
**TAGUNG DER DVPW-SEKTION „VERGLEICHENDE REGIERUNGSLEHRE“ 2011
PANEL 2: REGIEREN IM „SCHATTEN DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG“**

**Präferenzen als Entscheidungsfaktor -
Recht und Ideologie in den USA und Deutschland**

1. Einleitung¹

Richter in den USA und Deutschland sehen sich aufgrund des ähnlichen kulturellen Hintergrundes und Entwicklungsstandes ihrer Länder vergleichbaren Problemen gegenüber. So zum Beispiel Fragen der Religionsfreiheit, Einschränkungen von Freiheitsrechten zugunsten der Sicherheit oder Abtreibungsproblematiken. Das wirft die Frage auf, ob es in beiden Ländern auch vergleichbare Entscheidungsmuster gibt. Im Folgenden werden zwei thematisch gleiche Entscheidungen, Schwangerschaftsabbruch II (BVerfGE 88, 203) und Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania (505 U.S. 833 (1992)), daraufhin untersucht, ob die Entscheidungen in ähnlicher Art und Weise ergehen. Dies geschieht anhand zweier Modelle, des Legal und des Attitudinal Models. Dabei wird ein neuer Ansatz vorgestellt, wie man letzteres auf das Bundesverfassungsgericht anwenden kann.

2. Das Legal Model

Kern des Legal Models ist die Annahme, dass „prinzipiell im bloßen Nachvollzug eines präexistenten (objektiven oder subjektiven) Willens, der durch (...) Methoden unabhängig von dem zu lösenden Problem mit objektiver Gewissheit ermittelt werden kann“ (Hesse 1999), richtige Ergebnisse erzielt werden können. Das Bundesverfassungsgericht doch dabei immer auf die klassischen von Friedrich Carl von Savigny (1951) entwickelten Auslegungskriterien berufen (so z.B. BVerfGE 1, 299). Dies sind zum einen grammatikalische und historische Auslegung, also Wortlaut und Entstehungsgeschichte. Zum anderen eine Analyse, in welchem systematischen Gesamtzusammenhang die zu interpretierende Norm steht, sowie Telos, also Sinn und Zweck der Norm (Zippelius 2003, Pieroth/Schlink 2001). Desweiteren verlangt die „Einheit der

¹ Übersetzungen aus dem Englischen von der Autorin.

Rechtsordnung“ rechtssysteminterne Widersprüche zu vermeiden. Außerdem muss bei konfligierenden Rechtsgütern beiden zur Geltung verholfen werden („Praktische Konkordanz“) (Hesse 1999: 28).

In den USA finden sich sehr ähnliche Ansätze. So entspricht die grammatikalische Interpretation dem Textualism, einer Methode, die auf der „wörtlichen Bedeutung der Regelung ohne Einfügen irgendwelcher Wenss, Unds oder Abers insistiert“ (Murphy 2003: 391). Auch das Verständnis der Verfassung zur Zeit ihrer Entstehung spielt in unterschiedlichen Ausprägungen eine Rolle (Fallon 1987, Goldsworthy 2006).

Ein zentrales Prinzip im anglo-sächsischen Rechtsraum ist Stare Decisis, das „Befolgen der Verfassung (...) dahingehend, dass man einer fortwährenden Tradition von maßgeblichen Interpretationen folgt“ (Murphy 2003: 407). Präzedenzfällen wird also normative Geltung zugesprochen. Auch Argumente aus dem Aufbau des Verfassungstextes kennt die amerikanische Rechtswissenschaft (Bobbitt 1982: 74). Und ein *Prudential Argument* stützt sich auf „die von den die Entscheidung umgebenden politischen und ökonomischen Gegebenheiten“ (Bobbitt 1982: 61), will also mit der aktuellen politischen und gesellschaftlichen Situation argumentieren. Dieses Modell sieht sich jedoch nicht nur unter Politikwissenschaftlern immer größerer Kritik ausgesetzt. So bemerkt der Jurist Schlink, dass er heute bei der Einschätzung über den Ausgang eines Falles eher auf sein Wissen über die Richterpersönlichkeiten zurückgreift als auf juristische Dogmatik (Schlink 2007: 157).

3. Das Attitudinal Model

Einen Gegenentwurf hierzu formuliert das Attitudinal Model. Danach sind es ideologische Präferenzen, die bestimmen, wie ein Richter seine Entscheidung trifft (Schubert 1965, Segal/Cover 1989, Segal 1995, Segal/Spaeth 2007, Martin/Quinn 2002). Segal und Cover weiterentwickelt durch Segal und Spaeth quantifizierten die ideologischen Präferenzen der Richter anhand von Leitartikeln über die einzelnen Persönlichkeiten. Jeder Absatz wurde daraufhin untersucht, ob er konservative, linke oder moderate (oder keine) Aussagen enthält. Die Einstellung der Richter wurde dann anhand einer von Segal und Cover entwickelten Gleichung ermittelt:

Ideologische Präferenz (IP) = (Anzahl der linken Absätze – Anzahl der konservativen Absätze) / (Anzahl der linken Absätze + Anzahl der moderaten Absätze + Anzahl der konservativen Absätze) (Segal/Cover 1989: 557).

So entstand für jeden Richter ein Wert auf einer Skala von -1 (gänzlich konservativ) über 0 (moderat) bis hin zu +1 (ganz links). Ein Vergleich dieser Werte mit dem Abstimmungsverhalten der Richter sollte dann Aufschluss darüber geben, ob ideologische Präferenzen eine Rolle spielen.

Wie kann man eine solche Präferenzmessung nun auf die Gegebenheiten in Deutschland übertragen? Segal und Cover verwandten Leitartikel aus führenden Zeitungen *über* die jeweilige Person. Da solche Artikel in Deutschland nicht üblich sind, bedarf es einer adäquaten Alternative: Publikationen der Richter selbst (hier: geschrieben vor dem 28. Mai 1993, dem Tag des Urteils), bieten die Möglichkeit, die Einstellung der Richter zu analysieren. In ihnen kommt die eigene Meinung in noch größerem Maße zum Ausdruck, als dies in den Leitartikeln bei Segal und Cover der Fall ist. Ein Katalog mit Ansichten, die als links oder rechts gewertet werden, entstand durch eine Befragung von zehn Bundesbürgern; nur Übereinstimmungen wurden aufgenommen.

Um die beiden Modelle in ihrer praktischen Anwendung zu untersuchen, werden im Folgenden die Fälle kurz umrissen, gefolgt von der Analyse.

4. Die Fälle

4.1. Schwangerschaftsabbruch II (BVerfGE 88, 203)

Nach der Wiedervereinigung bestanden zwei Regelungen bezüglich des Schwangerschaftsabbruchs, die 1992 durch ein neues gesamtdeutsches Gesetz abgelöst werden sollten. Danach sollte ein Abbruch innerhalb der ersten zwölf Wochen und nach Beratung gerechtfertigt sein.

Das Bundesverfassungsgericht mußte zum einen die Frage beantworten, ob das Grundgesetz die Rechtmäßigkeit eines Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten zwölf Wochen nach Beratung und dreitägiger Warteperiode deckt. Die zweite Frage beschäftigte sich damit, ob Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung für Abbrüche in Anspruch genommen werden dürften.

Im Ergebnis verwarfen die Richter das neue Gesetz dahingehend, dass die Regelungen, die eine Abtreibung nach Beratung rechtfertigten, nicht mit dem Grundgesetz vereinbar seien, da für die Frau grundsätzlich eine Rechtspflicht zum Austragen des Kindes bestehe (BVerfGE 88, 203, 253). Jedoch gebiete es die Achtung vor der werdenden Mutter und ihrer Situation, nicht generell Strafe in Aussicht zu stellen (BVerfGE 88, 203, 267). Daraus folge, dass der Abbruch zwar rechtswidrig sei, aber straffrei bleiben müsse. Auch bestünden Ausnahmefälle – besondere Indikationen, - in denen ein Abbruch gerechtfertigt sei.

Bei der Frage der Krankenkassenleistungen kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass ein rechtswidriger wenn auch straffreier Abbruch nicht von Krankenkassen finanziert werden dürfe, wohl aber ein rechtmäßiger (BVerfGE 88, 203, 312).

4.2. Casey

Im Fall *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* hatte der U.S. Supreme Court über diverse Regelungen des Staates Pennsylvania bezüglich Schwangerschaftsabbruchs zu entscheiden. Darunter Regelungen, die eine Beratung und eine anschließende 24-Stunden Wartezeit bis zum Abbruch vorsahen. Desweiteren eine Pflicht für verheiratete Frauen, ihren Mann über ihr Vorhaben zu informieren, sowie das Erfordernis elterlicher Zustimmung bei Minderjährigen.

In erster Linie hob das Gericht darauf ab, dass die zentralen Ergebnisse des Falles *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)) beibehalten würden. Folglich bestätigte das Gericht ein grundsätzliches Recht auf Schwangerschaftsabbruch. Die Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch sei zu persönlich, als dass der Staat darin eingreifen könne. Alles andere verletze die Freiheitsrechte der Frau. Allerdings habe der Staat unter gewissen Umständen ein Schutzinteresse bezüglich des ungeborenen Lebens, das einen Eingriff in die Freiheit der Frau rechtfertige. Im Folgenden wurde als entscheidender Zeitpunkt für diese Einschränkung der Zeitpunkt der Lebensfähigkeit des Kindes definiert.

Zwar *Roe* zitierend, verwarf die Mehrheit der Richter jedoch die in dieser Entscheidung entwickelte und entscheidungsbestimmende Trimester-Struktur als Prüfungsmaßstab. Danach richtete sich die Erlaubnis zum Abbruch strikt nach dem Zeitpunkt der Schwangerschaft, wobei mit fortschreitender Zeit die Einschränkungen jeweils größer werden durften. Dieses Prinzip wies das Gericht in *Casey* als unausgeglichen zurück. Es sei zu streng, und die Interessen der Frau seien falsch beurteilt worden. Zudem sei das Ausmaß des staatlichen Schutzinteresses über Gebühr ausgedehnt.

Die Trimester-Struktur aus *Roe* wurde durch einen neuen Prüfungsmaßstab, den „Undue Burden Test“ ersetzt. Danach sei die Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung daran zu messen, ob sie der Schwangeren eine übermäßige Last hinsichtlich ihrer Entscheidung über den Abbruch auferlege. Dem neuen Maßgaben folgend befand das Gericht, dass die elterliche Zustimmung zum Abbruch, wie auch die Beratung mit anschließender Wartezeit keine übermäßige Belastung darstellen würden. Die Benachrichtigung des Ehemanns wurde allerdings als eine unzumutbare Last gesehen und daher als verfassungswidrig eingestuft.

5. Analyse

5.1. Analyse des Legal Models

Untersucht man die Fälle *Schwangerschaftsabbruch II* und *Casey* anhand des Legal Models, führt dies zu erstaunlichen Ergebnissen. Trotz ähnlicher Problemstellung und ähnlichen Interpretationsmethoden kommen die Gerichte zu vollkommen unterschiedlichen Grundkonzeptionen. Während das Bundesverfassungsgericht ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt konstruiert – ein Verbot zur Abtreibung, das unter bestimmten Umständen gelockert ist – kommt der U.S. Supreme Court zu dem Ergebnis, dass die persönliche Freiheit der Frau es gebietet, einen Abbruch generell zu erlauben, ihn aber unter gewissen Umständen einzuschränken. Dies ist vor allem Resultat völlig unterschiedlicher Bewertungen der Sachverhalte. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Merkmal „Leben“ im Mittelpunkt der Entscheidung, der U.S. Supreme Court hingegen stellt „Liberty“, die persönliche Freiheit der Frau, ins Zentrum seiner Beurteilung.

Zudem ist hervorzuheben, dass beide Gerichte fundamental gegen Methoden verstossen, denen sie sonst größte Beachtung schenken. Dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht einen Abbruch im Grundsatz für rechtswidrig befindet, aber für straffrei erklärt, durchbricht es einen zentralen Punkt des Strafrechts, das Rechtswidrigkeitsdogma, und missachtet so das Gebot der Einheit der Rechtsordnung.

Im Falle des U.S. Supreme Court verhält es sich so, dass die Mehrheit betont, dem Präzedenzfall *Roe v. Wade* zu folgen. Tatsächlich aber ersetzen sie den Kern der Entscheidung, das Trimester-Framework, gegen den Undue-Burden Test. Inwieweit hierbei noch von Stare Decisis gesprochen werden kann, ist äußerst fraglich.

Hierin zeigt sich die Schwäche des Legal Models deutlich. Ähnliche Interpretationsmethoden führen nicht zu ähnlichen Ergebnissen. Die Gewichtung einzelner Merkmale obliegt den Richtern, und selbst wo sie sich einer Methode zu bedienen scheinen, bedeutet das nicht, dass sie ihr tatsächlich folgen.

Dies gibt Anlass zu der Frage, ob ideologische Präferenzen der Richter genauere Erklärungen für das Entscheidungsverhalten bieten.

5.2. Analyse des Attitudinal Models

5.2.1. Deutschland

Um den attitudinalistischen Ansatz untersuchen zu können, muss zunächst das Abstimmungsverhalten der Richter zusammengefasst werden. Aus den abweichenden

Meinungen ist ersichtlich, dass die Richter Mahrenholz und Sommer sich für eine Fristenlösung und damit für die grundsätzliche Rechtmäßigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs innerhalb der ersten zwölf Wochen aussprachen, also liberal abstimmten. Böckenförde, Klein, Graßhof, Kruis, Kirchhof und Winter hingegen lehnten die Rechtmäßigkeit eines nur beratenen Abbruchs ab. In der Frage der Versicherungsleistungen stimmte Böckenförde, anders als zuvor, mit seinen Kollegen Mahrenholz und Sommer für eine Übernahme der Kosten. Die übrigen Senatsmitglieder befanden eine finanzielle Unterstützung von – wie zuvor entschieden – rechtswidrigen Abbrüchen für verfassungswidrig.

Bilden die für die Senatsmitglieder gemessenen ideologischen Präferenzen dieses Stimmverhalten ab? Anhand der oben beschriebenen Methode lassen sich die in Tabelle 1 aufgelisteten Werte messen.

Tabelle 1: *Ideologie und Stimmabgabe in BVerfGE 88, 203*

Richter	Ideologiewert	Stimme im BVerfGE 88, 203
Mahrenholz	0.52	links
Böckenförde	-0.21	rechts/links
Klein	-0.93	rechts
Graßhof	-0.31	rechts
Kruis	-0.82	rechts
Kirchhof	-0.21	rechts
Winter	-1.00	rechts
Sommer	0.75	links

Die Schlussfolgerung: Richter mit linker ideologischer Präferenz stimmen links ab, Richter mit konservativer Präferenz konservativ. Die Mitglieder des Senates, die sich ideologisch eher in der Mitte befinden wie Graßhof und Kirchhof, verhalten sich in der Abstimmung gemäß ihrer leicht konservativen Tendenz.

Auch Böckenfördes Abstimmungsverhalten überrascht, verglichen mit dem für ihn gemessenen Wert, nicht. Als ideologisch in der Mitte, aber leicht ins Konservative neigend, gibt er in der ideologisch zentralen Frage der Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs eine konservative Stimme ab. Bei dem Problem der Krankenkassenleistungen hingegen ist er im liberalen Lager zu finden.

Zusammenfassend lässt sich also konstatieren, dass diejenigen an den Rändern des Spektrums erwartungsgemäß entsprechend ihrer eindeutigen ideologischen Präferenz

abgestimmt haben. Die Richter, die im Zentrum liegen und deren Abstimmungsverhalten daher weniger klar vorhersehbar ist, haben trotzdem so abgestimmt, wie die gemessenen Tendenzen es vermuten ließen. Somit kann man eine Parallelität zwischen ideologischen Präferenzen der Richter und ihrem Abstimmungsverhalten nachweisen. Damit wird deutlich, dass eine Vorhersage anhand der ermittelten Werte hier recht präzise ist.

5.2.2. USA

Wie aber verhält es sich auf amerikanischer Seite? Tabelle 2 gibt einen Überblick über die Segal/Spaeth Werte der Richter und ihr Abstimmungsverhalten in Casey.

Tabelle 2: Ideologie und Stimmabgabe in Casey

Richter	Ideologiewert	Stimme in Casey
Rehnquist	-0.91	konservativ
White	0.00	konservativ
Blackmun	-0.77	liberal
Stevens	-0.50	liberal
O'Connor	-0.17	liberal
Scalia	-1.00	konservativ
Kennedy	-0.27	liberal
Souter	-0.34	liberal
Thomas	-0.68	konservativ

Hier lässt sich ebenfalls ein klares Muster erkennen, wenn auch weniger eindeutig als im deutschen Fall. Die in *Casey* infrage stehenden Regelungen waren sehr restriktiv. Das bedeutet, dass der Fall als solcher schon im konservativen Teil des Spektrums zu verorten ist. Alle Richter, die also „liberaler“ sind als der Fall, sollten somit gegen die Regelungen stimmen. Stevens, Souter, Kennedy und O'Connor liegen in der rechten Hälfte des konservativen Teils und stimmen daher wie erwartet für die Aufhebung der Paragraphen. Die konservativen Extreme (bis auf Blackmun), also Rehnquist, Scalia und Thomas, stimmen ebenfalls den Erwartungen entsprechend ab. Byron Whites und Harry Blackmuns Werte jedoch weichen extrem von ihrem Abstimmungsverhalten ab. Im Falle Blackmuns ist dies Ausfluss der zurecht kritisierten Tatsache, dass die Werte über die Zeit konstant sind und möglichen Veränderungen somit nicht Rechnung tragen können, wodurch die Gefahr systematischer Fehler besteht (Martin/Quinn 2007: 381). Harry Blackmuns Einstellung veränderte sich in seiner Zeit am Supreme Court (Greenhouse 2006), weshalb es wenig überrascht, dass er gegen Ende seiner Amtszeit an einem liberalen

Urteil wie diesem mitwirkte. Somit lässt sich lediglich Byrons Verhalten nicht auf den ersten Blick erklären.

5. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ähnliche rechtliche Probleme und gesellschaftliche Fragen in den USA anders gelöst werden als in Deutschland, obwohl sich die Interpretationsmethoden gleichen. Darin zeigt sich deutlich die Schwäche des Legal Models: Wo das Bundesverfassungsgericht zu einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt kommt, sieht der U.S. Supreme Court eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, und zentrale Aspekte juristischer Interpretation werden missachtet. Betrachtet man die Ergebnisse bezüglich des Attitudinal Models in beiden Fällen, so sieht man, dass es sehr viel präzisere Einsichten gibt. Insofern zeigt sich, dass über diese Fallstudie hinausgehende Untersuchungen auf der Basis des Attitudinal Models dazu beitragen können, das Entscheidungsverhalten von Richtern zu erklären und so mehr Licht in das die Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts umgebende Dunkel zu bringen.

Literaturverzeichnis

Bobbitt, Philip, 1982: Constitutional Fate. New York.

Fallon, Richard H., 1987: A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation, in: Harvard Law Review 100, 1189-1286.

Goldsworthy, Jeffrey, 2006: Interpreting Constitutions. New York.

Greenhouse, Linda, 2006: Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court Journey. New York.

Hesse, Konrad, 1999: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg.

Martin, Andrew D./Quinn, Kevin M., 2007: Assessing Preference Change on the US Supreme Court, in: Journal of Law Economics and Organization 23, 265-385.

Martin, Andrew D./Quinn, Kevin M., 2002: Dynamic Ideal Point Estimation via Markov Chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court, 1953-1999, in: Political Analysis 10, 134-153.

Murphy, Walter F./Fleming, James E./Baber, Sotrios A./Macedo, Stephen, 2003: American Constitutional Interpretation. Mineola, NY.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, 2001: Staatsrecht 2. Grundrechte. Heidelberg.

von Savigny, Friedrich C., 1951: Juristische Methodenlehre: Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm. Stuttgart.

Schlink, Bernhard, 2007: Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel, in: JZ 62, 157-162.

Schubert, Glendon, 1965: The Judicial Mind. Evanston.

Segal, Jeffrey A./Cover, Albert D., 1989: Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices, in: The American Political Science Review 83, 557-565.

Segal, Jeffrey A./Epstein, Lee/Cameron, Charles M./Spaeth, Harold J., 1995: Ideological Values and the Votes of US Supreme Court Justices Revisited, in: The Journal of Politics 57, 812.

Segal, Jeffrey A./Spaeth, Harold J., 2007: The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited. Cambridge u.a.

Zippelius, Reinhard, 2003: Juristische Methodenlehre. München.