

Internalisierung fachfremden Wissens durch die Rechtsprechung – Greift das BVerfG explizit auf das Fachwissen anderer Disziplinen zurück und legt damit dessen Operationalisierung offen?

*Ein Projekt von Colin Frey, Daniel Huerlimann und Jakob Knapp im Rahmen des Seminars „Legal Data Science“ an der Universität Wien unter der Leitung von Paul Eberstaller (2-3 Juni 2022)**

A. Forschungsfrage:

In welchem Umfang greift das Bundesverfassungsgericht explizit auf systemfremdes (d.h. nicht juristisches) Wissen durch Zitierung system- bzw. fachfremder Quellen zurück?

B. Hintergrund und Einordnung:

Man soll zwar nicht vom „Sein“ auf das „Sollen“ schließen, dennoch bedarf es einer realitätsgerechten Anwendung des Rechts. Andernfalls wird es auf kurz oder lang seinen normativen Geltungsanspruch nicht behaupten können.¹ Zuletzt hatte auch das Bundesverfassungsgericht wiederholt die Wichtigkeit evidenzbasierter Sachverhaltsaufklärung betont.² (Empirische) Erkenntnisse anderer Fachwissenschaften müssen in diesem Zusammenhang in juristisch relevante bzw. unmittelbar verwertbare Informationen transformiert werden.³ In vielen Fällen geschieht dies schon früh, bspw. vor Erlass einer Einzelmaßnahme oder eines Gesetzes⁴ oder aber auch durch wissenschaftliche Arbeiten interdisziplinär forschender Rechtswissenschaftler, und damit bevor „ein Fall vor Gericht landet“.

* Wir danken Philipp Wörle und Jonas Kobler für die tatkräftige Unterstützung beim Umgang mit der Programmiersprache Python.

¹ So für das Verfassungsrecht Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, S. 16 ff.; zur Empirieprägung des Verfassungsrechts insgesamt Harbarth, JZ 4/2022, 157.

² BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 211 ff., ausführliche Aufarbeitung des Standes der Wissenschaft ab Rn. 16 ff. – Klimabeschluss; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 167 ff, insb. Rn. 177 ff. – Bundesnotbremse.

³ Am Beispiel von Corona-Maßnahmen beschreibt dies Merenyi, NVwZ 2021, 1238. In der Literatur wurde daher die interdisziplinäre Öffnung und der gesteigerte Empiriebezug als wesentliche Änderungen in der Methodik insbesondere der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaften vorhergesagt, für das Unternehmensrecht bspw. Eidenmüller, JZ 10/2007, 487, 491 f.; umfassend, aber ebenfalls mit konkreten Bezügen zum Gesellschaftsrecht Hamann, Evidenzbasierte Jurispundenz, 2014, S. 319 These 7; ferner Petersen, Der Staat 49 (2010), 435.

⁴ Dass das Wissen anderer Fachwissenschaften abschließend in einem Gesetz aufgenommen wird, trifft wohl regelmäßig nur auf Fälle zu, in denen bspw. klare Grenzwerte vorgegeben werden. Im Übrigen wird dem Rechtsanwender ein Teil der Transferleistung überlassen.

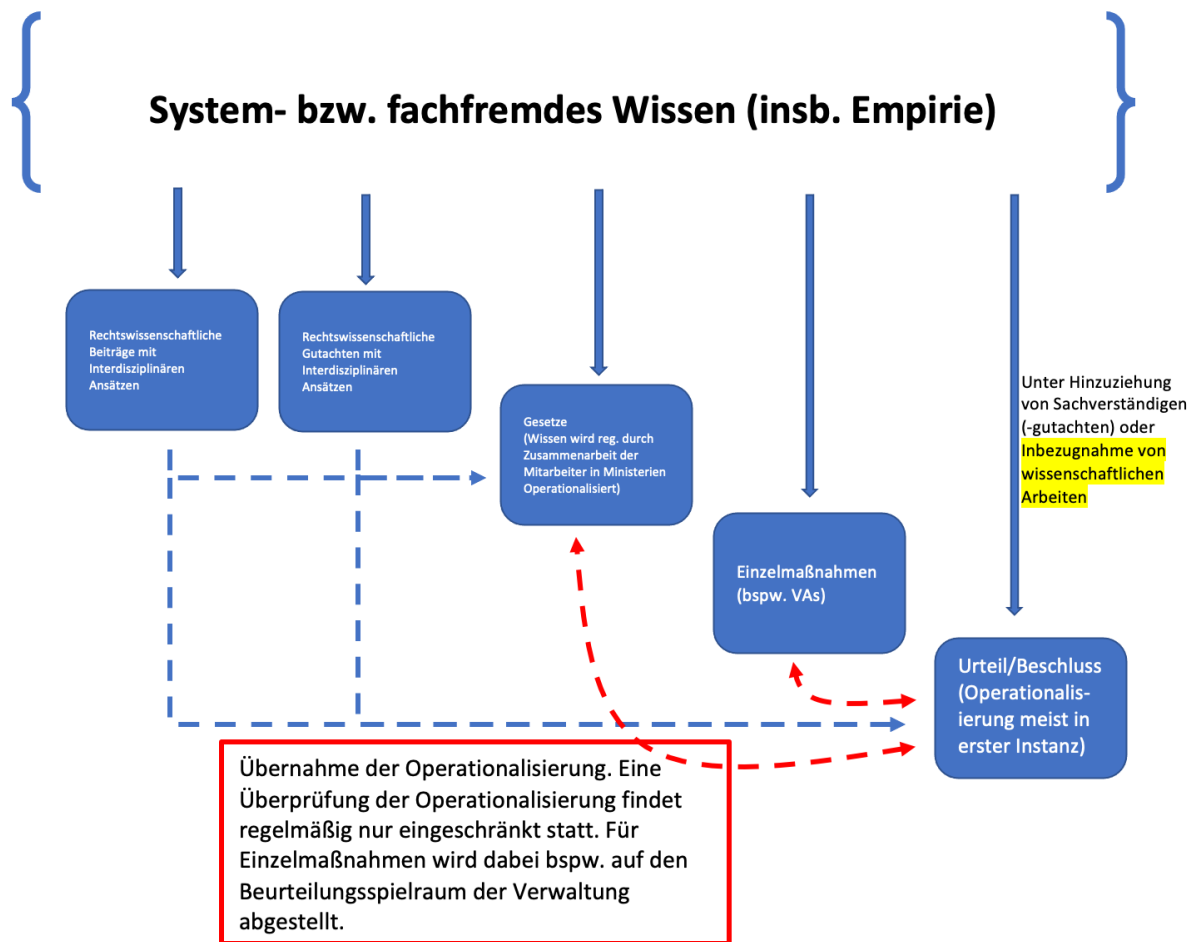


Abb. 1: denkbare Stufen der Operationalisierung fachfremden Wissens (eigene Darstellung)

Spätestens vor Gericht ist fachfremdes Wissen aber in rechtsdogmatische Figuren zu übersetzen und damit für die Rechtsanwendung zu operationalisieren. Zwar arbeitet die judikative Gewalt grundsätzlich am Einzelfall. Aber auch dort ist empirisches Wissen anderer Fachwissenschaften gefragt. Und zwar immer dann, wenn zur Maßstabsbildung eine über den zu subsumierenden Einzelfall hinausgreifende generalisierende oder typisierende „Tatsachenfeststellung“ erforderlich wird,⁵ bspw. im Rahmen der Feststellung von Kausalität. Oder allgemeiner: Immer, wenn nach Wahrscheinlichkeiten gefragt wird. In besonderem Maß gilt dies aber für Fälle, in denen Rechtssätze kontrolliert werden (Rechtssatzverfassungsbeschwerde/abstrakte sowie konkrete Normenkontrolle). Die streitgegenständlichen Rechtssätze nehmen schließlich abstrakt-generelle Sachverhalte in Bezug. Zumindest für formelle Gesetze kommt dem BVerfG das Kontrollmonopol zu, weshalb vorliegend dessen Rechtsprechung untersucht werden soll. Und zwar im Hinblick darauf, inwieweit das BVerfG die Operationalisierung fachfremden Wissens offenlegt und damit wohl auch den Prozess der Operationalisierung selbst. Dies kann entweder im Wege der Zitierung anderer fachwissenschaftlicher Quellen oder der expliziten Inbezugnahme von

⁵ Zum Verhältnis von singularen und generellen Tatsachenurteilen Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 8 f. mwN.

Sachverständigen und dessen Gutachten geschehen.⁶ Wir konzentrieren uns vorliegend ausschließlich auf die Zitierpraxis des BVerfG über den Zeitraum von 1998 bis heute (02.06.2022).

Die Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts ist zwar schon häufiger Gegenstand von Untersuchungen gewesen. Diese betrafen aber vorwiegend Fragen der Selbstzitierung, der Zitierung anderer oberster bzw. Verfassungsgerichte (anderer Jurisdiktionen) sowie die Zitierung von rechtswissenschaftlicher Literatur.⁷ Der hier untersuchten Frage wurde sich unseres Wissens noch nicht (vertieft) gewidmet (nach eher oberflächlicher Recherche).

C. Vorgehen:

In einem ersten Schritt haben wir einen Korpus an Entscheidungen des BVerfG angelegt (Datenbank 1). Dazu haben wir die Entscheidungen mittels eines Webscrapers von der Website⁸ des BVerfG heruntergeladen und anschließend in txt-Dateien umgewandelt. Dabei haben wir den Zeitraum von 1998 bis heute (02.06.2022) gewählt, schließlich sind Entscheidungen nur für diesen Zeitraum auf der Website vollständig verfügbar.⁹

In einem zweiten Schritt haben wir den Algorithmus zur Identifikation solcher Zitierungen (vermutlich) fachfremden Inhalts geschrieben. Dazu haben wir die Programmiersprache *Python* verwendet. Wir haben nach möglichen Identifikatoren gesucht; für juristische Aufsätze haben wir bspw. auf dessen Abkürzungen zurückgegriffen, welche wir der Karlsruher Juristischen Bibliographie (KJB)¹⁰ entnommen haben. Den Algorithmus haben wir letztlich anhand des Klimabeschluss¹¹ des BVerfG entwickelt. Besser wäre es natürlich gewesen, hätten uns interne Zitierrichtlinien des BVerfG vorgelegen oder die Entwicklung anhand einer größeren Stichprobe von Entscheidungen (auch anderer Verfahrensarten). Zitierrichtlinien sind aber leider nicht veröffentlicht.¹² Auf eine Anfrage unsererseits hat man leider nicht reagiert. Der Rückgriff auf eine größere Stichprobe hätte indes den Zeitrahmen gesprängt. Das größte Problem, auf das wir gestoßen sind und welches wir leider auch nicht zu lösen vermochten, war, dass wir keinen vernünftigen Identifikator für juristische Monographien und Sammelbände ausmachen konnten, weshalb davon auszugehen ist, dass solche in vielen Fällen nicht erkannt wurden.¹³ Sinnvolle Alternativen ließen sich kaum finden.¹⁴

⁶ Im Gegensatz dazu kann eine implizite Operationalisierung bspw. durch internes Fachwissen vorgenommen werden. Ein solches findet sich regelmäßig an Fachgerichten. Vgl. zu dieser Form der Operationalisierung am Beispiel des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts Binder, Technisches Fachwissen am Bundesverwaltungsgericht, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2015/4.

⁷ Für einen Überblick vgl. Nußberger, JZ 15&16/2016, 763.

⁸ Abrufbar unter:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language=de.

⁹ Erst im Nachhinein sind wir darauf aufmerksam geworden, dass sich bereits andere vor uns diese Mühe gemacht haben und die Daten auch veröffentlicht haben. Die Sammlungen sind regelmäßig umfangreicher, schließlich enthalten sie auch die Entscheidungen für den Zeitraum vor 1998. Zu nennen ist bspw. der Korpus von Möllers/Shadrova/Wendel abrufbar unter: <https://zenodo.org/record/4551408#.YqSMgi-21QI>, welcher alle Entscheidungen von 1951 – 2019 enthält.

¹⁰ Abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/zeitschriften/kjb/zs-abkuerzungen---nach-kuerzel>.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18 – Klimabeschluss.

¹² Anders aber das BVerwG, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/rechtsprechung/urteile-beschluesse/zitierungen>.

¹³ Auf ähnliche Probleme wies bereits Hamann hin, vgl. RW 4/2014, 501, 532.

¹⁴ Wir haben iE nur den Substring „Recht“ bzw. „recht“ für eine erste grobe Klassifizierung verwendet.

Mithilfe dieses Algorithmus haben wir aus der Datenbank 1 drei weitere Datenbanken gewonnen. Jede enthält pro Entscheidung eine csv-Datei, welche alle ermittelten (Sub-)Strings auflistet. Datenbank 2 enthält csv-Dateien, welche alle in Klammern enthaltenen Substrings enthält, jeweils nochmal gesplittet, soweit der Klammereinschluss ein oder mehrere Semikolons enthielt. Datenbank 3 enthält csv-Dateien, welche alle Strings enthalten, die nach unserer Erwartung überhaupt ein Zitat darstellen können. Datenbank 4 enthält schließlich csv-Dateien, welche alle Strings enthalten, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein fachfremdes Zitat darstellen. Daneben hat der Algorithmus eine Tabelle angelegt, welche jeder Entscheidung die Anzahl der Treffer in den jeweiligen csv-Dateien in den Datenbanken 2 – 4 zuordnet.

Auf Grundlage dieser Tabelle haben wir mithilfe von *pandas*¹⁵ das Verhältnis vermeintlich fachfremder Zitate zu den Zitaten insgesamt bestimmt und visualisiert und zwar sowohl nach Jahr als auch nach Verfahrensart.

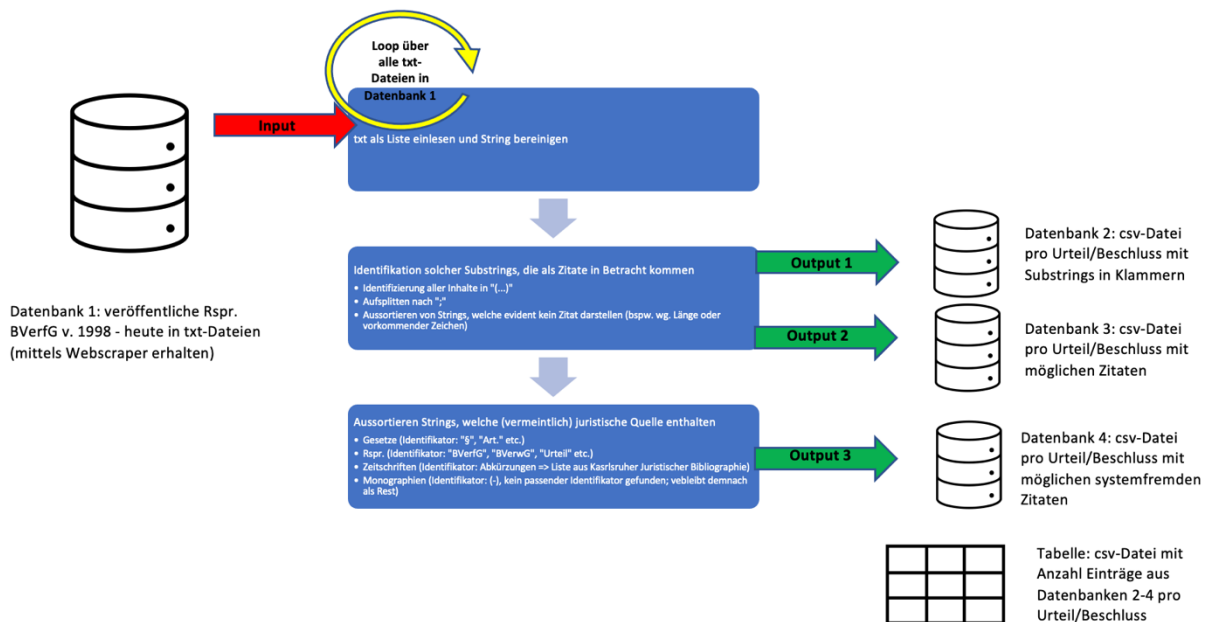


Abb. 2 Funktionsweise des Algorithmus

D. Ergebnisse:

¹⁵ <https://pandas.pydata.org/docs/index.html>.

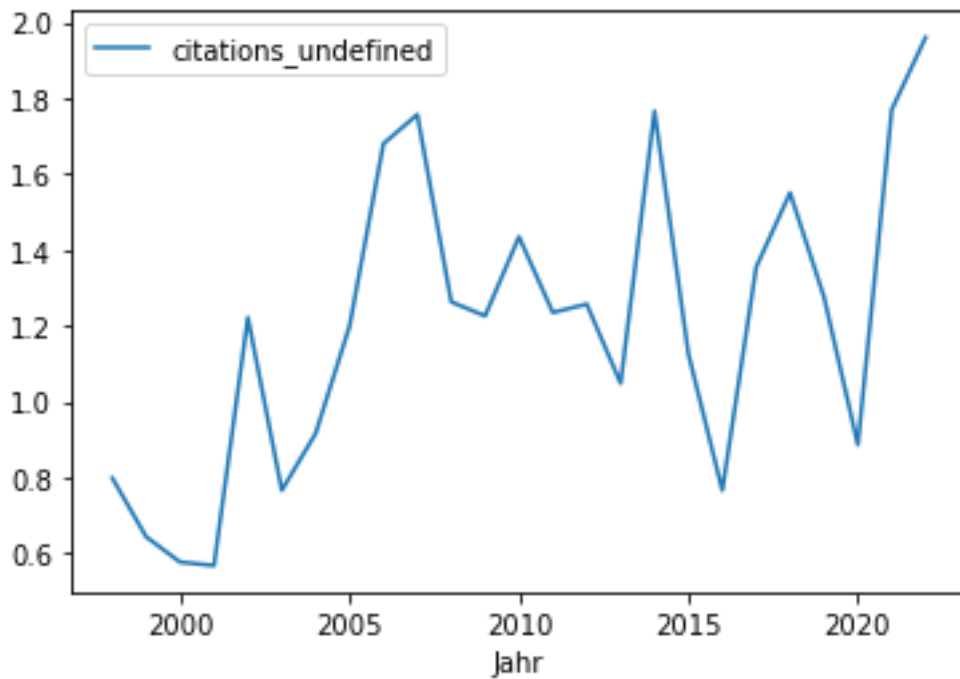


Abb. 3: Arithmetisches Mittel (Mittelwert) vermeintlich fachfremder Zitierungen über alle Entscheidungen eines Jahres

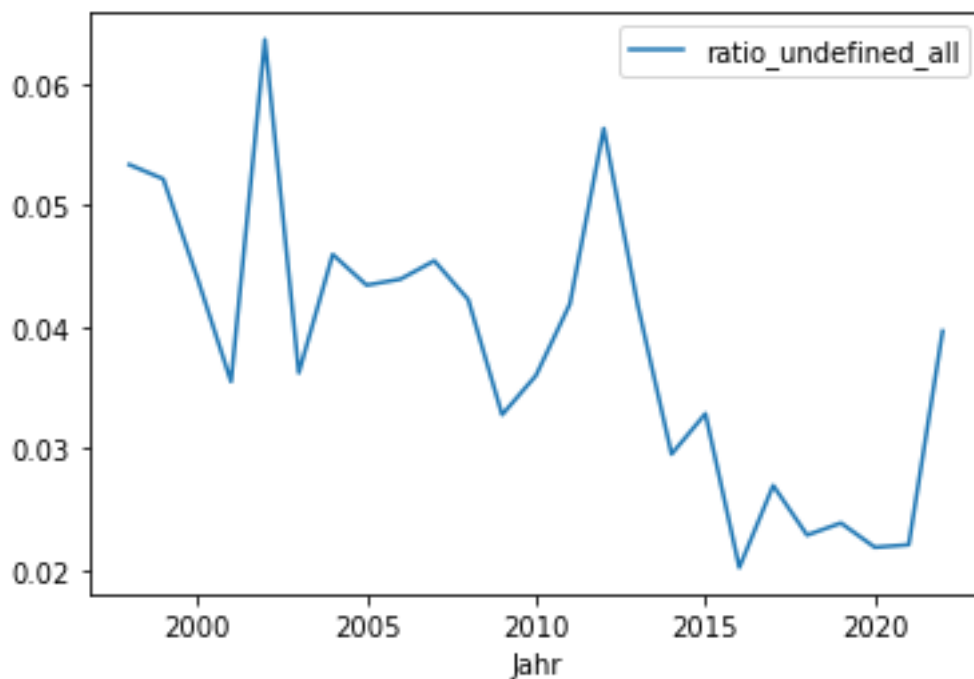


Abb. 4: Verhältnis des arithmetischen Mittels aus Abb. 3 gegenüber dem arithmetischen Mittel der Zitate insgesamt über alle Entscheidungen eines Jahres

Während der Mittelwert vermeintlich fachfremder Zitierungen (in den Abbildungen als „undefined“ bezeichnet, weil innerhalb des „Rests“ letztendlich unklassifizierte Strings verbleiben) über den Beobachtungszeitraum trotz heftiger Schwankungen einen Wachstumstrend erkennen lässt, geht der relative Anteil solcher Zitierungen an den Zitaten insgesamt tendenziell zurück. Ob das letzte Jahr eine Trendwende einleitet oder es sich lediglich um einen Ausreißer (Coronapandemie etc.) handelt, ist unklar.

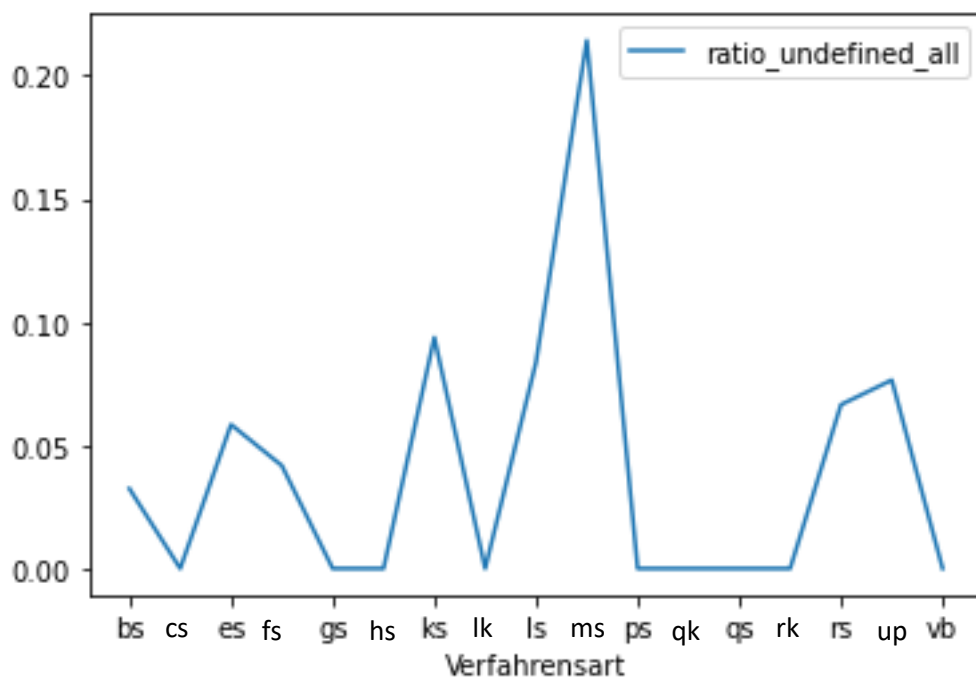


Abb. 5: arithmetisches Mittel vermeintlich fachfremder Zitierungen über alle Entscheidungen einer Verfahrensart

Abkürzung	Verfahrensart
bs	Feststellung der Verfassungswidrigkeit bei Parteien
cs	Wahlprüfungsbeschwerde
es	Organstreitverfahren
fs	Abstrakte Normenkontrolle
gs	Bund-Länder-Streitigkeiten
hs	Andere Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern
ks	Landesverfassungsstreitigkeiten
lk	Konkrete Normenkontrolle
ls	Überprüfung von Völkerrecht als Bundesrecht
ms	Auslegung des Grundgesetzes nach landesverfassungsgerichtlicher Vorlage
ps	Anderweitig zugewiesene Verfahren durch Bundesgesetz
qk	Einstweilige Anordnung
rk/rs	Verfassungsbeschwerde
up	Plenarentscheidung
vb	Verzögerungsbeschwerde

Tab. 1: Abkürzungsverzeichnis Verfahrensart

Der relative Anteil vermeintlich fachfremder Zitate an den Zitaten insgesamt ist wie zu erwarten eher niedrig mit im Durchschnitt knapp 6,8 % über die Verfahrensarten.¹⁶ Eine Ausnahme bildet definitiv die Auslegung des Grundgesetzes nach

¹⁶ Beachte: Dies lässt keine Schlussfolgerung auf den relativen Anteil insgesamt zu, schließlich werden einige Verfahrensarten übergewichtet, während andere Verfahrensarten untergewichtet werden.

landesverfassungsgerichtlicher Vorlage mit knapp 20,7 %. Allerdings ist die Stichprobe mit gerade einmal 4 Verfahren über den Beobachtungszeitraum auch verschwindend gering. Die wichtigste Verfahrensart, die Verfassungsbeschwerde (6829 von insgesamt 8127 Entscheidungen über den Zeitraum = 84 %), liegt mit knapp ... leicht unter bzw. über dem Durchschnitt. Dieser Wert ist auch ein Indiz dafür, dass Indiz auf tatsächlichen Durchschnitt insgesamt

E. Interpretation

Die hier gewonnenen Daten haben für sich genommen einen zu geringen Aussagegehalt, um eine Antwort auf folgende äußerst relevante Fragen geben zu können:

- (i) In welchem Umfang nehmen Gerichte an der Operationalisierungsleistung teil? Ist der Anteil zu groß oder zu klein? Dazu ist das richtige Maß vorab normativ zu bestimmen.
- (ii) In welchem Umfang wird auf vorgeschaltete Operationalisierungsleistung zurückgegriffen und damit verbunden: In welchem Umfang erfolgte eine Kontrolle (Stichwort: Beurteilungsspielraum)? Deckt sich dies mit den normativen Vorgaben der Verfassung?
- (iii) Wird die Operationalisierung, soweit sie bei Gericht erfolgt, offengelegt? Und in welchem Umfang sollte sie offengelegt werden? Wir hielten es in diesem Zusammenhang bspw. für erforderlich, die Operationalisierungsleistung transparent zu vollziehen, damit die Entscheidung mit Blick auf den fortschreitenden wissenschaftlichen Erkenntnisprozess besser eingeordnet werden kann.

Die hier gewonnenen Daten können insoweit einfach nur zur Kenntnis genommen werden. Es bedürfte weitergehender Forschung.

F. Anmerkungen

Unsererseits betraten wir mit dieser Arbeit methodisches Neuland; abgesehen von vereinzelt Berührungspunkten. Sowohl der Algorithmus ist unterkomplex als auch die statistische Auswertung mangelhaft; vlt. sogar irreführend. Die vorliegende Arbeit ist also mehr Produkt spielerischen Herantastens als ernstzunehmende wissenschaftliche Forschung. Auch der skizzierte Hintergrund der hiesigen Forschungsfrage basiert zuvörderst auf Spekulationen. Die Recherche war bestenfalls ausreichend. Dennoch glauben wir, dass es sich lohnt, der übergeordneten Frage nach der Operationalisierung fachfremden Wissens innerhalb der Rechtssetzung und -anwendung systematisch nachzugehen. Nicht zuletzt, weil sie in zwei vielbeachteten Entscheidungen des BVerfG aus der jüngeren Zeit (zumindest zwischen den Zeilen) eine herausragende Rolle gespielt hat.¹⁷ Insoweit besteht Bedarf nach empirischer bzw. datengestützter Forschung. Im gleichen Atemzug muss man sich aber auch der Beantwortung der normativen Frage danach widmen, ob, in welchem Umfang und durch welche Stellen fachfremdes Wissen operationalisiert werden soll. Dies gilt umso mehr, weil sich das Selbstverständnis der anderen Wissenschaften, insbesondere der Naturwissenschaften, verändert.¹⁸

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 211 ff., ausführliche Aufarbeitung des Standes der Wissenschaft ab Rn. 16 ff. – Klimabeschluss; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 167 ff, insb. Rn. 177 ff. – Bundesnotbremse.

¹⁸ Vgl. Merenyi, NVwZ 2021, 1238, 1254.