

Vom Rehnquist Court zum Roberts und Alito Court. Ein konservativer Wendepunkt im U.S. Supreme Court?

Winfried Brugger*

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 1803¹ ist klargestellt, 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 auch, warum Fragen der Zusammensetzung der jeweiligen Verfassungsgerichte von größter politischer und rechtlicher Bedeutung sind.

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

* Professor Dr., LL.M.; Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Heidelberg und Fellow am Max-Weber-Kolleg der Universität Erfurt.

¹ Hierzu Winfried Brugger, Der Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit in *Marbury v. Madison*, DAJV-Newsletter 2003, 10 ff. (auch in: Juristische Schulung 2003, 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, 1 ff., und Charles Abernathy, The Lost European Aspirations of US Constitutional Law, aaO, 6 ff.; diese drei Beiträge finden sich auch in: Werner Kremp (Hrsg.), 24. Februar 1803. Die Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Folgen, 2003 (Atlantische Texte Band 19). Von der Entscheidung im Jahr 1803 bis zur wirklichen Durchsetzung und realen Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts und – im Negativfall – Verwerfungsrechts in den USA dauerte es freilich lange: Die erste Entscheidung, die ein Bundesgesetz für nichtig erklärte, war *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857), die Entscheidung, die den 1820 beschlossenen Missouri Compromise mit seiner Aufteilung in Sklaven- und Nichtsklavenstaaten für nichtig erklärte. Die These vom Vorrang der verfassungsgerichtlichen Auslegung der Verfassung vor der Auslegung der *“coordinate branches of government”* wurde offiziell erst 1958 vertreten, in *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), dann allerdings als feste Rechtsprechung.

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 der höheren Transparenz, die das richterliche Geschäft in den USA besitzt², und zum dritten an der Tatsache, dass die Richter des Supreme Court auf Lebenszeit ernannt werden³, 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), Präsidenten (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.⁴

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 vom Supreme Court im Zusammenhang mit dem Namen

² 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 intellektuellem Niveau bilden in den USA ein eigenes Buchgenre. In Deutschland gibt es dazu kein Pendant.

³ 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.

⁴ 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>, die New York Times, <www.nytimes.com>, die Los Angeles Times, <www.latimes.com>, und den San Francisco Chronicle, <www.sfgate.com>. Die hier gegebenen Belege sind nur exemplarisch und könnten um viele andere aus diesen oder anderen Publikationsorganen ergänzt werden.

des Chief Justice die Rede.⁵ Es gibt zahllose Artikel in der Fachpresse wie allgemeinen Publizistik, die sich zum Beispiel mit der Rechtsprechung oder politischen Linie des Warren Court⁶, des Burger Court⁷, des Rehnquist Court⁸ 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 als das Votum eines Associate Justice, und da der Supreme Court neun Mitglieder hat, gibt es auch kein Stimmentpatt, 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."⁹ 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.¹⁰ Seine Kompetenzen haben sich über einen Zeitraum von über 200 Jahren 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 die administrative Spitze des Supreme Court. Er ist die Spitze der Bundesgerichtsbarkeit, die circa 2.000 Richter umfasst, davon 1.200 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 30.000 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

⁵ Siehe Winfried Bruggen, Verfassungsgerichtspolitik à la USA, Zeitschrift für Rechtspolitik 20 (1987), 52 ff.

⁶ Earl Warren, Chief Justice von 1953 bis 1969.

⁷ Warren Burger, Chief Justice von 1969 bis 1986.

⁸ William Rehnquist, Chief Justice von 1986 bis 2005.

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

¹⁰ 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/yjs_article.htm> (zuletzt besucht am 30.9.2005). Kurze Zusammenfassung auch bei Linda Greenhouse, President Names Roberts as Choice For Chief Justice, New York Times vom 6.9.2005, 1.

Gerichte zu beschneiden.¹¹ Die Wahrnehmung der Interessen der Justiz gegenüber den anderen Zweigen der Staatsgewalt geschieht meist im Zusammenhang mit der Judicial Conference of the United States¹², 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 in die nationale Sicherheit betreffenden Fragen trifft.

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'Connor¹³, ihren Rücktritt, den sie auf den Tag der 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*". Wie viel Kontrollbefugnis dem Senat hiermit zugestanden wird, ist streitig.¹⁴ 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*"¹⁵ teilt. Von dem Vorgeschlage-

¹¹ 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 18.9.2005, A 6.

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

¹³ 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.

¹⁴ Siehe die Artikel "Nominees, Rejection of", "Selection of Justices" und "Senate Judiciary Committee" in: Kermit L. Hall (Hrsg.), The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, 1992, 596 f., 767 ff., 770 f.

¹⁵ 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.

nen erhofft der Präsident sich natürlich, dass seine Einschätzung der Ausrichtung des Kandidaten auch dessen Urteile als einmal ernannter Richter des Supreme Court bestimmen wird – eine Hoffnung, die sich, wie die Erfahrung lehrt, nicht immer erfüllt. 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 extreme”* 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 Prärogative des Präsidenten, das Vorschlagsrecht, sei aus guten, zumindest nachvollziehbaren Gründen zurückgewiesen worden. Dass hierbei nicht nur die juristische Qualität¹⁶, sondern auch die ideologische Ausrichtung des Kandidaten eine Rolle spielt, steht außer Frage.¹⁷ Selbst wenn die Gegenpartei des Präsidenten im Senat in der Minderheit ist, bestehen vielfältige Möglichkeiten, den Vorschlag des Präsidenten 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 vom 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.

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 stand damit vor der Wahl, 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 ein-

¹⁶ 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 in Anm. 14 erwähnten Artikel “Selection of Justices”.

¹⁷ Siehe dazu den in Anm. 14 genannten Artikel “Senate Judiciary Committee”, 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.

nehmenden Wesen ist, der beste Aussichten hat, ein “majority builder” zu sein.¹⁸ 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.¹⁹ 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 wortgewaltige 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 Konservativer durch einen anderen Konservativen ersetzt²⁰, 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.²¹

¹⁸ Siehe z.B. die Aussage von Pepperdine Law Professor Douglas Kmiec, zitiert in Los Angeles Times vom 6.9.2005, 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.”

¹⁹ Zu diesem Richter wie den anderen Richtern des Supreme Court wie auch zur Institution generell informativ ist die Website des Gerichts: <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, sowie die Würdigung zu seinem 70. Geburtstag von Patrick Bahners, *Die Minderheit wird die Mehrheit sein. Über die christliche Demokratie in Amerika: Der Richter Antonin Scalia und die Lehre vom einfachen Schriftsinn*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11.3.2006, 40, sowie aaO auf 7.

²⁰ 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 6.9.2005.

²¹ 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 (Anm. 15), §§ 17 und 18.

IV. Die gegenwärtige Lage des Supreme Court

Wie stellt sich die Lage des Supreme Court „politisch“ oder „justizphilosophisch“ dar? In den 1950er und 1960er Jahren, also unter Chief Justice Earl Warren²², 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 durchsetzen²³, 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 Rehnquist²⁴ 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.²⁵ Nicht alle diese Richter erfüllten freilich die ihnen zugedachte konservative Rolle; insbesondere Blackmun, O'Connor und Souter zeigten „liberale“ Anwendungen, 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.

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 Court²⁶ wurde bezogen auf diesen Problemkreis oft „The Federalist Five“ genannt.²⁷ Freilich blieb das Gericht dieser Linie nicht immer treu. Die bekannteste und umstrittenste Ausnahme ist die Entscheidung des Falles *Bush v. Gore*²⁸, in der der Supreme Court, wenn er seiner Maxime der Achtung der Gliedstaatenkompetenzen hätte folgen wollen, dies auch

²² Siehe oben Anm. 6.

²³ Nachweise bei Bruggler, oben Anm. 5.

²⁴ Oben Anm. 7 und 8.

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

²⁶ Zusammenstellung der wichtigsten Urteile bei Charles Lane, *The Rehnquist Legacy: 33 Years Turning Back the Court*, Washington Post vom 5.9.2005, A 8. Siehe auch William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, Revised Paperback Edition, 2002.

²⁷ Das bezog sich auf die Mehrheitsrichter in dieser Frage: Rehnquist, O'Connor, Kennedy, Thomas und Scalia, siehe Lane (Anm. 26). Freilich war diese Mehrheit in anderen Fragen fragil und oft nicht vorhanden.

²⁸ 531 U.S. 98 (2000).

hätte tun können: durch Nichtannahme 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*-Regel²⁹ oder zur Freiheit der Abtreibung³⁰ 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.³¹ Forderungen, die Grundrechte durch eine objektive Dimension zu stärken, wie das in Deutschland die Regel ist, wurde ein Riegel vorgeschoben.³² 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, generell aber auch die Tatsache, dass die Gerichtsbesetzung im letzten 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.³³ Verbunden mit

²⁹ 384 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.

³⁰ Oben Anm. 21.

³¹ 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.

³² Siehe *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989).

³³ Vorsicht ist also gegenüber allen diesen Klassifizierungen geboten! Erforderlich 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 sich im Zweifel 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

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.³⁴ Von daher versteht man auch, dass die 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.

V. Verfahren und Ernennung von John Roberts

Wer ist John Roberts? Diese Frage stellte sich dem Senat der Vereinigten Staaten und den Bürgern der USA, als George Bush ihn zunächst als O’Connor-Nachfolger, dann als neuen Chief Justice vorschlug.³⁵ 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 beim 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.

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

von Bob Egelko, Active, Controversial Season Awaits Justices, San Francisco Chronicle vom 2.10.2005, A 3.

³⁴ 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” (110), “consistent unpredictability” (112).

³⁵ Siehe die biographischen Skizzen unter <www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/19/AR20050719008> mit einem Dossier seiner beruflichen Aktivitäten, Briefe und Urteile samt entsprechenden Links. Siehe auch Egelko (Anm. 20), 1.

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 des Verzehrs 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.

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.³⁶ Würde er das vor allem in *Roe v. Wade*³⁷ und *Lawrence v. Texas*³⁸ 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 durchsetzen 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."³⁹ Und so ging es in der Befragung weiter mit den Themen, anhand derer die Demokraten im Ausschuss die "Zumutbarkeit" des Kandidaten für das amerikanische Volk untersuchten. Am Ende votierte der Ausschuss mit 13 gegen 5 Stimmen für die Ernennung von Roberts und gab diese Empfehlung an den vollen Senat weiter. Alle Republikaner und drei der Demokraten im Ausschuss hatten für ihn gestimmt.⁴⁰ Am 29. September 2005 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.

³⁶ Zitiert nach Charles Lane, A Conservative, Yes, but Not a Scalia, Washington Post vom 15.9.2005, A 13.

³⁷ Oben Anm. 21.

³⁸ 539 U.S. 558 (2003).

³⁹ Zitiert nach Charles Babington/Jo Becker, Judges Are Not Politicians, Roberts Says, Washington Post vom 13.9.2005, A 1.

⁴⁰ Siehe Charles Babington/Amy Goldstein, Senate Panel Endorses Roberts. Democrats Vow to Fight Next Nominee, Washington Post vom 23.9.2005, A 1.

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.

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 praktiziert, 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 zu sein. 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. Das erhofften sich die Republikaner, das fürchteten die Demokraten. Es verwunderte deshalb nicht, dass nach der relativ friedlichen Senatsprozedur um Roberts die politischen Kampfgräben um die nächste Ernennung ausgehoben wurden und die Auseinandersetzungen des Öfteren schrille Töne annahmen, die man in Deutschland beim undurchsichtigeren Auswahlverfahren von Richtern des Bundesverfassungsgerichts nicht kennt. "Next Nominee to Court Could Face More Heat."⁴¹ "Activists on both sides predicted all-out political war over the O'Connor seat."⁴² "Conservative activists predicted a bloodbath no matter what."⁴³ Präsident Bush stand damit vor einer der wichtigsten Entscheidungen seiner zweiten Amtszeit und unter gehörigem Erfolgszwang. Nachdem er mit dem Irak-Krieg das Land eher gespalten als zusammengehalten hat und er für diesen Entschluss sogar im konservativen Lager zunehmend Stimmen verliert, und nachdem er bei der Flutkatastrophe in New Orleans und den umgebenden Gebieten nach Auffassung vieler keine gute Figur

⁴¹ Überschrift des Artikels von Jim VandeHei/Charles Babington, Washington Post vom 22.9.2005, A 8.

⁴² Carolyn Lochhead, A Prequel for the Next Showdown, San Francisco Chronicle vom 27.9.2005, A 3.

⁴³ *Ibid.*

gemacht hat, hing vieles davon ab, ob er mit seinem Vorschlag zur Nachfolge von Justice O'Connor Erfolg haben würde. Viele Stimmen rieten ihm dazu, eine Frau oder ein Mitglied einer Minderheit vorzuschlagen. Schließlich war Sandra Day O'Connor die erste weibliche Richterin am Supreme Court, und bislang waren erst zwei Afroamerikaner Justices am Gericht. Bislang wurde auch noch kein lateinamerikanischer Justice ernannt, die asiatische Bevölkerung der USA hat ebenfalls noch kein Gesicht im Supreme Court gefunden.

Nicht einmal eine Woche nach der Ernennung von John Roberts präsentierte George W. Bush eine weibliche Nachfolgerin für O'Connor. Am 3. Oktober 2005 schlug er die 60-jährige Rechtsberaterin des Weißen Hauses, Harriet E. Miers, vor.⁴⁴ Diese hatte eine lange Karriere als erfolgreiche Anwältin in Texas hinter sich, bevor sie 2001 nach Washington kam, in das Rechtsberatungsteam von Präsident Bush aufgenommen wurde und dort seit Februar 2005 den Vorsitz übernahm. Damit hat Präsident Bush nicht zum ersten Mal eine Person seines Vertrauens und aus seiner näheren Umgebung in größere Verantwortung gerückt. Miers hatte schon 1994 das Übergangsteam des frisch gewählten Gouverneurs von Texas, George W. Bush, rechtlich beraten. Miers ist keine kämpferische Konservative, die den harten Kern der Republikanischen Partei zu Jubelstürmen veranlassen würde, ganz im Gegenteil: "Konservative werfen Bush Verrat vor", lautete eine repräsentative Schlagzeile in der Presse.⁴⁵ Das, was hinter diesem Vorwurf steckt, könnte George Bush gerade zu seiner Wahl verleitet haben: Miers war bislang nicht Richterin, hatte keine für die politische Auseinandersetzung heiklen Urteile zu treffen (über Abtreibung, Wahlspenden, Terrorismusbekämpfung, Staat-Kirche usw.), ist also ein politisch ziemlich unbeschriebenes Blatt und daher schlecht abzulehnen. Ihre lange Karriere im privaten Bereich spielte sich schwerpunktmäßig im Wirtschaftsrecht ab und war zudem, der Rolle des Anwalts gemäß, mandantenorientiert, nicht unbedingt Ausdruck ihrer eigenen Überzeugung. Ihr "*low-key but high-precision style*"⁴⁶ sprach aus Sicht des Präsidenten wohl ebenfalls für sie. All das sollte, so kann man diesen Personalvorschlag interpretieren, die Chancen für eine Zustimmung auch der Demokraten im Senat fördern. Dabei ging der Präsident offenbar davon aus, die republikanischen Reihen trotz der spontanen Proteste gegen seinen Personalvorschlag schließen zu können. Das war eine verfehlt eingeschätzte Einschätzung. Der harte Kern der Republikaner nahm die Kritik an Miers nicht zurück, sondern verschärfte sie noch. Die konservativen Aktivisten insistierten auf einem überzeugenden konservativen Kandidaten von unzweifelhaftem verfassungsrechtlichem Kaliber; Miers schätzten sie als Leichtgewicht ein. Miers, so murrten republikanische Rechtspolitiker, "sei die

⁴⁴ Siehe die Stellungnahmen in der Online-Ausgabe der Süddeutschen Zeitung vom 3.10.2005, <www.sueddeutsche.de/ausland/artikel/770/61709/print.html>, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4.10.2005, 9; Michael A. Fletcher, White House Counsel Miers Chosen for Court, Washington Post vom 4.10.2005, A 1.

⁴⁵ So Spiegel Online vom 4.10.2005, <www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,377833,00.html>.

⁴⁶ So Michael A. Fletcher, Quiet But Ambitious White House Counsel Makes Life of Law, Washington Post vom 21.6.2005, A 19.

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.⁴⁷ 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.

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.⁴⁸ Samuel Alito wurde 1950 in Trenton, New Jersey, geboren. Sein 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 Kritikern des liberalen, an Minderheitenrechten orientierten Warren Court. In sein Jurastudium an der Yale Law School von 1972 bis 1975 fiel die Abtreibungsentscheidung *Roe v. Wade* von 1973⁴⁹, 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.

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.⁵⁰ Doch gibt es hier schon einen stilistischen Unterschied: "Alito is considered far less provocative a figure than Scalia both in personality and judicial tempera-

⁴⁷ Zitate nach Spiegel Online vom 27.10.2005, <<http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,381972,00.html>>.

⁴⁸ Biographische Darstellungen bei Michael Grunwald/Jo Becker/Dale Russakoff, Comparisons to Scalia, But Also to Roberts, Washington Post vom 1.11.2005, A 01; Dale Russakoff/Jo Becker, A Search for Order, an Answer in the Law, Washington Post vom 8.1.2006, A 01; Charles Lane, A Right Cautious Nominee, Washington Post vom 13.1.2006, A 06; Bush nominiert konservativen Richter für das Oberste Gericht, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 1.11.2005, 6.

⁴⁹ 410 U.S. 113 (1973), siehe schon oben Anm. 21 und 37.

⁵⁰ Siehe Brian Knowlton, Bush Picks a Conservative for Supreme Court, International Herald Tribune vom 1.11.2005.

ment. His opinions and dissents tend to be dryly analytical rather than slashing.”⁵¹ Damit sind auch schon Affinitäten und Unterschiede zu 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.

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.⁵²

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 führte⁵³, 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 insoweit auch in den Se-

⁵¹ Fred Barbash/Peter Baker, Bush Selects Alito for Supreme Court, Washington Post vom 31.10.2005, A 01. Siehe auch Knowlton (Anm. 50): “Alito is a methodical, technical, understated and careful judge, unfailingly respectful in court, in contrast to the often caustic Scalia.”

⁵² 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 1.1.2006, A 01. Siehe auch Barbash/Baker (Anm. 51) und Adam Liptak/Adam Nagourney, Senate Struggles to Pin Down Alito, International Herald Tribune vom 11.1.2006: “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.”

⁵³ 505 U.S. 833 (1992), schon oben Anm. 21. Hierzu näher Winfried Brugger, Persönlichkeitsentfaltung als Grundwert der amerikanischen Verfassung. Dargestellt am Beispiel des Streits um den Schutz von Abtreibung und Homosexualität, 1994.

natsanhörungen 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 Demokraten⁵⁴ glauben sie mit “ja” beantworten zu können, weil seine 90-jährige Mutter in einem Interview sagte: “Of course he’s against abortion.”⁵⁵ In den Senatsanhörungen auf seine Stellung zu *Roe v. Wade* angesprochen, legte Alito sich nicht fest.⁵⁶ Er sprach sich generell für das Festhalten an Präzedenzfällen 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.⁵⁷

All das kann man als Formelkompromiss oder strategisches Ausweichen bezeichnen, wie die Demokraten das auch taten. Man kann es als beklagenswert empfinden, dass Richterkandidaten wie zunächst John Roberts und dann auch Samuel Alito sich zu umstrittenen Urteilen des Supreme Court nicht vorgängig festlegen wollen.⁵⁸ 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

⁵⁴ Auch manche deutsche Kommentatoren, so etwa Kirsten Grieshaber, Wie sich die Demokraten an Bushs Kandidat die Zähne ausbeißen, Spiegel Online vom 13.1.2006, <www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,394972,00.html>. Siehe auch The Economist vom 14.1.2006, The Supreme Court. The Brainbox and the Blowhards, 47 f.: “Activists on the left say Judge Alito is a far-right ideologue” oder ein “fanatical anti-abortion judge”.

⁵⁵ Zitiert nach Knowlton (Anm. 50).

⁵⁶ Siehe Charles Babington/Jo Becker, Alito Says He’d Keep ‘Open Mind’ on Abortion. Nominee Avoids Detailing Views on Controversial Issues, Washington Post vom 11.1.2006, 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”, *ibid.* Diese Richtung habe auch die amtliche Position seiner Regierung dargestellt.

⁵⁷ Siehe Charles Babington/Amy Goldstein, Alito on Day 1: ‘A Judge Can’t Have Any Agenda’, Washington Post vom 10.1.2006, A 01.

⁵⁸ So ausführlich Ronald Dworkin, The Strange Case of Judge Alito, New York Review of Books No. 3 vom 23.2.2006, 14: “Judge Alito’s performance was particularly evasive, but his lack of candor made his confirmation inevitable.”

demokratischen Riege von Senatoren "abgeschossen".⁵⁹ Dieses Verfahren hat sogar zu der Wortbildung "to bork" geführt, was frei übersetzt heißt: einen Richter kandidaten so stark und so lange diffamieren, bis er nicht mehr wählbar erscheint.⁶⁰ 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.

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.⁶¹ 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"⁶². 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 und 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 im in Amerika "Christmas Tree" genannten Weihnachtsbaum enthaltene Wort "Christ" einen Verfassungsverstoß darstellt, wenn dieser im Stadtpark aufge-

⁵⁹ 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. Würde man diese nur juristisch-nüchtern schildern, bekäme man keinen realistischen Eindruck von dem Charakter vieler Wort-"Gefechte". Siehe nur die vielen Hinweise auf "Schlachten" und "Krieg" in den Zitaten von Marc Pit z k e, Bushs wohl kalkuliertes Ablenkungsgefecht, Spiegel Online vom 1.11.2005, <www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,382643,00.html>, ferner oben vor Anm. 20, Anm. 42 f. und unten Anm. 76.

⁶⁰ Siehe den Artikel Robert B o r k, unter <http://en.wikipedia.org/wiki/Robert_Bork> (zuletzt besucht am 17.3.2006): "According to the New York Times, the verb to bork might be defined as 'to destroy a judicial nominee through a concerted attack on his character, background and philosophy'."

⁶¹ Nachweise hierzu wie auch zu den gleich erwähnten Krippenfällen bei Winfried B r u g g e r, On the Relationship Between Structural Norms and Constitutional Rights in Church-State-Relations, in: Winfried Brugger/Michael Karayanni (Hrsg.), Religion in the Public Sphere. A Comparative Analysis of German, Israeli, American, and International Law (erscheint demnächst). Siehe auch schon oben Anm. 31.

⁶² Beschreibung bei K n o w l t o n (Anm. 50).

stellt wird.⁶³ Also auch hier: Ein klares Signal für einen konservativen Hardliner? Dies ist jedenfalls zweifelhaft.

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.⁶⁴ 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”*⁶⁵ 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 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.⁶⁶ Also drängt sich politisch wiederum die Frage auf: Ein ertappter konservativer Hardliner ist er nicht, aber vielleicht ein verkappter Richter? Man weiß es nicht, das wird sich erst noch zeigen.

Nach allem kann es nicht verwundern, dass Judge Alito letztlich eine Mehrheit sowohl im Justizausschuss des Senats als auch im Senat bekam und am 31. Januar 2006 zum 110. Justice des Supreme Court ernannt wurde. Die Mehrheit war zwar äußerst knapp⁶⁷ und spiegelte weithin die Parteiverhältnisse wider, aber mangels

⁶³ 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.”

⁶⁴ Siehe *The Economist* (Anm. 54), 48 und 51 in dem Artikel “Presidential Power. Under Challenge”, ferner die Nachweise oben in Anm. 52 bei Goldstein/Cohen sowie bei Dworkin (Anm. 58).

⁶⁵ Hierzu näher Winfried Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Auflage 2001, § 7 und § 18 I, insbesondere 207; ferner Dworkin (Anm. 58).

⁶⁶ Siehe Brugger (Anm. 65), insbesondere 85 ff. zum Umfang der War Power.

⁶⁷ Das Judiciary Committee des Senats befürwortete seine Ernennung mit 10 zu 8 Stimmen, der volle Senat in der Besetzung 55 Republikaner und 44 Demokraten stimmte mit 58 zu 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 1.2.2006.

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 Konservativismus in vielen Fragen für die republikanische Senatsmehrheit attraktiv und gleichzeitig für die demokratischen Senatoren verdächtig machten. Der bloße Verdacht von “*right-wing radicalism*” jedenfalls reichte für die erforderliche Mehrheit einer Ablehnung nicht aus; die amerikanische Öffentlichkeit war nicht gegen Alito aufzubringen.⁶⁸ Das führt auch zu einer religionspolitisch interessanten Zusammensetzung des Supreme Court, für die 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.⁶⁹

VII. Die künftige Ausrichtung des Supreme Court

Wie 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.”⁷⁰ 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.⁷¹ Die Verhältnisse sind freilich etwas komplizierter.⁷² Sollten Roberts und Alito ihre konservativen Haltungen aus ihrer früheren Richter-

⁶⁸ Hierzu Carolyn Lochhead, *Shuffling Nominees, Bush May Hit Jackpot*, San Francisco Chronicle vom 15.1.2006 und oben Liptak/Nagourney (Anm. 52).

⁶⁹ Siehe Knowlton (Anm. 50).

⁷⁰ Lochhead (Anm. 68). Siehe auch “Ein Richter für Bush”, Leitartikel in der Süddeutschen Zeitung vom 1.2.2006, 4; *Running on Empty*, The Economist vom 4.2.2006, 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.”

⁷¹ So sieht es etwa die Internetausgabe der Süddeutschen Zeitung vom 31.1.2006, <www.sueddeutsche.de/ausland/artikel/298/69229/print.html>: “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.”

⁷² Siehe Lane (Anm. 48), A 6; Adam Liptak, *Alito Vote May Be Decisive in Marquee Cases This Term*, The New York Times vom 1.2.2006.

und Regierungszeit eins-zu-eins mit in den Supreme Court hineinnehmen, worauf man, wie die Erfahrungen mit früheren Justices zeigen, keine Wetten abschließen sollte, so liefe das in den meisten Fällen auf eine Vierergruppe von konservativen Richtern hinaus, die auch 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 sich je nach Fallkonstellation mit den Konservativen oder den Liberalen verbündete, wird nunmehr von Justice *Anthony M. Kennedy* wahrgenommen.⁷³ 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. So wird etwa zu urteilen sein über die Zulässigkeit von *“partial-birth abortions”*, was nicht unbedingt zu einer Grundsatzentscheidung über *Roe v. Wade* führt⁷⁴; dieser Fall kann, falls die Richtermehrheit dies will, zurückhaltend, die *“passive virtues”* pflegend, innerhalb der *Roe*-Prinzipien judiziert werden.⁷⁵ Wahrscheinlich wird auch über den Rechtsschutz für die auf Guantanamo Einsitzenden sowie über Probleme von Wahlkampffinanzierung zu entscheiden sein.

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

⁷³ Zu einer kurzen Charakterisierung der Richter siehe schon oben Anm. 33.

⁷⁴ Im weiteren Zeithorizont kündigt sich allerdings ein Grundsatzfall an. Siehe *Chet Brokaw*, *South Dakota Legislature Clears Abortion Bill to Challenge Roe*, *Washington Post* vom 25.2.2006, A 5; *William Saletan*, *Life After Roe*, *Washington Post* vom 5.3.2006, B 1; *Der Spiegel* 11/2006, 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* (Anm. 21, 37, 49) hinaus einschränkt und das von Governor *Mike Rounds* am 6.3.2006 unterzeichnet worden ist. Zum Text des Gesetzes siehe <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/abortion/sdabortionlaw06.html>> (zuletzt besucht am 17.3.2006).

⁷⁵ Siehe *Charles Lane*, *Abortion Case to Test New Justices*, *Washington Post* vom 22.2.2006, A 01. Nach gegenwärtiger Einschätzung des Supreme Court gibt es immer noch eine Mehrheit von 5 zu 4 Stimmen für die Aufrechterhaltung von *Roe v. Wade*. Siehe *Charles Babin*, *Alito Is Sworn In On High Court*, *Washington Post* vom 1.2.2006, A 01.

sollte. Dann müsste man mit der "Schlacht aller Schlachten"⁷⁶ rechnen, bei der die Härte und die Intensität der Auseinandersetzung um das Bestätigungsverfahren von Samuel Alito sicher noch deutlich übertroffen würden.

Summary⁷⁷

From the Rehnquist Court to the Roberts and Alito Court: A Conservative Swing Within the U.S. Supreme Court?

With its two new members, the U.S. Supreme Court seems quite possibly to be on the verge of entering into a new era marked by a conservative tendency. The impetus behind this likely shift was the resignation of Justice Sandra Day O'Connor in the summer of 2005 and the death of the long-time Chief Justice William Rehnquist in the fall of 2005. The present article portrays these events and analyzes them within the context of constitutional jurisprudence in modern ("rule of law") municipal states. The author examines the legal foundations of the nomination and appointment process for Supreme Court Justices as well as the role the Chief Justice plays in the American legal system. He also portrays the factors that President George W. Bush considered when nominating John Roberts, Harriet Miers and Samuel Alito, as well as the reactions of both the Democratic and Republican parties. In the end, Bush's nomination of Harriet Miers failed on account of the candidate's orientation not being, according to the Republicans, sufficiently conservative. The Senate, however, did confirm the candidates Roberts and Alito. The article outlines their resumés and careers. In closing, the work contemplates the future orientation and direction of the Supreme Court concerning controversial issues such as abortion, the scope of presidential powers, and the church-state relationship.

⁷⁶ Siehe das Zitat von Gary Bauer, einem bekannten Konservativen, in Babinaton (Anm. 75): "The next vacancy, depending on who it is, will really be the mother of all battles."

⁷⁷ Summary by the author.