



Professor Dr. Winfried Brugger, LL.M., Heidelberg

## Der neue U.S. Supreme Court: Eine konservative Bastion?

*Seit 2005 hat sich die Zusammensetzung des U.S. Supreme Court erheblich geändert: Chief Justice William Rehnquist ist gestorben, Associate Justice Sandra Day O'Connor ist zurückgetreten. Sie wurden ersetzt durch den neuen Chief Justice John Roberts und den neuen Associate Justice Samuel Alito. Der Artikel beschreibt zunächst das Verhältnis von Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Tradition, analysiert das Ernennungsverfahren von Justices des Supreme Court in den USA und geht auf die Hintergründe gerade der neuen Personalrochaden ein. Politisch ist die Sachlage so, daß die Republikaner vom "neuen" Supreme Court die Art von konservativer Wende erwarten, die die Demokraten befürchten. Ob diese Einschätzungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt schon zutreffen, wird am Ende des Artikels erörtert.*

S. 90

- HFR 8/2006 S. 1 -

### 1 Teil 1

#### I. Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit

Parlamentswahlen werden in der Öffentlichkeit meistens als das herausragende politische Ereignis angesehen, bestimmen sie doch, welche Parteien für die nächste Legislaturperiode im Namen des Volkes Recht setzen und die gesellschaftlichen Verhältnisse gestalten dürfen. So richtig das ist, bedarf diese Einschätzung doch einer Ergänzung, ja Einschränkung. Denn moderne Demokratien sind nicht reine Mehrheitssysteme, in denen das Motto „The winner takes all“ gilt. Sie unterliegen vielmehr diversen Gewaltkontrollen, von denen die Kontrolle aller Staatsgewalt durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit die in vieler Hinsicht konsequenzenreichste ist. Seit der Entscheidung des U.S. Supreme Court im Fall Marbury v. Madison im Jahr 1803<sup>1</sup> ist klaggestellt, daß die Verfassung des Staates nicht nur Vorrang vor einfachen Parlamentsgesetzen hat, sondern daß dieser Vorrang auch durch ein Verfassungsgericht überprüft wird, das im Kollisionsfall das entgegenstehende Recht für nichtig erklärt. Das erklärt es, warum Fragen der Zusammensetzung der jeweiligen Verfassungsgerichte von größter politischer und rechtlicher Bedeutung sind.

- 2 Nicht in allen modernen Demokratien wird dieser Bedeutung in der Öffentlichkeit gleich stark Rechnung getragen. In Deutschland war über Jahrzehnte die Auswahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts keine die Publizistik oder gar Allgemeinheit stark berührende Angelegenheit, was mit der Intransparenz des Auswahlverfahrens nach § 5 BVerfGG zu tun hat. Ausführliche Reportagen oder Richterportraits gab es kaum. In den letzten zwanzig Jahren hat sich dies zwar geändert, doch läßt sich die deutsche Aufmerksamkeit für Personalentscheidungen am Verfassungsgericht bei weitem nicht mit den USA vergleichen, wo Juristen, Publizisten und Bürger schon seit langem der Besetzung des Supreme Court höchste Aufmerksamkeit zollen. Das liegt zum ersten an dem stärker politischen Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit, zum zweiten an

---

<sup>1</sup> Hierzu Winfried Brugger, Der Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Marbury v. Madison, DAJV-Newsletter 2003, S. 10 ff. (auch in: Juristische Schulung 2003, S. 320 ff.), sowie die Beiträge von Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa: Zweihundert Jahre Marbury v. Madison, DAJV-Newsletter, aaO, S. 1 ff., und Charles Abernathy, The Lost European Aspirations of US Constitutional Law, aaO, S. 6 ff. Von der Entscheidung im Jahr 1803 bis zur wirklichen, mehr oder weniger unangefochtenen Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts und - im Negativfall- Verwerfungsrechts in den USA dauerte es freilich rund 100 Jahre.

der höheren Transparenz, die das richterliche Geschäft in den USA besitzt<sup>2</sup>, und zum dritten an der Tatsache, daß die Richter des Supreme Court auf Lebenszeit ernannt werden<sup>3</sup>, während die Richter des Bundesverfassungsgerichts nur eine Amtszeit von zwölf Jahren haben. Führt man sich vor Augen, daß die Richter des Supreme Court in der Regel nicht nur lange leben, sondern auch selten vor dem Tod zurücktreten – 80-jährige Justices sind keine Ausnahme –, und nimmt man demgemäß zur Kenntnis, daß ein mit 50 Jahren ernannter Justice mit einer 30-jährigen Amtszeit das Vielfache der Amtsperioden von Mitgliedern des Repräsentantenhauses (Amtszeit von zwei Jahren), Präsident (vier Jahre) oder Senatoren (sechs Jahre) in Anspruch nimmt, so verwundert es nicht, daß Neubesetzungen am Supreme Court zu den bedeutsamsten Entscheidungen in der Politik der USA gezählt werden.<sup>4</sup>

S. 91

- HFR 8/2006 S. 2 -

### 3 II. Zur Rolle des Chief Justice

Wird zudem nicht nur ein Associate Justice, sondern ein neuer Chief Justice ernannt wie jetzt am 29. September 2005 John G. Roberts, so tritt noch eine Steigerung der Wichtigkeit einer solchen Personalentscheidung ein. Anders als in Deutschland, wo die Namen der Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts nur Juristen und einschlägig interessierten Bürgern und Politikern bekannt sind, ist in den USA flächendeckend von dem Supreme Court im Zusammenhang mit dem Namen des Chief Justice die Rede.<sup>5</sup> Es gibt zahllose Artikel in der Fachpresse wie allgemeinen Publizistik, die sich zum Beispiel mit der Rechtsprechung oder politischen Linie des Warren Court<sup>6</sup>, des Burger Court<sup>7</sup>, des Rehnquist Court<sup>8</sup> und nunmehr mit der künftigen Linie des Roberts Court befassen. Die herausragende Rolle des jeweiligen Chief Justice erklärt sich nicht aus der von ihm abgegebenen Stimme in einem Fall: Diese zählt nicht mehr oder weniger als das Votum eines Associate Justice, und da der Supreme Court neun Mitglieder hat, gibt es auch kein Stimmenpatt, bei dem die Stimme des Vorsitzenden vielleicht entscheidend sein könnte. Sie erklärt sich auch nicht aus besonders in der Verfassung verankerten Rechten: Diese erwähnt den Chief Justice nur an einer Stelle, in Art. I Abschnitt 3, Unterabschnitt 6: „When the President of the United States is tried [in an impeachment proceeding], the Chief Justice shall preside.“<sup>9</sup> Die Bedeutung liegt vielmehr in der Tatsache, daß der Chief Justice das öffentliche Gesicht des Gerichts ist und viele zusätzliche Kompetenzen wahrnimmt, die außerhalb des Verfassungstextes angesiedelt sind.<sup>10</sup> Seine Kompetenzen haben sich über einen Zeitraum von über 200 Jah-

<sup>2</sup> Das gilt vom öffentlichen Anhörungsverfahren vor dem Senat (dazu gleich noch im Text) bis zu Büchern vieler ehemaliger Law Clerks des Supreme Court darüber, wie an diesem Gericht „wirklich“ gearbeitet wird. Solche Enthüllungsbücher auf oft hohem intellektuellen Niveau bilden in den USA ein eigenes Buchgenre. In Deutschland gibt es dazu kein Pendant.

<sup>3</sup> In den USA dringen einige prominente Verfassungsrechtler auf eine zeitliche Begrenzung der Amtszeit der Supreme Court-Richter, etwa auf 12 Jahre wie am Bundesverfassungsgericht. Die Verfassung der USA gibt durch Art. III Abschnitt 1 nach allerdings umstrittener Auffassung keine Amtszeit auf Lebenszeit vor.

<sup>4</sup> Das zeigt sich unter anderem daran, daß alle großen Tageszeitungen der USA ausführlich über solche Fragen berichten und anlässlich von anstehenden Neuberufungen detaillierte Biographien vorstellen und Dossiers über die bisherige berufliche Tätigkeit bereitstellen. Diese sind auch für den ausländischen Leser über das Internet leicht zugänglich, bis zu deren Archiven, die zum Teil kostenlos Information bereithalten. Siehe vor allem die Washington Post, [www.washingtonpost.com](http://www.washingtonpost.com), die New York Times, [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com), die Los Angeles Times, [www.latimes.com](http://www.latimes.com), und den San Francisco Chronicle, [www.sfgate.com](http://www.sfgate.com). Die hier gegebenen Belege sind nur exemplarisch und könnten um viele andere aus diesen oder anderen Publikationsorganen ergänzt werden.

<sup>5</sup> Siehe Winfried Brugger, Verfassungsgerichtspolitik à la USA, Zeitschrift für Rechtspolitik 20 (1987), S. 52 ff.

<sup>6</sup> Earl Warren, Chief Justice von 1953 bis 1969.

<sup>7</sup> Warren Burger, Chief Justice von 1969 bis 1986.

<sup>8</sup> William Rehnquist, Chief Justice von 1986 bis 2005.

<sup>9</sup> Dies war zuletzt 1999 in dem Anklageverfahren gegen Präsident Clinton der Fall, das Chief Justice Rehnquist leitete.

<sup>10</sup> Siehe die Darstellung von Judith Resnik, Statement Prepared for the Committee on the Judiciary of the United States Senate. Hearing: Judicial Nomination: John G. Roberts, Jr. of Maryland To Be Chief Justice of the United States, Abschnitt II, einsehbar auf [www.law.yale.edu/outside/html/Public\\_Affairs/641/yls\\_article.htm](http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/641/yls_article.htm). Abfrage vom 30. September 2005. Kurze Zusammenfassung auch bei Linda Greenhouse, President Names Roberts as Choice For Chief Justice, New York Times vom 6. September 2005, S. 1.

ren an den verschiedensten Stellen des Parlamentsrechts entwickelt und werden ergänzt durch zahlreiche Aufgaben, die eher gewohnheitsrechtlichen Charakter haben oder aber auch der Initiative einzelner Chiefs entsprungen sind. So leitet der Chief Justice etwa die internen Verhandlungen des Gerichts, der „Conference“. Als Mitglied einer Mehrheit im Gericht ernennt er den federführenden Justice, der das Mehrheitsvotum schreibt. Er ist Administrativspitze des Supreme Court. Er ist die Spitze der Bundesgerichtsbarkeit, die circa 2000 Richter umfaßt, davon 1200 mit Ernennungen auf Lebenszeit und der Rest mit zeitlich beschränkten Amtszeiten (meistens Magistrates und Bankruptcy Judges); nimmt man die sonstigen Angestellten hinzu, so kommt man auf 30000 Mitglieder und einen Haushalt von etwa sechs Milliarden Dollar jährlich, für dessen Erhalt oder Steigerung der Chief Justice vor dem Kongreß einzustehen hat. Er ist zuständig für die Verteidigung der Unabhängigkeit der Justiz, die regelmäßig bei dem Kongreß unliebsamen Gerichtsentscheidungen von Mitgliedern desselben zumindest rhetorisch in Frage gestellt wird, gelegentlich versehen mit Drohungen, etwa die Kompetenzen der Gerichte zu beschneiden.<sup>11</sup> Die Wahrnehmung der Interessen der Justiz gegenüber den anderen Zweigen der Staatsgewalt geschieht meist in Zusammenhang mit der Judicial Conference of the United States<sup>12</sup>, einer Gruppe von herausragenden Bundesrichtern aller Instanzen und Gerichtszüge, deren Vorsitz der Chief Justice führt. Der Chief Justice gibt auch einen jährlichen State of the Judiciary Report heraus, ein Brauch, den Warren Burger eingeführt hat. Schließlich ist der Chief Justice zuständig für die Ernennung der Mitglieder vieler spezialisierter Justizausschüsse und Gerichte. Dazu gehört, in diesen Tagen besonders virulent, der Foreign Intelligence Surveillance Act Court, der Überwachungsanordnungen trifft in die nationale Sicherheit betreffenden Fragen.

S. 92

- HFR 8/2006 S. 3 -

#### 4 III. Das Ernennungsverfahren für Richter des Supreme Court

Wie kam es zur Ernennung von John G. Roberts zum neuen Chief Justice? Zwei Anlässe sind zu nennen. Im Sommer 2005 erklärte die erste weibliche Richterin des Supreme Court, Sandra Day O'Connor<sup>13</sup>, ihren Rücktritt, den sie auf die Ernennung eines Nachfolgers terminierte. Gleichzeitig erwarteten viele Beobachter des Supreme Court, daß der an Schilddrüsenkrebs erkrankte Chief Justice William Rehnquist nach Ablauf der Sitzungsperiode 2004/05 seinen Rücktritt erklären würde. Das war aber nicht der Fall. Präsident George Bush mußte also zunächst nicht zwei Nachfolger vorschlagen, sondern nur einen: John Roberts als Ersatz für Sandra Day O'Connor. Der Präsident hat nach Art. II Abschnitt 2 Unterabschnitt 2 der Verfassung ein Vorschlagsrecht, aber kein eigenständiges Ernennungsrecht. Die Ernennung kann erst erfolgen, nachdem der Senat, der zweite Beteiligte am Verfahren, „advice and consent“ gegeben hat. Es geht also schrittweise um „nomination, confirmation, appointment“. Wieviel Kontrollbefugnis dem Senat durch diese Formulierung zugestanden wird, ist streitig.<sup>14</sup> Die Praxis sieht so aus, daß der Präsident einen Kandidaten vorschlägt, der jedenfalls im großen und ganzen seine Politik oder jedenfalls seine „judicial philosophy“ entweder in Form des „judicial activism“ oder des „judicial restraint“<sup>15</sup> teilt. Von dem Vorgesprochenen erhofft der Präsident sich natürlich, daß seine Einschätzung der Ausrichtung des Kandidaten auch dessen Urteile als einmal ernannter Richter des Supreme Court bestimmen wird –

<sup>11</sup> In jüngster Zeit betrifft dies etwa Fragen der gleichgeschlechtlichen Ehe oder des Pledge of Allegiance. Siehe Charles Lane, As Chief, Roberts Would Be Tested, Washington Post vom 18. September 2005, S. A 6.

<sup>12</sup> Siehe 28 U.S.C. § 331 (2000) und die Website [www.uscourts.gov/judconf.html](http://www.uscourts.gov/judconf.html).

<sup>13</sup> Die zweite, noch amtierende Richterin des Supreme Court ist Ruth Bader-Ginsburg, die 1993 von Präsident Clinton vorgeschlagen wurde. Zu Sandra Day O'Connor siehe dies., The Majesty of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice, 2003, sowie die Biographie von Jean Kinney Williams, Sandra Day O'Connor: Lawyer and Supreme Court Justice, 2000.

<sup>14</sup> Siehe die Artikel "Nominees, Rejection of", „Selection of Justices“ und „Senate Judiciary Committee“ in: Kermit L. Hall, Ed., The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, 1992, S. 596 f., 767 ff., 770 f.

<sup>15</sup> Zu den Elementen dieser beiden Haltungen siehe Winfried Brugger, Demokratie, Freiheit und Gleichheit. Studien zum Verfassungsrecht der USA, 2002, unter dem Stichwort Verfassungsgerichtsbarkeit, Aktivismus und Zurückhaltung.

eine Hoffnung, die, wie die Erfahrung lehrt, nicht immer erfüllt wird. Der Senat wird je nachdem, ob seine Mehrheit der gleichen Partei wie der Präsident angehört oder nicht, etwas weniger oder auch mehr Kontrolle ausüben. Die Senatsfraktion des Senats, die der Konkurrenzpartei des Präsidenten angehört, wird alles ihr Mögliche tun, um von ihrer Linie zu stark abweichende Kandidaten als „too extrem“ oder als „outside of the mainstream of the American people“ abzulehnen. Sie muß den Widerstand allerdings auf eine Art und Weise präsentieren, die der Öffentlichkeit noch den Eindruck vermittelt, die grundsätzlich gegebene Prerogative des Präsidenten, das Vorschlagsrecht, sei aus guten, zumindest nachvollziehbaren Gründen zurückgewiesen worden. Daß hierbei nicht nur die juristische Qualität<sup>16</sup>, sondern auch die ideologische Ausrichtung des Kandidaten eine Rolle spielt, steht außer Frage.<sup>17</sup> Selbst wenn die Gegenpartei des Präsidenten im Senat in der Minderheit ist, bestehen vielfältige Möglichkeiten, den Vorschlag des Präsidenten zu schwächen oder zu unterminieren, etwa durch lange Verfahrensverzögerung in Form des „filibuster“. Das Verfahren von „advice and consent“ ist so gestaltet, daß der vom Präsidenten vorgeschlagene Kandidat zunächst von dem Justizausschuß des Senats angehört und auf Herz und Nieren, sprich seinen zukünftigen Kurs, geprüft wird. Der Ausschuß gibt eine Empfehlung ab, über die dann der volle Senat abstimmt. Bei einer Zustimmung wird der Kandidat vom Präsidenten ernannt.

- 5 Während sich der Justizausschuß des Senats auf die Anhörung des vorgesehenen O'Connor-Nachfolgers Roberts vorbereitete, starb am 3. September 2005 der 80-jährige Chief Justice Rehnquist. Präsident Bush war mit der Wahl konfrontiert, es entweder bei dem bisherigen Vorschlag zu belassen und für Rehnquist einen Nachfolger vorzuschlagen, etwa einen der beiden konservativsten Richter am Supreme Court, Antonin Scalia oder Clarence Thomas. Er entschied sich aber für eine Variante seines schon gemachten Vorschlags: Nun sollte John Roberts nicht Sandra Day O'Connor ersetzen, sondern den Chief Justice. Nach Auffassung von politischen Freunden wie Gegnern war dies ein kluger Schritt: Roberts war vor wenigen Jahren erst zum Bundesrichter ernannt worden und war damals schon vom Senat geprüft worden; die Aussichten auf ein weiteres positives Votum waren also gut. Zudem ist Roberts erst 50 Jahre alt und könnte, wenn er z.B. wie Rehnquist 80 Jahre alt wird, den Supreme Court für 30 Jahre leiten. Schließlich ist unbestritten, daß Roberts ein glänzender Jurist mit einem einnehmenden Wesen ist, der beste Aussichten hat, ein „majority builder“ zu sein.<sup>18</sup> Das war zum Beispiel dem juristisch und sprachlich brillanten Scalia nicht zuzutrauen – dieser war und ist nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb des Gerichts umstritten wegen seiner scharfen Äußerungen gegen von ihm nicht gebilligte Auffassungen.<sup>19</sup> Freilich war für viele überzeugte konservative Republikaner der Vorschlag Roberts schon ein Kompromiß in Richtung Demokratische Partei, denn Roberts zählt zu den „moderaten Konservativen“, während der Feuerspeier Scalia für den Kern der Konservativen spricht. Umgekehrt sprach aus des Präsidenten Sicht vermutlich gerade die konziliante und vermittelnde Art von Roberts dafür, ihn für die Rolle des Chief Justice vorzusehen; ihm mag vorgeschwebt haben, daß der Verlust einzelner Schlachten, sprich: eine Niederlage bei einzelnen Urteilen mit Brisanz für republikanische Anliegen, nicht so wichtig ist wie der Gewinn des „Kriegs“, des Ziels eines insgesamt tendenziell konservativ ausgerichteten Supreme Court. Schließlich war auch noch zu bedenken, daß die Nachfolgeregelung von Justice O'Connor politisch heikler und umstrittener war als der Vorschlag, Rehnquist durch Roberts zu ersetzen. Im letztgenannten Fall würde „nur“ ein

---

<sup>16</sup> Hierzu nimmt insbesondere das American Bar Association Standing Committee on the Federal Judiciary Stellung, das 1946 eingerichtet wurde. Die „Noten“ sind „well qualified“, „not opposed“ und „not qualified“. Siehe den oben Fn. 14 erwähnten Artikel „Selection of Justices“.

<sup>17</sup> Siehe dazu den in Fn. 14 genannten Artikel „Senate Judiciary Committee“, S. 771: „Of the twenty-six persons whose nominations to the Court have been rejected or withdrawn, only five are currently seen as judicially unqualified“, mit Beispielen.

<sup>18</sup> Siehe z.B. die Aussage von Pepperdine Law Professor Douglas Kmiec, zitiert in Los Angeles Times vom 6. September 2005, S. A 22: „He is genial, warm, welcoming, not quick to take umbrage or disagree ... He will be very effective by wit, intelligence and the ability to build coalitions or particular points of view.“

<sup>19</sup> Zu diesem Richter wie den anderen Richtern des Supreme Court wie auch zur Institution generell informativ ist die Website des Gerichts: [www.supremecourtus.gov](http://www.supremecourtus.gov). Speziell zu Scalias abweichenden Meinungen siehe Kevin A. Ring, *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*, 2004.

Konservativer durch einen anderen Konservativen ersetzt<sup>20</sup>, im erstgenannten Fall muß eine Richterin ersetzt werden, die während ihrer Amtszeit oft zwischen dem „liberalen“, demokratischen und dem „konservativen“, republikanischen Flügel des Supreme Court zusammen mit ein oder zwei anderen Richtern einen ausgleichenden, manchmal auch liberalen Kurs gesteuert hatte.<sup>21</sup>

S. 93

- HFR 8/2006 S. 4 -

#### 6 IV. Die Lage des Supreme Court im Jahr 2005

Wie stellt sich die Lage des Supreme Court „politisch“ oder „justizphilosophisch“ dar? In den 1950er und 1960er Jahren, also unter Chief Justice Earl Warren<sup>22</sup>, war der Supreme Court oft aktivistisch vorgeprescht zum Schutz von Minderheiten wie etwa Afroamerikanern, Straftätern, stärkeren sozialen Rechten und zur Optimierung der Beteiligung aller am demokratischen Prozeß. Nicht alle diese Forderungen konnte das Gericht durchsetzen<sup>23</sup>, aber die Warren- Ära ist doch bekannt geworden als eine „liberale“, „progressive“ Gerichtsperiode, die allerdings durch eine expansive Deutung der eigenen Kompetenzen und der Bundes- gegenüber den Gliedstaatenzuständigkeiten gekennzeichnet war. Das rief zunehmend politischen Widerstand hervor, der in der Berufung der beiden nächsten Chief Justices Warren Burger und William Rehnquist<sup>24</sup> durch die republikanischen Präsidenten Richard Nixon und Ronald Reagan zum Ausdruck kam. Der Supreme Court wurde in der Tat in seiner Grundhaltung konservativer, wenngleich nicht nur durch den Einfluß der beiden Chief Justices, sondern auch durch die weiteren in der Zwischenzeit ernannten Richter Harry Blackmun, Lewis Powell, John Paul Stevens, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, David Souter und Clarence Thomas.<sup>25</sup> Nicht alle diese Richter erfüllten freilich die ihnen zugedachte konservative Rolle; insbesondere Blackmun, O'Connor und Souter zeigten „liberale“ Anwandlungen, gelegentlich auch Powell und Kennedy. Im Gesamtbild nahm der Supreme Court unter Burger und Rehnquist einige wichtige Trends der Warren- Rechtsprechung zurück, was – Ironie des Schicksals! – sozusagen einen „judicial activism“ in der umgekehrten Richtung voraussetzte.

7 So wurde etwa die Gerichtsunitarisierung in Form der weitgehenden Kontrolle nicht nur der Staatenlegislativen, sondern auch der Gerichtsbarkeit der Einzelstaaten weitgehend rückgängig gemacht. Der Rehnquist Court<sup>26</sup> wurde bezogen auf diesen Problemkreis oft „The Federalist Five“ genannt.<sup>27</sup> Freilich blieb das Gericht dieser Linie nicht immer treu. Die bekannteste und umstrittenste Ausnahme ist die Entscheidung des Falles Bush v. Gore<sup>28</sup>, in der der Supreme Court, wenn er seiner Maxime der Achtung der Gliedstaatenkompetenzen hätte folgen wollen, dies auch hätte tun können: durch Nichtannahme

<sup>20</sup> Zu den Ähnlichkeiten zwischen Rehnquist und Roberts und deren enger Verbindung seit der Zeit, als Roberts Clerk von Rehnquist war, siehe Bob Egelko, Tougher Scrutiny for Roberts. Roberts, Rehnquist: Mirror Images, San Francisco Chronicle vom 6. September 2005.

<sup>21</sup> Spektakulärstes Beispiel ist der 1992 entschiedene Fall Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992), ein Abtreibungsfall. Vor der Entscheidung dieses Falles war von fast allen Beobachtern des Supreme Court angenommen worden, die Entscheidung Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), die schwangeren Frauen die Freiheit zu einer Abtreibung zusprach, würde von dem nunmehr konservativeren Supreme Court außer Kraft gesetzt. Zur allgemeinen Überraschung fand sich dafür keine Mehrheit im Gericht. Grund dafür war, daß neben dem Widerstand einer liberalen Gruppe von Justices die Richter O'Connor, Kennedy und Souter den Kern von Roe v. Wade bewahren wollten und so in der Mitte einen entscheidenden Block von Richtern bildeten. Zu dieser Entwicklung der Rechtsprechung siehe Brugger, Demokratie (Fn. 13), §§ 17 und 18.

<sup>22</sup> Siehe oben Fn. 6.

<sup>23</sup> Nachweise bei Brugger, oben Fn. 5.

<sup>24</sup> Oben Fn. 7 und 8.

<sup>25</sup> Die beiden letztgenannten Richter wurden von dem ersten Präsident Bush ernannt. Präsident Clinton ernannte die Richter Ruth Bader Ginsburg und Stephen Breyer.

<sup>26</sup> Zusammenstellung der wichtigsten Urteile bei Charles Lane, The Rehnquist Legacy: 33 Years Turning Back the Court, Washington Post vom 5. September 2005, S. A 8. Siehe auch William H. Rehnquist, The Supreme Court, Revised Paperback Edition 2002.

<sup>27</sup> Das bezog sich auf die Mehrheitsrichter in dieser Frage: Rehnquist, O'Connor, Kennedy, Thomas und Scalia, siehe Lane, aaO. Freilich war diese Mehrheit in anderen Fragen fragil und oft nicht vorhanden.

<sup>28</sup> 531 U.S. 98 (2000).

der Entscheidung und Respektierung der Entscheidung des Florida Supreme Court - das hätte Albert Gore statt George W. Bush zum Präsidenten gemacht. Auch im Grundrechtsbereich wurde manches beschnitten. So setzte der Supreme Court zwar nicht die berühmten Entscheidungen zur Miranda-Regel<sup>29</sup> oder zur Freiheit der Abtreibung<sup>30</sup> außer Kraft, beschnitt aber die Reichweite der Entscheidungen. Im Staat-Kirche-Bereich wurde die vom Warren Court weitgehend vertretene strikte Trennungsthese („wall of separation“) aufgeweicht; heutzutage sind manche Annäherungen zwischen Staat und Kirche in den USA möglich, die lange als ausgeschlossen galten, etwa staatlich finanzierte Gutscheine zum Besuch von religiös ausgerichteten Privatschulen.<sup>31</sup> Forderungen, die Grundrechte durch eine objektive Dimension zu stärken, wie das in Deutschland die Regel ist, wurde ein Riegel vorgeschoben.<sup>32</sup> Trotzdem war der Sieg der Konservativen im Supreme Court kein absoluter. Das zeigen die gerade eben erwähnten Fälle Miranda und Roe v. Wade, deren Kernbestand erhalten wurde. Das zeigt generell aber auch die Tatsache, daß die Gerichtsbesetzung über das letzte Jahrzehnt keine klare „Rechts-Links-“, oder „Konservativ-Liberal“- oder auch „Expansion- Zurückhaltung-Zweiteilung“ zu erkennen gab. Vielmehr entwickelte sich in einer Vielzahl von Fällen eine Konstellation, wo drei oder vier konservative Richter zwei oder drei liberalen Richtern gegenüber saßen, mit zwei oder drei Richtern oder manchmal auch nur der „fifth vote“ dazwischen, die von Fall zu Fall zwischen den beiden Lagern moderierten und sich einmal nach dieser, dann wieder nach jener Seite orientierten oder auch eine eigene Mitte bildeten.<sup>33</sup> Verbunden mit der in den USA verbreiteten Praxis, viele „concurring opinions“ oder auch „dissenting opinions“ zu schreiben, führte das oft zu verfassungsgerichtlicher Unübersichtlichkeit: Das Ergebnis war (jedenfalls meistens) klar, aber die Begründungen waren unterschiedlicher Art. Statt „majority opinions“ oft bloße „plurality opinions“, die es den Untergerichten schwer machten zu erkennen, was denn das geltende Recht samt der einschlägigen Begründung war.<sup>34</sup> Von daher versteht man auch, daß die noch anstehende Neubesetzung der Stelle von Justice O'Connor, die oft die „swing vote“ war und eben auch einige Male liberale Anliegen vertrat, für die Neuausrichtung des Supreme Court mindestens genauso wichtig ist wie die Neubesetzung des Postens des Chief Justice.

S. 94

- HFR 8/2006 S. 5 -

## 8 V. Verfahren und Ernennung von John Roberts

Wer ist John Roberts? Diese Frage stellte sich dem Senat der Vereinigten Staaten und

<sup>29</sup> 384 U.S. 436 (1966). Diese legt die Belehrung fest, die Straftatverdächtige erhalten müssen, bevor sie verhört werden, ist also eine Konkretion von „due process of law“ und der „rule of law“, den amerikanischen Varianten des deutschen Rechtsstaatsprinzips.

<sup>30</sup> Oben Fn. 21.

<sup>31</sup> Siehe Zelman v. Simmons-Harris, 536 U.S. 639 (2002) und generell Ulrich Fülber, Die Religionsfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, 2003, Teil 3, § 4.

<sup>32</sup> Siehe DeShaney v. Winnebago County, 489 U.S. 189 (1989).

<sup>33</sup> Vorsicht ist also gegenüber allen diesen Klassifizierungen geboten! Erfordert wäre eine klare inhaltliche Charakterisierung einzelner Fallgruppen und der dort jeweils vorfindbaren Richtergruppierungen. Immerhin: „Aktivistisch“ und „progressiv“ oder „liberal“ wäre in den USA eine Richterhaltung, die im Zweifel sich stark für Minderheitenschutz, soziale Rechte, eine strikte Trennung von Staat und Kirche und meist den Vorrang von Bund vor Land und von Gericht vor Legislative einsetzt. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen läßt sich die gegenwärtige Supreme Court-Besetzung wie folgt darstellen: „Chief Justice Roberts, 50, arrives with conservative reputation as lawyer, federal appeals judge, but has kept his views on major issues closely guarded; Stephen G. Breyer, 67, moderate liberal, a consensus builder; Ruth Bader Ginsburg, 72, liberal, longtime advocate of women's rights; Clarence Thomas, 57, conservative, rarely speaks during oral argument; David H. Souter, 66, thought to be conservative when appointed but regularly sides with the liberal wing; Anthony M. Kennedy, 69, conservative who sometimes votes with liberals, especially in free-speech cases; Antonin Scalia, 69, conservative, combative questioner during oral arguments; Sandra Day O'Connor, 75, Court's first female member, conservative with moderate leanings, has announced retirement and will leave after her successor is seated, thus is unlikely to take part in major cases this term; John Paul Stevens, 85, viewed as a moderate when appointed but has become the court's leading liberal.“ So die Einschätzung von Bob Egelko, Active, Controversial Season Awaits Justices, San Francisco Chronicle vom 2. Oktober 2005, S. A 3.

<sup>34</sup> Siehe etwa die Klage von Justice Rehnquist in bezug auf die Entscheidungen zum Staat-Kirche-Bereich, dissenting in Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 107 ff. (1985): „unworkable plurality opinions“ (S. 110), „consistent unpredictability“ (S. 112).

den Bürgern der USA, als George Bush ihn zunächst als O'Connor-Nachfolger, dann als neuen Chief Justice vorschlug.<sup>35</sup> Geboren wurde er als John Glover Roberts am 27. Januar 1955 in Buffalo, N.Y. Roberts besuchte das Harvard College und die Harvard Law School, war Clerk von Justice Rehnquist am Supreme Court und vertrat später viele Fälle vor eben diesem Gericht. Seine Qualifizierung als „Konservativer“ und „Republikaner“ ist unumstritten und läßt sich durch seine berufliche Karriere leicht belegen: Er war nicht nur privat praktizierender Anwalt bei der Washingtoner Anwaltsbüro Hogan und Hartson von 1986 bis 1989 und 1993 bis 2003. Zwischen 1989 und 1993 war er Deputy Solicitor General in der ersten Bush-Administration und vertrat während dieser Zeit die Position der Regierung Bush vor dem höchsten Gericht. Während der Regierungszeit von Ronald Reagan war er für den Attorney General William French Smith tätig (1981 bis 1982); danach arbeitete er für den Rechtsberater des White House Fred Fielding (1982 bis 1986). 2003 wurde Roberts nach positiver Prüfung durch den Senat durch Präsident Bush zum Bundesrichter am Court of Appeals für den D.C. Circuit ernannt. Zusammengenommen konnte man sagen, daß Roberts zumindest ein „mainstream conservative“ ist.

- 9 Aber zählt er zum „harten Kern“ der konservativen Republikaner, der aggressiv die schon reduzierten Fortschritte der Warren-Ära noch weiter zurücknehmen will? Diese Frage stellten sich vor allem die Demokraten und suchten nach Munition, um sich ihren Verdacht bestätigen oder auch widerlegen zu lassen. Vieles ließ sich nicht finden. Das lag zum einen daran, daß die Bush-Regierung einige Akten aus der Zeit des Deputy Solicitor General Roberts nicht öffentlich machte. Herauszufinden war, daß er 1990 für eine Regulierung eingetreten war, die eine Bundesförderung von Abtreibungsberatungsstellen ablehnte. Eine kurze Passage in dieser Stellungnahme bezog sich auf die Position der Regierung Bush, daß die Abtreibungsentscheidung *Roe v. Wade* außer Kraft gesetzt werden sollte. Als Bundesrichter votierte er mit zwei Kollegen, daß eine Verhaftung eines Minderjährigen wegen Verzehr von Lebensmitteln in der Washingtoner Untergrundbahn „Metro“ gesetzesmäßig war; bei einer umwelt- und naturrechtlichen Regelung trat er für legislative Grenzen des Bundes bei der Regulierung bestimmter Arten von geschützten Tieren ein. Generell glauben viele Beobachter in seinen Urteilen eine Tendenz sehen zu können, originäre exekutive Kompetenzen auch gegenüber legislativen Regelungen aufrechtzuerhalten.
- 10 Während der Anhörung vor dem Justizausschuß des Senats war er durch keine Frage oder Unterstellung seitens der Demokraten aus der Ruhe zu bringen. Würde er die gleiche Linie vertreten wie die aus Sicht der Demokraten stramm konservativen Richter Scalia und Thomas? „I will be my own man on the Supreme Court“, war die Antwort.<sup>36</sup> Würde er das vor allem in *Roe v. Wade*<sup>37</sup> und *Lawrence v. Texas*<sup>38</sup> konkretisierte Recht auf Abtreibung bzw. Recht auf Praktizierung homosexueller Handlungen als Teil eines verfassungsrechtlichen Rechts auf Privatsphäre akzeptieren, obwohl die Begriffe Abtreibung, Homosexualität und Privatsphäre im Text der Verfassung nicht vorkommen? Auch das lehnte Roberts nicht generell ab, ohne sich spezifisch festzulegen. Hat er eine politische Linie, die er als Richter „durchziehen“ will? „I have no platform.“ „Judges are not politicians who can promise to do certain things in exchange for votes.“ „Judges are like umpires. Umpires don't make the rules; they apply them.“<sup>39</sup> Und so ging es in der Befragung weiter mit den Themen, anhand deren die Demokraten im Ausschuß die „Zumutbarkeit“ des Kandidaten für das amerikanische Volk untersuchten. Am Ende votierte der Ausschuß mit 13 zu 5 Stimmen für die Ernennung von Roberts und gab diese

<sup>35</sup> Siehe die biographischen Skizzen unter [www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/19/AR20050719008](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/19/AR20050719008) mit einem Dossier seiner beruflichen Aktivitäten, Briefs und Urteile samt entsprechenden Links. Siehe auch Bob Egelko, *Tougher Scrutiny for Roberts*, *San Francisco Chronicle* vom 6. September 2005, S. 1

<sup>36</sup> Zitiert nach Charles Lane, *A Conservative, Yes, but Not a Scalia*, *Washington Post* vom 15. September 2005, S. A 13.

<sup>37</sup> Oben Fn. 21.

<sup>38</sup> 539 U.S. 558 (2003).

<sup>39</sup> Zitiert nach Charles Babington/Jo Becker, *Judges Are Not Politicians*, *Roberts Says*, *Washington Post* vom 13. September 2005, S. A 1.

Empfehlung an den vollen Senat weiter. Alle Republikaner und drei der Demokraten im Ausschuß hatten für ihn gestimmt.<sup>40</sup> Am 29. September stimmte der volle Senat dem Vorschlag mit 78 gegen 22 Stimmen zu; kurz darauf wurde Roberts von dem ältesten Mitglied des Supreme Court, dem 85-jährigen John Paul Stevens, vereidigt. Für Roberts stimmten alle republikanischen Senatoren sowie etwa die Hälfte der demokratischen Mitglieder. Damit ist Roberts der erste neue Richter seit 1994 und der 17. Vorsitzende des Gremiums. Er ist der jüngste Vorsitzende seit „The Great Chief Justice“ John Marshall, der 1801 im Alter von 45 Jahren bestätigt wurde und auf die Rekordamtszeit von 34 Jahren kam.

S. 95

- HFR 8/2006 S. 6 -

## 11 VI. Die Nachfolge von Justice O'Connor

Für eine Einstufung des „neuen“ Supreme Court als Roberts Court gibt es zwei Möglichkeiten. Ein Roberts Court kann der Supreme Court werden, wenn der neue Chief Justice all die Qualitäten hat und behält, die ihm von allen Republikanern und auch von einer beträchtlichen Anzahl von Demokraten zugeschrieben werden: ein umgänglicher, freundlicher, administrativ effektiver und fairer, juristisch hochbegabter und das Richtergeschäft vom Politischen trennender Vorsitzender. Ein Roberts Court könnte der Supreme Court aber auch werden im ideologischen Sinne, wenn der Chief Justice seine herausragenden intellektuellen und kommunikativen Fähigkeiten dazu einsetzt, das konservative Programm im Gericht zu stärken. Dazu gehören insbesondere Punkte wie die Bewahrung von Staatenmacht gegenüber nationaler Gewalt und die Garantie originärer Exekutivmacht gegenüber dem Bundeskongress, der Ausgleich von Individualrechten mit öffentlichen Anliegen wie etwa der Staatssicherheit bei der Terrorismusbekämpfung sowie eine Annäherung von Staat und Religionen bzw. Kirchen jenseits von strikter Trennung. Ob letzteres eintreten wird, weiß niemand. Nach der jetzigen Zusammensetzung des Supreme Court könnte ihm das aber, selbst wenn er wollte, nur gelingen, wenn der Nachfolger von Justice O'Connor, die in vielen Fällen die „swing vote“ war, ebenfalls zum konservativen Lager gehört.

S. 96

- HFR 8/2006 S. 7 -

## 12 Teil 2

Präsident George W. Bush hatte die seltene Gelegenheit, nicht nur einen oder zwei, sondern drei Kandidaten für den U.S. Supreme Court vorzuschlagen, von denen zwei inzwischen vom Senat bestätigt und zu Justices am Supreme Court ernannt worden sind. Anlaß für die Neuformation des Gerichts waren zwei Ereignisse: Associate Justice Sandra Day O'Connor, die oft die „swing vote“ zwischen dem konservativen und dem liberalen Flügel des Gerichts bildete, kündigte im Sommer 2005 ihren Rücktritt an; Chief Justice William Rehnquist, der schon länger an Schilddrüsenkrebs erkrankt war, starb am 3. September 2005. Präsident Bush hatte zunächst den Bundesrichter John G. Roberts Jr. als Nachfolger für O'Connor vorgeschlagen; nach dem Tod von Rehnquist wechselte er die Strategie und schlug Roberts als nächsten Chief Justice vor. Der Vorschlag war auch erfolgreich; der Senat erteilte mit 78 gegen 22 Stimmen seine Zustimmung zu dem Vorschlag.

13 Offen war die Nachfolge von Justice O'Connor geblieben. Im Oktober 2005 hatte Bush die 60-jährige Rechtsberaterin des Weißen Hauses, Harriet E. Miers, vorgeschlagen. Die juristische Karriere von Frau Miers war tadellos und eindrucksvoll – allerdings eher im privat- und wirtschaftsrechtlichen Bereich als auf der Ebene des Verfassungsrechts, wo sie bislang kaum tätig gewesen war. Der Präsident glaubte offensichtlich, das Fehlen eines „paper trails“ in den für Richterernennungen am Supreme Court entscheidenden, weil zwischen Demokraten und Republikanern streitigen Punkten – Abtreibung, Exekutivmacht, Minderheitenschutz, Föderalismusprobleme – sei für die Kandidatin

<sup>40</sup> Siehe Charles Babington/Amy Goldstein, Senate Panel Endorses Roberts. Democrats Vow to Fight Next Nominee, Washington Post vom 23. September 2005, S. A 1.

vorteilhaft, ihre in diesen Streitfragen weithin unbefleckte Vergangenheit mache es unwahrscheinlich, daß sie von den Demokraten „abgeschossen“ werden könnte. Diese Strategie hätte durchaus erfolgreich sein können, wenn da nicht neben den politischen Gegnern noch die republikanischen „Freunde“ gewesen wären. Weite Kreise der Republikanischen Partei und insbesondere deren stark konservative Teile waren von der Nominierung von Miers enttäuscht, ja empört. Sie hatten einen überzeugten konservativen Kandidaten von unzweifelhaftem verfassungsrechtlichen Kaliber erwartet und beharrten auf einem Schwerericht statt auf dem, wie sie es sahen, Leichtgewicht Miers. Miers, so murrten viele republikanische Aktivisten, „sei die schlimmste Wahl, seit Caligula sein Pferd zum Senator machte“. Die republikanische Parteigröße Trent Lott konnte sich „viele Leute“ für den hohen Posten vorstellen, „Männer, Frauen, Minderheiten“, aber nicht Frau Miers.<sup>41</sup> Allen Bemühungen des Weißen Hauses zum Trotz war die Rechte nicht zu beruhigen, was nach einigem Hin und Her auch Harriet Miers aus der Ruhe brachte. Sie bat den Präsidenten, den Personalvorschlag zurückzuziehen, was dieser auch tat.

- 14 Der wenige Tage später vorgestellte neue Kandidat hieß Samuel A. Alito Jr., wie John Roberts schon als Bundesrichter tätig, mit 15 Jahren Erfahrung am U.S. Circuit Court of Appeals für den 3. Distrikt.<sup>42</sup> Samuel Alito wurde 1950 in Trenton, New Jersey, geboren. Seine Vater war Regierungsberater, seine Mutter Lehrerin und Schulleiterin. 1972 graduierte er an der Princeton University. Während seiner Collegezeit hatte er schon Kontakt mit Justice John M. Harlan und war zum Leser von Schriften von Alexander Bickel geworden – zwei Vertretern von verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung und Kritiker des liberalen, minderheitsrechteorientierten Warren Court.<sup>43</sup> In sein Jurastudium an der Yale Law School von 1972 bis 1975 fiel die Abtreibungsentscheidung Roe v. Wade von 1973<sup>44</sup>, die er einige Jahre später als junger Regierungsbeamter als verfehlt charakterisierte. In Yale brillierte Alito und war unter anderem Herausgeber des dortigen Law Journal. Nach einer Praktikantenzeit arbeitete er für das Justizministerium und vertrat für den Solicitor General viele Fälle vor dem Supreme Court; er fungierte auch als verfassungsrechtlicher Berater der Reagan-Regierung. Ab 1987 war er Bezirksstaatsanwalt für den District of New Jersey, bevor ihn der ältere Präsident Bush 1990 als Bundesrichter nominierte und dafür die einstimmige Zustimmung erhielt.

**S. 97**

- HFR 8/2006 S. 8 -

- 15 Soweit einige Fakten aus dem Lebenslauf von Samuel Alito. Was prädestinierte ihn aus Sicht des Präsidenten für die Kandidatur? Anders als Miers hat Alito eine „verfassungsrechtliche Vergangenheit“, die ihn nicht nur aus Sicht von George Bush, sondern auch der Republikanischen Partei als soliden Konservativen ausweist. Darauf könnte schon sein Spitzname hinweisen: „Scalito“ oder „Scalia lite“, in Anspielung auf den konservativsten und scharfzüngigsten amtierenden Justice des Supreme Court, Antonin Scalia, der wie er italo-amerikanischer Herkunft ist.<sup>45</sup> Doch liegt hier schon ein stilistischer Unterschied vor: „Alito is considered far less provocative a figure than Scalia both in personality and judicial temperament. His opinions and dissents tend to be dryly analytical rather than slashing.“<sup>46</sup> Damit sind auch schon Affinitäten und Unterschiede zu

<sup>41</sup> Zitate nach Spiegel Online vom 27. Oktober 2005, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,381972,00.html>.

<sup>42</sup> Biographische Darstellungen bei Michael Grunwald/Jo Becker/Dale Russakoff, Comparisons to Scalia, But Also to Roberts, Washington Post vom 1. November 2005, S. A 01; Dale Russakoff/Jo Becker, A Search for Order, an Answer in the Law, Washington Post vom 8. Januar 2006, S. A 01; Charles Lane, A Right Cautious Nominee, Washington Post vom 13. Januar 2006, S. A 06; "Bush nominiert konservativen Richter für das Oberste Gericht" in Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 1. November 2005, S. 6.

<sup>43</sup> Earl Warren war Chief Justice des Supreme Court von 1953 bis 1969. Weitere Chief Justices waren Warren Burger (1969 bis 1986) und William Rehnquist (1986 bis 2005), der dann von John Roberts abgelöst wurde.

<sup>44</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>45</sup> Siehe Brian Knowlton, Bush Picks a Conservative for Supreme Court, International Herald Tribune vom 1. November 2005.

<sup>46</sup> Fred Barbash/Peter Baker, Bush Selects Alito for Supreme Court, Washington Post vom 31. Oktober 2005. Siehe auch Knowlton (Fn. 5): "Alito is a methodical, technical, understated and careful judge, unfailingly respectful in court, in contrast to the often caustic Scalia."

John Roberts angedeutet: Wie Roberts hat Alito eine lange Karriere als Bundesrichter und Regierungsbeamter für konservative Präsidenten hinter sich, die nun im höchsten juristischen Amt enden soll. Anders als Roberts, der umgänglich und eher extrovertiert ist und vielleicht zum - wenn auch gemäßigt - konservativen „majority builder“ werden könnte, ist Alito eher zurückhaltend und vorsichtig, wenngleich unbestreitbar ein Kenner und Köhner im Bereich des Verfassungsrechts.

- 16 Was die inhaltlichen Orientierungen von Alito angeht, so war es unvermeidlich, daß nach seiner Nominierung durch den Präsidenten sich die geballte Aufmerksamkeit sowohl der Demokraten als auch der interessierten Öffentlichkeit auf seinen „paper trail“ und sonstige vielleicht erhellende Umstände richtete. Wie steht Alito zu den Streitpunkten Abtreibungsrecht, exekutive Macht des Präsidenten, Minderheitenschutz, Machtgefüge zwischen Bund und Gliedstaaten? Während des Verfahrens der Anhörung vor dem Justizausschuß des Senats wie auch vor dem vollen Senat ergab sich kein einheitliches Bild, weil beide Parteien schon im Vorfeld der Anhörungen wie auch während dieser das Faktenmaterial wortreich zu ihren Gunsten auslegten, je nach politischer Ausrichtung. Vieles weist jedoch darauf hin, daß Alito generell konservative Anliegen vertritt, aber nicht durchgängig und auch nicht in einer radikalen Art und Weise.<sup>47</sup>
- 17 Das zeigt sich zum Beispiel bei der Abtreibungsfrage: In *Planned Parenthood v. Casey*, einer Entscheidung seines Berufungsgerichts aus dem Jahr 1991, die dann 1992 zu der gleichnamigen Entscheidung des U.S. Supreme Court führte<sup>48</sup>, hatte er eine abweichende Meinung vertreten. In dieser war er dafür eingetreten, daß die in einem Gesetz von Pennsylvania vorgesehene Pflicht von abtreibungswilligen verheirateten Frauen, vor einer Abtreibung ihren Ehemann zu benachrichtigen, verfassungsgemäß sei; das Gesetz sah eine Ausnahme von dieser Pflicht vor, soweit die schwangere Frau plausibel machen konnte, daß ihr vom Ehemann erhebliche Nachteile drohten. Mit dieser Sicht konnte Alito seine Richterkollegen nicht überzeugen, ebenso wenig den Supreme Court ein Jahr später. Macht diese Meinung ihn zu einem kategorischen Abtreibungsgegner, wie viele Demokraten behaupten und befürchten? Das ist unklar, Alito legte sich insofern auch in den Senatsanhörungen nicht fest. Man könnte sagen, daß er, wie wenig später Justice O'Connor in der Revisionsentscheidung im Supreme Court, eigentlich den gleichen Standard angewendet habe, nämlich die Frage, ob der Schwangeren eine erhebliche Hürde („undue burden“) und damit ein verfassungsrechtlich unzumutbares Hindernis für ihre Entscheidung in den Weg gelegt worden sei, und daß Alito dazu eben eine etwas andere Abwägung getroffen habe. Macht ihn das zu einem „hardliner“ in der Abtreibungsfrage, von dem zu erwarten ist, daß er *Roe v. Wade* „kippen“ wird? Die Meinungen darüber differieren. Die Demokraten<sup>49</sup> glauben sie mit „ja“ beantworten zu können, weil seine 90-jährige Mutter in einem Interview gesagt hat: „Of course he's against abortion.“<sup>50</sup> In den Senatsanhörungen auf seine Stellung zu *Roe v. Wade* angesprochen, legte Alito sich nicht fest.<sup>51</sup> Er sprach sich generell für das Festhalten an Prä-

<sup>47</sup> Eine übersichtliche Zusammenstellung und Analyse der wichtigsten Entscheidungen von Alito findet sich bei Amy Goldstein/Sarah Cohen, *Alito, In and Out of the Mainstream. Nominee's Record Defies Stereotyping*, Washington Post vom 1. Januar 2006, S. A 01. Siehe auch Barbash/Baker (Fn. 6) und Adam Liptak/Adam Nagourney, *Senate Struggles to Pin Down Alito*, International Herald Tribune vom 11. Januar 2006: "Judge Alito ... came across as far less ideological than Democrats have suggested, undercutting their efforts to stir public opinion by portraying his writing as outside the American mainstream."

<sup>48</sup> 505 U.S. 833 (1992). Hierzu näher Winfried Brugger, *Persönlichkeitsentfaltung als Grundwert der amerikanischen Verfassung*. Dargestellt am Beispiel des Streits um den Schutz von Abtreibung und Homosexualität, 1994.

<sup>49</sup> Auch manche deutsche Kommentatoren, so etwa Kirsten Grieshaber, *Wie sich die Demokraten an Bushs Kandidat die Zähne ausbeißen*, Spiegel Online vom 13. Januar 2006, [www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,394972,00.html](http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,394972,00.html). Siehe auch *The Economist* vom 14. Januar 2006, *The Supreme Court. The Brainbox and the Blowhards*, S. 47 f.: "Activists on the left say Judge Alito is a far-right ideologue" oder ein "fanatical anti-abortion judge".

<sup>50</sup> Zitiert nach Knowlton (Fn. 5).

<sup>51</sup> Siehe Charles Babington/Jo Becker, *Alito Says He'd Keep 'Open Mind' on Abortion. Nominee Avoids Detailing Views on Controversial Issues*, Washington Post vom 11. Januar 2006, S. A 01. Alito war eine Aktennotiz aus dem Jahr 1985 vorgehalten worden, in der er sich als Mitglied der Regierung Reagan gegen ein Recht auf Abtreibung ausgesprochen hatte. Darauf Alito: „That was a correct statement of what I thought in 1985 from my vantage point in 1985“, ebenda. Diese Richtung habe auch die amtliche Position seiner Regierung dargestellt.

zedenzfällen aus, ohne diesen eine absolute Geltung zuzusprechen; er unterstützte grundsätzlich ein Recht auf Schutz der Privatsphäre, auf das die Freiheit zur Abtreibung gestützt wird, ohne genau zu sagen, ob das „right to privacy“ auch die Freiheit zur Abtreibung umfasse; er bezeichnete sich selbst als vorsichtigen Richter, wollte aber Flexibilität und Anpassung an neue Gegebenheiten nicht ausschließen; daß Richter eine politische Agenda haben oder in ihren Urteilen durchsetzen sollten, schloß er ausdrücklich aus.<sup>52</sup>

## S. 98

- HFR 8/2006 S. 9 -

- 18 All das kann man als Formelkompromiß oder strategisches Ausweichen bezeichnen, wie die Demokraten das auch taten. Man kann es als beklagenswert empfinden, daß Richter kandidaten sich zu umstrittenen Urteilen des Supreme Court nicht vorgängig festlegen wollen.<sup>53</sup> Gleichzeitig muß man auch ein gewisses Verständnis für die Kandidaten aufbringen, denn sie sollen sich ja die richterliche Unabhängigkeit zubilligen, im Vorgriff auf das Amt wie im Amt selbst. Allen Kandidaten steht auch das Verfahren von Robert Bork vor Augen, der 1987 von Präsident Reagan vorgeschlagen wurde. Borks „paper trail“ signalisierte eine Ablehnung des Abtreibungsgrundrechts, was dieser auch nicht leugnete. Daraufhin wurde er von der demokratischen Riege von Senatoren „abgeschossen“<sup>54</sup> und auch persönlich diffamiert. Dieses Verfahren hat sogar zu der Wortbildung „to bork“ geführt, was frei übersetzt heißt: einen Richter kandidaten zur Schnecke machen. Das Bork-Verfahren bildet für viele deutsche Rechtspolitiker einen wesentlichen Grund dafür, bei dem intransparenten deutschen Auswahlverfahren für Kandidaten für das Bundesverfassungsgericht zu bleiben und nicht das offene, politisch leicht instrumentalisierbare US-Verfahren zu übernehmen.
- 19 Ein zweiter Bereich, in dem Demokraten konservative Aufweichungstendenzen durch einen Justice Alito fürchten, ist der Staat-Kirche-Bereich, der in Amerika strenger als in Deutschland getrennt ist. Schlagwort hierfür ist Thomas Jeffersons Bemerkung vom „wall of separation“ zwischen Staat und Kirche.<sup>55</sup> Hier hatte Judge Alito 1999 in dem Fall *ACLU v. Schundler* für sein Berufungsgericht die Ansicht vertreten, eine Weihnachtsausstellung vor dem Rathaus dürfe christliche Symbole wie eine Krippendarstellung umfassen, solange darum herum andere, säkulare Ausstellungsgegenstände drapiert würden, inklusive „Frosty the Snowman“<sup>56</sup>. Darin liegt sicher eine Abschwächung der strikten Trennung von Staat und Kirche, die, konsequent verstanden, jede Art von – auch marginaler – Annäherung zwischen Religion an sich oder einer bestimmten Religion wie hier des Christentums mit staatlichen Trägern oder Lokalitäten als verfassungswidrig ansieht. Diese Linie strikter Trennung repräsentiert aber nur einen – den kompromißlosen – Teil der bisherigen Rechtsprechung des Supreme Court im Rahmen der Trennungswalldoktrin. Seit langem gibt es einen zweiten – kompromißbereiteren – Strang in der Rechtsprechung des Supreme Court, der solche säkularisierten oder neutralisierten Annäherungen als verfassungsgemäß ansieht, sie als Teil der allgemeinen Feiertagskultur („ceremonial deism“) einstuft. Die Vertreter dieser Richtung, „accommodationists“ genannt, gehen nicht wie die „separationists“ davon aus, daß schon das Wort „Christ“ im in Amerika „Christmas Tree“ genannten Weihnachtsbaum einen

<sup>52</sup> Siehe Charles Babington/Amy Goldstein, Alito on Day 1: 'A Judge Can't Have Any Agenda', Washington Post vom 10. Januar 2006, S. A 01.

<sup>53</sup> So ausführlich Ronald Dworkin, The Strange Case of Judge Alito, New York Review of Books No. 3 vom 23. Februar 2006, S. 14: "Judge Alito's performance was particularly evasive, but his lack of candor made his confirmation inevitable."

<sup>54</sup> Die Leser mögen die scharfe und kriegerische Sprache verzeihen. Sie repräsentiert nicht Vorlieben des Autors, sondern soll den Charakter der meisten amerikanischen Auseinandersetzungen um die Richterbesetzungen wiedergeben. Siehe nur die vielen Hinweise auf „Schlachten“ und „Krieg“ in den Zitaten von Marc Pitzke, Bushs wohl kalkuliertes Ablenkungsgefecht, Spiegel Online vom 1. November 2005, [www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,382643,00.html](http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,382643,00.html), ferner unten Fn. 29.

<sup>55</sup> Nachweise hierzu wie auch zu den gleich erwähnten Krippenfällen bei Winfried Brugger, On the Relationship Between Structural Norms and Constitutional Rights in Church-State-Relations, in: Winfried Brugger/Michael Karayanni, Eds., Religion in the Public Sphere. A Comparative Analysis of German, Israeli, American, and International Law (erscheint demnächst).

<sup>56</sup> Beschreibung bei Knowlton (Fn. 5).

Verfassungsverstoß darstellt, soweit dieser im Stadtpark aufgestellt wird.<sup>57</sup> Also auch hier: Ein klares Signal für einen konservativen Hardliner? Zweifelhaft, jedenfalls weiß man es nicht sicher.

- 20 Ein dritter Bereich, in dem die Demokraten Zweifel an der Eignung von Samuel Alito haben, bezieht sich auf den Umfang von Exekutivmacht, das heißt vor allem präsidentieller Macht.<sup>58</sup> Diese Frage ist seit dem Terroranschlag 2001 und der daraufhin erfolgten Stärkung der Macht von Präsident Bush und seiner neokonservativen Führungsriege heiß umstritten. Das zeigen etwa die Auseinandersetzungen um die Verlängerung des Patriot Act, der die Kompetenzen zur Terrorbekämpfung drastisch erweitert hat, die Streitigkeiten um das Gefangenenlager auf Guantanamo und die Folterfälle im Irak sowie die von Bürgerrechtsorganisationen und den Demokraten bekämpften Abhöraktionen gegen eigene Staatsangehörige ohne vorherige richterliche Anordnung und Überprüfung („warrantless searches“). Aus den bisherigen Urteilen von Alito ist zu ersehen, daß er der Exekutive oft einen Beurteilungsspielraum einräumt, daß er viel von der „unitary presidency“<sup>59</sup> hält, die letztlich die Exekutivbefugnisse zusammenhält und koordiniert, und daß er auch viel Verständnis für die Nöte von Strafverfolgungsorganen hat. Hat er auch Verständnis für Folteropfer und strafrechtlich Angeklagte? Diese Frage wurde in den Senatsanhörungen mehrfach gestellt. Alito zeigte auch hier Entgegenkommen: Der Präsident steht nicht über dem Gesetz, betonte er, das Gesetz bindet ihn – aber eben nur soweit es reicht. Und wie weit reicht die konkurrierende präsidentielle Macht? Das wollte Alito nicht im einzelnen umreißen, was einerseits die Demokraten in ihren schlimmen Befürchtungen bestätigte. Andererseits muß man im Rahmen des amerikanischen Verfassungsrechts sagen, daß eine solche detaillierte Auflistung der Kompetenzen des Präsidenten auch kaum zu geben ist.<sup>60</sup> Also drängt sich wiederum die Einschätzung auf: Ein ertappter konservativer Hardliner ist er nicht, aber vielleicht ein verkappter Rechter? Man weiß es nicht, das wird sich erst zeigen.

## S. 99

- HFR 8/2006 S. 10 -

- 21 Nimmt man all das zusammen, kann es nicht verwundern, daß Judge Alito letztlich eine Mehrheit sowohl im Justizausschuß des Senats als auch im Senat bekommen hat und am 31. Januar 2006 zum 110. Justice des Supreme Court ernannt wurde. Die Mehrheit war zwar äußerst knapp<sup>61</sup> und spiegelte weithin die Parteiverhältnisse wider, aber mangels eines klaren und nachweisbaren Falles von konservativem Radikalismus „too far removed from the American mainstream“ war es den Demokraten nicht möglich, Republikaner in ihr Lager zu ziehen. Sie trauten sich auch nicht, einen Antrag auf Verfahrensverlängerung („filibuster“) zu stellen, der eine Supermajorität erfordert hätte, für die politisch in aller Regel klare Fälle des Überziehens der gegenseitigen Zumutbarkeit vorliegen müssen. Letztlich war es die vorsichtige Art von Alito und sein bescheidenes Auftreten, gekoppelt mit evidenter verfassungsrechtlicher Expertise, die seinen Konservatismus in vielen Fragen für die republikanische Senatsmehrheit attraktiv und für die demokratischen Senatoren verdächtig machten. Der bloße Verdacht von „right-wing radicalism“ reichte aber für die erforderliche Mehrheit einer Ablehnung nicht aus; die amerikanische Öffentlichkeit war nicht gegen Alito aufzubringen.<sup>62</sup> Das führt auch zu einer religionspolitisch interessanten Zusammensetzung des Supreme Court, für die

<sup>57</sup> Siehe das Zitat von Justice Brennan in *Allegheny County v. ACLU*, 492 U.S. 573, 639 (1989): „In my view, this attempt [by the accommodationists] to take the ‚Christmas‘ out of the Christmas Tree is unconvincing.“

<sup>58</sup> Siehe *The Economist* (Fn. 9), S. 48 und S. 51 in dem Artikel „Presidential Power. Under Challenge“, ferner die Nachweise oben Fn. 7 bei Goldstein/Cohen sowie bei Dworkin (Fn. 13).

<sup>59</sup> Hierzu näher Winfried Brugger, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 2. Auflage 2001, § 7 und § 18 I, insbesondere S. 207, ferner Dworkin (Fn. 13).

<sup>60</sup> Siehe Brugger (Fn. 19), insbesondere S. 85 ff. zum Umfang der War Power.

<sup>61</sup> Das Judiciary Committee des Senats befürwortete seine Ernennung mit 10:8-Stimmen, der volle Senat in der Besetzung 55 Republikaner und 44 Demokraten stimmte mit 58:42 Stimmen für ihn. Ein republikanischer und ein unabhängiger Senator stimmten gegen ihn; vier Demokraten stimmten für Alito. Siehe David Stout, *Alito Is Confirmed and Sworn in as 110th Supreme Court Justice*, *International Herald Tribune* vom 1. Februar 2006.

<sup>62</sup> Hierzu Carolyn Lochhead, *Shuffling Nominees, Bush May Hit Jackpot*, *San Francisco Chronicle* vom 15. Januar 2006 und oben Liptak/Negourney (Fn. 7).

anders als in Deutschland in den USA viel Interesse besteht: Zum ersten Mal stellen die Katholiken mit fünf Richtern eine Mehrheit, daneben sind zwei Protestanten und zwei Juden am Supreme Court vertreten.<sup>63</sup>

- 22 Wo sieht die Zukunft des Supreme Court in den nächsten Jahren aus? Viele Kommentatoren sehen mit Freude (soweit sie Republikaner sind) oder Schrecken (die Demokraten) eine deutliche Verschiebung der Machtverhältnisse am Supreme Court: „With the O'Connor seat, Bush will have seized the grand prize of the decades-long struggle over the ideological balance of the Supreme Court.“<sup>64</sup> Solche Stellungnahmen klingen so, als ob mit der Ernennung von Alito eine solide konservative Mehrheit von fünf Richtern in den meisten umstrittenen Fragen zustande gekommen wäre.<sup>65</sup> Die Verhältnisse sind freilich etwas komplizierter.<sup>66</sup> Sollten Roberts und Alito ihre konservativen Haltungen aus ihrer früheren Richter- und Regierungszeit eins-zu-eins mit in den Supreme Court hineinnehmen, worauf man, wie Erfahrungen mit früheren Justices zeigen, keine Wetten abschließen sollte, so liefe das in den meisten Fällen auf eine Vierergruppe von konservativen Richtern hinaus, die daneben noch die Justices Scalia und Thomas umfaßt. Ihr gegenüber steht eine Vierergruppe von tendenziell liberalen Richtern, die sich in vielen (wenngleich nicht allen) Zweifelsfällen etwa auf die Seite von Minderheiten (in der Abwehr von Staatshandeln wie dem Entgegenkommen für affirmative action) stellen oder für eine strikte Trennung von Staat und Kirche eintreten würde. Zu dieser Gruppe zählen die Richter John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg und Stephen G. Breyer. Die fünfte Stimme, die „swing vote“, die lange Zeit von Justice O'Connor repräsentiert wurde und die je nach Fallkonstellation sich mit den Konservativen oder den Liberalen verbündete, wird nunmehr von Justice Anthony M. Kennedy wahrgenommen. Von ihm wird künftig in Fällen betreffend etwa Homosexualität, Todesstrafe oder Eigentumsrechte abhängen, in welche Richtung der Supreme Court sich bewegt. Dabei sollte nicht übersehen werden, daß durchaus nicht alle Entscheidungen 5:4-Entscheidungen sind, sondern sich auch in diesen unruhigen Zeiten manchmal klare Mehrheiten bilden, bis hin zu gelegentlich vorkommenden einstimmigen Entscheidungen. Es bleibt also abzuwarten, wie sich die Dinge entwickeln. Vielleicht wird schon bald etwas mehr Klarheit herrschen, denn in dem 2006/07-Term des Gerichts stehen einige hochstreitige Entscheidungen an, in denen knappe Mehrheiten erwartet werden. Es wird etwa zu urteilen sein über die Zulässigkeit von „partial-birth abortions“, was nicht unbedingt zu einer Grundsatzentscheidung über *Roe v. Wade* führt<sup>67</sup>; dieser Fall kann, wenn die Richtermehrheit dies will, zurückhaltend, die „passive virtues“ pflegend, innerhalb der *Roe*-Prinzipien judiziert werden.<sup>68</sup> Wahrscheinlich ist auch über Rechtsschutz für die auf Guantanamo Einsitzenden sowie über Probleme von Wahl-

<sup>63</sup> Siehe Knowlton (Fn. 5).

<sup>64</sup> Lochhead (Fn. 22). Siehe auch "Ein Richter für Bush", Leitartikel in Süddeutsche Zeitung vom 1. Februar 2006, S. 4; „Running on Empty“ in *The Economist* vom 4. Februar 2006, S. 39, 40: „The conservative movement was created as much by fury at the liberal courts as anything else. The double confirmation of Mr. Roberts (who is 51) and Mr. Alito (who is 55) will move the court to the right on everything from racial preferences to the role of religion; it will shape American law and culture for decades to come.“

<sup>65</sup> So sieht es etwa die Süddeutsche Zeitung vom 31. Januar 2006: „Mit der Bestätigung seines konservativen Richter-Kandidaten Samuel Alito durch den US-Senat ist es der Rechten im Land gelungen, nach dem Weißen Haus und den beiden Kammern des Kongresses auch noch die letzte Bastion zu erobern: den Obersten Gerichtshof, in dem es künftig fünf konservative und nur noch vier eher liberale Richter geben wird.“

<sup>66</sup> Siehe Charles Lane, *A Right Cautious Nominee*, *Washington Post* vom 13. Januar 2006, S. A 06; Adam Liptak, *Alito Vote May Be Decisive in Marquee Cases This Term*, *The New York Times* vom 1. Februar 2006.

<sup>67</sup> Im weiteren Zeithorizont kündigt sich allerdings ein Grundsatzfall an. Siehe Chet Brokaw, *South Dakota Legislature Clears Abortion Bill to Challenge Roe*, *Washington Post* vom 25. Februar 2006, S. A 05; William Saletan, *Life After Roe*, *Washington Post* vom 5. März 2006, S. B 1; *Der Spiegel* 11/2006, S. 118: „Wir schreiben Geschichte“. Hintergrund ist der *South Dakota Women's Health and Human Life Protection Act* (HB 1215), ein Gesetz, das Abtreibungen weit über die Begrenzungsmöglichkeiten von *Roe v. Wade* (Fn. 21, 37, 49) hinaus einschränkt und das von Governor Mike Rounds am 6. März 2006 unterzeichnet worden ist. Zum Text des Gesetzes siehe <http://news.findlaw.com/cnn/docs/abortion/sdabortionlaw06.html>.

<sup>68</sup> Siehe Charles Lane, *Abortion Case to Test New Justices*, *Washington Post* vom 22. Februar 2006, S. A 01. Nach gegenwärtiger Einschätzung des Supreme Court gibt es immer noch eine Mehrheit von 5:4-Stimmen für die Aufrechterhaltung von *Roe v. Wade*. Siehe Charles Babington, *Alito Is Sworn In On High Court*, *Washington Post* vom 1. Februar 2006, S. A 01.

kampffinanzierung zu entscheiden.

- 23 Ob das Gericht wirklich zu der von republikanischen Hardlinern gewünschten und von liberalen Aktivisten befürchteten Linie eines stringenten Konservatismus findet und sich darauf langfristig festlegt, wird erst zu beantworten sein, wenn in der nächsten Zeit noch ein liberaler Justice oder aber die „swing vote“ abtreten sollte. Dann müßte man mit der „Schlachten aller Schlachten“<sup>69</sup> rechnen, bei der die Härte und Intensität der Auseinandersetzung um das Bestätigungsverfahren von Samuel Alito sicher noch deutlich übertroffen würde.

*Zitierempfehlung:* Winfried Brugger, HFR 2006, S. 90 ff.

---

<sup>69</sup> Siehe das Zitat von Gary Bauer, einem bekannten Konservativen, in Babington (Fn. 28): „The next vacancy, depending on who it is, will really be the mother of all battles.“