

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 1234**

# **Tradition und Verfassungsrecht**

**zwischen Fortschrittshemmung  
und Überzeugungskraft**

**Vergangenheit als Zukunft?**

**Von**

**Walter Leisner**



**Duncker & Humblot · Berlin**

WALTER LEISNER

## Tradition und Verfassungsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1234

# Tradition und Verfassungsrecht

zwischen Fortschrittshemmung  
und Überzeugungskraft

Vergangenheit als Zukunft?

Von

Walter Leisner



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-14070-1 (Print)

ISBN 978-3-428-54070-9 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84070-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

„Tradition“ ist ein Wort, das im Recht ebenso laufend benutzt, wie selten nur näher verdeutlicht wird. Letzteres geschieht dann in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen, in der Regel ohne Systematisierungsstreben, ja ohne Versuche näherer Begriffsbestimmung. An deren Stelle treten meist allgemeinere Hinweise auf (rechts-)geschichtliche Entwicklungen.

In besonderem Maße gilt dies für das Öffentliche, hier wieder speziell für das Staatsrecht. Selbst in dessen allgemein-grundsätzlicher, insbesondere ideengeschichtlich vertiefter Behandlung, in der Allgemeinen Staatslehre, ist Tradition als solche kein durchgehend rechtsbegrifflicher Topos. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil doch gerade auf dieser normativ hohen Stufe „Tradition“ im Sinne langer Übung wichtige Überzeugungskräfte entfalten könnte; so wird sie denn auch, jedenfalls verbal, immer wieder beschworen.

In staats-politischen Diskussionen, wie auch im gesellschaftlichen Bereich, ist Tradition ein Wort, mit dem unterschiedliche, ja gegensätzliche Vorstellungen deutlich werden. Dies zeigt sich in vielen Einzelfragen, ja im Grundsätzlichen, nicht selten mit einer Intensität, welche bis in Lagerbildungen hineinführt: „Traditionisten“ werden „Fortschrittlichen“ gegenübergestellt; Tradition erscheint den einen als überzeugender Ordnungsbegriff, den anderen als Hindernis auf dem Weg notwendiger Reformen. Gerade dieses Gegenüber, bis hin zum politischen Freund-Feind-Denken, hat seinerseits – lange Tradition, verfassungsrechtlich verfestigt spätestens seit der späteren Aufklärung.

Aufgabe der folgenden Betrachtungen kann es nicht sein, diese ideengeschichtliche Grundproblematik historisch auszuleuchten, staatsphilosophisch zu vertiefen oder gar hier eine menschliche Ewigkeitsdiskussion fortzuführen, zwischen Beharrung und Veränderung. Das Anliegen ist ein weit bescheideneres, es ist auf das gegenwärtige Staatsrecht und seine Dogmatik beschränkt: Gezeigt werden soll, welche vielfachen begrifflichen und systematischen Ansätze das geltende, praktizierte Verfassungsrecht bietet zur Erfassung und Eingrenzung eines Begriffs der Tradition. Vielleicht könnte er doch auch in dieser Rechtsmaterie, wenn auch nur in Elementen, fassbar, nicht nur allgemein-unkritisch eingesetzt werden.

Dies ist ein schwieriges Unterfangen; es muss ein solcher – erster – Versuch, dem hoffentlich andere folgen werden, mit einer Vorsicht unternommen werden, die sich bis zu einer Behandlung steigert, welche Tradition in grundsätzlicher, letztlich wohl unauflöslicher Ambivalenz zeigen soll: Das Herkommen bringt beides zugleich im Recht, nur zu oft gleichgewichtig – Fortschrittshemmung wie Überzeugungskraft.

„Traditionalisten“ wie „Fortschrittliche“ müssen sich beide als Advokaten ihrer Sache sehen, die aber letztlich nur eine gemeinsame sein kann – nun wirklich ein Bonum commune, das Gemeinwohl. Das Wort wird so oft gebraucht, für Einzelinteressen missbraucht, dass es dem Juristen schwer über die Lippen geht.

Hier wird kein traditionalistisches Traktat geboten. Der Autor stand stets und steht hier in einer Mitte: Zwischen der Geschichtsverbundenheit des staatsrechtlichen Denkens und der Fortschrittshoffnung einer immer größeren, volleren Freiheit. Und er glaubt daran, dass dies im Letzten nicht Gegensatz ist, sondern die Zukunft.

Deshalb werden im Folgenden Argumentationen geboten Pro und Contra Überzeugungskräfte des Vergangenen – Bisherigen. Elemente werden gesucht, nicht mit Blick auf ein Gesamtergebnis, auf „eine Grundthese“. Es ist dies ein antithetisches Nachdenken über Tradition – mehr nicht. Es sieht sich stets dem vielschichtigen, so oft sperrigen Staatsrecht verpflichtet, seinen Institutionalitäten in Evolution. Darin schließt es an jene „Grundzüge einer Allgemeinen Staatslehre“ an, die der Verfasser 2012 vorgelegt hat.

Unterschiedliche Folgerungen mögen Leser aus diesen Seiten ziehen, hier wird dann jeder seine eigene Grundhaltung bestimmen. Dass dies nachdenklich geschehe – das haben Vergangenheit verdient und Zukunft.

Was wahr ist, „wahrer“ an diesem Titel – der Autor weiß es nicht.

München, im Januar 2013

*Walter Leisner*

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>A. Tradition als Gegenwartsproblem des Staatsrechts</b> .....                             | 13 |
| I. Tradition, Wandel und Fortschritt .....                                                   | 13 |
| 1. Tradition und demokratische Offenheit .....                                               | 13 |
| 2. Die drei Schritte der „Tradition“ .....                                                   | 15 |
| II. Gegenwärtige „Grundstimmungen“ gegen juristischen Traditionalismus .....                 | 17 |
| 1. Technisch-naturwissenschaftliche Entwicklung .....                                        | 17 |
| 2. Tradition und/aus Religion .....                                                          | 19 |
| 3. Grundströmungen einer Abschwächung der Traditionalität? .....                             | 20 |
| 4. Nationalstaatliche Traditionen und „Herkommen“ in überstaatlichen Zusammenschlüssen ..... | 21 |
| 5. Abschwächungstendenzen der „Tradition“ – dennoch Notwendigkeit ihrer Untersuchung .....   | 22 |
| III. Politik, Demokratie: Gegen Traditionalismus? .....                                      | 22 |
| 1. Politik: Bewegung und Fortschritt .....                                                   | 22 |
| 2. Demokratie: Antithese zur Tradition? .....                                                | 24 |
| IV. Verfassung: Staatsform aus Tradition .....                                               | 25 |
| 1. Verfassung: Traditionsbezogene demokratische Ordnungsform .....                           | 25 |
| 2. Verfassungsrecht als Verfestigung – Traditionalisierung der Ordnung .....                 | 26 |
| 3. Tradition und „Verfassung als Auftrag“ .....                                              | 28 |



**B. Tradition als Verfassungsbegriff – Allgemeines zu Geltungsvoraussetzungen und**

|                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Inhalt</b> .....                                                                          | 30 |
| I. Der Begriff Tradition im Recht .....                                                      | 30 |
| 1. Bisherige Übung .....                                                                     | 30 |
| a) Feststellung bisheriger Übung .....                                                       | 30 |
| b) Zeitliche Nähe des Traditionellen .....                                                   | 31 |
| c) Überzeugungskraft der Tradition – Effizienz .....                                         | 32 |
| 2. Lange Übung – Steigerungsform der Traditionswirkung .....                                 | 34 |
| a) Zusammenfassung von Unbestimmbarem .....                                                  | 34 |
| b) Unvordenklichkeit .....                                                                   | 35 |
| 3. Tradition: Legitimation aus früherem Willen .....                                         | 37 |
| a) Tradition als Legitimität, Staatsvoraussetzung, Wesen der Macht .....                     | 37 |
| b) Tradition: Macht (auch) aus (Willen der) Vergangenheit .....                              | 39 |
| 4. Exkurs: Tradition und „Tendenz“ – „Dynamische Tradition“ .....                            | 40 |
| II. Die Rechtswirkung der Tradition – Herkunft und Rechtsgeltung .....                       | 41 |
| 1. Bindungswirkungen nur über gesetztes Recht .....                                          | 41 |
| 2. Tradition als Geltungs-Form des Rechts .....                                              | 41 |
| 3. Geltungskonkretisierung durch Tradition – Anwendungs-Traditionen der<br>Rechtslagen ..... | 43 |
| 4. Der favor legis: Geltungsverlängerung im Zweifel – durch Tradition .....                  | 44 |
| 5. Begründungsgewicht der Tradition – Abwägung .....                                         | 45 |
| III. Tradition und Gewohnheitsrecht .....                                                    | 47 |
| 1. Niedergang des Gewohnheitsrechts – damit des Traditionalismus im Recht? .....             | 47 |
| 2. Antitraditionalität aus der Entwicklung des Gewohnheitsrechts? .....                      | 47 |
| 3. Tradition als Systematisierung fortgesetzter Übung .....                                  | 49 |
| 4. Tradition: Ausgreifen in Außerrechtliches .....                                           | 50 |
| IV. Ergebnis zu Tradition als Verfassungsbegriff .....                                       | 52 |

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>C. Verfassungsgeschichte und Tradition</b> .....                                            | 54 |
| I. Verfassungsentwicklung als wesentlicher Inhalt des Herkommens .....                         | 54 |
| 1. Tradition als geschichtsbezogene Verfassungsbegrifflichkeit .....                           | 54 |
| 2. Verfassungsgeschichte als rechtliche Dogmengeschichte .....                                 | 54 |
| II. Historia Magistra – Traditio legifera – Allgemeines .....                                  | 55 |
| 1. Ambivalenz geschichtlicher Betrachtung gegenüber einer „Tradition“ ....                     | 55 |
| 2. Tradition: Historische Erschlaffung – quietistische Versuchung zum Hedonismus .....         | 57 |
| 3. Historie als „Bild der Evolution“ – gegen Tradition .....                                   | 58 |
| 4. Historia – Magistra des Traditionsbruchs? – Die „revolutionäre Tradition“                   | 59 |
| 5. „Tradition im raschen Wandel“: in der Geschichte der politischen Ideen ..                   | 60 |
| III. Einzelne Problembereiche historischer Traditionalität .....                               | 61 |
| 1. Lang- und kurzfristige historische Betrachtung .....                                        | 61 |
| 2. Verabsolutierung kurzfristiger Geschichte? .....                                            | 62 |
| 3. Geschichte als Pendelbewegung: Traditionsschwach .....                                      | 62 |
| 4. Tradition und „Unumkehrbarkeit“ geschichtlicher Entwicklungen .....                         | 64 |
| 5. Geschichtswiederholung in Tradition? .....                                                  | 66 |
| <b>D. Tradition und Grundgesetz</b> .....                                                      | 68 |
| I. Die Ermittlung der Traditionalität im geltenden Verfassungsrecht: Induktives Vorgehen ..... | 68 |
| 1. Traditionsmethodik aus Kontinuität – oder Herkommensbruch .....                             | 68 |
| 2. Das Grundgesetz: Verfassungsrecht aus Traditionsbruch .....                                 | 69 |
| II. Hinweise auf Tradition im Verfassungstext .....                                            | 71 |
| 1. Zurückhaltendes Grundverständnis .....                                                      | 71 |
| 2. Die Ausnahme: „Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums“ ....                          | 72 |

|                                                                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. Traditionsgehalt der Präambel .....                                                                                          | 75 |
| 4. Übergangsvorschriften als Traditionsregelungen? .....                                                                        | 78 |
| III. Verfassungsrechtsprechung und Tradition als Verfassungsbegriff .....                                                       | 80 |
| 1. Fehlende Grundsatzrechtsprechung .....                                                                                       | 80 |
| 2. Keine nähere Verdeutlichung nach Inhalt und Wirkung .....                                                                    | 81 |
| 3. Formen einer „Traditionsbildung“? .....                                                                                      | 81 |
| 4. Die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung .....                                                                              | 82 |
| IV. Tradition im Schrifttumsüberblick .....                                                                                     | 83 |
| 1. Allgemein-Grundsätzliches und Einzelbereiche .....                                                                           | 83 |
| 2. Beiträge zu einem verfassungsrechtlichen Traditionsbegriff im Schrifttum? .....                                              | 84 |
| V. Exkurs: „Verfassungswerte“ und Tradition .....                                                                               | 84 |
| 1. „Verfassungswerte“ – ein Demokratieproblem .....                                                                             | 84 |
| 2. Tradition als „Inhalt und Wirkung von Verfassungswerten“ .....                                                               | 86 |
| 3. Grenzen der Bestimmung von Verfassungswerten durch Tradition .....                                                           | 88 |
| VI. Verfassungsgrundscheidungen (Rechtsstaatlichkeit, Demokratie) und Tradition .....                                           | 90 |
| 1. Vorbemerkungen zum Folgenden: Grundfragen an Regelungen des geltenden Verfassungsrechts zu ihrem „Traditionspotenzial“ ..... | 90 |
| 2. Rechtsstaatlichkeit .....                                                                                                    | 91 |
| 3. Demokratie .....                                                                                                             | 93 |
| VII. Grundrechtstraditionen .....                                                                                               | 97 |
| 1. Allgemeines: „Grundrechtstraditionen“ als „Verfassungs-Traditionen“ ....                                                     | 97 |
| 2. Traditionspotenzial der Grundrechte nach deren freiheitsschützendem Gehalt .....                                             | 98 |
| a) Historischer Horizont der Grundrechtswirkungen .....                                                                         | 98 |
| b) Formen der rechtlichen Grundrechtsgewährleistung – „Grundrechtssystem“ .....                                                 | 99 |

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Geltungswirkung der Grundrechte – Sanktionen durch Normenkontrolle                                                  | 101 |
| d) Traditionell inhaltliches Ausmaß des Grundrechtsschutzes                                                            | 102 |
| 3. Tradition im Bereich rechtsinstitutionell verfestigter Grundrechte                                                  | 105 |
| a) Allgemeines                                                                                                         | 105 |
| b) Beispiel: Ehe, Familie, Kindererziehung (Art. 6 Abs. 1 GG)                                                          | 106 |
| c) Eigentum – Erbrecht (Art. 14 GG)                                                                                    | 107 |
| d) „Institutionelles Fazit“ zur Tradition                                                                              | 108 |
| 4. Traditionen im Bereich weiterer Freiheitsrechte                                                                     | 109 |
| a) Justizielle Traditionen (Art. 101 bis 104 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG)                                             | 109 |
| b) Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG)                                                                                 | 110 |
| 5. Ergebnisse zur „Grundrechtstradition“                                                                               | 111 |
| VIII. Traditionen im Staatsorganisationsbereich                                                                        | 113 |
| 1. Die „Änderungsintensität“ in der Staatsorganisation des Grundgesetzes                                               | 113 |
| 2. Rückzug in und Primat der „Verfassungsrechtstechnik“                                                                | 114 |
| 3. „Entideologisiertes“ Staatsorganisationsrecht                                                                       | 115 |
| 4. Tendenz zu „Traditionen in Einzelbereichen“                                                                         | 116 |
| 5. Insbesondere: „Traditionstragender Föderalismus“                                                                    | 118 |
| a) Historische Betrachtung: Heterogene Tradition in Abschwächung?                                                      | 118 |
| b) Technisch-ökonomische Entwicklungen contra Traditions-Potenziale                                                    | 119 |
| c) EU-Entwicklungen und nationale Tradition                                                                            | 120 |
| d) Grundgesetzliche Verbürgungen des Föderalismus: Der herkömmliche Territorialbestand der Länder                      | 121 |
| e) Die föderalen (Mit-)Wirkungsformen bei der Gesetzgebung                                                             | 122 |
| f) Die „Zusammengehörigkeit“ in den Ländern als Traditionspotenzial                                                    | 123 |
| g) Grundgesetzliche traditionelle Rahmen der „Zusammengehörigkeit“: Gleichwertige Lebensverhältnisse – Finanzausgleich | 124 |
| h) Fazit zur „Tradition im deutschen Föderalismus“                                                                     | 126 |
| 6. Kommunaltradition, Selbstverwaltung                                                                                 | 126 |
| a) Ein Bereich zentraler Traditionsentwicklung im öffentlichen Organisationsrecht                                      | 126 |

|                                                                                                         |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| b) „Föderale Traditionalität“ und Kommunalrecht .....                                                   | 127        |
| c) Traditionsgewicht der „örtlichen Angelegenheit“ .....                                                | 128        |
| 7. Selbstverwaltungstraditionen im Staatsrecht .....                                                    | 129        |
| a) Hohe Grundsatzbedeutung für die Wirksamkeit von Traditionen .....                                    | 129        |
| b) Geschichtliche Entwicklungsströme verfassungsrechtlicher Autonomie-<br>bedeutung .....               | 129        |
| c) Von der kommunalen zur funktionalen Selbstverwaltung .....                                           | 130        |
| d) „Soziale Selbstverwaltung“ .....                                                                     | 131        |
| 8. Ergebnisse zur „Tradition in der Staatsorganisation“ .....                                           | 132        |
| 9. Exkurs: Verfassungswirkungen der „Tradition“ über das Staatskirchenrecht                             | 133        |
| <b>E. Gesamtergebnis zu den Traditionswirkungen im Grundgesetz .....</b>                                | <b>137</b> |
| <b>F. Ausblick: Sterbend-unsterbliche Tradition im Staatsrecht .....</b>                                | <b>141</b> |
| 1. Die Tradition und der allgemeine Autoritätsverlust im Gleichheitsstaat ...                           | 141        |
| 2. Das Ende von Monarchismus und Aristokratismus – Mutation des „tradi-<br>tionellen Gemeinwohls“ ..... | 142        |
| 3. Traditionsgewinn aus Moral? .....                                                                    | 143        |
| 4. Neue Traditionen aus internationalen Verflechtungen – „Weltbürgertum“?                               | 144        |
| <b>Sachwortverzeichnis .....</b>                                                                        | <b>146</b> |

# **A. Tradition als Gegenwartsproblem des Staatsrechts**

## **I. Tradition, Wandel und Fortschritt**

### **1. Tradition und demokratische Offenheit**

Ein allgemeines Wort-Verständnis der „Tradition“, von dem (auch) für das Recht, das Staatsrecht insbesondere, auszugehen wäre, gibt es nicht. Nicht selten wird das Wort vereinfachend gebraucht im Sinne reiner Vergangenheitsbezogenheit und -verbundenheit, welche einen Wandel überhaupt nicht, „Fortschritt“, in welchem Sinne immer, gar nicht zur Kenntnis nehmen wollte. Eine solche Vorstellung von Traditionalismus, von „Traditionalisten“, welche sich dem verschrieben, ist nichts als eine unzulässige, eine wahrhaft terrible simplification. In keinem Bereich menschlichen Lebens, am wenigsten in dem der Politik und der Rechtsentwicklung, hat es je ernsthaft derartige Vorstellungen gegeben. Seit dem Anfang systematischen Denkens in der vorsokratischen Philosophie war vielmehr das *panta rhei*, „alles im Fluss“ im Sinne des Heraklit, der geradezu natürliche Gehalt einer selbstverständlichen Erkenntnis von allgemeiner Gültigkeit.

Eine Betrachtung, welche den Begriff der „Tradition“ im Staatsrecht, in der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes im Besonderen, zum Gegenstand hat, muss diese Selbstverständlichkeit bereits als ihren Ausgangspunkt festhalten; denn in keinem anderen Bereich mehr als in dem von Politik und Verfassungsordnung begegnet die verbreitete Vorstellung, gerade hier seien Wechsel, ja Dynamik das Wesen aller Entwicklung, gerade darin habe die Volksherrschaft, ja die Volkssouveränität statische Ordnungsformen des Feudalismus, vielleicht gar endgültig, abgelöst.

Einerseits hält das Staatsrecht zwar fest am Begriff der normativ-statischen, nicht einem grundsätzlichen Wechsel unterworfenen Geltung seiner Normen; und der Rechtsstaat sucht normative Festigkeiten in der gesamten Rechtsordnung zu verbreiten<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Rechtsstaatlichkeit bedeutet feste Geltung in Normstatik ganz allgemein; denn die notwendige Klarheit und Bestimmtheit lässt eben die Vorstellung von dauernden, inhaltlichen Verschiebungen der Rechtsinhalte grundsätzlich nicht zu; vgl. *Sommermann*, K.-P. in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Art. 20, RN 293 ff.

Andererseits bedeutet aber die demokratische Öffnung der politischen Ordnung zur „Gesellschaft“<sup>2</sup>, in deren unaufhörlichen außernormativen Veränderungen, eine grundsätzliche Offenheit zu einem Wandel aller Verhältnisse. Ihn soll nicht nur, es muss ihn das Staatsrecht aufnehmen und widerspiegeln, ihn zwar kanalisieren, in seinen rechtlichen Rahmen aber eben auch gewähren lassen, wirken und verändern. So kommt es dann zu Vorstellungen von einer „offenen Verfassung“<sup>3</sup>, mit allseitigen Durchlässigkeiten, wie sie nicht einmal mehr der Vorstellung von einem Gefäß entspricht, in welchem sich Ergebnisse von Evolutionen sammeln und bewahren ließen. Vielmehr ist es eine Begrifflichkeit des „Durchlaufens“, welche hier im Mittelpunkt steht, ins Staatsrecht aufgenommen wird im Begriff einer Transparenz, die weit mehr bedeutet als Durchschaubarkeit: Durchlässigkeit für die gesellschaftlichen und damit auch die rechtlichen Wandlungsströme in der Demokratie.

Aus dieser Grundstimmung heraus hat sich der Begriff der „Wandlung“ vor allem im Staatsrecht geradezu eingebürgert, er wird verwendet an all seinen Ecken und Enden im bildlichen Wortsinn. In aller Regel fehlt es dabei an Vertiefung im Sinne einer Erkenntnis-Systematik; festgestellt werden meist einfach nur wechselnde Faktenlagen, die dann in irgendeinem Sinn, meist dem von dem Betreffenden gewünschten, auf das Recht einwirken, es verändern sollen. Damit entfernt sich gerade das Staatsrecht von einer normativen Festigkeit, einer beharrenden Unverbrüchlichkeit, welche es doch im juristischen Denken der späteren Aufklärung hervorgebracht hat, eben als eine Garantie in der politischen Erscheinungen Flucht, als eine Sicherung im gesellschaftlichen Wandel der Volksanschauungen. Gerade in den zentralen Materien des Verfassungsrechts, um nur den Schutz des Eigentums zu erwähnen<sup>4</sup>, ist aus kaum einem Begriff so leicht und viel argumentiert worden wie aus dem des Wandels. Eine „Wandlungsdogmatik“ hat sich aber bisher hier nicht einmal in Ansätzen entwickeln lassen, und nicht anders ist die Lage in so vielen wichtigen Materien dieses Bereichs. Allein mit dem Begriff der „Offenheit“<sup>5</sup> lässt sich aber eine neue, eine typisch wandlungsgeneigte Dogmatik noch nicht schaffen; es ist dies vielmehr eher der Verzicht auf dogmatische Strukturen, auf Dogmatik überhaupt, wenn nicht auf jede rechtliche Klarheit.

Bei dieser Feststellung einer Wandlungsdynamik, dem weit verbreiteten, aber problematischen Ausgangsbefund der folgenden Überlegungen, dürfen diese aber nicht stehenbleiben, sie müssen über ihn hinausdenken. Damit ist allerdings nicht

---

<sup>2</sup> Über die politischen Parteien findet dies geradezu institutionell statt, vgl. *Streinz*, R. in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Art. 21, RN 8 f., 15 f.; hier wirken dann allerdings „Pateientraditionen“ u. U. im Gegensatz.

<sup>3</sup> Unter diesem Titel stehen ganze Sammelwerke, etwa *Grawert*, R. (Hg.), Offene Staatlichkeit, FS für Ernst-Wolfgang Böckenförde, 1995.

<sup>4</sup> Erinnert sei nur an *Papier*, H. J., Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel, 1984; begonnen hatte hier die Entwicklung bereits mit *Schmitt*, Carl, Die Auflösung des Eigentumsbegriffs, in: ders. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 2. A. 1973, S. 110 ff.

<sup>5</sup> Vgl. FN 3.

gemeint – und dies sei bereits hier festgehalten – ein Ausgreifen in eine rechtliche Transzendenz, welche im Sinne von Kant kaum oder gar nicht erfassbar wäre für menschliches Erkenntnisvermögen; vielmehr, um im Wortgebrauch Kants zu bleiben, kann hier nur etwas geboten werden wie ein transzendentaler Versuch: aus durchaus zeitlich begrenztem menschlichem Erfassungsvermögen, aus humanen Erkenntniskategorien heraus muss sich zeigen lassen, dass dieser Wandel, dem alles Menschliche unterworfen ist, seine Kanalisierung im Recht findet. Dieses wird damit zu einer der menschlichen Ordnungskategorien, in einer, wenn man so will, Sub-Kategorie der kantischen Erkenntniskategorien. Und ein wesentliches Element in diesem Erkenntnisvorgang ist eben auch – die Tradition.

Gewiss ist sie nicht das Einzige, das hier dem menschlichen Erkenntnisbemühen einen Anhalt bietet. Tradition ist eine Vergangenheitschau, zugleich aber auch eine Verlebendigung der Vergangenheit, die sich verbindet und gemeinsam wirkt mit technisch-naturwissenschaftlichen Evolutionen, politischen Emotionen, Änderungsschüben. Doch es ist dies eben eine Erkenntniskategorie, wenn man sie in einem übertragenen Sinn so bezeichnen darf, welche sich nicht auflösen darf in der Dynamik anderer Erkenntnisinstrumentarien, sie verleiht diesen vielmehr eine gewisse gegenständliche Festigkeit. Hier hat gewiss die demokratische Staatsform mit ihrer Dynamik in den letzten Jahrzehnten rechtliches Denken verändert. Im Übergang aus den feudalen, vor allem monarchie-geprägten Strukturen in die neue Volksherrschaft, nach 1919, konnte Anschütz noch feststellen<sup>6</sup>, es habe sich im Grunde doch nur Weniges, nichts Wesentliches geändert – nach 1945 strafen ihn nun die Lawinen, wenn nicht Sturzfluten der „Wandlungsjurisprudenzen“ Lügen. Dennoch, und selbst in dieser eindeutig „neuen Grundstimmung“, vor allem des Deutschen Verfassungsrechts<sup>7</sup>, sollte es auch zu einer Besinnung auf die Tradition kommen, nicht nur im Sinne einer Rück-Blende auf Früheres, sondern in dem der Verlebendigung langer kontinuierlicher, weiterwirkender Vergangenheit, wie sie eben angelegt ist in diesem Begriff.

## 2. Die drei Schritte der „Tradition“

Tradition bedeutet nicht eine unbedingte, ausschließliche Vergangenheitsbezogenheit von Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung, insbesondere im Verfassungsbereich. Vielmehr erschließt sich ihre Wirkungsweise nur in einem methodischen Drei-Schritt: Feststellung früherer, bis in die Gegenwart reichender Faktenlagen; Gewichtung der in geltenden Normlagen weiterwirkenden Elemente dieser Tatsachen; Feststellung der daraus sich ergebenden Entwicklungspotenziale für nahe, weitere rechtliche Evolutionen. Dies alles ist zu betrachten, gebündelt in In-

---

<sup>6</sup> Anschütz, G., Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, s. etwa S. 1, 3, 8.

<sup>7</sup> Zu der „Grundstimmung“ des deutschen Verfassungsrechts, vgl. unten D. I. 2.: zu dem „Verfassungsbruch“ nach 1945.