig. Wer also Rechtsmethodik oder Geschichtsphilosophie erwartet, wird Verfassungsrecht bekommen. Die Befunde legen insgesamt zwar eine Wahrnehmung des Grundgesetzes als eine dezidiert politische Ordnung nahe, die für die Geltendmachung historischer Argumente unterschiedlicher Couleur günstige Voraussetzungen schafft. Doch stehen die hier unternommenen Studien nicht für mehr als für das, was sie sind. Sie illustrieren durch ihre Partikularität die Plastizität des positiven Rechts: Nur das positive Recht schafft es, Dinge in Formen zu legen, die ungelenkt, unwahrscheinlich und mit dem kalten Blick der Theorie vielleicht gar unsinnig scheinen. Dass positives Recht plastisch ist, ist gerade der Reflex des Umstands, dass es sich dem Anliegen der Systematik nicht leichthin zu beugen braucht. Dem folgen zwei Imperative nach: Erstens, zur Beantwortung rechtsmethodischer Fragen bei spezifischen Normen nachzusehen, und zweitens, aus den erhaltenen Antworten nicht abermals rechtsmethodische Großformeln abzuleiten. So bleiben einzelne Thesen disparat, ja, widersprüchlich; die Ergebnisse am Ende sind vage. Darin illustrieren sie ganz praktisch ein hintergründiges Anliegen dieser Arbeit, aber rechtverstanden auch eine allgemeine Funktion von historischen Argumenten im Recht: Gewissheiten aufbrechen und Kontingenz offenlegen.

III. Historische Argumente als Abbild der Positivität des Rechts

Ganz entgegen der üblichen Sichtweise hat historisches Argumentieren nämlich wenig mit Sicherheit zu tun. Damit stehen historische Argumente *pars pro toto* für positives Recht überhaupt. Denn, so der erste Teil, positives Recht ist ja nichts weiter als historisches Recht, das zwischen Öffnung und Schließung, dandyistischer Beliebigkeit und sklavischer Determination hindurchmanövrieren muss. Dessen unterschiedliche Gestaltungen sind, zweitens, nur im Bezug auf präzise Fragestellungen verstehbar und nicht aus irgendwelchen Prinzipien ableitbar.³

Weil positives Recht grundsätzlich beliebig änderbar, also in die Zukunft offen und permanent dynamisch, ist, sind historische Argumente Stellvertreter und

³ Diese Trennungsthese steht am Beginn moderner Positivismen. Zu den paradigmatischen Trennungsthesen im Werk Kelsens siehe *Jestaedt*, Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit, in: GS R. Walter, S. 219.

Sinnbilder praktisch unbegrenzter Offenheit und größter Kontingenz. Zugleich aber sind sie auch Anschauungsobjekte für die Zwingkraft von Pfadabhängigkeiten und die Sehnsucht nach Berechenbarkeit. Sie führen Voraussetzungsreichtum, Folgenreichtum und auch Fragilität einer Ordnung vor Augen, die auf die Kraft menschlicher Setzung vertrauen muss. Historische Argumente sind ein Panoptikum der Positivität und ein Prisma der Verfassungsstaatlichkeit. In historischen Argumenten zeigt sich, wie sich ein Recht zu sich selbst verhält, wie es seine Erzeugungsbedingungen reguliert und seine eigene Bearbeitung reglementiert. Dafür gibt es keine Faustformel und keine Blaupause.

IV. Reflektierte Rechtsmethodik als Querschnittsdisziplin

Es geht in dieser Arbeit um das Zusammenspiel von Recht und Geschichtlichkeit in juristischer Argumentation; die Untersuchung kreist um die Struktur, die Funktionsweise und den Stellenwert historischer Argumente im Recht. Sicher kann, wer will, in ihr ganz eigene Narrative und Meta-Narrative der deutschen Staatsrechtslehre und ihrer Geschichte identifizieren. Und doch ist diese Schrift nicht zuvörderst eine rechtshistorische Untersuchung. Ihr Ziel ist nicht „Jurisprudenzfolklore“⁴. Zwar bedient sie sich bisweilen rechtshistorischer Methoden und steigt manchmal tief in die Geschichte hinab; doch dies geschieht stets um Willen eines anders laufenden Interesses. Auch geht es keineswegs um eine Reanimation der notleidenden⁵ Rechtsgeschichtstheorie. So wünschenswert sie vielleicht wäre,⁶ könnte sie doch zur anwendungsorientierten Fragestellung nichts beitragen. Wenn sich im Positivismus Normen von ihren Ursprüngen emanzipiert haben,⁷ können sie auch nur durch die Rechtstheorie wieder verbunden werden.⁸ Ferner soll diese Arbeit natürlich einen Beitrag zu einigen, nach hiesigem Dafürhalten unterreflektierten oder irrig geführten verfassungsdogmatischen Debatten leisten. Dafür trifft sie auch selbst verfassungsrechtliche Aussagen. Aber Verfassungsrecht profitiert davon, nicht in Selbstgenügsamkeit betrieben zu werden. Weil es um die Bedingung der Möglichkeit historischen Argumentierens geht, ist das Ziel verfassungsrechtlichen Nachdenkens hier, schließlich auf die methodischen Auswirkungen verfassungsrechtlicher Setzungen zu reflektieren. Verfassungsdogmatik als wissenschaftlicher Widerstreit verfassungsrechtlicher Deutungsangebote soll ihre methodische Unschuld verlieren.

⁴ Jestaedt, *Verfassung hinter der Verfassung*, S. 25.

⁵ Siehe Oestmann, *Drei Blickwinkel*, S. 1; Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben*, S. 12f., 16f.; Jansen, *Recht und gesellschaftliche Differenzierung*, S. 3.

⁶ Anders wohl etwa Kiesow, *Rg* 3 (2003), 12 (12); Duve, *KritV* 97 (2014), 96 (127), die der Frage nach der praktischen Bedeutung der Rechtsgeschichte eher ernüchert begegnen.

⁷ Vgl. Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 289.

⁸ Aussichtsreich jüngst Techet, *ZÖR* 76 (2021), 1329.

Wer sich in diesem Rahmen einfache Antworten verspricht, wird wohl enttäuscht werden müssen. Während Rechtsmethodik darauf aus ist, es sich leicht zu machen, nämlich aufgrund prozessualer Standards standardisierte Urteile auszugeben, will diese Arbeit es sich schwer machen. Denn Methoden sind voraussetzungsreich, aber wortkarg: Sie legen ihre Voraussetzungen nicht offen, weil sie sonst nicht funktionieren würden. Mit der Transparenz schwindet zugleich die Möglichkeit, die impliziten Prämissen zu hinterfragen. Werden diese expliziert, scheint auf, wie wenig selbstverständlich Methodik ist. Es ist Anliegen dieser Arbeit, eine reflektierende Rechtsmethodik zu skizzieren, die ihre Genese aus institutionellen Arrangements, politischen Einschätzungen und Wertungen, theoretischen Hintergrundannahmen und strategischen Agenden offenlegt und epistemische Defizite nicht unterschlägt. Also: Weniger Methodik, mehr Blick hinter die Kulissen wagen.

V. Kosmopolitische Provinzialität

Werkzeug für dieses Vorhaben ist ein Argumentationsmodell, das rechtspositivistisch-kelsenianisch inspiriert ist.⁹ Es strukturiert den Untersuchungsgang, indem es zwischen den Motiven und Strategien historischer Argumentation und ihren Prämissen sowie zwischen externer und interner Betrachtung unterscheidet. Es wird zu Beginn dieses Buchs eingeführt (B.) und hernach für die dogmatisch-juristische Arbeit zugespitzt (E.).

In diesem Argumentationsmodell sind die wesentlichen theoretischen Vorentscheidungen beschlossen. Aus ihm folgt überhaupt die Möglichkeit – dem Leitmotiv der Arbeit entsprechend –, zum angemessenen Verständnis historischer Argumente eine starke Abstraktion im ersten Teil mit einer nachdrücklichen Konkretisierung im zweiten Teil zu kontrastieren. Es gebietet dort auch die exklusive Fokussierung auf einen spezifisch deutsch-dogmatischen Zugriff. Denn die kosmopolitische Pointe der Reinen Rechtslehre ist ja gerade, dass daraus, dass anderswo Dinge anders oder (scheinbar) gleich sind, für eine Rechtsordnung, die von einer anderen höchstrangigen Rechtsnorm verfasst ist, nichts folgt. So interessant es darum wäre, die Prämissen historischer Argumente verfassungsvergleichend zu diskutieren, so fruchtlos wäre es auch. Amerikanischer *Originalism* und englisches *Common Law* tauchen darum hier nur dann auf, wenn ihre Beziehung geeignet ist, Inspirationswege offenzulegen, Extrempositionen zur Schärfung des Arguments ins Feld zu führen oder Aussagen mit rechtsordnungstranszendendem Anspruch zu bestätigen oder zu widerlegen.

⁹ Dazu nun ausführlich *mein* Aufsatz in ARSP 2024, 105.

VI. Mehr als Vergangenheit, weniger als Schicksal

Recht ist nur eine Funktion einer ausdifferenzierten Gesellschaft. Die im Hintergrund mitlaufende gesellschaftspolitische These dieser Arbeit lautet: Versteht man die Wirkweise historischer Argumente im Recht, versteht man auch Wagnisse und Wege aktueller gesellschaftlicher Entwicklungen besser.

Das tut Not. Denn der Gegenstand dieser Arbeit ist nicht nur Angriffs- oder Verteidigungsmittel in Auseinandersetzungen, sondern zunehmend auch selbst Angriffen ausgesetzt. Es ist beispielsweise nicht mehr selbstverständlich, Verantwortung für historisches Unrecht zu übernehmen. Solche Schlussstrich-Debatten leben von einer spezifischen Vorstellung über den argumentativen Stellenwert von Geschichte. Sie stellen darauf ab, dass mit dem Vergehen von Zeit allmählich auch die Bedeutung des Vergangenen vergeht. So intuitiv das zunächst ist, so wenig zwangsläufig ist diese Behauptung in einem juristischen Kontext. Positives Recht ist formbar, schließt Deutungen der Welt auf und erzeugt Gegenwelten. Wenn positives Recht nicht durch eine anonyme Entität geformt ist, sondern in einem emphatischen Sinne von *uns* geformt wird, ist in der Entscheidung, Historischem eine bleibende und ungeminderte Bedeutung beizugeben, eine anspruchsvolle Gegenwelt entworfen, die zu bewahren dem Recht und seinen Erzeugern obliegt. Geschichte ist also mehr als Vergangenheit: Vergangenheit entsteht schlicht mit dem Verstreichen von Zeit; Geschichte aber entsteht mit den Menschen, die sie erzählen und sich auf diese Weise zu ihr verhalten. In historischen Argumenten beschreibt eine Gesellschaft ihr Sein und Geworden-Sein und entwirft Pläne für ihr Werden. In der Konfrontation mit historischen Argumenten begegnet man im Guten wie im Schlechten, in Affirmation und Aversion menschlichem Seinkönnen.

Und weil Geschichte nicht nur erzählt, sondern auch in die Zukunft hinein gemacht werden kann, ist sie weniger als Schicksal: Positives Recht als Modus, Verhältnisse abzubilden und zu ändern, ist selbst änderbar. Nicht immer ist alles zugleich änderbar, aber ein demokratisches und positives Recht zu haben, heißt auch: Im Ideal der Rechtstheorie sind wir nicht Opfer unserer Geschichte. Das verlieren progressiv sich Gerierende aus dem Auge, die die Geschichtlichkeit des Rechts als Hemmschuh für notwendige Reformen betrachten. In naturrechtlicher Gewissheit deduzieren sie aus einem dem (jeweiligen) Zeitgeist abgelauschten Wissen. Doch diese Selbstviktimisierung ist von den Traumbildern des gegnerischen populistischen Revisionismus abhängig. Sie umgeht den Stachel kritischen historischen Argumentierens. Sie schöpft keine Kraft aus der produktiven Absetzung von eigener Geschichte. Stattdessen gewinnt sie diese wurzellos und mühsam immer wieder neu aus der Inbrunst eigener Überzeugung. Auf Dauer wird eine Gesinnungsjurisprudenz aber weder positiv noch in basaler Weise irgendwie liberal sein können.

Nur insoweit diese Arbeit solche Angriffe auf ihre Substanz befragt, Inkonsistenzen offenlegt und ihre Deutungsansprüche anhand des vorhandenen Rechts und seiner Struktur diskutiert, möchte sie tatsächlich historische Argumente ver-

teidigen – weil vom Erfolg dieser Verteidigung mehr als die Gestalt des Rechts abhängt. Denn so sehr diese Arbeit in Aufbau und Anliegen auch in ihren rechtsgeschichtlichen, geschichts- und verfassungstheoretischen sowie verfassungsdogmatischen Abschnitten ein rechtstheoretisches Erkenntnisinteresse verfolgt, so sehr lässt es sich auf Fragen zuspitzen, die über dieses hinausreichen: Warum kommt man an historischen Bezügen nicht vorbei? Was hat Geschichte mit unserer rechtlichen Gegenwart und Zukunft zu tun? Wann wird Geschichtsbesessenheit zum Problem, wann Geschichtsvergessenheit? All jene Fragen sind in einem demokratischen Gemeinwesen rückführbar auf eine einzige, fundamentale Frage: Wer sind wir; und wer wollen wir sein? Wer (über) historische Argumente im Recht spricht und schreibt, streitet über mehr als über ein bestimmtes Paragraphenverständnis. Denn zwar setzt man sich selbst bei jeder Argumentation – juristischer allzumal – in gewisser Weise „aufs Spiel“¹⁰. Doch für rechtliche Argumente, die das eigene Herkommen als Person oder Kollektiv berühren, gilt dies in besonders eingängiger Weise. Im historischen Argumentieren werden Weltansichten und Verfassungsordnungsvorstellungen mitentworfen. So ist das Anliegen dieser Untersuchung auch ein Stück Vergewisserungsarbeit. Man sollte wissen, was – und zu welchen Kosten – man verliert, wenn man die Geschichte ihre (Un-)Toten begraben lässt.

¹⁰ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, S. 338, vgl. auch 304.

Personen- und Sachregister

- Abgeordnetenbild *siehe* Gesetzgeberbild; Vertretung des ganzen Volkes
- Abgeordnetenrecht 330–334
- Ähnlichkeit *siehe* Vergleich
- Aktualisierung (Rechtsanwendung) 99f., 108f., 115f., 141–145; *siehe auch* Argumente, historisch-dynamische
- Akzeleration 381f., 397, 409
- Alexy, Robert* 26–28, 75f., 224
- Allgemeine Staatslehre 167
- Allwissen *siehe* Gesetzgeberbild, idealistisches
- Altern der Kodifikation *siehe* Richterrecht, zeitliche Implikationen
- Amtsbezug 327–329, 361; *siehe auch* Abgeordnetenbild
- Ancilla jurisprudentie* 44
- Änderbarkeit des Rechts
- Geltung *siehe* Geltung (Rechtsanwendung)
 - Konflikt mit Rechtlichkeit als Sicherheit 178f.
 - Konflikt mit Teleologien 159–161, 180, 425
 - Urteil *siehe* Aktualisierung (Rechtsanwendung)
 - Verständnis *siehe* Verständnis (Rechtsanwendung)
- Apologie des Tatsächlichen 57, 61, 160
- Aporetische Konstellation 102–104, 120, 157, 425
- Argumentation 16–24, 181, 217–221
- Argumente, historisch-dynamische 367–426
- Akteursabhängigkeit der Bewertung 372–376
 - als Argumente der Mitte 414
 - aus individualistischer Perspektive 385f., 390f., 393–395
 - aus kollektivistischer Perspektive 401–404, 408f., 411f., 414
 - Beschreibung 223, 226f., 369f.
 - verfassungsgeschichtspolitische Abhängigkeit ihrer Bewertung 421–423
 - verfassungsrechtliche Anschlussfähigkeit 415–421
- Argumentgattungen
- Definition 189
 - historischer Argumente 222–228
- Aufklärung 49, 92f., 153
- Auslegung
- historische 3f., 30–32
 - Konzeptkritik 12–16
- Autonomie des Rechts 23–25, 169, 171–179, 187–189
- Begriffsjurisprudenz 100–102, 105, 299f.
- Betroffendendemokratie *siehe* Volksbegriff, Individuum und
- Bikonfessionalität 91f., 150
- „bloß sagen, wie es eigentlich gewesen“ 55, 70, 85, 149
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang* 96f., 198f., 203–209, 252–255, 329
- Bryde, Brun-Otto* 241, 248–250, 393, 422; *siehe auch* Krüger, Herbert
- Bundesverfassungsgericht
- Erzieherfunktion 387f., 400f., 406
 - Kritik 386–388, 392f.
 - Sachverhaltsdarstellung 41f., 75–77
 - Selbstdarstellung 77, 322f., 364–367
- chain novel* 155, 170
- Common Law* 8, 111, 132f., 154f., 170
- Danto, Arthur C.* 64f.
- Demokratieprinzip 191f., 231–233; *siehe auch* Volksbegriff; Gesetzgeberbild; Rechtsprechung

Droysen, Johann Gustav siehe Historismus

Ehrlich, Eugen 109–111

emplotment 65–67, 174, 178f.

„Epochale Gegenwart“ 130, 133

Erkenntnistheorie 70–75, 216f., 345–347;

siehe auch Kognition und Dezision

Europarecht 136f., 152f., 230, 248–250

Evolution 138–140, 173

Forsthoff, Ernst 199–203, 206f., 383–386

Freirecht 104–119, 306f.

Frühkonstitutionalismus siehe Paktentheorie

Gadamer, Hans Georg 16, 133f., 150

Gedächtnis, kollektives 146f., 172f.

Geltung (Rechtsanwendung) 130–133, 173

Geltung, intertemporale 274–276

Generationengerechtigkeit 257–264

Geschichtlichkeit siehe Historizität

Geschichtsphilosophie 46f.

Geschichtstheorie 44–75, 179–181

– bei *Koselleck* siehe *Koselleck, Reinhart*

– der Aufklärung 49, 92f.

– des Historismus siehe Historismus

– hegelianische 49–52, 103f., 113, 153f.;

siehe auch *Hegel, Georg Friedrich*

Wilhelm

– narrative 60–70, 86f.

– teleologische 48–60

Gesetzesbindung 18–20; siehe auch Recht und Gesetz

Gesetzesmaterialien 31f., 149, 229, 282f.

Gesetzgeberbild 287–367; siehe auch

Wissen, gesetzgeberisches

– idealistisches 296–304; 327–340

– naturales 288–294, 350–357

– parteienstaatliches 320–326

– psychologisierendes 304–320, 340–349

Häberle, Peter 195–198, 405–409

Habermas, Jürgen 145f., 154, 169f., 394f.

Handlungstheorie 25f.

Hart, H.L.A. 28f.

Haushaltsdisziplin 418–420

Heck, Philipp 317–320, 347f., 370

Hegel, Georg Friedrich Wilhelm 49–53, 103, 163; siehe auch Geschichtstheorie, hegelianische

Hermeneutik siehe *Gadamer, Hans Georg*; Verständnis (Rechtsanwendung)

„Herrschaft der Toten über die Lebenden“ 234, 258

Hesse, Konrad 161–164

Historia Magistra Vitæ 45, 97

Historie 42, 46, 97f., 180

Historische Rechtsschule 94–105; siehe auch Aporetische Konstellation

Historismus 52–57, 102f., 112f., 156, 162f.; siehe auch „bloß sagen, wie es eigentlich gewesen“

Historizität

– als Teil der *conditio humana* 37f., 146f.

– Begriffsbestimmung 33f., 96f.

horror historiae siehe Europarecht

Ideengeschichte 32

Ideologie/Ideologiekritik 178f., 181

Interessenjurisprudenz 317–320; siehe auch

Heck, Philipp

Intern/extern 24–29, 179, 182

Isensee, Josef 341–344

Jellinek, Georg 162–164, 304f., 307–310

Kantorowicz, Hermann Ulrich 105–109

Kelsen, Hans 123–125, 210–215, 313f., 343, 347

Klimaschutzbeschluss 262f.

Kognition und Dezision 21, 212–215, 218–221

Kognitionsemantik siehe Wissen, gesetzgeberisches

Kohler, Josef 111–118, 150, 158f., 311–313

Kollektiv, Volk als siehe Volksbegriff,

Individuum und

Kollektivität (als Eigenschaft positiven Rechts) 145–148

Konfessionskriege siehe Bikonfessionalität

Konservatismus 69, 138, 194, 230

Kontext/Kontextualisierung 31, 133–135, 177f., 346f.

Kontinuität

– in der Geschichte 54–57

- im Recht 86 f., 110, 116, 154–156, 412;
 siehe auch Tradition
- Kontraktualismus 136–138
- Koselleck, Reinhart* 57–60, 74, 164–166
- Krüger, Herbert* 327–329; 335 f., 383–386
- Kuhn, Thomas* 65

- Laband, Paul* 296–304
- Lage *siehe* *Krüger, Herbert*
- Legitimation, funktionelle 388 f.
- Legitimation, institutionelle 367
- Legitimationskettenkonzept 241–254
 - Kritik am 242–246
 - und apostolische Sukzession 250–254
 - und Europäische Union 248–250
- Leibholz, Gerhard* 321–323
- Lepsius, Oliver* 345–349
- Lessing, Theodor* 60–62
- Linke, staatsrechtliche 386–388, 390; *siehe auch* *Häberle, Peter*; Legitimationskettenkonzept, Kritik am
- logificatio post festum* 62, 169
- Lubmann, Niklas* 125 f., 129, 143, 169, 173

- Maastricht-Urteil 165 f., 248 f.
- Maschine, historische 129
- Merkl, Adolf* 215 f.
- Methode
 - Etymologie 189
 - Funktionsweise 220 f.
 - Standortabhängigkeit 373–376
- „Methodenfragen sind Verfassungsfragen“ 190–192, 197, 208
- Motive 22, 75–88, 121–148, 179, 188 f.

- Narrativität (im Recht) 132 f., 159, 168–171, 178; *siehe auch* Geschichtstheorien, narrative
- Naturrecht 90–94, 105
- Naturrechtsrenaissance 399–401
- Nietzsche, Friedrich* 60–62, 71

- Objektive Theorie 100, 111 f., 116–118, 149 f., 295, 298–304, 322 f.; *siehe auch* Trendwende, methodische (in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)
- Organizismus 56 f., 113, 156; *siehe auch* Kontinuität

- Originalism* 8, 137, 149, 188, 439
- Paktentheorie 288–294, 306, 321 f., 350 f.
- Paritätsgesetze 355–357
- Parlamentskritik 156–159, 259–261, 321–324, 337–339
- Parteienstaat 320–326
- Pluralisierung, gesellschaftliche 392–395, 405 f., 409–411
- Popper, Karl* 67–70
- Populismus 411 f.
- Positivismus 7, 38, 122–124
- Positivismus *siehe auch* *Kelsen, Hans*
- Positivität
 - Krisen 425, 438–440; *siehe auch* Änderbarkeit, Konflikt mit Rechtllichkeit als Sicherheit
 - Merkmale positiven Rechts 124–128
 - Änderbarkeit *siehe* Änderbarkeit des Rechts
 - Kollektivität 145–148
 - Menschlichkeit 95, 110, 118, 127
 - Positivitätsgeschichte 90–121
 - Prämissen 17–21, 187–189, 217–221
 - Psychoanalyse 313–316

- Rahmenordnung 193 f., 198 f., 205, 208–212; *siehe auch* *Böckenförde, Ernst-Wolfgang*; *Kelsen, Hans*
- Ranke, Leopold von* *siehe* Historismus
- Rationalität/Irrationalität
 - im Historismus 53 f.
 - in Historischer Rechtsschule und Freirecht 101–103, 107 f.
 - und der Gesetzgeber 156 f., 336–339, 342–344, 364–366, 393 f., 425
- Recht und Gesetz 237, 396–398
- Rechtsgeschichte, Theorie und Gebrauchswert der 7, 44, 107 f., 129
- Rechtsprechung
 - Begriff 376, 379–381, 415
 - individualistische Legitimationen 382–396
 - kollektivistische Legitimationen 396–414
- Rechtssicherheit 44, 149, 171–179
- Rechtsvergleichung 167
- Repräsentation *siehe* Vertretung des ganzen Volkes

- Republik 254–256
- Rezeptionsgeschichte 32, 82–86, 139f., 174f.
- Richterbild
- des Auslegungsparadigmas 14–16
 - des Freirechts 108–111, 115f.
 - des „Judge Hercules“ 170f.
 - in der Reinen Rechtslehre 217f.
 - zur Legitimation von Rechtsprechung 382, 385, 401, 403; *siehe auch* Bundesverfassungsgericht, Selbstdarstellung
- Richterrecht
- Begriff 235f.
 - zeitliche Implikationen 236–240, 323–325, 403f.
- Richtigkeit 23f., 160, 166–168, 171–179, 220
- Sattelzeit 45f., 97f., 106, 133f., 366
- Schiedsrichters Belieben 21, 424
- Schmitt, Carl* 194f., 199–203
- Schweigen des Gesetzgebers 227f., 285f., 325, 366f.
- Selbstbestimmung, individuelle und kollektive 268f., 377–381
- Smend, Rudolf* 82, 194f., 202, 404f.
- Sozialgeschichte 32, 224, 286; *siehe auch* Wissen, gesetzgeberisches, Umfang
- Ständige Rechtsprechung 43, 86f., 141, 154f., 174f.; *siehe auch* Trägheitsgebot, argumentatives
- Strategien 23f., 148–179
- Strukturierende Rechtslehre 18f., 30f.
- Strukturmerkmale von Argumentation *siehe* Richtigkeit; Zweckmäßigkeit
- Subjektive Theorie 100, 149f., 158f., 188, 288f., 390, 394f.; *siehe auch* Trendwende, methodische (in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)
- System *siehe* Aporetische Konstellation; Geschichtstheorie, hegelianische; Rationalität/Irrationalität
- Teleologie
- Begriffsklärung 48
 - im Recht 152–168
 - in der Geschichte *siehe* Geschichtstheorie, teleologische
- ohne Telos *siehe* Koselleck, Reinhart
- Tradition 37, 40, 77–82, 110f., 391; *siehe auch* Kontinuität; Trägheitsgebot, argumentatives
- Trägheitsgebot, argumentatives 75–77, 138
- Trendwende, methodische (in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) 3, 227, 322
- Ungerechtigkeit, hermeneutische 408f.
- Verfassungstheorie
- und Methodenpräferenz 192–194
 - und Verfassungsrecht 192f., 203–206
- Vergleich *siehe* Aktualisierung (Rechtsanwendung)
- Verhältnisswandelung *siehe* Argumente, historisch-dynamische
- Verständnis (Rechtsanwendung) 110, 115, 133–141, 173–175
- Vertretung des ganzen Volkes 292–294; 301–303; 326, 335f., 340f., 358–361
- Völkerrecht 147f.
- Volksbegriff 233–280
- in der Staatsrechtsgeschichte 276–279
 - und deutsche Wiedervereinigung 273f., 279
 - und Individuum 239f., 244f., 257–259, 267–270, 410
 - und Organeigenschaft 246–248, 261–263, 271–276
 - und Staatsangehörigkeit 268, 274–276
 - und Zukunftsgestaltung 259–264
 - verfassungsrechtliche Anhaltspunkte 266–276
- Volksgeist 240, 298–300, 398; *siehe auch* Historische Rechtsschule
- Vorgeschichte 30, 50, 122
- Wertordnung 193f., 209, 398; *siehe auch* Häberle, Peter
- Wesentlichkeitsprinzip 376f., 419–421
- White, Hayden* 63–67, 72f.
- Wille des Gesetzgebers 91f., 98f. 107–109
- Wirkungsgeschichte 32, 139f., 174f.
- Wissen, gesetzgeberisches *siehe auch* Schweigen, gesetzgeberisches
- Begriff 283–286
 - Einwände 363–367

- grundgesetzliche Anhaltspunkte 357–363
- Umfang
 - im naturalen Gesetzgeberbild 293 f., 351–355
 - im idealisierten Gesetzgeberbild 303 f., 335 f., 340
- im psychologisierenden Gesetzgeberbild 311–313, 317–320, 346 f.
- Zäsurwirkung des Gesetzes 31, 93 f., 129
- Zweckmäßigkeit 23 f., 160, 168 f., 180 f.