

Die Gleichheitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Eine empirische Analyse

Niels Petersen*

Der Jubilar hat sich in besonderer Weise um die empirische Rechtsforschung in Deutschland und Europa verdient gemacht. Er hat nicht nur selbst zahlreiche wichtige Beiträge zur empirischen Forschung geleistet.¹ Vielmehr hat er durch die Ausbildung zahlreicher Schüler auch zur Verbreitung der empirischen Rechtsforschung im deutschsprachigen Raum erheblich beigetragen. Daher liegt es nahe, zur Feier des Jubilars ebenfalls einen empirischen Beitrag beizusteuern. In diesem Aufsatz stelle ich die Ergebnisse einer empirischen Analyse der Gleichheitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor.² Sie beruht auf einer umfassenden Auswertung aller Urteile des Gerichts zum Gleichheitssatz des Grundgesetzes und war Teil des rechtsvergleichenden Forschungsprojekts „Correcting Inequality through Law“.³

* Der Beitrag entstammt einem Projekt, das mit Forschungsgeldern des Europäischen Forschungsrats (ERC) unter dem Horizon 2020 Forschungs- und Innovationsprogramm der EU gefördert wurde (grant agreement No. 817652).

1 Zur empirischen Forschung zum Verfassungsrecht s. etwa *Christoph Engel*, Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts: Eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, 97; *ders.*, Does Efficiency Trump Legality? The Case of the German Constitutional Court, in: Yun-Chien Chang (Hg.), *Selection and Decision in Judicial Process Around the World*, 2019, 261; *ders.*, Lucky you: Your case is heard by a seasoned panel, *Journal of Empirical Legal Studies* 19 (2022), 1179; *ders.*, Grundrechtskonjunkturen, *JZ* 2022, 593; *ders./Johannes Kruse*, Kommentar ohne Autor: Können Sprachmodelle das Kommentieren übernehmen?, *JZ* 2024, 997; *Christoph Engel*, The German Constitutional Court – Activist, but not Partisan? (MPI Preprint 2024); *ders.*, Gewichtsformel–Wörtlich genommen: Ein empirischer Test mit der Hilfe eines Sprachmodells (MPI Preprint 2024).

2 Auch der Jubilar hat sich mit dem BVerfG in seiner empirischen Forschung intensiv beschäftigt. S. nur die Beiträge in Fn. 1.

3 Die Ergebnisse dieses Forschungsprojekts sind publiziert bei *Niels Petersen*, *Equality’s Guardians: How Courts Conceptualize Equal Protection and Non-Discrimination Guarantees*, 2025.

Eine spezifische Analyse der Gleichheitsrechtsprechung des BVerfG bietet sich aus verschiedenen Gründen an. Zunächst weicht die Dogmatik der Gleichheitsrechte erheblich von der Dogmatik der Freiheitsrechte ab, auch wenn sich in jüngerer Zeit Annäherungen beobachten lassen. Die Prüfung der Freiheitsrechte folgt dem klassischen Dreischritt von Schutzbereich-Eingriff-Rechtfertigung, wobei die Verhältnismäßigkeitsprüfung regelmäßig den Kern der Prüfung bildet.⁴ Demgegenüber hat sich die Gleichheitsdogmatik seit den Anfängen in der Nachkriegszeit erheblich entwickelt – von der Willkürkontrolle⁵ über die neue⁶ und neueste Formel⁷ bis hin zur Stufenlosformel,⁸ die derzeit vom Gericht angewandt wird.⁹ Zudem hat Art. 3 GG für die Rechtsprechung des Gerichts eine enorme Bedeutung.¹⁰ Wenn man lediglich die Fälle betrachtet, in denen ein Gesetz auf Basis eines Grundrechts für verfassungswidrig erklärt wurde, dann gehen ca. 40 % der erfolgreichen Entscheidungen auf eine Verletzung von Art. 3 GG zurück.¹¹ Im Folgenden soll zunächst das Forschungsdesign der Studie erklärt werden. Anschließend erfolgt eine eingehende empirische Analyse der Gleichheitsrechtsprechung, die verschiedene Aspekte näher untersucht. Der letzte Abschnitt zieht einige Schlussfolgerungen aus dem Befund.

4 S. bspw. *Fritz Ossenbühl*, Abwägung im Verfassungsrecht, DVBl. 1995, 904 (906); *Josef Isensee*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, JZ 1996, 1085 (1090); *Franz Josef Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 217; *Matthias Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: ders. u. a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77 (146).

5 BVerfGE 1, 14 (52).

6 BVerfGE 55, 72 (88).

7 BVerfGE 88, 87 (96).

8 BVerfGE 129, 49 (69).

9 S. dazu *Christoph Brüning*, Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, JZ 2001, 669 (669); *Simon Kempny/Philipp Reimer*, Die Gleichheitssätze – Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, S. 105 ff.; *Lerke Osterloh*, Der Gleichheitssatz zwischen Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS Michael Kloepfer, 2013, 139 (141); *Jost Pietzcker*, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), Hdb GR V, 2013, § 125, Rn. 40 ff.; *Gabriele Britz*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346; *Joachim Englisch*, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hg.), Grundrechte-Kommentar, 2018, Art. 3, Rn. 11 f.; *Thorsten Kingreen*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2020, Art. 3, Rn. 321 ff.; *Sigrid Boysen*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 2021, Art. 3, Rn. 104 ff.

10 Zur Wichtigkeit von Art. 3 GG s. auch *Engel*, Grundrechtskonjunkturen (Fn. 1), 595.

11 *Niels Petersen*, Germany, in: *Equality's Guardians* (Fn. 3), 95 (95).

A. Das Forschungsdesign

Die Analyse, die diesem Beitrag zugrunde liegt, umfasst alle Fälle des Bundesverfassungsgerichts im Zeitraum zwischen 1951 und Ende 2021, in denen das Gericht eine materielle Entscheidung auf Grundlage von Art. 3 oder Art. 6 Abs. 5 GG getroffen hat. Die Stichprobe wurde durch eine JURIS-Recherche zusammengestellt, bei der nach beiden Normen gesucht wurde. Anschließend wurde die Stichprobe manuell um Entscheidungen bereinigt, in denen das Gericht keine materielle Diskussion von Art. 3 oder 6 Abs. 5 GG vornahm – etwa aufgrund fehlender Zulässigkeit. Insgesamt umfasste die Stichprobe 1608 Fälle. Etwas mehr als die Hälfte der analysierten Entscheidungen waren Senatsentscheidungen (52,99 %).

Nach Zusammenstellen der Stichprobe wurden die Fälle analysiert und auf Grundlage eines vorgegebenen Schemas auf bestimmte Variablen hin kodiert. Dabei wurde insbesondere festgehalten, ob eine Verletzung von Art. 3 oder 6 Abs. 5 GG festgestellt wurde, welche konkrete Norm herangezogen wurde, ob die Unterscheidung auf einem problematischen Merkmal und ggf. auf welchem Merkmal sie beruhte und welchem Sachgebiet der Fall zuzuordnen war. Eine erste Auswertung der Fälle wurde durch Studentische Hilfskräfte vorgenommen, die schematisierte einseitige Zusammenfassungen der Fälle erstellt und bereits einige Variablen, wie etwa das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung, vorkodiert haben. Anschließend habe ich die endgültige Kodierung aller Fälle vorgenommen.

Wenn man sich auf Basis dieser Daten die Erfolgswahrscheinlichkeiten von Fällen ansieht, wie ich dies im Folgenden tun werde, ist zu beachten, dass die Aussagekraft der Erfolgswahrscheinlichkeiten beschränkt ist. Wie der Jubilar in seinen Studien herausgestellt hat, wird nur ein kleiner Bruchteil der Entscheidungen des Gerichts überhaupt veröffentlicht.¹² Unveröffentlichte Entscheidungen können jedoch in der Analyse nicht berücksichtigt werden. Dies kann zu einer erheblichen Verzerrung führen. Die nicht veröffentlichten Entscheidungen sind ganz überwiegend Entscheidungen, in denen das Gericht gem. § 24 S. 2 BVerfGG von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hat, unzulässige oder offensichtlich unbegründete Anträge ohne Gründe zu verwerfen.¹³ Erfolgreiche Entscheidungen werden also fast ausnahmslos veröffentlicht, während die große Mehrzahl

¹² Engel, Grundrechtskonjunkturen (Fn. 1), 494.

¹³ Ebd., 494 (unter Berufung auf Richterin am BVerfG Susanne Baer).

der nicht erfolgreichen Entscheidungen nicht veröffentlicht wird. Die errechneten Erfolgswahrscheinlichkeiten werden also deutlich höher sein als die tatsächlichen Erfolgswahrscheinlichkeiten.

So betrafen fast 10 % der Entscheidungen in unserer Stichprobe die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Das BVerfG leitet aus Art. 3 Abs. 1 GG den Grundsatz der Rechtsschutzgleichheit vor Gericht ab, demzufolge eine unbemittelte Partei in die Lage versetzt werden muss, „ihre Belange in einer dem Gleichheitsgebot gemäßen Weise im Rechtsstreit geltend zu machen.“¹⁴ Dies nimmt das Gericht zum Anlass, zivilgerichtliche Entscheidungen über die Gewährung von Prozesskostenhilfe daraufhin zu überprüfen, ob diese einen zu strengen Maßstab hinsichtlich der erforderlichen Erfolgsaussichten angelegt haben.¹⁵ In unserer Stichprobe hatten diese Fälle auf Überprüfung von Prozesskostenhilfeentscheidungen eine Erfolgswahrscheinlichkeit von 82,67 % (124 aus 150). Eine derart hohe Erfolgswahrscheinlichkeit ist nicht plausibel und lässt sich mutmaßlich damit erklären, dass die große Mehrheit der Entscheidungen, in denen ein Antrag auf Überprüfung einer Prozesskostenhilfeentscheidung als unzulässig oder offensichtlich unbegründet verworfen wird, so dass sie nach § 24 S. 2 BVerfGG nicht veröffentlicht werden.

Um diesem Problem zu begegnen, fokussiere ich mich in der nachfolgenden Analyse vor allem auf Fälle, in denen das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüft hat. Auch hier besteht keine Garantie, dass nicht erfolgreiche Fälle veröffentlicht werden. Man kann aber in der Regel davon ausgehen, dass das Gericht diese Fälle ernster nimmt, sich ausführlicher mit ihnen auseinandersetzt und daher auch eine negative Entscheidung mit größerer Wahrscheinlichkeit veröffentlicht, so dass die Verzerrung geringer ausfällt.¹⁶ Trotzdem sollte man sich davor hüten, allein aus der Erfolgswahrscheinlichkeit zu weitgehende Schlussfolgerungen zu ziehen.

14 BVerfGE 78, 104 (117f.).

15 S. etwa BVerfG, Beschl. v. 12. Jan. 1993, 2 BvR 1584/92; Beschl. v. 2. Feb. 1993, FamRZ 1993, 664; Beschl. v. 20. Feb. 2002, NJW-RR 2002, 1069.

16 Zu Faktoren, die indizieren, wie ernst das BVerfG einen Fall nimmt, s. *Engel*, Efficiency (Fn. 1), 267 ff.

B. Die empirische Analyse der Gleichheitsrechtsprechung

In meiner vergleichenden Forschung zum verfassungsrechtlichen Gleichheitsschutz habe ich insgesamt vier verschiedene Modelle identifiziert, die Verfassungsgerichte in ihrer Gleichheitsrechtsprechung zugrunde legen – das Modell von Gleichheit als Diskriminierungsverbot, das Modell der Gleichheit als Konsistenzgebot, ein Modell der positiven Gleichheit und ein Modell, bei dem Gerichte, die Ausgestaltung von Gleichheit überwiegend der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers überlassen.¹⁷

Das vorherrschende Gleichheitsmodell in der internationalen Diskussion ist das Modell von Gleichheit als Diskriminierungsverbot.¹⁸ Nach diesem Modell legen Gerichte einen strengeren Prüfungsmaßstab an, wenn eine Unterscheidung auf problematischen Merkmalen, wie Geschlecht, Hautfarbe, Religion, sexuelle Orientierung o. ä., beruht.¹⁹ Bei Unterscheidungen, die nicht auf einem solchen problematischen Merkmal beruhen, wird allenfalls eine Willkürkontrolle mit geringer Kontrolldichte vorgenommen.

Betrachtet man die dogmatischen Formeln, die das BVerfG im Laufe der Zeit entwickelt hat, dann scheint das Modell der Gleichheit als Diskriminierungsverbot auf den ersten Blick auch die Gleichheitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beschreiben. Diese Hypothese soll im ersten Abschnitt getestet werden. Die Untersuchung zeigt, dass ein anderes Gleichheitsmodell, das der Gleichheit als Konsistenzgebot, die Rechtsprechung des BVerfG besser beschreibt. Dieses Modell zeichnet sich dadurch aus, dass auch Unterscheidungen, die nicht auf einem problematischen Merkmal beruhen, grundsätzlich nach einem strikteren Prüfungsmaßstab kontrolliert werden, der über eine zurückgenommene Willkürkontrolle hinausgeht.²⁰

Nach dieser generellen Einordnung der Gleichheitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sollen noch zwei spezifische Aspekte untersucht werden. Zum einen analysiere ich den Einfluss des ehemaligen Verfassungsrichters Paul Kirchhof auf die Gleichheitsrechtsprechung des Gerichts. Kirchhof hat als Richter insbesondere in Bezug auf die Kon-

17 *Niels Petersen*, Mapping Equality Case Law Around the World, in: *Equality's Guardians* (Fn. 3), 1 (6 ff.).

18 Ebd., 6.

19 Ebd., 8.

20 Ebd., 7 f.

trolle von Steuergesetzgebung neue dogmatische Entwicklungen angestoßen.²¹ Da Steuergesetze überwiegend am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 GG überprüft werden, bietet es sich an, diese Rolle auch empirisch näher zu analysieren. Der zweite Aspekt betrifft die Lenkungswirkung von dogmatischen Formeln. Wie in der Einleitung bereits angesprochen wurde, hat die Dogmatik des Gleichheitssatzes mehrere Entwicklungsstufen durchlaufen.²² Daher soll untersucht werden, ob sich die unterschiedliche Ausprägung der dogmatischen Formeln auf die Erfolgswahrscheinlichkeit bei Gleichheitsfällen ausgewirkt hat.

I. Gleichheit als Konsistenzgebot

Betrachten wir zunächst die empirischen Daten für die Fälle, in denen das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes am Maßstab eines Gleichheitssatzes überprüft hat. Wenn die Unterscheidung nicht auf einem problematischen Merkmal beruhte, lag die Erfolgswahrscheinlichkeit bei 25,07 % (N = 754). Wenn die Unterscheidung direkt oder indirekt auf einem problematischen Merkmal beruhte, lag sie etwas höher, bei 39,26 % (N = 135). Unterscheidet man bei den problematischen Merkmalen zwischen direkten und indirekten Diskriminierungen, beobachtet man – wenig überraschend – bei ersteren eine höhere Erfolgswahrscheinlichkeit. Die Erfolgswahrscheinlichkeit bei direkten Diskriminierungen beträgt 42,11 % (N = 92) und bei indirekten Diskriminierungen 32,5 % (N = 42). Dabei differieren die Erfolgsaussichten jedoch erheblich, je nach Differenzierungsmerkmal.

Wenn man sich die direkten Diskriminierungen ansieht, dann ist, wie Tabelle 1 zeigt, das Geschlecht das wichtigste Differenzierungsmerkmal. Hier waren 61,29 % aller Fälle erfolgreich. Die nicht erfolgreichen Fälle stammen aus der frühen Rechtsprechung des Gerichts. So sah dieses bspw. Unterscheidungen zwischen Männern und Frauen bei der Zuerkennung einer Witwenrente noch als zulässige Typisierung an.²³ In jüngerer Zeit hat das BVerfG Differenzierungen aufgrund des Geschlechts nur dann

21 *Olaf Köppe*, Bundesverfassungsgericht und Steuergesetzgebung, in: Robert Christian van Ooyen / Martin H.W. Möllers (Hg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2015, 785 (787).

22 S. oben, Fn. 9 und begleitenden Text.

23 S. etwa BVerfGE 17, 1; 17, 62; 39, 169; 39, 196.

Tabelle 1. Erfolgswahrscheinlichkeit bei unmittelbar auf einem problematischen Merkmal beruhenden Unterscheidungen.

Unterscheidungskriterium	Anzahl der Fälle	Erfolgswahrscheinlichkeit
Geschlecht	31	61,29 %
Staatsangehörigkeit	11	36,36 %
Wohnsitz	13	15,38 %
Außereheliche Geburt	13	46,15 %
Behinderung	3	66,67 %
Alter	5	20 %
Sexuelle Orientierung	1	0 %
Ehestatus	15	40 %
Gesamt	92	42,11 %

akzeptiert, wenn durch die Regelungen Männer benachteiligt wurden.²⁴ Mit Ausnahme der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung – einer Fallgruppe mit lediglich drei Fällen – haben alle anderen problematischen Merkmale eine Erfolgswahrscheinlichkeit von weniger als 50 %. Dies gilt für Differenzierungen aufgrund einer außerehelichen Geburt (46,15 %), aufgrund des Ehestatus (40 %), aufgrund der Staatsangehörigkeit (36,36 %) und des Wohnsitzes (15,38 %).

Tabelle 2. Erfolgswahrscheinlichkeit bei mittelbar auf einem problematischen Merkmal beruhenden Unterscheidungen.

Unterscheidungskriterium	Anzahl der Fälle	Erfolgswahrscheinlichkeit
Geschlecht	11	72,72 %
Staatsangehörigkeit	5	0 %
Religion	3	0 %
Außereheliche Geburt	6	0 %
Behinderung	6	33,33 %
Sexuelle Orientierung	10	30 %
Sozialer Status	1	0 %
Gesamt	42	32,5 %

24 BVerfGE 56, 363; 74, 163; 87, 1.

Wie Tabelle 2 verdeutlicht, ist die Divergenz bei den indirekten Diskriminierungen noch stärker ausgeprägt. Auch hier dominiert das Geschlecht als wichtigstes Unterscheidungsmerkmal mit einer Erfolgswahrscheinlichkeit von 72,72 %. Eine hervorgehobene Rolle spielt auch das Merkmal der sexuellen Orientierung, selbst wenn dieses mit 30 % eine deutlich geringere Erfolgswahrscheinlichkeit hat. Hier lässt sich jedoch eine Entwicklung feststellen. Die meisten Fälle in dieser Kategorie betreffen die Unterscheidung zwischen Lebenspartnern und Eheleuten vor Einführung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. In den frühen Entscheidungen sah das BVerfG in der Schlechterstellung von Lebenspartnern gegenüber Ehepartnern keine Diskriminierung.²⁵ Die Wende kam nach der *Maruko*-Entscheidung des EuGH, die in Differenzierungen zwischen Ehepartnern und Lebenspartnern eine Diskriminierung sah.²⁶ Nach dieser Entscheidung stuft das BVerfG Differenzierungen im Steuer- und Adoptionsrecht als Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ein.²⁷

Trotz der bedeutenden Rechtsprechungslinie zur Antidiskriminierung im Bereich des Geschlechts und der sexuellen Orientierung, ist die verfassungsgerichtliche Gleichheitsrechtsprechung allgemein jedoch dem Modell der Gleichheit als Konsistenzgebot zuzuordnen. Zwar sind die Erfolgsaussichten bei Diskriminierungen aufgrund eines problematischen Merkmals höher als bei Fehlen eines solchen Merkmals. Das ist allerdings nicht überraschend. Differenzierungen aufgrund eines problematischen Merkmals werden in den meisten Jurisdiktionen einem strengeren Prüfungsmaßstab unterworfen als Unterscheidungen, die nicht auf einem solchen Merkmal beruhen.

Der Hauptunterschied zu den Jurisdiktionen, die Gleichheit in erster Linie als Antidiskriminierungsrecht verstehen, ist das Anlegen eines strengeren Prüfungsmaßstabs für Fälle ohne problematisches Merkmal. Dies drückt sich in einer relativ hohen Erfolgswahrscheinlichkeit solcher Fälle sowie einer hohen absoluten Zahl an erfolgreichen Fällen aus.²⁸

25 S. BVerfG, Beschl. v. 21. Mai 1999, NZA 1999, 878; Beschl. v. 28. Feb. 2005, NJW 2005, 1709; Beschl. v. 20. Sept. 2007, NJW 2008, 209; Beschl. v. 6. Mai 2008, NJW 2008, 2325.

26 EuGH, *Maruko*, C-267/06, Slg. 2008, I-757.

27 BVerfG, Beschl. v. 20. Sept. 2007, NJW 2008, 209; BVerfGE 126, 400; 133, 59.

28 Niels Petersen, *The Diversity of Judicial Conceptions of Equality*, in: *Equality's Guardians* (Fn. 3), 268 (272).

Zwar haben wir gesehen, dass die reine Erfolgswahrscheinlichkeit beim BVerfG aufgrund des dargestellten Selektionseffekts wahrscheinlich überschätzt wird. Aber auch in absoluten Zahlen gibt es häufig erfolgreiche Fälle, die kein problematisches Differenzierungsmerkmal aufweisen. Insgesamt gab es 189 erfolgreiche Fälle – deutlich mehr als erfolgreiche Antidiskriminierungsfälle. Die absolute Zahl der erfolgreichen Fälle hängt sicherlich auch mit der Art von Fällen zusammen, die vor Gericht gebracht werden. Dass diese Fälle aber überhaupt so weit kommen, zeigt, dass Prozessvertreter sich eine hinreichende Erfolgswahrscheinlichkeit ausrechnen.

Tabelle 3. Erfolgswahrscheinlichkeit nach Sachmaterie bei Fehlen eines problematischen Merkmals.

Unterscheidungskriterium	Anzahl der Fälle	Erfolgswahrscheinlichkeit
Steuern & öffentl. Abgaben	156	30,12 %
Sozialleistungen	180	24,44 %
Familie	11	9,09 %
Beruf	79	21,52 %
Strafrecht	40	7,5 %
Migration	2	50 %
Politische Partizipation	48	45,83 %
Öffentliche Beschäftigung	79	30,38 %
Zivilprozess	24	20,83 %
Eigentum/Erbrecht	31	6,45 %
Universität	29	48,28 %
Sonstige	75	12 %
Gesamt	754	25,07 %

Wenn wir die Fälle ohne problematisches Merkmal einmal näher ansehen, können wir – wie Tabelle 3 zeigt – deutliche Unterschiede zwischen einzelnen Sachbereichen feststellen. Die größte Erfolgswahrscheinlichkeit haben Fälle in Bereichen der politischen Partizipation (45,83 %), im Bereich der Hochschulbildung (48,28 %) und im Beamtenwesen und der öffentlichen Beschäftigung (30,38 %). Blicken wir auf die absoluten Zahlen, sind das Steuerrecht und das Recht der öffentlichen Abgaben (47 erfolgreiche Fälle) und die Sozialleistungen (44 erfolgreiche Fälle) die wichtigsten Ka-

tegorien. In einigen dieser Gebiete hat das BVerfG gleichheitsrechtliche Sonderdogmatiken entwickelt, die die Bedeutung dieser Kategorien unterstreichen und wahrscheinlich zu der hohen Erfolgswahrscheinlichkeit beigetragen haben. Dies gilt im Bereich der politischen Partizipation etwa für die Prinzipien der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit politischer Parteien²⁹ oder im Steuerrecht für die Grundsätze der steuerlichen Belastungsgleichheit³⁰ und der Folgerichtigkeit³¹.

II. Gibt es einen Paul-Kirchhof-Effekt?

Ein Verfassungsrichter, der maßgeblichen Einfluss auf die Steuerrechtsprechung des BVerfG hatte, war Paul Kirchhof.³² Angesichts der prominenten Stellung des Steuerrechts in der Gleichheitsrechtsprechung des BVerfG liegt es nahe, den Einfluss Kirchhofs auf diese Rechtsprechung näher zu untersuchen. Während Kirchhofs Amtszeit gab es insgesamt 10 Entscheidungen des zweiten Senats, die sich mit Steuergesetzen befassten und auf Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG entschieden wurden. Sechs dieser Entscheidungen waren erfolgreich, was eine Erfolgsquote von 60% ergibt. Das ist fast doppelt so hoch wie die allgemeine Erfolgswahrscheinlichkeit im Steuerrecht von 30,12%. Ein Chi-square-Test, der die Steuerrechtsfälle in der Kirchhof-Ära mit den Steuerrechtsfällen, an denen Kirchhof nicht beteiligt war, vergleicht, produziert einen p-Wert

29 S. dazu *Klaus Kröger*, Schematische Parteiengleichheit als Grundbedingung der Demokratie, in: FS Wilhelm G. Grewe, 1981, 507; *Heinz-Werner Kleffmann*, Chancengleichheit im Wahlkampf, NVwZ 1983, 532; *Hans Herbert von Arnim*, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DöV 1984, 85; *Uwe Volkmann*, Politische Parteien und öffentliche Leistungen, 1993, S. 189 ff.; *Niels Petersen*, Verfassungsgerichte als Wettbewerbshüter des politischen Prozesses, in: Dominik Elser u. a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 59 (67 ff.); *Emanuel Towfigh*, Das Parteienparadox, 2015, S. 63 ff.

30 S. *Dieter Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983; *Hans-Wolfgang Arndt*, Gleichheit im Steuerrecht, NVwZ (1988), 787.

31 S. dazu *Joachim Englisch*, Folgerichtiges Steuerrecht als Verfassungsgebot, in: FS Joachim Lang, 2010, 167; *Philipp Dann*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), 630; *Mehrdad Payandeh*, Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, AöR 136 (2011), 578; *Lerke Osterloh*, Folgerichtigkeit: Verfassungsgerichtliche Rationalitätsanforderungen in der Demokratie, in: FS Brun-Otto Bryde, 2013, 429; *Niels Petersen*, Gesetzgeberische Inkonsistenz als Beweiszeichen, AöR 138 (2013), 108; *Laurence O'Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018.

32 *Köppe* (Fn. 21), 787.

von 0,033. Folglich ist der Unterschied in der Erfolgswahrscheinlichkeit zwischen den Fällen, an denen Kirchhof unmittelbar beteiligt war und jenen, an denen er nicht beteiligt war, statistisch signifikant.

Der Einfluss Kirchhofs auf die Steuerrechtsprechung des Verfassungsgerichts wirkte auch nach seinem Ausscheiden noch nach. Vor Kirchhof lag die Erfolgswahrscheinlichkeit für Steuerrechtsfälle, die auf den Gleichheitsgrundsatz gestützt wurden, bei 18,84 %. Nach Kirchhofs Ausscheiden aus dem Gericht war die Erfolgswahrscheinlichkeit zwar nicht mehr so hoch wie während seines Wirkens. Sie war aber mit 36,36 % statistisch signifikant höher als vor seinem Eintritt ins Gericht ($p = 0,019$). Das legt nahe, dass Kirchhof die Rechtsprechung des zweiten Senats in Steuerrechtssachen entscheidend geformt hat.

Tabelle 4. Erfolgswahrscheinlichkeit zweiter Senat nach Jahrzehnt.

Dekade	Anzahl der Fälle	Erfolgswahrscheinlichkeit
1950	10	20 %
1960	38	34,21 %
1970	52	28,85 %
1980	38	28,95 %
1990	23	47,83 %
2000	47	21,28 %
2010	27	33,33 %

Demgegenüber ist der Einfluss auf die allgemeine Gleichheitsrechtsprechung deutlich geringer. Tabelle 4 zeigt die Entwicklung der Erfolgswahrscheinlichkeit von Fällen der Gesetzeskontrolle, in denen die Unterscheidung nicht auf einem problematischen Merkmal beruhte, über die verschiedenen Jahrzehnte hinweg. Man sieht, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit in den 1990er Jahren, also der Dekade, in die der Großteil von Kirchhofs Wirken fällt, höher ist als in den anderen Dekaden. Ein Chi-square-Test bestätigt diese Intuition und stellt einen statistisch schwach signifikanten Unterschied fest ($p = 0,053$). Demgegenüber war Kirchhofs Einfluss auf die breitere Gleichheitsrechtsprechung des zweiten Senats nicht von Dauer. Die Periode vor 1990 unterscheidet sich nicht statistisch signifikant von der post-Kirchhof-Periode ab 2000 ($p = 0,534$).

Es lässt sich also festhalten: Die Bedeutung, die Paul Kirchhof als Richterpersönlichkeit für seinen Einfluss auf die Steuerrechtspre-

chung des BVerfG nachgesagt wird, lässt sich auch statistisch bestätigen. Die Erfolgswahrscheinlichkeit bei der Überprüfung steuerrechtlicher Gesetze ist während Kirchhofs Amtszeit ungewöhnlich hoch. Das Wirken Kirchhofs hat dabei eine langfristige Wirkung auf die Steuerrechtsprechung des Gerichts auch nach seinem Ausscheiden. Demgegenüber ist der Einfluss auf die allgemeine Gleichheitsrechtsprechung deutlich geringer. Zwar lässt sich eine leicht erhöhte Erfolgswahrscheinlichkeit für die Hauptdekade seines Wirkens feststellen. Dieser Einfluss wirkt aber nach Kirchhofs Ausscheiden aus dem Gericht nicht nach.

III. Wie groß ist die Lenkungswirkung von dogmatischen Formeln?

Eine letzte Beobachtung betrifft die Lenkungswirkung von dogmatischen Formeln. Wir haben in der Einleitung gesehen, dass sich die Dogmatik des allgemeinen Gleichheitsgebotes seit dem Zweiten Weltkrieg erheblich entwickelt und die Rechtsprechung des BVerfG hier zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes unterschiedliche dogmatische Formeln zugrunde gelegt hat. Spiegelt sich diese Entwicklung auch in der Erfolgswahrscheinlichkeit der unter dem allgemeinen Gleichheitssatz entschiedenen Gleichheitsfälle wider, die kein problematisches Merkmal beinhalten?

Tabelle 5 zeichnet die Erfolgswahrscheinlichkeiten unter den jeweiligen dogmatischen Formeln nach. In der Tabelle sind dabei alle Gleichheitsfälle ohne problematisches Merkmal in der jeweiligen Periode festgehalten, ohne dass im Einzelnen überprüft wurde, welche dogmatische Formel konkret verwendet wurde. Vielmehr wurden zur Abgrenzung der Perioden die Fälle herangezogen, die die Zäsur zwischen den Formeln markieren.³³ Dabei lassen sich jeweils nur geringe Unterschiede feststel-

Tabelle 5. Erfolgswahrscheinlichkeit nach dogmatischer Formel.

Dekade	Anzahl der Fälle	Erfolgswahrscheinlichkeit
Willkürformel	320	23,75 %
Neue Formel	161	26,71 %
Neueste Formel	201	24,37 %
Stufenlosformel	76	27,6 %

33 Dies sind BVerfGE 55, 72 (Willkürformel vs. neue Formel); BVerfGE 88, 87 (neue Formel vs. neueste Formel); BVerfGE 129, 49 (neueste Formel vs. Stufenlosformel).

len. Zwar gibt es zwischen den einzelnen Zeiträumen geringe Variationen, diese sind aber statistisch nicht signifikant. So ergibt ein Chi-square-Test, dass zwischen der Periode der Willkürformel und der Periode der Stufenlosformel kein signifikanter Unterschied besteht ($p = 0,479$). Das legt nahe, dass sich zwar die dogmatischen Formeln jeweils weiterentwickelt haben, der Unterschied für die Rechtspraxis aber äußerst gering geblieben ist.³⁴

Wenn man sich die Entwicklung der Dogmatik im Detail ansieht, ist dies weniger überraschend, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. So hat das BVerfG unter der Willkürkontrolle oft strengere Maßstäbe angewandt.³⁵ So findet man etwa vielfach implizite Verhältnismäßigkeits-erwägungen in den Begründungen.³⁶ Insofern ist die neue Formel wohl nur ein Ausdruck dessen, was das Gericht vorher bereits praktiziert hat.³⁷ Auch die Zäsur durch die Stufenlosformel ist geringer, als die Formulierung der Formel *prima facie* nahelegt. Vielmehr hat das BVerfG auch nach Einführung der Stufenlosformel oft schematisierte Stufen angewandt und zwischen einem „großzügigeren“ und einem „strengeren“ Prüfungsmaßstab unterschieden.³⁸ Insofern betreffen die verschiedenen Formeln zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes wohl eher die dogmatische Verpackung als tatsächlich den Inhalt der Gleichheitsrechtsprechung.

34 Diese Hypothese steht unter der Annahme, dass das Verhältnis von beobachteten und unbeobachteten Fällen ungefähr gleichgeblieben ist. Die Zahl der unveröffentlichten Fälle des Bundesverfassungsgerichts hat über die Jahre zugenommen. Wie sich das auf den hier beobachteten Ausschnitt auswirkt, ist schwer zu sagen. Geht man davon aus, dass die Zahl der unbeobachteten Fälle im Verhältnis zu den beobachteten Fällen über die Jahre ebenfalls zugenommen hat, hätte das zur Folge, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit von der Willkürformel zur Stufenlosformel graduell abgenommen hätte.

35 S. etwa *Reiner Schmidt*, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1963, S. 110f.; *Alexander Somek*, The Deadweight of Formulae, UPenn J. Const. L. 1 (1998), 284 (300); *Kempny/Reimer* (Fn. 9), 107.

36 *Niels Petersen*, Gleichheitssatz und Einzelfallgerechtigkeit, Der Staat 57 (2018), 327 (340 f.).

37 Ebd., 343.

38 Ebd., 345 m.w.N.

C. Schlussfolgerungen

Eine empirische Analyse der Gleichheitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liefert schon auf beschreibender Ebene einige interessante Erkenntnisse. Zunächst haben wir gesehen, dass das BVerfG Gleichheit in erster Linie als Konsistenzgebot versteht. Zwar gibt es eine signifikante Antidiskriminierungsrechtsprechung, insbesondere in Bezug auf Differenzierungen aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung. In absoluten Zahlen dominieren jedoch die erfolgreichen Fälle, in denen die Unterscheidung nicht auf einem problematischen Merkmal beruhte.

Weiterhin zeigt die Analyse, dass sich der Einfluss von Paul Kirchhof auf die Steuerrechtsprechung des Gerichts auch statistisch nachweisen lässt. Nach seiner Amtszeit ist die Erfolgswahrscheinlichkeit von Steuerrechtsfällen, die am Maßstab des Gleichheitssatzes entschieden werden, deutlich höher als vor seiner Amtszeit. Dieser Einfluss zeigt sich aber nur im Steuerrecht, nicht allgemein für den Gleichheitssatz. Schließlich haben wir gesehen, dass das dominante Narrativ der Dogmatik des Gleichheitssatzes als einer Dogmatik mit mehreren Entwicklungsstufen nur bedingt tragfähig ist. Zwar haben sich die dogmatischen Formeln über die Zeit verändert – Änderungen in der Erfolgswahrscheinlichkeit von Gleichheitsfällen ergaben sich jedoch nicht. Das legt nahe, dass die Prüfungsmaßstäbe trotz Änderung der dogmatischen Formeln weitgehend konstant geblieben sind. Der Wandel bezog sich also lediglich auf die dogmatische Verpackung, nicht auf den Inhalt des Gleichheitssatzes.