

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/319569568>

# Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung

Article in *JuristenZeitung* · September 2017

DOI: 10.1628/002268817X15004527599072

CITATIONS

4

READS

196

5 authors, including:



**Thomas Gschwend**

Universität Mannheim

105 PUBLICATIONS 1,343 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



**Nils Schaks**

Universität Mannheim

14 PUBLICATIONS 4 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



**Sebastian Sternberg**

Universität Mannheim

9 PUBLICATIONS 28 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Judicial Politics [View project](#)



Parteienrecht [View project](#)

tersuchungen der empirischen Ökonomie erforderlich. Und ebenso schwer ist die Antwort auf die Frage, ob sich aus der Kombination beider Effekte eine volkswirtschaftlich insgesamt zufriedenstellende Allokation von Ressourcen auf die kaufgewährleistungsrechtliche Nacherfüllung ergibt. Möglicherweise ergibt sich aus der unklaren ökonomischen Diagnose aber immerhin ein weiteres Argument für die Gewährung von privatautonomer Gestaltungsfreiheit, weil die Parteien die ökonomischen Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles besser überblicken und damit aussteuern können als ein Gesetzgeber, der sich nicht an klaren ökonomischen Befunden zu orientieren vermag.

Betrachtet man das Verhältnis des Verkäufers zu seinem Lieferanten, so ist die Erweiterung der Rückgriffsmöglichkeiten aus ökonomischer Perspektive jedenfalls insofern positiv, als die erhöhte Haftungswahrscheinlichkeit einen verstärkten Anreiz zur Mängelvermeidung bei demjenigen Akteur schafft, der die Mängelvermeidung typischerweise (wenn auch keineswegs zwangsläufig) mit dem geringsten Ressourcenaufwand betreiben kann.<sup>79</sup> Allerdings erfolgt die Haftungsverlagerung in verhältnismäßig aufwändiger Weise, nämlich entlang zweier Vertragsverhältnisse statt durch einen Direktanspruch, woraus schon für sich genommen Reibungsverluste resultieren können (etwa: doppelte Prozesskosten). In dieser Erkenntnis begegnet einem zugleich wieder die schon so oft diskutierte Frage, ob dem Produkthaftungs- und Kaufgewährleistungsrecht mit Direktansprüchen gegen den Hersteller, die nach den Grundsätzen für Sonderverbindungen ausgestaltet sind, nicht doch besser gedient wäre.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Zur Rückverlagerungsintention der Vorschrift auch BT-Drucks. 18/8486, S. 41.

<sup>80</sup> Zusammenfassend zu verschiedenen Ansätzen, die Rechtsfiguren der Sonderverbindung nutzbar machen woll(t)en, Schäfer, in: *Staudinger*, BGB,

## VII. Fazit

Wo die geplante Gesetzänderung problematische Rechtsprechung des *EuGH* in den Buchstaben des BGB hineinwebt, kann ihr kaum ein Vorwurf gemacht werden. Besserung ist hier auf der Ebene des Europäischen Rechts zu suchen, beispielsweise in einer Neufassung der Verbrauchsgüterkauf-RiL. Wo das Gesetzesvorhaben die Vorgaben des *EuGH* selektiv umsetzt, wie mit dem Beibehalten eines Verweigerungsrechts wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs, ist ihm Beifall zu spenden. Gleiches gilt für die neue Rückgriffsmöglichkeit des Letztverkäufers, der Aus- und Wiedereinbaukosten zu tragen hatte. Der Einbezug von Aus- und Wiedereinbau in die Nacherfüllung jenseits des Verbrauchsgüterkaufs wäre für die Sicherstellung dieses Rückgriffs hingegen nicht erforderlich gewesen, sie dehnt das verfehlte Nacherfüllungskonzept des *EuGH* unnötig aus. Die im Ausschussstadium vorgenommene, generelle Streichung der Option eines Aus- und Wiedereinbaus in natura durch den Verkäufer kann in ihrer Pauschalität nicht überzeugen. Im Umgang mit verschiedenen Detail-Stellschrauben, beispielsweise der Möglichkeit zu abweichenden Regelungen in AGB, hat es nun die nationale Rechtsanwendung in der Hand, aus der neuen Gestalt der kaufrechtlichen Nacherfüllung das Bestmögliche zu machen.

12. Aufl. 1986, § 831 Rn. 172–177; *Diederichsen* NJW 1978, 1281; Diskussion und Ablehnung durch die Rspr. vor allem in *BGHZ* 51, 91, 92 ff.; *BGH* NJW 1989, 1029 f. Zur stattdessen etablierten deliktischen Lösung *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2010, § 823 Kap. F Rn. 1 f.; *Krause*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. III § 823 Rn. 2.

Benjamin G. Engst, Professor Thomas Gschwend, Ph. D., Dr. Nils Schaks, Sebastian Sternberg und Dr. Caroline Wittig, Mannheim\*

## Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung

Über den Einfluss der Parteinähe der einzelnen Bundesverfassungsrichter auf die Gerichtsentscheidungen wird auch in der Rechtswissenschaft diskutiert – oder vielmehr spekuliert. Denn die Rechtswissenschaft verfügt nicht über eigene Methoden, um diesen Einfluss systematisch zu erfassen. Der nachfolgende Beitrag zieht deshalb quantitative sozialwissenschaftliche Methoden heran, um für einen begrenzten Zeitraum den Einfluss der Parteinähe auf das Entscheidungsverhalten der Bundesverfassungsrichterinnen und -richter sowie mögliche Auswirkungen auf das Recht zu untersuchen.

\* Der Autor *Gschwend* lehrt Politikwissenschaft mit dem Schwerpunkt Quantitative Methoden an der Universität Mannheim. Die Autoren *Engst*, *Sternberg* und *Wittig* sind dort als Wissenschaftliche Mitarbeiter tätig. Der Autor *Schaks* ist Inhaber einer Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre ebenfalls an der Universität Mannheim. Die Autoren haben zu gleichen Teilen zum Auf-

### I. Einleitung

#### 1. Politik und Recht

Seit langem ist bekannt, dass die Trennung von Recht und Politik auf der Verfassungsebene besonders schwierig sein kann und dass das BVerfG oft dazu gebraucht – oder gar missbraucht? – wird, um Politikfragen unter Heranziehung des Verfassungsrechts zu beantworten. Bereits *Hans Kelsen* argumentierte, dass ein Verfassungsgericht durch die ihm vom Gesetzgeber übertragene Macht der Entscheidungen „eminent politische Bedeutung“ besitze, was einer unabhän-

satz beigetragen und sind hier alphabetisch geordnet. Die Verfasser danken *Andreas Engert* und *Marcel Neunboeffler* für wertvolle Hinweise sowie *Ulrich Sieberer*, *Susumu Shikano* und *Philip Leifeld*. Die Daten und Skripte zur Replikation der Analysen sind auf der Homepage der Autoren zugänglich gemacht.

gigen Justiz allerdings nicht entgegenstehe<sup>1</sup>. Diese politische Dimension war jedoch für *Carl Schmitt* gerade ein Grund gegen die Etablierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>2</sup>. Das BVerfG weist zwar strikt von sich, dass es Politik entlang von Parteilinien betreibe<sup>3</sup>, dennoch herrscht verbreitet die Ansicht, dass eine wie auch immer geartete Wechselbeziehung bestehe<sup>4</sup>. Deutlich wird dies, wenn zum Beispiel die Rede ist vom „roten“ und „schwarzen“ Senat<sup>5</sup>. Über die Zuständigkeitsregelungen werde seitens der Verfahrensbeteiligten versucht, das Verfahren bei dem vermeintlich genehmeren Senat anhängig zu machen<sup>6</sup>. Als Beleg dienen einzelne Entscheidungen, in denen Richter<sup>7</sup>, die von derselben Partei nominiert wurden, anders als diejenigen Richter gestimmt haben, die von einer anderen Partei nominiert wurden. Ob hier wirklich die Parteinähe mitentscheidend war, ist aufgrund der Anzahl möglicher anderer Gründe jedoch nicht eindeutig erkennbar. Wegen des Beratungsgeheimnisses (§ 17 BVerfGG i. V. mit § 193 Abs. 1 GVG) ist es zudem für Außenstehende schwierig, den Einfluss der Parteinähe auf die Entscheidung zu bestimmen. Dem vorliegenden Beitrag geht es nicht um die Deutung einzelner Entscheidungen, sondern darum, zu ermitteln, welchen Einfluss die Parteinähe auf das Entscheidungsverhalten hat und wie diese empirischen Erkenntnisse Auswirkungen auf die Auslegung des Rechts haben können, wie etwa bei den Vorschriften über die Besetzung der Richterbank mit Bundesrichtern gemäß Art. 94 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. mit § 2 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG. Gelingen kann das nur auf Basis eines interdisziplinären Forschungsansatzes, verfügt doch die Rechtswissenschaft nicht über genuine Methoden, um den Fragen des parteipolitischen Einflusses auf das Entscheidungsverhalten der Richter nachzugehen. Nach einem kurzen Überblick über den Stand der jeweiligen Wissenschaft werden quantitative Methoden der Sozialwissenschaften herangezogen und die gewonnenen Erkenntnisse für die Auslegung und Anwendung des Rechts fruchtbar gemacht.

In der Rechtswissenschaft wird seit einiger Zeit verstärkt über Fragen der Interdisziplinarität diskutiert und damit über den Einfluss nicht-juristischer Faktoren. Nachdem bereits in den 1970er Jahren die Bedeutung sozialwissenschaftlicher Ansätze für die Forschung intensiv diskutiert wurde<sup>8</sup>, hat dieses Thema zu Beginn des neuen Jahrtausends wieder Einzug in den rechtswissenschaftlichen Diskurs gehalten, wie unter anderem die Debatte in dieser Zeitschrift zum Gutachten „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ des Wissenschaftsrats von November 2012<sup>9</sup>

und weitere Publikationen<sup>10</sup> belegen. So fragt *Niels Petersen*: „Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?“ und kommt zu dem Fazit, dass „normative Aussagen auch in der Rechtswissenschaft durchaus auf empirischen Prämissen beruhen“, weshalb es für eine Weiterentwicklung in der Wissenschaft zwar nicht eines Paradigmenwechsels, wohl aber eines „Ineingreifens[s] von Normativität und Empirie“ bedürfe<sup>11</sup>. Ebenso plädiert *Oliver Lepsius* für ein arbeitsteiliges Verhältnis zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften<sup>12</sup>. Teilweise ist sogar die Rede davon, dass die Rechtswissenschaft „schon immer eine anlehnungsbedürftige Disziplin“ war<sup>13</sup>. Vor diesem Hintergrund lässt sich die nachfolgende Untersuchung als arbeitsteiliges Ineingreifen empirischer Methoden der Sozialwissenschaften mit normativen Fragen der Rechtswissenschaft begreifen.

## 2. Ausgangspunkt und These

Im Jahr 2008 schrieb die Süddeutsche Zeitung über den Richter am Bundesverfassungsgericht Herbert Landau:

„Aus seiner persönlichen Verbundenheit mit Roland Koch und dessen Vater machte Landau kein Geheimnis, zumal er 1999 als BGH-Strafrichter an das Wiesbadener Justizministerium wechselte und Staatssekretär wurde. Nach seiner Wahl zum Verfassungsrichter 2005 wunderte sich niemand, dass das CDU-Mitglied fast immer auf der Seite der ebenfalls konservativ-liberalen Richter Di Fabio und Mellinghoff zu finden war.“<sup>14</sup>

Die Aussage veranschaulicht den Ausgangspunkt der folgenden Analyse, die empirisch untersucht, ob sich das Verhalten der Richter tatsächlich systematisch mit der Zugehörigkeit zu den Parteilagern erklären lässt, ob es Muster gibt oder ob in Zukunft mögliche andere Einflüsse, wie die soziale Herkunft der Richter, hinzugezogen werden sollten, um deren Positionierung am Gericht zu verstehen. Zur Entwicklung eines Verständnisses für das Beratungsverhalten des Zweiten Senats in den rund zehneinhalb Jahren zwischen 2005 und 2016 werden Netzwerke zwischen Richtern des BVerfG untersucht. In anderen Worten: Wer kooperiert mit wem, bzw. wer kooperiert nicht mit wem? Wenn tatsächlich, wie so oft angenommen, politische Präferenzen eine Rolle bei der Entscheidungsfindung spielen, müsste unsere Analyse zeigen, dass in der Regel Richter gleicher politischer Couleur miteinander kooperieren. Mit politischer Couleur soll für die Zwecke der vorliegenden Analyse angenommen werden, dass der jeweilige Richter eine Nähe zu der ihn nominierenden Partei hat, unabhängig davon, ob der Richter Mitglied dieser Partei ist oder sonst besondere Beziehungen zu ihr pflegt. Es wird unterstellt, dass die nominierende Partei Personen vorschlägt, die den jeweiligen Parteinhalten

<sup>1</sup> *Kelsen*, in: *van Ooyen* (Hrsg.), *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, 2008 [1931], S. 68.

<sup>2</sup> *Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl. 1996, S. 155 f.

<sup>3</sup> Vgl. *Wesel*, *Der Gang nach Karlsruhe*, 2004, S. 10 f.

<sup>4</sup> Dies zeigt sich dann besonders deutlich, wenn eine neue Richterin oder ein neuer Richter zu wählen ist; vgl. *Braun*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 2011, S. 96. Interessant ist auch, dass die Politisierung der Richterwahl beklagt wird, was ein Indiz gegen den apolitischen Charakter des Gerichts darstellt; vgl. *Benda/Klein*, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, Rn. 139 m. w. N.

<sup>5</sup> Vgl. *Lorz ZRP* 2003, 36 (39); *Wesel* (Fn. 3), S. 59 f.

<sup>6</sup> Vgl. *Wesel* (Fn. 3), S. 60.

<sup>7</sup> Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die gewählte männliche Form schließt eine adäquate weibliche Form gleichberechtigt ein und umgekehrt.

<sup>8</sup> *Rottleuthner KJ* 1970, 283; *Lenk KJ* 1970, 273; *ders.* *KJ* 1971, 60; *Damm JZ* 1972, 309; *Dreier JZ* 1975, 540.

<sup>9</sup> *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, Drs. 2558–12, abgerufen unter [www.wissenschaftsrat.de](http://www.wissenschaftsrat.de) am 6. 8. 2017. Der Wissenschaftsrat empfiehlt u. a. eine Verstärkung der Interdisziplinarität der Forschung und eine Öffnung für und Einbezie-

hung von Perspektiven der Nachbardisziplinen, so auf S. 36. Siehe zu den Empfehlungen insgesamt *Grundmann JZ* 2013, 693; *Gutmann JZ* 2013, 697; *Hillgruber JZ* 2013, 700; *Lorenz JZ* 2013, 704; *Rixen JZ* 2013, 708; *Stolles JZ* 2013, 712; *Wolf ZRP* 2013, 20.

<sup>10</sup> *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; *Grimm*, in: *ders./Deppenheuer/Wiederin*, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, S. 21–28; *Hilgendorf JZ* 2010, 913; *Jestaedt*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft*, in: *ders./Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 186 (190); *Röhl* und *v. Arnaud*, *Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen*, in: *VVDStRL* 74 (2015), 7 und 39; *Steinbach Der Staat* 54 (2015), 267 ff.

<sup>11</sup> *Petersen Der Staat* 49 (2010), 435 (454). Kritik bei *I. Augsberg Der Staat* 51 (2012), 117 ff.

<sup>12</sup> *Lepsius JZ* 2005, 1 (insbes. S. 12 f.).

<sup>13</sup> *Engel/Schön* (Fn. 10), Vorwort, S. IX f.

<sup>14</sup> *Kerscher/Conradi SZ* online v. 19. 4. 2008, <http://sz.de/1.204964>, „Die Richter im Portrait“, zuletzt abgerufen am 6. 8. 2017.

möglichst nahestehen. Das heißt, dass sich innerhalb des Netzwerks der Richter eine klare Trennung zwischen „schwarzen“ und „roten“ Richtern ausmachen lassen müsste. Mit Bezug auf Richter Landau bedeutet dies etwa, dass er – falls er tatsächlich so politisch motiviert entscheidet, wie es das vorherige Zitat nahelegt – eine Gruppe mit anderen CDU/CSU-nominierten Richtern bilden sollte. Spielte dagegen die nominierende Partei eine untergeordnete Rolle, müsste sich ein gemischteres Netzwerk ohne deutlich erkennbare Muster ergeben. Ähnliches gilt für tiefergehende Analysen, die richterliche Übereinstimmung anhand von räumlicher Nähe darstellen: Hat die Parteiennähe keinen Einfluss, so dürften sich keine „einfarbigen“ Gruppen oder andere deutlich parteibezogene Schemata erkennen lassen.

## II. Stand der Diskussion zum Einfluss der Politiknähe auf richterliches Entscheidungsverhalten

### 1. Rechtswissenschaft

Das analytische Vorgehen knüpft an eine Untersuchung von Jäger an, der mithilfe von Werdegang und Parteiennähe der Richter des BVerfG das richterliche Entscheidungsverhalten beleuchtet<sup>15</sup>. Ein vergleichbarer Ansatz findet sich in Rottleuthners Analyse zur These von der „halbierten Gesellschaft“, die besagt, dass sich Herkunft und Werdegang in der richterlichen Entscheidungspraxis widerspiegeln. So kommt er zu der Erkenntnis, dass „die ‚Dissenter‘ eher solche Richter sind, die eine untypische Karriere hinter sich haben: keine richterliche oder Verwaltungslaufbahn“<sup>16</sup>. Dadurch griffen beide Autoren bereits 20 Jahre zuvor die Thematik auf, die Schlink 2007 wie folgt beschreibt: „Wenn ich zur Prognose aufgefordert werde, antworte ich inzwischen weniger und weniger aus meiner Kenntnis dessen, was dogmatisch passen und stimmen würde, und mehr aus meiner Kenntnis und Einschätzung der Richter und Richterinnen des jeweiligen Senats“<sup>17</sup>. Einen ähnlichen Gedankengang verfolgt Limbach, die die Zusammensetzungen der Senate betrachtend, rhetorisch fragt: „Ist nicht die Chance, dass alle Meinungen und Interessen Gehör finden, und das Erfahrungsaufgebot am größten, wenn Menschen unterschiedlicher Herkunft, Glaubens und Weltanschauung, nicht zu vergessen Geschlechts an einem Richtertisch beieinandersitzen?“<sup>18</sup>. Ganz anders argumentiert beispielsweise Ossenhühl, der konstatiert, dass Verfassungsrechtsprechung generell kein politischer Vorgang sei, sondern auf rein rechtlichen Erwägungen basiere<sup>19</sup>. Der Hinweis auf die ausschließlich rechtlichen Argumente impliziert somit auch den Ausschluss sozialer und anderer externer Parameter als (Teil-)Erklärungen für richterliches Entscheidungsverhalten. Auch Bryde verneint eine grundsätzliche Korrelation zwischen Parteiennähe der Richter und deren Entscheidungen, wobei er jedoch die politische Dimension verfassungsgerichtlicher Entscheidungen anerkennt<sup>20</sup>. Des Weiteren wird darauf verwiesen, dass die Wahl der Richter zwar durch politische Organe erfolge und die Richter Recht gewordene Politik überprüften; dies werde aber durch das Zwei-Drittel-Erfordernis bei

der Wahl abgemildert<sup>21</sup>. Hierbei handelt es sich jedoch um normative, nicht empirische Argumente. Solche werden zwar auch herangezogen, jedoch meist nur hinsichtlich spektakulärer Einzelfälle und mit anekdotischem Charakter.

### 2. Politikwissenschaft

In der Politikwissenschaft wird die Entscheidungsfindung des BVerfG überwiegend als Ergebnis kollektiver Entscheidungsprozesse von außen betrachtet und weniger mit Blick auf einzelne Richter. Dadurch werden richterliche Handlungsmotive weniger beleuchtet. Stattdessen geht es um Fragen, wie das BVerfG den politischen Diskurs indirekt beeinflusst, das heißt allein durch seine Existenz auf den Gesetzgeber wirkt<sup>22</sup>, oder direkt durch Entscheidungen in politisierten Themenfeldern etwa mittels Verfahren wie der abstrakten Normenkontrolle<sup>23</sup>. Die Ansätze heben die Reaktionen des Gesetzgebers auf prominente Entscheidungen wie etwa zum Schwangerschaftsabbruch<sup>24</sup> oder zur Arbeitnehmermitbestimmung<sup>25</sup> hervor und rücken besondere Verfahrensarten in den Mittelpunkt<sup>26</sup>. Folglich erlauben die Betrachtungen Rückschlüsse auf das Spannungsfeld zwischen dem Gesetzgeber und dem BVerfG in diesen besonderen Bereichen. Hönnige zeigt dabei, dass der Erfolg der parlamentarischen Opposition bei der Normenkontrolle auch von der Besetzung der Richterbank abhängt. Die Opposition kann im richterlichen Auswahlprozess zum Zuge kommen und ihr nahstehende Kandidaten nominieren<sup>27</sup>. Dadurch wird Parteiennähe zu einem relevanten Hintergrundfaktor für die Opposition als Antragsteller. Auch zum individuellen Verhalten der Richter finden sich zwar einige Erklärungsansätze, die jedoch selten über anekdotische Evidenz hinausgehen. Dies ist nicht verwunderlich, da das Beratungsgeheimnis (§ 17 BVerfGG i. V. mit § 193 Abs. 1 GVG) entsprechende Betrachtungen erschwert und das Handeln einzelner Richter kaum zu erfassen ist. So hebt Landfried in Einzelfallanalysen auf die Bedeutung der nominierenden Partei für das Verhalten der Richter ab, wenn sie beispielsweise den Wechsel der Rechtsprechung des BVerfG zur Parteienfinanzierung mit der geänderten Besetzung des Senats erklärt: „Der Personalwechsel in Verbindung mit einer Stärkung des linken Lagers im Zweiten Senat hat den Wandel der Rechtsprechung [...] ermöglicht“<sup>28</sup>. Kranenpohl nähert sich über Interviews mit Richtern dem Beratungsgeheimnis<sup>29</sup>. Dadurch können ungeschriebene Regeln innerhalb des BVerfG beleuchtet werden, wie etwa die Rolle des Berichterstatters oder die von Neuankömmlingen. Die Ergebnisse müssen allerdings aufgrund der Anonymisierung der Interviews eher mit Blick auf das Gericht und den internen Willensbildungsprozess in seiner Gesamtheit ausgewertet werden und weniger mit Blick auf einzelne Richter<sup>30</sup>. Breiter

15 Jäger ZRP 1987, 360.

16 Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 110.

17 Schlink JZ 2007, 157 (162).

18 Limbach, in: Festschrift für Blankenburg, 1998, S. 219.

19 Ossenhühl, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 85.

20 Bryde, in: Festschrift für Blankenburg, 1998, S. 469.

21 Vgl. Schlaich/Korrioth, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 43.

22 Landfried Gov. Oppos. 1985, 522; Kommers Comp. Polit. Stud. 1994, 470; Vanberg J. Theo. Polit. 1998, 299.

23 Hönnige, Verfassungsgericht, Regierung und Opposition, 2007; Kneip, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im Politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 281.

24 BVerfGE 39, 1; 88, 203; Landfried West Eur. Polit. 1992, 50.

25 BVerfGE 50, 209; Stone Sweet, Governing with Judges, 2000, S. 78.

26 Vgl. Hönnige (Fn. 23); Sternberg/Gschwend/Wittig/Engst PVS 2015, 570.

27 Hönnige (Fn. 23), S. 112.

28 Landfried, in: van Ooyen/Möllers (Fn. 23), S. 369 (382) mit weiteren Beispielen.

29 Kranenpohl, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010.

30 Kranenpohl (Fn. 29).

akzeptiert ist inzwischen eine generelle politische Rolle des BVerfG<sup>31</sup>, die es weiter zu untersuchen gilt<sup>32</sup>.

### 3. Zwischenfazit: Erfordernis eines empirischen Zugriffs

Gemein ist den zuvor beschriebenen Ansätzen – seien es die rechtswissenschaftlichen oder die politikwissenschaftlichen –, dass sie ihre Argumentation oft anhand einzelner, nicht unbedingt systematisch ausgewählter Beispiele führen oder anhand von Rechtsvorschriften und den von diesen verfolgten Zwecken. Ob die Beispiele zwingend oder repräsentativ sind und ob die Normzwecke sich in der Realität behaupten, ist damit jedoch noch nicht geklärt. Dies zeigt, dass es zu einem systematischen, umfassenden Verständnis des richterlichen Verhaltens über Einzelfälle hinaus neuer Herangehensweisen bedarf.

Dabei kann an die politikwissenschaftliche Literatur zum US Supreme Court angeknüpft werden. Die Tatsache, dass dort die einzelnen Voten der Richter öffentlich sind, führt bereits seit längerem zu einer kontinuierlichen Beobachtung des Entscheidungsverhaltens der Richter<sup>33</sup>. Hierbei wird die Vorstellung, Richter würden allein durch Interpretation von Fakten und mittels rechtswissenschaftlicher Methoden Recht sprechen, als zu kurz gegriffen zurückgewiesen<sup>34</sup>. Bereits 1965 befand *Schubert*, dass Richter eigene Präferenzen in die Entscheidungsfindung einfließen lassen<sup>35</sup>, und in den vergangenen fünf Jahrzehnten konnte die Wissenschaft dies immer wieder nachweisen<sup>36</sup>. Der US-Berufungsrichter *Posner* fasste diese Erkenntnisse in der Formulierung zusammen, dass Richter „dieselben Interessen wie jeder andere“ verfolgen<sup>37</sup>. Auch in Europa, Südamerika oder Australien etabliert sich entsprechende Forschung mehr und mehr<sup>38</sup>. Richterliche Präferenzen ergeben sich etwa aus Entscheidungsinhalten, der Sicherung der Stellung des Gerichts, eigenen Karriereerwägungen, der Pflege des persönlichen Ansehens oder persönlichem Hintergrund<sup>39</sup>. Dennoch hindern die Rechtsbindung der Richter (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) sowie die Notwendigkeit, dass Legislative und Exekutive gerichtliche Entscheidungen umsetzen und die Öffentlichkeit diese akzeptiert, Richter an der unmittelbaren Verfolgung eigener Ziele<sup>40</sup>. Folglich beschränken sie sich strategisch<sup>41</sup>. *Schlögel* plädiert dafür, diesen strategischen Ansatz auf das BVerfG zu übertragen<sup>42</sup>. Da Daten zum individuellen Verhalten der BVerfG-Richter allerdings nicht annähernd in gleichem Umfang verfügbar sind wie zum Abstimmungsverhalten der Richter am US Supreme Court oder an Gerichten anderer Staaten, stellt die empirische Überprüfung eines solchen An-

satzes eine besondere Herausforderung dar. Ein erster Anknüpfungspunkt kann sich jedoch aus der Analyse von abweichenden Meinungen ergeben. Auch zum Entstehen von Sondervoten gibt es vielfältige Forschung im internationalen Kontext. So werden diverse Faktoren nachgewiesen, die das Auftreten von Sondervoten bestimmen. Hier sind sozialer Hintergrund<sup>43</sup>, Beruf<sup>44</sup>, Konfession<sup>45</sup>, Dienstalter<sup>46</sup>, die Position als Vorsitzender Richter<sup>47</sup>, Thema und Komplexität eines Falles<sup>48</sup>, strategische Interaktionen innerhalb des Gerichts<sup>49</sup> und erneut politische Präferenzen zu nennen<sup>50</sup>. Letztere stehen im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung.

## III. Analyse

Zur Analyse des Entscheidungsverhaltens wurden die Entscheidungen aus dem Zeitraum vom 1. Oktober 2005 bis zum 20. Juli 2016 ausgewertet, die anhand der Unterzeichnungen erkennen lassen, wie sich die Richter positioniert haben. Bei diesen Entscheidungen handelt es sich größtenteils um Sondervoten i. S. des § 30 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG<sup>51</sup>, die im Inhaltsverzeichnis der amtlichen Entscheidungssammlung als „abweichende Meinungen“ bezeichnet werden. Vereinzelt handelt es sich aber auch um 4:4-Entscheidungen, die dort nicht als abweichende Meinungen bezeichnet wurden. Um alle Arten von Entscheidungen gleichermaßen begrifflich zu erfassen, sprechen wir von namentlicher Positionierung und nicht von „Sondervoten“.

### 1. Beispielszeitraum: 1. 10. 2005 – 20. 7. 2016

Der gewählte Zeitraum deckt die Amtsperiode des ehemaligen Richters des BVerfG Herbert Landau ab, der nach Erreichen der Altersgrenze seine Entlassungsurkunde am 20. Juli 2016 ausgehändigt bekam. Dies ist für uns Anlass, seine Rolle am Bundesverfassungsgericht genauer zu beleuchten. Grund hierfür ist erstens, dass seine Amtszeit abgeschlossen ist und damit vollständig ausgewertet werden kann. Zweitens liegt eine Bewertung seitens politischer Beobachter nach seinen ersten Jahren am BVerfG vor, welche mit quantitativen Methoden überprüft werden kann. Die erste Senatsentscheidung, an der Landau mitwirkte, ist BVerfGE 114, 357 (Bleiberecht für Ausländerkinder), die

31 Vgl. *Landfried*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1996.

32 Vgl. *Hönig/Gschwend* PVS 2010, 507.

33 Vgl. *Martin/Quinn* Polit. Anal. 2002, 134; *Epstein/Martin/Quinn/Segal* NULR 2007, 1483.

34 *Schlögel*, in: *van Ooyen/Möllers* (Fn. 23), S. 889, 890.

35 *Schubert*, *The Judicial Mind*, 1965.

36 So u. a. *Gibson* Am. Polit. Scie. Rev. 1978, 911; *Segal/Cover* Am. Polit. Scie. Rev. 1989, 82; *Brace/Hall* J. of Polit. 1997, 1206; *Martin/Quinn* Polit. Anal. 2002, 134; *Edelman/Klein/Lindquist* J. o. Emp. Leg. Stud. 2012, 129.

37 Eigene Übersetzung von *Posner* Supreme Court Economic Review 1993, 1.

38 Bspw. *Garoupa/Gomez-Pomar/Grembi* J. o. Law, Econ., and Organ. 2011, 513; *Basabe-Serrano* J. o. Politics i. Latin Am. 2014, 83; *Smyth* Austr. J. o. Polit. Scie. 2005, 519.

39 *Baum* Polit. Sci. Q. 1994, 749.

40 Vgl. Befunde zum Einfluss der öffentlichen Meinung auf Entscheidungen des BVerfG von *Sternberg/Gschwend/Wittig/Engst* PVS 2015, 570.

41 Vgl. *Epstein/Knight*, *The Choices Justices Make*, 1998.

42 *Schlögel*, in: *van Ooyen/Möllers* (Fn. 23), S. 889.

43 *Smyth* Austr. J. o. Polit. Scie. 2005, 519; *Ulmer* J. o. Politics 1970, 580; u. a.

44 *Garoupa/Gili/Gomez-Pomar* J. o. Emp. Leg. Stud. 2012, 295; *Kranenpohl* (Fn. 29); *Rottleuthner* (Fn. 16); *Schmidhauser* Univ. o. Toronto Law J. 1962, 194; u. a.

45 *Smyth* Austr. J. o. Polit. Scie. 2005, 519; *Asbenfelter/Eisenberg/Schwab* J. o. Leg. Stud. 1995, 257; u. a.

46 *Brenner/Hagle* Polit. Behav. 1996, 235; *Lanier* Am. Politics Res. 2011, 682; u. a.

47 *Corley/Steigerwald/Ward*, *The Puzzle of Unanimity – Consensus on the United States Supreme Court* 2013, S. 83 ff.; *Walker/Epstein/Dixon* J. o. Politics, 1988, 361; u. a.

48 *Songer/Szner/Johnson* Canad. J. o. Polit. Scie. 2011, 389; *Gerber/Park* Am. Polit. Scie. Rev. 1997, 390; *Collins* Polit. Sci. Q. 2009, 368; *Epstein/Segal/Spaeth* Am. J. o. Polit. Scie. 2001, 362; u. a.

49 *Hettinger/Lindquist/Martinek* Am. J. o. Polit. Scie. 2004, 123; *Caldeira/Zorn* Am. J. o. Polit. Scie. 1998, 874; u. a.

50 *Johnson/Black/Ringsmuth* Minnesota Law Rev. 2008, 1560; *Wahlbeck, Spriggs/Maltzman* Am. Politics Res. 1999, 488; u. a.

51 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 11 des Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht v. 21. 12. 1970, BGBl I, 1765. „Ein Richter kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; das Sondervotum ist der Entscheidung anzuschließen.“ Die Vorschrift gilt seit ihrer Einführung in unveränderter Fassung.

letzten acht Senatsentscheidungen sind sieben Beschlüsse vom 20. 7. 2016, mit denen Wahlprüfungsbeschwerden verworfen wurden (2 BvC 32/14, 33/14, 37/14, 42/14, 63/14, 2 BvC 4/15, 14/15), sowie die Wiederholung einer einstweiligen Anordnung (2 BvF 1/15).

## 2. Methode: Namentliche Positionierung als Indikator

Bereits in seiner Antrittsrede betonte Herbert Landau, er wolle als Bundesverfassungsrichter höchstens drei Sondervoten schreiben<sup>52</sup>. Diesem Vorhaben blieb er treu: Das letzte und tatsächlich dritte Sondervotum schrieb er 2013 zur steuerlichen Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften<sup>53</sup>. Hier wollte er der Senatsmehrheit nicht folgen, die für eine Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe votiert hatte. Zuvor hatte er in den Verfahren „Bundeshaushalt 2004“<sup>54</sup> und „Honeywell“<sup>55</sup> anders als die Senatsmehrheit gestimmt. Hinzu kommen als vergleichbare Fälle zwei 4:4-Entscheidungen, in denen Landau einmal der Gruppe der die Entscheidung tragenden Richter angehörte und einmal nicht (Nr. 1 und 4 in Tabelle 1). Im Folgenden nutzen wir alle Entscheidungen während des Untersuchungszeitraums, aus denen ersichtlich ist, welche Richter sich wie positioniert haben (namentliche Positionierungen). Solche Entscheidungen mit namentlicher Positionierung stellen die seltene Möglichkeit dar, etwas über abweichendes Entscheidungsverhalten der Richter zu erfahren. Nicht erfasst werden können hingegen Entscheidungen, bei denen lediglich bekannt ist, dass sie nicht einstimmig ergangen sind, ohne dass die Namen der für oder gegen die Entscheidungen stimmenden Richter genannt werden. Solange es aber zum Beispiel mindestens ein Sondervotum gibt, wissen wir für den Verfasser des Votums, dass er zumindest insoweit nicht mit den Kollegen übereinstimmt, als dass er sich genötigt sieht, ein Sondervotum zu verfassen. Nach dieser grundlegenden Logik wird das Abstimmungsverhalten der Richter im Folgenden unterschieden. Die Verfasser jeweils eines Sondervotums werden als ähnlich angesehen, ebenso die Richter, die das Sondervotum nicht unterzeichnen. Dasselbe gilt im Falle der beiden 4:4-Entscheidungen: Innerhalb derselben Gruppe werden deren Mitglieder als ähnlich betrachtet. Dies gilt unabhängig davon, ob die namentliche Positionierung aufgrund des Entscheidungsergebnisses oder (lediglich) der Entscheidungsbegründung erfolgte. Ebenfalls unerheblich ist es, wie „brisant“ oder „bedeutsam“ eine Entscheidung war. Allein relevant ist, ob sich mindestens ein Richter genötigt sah, namentlich Position zu beziehen und sich von anderen Richtern abzugrenzen.

Diese Identifikationsstrategie hat Grenzen. Wissen wir von einer Entscheidung beispielsweise nur, dass sie mit 5:3 Stimmen bei einem von nur einem Richter unterzeichneten Sondervotum ergangen ist, identifiziert unsere Erhebungsmethode lediglich einen Abweichler, obwohl drei Richter gegen die Entscheidung gestimmt haben. Im Untersuchungszeitraum besteht eine Diskrepanz zwischen Abstimmungsergebnis und Sondervoten in sechs Fällen<sup>56</sup> (Nr. 2, 6, 10, 11, 15 und 17 in Tabelle 1). Wir gewichten die namentliche Po-

sitionierung jedoch höher als das geheime Abstimmungsverhalten. Dies hat den Vorteil, dass mehr Fälle in die Untersuchung einbezogen werden können als wenn diese Fälle von vornherein als Untersuchungsmaterial ausfielen. Auch inhaltlich ist dieses Vorgehen gerechtfertigt. Diejenigen Richter, die „anonym“ gegen die Entscheidung stimmen, widersprechen dem Inhalt des Urteils *nicht offen*, obwohl Kollegen (oder zumindest ein Kollege) ein Sondervotum verfassen. Die anonym gegen die Entscheidung stimmenden Richter treffen somit die Wahl, sich nicht namentlich von den die Mehrheitsmeinung tragenden Richtern abzusetzen, es erfolgt also keine namentliche Positionierung gemeinsam mit den „offenen“ Dissentern. Den Nachteil der Einbeziehung der sechs unklaren Entscheidungen, dass nämlich eine Verzerrung in der Bewertung auftreten kann, haben wir dadurch auszugleichen versucht, dass wir dieselbe Berechnung alternativ für die eindeutigen 14 Fälle durchgeführt haben. Unsere Ergebnisse auf Grundlage aller 20 Entscheidungen, die die beschriebenen Informationen beinhalten, führen trotz Einbeziehung der sechs problematischen Entscheidungen zu belastbaren Aussagen (siehe hierzu unter Ziff. III.3., IV.1 und IV.2). Im Vergleich der beiden Berechnungen ergeben sich Unterschiede im Detail bezüglich der noch zu erläutern- den Ähnlichkeitswerte (dazu sogleich unter Ziff. 3).

Des Weiteren wurde erwogen, die richterliche Zusammenarbeit danach zu gewichten, ob gemeinsam ein Sondervotum geschrieben oder gemeinsam nicht per Sondervotum abgewichen wurde. Man könnte die Kooperation von abweichenden Richtern als enger betrachten. Wir sehen aus methodischen Gründen jedoch davon ab. Zum einen gibt es keine zwingende theoretische Begründung, etwa andere Punktwerte zu vergeben. Darüber hinaus existiert weder ein überzeugendes Maß für eine solche Gewichtung noch ein allgemein akzeptiertes Maß, um unterschiedlich starke richterliche Kooperation darstellen zu können.

Die insgesamt 20 Entscheidungen mit namentlicher Positionierung sind in Tabelle 1 (nächste Seite) aufgeführt. Wurden zwei verschiedene Sondervoten von unterschiedlichen Richtern verfasst, so wurden alle Richter, die demselben Votum zustimmten, als ähnlich angesehen. Dies betraf die Fälle 5, 9 und 16 in Tabelle 1. Der Richter, der alleine ein Sondervotum verfasst hat, wird nicht als ähnlich zur Senatsmehrheit, aber auch nicht als ähnlich zu den beiden anderen Abweichlern angesehen. Der Plenarbeschluss zum Luftsicherheitsgesetz<sup>57</sup> wurde nicht herangezogen, da erstens eine insgesamt abweichende Besetzung gegeben war (Plenum statt Senat) und zweitens die Richter des Zweiten Senats die Mehrheitsentscheidung in allen Punkten mitgetragen haben.

Wir bezeichnen Richter, die sich gemeinsam namentlich positionieren, als *ähnlich*. Gemeinsame namentliche Positionierung erfolgt etwa durch ein gemeinsam verfasstes Sondervotum. Die Verfasser des Sondervotums gelten untereinander als ähnlich. Allerdings gelten auch alle Mitglieder eines Senates, die sich diesem Sondervotum nicht anschließen, als untereinander *ähnlich*. Gemeinsame namentliche Positionierung erfolgt aber auch durch gemeinsame Zugehörigkeit zur jeweiligen „Senatsmehrheit“ bzw. „-minderheit“ in Entscheidungen, für die sämtliche namentlichen Positionierungen transparent gemacht wurden, etwa bei 4:4-Entscheidungen. Richter, die nicht als ähnlich im zuvor definierten Sinne gewertet werden können, sind *unähnlich*.

52 Müller FAZ online v. 6. 6. 2013, <http://www.faz.net/-gpf-79qyk>. „Bodenständig“, zuletzt abgerufen am 6.8.2017.

53 BVerfGE 133, 377.

54 BVerfGE 119, 96.

55 BVerfGE 126, 286.

56 BVerfGE 117, 372; 119, 247; 126, 286; 129, 300; 134, 33; 135, 259.

57 BVerfGE 132, 1.



Tabelle 1: Entscheidungen mit namentlicher Positionierung im Zweiten Senat des BVerfG, Oktober 2005 – Juli 2016

Nr.	Entscheidung	Keine namentliche Positionierung gegen die Entscheidung	Namentliche Positionierung gegen die Entscheidung
1.	BVerfGE 116, 24 erschlichene Einbürgerung	Hassemer, Di Fabio, Mellinghoff, Landau	Broß, Osterloh, Lübbe-Wolff, Gerhardt
2.	BVerfGE 117, 372 Beamtenpension, Wartefrist BeamtenVG	Hassemer, Broß, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Landau	Osterloh, Gerhardt
3.	BVerfGE 118, 124 Argentinien-Anleihen	Hassemer, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Gerhardt, Landau	Lübbe-Wolff
4.	BVerfGE 118, 277 Nebeneinkünfte von Abgeordneten	Broß, Osterloh, Lübbe-Wolff, Gerhardt	Hassemer, Di Fabio, Mellinghoff, Landau
5.	BVerfGE 119, 96 Bundeshaushalt 2004	Hassemer, Broß, Osterloh, Lübbe-Wolff, Gerhardt,	1) Di Fabio, Mellinghoff 2) Landau (alleine)
6.	BVerfGE 119, 247 Teilzeitbeamter, Zwangsteilzeit	Hassemer, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Landau	Gerhardt
7.	BVerfGE 119, 331 ALG II	Hassemer, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Landau	Broß, Osterloh, Gerhardt
8.	BVerfGE 120, 224 Inzestverbot	Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau	Hassemer
9.	BVerfGE 122, 248 Rügeverkümmern	Broß, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Landau	1) Osterloh, Di Fabio, Voßkuhle 2) Gerhardt (alleine)
10.	BVerfGE 126, 286 Honeywell	Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Voßkuhle	Landau
11.	BVerfGE 129, 300 Fünf-Prozent-Sperrklausel Europawahlgesetz	Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau, Voßkuhle, Huber, Hermanns	Di Fabio, Mellinghoff
12.	BVerfGE 130, 263 Hessische Professorenbesoldung	Di Fabio, Lübbe-Wolff, Landau, Voßkuhle, Huber, Hermanns	Gerhardt
13.	BVerfGE 132, 39 Wahlberechtigung Auslandsdeutsche	Gerhardt, Landau, Voßkuhle, Huber, Hermanns, Müller	Lübbe-Wolff
14.	BVerfGE 133, 377 Lebenspartnerschaft Ehegattensplitting	Lübbe-Wolff, Gerhardt, Voßkuhle, Huber, Hermanns, Müller	Landau, Kessel-Wulf Lübbe-Wolff, Gerhardt,
15.	BVerfGE 134, 33 Therapieunterbringungsgesetz	Landau, Voßkuhle, Hermanns, Müller, Kessel-Wulf	Huber
16.	BVerfGE 134, 366 OMT- Beschluss	Landau, Voßkuhle, Huber, Hermanns, Müller, Kessel-Wulf	1) Lübbe-Wolff (alleine) 2) Gerhardt (alleine)
17.	BVerfGE 135, 259 Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahlgesetz	Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau, Voßkuhle, Huber, Hermanns, Kessel-Wulf	Müller
18.	BVerfGE 139, 321 Zeugen Jehovas II	Landau, Huber, Kessel-Wulf, König, Maidowski	Voßkuhle, Hermanns, Müller
19.	BVerfGE 141, 1 Treaty Override	Voßkuhle, Landau, Huber, Hermanns, Müller, Kessel-Wulf, Maidowski	König
20.	BVerfGE 142, 234 Konvention des Europarats über Computerkriminalität	Landau, Hermanns, Müller, Kessel-Wulf, König, Maidowski	Huber

### 3. Ähnlichkeitsmaß

Auf diese Weise erstellen wir anhand gemeinsamer namentlicher Positionierungen ein sogenanntes Ähnlichkeitsmaß. Für jeden Richter in der Amtsperiode des Richters Landau wird für jede Entscheidung mit namentlicher Positionierung kodiert, welche Richter einander ähnlich sind. Für jede dieser Ähnlichkeiten bei zwei Richtern wird für jeden Teil des Richterpaars eine 1 vergeben. Bei 20 Entscheidungen mit namentlicher Positionierung in der Amtszeit des Richters Landau<sup>58</sup> ist 20 somit der theoretisch maximale Ähnlichkeitswert. Waren zwei Richter in keiner dieser Entscheidungen einander ähnlich, bekommt dieses Richterpaar einen Ähnlichkeitswert von 0. Abschließend wird der so ermittelte Ähnlichkeitswert durch die Anzahl an Entscheidungen dividiert, in denen beide Richter mitgewirkt haben: Wenn Rich-

ter A und Richter B bei lediglich 2 von 10 möglichen Entscheidungen sich gemeinsam namentlich positionieren, wird ihr daraus entstehender Ähnlichkeitswert von 2 durch 10 geteilt. Dadurch tragen wir den verschiedenen Amtszeiten der einzelnen Richter innerhalb des Senats und den daraus resultierenden unterschiedlich hohen Kooperationsmöglichkeiten Rechnung. Zur Kontrolle haben wir die Ähnlichkeitswerte ohne die sechs problematischen Entscheidungen (Nr. 2, 6, 10, 11, 15 und 17 in Tabelle 1, bei denen nicht alle gegen das Mehrheitsvotum stimmenden Richter auch das Sondervotum unterzeichnet haben) berechnet. Die Werte bleiben jedoch im Wesentlichen dieselben.

### 4. Netzwerkanalyse und Skalierung

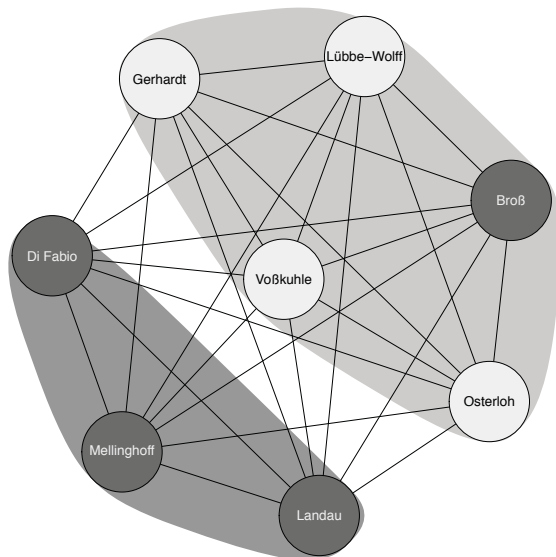
Die auf die soeben dargestellte Weise gewonnenen Daten dienen nun als Grundlage für die weiteren Analysen. Zum einen werden Techniken der Netzwerkanalyse herangezogen

<sup>58</sup> Siehe Tabelle 1.

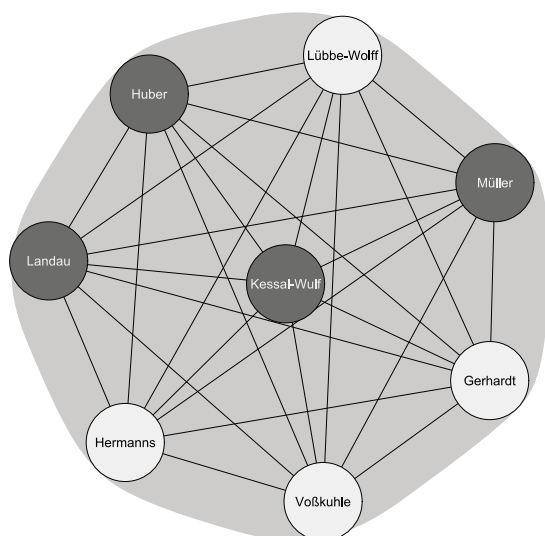
gen<sup>59</sup>. Sie erlauben es, die Beziehungen zwischen Akteuren innerhalb einer Organisation für einen bestimmten Zeitraum zu untersuchen und zu veranschaulichen (siehe sogleich Abbildungen 1a und 1b sowie IV.1.). Zum anderen werden Methoden der sogenannten multidimensionalen Skalierung genutzt, um die Ähnlichkeitswerte der Richter auf einer hypothetischen Landkarte anzuordnen (IV.2.)<sup>60</sup>. Beide Verfahren ermöglichen es, die Positionen der Richter innerhalb des Senats zu analysieren.

Abbildung 1: „Community“-Analyse für den Zweiten Senat des BVerfG von 2008 bis 2011 und von 2011 bis 2016 auf Basis aller Entscheidungen mit namentlicher Positionierung.

a) Zweiter Senat des BVerfG, 2008–2011



b) Zweiter Senat des BVerfG, 2011–2016



## IV. Ergebnisse

### 1. Ein Netzwerk der Verfassungsrichter

Auf der Grundlage des ausgewerteten öffentlichen Abstimmungsverhaltens ergeben sich nach der Erstellung der Ähnlichkeitswerte sogenannte „Community“-Analysen, zusammengefasst in Abbildung 1. Sie zeigen die Netzwerke zwischen den Richtern des Zweiten Senats in der Amtszeit von Richter Landau. Dabei werden zwei möglichst lange Zeiträume mit möglichst vielen Entscheidungen betrachtet. Dies trägt den Wechseln in der Senatsbesetzung Rechnung. Um sicherzustellen, dass es im Untersuchungszeitraum zwar Veränderungen auf der Richterbank gibt, jedoch nicht die Mehrheit der Richter fluktuiert, beginnt die Analyse mit dem Eintritt von Richter Voßkuhle. Dadurch sind vier Mitglieder des Senats in beiden Analysezeiträumen vertreten (Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau, Voßkuhle). Abbildung 1a) fasst die Senatszusammensetzung von Mai 2008 bis Ende Oktober 2011 zusammen – unter Beteiligung der Richter Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinshoff, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau und Voßkuhle – und Abbildung 1b) die Senatszusammensetzung von November 2011 bis Juni 2016 – unter Beteiligung der Richter Kessa-Wulf, Hermans, Huber, Müller, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau und Voßkuhle.<sup>61</sup>

In die Erstellung der Abbildungen flossen dabei lediglich die Ähnlichkeitswerte der Richter ein, basierend auf den namentlichen Positionierungen. Informationen über die einen Richter nominierende Partei sind nicht Teil der Analyse. Erst in einem zweiten Schritt wurden in Abbildung 1 die von der SPD nominierten Richter hell hervorgehoben und die von der Union nominierten Richter dunkel hervorgehoben.

In Abbildung 1a) zeigen sich zwei „Communities“, also Gruppen von Richtern. Diese Analyse bestimmt die Gruppen der Richter so, dass Richter innerhalb einer Gruppe sich so ähnlich wie möglich und im Vergleich zu Richtern innerhalb der anderen Gruppe so unterschiedlich wie möglich sind. Die Position, an der die Richter innerhalb ihrer Gruppe verortet sind, hat keinen Informationsgehalt. Wenn politische Faktoren der nominierenden Partei für Richter eine Rolle spielen, sollten sich Richter, die von derselben Partei nominiert wurden, in einer Gruppe wiederfinden, die von der anderen Partei Nominierten in einer zweiten Gruppe.

Die eine Gruppe in der Abbildung 1a) umfasst die vier von der SPD nominierten Richtern Gerhardt, Lübke-Wolff, Osterloh und Voßkuhle sowie den von CDU/CSU nominierten Richter Broß. Die von der Union nominierten Richter Di Fabio, Landau und Mellinshoff bilden die zweite Gruppe. Dies bedeutet, dass die nominierende Partei offenbar als Hintergrundfaktor durchaus Einfluss auf das Entscheidungsverhalten der Richter hat. Betrachtet man die beiden Gruppen jeweils separat, so ergeben sich im Durchschnitt hohe Ähnlichkeitswerte: 0,85 für die Gruppe Landau, Di Fabio, Mellinshoff, das heißt im Durchschnitt haben diese drei Richter untereinander über alle von uns betrachteten Entscheidungen einen Ähnlichkeitswert von 0,85; für die Gruppe Broß, Lübke-Wolff, Osterloh, Gerhardt, Voßkuhle

<sup>59</sup> Vgl. Schneider/Jannin/Leifeld/Malang (Hrsg.), Politiknetzwerke, 2009.

<sup>60</sup> Wir sind nicht die ersten, die multidimensionale Skalierungsmethoden auf namentliche Positionierungen anwenden; vgl. Rottleuthner (Fn.16), S. 106–110. Allgemein zur Methode vgl. Borg/Groenen, Modern Multidimensional Scaling, 2005.

<sup>61</sup> Zwar ist in den letzten beiden Entscheidungen die Senatsbesetzung bereits verändert (König und Maidowski für Lübke-Wolff und Gerhardt), jedoch beinhalten auch diese Entscheidungen einen Informationswert, da sie Aufschluss über das Verhalten der übrigen sechs Richter geben. König und Maidowski selbst konnten aufgrund der geringen (drei von 20) Fallzahl nicht analysiert werden.



ist der vergleichbare Wert immerhin noch 0,77. Innerhalb ihrer Gruppe sind sich die Richter also sehr ähnlich. Der durchschnittliche Ähnlichkeitswert von Richterpaaren aus verschiedenen Gruppen (zum Beispiel Voßkuhle – Landau, Voßkuhle – Di Fabio, Voßkuhle – Mellinghoff) liegt hingegen bei nur 0,46. Das bedeutet, dass beide identifizierten Gruppen aus jeweils untereinander ähnlichen Richtern bestehen, allerdings die Richter zwischen beiden Gruppen sich gegenseitig eher unähnlich sind. Über alle Richterpaare hinweg, das heißt unabhängig von ihrer Gruppenzugehörigkeit, haben die Richter im Durchschnitt einen Ähnlichkeitswert von 0,64. Relativ zu diesem typischen Ähnlichkeitswert weisen die gemessenen Ähnlichkeitswerte innerhalb (0,85 bzw. 0,77) und zwischen (0,46) diesen Gruppen einen beträchtlichen Unterschied auf. Es sei nochmals angemerkt, dass die nominierende Partei freilich nicht in die Analyse eingearbeitet wurde. Für die Berechnungen wurden allein die namentlichen Positionierungen berücksichtigt. Umso interessanter ist es, dass sich gleichwohl eine Gruppenbildung zumindest teilweise entlang der nominierenden Parteien für den Zeitraum von 2008 bis 2011 ergibt.

Rechnet man die sechs problematischen Entscheidungen (Nr. 2, 6, 10, 11, 15 und 17 in Tabelle 1) heraus, so verändern sich die Ergebnisse der Netzwerkanalyse. Das ist nicht überraschend, weil solche Analysen dazu dienen, verschiedene, aber in sich möglichst homogene Gruppen von Richtern zu identifizieren. Die reduzierte Anzahl an Entscheidungen mit namentlicher Positionierung verändert die gemessene Struktur des Netzwerkes stärker als die Ähnlichkeitswerte selbst, so kommen etwa einzelne Kombinationen von Richtern gar nicht mehr im Netzwerk vor. Selbst in diesem Falle sind jedoch Di Fabio, Mellinghoff und Landau in einer Gruppe, diesmal jedoch gemeinsam mit Voßkuhle als viertem Richter.

Allerdings lassen sich in Abbildung 1b), also zwischen 2011 und 2016, innerhalb des Zweiten Senats keine Gruppen mehr erkennen. Der Wechsel der unionsnominierten Richter mit Ausnahme von Landau resultiert in einem durchschnittlichen, das heißt typischen Ähnlichkeitswert von 0,64. Es scheint, dass die Richterwechsel dazu geführt haben, dass sich die Ähnlichkeitswerte insgesamt annähern. Seitens der SPD-nominierten Richter wurde nur Richterin Osterloh durch Richterin Hermanns ersetzt. Die nominierenden Parteien blieben zwar dieselben, so dass die Politiknähe weiterhin ein Faktor war, aber andere Hintergrundfaktoren wie zum Beispiel der vorherige Beruf waren bei den neuen Richtern anders als bei den ausgeschiedenen. So wird die Professorin Osterloh durch die Bundesrichterin Hermanns ersetzt und der Professor Di Fabio durch den ehemaligen Ministerpräsidenten des Saarlands Müller.

Insgesamt zeigt die Abbildung, dass sich die Ähnlichkeitswerte dergestalt verschieben, dass die Parteinähe nur in der ersten Zeit als Erklärungsansatz für eine Gruppenbildung im Senat dienen kann. Denn später in der Amtszeit von Landau lässt sich eine solche Gruppenbildung durch die Netzwerkanalyse nicht mehr feststellen.

Welche Stellung hatte Richter Landau selbst? Die Zahlen zeigen, dass er über alle Richter hinweg einen durchschnittlichen Ähnlichkeitswert von 0,68 hatte. Trotz der ihm nachgesagten parteipolitischen Prägung liegt der Ähnlichkeitswert mit seinen SPD-nominierten Kollegen jedoch immer noch bei 0,63. Bei CDU/CSU-nominierten Richtern steigt dieser Wert auf 0,75. Als Zwischenfazit lässt sich damit festhalten, dass der Faktor Parteinähe im Untersuchungszeitraum zwar sichtbar ist, jedoch andere Parameter ebenso einen Einfluss zu haben scheinen. Der Richter Landau stimmte

im ersten Zeitraum – entsprechend der in den Medien verlaublichen Annahme – stark mit zwei der drei anderen ebenfalls CDU/CSU-nominierten Kollegen. Dieses Muster bleibt jedoch im zweiten Zeitraum nicht bestehen, da es keine Gruppenbildung zu konstatieren gibt.

## 2. Eine Landkarte der Verfassungsrichter

Während wir mittels der Netzwerkanalyse Gruppen von ähnlichen Verfassungsrichtern bilden konnten, wollen wir im folgenden Schritt die einzelnen Verfassungsrichter – wie auf einer Landkarte – räumlich anordnen<sup>62</sup>. Unsere Ähnlichkeitswerte können auch dazu genutzt werden, um mittels eines computergestützten Analyseverfahrens (sog. multidimensionale Skalierungsmethode) derartige Landkarten zu erstellen: Je näher die einzelnen Richter am BVerfG in einem hypothetischen zweidimensionalen Raum, dargestellt in Form eines Koordinatensystems, beieinander liegen, desto ähnlicher sind sie sich in ihrem Abstimmungsverhalten. Umgekehrt gilt: Je weiter sie voneinander entfernt sind, desto unähnlicher sind sie sich. Für diese Analyse werden wieder die zwei Zeiträume aus den vorherigen Betrachtungen gewählt, und erneut wird die Information zur nominierenden Partei erst zur Markierung der Richter im Anschluss an die quantitative Analyse hinzugefügt. Für Abbildung 2 ist dies die Zusammensetzung des Senats unter Beteiligung der Richter Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau und Voßkuhle (2008–2011). Auffällig ist an dieser Darstellung, dass die Richter Osterloh und Voßkuhle offenbar ein sehr ähnliches Abstimmungsverhalten haben. Beide sind in der Grafik an ähnlichen Positionen zu finden. Unsere Analyse zeigt auch, dass Gerhardt und Landau hinsichtlich ihres Kooperationsverhaltens sehr unähnlich zu sein scheinen.



Abbildung 2: Zweidimensionale Analyse der Entscheidungen von Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau, Voßkuhle. Die betreffenden Richter des BVerfG, die auf Vorschlag der SPD gewählt wurden sind grau markiert und die auf Vorschlag der Union vorgeschlagenen sind schwarz markiert.

Landau und Di Fabio sind tatsächlich in Nachbarschaft zu ihrem Kollegen Mellinghoff verortet, was die Annahme, sie stünden einander nahe<sup>63</sup>, stützt. Unsere Analyse ergibt, dass Di Fabio und Landau in etwa den gleichen Abstand zu Mellinghoff haben. Interessant ist, dass das Abstimmungsverhalten von Broß am ähnlichsten dem der von der SPD nominierten Richterin Lübke-Wolff zu sein scheint. Da diese Analyseverfahren ebenfalls explorativ sind, ist es nicht möglich festzustellen, welcher Faktor auf den Achsen abgebildet ist. Man kann den Achsen also keine Einheiten oder Namen zuweisen. Der Schluss, die x-Achse stelle das politische Spektrum von links nach rechts dar, kann somit nicht eindeutig gezogen werden. Auffallend ist jedoch, dass es größere Unterschiede auf der horizontalen x-Achse von Abbildung 2 gibt als auf der vertikalen y-Achse. Die betreffenden Richter des BVerfG, die auf Vorschlag der SPD gewählt wurden, sind wieder grau markiert und die von der Union vorgeschlagenen wieder schwarz. Zumindest die x-Achse scheint eine „politische“ links-rechts Dimension zu reflektieren. Hierfür spricht, dass sämtliche von der Union nominierten Richter mit Ausnahme von Broß rechts neben den von der SPD nominierten Richtern platziert sind. Es sei hierbei wieder darauf hingewiesen, dass die Verortung der Richter auf einer Landkarte nur auf Basis von Ähnlichkeitswerten der Richterpaare aus dem Zeitraum 2008 bis 2011 erstellt wurde. Einzig die Daten, wer mit wem im oben dargestellten Sinne kooperiert hat, sind somit ausschlaggebend. Die Markierung der nominierenden Partei wurde wiederum erst anschließend vorgenommen. Eine derartige Positionierung, die zumindest auf einer der Achsen ein „politisches“ Links-Rechts abzubilden scheint, ist nicht abhängig vom gewählten Zeitraum, was ein Vergleich von Abbildung 2 und Abbildung 3 zeigt.

Auch bei einer anderen Zusammensetzung des Zweiten Senats während der Amtszeit von Richter Landau ist eine solche links-rechts Verortung zu beobachten. In dieser Periode (2011-2016) sind unter der Beteiligung der Richter Kessal-Wulf, Hermanns, Huber, Müller, Landau, Voßkuhle, Lübke-Wolff und Gerhardt<sup>64</sup> ebenfalls Entscheidungen mit namentlicher Positionierung ergangen. Wieder ergibt sich eine Landkarte. Diese ist jedoch nicht notwendigerweise nach genau denselben Himmelsrichtungen wie in Abbildung 2 ausgerichtet. Daher ist es nicht verwunderlich, dass etwa Voßkuhle in den Abbildungen 2 und 3 unterschiedlich platziert ist, selbst wenn er sein Verhalten nicht verändert hat, etwa aufgrund seiner neuen Rolle als Senatsvorsitzender. Nichtsdestotrotz ist wiederum sichtbar, dass sämtliche von der Union nominierte Richter rechts neben den von der SPD nominierten Richtern platziert sind, wie Abbildung 3 zeigt. Wieder wurden nur die Ähnlichkeitswerte der Richterpaare auf Basis der Entscheidungen, für die wir Ähnlichkeitswerte konstruieren können, benutzt, um jeden einzelnen Richter auf der Landkarte zu verorten.

Im Vergleich zu Abbildung 2 zeigt sich erneut, dass Landaus Verhalten dem eines CDU/CSU-nominierten Senatsmitglieds, nämlich Kessal-Wulf, am ähnlichsten ist:



Abbildung 3: Zweidimensionale Analyse der Entscheidungen von Kessal-Wulf, Hermanns, Huber, Müller, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau, Voßkuhle. Die betreffenden Richter des BVerfG, die auf Vorschlag der SPD gewählt wurden, sind grau markiert und die auf Vorschlag der Union vorgeschlagenen sind schwarz markiert.

Jede Analyse lebt von der Güte der analysierten Daten. Die insgesamt betrachtete Anzahl der Entscheidungen [ $n = 20$ ] ist zwar gering, jedoch zeigt sich, dass selbst unterschiedliche Senatszusammensetzungen zu verschiedenen Zeitpunkten innerhalb des Untersuchungszeitraums zu ähnlichen Ergebnissen führen. Insofern deuten die Ergebnisse dieser Analysen auf mehr als nur eine Momentaufnahme hin. Dies gilt auch dann, wenn man die problematischen sechs Entscheidungen (Nr. 2, 6, 10, 11, 15 und 17 in Tabelle 1) herausrechnet. Im Vergleich der beiden Berechnungen ergeben sich Unterschiede lediglich im Detail bezüglich der Ähnlichkeitswerte, was aber die Resultate der multidimensionalen Skalierung nicht entscheidend verändert.

Offenbar ist also das Entscheidungsverhalten des Zweiten Senats in der Zeit von Richter Landau nicht gänzlich unabhängig von Parteilinien. Dass sich in der Gruppenanalyse jedoch nur teilweise klare Lager herausbilden, zeigt, dass die Parteinähe wohl nur einer unter mehreren anderen Faktoren ist, die das Entscheidungsverhalten der BVerfG-Richter bestimmen. Vielmehr lassen die Ergebnisse auch weitere Einflüsse vermuten, wie beispielsweise das Dienstalalter oder eine vorherige Tätigkeit als Bundesrichter. Diesbezüglich wurden jedoch keine weiteren Untersuchungen angestellt.

## V. Mögliche Auswirkungen auf das Recht der Richterwahlen

Dass parteipolitische Nähe als einer von mehreren Faktoren richterlichen Entscheidungsverhaltens identifiziert werden kann, deckt sich mit den Erwartungen bzw. Befürchtungen aus der Weimarer Republik. Schließlich wurde die Politisierung der Justiz im Falle eines Verfassungsgerichts doch bereits vor der Etablierung des BVerfG in der Rechtswissenschaft diskutiert<sup>65</sup>. Die vorgenommene Analyse ermöglicht es jedoch, die ratio legis von § 6 Abs. 2 Satz 1 und § 7 BVerfGG empirisch abzusichern. In der Literatur zu diesen Vorschriften heißt es, dass das Erfordernis einer Zwei-Drit-

<sup>63</sup> Kerscher/Conradi (Fn. 14).

<sup>64</sup> Informationen über das Kooperationsverhalten der Richter Kessal-Wulf, Hermanns, Huber, Müller, Landau und Voßkuhle wurde auch aus Entscheidungen gezogen, die nach dem Ausscheiden der Richter Lübke-Wolff und Gerhardt ergangen sind.

<sup>65</sup> Siehe die Nachw. in Fn. 1 und 2.

tel-Mehrheit bei der Richterwahl die Legitimität und Autorität des Gerichts stärken<sup>66</sup>. Und:

„Mit dem Erfordernis der Zwei-Drittel-Mehrheit soll die politische Neutralität der Richter des BVerfG ein Stück weit gewährleistet werden: Der jeweiligen Parlamentsmehrheit wird es, solange sie nicht die qualifizierte Mehrheit hat, verwehrt, ausschließlich ihre eigenen Leute oder Leute ihrer Richtung in das BVerfG zu bringen. Zugleich sorgt dieses Erfordernis dafür, dass Kandidaten mit ‚extremen Überzeugungen‘ bei der Wahl praktisch keine Chance haben.“<sup>67</sup>

Dieser Regelungszweck wird wohl erreicht, denn auch wenn mögliche politische Präferenzen erkennbar sind, so sind doch die Richter über die Parteigrenzen hinweg in ihrem Entscheidungsverhalten in hohem Maße ähnlich. Hier lässt sich also der Telos der Norm mit den Methoden der Sozialwissenschaften empirisch absichern. Davon profitiert auch die rechtswissenschaftliche Dogmatik, die – etwa im Rahmen der teleologischen Auslegung und damit bei der Anwendung ihrer klassischen Methoden – auf den Normzweck abstellt. Es besteht ein konstruktives Zusammenwirken zweier Disziplinen, wie es teils im Sinne einer Integration in die Methodik der juristischen Forschung befürwortet wird<sup>68</sup>, ohne dass der disziplinenüberschreitende Ansatz einen ertraglosen Selbstzweck darstellt<sup>69</sup>.

Eine solche empirische Evaluation einer gesetzgeberischen Regelungsabsicht ließe sich auch bei anderen Vorschriften, die die Zusammensetzung der Richterbank betreffen, vornehmen. So schreiben Art. 94 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. mit § 2 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG vor, dass pro Senat drei Richter Bundesrichter und zwei Richter andere Richter sein müssen. Vergleichbare Vorschriften finden sich im Landesrecht<sup>70</sup>. So bestimmt Art. 68 Abs. 3 Satz 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg (BWVerf), dass von den neun Richtern des baden-württembergischen Verfassungsgerichtshofs drei Berufsrichter sein und drei Mitglieder die Befähigung zum Richteramt haben müssen, während die übrigen drei Mitglieder diese Voraussetzungen nicht erfüllen dürfen. Ähnliches gilt für das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg (Art. 112 Abs. 2 BbgVerf). In Bayern ist die Zusammensetzung der Richterbank – je nach Verfahrensart – unterschiedlich. Aber auch hier legt Art. 68 Abs. 2 der Verfassung des Freistaates Bayern (BayVerf) fest, wie viele Berufsrichter (und von welchem Gericht) jeweils zur Entscheidung berufen sind. Die Verfassung von Berlin (VvB) bestimmt in ihrem Art. 84 Abs. 1 Satz 1, dass mindestens drei Berufsrichter dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin angehören müssen. Nach Art. 76 Abs. 1 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (NRWVerf) setzt sich der dortige Verfassungsgerichtshof zusammen aus dem Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts, den beiden lebenslänglichen Oberlandesgerichtspräsidenten des Landes und vier vom Landtag auf die Dauer von sechs Jahren gewählten Mitgliedern, von denen die Hälfte die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben muss.

<sup>66</sup> Klein, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg.), BVerfGG, § 6 Rn. 14 (Stand Dezember 1993); *Schlaich/Korloth* (Fn. 21), Rn. 43.

<sup>67</sup> *Schlaich/Korloth* (Fn. 21), Rn. 43. Ähnlich auch *Benda/Klein* (Fn. 4), Rn. 128; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 6 Rn. 3, § 7; *Ruppert*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2015, § 6 Rn. 2.

<sup>68</sup> *Grundmann* JZ 2013, 693 (696).

<sup>69</sup> Siehe hierzu *Hillgruber* JZ 2013, 700 (702f.).

<sup>70</sup> Eine Untersuchung mittels der hier verwendeten Methode setzt voraus, dass Sondervoten zulässig sind und diese den einzelnen Richtern namentlich zugeordnet werden können. Dies ist z. B. in Bayern nicht der Fall; vgl. § 25 Abs. 5 BayVfGHG. In anderen Ländern ist dies hingegen möglich; so z. B. in Berlin (§ 29 Abs. 2 BerlVerfGHG) und Bremen (§ 17 Abs. 3 BremStGHG).

Weiterhin bestehen teilweise Regelungen, wie viele Männer und Frauen Mitglied des Verfassungsgerichts sein müssen. So ergibt sich aus Art. 84 Abs. 3 VvB i. V. mit § 1 BerlVerfGHG, dass die Richterbank mit jeweils mindestens drei Frauen und drei Männern besetzt sein muss. Eine entsprechende Regelung enthält auch § 1 Abs. 2 Satz 3 NdsStGHG für den Staatsgerichtshof des Landes Niedersachsen. Auch wird oftmals ein Mindestalter als Wahlbarkeitsvoraussetzung statuiert (40 Jahre gemäß § 3 Abs. 1 BVerfGG). Nach § 3 Abs. 1 VGHG NRW etwa müssen die Wahlmitglieder des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs das 35. Lebensjahr vollendet haben.

Alter, Berufsrichtertum, Befähigung zum Richteramt (positiv wie auch negativ) und Geschlecht sind somit mögliche gesetzliche Kriterien für die Tätigkeit als Verfassungsrichter. Diese Anforderungen werden mit unterschiedlichen Argumenten begründet, jedoch fast ausschließlich normativ und ohne empirische Grundlage, allein aufgrund mutmaßlicher Plausibilität. So heißt es im Hinblick auf das Erfordernis nach § 2 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG, wonach drei<sup>71</sup> der acht<sup>72</sup> Bundesverfassungsrichter jedes Senats aus dem Kreis der Richter an den obersten Bundesgerichtshöfen zu wählen sind: „Das Gebot der Berufung von Bundesrichtern in das Bundesverfassungsgericht hat den Sinn, daß diese den ihnen eigenen besonderen Erfahrungsschatz und die damit verbundenen Kenntnisse und Fähigkeiten in die Senate einbringen sollen.“<sup>73</sup> Teilweise wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dieser Regelung kein weiterer Zweck zugrunde liege<sup>74</sup>.

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung geben jedoch Hinweise darauf, dass die Berufsrichter womöglich konsensualer entscheiden als die übrigen Richter. Das durchschnittliche Ähnlichkeitsmaß eines Berufsrichters liegt bei 0,65, bei den übrigen Richtern im Durchschnitt bei 0,62<sup>75</sup>. Diese Tendenzen könnten in weiteren Analysen mit längerem Untersuchungszeitraum näher untersucht werden. Unterstellt, dass die These zutrifft, ließe sich über die Zusammensetzung der Senate womöglich in begrenztem Umfang das Kooperationsverhalten steuern. Solche Erkenntnisse könnten dann bei etwaigen Neuregelungen berücksichtigt werden. Überdies ließe sich auf diese Weise empirisch abgestütztes Wissen bei der Ermittlung des Gesetzeszwecks heranziehen und bei der Interpretation der Vorschriften möglicherweise berücksichtigen (siehe hierzu auch sogleich unter Ziff. VI.). Auch hier ermöglichen die Kooperation mit Nachbardisziplinen und die Heranziehung ihrer Methoden der Rechtswissenschaft eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem eigenen Forschungsgegenstand.

Auch andere Gruppen, wie die der Hochschullehrer<sup>76</sup>, könnten in eine Untersuchung einbezogen werden<sup>77</sup>. Früher

<sup>71</sup> Früher nach § 4 Abs. 1 BVerfGG a. F. vier.

<sup>72</sup> Früher zwölf und übergangsweise zehn.

<sup>73</sup> *BVerfGE* 65, 152 (157). So auch *Heinrichsmeier*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Fn. 67), § 2 Rn. 18; *Hömig*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Fn. 66), § 2 Rn. 15 (Stand September 2011); *Lechner/Zuck* (Fn. 67), § 2 Rn. 7.

<sup>74</sup> *BVerfGE* 65, 152 (257); *Heinrichsmeier*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Fn. 67), § 2 Rn. 18; *Hömig*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Fn. 66), § 2 Rn. 15 (Stand September 2011); *Lechner/Zuck* (Fn. 67), § 2 Rn. 7.

<sup>75</sup> Dies deckt sich auch mit den Ergebnissen der Richterforschung, siehe den Nachw. in Fn. 16.

<sup>76</sup> Siehe hierzu *Oppermann*, in: *Festschrift 50 Jahre BVerfG*, Bd. I, 2001, S. 421 (428 ff.); *Lechner/Zuck* (Fn. 67), § 2 Rn. 11 m. w. N.

<sup>77</sup> Jedoch besteht die Möglichkeit, dass ein Richter seine berufliche Laufbahn in unterschiedlichen Stationen verbracht hat (Gericht, Hochschule, Politik), so dass eine eindeutige oder ausschließliche Zuordnung von Richtern zu den verschiedenen Gruppen nicht stets möglich sein wird.

intensiver diskutiert, mittlerweile aber weniger thematisiert, ist die Befähigung zum Richteramt als Wählbarkeitsvoraussetzung. Gerade zu Beginn der Beratungen über das BVerfGG wurde erwogen, auch Laienrichter einzusetzen<sup>78</sup>, wie es in der Landesverfassungsgerichtsbarkeit heute der Fall ist<sup>79</sup>. Auch hier ließen sich Unterschiede im Abstimmungsverhalten erkunden, sofern die relevanten Daten verfügbar sind<sup>80</sup>, und es wäre feststellbar, ob und wenn ja, wie sich diese Unterscheidung auf das Entscheidungsverhalten auswirkt. Ähnliche Untersuchungen lassen sich womöglich auch bei anderen Wählbarkeitsvoraussetzungen wie Geschlecht und Alter anstellen.

## VI. Schlussfolgerungen und Ausblick

Bewahrheiten sich die Erwartungen und Vorhersagen politischer und medialer Beobachter über den Einfluss der Parteinähe auf die richterliche Meinungsbildung? Die Analyse beweist, dass richterliches Verhalten nicht pauschal auf politische Prägung zurückgeführt –, diese jedoch auch nicht außer Acht gelassen werden kann. Zwar zeigen die Ergebnisse, dass sich eine generelle Links-rechts-Orientierung im Zweiten Senat findet, allerdings verdeutlicht die Gruppenanalyse auch, dass die Richter zwischen 2011 und 2016 trotz (vermeintlich) zweier politischer Lager nach außen hin geschlossen auftreten. Dies zeigt sich am Beispiel von Herbert Landau. Unsere Ergebnisse belegen, dass sein Entscheidungsverhalten nicht in dem Maße pauschalisiert werden kann, wie es die mediale Berichterstattung teilweise zu seiner Amtszeit getan hat. Es gibt Faktoren, die ihn näher an unionsnominierte Richterkollegen rücken, und dennoch tritt das Gericht nach außen einheitlich und geschlossen auf, unabhängig von parteipolitischer Nähe. Die Richter kooperieren untereinander; teilweise sogar stärker mit Kollegen, die von einer anderen Partei nominiert wurden als sie selber.

Dieser Befund unterstreicht, wie komplex einzelne Kriterien auf die richterliche Entscheidungsfindung wirken. Interdisziplinäre Ansätze wie der hier aufgezeigte können dabei als Instrument dienen, Positionen und Entwicklungen sichtbar zu machen und zu verstehen. Wo Rechts- und Sozialwissenschaft ineinandergreifen, wird es ermöglicht, die

Steuerungswirkungen des Rechts zu messen und auf dieser empirischen Grundlage zu bewerten<sup>81</sup>. Gesetzgeberische Erwägungen können überprüft werden und zum Beispiel bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen: Ist das Gesetz tatsächlich so geeignet, wie zunächst angenommen? Handelt es sich um einen Eingriff von der angenommenen Intensität oder muss bei der Angemessenheitsprüfung von einer höheren oder niedrigeren Intensität ausgegangen werden? Auch die Auslegung kann – je nach Konstellation – auf einer stärkeren Tatsachengrundlage erfolgen. Dies ist ein Mehrwert, der so nur mittels empirischer Methoden erschlossen werden kann. Hier liegt kein Gegensatz zwischen den genuin juristischen Methoden und den Zugängen anderer Disziplinen vor, sondern vielmehr ein zusätzlicher Ansatz, der in bestimmten (nicht allen) Fragestellungen zur juristischen Methodik hinzutreten kann<sup>82</sup>. Neben der Beherrschung der empirischen Methoden bleibt die Kenntnis und Systematisierung des Rechtsstoffs unverzichtbar<sup>83</sup>. Doch nur wo – neben der Dogmatik – der einzelne Richter und externe Faktoren hinzugezogen werden, entsteht ein umfassendes Bild und Verständnis des Rechtsprechungsprozesses.

Für das vorliegende Thema wurde ein erster explorativer Ansatz vorgestellt. Um weitere Aussagen zu treffen, bedarf es einer Ausweitung der Forschung. Im konkreten Fall ist hier an eine Erweiterung des Analysezeitraums und der Methoden zu denken. Ferner würde die Einbeziehung zusätzlicher Faktoren<sup>84</sup> wie soziale Prägung, Geschlecht, persönliche Motive wie Karriereüberlegungen, Bildungsweg und evtl. Ausbildungen weiteren Aufschluss geben. Dies erlaubt es, neue Fragestellungen zu formulieren: Haben neue Alterskriterien und eine gewandelte Geschlechterverteilung wie etwa bei den Verfassungsgerichten in Berlin und Niedersachsen zu einer veränderten Rechtsprechung geführt? Antworten auf solche Fragen sind hilfreich, um das Verhältnis zwischen juristischer Entscheidungsfindung und persönlichen Faktoren zu verstehen, und diese Erkenntnisse etwa bei der Richterwahl und dem Verständnis der zugrundeliegenden Regelungen zu berücksichtigen.

<sup>78</sup> Vgl. BT-Drs. I/328, S. 1 (§ 2 Abs. 1, § 3 Abs. 2).

<sup>79</sup> So etwa Art. 68 Abs. 3 Satz 1 BWVerf, Art. 112 Abs. 2 BbgVerf. Vgl. auch § 2 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit § 3 Abs. 1 Satz 3 HessStGHG, wonach sechs der elf Mitglieder des hessischen Staatsgerichtshofs nicht die Befähigung zum Richteramt haben müssen.

<sup>80</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 70.

<sup>81</sup> Siehe zur Bedeutung der empirischen Erarbeitung der Sachlage auch *Hilgendorf* JZ 2010, 913 (920) und bereits zuvor *Blankenburg*, Rechtssoziologie und Rechtswirksamkeitsforschung, in: *Plett/Ziegert* (Hrsg.), *Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik*, 1984, S. 45.

<sup>82</sup> Siehe hierzu auch *Grundmann* JZ 2013, 693 (695 ff.); sowie *Hillgruber* JZ 2013, 700 (701, 702 f.).

<sup>83</sup> Vgl. Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland* (Fn. 9); und *Wolf* ZRP 2013, 20 (20 f.).

<sup>84</sup> *Jäger* ZRP 1987, 360 (361 ff.).