



Doctoral Thesis

**Judges, politics, and the law: Empirical Studies on Judge Behavior, with a Focus on the European Court of Justice**  
**Empirical Studies on Judge Behavior, with a Focus on the European Court of Justice**

**Author(s):**

Frankenreiter, Jens

**Publication Date:**

2016

**Permanent Link:**

<https://doi.org/10.3929/ethz-a-010675121> →

This page was generated automatically upon download from the [ETH Zurich Research Collection](#). For more information please consult the [Terms of use](#).

DISS. ETH NO. 23420

JUDGES, POLITICS, AND THE LAW

Empirical Studies on Judge Behavior, with a Focus on the European Court of Justice

A thesis submitted to attain the degree of  
DOCTOR OF SCIENCES of ETH Zurich

(Dr. sc. ETH Zurich)

presented by

JENS FRANKENREITER

ass. jur., OLG Köln / KG Berlin

born on 02.04.1983

citizen of Germany

accepted on the recommendation of

Stefan Bechtold  
Daniel Rubinfeld  
Heike Schweitzer

2016

## ABSTRACT

---

This dissertation comprises five empirical research papers investigating the behavior of judges in Europe and in the U.S. The legal discourse in Europe mostly considers the law to be the sole driver of judges' decisions. The U.S. legal discourse, by contrast, emphasizes the relevance of "extra-legal" factors such as the political background of judges for the outcome of disputes. This divergence raises the question whether judges in Europe in fact behave differently from their U.S. counterparts, or whether the different views on judge behavior are merely the result of differences in the legal discourse on both sides of the Atlantic. Ultimately, whether judges on both sides of the Atlantic behave differently is an empirical question. In the U.S., a broad stream of literature has documented a robust relationship between the background of judges and their decision-making. Empirical evidence on the behavior of judges in Europe, by contrast, is scarce. This is the background against which the papers in this dissertation are set.

One focal point of this dissertation is the behavior of the members of the European Court of Justice (ECJ), which is the subject of the three papers presented in Part II of this dissertation. These papers all use quantitative methods to investigate whether the political preferences of EU Member State governments are reflected in the behavior of the members of the ECJ appointed by these governments; for this, they have to overcome fundamental challenges to quantitative research imposed by the nondisclosure of individual votes and non-random case assignment at the ECJ.

Chapter 3 (*Are Advocates General Political?*) investigates differences in the voting behavior of Advocates General at the ECJ that correspond to the political preferences of Member State governments *vis-à-vis* European integration. Are Advocates General appointed by integration-friendly governments more likely to deviate from the final judgment in a pro-integration direction? In the analysis, I use a structural model which allows for inferences from comparing the opinions of the Advocates General with judgments in the same case. I find that a high value on the pro-integration scale significantly increases the probability of a disagreement in which the Advocate General takes the integration-friendly position, while it decreases the probability of a disagreement in which the positions are reverted. The opposite is true for high values for the measure for anti-integration positions.

Chapter 4 (*The Politics of Citations at the ECJ*) focuses on references to prior case law in opinions authored by different judges. It investigates whether there is a relationship between the political preferences of Member States and the probability of such a reference: do judges favor judgments authored by those other judges who were appointed by Member State governments with preferences regarding European integration similar to those of their own national government? Again, I find that the political preferences of the

Member State governments play a significant role in the behavior of the members of the ECJ.

Chapter 5 (*Informal Judicial Hierarchies*) addresses non-random case assignment directly. It posits that the flexible rules governing case assignment empower the majority to curb the influence of outlier judges, and asks whether there is evidence of such strategic behavior. I use Monte Carlo simulations to show, first, that the system of chamber assignment has in the past effectively reduced the influence of outlier judges as compared to a hypothetical system of random case assignment. Second, I provide some weak evidence of strategic behavior on the part of the majority of judges in the assignment of judges to chambers and cases.

Part III of this dissertation contains two papers which investigate the behavior of judges in other institutional settings. These papers are the product of joint work with co-authors at ETH Zurich and other institutions.

Chapter 7 (*Measuring the Effects of Legal Precedent in U.S. Federal Courts*) develops a novel method for measuring the influence of legal considerations on the decision-making of judges at the U.S. Federal District Courts. While the existence of a relationship between the political background of judges and their decision-making is supported by a large number of empirical studies, it has proven a lot more complicated to empirically show the relevance of legalistic motives in judges' decisions. Arguably, the ensuing lack of evidence is one reason why some participants in the U.S. legal discourse portrait judges as being solely motivated by political considerations. This paper exploits the fact that the background of judges predicts their decision behavior to develop an arguably superior method for identifying the effect of legal precedent, and finds a strong effect of changes in the law on the decision-making of District Court judges.

Chapter 8 (*Forum Selling in Germany*) investigates whether German patent judges, just like U.S. Federal District Court judges, engage in "forum selling." Forum selling denotes the practice of exercising their duties in a way that is meant to attract more patent litigation to their court. Different from the first three papers, the methods used are qualitative in nature. The core of the study is formed by a series of semi-structured interviews with legal practitioners (mostly judges and lawyers) who are active in patent litigation in Germany. The findings in this paper suggest that judges and court officials in some courts in Germany actively use the levers at their disposal to attract patent litigants.

Taken together, the results of these studies suggest that judges in Europe and the U.S. are not so different after all: extra-legal factors do play a role for the behavior of judges in Europe, and judges in the U.S. are – contrary to some extreme accounts of judicial decision-making – not indifferent towards the law.

## ZUSAMMENFASSUNG

---

Diese Dissertation vereinigt fünf empirische Forschungsarbeiten, die sich mit dem Verhalten von Richtern in Europa und den USA beschäftigen. In Europa wird allgemein angenommen, dass das Recht der einzige massgebliche Faktor ist, der die Entscheidung von Richtern beeinflusst. Demgegenüber wird im US-Diskurs die Bedeutung "außerrechtlicher" Faktoren wie zum Beispiel des politischen Hintergrunds der Richter betont. Dieser Unterschied wirft die Frage auf, ob Richter in Europa tatsächlich anders handeln als ihre Amtskollegen in den USA. Letztlich ist dies eine nur mittels empirischer Untersuchungen zu klärende Frage. In den USA beschäftigt sich ein nicht unerheblicher Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur mit dem Verhalten von Richtern; dort kann inzwischen als gesichert angesehen werden, dass Richter mit unterschiedlichem persönlichen und politischen Hintergrund in ihrem Entscheidungsverhalten divergieren. Dagegen sind empirische Untersuchungen des Verhaltens von Richtern in Europa rar. Vor diesem Hintergrund sind die hier vorgestellten Forschungsarbeiten angesiedelt.

Ein Schwerpunkt dieser Forschung ist das Verhalten der Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), das den Gegenstand der drei Arbeiten in Teil II dieser Dissertation darstellt. Diese Arbeiten untersuchen einen möglichen Zusammenhang zwischen politischen Präferenzen der Mitgliedstaatsregierungen der EU und dem Verhalten der von diesen Regierungen ernannten Mitglieder des EuGH. Die Nichtveröffentlichung einzelner richterlicher Voten sowie die nichtzufällige Zuteilung von Fällen stellen besondere Herausforderungen für diese Forschung dar.

Kapitel 3 (*Are Advocates General Political?*) untersucht, ob die Schlußanträge der Generalanwälte am EuGH in einer Weise voneinander abweichen, die der Einstellung der Mitgliedstaatsregierungen zur Fragen der Europäischen Integration entspricht. Weichen Generalanwälte, die von einer integrationsfreundlichen Regierung ernannt wurden, öfter vom Urteil zugunsten einer Lösung ab, die ein Mehr an Europäischer Integration befürwortet als andere? In dieser Untersuchung verwende ich ein Strukturgleichungsmodell, das es erlaubt, Rückschlüsse aus dem Vergleich der einzelnen Schlußanträge mit dem jeweiligen Urteil zu ziehen. Das Ergebnis der Arbeit deutet auf die Existenz eines solchen Zusammenhangs hin.

Kapitel 4 (*The Politics of Citations at the ECJ*) beschäftigt sich mit Verweisen auf frühere EuGH-Entscheidungen in den Urteilen verschiedener Richter am EuGH. Die Arbeit untersucht, ob die Einstellung einer Mitgliedstaatsregierung gegenüber Fragen der Europäischen Integration die Wahrscheinlichkeit eines solchen Verweises beeinflusst: bevorzugen Richter solche früheren Entscheidungen, die von Richtern geschrieben wurden, deren Mitgliedstaatsregierung ähnliche Präferenzen aufweist wie die eigene? Das Ergebnis der Arbeit ist wiederum, dass die Präferenzen der Mitgliedstaatsregierungen das Verhalten der Mitglieder des EuGH beeinflusst.

Kapitel 5 (*Informal Judicial Hierarchies*) befasst sich mit der Zuweisung von Fällen an einzelne Richter. Die Arbeit stellt die These auf, dass die dafür geltenden Regeln der Mehrheit der Richter die Möglichkeit geben, den Einfluss von Richtern mit abweichenden Präferenzen auf die abschließenden Entscheidungen zu reduzieren. Weiter fragt die Arbeit, ob es Hinweise auf ein solches strategisches Verhalten gibt. Unter Verwendung sogenannter Monte Carlo Simulationen wird aufgezeigt, dass Richter, die von Mitgliedsstaatsregierungen mit abweichenden Präferenzen ernannt wurden, in der Vergangenheit weniger Einflussmöglichkeiten hatten, als dies unter einem auf einer zufälligen Zuweisung von Fällen basierenden Regime der Fall gewesen wäre. Weiter findet die Arbeit Hinweise darauf, dass diese Reduktion der Einflussmöglichkeiten das Ergebnis strategischen Verhaltens der Mehrheit der Richter ist.

Teil III dieser Arbeit vereinigt zwei Arbeiten, die das Verhalten von Richtern in anderen institutionellen Zusammenhängen untersuchen. Diese Arbeiten sind das Ergebnis einer Zusammenarbeit mit Koautoren an der ETH Zürich und anderen Forschungseinrichtungen.

Kapitel 7 (*Measuring the Effects of Legal Precedent in U.S. Federal Courts*) untersucht den Einfluss rechtlicher Faktoren auf die Entscheidungen von Richtern an föderalen Gerichten in den USA. Während eine Vielzahl von Studien die Existenz eines Zusammenhangs zwischen dem politischen Hintergrund von Richtern und ihrem Entscheidungsverhalten aufzeigt, ist der Nachweis rechtlicher Einflussfaktoren ungleich schwieriger. Auch aufgrund dieser Beweislage sprechen manche Stimmen in den USA rechtlichen Erwägungen jedwede Relevanz für das Verhalten von Richtern ab. Diese Arbeit nutzt die Tatsache, dass der Hintergrund der Richter ihre Entscheidungen zu einem gewissen Grad mitbestimmt, zur Entwicklung einer Methode, die den Einfluss von obergerichtlichen Entscheidungen auf anhängige Verfahren vor den Bundesbezirksgerichten untersucht. Das Ergebnis dieses Tests deutet auf einen maßgeblichen Einfluss rechtlicher Faktoren hin.

Kapitel 8 (*Forum Selling in Germany*) untersucht, ob deutsche Patentrichter, gleich ihren US-amerikanischen Amtskollegen, "Forum Selling" betreiben. Darunter versteht diese Arbeit eine Handhabung von Verfahren, die darauf zielt, die Fallzahlen in einem bestimmten Rechtsgebiet zu erhöhen. Die hier verwendeten Methoden sind qualitativer Natur. Den Kern der Arbeit bildet eine Reihe semi-strukturierter Interviews mit deutschen Praktikern (hauptsächlich Richtern und Anwälten), die in Patentstreitigkeiten in Deutschland aktiv sind. Die Ergebnisse dieser Arbeit deuten darauf hin, dass Richter und andere Amtsträger an zumindest manchen Gerichten in Deutschland die ihnen zur Verfügung stehenden Stellschrauben bewusst einsetzen, um ihr Gericht für Parteien attraktiver zu machen.

Zusammengefasst deuten die Ergebnisse dieser Studien darauf hin, dass sich das Verhalten der Richter in Europa und in den USA zumindest ähnelt: Außerrechtliche Faktoren beeinflussen auch das Verhalten europäischer Richter, und Richter in den USA sind – anders als in manchen Stellungnahmen zu lesen ist – nicht unempfänglich für rechtliche Erwägungen.