

# Aufsätze

*Thorsten Hüller*

## **Sind Bundesverfassungsrichter ‚rationale Trottel‘?**

### *Kurzfassung*

Aus dem Lager der empirischen Rational-Choice-Forschung sind in den letzten Jahren zwei prominente politikwissenschaftliche Analysen des BVerfG entstanden: Darin behaupten die Autoren, Richter würden nicht allein nach der Maßgabe bestmöglicher Rechtsauslegung, sondern einerseits opportunistisch/populistisch agieren, indem sie den Schulterschluss mit der ‚öffentlichen Meinung‘ suchen (Vanberg) und andererseits würden parteipolitische Vorstellungen die richterliche Spruchpraxis färben (Hönnige). Die Untersuchung zentraler theoretischer Überlegungen sowie der empirischen Daten dieser Arbeiten begründet erhebliche Zweifel an der Triftigkeit dieser provokativen Thesen. Beide Theoriekonstrukte sind in wichtigen Teilen inkonsistent. Die Empirie ist im Fall der Parteipolitikthese zu schwach und durch eine Vielzahl ungeklärter Rätsel behaftet, um für sich tragfähig zu sein. Im anderen Fall scheint der gefundene empirische Zusammenhang deutlich fester zu sein, lässt sich aber mit alternativen theoretischen Überlegungen besser erklären.

## Inhalt

1. Einleitung	6
2. Empirische RC-Forschung: Zwei Unterscheidungen	7
3. Hönniges politische Richterschaft	9
4. Vanbergs Opportunismus	18
5. Schlussfolgerungen für die politikwissenschaftliche Analyse des BVerfG	24

### 1. Einleitung<sup>1</sup>

Die politikwissenschaftliche Forschung zum Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Jahren eine erstaunliche Dynamik entwickelt. Nicht nur die Zahl der Publikationen hat zugenommen (Van Ooyen/Möllers 2006; Vorländer 2006; Becker/Zimmerling 2006; Hönnige 2007; Kranenpohl 2010; Vanberg 2005). Durch einen verbreiteten Analyseausschnitt haben diese Arbeiten auch einen originär politikwissenschaftlichen Beitrag zum besseren Verständnis der Gerichtsaktivitäten geleistet, indem die Interaktionen zwischen den verschiedenen prozessbeteiligten Akteuren sowie der Öffentlichkeit in den Blick genommen werden (Gschwend/Hönnige 2010; Herrmann 2010: 407 ff.).

Thomas Gschwend und Christoph Hönnige (2010) haben in einer beeindruckenden Literaturschau eher beiläufig noch einen weiteren Eindruck konturiert: Sie entwickeln das Bild einer insgesamt ‚kritischen‘ politikwissenschaftlichen Forschung zum Bundesverfassungsgericht in Hinblick auf die demokratiebezogenen Wirkungen der Gerichtsaktivitäten. Neben der ‚alten‘ Debatte um eine zunehmende Justialisierung politischer Entscheidungen und die Autolimitation des Gesetzgebers, die zu einer Entdemokratisierung der Gesetzgebung führe (Landfried 1992; Stone Sweet 2002; Vanberg 1998), sind in den vergangenen Jahren vor allem kritische Stimmen aus dem Lager der empirischen Rational-Choice-Forschung hinzugetreten: Die Richter würden nicht allein nach der Maßgabe bestmöglicher Rechtsauslegung, sondern opportunistisch/populistisch agieren, indem sie den Schulterchluss mit der ‚öffentlichen Meinung‘ suchen (Vanberg 2003, 2005) oder gar Parteipolitik machen (Hönnige 2006, 2007).

Erfahren, so kann mit Blick auf diese Thesen gefragt werden, die umstrittenen Thesen der Critical Legal Studies nun durch diese Ergebnisse politikwissenschaftlicher Forschungen zum Bundesverfassungsgericht eine späte und unerwartete Un-

1 Ich danke Henning Deters, Olaf Dilling, Steffen Ganghof sowie den beiden anonymen Gutachtern für hilfreiche Hinweise zu früheren Fassungen dieses Textes.

terstützung? Jedenfalls stellen sie für das vom Grundgesetz proklamierte normative Verständnis einer konstitutionellen Demokratie eine Herausforderung dar.

Ob die kontroversen Thesen aus der RC-basierten Forschung tatsächlich triftig sind, ist nicht ohne Weiteres klar. Denn die ‚kritischen‘ Thesen erzeugen zumindest gewisse Spannungen zu anderen Ergebnissen. Die These von der richterlichen Parteipolitik etwa passt nicht einfach zu dem in der Öffentlichkeit vorherrschenden vertrauensvollen Bild eines insgesamt fairen, an Gerechtigkeitserwägungen orientierten Gerichts (Vorländer/Brodacz 2006). Oder handelt es sich dabei um falsches Bewusstsein, um sachlich unbegründete Ideologie in den Alltagswahrnehmungen?

Bevor die Analysen von Hönnige und Vanberg nacheinander diskutiert werden (Abschnitte 3 und 4), sollen kurz zwei für die spätere Diskussion relevante Unterscheidungen entsprechender Forschungen erläutert werden.

## 2. Empirische RC-Forschung: Zwei Unterscheidungen

Vor allem Christoph Hönnige und Georg Vanberg haben in den letzten Jahren empirische Forschungen zum BVerfG kultiviert, die sich explizit zu einem RC-Theorierahmen bekannt haben (Hönnige 2006, 2007; Vanberg 2003, 2005). Unzweifelhaft haben beide Studien nicht nur die empirischen Erkenntnisse über das BVerfG befördert, sondern auch methodisch einen in diesem Analysefeld sonst nicht üblichen Aufwand betrieben. Den Autoren ist zudem auch völlig klar, dass ihre Studien nicht alle ihre Fragestellungen abschließend beantwortet haben.

Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass RC-Theorie basierte Forschungen zum BVerfG, trotz ihrer unbestrittenen Qualitäten, auf politikwissenschaftlich ausgerichteten Fachtagungen immer wieder ein außergewöhnlich hohes Maß an Skepsis generiert haben. Weil diese Kritik sich vor allem an diesen theoretischen bzw. methodischen Fragen zu orientieren scheint, sollen diese hier etwas stärker in den Blick genommen werden, als es sonst bei empirischen Forschungen üblich ist.

Trotzdem geht es hier nicht um eine allgemeine Methodendiskussion, sondern um den Wert der spezifischen Erträge entsprechender Forschungen zum BVerfG. Es wäre verfehlt, das methodische Korsett individualnutzenorientierter Ansätze auf einen Standardansatz zu verkürzen und es geht hier auch nicht darum, die viel zu lange allgemeine Kontroverse in Politikwissenschaft und Soziologie um die Brauchbarkeit dieser Ansätze zu führen (eine gute Darstellung des Ansatzes findet sich schon bei Esser 1993; Elster 1986; bekannte kritische Positionen finden sich etwa bei Green/Shapiro 1999; Schweers Cook/Levi 1990; March/Olsen 1984).

Für die Diskussion der empirischen Forschungen zum BVerfG ist es hilfreich, vorab zwei Schlaglichter auf diesen Forschungsansatz zu werfen, die später zentral werden. Dabei geht es um zwei Binnendifferenzierungen. Zum einen lassen sich RC-Forschungen danach unterscheiden, ob die Handlungszwecke der Akteure empirisch oder theoretisch bestimmt werden. Individuelle *Interessen* wären demnach unabhängig von tatsächlichen Zielen und Zwecken der Akteure als ihr objektiver Nutzen zu messen und nicht Teil der empirischen Erhebungen. *Präferenzen* wären hier mehr oder weniger in einer Rangordnung konsistente empirisch ausweisbare Ziele von Akteuren. Diese können am eigenen Wohl orientiert sein, müssen es aber nicht. Mitleid und vor allem Verpflichtung wären Handlungsmotive, die nicht primär am eigenen Wohl orientiert sind (Sen 1999). Präferenzen in diesem weiteren Sinne können nur empirisch ermittelt werden, während eine strikt interessenbasierte Analyse diese auch weitestgehend theoretisch bestimmen kann. Im ersten Fall nehmen Autoren im Rahmen theoretischer Überlegungen an, dass Akteure ihre Interessen zweckrational verfolgen, im zweiten Fall ihre Präferenzen – ob diese nun auf ihr eigenes Wohl bezogen sind oder nicht.

Beide Zugriffe auf die Akteurseinstellungen haben ihre Vor- und Nachteile: Präferenzen zu ermitteln erfordert mehr Aufwand und ist nicht immer einfach. Andererseits ermöglicht ein solcher empirisch aufgeklärter Zugriff auf tatsächliche Akteurspräferenzen sehr viel genauere Heuristiken zu den politischen Prozessen und ihren Ergebnissen und lässt im Endeffekt eine größere Übereinstimmung zwischen Theorie und Empirie erwarten. Darüber hinaus ist es sicher nicht abwegig, dass RC-Handlungsmotive in bestimmten Bereichen empirisch plausibler sind, als in anderen. Im Rahmen internationaler Beziehungen oder Koalitionsverhandlungen erscheinen prima facie solche Erwartungen plausibler zu sein. Verwaltungshandeln oder Rechtsprechung soll zumindest nach herrschender Meinung nicht in erster Linie durch eigeninteressierte Motive der Amtspersonen geleitet sein. Entsprechend gibt es in diesen Bereichen einen guten Grund, die Handlungsmotive der Akteure, also ihre Präferenzen, empirisch zu ermitteln.

Interessanterweise verorten sich weder Hönnige noch Vanberg in ihren Analysen zu den Aktivitäten des BVerfG eindeutig in dieser Unterscheidung. Bei Hönnige finden sich Erwägungen beider Typen (Hönnige 2007: Kap. 2). Vanberg hat explizit Interviews mit Richtern geführt, was zunächst für einen empirisch informierten Zugriff auf die Ziele und Zwecke der Akteure spräche. Allerdings finden sich diese anschließend nicht in seinen zentralen theoretischen Überlegungen wieder.

Im Rahmen von empirischen Forschungen sollen diese theoretischen Überlegungen nur eine heuristische Funktion haben. Mir geht es in den folgenden Abschnitten unter anderem darum, dem Verdacht nachzugehen, dass in den konkreten Fällen

dieser beiden Studien Annahmen über eigeninteressierte Präferenzen auf die empirischen Ergebnisse übergreifen, ohne dass die entsprechenden Annahmen empirisch adäquat gestützt wären und ohne dass die damit verbundenen Interpretationen der Ergebnisse sich zwingend aufdrängen würden. Keinesfalls nehme ich an, dass dies in RC-Studien so sein muss.

Die zweite Unterscheidung ergibt sich als Strategien im Umgang mit unterschiedlichen Fallzahlen des zu erforschenden Gegenstands. Normalerweise soll die hohe Fallzahl bei der Erforschung von voneinander unabhängigen Variablen sichern, dass gefundene Zusammenhänge nicht bloß zufällig sind. Bei *analytischen Erzählungen* soll die Qualität des entwickelten Theoriegebäudes, seine Festigkeit, valide Ergebnisse auch dann sicher hervorbringen, wenn die Datenlage keine gesicherten kausalen Aussagen auf Grundlage rein statistischer Zusammenhänge ermöglicht. Theorie substituiert zwar nicht die Empirie, reduziert aber – so die zentrale Idee – die erforderliche Datenmenge (Bates u. a. 1998; kritisch dazu Elster 2000). Zwischen der ‚Stärke‘ des Theoriegebäudes und dem Empiriebedarf besteht dann ein doppelter Zusammenhang:

1. Je stärker die Theorie, desto weniger entgegenkommende Empirie wird benötigt, um valide empirische Aussagen zu treffen.
2. Der Kritiker muss im Fall der quantitativen RC-Analyse mehr als nur das Theoriegebäude falsifizieren, weil feste statistische Zusammenhänge ein Stück weit für sich selbst sprechen. Es ist so, auch wenn wir nicht genau wissen, wieso.

Im Fall einer Theoriekritik bei analytischen Erzählungen liegt der Fall etwas anders. Die verbleibende Empirie würde automatisch zurechtgestutzt auf bloß anekdotische Evidenzen. Die beiden Autoren, die hier behandelt werden, mischen jeweils beide Strategien, wobei der Anspruch Vanbergs sehr viel deutlicher auch darauf gerichtet ist, eine anspruchsvolle Theorie zu entwickeln. Insofern kann diese, sofern sie überzeugend entwickelt ist, auch eine etwas größere Last tragen.

Für die nun folgende Diskussion der RC-Forschungen zum BVerfG ergeben sich aus dieser relativen Unabhängigkeit von Theorie und Empirie drei relevante Fragestellungen: Ist die Theorie überzeugend? Ist die Empirie triftig? Und passt beides zusammen? Ich wende mich zunächst den Forschungen von Christoph Hönnige zu.

### 3. Hönniges politische Richterschaft

Auch wenn der RC-Ansatz in den USA bereits auf eine gewisse Tradition bei der Analyse des Supreme Courts verweisen kann, ist seine Verwendung zur Analyse der Aktivitäten des Bundesverfassungsgerichts einigermaßen überraschend. Die Annahme, dass Richter am Bundesverfassungsgericht in der Beratung und Be-

schlussfassung zu Streitfällen ihre *individuellen* Ziele nutzenmaximierend verfolgen, erscheint geradezu verwegen. Genau diese theoretische Prämisse führt Christoph Hönnige an: Richter am Bundesverfassungsgericht, so seine theoretische Annahme, seien „policy-seeker“, die entsprechend ihrer parteipolitischen Präferenzen urteilen. Er stützt seine These mit drei Argumenten:

Erstens sprächen die Existenz von Sondervoten und abweichenden Meinungen der Richter dafür, dass ihre parteipolitischen Präferenzen Einfluss auf ihr Stimmverhalten habe (Hönnige 2007: 51 f.). Tatsächlich hat Hönnige Informationen über existierende Sondervoten zusammengetragen. Welche das genau sind, lässt sich aus der dort angeführten tabellarischen Übersicht leider nicht feststellen. Weder wird klar, was er genau gemessen hat, noch wie hoch der Anteil an Urteilen des BVerfG mit und ohne Sondervoten bzw. abweichenden Meinungen tatsächlich ist. Das Einzige, was klar ersichtlich wird, besteht darin, dass diese abweichenden Praktiken über die Zeit deutlich abgenommen haben.

Nun diskutiert Hönnige an anderer Stelle durchaus eindrucksvoll rechtsimmanente Gründe für vernünftige Meinungsverschiedenheiten (Hönnige 2007: 44). Entsprechend lässt sich aus der bloßen Existenz solcher abweichenden Positionen direkt überhaupt nichts schließen. Tatsächlich spricht einiges dafür, dass es sich im Wesentlichen um rechtsimmanente Streitpunkte handelt: Stellen wir uns vor, die Richterschaft empfinde das Handeln der großen Mehrheit als politisch motiviert und das eigene ebenfalls. Dann hätten diese Richter bei jedem Urteil, bei dem ihre Position unterliegt, ein Interesse an einem Gegenvotum, um so dem Einfluss der Mehrheitsmeinung zu schaden. Entsprechend würden wir insgesamt ein hohes Maß an Sondervoten erwarten, das über die Zeit zunimmt, weil sichtbar ‚politisches‘ Handeln im Gericht zu Gegenpolitik (tit for tat) strategisch ermuntert (Axelrod 1987). Und wir würden erwarten, dass in der Außenwahrnehmung des Gerichts parteipolitische Interpretationen der Spruchpraxis vorherrschen. Nichts davon ist beim BVerfG der Fall.

Zweitens sei die politische Vor-Karriere von Richtern (Parteimitgliedschaften, Parlamentssitze und Regierungsämter) ein Indiz für handlungswirksame politische Motive der Richterschaft. Über Parteimitgliedschaft klärt Hönnige dann aber nicht weiter auf und in den beiden anderen Fällen liegt ihr Anteil unterhalb von 20 Prozent der Richterschaft am BVerfG. Tatsächlich können und werden aber wohl gerade diese aus dem Politikbetrieb kommenden Kandidaten besonders auf ihre Überparteilichkeit geprüft. Es spricht wenig dafür, dass solche Kandidaten mit ausgeprägt parteilichem Politikstil in der Lage sind, die erforderlichen qualifizierten Mehrheiten unter den Parlamentskollegen aus den anderen Parteien zu erzielen. Das heißt, selbst unter den knapp 20 Prozent der Richterinnen und Richter mit aktiver partei-

politischer Vergangenheit dürften sich vor allem überparteilich tragbare im Gericht wiederfinden. Für das theoretische Argument würde es aber Hönnige auch nicht helfen, wenn es anders wäre, wie wir gleich noch sehen werden.

Drittens würden Aussagen von zwei früheren Mitgliedern des Gerichts sowie Interview-Ergebnisse von Christine Landfried, wonach 9 von 16 Richtern am BVerfG die Ansicht vertraten, dass „politische Wertvorstellungen Einfluss auf das Entscheidungsverhalten haben“, die These vom Richter als policy-seeker stützen (Hönnige 2006: 184; 2007: 53 f.; siehe auch direkt Landfried 1984: 43).

Leider belegen die vorgebrachten Zitate keineswegs, dass diese Richter die Auffassung vertreten würden, dass sie Politik entsprechend der aktuellen politischen Vorstellungen der Partei machen, die sie vorher als Richter vorgeschlagen hat. Plausibler scheint es doch anzunehmen, dass Politik im Verständnis dieser Richter als ein prinzipiengeleitetes, auf das Gemeinwohl orientiertes Handeln zu verstehen ist, das bestimmte Tugendzumutungen, Gerechtigkeits- und andere normative Vorstellungen impliziert, die in weiten Teilen eine Geltung jenseits parteipolitischer Verortung haben.

Eine solche Gegenauffassung findet sich etwa in biographischen Interviews von Ernst Wolfgang Böckenförde. Bevor er Richter am BVerfG wurde, war Böckenförde bereits als bekennender Katholik Mitglied in der Vereinigung ‚Lebensrecht‘, der es um den Schutz ungeborenen Lebens geht und die sich für eine restriktive Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen einsetzt. Darauf angesprochen, wie diese religiös gestützte Grundüberzeugung mit seiner Richtertätigkeit am BVerfG im Streit über den § 218 Strafgesetzbuch zu vereinbaren sei, hat Böckenförde (2011: 445 f.) folgendermaßen geantwortet: „Für mich war klar, ich habe als Richter so zu urteilen, wie das Grundgesetz diesen Konflikt nach meiner Kenntnis regelt, unabhängig davon, ob das mit meinen persönlichen Auffassungen als katholischer Christ übereinstimmt oder nicht. Dafür habe ich ja auf dieses Grundgesetz den Amtseid geleistet. Insofern besteht ein Unterschied zu der Situation, in der ein Abgeordneter im Bundestag ein Gesetz mitbeschließt.“ Und etwas weiter im Gespräch sagt er: „Die Position im Verfassungsgericht als katholischer Akteur auszunutzen wäre für mich ein Missbrauch des Amtes gewesen.“

In den Worten von John Rawls heißt dies, in der Rolle als Richter hat im Konfliktfalle der öffentliche Vernunftgebrauch, also die Orientierung an einer möglichst gerechten Rechtauslegung, Vorrang vor konkurrierenden Vorschriften umfassender Lehren, nach denen diese Personen versuchen, ihr Leben einzurichten (Rawls 1998: 333 ff.). Auch aus Böckenfördes Sicht sind Urteile des BVerfG in der Abtreibungsfrage immer auch politisch, in diesem spezifischen Fall aus der Sicht seiner Grundüberzeugungen möglicherweise sogar falsch oder schmerzlich. Aber es soll aus sei-

ner Sicht ein vernunftorientiertes Recht auf angemessenste Weise am konkreten Fall prinzipiengeleitet angewendet werden und das bedeutet, dass zweifellos eingehende, von der Verfassung nicht vollständig gedeckte politische Erwägungen einem anspruchsvollen Reziprozitätskriterium genügen sollten (Rawls 1998: 82 f.).

Stattdessen setzt Hönnige sein Modell interessengeleiteter Richter nur von Kelsens Vorstellung einer reinen Rechtsorientierung der Richter ab, die in ihren Rollen als Richter keinerlei politische Erwägungen anzustellen brauchen, die nicht bereits in der Verfassung festgelegt sind, weil Recht sich idealiter als ein hierarchisch geordnetes, kohärentes und klares Normsystem darstellt. Tatsächlich bestehen aber zwei wichtige Unterschiede zum Richter als ‚policy seeker‘ im Sinne Hönniges. Kelsens Richter geht es darum, *Recht* zu sprechen statt Politik zu machen und es geht ihm darum, *richtiges* Recht zu sprechen statt individuell gewünschtes Recht zu kreieren (siehe etwa die Darstellung bei Stone Sweet 2002: 81 f.).

Wenn wir diese beiden Unterscheidungen der Zwecke richterlicher Aktivitäten und der verschiedenen Gegenstände ihres Wirkens miteinander kombinieren, ergibt sich ein vielfältigeres Bild von Richterrollen (siehe Tabelle 1).<sup>2</sup>

*Tabelle 1: Idealtypische Richterrollen*

Zwecke richterlicher Aktivitäten	Objekte richterlicher Wirkung	
	politisch	unpolitisch
Gemeinwohl	‚Überparteiliche‘ Politik	‚Reines‘ Recht
individuelle Ziele	‚Parteipolitik‘	Einkommen, Ämter / berufliche Positionen

Zwar haben sich die politischen Akteure bei der Schaffung von Grundgesetz und Bundesverfassungsgerichtsgesetz tatsächlich in vielen Hinsichten von Kelsens Vorstellung eines Verfassungsgerichts leiten lassen. An einem ganz entscheidenden Punkt sind sie aber davon abgewichen. Anders als nach Kelsens Vorstellungen haben die Verfassungsväter und -mütter explizit ein anspruchsvolles Set an einklagbaren individuellen Grundrechten festgelegt und zwar in dem vollen Bewusstsein, dass hierdurch – gegen Kelsens Theorie – einer Unbestimmtheit möglicher Rechtsauslegungen der Weg gebahnt ist, die die Rechtsanwendung in diesem Bereich auch

2 Inwieweit diese Rollen bzw. Motive komplementär oder konkurrierend sind bedarf einer längeren Diskussion, die ich hier nicht führen kann. Anders als in den USA, wo Verfassungsrichter auf Lebenszeit ernannt werden, haben die meisten Verfassungsrichter in Deutschland durchaus eine spätere Karriere. Exponierte parteipolitische Aktivitäten im Verfassungsgericht werden dabei nicht in allen Fällen hilfreich sein.



zu einem auslegungsbedürftigeren, offeneren, eben politischen Unternehmen macht. An diesen wichtigen Unterschied zwischen Kelsens Konzeption und der Praxis einer breiten Berücksichtigung menschenrechtlicher Normen bei der Verfassungsgerichtsschaffung hat Stone Sweet (2002: 81 f.) nachdrücklich erinnert. Auch und gerade deshalb ist darauf gesetzt worden, die Richter am Bundesverfassungsgericht nicht durch Rechtsexperten bestimmen zu lassen, sondern durch die Politik. Entsprechend geht es in der gesamten nachfolgenden Diskussion im Kern auch nur noch um die Frage des angemessenen Verhältnisses von Politik und Recht in der richterlichen Praxis (für einen Überblick, siehe Kranenpohl 2010: 23 ff.).

Um des theoretischen Arguments Willen nehmen wir im Folgenden mit Hönnige an, dass etwa die Hälfte der Richter sich als ‚policy seeker‘ versteht und versucht, Politik im Sinne der Partei zu machen, die ihn aufgestellt hat. Das entspricht in etwa seiner Interpretation der von Landfried geführten Interviews und liegt sehr deutlich über den knapp 20 Prozent der Richterschaft mit vorherigen Parteikarrieren.

Wenn wir nun weiter annehmen, dass das Gericht je zur Hälfte mit Kandidaten von Regierung und Opposition zusammengesetzt sei und für eine Zurückweisung eines beschlossenen Gesetzes in Verfahren der abstrakten Normkontrolle eine Mehrheit der Richter ein Gesetz für verfassungswidrig erklären muss, dann ergibt sich laut Hönnige: „Die Standardeinstellung im Bundesverfassungsgericht ist die Ablehnung des Oppositionsantrages“ (Hönnige 2006: 193).

Diese theoretische Konstruktion ist weitestgehend unplausibel – genauer zu 98,5 Prozent. Wenn wir mit Hönnige annehmen, dass die Hälfte der Richter am BVerfG die offizielle Linie der Partei in ihrer Spruchpraxis vertreten, die sie für das Amt vorgeschlagen hat und die andere Hälfte versucht, das Grundgesetz möglichst angemessen als Recht auszulegen, und wenn weiter angenommen wird, dass die Polit-Präferenz der strategisch agierenden Richter sich zufällig über die 8 bzw. 16 Richter verteilt, weil die Wahlgremien dies zu verhindern suchen und es keinen Grund für die Annahme gibt, dass Regierung oder Opposition häufiger bei der rationalen Kandidatenvermeidung scheitern, dann gibt es genau einen von 64 möglichen Fällen der Gerichtszusammensetzung, in denen eine hälftige ‚Politisierung‘ der Richterschaft auf die Urteile durchschlagen würde, wie Hönnige es beschreibt und zwar dann, wenn alle 4 Richter der ‚Regierungsseite‘ politisiert sind. Die Wahrschein-

lichkeit liegt bei geringen 1,5 Prozent!<sup>3</sup> In allen anderen Fällen würden die ‚Recht‘-sprechenden Richter auch den sogenannten Medianrichter (pivotal judge) stellen und damit im Rahmen von Hönniges Theorie als Gremium Recht sprechen und nicht Politik machen.

Nun reicht es keineswegs aus, die Theorie als unplausibel oder inkonsistent zurückzuweisen, wenn die Empirie dieser Kritik zuwider läuft. Anders formuliert: Wenn Hönnige zeigen könnte, dass die Empirie seine nicht vollends überzeugende Theorie stützt, dann hätte er trotzdem einen guten Punkt. Hönnige behauptet dies nach der Auswertung von 53 Gerichtsurteilen des BVerfG aus den Jahren 1974-2002. Ich werde seine Empirie in zwei Runden nachprüfen – einmal hoch aggregiert und ein zweites Mal disaggregiert.

Im Durchschnitt sei die Opposition, so Hönnige, mit 45,2 Prozent ihrer Anträge erfolgreich gewesen. Seine Eingangshypothese lautete aber, dass sämtliche Urteile gegen die Opposition fallen müssten, weil in der Standardzusammensetzung der beiden Senate eine Parität zu erwarten ist und im Falle einer Stimmparität beschlossene Gesetze vom Gericht nicht annulliert würden.

Auf Grundlage der Daten von Hönnige können wir keine Aussagen darüber treffen, wie erfolgreich die Opposition sein sollte, um Kohärenz und Integrität des Grundgesetzes zu schützen. Wenn wir keine Gründe haben anzunehmen, dass die Opposition per se näher an der richtigen Auslegung der Verfassung liegt als die parlamentarische Mehrheit, dann könnte man erwarten, dass eine rechtskonforme Interpretation einen Oppositionserfolg von etwa 50 Prozent erwarten lässt. Tatsächlich liegt das von Hönnige gefundene Ergebnis sehr nahe an diesen 50 Prozent und ist weit entfernt von seiner Ausgangshypothese. Die eigentlich spannende Frage sollte dann lauten: Wie kann es sein, dass ein Gericht, das vom Verfassungsgeber so institutionalisiert wurde, dass es parlamentarische Mehrheiten in ihren Urteilen goutiert, so viele ablehnende Urteile hervorbringt?<sup>4</sup> Und natürlich ist diese hoch aggregierte Sichtweise auch in der Gesellschaft wirksam verankert: Nur weil die

- 3 Die Gesamtzahl der möglichen Kombinationen von vier politisierten und vier rectorientierten Richtern beträgt 64 Zusammensetzungsvarianten in diesem Zufallsverfahren. Davon sind bloß zwei Fälle möglich, in denen alle politisierten Richter von der gleichen Partei vorgeschlagen werden. Einer dieser beiden Fälle, wenn die Opposition alle politisierten Richter vorgeschlagen hat, ist im Hinblick auf die Ergebnisbeeinflussung unerheblich, weil die Opposition fünf Stimmen braucht, um ein Gesetz der Regierung bzw. gesetzgeberischen Mehrheit zu kippen. Entsprechend würde nur in einer der 64 möglichen Konstellationen, wenn alle Richter der Regierungsseite politisiert sein sollten, diese Einstellung auch zuverlässig zu den von Hönnige standardmäßig erwarteten regierungstreuen Urteilen führen.
- 4 Eine mögliche Antwort könnte übrigens lauten: Weil die politischen Entscheidungsprozesse zu wenig verrechtlicht sind.

Sicht vorherrscht, dass das Gericht im Großen und Ganzen Recht spricht und nicht Parteipolitik macht, dürfte es entsprechende Zustimmungswerte für sich verbuchen, die kein anderes einflussreiches repräsentatives Organ in Deutschland über die Zeit hinweg genießt (Vorländer/Brodocz 2006: 262).

Hönnige versucht sein Ergebnis nun durch eine disaggregierte Betrachtung im Sinne seiner theoretischen Überlegungen überzeugender zu machen. Das gelingt ihm in Teilen. Er kann zeigen, dass die Gerichtszusammensetzungen nicht immer den Standardüberlegungen einer paritätischen Verteilung zwischen regierungs- und oppositionsnominierten Richtern entsprochen haben. Wenn man dies bei der empirischen Untersuchung berücksichtigt, zeigt die Spruchpraxis ein empirisches Bild, das besser zu seinen theoretischen Überlegungen passt, weil dort, wo tatsächlich eine paritätische Zusammensetzung bestand, im Durchschnitt auch eine geringere Ablehnung durch die Gerichte auftrat.

Aber ob die geringe Fallzahl für eine disaggregierte Betrachtung tatsächlich zuverlässige Ergebnisse liefert, kann bezweifelt werden: bei 53 Urteilen in 29 Jahren und zwei Spruchkörpern bleibt durchschnittlich weniger als ein Urteil pro Jahr und Senat. Es bräuchte schon eine sehr starke und feste Theorie, um bei dieser geringen Fallzahl valide Ergebnisse zu haben. Tatsächlich zeigen sich auch große Unterschiede zwischen den Senaten und über die Zeit, die teilweise deutlich größer sind als zur durchschnittlichen Gesamtablehnungsquote. Vor allem erzeugt das Ergebnis aber eine Theorielast: Wie kann es sein, dass bei einem politisierten Ernennungsprozess, einem vergleichsweise einfachen Entscheidungsverfahren und geringem Informationsaufwand überhaupt nicht-paritätische Zusammensetzungen entstehen?

Wie dem auch sei, zwischen 1986 und 2002 hat der Zweite Senat bei durchgehend paritätischer Besetzung im Durchschnitt einem guten Drittel oppositioneller Klagen stattgegeben (36 %) und zwar sowohl in der Zeit der christlich-liberalen Koalition wie unter Rot-Grün. Das sind immerhin fast zehn Prozent weniger als im Durchschnitt seiner Spruchpraxis, aber auch 36 Prozent mehr als nach den theoretischen Überlegungen von Hönnige zu erwarten gewesen sind. Denn bei paritätischer Besetzung wäre die parteipolitisch-rationalistische Erwartung, dass die Richter sämtliche Oppositionsklagen ablehnen. Mehr noch: Marcus Höreth (2012: 9 ff.) hat gezeigt, dass zu Zeiten Großer Koalitionen sowohl die Kontrolldichte als auch die Verwerfungsquote (etwa 50 % der kontrollierten Gesetze) deutlich *über* den durchschnittlichen Werten liegen. Würden parteipolitische Motive der Richter eine entscheidungserhebliche Rolle spielen, dann müsste die Kassation großkoalitionärer Gesetze aber im Vergleich gering ausfallen, weil praktisch alle Richter durch die Koalitionsparteien vorgeschlagen worden sind. Das Gegenteil ist der Fall.

Ich möchte daher eine alternative Interpretation vorschlagen, die dem Ergebnis, wie ich hoffe, besser gerecht werden kann. Angelpunkt ist nicht der interessenorientierte Richter, sondern Böckenfördes Vorstellung eines gemeinwohlorientierten Richters, der komplexe und damit auch normativ und empirisch unterbestimmte Rechtsfragen zu beurteilen hat. Die Richter können vor dem Hintergrund der durch das Grundgesetz ermöglichten Vielzahl möglicher Rechtskonflikte und Interpretationsunbestimmtheiten in vielen Fällen vernünftiger- und nicht nur rationalerweise zu unterschiedlichen Auffassungen über das ‚richtige‘ Recht und seine situationsadäquate Anwendung gelangen. Daraus ergäbe sich die Erwartung, dass auch von einem ‚vernünftigen‘ Gericht ‚in dubio pro Demokratie‘ entschieden würde: Sollte das Gericht unsicher sein, ob ein beklagtes Gesetz verfassungsgemäß ist oder nicht, sollte es sich möglicherweise auf die Position im Zweifel zugunsten des demokratisch legitimierte Gesetzgebers zurückziehen und einer Klage nicht stattgeben.

Doch die Frage bleibt natürlich: Wie kann es sein, dass bei paritätischer Besetzung in diesem Zeitraum die Ablehnungsquote um zehn Prozent geringer ausfällt als im Durchschnitt? Erstens ist die absolute Zahl der Urteile auch für diesen Zeitraum immer noch so gering, dass die Aussagekraft ebenfalls gering ist. Zweitens kann es sein, dass gerichtskulturelle Unterschiede im Untersuchungszeitraum eine erklärende Rolle spielen – etwa zwischen den Senaten, aber auch über Zeit. So haben Gerichtsbeobachter unabhängig von den Daten Hönniges für eine „Wende zur Ausgewogenheit“ in den 1980er Jahren argumentiert (Wesel 2004: 277 ff.).

Parteipolitik durch Richter sollte sich auch im Handeln einer rationalen Opposition widerspiegeln. Sie will ihre parteipolitischen Ziele durchsetzen und den politischen Einfluss der gegenwärtigen Regierung verringern. Diese ‚rationale‘ Opposition hat nun vergleichsweise geringe Kosten, teilweise aber großen potentiellen Nutzen von Klagen. Entsprechend würde die Opposition lieber einmal zu oft als einmal zu selten klagen (Stone Sweet 2000). Unstrittig sollte man auch erwarten können, dass bei einer der Opposition ‚zugeneigten‘ Gerichtszusammensetzung auch mehr Klagen zustande kommen. Hönniges (2007: Kap. 7) Daten lassen daran ganz erhebliche Zweifel aufkommen. In Frankreich, wo die Gerichtszusammensetzung regierungsgeneigter erfolgt, klagt die Opposition mehr als vier Mal so häufig wie vor dem BVerfG. In Deutschland soll die Opposition im Durchschnitt 2,5 Prozent der verabschiedeten Gesetze beklagen (Hönnige 2007: 221), aber vor dem ersten Senat sind dies nur 0,59 Prozent und vor dem zweiten 1,96 Prozent der insgesamt verabschiedeten Gesetze (Hönnige 2007: 225).

Die höchste aller Klagequoten ergibt sich seiner Tabelle zufolge ausgerechnet in einem Zeitraum mit konservativer Regierung und einem sogar mit konservativer Mehrheit besetzten Zweiten Senat (ebenda). Auch sonst passt die Klagequote vor

dem Zweiten Senat nicht zu seinen theoretischen Erwartungen – außer für die ersten beiden Jahre seiner Untersuchung des Zeitraums zwischen 1974 und 2002.

Für den ersten Senat passen die Ergebnisse besser. Das müsste insgesamt wohl dafür sprechen, dass die Opposition eine senatsspezifische Strategie verfolgt. Ein entsprechendes theoretisches Erklärungsangebot sucht man allerdings vergeblich.

Hönnige reagiert auf diese Ergebnisse nicht überzeugend. Einerseits seien juristische Niederlagen keineswegs so kostenarm, andererseits habe die Opposition andere Wege um ihre Ziele im „Spannungsdreieck“ mit Verfassungsgericht und Regierung einzubringen (Hönnige 2007: 242 f.). Das ändert aber nichts daran, dass eine solche aufgeklärt strategische Opposition im Falle einer erwarteten zugeneigten Richterschaft deutlich häufiger klagen müsste. Sollte seine Theorie nun aber sowohl erklären, warum eine Opposition in ein und der gleichen Situation klagen würde oder nicht, dann eignet sich die Theorie nicht einmal um Hypothesen zu generieren. Und so sieht es wohl leider im Spannungsdreieck komplexer rationalistischer Erwartungen aus (Elster 2000, 1990): Anything goes ‚rationally‘?

Um das Maß an richterlicher Parteilichkeit empirisch überzeugend zu untersuchen, müsste man genauer in die Fälle hineinschauen, also auch hermeneutische Rekonstruktion betreiben, um zu klären, ob Urteile plausibel mit früheren und anderen Urteilen und mit dem Grundgesetz in einer möglichst konsistenten Ordnung des Rechts zusammenpassen. Solange dies nicht geklärt ist, sollte Hönnige bei seiner interessenorientierten Interpretation der Spruchpraxis abrüsten, weil eine andere Theorie des Richterhandelns genauso gut zu seinen Ergebnissen passt und diese andere Theorie den entscheidenden Vorteil besitzt, dass sie besser zu den artikulierten professionsethischen Selbstverständnissen und zu der durchschnittlichen Außenwahrnehmung des Gerichts passen. Der von Hönnige mindestens implizit entwickelte Ideologieverdacht gegen Vorstellungen richterlicher Überparteilichkeit kann nur überzeugen, wenn seine Theorie die empirischen Befunde eindeutig besser erklären könnte, als die näher liegenden theoretischen Erwartungen, dass die Richter das tun, was sie vorgeben zu tun, und dass die Alltagswahrnehmung der richterlichen Spruchpraxis nicht einer kollektiven Selbsttäuschung des Publikums geschuldet ist (siehe etwa Kranenpohl 2010: 33; Vorländer/Brodocz 2006).

Hönnige suggeriert in seiner Interpretation, dass eigeninteressiertes Handeln der Richter nachgewiesen sei. Das beruht nicht nur auf einer nur unzureichend entwickelten Theorie, es ist in der Sache ungeklärt: Es bleibt weiterhin eine offene empirische Frage, die sich erst durch zusätzliche Forschung – unter Einbezug einer sinnverstehenden Analyse der Spruchpraxis – entscheiden lassen wird.

#### 4. Vanbergs Opportunismus

Georg Vanberg (2003, 2005) hat die genauso kontroverse These entwickelt, dass das BVerfG ein opportunistisch handelnder Akteur sei, dessen Entscheidungsverhalten variiert, je nachdem ob es annehmen kann, dass die Öffentlichkeit hinter ihm steht oder nicht. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Gesetz durch das BVerfG ‚kassiert‘ wird, steigt, so Vanberg, mit der Vermutung öffentlicher Wahrnehmung des Verfahrens. Sonst, so könnte man etwas salopp sagen, habe das Gericht durchschnittlich mehr Angst vor den drohenden Implementationsdefiziten.

Ausgangspunkt seiner Überlegung bildet die Feststellung, dass das BVerfG vor einem Implementationsproblem steht, weil die Umsetzung seiner Urteile häufig von entsprechenden gesetzgeberischen Aktivitäten abhängt, die es selbst nicht kontrollieren kann (Vanberg 2005: 19 ff.). Dann hänge die tatsächliche Implementation durch den Gesetzgeber vor allem von zwei Faktoren ab: der öffentlichen Wertschätzung, die das Gericht genießt, und der Frage, ob ein Gericht in der Lage ist, vorhandene Wertschätzung für die Implementation eines Urteils zu aktivieren (Vanberg 2005: 21).

Die allgemeine Wertschätzung des deutschen Verfassungsgerichts ist mehr oder weniger dauerhaft sehr hoch. Entsprechend richtet Vanberg seine Aufmerksamkeit auf die Aktivierungsfrage und stellt vier relevante Einflussfaktoren heraus:

- „– die allgemeine Bekanntheit des speziellen Falles;
- das Interesse von Meinungsführern, speziell der Medien;
- das Vorhandensein organisierter Interessengruppen;
- die Komplexität der zur Entscheidung anstehenden Frage.“ (Vanberg 2003: 190)

Vanbergs theoretische Überlegungen stoßen auf mindestens drei Probleme:

1. Bekanntheit ist nicht Unterstützung. Öffentliches Interesse kann auch bei bekannten Fällen im Prinzip in beide Richtungen ausfallen – für oder gegen ein Gesetz. Dann dürfte die Opposition nur gegen Gesetze klagen, die sie für nicht mehrheitsfähig hält. Das scheint auf den ersten Blick unplausibel, weil die Opposition zunächst einmal ‚die Minderheit‘ vertritt und weil ihr Nutzen auch darin besteht, dass eine Regierung scheitert. Oder dem BVerfG wäre die fallspezifische inhaltliche Ausrichtung der öffentlichen Meinung egal. Dann würde es aber riskieren an Wertschätzung einzubüßen – auch das scheint zumindest im Rahmen von Vanbergs Theorie nicht plausibel. Plausibler ist es, dass wir vier öffentliche Präferenzkonstellationen unterscheiden müssen: (1) Mehrheit des Publikums pro Gesetz, (2) Mehrheit gegen Gesetz, (3) paritätische Präferenzverteilung, (4) Indifferenz.

Den Fall (1) kann Vanberg nicht plausibel in seiner Konzeption unterbringen. Denn seine Hypothese lautet: „Ceteris paribus wird das BVerfG mit größerer Wahrscheinlichkeit ein Veto in Fällen aussprechen, in denen die [...] potenzielle oder tatsächliche Aufmerksamkeit größer ist.“ (Vanberg 2003: 197) Im Fall 1 würde ein strategisch agierendes Gericht aber genau anders herum handeln. Publizität eines Rechtsstreits über ein weithin gestütztes Gesetz müsste die Richter eher zu Zurückhaltung bringen, weil sie einen Ansehensverlust befürchten müssten und weil keineswegs klar ist, dass die Öffentlichkeit nachfolgende Umgehungsversuche der Politik mehrheitlich sanktionieren würde. Vanberg (2005: 49 ff.) selbst hat an anderer Stelle genau so argumentiert, dass Gerichte auch die spezifische Unterstützung der öffentlichen Meinung suchen. Anders formuliert: Die ‚Ceteris paribus‘-Formel ist für Fälle des ersten Typs unzutreffend und gilt nur für die Typen 2 bis 4. Und nur wenn die Fälle 2 bis 4 zahlenmäßig den ersten deutlich überwiegen würden, kann Vanberg davon ausgehen, dass ein derartiger Öffentlichkeitszusammenhang auch über alle Fälle hinweg sichtbar wäre.

2. Das Implementationsproblem stellt sich nicht für alle Konfliktfälle in gleicher Weise. Zunächst einmal haben die Urteile des BVerfG automatisch Bindungswirkung sowie Rechts- und Gesetzeskraft. Das BVerfG kann sogar den Vollzug eines Gesetzes bis zur Entscheidung in der Hauptsache außer Kraft setzen. Und bezüglich eines beanstandeten Gesetzes schreibt das Bundesverfassungsgericht vor, was anstatt des verfassungswidrigen Gesetzes gilt. Hier hat das Gericht im Prinzip drei grundlegende Optionen:

- Weitergeltensanordnung des beanstandeten Gesetzes bis zur Neuregelung;
- das Nachrücken des alten Rechts bis auf Weiteres;
- eine Notrechtssetzung durch das BVerfG.

Ein Implementationsproblem kann deshalb vor allem dann entstehen, wenn im Zuge der Vollstreckung ein neues entscheidungskonformes Gesetz vom Gesetzgeber beschlossen werden muss, weil es keine verfassungsadäquate Altregelung gibt und weil sich das Gericht in vielen Fällen vor möglichen Eingriffen scheut, etwa weil eine Fülle möglicher verfassungskonformer Regelungen eine Notrechtssetzung häufig angreifbar erscheinen lassen.

Aber selbst im Fall einer Weitergeltensanordnung muss nicht automatisch ein Implementationsproblem entstehen, und zwar obwohl kein Gesetzgebungsgebot die Kassation ergänzen kann. Wenn eine gesetzgeberische Tätigkeit erforderlich ist, um eine Gerichtsentscheidung auch gesetzlich umzusetzen, besteht zunächst einmal eine Schwierigkeit knapp gesagt darin, dass das Gericht über keine gesetzgeberischen Mehrheiten verfügen kann und damit auch niemanden bestrafen kann, wenn

ein solches Gesetz nicht zustande kommt. Trotzdem führt auch dieser Fall nicht automatisch zu einem Implementationsproblem für das Gericht:

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in vielen Fällen ein Eigeninteresse an verfassungskonformen Regelungen hat (etwa bei der Parteienfinanzierung, bei Wahlkampfkostenerstattungen, dem Wahlrecht usw.). Stellen wir uns nur vor, dem Wahlgesetzgeber wäre es nicht gelungen, vor der anstehenden Bundestagswahl 2013 ein verfassungskonformes Wahlgesetz herzustellen. Die nachfolgenden Wahlprüfungsverfahren wären für das Parlament nicht ohne Risiko gewesen.

Außerdem darf das BVerfG entsprechend Art. 35 BVerfGG über die Vollstreckung bestimmen, also darüber, wer seine Entscheidung wie und bis wann zu vollstrecken hat. Eine solche Bestimmung kann durchaus in manchen Fällen den Gesetzgebungsprozess umgehen.<sup>5</sup>

Implementationspolitische Probleme dürfte es daher nur in bestimmten Fällen geben. Soweit wir nicht tatsächlich von einem Implementationsproblem bei Karlsruher Entscheidungen ausgehen können, soweit lässt sich auch die im Anschluss daran entwickelte Theorie Vanbergs nicht aufrecht erhalten. Wie weit dies der Fall ist, ist eine empirisch viel offenere Frage, als Vanberg dies suggeriert. Und sollte sich dabei über die Fälle hinweg tatsächlich ein größeres Implementationsproblem auf tun, dann wäre auch und zuerst danach zu fragen, warum Karlsruhe die bereitgestellten Instrumente vergleichsweise selten zu nutzen scheint.

Wichtig ist hier, dass diese differenzierte Perspektive auf das Implementationsproblem durch Vanbergs verallgemeinernden Zugriff ein Stück weit verschleiert wird. Ein *pars pro toto* Fehlschluss wird in der Empirie solange aber nicht sichtbar, wie auch die nicht von Implementationsproblemen betroffenen Teile der Rechtsprechung empirisch nicht indiziert werden. In Vanbergs Fall wäre also nur zu erwarten, dass der Zusammenhang sich empirisch schwächer darstellt als seine Theorie dies nahelegt.

5 Bei Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (2013) heißt es dazu etwa: „Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht hat (...) dem Bundesverfassungsgericht alle zur Durchsetzung seiner Entscheidungen nötige Kompetenz eingeräumt. (...) Gestützt auf diese Kompetenz trifft das Gericht von Amts wegen – also unabhängig von ‚Anträgen‘ oder ‚Anregungen‘ – alle Anordnungen, die erforderlich sind, um seinen ein Verfahren abschließenden Sachentscheidungen Geltung zu verschaffen. (...) § 35 geht davon aus, daß die die Durchsetzung der Entscheidung betreffenden Anordnungen in dieser Entscheidung selbst getroffen werden. Aus dem umfassenden Gehalt der Vorschrift, die das Gericht recht eigentlich zum Herrn der Vollstreckung macht, folgt aber, daß jene Anordnungen, wenn sich ihre Notwendigkeit erst nachträglich herausstellt, auch in einem selbständigen Beschluß des Gerichts getroffen werden können.“



3. Damit bin ich beim dritten theoretischen Problem, dem Zusammenhang zwischen Komplexität eines Falles, seiner öffentlichen Wahrnehmung und der zu erwartenden Spruchpraxis des BVerfG.

Damit sich das Gericht rationalerweise überhaupt auf die Öffentlichkeit stützen kann, muss Vanberg eine Theorie der Öffentlichkeit haben, die von elitären Konzeptionen à la Lippmann (1925) abweicht. Wäre die Öffentlichkeit aufgrund von Überangebot und Überforderung einer rationalen Meinungsbildung komplett unfähig, dann könnte das Gericht seine Urteile auch nicht von der erwarteten öffentlichen Unterstützung abhängig machen, da diese bestenfalls mehr oder weniger zufällig und willkürlich zustande kommt. Entsprechend und auch empirisch völlig zurecht stützt sich Vanberg auf die Überlegung einer institutionalistischen Komplexitätsreduktion auf Seiten des Publikums. Öffentliche Aufmerksamkeit, also Kenntnisnahme und Resonanz im breiten Publikum der Bürgerschaft wird „über einen zweistufigen Prozess [erreicht], in dem Informationen – gefiltert durch die Meinungsführerschaft von Eliten, wie sie vor allem im Fernsehen und in den Printmedien verbreitet werden – an die allgemeine Öffentlichkeit gelangen“ (Vanberg 2003: 194). Die geronnenen Erfahrungen des Publikums mit Publikationsorganen und Meinungsführern lenken die aktuelle Aufmerksamkeit des Publikums und bürgen letztlich auch für die Rationalität ihrer Erkenntnisse.

Für seine Theorie öffentlichkeitsabhängiger Richteraktivitäten braucht Vanberg nun aber natürlich auch eine Überlegung dazu, welche Sachverhalte nicht an die Öffentlichkeit gelangen bzw. bei welchen Sachverhalten die Richter rationalerweise erwarten müssen, dass Umgehungen ihrer Urteile durch die Politik in der öffentlichen Wahrnehmung nicht als solche Umgehungen erkannt werden. Vanberg erwartet nun, dass hier die Komplexität des Sachverhalts der zentrale Erklärungsfaktor sei.

Dieses einfache Verständnis vom Zusammenhang von Komplexität und öffentlicher Aufmerksamkeit lässt nun aber gerade die zuvor entwickelte Vorstellung eines zweistufigen Publikationsprozesses mit professionellen Bindegliedern zum breiten Publikum außer Acht. Tatsächlich muss Vanberg entweder annehmen, dass es den meinungsführenden Eliten schwerer fällt, komplexere Sachverhalte adäquat zu erfassen und zu interpretieren als den Richtern, oder dass sie ihre Sicht solcher komplexeren Dinge nicht verständlich ans breite Publikum transportieren kann oder beides zusammen. Den zweiten Fall schließe ich aus: Wenn meinungsführende Eliten die entscheidenden Punkte von Urteilen und politischen Umgehungsversuchen verstanden haben, dann können sie dies auch gemeinverständlich publizieren. Das ist ja gerade die Routineaufgabe der relevanten Sprecher in der Öffentlichkeit. Die politische Opposition, die die Umgehungsversuche verhindern möchte und ihr ge-

wogene Teile der meinungsführenden Elite würden – je nach politischer Relevanz und Schädigungspotential für die Regierung – versuchen, die Öffentlichkeit zu aktivieren.

Für die Diskussion der ersten Möglichkeit nehmen wir an, Vanberg hätte recht und für die meinungsführenden Eliten wäre es tatsächlich schwieriger, bestimmte Sachverhalte aufgrund ihrer Komplexität nachzuvollziehen. Dann ergibt sich die Komplexität für die Öffentlichkeitseliten aus zwei Typen von Ursachen: solchen, die mit dem rechtsförmigen Konfliktaustrag zusammenhängen und solchen, die mit dem Konfliktgegenstand selbst zusammenhängen. Vanberg hat nur den zweiten Typ von Komplexitätsursachen vor Augen. Da stellt sich dann aber die Frage, wer eigentlich alles von dem sachlichen Komplexitätsproblem betroffen ist. Sind es nur die meinungsführenden Eliten, die aufgrund einer vielschichtigen, miteinander verwobenen Problematik den Durchblick verlieren? Oder könnte es sein, dass das so wieso unterbestimmte Recht des Grundgesetzes in diesem Fall auch die Richter bei der Klärung überfordert, ob ein bestimmtes Gesetz zweifelsfrei verfassungswidrig ist?

Wenn das normative Gebot einer richterlichen Selbstzurückhaltung überhaupt einen normativen Sinn ergibt, dann erstreckt es sich vermutlich auch auf das Unterbestimmtheitsproblem und dann gäbe es einen sachlichen Grund dafür, dass Gerichte sich in komplexen Fällen eher zurückhalten als in ‚einfacheren‘ Fällen. Sie wissen nicht, was das ‚richtige‘ Recht verlangt und es gibt darauf auch nicht die eine klare Antwort. Richterliche Zurückhaltung und damit die Stützung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers wäre in diesem Fall eine normativ überzeugende Nichtaktivität.

Bei der Operationalisierung seiner empirischen Forschung finden sich weitere Probleme. Vanberg macht es sich dabei zu einfach. Die abhängige Variable – also ob das Gericht ein Gesetz annulliert – wird nur binär kodiert. Schon wenn Teile eines Gesetzes kassiert werden, gilt es ihm als annulliert. Das wirft natürlich auf viele Urteile ein völlig falsches Licht, etwa auf das Lissabon-Urteil oder auf die letzte Entscheidung zum § 218 des Strafgesetzbuches, wo in der Substanz neben-sächliche Zurückweisungen durch das Gericht bei Vanberg systematisch als Annullierung einer gesamten rechtstechnischen Einheit gewertet werden. Das kann der Fall sein, muss aber nicht. Übertragen auf Fußballspiele zwischen Mannschaften von Regierung und Opposition wäre das so, als ob jede Rote Karte für einen Spieler der Regierung zugleich einen Spielabbruch nach sich zöge oder zumindest automatisch einen Sieg der Opposition bedeuten würde. Das ist nicht nur im Fußball nicht so.

Die Komplexität eines Falles ergibt sich für Vanberg automatisch durch das Politikfeld, dem der Gegenstand zuzuordnen ist: Beamtenversorgung und Besteuerung sei demnach immer komplex, Familienrecht und institutionelle Streitfragen immer nichtkomplex. Es sollte unstrittig sein, dass eine solche Operationalisierung durch Differenzierung an Überzeugungskraft gewinnen würde.

Mit der so gewonnenen Empirie kann Vanberg zeigen, dass sich alle seine Variablen gegenseitig stützen. Mündliche Anhörungen, kritische Stimmen von Interessenorganisationen im Verfahren und die Nichtkomplexität der Materien erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass das BVerfG ein Gesetz annulliert bzw. der klagenden Partei recht gibt.

Das Problem, das ich sehe, hängt mit Vanbergs überraschender Strategie zusammen, die wichtigsten Daten allein aus den Gerichtsdokumenten zu gewinnen. Damit, so mein Vorwurf, endogenisiert er quasi objektive Fragen zu solchen, über die allein im Gerichtsverfahren selbst befunden wird. So wird beispielsweise ‚öffentliche Aufmerksamkeit‘ nur dadurch gemessen, ob in Verfahren eine mündliche Anhörung durchgeführt wird oder nicht und das Vorhandensein gesetzeskritischer organisierter Interessen wird allein danach untersucht, ob im Verfahren solche Interessengruppen zu Stellungnahmen eingeladen worden sind oder nicht.

Auf eine mündliche Verhandlung kann das Gericht im Fall der von Vanberg untersuchten Normenkontrollklagen verzichten, wenn sämtliche Streitparteien darauf verzichten möchten. Beklagte dürfen regelmäßig einem Verzicht zustimmen. Nehmen wir nun an, die klagende Opposition erwartet in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle einen Fall zu gewinnen und damit auch der Regierung zu schaden. Welchen Grund könnte sie dann haben, auf eine mündliche Anhörung zu verzichten? Ein solcher Verzicht würde, innerhalb der strategischen Logik, ein Scheitern der Regierung weniger sichtbar machen. Entsprechend gäbe es keinen rationalen Grund für sie, auf die Öffentlichkeit zu verzichten. Liegt die Vermutung des Klägers eher darauf, einen Fall auch verlieren zu können, dann liegt auch ein Verzicht auf Öffentlichkeit näher. Es kann also durchaus einen sachlichen Zusammenhang zwischen der ‚Durchführung mündlicher Anhörungen‘ und den Erfolgsaussichten eines Klägers geben, die überhaupt nicht damit zusammenhängen, dass das Gericht die Publizität für sich nutzt, sondern dass Kläger mit ‚schwachen Rechtsansprüchen‘ die Öffentlichkeit eher meiden als solche mit guten Erfolgchancen.

Im Fall der artikulierten Kritik durch Interessengruppen liegt die theoretische Alternative noch näher: Je mehr ein Gesetz innerhalb von Gerichtsverfahren kritisiert wird, in dem vor allem verfassungsbezogene Argumente ausgetauscht werden, desto wahrscheinlicher ist es, dass bei ihm auch im Hinblick auf diese Verfassungskonformität etwas im Argen liegt.

Dass Gerichte zudem gute Gründe haben, sich bei komplexen Materien eher zurückzuhalten, wurde vorhin bereits in der theoretischen Auseinandersetzung gezeigt.

Zusammengefasst: Die empirischen Ergebnisse in allen drei Variablen passen exakt in Vanbergs Theorie. Sie lassen sich aber mindestens genauso überzeugend anders erklären und ergeben dann ein ganz anderes Gesamtbild – ohne jeden Bezug zur Vorstellung opportunistischen Handelns der höchsten Richter.

Nun sind empirische Urteile über das Handeln von Richtern kein „Wunschkonzert“. Entsprechend sollte in weiterer empirischer Forschung geklärt werden, was denn tatsächlich der Fall ist bzw. welche Theorie diese durchaus interessanten Befunde am besten erklären kann. Dazu gibt es auch bereits erste Versuche, die Implementationsstrategien des Gerichts genauer in den Blick zu nehmen.

Zudem ließen sich die wichtigsten Variablen so operationalisieren, dass die genannten Probleme auszuschließen sind. Ein Beispiel: Eine von Vanbergs Hypothesen besagt, dass das Bundesverfassungsgericht Gesetze eher annulliert, wenn es unterstützende öffentliche Aufmerksamkeit auch in der Implementationsphase erwarten könne. Dann lässt sich die Frage der erwartbaren öffentlichen Aufmerksamkeit ohne Weiteres unabhängig und unbeeinflusst von den Strategien der Prozessbeteiligten messen, indem etwa die Medienberichterstattung vom Zeitraum rund um die Gesetzgebung bis hin zur Urteilsverkündung durch das BVerfG untersucht wird und zwar vor allem darauf, ob und wie viel Berichterstattung der Streitgegenstand erhalten hat und ob in dieser Berichterstattung das betreffende Gesetz positiv oder negativ bewertet wird.

## **5. Schlussfolgerungen für die politikwissenschaftliche Analyse des BVerfG**

In dem Aufsatz wurden zwei prominente RC-basierte politikwissenschaftliche Analysen des BVerfG genauer untersucht. Dabei wurde sowohl die Qualität ihrer Theorien als auch der Empirie in den Blick genommen und schließlich die Frage beantwortet, wie beides in ein kohärentes Gesamtbild passt.

Gegen Hönniges Analyse richterlicher Parteipolitik ist in Abschnitt 3 geltend gemacht worden, dass seine theoretischen Erwartungen weitgehend unplausibel sind, weil sie sich nicht konsistent aus seinen theoretischen Überlegungen ergeben. Die empirischen Daten lassen sich in der Summe ebenfalls kaum als klarer Beleg für die These richterlicher Parteipolitik werten. Da diese parteipolitikkritische Sichtweise zudem bestens zu den Alltagseinschätzungen richterlicher Aktivitäten passt, gibt es bis auf Weiteres keinen Grund dafür, das Maß an wirksamen parteipolitischen Motiven im BVerfG für ausgeprägt zu halten.

Die Einschätzung von Vanbergs Analyse ist auf den ersten Blick komplizierter. Zwar ist auch hier gezeigt worden, dass die Theorie an wichtigen Stellen überraschende Inkonsistenzen und Probleme aufweist und die empirischen Daten zumindest in Teilen auf bessere Art gewonnen werden könnten. Der zentrale Punkt ist aber ein anderer: Selbst wenn wir den von ihm gefundenen empirischen Zusammenhang zwischen Komplexität des Streitgegenstandes und richterlicher Zurückhaltung vollständig akzeptieren, gibt es eine insgesamt überzeugendere Erklärung für diesen Zusammenhang: Das Mehr an Zurückhaltung gebietet sich aus Respekt vor der demokratisch legitimierten Legislative, wenn die Richter nicht genau klären können, ob Grundrechte tatsächlich durch ein Gesetz unterminiert würden. Entgegen dem Bild opportunistischen Richterhandelns hat diese alternative Erklärung einen Sitz sowohl in den Alltagserfahrungen als auch im richterlichen Rollenverständnis.

An den untersuchten strategischen Analysen des Bundesverfassungsgerichts wird letztlich kritisiert, dass sie, so wie sie bisher betrieben worden sind, zu sehr mit geradezu ideologischen axiomatisch-theoretischen Grundannahmen verknüpft sind und diese leider noch keiner systematischen empirischen Verifizierung zugeführt wurden. Sie bleiben damit einem objektivistischen RC-Theorierahmen in einem Forschungsfeld verbunden, in dem vieles dagegen spricht, dass Motive dieser Art tatsächlich in hohem Maße handlungsleitend sind. Bisher scheinen die kontroversen Interpretationen der Ergebnisse mehr oder weniger direkt von der spezifischen Theorie abgeleitet zu sein. Die empirischen Daten zwingen jedenfalls in beiden Fällen nicht dazu.

Selbstverständlich können solche RC-Annahmen trotzdem eine wichtige heuristische Funktion erfüllen. In den Operationalisierungen müssten dann aber zureichend alternative Handlungsmotive und -muster der Richter kontrolliert werden. Letztlich wäre eine solche Kontrolle mit zusätzlichen empirischen Daten wünschenswert. Bis dahin sollte bei den angebotenen kritisch-strategischen Interpretationen „abgerüstet“ werden.

Prospektivisch bieten sich zudem einige spezifische Verbesserungsmöglichkeiten sowie eine sinnverstehende Erweiterung des Zugriffs auf die Gerichtsaktivitäten an.

Je umstrittener bestimmte theoretische Annahmen im Rahmen empirischer Forschungen sind, desto mehr muss als Teil der empirischen Forschung gezeigt werden, dass diese Annahmen zurecht gemacht werden. Auch wenn man nicht bezweifelt, dass die Richterschaft am BVerfG in der Lage ist, zweckrational zu handeln, bleibt in diesem Fall umstritten, welche Zwecke die Richter tatsächlich verfolgen. Entsprechend sollten ihre Präferenzen in überzeugenderer Weise empirisch aufgeklärt

werden. Das sich ergebende Bild vom Reich der Zwecke dürfte, wie in jedem Handeln, vielfältig sein und pragmatische, moralische und expressiv-evaluative Komponenten beinhalten.

Auch die RC-basierte politikwissenschaftliche Forschung zum BVerfG würde gewinnen, wenn sie die Innenperspektive auf die Rechtsprechung stärker einbeziehen würden, wenn einerseits die Akteursperspektive des Richters und ihre Präferenzen empirisch genauer in den Blick genommen würde, ihre normativen und professionsethischen Selbstverständnisse, die Frage, wie und unter welchen Rahmenbedingungen und Restriktionen (Ressourcen, Rechtsrahmen) sie versuchen, konkrete Urteile zu fällen (exemplarisch: Kranenpohl 2010; siehe auch Lhotta 2003). Und wenn andererseits der Zusammenhang zwischen verschiedenen Urteilen untereinander und zwischen ihnen und dem Grundgesetz auch mit hermeneutischen Mitteln in den Blick genommen wird. Derartige politikwissenschaftliche Forschungen zum Bundesverfassungsgericht und seiner Spruchpraxis gibt es bisher kaum (exemplarisch: Deters/Krämer 2011). Das sieht im Fall des Europarechts deutlich anders aus. Entsprechend können wir von Analysen der EuGH-Rechtsprechung in methodischer Hinsicht einiges lernen (Alter 2009).

## Literatur

- Alter, Karen J.*, 2009: *The European Court's Political Power: Essays on the Influence of the European Court of Justice on European Politics*, Oxford.
- Axelrod, Robert*, 1987: *Die Evolution der Kooperation*, München.
- Bates, Robert H./Greif, Avner/Levi, Margaret/Rosenthal, Jean-Laurent/Weingast, Barry R.*, 1998: *Analytic Narratives*, Princeton, NJ.
- Becker, Michael/Zimmerling, Ruth* (Hrsg.), 2006: *Politik und Recht*, Wiesbaden.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, 2011: *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin.
- Deters, Henning/Krämer, Rike*, 2011: Der steuerpolitische 'Aktivismus' des Bundesverfassungsgerichts als pfadabhängige Entwicklung, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 32, 7-26.
- Elster, Jon*, 1990: When Rationality Fails, in: Karen Schweers Cook/Margaret Levi (Hrsg.), *The Limits of Rationality*, Chicago, 19-51.
- Elster, Jon*, 2000: Rational Choice History: A Case of Excessive Ambition, in: *American Political Science Review* 94, 685-695.
- Elster, Jon* (Hrsg.), 1986: *Rational Choice*, Oxford.
- Esser, Hartmut*, 1993: *Soziologie. Allgemeine Grundlagen*, Frankfurt a. M.

- Green, Donald P./Shapiro, Ian*, 1999: Rational Choice. Eine Kritik am Beispiel von Anwendungen in der Politischen Wissenschaft, München.
- Gschwend, Thomas/Christoph Hönnige*, 2010: Das Bundesverfassungsgericht im politischen System der BRD – ein unbekanntes Wesen?, in: Politische Vierteljahresschrift 51, 507-530.
- Herrmann, Dietrich*, 2010: Politikwissenschaftliche Forschung zum Bundesverfassungsgericht, in: Klemens H. Schrenk/Markus Soldner (Hrsg.), Analyse demokratischer Regierungssysteme, Wiesbaden, 401-425.
- Hönnige, Christoph*, 2006: Die Entscheidungen von Verfassungsgerichten – ein Spiegel ihrer Zusammensetzung?, in: Jahrbuch für Handlungs- und Entscheidungstheorie 4, 179-214.
- Hönnige, Christoph*, 2007: Verfassungsgericht, Regierung und Opposition. Die vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks, Wiesbaden.
- Höreth, Marcus*, 2012: Grüß-August, Staatsnotar oder Vetospieler? Zur Bestimmung der Rolle des Bundespräsidenten im Regierungssystem. Papier auf dem DVPW Kongress, Universität Tübingen, 25.-29. September 2012, Sektion „Regierungssystem und Regieren in der Bundesrepublik Deutschland“, <http://www.dvpw.de/fileadmin/docs/Kongress2012/Paperroom/2012Regieren-H%F6reth-2.pdf>. (Stand: 26.8.2014).
- Kranenpohl, Uwe*, 2010: Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden.
- Landfried, Christine*, 1984: Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität, Baden-Baden.
- Landfried, Christine*, 1992: Judicial Policy-Making in Germany: the Federal Constitutional Court, in: West European Politics 15, 50-67.
- Lhotta, Roland*, 2003: Das Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur: Plädoyer für eine neo-institutionalistische Ergänzung der Forschung, in: Swiss Political Science Review 9, 142-52.
- Lippmann, Walter*, 1925: The Phantom Public, New York.
- March, James G./Olson, Johan P.*, 1984: The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life, in: American Political Science Review 78, 734-749.
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert*, 2013: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar. 41. Ergänzungslieferung, München.
- Rawls, John*, 1998: Politischer Liberalismus, Frankfurt a. M.

- Schweers Cook, Karen/Levi, Margaret (Hrsg.)*, 1990: *The Limits of Rationality*, Chicago.
- Sen, Amartya K.*, 1999: Rationale Trotteln: Eine Kritik der behavioristischen Grundlagen der Wirtschaftstheorie., in: Stefan Gosepath (Hrsg.), *Motive, Gründe, Zwecke. Theorien praktischer Rationalität*, Frankfurt a. M.
- Stone Sweet, Alec*, 2000: *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford.
- Stone Sweet, Alec*, 2002: Constitutional Courts and Parliamentary Democracy, in: *West European Politics* 25, 77-100.
- Van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.)*, 2006: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden.
- Vanberg, Georg*, 1998: Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining, and Policy Compromise, in: *Journal of Theoretical Politics* 10, 299-326.
- Vanberg, Georg*, 2003: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zum politischen Spielraum des Bundesverfassungsgerichts, in: Steffen Ganghof/Philipp Manow (Hrsg.), *Mechanismen der Politik. Strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem*, Frankfurt a. M., 183-213.
- Vanberg, Georg*, 2005: *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, MA.
- Vorländer, Hans (Hrsg.)*, 2006: *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden.
- Vorländer, Hans/André Brodacz*, 2006: Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht: Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden, 259-295.
- Wesel, Uwe*, 2004: *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, München.

Korrespondenzanschrift:

PD Dr. Thorsten Hüller  
Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“  
Universität Bremen  
Postfach 330 440  
28334 Bremen  
E-Mail: [thueller@uni-bremen.de](mailto:thueller@uni-bremen.de)