

Hans-Jörg Sigwart

# We and the People: Selbstverständnis und politische Rolle des U.S. Supreme Court

## 1. Einleitung

Die politische Rolle des U.S. Supreme Court gehört traditionell zu den besonders kontrovers diskutierten Fragen in der amerikanischen politischen Öffentlichkeit. Das ist nicht erst seit den jüngsten Ernennungen neuer Verfassungsrichterinnen durch Präsident Barack Obama der Fall, also der Anfang August dieses Jahres vom Senat bestätigten Ernennung von Elena Kagan sowie der Ernennung von Sonia Sotomayor, der ersten US-amerikanischen Verfassungsrichterin mit lateinamerikanischer Herkunft, im Sommer vergangenen Jahres. Insbesondere Grundsatzdebatten um politische Richtungsentscheidungen und prinzipielle Auseinandersetzungen zwischen dem liberalen und dem konservativen Mainstream des politisch-kulturellen Selbstverständnisses der USA haben sich auch in der Vergangenheit immer wieder an der Ernennung von Verfassungsrichtern oder an spektakulären Entscheidungen des Supreme Court entzündet, oder sie wurden gar unmittelbar in der Form einer Diskussion um die besondere Funktion und Legitimität (bzw. Illegitimität) dieses Verfassungsorgans und seiner jeweiligen konkreten Rechtsprechungspraxis geführt.

Im Folgenden will ich vor diesem Hintergrund die besondere Rolle des US Supreme Court in der aktuellen amerikanischen Politik in den Blick nehmen und die Frage stellen, in welcher Beziehung diese aktuelle Rolle zur konstitutionellen Stellung und zum politischen Selbstverständnis des Gerichts steht. Gerät letzteres, also Stellung und Selbstverständnis des Gerichts, so könnte man etwa fragen, zunehmend in einen Widerspruch zu seiner aktuellen Rolle, weil auch der Supreme Court zusehends zum Gegenstand – und vielleicht sogar zum Beteiligten – innerhalb der kontroversen, sich offenbar weiterhin zuspitzenden Auseinandersetzungen zwischen dem demokratischen und dem republikanischen Lager in der amerikanischen Politik wird? Zeigt sich am Beispiel des obersten Bundesgerichts, dessen besondere Legitimität sich nicht unwesentlich von seinem Anspruch auf Unparteilichkeit herleitet, nur in besonders prägnanter Weise, dass die sich weiterhin verschärfende ideologische Spaltung und Radikalisierung der politischen Lager die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des amerikanischen Regierungssystems ganz grundsätzlich zu bedrohen beginnt? Oder zeichnen sich vor dem Hintergrund dieser Auseinandersetzungen vielleicht doch auch die Konturen einer möglichen konstruktiven Rolle ab, die das Gericht aufgrund seiner spezifischen verfassungsrechtlichen Funktion innerhalb dieser Kontroverse spielen könnte? Zeigt sich also gerade in dieser zugespitzten

Situation überhaupt erst die besondere Leistungsfähigkeit dieser Institution – etwa im Sinne der Einschätzung von Kurt Shell,

*»dass durch das amerikanische System geteilter und fragmentierter Gewalten das Gericht das einzige Bundesorgan ist, das sich gegenseitig blockierende Interessen durchbrechen und den Weg zu einer verfassungsrechtlich abgesicherten Weiterentwicklung freimachen kann. Das Gericht ist das einzige Organ, das die politische Diskussion auf die Ebene moralischer, in die Zukunft weisender Probleme zu heben vermag.«<sup>1</sup>*

Diese Alternative, also die Frage, ob und inwiefern die Rolle, die der Supreme Court in der aktuellen amerikanischen Politik spielt, sich in erster Linie als eine parteipolitisch-ideologisch profilierte und damit als eine im Grunde in sich widersprüchliche Rolle darstellt oder ob und inwiefern sie sich – seinem Selbstverständnis entsprechend – als eine unabhängige und genuin konstruktive Rolle begreifen lässt, will ich im Folgenden diskutieren. Dazu werde ich in einem ersten Teil die Stellung des Supreme Court im Ganzen des US-amerikanischen Verfassungsgesamts skizzieren und dabei auf seine besondere Position an der Grenze zwischen Recht und Politik und auch auf einige Aspekte der konkreten Arbeits- bzw. Funktionsweise des Gerichts eingehen. Im zweiten Teil werde ich dann die Frage stellen, welche Rolle vor diesem allgemeinen Hintergrund das Gericht innerhalb der aktuellen politischen Auseinandersetzungen spielt, welche Entwicklungstendenzen sich diesbezüglich abzeichnen und wie diese im Hinblick auf die aufgeworfene Frage beurteilt werden können. Meine These ist, dass sich insbesondere in den neueren Bemühungen einiger Supreme Court-Richter, den amerikanischen Rechts- und Politikdiskurs stärker für internationale bzw. transnationale Diskussionen und Überlegungen zu öffnen, in der Tat eine Rolle des Gerichts abzeichnet, die seiner besonderen Stellung entspricht und die zumindest der Möglichkeit nach eine konstruktive, im Sinne einer die Extreme vermittelnden und neue Perspektiven eröffnenden Funktion in der politisch-ideologisch zugespitzten, vielleicht sogar blockierten Situation übernehmen kann, in der sich die amerikanische Politik aktuell befindet.

## 2. Die Stellung des Supreme Court im amerikanischen Verfassungsgesamtbild

### 2.1 Obama v. Alito: Implikationen des »State of the Union«-Zeremoniells

Dass es sich im Supreme Court, was seine Stellung und sein Selbstverständnis betrifft, um eine sehr besondere Institution des amerikanischen Regierungssystems handelt und dass diese Sonderstellung in einer ganz grundsätzlichen Spannung zu seiner aktuellen politischen Rolle stehen könnte, lässt sich exemplarisch mit einem Blick auf Präsident Barack Obamas Rede zur Lage der Nation verdeutlichen, die er im Januar dieses Jahres vor dem Kongress gehalten hat und zu der sich traditionellerweise alle drei »branches of government« unter einem Dach versammeln. Die anwesenden obersten Bundesrichter

<sup>1</sup> Shell, Kurt L.: Der oberste Gerichtshof, in: Jäger, Wolfgang/Haas, Christoph (Hrsg.): Regierungssystem der USA, München/Wien <sup>3</sup>2007, S. 171-184; hier: S. 179.

fielen in der Fernsehübertragung der Rede nicht nur deshalb besonders ins Auge, weil sie ihre Ehrenplätze unmittelbar vor dem Rednerpult des Präsidenten eingenommen hatten, sondern auch deshalb, weil sie während der gut einstündigen Rede Obamas, die seitens des sonstigen Publikums mit lautstarken Beifalls- oder auch Unmutsbekundungen, durch *Standing Ovations* und Zwischenrufe begleitet wurde, selbst vollkommen regungslos blieben.<sup>2</sup> Es entspricht den Gepflogenheiten des politischen Zeremoniells, dass die Richter bei diesem Anlass mit keinerlei Geste ihre persönliche politische Einstellung zur konkreten Regierungspolitik des Präsidenten zu erkennen geben. Das *State-of-the-Union*-Zeremoniell platziert die obersten Verfassungsrichter also einerseits im Zentrum des Geschehens und weist ihnen andererseits zugleich die Rolle der demonstrativ Unbeteiligten zu. Der besonderen Dignität der dritten Gewalt entspricht hier unmittelbar ihre Pflicht zur richterlichen Selbstbeschränkung, zur Unparteilichkeit, die Pflicht zur Distanz von der Politik – zumindest von der aktuellen Tagespolitik.

Die interessanten Implikationen dieses politischen Zeremoniells wurden aus Anlass von Präsident Obamas Rede vor allem deshalb besonders deutlich, weil dabei sowohl der Präsident als auch der Supreme Court (bzw. einer seiner Vertreter) für einen Moment aus ihrer zeremoniellen Rolle fielen. Der Präsident tat dies insofern, als er in seiner Rede direkt und explizit Kritik an der Rechtsprechung des Supreme Court übte – in einer Deutlichkeit, so die Einschätzung vor allem konservativer Politiker und Kommentatoren in der amerikanischen Presse, die seit Franklin D. Roosevelts historischer Auseinandersetzung mit dem obersten Gerichtshof in den 1930er Jahren ohne Beispiel sei und die eine kalkulierte Missachtung der Prinzipien der Gewaltenteilung darstelle. Samuel Alito hingegen, einer der anwesenden Supreme Court-Richter, fiel dadurch aus seiner zeremoniellen Rolle, dass er diese Kritik des Präsidenten mit einem für die Fernsehkameras deutlich wahrnehmbaren Kopfschütteln und mit der Bemerkung »Not true« kommentierte – eine Reaktion, so die Einschätzung vor allem liberaler politischer Beobachter, die ihrerseits eine Missachtung der Prinzipien der Gewaltenteilung und vor allem der besonderen Rolle des Supreme Court innerhalb der Verfassungsordnung darstelle, weil sie die Pflicht zur richterlichen Selbstbeschränkung zumindest zeremoniell verletzt habe.<sup>3</sup>

Auf den konkreten Anlass von Obamas Kritik, nämlich die in der Woche zuvor gefallte Entscheidung des Gerichts im Fall *Citizens United v. Federal Election Commission*, werde ich später noch zu sprechen kommen. Der zeremonielle Zwischenfall selbst und vor allem die empfindlichen Reaktionen, die er hervorgerufen hat, sind aber zunächst (und unabhängig von der konkreten richterlichen Entscheidung, um die es ging) vor allem aus zwei Gründen interessant. Erstens zeigt sich in ihnen in besonders deutlicher Weise, dass die aktuelle Entwicklung, in der der Supreme Court offenbar in der Tat zu

2 Die Fernsehaufzeichnung der Rede ist einsehbar auf [www.youtube.com/watch?v=E2qV-WuM\\_SvI](http://www.youtube.com/watch?v=E2qV-WuM_SvI) (Stand: 2.3.2010).

3 Vgl. Barnes, Robert: Reactions split on Obama's remark, Alito's response at State of the Union, in: The Washington Post vom 29.1.2010, [www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/01/28/AR2010012802893\\_pf.html](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/01/28/AR2010012802893_pf.html) (Stand: 2.3.2010) und Liptak, Adam: Supreme Court Gets a Rare Rebuke, in Front of a Nation, in: The New York Times vom 29.1.2010, [www.nytimes.com/2010/01/29/us/politics/29scotus.html](http://www.nytimes.com/2010/01/29/us/politics/29scotus.html) (Stand: 2.3.2010).

einem »zentrale(n) Schlachtfeld im amerikanischen Kulturkampf«<sup>4</sup> zu werden scheint, nicht nur dem Selbstverständnis des Gerichts, sondern auch der Rolle, die ihm in der amerikanischen Politik allgemein zugeschrieben wird, zumindest auf den ersten Blick diametral zuwiderläuft.

Die vehementen Reaktionen auf den beschriebenen »Zwischenfall« verweisen damit zweitens auf die eigentümliche demokratietheoretische Grundspannung, die in der besonderen Stellung und im Selbstverständnis des Supreme Court selbst prinzipiell angelegt und die einer der Gründe dafür ist, warum gerade *dieses* Verfassungsorgan traditionell bevorzugter Gegenstand besonders kontroverser Auseinandersetzungen in der amerikanischen politischen Öffentlichkeit ist.<sup>5</sup> Sie ergibt sich aus dem Anspruch auf eine besondere Legitimität und Autorität einerseits, die sich mit der Praxis der Verfassungsrechtsprechung als einer mehr oder weniger letztgültigen Interpretation der Verfassung verbindet, und dem Anspruch auf Unparteilichkeit und Unabhängigkeit andererseits, die aus dieser besonderen Aufgabe – als *die Bedingung der Möglichkeit ihrer Erfüllung* – abgeleitet wird. Etwas pointiert könnte man sagen: Aus dem Anspruch einer privilegierten Beziehung zum demokratischen Souverän des amerikanischen Volkes, dessen Willen der Supreme Court anhand des Gründungsdokuments der Verfassung autoritativ interpretiert und auslegt (und vielleicht auch, aber das ist umstritten: fortschreibt und aktualisiert), scheint sich paradoxe Weise zugleich der Anspruch auf Distanz, sogar die Pflicht zur Distanz, zu einer weitgehenden Unabhängigkeit von diesem demokratischen Souverän zu ergeben, zumindest von dem unvermeidlichen Pluralismus und den Interessen- und ideologisch-weltanschaulichen Gegensätzen demokratischer Tagespolitik, mit der die souveränen Bürger, »the people« in ihrer täglichen politischen Praxis primär beschäftigt scheinen. Es ist vor allem diese Spannung zwischen dem Anspruch auf die besondere demokratisch fundierte *Autorität* und dem gleichzeitigen Anspruch auf die besondere *Unabhängigkeit* der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Einfluss und von der Kontrolle seitens der demokratischen Tagespolitik und des »empirischen

4 Koch, Moritz: Antithese einer Richterin, in: Süddeutsche Zeitung vom 27.5.09, [www.sueddeutsche.de/politik/410/469962/text/print.html](http://www.sueddeutsche.de/politik/410/469962/text/print.html) (Stand: 25.1.2010). Vgl. auch die Einschätzung der Herausgeber eines jüngst erschienenen Sammelbands zum Thema: »At least among party activists, few questions today divide the Democratic from the Republican Party more profoundly than the question of the proper tasks of the Supreme Court, as protector of our liberties and guardian of our constitutional design. If the nation is today in the midst of a «culture war», the party contest over the Constitution is certainly one of the principal battlefields in that war.« (Kautz, Steven/Melzer, Arthur/Weinberger, Jerry/Zinman, Richard: Introduction. The Idea of Constitutionalism, in: dies. (Hrsg.): The Supreme Court and the Idea of Constitutionalism, Philadelphia 2009, S. 1-8; hier: S. 1.).

5 Diese Grundspannung spielt in ähnlicher Form auch in der Diskussion um das deutsche Bundesverfassungsgericht eine wichtige Rolle. Vgl. für den aktuellen Stand dieser Diskussion in der politikwissenschaftlichen Forschung die Beiträge bei van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2006; Vorländer, Hans (Hrsg.): Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2006 und die Literaturübersichten bei van Ooyen, Robert Chr.: Amerikanische Literatur zum Supreme Court – Lücken bei der Forschung zum Bundesverfassungsgericht, in: Zeitschrift für Politikwissenschaft 18 (2008), S. 515-522; ders.: Die Unhintergebarkeit des Politischen in der Verfassungsgerichtsbarkeit. Literaturbericht, in: Zeitschrift für Politik 56 (2009), S. 98-108.

Volkswillens«, der sich in ihr artikuliert,<sup>6</sup> auf welche die zahlreichen Kontroversen um die Frage letztlich verweisen, ob es sich in den auf Lebenszeit ernannten Richtern des Supreme Court um neutrale, um den Schutz der Verfassung bemühte »keepers of the covenant« oder doch eher um mit zweifelhafter Legitimität versehene, aber mit umfassendem Autoritätsanspruch auftretende »platonic guardians« handelt.<sup>7</sup>

Barry Friedman, Professor an der *New York University School of Law*, hat in seiner 2009 erschienenen Studie diesen doppelten Anspruch des Gerichts auf demokratische Autorität und weitgehende Unabhängigkeit mit dem Hinweis auf die letztliche Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit durch die langfristigen Vorgaben der »öffentlichen Meinung« verteidigt. Die praktischen Konsequenzen dieser langfristigen Bindung bringt Friedman folgendermaßen zum Ausdruck:

*»To say that the Supreme Court follows popular opinion, or even that it should, is hardly to say that the Court ought to be responsive to every passing fancy, to the immediate demands or wishes of the American people. Even those leading Americans who have called on the Supreme Court to be responsive to the people have distinguished between the passions of the moment and some deeper sense of the popular will. (...) The problem is that there is something romantic, and plainly unrealistic, about asking judges to distinguish on their own between the ›permanent‹ will of the people and the ›opinion of the moment‹. (...) It is through the process of judicial responsiveness to public opinion that the meaning of the Constitution takes shape. The Court rules. The public responds. Over time, sometimes a long period, public opinion jells, and the Court comes into line with the considered views of the American public. (...) This give-and-take between the courts and the people is of the utmost consequence, for through it the substance of constitutional law itself is forged. (...) The making and enforcing of constitutional meaning thus are the result of an extended dialogue between and among the courts and the American people.«<sup>8</sup>*

Diese Konstellation einer gleichsam dialogischen Beziehung zwischen Supreme Court und politischer Öffentlichkeit, die seitens des Gerichts den dezidierten Anspruch der unabhängigen Position eines eigenständigen Gesprächspartners innerhalb dieses Dialogs

- 6 Den Begriff des »empirischen Volkswillens« hat Ernst Fraenkel geprägt. Im Selbstverständnis des Supreme Court spiegelt sich damit, so könnte man sagen, die Grundspannung zwischen »hypothetischem« und »empirischem« Volkswillen bzw. zwischen der »plebiszitären« und der »repräsentativen Komponente« des amerikanischen Regierungssystems, die Fraenkels klassische Studien herausgearbeitet haben. Vgl. v. a. Fraenkel, Ernst: Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat, in: ders.: Deutschland und die westlichen Demokratien, Stuttgart 1964, S. 71-109. Auf Fraenkels Kategorien werde ich weiter unten noch einmal zurückkommen.
- 7 Vgl. für die Zitate den Aufsatztitel von Pacelle, Richard L./Marshall, Bryan W./Curry, Brett W.: Keepers of the Covenant or Platonic Guardians? Decision Making on the U.S. Supreme Court, in: American Politics Research 35 (2007), S. 694-725.
- 8 Friedman, Barry: The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution, New York 2009, S. 382 ff. Vgl. auch schon ders.: Dialogue and Judicial Review, in: Michigan Law Review 91 (1993), S. 577-682; hier: S. 653 ff.

impliziert,<sup>9</sup> beschreibt in der Tat einen wesentlichen Aspekt seines eigentümlichen Selbstverständnisses. Dieser Aspekt, auf den auch das Wortspiel im Titel meines Beitrags hindeuten soll, ergibt sich unmittelbar aus der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung des Supreme Court, die üblicherweise als eine Stellung auf der Grenze »zwischen Recht und Politik« beschrieben wird. Aber wie stellt sich diese »Grenzposition« konkret dar? Welche eigentümliche verfassungsrechtliche Stellung und Funktion impliziert diese Position?

## 2.2 Der Supreme Court als »policy-maker« und als »Hüter der Verfassung«

Anders als das deutsche Bundesverfassungsgericht ist der Supreme Court die oberste Appellationsinstanz innerhalb des regulären Justizsystems des Bundes. Dem Verfassungstext nach ist dies sogar die primäre Funktion des Gerichts, während die Funktion einer Verfassungsgerichtsbarkeit im eigentlichen Sinn im entsprechenden Artikel III der amerikanischen Verfassung nicht explizit vorgesehen ist. Diese Funktion und mit ihr das Recht auf »judicial review«, also das Recht auf die Überprüfung von Gesetzen am Maßstab der Verfassungsmäßigkeit inklusive ihrer etwaigen Kassierung hat das Gericht selbst in der berühmten Entscheidung zu *Marbury v. Madison* von 1803 sozusagen als »implied power« überhaupt erst aus den sehr knappen Bestimmungen der Verfassung herausdestruiert. Als oberster Vertreter der rechtsprechenden Gewalt ist das Gericht jedenfalls integraler Bestandteil des gewaltenteiligen Systems der »checks and balances« des amerikanischen Verfassungsgefüges. Indem es die judikative innerhalb der Trennung und teilweisen Verschränkung der einzelnen Gewalten repräsentiert, ist es auch in die Mechanismen der gegenseitigen Kontrolle und Einhegung der einzelnen Gewalten eingebunden und hat in diesem ganz grundsätzlichen Sinn eine genuin politische Funktion. Die Verfassung selbst bleibt hinsichtlich dieser politischen Rolle des Gerichts zwar sehr knapp. Aber schon die entsprechenden Abschnitte der *Federalist Papers*, die während der Debatte um die Ratifizierung des Verfassungsentwurfs 1787/88 von John Jay, James Madison und Alexander Hamilton verfasst wurden und die nicht nur zum Grundbestand der amerikanischen Verfassungstheorie, sondern auch zu den in Supreme-Court-Entscheidungen am häufigsten zitierten Texten gehören,<sup>10</sup> betonen diesen politischen Aspekt.<sup>11</sup> Die gegenseitige Kontrolle und Einhegung der obersten Gewalten ist insgesamt an der genuin *politischen* Grundregel orientiert, die James Madison in den *Federalist Papers* so formuliert hat, dass das Machtstreben (die »ambition«) der einen Gewalt dem

9 Friedman: *The Will of the People*, S. 19 ff. und S. 377 ff.

10 Für eine kritische Diskussion der besonderen Funktion der *Federalist Papers* als Referenzpunkt in der Verfassungsrechtsprechung vgl. den Aufsatz von Corley, Pamela/Howard, Robert/Nixon, David: *The Supreme Court and Opinion Content: The Use of the Federalist Papers*, in: *Political Science Quarterly* 58 (2005), S. 329-340.

11 Vgl. die *Federalist* Artikel No. 78 ff. in Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay, John: *Die Federalist-Artikel. Politische Theorie und Verfassungskommentar der amerikanischen Gründeräder*. Hrsg., übersetzt und kommentiert von Angela Adams und Willi Paul Adams, Paderborn et al. 1994, S. 469 ff.

Machtstreben der anderen entgegenwirken soll.<sup>12</sup> Vor dem Hintergrund dieser Gewaltenteilungstheorie der *Federalist Papers* ist es folgerichtig, dass der Supreme Court als ein zwar besonderen Regeln folgender und besonderen Beschränkungen unterworfen, aber dennoch als ein *politischer* Akteur neben anderen, sich wechselseitig kontrollierenden politischen Akteuren von Regierungshandeln in diesem allgemeinen Sinne verstanden wird.

Dass dem Supreme Court in der amerikanischen *Verfassungswirklichkeit*, wie sie sich seit der Gründung der USA historisch entfaltet hat, in der Tat auch eine genuin *politische* Rolle, die Rolle eines »policy-makers« im Sinne der aktiven Mitbestimmung politischer Inhalte zugewachsen ist, wird in der amerikanischen Öffentlichkeit und in der Forschung im Grundsatz nicht ernsthaft bestritten, wenn auch die Frage nach den legitimen Grenzen dieser Rolle höchst unterschiedlich beantwortet wird. Die Einschätzung des Gerichts als eines »extremely important policymaking body«<sup>13</sup> macht sich vor allem an der maßgeblichen Rolle fest, die es seit den 1930er Jahren in entscheidenden Streitfragen der amerikanischen Politik gespielt hat.<sup>14</sup> Deutlich in den Vordergrund rückt diese Rolle erstmals in der zweiten Hälfte der 1930er Jahre in der Anti-*New-Deal*-Rechtsprechung des Supreme-Court, auf die Präsident Franklin D. Roosevelt 1937 mit seinem berühmten »Court Packing Plan« reagiert hat, also der Androhung, per Gesetz die Zahl der Supreme Court Richter zu erhöhen und mithilfe der damit anfallenden Neuernennungen von Richtern den Widerstand des Gerichts zu brechen. Der Plan wurde zwar nie ausgeführt, aber er hat mit dazu beigetragen, die Ausrichtung der Rechtsprechung des Gerichts zu ändern. Ab 1937 jedenfalls hat der Supreme Court seinen Widerstand gegen Roosevelts *New Deal* faktisch aufgegeben – und mit diesem sprichwörtlich gewordenen »switch in time that saved nine« auch faktisch bestimmte Grenzen seiner politischen Einflussmöglichkeiten eingeräumt.

Die für den angesprochenen Punkt entscheidende Phase bricht aber in den 1950er Jahren mit der Rechtsprechung des Supreme Court unter Chief Justice Earl Warren an. Der *Warren Court* hat in einer Reihe epochaler Entscheidungen vor allem in den Bereichen Strafgerichtsbarkeit und Minderheitenschutz eine dezidiert progressive Rolle gespielt und wesentliche Impulse gesetzt, die die politische Agenda des Landes nachhaltig beeinflusst haben. Berühmt geworden ist vor allem die Entscheidung in *Brown v. Board of Education* (1954),<sup>15</sup> die die herrschende Praxis der Rassentrennung an öffentlichen Schulen für verfassungswidrig erklärte und damit eine wesentliche Initialzündung für die

12 Federalist Artikel No. 51, ebd. S. 314.

13 So, stellvertretend für viele, die Einschätzung bei Patterson, Thomas E.: *We the People. A Concise Introduction to American Politics*, New York 2006, S. 483.

14 Vgl. für das Folgende die prägnante Zusammenfassung der Geschichte des Supreme Court bei Baum, Lawrence: *The Supreme Court*, Washington, D. C. 2007, S. 20 ff. und bei Friedman: *The Will of the People*, S. 12 ff.

15 347 U.S. 483. Für die im Folgenden aufgeführten Fallentscheidungen vgl. die guten Zusammenfassungen bei Hall, Kermit L. (Hrsg.): *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, New York/Oxford 1999 (zu *Brown v. Board of Education* S. 34 ff.).

Entwicklung des *Civil Rights Movement* der 1950er und 60er Jahre gab.<sup>16</sup> Zum klassischen Topos der Verfassungsdiskussion wurde daneben auch die Entscheidung in *Miranda v. Arizona* (1966),<sup>17</sup> in der das Gericht die Individualrechte im Bereich der Strafverfolgung erheblich stärkte und auf die übrigens das obligatorische »Vorlesen der Rechte« vor Polizeiverhören zurück geht, das uns als klassischer Topos auch des amerikanischen Kriminalfilms bekannt ist.

In die Reihe dieser dezidiert liberalen, progressiven und ganz bewusst eigene politische Akzente setzenden Rechtsprechungspraxis gehört schließlich auch die Entscheidung im Fall *Roe v. Wade*,<sup>18</sup> die der Supreme Court bereits unter Earl Warrens Nachfolger, Chief Justice Warren Burger im Jahr 1973 getroffen und mit der er die liberale Abtreibungspraxis in den USA verteidigt und aus einem sich aus der Verfassung implizit ergebenden Grundrecht auf Privatheit begründet hat. Auf diese bis heute in der amerikanischen Öffentlichkeit höchst umstrittene Entscheidung wird weiter unten noch einmal zurückzukommen sein.

Die genannten Beispiele verdeutlichen also die Rolle des Court als eines »policymaking body«, aber sie verdeutlichen auch, dass diese Rolle spezifischen Beschränkungen bzw. spezifischen Akzentsetzungen unterliegt, die für das Selbstverständnis des Gerichts ebenfalls von wesentlicher Bedeutung sind. Insbesondere der charakteristische Anspruch des Supreme Court auf weitgehende Unabhängigkeit begründet sich nämlich vor allem dadurch, dass er in besonderer Weise das Prinzip des Konstitutionalismus selbst und mit ihm bestimmte Grundprinzipien der staatlichen Ordnung repräsentiert, vor allem das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit (des »due process of law« und des »rule of law«) sowie das Prinzip des Minderheitenschutzes und der Begrenztheit jeglicher, auch demokratisch legitimierter staatlicher Gestaltungsmacht, die an den unveräußerlichen Grundrechten des Einzelnen ihre Grenze findet. Insofern der Supreme Court diese besondere Rolle des Schutzes derjenigen Grundregeln und Grundprinzipien übernimmt, die dem politischen

<sup>16</sup> Die Entscheidung hob die bis dahin maßgebliche »separate but equal doctrine« auf, die das Gericht in seiner Entscheidung in *Plessy v. Ferguson* (1896) selbst in seiner Interpretation der »equal protection clause« des 14. Amendments der US-Verfassung aufgestellt hatte. *Brown* gilt übrigens als paradigmatisches Beispiel für eine nicht am Maßstab der historischen »original meaning« orientierte Verfassungsrechtsprechung (noch deutlicher ist das in *Bolling v. Sharpe* aus demselben Jahr), die für Kritiker eines entsprechenden »judicial activism« nichts anderes als eine »clear rewriting of the constitution« darstellt. (Vgl. dazu von Hoff, Stefanie: Die Rolle des US-Supreme Court im Prozess der Verfassungsänderung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt a. M. 2008, S. 390 f.) Eine wichtige Rolle in der liberalen Rechtssprechungspraxis des *Warren Court* spielt auch die Doktrin eines über den üblichen »rational basis test« hinausgehenden strengeren »strict scrutiny test« der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, der in solchen Fällen anzuwenden ist, in denen die Verletzung fundamentaler Grundrechte oder die Diskriminierung von leicht identifizierbaren und sozial isolierten Minderheiten und damit die »Equal Protection Clause« des 14. Amendments eine Rolle spielen, welche das Gericht aus der berühmten Fußnote 4 der Entscheidungsgrundlage in *United States v. Carolene Products Co.* (1938, 304 U.S. 144) entwickelt hat. Vgl. dazu zusammenfassend Brugger, Winfried: Demokratie, Freiheit, Gleichheit. Studien zum Verfassungsrecht der USA, Berlin 2002, S. 139 f.

<sup>17</sup> 384 U.S. 436.

<sup>18</sup> 410 U.S. 113.

demokratischen Prozess selbst vorgegeben und ihm daher grundsätzlich entzogen sind, tritt das Gericht gerade nicht als Mitspieler im politischen Prozess, sondern als Unbeobachteter, als Schiedsrichter auf.<sup>19</sup> Da diese Rolle nicht nur Unparteilichkeit, sondern auch Unabhängigkeit erfordert, scheint mit ihr das Gericht tatsächlich legitimerweise und sogar notwendigerweise – zusammen mit den Regeln und Prinzipien, die es zu schützen hat – auch selbst dem politischen Prozess ein Stück weit enthoben.

Der Anspruch auf Unabhängigkeit ergibt sich also aus der besonderen Aufgabe und Funktion des Gerichts selbst. Die Vertretung des Rechtsstaatsprinzips auf der Ebene *gleichrangiger* und *oberster*, nicht ihrerseits noch einmal durch eine übergeordnete Institution kontrollierter Verfassungsorgane kann nur, so offenbar die diesem Anspruch implizite Annahme, von einer weitgehend unabhängigen Institution geleistet werden. Das verweist auf einen weiteren verfassungstheoretischen Aspekt, der in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle spielt. Neben dem Rechtsstaatsprinzip und dem Prinzip des Konstitutionalismus kann sich der besondere Anspruch des obersten Bundesgerichts auf Unabhängigkeit außerdem auf die Tatsache berufen, dass es auch in die differenzierte *Repräsentationstheorie* eingebunden ist, die der amerikanischen Verfassung zugrunde liegt. Die einzelnen Institutionen stehen demnach eher einer plebisizitären oder eher einer repräsentativen Komponente des amerikanischen Regierungssystems nahe – um es in den bekannten Kategorien von Ernst Fraenckels klassischer Studie zu beschreiben<sup>20</sup> – und der Supreme Court ist aufgrund seiner besonderen Aufgabe insbesondere der letzteren Komponente verpflichtet.

Auch dieser Aspekt hat sich in der historischen Entwicklung der amerikanischen Verfassungswirklichkeit aus einer anfänglich noch wenig profilierten Stellung des Gerichts sukzessive herausgebildet. Im frühen verfassungstheoretischen Diskurs ist dieser Punkt in Bezug auf die Judikative noch lediglich indirekt angedeutet. Im Sinne der Fraenckelschen Differenzierung werden etwa von James Madison in den *Federalist Papers* vor allem die beiden Kammern des Kongresses, das Repräsentantenhaus und der Senat, in ihrem jeweiligen Charakter grundsätzlich unterschiedlich beschrieben. Während ersteres die Aufgabe der möglichst unmittelbaren Artikulation der vielfältigen gesellschaftlichen Interessen und ihrer direkten Einspeisung in den politischen Prozess hat, ist der Senat stärker am Prinzip der »Repräsentation« im engeren Sinne, also in James Madisons Formulierung an der »Erweiterung des Horizonts und der Differenzierung der öffentlichen

- 19 Die Schiedsrichterrolle gehört zu den bevorzugten Metaphern in der Selbstbeschreibung von Supreme Court Richtern. Zuletzt hat besonders deutlich der amtierende Chief Justice John Roberts während seiner Anhörung vor dem Justizausschuss des Senats 2005 diese Idee ins Zentrum seines richterlichen Selbstverständnisses gestellt. Vgl. Babington, Charles/Becker, Jo: »Judges are not Politicians«, Roberts Says, in: The Washington Post vom 13.9.2005, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/12/AR2005091200642.html> (Stand: 2.3.2010).
- 20 Vgl. Fraenkel: Die repräsentative und die plebisizitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat, S. 80 ff. und ders.: Das amerikanische Regierungssystem. Eine politologische Analyse, Köln/Opladen 1960, S. 39 ff.

Meinung<sup>21</sup> orientiert, eine Aufgabe, die einen höheren Grad an Unabhängigkeit erfordere. Während die Aufgabe des Repräsentantenhauses eine möglichst große Anzahl von Abgeordneten und (zur Sicherung des direkten, faktisch »imperativen« Einflusses der Wähler auf die Mandatsträger) möglichst kurze Amtszeiten erfordere, bedürfe es zur Erfüllung der stärker »repräsentativ« orientierten Aufgabe des Senats einer größeren Unabhängigkeit, die durch entsprechende institutionelle Reglements in der Verfassung sichergestellt sei. Dazu gehört nicht nur die (übrigens im Ratifizierungsprozess der Verfassung höchst umstrittene) längere Amtszeit, sondern insbesondere auch die sukzessive Wiederwahl jeweils eines Drittels der Senatoren im Zweijahresturnus. Dieser gestaffelte Wahlmodus ermögliche es der zweiten Kammer, so Madisons Argument, eine eigenständige, relativ stabile Verfahrens- und Diskussionskultur und eine charakteristische Form der politischen Rationalität zu entwickeln *und* zu tradieren, in welche neu gewählte Senatoren – da es sich ja maximal jeweils um ein Drittel Neuankömmlinge handeln könne – jeweils hinein sozialisiert werden könnten.<sup>22</sup>

Angesichts der besonderen institutionellen Vorgaben und der konkreten Arbeitsweise des Supreme Court erscheint es plausibel, diese grundsätzlichen Erwägungen Madisons zur »repräsentativen« Funktion des Senats auf die Rolle des obersten Gerichtshofs zu übertragen.<sup>23</sup> Nicht nur die Dauer der Amtszeit, sondern insbesondere auch der zuletzt genannte Punkt, nämlich die sukzessive Ersetzung ausscheidender Amtsträger und ihre Funktion für die Ausbildung einer eigenständigen institutionellen Rationalität und Praxis spielen in der konkreten Funktionsweise des Supreme Court – entsprechend seiner

21 So Madison im Federalist Artikel No. 10 in Hamilton/Madison/Jay: Die Federalist Artikel, S. 55.

22 Dieses Argument wird von Madison zunächst negativ mit Blick auf die erste Kammer des Kongresses entwickelt. Ein »einheitliche(r) Wahlermin für das Repräsentantenhaus« ist für Madison deshalb von entscheidender Bedeutung, da nur dadurch zumindest die Möglichkeit einer »völligen Auflösung oder einer völligen Erneuerung des Repräsentantenhauses zu einem Zeitpunkt« und damit die Voraussetzung dafür gegeben sei, »die Perpetuierung der immer gleichen Geisteshaltung im Repräsentantenhaus« zu verhindern. Das Fehlen dieser Möglichkeit einer »völligen, gleichzeitigen Auflösung der Körperschaft« wäre, so Madison, im Fall des Repräsentantenhauses wesentlich problematischer als eine längere Legislaturperiode: »Herrschte erst einmal eine ungute Stimmung, würde sie die neuen Mitglieder anstecken, so wie sie nacheinander hinzukämen. Der Kern würde wahrscheinlich fast derselbe bleiben, indem er permanent und graduell alle Neuankömmlinge assimilierte.« (Federalist Paper No. 61 in Hamilton/Madison/Jay: Die Federalist Artikel, S. 371 f.) In der unmittelbar folgenden Charakterisierung der repräsentativen Funktion des Senats setzt Madison die genau entgegen gesetzten Akzente, indem er die notwendige Unabhängigkeit des Senats und die besondere Verpflichtung seiner Arbeit und seines institutionellen »Geistes« auf Stabilität und Kontinuität betont (ebd., S. 373 ff.).

23 Vgl. dazu bei Fraenkel selbst sein Portrait von Justice Louis Brandeis, das zumindest implizit die *politische* und dabei vor allem *repräsentative* Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit betont: Fraenkel, Ernst: Louis Brandeis – Reformator der Demokratie, in: ders.: Gesammelte Schriften. Band 4: Amerikastudien, Baden-Baden 2000, S. 260–268. Vgl. auch die entsprechende Argumentation Hamiltons zum Supreme Court (Hamilton/Madison/Jay: Die Federalist Artikel, S. 471 ff.), Madisons diesbezüglich interessante Anmerkungen zur Gerichtsfunktion des Senats in Amtsenthebungsverfahren (ebd., S. 394 ff.) und die Charakterisierung der »catalyst function« des Supreme Court bei Friedman: The Will of the People, S. 16.

im Madisonschen Sinne stark »repräsentativ« akzentuierten politischen Funktion – eine erhebliche Rolle. Die Erfahrung des Amtsantritts am Supreme Court, die der ehemalige Verfassungsrichter David Souter als »like walking through a tidal wave« beschrieben hat,<sup>24</sup> und im weiteren Verlauf die durch kontinuierlich tradierte Abläufe geprägte Zusammenarbeit in einem weitgehend geschlossenen, unabhängigen Gremium hat offenbar einen nicht unerheblichen sozialisierenden Effekt auf neu ernannte Richter, der in der empirischen Forschung zum Gericht seit den 1950er Jahren unter dem Label der »Freshman Effect Hypothesis« diskutiert wird.<sup>25</sup> Hier zeigt sich nicht nur, dass dem hohen Maß an individueller Unabhängigkeit der einzelnen Richter die *institutionelle* Unabhängigkeit des Gerichts als Ganzes zur Seite gestellt werden muss, sondern auch, dass dieser zweite, institutionelle Aspekt richterlicher Unabhängigkeit in besonders deutlicher Weise auf die »repräsentative« Funktion und das entsprechende kollektive Selbstverständnis des Supreme Court verweist.

### *2.3 Institutionelle Grundlagen und politische Praxis richterlicher Unabhängigkeit*

Seinen konkreten institutionellen Niederschlag findet das solchermaßen begründete Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit also vor allem in der Amtszeit der Supreme Court-Richter »during good behavior«, d.h. auf Lebenszeit, und in der sich aus ihr ergebenden sukzessiven Neubesetzung immer nur einzelner Sitze, aber auch in dem weitreichenden Ermessensspielraum, den das Gericht bei der Annahme oder Ablehnung von Fällen zur Verhandlung und Entscheidung und also im Prozess des verfassungsrechtlichen »Agenda Setting« hat.<sup>26</sup> Auch in der Beziehung des Supreme Court zur Öffent-

24 Vgl. Johnson, Scott P./Smith, Christopher E.: David Souter's First Term on the Supreme Court: The Impact of a New Justice, in: *Judicature* 75 (1991–1992), S. 238 f.

25 Die Hypothese geht ursprünglich zurück auf den Aufsatz von Snyder, Eloise C.: The Supreme Court as a Small Group, in: *Social Forces* 36 (1958), S. 232–238. Vgl. auch Hagle, Timothy M.: »Freshman Effects« for the Supreme Court, in: *American Journal of Political Science* 37 (1993), S. 1142–1157.

26 Als höchste Appellationsinstanz erreichen die meisten Fälle den Supreme Court auf dem regulären Berufungsweg über die ihm vorgeordneten Bundesberufungsgerichte oder über die jeweiligen Supreme Courts der Einzelstaaten. Aber es ist nur ein Bruchteil von Fällen, die ihren Weg zu dieser letzten Berufungsinstanz finden. Und unter ihnen ist es wiederum nur ein Bruchteil von Fällen, die vom Supreme Court zur Entscheidung angenommen werden (aus jährlich 7.000–8.000 lediglich ca. 80–100). Die sogenannte »political question doctrine«, nach der das Gericht die Entscheidung von Fällen mit dem Argument ablehnen kann, dass sie in den genuinen Ermessensspielraum einer der anderen Verfassungsorgane und ihrer Amtsträger fallen, spielt in diesem Zusammenhang in der relativ kleinen Zahl an Fällen eine Rolle, in denen das Gericht zu einer Stellungnahme formal verpflichtet ist. (Vgl. dazu die prägnante Erläuterung in Lieberman, Jethro K.: *A Practical Companion to the Constitution. How the Supreme Court has ruled on Issues from Abortion to Zoning*, Berkeley/Los Angeles/London 1999, S. 357 f.) Wichtiger aber ist die Tatsache, dass die Entscheidung über die Annahme eines Falles und die Erteilung eines sogenannten »writ of certiorari« innerhalb des regulären Berufungsverfahrens – und das heißt: in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle – grundsätzlich dem Ermessen des Supreme Court anheimgestellt ist. Das eröffnet dem Gericht einen beachtlichen Spielraum für ein eigenständiges politisches agenda-setting, das allerdings aufgrund der Rechts-

lichkeit zeigt sich, dass der Anspruch auf richterliche Unabhängigkeit für die Rolle des Gerichts von wesentlicher Bedeutung ist. So gilt etwa die Einflussnahme von Interessengruppen auf die dritte Gewalt im Vergleich zu Kongress und Regierung lediglich in sehr engen Grenzen und lediglich in klar definierten Formen als legitime politische Praxis. Die Beteiligung von Interessengruppen beschränkt sich hier weitgehend zum einen auf den Nominierungs- und Ernennungsprozess von neuen Richtern und zum anderen auf die stark formalisierte Möglichkeit der Stellungnahme in laufenden Verfahren in der Form von sogenannten *amicus curiae briefs*, d.h. schriftlichen Gutachten bzw. Stellungnahmen, die interessierte Dritte zur Unterstützung eines der Prozessbeteiligten einreichen können und die mit zur Entscheidungsgrundlage des Gerichts gehören.<sup>27</sup>

Die Betonung möglichst weitgehender Unabhängigkeit prägt schließlich auch die Beziehung des Gerichts zu den anderen »branches of government«, insbesondere zum Präsidenten,<sup>28</sup> so dass die Möglichkeiten der direkten Einflussnahme seitens der interessierten Öffentlichkeit, seitens des Präsidenten und seitens des Kongresses (bzw. genauer: seitens des Senats) sich im Falle des Supreme Court vor allem auf den entscheidenden Moment der Ernennung neuer Richter konzentrieren, die nach den Bestimmungen des Artikels III der Verfassung durch den Präsidenten nominiert und nach Anhörung vor dem Justizausschuss durch den Senat bestätigt werden. In welcher Weise die Richter ihren faktisch sehr hohen Grad an Unabhängigkeit tatsächlich nutzen und welches die eigentlich entscheidenden Einflussfaktoren innerhalb des »judicial decision making« sind, ist in der Forschung zum Supreme Court allerdings höchst umstritten. In der stark an quantitativen Methoden ausgerichteten empirischen Forschung in der amerikanischen Politik- und Rechtswissenschaft zur Frage eines spezifisch richterlichen Modus des »decision making« stehen sich hauptsächlich drei prominente Modelle gegenüber.<sup>29</sup> Das »legal model« streicht die determinierende und den Entscheidungsspielraum stark beschränkende Wirkung der *Rechtsförmigkeit* richterlicher Entscheidungen heraus.<sup>30</sup> Dem steht das sogenannte »attitudinal model« gegenüber, das die These von einer mehr oder

förmigkeit des Verfahrens dennoch grundsätzlich innerhalb bestimmter Grenzen bleibt. Vgl. zu letzterem aktuell den Beitrag von Black, Ryan C./Owens, Ryan J.: Agenda Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence, in: The Journal of Politics 71 (2009), S. 1062-1075.

- 27 Vgl. Collins, Paul M.: Friends of the Supreme Court. Interest Groups and Judicial Decision Making, New York 2008, S. 37 ff.
- 28 Die jeweilige Regierungsadministration spielt allerdings in der konkreten Rechtsprechungspraxis des Gerichts dennoch eine besondere, in gewisser Weise herausgehobene Rolle, insbesondere aufgrund der engen Zusammenarbeit des Supreme Court mit dem *Office of the Solicitor General* des Justizministeriums. Vgl. dazu Calabresi, Steven G.: The President, the Supreme Court, and the Constitution: A Brief Positive Account of the Role of Government Lawyers in the Development of Constitutional Law, in: Law and Contemporary Problems 61 (1998), S. 61-82 und zusammenfassend Baum: The Supreme Court, S. 84 ff. und S. 180 ff.
- 29 Für einen Überblick über die empirische Forschung zu »judicial decision making« vgl. Heise, Michael: The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism, in: University of Illinois Law Review Vol. 2002 (2003), S. 819-850.
- 30 Vgl. dazu aktuell zum Beispiel Bartels, Brandon L.: The Constraining Capacity of Legal Doctrine on the U.S. Supreme Court, in: American Political Science Review 103 (2009), S. 474-495.

weniger ungebremsten, direkten Wirkung der *persönlichen politischen und ideologischen Grundorientierung* der einzelnen Richter auf die Entscheidungen des Supreme Court vertritt und empirisch zu erhärten versucht.<sup>31</sup> In den letzten Jahren werden außerdem verschiedene Varianten eines sogenannten »strategic model« diskutiert, die sich an spieltheoretischen Ansätzen orientieren und aus deren Perspektive vor allem die spezifischen Dynamiken des »coalition building« zwischen »strategic actors« in »small group settings« und des strategischen Verhaltens des Supreme Court gegenüber den anderen Verfassungsorganen die konkreten Entscheidungen des Gerichts bestimmen.<sup>32</sup>

In den zahlreichen empirischen Untersuchungen zur Supreme-Court-Rechtsprechung wird, entsprechend der jeweiligen Orientierung an einem der genannten Modelle, meist jeweils ein wichtiger Einflussfaktor richterlicher Entscheidungsprozesse besonders betont. Ungeachtet dieser deutlich unterschiedlichen Akzente treffen sich die Ergebnisse der verschiedensten Studien aber zumindest in dem ganz allgemeinen Befund, dass die konkrete personelle Zusammensetzung innerhalb eines so kleinen und in so hohem Maße unabhängigen Gremiums einen entscheidenden Einflussfaktor auf seine Rolle in den aktuellen politischen Auseinandersetzungen darstellt. Dass dies in der Tat zutrifft, zeigt sich nicht nur in dem ausgeprägten Interesse, das die Politik und die Öffentlichkeit in den USA der Nominierung und Ernennung neuer Supreme Court-Richter entgegen bringt. Das zeigt sich besonders deutlich auch in der Frage, wie das Gericht selbst seine besondere Stellung, die ich bisher allgemein zu skizzieren versucht habe, vor dem Hintergrund der aktuellen Auseinandersetzungen versteht und interpretiert. Insbesondere dieser zuletzt genannte Punkt spielt für die Darstellung und Beurteilung der aktuellen Situation eine wichtige Rolle.

### *3. Die aktuelle politische Rolle des Gerichts: Kontroversen und Entwicklungstendenzen*

Wenn es stimmt, dass der Supreme Court als Plattform der Auseinandersetzung zwischen dem demokratischen und dem republikanischen Lager aktuell an Bedeutung gewinnt, dann ist dies allerdings alles andere als ein Novum. Das Gericht tritt nicht nur aktuell, es ist auch in seiner Geschichte immer wieder als Gegenstand und zum Teil auch als Beteiligter am »Kulturmampf« zwischen Liberalen und Konservativen in der amerikanischen Politik in Erscheinung getreten. Insofern das der Fall ist, bewegt sich der Supreme Court in der Tat stets an der Grenze zum politisch-legitimatorischen Selbstwiderspruch. Die besondere Unabhängigkeit des Gerichts, die es als »Werkzeug« in politischen Auseinandersetzungen so attraktiv macht, lässt sich ja überhaupt nur aus dem Anspruch der Unparteilichkeit des Schiedsrichters begründen und ist übrigens auch auf

31 Einschlägig für diese zweite Forschungsrichtung ist die Darstellung bei Segal, Jeffrey A./ Spaeth, Harold J.: *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge 2002.

32 Für die verschiedenen »Strategic models« vgl. Brenner, Saul/Whitmeyer, Joseph M.: *Strategy on the United States Supreme Court*, Cambridge 2009, für eine gute zusammenfassende Darstellung aller drei Modelle ebd., S. 3 ff.

eine entsprechende Wahrnehmung seiner Rolle in der Öffentlichkeit angewiesen.<sup>33</sup> Während der Verwicklung des »Prozess(es) der Rechtsverwirklichung« durch Verfassungsinterpretation in den politischen Lagerkampf damit einerseits bestimmte inhärente Grenzen gezogen zu sein scheinen, in deren Überschreiten der »Prozess der Rechtsgewinnung und Rechtsinterpretation« selbst seine spezifische Legitimitätsgrundlage gefährden würde,<sup>34</sup> spielt der Supreme Court andererseits aber offensichtlich auch unter Beachtung der Bedingung dieser Grenzen (bei gelegentlichen Versuchen, sie auszutesten) in den maßgeblichen politisch-ideologischen Auseinandersetzungen in der amerikanischen Politik eine erhebliche Rolle. In dem Maß, wie das der Fall ist, spiegeln sich in seiner Rechtsprechungspraxis und in seiner personellen Zusammensetzung dieselben Frontstellungen, welche die aktuelle politische Szenerie insgesamt prägen. Deren Wirkung, vor allem die relativ klare Teilung der Richterschaft in einen konservativen und einen liberalen Flügel, lässt sich bis in grundsätzliche Fragen, etwa in die Diskussion um verschiedene Verfassungs- und Interpretationstheorien hinein nachzeichnen.

### *3.1 Scalia v. Breyer: Theorien der Verfassungsinterpretation*

Die Art und Weise, wie das Gericht seine in der Tat außergewöhnlich unabhängige Position auslegt und ausgestaltet, hängt unter anderem von den verschiedenen Theorien bzw. Methoden der Verfassungsinterpretation ab, die von den einzelnen Richtern jeweils vertreten werden. Je nachdem, wie der Begriff der Verfassung selbst verstanden wird, und je nachdem, welche Methode der Interpretation aus diesem Verständnis von Verfassung jeweils abgeleitet wird, ergeben sich erheblich unterschiedliche Konsequenzen für die politische Rolle des Supreme Court. Die äußerst komplexen Probleme, die damit angesprochen sind, erfahren in der amerikanischen Diskussion traditionell große Aufmerksamkeit, und es gibt in der Literatur zahlreiche, und zum Teil nicht wenig divergierende Vorschläge zur Typologisierung der verschiedenen verfassungsrechtlichen Interpretationstheorien.<sup>35</sup> Ich will mich auf eine kurze Erläuterung der beiden Typen beschränken, die im aktuellen Supreme Court die wichtigsten interpretationstheoretischen Positionen markieren.

33 Auf die Implikationen der besonderen politischen „authority“ des Gerichts, die sich maßgeblich auf eine entsprechende Wahrnehmung seiner Rolle in der Öffentlichkeit stützt, konzentriert sich auch die jüngste Veröffentlichung des amtierenden Supreme Court-Richters Stephen Breyer: Breyer, Stephen: *Making Our Democracy Work. A Judge’s View*, New York 2010. Breyer gehört zu denjenigen Verfassungsrichtern, die sich besonders aktiv an der öffentlichen Debatte um die politische Rolle des Supreme Court beteiligen. Vgl. auch hier unten den folgenden Abschnitt.

34 Für die zitierten Formulierungen vgl. Brugger: Demokratie, Freiheit, Gleichheit, S. 159.

35 Vgl. dazu insgesamt vor allem Brugger: Demokratie, Freiheit, Gleichheit, S. 131 ff. und S. 156 ff., die ausführliche Darstellung bei Bloom, Lackland H.: *Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution*, Oxford/New York 2009 und die gute Zusammenfassung bei Kommers, Donald P./Finn, John E./Jacobsohn, Gary J.: *American Constitutional Law. Vol. 2: Liberty, Community, and the Bill of Rights*, 2nd. Edition, Lanham et al. 2004, S. 31 ff.

Innerhalb des konservativen Flügels des Gerichts werden vor allem verschiedene Varianten des sogenannten »Originalism« vertreten. Diese Position hat besonders elaboriert der amtierende Justice Antonin Scalia formuliert, der vor allem in einem Essay von 1997 die theoretischen Grundlagen des »Originalismus« entfaltet hat.<sup>36</sup> Nach dieser Konzeption, deren komplexer theoretischer Hintergrund historistische, dezisionistische, teilweise auch rechtspositivistische Elemente sowie einen deutlichen Bezug auf die Idee des »American Exceptionalism« enthält, ist der wichtigste Maßstab der Interpretation die »original meaning« des Verfassungstextes. Damit ist in der »textualistischen« Variante dieser Theorie, in der Scalia sie vertritt, allerdings nicht primär die subjektive Intention der Verfassungsväter gemeint, sondern vielmehr die Bedeutung, die der Wortlaut einer Verfassungsnorm für einen vernünftigen Rezipienten zum Zeitpunkt ihrer Entstehung gehabt hätte. Zur Rekonstruktion dieser hypothetischen Perspektive eines vernünftigen zeitgenössischen Rezipienten<sup>37</sup> werden in der originalistischen Methode daher neben der Verfassung auch eine Vielzahl weiterer zeitgenössischer Quellen herangezogen. Das erklärte politische Ziel dieser Methode ist es, die aktive Rolle des richterlichen Interpreten im Prozess der Rechtsfortbildung bzw. insbesondere der Verfassungsänderung möglichst weitgehend zu beschränken. Indem der Richter in seiner Auslegung strikt an die »original meaning« des Verfassungstextes gebunden wird, soll jede Erweiterung, Änderung und Aktualisierung seiner Bedeutung dem demokratisch legitimierten verfassungsändernden Gesetzgeber überlassen bleiben.

Die Gegenposition, die vor allem innerhalb des liberalen Flügels des Gerichts vertreten wird, bildet eine Interpretationsmethode, die sich an der Idee einer wertgebundenen und notwendigerweise dynamischen, auf permanente Weiterentwicklung angelegten Verfassung, also an der Idee einer »Living Constitution« orientiert. Prominent vertreten wird diese Position aktuell vor allem von dem amtierenden Justice Steven Breyer, der in seiner 2008 erschienenen Monographie »Active Liberty. Interpreting a Democratic Constitution« bewusst eine Gegenposition zu Scalias textualistischem »Originalism« zu formulieren versucht hat. Breyers Interpretationstheorie, die sich unter anderem auf konsequentialistische und pragmatistische Demokratietheorien beruft, betont den evolutionären Charakter der amerikanischen Verfassung, die im Sinne der Förderung einer »more perfect Union«<sup>38</sup> von vorne herein auf die sukzessive Entfaltung und Weiterentwicklung ihrer demokratischen Grundprinzipien angelegt sei. Die Rechtsprechung des Supreme

36 Vgl. Scalia, Antonin: Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in: Gutman, Amy (Hrsg.): A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay by Antonin Scalia, with Commentary by Amy Gutmann, Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin, Princeton 1997, S. 3-47 und ders.: Response, ebd., S. 129-149. Vgl. auch Ring, Kevin (Hrsg.): Scalia Dissents. Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice, Washington D. C. 2004.

37 Vgl. Scalia: Common-Law Courts in a Civil-Law System, S. 17: »The evidence suggests that, despite frequent statements to the contrary, we do not really look for subjective legislative intent. We look for a sort of »objectified« intent – the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside the remainder of the *corpus juris*.«.

38 So die bekannte Formulierung in der Präambel der US-Verfassung.

Court muss sich für Breyer vor diesem Hintergrund auch an den aktuellen politischen Grundorientierungen, an den praktischen Erfordernissen der gegenwärtigen Situation und insbesondere am Prinzip der aktiven Förderung und Realisierung des positiven (bzw. des »ancient«, wie Breyer es mit Bezug auf Benjamin Constants Freiheitsverständnis ausdrückt),<sup>39</sup> nämlich eines partizipativen Freiheitsverständnisses orientieren, das neben der »negativen Freiheit« der *Bill of Rights* den zweiten, den *politischen* Kern der amerikanischen Verfassung bilde:

*»My thesis is that courts should take greater account of the Constitution's democratic nature when they interpret constitutional and statutory texts. (...) (An) increased emphasis upon that objective by judges when they interpret a legal text will yield better law – law that helps a community of individuals democratically find practical solutions to important contemporary social problems.«<sup>40</sup>*

Aus dieser Verpflichtung der Verfassungsinterpretation auf das Ziel der »Verbesserung« und insbesondere der demokratischen Weiterentwicklung des Rechts ergibt sich konsequenterweise ein deutlich aktiveres Selbstverständnis des Verfassunggerichts, das seine bewusste aktive Rolle im kontinuierlichen Prozess der Verfassungsänderung betont.

Abgesehen von der bemerkenswerten Tatsache, dass sich sowohl die Begründung dieser aktiven Rolle als auch ihre konservative Kritik als eines illegitimen *judicial activism* auf demokratietheoretische Argumente stützt,<sup>41</sup> zeigt sich auch in diesem Punkt noch einmal in aller Deutlichkeit, welch prägenden Einfluss einzelne Personen auf die Rechtsprechungspraxis des Supreme Court haben. Die konkrete personelle Zusammensetzung ist im Fall dieses außerordentlich kleinen, lediglich aus neun Richtern bestehenden und außerdem außerordentlich unabhängigen Gremiums ein entscheidender Faktor.

### 3.2 Republikanische Reconquista? Der (begrenzte) Erfolg präsidentieller Ernennungspolitik

Spätestens seit dem Amtsantritt von Präsident Richard Nixon im Jahr 1968 ist die Aufbrechung der liberalen Dominanz in der Rechtsprechung des obersten Gerichts erklärter Bestandteil der politischen Agenda republikanischer Präsidenten und der republikanischen Partei insgesamt gewesen.<sup>42</sup> Seitdem wurden 13 der neuen Supreme Court-Richter von republikanischen und nur drei von demokratischen Präsidenten ernannt. Dennoch

39 Breyer, Stephen: Active Liberty. Interpreting a Democratic Constitution, Oxford/New York 2008, S. 9f.

40 Ebd., S. 11f.

41 Für letzteres vgl. exemplarisch Young, Robert P.: Active Liberty and the Problem of Judicial Oligarchy, in: Kautz et al. (Hrsg.): The Supreme Court and the Idea of Constitutionalism, S. 170-198.

42 Zur präsidentiellen Ernennungspolitik von Verfassungsrichtern allgemein vgl. die umfassende Darstellung von Abraham, Henry J.: Justices, Presidents, and Senators. A History of the Supreme Court Appointments from Washington to Bush II, 5<sup>th</sup> New and Revised Edition, Lanham et al. 2008, zur »Nixon-Era« S. 9 ff.

ist das Programm einer republikanischen »Reconquista« des obersten Gerichts bisher nur mit begrenztem Erfolg umgesetzt worden. Das lässt sich exemplarisch an der Rechtsprechung zeigen, die an *Roe v. Wade*, also der äußerst umstrittenen liberalen Entscheidung des Gerichts zur Abtreibungsfrage, anschließt. Schon in der weiteren Rechtsprechung des Burger Court nach 1973, vor allem aber in einer Reihe von Entscheidungen des deutlich konservativeren Supreme Court unter Chief Justice William Rehnquist, der dieses Amt von 1986 bis 2005 inne hatte, ist es dem konservativen Flügel des Gerichts zwar gelungen, *Roe v. Wade* zumindest in der Reichweite seiner Wirkungen spürbar zu beschränken – vor allem durch die Beschniedung der Möglichkeiten der staatlichen finanziellen Unterstützung von Abtreibungen bzw. ihre Verknüpfung mit weitreichenden Bedingungen. Eine Rücknahme der Grundsatzentscheidung von 1973 aber ist trotz entsprechender Versuche nicht gelungen. Im Vorfeld der Entscheidung zu *Planned Parenthood v. Casey* (1992)<sup>43</sup> etwa galt es unter politischen Beobachtern aufgrund der Mehrheitsverhältnisse innerhalb des Gerichts als beinahe sicher, dass das erklärte Ziel des konservativen Flügels »to overrule *Roe v. Wade*« in dieser Entscheidung nun in der Tat erreicht werden würde. Das Ergebnis der knappen 5:4-Entscheidung des Gerichts war aber schließlich auch hier lediglich die weitere Einschränkung der Reichweite von *Roe v. Wade*, daneben aber die Bestätigung der Entscheidung in ihren Kernaussagen. In dieser Linie liegt auch noch die Entscheidung des Roberts Court in *Gonzales v. Carhart* (2007),<sup>44</sup> in der zwar die besondere medizinische Methode der sogenannten »partial birth abortion« für unzulässig erklärt wurde, jedoch auch hier, ohne dabei *Roe v. Wade* in seinen Kernaussagen in Frage zu stellen.

Das Beispiel ist symptomatisch für den deutlich wahrnehmbaren, aber dennoch nur teilweise Erfolg der Ernennungspraxis republikanischer Präsidenten in ihrem Versuch, die »collective position« des Gerichts zu prägen. Der Grund dafür liegt zum einen in der Schwierigkeit, die »ideologische« Position von Kandidaten zuverlässig einzuschätzen, und zum anderen in der tatsächlich weitgehend unabhängigen Position, die die Richter nach der Ernennung während ihrer Amtsausübung einnehmen. In der aktuellen Zusammensetzung des Supreme Court und für die allgemeine Ausrichtung seiner aktuellen Rechtsprechungspraxis sind die Neuernennungen von Chief Justice John Roberts und Justice Samuel Alito durch George W. Bush im Jahr 2005 bzw. 2006 und von Justice Sonia Sotomayor und Elena Kagan durch Barack Obama im vergangenen und in diesem Jahr aber dennoch von einiger Bedeutung. Die Ernennungen durch Bush haben eine zwar moderate, aber dennoch spürbare weitere Verschiebung des Kräfteverhältnisses zugunsten des konservativen Flügels innerhalb des Gerichts geführt, die sich in der deutlichere konservative Akzente setzenden Rechtsprechung des Roberts Court niederschlägt.<sup>45</sup> Als

43 505 U.S. 833.

44 550 U.S. 124.

45 Von Bedeutung ist dabei u. a. die besondere strategische Rolle des Chief Justice, die besondere Einflussmöglichkeiten auf die Arbeit des Gerichts eröffnet und die Chief Justice Roberts (ähnlich wie bereits sein Vorgänger Rehnquist) sehr effizient zu nutzen weiß. Neben dem Vorteil eines starken konservativen Chief Justice hat aber vor allem die Ernennung von Samuel Alito zu einer Verschiebung des Kräfteverhältnisses beigetragen. Der ein klares konservatives Profil

bisher spektakulärste Entscheidung des Roberts Court gilt die eingangs bereits ange- sprochene Entscheidung in *Citizens United v. Federal Election Commission* im Januar dieses Jahres. Die kontrovers diskutierte Grundsatzentscheidung zur Frage der Finanzierung politischer Kampagnen, durch die mehrere Bundes- und Einzelstaatsgesetze revisionsbedürftig geworden sind und durch die auch mehrere frühere Entscheidungen des Supreme Court in ihrer Wirkung aufgehoben wurden,<sup>46</sup> erweitert auf der Grundlage einer sehr weiten Interpretation des Grundrechts auf Redefreiheit die Möglichkeiten von Wirtschaftsunternehmen (und insbesondere, so betont etwa Präsident Obamas Kritik an dem Urteil, von großen nationalen und internationalen Wirtschaftskonzernen), politische Kandidaten in Wahlkämpfen mithilfe eigener, unabhängiger Kampagnen zu unterstützen. Die Entscheidung richtet sich damit zumindest gegen Teile der sogenannten *McCain-Feingold-Provision* von 2002, die solche unabhängigen Kampagnen von Wirtschaftsunternehmen im unmittelbaren Vorfeld von Wahlen untersagt und die seit längerem bevorzugtes Ziel konservativer Kritiker ist.<sup>47</sup> Es ist umstritten, ob die Entscheidung in *Citizens United* auch als Testfall für die grundsätzliche Haltung des Gerichts in denjenigen wirtschafts-, finanz- und sozialpolitischen Fragen gelten kann, die in der po-

aufweisende Alito, dessen Bestätigung im Senat äußerst umstritten war und nur mit einer vergleichsweise knappen Mehrheit von 58 zu 42 Stimmen zustande kam, hat Sandra Day O'Connor ersetzt, die zwar als Kandidatin Ronald Reagans ebenfalls auf einem konservativen Ticket in das Gericht gekommen war, die in ihrer konkreten Entscheidungspraxis aber einen moderaten mittleren Kurs verfolgte. Als Konsequenz daraus ist die strategisch entscheidende Rolle der »swing vote«, der mittleren Position zwischen dem liberalen und dem konservativen Flügel des Gerichts, die O'Connor über eine lange Zeit besetzt und die ihr einen ungewöhnlich großen Einfluss auf die kollektive Ausrichtung des Gerichts eröffnet hatte, nunmehr auf Justice Anthony Kennedy übergegangen, dessen Record an Entscheidungen seit 2006 eine stärkere konservative Tendenz erkennen lässt, als es zuvor der Fall war. Vgl. die entsprechenden Jahresberichte im *Supreme Court Year Book* ([www.cqpress.com/product/Supreme-Court-Yearbook-Series-1989-2008.html](http://www.cqpress.com/product/Supreme-Court-Yearbook-Series-1989-2008.html), Stand: 11.1.2010) und die zusammenfassenden Darstellungen bei Brugger, Winfried: Neuere Rechtsprechung des U.S. Supreme Court, in: Juristen Zeitung 64 (2009), S. 609-621; ders.: Neuere Rechtsprechung des U.S. Supreme Court, in: Juristen Zeitung 63 (2008), S. 773-784; ders.: Vom Rehnquist Court zum Roberts und Alito Court. Ein konservativer Wendepunkt im U.S. Supreme Court?, in: Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 66 (2006), S. 415-434 sowie Abraham: Justices, Presidents, and Senators, S. 315 ff.

- 46 In seiner Rechtsprechung vor *Citizens United* hatte der Supreme Court mehrmals die Verfassungsmäßigkeit solcher gesetzlichen Restriktionen unabhängiger Kampagnen bestätigt. Vgl. die entsprechende Darstellung und die demokratietheoretische Begründung der bisherigen Position des Gerichts zu Fragen der Kampagnenfinanzierung bei Breyer: Active Liberty, S. 38 ff.
- 47 Zu den voraussichtlichen Konsequenzen der Entscheidung in *Citizens United* vgl. die Sammlung verschiedener Stellungnahmen in der Washington Post vom 24.1.2010: Who is helped, or hurt, by the Citizens United Decision? (<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/01/22/AR2010012203874.html?hpid=opinionsbox1>, Stand: 2.3.2010) und Liptak, Adam: Justices, 5-4, Reject Corporate Spending Limit, in: The New York Times vom 21.1.2010 (<http://www.nytimes.com/2010/01/22/us/politics/22scotus.html>, Stand: 2.3.2010).

litischen Agenda der Obama-Administration eine zentrale Rolle spielen.<sup>48</sup> In der aktuellen Diskussion zeichnet sich allerdings schon seit geraumer Zeit deutlich ab, dass die besonders umstrittene Gesundheitsreform der Obama-Administration seitens ihrer konservativen Kritiker auch auf der Grundlage verfassungsrechtlicher Argumente und Strategien bekämpft wird.<sup>49</sup> Unter republikanischen Parteigängern jedenfalls gilt es seit langem als sicher, dass in der Frage der Gesundheitsreform »the Courts, and not Congress, will have the last word.«<sup>50</sup>

An der konservativen Grundausrichtung des Roberts Court, die in den genannten Beispielen deutlich wird, haben auch die Ernennungen von Sonia Sotomayor und Elena Kagan 2009 und 2010 nichts geändert, da sie mit David Souter und John Paul Stevens zwei Richter ersetzt haben, die zwar durch den älteren George Bush bzw. durch Gerald Ford und also jeweils durch konservative Präsidenten ins Amt gekommen, aber dennoch beide dem liberalen Flügel zuzurechnen waren. Und es ist unwahrscheinlich, dass sich die skizzierte Grundorientierung des Gerichts in absehbarer Zeit aufgrund von Neuerennungen zugunsten des liberalen Flügels verschieben könnte. Als wahrscheinlichste Kandidatin für ein Ausscheiden aus dem Amt gilt derzeit Ruth Bader Ginsburg, ebenfalls eine liberale Richterin. Die Ernennung Sotomayors und Kagans ist aber aus einem anderen Grund von Bedeutung, der unmittelbar einige der zentralen Fragen zur Rolle und

- 48 Die Entscheidung in *Citizens United* hat zumindest relativ deutlich gezeigt, dass der Roberts Court zu weitgehenden Revisionen der bisherigen Rechtsprechung und zu einer entsprechend großzügigen Auslegung der Bindungswirkung von früheren Präzedenzentscheidungen des Gerichts bereit ist. Das ist insofern von Bedeutung, als eine dezidiert konservative Agenda der Verfassungsinterpretation notwendigerweise eine solche Bereitschaft zur zumindest teilweisen Revision der liberalen Rechtsprechungstradition vor allem der Warren- und Burger-Courts voraussetzt, etwa deren eher zentralistische Auslegung der sogenannten »Interstate Commerce Clause«, die im Bereich der Wirtschaftspolitik und des amerikanischen Föderalismus eine wichtige Rolle spielt. Die Betonung des Präzedenzprinzips bzw. des sogenannten »stare decisis«-Prinzips, das sich aus der angelsächsischen Common-Law-Tradition heraus entwickelt hat und das die Bindungswirkung von Präzedenzentscheidungen stark macht, gehört allerdings zu den wesentlichen Bestandteilen derjenigen Theorien der Verfassungsinterpretation, die von den konservativen Richtern des Roberts Court, etwa von Chief Justice Roberts selbst und von Antonin Scalia, vertreten werden und mit der sie insbesondere den Vorwurf des systematischen *judicial activism* gegen die liberale Verfassungsrechtsprechung seit den 1950er Jahren zu untermauern versuchen. Eine dezidiert konservative Agenda setzt so gesehen eine spezifisch konservative Variante von *judicial activism* voraus, der zu einer teilweisen Suspendierung des *stare-decisis*-Prinzips bereit ist.
- 49 Vgl. zum Beispiel bereits Barnett, Randy/Stewart, Nathaniel/Gaziano, Todd: Why the Personal Mandate to Buy Health Insurance Is Unprecedented and Unconstitutional. Legal Memorandum published by The Heritage Foundation, 9. Dezember 2009 ([www.heritage.org/Research/LegalIssues/Im0049.cfm](http://www.heritage.org/Research/LegalIssues/Im0049.cfm) (Stand: 25.2.2010)). Eines der wichtigsten verfassungsrechtlichen Argumente der Gesundheitsreform-Gegner bildet neben einer restriktiven, stärker föderalen Interpretation der »Interstate Commerce Clause« der US-Verfassung interesseranterweise gerade die Berufung auf das in der Verfassung nur implizierte Grundrecht auf Privatheit, das auf die liberale Rechtsprechung des Supreme Court der 1960er und 1970er Jahre zurück geht.
- 50 Rivkin, David/Casey, Lee: Is Government Health Care Constitutional? In: Wallstreet Journal Online ([www.online.wsj.com/article/SB12456294899223531.html](http://www.online.wsj.com/article/SB12456294899223531.html), Stand: 4.2.2010).

zum Selbstverständnis des Supreme Court als Vermittlungsinstanz zwischen Recht und Politik berührt, die hier oben im ersten Teil skizziert wurden.

### 3.3 Die Kontroverse um »Judicial Transnationalism«

Einer der wesentlichen kritischen Einwände seitens republikanischer Senatoren, die im Zuge sowohl von Sotomayors als auch von Kagans Anhörung vor dem Justizausschuss des Senats diskutiert wurden, betraf beider Befürwortung der Einbeziehung einer transnationalen Perspektive in der Auslegung der Grundprinzipien der Verfassung.<sup>51</sup> Ihre Überlegungen zur Frage »of how much we have to learn from foreign law and the international community when interpreting our Constitution«<sup>52</sup> bezieht sich auf das Prinzip eines sogenannten »judicial transnationalism«, das seit einigen Jahren innerhalb des Gerichts und in seinem Umfeld kontrovers diskutiert wird. Eine besonders profilierte Position vertritt in dieser Frage Justice Ruth Bader Ginsburg, die sich seit einigen Jahren entschieden für eine Ergänzung der Perspektive des Supreme Court um transnationale Bezüge einsetzt. Dabei geht es um eine Methode der Interpretation, die zur Klärung der Bedeutung von Grundbestimmungen der amerikanischen Verfassung vergleichend die Erfahrungen und Argumente anderer nationaler Verfassungsgerichte bzw. internationaler Gerichtshöfe oder auch die Bestimmungen internationaler Grund- und Menschenrechtsabkommen heranzieht – und zwar u. a. auch solcher internationaler Abkommen, welche die amerikanische Regierung selbst nicht unterzeichnet hat. Denn es geht dabei nicht um die Frage nach einer unmittelbaren Bindungswirkung solcher Abkommen oder etwa um eine Präzedenzwirkung von »foreign judicial opinions«,<sup>53</sup> sondern um die sachliche Erweiterung der *Interpretationsgrundlage* der genuin amerikanischen Verfassungsrechtsprechung:

- 51 Vgl. die Anfrage von Senator John Cornyn an Elena Kagan und die entsprechende Anfrage von Senator Jeff Sessions an Sonia Sotomayor und deren jeweilige Antworten in den schriftlichen Unterlagen zu ihren Anhörungen vor dem Justizausschusses des Senats: »Responses to Questions submitted for the Record«, (<http://judiciary.senate.gov/nominations/SupremeCourt/upload/ElenaKagan-QFRs.pdf>, S. 5 ff., Stand: 27.9.10 bzw. <http://judiciary.senate.gov/nominations/SupremeCourt/upload/Sotomayor-QFRs.pdf>, S. 15 ff., Stand: 2.3.2010).
- 52 Vgl. Sotomayor, Sonia: Foreword, in: Terris, Daniel/Romano, Cesare P. R./Sigwart, Leigh: *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Boston 2007, S. ix-x; hier: S. ix.
- 53 Obwohl dies ein oft vorgebrachter Vorwurf seitens der Kritiker eines »judicial transnationalism« ist, wird von keinem seiner Vertreter eine solche bindende Präzedenzwirkung von »non-US law« behauptet. Vgl. dazu die Erläuterungen bei Mark Tushnet: *When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law*, in: *The Minnesota Law Review* 90 (2006), S. 1275-1302, hier: S. 1284 ff. Vgl. auch die Versuche der Begründung solcher transnationalen Bezüge in einem aktualisierten Verständnis eines »law of nations« bzw. in einer Konkretisierung des sogenannten »Condorcet Jury Theorem« bei Waldron, Jeremy: *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in: *Harvard Law Review* 119 (2005), S. 129-147 bzw. bei Posner, Eric A./Sunstein, Cass R.: *The Law of Other States*, in: *Stanford Law Review* 59 (2006), S. 131-180.

*»Foreign opinions are not authoritative; they set no binding precedent for the U.S. judge. But they can add to the store of knowledge relevant to the solution of trying questions. Yes, we should approach foreign legal materials with sensitivity to our differences, deficiencies, and imperfect understanding, but imperfection, I believe, should not lead us to abandon the effort to learn what we can from the experience and good thinking foreign sources may convey.«<sup>54</sup>*

In einer solchen Interpretationspraxis, so Ginsburg, realisiere der Supreme Court die Forderung eines »decent respect to the Opinions of Humankind«, der schon den Geist der Unabhängigkeitserklärung von 1776 maßgeblich geprägt habe.<sup>55</sup>

Die Ernennungen Sotomayors und Kagans verstärken die Reihe der Befürworter einer solchen transnationalen Perspektive, die übrigens nicht nur den liberalen Flügel des Gerichts, sondern auch Justice Anthony Kennedy umfasst, der momentan die strategisch wichtige Rolle der »swing vote« in der politisch-ideologischen Mitte des in zwei mehr oder weniger gleich starke Flügel geteilten Gerichts besetzt. Justice Kennedy war es auch, der die Mehrheitsmeinung in der in dieser Hinsicht bisher prominentesten Entscheidung des Gerichts im Fall *Roper v. Simmons* (2005)<sup>56</sup> geschrieben hat. In der Entscheidung, die die Vollstreckung der Todesstrafe gegen minderjährige Straftäter für verfassungswidrig erklärt, bezieht sich das Gericht in seiner Interpretation der genaueren Bedeutung des Verbots von »cruel and unusual punishment« im 8. Amendment der US-Verfassung explizit auf »the laws of other countries and to international authorities as instructive for its interpretation«. Unter anderem mit Bezug auf die UN-Kinderrechtskonvention kommt die Entscheidungsgrundlage zu dem Ergebnis, dass »it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty.« Zwar habe diese Tatsache keine in irgendeiner Weise rechtlich bindende Wirkung, aber sie sei bei der Interpretation der einschlägigen Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen:

*»It is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty (...). The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions. (...) Not the least of the reasons we honor the Constitution ... is because we know it to be our own. It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.«<sup>57</sup>*

54 Vgl. Ginsburg, Ruth Bader: »A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind«: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication. Rede gehalten vor dem *Constitutional Court of South Africa* am 7. Februar 2006, [www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp\\_02-07b-06.html](http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_02-07b-06.html), (Stand: 29.1.2010).

55 Ebd.

56 543 U.S. 551.

57 Anthony Kennedy in der »Opinion of the Court« zu *Roper v. Simmons* (im Netz unter <http://supreme.justia.com/us/543/03-633/case.html>, Stand: 2.3.2010).

In ähnlicher Weise hat das Gericht auch in einigen anderen Fällen auf eine solche transnationale Interpretationsmethode zurückgegriffen,<sup>58</sup> besonders deutlich im Fall *Graham v. Florida*, der im Mai dieses Jahres entschieden wurde.<sup>59</sup> Diese Methode ist zwar selbst einer der besonders kontrovers diskutierten Gegenstände der aktuellen politischen Auseinandersetzungen, und sie wird vor allem von den Vertretern einer »Living Constitution«-Konzeption befürwortet. Aber sie ließe sich auch auf der Grundlage einer »originalistischen« Theorie der Verfassungsinterpretation begründen,<sup>60</sup> was in Ginsburgs erwähntem Bezug auf die Unabhängigkeitserklärung bereits angedeutet ist.<sup>61</sup> In den *Federalist Papers* jedenfalls gehört das Bemühen um eine Öffnung des nationalen politisch-kulturellen Selbstverständnisses für die Argumente eines inter- und transnationalen Diskurses um Rechts-, Gerechtigkeits- und Freiheitsfragen explizit zu den genuinen Auf-

- 58 Zwei weitere besonders prominente Beispiele sind die Entscheidungen in *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304) von 2002 zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe gegen geistig behinderte Straftäter und *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558) von 2003 zur Frage des Grundrechtschutzes Homosexueller gegen Diskriminierung.
- 59 560 US \_\_ (2010). Die schriftliche Begründung der 6:3-Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit lebenslanger Haftstrafen ohne die Möglichkeit vorzeitiger Entlassung (»without parole«) gegen minderjährige Straftäter bezieht sich explizit auf die oben zitierte Passage aus *Roper v. Simmons* und ebenfalls auf die UN-Kinderrechtskonvention (<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412.pdf>, S. 30 f. (Stand: 27.09.10)). Im letzten Abschnitt der von Justice Kennedy verfassten »Opinion of the Court« heißt es unter anderem: »There is support for our conclusion in the fact that, in continuing to impose life without parole sentences on juveniles who did not commit homicide, the United States adheres to a sentencing practice rejected the world over. This observation does not control our decision. The judgments of other nations and the international community are not dispositive as to the meaning of the Eighth Amendment. But ›(t)he climate of international opinion concerning the acceptability of a particular punishment‹ is also ›not irrelevant.‹ (...) The Court has looked beyond our Nation's borders for support for its independent conclusion that a particular punishment is cruel and unusual. (...) Today we continue that longstanding practice in noting the global consensus against the sentencing practice in question.« (Ebd., S. 29 f.).
- 60 Insbesondere dann, wenn man die Variante eines »semantic originalism« zugrunde legt, die Ronald Dworkin in seinem kritischen Kommentar zu Scalias Interpretationstheorie befürwortet. Vgl. Dworkin, Ronald: Comment, in: Gutman (Hrsg.): *A Matter of Interpretation*, S. 115-127; hier: S. 119 ff.
- 61 Zur Frage des Status der verschiedenen außerkonstitutionellen Quellen, auf die sich originalistische Interpretationen der Verfassung stützen, vgl. Bloom: *Methods of Interpretation*, S. 58 ff. (zur Unabhängigkeitserklärung S. 72, zu den *Federalist Papers* S. 89 ff.). Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Stellungnahme, die Amnesty International zum oben erwähnten Fall *Graham v. Florida* beim Supreme Court eingereicht hat und die in ganz ähnlicher Weise mit dem Verweis auf eine transnationale Perspektive schon der amerikanischen Verfassungsväter für die Berücksichtigung internationalen und transnationalen Rechts argumentiert: »International Law and opinion have informed the law of the United States from the Declaration of Independence forward. The Founders were greatly influenced by international legal and social thought; and throughout the history of this country, courts have referred to international standards in considering the permissibility of practices under the constitution. (...) Thus, *amicus* consider the history of treatment of juveniles under international law and practice with respect to life without parole sentences to be of particular interest to this Court in carrying out its role under U.S. constitutional law.« Amnesty International: *Amicus Curiae Brief* zu *Graham v. Florida* und *Sullivan v. Florida*, S. 2 ([http://www.abanet.org/publiced/preview/briefs/pdfs/07-08/08-7412\\_PetitionerAmCuAmnestyIntl.pdf](http://www.abanet.org/publiced/preview/briefs/pdfs/07-08/08-7412_PetitionerAmCuAmnestyIntl.pdf), Stand: 2.3.2010).

gaben derjenigen Institutionen des amerikanischen Regierungssystems, denen die Verfassung einen besonders hohen Grad an Unabhängigkeit zugesteht. Und diese Funktion der Öffnung des nationalen politischen Diskurses durch die »repräsentativen« Institutionen des amerikanischen Regierungssystems ist aus Sicht der *Federalists* vor allem in solchen Situationen von wesentlicher Bedeutung, in denen die öffentliche Diskussion durch starke Polarisierungen aufgrund politischer »Leidenschaften« bzw. von »Interessen des Augenblicks« dominiert wird. Die folgende Passage aus Madisons Federalist Paper No. 63 zur Frage der Institutionalisierung einer prinzipiellen »Sensibilität gegenüber der Weltmeinung« bezieht sich zwar auf den Senat, aber sie lässt sich vor dem Hintergrund des Gesagten auch auf den Supreme Court übertragen:<sup>62</sup>

*»Die Beachtung des Urteils anderer Nationen ist für jede Regierung aus zwei Gründen wichtig: zum einen, weil unabhängig vom Sinn irgendeines Plans oder einer Maßnahme, es in verschiedener Hinsicht wünschenswert ist, dass diese in den Augen anderer Nationen als Ergebnis einer klugen und ehrenwerten Politik erscheinen; zum anderen, weil in zweifelhaften Fällen, insbesondere wenn die Gremien der Nation von einer starken Leidenschaft oder einem Interesse des Augenblicks erfasst werden, die angenommene oder tatsächliche Meinung einer unvoreingenommenen Welt die beste Richtschnur sein kann, an die man sich halten sollte. Was hat Amerika nicht alles dadurch eingebüßt, dass sein Ansehen bei fremden Mächten gelitten hat. Wie viele Fehler und Dummheiten hätte es vermeiden können, wenn Gerechtigkeit und Angemessenheit seiner Maßnahmen in jedem Fall zuerst in dem Licht betrachtet worden wären, in dem sie wahrscheinlich dem unvoreingenommenen Teil der Menschheit erschienen sind?«<sup>63</sup>*

In einem ähnlichen Sinne, wie Madison hier die transnationale Öffnung des nationalen politisch-kulturellen Dialogs zu institutionalisieren versucht, hat auch Seyla Benhabib in ihrem jüngsten Aufsatz die Bedingungen einer »mediatization between international norms and the >associated loyalty of citizens< (...) to their respective nations« diskutiert und dabei die wichtige Rolle des Supreme Court betont – übrigens mit direktem Bezug auf die hier oben erwähnte Entscheidung in *Roper v. Simmons*.<sup>64</sup> Aus Benhabibs Perspektive spielen dabei sogenannte »democratic iterations« im Sinne von jeweils eigenständlichen Anverwandlungen bzw. nationalen Interpretationsvarianten des internationalen Rechts- und Gerechtigkeits-Diskurses eine wesentliche Rolle.<sup>65</sup> In Benhabibs Argumentation zeichnet sich dabei das politisch-kulturelle Selbstverständnis eines offenen, transnational eingebundenen liberalen Kommunitarismus ab, das in kompakter Form

62 Vgl. dazu auch den jüngst erschienenen Artikel von Martha Minow: The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States, in: Harvard International Law Journal Online 52/August 27 (2010) ([http://www.harvardilj.org/site/wp-content/uploads/2010/08/HILJ-Online\\_52\\_Minow.pdf](http://www.harvardilj.org/site/wp-content/uploads/2010/08/HILJ-Online_52_Minow.pdf), Stand: 27.9.10), S. 2, die sich in ähnlicher Weise auf den Federalist Artikel No. 63 bezieht und dessen Inhalt mit der Entscheidung in *Roper v. Simmons* in Verbindung bringt.

63 Hamilton/Madison/Jay: Die Federalist Artikel, S. 380.

64 Benhabib, Seyla: Claiming Rights across Borders: International Human Rights and Democratic Sovereignty, in: American Political Science Review 103 (2009), S. 691–704; hier: S. 691.

65 Ebd., S. 697 ff.

bereits in dem oben zitierten Abschnitt aus der Urteilsbegründung des Supreme Court zu *Roper v. Simmons* angeklungen ist. Der (verfassungs)rechtliche Diskurs ist demnach integraler Bestandteil von »complex processes of public argument, deliberation, and exchange through which universalist rights claims are contested and contextualized, invoked and revoked, posited and positioned throughout legal and political institutions as well as in the associations of civil society.«<sup>66</sup> (Verfassungs)recht und seine Interpretation erscheinen so gesehen immer auch als genuin *politische Sprache*, die dazu beiträgt, das »extralegal normative universe« des gesellschaftlichen Selbstverständigungsdiskurses zu strukturieren »by developing new vocabularies for public claim making, by encouraging new forms of subjectivity to engage with the public sphere«.<sup>67</sup> Die Rolle der Verfassungsinterpretation lässt sich vor diesem Hintergrund als die einer wechselseitigen Transmission der juristischen Semantik von Verfassungsrecht in die politische Semantik des nationalen Selbstverständigungsdiskurses der amerikanischen Gesellschaft – und umgekehrt – verstehen,<sup>68</sup> in deren Vollzug sich dieses Selbstverständnis zugleich für internationale Diskurse öffnet, indem seine genuin transnationalen Implikationen artikuliert und diskutiert werden.

Entscheidend wichtig ist für Benhabib allerdings, dass der einem solchen Selbstverständnis entsprechende politisch-kulturelle Vermittlungsdiskurs als einer »local contextualization, interpretation, and vernacularization (of cosmopolitan norms) by self-governing peoples«<sup>69</sup> sich keineswegs auf den Bereich der Rechtsprechung oder gar auf höchstrichterliche Entscheidungen beschränken darf, wenn er nachhaltig zu einer demokratischen Aneignung transnationaler Prinzipien und Grundrechtsideen beitragen und dabei den Erfordernissen demokratischer Legitimität entsprechen soll.<sup>70</sup> Aus einer solchen Perspektive gesehen ist also nicht nur die Frage offen, wie weit die aktuellen Versuche einiger Verfassungsrichter tatsächlich in der Lage sein werden, die »collective position« des Supreme Court zu prägen und das Selbstverständnis des Gerichts von seiner unabhängigen, »repräsentativen« Funktion auf eine solche Rolle des Vermittlers zwischen dem nationalen Rechts- und politischen Selbstverständigungsdiskurs der amerikanischen Demokratie einerseits und einem inter- und transnationalen Rechts- und vor

66 Ebd., S. 698.

67 Ebd., S. 696.

68 Vgl. dazu auch den interessanten Aufsatz von Zink, James R.: The Language of Liberty and Law. James Wilson on America's Written Constitution, in: American Political Science Review 103 (2009), S. 442–455; hier: S. 451 ff., der die Verfassungstheorie des frühen Supreme-Court-Richters James Wilson (der zu den weniger beachteten »Verfassungsvätern« der amerikanischen Gründungsgeschichte gehört) unter anderem mit Fokus auf diese semantisch-sprachliche Transmissionsfunktion von Verfassungsrecht und seiner Auslegung interpretiert.

69 Benhabib: Claiming Rights across Borders, S. 692.

70 Ebd.: »The neglect of social movements as actors of social transformation and jurisgenerative politics in recent theorizing has led to a naive faith in legal experts, international lawyers, and judges as agents of democratic change. They may be that as well, but surely democratization without political actors who seek to empower themselves by creating new subjectivities in the public sphere, new vocabularies of claim making, and new forms of togetherness is neither conceivable nor desirable.«.

allem Grundrechts-Diskurs andererseits hin zu konkretisieren.<sup>71</sup> Sondern auch, ob ein solcher Anspruch auf die Rolle als Anwalt des Prinzips eines »decent Respect to the Opinions of Humankind« realistisch ist, ob und wie viel Aussicht auf Erfolg ein solches Rollenverständnis gegen die ebenfalls deutlich gewordene aktuelle Tendenz hat, das Gericht zum »principal battlefield« des aktuellen »national culture war« zu machen,<sup>72</sup> ob und wenn ja wie ein solcher Anspruch des Gerichts sich demokratietheoretisch legitimieren lässt und schließlich auch, ob und wie nachhaltig eine solche Anregung im Rahmen einer breiteren öffentlichen Debatte konstruktiv aufgegriffen und damit überhaupt erst politisch voll wirksam werden könnte, sind offene Fragen.

Aber für die grundsätzliche These, *dass* der Versuch, zu einem solchen stärker offenen Diskurs beizutragen, dem Selbstverständnis des Gerichts und seiner eigentümlichen Stellung »zwischen Recht und Politik« in der Tat in besonderer Weise entspricht, lassen sich sowohl in historischer Perspektive als auch mit Blick auf die aktuelle Rolle des Supreme Court eine Reihe guter Gründe finden. Hier scheint sich in der Tat zumindest die Möglichkeit einer eigenständigen Rolle des Supreme Court abzuzeichnen, die in der aktuellen, äußerst zugespitzten nationalen politischen Auseinandersetzung *konstruktive*, über die zunehmende Selbstblockade der amerikanischen Politik hinausweisende Akzente setzen könnte – eine Rolle, in der das Gericht seine weitgehend unabhängige Stellung dafür zu nutzen versucht, seinen »dialogue (with) the American people« (um die anfangs zitierte Formulierung hier noch einmal aufzugreifen), also den rechtlich-politischen Dialog über die politische Semantik und die inhaltlichen Grundsatzfragen des amerikanischen demokratisch-konstitutionellen Selbstverständnisses um eine transnationale Perspektive zu erweitern, sozusagen zu der dialogischen Konstellation eines *We and the people – and the other peoples*.

### Zusammenfassung

Der vorliegende Aufsatz stellt die Frage nach der Beziehung, in der die konkrete Rolle, die der U.S. Supreme Court in der aktuellen US-amerikanischen Politik spielt, zu dem eigentümlichen Selbstverständnis und der besonderen konstitutionellen Stellung des Obersten Gerichts steht. Für letzteres ist seine Position an der Grenze zwischen Recht und Politik, damit seine rechtlich-politische Doppelfunktion und daraus resultierend sein besonderer Anspruch auf weitgehende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ausschlaggebend. Dieser Anspruch ist auch von wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung seiner aktuellen Rolle. Insofern die Rechtsprechungspraxis des Gerichts und ihre öffentliche Wahrnehmung durch die Tatsache geprägt wird, dass es zusehends zu einem »zentralen Schlachtfeld im amerikanischen Kulturmampf« zwischen den sich radikalisierenden politischen Lagern wird, bewegt es sich permanent an der Grenze zum politisch-

71 Zumal es aus der jüngeren Entscheidungspraxis auch Beispiele gibt, die eher in eine andere Richtung zu weisen scheinen, z. B. die Entscheidung zu *Medellin v. Texas* (552 U.S. 491) von 2008.

72 Vgl. hier oben Fußnote Nr. 4.

legitimatorischen Selbstwiderspruch. Auf der anderen Seite zeichnet sich vor allem in den Bemühungen einiger Richter, den ideologisch zugesetzten, teilweise blockierten amerikanischen Politik- und Selbstverständigungsdiskurs für transnationale Bezüge und Argumente zu öffnen, die Möglichkeit einer konstruktiven, die radikalen Gegensätze vermittelnden Rolle des Court ab, die in besonderer Weise seinem Selbstverständnis und seiner konstitutionellen Stellung entspricht.

### *Summary*

This article focuses on the particular political position and function of the U.S. Supreme Court within the American constitutional framework and within current American politics and raises the question of whether and how the court's respective self-conception concurs with and influences its particular political role. From its peculiar position between law and politics and its function as a guard of the Constitution, the Supreme Court traditionally derives the claim of being a particularly independent and impartial political institution – independent not only from the other branches of government, but also from the momentary currents of public opinion. Behind this background, the court's current political role turns out to oscillate between two possibilities. While on the one hand the court is in danger of becoming one of the central battlegrounds of the current American »culture wars« between liberals and conservatives and therewith of coming into a fundamental conflict both with its constitutional role and its own self-conception, there is also looming, on the other hand, a peculiarly constructive role the court may be able to play within this “culture war” situation. The final chapter of this article argues that particularly the discussion on the issue of “judicial transnationalism” indicates such a constructive role.

*Hans-Jörg Sigwart, We and the People: Self-Conception and Political Role of the U.S. Supreme Court*