

BÖCKENFÖRDE ALS VERFASSUNGSRICHTER – EIN WERKSTATTBERICHT

Von Klaus Rennert, Leipzig

Ernst-Wolfgang Böckenförde war und ist für die deutsche Staatsrechtslehre prägend wie wenige andere. Und doch zögert man zu entscheiden, ob seine Prägestärke im richterlichen Amt nicht noch größer war. Wer ein Richteramt antritt, lernt rasch, wie irreführend es sein kann, von ‚herrschender Meinung‘ zu sprechen, wenn es ‚nur‘ um die überwiegende Lehrmeinung ging; bei der Gesetzesauslegung ‚herrscht‘ nur die Rechtsprechung. Sprechen wir also von Böckenfördes Mitweben am Teppich der ‚herrschenden‘ Meinung.

Die äußeren Tatsachen sind schnell berichtet: Bundesverfassungsrichter von Dezember 1983 bis Mai 1996, dort Mitglied des Zweiten Senats, in dieser Zeit Mitwirkung an 232 Entscheidungen, die Aufnahme in die amtliche Sammlung gefunden haben, fast sämtlich Senatsentscheidungen, dabei – wenn ich richtig zähle – 32mal als Berichterstatter, was ziemlich genau einem Achtel entspricht, also exakt im statistischen Soll. Die Berichterstattung oblag ihm durchgängig im Kommunal- und in Teilen des Asylrechts sowie zeitweise im Abgaben- und Steuerrecht (1984–1987), im Finanzverfassungs- und Haushaltsrecht (1984–1989) und im Staatskirchenrecht (1990–1996). Hier bereitete er etliche wegweisende Entscheidungen vor, so zur Staatsverschuldung (BVerfGE 79, 311) und zum Länderfinanzausgleich (BVerfGE 86, 148), zum Asylgrundrecht (BVerfGE 80, 315 – „Tamilen“) und zu den Baha’ii (BVerfGE 83, 341), von dem „Rastede“-Beschluss zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zu schweigen (BVerfGE 78, 127). Er dürfte auch Entscheidungen seinen Stempel aufgedrückt haben, bei denen er nicht Berichterstatter war. Es regiert natürlich überall das Kollegium, individuelle Spuren lassen sich allenfalls vermuten, und obendrein gebietet der Respekt vor dem Kollegium, derartige Vermutungen gar nicht erst anzustellen. Hinter deshalb vorgehaltener Hand darf man aber getrost die beiden Beschlüsse zum Kommunalwahlrecht für Ausländer (BVerfGE 83, 37 und 83, 60) und – vor allem – das zweite Abtreibungsurteil nennen (BVerfGE 88, 203).

Böckenförde ist auch als fleißiger Autor von Sondervoten hervorgetreten: Elf Stück tragen seine Unterschrift, mal allein, mal gemeinsam mit einem oder zwei Kollegen, aber immer in seinem unverwechselbaren Stil, der hier naturgemäß noch unvermittelter zum Ausdruck kam als in seinen Urteilen. Auch hierunter gibt es Werke von bleibender Prägestärke. So trat Böckenförde – gemeinsam mit Mahrenholz – der Ansicht der Senatsmehrheit, das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung mit immanenten Schranken versehen zu

dürfen, die den Kompetenztiteln des Bundes entnommen waren, aus grundrechtsdogmatischen und methodischen Gründen entgegen (BVerfGE 69, 1 [57]). Das dürfte zwischenzeitlich *communis opinio* sein. Auch die deutliche Ablehnung des „Halbteilungsgrundsatzes“ zur Begrenzung der Vermögensteuer (BVerfGE 93, 121 [149]) hat sich à la longue durchgesetzt.

Nun hat auch das schönste Sondervotum einen bitteren Beigeschmack: Es belegt, dass sich der Autor im Senat nicht durchsetzen können. Besser ist es allemal, die Mehrheit zu gewinnen und dem Beschluss selbst dann die Feder zu führen. So gesehen, spiegeln Häufigkeit und Thematik der Sondervoten die Integrations- und Durchsetzungskraft des Richters im Senat. Legt man diese Elle an, so gliedert sich Böckenfördes Amtszeit in drei annähernd gleichlange Phasen, die obendrein eine dialektische Aufwärtsentwicklung erkennen lassen. In den ersten drei Jahren sehen wir ihn noch oft in der Rolle des Hochschullehrers, der höchstrichterliche Urteile lieber rezensiert als mitgestaltet, dem es bei Fragen der Wahrheit keine Kompromisse geben kann und der deshalb im Kollegium öfters in der Minderheit bleibt. Die Folge: vier Sondervoten in vergleichsweise kurzer Zeit. Ab 1987 ändert sich plötzlich das Bild: Die folgenden fünfzehn Jahren schlagen mit überverhältnismäßig vielen, nämlich 19 Berichterstattungen zu Buche, aber nur mit einem einzigen Sondervotum. Vielleicht hat der Eintritt gleich dreier neuer Kollegen Ende 1987 und das damit verbundene ‚Aufrücken‘ im Senat nicht nur seine äußerliche Position gefestigt, sondern auch die innere Haltung geläutert. Jetzt kritisiert er nicht mehr von außen, sondern dirigiert von innen. Und er kann Kompromisse mit der weltanschaulich-politischen Gegenseite schließen. Hier findet er in Hans Hugo Klein den Gesprächspartner; beide begegnen einander mit Respekt und Vertrauen. Die Zeit der Großen Koalition im Zweiten Senat bricht an. Das Zweite Urteil zum Länderfinanzausgleich markiert dann den Schritt in die dritte Phase. Offenbar hat die schiere Masse an Stoff und Papier in diesem Verfahren die Lust an weiteren Berichterstattungen etwas gedämpft. In den verbleibenden vier Jahren jedenfalls fehlen bedeutendere Berichterstattungen. Dafür stach den Meister wieder vermehrt der Widerspruchsgeist: Es gab wieder sechs Sondervoten. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Rückfall in erneute Desintegration. Böckenförde blieb *spiritus rector*; die Große Koalition bestand fort und bewies in wichtigen und schwierigen Fragen ihre Gestaltungskraft: bei den Verfassungsprozessen im Gefolge der deutschen Einheit oder beim Asylkompromiss. In den Sondervoten kritisierte Böckenförde gewissermaßen sein eigenes Werk, um zu zeigen, dass es hätte noch besser werden können. Wie fest seine Stellung im Senat geworden ist, zeigt sich gerade in dieser Freiheit, sich in Einzelpunkten vom Kollektiv abzuheben, ohne sich außerhalb zu stellen.

Woran lag es, dass Böckenförde unter seinen Kollegen solche Autorität gewinnen konnte? Gibt es ein Rezept, wonach acht selbstbewusste Persönlichkeiten ganz unterschiedlicher Herkunft, Prägung und Überzeugung zu einem doch recht homogenen Kollegium integriert werden können? Oder, anders gewendet: Was können Richter von ihm lernen, die tagtäglich mit einer Kam-

mer, einem Senat kollegiale Diskussionen zu führen und kollegialen Streit auszuhalten haben? Ich meine, es sind vor allem drei Punkte auszumachen.

Da ist zunächst das Ausblenden des ‚cui bono‘. Gerade in Verfassungsprozessen sind ja oft Parteien Partei, und jede führt den Prozess nur *sub specie* der aktuellen Machtlage: Wem nützt es, wenn die gestellte Rechtsfrage bejaht, und wem, wenn sie verneint wird? Wie viele Urteile (und Sondervoten) durften wir alle schon genießen, die nichts anderes boten als eine mehr oder weniger geordnete Wiedergabe tagespolitischer Standpunkte! Derartige Kurzsichtigkeit konnte Böckenförde in Rage bringen. Jeder weiß doch, dass sich dieselben Gegner schon morgen in derselben Rechtsfrage mit umgekehrten Vorzeichen gegenüberstehen können! Die Sache mit den Überhangmandaten bietet ein schönes Beispiel, von denen seinerzeit mal die einen, mal die anderen stärker profitierten. Gerade weil Böckenförde dieses ‚cui bono‘ rigoros ausblendete, fand er Argumente, die beide Seiten überzeugen konnten.

Die zweite *Maxime* hat er aus der Universität mitgebracht: Nur das Argument zählt, gleichgültig, wer es vorbringt und von wem es stammt. Als Studenten haben wir das stets geschätzt, wenn wir vom Katheder nicht zurechtgestutzt, sondern ermuntert wurden. Auch als Mitarbeiter beim Verfassungsgericht konnten wir das genießen. Im eigentlichen richterlichen Diskurs im Senat ließ sich die *Maxime* freilich nicht ohne weiteres befolgen. Einem Senat gehören nun einmal selbstbewusste Persönlichkeiten an, die es wenig schätzen, wenn ihr Argument geprüft und womöglich für schwach befunden wird. Also hat Böckenförde eine ergänzende Hilfsmaxime entwickelt: Jeder Kollege muss sich mit seinen Argumenten in der Entscheidung wiederfinden. Das galt auch für schwächere Argumente und sogar für solche, die durchaus neben der Linie der Entscheidung lagen. Da galt es dann, derartige Gesichtspunkte so abzuschleifen und zuzufeilen, dass der Duktus der Entscheidung gewahrt blieb und der Urheber des Gedankens zufrieden war – eine Herausforderung an die Formulierungskunst. Mitunter erwies sich ja beim Zufeilen ein solcher Gedanke tatsächlich als gewinnbringend.

Die dritte *Maxime* ist das klassische ‚*gnoti sauton*‘. Böckenförde wusste um seine Prägung als Hochschullehrer, um das Risiko der Theorielastigkeit, um die mangelnde Routine in Prozessfragen. So hat er denn bewusst junge Berufsrichter zu seinen Mitarbeitern ausgewählt, um diese Flanke zu decken. Böckenförde wusste auch, dass ihm das engagierte Verfechten eines Standpunkts mehr liegt als das ausgleichende Moderieren. Deshalb schlug er es aus, als ihm nach dem Ausscheiden von Zeidler die Vizepräsidentenschaft angetragen wurde. Übrigens hat er dann doch einmal den Vorsitz geführt – beim Außentermin in Stendal, als es um die Stromverträge ging. Der Prozess, bei dem er auch Berichterstatter war, endete mit dem Stromvergleich. Und der Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG wurden die Belastungen der deutschen Einheit erspart (auch wenn er mir nicht ohne Stolz versicherte, dass die „Rastede“-Entscheidung sich auch hier als tragfähig gezeigt habe).

All dies nötigte den Kollegen im Senat hohen Respekt ab, noch ganz jenseits der fachlichen Autorität, die ja ganz unbezweifelt war. Hinzu tritt Böckenförde

des Drang zur Offenheit – nicht so sehr im Sinne von Transparenz als vielmehr im Sinne rückhaltloser Aufrichtigkeit. Das konnte mitunter anstrengend sein, weil er weder sich noch andere dabei schonte. So hat er die Senatskollegen ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die Bezugnahme in der „Ahmadiyya“-Entscheidung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff des Politischen im Asylrecht (BVerfGE 76, 143 [157]) eine über Herbert Krügers Allgemeine Staatslehre vermittelte Bezugnahme auf Carl Schmitt war. So hat er des weiteren Präsident Zeidler zum kürzesten aller Sondervoten gedrängt, um öffentlich klarzustellen, dass er selbst den ihm so wichtigen „Teso“-Beschluss mitrug, was in der Fachwelt partiell bezweifelt worden war (BVerfGE 77, 137 [167]). Und so erklärt sich auch sein Petitum in seiner Abschiedsrede im Mai 1996, mit dem er sich gegen das bestehende normgebundene und für ein freies Annahmeverfahren bei Verfassungsbeschwerden nach US-amerikanischem Vorbild aussprach. Dabei ging es ihm nur vordergründig darum, der Beschwerdeflut Herr zu werden. Dahinter stand das Bestreben, das übertriebene Hochzüchten normgestützter Nichtannahmegründe zu erübrigen, das in seinen Augen etwas Unehrliches hat, zu dem aber die schiere Not der Geschäftslast des Gerichts verleitet.

Am 3. Mai 1996 war Böckenfördes Amtszeit zu Ende. Wenn diese zwölf Jahre unter einer starken Leitmelodie standen, so ist sie aus drei Motiven geflochten. Zum einen vertrat Böckenförde stets das Gebot richterlicher Zurückhaltung. Gerade ein Verfassungsgericht muss dem Politischen Raum geben, muss sich darauf beschränken, dem politischen Prozess den Rahmen zu setzen. Demokratie bedeutete ihm in allererster Linie politische Freiheit, Freiheit zum Politischen; der Marsch in den Justizstaat war ihm ein Greuel, die Beobachtung, dass dieser Marsch unaufhaltsam sei, Grund zu tiefer Besorgnis. Damit hängt – zum zweiten – die Sorge zusammen, dass jeder weitere der grauen Entscheidungsbände die lapidare Schlichtheit des Verfassungstextes zuzementieren drohte. Um der Gefahr der Versteinerung des Verfassungsrechts zu begegnen, bemühte er sich um knappe Klarheit; ausufernde, womöglich mäandrierende Entscheidungen waren ihm zuwider. Seine Sprache, sein Stil ist nicht glänzend und schillernd, sondern nüchtern; nicht glatt, sondern genau. Eine Entscheidung musste den Fall wirklich entscheiden, und die Begründung durfte keinen Anlass für Missverständnisse bieten. Schließlich war ihm – drittens – das Problem der unter demokratischen Vorzeichen defizitären Legitimation des Richters, auch des Verfassungsrichters, stets bewusst. Deshalb die Beschränkung auf den Normtext als das vom Verfassungsgeber Beschlossene, deshalb die Bindung der Verfassungausslegung durch reflektierte und begründete Methodik. Nur der Konsens in der Methode kann die Einheit der Verfassungsordnung wahren, wenn in der Sache – naturgemäß – Streit besteht. Das erwähnte Sondervotum zur „Kriegsdienstverweigerungs“-Entscheidung war denn auch vor allem dies: ein Appell zu methodischer Disziplin.

Im Frühsommer 1981 war Böckenfördes Name schon einmal für das Karlsruher Richteramt genannt worden. Als ein anderer gewählt wurde, hat er sich

daran gesetzt, ein Buch über „Die Institutionen des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ zu schreiben. Daraus ist nichts geworden; die Wahl zum Verfassungsrichter im Herbst 1983 kam dazwischen. Nach dem Ende der Amtszeit hat er uns Schüler dann gefragt, welches Buch er jetzt schreiben solle. Er ist dem Mehrheitsrat gefolgt und hat einige Jahre später den großartigen ersten Band der „Geschichte der Staats- und Rechtsphilosophie“ vorgelegt. Die „Institutionen“ sind Projekt geblieben. Dabei wäre ein solches Buch durch die richterliche Erfahrung sicherlich ungemein bereichert worden.