

Manfred H. Wiegandt

Wie es war im Anfang, so auch jetzt und allezeit

Der Tod von Richter Antonin Scalia rückt den Supreme Court in den Mittelpunkt des US-Wahlkampfes

Jahrzehntelange konservative Vorherrschaft im Supreme Court in Gefahr?

Obwohl Demokraten und Republikaner sich die Herrschaft im Weißen Haus in den letzten Jahrzehnten paritätisch geteilt haben, war die Mehrheit im U.S. Supreme Court, dem höchsten amerikanischen Gericht, das die wichtigsten Kontroversen im Lande entscheidet und die Rechtsentwicklung in den USA wesentlich prägt, seit Ende der 70er-Jahre fest in konservativer Hand. Das liegt im Wesentlichen daran, dass die Richter des Supreme Court zwar vom jeweiligen Präsidenten benannt werden, der Präsident aber nur dann eine Chance für eine Neubenennung hat, wenn einer der auf Lebenszeit ernannten Richter freiwillig ausscheidet oder, wie nun bei Antonin Scalia der Fall, im Amt verstirbt. In den letzten Jahren konnten sich die Konservativen auf eine recht solide 5:4-Mehrheit im Gericht verlassen, die nur in einigen Entscheidungen, wie etwa der Frage gleichgeschlechtlicher Ehen¹, durch einen vorübergehenden Überläufer ins „liberale“ Lager durchbrochen wurde. Häufig war diese *Swing Vote* in der jüngeren Vergangenheit Richter Anthony Kennedy, im Falle von Obamas Gesundheitsreform² auch einmal ausnahmsweise Chief Justice John Roberts. Die Mehrheit hielt dagegen in den meisten wichtigen Fragen, deren sich das Gericht annahm, einen klar konservativen Kurs. So etwa in der mehr als fragwürdigen Entscheidung *Bush v. Gore*³, mit der der Supreme Court im Jahre 2000 George W. Bush quasi zum Wahlsieger ernannte, in der Entscheidung *Citizens United*⁴, mit der das Gericht weitgehend ungebremschte Wahlkampfkostenfinanzierung durch Unternehmen und Individuen absegnete, oder bei der Anerkennung des aus dem Zweiten Zusatzartikel der Verfassung hergeleiteten Rechts auf individuellen Waffenbesitz.⁵ Verfasser dieses letzten Urteils wie auch einer erst kürzlich ergangenen Verfügung, mit der die Umweltschutzbehörde, die Environmental Protection Agency (EPA), vorerst gehindert wird, Treibhausgase bei Kohlekraftwerken wirksam zu regulieren, war der am 13. Februar verstorbene, von Ronald Reagan im Jahre 1986 ernannte und damit am längsten amtierende Supreme Court-Richter Antonin Gregory Scalia.

1 Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2071 (2015).

2 National Federation of Independent Business v. Sebelius, 132 S.Ct. 2566 (2012).

3 Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

4 Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

5 District of Columbia v. Heller, 554, U.S. 570 (2008).

Mit seinem Ableben hat das höchste amerikanische Gericht nicht nur sein womöglich prominentestes Mitglied verloren, sondern auch den artikuliertesten Vertreter einer konservativen Rechtsdoktrin. Gleichzeitig hat dieser Tod das virtuelle Mehrheitsverhältnis zwischen Konservativen und „Liberalen“ – wir würden in Deutschland statt von Liberalen wohl eher von Sozialdemokraten oder Sozialliberalen sprechen – in ein Patt verwandelt. Das bedeutet, dass der Oberste Gerichtshof in anstehenden ideologisch umstrittenen Verfahren vorläufig keine rechtsbindenden Entscheidungen mehr treffen kann. Ein 4:4 bedeutet nämlich, dass die Entscheidung der Vorinstanz, der Appellationsgerichte, die inzwischen mehrheitlich mit von demokratischen Präsidenten berufenen Richtern besetzt sind, rechtskräftig wird. In einem Fall wurde zum konservativen Leidwesen bereits die Revision gegen Entscheidungen von Appellationsgerichten mit 4:4 zurückgewiesen, die befunden hatten, dass eine Gewerkschaft berechtigt sei, Gebühren von Nichtmitgliedern zu verlangen, wenn sie von einem Tarifabschluss mitprofitierten.⁶ Solche auf Grund fehlender Mehrheit im Gericht ergehenden Abweisungen entfalten zwar keine Präzedenzwirkung, schaffen damit aber auch keine Rechtssicherheit und haben zur Folge, dass in verschiedenen Appellationsgerichts-Bezirken unterschiedliches Recht gelten kann.

Wengleich die Mehrzahl der nun ohne Scalia zu entscheidenden Fragen damit zu Gunsten der Demokraten ausgehen könnten, zögerten die Republikaner keinen Augenblick, Präsident Obama die Legitimation abzusprechen, in seinem letzten Amtsjahr noch einen neuen Supreme Court-Richter zu ernennen. Mitch McConnell, der republikanische Mehrheitsführer im Senat, forderte Obama auf, die Benennung eines Nachfolgers für Scalia dem amerikanischen Volk, sprich dem von diesem im November zu wählenden Nachfolger im Präsidentenamt, zu überlassen. Nun ist die Ernennung aller Bundesrichter ohnehin von der Zustimmung des – im Augenblick mehrheitlich republikanischen – Senats abhängig, und Obama wird daher kaum einen den Republikanern nicht genehmen Kandidaten auf den Richtersessel befördern können. Dass ihm aber schon die demokratische Legitimation fehlen sollte, einen Kandidaten knapp elf Monate vor Antritt eines neuen Präsidenten dem Senat überhaupt zur Bestätigung zu präsentieren, ist eine verfassungsrechtlich kaum haltbare Forderung. Wie es der renommierte Harvard-Verfassungsrechtsprofessor Laurence Tribe in einem Zeitungs-Kommentar zu Scalias Tod⁷ ausdrückte, hat Obama diese demokratische Legitimation bei den letzten Präsidentschaftswahlen errungen, als er fünf Millionen mehr Stimmen als sein republikanischer Gegenkandidat erhielt. Die Republikaner wissen indes nur zu genau, was bei der Nachfolge Scalias für sie auf dem Spiel steht. Selbst ein moderater Nachfolger könnte das für sie so gewohnte politische Kräfteverhältnis im Gericht entscheidend zu ihren Ungunsten verschieben. Daher ist es besser, eine Vakanz am Gericht für möglicherweise ein gutes Jahr hinzunehmen und zu hoffen, dass der nächste Präsident aus ihren Reihen kommt, als Obama, dem nach der Verfassung die Nominierung zusteht⁸, einen irgendwie gearteten Einfluss einzuräumen.

Noch am selben Tage, an dem Scalias Tod bekannt wurde, widersetzten sich fast alle republikanischen Präsidentschaftskandidaten in einer ihrer Debatten vehement dem Gedanken, dass Obama am Ende seiner Amtszeit mit einer Nominierung Einfluss auf das

6 Friedrichs v. California Teachers Association, 578 U.S. ____ (2016).

7 Boston Globe v. 17.2.16, S. A11.

8 US-Verf. Art. II § 2 par. 2: „[H]e [the President] shall nominate, and by and with the Advice and Consent oft the Senate, shall appoint . . . Judges of the supreme Court, . . .“.

Kräfteverhältnis im Supreme Court nehmen dürfe. „Verzögern, verzögern, verzögern“, schallte Donald Trump, der gleichzeitig seinem Konkurrenten Ted Cruz vorwarf, mit dafür verantwortlich zu sein, dass Obamas Gesundheitsreform nicht an der Hürde des Supreme Court scheiterte, weil er seinerzeit für George W. Bushs Kandidaten für das Gericht, – den eigentlich durch und durch konservativen – John Roberts, gestimmt habe, der die entscheidende Stimme für die Verfassungsmäßigkeit von *Obama Care* abgab. Marco Rubio lobte auf dem Podium Antonin Scalia als einen der besten konservativen Richter, die das Land je gehabt habe, und keiner seiner Konkurrenten um die republikanische Präsidentschaftskandidatur wollte ihm da widersprechen.

Original Textualism – jedenfalls, wenn das Ergebnis stimmt

Scalia scheint im Augenblick für Konservative das Leitbild dessen zu sein, was unter einem idealen Supreme Court-Richter zu verstehen ist. Das steht jedoch in gewissem Kontrast zum jahrzehntelangen Zetern der Konservativen über die angeblich aktivistischen liberalen Richter, die sich mit ihren Entscheidungen, sei es über das Recht auf Abtreibung, *Affirmative Action* zur Förderung benachteiligter Gruppen wie Farbiger oder Frauen oder über gleichgeschlechtliche Ehen als nicht legitimer Gesetzgeber aufspielten und angeblich den wahren Willen des Volkes außer Kraft setzten. Denn Antonin Scalia repräsentierte alles andere als das von Konservativen lange Zeit als Ideal hochgehaltene Bild des dem *judicial restraint* verpflichteten Richters, der dem demokratischen Entscheidungsprozess gegenüber größten Respekt zollt. Er war vielmehr jemand, der seine juristische Doktrin konsequent und nahezu kompromisslos zum Tragen brachte, wobei es ihn auch nicht störte, wenn die meisten seiner Kollegen ihm nicht folgten. Nicht ohne Grund trägt das Buch eines seiner Biographen den Untertitel „*A Court of One*“ – „Ein Ein-Mann-Gericht“.⁹

Worin bestand aber nun diese Doktrin, die gegenwärtig offenbar so anziehend auf Konservative wirkt? Vielfach als Originalismus (*originalism*) etikettiert, nannte Scalia seine Auslegungsmethode lieber Textualismus (*textualism*). Im Klartext bedeutete sie, dass nur auf den Text der geschriebenen Verfassung abzustellen sei und dabei die Worte so zu interpretieren seien, wie sie zum Zeitpunkt der Verabschiedung bzw. der Verfassungsänderung allgemein verstanden wurden. Die Verfassung war für Scalia „tot“, versteinert in der Bedeutung, die sie hatte, als der Text formuliert und in die Verfassung aufgenommen wurde. Die Verabschiedung war der den Text legitimierende demokratische Akt.¹⁰ Viele Beobachter mutmaßen, wohl nicht zu Unrecht, dass eine Ursache für Scalias strikte textliche Auslegung, die gegen jegliche von außen einwirkende Veränderungen resistent ist, seine Erziehung in einer strengen, militärischen Jesuiten-Schule und einem katholischen College liegt. Dies brachte einen zwar unbestreitbar genialen, geistreichen und auch witzigen Denker hervor, der aber durch und durch konservativ strukturiert war und für den selbst das Zweite Vatikanische Konzil eine unerwünschte Veränderung darstellte. Wie konservative Katholiken (und andere, die sich bei ihrem Glauben in erster Linie auf eine Schrift stützen) nahezu unumstößlich an den überlieferten Texten und Dogmen festhal-

⁹ Bruce Allen Murphy, Scalia, New York 2014.

¹⁰ Seine Auslegungsmethode hat Scalia in einem Essay dargestellt. Siehe Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton 1997.

ten, so schien für Scalia dieser Text die Verfassung zu sein, der es auch dann in ihrem originären Verständnis zu folgen galt, wenn die sozialen Verhältnisse, die bei ihrer Verabschiedung herrschten, mit der Situation der heute lebenden Verfassungsbürger nicht mehr in Einklang standen.

Die wohl in den meisten Verfassungsstaaten vorherrschende Doktrin oder zumindest Praxis einer lebenden und sich dementsprechend mit den veränderten Lebensumständen fortentwickelnden Verfassung war Scalia absolut zuwider, und er machte in seinen Urteilen und besonders seinen eloquenten Minderheitenvoten auch keinerlei Hehl daraus. Bei einer solchen Sichtweise sind richterrechtlich entwickelte Grundrechte wie das Recht auf Abtreibung, auf gleichgeschlechtliche sexuelle Betätigung oder gar Eheschließung und selbst ein inzwischen in der US-Bevölkerung so verwurzelter Verfassungsgrundsatz wie die Pflicht, den Angeklagten auf seine Rechte aufmerksam machen zu müssen¹¹, von der Verfassung schlicht nicht gedeckt.

Das Oberste Gericht selbst, inklusive vieler konservativer Kollegen, stand Scalias Doktrin jahrelang nicht sehr freundlich gegenüber, aber mit Hilfe sturer Beharrlichkeit brachte er seine Kollegen dazu, die originäre Bedeutung der Worte im Verfassungstext fast genauso intensiv zu untersuchen wie er selbst. Die Entscheidung über das individuelle Recht, Waffen zu tragen, entsprang einer solchen Analyse und wurde von Scalia im Gericht durchgesetzt, obwohl das Second Amendment über zweihundert Jahre lang anders, nämlich kollektivistisch als Verbürgung einer „militia“¹² gedeutet worden war. Auch wenn Scalia mit seinem originalistischen Rigorismus bisweilen gegen Dinge stimmte, die Konservativen am Herzen lagen, etwa bei seiner strikten Auslegung verfassungsrechtlich verankerter Angeklagten-Rechte, war auf seine Stimme aus konservativer Sicht fast immer Verlass. Sein Originalismus war dabei nicht so extrem wie der seines Kollegen Clarence Thomas, der nicht selten juristische Argumentation mit reiner historischer Exegese verwechselt, wofür Scalias – nicht im Zusammenhang mit Thomas' Auffassung gefallene – Äußerung, „Ich bin Originalist, ich bin Textualist. Ich bin kein Idiot“¹³, Beleg sein mag.

Allerdings kann man Scalia trotz seiner rigoristischen Methode durchaus vorwerfen, dass er seine Doktrin bisweilen dann etwas ignorierte, wenn das Ergebnis seinen konservativen politischen Überzeugungen widersprach. Aus diesem Grunde bezeichnete ihn einer seiner Kritiker, der nachwies, dass Scalias Methode oft weder dem Text der Verfassung noch ihrer originären Bedeutung allzu viel Aufmerksamkeit schenkt, wenn es gilt, seine politischen und moralischen Vorstellungen zum Tragen zu bringen, auch als Traditionalisten, der häufig genau das praktizierte, was er anderen vorwarf, nämlich die Verfassung von Fall zu Fall fortzuentwickeln, wie dies Richter im anglo-amerikanischen Common Law-System üblicherweise im Zivilrecht tun. Dabei gehe es ihm hauptsächlich darum, traditionelle moralische Werte gegen rechtliche und kulturelle Veränderungen zu verteidigen.¹⁴

11 Sog. *Miranda*-Rechte, siehe *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

12 Der 2. Zusatzartikel der US-Verf. lautet: „A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.“

13 http://www.abajournal.com/news/article/scalia_im_not_a_nut („I am an originalist, I am a textualist. I am not a nut“).

14 Jeffrey Rosen, *Originalist Sin*, *The New Republic*, S. 26-36 (34).

Beispielsweise verstand der Kongress, der nach dem Bürgerkrieg den 14. Zusatzartikel verabschiedete und damit die rechtliche Gleichstellung der Sklaven verankerte, es als durchaus gerechtfertigt, die Stellung der früheren Sklaven zu verbessern. Damit sollte das, was man *Affirmative Action* nennt, nämlich die diskriminierende Förderung benachteiligter Bevölkerungsgruppen wie der Nachfahren ehemaliger Sklaven, ein durchaus zulässiges verfassungsrechtliches Instrument sein. Nicht so für Scalia. Dass Scalias Abneigung gegen *Affirmative Action* ausschließlich auf einer Text-Analyse der Verfassung beruht, mag in Zweifel gezogen werden. So fragte er noch im Dezember 2015 bei der mündlichen Verhandlung über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von *Affirmative Action* an der University of Texas, ob es für schwarze Studenten nicht besser sei, ein weniger anspruchsvolles College, wo sie dann besser abschneiden würden, zu besuchen als die University of Texas in Austin.¹⁵ Auch die neuere Tendenz der konservativen Supreme Court-Richter, aus dem System der Gewaltenteilung konkrete Grenzen bundesstaatlicher Kompetenz herzuleiten – so das Argument der Minderheit gegen *Obama Care* – lässt sich kaum am Text der Verfassung festmachen. Der große Sündenfall der Konservativen im Gericht und besonders auch Scalias war die Entscheidung, mit einer neuartigen, nie zuvor gefundenen Deutung des Gleichheitssatzes die weitere Nachzählung der Stimmen in Florida zu unterbinden und so George W. Bush im Jahre 2001 auf den Präsidentenstuhl zu hieven.¹⁶ Als Scalia in späteren Jahren auf diese Entscheidung angesprochen wurde, bemerkte er schlicht: „Get over it.“¹⁷ – „Findet euch damit ab“. Eine Einstellung, zu der er zum Beispiel im Hinblick auf *Roe v. Wade*¹⁸, mit der der Supreme Court das Recht auf Abtreibung etablierte, selbst nie fand.

Dass Scalias Originalismus vor allem demokratisch motiviert gewesen sei, weil er auf die Entscheidung der Verfassungsgebung bzw. -änderung abstellte und dem Richter verwehrte, außerhalb der Verfassung liegende Aspekte in die Interpretation einzubringen, mag auch bestritten werden. Bei seiner textlichen Analyse gab Scalia der Verfassungsge-
nese und dem, was die Verfassungsgeber mit der Wortwahl bezweckten, nämlich keinerlei Raum. Wäre es aber, wenn man auf den demokratischen Akt abstellt, nicht gerade notwendig zu ermitteln, was mit dem Text von den demokratisch legitimierten Organen gewollt war? Ist es außerdem wirklich demokratisch für die heute lebenden Bürger, dass sie vollständig dem Diktat einer früheren Generation unterworfen sind, besonders wenn, wie im Fall der US-Verfassung, Änderungen des Verfassungstextes nur äußerst schwer zu bewerkstelligen sind?¹⁹

15 Siehe z. B. http://www.nytimes.com/2015/12/11/us/with-remarks-in-affirmative-action-case-scalia-steps-into-mismatch-debate.html?_r=0.

16 Ausführlich dazu Wiegandt, KJ 2001, 1-13.

17 Anzuschauen auf YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=RjaB3cxH-XE>.

18 410 U.S. 113 (1973).

19 Gem. Art. V der US-Verf. bedürfen Änderungen der US-Verfassung einer 2/3-Mehrheit in beiden Häusern des Kongresses und der Zustimmung von 3/4 der Bundesstaaten (in denen dann in der Regel auch beide Parlamentshäuser mit 2/3-Mehrheit zustimmen müssen).

Scalias Nachfolge

Die Beteuerung der Republikaner, Scalia sei einer der besten Richter gewesen, darf nicht als unumschränkte Anerkennung seiner juristischen Doktrin gesehen werden, sondern vielmehr als Zustimmung für aus ihrer Sicht meist politisch und nicht notwendigerweise juristisch richtige Entscheidungen. Und weil die fünfte Stimme im Gericht so wichtig für sie ist, werden sie versuchen, Obamas Kandidaten möglichst alles, was möglich ist, in den Weg zu stellen. Ein den Präsidentschafts-Wahlkampf begleitender Verfassungskonflikt um die Nachfolge Scalias scheint unausweichlich. Fraglich war nur, welche Taktiken die Beteiligten einschlagen würden. So hätte Obama dem Senat einen liberalen Kandidaten zur Bestätigung präsentieren können, der von den Republikanern mit Sicherheit abgelehnt worden wäre. Er hätte den demokratischen Wählern damit aber gezeigt, wie wichtig die nächste Präsidentschaftswahl ist.

Er hat sich aber entschlossen, mit dem allseits respektierten Vorsitzenden Richter am wichtigsten Appellationsgericht für den D.C.(Washington)-Bezirk, Merrick Garland, einen Konsenskandidaten zu nominieren. Die Bestätigung eines wie auch immer gestrickten Obama-Kandidaten würde aber von dem hart gesottenen Teil der Republikaner niemals akzeptiert werden, und so haben der Senatsführer Mitch McConnell und der Vorsitzende des Justiz-Ausschusses im Senat, Grassley, bisher eine harte Linie ausgegeben, nach der der Kandidat keine Anhörung im Senat zu erwarten hat. Nur einige wenige republikanische Senatoren, meist nur solche, deren Wiederwahl in Frage steht, sind bereit, sich mit dem Kandidaten „aus Gründen der Höflichkeit“ überhaupt nur persönlich zu treffen. Die Demokraten sind, wie zu erwarten, dazu übergegangen, den Obstruktionsismus der Republikaner zu brandmarken, und werden ihn im eigentlichen Wahlkampf noch zur Genüge ausschlachten. Dabei hatte der neue Mehrheitsführer im Senat McConnell diesen Obstruktions-Eindruck eigentlich vermeiden wollen. Blickt man im Sinne Scalias, den alle Republikaner augenblicklich in höchsten Tönen loben, originalistisch-textualistisch auf die Verfassung, ist das Verfahren eigentlich klar vorgegeben, denn nichts im Text der Verfassung sagt, dass ein Präsident in seinem letzten Amtsjahr keine Nominierungen für das höchste Gericht mehr vornehmen darf. Im Gegenteil, die Verfassung („shall appoint“) gebietet dies geradezu. Und Anthony Kennedy, der augenblicklich oft das Zünglein an der Waage Justitias im Gericht ist, war seinerzeit auch in einem Wahljahr vom Senat bestätigt worden. Aber den Meisten, Demokraten eingeschlossen, geht es bei der Scalia-Nachfolge nicht um die Reinheit der Verfassungsdoktrin, sondern um die Macht, die von einer politisch wohlgesonnenen Mehrheit in einem Gericht ausgeht, das von einem Verfassungstheoretiker im Anklang an James Madison einmal als „das am Wenigsten gefährliche Verfassungsorgan“²⁰ bezeichnet wurde. Würde sich die Mehrheit in diesem Organ zu Lasten der Konservativen verschieben, könnte sich nicht nur die durch Scalia so beeinflusste Methodik des Gerichts ändern. Es könnte sich auch eine Wandlung des Gerichts vom Garanten des status quo oder gar quo ante hin zu einem modernen Gericht ergeben, das sich nicht in erster Linie als Bollwerk versteht, um überkommene Vorstellungen gegenüber denen einer im Fluss befindlichen Gesellschaft aufrechtzuerhalten.

20 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2. Auflage, New Haven 1986 (Erstauflage 1962).

Darüber hinaus könnte sich auch die jüngere Tendenz der Mehrheit im Supreme Court²¹ verändern, Wirtschaftsinteressen meist Vorrang, etwa vor Konsumenten und Umweltschützern, zu geben. Die Bedeutung von Scalias Nachfolge ist also enorm, und ohne einen größeren politischen Kampf wird sie nicht vonstatten gehen.

Gerechtigkeit und Vielfalt



Gerechtigkeit in der Migrationsgesellschaft

Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2015

Herausgegeben von Klaus Barwig,
RiAG Dr. Stephan Beichel-Benedetti und
Dr. Gisbert Brinkmann

2016, 280 S., brosch., 59,– €

ISBN 978-3-8487-3001-8

eISBN 978-3-8452-7384-6

(Schriften zum Migrationsrecht, Bd. 22)

www.nomos-shop.de/27146

Der Tagungsband gibt anlässlich des 30jährigen Bestehen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht einen Überblick über die aktuelle Debatte zur Migrationspolitik im europäischen Kontext. Im Mittelpunkt der Tagung 2015 standen die Themen Gerechtigkeit und Vielfalt: zwei zentrale Begriffe für eine Einwanderungsgesellschaft.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar
unter: www.nomos-elibrary.de

Portofreie Buch-Bestellungen unter
www.nomos-shop.de

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos

21 Zu der jüngeren Entwicklung in der Rechtsprechung des Supreme Court v. a. Laurence Tribe/Joshua Matz, *Uncertain Justice*, New York 2015. Zu diesem Buch auch meine Rezension, KJ 2015, 349-355.