

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE ALS VERFASSUNGSRICHTER*

Von Andreas Voßkuhle, Karlsruhe/Freiburg i. Br.

Eine „Koryphäe“, einer „der profiliertesten Staatsrechtslehrer seit Gründung der Bundesrepublik“, ein „Glücksfall“¹. So lauteten die Zuschreibungen in der Presse, nachdem Ernst-Wolfgang Böckenförde am 7. Oktober 1983 zum Richter des Bundesverfassungsgerichts gewählt worden war. Und heute können wir festhalten: Die Journalisten haben nicht übertrieben.

Ernst-Wolfgang Böckenförde war von 1983 bis 1996 Mitglied des sich vor allem mit staatsrechtlichen Fragestellungen befassenden Zweiten Senats. Als Berichterstatter war er zuständig für das Asyl-, Finanzverfassungs- und Haushaltsrecht. Wie nur wenige andere Richterinnen und Richter des Gerichts prägte er in den 12 1/2 Jahren seiner Amtszeit die Verfassungsrechtsprechung und mit ihr die Bundesrepublik. Herr Böckenförde wirkte an einer Reihe von wegweisenden Entscheidungen mit, etwa zum kommunalen Ausländerwahlrecht, zum Länderfinanzausgleich, zu den AWACS-Einsätzen und zum Maastricht-Vertrag.² Er setzte dabei nicht nur wertvolle inhaltliche Impulse, sondern füllte auch die institutionellen Diskursstrukturen mit Leben. Ins Auge springt hier insbesondere die beachtliche Zahl an Sondervoten.³ Insgesamt elf Mal⁴ verfasste der „beharrliche *dissenter*“⁵ eine abwei-

* Ansprache auf der Trauerfeier von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Wolfgang Böckenförde am 9. März 2019, Bürgerforum Merzhausen.

¹ Spiegel Nr. 11/1986 60 und FAZ-Magazin Nr. 737 v. 15. 4. 1994, S. 12 ff. (15), zitiert nach Windmüller, Ernst-Wolfgang-Böckenförde. Richter am Bundesverfassungsgericht, in: Großfeld/Roth (Hrsg.), Verfassungsrichter, 1995, S. 271 (285).

² BVerfGE 83, 37 – Ausländerwahlrecht; BVerfGE 86, 148 – Länderfinanzausgleich; BVerfGE 88, 173 – AWACS; BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

³ Zu ihrer Bedeutung allgemein Lamprecht, Richter contra Richter, 1992.

⁴ BVerfGE 67, 1 (21 ff.) – Emeritierungsalter (zusammen mit Steinberger); BVerfGE 69, 1 (57 ff.) – Kriegsdienstverweigerung (zusammen mit Mahrenholz); BVerfGE 70, 324 (380 ff.) – Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste; BVerfGE 73, 40 (103 ff.) – Parteispenden III; BVerfGE 82, 30 (40 ff.) – Richterausschluss (zusammen mit Klein); BVerfGE 87, 68 (90 ff.) – Richterwahlausschüsse (zusammen mit Graßhof und Kirchhof); BVerfGE 88, 203 (359 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfGE 90, 286 (390 ff.) – Out-of-Area-Einsätze (zusammen mit Kruis); BVerfGE 93, 121 (149 ff.) – Vermögensteuer; BVerfGE 94, 115 (163) – sichere Herkunftsstaaten; BVerfGE 94, 166 (223 ff.) – Flughafenverfahren (zusammen mit Limbach und Sommer).

⁵ Schönberger, Der Indian Summer eines liberalen Etatismus, in: Kracht/Kracht (Hrsg.), Religion – Recht – Politik, 2014, S. 121 ff. (131).

chende Meinung, um alternative Denkwege offen zu legen. Und zumindest in zwei Fällen ist der Senat seiner Auffassung in späterer Rechtsprechung gefolgt.⁶ Die Spuren, die Ernst-Wolfgang Böckenförde durch sein verfassungs- und staatsrechtliches Wirken in der Verfassungsrechtsprechung hinterlassen hat, sind denn auch überdeutlich:

Als Berichterstatter setzte Herr Böckenförde im Bereich des Asylrechts in einer Zeit stetig wachsender Asylbewerberzahlen neue Akzente. Neben den Entscheidungen zur Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft und dem Asylrecht von Tamilen⁷ ist hier an die seinerzeit vielbeachtete Entscheidung zu Nachfluchtatbeständen⁸ zu erinnern, in welcher das Gericht einen notwendigen kausalen Zusammenhang zwischen Flucht und Verfolgung verlangte und die grundsätzliche Anerkennung von nach der Flucht geschaffenen Verfolgungsgründen ablehnte. Diese restriktive Fassung des Asylgrundrechts erschien ihm notwendig, damit – so Böckenförde – „das Asylrecht als Schutzrecht für wirklich politisch Verfolgte Kontur bekommt und durchhaltbar ist.“⁹ Diesem restriktiven Grundrechtsverständnis korrespondierte ein ebenso zurückgenommenes Verfassungsverständnis, was in einem Sondervotum zu einem Verfahren zur Bemessung der steuerlichen Ertragsfähigkeit von Vermögen¹⁰ deutlich wird. In diesem Verfahren erachtete der Senat die ungleiche vermögensrechtliche Besteuerung von Grund- und Kapitalvermögen als Verfassungsverstoß. Daneben machte der Senat Ausführungen zum Umfang der Vermögenssteuer als Sollertragssteuer und formulierte den sogenannten Halbteilungsgrundsatz. In seinem Sondervotum¹¹ kritisierte Böckenförde einerseits, dass sich ein solcher Grundsatz aus der Verfassung nicht herleiten lasse.¹² Vor allem aber wandte er sich gegen die Ausführungen als solche, da der Halbteilungsgrundsatz nicht entscheidungserheblich gewesen sei. Es würden nicht veranlasste maßstäbliche Antworten auf Fragen gegeben, die nicht gestellt worden seien. Durch eine solche Rechtsprechung gebärde sich das Gericht als autoritativer Präzeptor des Gesetzgebers, anstatt sich auf die nachträgliche punktuelle gerichtliche Kontrolle zu bescheiden.

Wie diese Voten zum Steuer- oder Asylrecht zeigen, verstand Böckenförde die Verfassung nicht als materiale Grundordnung, sondern als „Rahmenordnung, die der Politik durch Grundrechte und andere Verbürgungen Grenzen

⁶ BVerfGE 73, 40 (103 ff.) – Parteispenden (1986), später korrigiert durch BVerfGE 85, 264 (314 ff.); BVerfGE 93, 121 (149 ff.) – Einheitswerte (1995), später korrigiert durch BVerfGE 115, 97 (114 ff.).

⁷ BVerfGE 76, 143 – Ahmadiyya; BVerfGE 80, 315 – Tamilen.

⁸ BVerfGE 74, 51.

⁹ Böckenförde zitiert nach *Gosewinkel*, „Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung“, Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Böckenförde/Gosewinkel (Hrsg.), Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 312 (451).

¹⁰ BVerfGE 93, 121.

¹¹ BVerfGE 93, 121 (149 ff.).

¹² Das Gericht folgte rund 10 Jahre später den materiellen Bedenken, s. o. Fn. 6.

setzt und eine gewisse Richtung vorgibt, im übrigen aber dem politischen Prozeß Raum läßt“.¹³ Dieses Verfassungsverständnis prägte auch seine Konzeption der Grundrechte, deren objektive Aufladung als Wertentscheidung mit Ausstrahlungswirkung in das einfache Recht er – auch in seiner aktiven Zeit am Gericht – kritisch sah.¹⁴ In Konsequenz dessen verstand Böckenförde das Verfassungsgericht auch als „eher unpolitisch“¹⁵, als anlassbezogene Kontrollinstanz.¹⁶ Die Annahme, dass – überspitzt gesagt – aus der Verfassung alles herauskonkretisiert werden könnte, weckte in ihm ein Unbehagen, welches er begrifflich in der Warnung vor einem „Jurisdiktionsstaat“ bündelte. Gleichwohl stellte er aber die Verfassungsgerichtsbarkeit als solche nie in Frage. Ganz im Gegenteil: Ernst-Wolfgang Böckenförde erachtete es vielmehr als Pflicht, durch die staatlichen Institutionen an einer demokratischen staatlichen Ordnung als Freiheitsordnung mitzuwirken, sich gewissermaßen „in [den Staat] hineinzustellen“¹⁷, sich zu involvieren. Und er involvierte sich.

Dabei blendete er aber die Risiken einer mit letzter Interpretationsmacht ausgestatteten Verfassungsgerichtsbarkeit nicht aus. Vielmehr formulierte er eine Antwort auf den Umgang mit den Missbrauchsgefahren wie folgt: „Und da es keine höhere Instanz gibt über dem Verfassungsgericht, ist das eine Frage des Ethos der Verfassungsrichter selbst. Hier liegt ein Punkt der systematischen Verknüpfung von Recht und Moral“.¹⁸ Er identifizierte das richterliche Ethos also als Funktionsbedingung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Oder um es in der individuell gewendeten Logik seines bekannten Diktums zu formulieren: Das Verfassungsgericht lebt von richterlichen Voraussetzungen, die es selbst nicht garantieren kann.¹⁹ Diese ambivalente und gleichzeitig unverbrüchliche Wechselbeziehung von Recht und Moral aktivierte Böckenförde für sein richterliches Wirken auch gleich zu Anfang seines Amtes: So legte er den Amtseid mit religiösem Bekenntnis ab, weil – wie er sagte – „ich der Auffassung bin, daß gerade dieses ganz und gar unabhängige und kontrollfreie Amt auf die Moralität der Personen, die es wahrnehmen, angewiesen ist. Deshalb halte ich es für legitim, daß auch der religiös neutrale Staat hier die inneren Bindungskräfte, die ein Mensch hat, für sich in Anspruch nimmt“.²⁰ Er leistete den Eid mit religiöser Bekräftigung also nicht, um seinen Glauben zur Richtschnur, zur heimlichen Instanz seines Judizie-

¹³ Böckenförde, zitiert nach *Gosewinkel* (Fn. 9), S. 437.

¹⁴ *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, (1989), in: ders./Gosewinkel, Wissenschaft – Politik – Verfassungsgericht, 2011, S. 189ff.

¹⁵ Böckenförde, zitiert nach *Gosewinkel* (Fn. 9), S. 437, dort in Kontrastierung zum US Supreme Court.

¹⁶ Böckenförde, ebd., S. 460.

¹⁷ Böckenförde, ebd., S. 479.

¹⁸ Böckenförde, ebd., S. 441, vgl. dazu auch *Böckenförde*, Vom Ethos des Juristen, 2. Aufl. 2011.

¹⁹ Ähnlich *Gosewinkel* (Fn. 9), S. 443.

²⁰ Böckenförde, zitiert nach *Gosewinkel* (Fn. 9), S. 442.

rens zu machen, sondern vielmehr, um durch die innere glaubensbedingte Festigkeit seine richterliche Unabhängigkeit zu stärken. Er erbat göttlichen Beistand, um bei seiner Arbeit das Göttliche beiseite lassen zu können.

In keiner Entscheidung wurde diese Selbstbescheidung des gläubigen Katholiken Böckenförde so sehr auf die Probe gestellt, wie in der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch. Herr Böckenförde trug die Senatsentscheidung mit, welche Schwangerschaftsabbrüche, die ohne Feststellung einer Indikation nach Beratung innerhalb der 12 Wochen-Frist entsprechend der gesetzlichen Neuregelung (§ 218a Abs. 1 StGB) vorgenommen werden, zwar als rechtswidrig erachtete, aber deren Straflosigkeit erlaubte.²¹ In seinem Sondervotum²² wandte er sich gegen den Ausschluss der Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen, denen eine Beratung vorausgegangen war, weil er diese Auffassung vor dem Hintergrund des Beratungsmodells für inkonsequent und verfassungswidrig erachtete. Gleichzeitig betonte er angesichts der bis dahin weitgehend wirkungslosen Strafdrohung für Abbrüche die generelle Notwendigkeit der akzeptanzgetragenen sozialen Geltung einer Norm und brachte die verhaltenslenkenden Grenzen des Rechts in der Wendung vom „Recht als Notordnung“ auf den Punkt. Die Befürchtungen im Vorfeld, Böckenförde werde religiös motiviert entscheiden, erwiesen sich somit als unbegründet. Ein solches Entscheiden kam für Böckenförde als Missbrauch des Amtes von vornherein nicht in Betracht²³ – auch wenn der Widerspruch zu seiner religiösen Prägung als Christ letztlich unaufgelöst blieb. Nicht nur diese Entscheidung legt beredtes Zeugnis davon ab, dass Ernst-Wolfgang Böckenförde nach dem von ihm propagierten richterethischen Leitbild zu handeln suchte. Auch die verstorbene Altpräsidentin *Jutta Limbach* hob bei seinem Amtsabschied hervor, Böckenförde habe „immer nach der Maxime gehandelt, dass die Kultur mit den Formen anfängt“. Er habe „ein besonderes Gespür für die uns auf Zeit verliehene Macht und die damit verbundene Verantwortung bewiesen“.²⁴ Diese „erreichbare Nähe zur Unabhängigkeit“²⁵ wie auch seine „noble Kollegialität“²⁶ waren Wesenszüge des Verfassungsrichters Böckenförde.

Der Rechtsstaat war im Denken Böckenfördes zentral auf die Verbindung mit der Demokratie angewiesen. Sein theoretisches Konzept einer stets auf das Volk rückführbaren demokratischen Legitimationskette²⁷ floss in Entscheidungen zum kommunalen Ausländerwahlrecht, zur Mitbestimmungsmöglichkeit von Personalräten oder zur Frage der europäischen Integration

²¹ BVerfGE 88, 203 (270, 273, LS. 15).

²² BVerfGE 88, 203 (259 ff.).

²³ Böckenförde zitiert nach *Gosewinkel* (Fn. 9), S. 446.

²⁴ *Limbach*, Ansprache, Feierstunde im Bundesverfassungsgericht am 15. Mai 1996, Abschiedsrede, S. 30.

²⁵ *Fromme*, Personalie, FAZ v. 19. 9. 1990, S. 9, zitiert nach *Windmüller* (Fn. 1), S. 285.

²⁶ *Limbach* (Fn. 24), S. 30.

²⁷ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 2. Aufl. 2004, § 24.

im Maastricht-Urteil ein, was manche dazu veranlasste, diese Zeit im Rückblick gar als *indian summer* des deutschen liberalen Etatismus zu bezeichnen.²⁸ Dies wie auch sein Verständnis von Recht als „Erhaltensordnung“, nicht „Vollendungsordnung für das Zusammenleben der Menschen“²⁹ dienten dabei aber keinem Selbstzweck. Vielmehr sah er beides als notwendige Voraussetzungen dafür, dass eine wirkliche Freiheitsordnung für die Bürger entstehen und Bestand haben könnte. Die Freiheit also war der Fluchtpunkt seines staatstheoretischen Denkens, denn – so Böckenförde – die „Freiheits-sicherung und die Gewährleistung einer freiheitlichen Ordnung“ ist für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen zentral.³⁰

Zugunsten einer staatlichen Freiheitsordnung hatten Richter sich als Person also zurückzunehmen, das Recht sich zu bescheiden, der Staat die Freiräume der Gesellschaft zu respektieren. Dieses Zurücktretende war Grundmatrix seines rechts- und staatstheoretischen Denkens – und das Zurücktretende scheint in gewisser Weise auch auf Böckenförde ganz persönlich zuzutreffen. Wohl nicht ohne Grund hielt sein Schüler Dieter Gosewinkel anlässlich seines 80. Geburtstags eine „Non-Laudatio“, da der Beredete – wie Gosewinkel meinte – den Fokus auf seine Person nicht begrüßte, zumindest für unerheblich hielt. Böckenförde wechselte – so Gosewinkel – im Diskurs schnell vom „ich“ zum „man“.³¹ Ihn prägte etwas Unpräzises, etwas Uneitles. Selbst seine Argumente schienen von diesem Uneitlen besetzt. Status und Hierarchie waren seine Sache nicht, er trug seine Bildung nicht wie eine Monstranz vor sich her. Böckenförde war kein intellektueller Paternalist, hatte nichts übrig für eine Feigheit des Geistes. Er war ein scharfer Denker, ein streitbarer Geist, ein *public intellectual*, wie es ihn heute in diesem Format nur noch selten gibt. Böckenförde forderte und praktizierte ein „Denken ohne Geländer“ (*Hannah Arendt*). Oder wie er selbst auch mir persönlich immer wieder sagte: „Es zählt das Argument.“³² Viele gemeinsame Gespräche in der Bibliothek des Instituts für Staatswissenschaften und Rechtsphilosophie im 5. Stock des „KG II“, in der Herr Böckenförde häufig an seinem Buch über die „Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie“³³ arbeitete, haben diese Haltung für mich persönlich mit Leben erfüllt. Er ließ mich niemals spüren, dass ich damals das mit Abstand jüngste Mitglied der Fakultät war, und er wollte mich auch nicht belehren, sondern er wartete, neugierig und angriffslustig zugleich, auf ein Gegenargument. Mit tiefem Dank denke ich an diese ersten Freiburger Jahre zurück.

Zu seiner intellektuellen Integrität trat noch etwas Weiteres hinzu: Ernst-Wolfgang Böckenförde war Sozialdemokrat und „preußischer Katholik und

²⁸ Schönberger (Fn. 5), S. 133.

²⁹ Böckenförde, zitiert nach Gosewinkel (Fn. 9), S. 404.

³⁰ Böckenförde, ebd., S. 484.

³¹ Gosewinkel, Laudatio, in: Masing/Wieland (Hrsg.), Menschenwürde – Demokratie – Christliche Gerechtigkeit, 2011, S. 75 ff. (75).

³² Böckenförde, zitiert nach Gosewinkel (Fn. 9), S. 386.

³³ Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 2006.

ein freiheitsbezogener Denker vom Staate her“.³⁴ Obgleich mit inneren Wertvorstellung also nicht unterversorgt, war er doch „ideologisch unverklemmt“³⁵. Er war ethisch verankert, aber intellektuell nicht festgelegt. Böckenförde praktizierte diese Ambivalenz, ohne widersprüchlich zu sein. Er hielt Widersprüche, das Paradoxe vielmehr aus, gab „der Sehnsucht nach Harmonie und Aufhebung der Gegensätze“ nicht nach.³⁶ Und eben dies, die Nichtauflösung der Spannung, scheint mir sein intellektuelles, vielleicht auch sein menschliches Kraftzentrum gewesen zu sein, das wir alle bewunderten, die mit ihm zusammen trafen.

Ernst-Wolfgang Böckenförde bezeichnete es einmal als große Freude, dass es ihm vergönnt war, als Verfassungsrichter tätig gewesen zu sein.³⁷ Mir bleibt nur hinzufügen: Die Freude war, ist und bleibt ganz auf unserer Seite. Er wird dem Gericht fehlen, er wird unserem Land fehlen und er wird uns allen persönlich sehr fehlen!

³⁴ *Gosewinkel* (Fn. 31), S. 84.

³⁵ *Limbach* (Fn. 24), S. 26.

³⁶ *Gosewinkel* (Fn. 31), S. 78.

³⁷ Böckenförde, zitiert nach *Gosewinkel* (Fn. 9), S. 486.